〈번 역〉

重要度 公式*

Robert Alexy

鄭 宗 燮** · 朴 眞 完*** 譯

법적용의 두 가지 기본과정이 있다: 包攝(Subsumtion)과 衡量(Abwägung). 포섭은 상대적으로 잘 연구되어 있는 데 비하여, 형량의 경우에는 여전히 많은 문제들이 열려 있다. 이에 대하여는 다음의 세 가지가 문제된다: 構造(Struktur)의 문제, 合理性(Rationalität)의 문제, 正當性(Legitimität)의 문제. 이러한 문제점들 사이에는 복잡한 연관성들이 존재한다. 법에 있어서 형량의 정당성은 형량의 합리성에 달려있다. 형량이 보다 합리적일수록, 형량은 보다 더 정당화될 수 있다. 그러나 형량의 구조가 형량의 합리성에 대하여 결정한다. 형량에 대한 분석이 형량하는 것은 단지 恣意的 결정을 내리는 것과 다름없다는 것을 실증하는 것이라면, 아마도 형량의 합리성 그와 동시에 법적용에 있어서 특히 헌법적 판례에 있어서 형량의 정당성에 대하여 문제가 제기된다. 그러므로 형량문제의 핵심은 형량구조의 문제를 형성하고 있다.

Ⅰ. 規範理論的인 基礎: 規則과 原理

한편으로는 포섭의 규범이론적인 기초 그리고 또 다른 한편으로는 형량의 토대는 規則과 原理의 구분을 구성한다.[1] 규칙(Regeln)은 무엇을 確定的으로 명령

---

* 이 글은 Robert Alexy, Die Gewichtsformel, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter Recht · Berlin 2003, 771쪽 이하에 실린 글이다. 현재 Robert Alexy는 독일 Kiel대학교(Christian-Albrechts Universität zu Kiel)의 법과대학 교수로 재직하고 있다. 필자로부터 이 논문에 대한 번역의 동의를 받았다.

** 서울大學校 法科大學 副敎授

*** 慶北大學校 法科大學 專任講師

1) 이에 대한 보다 상세한 논증으로는 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1996, 71쪽 이하; 같은 이, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: B.

하는 規範(Normen)이다. 규칙은 確定的 命令이다. 대부분의 규칙은 특정한 조건이 充足되어진 사례를 위해서 무엇인가를 명령한다. 그렇다면 규칙은 條件지워진 규범이다. 그러나 또한 규칙은 확정적인 형식을 채택하고 있다. 絶對的인 拷問禁止가 하나의 例가 될 것이다. 어떤 규칙이 有效하고 適用可能한 것이라면, 규칙이 요구하는 것을 정확히 할 것을 확정적으로 명령한다는 점이 중요한 의미를 가진다. 이러한 것이 행해졌다면 규칙은 충족되어진 것이다; 이러한 것이 행해지지 않았다면 규칙은 충족되지 않은 것이 된다. 따라서 규칙은 항상 충족되어질 수 있거나 혹은 충족되어질 수 없는 규범이다. 이에 반하여 原理(Prinzipien)는 事實的 그리고 法的인 可能性의 범위 내에서 무엇인가를 相對的으로 最大限 높은 한도까지 실현할 것을 명령하는 規範이다. 그러므로 원리는 最適化命令(Optimierungsgebote)이다. 원리는 다양한 정도로 충족되어질 수 있고, 원리의 충족을 위해서 명령되어진 정도는 사실적 가능성들 뿐만 아니라 법적인 가능성들에 의하여서 결정되어진다는 것을 통해서 원리 그 자체는 특징지워진다. 법적인 가능성들은 규칙에 의한 경우를 제외하고는 서로 相反되는 원리에 의하여 결정된다.

Ⅱ. 좁은 의미의 比例性의 原則

구분이 아주 일반적인 것처럼, 規範理論적인 구분 또한 보다 중요한 혹은 보다 작은 理論的 그리고 實際的 意味를 가진다. 규칙과 원리의 구분의 의미는 결과적으로 原理特性(Prinzipiencharakter)이 實質的 憲法의 가장 중요한 원칙인 比例性原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)을 내포하고 있다는 것 그리고 이와 반대로 후자가 전자를 암시하고 있다는 것을 분명히 나타낸 것이다. 適合性(Geeignetheit), 必要性(Erforderlichkeit) 그리고 좁은 의미의 比例性(Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)의 세 가지 部分原則을 포함하고 있는 비례성원칙은 논리적으로 원리에 대한 槪念定義(Prinzipiendefinition)로부터 도출된다. 그리고 후자는 전자로부터 나온다.

원리는 사실적인 가능성 뿐만 아니라 법적인 가능성들의 상대적으로 가능한 한 최대한의 실현을 요구한다. 적합성과 필요성의 부분원칙들은 사실적인 가능성

Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk(Hg.), *Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000, 31쪽 이하.

들의 상대적인 최적화명령을 표현하고 있다.[2] 이 부분원칙들의 경우에는 형량(Abwägung)이 문제되는 것이 아니라 다른 원리의 損失 없이 回避可能한 그러한 基本權侵害의 回避[3] 즉 파레토 最適(Pareto Optimalität)[4]이 문제된다. 比例均衡(Proportionalität)의 原則으로 命名되어질 수 있는 좁은 의미의 비례성의 원칙의 경우에는 그와 반대로 법적인 가능성들의 상대적인 최적화가 문제된다. 이것은 형량의 영역이다. 단지 이것만이 여기에서는 중요관심사가 될 것이다.

형량의 핵심은 衡量法則(Abwägungsgesetz)으로 명명되어지고 다음과 같이 公式化된 관계를 형성한다:

어떤 원리의 不充足과 侵害定度가 높으면 높을수록, 다른 원리의 充足의 重要性은 더욱더 커져야만 한다.[5]

衡量法則은 형량은 세 가지 部分段階들로 나누어질 수 있다는 것을 인식하게 한다. 형량법칙의 첫 번째 단계 속에서 어떤 원리의 불충족 혹은 제한의 정도가 확정될 수 있다. 그리고 나서 두 번째 단계 속에서 상반되는 원리의 충족의 중요성의 확정이 계속적으로 행해진다. 마지막으로 세 번째 단계 속에서 상반되는 원리의 충족의 중요성이 다른 원리의 침해 혹은 불충족을 정당화할 수 있는지 여부가 확정된다. 예컨대 하버마스(Habermas)와 슬린크(Schlink) 같은 急進的 衡量懷疑論者들이 형량에는 合理的인 尺度가 缺如되어있기 때문에, 형량이 자기자신에게 익숙한 基準들 그리고 順位秩序들(Rangordnungen)에 따라 恣意的으로 혹은 熟考 없이 행해져야만 한다고 주장하거나[6] 혹은 좁은 의미의 비례성의 척도 속에서 … 마지막으로 단지 效力에 대한 審査者의 主觀性만 고려되고, 좁은 의미의 비례성심사의 價値平價過程 그리고 衡量過程이 최종적으로 決斷的으로 행해지는 것이라고 주장한다면,[7] 이러한 형량의 基本的 構造는 그들이 論爭해야

2) Vgl. 이와 관련하여 L. Clercio, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden- Baden 2001, 26쪽 이하.

3) Vgl. 이와 덧붙여서 한편으로는 적합성과 필요성의 원칙 사이의 관계, 또 다른 한편으로는 좁은 의미의 비례성의 원칙과의 관계와 마찬가지로. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, Postscript (발간 중).

4) R. Alexy(Fn 1), 149쪽.

5) Vgl. 같은이(Fn. 1), 146쪽.

6) J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 1994, 315-316쪽.

7) B. Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, *EuGRZ* 1984, 462쪽; 같은이, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: P. Badura/H. Dreier (Hg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, T

만 하는 것들을 드러낸다. 그들은 侵害强度와 重要性定度에 대한 합리적인 判決이 가능한 것인가에 대하여 논의를 하여야 한다. 그러나 현재 그러한 종류의 판결이 완전히 내려질 수 있는 事例들을 쉽게 찾을 수 있다. 따라서 담뱃갑 위에 吸煙者의 건강에 대한 위험에 관한 警告文句를 揭載하는 담배제품생산자의 의무는 職業의 自由에 대한 相對的으로 가벼운 제한이 된다. 그와 반대로 모든 담배제품의 생산금지는 중대한 제한으로 段階區分될 수 있다. 이러한 종류의 가벼운 제한 그리고 중대한 제한 사이에 中間的인 制限强度에 관한 事例들이 삽입된다. 어떤 특정한 가게에서의 담배제품의 판매금지와 함께 담배자동판매기에 의한 판매금지는 한 예로서 제시될 수 있을 것이다. 이러한 分類基準에 따라 '弱한', '中間의' 그리고 '重大한'의 段階로의 區分이 행해진다. 例는 이러한 단계의 타당한 구분이 가능하다는 것을 보여준다. 모든 담배제품에 대한 완전한 판매금지를 생산자의 직업의 자유에 대한 약한 제한으로 등급분류하고, 그에 반대로 포장지 위에 경고문구를 게재하는 의무를 중대한 제한으로 보는 사람을 단지 상상해 보자. 아마도 이러한 판단을 진지하게 받아들인다는 것은 쉬운 일은 아닐 것이다.

세 가지 단계로의 분류가능성은 또한 相反되는 論據의 측면에서도 주장된다. 담배제품에 대한 경고문구의 부착의무에 대한 근거는 건강위협 앞에 직면해 있는 사람들의 보호이다. 獨逸聯邦憲法裁判所가 경고문구에 대한 결정에서 흡연이 심장병 그리고 혈관질환과 같은 암을 유발한다는 것을 "오늘날의 醫學的 認識基準을 보증한 것"으로 판단한다면,[8] 독일연방헌법재판소는 절대로 과장한 것은 아니다. 따라서 제한을 정당화하는 근거의 重要度는 높다. 이러한 방식으로 우선적으로 제한강도를 약한 것으로 확정하고 제한근거의 중요성의 정도를 높은 것으로 분류한다면, 그 결과는 약한 것으로 인식될 수 있다. 중대하게 평가된 제한근거는 약한 제한을 정당화한다. 그리하여 담배제품에 대한 경고문구부착의무는 獨逸基本法 제12조 제1항을 통해서 보장되는 담배생산자의 직업의 자유를 제한하지 않는다. 좁은 의미의 비례성원칙에 의한 이러한 심사결과는 단지 어떠한 방식으로든 납득될 수 있는 것만은 아니다. 제한의 약한 강도와 재한근거의 높은 중요도를 고려해 볼 때, 이러한 결론은 독일연방헌법재판소의 입장과 마찬가지로 '明白히 認識可能한'의 의미로 이해할 수 있다.[9]

̈ubingen 2001, 456, 460쪽 이하; B. Pieroth/B. Schlink, *Grundrechte*, 17. Aufl., Heidelberg 2001, 방주 293.

8) BVerfGE 95, 173[184쪽].

예는 많은 것을 설명하지 않는다는 확신이 바로 들 수도 있다. 한 측면에서는 經濟的인 活動性이 문제가 된다. 비용에 대한 고려가 최종적으로 경제적인 활동성을 근거지우고 있기 때문에, 이 경우에 있어서는 쉽게 等級區分이 가능할 것이다. 또 다른 하나의 측면에서는 삶과 죽음이 문제된다. 이 경우 危險이 어느 정도까지 크다는 것이 經驗的 硏究를 통해서 증명되어질 수 있다면, 數量化될 수 있는 사실의 중요성의 상위영역 속에서의 등급구분이 정당화될 수 있다. 이러한 등급구분의 정당화는 그 속에서 損失 그리고 蓋然性과 같은 수량화될 수 있는 요소들이 아무런 역할 혹은 아무런 중요한 역할을 하지 않는 영역들 속에서 행해질 수는 없다.

이러한 反論을 論駁하기 위하여 表現의 自由와 人格權 사이의 古典的인 衝突이 문제되는 사례를 살펴본다. 널리 읽혀지고 있는 諷刺雜誌인 티타닉(TITANIC)은 기본적 병역의무이행 이후의 군사훈련에 대한 소집을 성공적으로 마친 橫斷痲痹를 겪고 있는 豫備役將校를 처음에는 '生來的 殺人者(geb. Mörder)'로 표현하고, 그 후에 발행된 잡지에서는 '病身(Krüppel)'으로 묘사하였다. 퇴역장교의 소송에 대하여 뒤셀도르프上級地方法院(das Oberlandesgericht Düsseldorf)은 티타닉잡지사에 대하여 만이천 마르크에 해당되는 慰藉料를 지급하라고 판결하였다. 이에 대하여 티타닉잡지사는 憲法訴願을 제기하였다. 독일연방헌법재판소는 잡지사관련자의 입장에서 제기된 표현의 자유(독일기본법 제5조 제1항)와 퇴역장교의 일반적 인격권(독일기본법 제1조 제1항과 결합된 독일기본법 제2조 제1항) 사이에서 사례와 관련된 형량을 하였다.[10] 위자료지급판결은 비록 그것이 형사법원이 아닌, 민사법원의 결정을 통하여 행해진 것이라 할지라도, 표현의 자유에 대한 '持續的인' 즉 重大한 侵害로 등급구분 되었다. 이러한 등급구분은 무엇보다도 위자료는 지금까지 잡지사관련자들이 해왔던 것과 같이 잡지를 어떻게 작성할 것인가에 대한 잡지사관련자의 미래의 편집방향을 약화시킬 수도 있다는 것을 통해서 근거지워졌다.[11] 생래적 살인자라는 표현은 티타닉에 의하여 표현된 諷刺의 脈絡 속에서 행해진 것이다. 이러한 맥락 속에서 보다 많은 사람들이 그 당시의 獨逸聯邦大統領이이었던 리하르트 폰 바이체커(Richard von Weizsäcker)가 이른바 생래적 시민(geb. Bürger)으로 묘사된 바와 같이, 인식가능한 진실성 없는 말

9) BVerfGE 95, 173[187쪽].
10) BVerfGE 86, 1[11쪽].
11) BVerfGE 86, 1[10쪽].

장난에서부터 횡설수설에 이르기까지 한 표현방식에 의하여 생래적인 무엇(etwas Geborenes)으로 표현되었다.[12] 이러한 맥락 속에서 볼 때 위의 표현 속에서 정당화될 수 없는 중대한 법위반적인 인격권침해(Verletzung)를 인정하는 것은 받아들여질 수 없다.[13] 이렇게 볼 때 인격권침해는 부득이 中間的인 아마도 더욱이 단지 弱한 침해강도로 평가된다. 이것은 아마도 단지 위자료의 부과를 통한 퇴역장교의 인격권보호의 중간적인 중요도, 단지 약한 중요도에 상응한 평가이다. 이러한 단계구분에 의하여 결정의 첫 번째 부분이 확정되었다. 표현의 자유에 대한 기본권의 중대한 제한으로서 위자료부과판결을 정당화시키기 위해서는 위자료부과를 통해서 補償되어져야만 하는 인격권의 제한이 또한 적어도 중대한 것이어야만 한다. 그럼에도 불구하고 독일연방헌법재판소는 인격권에 대한 제한을 중대한 것으로 평가하지 않았다. 그 결과 표현의 자유에 대한 제한은 비례성원칙에 위반된다(unverhältnismäßig). 이것은 퇴역장교를 생래적 살인자로서 묘사한 것은 위자료를 통해서 법적인 제재가 가해져야만 하는 것이 아님을 의미하는 것이다.

무엇보다도 퇴역장교를 病身으로 묘사한 경우에는 상황은 완전히 달라진다. 이러한 표현은 횡단마비를 겪고있는 퇴역장교의 "인격권을 중대하게 침해하게 된다."[14] 따라서 위자료의 부과를 통한 퇴역장교의 보호의 중요도는 커진다. 이러한 입장은 심한 신체장애자를 '병신'으로 표현하는 것은 오늘날 일반적으로 '卑下的 表現으로' 받아들여지고 '蔑視'를 표현한 것이라는 주장을 통해서 근거지워진다. 이렇게 볼 때 인격권보호의 높은 중요도는 표현의 자유에 대한 중대한 제한과 대립한다. 이러한 상황에 대하여 독일연방헌법재판소는 '표현의 자유에 불리한' 어떤 잘못된 중요도 평가는 선고할 수 없다는 결론에 이르렀다.[15] 그리하여 티타닉에 대한 헌법소원은 단지 생래적 살인자라는 표현에 대한 위자료가 부과된 경우에만 認容되었다. 병신이라는 이라는 표현이 유효한 경우에 한해서는, 이에 대한 헌법소원은 이유 없음을 이유로 棄却되었다.[16]

생래적 살인자라는 표현이 사실적으로 단지 중간의 혹은 약한 기본권제한을 의미하는지 여부에 대해서는 바로 지금 논의할 수 있다. 위자료의 부과 뿐만 아

12) BVerfGE 86, 1[11쪽].
13) BVerfGE 86, 1[12쪽].
14) BVerfGE 86, 1[13쪽] — 로버트 알렉시의 강조.
15) 위와 같은 쪽에.
16) BVerfGE 86, 1[14쪽].

니라 '병신'이란 표현이 각각의 원리를 강하게 제한한다는 것은 거의 확실하다는 것만이 이 경우에 있어서 유일하게 중요한 의미를 가진다. 심한 신체장애자의 입장에서는 이러한 표현은 법원의 확정판결을 넘어서는 그 이상의 평가를 가능하게 한다. 연방헌법재판소는 횡단마비를 겪고있는 자에 대하여 병신이라고 표현한 것은 비하와 경멸을 나타낸 것이라고 적절하게 확정하였다. 그러한 공적인 비하와 존중의 거절은 그러한 표현의 대상이 되는 자의 尊嚴과 관련된다. 이러한 표현은 단순히 중대한 제한이 아니라, 아주 중대한 혹은 특별히 중대한 제한이다. 이러한 중대한 제한은 제한근거의 강화를 통해서 제한이 거의 정당화될 수 없는 영역에까지 나아간 것이다. 이것은 대체한계율의 감소법칙에 해당되는 것이다.[17] 그리하여 티타닉사례는 상호간에 비례적인 관계가 의미있게 설정될 수 있는 단계설정이 인격성 그리고 자유로운 발언과 같은 精神的 利益이 문제되는 곳에서도 또한 가능하다는 것에 대한 한 例일 뿐만 아니라, 형량의 과정 속에서 경직되지 않고 그리고 형량으로부터 자유롭게 인식가능한 것은 아니지만 그러나 다분히 확정되고 명백한 한계를 설정하는 動力을 원리로서 기본권 속에서 부여한 경우에 해당되는 한 例인 것이다.

담배결정과 티타닉결정은 어느 경우든 몇몇 사례에서는 侵害强度 그리고 重要度에 대한 합리적인 판단이 가능하고 어떤 결과의 論證을 목적으로 그러한 판단이 比例性 속에서 검토될 수 있다는 것을 나타내고 있다. 물론 그러한 판단 속에는 이미 衡量法則(Abwägungsgesetz) 속에 포함되지 않은 尺度들이 전제되어진다. 위자료부과를 결정한 법원의 판결이 표현의 자유에 대한 중대한 제한이라는 확인 속에서는 표현의 자유가 의미하는 것 그리고 표현의 자유를 위태롭게 하는 것에 대한 인정이 제시되어 있다. 반대로 병신이라는 표현이 인격권에 대한 중대한 제한이라는 판결은 인격적으로 존재하고 존엄을 가지는 것이 의미하는 바에 대한 승인을 전제로 하고 있다. 그럼에도 불구하고 하버마스(Habermas)의 말들을 적용하기 위해서 형량이 "恣意的으로 혹은 익숙한 것으로 받아들여진 基準과 位階秩序에 의하여 熟考 없이" 행해진다는 것을 의미하는 것은 아니다.[18] 제한강도 그리고 중요도에 대한 판결을 근거지우는 입장들은 자의적인 것은 아니다. 언급가능한 그러한 입장들을 위한 논거들이 인용되어진다. 독일연방헌법재판소의 이러한 입장이 깊은 생각 없이 익숙한 것으로 받아들여진 기준들과 위계질서들

17) Vgl. R. Alexy(Fn 1), 147쪽.
18) J. Habermas(Fn 6), 315-316.

에 의하여 행해졌다는 주장은 문제시되어야만 한다. 기준들은 결국 일련의 先例들에 상응한다. 결정에 있어서 先例의 존재만이 유일한 중요한 문제이고, 그 先例들의 妥當性의 문제는 중요시되지 않는다면, 여기서 익숙한 것으로 받아들여진 기준들에 대하여 이야기하는 것은 정당화될 수도 있다. 이러한 적용이 논증의 과정 속에서 행해지지 않는다면, 그 이후에는 아마도 熟考 없이 행해진 적용의 문제가 논의되게 될 것이다. 그러한 논의는 熟考를 공적으로 표현한 논거들이다. 그러나 논증과정이 결여된 것은 아니다. 이러한 모든 것은 또한 담배결정에 타당하다.

Ⅲ. 三分法적인 段階區分

지금까지는 단지 몇몇 예들만 고찰하였다. 이러한 예들은 합리적인 방법으로 서로 상반되는 원리들의 형량에 의해서 어떤 결과가 획득될 수 있다는 것을 보여준다. 이를 통해서 형량은 결국 합리적인 척도의 결여 때문에 모든 경우에 있어서 모든 것을 허용하고, 그와 동시에 형량의 구조는 여전히 파악될 수 없다는 命題가 논박되어진다. 지금까지 이야기한 것은 언급한 例들에만 국한된다. 예시된 사례들을 넘어서는 합리적인 형량에 대한 一般的인 判決을 하는 것이 가능하기 위해서는, 이제부터는 지금까지 행해진 단계구분의 배후에 존재하는 體系(System)에 대한 검토가 행해져야 한다.

모든 단계구분은 세 가지 段階의 모델 혹은 三分法적인 모델 속에서 행해진다. 물론 형량과정에 있어서 삼단계구분은 강제적인 것은 아니다. 두단계구분이 행해지자마자, 곧 삼단계구분이 시작될 수 있다. 단계구분의 수는 위로 열려있다. 단계구분의 수를 둘로 낮추거나 혹은 셋 이상으로 증가시킨다면, 이하에서 설명하는 것은 또한 실질적으로 적절하게 된다. 이러한 어떻게 설명되어져야 하는가에 관한 구분의 숫자는 너무 많아져서는 안 된다. 그러나 이러한 대안들에 대하여 삼분법은 법학적인 논증의 실제에 있어서 특히 보다 적합하다는 장점을 가지고 있다. 더 나아가서 삼분법은 直觀的이고 특히 明確한 방식으로 확대되어질 수 있다. 삼단계구분은 이미 설명한 바와 같이 '弱한(leicht)', '中間의(mittel)', '重大한(schwer)'으로 표시된다. 이러한 세 가지 단계를 설명의 단순화를 위하여 철자 '*l*' '*m*' 그리고 '*s*'로 표시하고자 한다. *l*은 일상어적인 표현으로 '가벼운'의 의미 뿐만 아니라 '적은(gering)' 혹은 '약한(schwach)'과 같은 의미도 포함하고 있다.

‘s’는 중대한의 의미 외에도 ‘높은(hoch)’ 혹은 ‘강한(starck)’의 의미로도 사용된다.

衡量法則에 의하여 l, m 혹은 s로 평가되는 對象은 한편으로는 어떤 원리의 不充足 혹은 侵害의 定度 그리고 또 다른 한편으로는 다른 원리의 充足의 重要度를 나타낸다. 우선적으로 불충족과 제한의 결합, 二重槪念이 제시된다. 이 二重槪念은 防禦와 保護의 二分法(Dichotomie)을 나타낸 것이다. 防禦權으로서 基本權이 문제되어진다면, 제한으로서 판단될 수 있는 척도가 설명된다. 제한(Eingriffe)은 權利行使의 妨害(Beeintr̈achtigungen)이다. 그래서 권리행사의 방해정도라는 표현 대신에 계속해서 발생할 수 있는 ‘制限强度’라는 표현이 사용된다. 모든 제한을 동시에 불충족으로서 표현할 수 있다는 것은 言語의 擴張可能性에 대한 표시이다. 防禦權과는 달리 부작위가 아닌 적극적인 작위를 요구하는 保護權(Schutzrechte)이 문제되는 경우에는 불충족의 표현은 당연히 보다 자연스럽게 사용된다. 또한 이 경우에 자연스럽게 다시 언어의 柔軟性이 의미하는 것, 권리행사의 방해 그리고 심지어 제한에 대하여 이야기할 수 있다. 어떤 원리가 保護를 요구하지만, 그러나 이 원리가 保障되지 않는다면, 이 원리의 불충족 뿐만 아니라, 이 원리에 대한 제한이 문제될 것이고 그리고 더 나아가서 불충족을 통한 제한이 논의된다.

이러한 것들을 바탕으로 하여 몇몇 論點들이 확정될 수 있다. 불충족 혹은 권리행사방해에 의한 원리의 침해(Verletzung)를 심사하기 위한 變數로서 P_i를 적용한다면 — 다시 衡量法則의 公式化를 행하기 위하여 — 원리 P_i에 대한 制限强度는 ‘IP_i’로 기록된다. 제한은 항상 具體的인 제한이다. 따라서 제한강도는 하나의 具體的인 크기(Größe)이다. 이러한 구체적인 크기로서의 제한강도는 GP_i로 기록되는 P_i의 抽象的인 重要度와는 구분된다. 원리 P_i의 추상적인 중요도는 P_i가 어떤 사례에 관련되는 상황과도 관계 없이 상대적으로 다른 원리에 대하여 당연히 인정받을 수 있는 중요도이다. 憲法의 많은 原理들은 그 추상적 중요도에 있어서는 차이가 없다. 물론 몇몇 헌법의 원리들의 경우에는 이러한 사정은 달라진다. 따라서 生命權은 一般的 行動의 自由보다는 보다 높은 추상적 중요도를 가진다. 서로 衝突하는 원리들의 추상적인 중요도가 同等하다면, 이러한 同等性은 형량을 통해서 극복되어진다. 형량법칙은 첫 번째 형량대상으로 단지 제한강도를 언급하고 있다. 이것은 추상적인 중요도가 동등한 상황을 공식화한 것은 아무런 역할을 수행할 수 없다는 것을 실증하고 있다. 추상적인 중요도가 다른 경우에

일어나야만 하는 것이 설명되어질 것이다. 여기에서는 언제나 추상적인 혹은 구체적인 크기가 논의되는지 여부를 명백히 하는 것이 明確性의 측면에서 항상 중요하다는 것은 충분히 확정할 수 있다. 제한강도는 필수적으로 구체적인 것이어야 하기 때문에, IP_i의 경우에는 자체적으로 이와 같은 확정이 필요하지 않다. 그러나 C를 부가함으로써 IP_i의 구체화를 명확히 하는 것은 아무런 문제가 되지 않는다. C는 사례에 대한 결정에 있어서 중요한 상황을 표현한 것이다. C는 여기에서는 다루어질 수 없는 衝突法則(Kollisionsgesetz)에 있어서[19] 중심적인 역할을 수행한다. 따라서 l, m 혹은 s로 표현된 평가의 첫 번째 대상, 제한강도는 IP_iC로 표시된다.

IP_iC는 세 가지 측면을 표현한 것이다. P_i는 원리 P_i가 문제된다는 것을 나타낸 것이고, I는 원리P_i에 대한 제한의 강도가 문제된다는 것을 표현한 것이고, C는 구체적인 사례가 문제된다는 것에 대한 표시이다. 이러한 세 가지 측면을 IP_iC와 같은 복잡한 표현으로 나타내는 것은 一目瞭然한 明瞭化에는 有用한 것이다. 또 다른 측면에서는 크기, 제한강도가 문제된다. 이 세 가지 측면을 강조하는 것이 중요하지 않다면, IP_iC대신에 간소하게 I_i로 표기하는 것이 권고되어진다. I_i는 IP_iC와는 아무런 차이가 없다. 또한 I_i=IP_iC의 공식도 유효하다. 'I_i'는 상세한 내용을 표시한 IP_iC의 간결한 내용을 표시한 것이다.[20] 제한강도가 문제된다는 것은 철자 I를 통해서 표현되어지고, 원리IP_iC에 대한 제한이 문제된다는 것은 지수'$_i$'를 포함하고 있는 I를 설정하는 것을 통해서 인식가능하게 되고, 구체적인 크기가 문제된다는 것은, 제한강도의 경우에는 저절로 이해된다.

추상적인 중요도의 경우에도 이에 상응하는 表記法이 권장된다. 원리 P_i에 대한 추상적인 중요도는 'GP_i'로 표기된다. 추상도를 명확화하려고 한다면, C에 대한 類推適用을 통해서 A가 부가되어질 수 있다. 그리하여 P_i에 대한 추상적인 (A) 중요도(G)에 대한 상세한 표기는 'GP_iA'가 된다. 위와 상응한 방식으로 보다 간결한 이해의 표기인'G_i'형식이 인정된다. G_i 혹은 GP_iA로 표현된 원리 P_i의 추상적인 중요도는 이와 상반되는 원리의 추상적인 중요도와 구분될 수 있다면, 형량에 있어서 어떤 역할을 수행한다. 양쪽의 추상적인 중요도가 동등하다면,

19) R. Alexy(Fn 1), 83쪽.

20) 상세한 이해는 R. Alexy Die Abwägung in der Rechtsanwendung, in: *Jahresbericht des Instituts für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität zu Tokio* 17(2001), 77쪽 속에서 적용되고 있다.

서로 相殺되어진다.

형량법칙의 명확한 공식에 의하면 l, m 혹은 s로의 평가의 두 번째 대상은 다른 원리의 충족의 중요도이다. 제한강도와는 달리 중요도는 필수적으로 전적으로 하나의 구체적인 크기로서 파악되지 않는다. 구체적인 것과 추상적인 것이 결합된 것 속에서 중요도의 개념을 형성할 수 있다. 상반되는 원리의 충족이 얼마나 중요한가에 대한 결정은 상반되는 원리에 우위가 부여되지 않는다면, 상반되는 원리의 제한강도가 어느 정도인가 하는 문제 뿐만 아니라, 상반되는 원리의 추상도가 얼마나 큰가 하는 문제와도 관련성을 가진다. 그럼에도 불구하고 衡量法則의 첫 번째 原則의 半이 단지 제한강도에 焦點을 맞추고 있다는 것은 추상적인 중요도가 동일하고 그리하여 추상적인 중요도가 아무런 역할을 수행하지 못하는 상황에 맞추어서 형량법칙이 작성된 것을 통해서 알 수 있다는 것은 이미 알려져 있다. 따라서 형량법칙의 공식화의 의미 속에서 중요성은 우선적으로 단지 추상적 중요성을 의미한다는 것이 명백해진다.

이렇게 볼 때 형량법칙에서 이야기하고 있는 상반되는 원리충족의 具體的 重要性이 무엇인가 하는 문제로 모든 것이 집약된다. 형량법칙의 경우에는 전적으로 두 개의 상반되는 원리들의 관계가 문제되기 때문에, 이러한 관계는 P_j로 표시되는 상반되는 원리의 충족을 위해서 행해지는 원리 P_i를 제한하는 조치의 中斷 혹은 非實行에 수반되는 影響力의 結果에 달려있다. 그러므로 원리 P_j에 대한 충족의 구체적인 중요성은 P_j의 충족을 위해서 행해지는 원리 P_i의 제한의 중단이 가지는 效果에 의하여 결정된다. 이러한 결과는 티타닉사례를 통해서 설명되어질 수 있다. 심각한 장애를 앓고 있는 퇴역장교를 '병신'으로 묘사한 것만이 단지 문제가 되어질 것이다. 表現의 自由에 대한 제한을 확정하기 위하여, 이러한 표현에 대한 위자료의 부과가 얼마나 강하게 표현의 자유를 제한하였는가 하는 문제가 단순하게 제기된다. 헌법이 뒤셀도르프상급법원의 判決 속에서 위자료의 부과와 더불어 나타난 이러한 표현의 금지를 허용한다면, 그것은 헌법이 이 기본권에 대해서 요구한 것이다. 人格性保護의 原理의 충족의 중요성을 확정하기 위해서는 지금부터는 반대로 표현의 자유에 대한 제한의 중단 혹은 비실행, 즉 병신이라는 표현의 허가된 것으로서의 등급구분 그리고 그와 동시에 인격성의 보호를 위한 위자료의 불부과가 의미하는 바가 무엇일 것인가에 대한 질문이 제기된다. 이러한 논의과정에서 표현의 자유를 보호하는 경우에 수반되어지는 인격보호에 대한 損失이 바로 중요한 논점이 된다. 티타닉결정에 있어서 인격성보호의

원리의 중요성은 티타닉의 표현의 자유에 대한 불제한을 통해서 나타난 불보호가 얼마나 강하게 퇴역장교의 인격권에 대한 제한을 초래할 수 있는가 하는 문제로부터 도출된다. 이것은 일반화되어질 수 있고 다음의 공식 속에서 파악될 수 있다: 원리 P_j의 具體的 重要性은 원리 P_i에 대한 不侵害가 얼마나 강하게 원리 P_j를 제한하는 가 여부에 따라서 측정된다.

다시 表記法의 문제가 제기된다. 중요성에 대한 표기로서 철자 W를 설정하고 상반되는 원리의 중요성을 'IP_iC'를 類推해서 'WP_jC'를 통해서 표기한다는 것이 생각될 수 있다. 이러한 표기는 또한 형량법칙의 공식화로부터 나오는 慣用的인 言語表現에 보다 적합하다는 長點이 있다.[21] 그럼에도 불구하고 體系的인 考慮는 다른 解決策을 제시할 것을 요구한다. 설명한 바와 같이 원리 P_j의 구체적 중요성의 개념은 P_i의 제한의 중단을 통한 P_j에 대한 제한강도의 개념과 同一視된다. 불제한을 통한 假定的인 制限强度가 문제시된다. 또한 상반되는 원리의 측면에서 제한강도의 표시가 바로 'I'로 사용된다면, 가장 명확한 표시가 된다. 그래서 IP_iC에 대한 반대는 IP_jC이다. 다시 이러한 상세한 표현은 간결한 표현으로 대체되어지고, 보다 정확히 말하면 I_j로 대체된다. 또한 이 경우에도 다음은 유효하다: $IP_jC = I_J$. 계속해서 단지 간결한 표현들만이 나타나게 될 것이다.[22]

이를 통해서 l, m 또는 s의 평가의 대상이 확정된다. 형량법칙을 나타냄에 있어서 형량법칙은 형량이 세 가지 部分過程들(Teilschritt)로 나누어진다고 설명되고 있다. 처음의 두 가지 부분과정들은 지금부터 우리의 삼분법에 의해서 실행되어진다: I_i에 대한 l, m 혹은 s로의 평가 그리고 I_j에 대한 l, m 혹은 s로의 평가. 지금부터는 이러한 평가들이 서로 비례적인 관계가 설정되는 세 번째 부분과정이 어떻게 실행되는지에 대한 질문이 제기된다.

도대체 그러한 종류의 평가들은 비례적인 관계가 설정될 수 없다는 주장이 제기될 수도 있다. 충돌하는 것은 저울질할 수 없다고 한다.[23] 그래서 대략 티타닉 결정을 고려하여 생래적 살인자로서의 묘사 그리고 만이천마르크의 위자료의 부과판결은 자연적인 사실로서 사과와 배보다도 공통성을 적게 가지고 있는 두 개

21) 이것이 그 이전의 저작들 속에서 제한강도에 해당되는 경우로서 상반되는 원리의 경우에 다른 철자가 선택되어지는 근거이다. R. Alexy(Fn 20), 73쪽.

22) 계속적으로 제한강도 (I)의 의미 속에서의 구체적인 중요성 그리고 추상적인 중요성 (G)으로 구성된 크기에 대한 표현으로서 철자 W가 사용된다.

23) Vgl. 이에 대하여 A. Aleinikoff Constitutional Law in the Age of Balancing, in *The Jale Law Journal* 96(1987), 972쪽 이하.

의 사회적 사실이라는 주장이 有效하게 되었다. 그럼에도 불구하고 그것은 決定的인 論點에 관한 것은 아니다. 어떠한 대상들의 直接的인 比較可能性이 문제시되는 것이 아니라 확실히 간접적으로 이러한 대상들의 比較可能性을 열어놓고 있는 것인 헌법에 대하여 이러한 대상들이 가지는 의미의 비교가능성이 문제가 된다. 헌법에 대한 의미의 비교가능성의 개념은 비교가능성을 증진시키기 위해서 충분한 두 가지 개념을 포함하고 있다. 첫 번째 개념은 하나의 統一的인 觀點이다: 憲法의 觀點이다. 물론 이러한 관점의 측면에서 유효한 것에 대한 논쟁이 제기될 수 있다. 이러한 논쟁은 계속적으로 이어질 것이다. 그럼에도 불구하고 헌법의 이름으로 妥當한(richtig) 것에 대한 논쟁은 존재한다. 통일적인 관점이 포기된다면, 물론 곧바로 비교가능성은 생긴다. 어떤 한 憲法解釋者가 다른 憲法解釋者에게 아마도 自體的으로 잘못된 것을 실증할 수 있는 통일적인 혹은 공통적인 입장이 존재하지도 않고 그리고 존재할 수도 없기 때문에, 다른 자의 입장에서 볼 때에 받아들일 수 없는 것을 자신의 입장에서 정당화시킨다면, 즉 모든 사람은 자신의 입장에서는 옳고 誤謬에 빠지지 않을 뿐만 아니라 批判될 수도 없다고 말하는 것은 이 경우에 해당하는 어느 정도의 적절한 사례가 될 것이다. 그렇게 되면 空虛한 修辭學을 넘어서는 그리고 이러한 의미 속에서의 타당한 해결에 대한 合理的인 對話는 아마도 불가능하게 된다. 이제 확실히 正反對의 것이 또한 중요시된다. 헌법의 이름으로 타당한 것에 대한 합리적인 대화가 가능하다면, 하나의 통일적인 관점은 가능하다. 이러한 관점은 바로 헌법의 이름으로 타당한 것의 規制的 理念(regulative Idee)에 의하여 調停될 수 있는 합리적 대화가 시작되는 순간부터 바로 생기게 된다. 그런 까닭에 통일적인 관점의 불가능성 때문에 價値評價의 가능성을 부인하고자 하는 자는 헌법해석의 영역에 있어서 가치평가에 대한 합리적인 대화의 불가능성을 주장해야만 한다. 이러한 주장에 대한 반론을 여기에서 상세하게 설명할 수 없다 할지라도, 이러한 주장에 대해서는 異論이 제기될 것이다.[24] 두 번째 比較可能性을 증진시키는 요소는 기본권적인 損失과 獲得에 대한 평가에 대한 단계구분을 가능하게 만드는 항상 어떠한 특성을 가지는 尺度(Skala)이다. *l*, *m*, *s*로의 삼분법적인 단계구분은 이에 대한 하나의 예가 된다. 헌법의 통일적인 관점에서 이러한 삼분법적인 단계구분의 實行은 비교가능성을 창조한다.

---

24) 이에 대해서는 R. Alexy *Theorie der juristischen Argumentation*, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 2001, 53쪽 이하.

우선 한 번 기본입장 그리고 단계구분을 통한 비교가능성이 받아들여지면, 어떻게 형량의 세 번째 단계가 실행될 것인가에 대한 질문은 단순한 것으로 實證된다. 원리 P_i에 대한 제한이 원리 P_j에 대한 제한보다 더 강하게 행해지는 세 가지 狀況이 존재한다:

(1) $I_i : s,\ I_j : l$
(2) $I_i : s,\ I_j : m$
(3) $I_i : m,\ I_j : l$

이 사례들에 있어서는 P_i가 P_j보다 優先한다. 이것은 條件附의 優先關係 $(P_iPP_j)\ C$, 즉 이미 언급된 衝突法則의 의미 속에서도 완전히 有效하다.[25] P_i의 우위의 세 가지 사례에 상응한 P_j의 우위의 세 가지 사례들:

(4) $I_i : l,\ I_j : s$
(5) $I_i : m,\ I_j : s$
(6) $I_i : l,\ I_j : m$

이러한 사례들에 있어서 $(P_jPP_i)\ C$는 유효하다. 삼분법적인 단계구분에 의하여 결정되어질 수 있는 이 여섯 가지 사례들 외에도 세 가지 同等事例가 나타난다:

(7) $I_i : l,\ I_j : l$
(8) $I_i : m,\ I_j : m$
(9) $I_i : s,\ I_j : s$

同等事例 속에서는 형량은 아무런 결과도 확정할 수 없다. 이 사례는 衡量形成領域 속에 있는 것이고 그리고 보다 정확히 말하면 構造的인 형량형성영역 속에 놓여 있다. 이러한 형량형성영역은 여기에서는 보다 상세하게 설명될 수 없는 한편으로는 憲法裁判所의 權限의 限界設定에 있어서 또 다른 한편으로는 立法者 그리고 專門法院의 權限의 限界設定에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다.[26]

25) R. Alexy(Fn 1), 83쪽.

삼분법적인 모델의 세 가지 단계는 일상적인 法實務에서 뿐만 아니라 法學的인 論證에서도 행해지는 단계구분을 體系化하려고 시도하는 하나의 척도를 형성한다. 이러한 삼단계구분은 0-1에 대한 連續性을 넘어서서 기능하는 根本尺度(Kardinalskala)를 통한 제한강도와 중요도의 計測化(Metrisierung)와는 거리가 먼 것이고 또한 반드시 그래야만 한다. 왜냐하면 제한강도 그리고 중요도는 그러한 척도에 의하여 測定될 수 없기 때문이다.[27] 보다 정확히 말하면 세분화된 삼분법 ―무엇보다도 二重三分法(Doppeltriade)이, 어떻게 實證되어질 수 있는가에 대한 문제가 제기된다―을 적용하는 것이 일반적으로 가능하다고 할 지라도, 이것은 여전히 限界를 가지고 있다. 약한, 중간의 혹은 중대한 문제들로서의 단계구분이 이미 많은 경우에 문제를 야기한다. 여전히 많은 경우에 바로 약한과 중대한으로만 구분될 수 있고 몇몇 사례들의 경우에만 이러한 구분자체가 불가능한 것처럼 보인다.[28] 따라서 법학적인 가치수량화는 상대적으로 조잡한 境界를 가지고 행해질 수 있고, 그것은 모든 사례 속에서 나타나는 것은 아니다. 序列化의 深化에 대해서 한계를 설정하고 그 위에 극소한 방식의 價値數量化를 배제하는 것은 憲法의 本質的 內容이다.[29] 그리하여 0과 1사이의 점의 연속수를 사용한 잘못된 측정에 대한 문제는 제기되지 않는다.[30] 무엇보다도 가능한 것은 숫자를 사용한 삼분법적인 모델의 배후에 존재하는 구조의 說明이다.

Ⅳ. 公式

I_i와 I_j에 비례적인 관계를 설정하는데 있어서 두 가지 기본적으로 상이한 가능성이 주어진다. 數學的 順序를 다루려고 하는 자는 첫 번째 가능성을 선택하고, 幾何學的 順序를 다루려고 하는 자는 두 번째 가능성을 선택한다. l, m, s 세

26) Vgl. 이에 대하여 R. Alexy Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: *VVDStRL* 61(2002), 7쪽 이하.

27) R. Alexy(Fn 1), 142쪽.

28) 제한강도의 모든 차이는 이러한 불가능성을 통해서 사라진다. 제한강도의 차이를 근거로 한 형량은 더 이상 행해질 수 없다. l, s의 척도는 최소척도이다.

29) Vgl R. Alexy(Fn 26), 25-26쪽.

30) 법에 있어서 극소한 價値數量化가 가능하다면, 존재할 수 있는 것을 설명하는 이상적인 모델들 속에서 그러한 척도의 적용은 확실히 배제되지 않았다; vgl. 이에 대하여는 N. Jansen Die Abwägung von Grundrechten, in: *Der Staat* 36(1997), 29쪽 이하.

개의 수를 수학적 순서로서 설명하는 많은 가능성들이 주어진다. 특별히 간단한 가능성은 1, 2, 3의 순서이다. 이러한 순서를 적용하여 결정되어질 수 있는 사례의 상황 하에서 어떤 원리의 중요도를, 간결하게 이야기한다면 그 원리의 구체적 중요도를 다음과 같이 표현하는 公式을 定立할 수 있다:

$G_{i,j} = I_i - I_j$

이 공식을 '減算公式(Differenzformel)'이라고 명명하고자 한다.[31]

감산공식에 지금까지 유일하게 설명되지 않은 표기 '$G_{i,j}$'·'$G_{i,j}$'는 'G_i'와는 混同되어져서는 안 된다. 'G_i'는 이미 설명한 바와 같이 원리 P_i의 抽象的 重要度를 표기한 것이다. 'GP_iA'라는 상세한 표기는 이를 명확하게 표현한다. 반면에 '$G_{i,j}$'는 원리 P_i의 具體的 重要度, 즉 결정되어야 하는 사례의 상황 속에서의 원리 P_i의 중요도를 표기한 것이다. 그것은 다음과 같은 상세한 표기로 읽혀진다:

'$GP_{i,j}C$'.[32]

감산공식은 어떤 원리의 구체적 중요성은 相對的 重要性이라는 것을 인식시켜 주고 있다. 감산공식은 원리 Pi의 구체적 중요도는 이 원리의 제한강도와 상반되는 원리 Pj의 구체적 중요도와의 감산으로서 확정된다. 이 과정에서 후자의 확정은 $P_{i,}$에 대한 제한의 중단, 즉 불제한을 통한 P_j에 대한 가설적인 제한강도에 달려있다. 이러한 相對的 關聯性은 '$G_{i,j}$'를 통해서 표현된다. P_i의 구체적 중요성은 P_j와의 相對的 關聯性 하에서의 P_i의 구체적 중요성이다.

숫자 1, 2 그리고 3을 감산공식 속에 적용하면 한 눈에 드러나는 결과를 얻는다. 다시 위에서 제시된 삼분법적인 모델의 새로운 가능한 상황들이 고찰될 것이다. P_i가 P_j보다 우선하는 처음의 세 가지 상황 하에서는 ―이 세 가지 상황들은 지금 간단하게 설명된다―, $G_{i,j}$는 다음의 플러스의 가치(positive Werte)를 포함하고 있다:

---

31) 덧셈 뿐만 아니라 뺄셈을 사용하여 가치 혹은 원리의 중요도의 관계를 설명하는 것에 대해서는 vgl. H Hubmann *Wertung und Abwägung im Recht*, Köln/Berlin/ Bonn/ München 1977, 26-27, 162쪽 이하.

32) 그러므로 감산공식은 상세한 표기 속에서 다음의 내용을 포함하고 있다:
GPi,jC = IPiC - IPjC.

(1) $s,\ l = 3 - 1 = 2$
(2) $s,\ m = 3 - 2 = 1$
(3) $m,\ l = 2 - 1 = 1$

P_j가 우선하는 사례 속에서는 '$G_{i,j}$'는 마이너스의 가치(negative Werte)를 가진다.

(4) $l,\ s = 1 - 3 = -2$
(5) $m,\ s = 2 - 3 = -1$
(6) $l,\ m = 1 - 2 = -1$

세 개의 모든 同等事例들 속에 있어서는 P_i의 구체적인 중요성 즉 상대적인 중요성이 0이 된다:

(7) $l,\ l = 1 - 1 = 0$
(8) $m,\ m = 2 - 2 = 0$
(9) $s,\ s = 3 - 3 = 0$

숫자를 적용한 삼분법적인 모델 속에서의 이러한 상대적 관련성의 설명은 單純性 그리고 고도의 直觀的인 說得力이라는 長點을 가지고 있다. 동등사례는 양 원리의 가치가 동일한 상태에서는 어떠한 원리도 그것이 마이너스적인 힘이든 혹은 플러스적인 힘이든 관계 없이 다른 원리에 대하여 영향력을 행사할 수 없다는 것을 통해서 정의된다는 것을 무엇보다도 우선적으로 나타내고자 한다. 그럼에도 불구하고 원리의 中心的 特徵은 감산공식을 통해서 파악될 수 없었다. 수학적인 순서를 통한 삼분법적인 모델의 설명을 기하학적인 순서를 통한 삼분법적인 모델과 비교해 보면 이것은 명백해진다.

기하적인 순서로서 가치를 2^0, 2^1 그리고 2^2, 즉 1, 2 그리고 4로 표시한다면 상대적으로 簡單하고 그와 동시에 고도로 有益하다. 이러한 결과는 각 단계구분들 사이의 差異가 항상 같은 것이 아니라 增加된다는 점에서 수학적인 순서와는 본질적으로 구분된다. 이를 통해서 제한강도가 증가되는 경우에는 원리는 점점 더 많은 영향력, 즉 代替의 限界比率의 法則에 상응하는 것을 얻을 수 있다는 사

실이 설명되어질 수 있다.[33]

단계구분의 기하학적 특성은 원리 Pi의 구체적 중요성을 감산공식에 의해서가 아니라 나누기공식(Quotientformel)에 의하여 정의될 수 있다. 그 공식은 다음과 같다:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

이 공식은 '重要度 公式(Gewichtsformel)'으로 命名되어질 包括的인 公式의 핵심을 형성한다. 이 공식의 완전한 이해 속에는 제한강도 외에 상반되는 원리의 추상적인 중요도 그리고 문제시되는 措置를 통한 상반되는 원리의 실현 그리고 비실현에 대한 經驗的 立場의 確實性의 定度를 포함하고 있다. 이것은 두 원리의 충돌의 경우에 있어서 두 원리 중의 각 원리의 구체적 중요도 혹은 상대적 중요도는 세 雙의 구성요소의 결합 즉 여섯 개의 구성요소에 달려있다. 무엇보다도 단지 각 구성요소의 쌍이 동등하지 않는 경우에만, 이 공식은 도입되어야만 한다. 각 구성요소의 쌍이 동등하다면, 각 구성요소들은 서로 相殺된다. 그런 까닭에 방금 제시된 공식은 추상적인 중요도 그리고 안전성 정도가 구성요소들의 동등성 때문에 省略될 수 있다는 것을 의미할 수 있다. 제한강도에만 한정된 공식은 완전한 공식이 아니라, 생략의 관철에 의한 공식 그 자체이다. 나누기공식이 계속해서 '중요도 공식'으로 표기된다면, 바로 이 공식을 의미한다.

또한 세 가지 구성요소들의 쌍으로 구성되는 완전한 공식의 경우에는 단지 두 개의 원리의 충돌만이 문제된다. 두 개 이상의 원리가 관련될 때에는 複雜性은 증가된다. 두 원리를 고려한 완전한 공식을 능가하는 하나의 공식 속에 이것을 파악하려는 시도가 행해진다. 이 공식은 단순히 '중요도 공식'으로 표기되는 것이 아니라 '擴大되어진 重要度 公式(erweiterte Gewichtsformel)'으로 표기된다. 요컨대 단순히 전적으로 제한강도만을 나타내기 위하여 작성된 중요도 공식에 대한 그 어느 형태의 보충이 행해지기에 앞서서, 우선적으로 한 번 이 공식을 보다 정확하게 검토해야만 한다.

$G_{i,j}$가 다양한 상황들 속에서 포함하고 있는 가치들이 형량하는 것을 정확히 再構成하는 경우에만 중요도 공식은 정당화될 수 있다. 무엇보다도 단순한 삼분

33) Vgl. R. Alexy(Fn 1), 147쪽.

법적인 단계구분을 검토해 본다. P_i가 P_j보다 우선하는 사례들 속에서 $G_{i,j}$는 1보다 큰 가치를 포함하고 있다:

(1) $s,\ l = 4 / 1 = 4$
(2) $s,\ m = 4 / 2 = 2$
(3) $m,\ l = 2 / 1 = 2$

P_j가 우선하는 경우에는 P_i의 중요도는 1 이하로 떨어진다:

(4) $l,\ s = 1 / 4 = \frac{1}{4}$
(5) $m,\ s = 2 / 4 = \frac{1}{2}$
(6) $l,\ m = 1 / 2 = \frac{1}{2}$

또한 이 경우에 있어서도 가치가 동등한 모든 동등사례들의 경우에는, 어떤 경우에 해당되든지 간에 1의 가치를 가진다:

(7) $l,\ l = 1 / 1 = 1$
(8) $m,\ m = 2 / 2 = 1$
(9) $s,\ s = 4 / 4 = 1$

첫눈에 보면 이 공식은 수학적인 순서에 비하여 거의 아무런 장점이 없는 것처럼 보인다. (s, l; l, s)와 같은 큰 間隔은 (s, m; m, l; m, s; l, m)과 같은 작은 間隔과 비교해 볼 때 매 경우 두 배의 혹은 절반의 가치를 가진다. 심지어는 가치 0이 가치 1보다 가치가 동등한 경우를 보다 더 잘 설명한다고 생각할 수 있다.

삼분법적인 모델이 두 배의 이중삼분법모델(das doppelltriadische Modell)로 확대되어진다 하더라도, 이러한 상황이 개선되지는 않는다. 그렇게 되면 수학적 순서는 1-9의 순서로 확대되고, 기하학적 순서는 2^0-2^8의 순서로 증가된다. 어떤 경우든 이러한 순서는 가치 ll, lm, ls, ml, mm, ms, sl, sm 그리고 ss를 표현한

다. 예컨대 *ll*은 약한 약한 제한 즉 아주 약한 제한을 표현한 것이고, *ss*는 중대한 중대한 제한, 즉 아주 중대한 제한을 나타낸 것이고, ml은 약한 중간의 제한, 즉 겨우 바로 중간에 해당되는 제한을 표현한 것이다. 기본권에 대한 가장 약한 제한과 가장 강한 제한을 비교해 보면, 감산공식과 나누기 공식의 차이는 명백해진다. 가장 약하게 정당화되는 기본권제한은 이중삼분법모델에 따르면 *ss*, *ll* 結合을 통해서 표현된다. 예를 들면 7년의 自由刑과 같은 중대한 제한(*ss*)이, 예를 들면 담배꽁초를 人道에 버리는 것과 같은 기본권제한정도에 비하여 아주 사소한 중요도를 가지는 근거에 의하여(*ll*), 정당화되는 경우를 가정해 보자. 감산공식은 가치 9(*ss*)와 1(*ll*)의 바탕 위에서 기본법 제2조 제1항, 그리고 기본법 제2조 제2항 제2문의 구체적 중요도를 8로 도출한다. 이에 반하여 나누기공식은 가치 2^8과 2^0의 바탕 위에서 정당화될 수 없는 기본권제한의 이중삼분법 속에서의 이러한 가장 極端的인 狀況의 경우에는 구체적 중요도가 256으로 증가된다.[34] 제한의 가장 강한 정당화는 ― 이와 정반대로 ― *ll*, *ss*를 통해서 설명된다. 이것은 감산공식에 따르면 -8로 나타나고, 나누기 공식에 의하면 $\frac{1}{256}$ 혹은 0, 00390625가 된다. 나누기공식의 경우에는 극단적인 상황 속에서의 가치는 0과 無限으로 치우치는 경향이 있다. 이것은 無限界의 不法과 같은 것이 존재한다는 관념에 상응하는 것이다. 물론 그러한 경향은 또한 감산공식을 통해서 설명되어질 수 있다. 감산공식에 사용되는 단계구분은 단지 0과 무한의 방향으로 확대되야만 한다. 그러나 이러한 확대를 통해서 구분척도 그 자체는 이미 복잡화되었다. 1, 2, 3의 단순한 순서는 제한을 그 제한강도에 의하여 단계 구분하는 우리의 능력의 조잡한 구조를 명확히 반영하고 있는 방식으로 *l*, *m*, *s*를 재현한 것이다. 이것은 또한 1-9의 순서를 통한 이중삼분법의 설명의 경우에도 타당하다. 이와 반대로 순서가 0과 무한으로 확대되어지는 경우에도, 그러한 종류의 對應關係가 여전히 유지될 수 있는지 여부에 대하여는 의문이 제기된다. 기하학적인 순서는 이러한 문제에 직면하지 않는다. 기하학적인 순서는 삼분법적인 구조들 뿐만

34) 예를 들면 강의 중의 헛기침 때문에 終身刑이 부과되는 경우와 같은 極端的인 事例들이 제시될 수 있다. 이 경우는 사실상 담배꽁초사례보다는 더 극단적이다. 그럼에도 불구하고 이중삼분법은 여전히 극단성에 있어서의 이러한 차이를 공식화할 수 없다. 이러한 차이는 극단영역 속에서 상세히 구분된다. 그러한 상세한 구분은 전적으로 가능한 것처럼 보인다. 그러한 구분은 우리의 段階區分能力이 중간으로 내려갔을 때에, 우리의 段階區分能力의 限界를 증진시키는 이념을 표현하는 시도가 될 것이다. 그럼에도 불구하고 여기에서는 더 상세하게 논하지 않는다.

아니라 제한강도가 증가되어지는 경우에 권리의 증가되는 抵抗力(Widerstandskraft)에도 적합하다.

형량에 있어서 제한강도 뿐만 아니라 추상적인 중요도도 일정한 역할을 수행할 수 있다는 것은 이미 알려져 있다. 이러한 것들이 구분된다면, 이 가능성은 현실화된다. 추상적인 중요도가 동등하다면, 추상적인 중요도는 서로 상쇄된다. 이와 반대로 추상적인 중요도가 서로 다른 경우에는, 저울이 무거운 한쪽으로 기울게 된다.

제한강도(I_i, I_j) 그리고 추상적인 중요도(G_i, G_j)의 관계 속에는 세 가지 기본적 상황이 존재한다. 첫 번째 기본적 상황 속에서는 추상적 중요도는 다르지만, 그러나 제한강도는 같다. 이 상황 하에서는 제한강도는 상쇄된다. 오로지 추상적인 중요도가 중요한 문제가 된다. 이러한 상황은 ―본질적으로 보다 빈번한 그리고 그와 동시에 실제적으로도 훨씬 더 많은 의미를 가지는― 추상적인 중요도는 동일하지만, 그러나 제한강도는 다른 두 번째 기본적 상황의 正反對이다. 그에 비하여 세 번째 기본적 상황 속에서는 추상적 중요도 뿐만 아니라 제한강도도 다르다. 모든 네 개의 가치마다 문제가 주어진다. 이러한 관련성은 이하의 확대되어진 중요도 공식의 變形을 통해서 표현된다:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

이러한 공식이 妥當하다면, 이 공식의 바탕 위에서 계속적인 槪念的인 說明이 행해지게 된다. $I_i \cdot G_i$ 그리고 $I_j \cdot G_j$의 결과는 $G_{i,j}$, G_i 그리고 G_j와 별도로 혹은 그 대신에 '중요도'로 자주 표현될 수 있는 것을 표현하고 있다. '중요도'란 표현은 결과적으로 세 가지로 해석될 수 있게 된다. 전후관계의 脈絡이 의미가 주어진 대로 결정하는 것을 허용한다면, 여러 가지 해석가능성은 아무런 문제가 되지 않는다. 후자는 형량에 대한 토론 속에서 항상 이야기되는 사례는 아니다. 그런 까닭에 學術用語에 대한 확정이 필요하다. 중요도는 두 가지 가능성을 제공하고 있다. $I_i \cdot G_i$의 결과는 '非相對的인 具體的 重要度' 뿐만 아니라 P_i의 '중요도'를 언급하고 있다. 前者는 지나치게 상세하지만 명확하다. 그것은 상대적인 구체적 중요도($G_{i,j}$)와 추상적인 중요성(G_i) 사이에 명백히 비상대적인 구체적 중요도($I_i \cdot G_i$)를 제시하고 있다. 한편으로는 '중요성'으로 표시한 것은 보다 고상한 표현이고 그리

고 그것은 전적으로 언어의 관용적 사용례에 가까운 것이다. 추상적 중요도는 중요도의 동일성 때문에 서로 상쇄되기 때문에, 공식이 명백히 추상적 중요도에 관련된 것이 아니라고 읽혀진다면, 명확성을 위하여 위에서 소개된 형량법칙의 공식 속에서 행해진 것과 같이, 설명 없이 I_j를 중요성(Wichtigkeit)으로 표시하는 것이 抛棄되어져야 한다. 이러한 과정을 선택한다면, 비상대적인 구체적 중요성은 다음과 같이 중요성(W_i, W_j)으로 정의된다:

$$W_i = I_i \cdot G_i$$
$$W_j = I_j \cdot G_j$$

이러한 방식으로 '중요도' 표현의 세 가지 해석가능성은 명백히 해결될 수 있다. G_i 그리고 G_j는 기하학적 순서를 통하여 표현되는 삼분법적인 단계구분과 관련을 가지는 결과를 통해서 표기되는 것이 또한 勸奬된다. 그와 동시에 모든 것은 I_i 그리고 I_j의 가치들에 대하여 이야기된 것들 또한 G_i 그리고 G_j가치들에 대하여 언급된 것에도 유효하게 적용된다. 이것은 自明한 것이 아니라 $G_{i,j}$에 의하여 표현된 구체적 중요도 혹은 상대적 중요도의 확정의 경우에 — 이러한 모호한 개념은 이제부터는 메타영역(Metaebene)에서 사용된다 — 추상적 중요도 그리고 제한강도에는 동등한 중요도가 인정된다라는, 입장의 표현이다. 이러한 同等한 重要性假定은 완전한 상쇄를 가능하게 만든다. 높은(s) 추상적 중요성(G_i)을 가진 어떤 원리에 대한 가벼운(l) 제한(I_i)이 이러한 원리에 대한 제한의 중단의 경우에는 아주 사소한(l) 추상적 중요도(G_j)를 가지는 다른 원리에 대한 중대한(s) 제한(I_j)과 동등한 중요성을 가진다. 이 경우 동등사례가 생성된다.

또한 완전한 중요도 공식의 세 번째 變數雙은 이미 언급되어졌다. 그것은 하나의 원리의 불실현 그리고 다른 원리의 실현을 위하여 매 경우 판단될 수 있는 조치가 의미하는 것에 대한 經驗的 立場의 安定性의 정도를 표현하고 있다. 독일연방헌법재판소는 共同經營參與決定(Mitbestimmungsurteil)에서 입법자가 자신의 비례성에 대한 평가의 기초가 되는 經驗的 豫測(Prognose)의 경우에는 항상 確實性이 요구될 수도 없고, 不確實性이 任意的으로 허용되어져서도 안 된다고 적절히 확인하고 있다.[35] 확정성의 명령되어진 정도를 확정될 수 있는 척도 하에서는

35) BVerfGE 50, 290[332].

제한강도와 추상적 중요도를 통하여 정의된 기본권의 중요성의 척도가 구체적 사례 속에서의 중심이 된다. 이러한 것들을 고려해 볼 때 위에서 소개된 형량법칙에 相應한 것들 속에서 認識論적인 衡量法則이 공식화된다. 그 공식은 다음과 같다:

어떤 기본권에 대한 제한이 중대하면 할수록, 제한을 수반하는 전제들의 確定性은 더욱 더 커진다.

이러한 두 번째 형량법칙은 賓辭 '認識論的인(epistemisch)'을 포함하고 있다, 왜냐하면 이 법칙은 제한을 정당화하는 근거의 실질적 중요성을 목표로 하는 것이 아니라, 그 근거의 認識論的인 特性에 焦點을 두고 있기 때문이다. 설명된 바와 같이 비례성원칙의 세 번째 部分原則을 정의하고 있는 첫 번째 형량법칙은 자신의 인식론적인 대립물과의 차이를 표현하려고 한다면 '實質的인 衡量法則'으로 표시될 수 있다.

인식론적인 형량법칙의 경우에도 또한 삼분법적인 단계구분이 적용된다. 聯邦憲法裁判所는 共同經營參與決定에서 統制强度를 세 가지 단계로 구분하였다: 强化된 內容的 統制의 단계, 代替性統制의 단계, 明白性統制의 단계.[36] 이에 상응하게 세 개의 인식론적인 단계는 확정된 혹은 확실한(g), 대체가능한 혹은 납득할 수 있는(p) 그리고 명백히 틀리지 않는 틀린(e)으로 구분된다. 구체적인 사례에서 P_i의 비실현 그리고 P_j의 실현을 위한 매 조치가 의미하는 것에 대한 경험적 가정의 안정성은 'S_i' 그리고 'S_i' 혹은 상세한 공식 'SP_iC' 그리고 'SP_jC'로 표기될 수 있다. 각 측면에서 근거지워지는 전제들의 불확실성의 증가로 인하여 防禦力뿐만 아니라 侵害力이 弱化되는 것을 표현하기 위하여, g mit 2^0, p mit 2^{-1} 그리고 e mit $^{2-2}$로의 평가가 행해진다. 물론 또한 이 경우에 있어서도 삼분법, 어느 정도의 이중삼분법의 개량은 가능하다. 그래서 완전한 중요도 공식은 다음의 형식을 취하게 된다:[37]

36) BVerfGE 50, 290[333].

37) 이 공식의 상세한 표현은 다음과 같다:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{IP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

이 공식을 설명하기 위하여 두 가지 상황이 고려될 수 있다. 이 두 가지 상황에서는 상황을 단순화시키는 것인 추상적인 중요도(G_i, G_j)는 같아야만 한다. 첫 번째 사례에서는 조치의 실행의 경우에 P_i에 대해서 발생하는 그리고 이러한 조치의 중단의 경우에 P_j에 대하여 발생하는 양쪽 원리 모두에 다 발생하는 중대한 제한(s)이 문제된다. 무엇보다도 P_i에 대한 중대한 제한은 확실하다(g), 그에 반하여 P_j에 대한 제한은 단지 대체가능한 것으로 받아들여질 수 있다. 그러면 $G_{i,j}$는 다음과 같이 확정된다.

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 2$$

이렇게 볼 때 P_i는 우선한다.

또한 두 번째 사례의 경우에는 P_i에 대한 제한은 확실하여야만 하고(g), P_i에 대한 제한의 중단의 경우에 발생하게 되는 P_j에 대한 손해는 단지 대체가능한 것으로(p) 받아들여질 수 있다. 認識論的인 安全性에 관한 變數雙 S_i, S_j는 大麻決定(Cannabisbeschluß) 속에서 발견될 수 있다.[38] 이러한 것을 근거로 하여 독일聯邦憲法裁判所는 大麻製品들의 流通에 대한 處罰을 比例原則에 合致하는 것으로 선언하였다. 따라서 S_i 그리고 S_j의 가치의 不對等性이 I_i 그리고 I_j 혹은 G_i 그리고 G_j의 가치의 不均等한 配分을 허용하게 만든다. 개별적으로 法院의 다양한 논거들을 검토해 보는 것은 여기에서는 하지 않기로 한다. 대마제품에 결부된 위험성을 저지하는 데 최우선적 의미를 두고 있는 경우에는 형벌가능성을 정당화하는 經驗的 前提의 단지 중간정도의 經驗的 安全性의 相殺可能性은 대마제품을 유통시키는 자의 권리에 대한 단지 중간정도의 제한을 인정하는 입장에 달려있다. 따라서 $G_{i,j}$에 대하여는 다음의 가치가 인정될 것이다:

38) BVerfGE 90, 145[182]: "또한 위에 … 표시된 源泉으로부터 충분히 이끌어낼 수 있는 것과 같은 오늘날의 認識水準의 土臺하에서 볼 때, 立法者의 견해는 代替可能하다. 法律의 目的을 달성하기 위하여 입법자는 刑罰的 威脅으로서 어떠한 이와 똑 같은 효과를 가지는 그러나 보다 덜 제한하는 手段을 사용할 수 있다(R. A. 의 강조)"

$$G_{i,j} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

그와 동시에 형벌이 강제되는 대마제품의 유통의 금지가 立法者의 形成의 自由의 범위 속으로 들어가는 것을 의미하는 동등사례가 제시될 것이다.

Ⅴ. 擴大되어진 公式

지금까지는 항상 두 가지 원리들 사이의 충돌만이 문제시되었다. 이러한 충돌은 중요도 공식을 통하여 완전히 파악될 수 있다. 그러나 종종 ―하나의 측면에서 혹은 양 측면에서― 여러 가지 원리가 충돌하는 경우가 있다. 또한 그러한 사례들에 있어서도 전체적으로 단지 하나의 결정만이 내려져야만 하기 때문에 모든 해당되는 원리들은 어떤 방식으로든지 상호간에 비례적인 관계가 설정되어야만 한다. 이러한 비례적인 관계설정이 중요도 공식 속에서의 累積的인 漸增的 效果의 構築을 통해서 행해질 수 있는지 여부가 문제된다. 가장 단순한 표현법은 단순한 덧셈적인 蓄積이다. 이 경우에는 단지 制限의 측면만이 고려되어지게 된다.[39] 이 경우에 있어서 덧셈적인 축적이 허용된다면, 다음의 공식은 정당화된다:

39) 그 침해(Verletzung)에 대한 심사가 행해지는 기본권의 측면에서 살펴본다면, 축적은 불가피하게 기본권전체원리론(Grundrechtsholismus)으로 귀결된다. P_i는 어쨌든 P_i를 제한하는 것을 통해서 소극적으로 관련되는 모든 기본권들을 비호하게 될 것이다. 어떤 기본권에 대한 제한을 심사하는 전통적인 도식은 해체된다. 누적의 가능성을 모든 다른 헌법원리들에 확대한다면, 이러한 해체성은 가장 급진적인 것이 된다. 그리하여 심사되어지는 조치에 나타난 원리에 반대하는 모든 사람들은 단결하여 그러한 원리에 찬성하는 모든 사람들에 대한 반대를 표명하게 될 것이다. 그 침해가 심사되어지는 기본권은 더 이상 고독한 투쟁자가 아니라, 단지 다소간의 광범위한 집단의 지휘자가 될 것이다. 그 침해가 심사되어지는 기본권의 구체적인 중요도는 헌법의 전체체계 속에서의 이 원리의 구체적 중요도가 될 것이다. 이러한 것은 다음의 공식을 통하여 설명될 수 있다:

$$G_{i-m,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i + \ldots I_m \cdot G_m \cdot S_m}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \ldots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

이 공식은 '완벽하게 확대된 중요도 공식'으로 명명되게 된다.

$$G_{i,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \ldots I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

이 공식은 '擴大되어진 重要度 公式'으로 명명된다.

논거들의 축적이 덧셈으로서 설명될 수 있는지 여부에 대한 一般的인 論證理論的 質問을 도외시한다면, 확대된 중요도 공식의 중요문제점은 附加적으로 累積可能한 것에 대한 질문 속에 있다. 이 질문에 대한 해답이 가야만 할 방향은 쉽게 짐작된다. 누적적으로 점증되어진 원리들은 실질적으로 交叉될 수 없다. 원리가 最適化될 수 있는 對象들은 실질적으로 달라야만 한다. 따라서 相異性이 점증적인 누적의 조건이라는 規則이 유효하게 통용된다. 이따금 이 공식은 간단하게 적용된다. 일반적으로 一般的인 行動의 自由는 이미 個別的 基本權들 속에 포함된 것으로 쉽게 재인식될 수 있다. 이와 반대로 서로 교차하지 않는 여러 원리들에 대한 제한을 정당화하는 사례들을 적절히 생각해 볼 수 있다. 하나의 원리가 總體的인 利益과 그리고 다른 個人的인 權利들을 대상으로 하고 있다면, 이러한 경우는 분명히 이에 해당된다. 그럼에도 불구하고 이 경우에도 스스로 주의할 필요가 있다. 개인적 권리와 총체적 이익 사이의 복잡한 관계[40]를 고려하여 항상 실질적인 交叉가 생길 가능성을 염두에 둘 필요가 있다. 원리가 한편으로는 개인적 권리 그리고 또 다른 측면에서는 이를 제한하는 총체적 이익이라는 단순한 사실 그 자체가 이미 相異性을 보장한 것은 아니다.

상이성이 모든 것 혹은 全無(Alles-oder Nichts)에 해당되는 경우라면 상황은 단순해질 것이다. 그럼에도 불구하고 사정은 그렇지 아니하다. 원리는 다소간 본질적으로 교차할 수 있다. 확실히 이러한 모든 것이 결코 두 가지 원리의 충돌의 경우에 관찰될 수 있는 상대적인 단순한 관계에 대한 분석이 시작될 수 없는 根據가 될 수 없고 그리고 이를 넘어서서 이러한 분석을 통해서 원리다발이 충돌하는 보다 복잡한 영역으로의 硏究를 시도하지 않는 것에 대한 理由가 될 수 없다.

40) Vgl. R. Alexy Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: *ders., Recht, Vernunft, Diskurs*, Frnakfurt a, M. 1995, 232쪽.