

21世纪中国高校
法学系列教材

世界各国宪法 经典案例评析

主编
梁洪霞

21世纪中国高校
法学系列教材

世界各国宪法 经典案例评析

主 编 梁洪霞

撰稿人 (以撰写案例先后为序)

梁洪霞	雷 振	邬 蕾	温泽彬
陈建平	张 震	何永红	杨 彬
曾心良	林孝文	李鼎楚	肖 彤

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

世界各国宪法经典案例评析/梁洪霞主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 1
21 世纪中国高校法学系列教材
ISBN 978-7-300-25332-9

I. ①世… II. ①梁… III. ①宪法-案例-世界-高等学校-教材 IV. ①D911.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 312026 号

21 世纪中国高校法学系列教材

世界各国宪法经典案例评析

主 编 梁洪霞

Shijie Geguo Xianfa Jingdian Anli Pingxi

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京密兴印刷有限公司		
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	版 次	2018 年 1 月第 1 版
印 张	11.75 插页 1	印 次	2018 年 1 月第 1 次印刷
字 数	287 000	定 价	35.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

主编简介

梁洪霞，女，1978年出生，辽宁铁岭人。中南财经政法大学法学学士、硕士，西南政法大学法学博士。现为西南政法大学行政法学院副教授、硕士研究生导师，西南政法大学人权研究院研究员并兼职硕导。任教以来潜心研究案例教学法和情感教学法，注重法学理论与学生人格塑造双向并举的教学模式，2015年获金平法学教育基金会永泰教学贡献奖。曾受挪威奥斯陆大学资助接受人权法系统培训，曾到中国人民大学、亚洲法律资源中心（中国香港）、美国俄克拉何马城市大学法学院访问。目前的研究方向主要为宪法实施、公民基本权利和义务、人权法等，希望寻求属于中国的法学研究体系和解决问题的路径。曾出版专著《公民基本义务：原理、规范及其应用——一个宪法学的视角》（中国政法大学出版社2011年版）、《城市流浪乞讨人员行政救助制度研究》（法律出版社2014年版），并在《法律科学》《政治与法律》等核心期刊发表论文十多篇，被中国人民大学复印报刊资料全文转载4篇，主持、主研国家社科基金、教育部、司法部等课题十余项，参编各类教材、专著等十余部。

其他编者简介

张震，男，1977年出生，河南南阳人。中南财经政法大学法学学士、法学硕士，中国人民大学法学博士，西南政法大学法学博士后，日本早稻田大学访问学者。现为西南政法大学行政法学院教授，博士生导师。

温泽彬，男，1977年出生，江西赣州人。西南政法大学法学学士、硕士，中国人民大学法学博士，英国萨里大学访问学者。现为西南政法大学行政法学院副教授，硕士生导师。

林孝文，男，1976年出生，湖南邵阳人。西南政法大学法学博士。现为西南政法大学行政法学院副教授，硕士生导师。

陈建平，男，1974年生，湖南人。西南政法大学法学博士，美国杜肯大学访问学者。现为西南政法大学行政法学院副教授，硕士生导师。

何永红，男，1981年出生，湖北建始人。华中科技大学法学院法学学士，西南政法大学法学硕士、博士，重庆大学博士后，英国剑桥大学访问学者。现为西南政法大学行政法学院副教授，硕士生导师。

李鼎楚，男，1980年出生，湖南新邵人。曾就读于湘潭大学法学院，依次获得法学学士、法学硕士、法学博士学位。现为西南政法大学行政法学院副教授，硕士生导师。

雷振，男，1978年出生，重庆长寿人。中国政法大学法学学士，中国人民大学法学硕士、法学博士。现为西南政法大学行政法学院讲师。

邬蕾，男，1985年出生，湖北武汉人。武汉大学管理学学士，北京大学哲学博士。现为西南政法大学行政法学院讲师。

肖彤，女，1990年8月出生，江苏南京人。南京师范大学法学学士，中国人民大学宪法学与行政法学硕士，法国巴黎第二大学法国与欧洲法律文化硕士，国家留学基金委第十四届“欧洲法”项目学员，巴黎第二大学公法学博士在读。

杨彬，男，1987年出生，福建松溪人。福建师范大学协和学院法学学士，福建师范大学法学硕士。现为西南政法大学宪法与行政法博士研究生在读。

曾心良，男，1990年出生，河南濮阳人。江南大学法学学士，西南大学民商法学硕士，曾到台湾东吴大学公法组交换学习。现为西南政法大学宪法学与行政法学博士研究生在读。

编写说明

2012年,西南政法大学获得三个国家卓越法律人才培养基地建设资格,开始实施国家卓越法律人才培养计划,积极探索法律人才培养新模式。复合型、应用型、涉外型法律人才培养,对教师的教学方法和课堂讲授内容提出了更高要求,其重点在于培养学生的法律思维和实践能力。从20世纪80年代开始,我国的法学教育引入了源自美国的案例教学法。该教学法有力提高了学生的实务操作能力,加深了学生对法学理论知识的理解和应用,至今仍是我国各大法学院极力推崇的教学方法之一。卓越法律人才培养可以借鉴已有的案例教学方法,并根据不同的法律学科内容及特点,形成适合于我国法治建设需要的各部门法案例教学方法。

在这一背景下,西南政法大学行政法学院宪法教研室于2014年开设了“世界各国宪法经典案例评析”课程,作为大学本科专业选修课;2015年,又为宪法与行政法专业硕士研究生开设了“宪法经典案例研究”课程,作为专业选修课。该课程自开设以来,由于其教学生动、论辩气氛浓厚、对宪法理论的解析深入等特点,深受学生喜爱。本教材就是本科生“世界各国宪法经典案例评析”和研究生“宪法经典案例研究”课程的配套教材,也可作为本科生“宪法学”课程的辅助教材,以及其他部门法学生和广大法学爱好者的课余阅读资料。

本教材特别注重案例的选取和体例的编排。在案例方面,不求多而求精,力求通过每一个案例的阐释,让学生掌握案例所涉及的宪法基础理论,并辐射延展至相关宪法问题。全书共选取了20个案例,涉及美国、德国、法国、日本、英国及我国近现代特别是近年发生的案例,如英国脱欧程序案等,试图形成涵盖公民基本权利和义务、国家权力与国家制度、宪法实施领域的较为完备的宪法学理论体系,以弥补单个案例教学可能产生的知识结构整体性、系统性不足的缺憾。在体例编排方面,每一个案例都由案情介绍、宪法问题、相关法条、案件论证、宪法理论、拓展阅读、参考文献、课堂讨论这八个部分构成,这八个部分可以完整地作为课前预习、课堂讲解、课堂讨论、课后复习和延展学习的几大必备环节。其中,宪法理论部分是对案件所涉及理论的深入分析,拓展阅读部分是与宪法案例和理论相关的经典评述,可以为读者提供更多的研究视角和更加丰富的宪法资料;课堂讨论部分设计了类似案例或相关宪法问题供学生思考辨析,有利于知识的巩固与理论的提升。

本书的作者主要由西南政法大学行政法学院宪法教研室的任课教师组成,均为青年教师,另外还吸纳了几位年轻有为的宪法学博士研究生。本书的体例安排和最后修改、统稿由梁洪霞负责。编写工作的具体分工如下:

梁洪霞:药店案、明信片规则案、成都信用卡滞纳金案

张震:阿米什人违反义务教育法案、日本惠庭案

温泽彬:卡罗琳产品公司案

林孝文:沈阳市人大不通过人民法院工作报告案

陈建平:吕特案、纽约时报诉沙利文案

何永红:英国脱欧程序案、贝尔马什监狱案

李鼎楚:宋教仁案、洛阳种子案

雷振:布朗诉托皮卡教育委员会案、贝克诉卡尔案

邬蕾:罗伊诉韦德案、马伯里诉麦迪逊案

肖彤：公民投票法案合宪性审查案

杨彬：麦卡洛克诉马里兰州案

曾心良：刚果（金）案

非常感谢各位作者的辛勤工作，感谢你们不厌其烦地进行修改，支持我完成本书的编写工作，圆了我作为“世界各国宪法经典案例评析”课程负责人编写教材的梦想。感谢西南政法大学宪法与行政法学方向的硕士研究生杜勇、刘婷婷、田甜协助完成校对工作。

本书也留下了很多遗憾，限于编写者水平未能完全如愿，如选取的案例以美国的和德国的居多，近年发生的经典案例所占比例不大等。此外，错误和疏漏之处在所难免。我们愿意倾听各位专家学者和同学们在阅读此书后，对体例编排、案例选取、文字表述等提出的意见和建议，帮助我们继续完善此书，来信请寄 lhx781219@126.com。

梁洪霞

2017年6月18日于重庆歌台子家中

目 录

第一编 公民基本权利和义务

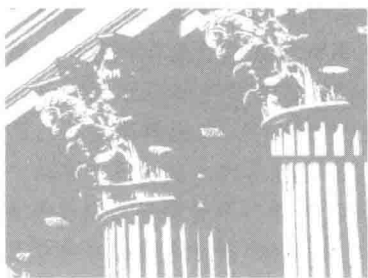
药店案	(3)
布朗诉托皮卡教育委员会案	(11)
罗伊诉韦德案	(19)
卡罗琳产品公司案	(26)
吕特案	(34)
明信片规则案	(42)
纽约时报诉沙利文案	(50)
阿米什人违反义务教育法案	(58)

第二编 国家权力与国家制度

英国脱欧程序案	(67)
麦卡洛克诉马里兰州案	(74)
刚果(金)案	(81)
贝克诉卡尔案	(90)
沈阳市人大不通过人民法院工作报告案	(96)
洛阳种子案	(103)

第三编 宪法实施

马伯里诉麦迪逊案	(113)
贝尔马什监狱案	(120)
公民投票法案合宪性审查案	(127)
日本惠庭案	(147)
宋教仁案	(154)
成都信用卡滞纳金案	(160)



第
一
编

公民基本权利和义务

药店案*

案情介绍

本案诉愿人是民主德国合格的药剂师，1955年迁居联邦德国巴伐利亚州，并在特劳恩罗伊特一家药店担任职员。1956年7月，该药剂师向巴伐利亚州政府提出申请在相同地段开设一家新药店。

巴州制定的《药店法》(Apothecary Act)第3条第1款规定，新设立的药店必须符合下列条件：

“a) 为了民众的药品供应而设立的药店应符合公共利益；其经济基础有保障，并不对相邻药店的经济基础产生如此大的影响，以至于药店正常经营的前提不复存在；在许可中可以规定条件，即为了保障药品在所有地区的供应而要求在特定地点设立药店。”

1956年11月29日，巴州政府根据《药店法》第3条第1款a项规定的理由，拒绝为该药剂师颁发营业执照。其主要理由为：(1) 设立有关药店不符合公共利益。该地区有大约6000居民，现有的一个药店就足够为他们提供药品。出于公共医疗的考虑，只有在有更多居民的地方，才允许设立新的药店。经验表明，经营情况不佳的药店更倾向于在没有医生处方的情况下出售处方药，更容易非法出售含有鸦片的药品。(2) 每个药店至少要向七八千居民供应药品，才能保障其基本的生存。禁止申请者设立一个无法生存的药店，也符合申请者自身的利益。(3) 新设立的药店会对原有药店的经济基础产生巨大的影响，会导致药店无法正常经营。按照财税机关的统计，药店的营业额表明：如果新设立一个药店，原来药店的营业额将下降40%。

药剂师对巴州政府拒绝颁发执照的行为不服，提起行政异议，但行政机关维持了原行政行为。

药剂师因此向德国联邦宪法法院提起宪法诉愿。他主张《药店法》第3条第1款违反了《德国基本法》第12条和第2条所规定的职业自由和个性自由发展权，应该无效。德国联邦宪法法院受理了这一申请。

宪法问题

1. 诉愿人开设药店的行为是否受《德国基本法》第12条第1款规定的职业选择自由保护？
2. 《药店法》对开设药店设定数量限制或指定开设地点的规定是否违宪？

* Apothekenuteil, 7 BVerfGE 377.

相关法条

《德国基本法》第12条第1款：

所有德国人均有自由选择职业、工作岗位和培训场所的权利，从事职业的行为可通过法律或依据法律予以规范。

《药店法》第3条第1款：

a) 为了民众的药品供应而设立的药店应符合公共利益；其经济基础有保障，并不对相邻药店的经济基础产生如此大的影响，以至于药店正常经营的前提不复存在；在许可中可以规定条件，即为了保障药品在所有地区的供应而要求在特定地点设立药店。

案件论证

按照德国审理基本权利案件的逻辑，一般要依次解决这样几个问题：一是该案所涉公民权利是否属于宪法条文所保障的公民基本权利，或者说受到宪法哪一条款的调整；二是该项权利在立法中受到了限制，那么该限制是否合乎宪法条文所规定的基本权利保障内容，即是否允许该限制，以及是否合乎限制的内容和形式；三是运用德国公法中的比例原则，对限制内容进一步审查，来确定是否合宪。当然，不同的案件可能还会解决其他的宪法问题，但上述逻辑主线会贯穿于每一个公民基本权利案件之中。

1. 职业的概念

该案涉及的第一个问题就是诉愿人从一个药店职员转而要开设药店的行为是否属于《德国基本法》第12条第1款所规定的职业选择自由。传统上人们对“职业”概念的理解，一般仅指供职于其他公司或机构组织，那么开设药店，或者说从一职员转向药店经营者，是否属于“自由选择职业、工作岗位和培训场所的权利”（12条第1款）呢？这涉及对职业概念的解释。

德国联邦宪法法院首先阐释了保障职业自由的重大意义。第12条第1款保护公民在现代社会分工中的一项重要自由：个人认为自己适于从事任何一种活动的，都有权以这种活动作为自己的职业，即将其作为自己生计的来源。这是一项基本权利，其保护的對象是经济上具有意义的劳动，只不过将其称为“职业”而已。鉴于职业自由在个人生存和发展中的价值，法院认为，应当对职业作出宽泛的解释，不仅包括传统的、法律规定下来的职业，还包括个人自由选择的、并不典型（但被许可）的活动，如职业概念还包括了公职。另外，职业可以分为独立的职业和依赖他人的职业，法院明确，无论是哪种职业，或者是从一种转换为另一种，都构成对职业的选择。因此，本案中药剂师从依赖于他人的职业转换为独立的职业（开设药店），应当受到《德国基本法》第12条第1款职业选择自由的保护。

2. 三阶层理论

诉愿人的行为受到基本法保护，接下来开始对立法进行审查。巴州政府在《药店法》中对公民的职业选择自由进行了限制，那么该项限制是否有宪法依据呢？《德国基本法》第12条第1款规定：“所有德国人均有自由选择职业、工作岗位和培训场所的权利，从事职业的行为可通过法律或依据法律予以规范。”该条款的两句话明确将从事职业的行为和选择职业的行为严格分开，并仅对从事职业的行为明确了“可以通过法律或依据法律予以规范”，那是否意味着立法机关无权对职业选择自由进行限制呢？德国联邦宪法法院否认了这一观点：“选择和从事的概念

并不能严格区分，它们并不分别指代职业生活中的一个特定的、相互不重叠的阶段。”所以，《德国基本法》第 12 条第 1 款是一项统一的基本权利，其后半句的法律保留条款同样适用于前半句，也就是说，立法者有权对职业选择的自由和从事职业的行为进行规范和限制。

但基于基本法的表述，很显然，选择职业与从事职业仍然有所不同。对这两种行为进行立法规范的时候，立法者的权限是不一样的。越是涉及选择职业的行为，立法者受到的限制就越大；越是涉及从事职业的行为，立法者的自由度就越大。对职业的选择，是个人自我决定的行为，是个人意志的体现，必须尽量使其不受公权力的干预；而从事职业的行为，是公民直接介入社会生活的行为，因此可以基于他人利益和公共利益对此进行一些限制。

法院还认为，立法者对选择职业的自由进行限制，还应区分两种不同的情况：一是设定主观条件，即对个人作出限定，如提出专业知识方面的要求，这些条件是个人经过努力才可能达到的；二是设定客观条件，即不受个人控制的条件，如本案中的市场饱和度，这些条件是个人无法改变的。这两种条件对立法者的限制强度有所不同，客观条件的限制强度要高于主观条件。

综上所述，对职业自由的限制，按照对自由的限制强度从小到大的顺序，可以区分为三种情况，并且每一情况对应的作为限制依据的公共利益标准也有所不同，这就是著名的“三阶层理论”。第一个阶层：对从事职业自由进行限制。只要是基于对公共利益的合理考虑，就可以对其进行限制。此时，立法者享有最大限度的自由，宪法仅保护个人不受过分沉重与无理的负担。第二个阶层：对选择职业的人员设定主观要求，即个人努力之后有可能达到的要求，这对公民自由的限制较大，必须基于重大的公共利益。第三个阶层：对选择职业的人员设定客观要求，即个人无法改变的客观条件，这对公民自由的限制最大，必须基于非常重大的公共利益。立法者在立法时，必须在对职业自由干预最小的阶层上进行立法，只有在很有可能说明在前一阶层的合宪手段无法有效防御所担心的危险的情况下，才可以在下一阶层作出相应的规范。（详见下表 1-1）

表 1-1

	法律规范的内容	正当化理由
第一阶层	对从事职业行为的规范	公共利益
第二阶层	对职业准入规定主观条件	重大公共利益
第三阶层	对职业准入规定客观条件	非常重大的公共利益

本案中，联邦宪法法院不仅为立法者提供了限制公民职业自由的三阶层理论，并且认为法院有权审查立法者的立法是否遵循了这一标准，即立法者所采取的限制措施是否必要，这是保护公民基本权利的需要，是司法权的职责所在，并没有超越司法权的界限，没有侵入立法权之嫌。

3. 比例原则

联邦宪法法院接下来运用比例原则来审查《药店法》第 3 条第 1 款是否遵循了上述理论。

首先，审查立法的目的是否正当。限制新药店设立的立法目的是保护公众健康，这个立法目的是正当的，且是一种非常重要的立法目的，符合三阶层理论，对职业准入设立客观条件时，要基于非常重大的公共利益。

其次，审查立法采取的手段是否有助于立法目的的达成。法院基本同意了限制药店自由开业的手段能够促成保障公众健康这一公共利益，虽然其认为，在保证药品供应秩序上，限制药店开业并不更优越于允许药店自由开业。

再次，审查是否存在多种同样能达成目的的方法时，立法者选择了对公民权益损害最少的

方法。立法者的逻辑是这样的：如果不控制药店数量或分布，可能会导致某些地区药店数量增多，那么药店之间就会形成恶性竞争，某些药店可能为了营利而不遵守药品管理的相关规定，影响药品的质量，破坏药品的有序供应，从而对公众健康造成影响。所以，为了保护公众健康，就必须采取控制药店数量的手段。然而法院认为，允许药店自由开业并不会影响药品的正常供应，也不会危害公众健康。理由是：

第一，国外没有限制开业自由。在一些与德意志联邦共和国相似的国家，药店开业是完全自由的，但并不存在因药品供应方面的弊端而导致危害公众健康的现象。第二，德国并不存在特殊情况，导致一定要采取限制开业的行为。第三，开业自由当然会导致药店数量上升，但是药店数量的增长，还受到一些天然条件的限制，如果此地药剂师人才紧缺，就不会出现大量开店的情况；药剂师会理性判断，设立药店是否会盈利等。第四，在任何行业，都存在违反职业伦理的行为，药店也不例外，但有行业法庭维持并保护职业伦理；且没有人证明在药品行业会出现得更多。联邦宪法法院认为，开业自由会导致药店增多，导致药品供应过剩，从而危害公众健康，这种假设没有事实充分证明。

法院认为，立法者所担忧的“药品供应秩序紊乱影响药品质量，从而危害公众健康”的危险，可以通过其他在更小的程度上限制职业自由的方式来避免，即立法者可以通过对职业准入设定主观条件，以及对从事职业的行为进行限制，如加强行政管理来达到目的，而不是径直采取对公民自由损害最大的方法。

最后，联邦宪法法院得出如下结论：在药店法上，对开业自由不规定客观的准入条件，才符合宪法规定，联邦行政法院也持这一观点。至于对药店经营者设定主观条件，这是理所当然的。因此，本案中巴伐利亚州《药店法》第3条第1款违反宪法，巴州政府据此作出的决定侵犯了诉愿人根据《德国基本法》第12条第1款享有的职业自由。^①

宪法理论

1. 营业自由

本案涉及宪法中一项非常重要的权利——营业自由。营业自由是指公民或团体享有根据自己的意愿设立并经营企业的自由，它是维护和发展市场经济的基础性权利。我国民国时期著名的宪法学家张知本曾云：“如营业不能自由，则个人不能发展自己之财力，以行其交易上之自由竞争，势必使工商业无显著之进步。”^②从世界各国宪法规定来看，除直接以营业自由命名外，还有将营业自由包含在职业选择自由、工作自由等经济性权利中。学界有的将营业自由视为广义的职业选择自由的一部分，有的则认为营业自由、职业选择自由、工作自由具有相同的内涵。本案中，德国联邦宪法法院对《德国基本法》中的职业选择自由中的“职业”概念进行了目的解释，从而采取了广义的含义，不仅包括附属于他人的职业，也包括独立的职业，即营业自由。《日本国宪法》第22条第1款规定：“在不违反公共福祉的范围内，任何人都有居住、迁徙及选择职业的自由。”其中选择职业的自由也包括了营业自由。我国民国时期的多部宪法直接规定了营业自由，如《中华民国临时约法》；也有的将选择职业与营业相并列，如《中华民国训政时期约法》。

^① 案件基本情况和论证具体参考了张翔主编：《德国宪法案例选释——基本权利总论：第1辑》，北京：法律出版社，2012：48-65。张千帆：《宪法经典判例导读》，北京：高等教育出版社，2008：219-222。

^② 张知本：《宪法论》，北京：中国方正出版社，2004：116。

营业自由不是绝对自由，各个国家都制定了一定的制度对其进行限制。近代宪法时期，营业自由倾向于一种绝对自由，以抵御国家权力的侵犯。包括营业自由、职业选择自由在内的居住、迁徙、财产权等，被视为不可侵犯的人权而受到保护。但现代宪法形成以后，经济自由被理解为是受到社会性拘束，可以基于公共福祉的需要被法律所广泛限制的人权。日本将对营业自由的限制分为消极限制和积极限制，并设定不同的违宪审查基准，对立法权进行规范。而德国在药店案中，根据限制营业的不同条件或阶段，发展了三阶层理论，以此约束立法者的立法权限。

我国现行《宪法》第42条第1款规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”我国学者在理解此条文中公民劳动的权利时，一般都排除了营业自由，普遍将劳动权的含义限定为有劳动能力的公民有获得劳动的机会，享有适当的工作条件，并根据劳动的数量和质量取得劳动报酬和其他劳动所得的权利。^①这种理解方式，和中华人民共和国成立后我国实行社会主义公有制的经济体制有很大关联。尽管现行宪法在1993年确认了市场经济，1999年确立了非公有制经济形式（个体经济、私营经济等）的地位，但宪法保护的是这些市场主体在经营阶段的财产性权利，而没有延展至设立时期。也就是说，营业自由仍然没有被确立在宪法当中。^②这种宪法观念和思路也影响了目前中国商法领域的诸多法律制度，如企业许可、登记制度。因此，通过宪法解释或其他方式在我国宪法中确立营业自由的基本权利，对于进一步繁荣市场经济是十分必要的。

2. 比例原则

比例原则可视为公法的“帝王条款”。它萌芽于德国19世纪末期的警察法领域，随着警察权力也要受到拘束的观念而逐渐发展起来。德国行政法巨擘Otto Mayer在1895年出版的《德国行政法教科书》第一册中明确提出警察权力不可违反比例原则，从此掀开了行政法学对比例原则的研究。当时的比例原则主要指的是必要性原则，就是在达成行政目的时必须选择对公民权利侵害最小的手段。“不要用大炮来打小鸟”，这源于自然法的要求，对人权之侵犯不可过度。比例原则逐渐发展至宪法领域，并成为德国宪法的一项重要原则。比例原则是源于法治国家理念及基本人权的本质的最基本的法律原则，任何国家公权力之行为都不能违反这个原则，否则就构成违宪。比例原则在内涵上也从最初的必要性原则逐渐发展完善，成为德国联邦宪法在进行违宪审查时的重要宪法依据。

关于比例原则的内涵争议较大，我们采取最广义的一种，包括四个要件，此说较为严谨。（1）立法目的正当性，也就是要求限制基本权利的法律必须是为了追求正当的目的。（2）适当性原则，也称为妥当性原则，是指法律所采用的限制基本权利的手段，必须能够促成所追求的目的的实现。并且这一环节采取的手段只需要能够部分满足立法目的即可，不需要完全达到目的。（3）必要性原则，是指在所有能够达成立法目的之方式中，必须选择对人民之权利造成最少侵害的方法，也就是说，在多种达成目的的手段之中，应当采取最为温和的手段。（4）狭义的比例原则的审查，应当将立法的目标利益与权利主体所受损害进行利益权衡，若后者大于前者，则该法不具合理性，有违宪之疑。^③也有学者认为，权利限制的负利益包括公民负担的增加以及副作用。^④

① 许安标，刘松山，中华人民共和国宪法通释，北京：中国法制出版社，2004：151.

② 肖海军，论营业权入宪，法律科学，2005（2）.

③ 陈新民，德国公法学基础理论：上，北京：法律出版社，2010：417-420.

④ 张翔，公民基本权利的规范构建，北京：高等教育出版社，2008：72.

德国药店案的重大贡献是对“比例原则”进行了细化，即区分基本权利的不同层次来证立不同强度的限制手段，形成了“三阶层理论”，从而加强了通过比例原则审查公民基本权利限制的客观性，在一定程度上消除了对比例原则主观性过强的诟病。具体而言，在审查立法目的的正当性时，要区分是公民基本权利的哪一层次受到了限制，从而对应审查立法机关是否基于公共利益、重大公共利益或非常重大公共利益；三阶层理论最大的亮点是在必要性环节，即审查立法机关是否按照阶层采取了对公民权利损害最小的方式。虽然这一模型针对职业自由而设立，但却可以普遍化为对各项基本权利的限制。药店案在德国联邦宪法法院的判例中极其重要，一方面源于比例原则本身在宪法学中的重要地位，另一方面也归因于该案创立了对公民基本权利分层限制的框架模式，因此，该案成为德国有关比例原则的经典案例，在之后的判决中被反复援引。

拓展阅读

Schmidt 认为比例原则并没有一定的标准，它会流向主观的、反理智的（情感主义的）后果，使得其他宪法理念——如平等权、法律安定性及确定性原则，都遭到伤害。而且，加上法官滥用这种原则，足以构成比例原则的暴力统治。Schmidt 之结论是比例原则可适度地在行政法及法官法内存在，不可扩充到宪法，尤其不可进入刑事法之领域。

——陈新民：《德国公法学基础理论》，北京：法律出版社，2010。

德国联邦宪法法院对各种自由权性质的基本权利限制的宪法审查均同样适用比例原则基准，即“基本权限制必须适当”“限制措施必须必要”和“限制措施必须合乎狭义比例原则”之审查基准。但这种“套套逻辑”并未解决诸如基本权利的限制措施怎样才算有助于法律目的的实现？如何判断达成目的的侵害手段是最轻的以及基本权利的价值重要性如何衡量之类的问题。诚如越来越多的学者所意识到的那样，比例原则作为审查一切基本权利限制案的基准，容易成为价值中立的空洞公式。甚至只提供一哲学性的思辨方向或辅助性的架构。

其实，德国联邦宪法法院对法律规范的审判并非价值中立。它通过带价值倾向的立法事实的审查论证，巧妙地解决了比例原则运用中所涉及的实质性价值判断难题。自1970年以后，宪法法院就将对案件审查重点转移到如何审查、控制受争议法律规范的立法事实的问题上。立法事实是指立法者对具有争议的法律规范所涉及的事实问题之主张或看法，是相对于判决事实或司法事实等概念而言的……联邦宪法法院对立立法事实的评价，显然注入了其特定的价值立场……在比例原则之框架上搭建起审查密度理论，即在适合性、必要性和效益比例原则适用上加以宽严不同的调控……如此精心的技术装置，遂使比例原则的抽象基准套上了类型化审查基准的实质思考……法院在“劳工企业参决案”判决中综合先前判决，将这些审查基准归纳为明显性审查、可支持性审查以及强力审查三种类别。

——何永红：《基本权利限制的宪法审查——以审查基准及其类型化为焦点》，北京：法律出版社，2009。

（日本）对经济自由的规制，根据规制的目的，可以区分为消极目的规制和积极目的规制。所谓的消极目的规制，主要是为了防范、消除或缓和对国民生命与健康的危害而科以的规制，通常被称为“警察性规制”。所谓积极目的规制，是基于福利国家的理念，为确保经济的协调发展，特别是保护社会性质、经济性质上的弱者而进行的规制，是作为社会性、经济性政策的一个环节而被采取的规制（判例上也如此解释）。例如，从为了保护中小企业而针对大型超市

等的巨额资本所实行的竞争规制；或对中小企业相互间的过分竞争的限制，到特许制等等，都是积极目的规制的经典例子。

规制之合宪性的判定基准，通常适用“合理性”的基准。这一基准是就立法目的及达成立法目的的手段这两方面，以一般人的立场为标准来审查其合理性。可否被认为，由于它是以立法机关所下的判断具有合理性为前提（合宪性推定原则），为此可以说是比较宽松的审查基准。

该“合理性”基准，根据规制职业活动的目的，被分为两种来适用：对于消极的、警察性的规制（消极目的规制），采用“严格合理性”的基准，即法院基于立法事实审查规制的必要性和合理性，以及有无“同样可以达成目的的、更为宽松的规制手段”；而对于积极的、政策的规制（积极目的规制），则适用所谓的“明显原则”。“明显原则”指的是“只有当该限制措施明显极为不合理时，才将其定为违宪”的方法，即承认立法机关广泛的立法裁量，对规制立法是否具有“合理性”实施宽泛的审查（但不能看作是意味着排除违宪审查）。

药店距离限制案

即对药店的开设要求做到适当分布的旧《药事法》第6条第2款以及广岛县条例的合宪性被提出争议的案件。最高法院（1）对于消极目的的规制（采取许可制的警察性规制），认为有必要审查规制的必要性、合理性，检讨用更加宽松的手段是否可以达到相同的目的；（2）认定了药店的距离限制乃属于为了防止对国民的生命、健康产生危害这种消极目的；（3）认为“开设药店的自由—药店偏于集中—竞争激烈化—部分药店经营不稳定—出售不良医药品的危险性”之间因果关系，由于无法依据立法事实加以合理证明，所以规制的合理性和必要性的存在不被认可；并且（4）论述道，立法目的可以通过更宽松的规制手段，即通过强化行政上的监管也可充分实现，从而判定适当分布的规制构成违宪（最高法院大法庭1975年4月30日判决，民集29卷4号572页）

——芦部信喜：宪法：第3版，高桥和之，增订，林来梵，凌维慈，龙绚丽，译，北京：北京大学出版社，2006：195-198。

参考文献

1. 康拉德·黑塞：联邦德国宪法纲要，北京：商务印书馆，2007。
2. 陈新民：德国公法学基础理论，北京：法律出版社，2010。
3. 张翔主编：德国宪法案例选释——基本权利理论：第1辑，北京：法律出版社，2012。
4. 何永红：基本权利限制的宪法审查——以审查基准及其类型化为焦点，北京：法律出版社，2009。
5. 姜昕：比例原则研究：一个宪政的视角，北京：法律出版社，2008。
6. 许玉镇：比例原则的法理研究，北京：中国社会科学出版社，2009。
7. 刘权：目的正当性与比例原则的重构，中国法学，2014（4）。
8. 钱福臣：解析阿列克西宪法权利适用的比例原则，环球法律评论，2011（4）。
9. 宋华琳：营业自由及其限制——以药店距离限制事件作为楔子，华东政法大学学报，2008（2）。