

再訪基本權第三人效力

王耀霆（學習司法官）

目次

壹、前言	53
一、問題意識.....	53
二、本文結構.....	54
貳、間接適用說的現狀	54
一、狹義合憲解釋型：法院裁判作為侵害來源.....	54
（一）理論說法.....	55
（二）分析檢討.....	56
1、基本權保護義務.....	56
2、不同層次的問題.....	58
二、憲法取向解釋型：基本權作用型態的擴大.....	59
（一）理論說法.....	59
（三）分析檢討.....	61
1、必要的論證過程.....	61
2、正當性基礎何在.....	62
參、新不適用說的提出	64
一、理論說法.....	64
（一）新不適用說的前提.....	64
（二）間接適用說的問題.....	66
（三）新不適用說的立場.....	66
（四）新不適用說的方法.....	67
二、分析檢討.....	68
（一）不同理論間的差異.....	68
（二）差異所代表的意義.....	69
肆、結論	70

壹、前言

一、問題意識

所謂的基本權第三人效力，簡單來說就是：基本權—是否及如何—適用於私法關係？

這個問題是以近代立憲意義的憲法觀為前提。亦即，憲法基於文義、體系及歷史解釋，具有國家取向性（以國家為規範對象）⁸²。以此為前提，才會發生基本權得否對抗非國家（相對人）的其他私人（第三人），也就是基本權第三人效力的問題。

我國通說一如日本及德國的通說，向來是採取所謂間接適用說的立場，亦即，基本權規定雖然不能直接適用，但是可以透過私法規範間接適用於私法關係⁸³。然而，關於間接適用說詳細的論證脈絡，特別是其與合憲性解釋、基本權保護義務、基本權作為客觀原則規範等概念間的關係究竟為何？這在我國既有的文獻中始終欠缺充分的說明。這是本文所要探討的第一個主題。

相對於此，清楚地意識到這個問題，日本明治大學教授（前東京大學教授）高橋和之在 2003 年 6 月發表「『憲法上人權』的效力不及於私人間：關於人權第三者效力論的『無效力說』的再評價」一文，明確反對向來間接適用說的立場，

⁸² 松本和彥，基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法学，53 卷 3・4 号，2003 年 11 月，頁 271 以下；許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9 期，2003 年 7 月，頁 67。

⁸³ 臺灣臺北地方法院 94 年度重勞訴字第 2 號判決（本案涉及解僱行為的合法性）、臺灣臺北地方法院 95 年度重訴字第 542 號判決（本案涉及社區規約約款的有效性）、臺灣臺北地方法院 96 年度勞訴字第 150 號判決（本案涉及洩密禁止約款及競業禁止約款的有效性，臺北地方法院 95 年度勞訴字第 211 號判決、臺北地方法院 95 年度再易字第 30 號判決、臺北地方法院 93 年度勞訴字第 153 號判決、臺北地方法院 92 年度勞訴字第 22 號判決、臺北地方法院 90 年度勞簡上字第 28 號判決、臺北地方法院 90 年度勞訴字第 47 號判決、臺北地方法院 90 年度勞訴字第 42 號判決同旨）。

並首次提出所謂新不適用說的主張，在日本獲得高度的重視。最近（2009年2月），高橋和之教授再度發表「再訪私人間效力論」一文，將新不適用說的理論更進一步加以補充說明。這樣一個在日本引起熱烈討論的重要學說⁸⁴，對於長期以來固守間接適用說的我國而言，不論贊成或反對，都有進行比較研究的高度價值。這是本文所要探討的第二個主題。

二、本文結構

著眼於以上的問題意識，首先，本文將嘗試釐清間接適用說的論證脈絡，並提出其在論證上可能存在的問題（貳）。其次，本文將嘗試介紹高橋和之教授的新不適用說理論，並進行分析檢討（參）。最後提出本文結論（肆）。

貳、間接適用說的現狀

如前所述，憲法預設的規範對象是國家，而不是私人。因此，私人如果想要對於其他私人主張基本權（不論直接或間接），都必須設法符合或修正這個憲法的基本預設。所謂の間接適用說，其基本的思考方向也是如此，更進一步分析的話，也許還可以區分為兩種論證脈絡：第一種是設法符合近代立憲意義憲法觀的狹義合憲解釋型，第二種則是設法修正近代立憲意義憲法觀的憲法取向解釋型。

一、狹義合憲解釋型：法院裁判作為侵害來源

⁸⁴ 穴戸常寿，憲法の私人間効力，法学セミナー，648号，2008年12月，頁70：「然而，德國之後轉而用保護義務論來說明私人間効力，這樣的動向不但被小山教授介紹進來，在民法學上，山本教授也以保護義務論為前提，積極地展開解釋論。另一方面，批判保護義務論而提倡無適用說的高橋教授的見解正式登場，私人間効力成為學界最『熱』的題目，現在是論文陸續登場而百家爭鳴的情勢」。青井未帆，人權保障と市民社会—私人間効力，法学セミナー，641号，2008年5月，頁25：「目前，關於私人間効力的具有魅力的學說正群雄割據……」。

（一）理論說法

間接適用說的第一種論證脈絡⁸⁵，是將私人對於其他私人的侵害行為暫置不論，而把焦點轉移到法院對於該私法事件所為的裁判身上，將法院裁判這個國家行為本身作為侵害基本權的來源⁸⁶。以再興社區訴關愛之家案⁸⁷為例，法院解釋系爭民法規定（第七十一條或第七十二條）而作成的判決如果過度侵害被告的基本權（居住遷徙自由或平等權），該判決當然違反憲法，從而被告可以依據基本權向國家請求停止侵害，亦即請求法院對於系爭民法規定進行合憲性解釋（涉及違憲疑慮的狹義合憲解釋⁸⁸）以避免作成違憲的判決，從而得到救濟⁸⁹。

這樣的論證脈絡被高橋和之教授稱為「私人間效力＝合憲性解釋說」，亦

⁸⁵ 代表看法：君塚正臣，憲法の私人間効力論，悠・社，2008年；程明修，契約自由與國家之保護義務，憲政時代，30卷2期，2004年10月，頁195以下。

⁸⁶ 這裡的私人侵害行為與法院裁判行為是各自獨立的兩個行為，只是將法院裁判行為（國家行為）認定是基本權的侵害來源而已，並不是把私人侵害行為視同國家行為，因此與美國法上以不適用說為基礎，但是透過各式各樣的方法擴大國家概念的「國家類似說／私的政府理論」（private government）或「國家同視說／國家行為理論」（state action）等看法仍有不同。關於美國法上基本權第三人效力的理論，另請參閱法治斌，私人關係與憲法保障，憲法專論（一），月旦，1985年，頁4以下；三並敏克，私人間における人權保障の理論，法律文化社，2005年，頁252以下；木下智史，人權總論の再検討—私人間における人權保護と裁判所，日本評論社，2007年，第二章（頁69以下）；君塚正臣，憲法の私人間効力論，悠・社，2008年，第五章（頁102以下）；卷美矢紀，私人間効力の理論的意味，憲法学の現代的論点，安西文雄等著，有斐閣，2006年，頁245以下；高橋和之，人權の私人間効力論，日本国憲法解釈の再検討，高見勝利・岡田信弘・常本照樹編，有斐閣，2004年，頁8以下；松本和彦，基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法学，53卷3・4号，2003年11月，頁283。

⁸⁷ 臺灣臺北地方法院95年度重訴字第542號判決、臺灣高等法院95年上易字第1012號判決。本案涉及再興社區規約第17條第2項第4款：「住戶不得將社區建物提供收容或安置法定傳染病患……」，是否有侵害其他私人憲法上居住遷徙自由（憲法第10條）及平等權（憲法第7條）的疑慮？

⁸⁸ 所謂的合憲性解釋（廣義），可以分成涉及違憲疑慮的狹義合憲解釋（所解釋的法律有違憲疑慮而有兩個以上解釋可能性時，要求選擇可消除違憲疑慮者）與不涉及違憲疑慮的憲法取向解釋兩種類型，後者還可以進一步分成解析規則（不涉及衝突選擇，直接將憲法規定用於法律內容初步的解析上）與不涉及違憲疑慮的衝突規則（對於依通常解析規則得出數種解釋可能的情形，在合憲範圍內尋求與憲法更為和諧，更可落實憲法旨意的解釋）兩種次類型，參閱蘇永欽，合憲法律解釋原則—從功能法上考量其運作界限與效力問題，合憲性控制的理論與實際，月旦，1994年，頁84以下。

⁸⁹ 從這個論證脈絡來詮釋日本三菱樹脂事件（本案涉及公司解雇曾經參與學生運動的員工）的說明，參閱高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁149以下。

即，此時の間接適用，其實並不是將憲法間接地適用在私人間，而是合憲地解釋在私人間被適用的法律，在本質上只不過是要求國家（法院）進行法律的合憲性解釋而已。因此嚴格來說，憲法基本權並不是適用在原告與被告之間，而是適用在被告與國家之間，規範的對象仍然是國家。就此而言，跟不適用說相同的是，原告或被告都不能向對方主張基本權，而必須改從公序良俗或侵權行為的角度來向對方主張；然而，跟不適用說不同的是，原告或被告真正的敵人並不是對方，而是國家，原告與被告間的攻防只是假象，雙方其實都是在向國家請求尊重（或保護）其各自的基本權。因此，公序良俗或侵權行為的實質內涵，並不是根據調整原告及被告的利益的結果來決定，而是根據調整原告及被告各自對於國家的權利的結果來定義⁹⁰。

（二）分析檢討

這樣的論證脈絡，可能會發生以下兩個問題。

1、基本權保護義務

首先，原告與被告不同，並非當然得向法院主張該裁判侵害自己的基本權。這是因為，在法院准許原告請求而命被告為一定行為時，固然會有該命令是否侵害被告基本權的問題；然而，在法院否准原告請求時，並未命原告為任何行為，而只是消極地不予救濟（不作為）而已。此時，如果要認為這樣的不作為也侵害了基本權，就必須以國家對於私人間的人權侵害負有救濟義務（作為義務）為前提⁹¹。

因此，為了建構國家的救濟義務⁹²，就有所謂基本權保護義務的概念提出⁹³，

⁹⁰ 高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁150。

⁹¹ 高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁152。

⁹² 這個救濟義務並不能從人民的訴訟權（受裁判的權利）中推導出來，這是因為，國家就人民的

亦即，基於國家的設立目的及基本權的本質內涵（價值決定），國家對於人民的基本權法益負有保護義務⁹⁴，從而國家在避免過度侵害被告基本權的同時，也要注意對於原告基本權是否保護不足。因此，所謂基本權第三人效力，其實說穿了，就是基本權尊重義務與保護義務間的調整問題。

然而，接下來的問題是，所謂的保護義務，保護的究竟是什麼？既然間接適用說也以基本權具有國家取向性為前提，那麼保護義務所要保護的，或者說第三人所侵害的，就不可能是基本權。事實上，間接適用說自己往往也盡量避開基本權（Grundrecht）的表達方式，而改以基本權法益（Grundrechtsgüter）代替⁹⁵。那麼，這個基本權法益的概念，其法的定位又是如何？對此，主要有兩種思考方式。第一種是將基本權法益定位為基本權的本質內涵（價值決定），也就是走向憲法取向解釋型間接適用說的論證脈絡⁹⁶。第二種則是將基本權法益定位為超越基本權的自然權，也就是走向新不適用說的論證脈絡⁹⁷。關於這兩種思考方式的

訴訟權所負的，是當原告已經論證其法律上的權利或利益受到侵害時的救濟義務，而在原告論證得向被告主張的法律上權利或利益的過程中，並不能援用憲法上的基本權，亦即，必須在法律的解釋論上進行論證，如果原告無法論證，不能得到救濟是當然的結果，不能認為法院未予救濟一事侵害了原告的訴訟權，參閱高橋和之，私人間效力論再訪，ジュリスト，1372 号，2009 年 2 月，頁 153。

⁹³ 在德國法上，聯邦憲法法院在 1975 年的第一次墮胎判決（BVerfGE 39, 1，本案涉及刑法墮胎罪不處罰懷孕初期的合憲性爭議）中，首次提出基本權保護義務的概念，不過學說上一直要到 1980 年代中期，才開始將基本權保護義務與基本權第三人效力進行連結，參閱小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78 卷 5 号，2005 年 5 月，頁 40 以下。

⁹⁴ 關於基本權保護義務的根據，主要有兩種論證模式：第一種是以國家目的為中心，從國家設立及禁止私力救濟的正當性基礎加以論證；第二種則是以基本權作用型態為中心，從基本權作為客觀原則規範的角度加以論證。目前主流的看法是結合兩種模式共同進行論證，例如小山剛，基本權保護の法理，成文堂，1998 年，頁 194、319（基本權作用型態為主，國家目的為輔）；松本和彦，基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法学，53 卷 3・4 号，2003 年 11 月，頁 282（國家目的為主，基本權作用型態為輔）。

⁹⁵ 因此，日本松本和彦教授主張將「基本權保護義務」正名為「基本權法益保護義務」（基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法学，53 卷 3・4 号，2003 年 11 月，頁 279 以下）。

⁹⁶ 例如松本和彦，基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法学，53 卷 3・4 号，2003 年 11 月，頁 280：「基本權法益是基本權的法益，亦即以實定憲法為基礎的法益。其範圍要透過對於基本權規定的解釋來加以確認。一旦抽離基本權規定，基本權法益即不存在」。

⁹⁷ 例如高橋和之，「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない一人権の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245 号，2003 年 6 月，頁 143：「這個法益的根據是什麼呢？只能確定不是憲法上的法益。那麼，是法律位階的法益嗎？如果是法律位階的話，國家又為

分析檢討，容後詳述。

2、不同層次的問題

其次，恐怕也是更重要的問題是，狹義合憲解釋型的論證脈絡混淆了不同層次的問題。這是因為，所謂涉及違憲疑慮的合憲解釋，是以系爭私法規定有違憲疑慮為前提，亦即，其所處理的，實際上是私法規定是否過度侵害（或過少保護）基本權的問題⁹⁸（第1層次），而非在私法規定已無違憲疑慮的情況下，解釋適用該私法規定時須否考量私人行為是否過度侵害基本權的問題（第2層次）。第1層次亦即涉及違憲疑慮的合憲性解釋所要處理的，是縱的關係的基本權侵害，審查標的是國家行為（例如法律或裁判），其目的僅僅在於消極排除某個違憲的選擇，而非積極指定某個合憲的選擇，合憲的選擇可能會有無限多，此時的取捨則屬立法形成乃至司法解釋的範圍⁹⁹。相對於此，第2層次亦即真正的基本權第三人效力，則是要處理橫的關係的基本權侵害，審查標的是私人行為（例如法律行為或事實行為），二者顯然不同¹⁰⁰。因此，所謂「私人間效力＝合憲性解釋說」（狹

何負有憲法上的保護義務呢？如果將這個法益理解為自然權的話，就能跟法國大革命時期的理論整合起來。如果是自然權的話，不但對於任何人都能主張，而且國家當然負有保護義務」。

⁹⁸ 因此法院認為系爭私法規定已無任何合憲的解釋空間時，仍應裁定停止訴訟程序聲請釋憲（司法院大法官審理案件法第5條第2項、大法官釋字第371號、第572號、第590號解釋）。

⁹⁹ 小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78卷5号，2005年5月：「……即使在保護義務・防禦權登場的情形，過少保護禁止及過剩侵害禁止只是設定可以採取的結論範圍而已，在這當中要獲得特定的結論，則要交由民法解釋處理」（頁59）、「此外，法官在解釋・適用該法律之際，雖然會受到保護義務（及防禦權）的拘束，然而，其所應作成的判決結論，並非全依基本權的衡量加以決定。保護義務論的結構，是透過設定價值填充的上限及下限，縮減裁量的餘地。然而，所謂的餘地畢竟還是存在。以保護義務論的結構為基礎的間接適用說，不論在形式上或實質上，都不是要取代民法，而依憲法解釋來解決個案」（頁65）、「……並不是只在形式上使用私法規定，然後在實質上依憲法的權利間衡量來解決……」（頁71）。

¹⁰⁰ 小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78卷5号，2005年5月，頁67：「Stem認為，在民事裁判權的情形，『根據基本法第1條第3項而來的基本權拘束力，並非因為裁判是高權行為，本身作為受到基本權拘束的國家活動而生』。亦即，並非因為法官作成判決、行使公權力，所以就受到基本權拘束，而是『在作成判決之際，所準據的規範必須考慮基本權時』，才受到基本權拘束。跟民事立法者不同，民事法院直接面對在並非基本權規範對象的私人間法律關係中，基本權如何作用的私人間效力問題。在這點上，民事裁判權跟行政裁判權也有所不同」。駒村圭吾，基本權保護義務と私人間効力論・再訪一權力・自由權・公法私法二分論，法學教室，336号，2008年9月，頁59：「從憲法拘束私法一事，並不能自動得出人權效力就及於私人間的

義合憲解釋型間接適用說)，是擱置第 2 層次而轉向第 1 層次的討論，與後述的憲法取向解釋型間接適用說或新不適用說在邏輯上也非互斥，亦即，其實並未正面回答基本權第三人效力的真正提問（不真正的間接適用）¹⁰¹。

二、憲法取向解釋型：基本權作用型態的擴大

（一）理論說法

間接適用說的第二種論證脈絡¹⁰²，或者說真正的間接適用，則是將作為防禦權的基本權，透過忽略基本權義務主體及實現方式的抽象化¹⁰³，導出基本權的本質內涵（價值決定），亦即作為客觀原則規範的基本權¹⁰⁴。此時，這個基本權的「原型」¹⁰⁵（基本權法益）具有全方位性，私人也是受到拘束的對象，不過受限

結論」。類似看法：許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9 期，2003 年 7 月，頁 65。不同看法：小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78 卷 5 号，2005 年 5 月，頁 80（註 102）：「Canaris 批判向來的裁判・通說，認為基本法第 1 條第 3 項既然明文規定裁判權，民事裁判權也就直接地受到基本權拘束。法院在判決上透過法律的解釋或續造來定立規範，這樣的規範必須直接地根據基本權加以審查。以私法的特殊性為由，修正基本法第 1 條第 3 項的看法，與私法的立法相同，無法讓人同意。亦即，認為私法的立法與民事裁判並無本質上的差異」。

¹⁰¹ 類似看法：高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372 号，2009 年 2 月，頁 153 以下。

¹⁰² 代表看法：小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78 卷 5 号，2005 年 5 月，頁 60 以下；松本和彦，基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法学，53 卷 3・4 号，2003 年 11 月，頁 276 以下；法治斌、董保城，憲法新論，3 版，元照，2006 年，頁 161 以下；許育典，憲法，元照，2006 年，頁 134 以下，特別是頁 138 以下。

¹⁰³ 關於這個抽象化的方法，參閱小山剛，基本權保護の法理，成文堂，1998 年，頁 196；小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78 卷 5 号，2005 年 5 月，頁 62；陳愛娥，基本權作為客觀法規範：以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題，憲法解釋之理論與實務第二輯，中央研究院人文社會科學研究所，2000 年，頁 240。

¹⁰⁴ 基本權的這個作用型態，在用語上相當混亂，參閱小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78 卷 5 号，2005 年 5 月，頁 61；高橋和之，「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない一人権の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245 号，2003 年 6 月，頁 141，註 6；張嘉尹，論「價值秩序」作為憲法學的基本概念，臺大法學論叢，30 卷 5 期，2001 年 9 月，頁 9 以下。

¹⁰⁵ 陳愛娥，基本權作為客觀法規範：以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題，憲法解釋之理論與實務第二輯，中央研究院人文社會科學研究所，2000 年，頁 242 以下：「……質言之，可以回歸到憲法關於基本權的規定，究其本質原係『客觀法規範』的事實，『防禦權』的面向，或『組織與程序保障功能』等其他可能的面向，都只是這些『客觀法規範』的各種解釋可

於客觀原則規範的性質，原告仍須透過私法規定取得（向被告主張的）主觀權利，只是基於基本權的保護義務作用，法院必須將基本權的價值決定注入系爭私法規定進行解釋適用（不涉及違憲疑慮的憲法取向解釋），從而使基本權也能間接地適用於私人行為¹⁰⁶。

以呂秀蓮訴新新聞案¹⁰⁷為例，原告作為防禦權的（憲法上）人格權固然只能向國家主張，但是其作為客觀原則規範的人格權法益，亦即「人格權應該被實現」的基本權本質內涵（價值決定），則具有可以對抗任何人的全方位性。此時基於基本權的保護義務作用，法院應該透過憲法取向解釋，將此一基本權價值決定注入系爭民法規定（第一八四條第一項前段）進行解釋適用，審酌被告的行為是否過度侵害原告的人格權法益，當然此時也應一併考量被告的言論自由權法益（類推適用憲法上的狹義比例原則¹⁰⁸）進行利益衡量¹⁰⁹，同時也要適度尊重立法者面對此一基本權法益的衝突所為的方針決定¹¹⁰。

能性而已……經過抽象化的『基本權客觀法規範』，不像防禦權那樣內容、對象明確，它具有可發展（entwicklungsfähig）、開放（offen）的特質，可以作為其他基本權功能的基礎」。

¹⁰⁶ 高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁156。

¹⁰⁷ 臺灣臺北地方法院89年度訴字第5548號判決、臺灣高等法院91年度上字第403號判決、最高法院93年度台上字第851號判決、大法官釋字第656號解釋。本案涉及媒體未經查證所為的報導行為，是否有侵害其他私人憲法上人格權（憲法第22條）的疑慮？

¹⁰⁸ 蘇永欽，民事裁判中的人權保障，尋找新民法，元照，2008年，頁363。

¹⁰⁹ 小山剛，基本權の私人間効力，再論，法學研究，78卷5号，2005年5月，頁46以下：「所謂的『間接適用』，並沒有提供關於應該在什麼樣的場合，將什麼樣的價值進行什麼程度的填充的具體標準，換句話說，通說的共識只在於間接適用亦即價值填充的『作法』的層次，而不及於價值填充的程度的層次……即使是間接適用的『作法』本身，也不是一件容易理解的事情……所謂『將人權價值導入・填充』於私法的一般條款來進行解釋，究竟是什麼東西呢……這樣的疑問也發生在判例上……感覺上雖然可以理解，但是其思考過程並不清楚……這樣的疑問在德國也被意識到了」。松本和彥，基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法学，53卷3・4号，2003年11月，頁287：「向來的私人間効力論，也清楚地意識到利益衡量的必要性。然而，關於利益衡量的方法，卻只談到對於一般條款進行合憲的適用，作適合基本權的解釋，尊重憲法的精神，斟酌基本權的價值，或是盡量依據權利性質或具體情事決定等等，關於利益衡量的憲法論述在精緻程度上顯然不足」。

¹¹⁰ 大法官釋字第509號解釋蘇俊雄大法官協同意見書：「憲法保障的不同基本權之間，有時在具體事件中會發生基本權衝突—亦即，一個基本權主體在行使其權利時，會影響到另一個基本權主體的基本權利實現。基本權利之間發生衝突時，也就是有兩種看起來對立的憲法要求（對不同基本權的實現要求）同時存在；此時，必然有一方之權利主張必須退讓，方能維持憲法價值秩序的內部和諧。由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階

(三) 分析檢討

這樣的論證脈絡，可能會發生以下兩個問題。

1、必要的論證過程

首先，基本權作為客觀原則規範此一概念的提出¹¹¹，是否絕對必要？例如許宗力大法官及日本山本敬三教授就跳過這個論證過程¹¹²，認為從國家設立目的而來的基本權保護義務已經足以推論間接適用說¹¹³。這個問題說穿了，其實就是保

關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。就此，立法者應有「優先權限」(Vorrang)採取適當之規範與手段，於衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後，決定系爭情形中對立基本權利實現的先後。而釋憲者的職權，則在於透過比例原則等價值衡量方法，審查現行規範是否對於相衝突的基本權利，已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量，而不至於過份限制或忽略了某一項基本權。至於在個案適用法律時，行政或司法機關亦應具體衡量案件中法律欲保護的法益與相對的基本權限制，據以決定系爭法律的解釋適用，追求個案中相衝突之基本權的最適調和。小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78卷5号，2005年5月，頁63以下：「基本權保護義務的第一個規範對象是立法者。憲法只是命令國家提供具有實效的保護而已，至於保護的手段，則透過立法進行初步的具體化……此外，基本權保護的實現會伴隨著對於加害者權利・自由的限制。因此，基本權的保護從侵害的角度來看，透過法律也是必要的……基本權保護義務論重視立法的第一次義務，在殘留有解釋・適用餘地的場合，才請求透過法官來履行保護義務……立法者所負的保護義務，並非只是政治上的義務，而是憲法上的義務。因此，保護義務要求立法者制定符合保護必要下限的法律，然後加以維持，並且在情事發生變化時進行修正」。松本和彥，基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法學，53卷3・4号，2003年11月，頁284以下：「第一次保護義務的履行是立法的任務……行政與司法則在立法的框架內履行義務」。

¹¹¹ 在德國法上，基本權作為客觀原則規範的說法是聯邦憲法法院在1958年的Lüth判決(BVerfGE 7, 198，本案涉及聯合抵制行為)中採取的論證模式，參閱小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78卷5号，2005年5月，頁42以下。

¹¹² 對於基本權作為客觀原則規範此一概念的批評，參閱許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9期，2003年7月，頁68；山本敬三，契約關係における基本權の侵害と民事救済の可能性，現代法の展望—自己決定の諸相，田中成明編，有斐閣，2004年，頁9以下。

¹¹³ 許宗力，基本權的功能，月旦法學教室，2期，2002年12月，頁76；山本敬三，契約關係における基本權の侵害と民事救済の可能性，現代法の展望—自己決定の諸相，田中成明編，有斐閣，2004年，頁10以下：「毋寧，國家負有基本權保護義務一事，應該從國家的存立目的上進行論證……如果將基本權限定為『對抗國家的自由』，貫徹到底，恐怕就會走向國家不要論。因為如果沒有國家的話，『對抗國家的自由』反而更能獲得保障……如果要承認國家的存在有其意義的話，至少保護個人的基本權免於他人的侵害一事，就應該認為是國家最低限度的任務。何

護義務的憲法基礎何在的問題，而因為單從國家設立目的來推論保護義務，往往難以證立這個保護義務就是對於基本權（基本權法益）的保護義務¹¹⁴，從而在基本權第三人效力的問題上，無法說明法院為何可以透過憲法取向解釋，將原本以國家行為為規範對象的基本權，轉而成為解釋適用以私人行為為規範對象的系爭私法規定時重要的審酌因素¹¹⁵。因此，即使是從國家設立目的出發的看法，為了填補這個論證上的缺漏，仍有必要結合基本權作為客觀原則規範的理論來證立保護義務¹¹⁶。

2、正當性基礎何在

其次，就是這樣的論證脈絡，將會修正基本權以國家為規範對象的基本預設¹¹⁷。那麼，修正的正當性基礎何在？¹¹⁸對此，以我國憲法為例，基本權通常是以「人民有 00 之自由」的形式加以規定，單就文義而言，其實並未將規範對象限

況，現代國家原則上禁止自力救濟，將個人置於對於他人侵害毫無防備的狀態中。此時，國家負有保護個人的基本權免於他人侵害的義務，毋寧是當然的」。

¹¹⁴ 齊藤芳浩，私人間効力論の考察，現代社会における国家と法：阿部照哉先生喜寿記念論文集（佐藤幸治等編），成文堂，2007年，頁289；小山剛，基本權保護の法理，成文堂，1998年，頁179。

¹¹⁵ 高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁156：「事實上，這才是德國的間接適用說。其與日本間接適用說的差異……在於將基本權規定的效力可以及於私人間的理由在憲法的層次上進行說明。亦即，說明基本權規定在其客觀法的面向上效力及於私人間。日本の間接適用說則欠缺這樣的說明。因此，並未說明為何針對國家的人權規定可以融入規範私人間的民法規定。既然要直接或間接地適用於私人間，變換成針對私人的規定的過程應該是必要的，德國の間接適用說雖然有這麼做，但是日本の間接適用說並未這麼做。我認為這是日本間接適用說的重大缺陷」。

¹¹⁶ 松本和彦，基本權の私人間効力と日本国憲法，阪大法学，53卷3・4号，2003年11月，頁282；小山剛，基本權保護の法理，成文堂，1998年，頁179。

¹¹⁷ 高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁156。

¹¹⁸ 齊藤芳浩，私人間効力論の考察，現代社会における国家と法：阿部照哉先生喜寿記念論文集（佐藤幸治等編），成文堂，2007年，頁289：「其次，來看看透過基本權客觀價值秩序的面向來正當化的看法。這個看法最大的問題就是：為什麼可以認為基本權包含客觀原則的面向？即使在德國，一九四九年制定基本法的制憲者也沒有想到基本權的客觀法面向，這個客觀法面向是後來透過裁判及學說而獲得的結果。那麼，要如何將這樣的結果予以正當化？……關於這點，並沒有充分的說明，而是作為當然的前提。如此一來也就不得不讓人懷疑，是不是只根據實務上的便利（必要性）乃至解釋者的恣意，就讓這樣的結果存在？對於為什麼可以這樣解釋，以及解釋的方法，恐怕都有必要進行充分的說明」。

於國家。因此，將「人民有自由之自由」理解為基本權的本質（基本權法益／作為原則規範的基本權）¹¹⁹，並且將國家對於基本權的尊重義務，亦即憲法第二十三條「以上各條列舉之自由權利……不得以法律限制之」的規範形式，理解為基本權的一種作用型態（作為防禦請求權的基本權），也是可能的選擇。如此一來，就能將國家對於基本權（法益）的保護義務，亦即憲法前言「為……保障民權……制定本憲法」的規範形式¹²⁰，理解為基本權的另一種作用型態（作為保護請求權的基本權）。

透過上述將基本權還原成基本權法益的理解方式並結合國家設立目的的說理，共同推論出基本權保護義務之後，再加上憲法取向解釋來構築基本權第三人效力的間接適用說，正是目前德國通說的論證脈絡¹²¹。相較於後述的新不適用說，這個論證脈絡背後具有高度的實證法思想（保護義務的標的並非自然權，而是基本權法益）¹²²，並且修正了近代立憲意義的憲法觀（基本權除了針對國家的主觀權利面向以外，也包括全方位的客觀原則面向）¹²³，也許可以稱為現代意義的憲法觀¹²⁴。

¹¹⁹ 類似看法：駒村圭吾，基本權保護義務と私人間効力論・再訪一權力・自由權・公法私法二分論，法学教室，336号，2008年9月，頁55。

¹²⁰ 主張保護義務的實定法依據不妨從憲法前言「保障民權」目的著眼的看法，參閱楊日青等，中華民國憲法要義，五南，2006年，頁86（蘇永欽執筆）。

¹²¹ 小山剛，基本權保護の法理，成文堂，1998年，頁180。

¹²² 齊藤芳浩，私人間効力論の考察，現代社会における国家と法：阿部照哉先生喜寿記念論文集（佐藤幸治等編），成文堂，2007年，頁302以下；高橋和之，「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない一人権の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245号，2003年6月，頁144。

¹²³ 高橋和之，「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない一人権の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245号，2003年6月，頁142以下；高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁156。

¹²⁴ 高橋和之，現代人権論の基本構造，ジュリスト，1288号，2005年4月，頁110。

參、新不適用說的提出

在日本的憲法學上，除了直接適用說與間接適用說以外，近來還有從法國法¹²⁵及自然權的角度出發，重新架構不適用說的理論出現，為了跟過去無法確實保障人權而被長期遺棄的舊不適用說¹²⁶加以區別，一般將這個由高橋和之教授所提出的理論稱為新不適用說。

一、理論說法

(一) 新不適用說的前提

新不適用說的理論，是以區分「自然權」（作為理念的人權）與「實定法化的人權」這兩個概念作為起點。

所謂的自然權，是指以人性尊嚴為具體內涵¹²⁷，先於國家／實定法的，或者

¹²⁵ 關於在法國法上對於私人間人權侵害的處理，參閱齊藤芳浩，私人間效力論の考察，現代社会における国家と法：阿部照哉先生喜寿記念論文集（佐藤幸治等編），成文堂，2007年，頁291以下。

¹²⁶ 所謂的舊不適用說，在最近的國內文獻中有逐漸被邊緣化的傾向，介紹的篇幅往往大幅縮水（例如李仁森，人權的私人間效力，月旦法學教室，39期，2006年1月，頁8以下），甚至完全省略（例如許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9期，2003年7月，頁64以下）。

¹²⁷ 高橋和之，私人間效力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁157：「如果不想使用自然權這個用語的話，那就這麼說吧：我們是依據一定的價值原理來構成這個社會的。這個基礎的價值原理就是『個人的尊嚴』。亦即—在社會與構成員的關係上，價值的基礎就存在於構成員每個人身上，社會只是用來追求這個目的的手段而已—這樣的原理……社會的基礎價值存在於『個人的尊嚴』一事，看看憲法就會瞭解。憲法第24條表明個人的尊嚴及兩性的實質平等，憲法第13條要求國家將國民『作為個人』加以尊重。然而，雖然就其作為超越憲法的價值原理而言，這些基礎價值是所有社會關係的基礎，不過被規定在憲法時，則以國家為規範對象。因此，第13條並非在所有社會法律關係上都具有效力。私人間的關係則是透過以民法為首的『私法』（法律）來規範。然而，這個『私法』也是在私人間的關係中實現『個人的尊嚴』（作為支撐實定法的前實定法價值原理）的手段。因此，必須朝向實現其目的『個人的尊嚴』的方向來解釋」。此外，所謂自然權或人性尊嚴的範圍，通常小於間接適用說所稱基本權法益的範圍，例如高橋和之教授就認為，私法自治／契約自由只是法律位階的制度，而非自然權（「憲法上的人權」の効力は私人間に及ばない—人權の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245

說超越國家／實定法的人權概念，並且具有對於任何人都能主張的全方位性質¹²⁸。國家的建立或實定法的產生，正是為了解決私人間所可能發生的自然權衝突¹²⁹。從這個角度來看，所謂的憲法，就是將自然權以「基本權」的形式加以具體化／實定法化，課予「國家」基本權的保護義務，並且規定履行保護義務時所應該遵守的一定程序的實定法¹³⁰。

然而，所謂實定法化的人權，雖然包括，卻不以憲法上的基本權為限。實定法的秩序是由各式各樣的法領域及法形式縱橫交錯而成，自然權在某個法領域被以某個法形式加以具體化／實定法化時，就會被該法領域／法形式既有的論理架構所限制¹³¹。將自然權實定法化的工作並不是憲法的專利，民法也將自然權以「民事人權」的形式加以具體化／實定法化¹³²。憲法上的人權（基本權）與民法上的

号，2003年6月，頁144，註18)。

¹²⁸ 高橋和之，現代人權論の基本構造，ジュリスト，1288号，2005年4月，頁110以下：「總之，人權是制度設計的基本理念，是實定制度必須實現的目標，因為是理念，所以在論理上就先於實定制度。翻譯成法理論的話，人權在論理上是先於實定法的理念，也就是『超實定法』的理念。在這個意義上，跟自然法（自然權）論是同型的」。高橋和之，「憲法上の人權」の効力は私人間に及ばない—人權の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245号，2003年6月，頁138：「自然權因為是一種先於國家成立，而在自然狀態中存在的權利，所以在國家成立以前是一種對於任何人都可以主張的權利，論理上不可能是一種『對於國家的權利』……自然權被認為是社會構成員彼此相互制約，亦即，得以相互主張的權利」。

¹²⁹ 高橋和之，人權の私人間効力論，日本国憲法解釈の再検討，高見勝利・岡田信弘・常本照樹編，有斐閣，2004年，頁4。高橋和之教授認為，1789年法國人權宣言第1條：「人類是以自由且在權利上平等的狀態出生，並且以這樣的狀態繼續下去」、第2條：「所有政治社會的目的，都是為了保護人類自然而永久地享有的權利。這些權利就是自由、財產、安全及對抗壓迫」及第4條：「自由權（liberty）是指得為一切不傷害他人行為的自由（freedom），因此，每個人對於自然權（natural rights）的行使都只有一個限制，就是確保其他的社會構成員得以享受同一權利」等條文，正是以近代自然權思想為基礎的表現，參閱高橋和之，「憲法上の人權」の効力は私人間に及ばない—人權の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245号，2003年6月，頁137以下。

¹³⁰ 高橋和之，人權の私人間効力論，日本国憲法解釈の再検討，高見勝利・岡田信弘・常本照樹編，有斐閣，2004年，頁5。

¹³¹ 高橋和之，人權の私人間効力論，日本国憲法解釈の再検討，高見勝利・岡田信弘・常本照樹編，有斐閣，2004年，頁5；高橋和之，現代人權論の基本構造，ジュリスト，1288号，2005年4月，頁116。

¹³² 高橋和之，現代人權論の基本構造，ジュリスト，1288号，2005年4月，頁116：「民法對於人權並未使用跟憲法上的人權相同的用語加以規定，因此，如果將人權規定想像成憲法上的個別人權規定，那麼，所謂民法也規定了人權這樣的主張也許聽來有些奇怪，然而，如果考慮到保障經濟的自由或自己決定的人權價值的各個規定，理解上大概就容易多了。此外，一旦在民法中

人權（民事人權），透過不同的論理架構，來共同實現對於自然權的保障。

（二）間接適用說的問題

如果基本權是在憲法中被實定法化的人權，如前所述，自然就會被憲法這個法領域／法形式既有的論理架構所限制，亦即，既然憲法是以國家為規範對象，那麼，基本權就不能適用在沒有當事人是國家的法律關係之上。所謂的間接適用說，固然是採取一種憲法取向解釋的論證方式，然而，既然基本權會被以國家為規範對象的憲法論理架構所限制，即使某個法律本身是以私人為規範對象，也不能透過該法律的憲法取向解釋，將憲法上基本權的規範對象轉換為私人¹³³。因此，通說（間接適用說）為了要讓基本權的規範對象及於私人，就有必要修正憲法的論理架構，將基本權理解為也規範私人的「客觀價值秩序」（作為原則規範的基本權）或「社會根本規範」，如此一來，也將徹底地轉換近代立憲主義的憲法觀／人權觀¹³⁴。

（三）新不適用說的立場

所謂新不適用說的理論，就是認為此時毋須改變近代立憲主義的憲法觀／人權觀，甚至正好相反，應該透過明確區分自然權與基本權這兩個概念來回歸近代立憲主義的精神。亦即，為了確實保障自然權而將其實定法化時，伴隨著實定法化，自然權會失去其原有的全方位性質，而服從於各個法領域／法形式既有的論理架構。既然憲法是以國家為規範對象，那麼，透過憲法被實定法化的人權，效力也就不及於私人之間。另一方面，關於私人間人權保障的任務，則交由以民法

被實定法化，該人權就會被民法的論理架構，例如以私人作為規範對象的論理架構所拘束，因此，跟在以國家為規範對象的憲法中被實定法化的場合相比，就會具有不同的性格」。

¹³³ 高橋和之，現代人權論の基本構造，ジュリスト，1288号，2005年4月，頁117。

¹³⁴ 高橋和之，「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない—人権の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245号，2003年6月，頁144；高橋和之，人権の私人間効力論，日本国憲法解釈の再検討，高見勝利・岡田信弘・常本照樹編，有斐閣，2004年，頁17；高橋和之，現代人權論の基本構造，ジュリスト，1288号，2005年4月，頁117。

為中心的私法透過其既有的論理架構來加以實現¹³⁵。對於立法者而言，為了在私人間實現自然權而制定法律（私法）時，固然因為本身是國家權力而不得侵害憲法上的人權，然而，在私人間所要實現的人權，並不是憲法上的人權，而是自然權，至於實現自然權的方法，在不侵害憲法上人權的範圍內，承認立法者有一定的裁量權¹³⁶。對於司法者而言，私法的解釋固然必須符合人權的價值，然而，這裡所謂符合人權價值的解釋，作為解釋基準的是自然權的人權價值，而不是憲法上權利的人權價值¹³⁷。

（四）新不適用說的方法

在具體的操作上，新不適用說並不排斥參考憲法上的人權而為必要的修正。例如，對於宗教自由或表現自由這些價值，不只是國家應該予以尊重，其他私人也應該予以尊重，當然，此時的自由內涵跟在向國家主張時的自由內涵是不同的。因此，在方法論上，可以參考已知的基本權規定，同時考量私法關係的特性而為必要的修正，透過這樣的方法來掌握自然權在私法關係中實現時的具體內涵，並以此為解釋原則，對於系爭私法規範進行自然權取向的解釋¹³⁸。

¹³⁵ 小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78卷5号，2005年5月，頁50以下。

¹³⁶ 高橋和之，現代人權論の基本構造，ジュリスト，1288号，2005年4月，頁117。

¹³⁷ 高橋和之，「憲法上の人權」の効力は私人間に及ばない—人權の第三者効力論における「無効力説」の再評価，ジュリスト，1245号，2003年6月，頁144。

¹³⁸ 高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月：「然而，在判斷私人間的問題時，也應該參考規定在憲法上的人權。宗教自由或表現自由等等，在私人間也應該被尊重。然而，其具體的內涵跟向國家主張時的內涵是不同的。因此，在方法論上，就會變成一邊參考憲法上的人權，一邊考量私人間關係的特質而為必要的修正，以判斷其具體的內涵」（頁157）、「然而，至少我們知道其在憲法上的內涵，以此為開端，關於同樣的價值在民法等法律上（應該）如何展現？以及從『個人的尊嚴』的觀點，私人間的關係處於何種狀態是最適宜的？就此進行憲法、民法、法哲學、法史學等的共同研究並討論，應該是可能的」（頁157，註14）。齊藤芳浩，私人間効力論の考察，現代社会における国家と法：阿部照哉先生喜寿記念論文集（佐藤幸治等編），成文堂，2007年，頁310：「此外，並非援用基本權，而是援用存在於憲法上基本權背後的社會價值，這樣的方法也可以。這個社會價值存在於基本權的背後，固然可以是基本權的根據，但並非以基本權為根據。而且，因為是社會價值，所以在私人間也可以通用。例如，透過『OO的憲法精神』或『OO的憲法背後的價值』等等措辭方式即可表現」。

以再興社區訴關愛之家案為例，法院解釋系爭民法規定（第七十一條或第七十二條）時，一方面必須充分保護原告自己決定的人權¹³⁹，另一方面也必須盡量尊重被告居住遷徙自由或平等的人權，這個自然權取向的法律解釋方法，實際上就是對於原則衝突的衡量過程。同理，以呂秀蓮訴新新聞案為例，法院應該透過自然權取向的法律解釋，設法讓原告的人格價值與被告的言論自由在個案中極大化。而在解釋上述自己決定、居住遷徙自由、平等、人格價值或言論自由等自然權內涵時，相對應的基本權內涵固然可以作為解釋上的參考，然而，絕對不能忽略義務人從國家變成私人時，人權內涵所必須進行的調整及修正。

二、分析檢討

那麼，新不適用說與間接適用說的差異，以及差異所代表的意義究竟為何？

（一）不同理論間的差異

新不適用說與間接影響說的差異其實非常細微：一方面，兩種看法都堅守著基本權不能直接適用於私法關係的基本立場¹⁴⁰；另一方面，兩種看法也都意識到人權經常在私法關係中受到侵害的窘境，同意立法者及司法者應該在各自的崗位上，負有積極保障人權的義務¹⁴¹。關鍵的不同點只在於，這個積極保障人權的義務根據為何？是憲法上基本權的要求（間接適用說）？或者根本與憲法無涉，而是自然法上自然權的要求（新不適用說）？¹⁴²或者換句話說，在作為防禦權的基本權以外，所謂具有全方位性的人權，究竟應該定位在憲法上的基本權（間接適用說）？還是應該定位在超憲法的自然權（新不適用說）？

¹³⁹ 此即憲法或法律位階的私法自治／契約自由的自然權化。

¹⁴⁰ 這點是跟直接適用說最大的差異所在。

¹⁴¹ 這點是跟舊不適用說最大的差異所在。

¹⁴² 青井未帆，人權保障と市民社会—私人間効力，法学セミナー，641号，2008年5月，頁25；小山剛，基本權の私人間効力・再論，法学研究，78卷5号，2005年5月，頁70以下。

（二）差異所代表的意義

這個差異所代表的意義是，相較於間接適用說，新不適用說的論證脈絡背後具有高度的自然法思想（保護義務的標的並非基本權法益，而是自然權），並且貫徹了近代立憲意義的憲法觀（基本權的國家取向性）。本文認為，間接適用說對於憲法文義及體系的理解，固然可以透過基本權法益的說法，技巧性地保留進行論證的空間¹⁴³，然而，對於憲法基於歷史解釋而來的國家取向性，則始終無法為其抵觸提出合理的解釋。事實上，間接適用說此一理論的提出，本來就是因為傳統的不適用說（單純依賴私法規定）無法妥適地解決私人間人權侵害的問題，而企圖援引基本權的規定來填補漏洞（增加用以解決問題的素材）¹⁴⁴，亦即，某程度是為了實務上的需求而在理論上有所退讓。然而，如果維持憲法以國家為規範對象的基本原理，也能充分實現在私人間的人權保障的話，或許就沒有必要為了填補漏洞而修正憲法的國家取向性¹⁴⁵。就此而言，新不適用說的論證脈絡在保留最大限度憲法原貌的前提下，正面處理私人間人權侵害的問題，並提出具體的操作方法，確實具有高度的說服力。

¹⁴³ 小山剛，基本權の私人間効力・再論，法學研究，78卷5号，2005年5月，頁62：「認為這樣的說明只是在取巧的批判是可以預想的。確實是在取巧。姑且不論我們從這裡看到公法私法二元論的困境，或看到忠實呈現近代憲法論理的證明，德國的基本權論確實意識到基本權國家取向性的問題。簡之，對於將憲法上的人權限定在國家直接參與的法律關係的論者來說，這樣的取巧是不值一晒的。反之，企圖擴張基本權救濟對象的論者則容許這樣的取巧，而從防禦權中抽出客觀的原則規範」。

¹⁴⁴ 齊藤芳浩，私人間効力論の考察，現代社会における国家と法：阿部照哉先生喜寿記念論文集（佐藤幸治等編），成文堂，2007年，頁308：「此外，本來間接效力說或保護義務論被提出，並且被判決所採用的原因，是因為無效力說要在現實上進行妥當的解釋，實在有所困難。例如，日本的男女退休年齡差別待遇，如果是公權力的行為，當然是憲法上所不允許的，然而，在日產自動車事件以前，也可能有看法認為，關於在私人間這樣的差別待遇是否為社會通念所不許或違反公序良俗一事，並不能馬上予以斷定。若是如此的話，只依公序良俗等民法的一般規定，就有可能容認差別待遇。亦即，為了修正私法規定的不足而援用基本權規定的方法，有助於紛爭的妥當解決。的確，在私法規定之上，因為可以利用基本權規定，所以就增加用以解決紛爭的素材。然而，在上述退休年齡差別待遇的例子中，容認該差別待遇的，是屬於資本家・經營者等部分階級的人。這些人以其社會力量為背景實行差別待遇，其結果就是差別待遇在相對較多的公司殘存下來。這樣的話，這個差別待遇就不能說是社會通念所容許的。這樣思考的話，並非只是素材的不足妨礙到妥當的解決，或許也能說問題是出在運用方法上」。

¹⁴⁵ 高橋和之，私人間効力論再訪，ジュリスト，1372号，2009年2月，頁156以下。

肆、結論

所謂的基本權第三人效力，簡單來說就是：基本權—是否及如何—適用於私法關係？憲法基於文義、體系及歷史解釋，具有國家取向性（近代立憲意義的憲法觀），本來並不能對於私人主張。然而，為了填補私法規定可能隱藏的人權漏洞，首先，第一種看法認為，法院裁判作為國家行為，基於狹義的合憲性解釋，必須排除可能對於原告基本權保護不足或對於被告基本權侵害過度的法律解釋（狹義合憲解釋型間接適用說）。然而，這樣的看法實際上並沒有回答基本權第三人效力的提問，因為基本權所拘束的，依然是作為國家行為的法院裁判，而非私人行為。

其次，第二種看法認為，透過忽略基本權義務主體及實現方式的抽象化，可以從作為防禦權的基本權當中導出基本權的本質內涵（價值決定），亦即，作為客觀原則規範而具有全方位性的基本權，如此一來，基於基本權的保護義務作用，法院必須透過憲法取向解釋，將基本權的價值決定注入系爭私法規定進行解釋適用，從而使基本權也能間接地適用於私人行為（憲法取向解釋型間接適用說）。然而，這樣的看法實際上已經改變了憲法的國家取向性，而走向新的（現代意義的）憲法觀。

最後，第三種看法認為，法院固然必須對於私法規定作符合人權的解釋，然而，這裡的人權，並非具有國家取向性的基本權，而是超越憲法而具有全方位性的自然權，從而基本權並不適用於私法關係，私人間的人權衝突，應該透過私法規範加以解決，如果發生人權漏洞，則應該透過自然權取向的法律解釋加以填補（新不適用說）。如此一來，在妥適回應私人間人權侵害問題的同時，也能保留近代立憲意義的憲法觀，或許可以成為基本權第三人效力的另一出口。