

基本权利审查

罗兰德·布罗梅* 谢立斌**

一、基本权利的审查步骤

基本权利的目的，在于对国家设定限制，从而对公民提供保护。为了达到这一目的，就需要判断公权力作出的行为是否侵犯了公民的基本权利，从而明确基本权利对国家机构设定了哪些具体的、不可逾越的界限。因此，审查国家机关作出的行为是否违反基本权利，具有核心意义。

* Roland Broemel，汉堡大学法学院教授。

** 中国政法大学中德法学院教授。

在公权力作出的一个行为可能侵犯基本权利的时候，需要通过三个步骤来审查是否存在对基本权利的侵犯。第一步，应当明确公权力的有关行为所涉及的生活领域是否受到某项基本权利的保护。如果有关领域根本不受任何基本权利的保护，则自然也就不可能侵犯基本权利，审查到这一步也就结束了。例如，中国宪法没有规定公民享有持有枪支的权利，国家禁止公民贩卖、持有枪支，也就不可能侵犯任何基本权利。相反，如果有关领域属于相关基本权利的保护范围，则需要继续审查。例如，我国《宪法》第36条规定了宗教信仰自由，国家机关在这方面采取的措施，直接涉及公民的宗教信仰，应当进一步予以审查。

在第二步中，应当判断公权力的行为是否对公民在相关领域的自由进行了干预，即是否限制、减少了公民所享有的自由。如果国家的立法、行政措施等法律行为禁止公民从事其依据基本权利可以从事的行为，或者要求公民从事其依据基本权利不必作出的行为，则都限制了公民的自由。国家的事实行为具有相同效果的，也构成了对基本权利的限制。如果不存在干预，则公权力不侵犯基本权利，相反，如果国家干预了公民根据基本权利享有的自由，则应当进入第三步审查。

在第三步中，分析国家对公民行使基本权利的行为所设定的限制是否有充分的宪法依据，是否能够得到正当化。国家对公民基本权利的干预有正当理由的，不构成对基本权利的侵犯。只有在没有正当理由的情况下，国家的干预行为才构成对基本权利的侵犯。

从逻辑上，在一个国家机关的行为可能侵犯公民基本权利的时候，只能按照这三个步骤来进行审查，这是由基本权利的规范结构

决定的。作为一个普遍的原理，宪法在规定基本权利对不同的生活领域提供保护的同时，也在同一条款或者其他条款规定了对基本权利的限制。因此，公权力侵犯基本权利的行为，必然涉及有关基本权利所保护的领域，并且限制了公民的自由，而且不符合宪法关于限制基本权利的规定。出于这一理由，无论是德国还是美国宪法理论，判断基本权利是否被侵犯的时候，原则上都分为这三个步骤。^{〔1〕}德国和美国宪法理论和实践，也说明在判断国家的行为是否侵犯基本权利的时候，不可能一步到位得出结论，而是必然包含了这三个步骤。

二、基本权利的保护范围

每一项基本权利，都只在某一个特定的、具体的生活领域对公民的行为提供保护。没有任何一项基本权利能够在各个方面对公民提供全面而完善的保护。一项基本权利所保护的生活领域，就构成了其保护范围。由此看来，在研究基本权利的时候，澄清其保护范围，明确其究竟向什么行为提供保护，就具有重要意义。原则上，基本权利的名称就表明了其保护范围，但是，要准确地界定保护范围，往往具有一定难度，这部分往往构成了基本权利条款解释的重点和难点。例如，《宪法》第35条规定公民有言论自由。显而易见，这项基本权利的保护范围就是言论。然而，准确地界定言论的概念，从而明确言论自由的保护范围，有赖于对很多模棱两可的问

〔1〕 德国宪法学上的论述，参见 Pieroth, Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 17. Aufl., Heidelberg 2001, Rn. 9, Rn. 195ff. 美国宪法学上的论述，参见 Chemerinsky, *Constitutional Law*, 3rd Edition, Aspen Publishers, 2009, pp. 946-949.

题作出回答。此类问题包括但是不限于言论是否包括谎言、谩骂、色情小说、行为艺术等。又如，公民根据《宪法》第36条第1款规定享有宗教信仰自由，其保护范围是宗教信仰。然而，什么是宗教信仰，远非没有争议，仅仅区分宗教和邪教的困难，就表明了确定宗教信仰自由保护范围的难度。对各项基本权利的研究，应当首先澄清相应权利的保护范围。

三、基本权利的干预

参照德国基本权利理论上的干预概念，^{〔1〕}我们认为，在公民的行为属于基本权利保护范围的情况下，国家的行为使得公民完全或者部分不可能从事这一行为，无论国家是有意或无意、直接或间接、通过法律或事实手段导致这一状况，都构成了对基本权利的干预。如果国家禁止公民从事基本权利保护的行为，或者对公民行使基本权利的行为规定不利后果，都构成了对公民基本权利的干预。相反，如果国家的行为在很小的程度上对公民造成不便，则不应当认为构成了对基本权利的干预。例如，交警在公路上拦下车辆对司机进行酒精含量测试，对公民造成的不便可以忽略，因此不应认为其构成了对公民根据《宪法》第37条规定享有的人身自由的干预。因此，国家的行为是否构成了对公民基本权利的干预，某种意义上取决于对公民造成不利影响的程度，需要综合考虑各方面情况之后才能判断。

〔1〕 Sachs, § 78 Der Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, C. H. Beck 1994, S. 76ff.

四、干预的正当化——基本权利的限制

如果国家的行为构成了对公民基本权利的干预，则需要分析这一干预是否符合宪法关于限制基本权利的规定。如果符合，则对基本权利的干预能够得到正当化，国家的行为合宪，并不侵犯公民基本权利；相反，如果干预不能够得到正当化，则构成对公民基本权利的侵犯。

（一）基本权利条款本身规定的限制

有一些基本权利条款本身规定了在何种情况下可以对公民的基本权利进行干预。例如，根据《宪法》第37条第2款规定，经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，可以对公民实施逮捕措施。又如，根据《宪法》第40条第2款的规定，因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，公安机关或者检察机关可以依照法律规定的程序对通信进行检查。按照宪法上的这些规定对公民的基本权利进行干预，有充分的宪法依据，不构成对基本权利的侵犯。

基本权利主要是一种防御权，要求国家不侵犯公民的私人领域。然而，在一些情况下，对公民的自由作出一定限制也是必要的，关键在于将对自由权的限制控制在适当范围之内，在公民的自由和与其对立的法益之间取得平衡。而法治政府必须追求或者维持这一平衡，特别是不得为了包括公共利益在内的法益而过度限制公民的自由权。为了达到公民的自由和其他法益之间的平衡，宪法本身也作出了一些规定。下文将分析法治政府要求行政机关在限制不同自由权的时候分别应当遵守什么要求。

宪法相关条款在规定一些基本权利的同时，也规定了一定的限

制。例如,《宪法》第13条第1款规定,合法的私有财产不受侵犯,这一规定授权立法者对财产制度作出规定,以区分合法财产和非法财产。该条第2款规定,国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权,这就将国家提供的保护限制于法律规定的范围之内,公民不可以要求国家提供法律规定之外的财产保护,这也无疑是对财产权的一种限制。最后,该条第3款规定了征收和征用,符合条件的征收和征用不属于对公民私有财产的侵犯,这一规定对公民财产权的范围本身作出了一定限制。

就人身自由而言,《宪法》第37条第1款似乎绝对地保障人身自由,然而,该条第2款紧接着对人身自由的限制作出了规定。该款规定任何公民不受逮捕,但是规定了一个例外,即经过人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行的情况。人民法院和人民检察院分别是依照法律行使审判权(《宪法》第126条)和检察权(《宪法》第131条)的机关。因此,立法者可以制定法律规范人民检察院批准或者决定逮捕或者人民法院决定逮捕的行为,从而限制公民的人身自由。

《宪法》第39条关于住宅不受侵犯的规定,也是带有限制的。该条后半句规定禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅,两次使用了“非法”的字眼,并没有禁止合法搜查和合法进入公民住宅的行为。从国家打击犯罪的角度来看,宪法作出这样的规定是完全必要的,尽管表面上似乎缩小了公民自由的范围。

最后,《宪法》第40条在保障公民的通信自由和通信秘密的同时,也对其范围作出了限定性规定。首先,根据该条第1款的规定,对通信自由和通信秘密的保护限制为“法律的保护”,而没有

采用“不受侵犯”的措辞。因此，立法者可以通过立法具体规定这方面的保护，具有决定该基本权利范围的权限。此外，《宪法》第40条第2款规定了因国家安全或者追查刑事犯罪的需要而检查通信的情况，因此这种检查行为不构成侵犯通信自由和通信秘密的行为。国家在根据基本权利条款所附带的规定限制公民行使基本权利的时候，必须严格遵守宪法本身界定的、允许限制有关基本权利的界限，而不得超出宪法所确认的范围，否则就构成了对有关基本权利的侵犯。

（二）《宪法》第51条对基本权利的限制

宪法关于财产权等自由权的条款在规定权利的同时也作出了限制，而关于其他一些自由权的条款本身则不带有任何限制性规定。例如，《宪法》第35条简明扼要地规定“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”。对于宗教信仰自由、人格尊严、劳动的权利、科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由以及劳动权，有关宪法条文也没有规定任何限制。然而，这并不意味着这些基本权利不受到任何限制。毕竟，任何自由都是有一定的界限，不可能存在没有任何限制的自由。鉴于此，《宪法》第51条对所有的基本权利都规定了一个共同的限制，即公民行使基本权利的行为，不得违反公共利益和其他公民的合法权利。该条规定了调整公民的自由和权利与公共利益之间，以及不同公民的权利之间发生冲突^{〔1〕}的情况，以期达到各种法益之间的和谐。这一

〔1〕 关于不同主体之间人权的冲突，见徐小冰：“人权冲突及人权的协调实现”，载《法学》2005年第11期。

限制不仅适用于本身没有规定限制的基本权利条款，也适用于包括人身自由、通信自由与秘密在内的、本身规定了限制的基本权利条款。

从结果上来看，无论基本权利条款本身是否规定了限制，鉴于《宪法》第51条适用于所有的基本权利，所有基本权利都受到限制。那么，既然存在《宪法》第51条规定的限制，为什么有一些基本权利在此之外又特别规定了对基本权利的限制呢？唯一有说服力的解释，就是有关基本权利条款本身规定的限制，超出了《宪法》第51条所允许的范围，否则就无需单独规定对基本权利的限制了。换言之，对于《宪法》第51条的规定，虽然理论上既可以进行宽泛解释，也可以进行缩小解释，但是，如果宽泛解释《宪法》第51条的规定，则基本权利条款本身规定的限制就毫无意义，没有存在的必要了。因此，必须对《宪法》第51条进行严格解释，不得把它理解为一个具有任意伸缩空间、包罗万象的“橡皮筋条款”。立法者在依据该条规定制定法律限制公民自由权的时候，不得超过必要限度。而行政机关在执行有关法律的时候，不得宽泛地理解有关法律规定，从而在最大限度内保障公民的基本权利。

（三）限制的限制

对基本权利的限制，有可能导致这样一个局面：即宪法一方面规定公民享有基本权利，另一方面通过基本权利条款本身的规定，或者通过《宪法》第51条的规定，基本权利又受到限制。这似乎意味着宪法在赋予公民基本权利的同时，又收回了这些基本权利，有关规定成为了装饰。如果是这样的话，宪法规定基本权利其实也就没有了实际意义。宪法解释的一个出发点，就是宪法条文都具有

实质意义。因此，对基本权利的限制，不能作以上理解。相反，国家对基本权利进行的限制，必须遵守宪法所设定的界限。

1. 基本权利条款本身的要求

一些基本权利条款本身就对限制基本权利的行为规定了严格的权限、程序等条件。按照顺序，如下宪法条文对限制公民基本权利的行为明确地提出了严格要求：《宪法》第34条规定，“依照法律被剥夺政治权利的人”不享有选举权和被选举权。这就对剥夺政治权利设定了法律保留，只有按照法律的明确规定，才可以剥夺公民的选举权利；第37条第2款规定：“任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。”该款在规定了逮捕这一限制公民人身自由的措施的同时，也规定了严格的条件：逮捕只能由人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，只能由公安机关执行。将逮捕的批准、决定权与执行权相分离，使得不同国家机关之间相互依赖，相互制约，而没有任何一个机关可以同时批准或决定逮捕公民，并且自行执行这一措施，这无疑有利于保护公民的人身自由；第39条第2款“禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”，其实也就规定了法律保留，即国家机关只能根据法律规定进入公民的住宅，否则就构成对基本权利的侵犯；第40条第2款规定：“除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”通信检查构成对公民通信自由和通信秘密的限制，该款规定了通信检查的目的、机关，并且对程序规定了法律保留，这都对通信检查本身规定了严格限制。

2. 比例原则的权衡要求

宪法之所以规定了基本权利条款，说明基本权利是宪法所肯定的价值，因此，国家应当尽量不对基本权利进行限制，在限制不可避免的时候，应当将限制控制在最小的必要范围之内，确保公民能够在最大限度内享有基本权利。在这种意义上，从我国宪法上的基本权利条款，能够推导出比例原则。^{〔1〕}

具体而言，在公民基本权利和公共利益之间产生矛盾的时候，国家应当维护公共利益，但是也应当尽量将对公民基本权利的干预控制在最低限度。国家为了追求公共利益而采取的措施应当符合三个要求：首先，这个措施必须是能够达到目的的，否则，无谓地限制公民基本权利，明显缺乏正当性。其次，为了追求公共利益，国家所采取的措施必须是在所有可能的措施当中对公民限制最小的，即没有对公民侵害更小的、能够达到同样目的的措施。如果在有侵害更小的措施的时候国家没有选择这一措施，对公民造成了更大的限制，公民承担的不利负担中，超出侵犯更小的措施所带来负担的部分，对于达到国家追求的正当目的并没有积极意义，也属于无谓的负担。最后，即使国家采取的一个措施能够达到目的，而且也是必要的，如果公民的负担和公共利益之间不成比例，即为了一个不重要的公共利益而严重地限制公民的基本权利，则也没有正当性。在这种意义上，从我国宪法上的基本权利条款，也能够推导出比例

〔1〕 毫无疑问，比例原则思想是在德国发展起来，并广泛传播到世界上其他国家的。在德国，比例原则是一项宪法原则。但是，德国基本法中并没有明确规定这一原则。按照德国联邦宪法法院的观点，该原则的宪法规范基础是基本法的基本权利条文。见 BVerfGE 19, 342, 348f; 61, 126, 134; 76, 1, 50f。

原则的要求。

实际上，在宪法直接规定对公民基本权利的限制的情况下，也同时规定了严格的界限，从而最大限度保护公民的基本权利，这也印证了能够从基本权利条款推导出比例原则的结论。例如，就对人身自由的限制而言，《宪法》在第 37 条第 2 款提出了严格的要求，规定逮捕只能由人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，只能由公安机关执行。这样，就将批准和决定逮捕的权限、执行的权限相分离，通过不同主体之间的制约，来保障公民的人身自由。就通信自由和秘密而言，《宪法》第 40 条第 2 款在规定通信检查的同时，也规定了严格的条件，以达到最大限度保护公民基本权利的目的。

比例原则不仅适用于基本权利和公共利益发生冲突的情况，不同公民的基本权利之间的紧张关系，也应当按照这一原则处理。例如，在公民甲行使言论自由影响公民乙的人格尊严的情况下，应当追求相关基本权利之间的平衡，使得两者能够共存，而不应该完全用一方的基本权利否定另外一方的基本权利。

总之，虽然基本权利并不是毫无限制的，但是，对基本权利的限制，本身又是受到限制的。在不同公民的不同基本权利之间发生冲突的时候，应当尽量使得相互冲突的基本权利能够并存；在国家基于公共利益而限制公民基本权利的时候，应当遵守比例原则，需要将对公民的限制控制在最小限度。

德国宪法中基本权利的维度 及其保障内涵

——以市场活动保护为例

罗兰德·布罗梅* 王泽荣** 译

在欧盟范围内，市场活动得到了不同方式和不同程度的统一保护。除了各国宪法中的基本权利尤其是职业自由和财产自由对市场活动的保护，在不同的影响下，^{〔1〕} 市场活动也受到《基本权利宪章》和《欧洲人权公约》中的

* Roland Broemel, 汉堡大学法学院教授。

** 德国洪堡大学博士生。

〔1〕 Näher zur Berufsfreiheit *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 35 ff., 49 ff., 55 ff.; zur chinesischen Verfassung eingehend Xie, Chinesisches und deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 2007, S. 75 ff.

泛欧洲性基本权利的保护。因此，我们看到的是一个多层次^[1]的保护体系。^[2]同时，这种多层次的保护体系也有特殊之处：与其他基本权利如生命权或身体不受侵犯权相反，其并不存在任何直接保护市场参与者的基本权利或基本自由。^[3]一方面，市场活动或多或少都与基本权利相关联，尤其是职业自由和财产自由，但是也包括在德国作为一般行为自由之具体形式的契约自由以及结社自由。另一方面，这些基本权利之适用范围并不限于市场活动。更准确地说，在这些基本权利背后是指向人格展开的保障内涵。对市场的参与仅仅体现了职业自由或者财产权之适用范围的部分面向。基本自由则有所不同，其指向的是欧盟市场的实现，并直接保护特定的跨境市场活动。一方面，成员国和欧盟的基本权利与欧盟的基本自由之间，除其对象和各自的适用范围之外，在其结构和目的上也不相同。但在对市场活动的保护上，他们又相互重合。不论是经济性基本权利之保障内涵与市场参与的相关性，还是基本权利与基本自由的结构差异与共性，在市场进程的功能上都更加明晰。

[1] Zur Eigentumsfreiheit *Utrilla Fernandez – Bermejo*, China – EU Law J (2015), 75 ff. : „multilevel protection“.

[2] Zu den damit verbundenen Umwälzungen *Vondung*, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 2012; und *Michl*, Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK, 2014; zu den rechtlichen Voraussetzungen eines Beitritts der EU zur EMRK jüngst skeptisch *EuGH*, Gutachten 2/13 vom 18. 12. 2014.

[3] In gewisser Weise scheint am ehesten der Schutzbereich der Unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRG dem Schutz von Marktaktivitäten zu entsprechen; näher *Bezemek*, in: *Holoubek/Lienbacher*, GRG – Kommentar, 2014, Art. 16 Rn. 6; zu deutschen Verfassungsrecht siehe aber *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007.

一、市场进程中的动力

不同的现代竞争理论对（各）市场进程有不同的理解。所谓的完全竞争理论的静态竞争模型认为，市场进程不过是自愿分配的有效工具。该模型依赖于其限制性的前提预设，以使各市场参与者的行为从一开始就是可计算的。根据完全竞争理论的模板，市场由不可校验的大量的小额货物提供者和需求者以简化的言语表达组成，这些市场参与者对同一种商品报价或者问价并各自掌握完整的市场信息。因此，各市场参与者的市场行为只需要依赖于价格。他们的行为便只是数额匹配（Mengenanpasser）。尤其在 20 世纪的下半叶，这种发展于 20 世纪各个时期的市场进程模型对美国以及欧洲的经济政策与卡特尔法产生了深刻的影响。对自由竞争政治（polypolitisch），也即以大量市场参与者为基本特征的市场结构之优越性的肯定，正来源于这种思想。

然而这种模式自带着在很长历史时期内被主题化的弱点。首先，现实中几乎不存在符合这种严格预设的市场，即那种以自由竞争政治的市场结构、单一商品以及市场参与者掌握完整信息为特征的市场。但更重要的是，这种以市场参与者的多边协调为动力的市场发展已经淡出历史。通过持续地与市场中的其他参与者或者甚至与相邻市场的竞争者的交易，尤其通过报价，市场参与者之市场行为也持续地得以适应。

市场行为以此促成革新,^[1]测试新发展,更新并传播知识。^[2]竞争的动性功能往往被多角度地加以描述,如将竞争视为“寻找与发现的过程”。这类竞争理论的动力式理解却是开放式的,不同的竞争理论学派又对竞争过程的目的和塑造性有完全不同的评价。所谓的哈佛学派将竞争作为半经济性半规范性指向的工具,并肯定了市场行为的结构对市场结果的塑造;^[3]芝加哥学派却强调市场的自我组织性,而基于市场效率的经济性目的广泛否定了对市场结构和市场结果的预设。^[4]现代工业经济的不同理论路径都渊源于所谓的后芝加哥学派。尽管各路径之间并不存在原则方法上的差异,但却侧重于不同的课题和背景。^[5]这些理论旨在以新的制度经济学^[6]揭示制度性经济的关节。在德国,所谓的弗莱堡学派推进的秩序自由主义认为,在秩序化的法律体系下,政治和经济上的最优选项乃是

[1] Schumpeter, *The Theory of Economic Development*, 1934; näher zur Perspektive die Beiträge in Cantner/Gaffard/Nesta (Hrsg.), *Schumpeterian Perspectives on Innovation, Competition and Growth*, 2009.

[2] Von Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtsordnung und Handelsordnung. Aufsätze zur Ordnungsökonomik*, 2003 [Nachdruck], S. 132 (133 f.)

[3] Klassisch etwa Clark, *Competition as a dynamic Process*, 1961; Baumol/Panzar/Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, 1982; Bain, *Industrial Organization*, 1968.

[4] Überblick bei Emmett, *The Elgar companion to the Chicago School of Economics*, 2010.

[5] Zur Kritik aus der Post Chicago Perspektive vgl. die Beiträge in Pitofsky (Hrsg.), *How the Chicago School overshot the mark. The effect of conservative economic analysis on U. S. antitrust*, 2008.

[6] Furubotn/Richter, *Institutions and Economic Theory*, 2. Aufl. 2009.

个体的自由。^[1]各竞争自由理论,尤其是所谓的奥地利学派,也以市场成果的效率和市场性能自始具有的不可测量性为出发点。^[2]根据这种理解,竞争政策的任务仅在于,开放性地对待竞争进程,并组织市场参与者实行强制或策略性封锁。

与竞争理论无关的一个结论是:知识和革新带来的竞争动力来源于市场参与者的多边性交互影响。

二、德国法上基本权利对市场参与的保护

如同许多其他国家^[3]一样,德国宪法也以多个基本权利来保护市场活动的各个面向。其中特别重要的是职业自由和财产权。在德国宪法^[4]中,二者均是涉人(personaler Bezug)的权利,因此也会带来教义学上的方法性问题:职业自由和财产权不仅包含对外部侵害的防御权,也要求高权者某种程度上积极地保障人格展开的条件。完全对应其特征的人格化基本权利在争议情形下,可以包含对市场企业活动的保护。因此,立法者须得构建关于市场活动的法律体系。

[1] Guter Überblick bei Broyer, German Contemporary Analyses of the Economic Order: Standard Ordnungstheorie, Ordoliberalism and Ordnungsökonomik in Perspective, in: Labrousse/Weisz (Hrsg.), Institutional Economics in France and Germany (Hrsg.), 2001, S. 93 ff.

[2] Im Anschluss an von Hayek Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Schneider (Hrsg.), Grundlagen der Wettbewerbspolitik, 1968, S. 9 ff.

[3] Zu Großbritannien und Frankreich siehe etwa Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2010, S. 35 ff. und 49 ff.

[4] Zur Berufsfreiheit im französischen und englischen Verfassungsrecht Wunderlich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 35 ff., 49 ff.

（一）职业自由、财产权和私人自治的涉人性

德国宪法中的职业自由，不仅涵盖不同阶段的择业自由，更包含权利人在执业时的人格展开。^{〔1〕}经由司法判例的解释，职业被定义为为获得生活基础而在相当时期进行的活动，^{〔2〕}通过与生活基础的关联，职业也成为人格展开的一种具体化表达。于此，被保护的是一种专业活动，借之权力者能够获得自主生活的经济基础。根据宪法法院的一贯观点，“在个体能力和存在范畴下，人格自由展开之基本权利被具体化为不受规制的职业活动”。^{〔3〕}除了这种经济上的论证，职业自由还以如下方式直接保障着人格的展开：尤其是以往的司法判决往往出发于——职业活动本身就是个体人格及其展开的表达。以药店案为中心，联邦宪法法院阐发了职业自由之教义学结构的基本特征，即职业乃是“人格之关系的全部，其中个体致

〔1〕 BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 17. 08. 2004, 1 BvR 378/00, Rn. 20 – *Vertragsarzt*; BVerfG, Urt. v. 30. 03. 2004, 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, Rn. 99; BVerfG, Beschl. v. 20. 03. 2001, 1 BvR 491/96, Rn. 36; BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 1999, 1 BvR 1904/95 u. a., Rn. 68.

〔2〕 H. -P. Schneider, Freiheit des Berufs – Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 7 (16) m. w. N.

〔3〕 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 17. 10. 2007, 2 BvR 1095/05, Rn. 79; BVerfG, Beschl. vom 13. 02. 2007, 1 BvR 910/05, 1 BvR 1389/05, Rn. 64; BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 17. 08. 2004, 1 BvR 378/00, Rn. 20 – *Vertragsarzt*; BVerfG, Urt. v. 30. 03. 2004, 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, Rn. 99; BVerfG, Beschl. v. 20. 03. 2001, 1 BvR 491/96, Rn. 36; BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 1999, 1 BvR 1904/95 u. a., Rn. 68;