

基本权利与民事权利的区分 及宪法对民法的影响

于 飞*

内容提要：宪法上的基本权利与民事权利在义务人、权利广度、权利保护强度和对义务人的道德要求方面有本质区别。基于这种区分，关于宪法私法效力的直接效力说固然在理论上有导致权利冲突和损伤私法自治的弊端，间接效力说一样有过度确认民事权利的缺陷，而且后者在理论上也有很多弱点，两说均不足采。在未立法化的民事利益的保护问题上，宪法不应当对民法有影响，宪法对民法的影响应当限于制约强者的方面，并可借助“国家行为”的理论结构来发展我国的法解释。

关键词：基本权利 民事权利 直接效力说 间接效力说 国家行为

一、问题的提出

宪法对民法究竟有何影响？首先须对“影响”一词进行限制。影响可以是多方面、多角度的，如历史上、思想上、体系位阶上的影响等等。本文出于有助于解决实践问题的目的，将“影响”限定于民事裁判角度：即在司法实践中，宪法是否应当对法官裁判民事案件有影响？如果是，在何种意义和程度上有影响？

该问题实际上在民法和宪法学界均已得到相当多的讨论。民法中有“宪法是否为民法渊源”的问题。由于民法典必然的不完美性，立法者或理论者必须为民法寻找补充性渊源，如习惯法、判例、法理、学说等。那么宪法能否成为民法渊源之一种？对此问题很难简单地予以回答。从直观上看，与其它补充性渊源相比，宪法的特点在于有一套射程远比民法广泛的权利体系。如宪法基本权利中的财产权与人格尊严就几乎可以把民事权利网罗净尽，更遑论政治权利、各种自由权、平等权和社会权利了。当因民事立法不足而出现权利保护不足时，人们容易想到“特别法无规定时，适用一般法”的原则而适用宪法基本权利条款进行民事裁判，由此给人宪法是民法的渊源、并对民事裁判有直接影响的观感。这一推理过程存在的缺陷后文将详述，而民法学界对此问题存在分歧。有学者认为宪法是民法的渊源；〔1〕有学者未将宪法在民法渊源中予以列举；〔2〕有学者则明确指出宪

* 中国政法大学讲师。

〔1〕 参见江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第9页；彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社1994年版，第19页。

〔2〕 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2007年版；孙宪忠主编：《民法总论》，社会科学文献出版社2004年版。

法不是民法的渊源；〔3〕还有学者参照宪法学界的研究成果，认为在宪法的私法效力问题上，应采用“间接适用说”。〔4〕

在宪法学理论中，则有“宪法在私法中的效力”或“宪法的第三人效力”问题，其实践意义，也同样指向宪法基本权利条款对民事裁判能否发挥作用及发挥何种作用。以众所周知的“齐玉苓冒名上学案”〔5〕为肇端，宪法学界对此问题展开了热烈讨论，形成了“宪法司法化”和“宪法私法化”的热潮。在理论探讨中，学界对德国的“第三人效力”理论、美国的“国家行为”理论，以及日本、我国台湾地区的相关理论与判例，均有一定介绍，尤以德国方面的理论评介详细。关于宪法在私法中效力的实现方法，虽有不同意见，但相当一部分宪法学者对源于德国的“间接适用说”持肯定态度。〔6〕

相比理论上的讨论，实践中的案例则更疑窦丛生。令人遗憾的是，理论上的探讨似乎并不能为妥当处理涉及宪法基本权利的案件提供多少具体指导。在齐玉苓一案中，法院直接依据宪法第46条受教育权条款对受害人给予救济，就个案而言，此结果（并非理由）并无不妥。然而，此案能否推而广之？比如，我国受自身社会经济条件制约，虽经很大努力，但仍有许多未完成义务教育的失学少年儿童，他们或打工、或务农，甚或乞讨行骗，他们能否向那些与自己未能继续受教育有关联的私人——如监护人、学校、雇主等，要求侵权赔偿？对此等诉讼请求，法官如何决定是否保护？保护的话，是否保护范围过宽而易引起滥诉？不保护的话，又如何与齐玉苓案中受教育权应受保护的立场相协调？

齐玉苓案前后，我国出现了诸多与宪法平等权相关的反歧视案例。如2000年，四川成都三位消费者因“粗粮王红光”快餐店挂出“每位18元，国家公务员每位16元”的广告，起诉该店侵犯其宪法上的平等权，一、二审均败诉；〔7〕2004年安徽芜湖张先著因系乙肝病毒携带者被芜湖市人事局宣布在公务员考试中不予录取，张先著遂起诉人事局，一、二审获部分胜诉；〔8〕2005年，河南平顶山周香华因其工作单位平顶山建行要求其55岁退休，遂向法院起诉要求保护男女平等就业权，被驳回诉讼请求；〔9〕2005年，河南任诚宇、李东照因深圳市公安局龙岗区分局下属派出所所在公共场所悬挂“坚决打击河南籍敲诈勒索团伙”的横幅，以该行为违反宪法第33条“法律面前人人平等”并侵害其名誉权为由起诉，最终经调解结案，深圳市龙岗区分局赔礼道歉。〔10〕以上关于身份、健康、性别、籍贯的歧视案均涉及宪法平等权的保护问题，而要求保护者时而胜诉，时而败诉，理由何在？法官在决定保护时，如何进行法律推理上的逻辑构成；不保护时又如何尽其论辩义务？这里究竟有没有一般规则，还是放任法官自由裁量？如果允许法官在冲突的利益间就个案情况进行自由裁量，则宪法基本权利与一般民事权利相比特殊性何在？以及更为基本的问题，宪法基本权利有没有特殊性？

这里触及到了一个隐藏在形形色色问题之后的根基问题——宪法基本权利与民事权利有何本质区别？这一点若不清楚，就无法判断将宪法基本权利放在民法中加以保护——无论是直接或间接的

〔3〕 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2007年版，第29页。

〔4〕 参见魏振瀛主编：《民法》，北大高教出版社2007年版，第15页。

〔5〕 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》，2001年第5期，第158页以下。

〔6〕 蔡定剑：《中国宪法司法化的实施之路》，《中国社会科学》2004年第2期。张千帆：《论宪法效力的界定及其对私法的影响》，《比较法研究》2004年第2期。张翔：《基本权利在私法上效力的展开——以当代中国为背景》，《中外法学》2003年第5期。

〔7〕 《王勇等诉粗粮王红光店区分不同消费者收费违反法律面前人人平等原则应退还多收费用案》，《人民法院案例选》2002年第2辑。

〔8〕 岳巧轶：《“宪法司法化”的路径——对“张先著诉芜湖市人事局案”的再思考》，《社会科学论坛》2005年第10期。

〔9〕 参见房媛媛：《女性退休年龄的宪法学思考》，《法制与社会发展》2007年第2期。

〔10〕 参见赵晓秋：《我用法律警告：别把河南人妖魔化》，《法律与生活》2006年第6期。

方法——是否妥当。而在清晰区分两种权利的基础上，可以发现，现有基本权利在民法中的保护方法——即使是较有共识的“间接适用说”——在理论逻辑和实践效果上存在很大缺陷。进而对于“宪法对民法的影响”这一问题，人们可能会有新的认识。

二、宪法基本权利与民事权利的区分

宪法基本权利与一般民事权利有根本差异，分三方面论述：

（一）义务主体不同

此为区分两种权利的起点。民事权利的义务人是其他平等的民事主体，以私人为主。^{〔11〕}宪法基本权利的唯一义务人是行使公权力的国家。宪法是人民设立国家的契约，因此宪法在逻辑上便要解决两个问题：其一，国家如何设立。此即宪法中国家机构设置和权力分配问题；其二，国家设立之后与其设立者——人民之间的关系如何。国家不得侵犯人民的基本人权，此即宪法中基本权利的内容。可见，基本权利自设立之初便以国家为假想敌，并不指向其他私人。如德国基本法第1条第3款规定：“下列基本权利作为直接有效的法律，拘束立法权、执行权与司法权”，就是基本权利以国家为其义务人的明确表述。

基本权利的类型可进一步验证上述判断。基本权利可分为三类：其一，参政权，即选举权、被选举权、罢免权等古典政治权利。此类权利是为了保障人民对国家权力运作的参与和监督，显然是以国家为义务人。其二，自由权，又称防御权。此类权利的效力在于要求国家消极不作为，目的是保留公民自由活动的空间。如言论、出版、集会、结社、宗教自由及财产权等。其三，受益权，又称请求给付权。公民除要求国家消极不侵犯之外，更要求国家对私人承担积极作为义务，保障公民各种社会权利的实现。如获得社会保障权、劳动权、受教育权、生存权、弱者受特殊保护等。^{〔12〕}以上三种类型的基本权利均以国家为唯一义务人，这一点十分明显。^{〔13〕}

（二）权利的广度与保护强度不同

此为区分两种权利的核心。宪法基本权利的义务人是国家，面对国家这样一个具有巨大侵权能力的主体，公民为防止可能的侵害，便把基本权利设计得非常广泛并极具刚性。基本权利包括了政治权利、平等权、各类自由权与各类社会权，而民法中的财产权与人身权仅与宪法中自由权下的财产自由、人身自由与人格尊严大体相当。同时，广泛的基本权利还刚性十足，突出表现在对基本权利“限制的限制”上。基本权利并非不受任何限制，但此限制必须遵循“法律保留原则”与“比例原则”。法律保留原则解决以何种方法方能限制基本权利的问题，即只有人民选出的代议机关方得制定法律限制人民的基本权利。比例原则解决允许限制基本权利至何种程度的问题，又包含三项具体原则，即妥当性原则、必要性原则与狭义比例原则。妥当性原则要求国家所实施每一权力行为都必须以实现宪法或法律所规定的目的为目标，若某种国家权力行使行为系追求法定目的之外的其它利益（如私益、部门利益），则构成妥当性原则的违反。必要性原则是指国家机关在实现某一法定目的时，如果存在多种可以选择的手段，则应当选择对公民权利限制最小的手段。狭义比例原则是指，国家行使权力的行为对公民个人权利造成的损害与其所保护的社会利益之间应保持一定的比例

〔11〕 民事权利的义务人也可包括特殊情况下的国家。但此时，国家是作为普通民事主体而非公权力行使者的身份进入民事领域的，在民法中的地位与普通私人并无二致，如政府采购。

〔12〕 参见谢瑞智：《宪法新论》，台湾正中书局2000年版，第160页以下。

〔13〕 在宪法发展史中，曾有个别宪法条款直接调整私法关系的情况，如德国基本法第9条第3款，但属极个别例外，亦有其特殊的历史原因。我国宪法第二章“公民基本权利”中，也有类似于“任何人不得”这样的表述（第36、40、41条），给人以基本权利的义务人不限于国家的观感，但此与我国立宪之时对宪政思想与基本权利功能认识的时代局限性有关。

关系，不可因保护较小的社会利益而使公民承受过大的损失。^{〔14〕}可见，在国家与人民的关系上，以国家维护和促进人民基本权利为常态，以限制基本权利为特殊情况，即使不得已要限制基本权利，也须得到人民的授权（法律保留原则），并把对基本权利的限制降到最低（比例原则）。

与基本权利相反，民事权利的相对人是其他私权主体，私人之间并不具有类似于“公民——国家”那样的“目的——手段”关系，而是所有私人一律平等，均系法律的目的。于是，各平等私人间的权利不可能像基本权利一样具有刚性，而是必然受到以下两方面的限制：其一，人群共处，各私人间不免发生利益冲突，由于各个私人均系法律的目的，单纯限制某一方不具有正当性，因此只能使冲突的私人权利彼此限制，以求和谐共存。如相邻关系。其二也是更重要的，私法领域是个交易社会，交易的本质就是权利之间的互相交换与互相限制。如雇佣合同便限制了雇员的人身自由，抵押合同便限制了所有权等。在对他人权利进行限制时，私法不可能实现每一项合同权利——也即对相对方权利的限制手段——都有法律上的依据，也就谈不上适用法律保留原则；更不可能对每一项法律行为都进行比例原则的审查，检视该法律行为对相对人权利的限制是否降到最低。要在交易中适用法律保留原则与比例原则，等于宣告私法的死亡。

宪法与民法中常常有同名的权利，如财产权、人身自由等；但依前述分析来看，同名决不意味着同质，民法权利也决非宪法权利的具体化。宪法中的财产权是指国家不得侵犯公民的财产权，不得随意没收；宪法中的人身自由权是指国家不得侵犯公民的人身自由，非经正当司法程序不得逮捕公民或限制其人身自由。如果不得已要限制公民的基本权利，如征收、征用制度，则在理论上也须通过法律保留原则与比例原则的审查。民法中的财产权与人身自由权针对的是其他私主体，并得依私人合意进行权利限制，没有适用法律保留原则与比例原则的余地。正是由于基本权利与民事权利所处的法律关系不同，义务人不同，权利强度不同，因此即使重名，两者也是存在于平行领域的不同事物。

（三）对义务主体的道德要求不同

此为区分两种权利的根源。在“国家——人民”这一宪法关系中，双方主体地位不平等，人民的地位高于国家。国家不过是人民为了自己利益而创造的一种器物，因此，人民当然可以以主人的姿态，对自己的缔造物提出超道德要求。如，要求国家只能为对方（即人民）利益而存在，为对方利益而行使权力，为对方的全面发展提供保障，为一切有利于对方之事而不得损害之等。高道德要求意味着低容忍度，一旦国家稍微有损于人民，比例原则就会发挥作用。相反，私人之间的道德要求大大降低，容忍度也大幅度提高。比如，平等权为宪法上的一项基本权利，其含义为国家须对公民一律平等对待。对待他人一律平等实际上就是一种超道德要求，在私人之间，我们根本无权要求任何人对待他人一律平等，因为每个人都可以有自己的好恶亲疏，“对待陌生人像亲人一样”永远是个美妙的比喻。再如，宪法上弱者受特殊保护的权力也体现了一种超道德要求。我们可以要求国家对社会上的弱者给予特殊保障，却无权要求任何私人必须对弱者给予特殊照顾。对私人而言，此事关乎道德，但决非法律问题，而国家如果做不到这一点，就是违宪了。

可以把基本权利理解为一种类似于契约上的仅有对人效力的请求权，具有唯一确定的义务主体——国家，权利内容可为请求国家为消极的不侵犯（防御权），也可为请求国家为积极的给付（受益权），强度上极具刚性。而民事权利除债权之外，多体现为具有对世效力的支配权（物权、知识产权、人身权等），以其他一切私人为义务主体，权利内容无限多样（私法自治的作用），强度上则弱得多。

不妨以上述两种权利的差异为基础，对齐玉苓案进行一个回顾，看能否带来一些新的认识。受教育权本质上是一种宪法上的受益权，具有社会权性质，其功能乃是使国家承担发展教育的义务，

〔14〕 参见郝银钟、席作立：《宪政视角下的比例原则》，《法商研究》2004年第6期。

并为公民提供充分、平等的受教育机会。在齐玉苓案中，所谓的受教育权，应当分两个层面来分析理解，其一是齐玉苓从具有分配受教育机会权力的国家机关那里公平地获得此种机会的权利；其二是齐玉苓获得此机会后，得以不受干涉地接受教育的自由。前者是针对国家机关的一种请求权，国家不得将受教育机会在公民中作不公平分配，这是公民在宪法上的基本权利；后者则是在国家分配机会之后，获得机会的公民享受此利益的一种自由，此自由任何人都不得侵犯，具有对世效力，该利益与国家公权力无关，是一种民事利益，只不过没有立法化、权利化而已。谁有资格侵犯齐玉苓作为基本权利的受教育权？滕州市教委有资格，它是国家机关，而且代表国家控制着分配受教育机会的权力；济宁市商校也有资格，它是事业单位而非国家机关，但在我国，事业单位常常分享或代行部分国家权力，高等院校就是一个典型，它们也具有分配受教育机会的权力。但是，有资格侵犯与事实上有没有侵犯是两回事。本案中，依据最高法院公报，“被告济宁商校发出了录取齐玉苓为该校九〇级财会专业委培生的通知书，该通知书由滕州八中转交”。这说明，受教育机会已经被权力者公平地分配了。济宁商校的过错在于“对报到新生审查不严，在既无准考证又无有效证明的情况下接收陈晓琪”，并在陈毕业时，“违反档案管理办法让陈晓琪自带档案，给陈克政提供了撤换档案材料的机会”。可见，济宁商校的过错并非其作为国家权力行使者违反宪法义务、不公平分配教育机会的过错，而是在民事侵权行为发生后，过失地使侵权行为得以继续。滕州市教委的过错为，陈晓琪冒名上学后的第二年即1991年，“帮助陈克政伪造体格检查表”，使陈克政得以利用陈晓琪毕业时自带档案的机会撤换档案材料，使其冒名上学一事不被识破。显然，滕州市教委也没有不公平地分配受教育机会，也只是在侵权行为发生后，对侵权行为的持续起了一定的协助作用。

既然齐玉苓在宪法上的受教育权并未被侵犯，那么被侵犯的究竟是什么？实际上，齐玉苓被侵犯的正是受教育机会被公平地分配之后，不受干涉地享受这种利益的自由，这是一种民事主体丰富和发展自身人格的自由权利，故属于民法上人格权的范畴，又由于该权利并未立法化，故应作为一种可保护的人格利益。哪怕将此种人格利益立法化并冠以“受教育权”之名，它也与宪法上的受教育权判然有别。因而此案判决的法律依据不应当是宪法，而应当是民法通则第106条第2款：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任”。在此侵权行为的一般条款中，“人身”概念中包含了人身权和人身利益，故可将此案中原告“受教育的人格利益”涵盖在内。^[15] 本案中，陈克政、陈晓琪、滕州市八中、济宁商校、滕州市教委一干被告共同实施了民事侵权行为，承担连带责任应为适当。

值得一提的是，本案一审法院的判决书中认定，“原告齐玉苓主张的受教育权，属于公民一般人格权范畴。它是公民丰富和发展自身人格的自由权利”。这一判断相当准确，只是对此权利不予保护的结论显然失当。二审法院根据最高院批复，以宪法第46条为依据进行裁判，造成理论上的混淆，是“好心办坏事”；但在判决结果上，却保护了原告所谓宪法上的受教育权，给予原告较高数额的赔偿，又是“坏事变好事”。若将一审判决的定性判断与二审判决的赔偿结果结合起来，此案便堪称达到了理论和实践上的双重妥当性。

三、对宪法的私法效力理论的反思

在明确区分宪法基本权利与民事权利的基础上，可以对宪法的私法效力理论进行一番反思，看看将基本权利直接或间接地纳入民法中加以保护的做法，在理论上是否自洽，在实践中又是否妥当。

[15] 有学者准确指出了齐玉苓案的裁判依据应为民法通则106条第2款，参见梁慧星：《最高人民法院关于侵犯受教育权案的法释[2001]25号批复评析》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第23卷，金桥文化出版（香港）有限公司2002年版。

（一）对直接效力说的反思

直接效力说是指将宪法基本权利条款直接纳入民法中，并以宪法条款为直接裁判依据作出民事判决。直接效力说仅在特定国家特定时期的特定法院（德国20世纪50、60年代的劳动法院）发挥过作用，从未居于通说地位，反而是众多学者批判的对象，^{〔16〕}似乎不必再驳。本文在此处的论述并非为了“炒冷饭”，而是为了以下三个目的：其一，继续印证前文的观点；其二，齐玉苓案中，二审法院就是直接依宪法第46条作出判决，在理论上属于直接效力说，因此对此说的反思仍有实践意义；其三，后文还将提到，间接适用说与直接适用说的形式差异大于实质差异，对直接适用说的反思，在相当程度上对间接适用说也适用。

1. 直接效力说会导致基本权利的冲突

当公民在宪法上面对国家这个“低等级”的主体时，尽可以将自己的基本权利制定得且广且强，无非令国家多承担一些义务而已，不会发生权利冲突问题。然而，一旦将这些人人具有的广泛而刚性的权利放在私人之间适用，基本权利的冲突就不可避免。如1969年发生在德国的“杂志案”，^{〔17〕}就是双方私人间言论自由的直接冲突，此时，法官如何决定保护谁与限制谁？又如何将比例原则在双方当事人身上同时适用？而且，无论法官最后如何判决，都会产生“保护一种基本权利，就是剥夺另一种基本权利”的悖论。这一悖论又会进一步引申出一个更加危险的后果，就是人们会突然发现原来基本权利也并非那样刚性十足，也是可以在衡量中被舍弃的，从而导致基本权利效力的弱化。这一认识反射回宪法层面，会动摇基本权利理论的根基。

事实上，作为一种基本权利的言论自由，是公民对抗国家公权力压制，对外发表内心意见，以形成公意和舆论的权利。国家若要限制公民言论自由，必须受到严格审查。然而，当两个私人因意见不一发生言论冲突时，既不存在国家，也不存在公权力的压迫，更没有对双方适用法律保留原则与比例原则的余地。这里真正发生的是两个未权利化的民事利益之间的冲突，此种民事利益也可以被冠名以“言论自由”，但与宪法上的基本权利是两回事。在私法领域中，作为民事利益的言论自由要受到他人的言论自由、名誉权、隐私权、人格尊严等多种限制，不可能具有刚性。法官在审理此类私人言论冲突的案件时，要做的也只是在冲突的民事利益之间进行利益衡量，根本不会出现“保护一种基本权利，就是剥夺另一种基本权利”的问题，基本权利的效力也不会因某一方的民事利益未得到保护而被弱化。只有坚持了基本权利与民事权利的区分，还所谓“私人间基本权利冲突”以“未立法化的民事利益冲突”的实质，才能解开迷局。

2. 直接效力说会损伤私法自治

直接效力说的第二个弊端是会损害私法自治。比如，公司与雇员在雇佣合同中约定，“若雇员在外散布有损公司声誉的消息，公司有权解除合同”，合同订立后，雇员可否基于公司侵犯其言论自由的基本权利而主张该条款无效？依前文分析，可知这里雇员的权利并非宪法上的基本权利，而只是一种言论自由的民事利益。依私法自治精神，私人原则上得依合意对其民事权益进行限制，故此例中若无意思表示瑕疵，合同效力并不能被否定。然而，如果依直接效力说，将雇员的权利视为基本权利，强调其刚性，并对该雇佣合同进行法律保留原则和比例原则的审查，则该合同必定无效，这样实际上严重损害了公司一方的契约自由。

直接效力说的实质，是将一些未立法化的民事利益披上基本权利的外衣，在诉讼中加以保护。然而问题在于，应将披上基本权利外衣的民事利益作为基本权利对待，还是作为民事权利对待？若作为刚性的基本权利对待，则权利冲突与对私法自治的损伤就不可避免，若作为弹性的民事权利对待，则基本权利的效力就会被削弱。这一两难处境，终究是没有清晰区分基本权利与民事权利的不

〔16〕 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（上），山东人民出版社2001年版，第291页以下。

〔17〕 同上书，第319页以下。

同性性质造成的。

3. 对两种易滋混淆的观点的澄清

有人可能会说，宪法是具有高位阶的一般法；民法是居于低位阶的特别法；特别法中无规定时，适用一般法的规则，此为法理常识，有何不妥？其实，一般法与特别法关系的成立，需要一个前提，即两法的调整领域须重合。如民法通则与合同法均调整合同关系，若合同法未对某一问题作出规定，则可适用民法通则。宪法所调整的，一为国家机关的组织与权力分配关系，二为国家与人民之间的关系，至于私人之间的关系，则白纸委任给民法去形成。于是在制定民法时，须表明自己是接受宪法委托，“根据宪法，制定本法”，在这一授权意义上，宪法与民法有了高低位阶之分。然而从调整领域上说，宪法与民法的关系毋宁说是平行的；调整领域不重合的法律，不能适用“特别法无规定，适用一般法”的规则。民法无规定时，不能适用刑法；同理，民法无规定时，也不能适用宪法。

还有人可能会说，既然国家都不能侵犯基本权利，个人当然更不能侵犯。这一观点虽然朴实，却很有迷惑性。实际上，前文已经分析，人民为防止公权力的侵犯，对国家道德要求高而容忍度低；私人之间为了保障基本行为自由，道德要求低而容忍度高。国家不可侵犯人民的平等权，而人民却尽可以爱有差等；国家不得轻易限制人民的基本权利，而人民却可依合意对彼此权利进行限制和转让。因此，国家不能侵犯的，人民却可以“侵犯”，国家不能限制的，人民却可以“限制”。这与侵权能力强弱无关，而是根源于对不同主体的不同道德要求。基本权利只能存在于“国家——人民”这一特定法律关系背景中，也就决定了它只能被唯一的相对人国家所侵犯。还需指出一点，“既然国家都不能侵犯基本权利，个人当然更不能侵犯”这一论点，隐藏着一个前提。此前提其实不是国家比私人更有能力侵犯，而是国家比私人更有理由侵犯，实际上意味着国家是比私人更高等的主体。该前提至少在理论上是不成立的。

（二）对间接效力说的反思

间接效力说在德国和我国台湾地区居于通说地位。其典型表述为，“‘宪法’规定的基本权利不仅是个别、主观的权利，更是一种客观的价值体系，扩散到所有的法律领域，尤其是私法。基本权利的功能，除保护人民不受公权力侵害外，并在保护人民不受其他第三人的侵害。私人间的民事关系亦应受基本权利的规范，惟应采‘间接效力说’，即经由民法上的概括条款实现‘宪法’基本权利的价值体系，期能在法律体系上保障私法的自主性，使私法在其完整体系之内解决私法问题，并维持法整体秩序的一致性。”〔18〕

间接效力说较之直接效力说，在三个方面具有优越性。其一，把基本权利群转化为“客观的价值体系”（或“客观价值规范”），再披上民法概括条款的外衣，起到了软化基本权利强度的作用，方便法官在权利冲突时进行利益衡量。其二，间接适用说以“公序良俗”作为主要的传递基本权利价值的通道，当基本权利与私法自治发生矛盾时，就可以借助民法中原有的公序良俗与意思自治之间紧张的平衡关系，由法官就个案进行妥当的利益衡量，消弭基本权利对私法自治的损伤。其三，间接效力说系以民法中的概括条款为民事案件的裁判依据，基本权利条款仅在解释概括条款的内涵上起作用，这样就避免了直接以宪法条款裁判民事案件，在形式上维持了私法的独立性。

由上观之，间接效力说似乎克服了直接效力说的弊病，并且维持了私法的独立，能够很好地弥补民事立法与权利保护的不足，看来尽善尽美。然而，若结合前文所论进行分析，间接适用说在理论逻辑和实践效果上仍然有相当大的缺陷，值得认真反思。

1. 间接效力说的理论起点存在逻辑跳跃

间接效力说的理论起点为，基本权利并非仅是主观的、个别的权利，而且形成了一种客观的价

〔18〕 王泽鉴：《民法总则》，《王泽鉴法学全集》第11卷，中国政法大学出版社2003年版，第297页。

价值体系,由于此价值体系如此重要和根本,故全体法律领域均须受其影响,私法也不例外。这一前提在理论上能自洽吗?

主观的、个别的权利是指某类具体主体才得享有的、有具体内容和明确义务对象的权利;而客观的价值体系则是指一种脱离了特定主体的抽象原则和法秩序,而且此原则和秩序有“影响全体法律领域”的功能,使一切主体均负有对其尊重的义务。如言论自由是一项主观权利,其意为“公民有以言论自由对抗国家压制的权利”,若转化为客观价值体系,就是一个类似“言论自由应受尊重”这样的抽象秩序。在这一转化过程中,言论自由这项主观权利损失了什么?实际上它被抽去了权利主体、权利客体和权利行使方式三项核心内容,从而把权利人从公法中与国家对立意义上的公民变为私法中的普通私人,把义务人由国家扩大一切主体,把权利行使方式从对抗国家侵害变成对抗一切人的干预,把具体权利变成了纯粹诫命。^[19]基本权利显然是针对国家的,只有将其转化为一种人人均须尊重的普遍价值,才有可能将其对人效力转化为对世效力,这才是这一转化的目的。

从主观权利到客观价值体系,这是一个堪称飞跃的转变,然而遗憾的是,如此巨大的转换却没有说明,而是以“基本权利并非仅是主观的、个别的权利,更是一种客观的价值体系”这样简单的语言,在不知不觉中悄悄完成的。^[20]这一转换抽离了基本权利的背景和特征,未予说明即为裁剪,存在逻辑上的跳跃。

2. 并不存在“私人间基本权利的侵犯”

无论是直接效力说还是间接效力说,都隐含着共同的前提,即之所以要把基本权利直接或间接地适用于私法,原因在于基本权利也可能被私人所侵犯。从前文分析可知,基本权利本身是对“国家—人民”关系的一种表述,仅在国家人民之间这个公法特定背景下才存在;若抽离这一背景,场景换为私法领域,基本权利立刻化为乌有。私人拥有的、又能够被其他私人侵犯的,只能是民事权益,不可能是其他。“私人间基本权利的侵犯”本身就是个“关公战秦琼”的问题。这仍然是人们不自觉地用基本权利去吸纳民法中未立法化的民事利益的结果。

有一种相当普遍的观点,即认为基本权利原系仅针对国家,但随着社会强弱分化,原来只有国家才有能力侵犯的基本权利,现在社会中的强者也能侵犯了,因此需要将基本权利适用于私人之间。^[21]在强弱分化的社会客观背景之下,科以强者类似国家对人民的基本权利尊重义务,是一条蕴含着合理性的思路,后文还将论述。但此观点不自觉地又陷入另一个误区,即从需要科以强者较多义务出发,最后得出了基本权利影响全体私法主体的结论。虽然我们无法从统计上计算出民法中强弱对立的法律关系与双方基本平等的法律关系何者为多,但以限制强者为理由,使实质地位基本平等的法律关系当事人也承担类似国家的严苛的基本权利尊重义务,明显不妥当。

3. 宪法基本权利条款对私法的“效力”和“适用”在表述上不确切

间接效力说也可表述为“间接适用说”,无论哪种表述,都蕴含着宪法在私法中有某种适用,宪法对私人有某种效力的内涵。显然,既然私人之间不存在所谓“基本权利的侵犯”,基本权利条款也就谈不上对私法有什么效力或适用。能够对私人纠纷有效力并适用的,只能是私法,只不过法官需要运用民法解释方法,把未立法化的民事利益纳入私法保护范围而已。那么,在对私法条款进

[19] 参见张嘉尹:《基本权理论、基本权功能与基本权客观面向》,载《当代公法新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》(上),台湾元照出版社2002年版,第53页以下。

[20] 应当指出,在德国宪法理论中,本来就有基本权利具备主观权利与客观法双重性质的理论。但该理论中的“客观法”,指的是基本权利本身就是约束国家公权力的法律,从而在基本权利作为一种主观权利可以防御国家侵害之外,以“客观法”概念科以国家积极的保护义务,此种保护义务主要是指立法机关的立法义务。该理论仍然是在调整“国家—人民”之间的关系,并旨在加强国家一方的义务,与间接适用说中将主观权利抽象为得对抗一切主体、科以私人义务的纯粹诫命是不同的。参见张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期。

[21] 参见前引[16],陈新民书,第329页。大陆学者对此观点的陈述亦非常普遍,恕不一一列举。

行解释的时候，能否利用宪法进行解释，并由此证明宪法对私法有间接效力呢？首先，正如我们不会在运用体系解释、目的解释、历史解释、比较法解释的方法之后，宣称体系、目的、历史、比较法得到了适用或有某种法律效力一样，在利用宪法对私法条款进行解释之后，也无法据此声称宪法在私法中得到了适用或具有效力。其次但却是更为根本的，我们能利用宪法基本权利条款的什么来解释民法呢？基本权利的唯一精神，就是国家不得侵犯人民，这一精神能用来解释什么民法规则？而一旦把“国家不得侵犯人民”中的“国家”二字去掉，立刻就掉入了前述的逻辑误区，把基本权利变成价值秩序了。基本权利在民法解释中能起到的作用，恐怕只能是类似于古人见西风而思念家乡的联想功能，即由于见到宪法上有某种基本权利，因而联想到本案中可能存在一种与之名称相近的民事利益值得保护，但这种联想已经脱离了法学解释方法的范畴。总之，在私法条款的解释适用与私人纠纷的解决中，基本权利并未得到适用或有某种效力，哪怕是间接的。

4. 间接适用说与直接适用说都会导致对民事权利的过度确认

直接效力说以基本权利条款作为民事裁判的依据，虽然有权利冲突和损伤私法自治的隐忧，但这种顾虑毋宁说是理论上的。因为在审判实践中，排除法律外的因素，民事法官永远是个案妥当性压倒一切，他们不可能对任何所谓基本权利进行绝对保护，利益衡量是必然的。间接效力说的所谓优越性，也只是克服了直接效力说形式上存在、而在实践中并不存在的弱点。间接效力说把基本权利转化为客观价值体系，并通过概括条款引入民法，一旦该客观价值体系在民事诉讼中被违反，法官即须考虑保护。事实上，间接适用说与直接适用说的区分，形式意义大于实质意义；直接效力说的“基本权利被侵犯”与间接效力说的“基本权利价值体系被违反”，两者在法官审判思维中造成的差别非常小，如果不说没有的话。真正实质的问题是，直接效力说与间接效力说都具备下文所述的实质缺陷，即对民事权利的过度确认。

2000年发生在成都的粗粮王红光店平等权案，快餐店挂出“每位18元，国家公务员每位16元”的广告，三位消费者以侵犯其公民的平等权为由起诉。实际上，惹起诉讼的只是被告广告的前半段，后半段是“1.3米以下儿童9元；当天生日者凭身份证免费就餐一次”。〔22〕那么，后半段有没有侵犯1.3米以上儿童或非过生日公民的平等权？为什么只有前半段成为诉讼原因？后半段与前半段又有什么本质区别？实际上，该广告更多地只能被理解为店家的一种促销策略，属于店家经营自由的一部分。如果消费者对经营者的经营策略有意见，完全可以“用脚投票”，店家一旦发现顾客减少，自然会取消广告。如果该店的主要顾客群为公务员，店主认为即使非公务员顾客流失，只要能够维护和增加其主要客户，挂广告仍然利大于弊，那他当然有此自由。因此，本文认为该案一、二审均判原告败诉是妥当的。这里导致诉讼的决定性原因，恐怕是该广告引起了人们对痛恨已久的“官本位”的联想。

平等权是公民要求国家平等地对待自己的权利，以避免国家依其强权在国民中划分等级。然而，私人之间有权要求他人一律平等地对待自己吗？如果承认私人应当有一定的思想自由和行为自由，就会承认私人可以拥有自己的爱憎好恶并在社会允许的范围内表达之，也就不得不承认私人无法要求他人一概平等地对待自己。在私人之间，过高的道德要求会严重限制个人的思想与行为自由。从根本上说，这还是“公民有权要求国家平等对待自己”这一主观权利被抽象为“平等权应当被尊重”这一客观法秩序的结果。对不同义务主体的不同道德要求这一重要背景被抽离了，导致平等权范围急剧扩大，覆盖了大片与己无关的领域，催生了众多子虚乌有的权利内容和义务主体。若再依这一客观法秩序对本不存在的所谓权利进行保护，必然不妥当。

无论是直接适用说还是间接适用说，都起到了把基本权利（或基本权利价值体系）引入民法，一旦在民事纠纷中涉及所谓基本权利被侵犯（或其价值被违反），就要求法官加以考量的效果。然

〔22〕 同前引〔7〕。

而，基本权利的射程过于广泛，是公民对国家高标准、严要求的结果，其范围比民法中那些未立法化但需要保护的民事利益要广得多。把广泛的基本权利无论以直接或间接的手法纳入民法中，看似更多地确认了人民权利，实际上过于宽泛的权利彼此克制，反而限制了人民的自由。在民事审判中，很多时候这种所谓基本权利的考量不仅不必要，反而是一种干扰；它打破了既有的民事权利体系的平衡，增加了利益衡量中不必要的变量，实质上是对民事权利的过度确认。

齐玉苓案同样是一个对民事权利过度确认的例证。该案中，真正被保护的，也是应当被保护的，是获得受教育机会后私人不受干预地接受教育的自由。然而此案中确立的一般规则却是“受教育权应受保护”。受教育权比本案中真正受到保护的具体人格利益要宽泛得多，这是从狭小的个案中抽象出宽泛的一般规则的典型，违反了归纳法。此案以后，我国数量巨大的失学少年儿童能否向那些与自己未能继续受教育有关联的私人——如监护人、学校、雇主等，要求侵权赔偿？多数情况下恐怕不能，但法官在“受教育权应受保护”这一规则的制约之下，就会进退两难：对所谓受教育权一律保护不可能，但为什么在彼案中能够保护，而在此案中不能保护？既然承认人民享有受教育权，难道受教育权还有三六九等？不保护的话，又如何论理，以便在维持个案妥当性的同时，又能够逃脱前案确定的一般规则？民法中未立法化而应受到保护的民事利益，比起射程广泛的基本权利，犹如大厦中的一颗樱桃。齐玉苓案正好落在了这颗樱桃上，故个案妥当，还不易觉察出问题；然而一旦有案件落在那广大的空荡荡处，法律就会陷入窘境。无论是直接适用说还是间接适用说，都会导致对民事权利的过度确认，因此均不妥当。

有学者试图对基本权利进行不同的分类，并赋予不同的效力。如，将纯粹国家取向的权利称为宪法上的相对权，把同时具有国家与私人取向的权利称为宪法上的绝对权。在相对权中也会出现“相对权的绝对效力”这样的中间现象。^[23]如此一来，就只有部分基本权利能在私法中发生效力，客观上减少了对民事权利的过度确认。但此说仍然有以下两点不足：其一，即使在同一权利内部，如受教育权，基本权利的范围仍然远远大于私人应受保护的民事利益，仍然存在对民事权利的过度确认；其二，所谓“相对权的绝对效力”，实则包括了两种不同的权利，发挥相对效力时是基本权利，而发挥绝对效力时就是民事权利了，名一而实二。用一个概念容纳两种不同的权利，仍然是混淆。解决对民事权利过度确认的根本方法，不在于基本权利的内部区分，而在于基本权利与民事权利的区分。

扩大民事主体的权益范围，增加对人权的保护，这是世界潮流，浩浩荡荡，不可阻挡。但过犹不及，对民事权利的过度确认未必是权利者的福音，却可能是侵权诉讼泛滥和法官适用法律窘境的开始。

四、宪法与民法的分野及宪法对民法的影响

（一）实践的两个需要——宪法与民法的分野

抛开一切形式理性上的理论架构，“宪法作为民法渊源”及“宪法的私法效力”问题，所针对的实践需要有两个。

第一个需要，是对民法中必然存在的未立法化的民事利益提供保护。对此应遵循民法中长期以来形成的稳妥做法，即由法官运用民法解释学方法，为民事利益提供保护依据，并在个案中根据具体情事进行利益衡量，以决定是否保护；然后，判例与学说协作，对判决进行理论整理和类型化工作，尝试抽象出一般规则；在某种利益典型化、成熟化之后，由民事立法确认其民事权利的地位。

[23] 参见苏永钦：《宪法权利的民法效力》，载苏永钦：《合宪性控制的理论与实际》，台湾月旦出版社1994年版，第9页。大陆学者在这方面的努力，参见前引[6]，蔡定剑文。

在这个过程中，宪法并未参与其中。如果纳入基本权利或基本权利价值体系来保护个别民事利益，实属“以炮轰鸟”，鸟固然轰得下来，但破坏甚巨，副作用太大，故直接效力说与间接效力说均不宜采用。宪法仍应致力于解决国家权力的分配制衡，防范国家对人民的侵犯，如本文第一部分所提到的张先著诉芜湖市人事局乙肝歧视案、周香华诉平顶山建行侵犯男女平等就业权案，此两案均涉及国家权力依健康状况、性别为标准对人民实行差别待遇，是宪法上的平等权问题，国家权力对公民基本权利的限制行为应受严格审查。在私人间，宪法并无适用余地，在这个意义上，宪法对私法的“无效力说”更为合理。

第二个需要，是对社会中的强者予以制约。这是真正问题之所在。私法发展至现代，由于强弱分化悬殊，私人间人人平等的假设破灭，私法自治与契约自由常沦为强者压迫弱者的工具，这是尽人皆知的私法的局限性。而基本权利条款正是制约国家这个事实上强者的工具，这种功能上的契合，使私法借用基本权利条款存在了理论上的可能。

但是，这一理论上的可能要想转化为现实，还须经过必要性与适当性的检验。就必要性而言，民法自身已经有大量抑强扶弱的制度，如诚信原则、公序良俗原则、禁止权利滥用原则、意思表示瑕疵制度、格式条款的规制、危险责任、强制缔约等等。是否还有必要从宪法上引入一个基本权利制度？基本权利与民法中其他追求实质公平的制度相比又有什么独特功能？事实上，基本权利的独特性就在于它将科以强者类似于国家的义务，使强者像国家一样尊重乃至保障相对人的基本权利，对强者的行为适用比例原则进行审查，这是只有公法主体才能得到的“待遇”。民法基于其私法性质，无论如何发展不出这样沉重的制约和负担。于是，必要性又牵扯出了适当性的问题：强者虽强，也是私人，将这种公法上的负担加诸于私人身上，是否过分？是否需要及怎样才能把握一个度？这是问题的核心，也是最困难和最有实践意义之处。日本最高法院在1973年“三菱树脂事件”的判决中，表达了如下观点：“在私人自治名义之下无限制地承认优势者的支配力，难以否认有可能严重侵害或限制劣势者的自由和平等，但以此为由在此认为应该承认宪法的基本权保障规定的适用以及类推适用的见解也不能采用。因为上述事实上的支配关系，其支配力之形态、程度、规模等各种各样，什么样的场合应该将此与国家或公共团体的支配同视，难以判断……”〔24〕这是深刻的见解。国家虽有不同机关的区分，但性质毕竟单一，整体地科以各公权机关对基本权利的保护义务，并无不当。但对于私人，即使是强者之间，具体程度也千差万别。对基本权利的义务和对民事权利的义务差异又如此巨大，任何私人一旦被加诸类似于国家的义务，都不啻为一场灾难，这里需要极为严格地解释。

可以借鉴美国“国家行为”的理论结构，作为界定宪法对民法影响的理论骨架。美国没有明确的公、私法划分观念，但对“宪法监督国家”这一传统宪政理念，却十分信奉，坚持宪法只能适用于国家行为，不能适用于私人行为。在判断何为国家行为的问题上，美国人又表现出一定的灵活性，认为由于某种原因，有的私人行为应当与国家行为同视，否则，国家会通过私人完成某些权力行使行为，从而逃避宪法责任。可见，国家行为理论的最大特点，在于毫无疑义地宣称宪法仅能适于国家行为，在私人领域没有适用余地，这与本文前面的分析十分契合，可以避免基本权利与民事权利的继续混淆；同时，又通过解释的方法，把社会上的特殊强者纳入国家行为之中，有助于真正问题的解决。

然而，上述理论功能的发挥，依赖于对国家行为与私人行为的恰当界定，否则岂止无益，简直是祸害无穷。在这方面美国做得并不好，国家行为常常被解释得相当宽泛，而且判例庞杂多变，常常相互矛盾，难以形成一般规则。〔25〕连美国最高法院都承认：“建构并适用一个识别国家责任的

〔24〕 张允起：《日本有关人权的第三者效力的论说与实践》，载张庆福主编：《宪政论丛》第3卷，法律出版社2003年版。

〔25〕 参见法治斌：《私人关系与宪法保障》，载法治斌：《人权保障与释宪法制》，台湾月旦出版社1993年版，第4页以下。

精确公式，是一个不可能的任务，本院也从未试图这样做。国家对私人行为的介入并非轻易就能辨别，只有通过变动不居的案件事实并权衡案件的背景环境，才能认清该介入的真实意义。”〔26〕这当然与美国的判例法传统有关。所以，本文只是主张借鉴国家行为的“理论架构”来作为解决宪法对民法影响问题的“骨架”，而非借鉴其具体规则。

（二）基本权利在国家公权行为之外的适用——宪法对民法的影响

在我国，关于宪法对民法的影响问题，在坚持基本权利条款只能适用于国家的公权行使行为、在私人之间并无适用余地之后，还应在哪些情况下扩张基本权利的适用范围？以下分三点阐述。

1. 准国家机关，包括一些事业单位和特殊的社会团体。以上机构虽非国家机关，但在我国却常常代行部分公权力，拥有以公权力侵害公民基本权利的能力和机会，因此应受宪法基本权利条款的拘束。须注意，此时准国家机关与公民之间仍属公法关系，虽属于基本权利对国家机关之外主体的适用，但不属于宪法对私法的影响。

2. 国库行为。国库行为是指国家或国家之下的公法人以私法主体的地位，参与私法交易的活动。国家行使公权力时，当然受基本权利拘束；当国家为私法行为时，原则上是以平等民事主体的地位参加交易，基本权利就不再当然适用，但还须再区分三种情况。其一，单纯营利性性质的企业活动（行政营利），指国家及其他公法人以增加国库收入为主要目的，如同私人企业一般参与营利活动。如国家烟草专卖行为，国有石油公司的经营行为等。其二，行政辅助行为，指国家机关为行使公权力而购置所需的物品及管理财产的行为。如国家机关买电脑、租办公楼等。其三，以私法形式完成公行政任务（行政私法），此类行为本属国家所应完成的给付行政任务，本质上应属公法行为，但却藉由私法法律形式来完成。主要包括国家通过私法形式完成对公民提供基本生活保障的给付行政任务，如国家供应水电、邮政、电信等均属之。以上三类行为，前两种属于纯粹的私法行为，基本权利对其不生效力。第三种行为则须受基本权利拘束，因为行政私法行为的目的终究在于实现国家对人民生活福利的照顾责任，具有强烈的公益色彩，如果基本权利在此时不具有拘束力，则国家可以在人民生活保障问题上避难到私法，以逃避基本权利的效力。〔27〕

3. 强大而居于支配地位的私人。“巨大之企业组织或工会、农会及各种工商团体等大型团体所拥有的权力，已类似国家机关之公权力，其行使之强大权力，已具有私法政府或私法统治（private government）之性质，因对国民之社会性、经济性、政治性、生活具有直接及决定性之影响，已无法将其当作是私法现象放任其自行依私法加以规范，应认为是类似国家行为，直接适用宪法之规定。”〔28〕理论上固然可以这样认识，然而更重要的是如何操作。有以下三点需要考虑：其一，并非所有的基本权利均得在此适用。强者虽强，也是私人，因此，其不可能承担对其他私人参政权的保障义务，也不应当承担受益权中的积极给付义务。能够对私人中强者适用的，仅为基本权利中的防御权，包括各类自由权与平等权。其二，当强者为限制其他私人基本权利的行为时，由于私法中不可能做到事事有法律依据，因此强者的行为不必受法律保留原则的审查，而只受比例原则的审查。其三，也是前文所提到的最困难的问题，即达到什么标准会构成这里的强者？

仍以粗粮王红光店平等权案为例，如果该快餐店在成都达到垄断性乃至独占性经营地位，因此可以依其意愿对该地域其他私人实行差别待遇，其他私人若要获得此种服务，就必须接受此不平等，否则只有不接受服务。此时，若该店再挂出“每位18元，国家公务员每位16元”的广告，消费者能否获得宪法平等权的保护？似乎可以，但结论却不能骤下。如果真的作出肯定回答，代价会

〔26〕 See G. Sidney Buchanan, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: the Search for Governmental Responsibility* (Part I), 34 *Houston Law Review* 336 (1997).

〔27〕 参见法治斌、董保城：《宪法新论》，台湾元照出版社2004年版，第163页以下。

〔28〕 前引〔12〕，谢瑞智书，第193页。

非常沉重，因为店家会丧失相当程度的经营自由，不能再使用差别性促销手段，产品定价较高可能会被认为未能保障其他私人的财产权，进货价格较低也可能会遭到比例原则的审查。这样一来，谁还愿意成为强者？如果人们失去了成为强者的愿望，社会效率会不会受损？宪法上基本权利的拘束是一个过于沉重的负担，将其加诸于任何私人，都必须慎之又慎，即使对在特定行业或特定领域居于垄断地位的私人，也不能当然认为其应受基本权利的拘束。事实上，本文在此也只是作为一个问题的提出者，认为基本权利条款对民法的影响应当向制约强者的方向考虑，而不愿意在判断标准上轻易下结论。本质上说，此类实践性判断标准的确立，固然需要理论上的推演和借鉴域外经验，但更重要的，要靠实践中典型案例来推动。

五、结 论

本文之所以不用宪法对民法的“效力”，而用“影响”一词，是因为笔者原则上不认为宪法基本权利对民法有效力，尤其不认为宪法有如同间接效力说所谓的对整体私法领域的效力。但宪法可以对民法有影响，此种影响表现在局部的、有类似于“国家——人民”性质的私人支配关系中。而所有这一切，根源于基本权利与民事权利的区分。

宪法基本权利与民事权利指向的义务人不同，这是所有差异的起点。人民对国家的道德要求远远高于私人之间的道德要求，由此一方面导致基本权利范围远比民事权利广泛，另一方面导致基本权利的强度远远高于民事权利。对两种权利本质差异的模糊认识造成了许多理论迷局，其中之一就是所谓的宪法的私法效力问题。

如果把刚性的基本权利直接纳入民法适用，有造成权利冲突和损伤私法自治的理论弊端；若把基本权利转换成基本权利价值体系后间接地引入民法，可以暗地里抽去基本权利的刚性，但基本权利的广泛性依然会造成实践中民事权利的过度确认；即使在对基本权利进行分类后仅将部分基本权利价值纳入民法，具体基本权利的外延依然过宽。两种理论都会造成基本权利在宪法中是一种性质，在民法中是另一种性质的局面，继续混淆两种权利。

实践中真正需要解决的相关问题有两个：其一是对未立法化的民事利益予以保护，在这个问题上宪法不应有对民法有影响。从绝对意义上说，特定国家内，何时会产生何种新的值得保护的民事利益，在理论上是无法预判的，只有把主动权交给法官，由法官在个案中甄别具体新型民事利益并决定是否保护，然后再由学说协力，最后才诉诸立法。事先把大量拘束概括地推给法官是不妥当的。其二是对强者的制约，在这个问题上，由于功能上的亲合，宪法具有了对民法发挥影响的合理阵地。虽然强者标准的确定将非常艰难，但这是宪法基本权利对私法有影响的正确而有前景的方向。