

〈논문〉

인지과학적 관점에서 바라본 자유의지와 형사책임론의 문제*

金東鉉**

요약

이 글에서 발표자는 오랜 역사를 가진 자유의지논쟁 속에서, 뇌과학적 연구결과가 가져다 준 일련의 충격과 그에 대한 인문학 진영에서의 반격, 철학적 고찰을 소개하였다. 뇌과학 진영에서는 인간의 정신현상이 단순한 신경프로세스적 현상에 불과하다는 점을 여러 실험을 통해 주장하였다. 자유의지가 환상에 불과할지도 모른다는 뇌과학 연구결과는 많은 이들에게 충격을 던졌고 유물론적 환원주의자들은 자유의지를 부인하기에 이르렀지만, 자유의지의 논쟁은 여전히 진행중이다.

그러한 뇌과학적 연구결과가 위협적이기는 하지만 규범과학적 입장에서 자유의지는 부인될 수 없을 것으로 본다. 자유의지를 부인할 수 없는 이상 인간의 행위에 대한 윤리적 책임은 부정될 수 없을 것이다. 그러나 규범과학이 뇌과학의 연구결과를 전혀 외면할 수만은 없다.

인간의 자유의지가 오히려 본능과 감성의 영향에 결정적으로 복종하고 있음과 인간의 자유의지가 인간의 정신을 담고 있는 몸과 그를 둘러싼 환경에 지대한 영향을 받고 있음을 인정하게 된다면, 인간의 자유의지를 전제로 하여 책임을 비난가능성으로 파악하는 도의적 책임론의 방향은 다소 수정될 수밖에 없다.

발표자는 형벌에서 비난의 뉘앙스를 자제할 필요가 있다는 문제의식을 제기하였다. 이에 따라 형벌론을 논함에 있어 보다 객관적인 시각이 도입될 필요가 있다고 할 것이고, 범죄에 대한 책임은 범죄자 개인과 국가사회가 나누어 져야 할 것이다.

주제어: 자유의지, 뇌과학, 도의적 책임론, 결정론, 비결정론, 인지과학

* 이 글은 2010년 10월 8일에 있었던 서울대학교 법학연구소 개관 “법과 인지과학의 대화” 학술회의에서 발표한 내용을 수정·보완한 것이다.

** 대전지방법원 판사.

1. 들어가며

이 글은 주제에서 짐작되는 바와 같이 지극히 이론적인 종류의 것이다. 이 글이 담고 있는 주제는 매우 고전적인 논쟁이면서, 또 어떤 이들에게는 상당히 진부해 진 논쟁이기도 할 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 이러한 연구를 시도하지 않을 수 없도록 하는 어떤 필연적 이유라는 것도 있다. 재판의 현장에서 느끼게 되는 자유의지에 대한 회의는 매우 실제적이라고 할 수 있기 때문이다.

별다른 고민 없이 책임능력이 인정되는 상습적 범죄자(상습절도, 상습폭력, 상습 음주운전 등)들은 아무리 무거운 형벌을 부과하더라도 그것이 특별예방적 기능을 갖지 못할뿐더러, 그러한 무거운 형벌이 상습성을 가지고 있으나 아직까지 (출소 이후의 추가적) 범죄에는 이르지 않은 잠재적 상습범죄자들에 대하여 별다른 일반 예방적 기능도 발휘하지 못한다는 것이, 재판의 현장에서 느끼는 솔직한 직관이다. ‘회전문사범’이라는 말은 바로 이러한 직관을 대변한다. 사이코패스 범죄자들의 경우에는 어떠한 형벌도 일반예방적, 특별예방적 효과를 갖지 못할 가능성이 높다.

이들은 대체로 자기 자신의 인생에 대한 통제력이 넉넉하지 못하다. 법정에서는 한 순간의 실수였다고 울먹이면서 선처를 호소하지만, 이들을 사회로 돌려보낼 경우 다시 똑같은 일을 저지르고 만다. 범죄자가 되기를 원하지 않는다는 것이 이들의 내면의 진심이라는 것은 상당히 진솔하게 느껴지지만, 범죄의 순간에는 그 진심이라는 것이 범죄행위를 통제하지 못한다. 따라서 법률상 당연히 책임능력이 긍정되고 있는 어떤 범죄자들에 대해서도 그들의 자유의지가 과연 온전한 종류의 것인지 의심하지 않을 수 없다. 물론, ‘온전한’ 자유의지란 어떤 것인지도 지극히 논쟁적인 개념이겠지만, 책임능력을 넘어서 책임의 본질에 관한 회의를 부인할 수 없는 것이다.

잘 알려진 바와 같이, 어떤 이들의 범죄성향은 그의 유전적, 환경적 소인에 큰 영향을 받는다. 재판에 회부되는 범죄자들의 대부분이 소득과 학력수준이 낮거나 깨어진 가정에서 자라난 사람들이라는 데에서, 어떤 사람이 범죄자가 되는 것은 결국 운명적으로 예정되어 있는 것이 아닌가 하는 생각마저 들 때가 있다.

자유의지라는 것이 좁게 보면 그 행위에 대한 즉시적 결정인자로 볼 수 있겠지만, 넓게 보면 그 행위에 이르게 되기까지 형성되어 온 인격의 발현이기도 하다. 그러한 인격의 형성이 100% 개인의 책임이라고 돌릴 수 없는 것이라면, 과연 재판에 회부된 범죄자들에 대해서 온전한 의미의 자유의지를 추궁하는 것이 가능한

가라는 의문도 제기된다. 본문에서 자세히 살펴보도록 하겠지만, 이러한 의문은 결정론적 세계관으로 표출되기 마련이고, 결정론적 세계관은 자유의지와 그에 기초한 도의적 책임에 대한 회의로 연결된다.

이러한 개별자들이 갖고 있는(혹은 갖고 있을 것으로 기대되는) 자유의지에 대한 회의와는 차원을 달리하여, 보편적 인류의 차원에서도 자유의지가 부인될 수 있을 가능성이 제기되었다. 인지과학에 관심이 있는 이들이라면 벤자민 리벳의 실험 이후로 촉발된 이러한 신경학적 문제제기를 알고 있으리라 생각한다.

자유의지의 존부 논쟁은 그 역사가 깊다. 형이상학적 수준에서의 논쟁은 고대 그리스에서부터 시작되어온 것이고, 인간의 죄에 대하여 깊이 관심을 보였던 기독교신학의 중요한 주제이기도 했다. 그러나 자연과학적 관점이 추가된 현대에 이르러서까지도 자유의지의 논쟁은 여전히 해결난망한 주제인 것이 사실이다. 이 고전적 주제는 역사도 깊고, 관심의 저변도 넓어서 그 백가쟁명의 주장을 일일이 나열하고 정리하는 것이 불가능하다고 여겨질 정도이다. 또한 자유의지의 논쟁을 따라가는 길은 마치 밀림을 통과하는 것과 같아 자칫 잘못하면 현재 어느 지점을 통과하고 있는지, 어디를 향해 나아가고 있는지 길을 잃기 쉽다.

어쩌면 오늘날 진행되고 있는 자유의지의 논쟁이 소모적으로 느껴지는 데는 여러 이유가 있지만 무엇보다도 상대의 논증에 대해 진지하게 귀 기울이지 않아 논쟁의 초점이 서로 비껴가기 때문이라는 점도 한 이유가 될 것이다.¹⁾

이 글에서는 우선 전통적인 형이상학적 자유의지논쟁으로부터 시작하여, 신경과학적 수준에서 제기된 자유의지에 대한 회의를 살피고, 하버마스를 비롯한 인문학 진영에서의 문제제기 역시 살펴보기로 한다. 법학논문에서 이러한 비법학 분야의 문제제기를 어느 정도 비중으로 다루어야 할 것인지는 역시 고민되는 부분이다. 법률가들은 통상 이러한 논의가 규범과학의 영역에서는 불필요한 것이라고 치부하면서 심도 있게 들여다 볼 생각을 하지 않는 것이 현실이기 때문이다. 그러나 실제로 자연과학의 영역에서 어떤 논의가 오고 가고 있는지 가까이에서 관찰해 볼 수 있다면, 법학의 영역에서 책임론을 논함에 있어서도 이론적 색채는 상당히 다른 양상으로 전개될 것이다.

따라서 이 글에서는 자유의지에 대한 인지과학적 논의를 비교적 상세하게 소개하기로 한다. 그리고 이 글 후반부에서는 그러한 논의를 통해 발표자가 얻은 형사책임론에 대한 시사점을 밝힐 생각이다.

1) 권수현, “자유의지와 윤리적 책임”, **사회와 철학** 제15호 2008. 4., 15면.

2. 자유의지의 개념

자유의지라는 개념은 애매하고 모호하기 때문에 다양한 의미를 지닌다.

런즈(D. D. Runes)가 편집한 『철학사전』에 따르면, 자유의지라는 개념은 다음과 같은 의미로 사용되어진다.

첫째, 심리학적, 생리학적인 선행조건과는 독립적인 비결정성(indeterminacy)으로서의 자유다. 이런 의미로서의 자유는 적어도 부분적으로는 다른 것에 의해 야기되지 않은 것을 뜻하거나, 행위자의 성격이나 동기나 상황과는 한결같은 방법으로 관련을 맺지 않는 것을 가리킨다. 둘째, 선택 가능한 행위들 가운데, 상정된 행위자의 선택능력 속에 존재하는 선택의 자유를 뜻한다. 셋째, 외적인 강제와는 독립해서, 행위자의 내적인 동기나 이상에 부합하여 이루어지는 결단에 존재하는 자기 결정(self-determination)의 자유를 가리킨다.²⁾

이처럼 자유의지만 ‘의지의 자유’라고도 일컫는 것으로, 행위자가 결단이나 행위를 함에 있어 선택 가능한 것들 가운데 행위자에 의해 이루어지는 자유로운 선택능력을 가리킨다. 그러나 논자에 따라 이러한 자유의지의 정의와 개념은 다양하게 변주된다.

시제적으로 자유의지는 ‘미래’와 관련된다. 즉, 자유의지는 미래에 영향을 미치는 우리의 힘과 관련되어 있다.

또한 자유의지는 예로부터 결정론과 관련되어 사용되어 오기도 하였다. ‘만일 어떤 사람의 행위가 결정되어 있다면, 그 사람은 그 자신의 자유의지에 따라 행위하는 것이 아니다.’라는 주장이 그것이다.

그러나 모든 결정론이 자유의지를 부정하는 것은 아니다. 이를 테면 아래에서 보는 바와 같이 양립가능론(약한 결정론)이라 일컫는 논자들은 결정론의 입장에서 서면서도 자유의지를 인정한다. 이때의 자유의지의 개념은 비결정론자들이 취하는 자유의지의 개념과는 다소 다르다고 볼 수 있을 것이다.

²⁾ Dictionary of Philosophy. New York: Philosophical Library (1983). 안건훈, **자유의지와 결정론**, 집문당(2006), 37면에서 재인용.

3. 전통적 자유의지 논쟁의 전개

가. 논의의 양상

자유지론과 결정론은 상호 길항적인 관계에 있는 것처럼 보이지만, 실제로 이 문제를 논의하는 학자들 사이에서는 두 가지가 양립할 수 있음을 인정하는 견해도 강력하다. 현대에 이르러서는 오히려 양립가능론이 우세를 보이고 있다고 느껴지기도 한다. 그러므로 이 논의는 결정론의 기본적 전제들을 살펴본 다음 그러한 결정론이 자유지론과 양립할 수 있는가 여부에 따라 양립가능론과 양립불가능적 자유지론을 차례로 살펴보는 것이 바람직한 순서라고 할 것이다.

나. 결정론

결정론의 고전적인 입장은 상당히 다양하게 전개되었다.

윤리적인 결정론(소크라테스, 플라톤, 아퀴나스, 데카르트 등)은 인간은 필연적으로 선을 지향하는데, 무지로 인해 악행을 저지르게 된다는 것이다. 물론 이러한 견해는 악을 알면서도 행하는 현상이 논증됨으로써 부정되었다.

논리적 결정론(logical determinism: 메가라 학파, 스토아 학파)은 미래에 벌어질 행위의 참과 거짓이 현재에 정해진다는 점에 착안하여, 어떤 행위를 할지 선택하는 것은 자유로울 수 없다고 주장했다. 이러한 견해는 운명론과도 연결된다.

신학적 결정론(theological determinism)은 기독교신학에서 제기된 이론으로서 모든 역사는 신의 예정 속에 있다는 것이다. 그러나 이 견해에서는 인간의 자유의지를 인정하므로, 예정론적 결정론과 모순을 빚는다. 신학적 난제이나, 대체로 명시적 답변은 회피되고 있는 것 같다.

물리적인 결정론(physical determinism)은 대부분 17, 18세기의 물리학을 중심으로 한 자연과학의 발전에 의해 고무되었다. 그 당시 과학자들은 천체의 운동은 규칙적일 뿐만 아니라 수학적인 엄밀성에 의해 표시될 수 있는 어떤 법칙을 따른다고 했으며, 인간을 포함한 자연의 모든 것은 피할 수 없는 불변의 자연법칙을 따른다고 했다. 이런 생각이 새로운 것이라고 볼 수는 없다. 모든 것이 미세한 원자나, 입자들로 이루어져 있다는 견해는, 고대 그리스의 자연철학자인 레우키피스(Leucippus)와 데모크리토스(Democritus)에 의해 상세히 설명되었고, 헬레니즘, 로마철학에 와서는 에피쿠로스(Epicurus) 학파의 가르침에도 투영되었다.

이들은, 만일 발생하는 모든 것들이 원자들의 운동이나 결합으로 분해할 수 있

다면, 인간의 행동도 원자들의 운동으로 환원될 수 있거나 원자들의 운동으로 이해될 수 있다고 보았다.

근세 철학에서 물리적 결정론에 관한 최상의 예는 홉스(Thomas Hobbes)의 체계에서 찾아볼 수 있다. 홉스는 인간에게 있어 비물질적인 영혼이나 정신의 존재를 부인하고 관념이나 감각이나 심리적인 과정들은 뇌에 있는 물질의 운동이나 조절이라고 주장했다. 홉스에 의하면, 어떠한 것도 자기 자신으로부터 시작하지는 않는다. 인간 행동이나 사고나 발생하는 것은 무엇이나 그 원인이 있으며, 물리적인 입자들의 변화에 의해 인과적으로 결정되어 있다. 자의적인 행위도 다른 어떤 것들과 마찬가지로. 그러나 한편 홉스는 아래에서 보는 바와 같이 위와 같이 물리적 결정론을 취하면서도 자유의지와 결정론은 양립이 가능하다는 입장에서 서 있다.

기계론은 세계의 모든 과정이 필연적이고도 자연적인 인과법칙에 따라 생긴다고 생각하며, 물리적 결정론과 상당부분 통하는 맥락이 있다. 기계론적 사고에서는 인간이 어떤 목적으로 가지고 어떤 행위를 한다는 개념을 받아들일 수 없게 되며, 모든 인간의 행위는 단지 인과법칙의 적용만을 받는다고 한다.

다. 양립가능론

토마스 홉스는 물리적 결정론자였지만, 물리적인 결정론과 자유의지는 서로 모순되지 않는다고 보았다.

그는 자유를 외부적인 억제나 방해가 결핍된 것이라고 정의했다. 방해받지 않는 어떠한 움직이는 물체도 자유롭다고 홉스는 말한다.

그는 인간의 자발적인 행위(voluntary action)는 바람과 싫음이라는 일반적인 동기에 의해 야기되는데 이는 실로 물리학상의 힘(physical force)과 유사하다. 즉, 자발적인 운동의 직접적인 원인은 ‘의지’에 의한 것이다. 즉, 물리적인 법칙에 의해서는 필연적인 것이라 하더라도 거기에 **강제나 강요가 개입되지 않는다면** 그것은 자유로운 것이다.

데이비드 흄 역시 이런 양립론적 입장에서 서 있다. 흄에 따르면, ‘자유의지’는 행위자의 내외적 조건이 동일하게 유지되는 상태에서 이전과는 다른 결정을 내리는 능력이 아니다. 행위당사자가 이전과는 다른 결정을 내리고 그에 따라 행위하게 되는 것은, 그가 **심적으로 이전과는 다른 신념과 소망을 가지기 때문이다**. 이때 행위들이 신념, 소망 그리고 성격 등의 기초 하에 내려지는 결정에 의해 인과되기 때문에 행위는 결정되는 것이며, 행위가 (그 어떤 외적 힘이 아닌 내적 힘인) 자신

의 의지에 따라 구성되는 것이기에 행위는 자유롭다.

라. 자유의지인정론

1) 자유의지론과 비결정론

물론, 비결정론은 자유의지론과는 구별된다. 자유의지론자들은 이유와 원인을 구별해야 한다고 하면서, 이유와 행위 사이의 관계는 원인과 결과와의 관계와는 다르다고 지적한다. 즉, 이유와 행위를 연결하는 법칙이란 없다는 것이다.

자유의지론은 비결정론을 함축한다고 생각하는 경향도 있지만, 비결정론이 자유의지론을 함축하는 것은 아니라고 보는 견해도 있다(C. D. Broad). 비결정론은 무작위성(randomness)을 포함하는 개념이기 때문일 것이다.

발표자 역시 이러한 지적에는 동의한다. 인간의 의지가 행위를 결정하는 것이라면, 의지가 곧 원인(cause)이 되는 것이고, 그 원인에 대한 결과로서 행위가 발현되는 것이다. 이처럼 의지와 행위가 상호 인과관계에 있음을 말하는 것이 바로 자유의지론인 것이고, 인과성이란 바로 결정론적 세계관을 암시한다.

그러나 뒤에서 보는 바와 같이 의지의 형성 자체가 물리적 인과관계에 기속되는 것인지, 즉 의지가 선행조건들에 의한 결과라고 볼 수 있는지 여부는 여전히 논란거리이다.

2) Kant의 자유의지론

도덕적 책임과 관련하여 인간의 자유의지의 존부에 관한 치열한 지적 사유를 펼친 대표적 인물이 바로 칸트였다.³⁾ 현대적 형사책임론에 결정적인 영향을 끼친 인물도 바로 칸트다.

자연과학에 상당한 조예가 있었던 칸트는 인간의 행위가 한편으로는 시간상 선행하는 원인에 의해 결정됨을 인정하였다. 행위의 결정성은 신체적 동작만이 아니라 심적인 동기에도 작용된다. 교육, 교우관계, 부끄러움에 대한 천성, 경솔하거나 사려 깊지 못한 성격 등(이른바 ‘경험적 성격’)이 인간의 행위를 결정하는 요소로 작용한다. 즉, 칸트는 경험적 세계에서는 결정론을 인정했다.

그러나 이 같은 결정론적 사고는 자유의지를 전제로 하는 도덕법칙을 곤경에 빠뜨린다. 칸트는 이를 해결하기 위해 예지적 주체로서의 인간을 상정한다. 예지적

3) 칸트의 자유의지론을 파악하는 데에는 강영안, **도덕은 무엇으로부터 오는가**, 소나무(2002)를 주로 참조하였다.

주체로서의 인간은 단순히 ‘이성’을 가진 존재가 아니라 ‘순수이성’을 가진 존재이다. 순수이성은 도덕적 명령을 통해 실천적이 될 수 있는 이성, 즉 정언명령을 통해 의지를 실제로 움직일 수 있는 힘이 될 수 있는 이성이다.

칸트는 “해야 하기 때문에 할 수 있다.”라는 명제를 남긴 바 있다. 칸트에 따르면 인간에게 도덕법칙이 존재하기 때문에 역으로 자유의지를 추론할 수 있다고 한다. 인간의 행위능력은 제각각이기 때문에 그러한 능력범위 내에서 의무를 이행하는 것으로 만족한다면 그 도덕은 보편타당성을 갖는다고 할 수 없다. 따라서 칸트는 가능성으로부터 당위를 도출해내는 대신, 누구도 승인하지 않을 수 없는 보편타당한 당위의 법칙을 확립한다면 그로부터 실행의 가능성(자유)은 연역해낼 수 있다고 본 것이다.

그러나 칸트의 이런 사고는 인간이 결정론에 얽매이면서도 자유로운 존재라는 이율배반적 모순을 불러일으켰다. 칸트는 물자체를 실제로 파악할 수 없다고 보았는데, 물자체의 세계인 예지계에 존재하는 자유는 완전히 파악될 수 없는 것이다. 그의 자유를 단순한 도덕적 요청으로 받아들인다면, 그러한 자유는 실재성을 상실한다고 볼 수도 있을 것이다.⁴⁾

그러나 칸트의 사유가 규범과학으로서의 윤리학의 독자성을 지켜냈다는 점은 평가해야 할 필요가 있다. 칸트에게 있어 자유의지는 사실 증명이 불필요한 개념이라고 할 수 있을 것이다. 규범과학의 영역에서 당위 성립의 전제로서의 자유의지는 사실 실증과학에서와는 상당히 다른 지평에서 있음을 인정하지 않을 수 없을 것이다.

3) 양자물리학의 불확정성원리에 기인한 비결정론 및 자유의지론

물리학자이자 철학자인 파스쿠알 요르단(P. Jordan)은 양자물리학적 불확정성이 진정한 자유로 발전한다고 주장하였다.⁵⁾ 양자물리학의 불확정성원리는 베르너 하이젠베르크(W. K. Heisenberg)에 의해 제창된 물리학의 기본원리로서, 간단히 말해 원자에서 일어나는 사건을 엄격하게 결정론적으로 다루는 것은 근본적으로 불가능하다는 것이다.⁶⁾

4) 尾高朝雄, 自由論, 勁草書房 1974., 42-44면의 설명 참조.

5) Jordan, P. (1971): “Wie frei sind wir?”, Naturgesetz und Zufall. Osnabruck (Fromm).

6) 하이젠베르크의 불확정성원리는, 양자의 위치와 속도가 동시에 확정할 수 없다는 말이다. 양자의 속도를 정확히 하면 위치가 불분명해지고, 위치를 정확히 하면 속도가 불분명해진다. 이렇게 되는 이유는 관찰 장비가 정확하지 않기 때문이 아니라 양자의 속

열린사회의 옹호자로 널리 알려진 철학자 칼 포퍼는 하이젠베르크의 불확정성의 원리에 영향을 받아서 ‘열린사회와 그 적들’이란 유명한 책을 썼다. 그는 이 책에서 인류의 운명과 역사가 결정되거나 닫혀 있지 않고 무한한 가능성으로 열려 있다고 주장했다. 칼 포퍼는 자본주의가 반드시 망하고 필연적으로 공산주의 세상이 도래할 것이라는 마르크스의 결정론을 비판했다. 양자의 위치와 속도가 정해져 있지 않듯이(불확정하듯이) 인류의 운명도 결코 미리 결정되어 있지 않다는 것이 그의 비판의 요지이다.

양자불확정성원리가 물리학의 정설로 채택됨으로써 현재가 정확하게 미래를 결정한다는 물리적 결정론은 중언을 맞을 위기에 처하게 되었다. 적어도 양자물리학적 세계관을 채택하고 있는 이상 우리는 정해진 운명이라는 것을 논하기 어렵다.

이러한 양자불확정성의 원리가 자유의지의 입론을 뒷받침한다는 견해도 있으나) 신경과학자이자 과학철학자인 대니얼 데닛(Daniel C. Dennett)⁸⁾과 언어철학자인 존 설(John Searle)⁹⁾은 양자불확정성원리가 비결정론을 옹호하는 것 같기는 하지만 자유의지의 존재를 입증하기에는 부족하다는 입장을 취한다. 양자불확정성원리는 무작위성(randomness)을 의미하는데, 자유의지가 무작위성을 의미하지는 않는다는 것이다.

자유의지를 인정한다는 것은 인간의 의지가 인간의 행위에 대하여 인과성을 갖는다는 것을 의미하므로, 인간의 자유의지는 오히려 결정론적 세계에서만 가능하다고 보아야 한다.¹⁰⁾

한편, 양자불확정성원리는 우리의 직관과는 다소 맞지 않는다. 우리의 실생활에

성이 원래가 그러하다는 것이다. 그래서 양자의 위치와 속도를 확률로만 파악할 수 있다고 한다. 양자의 속도가 얼마일 확률은 얼마이며, 양자의 위치가 어디에 있을 확률은 얼마이다. 이렇게 확률로서만 양자의 위치와 속도를 파악할 수 있다는 것이다.

아인슈타인은 이러한 ‘불확정성의 원리’를 못마땅하게 여기며 “신은 주사위를 던지지 않는다.”라고 불평하면서 아직 발견되지 않은 숨은 변수가 있을 것이라는 ‘국소적 숨은 변수 이론’을 주장했지만 불확정성원리를 지지했던 닐스 보어와의 토론에서 아인슈타인이 보어의 논리를 넘어서지 못함으로써 하이젠베르크의 주장이 옳았음이 밝혀졌다(코펜하겐 해석의 채택).

7) Robert Kane, *The significance of free will*, Oxford University Press, 1996.

8) Daniel C. Dennett, *Freedom Evolves*/이한음 역, **자유는 진화한다**, 동녘사이언스(2009), 181-182면.

9) Jonh Searle, *Freedom and Neurobiology*/강신욱 역, **신경생물학과 인간의 자유**, 공리(2010), 104-106면.

10) 권수현, 앞의 글(주 1), 18면.

서 목격하는 물리적 현상은 여전히 뉴턴 역학에 의한 인과론적인 설명이 가능하니까 말이다. 원자 수준의 미시적 세계에서는 불확정성의 원리가 지배하는 것이 현재까지 밝혀진 진실이기는 하지만, 거시적 세계에서의 물리현상은 뉴턴 역학에 근접하는 것과 같이 수렴되고 있다.

그러므로 자유의지의 존재를 부인하는 결정론을 취하건, 자유의지의 존재를 인정하는 견해를 취하건, 우리는 자연주의적 인과관계를 인정하는 결정론적 세계를 전제로 논의를 전개해갈 수밖에 없다고 생각한다.

4. 자유의지의 직관에 대한 현대적 도전

가. 부인하기 어려운 자유의지에 대한 직관

자유의지의 경험은 부정하기가 매우 어렵다. 자유의지에 대한 경험을 착각이라고 생각하는 사람조차도 이를 착각으로 치부하고서는 행동을 실제로 행하기가 불가능하다는 것을 안다.

공원에서 나무를 바라보고 있을 때 나무에 대한 시각경험은 내 의사와 무관하게 형성된다고 느낀다. 그러나 팔을 들어 올리거나 머리를 굽적일 때(즉, 수의근을 사용할 때) 우리는 시각경험에서 찾아볼 수 없는 특성, 즉 자유롭고 자발적인 행동이 갖는 특성을 경험하게 된다.¹¹⁾ 우리가 자유의지의 존재를 부인할 수 있음을 보이기 위해, 어떤 결정을 내릴지 고민을 했으나 어떠한 ‘결정’을 스스로 내리는 것을 거부하고 어떠한 ‘결정’이 결정되어 있는지를 모색하고자 하는 경우를 가정해 보자. 그러나 그러한 거부조차도 자유의지가 발휘된 것임을 받아들이지 않을 수 없을 것이다.

그러므로 철학자 중에서는 자유의지의 존재만큼은 입증되어야 할 문제가 아니라 설명되어야 할 문제라고 보는 이도 있다.¹²⁾

그러나 근대로 넘어오면서 점차 이러한 일반적 직관에 반하는 발견들이 있어왔다. 아래에서는 이러한 직관에 대한 도전으로서의 발견들을 살펴보기로 한다.

11) J. Searle 지, 강신욱 역, 앞의 책(주 10), 61-62면.

12) 김광수, “하향적 인과작용”, **마음의 철학**, 철학과 현실사(2006), 181면.

나. 심리학적 발견

(무의식에 대한 대칭적 개념으로서의) 의식(이성)을 주체와 동일시하여, 그러한 의식이 주체와 대상을 통일성 있게 사유하고 지배한다는 것이 근대철학의 핵심이었고, 자유의지의 개념은 본질적으로 이러한 인식에 기반하고 있었다.

그런데 무의식의 발견으로 인하여 인간의 정신은 의식으로만 형성되어 있는 것이 아니라 그 이면에 의식이 인지하지 못하는 거대한 무의식이 존재하고, 나아가 이러한 무의식의 세계가 우리 자신이 인식하지 못하는 사이에 의식의 세계에 반영된다는 사실이 밝혀졌다.

프로이트는 이처럼 무의식을 발견함으로써 인간의 자유의지에 대해 회의하게 만들었다. 프로이트는 대개 3세 이전에 생물학적 충동, 성적 충동 등으로 인해 성격이 형성되고 이는 변화할 수 없다고 보았다. 그런 의미에서 프로이트는 결정론에 섰다고 말할 수 있을 것이고(심리적 결정론), 직관적인 의미에서 자유의지라고 관찰되었던 것들이 사실은 전혀 자유롭지 않은 것일 수 있다는 시사를 던졌다.

프로이트의 발견은 자유의지론에 관하여 사변적 세계에 머물러 있던 철학적 논쟁에 일대 전환점이 되었다는 점에서 의미를 부여할 수 있을 것이다.

다. 범죄원인론의 측면에서의 시사점

형사정책학에서 범죄의 발생원인을 연구하는 학자들은 생물학적, 심리학적 원인이 범죄발생에 미치는 영향을 밝혀내고 있다. 멀게는 롬브로조까지 거슬러 올라가는 이러한 생물학적 원인론은 현대에 이르러서도 활발한 연구결과를 쏟아내고 있다. 생물학적 원인은 가계도를 통한 유전 연구를 통해서도 추적되고 있지만, 신경생리학적인 뇌연구를 통해서도 이루어졌다. 이를 테면 악성종양을 갖고 있는 사람들은 우울증, 신경과민, 격분, 살인기도 등에 빠질 확률이 높다는 연구결과가 있다.¹³⁾

범죄라는 것이 결국 생물학적, 유전적 요인에 상당부분 기인한다는 시사는 인간이 전적으로 자유로운 의지에 따라 행위한다는 인식을 깨뜨렸고, 그러한 자유로운 의지를 기초로 책임을 논하는 전통적 형사책임론에 충격을 던졌다.

13) 이러한 범죄원인론적 연구에 관한 상세한 내용은 이윤호, **범죄학**, 박영사(2008), 217-238면 참조.

라. 사회생물학의 도전

인간의 정신은 자유롭다고 말할 수 있는가. 사회생물학이라는 새로운 학문분야를 개척한 생물학자 에드워드 윌슨¹⁴⁾과 그를 계승한 리처드 도킨스는, 각기 다른 문명들에서 수십가지의 공통적인 문화코드를 발견하면서, 인간의 정신이 전적으로 자유롭기만 한 것은 아니라는 시사를 던졌다. 인간의 정신은 DNA라는 어떤 근원적 존재로부터 세팅되어 있는 프로그램에 따라 발현되는 것이라고 본 것이다.

리처드 도킨스로 계승되는 이런 유전자결정론은, 결국 생명의 진화는 DNA의 보존, 전달이라는 목적 하에 진행되는 것이고, 인간을 비롯한 생명체는 단지 DNA의 보존, 전달을 위한 도구일 뿐이라고 하는 환원주의이론으로 발전한다.¹⁵⁾

유전자결정론의 기반 위에 서 있는 진화심리학자들에 따르면, 인간의 정신이라는 것 역시 DNA가 자신을 보존, 전달하기 위한 목적에 충실하도록 진화한 산물이며, 향후로도 그러한 목적에 봉사하기 위해 진화해 갈 것이라고 주장한다. 인간의 정신이 지닌 뿌리는 결국 DNA가 세팅한 프로그램에 닿아있다는 것이다. 이러한 유전자결정론은 결국 인간의 정신에 관해서도 결정론에 관한 시사를 던진다. 오늘날 이러한 유전자이기주의 이론은 생물학계의 정설을 이루고 있으며, 진화생물학과 진화심리학으로 그 지경을 넓히고 있다.

또한 뇌과학 또는 심리철학을 연구하는 이들의 상당수가 이러한 유전자결정론과 진화론적 관점을 받아들인다.

14) Wilson, Edward O.: *On Human Nature*(1978)이한음 역, **인간 본성에 대하여**, 사이언스 북스(2000). 윌슨은 모든 인문학은 생물학의 영역으로 통합되어야 한다고 주장한다. 외계인이 지구에 와서 인간을 관찰한다고 가정하면, 모든 인간의 현상에 대한 연구는 생물학의 한 분야가 될 것이라는 취지다. 이 이론은 1979년 처음으로 개진되었을 당시 격렬한 논쟁을 불러일으켰고, 후대로 이어져 리처드 도킨스의 유전자결정론의 토대가 된다.

15) R. Dawkins: *The Selfish Genes* 30th Anniversary Edition(2006)홍영남 역, **이기적 유전자**, 을유문화사(2006).

5. 뇌과학의 발전과 자유의지 논쟁의 변모

가. 자유의지의 존부와 관련된 뇌과학적 연구

1) 준비전위(readiness potential)의 발견

1964년 독일 프라이부르크 대학의 코른후버(Hans H. Kornhuber)와 데케(Lüder Deeke)는 손가락 수의근을 움직이는 실제 동작이 있기 전에 이미 대뇌의 운동피질(Motorcortex)에서 예비적으로 뇌의 전기적 활동신호가 발생하는 현상[준비전위: Bereitschaftspotential, readiness potential, pre-motor potential]을 발견했다.¹⁶⁾ 이 발견은 전 세계적으로 자유의지 존부에 관한 논란을 점화시켰는데, 손가락을 움직이도록 결정하는 것을 뇌가 자각하기 전에 이미 준비전위가 시작된다면 인간이 어떤 행동을 결의하기 전에 이미 뇌가 그 결의를 위밍업 하고 있는 것처럼 해석될 수 있기 때문이다. 인간이 통제할 수도, 자각할 수도 없는 비인지적 상황 하에서 뇌가 이미 준비전위를 시작한다는 것은 자유의지의 존재를 부정할 수 있는 근거가 되는 것이다.

2) 리벳의 실험

그 후 U. C. San Francisco의 심리학자이자 인지과학자인 벤자민 리벳(Benjamin Libet)은 1980년대 일련의 연구를 통해 인지 및 자유의지와 준비전위 사이의 관계를 심화하여 규명해냈다.

리벳은 자발적으로 손을 움직이는 동안의 뇌 활동을 측정했는데 피실험자가 손을 움직이려는 결정에 대하여 의식적으로 처음 자각하는 시간 이전에 피실험자의 뇌는 이미 활동-즉, 준비전위-하고 있다는 것을 확인하였고, 준비전위가 시작되는 시점과 의식적 결정을 내리는 시점 사이의 시간 간격은 약 300ms임을 알아냈다. 아울러 ‘계획되지 않은 움직임(act with no pre-plans)’에 있어 준비전위의 시작 전부터 실제로 손이 움직이기까지 시간은 약 500ms이고, 뇌로부터 실제로 손을 움직이게 만들기까지 신경신호에 50~100ms의 시간이 소요되므로 그 차이인 100ms 정도는 의식적인 자아가 무의식적 결정을 내리거나 그 결정을 뒤집을 수 있는 시간으로 남는다고 해석했다.¹⁷⁾ 바로 이 100ms의 시간이 인간이 거부권(Veto)을 발

¹⁶⁾ Kornhuber, H. H., Deecke, L., Hirnpotentialänderungen bei Willkürbewegungen und passiven Bewegungen des Menschen: Bereitschaftspotential und reafferente Potentiale, Pflügers Arch(1965).

휘할 수 있는 자유의지가 개입되는 구간이라는 것이다.

3) 뒤이은 여러 실험들

호크 크루제(Holk Cruse)의 실험에 의하면, 뇌의 한 영역인 시상(Thalamus)을 자극하여 사람들로 하여금 손가락을 움직이도록 한다. 이때 실험참여자에게 손가락을 계획적으로 그리고 자기가 원하는 대로 움직였는지 아니면 그렇지 않은지를 물으면, 실험참여자는 그에 대해 부정적인 대답을 한다. 이제는 뇌의 다른 부분, 즉 **운동피질을 자극**하여 손가락을 움직이게 한 후 위와 같은 질문을 제기할 경우, 실험참여자들은 이번에는 놀랍게도 손가락을 **자기가 의도적으로 움직였다고 대답한다**. 실험참여자는 의도적인 것은 아니지만 일종의 거짓증언을 한 셈이다.¹⁸⁾ 이는 **자유의지의 느낌이 일종의 착각임**을 보여주는 한 예라고 할 수 있다.

파스쿠알 레오네(Alvaro Pascual-Leone)의 실험에 의하면, 실험참여자들에게 임의로 오른손 혹은 왼손을 치켜들라고 하면, 오른손잡이는 평균 60퍼센트 오른손을 들게 된다. 만약 자기장을 이용해 실험참여자 뇌의 우반구를 자극하게 되면, 오른손잡이의 80퍼센트 정도가 왼손을 들어올린다. 오른손은 왼쪽 뇌에 의해 그리고 왼손은 오른쪽 뇌에 의해 조종된다. 그런데 이런 외부로부터의 영향력 행사에도 불구하고 실험참여자들은 자신들이 자의로 손을 들어 올린 것으로 생각한다.¹⁹⁾

이런 실험결과들의 자료들은 우리의 신체를 움직여 행동을 일으키는 실제 주인공은 뇌이고, 우리가 의지로 인식하는 실체는 사실 뇌의 물질적 결과물일 뿐이라는 시사를 준다.

¹⁷⁾ Libet. B., "Do We Have Free Will?", *Journal of Consciousness Studies* 6(1999), p. 51; 아울러 Libet은 결정론과 비결정론을 바라보는 데에 있어 실질적이고 확실한 증거가 나타나기 전에는 과학의 입장에서도 자유의지의 존재를 인정하는 것이 더 나은 선택(option)이라는 견해를 피력하고 있다(위의 글 p. 56).

¹⁸⁾ Holk Cruse, "Ich bin mein Gehirn. Nichts spricht gegen den materialistischen Monismus", in: C. Geyer, *Hirnforschung und Willensfreiheit, Zur Deutung der neuesten Experimente*, suhrkamp, 2004, p. 219-223.

¹⁹⁾ A. Pascual-Leone, J. Grafman., L. G. Cohen, B. J. Roth, M. Hallett, "Transcranial magnetic stimulation. A new tool for the study of the higher cognitive functions in humans", in Grafman and Boller, *Handbook of neuropsychology* vol. 11, Elsevier, Amsterdam, 1996. pp. 267-290.

나. 뇌과학자들의 자유의지와 책임에 대한 결정론적 견해²⁰⁾

독일의 주요 뇌과학자들은 신경생물학적인 측면에서 볼 때 자유의지란 존재하지 않는다는 견해를 제시하고 있다.

독일의 뇌과학자 로트(Gerhard Roth)는 사람의 의사결정은 대뇌의 일부분에서 이미 진행된 생화학적 신경전달작용의 결과이며, 대뇌피질(cerebral cortex)에 존재하는 생화학적 반응시스템이 의사결정의 본질이라고 설명하였다. 그러나 로트의 연구에 따르면, 그러한 의사결정은 순전히 자율적인 것이라고 볼 수 없다는 것이다. 사람이 행위를 결정하는 데에는 고도의 지적 기능을 담당하며 행위를 기획하고 준비하는 영역으로 의식적인 행위를 관장하는 의식을 관장하는 대뇌피질(cerebral cortex)²¹⁾의 작용이 감정을 담당하는 변연계(limbic system)²²⁾의 작용에 결정적으로 의존하고 있다는 사실이 밝혀졌다.

어떤 행위나 사건에 대해 해마가 세부와 시공간적 맥락을 부여하고 그 위에 편도가 좋거나 행복하다는 감정적 색깔을 입히면, 그 행위나 사건은 장기기억으로 넘어가 오래도록 기억되고, 행위자가 이성적 판단을 함에 앞서 감성적인 판단이 먼저 내려진다는 것이다. 이러한 로트의 연구에 따르면, 우리는 오랫동안의 심사숙고를 거쳐 이성적인 판단을 내릴 때조차 기저핵과 변연계의 감성적 경험기억의 울타리를 벗어나지 못한다.

로트에 의하면, 의지는 결코 인간의 신경적인 본성에서 자유롭지 못하다. 왜냐하면 인간의 현재 상태는 과거 상태에 의해 결정되어 있고 또 후자는 그의 신경구조에 나타나 있기 때문이다. 제일 먼저 유전자가 나타난다. 그 다음에 어렸을 때의 경험, 그 다음에 성인으로서의 경험이 차례로 나타난다. 이 모든 것은 뇌의 구조들과 개인적 선호를 각인한다. 동시에 지금까지 내린 결정들의 감정적인 결과를 관장하는 변연계가 본질적인 역할을 한다.

로트는, 뇌의 어떤 지점의 변화가 인간의 의사능력과 의사결정에 영향을 미치는

20) 미국에서도 신경생물학자로서 간질환자 치료를 위해 뇌량을 분리(split-brain)한 업적으로 1981년 노벨상을 수상한 Roger Wolcott Sperry는 결정론을 주장하며 인간의 행동은 물리법칙에 의해 완전히 조종된다는 견해를 피력한 바 있다(Sperry, R. W., Search for Beliefs to Live by Consistent with Science. Zygon: Journal of Religion and Science 26. June 1991). 미국의 뇌신경학회에서도 인간의 자유의지에 대한 논의가 격렬한 것으로 보이는데 과학적 연구성과를 해석하는 관점에서는 결정론적 시각을 보이는 경우가 많은 듯하다.

21) 보다 진화된 인간의 뇌라고 볼 수 있다.

22) 보다 원시적인 선조동물의 뇌 부분이라고 할 수 있다.

지를 명확하게 확인될 수 있는 이상 자연과학인 신경생물학적 관점에서 볼 때 인간의 자유의지란 존재하지 않으며, 자유의지라는 개념을 제대로 유지할 수도 없다고 하였다. 즉, 우리가 무엇을 할 것인지 결단을 내리기 이전에 이미 우리의 뇌는 우리가 할 행동에 대하여 결정을 하고 있으며, 우리는 뇌에 의해서 조종당하고 있어서 실제로 자유의지라는 것은 환상(Illusion)에 불과하다고 한다.²³⁾

철학자이자 신경과학자인 로스키스(Adina L. Roskies)에 따르면, 원숭이에 대한 연구에서 지각 과제에 있어 결정을 내리는 동안에 나타나는 신경활동에서 대안적 가정들을 표상하는 신경집적물이 축적되고 있다는 증거가 나타났다고 한다.²⁴⁾ 이러한 연구는 우리가 자유의지로서의 판단이라고 인식되는 것들이 사실은 신경생리학적 작용에 불과하다는 점을 시사한다. 실제로 동물의 의사결정은 관찰되는 신경적 표지자를 보면 예측이 가능하다는 것이다. 이 연구는 의사결정이 순전히 기계론적 규칙들을 따라 결과를 결정한다는 관점과 일치하고 있으며 이는 뇌가 단순히 복잡한 기계일 뿐이라는 일반적인 과학적 관점과도 일치한다.²⁵⁾

인지생물학자 크리스토프 코흐(Christof Koch)는 “일상생활에서 우리는 대부분 좀비이다”라고 썼다. 우리는 살아있는 정신이 없이 기계적으로 자신을 다스리는 좀비처럼 행동한다. 계산에 따르면 신경 사건들의 95퍼센트가 이처럼 무의식적으로 진행되며, 단지 뇌활동의 5퍼센트만이 우리에게 의식된다. 더 극단적인 숫자로 표현하자면, 바이트 단위로 따져서 우리는 1초에 기껏 10~50바이트를 처리함에

23) Gerhard Roth: *Das Gehirn und seine Wirklichkeit. Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen*, Suhrkamp(1997). Roth는 살인범죄자에 대하여 ‘그 사람이 살인을 한 것이 아니라 그의 뇌가 살인을 한 것이다(Nicht der Mensch mordet, sondern sein Gehirn)’라고 표현하고 있다(위의 책 S. 324-325).

그러나 이러한 표현은 철학적으로는 다소 의문을 남긴다. “나’는 무엇인가”라는 질문이 생략되었기 때문이다. 로트는 ‘의지’ 또는 ‘뇌’가 자아임을 암암리에 전제하고 있다. 그러나 철학적으로 자아의 개념은 새로이 정의될 필요가 있고, 이에 따라 자아가 자유의지의 주체로 복귀할 수도 있을 것이다. 로트의 이러한 단정은 의식을 자아로 쉽게 간주한 나머지 ‘주객도식’의 함정에 빠졌던 데카르트와는 정반대의 오류를 저지르고 있는 셈이다.

24) Roskies, Adina L.: “Neuroethics beyond genethics” *EMBO reports* Vol. 8, s52-s56, “유전윤리학 너머의 신경윤리학”, 홍성욱·장대의 공편, *뇌 속의 인간 인간 속의 뇌*, 바다출판사(2010), 62면.

25) 이러한 연구결과가 자유의지를 부정하는 결론을 암시함에도 불구하고 로스키스는, 자유의지의 존재를 규명하는 것은 신경과학의 역할이 아니라고 선을 긋는다. 다만, 로스키스는 뇌에 대해 보다 심층적인 이해가 가능해지면, 자유에 대해서 축적된 과학적 관점에 맞을 내린 튼튼한 개념을 개발할 수 있게 될 것이라고 전망한다.

반하여, 무의식적으로 활동하는 감각기관은 1초에 최소한 10,000,000~100,000,000 바이트를 처리한다.²⁶⁾

부케티츠(F. M. Wuketits)와 같은 강경한 유물론자들의 견해는 단호하다. 자유의지란 환상이라는 것이다. 우리가 자기 결정에 대한 합리적 근거들을 마련해 두고 있고, 그러한 근거들에 기초하여 결정을 내린다고 믿겠지만, 그러한 결정들은 무의식적으로 뇌에 고착되어 있는 복잡하고 다양한 동기사슬을 따른다는 것이다.²⁷⁾

이러한 연구에 따르면, 형사책임이 기초를 두고 있는 자유의지 자체가 부정되므로 범죄의 성립근거로서 ‘책임’이라는 요소를 적용하는 것이 더 이상 가능하지 않게 된다. 이른바 ‘생물학적 결정론’이라고 불리는 이와 같은 관점에서 행위는 대뇌 피질에 의한 자율적 의사결정에 기초한 것이 아니라 뇌의 변연계의 기체에 의존하고 있으므로 기존의 도덕적 책임이론에 기초한 형사책임의 원칙은 폐기되어야 한다고 주장한다.

다. 양립가능론적 견해

1) 대니얼 데닛의 이론

미국의 과학철학자 데닛은 뇌과학적 연구결과를 바탕으로 ‘원인 없는 선택’(uncaused choice)²⁸⁾이라는 전통적 자유의지 개념은 실제로 존재하지 않는다고 주장하고 있다.²⁹⁾ 신경생리학과 인지과학의 설명에 따르면 그것은 두뇌활동과 그것을 정신적인 의식에 등록하는 것 사이의 지체 시간으로 인한 환상의 결과라는 것이다. 즉, 그는 신경전달작용이 자유의지의 본질임을 인정하는 전제에서 있지만, 그렇다고 하여 자유의지 자체를 부인할 필요는 없다고 말한다. 그는 실제로 존재하는 자유의지, 즉 ‘구할 만한 가치가 있는 자유의지(Free will worth wanting)’는 자신이 옹호하는 결정론과 양립한다고 주장하고 있다.

데닛은 책임 있는 주체가 선택을 하는 데에 비결정성의 여지는 없다고 논증한다. 그러나 그가 옹호하는 결정론은 운명론(fatalism)과는 다르다. 결정론은 우리가 무엇을 하는가에 따라 그 결과가 달라질 수 있음을 허용한다. 또한 우리가 무엇을

²⁶⁾ Koch, C.: *Bewusstsein-ein neurobiologisches Rätsel*, Geidelberg/Berlin(2004)

²⁷⁾ Wuketits, Franz M., *Der Freie Wille* (2007)/원석영 역, **자유의지, 그 환상의 진화**, 열음사(2009).

²⁸⁾ 이를 테면, 동전던지기를 했을 때 앞면이 나올 가능성 같은 것이다.

²⁹⁾ 데닛의 견해를 파악하는 데는, Daniel C. Dennett, *Freedom Evolves* (2003)/이한음 역, **자유는 진화한다**, 동녘사이언스(2009)를 주로 참고하였다.

하는가라는 것은 우리가 무엇을 아는가에 의존한다.

그가 옹호하는 원인결정론은 모든 사건이 원인을 갖는다는 것이지만 어떤 사건에 대한 어떤 결과가 불가피하다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그는 결정론을 불가피성과 구분하고자 한다. 이러한 관점은 홉스적인 양립가능성 이론과 연결된다.

그는 결정론이 지배하는 세계 속에서 우리가 선택하고 행위하는 방식과 달리 선택하고 행위할 수 있음(대안의 선택가능성)을 보이려고 한다.

데닛은 인간의 자유의지 발생을 진화론에 의해 설명하기도 한다. 자연선택이 유기체가 환경에 점점 더 잘 적응할 수 있도록 자유의지를 디자인했다는 것이다.

우리는 자신의 선택에 대해 이유를 제시할 수 있다는 점에서 ‘상황에 맞게 행동하는 기계’인 다른 유기체와 다른 ‘선택적 기계’라고 할 수 있다. 그리고 그러한 이유를 제시할 수 있는 능력 역시 자연선택에 의해 갖게 된 능력이다. 즉, 진화론적 이해는 인간이 자유의지를 갖고 있다는 직관이 다만 직관에 그치는 것이 아니라, 존재적 필연성을 지니고 있음을 웅변한다는 것이다.

2) 개인적 선호이론(미하엘 파우엔)

철학자인 미하엘 파우엔 역시 로트 등 뇌과학자들이 밝혀낸 바를 받아들이고, 이를 기초로 철학적 사유를 전개하였다. 즉, 파우엔에게 있어 자유의지란 원형적 의미의 ‘강한 자유의지’가 아니라 뇌의 네트워크에 마련된 심적 토대에 영향을 받는 ‘약한 자유의지’를 의미한다.

파우엔의 견해는 데닛과는 다소 다른 관점이다. 데닛의 관점은 인간의 의지가 신경프로세스에 의해 결정된 것이라는 점에서, 본질적으로는 결정론을 취하는 뇌과학자들의 견해와 다를 바가 없다.

그러나 파우엔에 따르면, 자유로운 행위란 행위자가 결정론적 세계에서 다르게 행위할 수 있을 때 성립한다. 마약중독자는 약기운이 떨어지면 언제 어디서든 마약을 원한다. 마약을 원하는 이 바람은 의지를 세우는 것이 아니라 의지를 빼앗아 버리는 것으로, 마약을 원하는 바람을 다른 것으로 바꿀 수 없다. 반면에 비록 아편에 손을 대긴 했지만 이를 끊겠다는 바람을 갖게 된다면 이 바람은 아편을 원하는 바람을 다른 것으로 바꿀 수 있게 해준다.

프랭크퍼트(Harry G. Frankfurt)에 의하면, 이를 ‘일차적 욕구’(first order desire)와 이를 자신의 의지로 만드는 ‘이차적 의욕’(second order volitions)으로 구분할 수 있다.³⁰⁾ 자유란 일차적으로 생성된 욕구를 이차적으로 자신이 원하는 의지에 따라

바꿀 수 있는 인격체의 자율로서 이해될 수 있다. 파우옌은 이렇게 수정할 수 있는 바람이나 확신을 “개인적 선호”(personale Präferenzen)라 칭하며 이를 최소개념의 자유의 특징으로 삼는다.³¹⁾

인격적 선호는 다르게 행위할 수 있는 대안가능성과 결정론적 세계를 동시에 요구한다. 자유로운 인격은 특정한 상황에서 다르게 행위할 수 있는 여지를 가지며 이 대안가능성은 단순히 이렇 수도 있고 저렇 수도 있는 자의적인 것이 아니라 합리적인 근거에 따른 것이다.³²⁾

즉 행위자가 행위를 하기로 결정하는 데 고려하는 자아의 심적 토대는 뇌의 네트워크에 마련되어 있고, 그러한 심적 토대에 따라 개인적 선호를 가졌다 하더라도 그것은 그 자신이 선호한 것이다.

따라서 파우옌에 따르면, 의식적 결정의 신경 토대를 설명하는 뇌연구자들은 자유의지를 반박하는 것이 아니라 단지 자기 결정이 어떻게 가능한지를 설명하는 것일 뿐이다.

6. 마음의 존재론적 지위와 자유의지의 문제

가. 유물론적 사고 - 원인과 이유의 혼동

뇌과학연구자들에 의해 제기된 자유의지에 대한 회의는 한동안 세상을 술렁이게 만들었다. 자유의지라는 것이 환상에 불과할지도 모른다는 주장은 전통적인 윤리학적 사유를 근본에서부터 뒤흔들 소지를 가졌기 때문이다.

그러나 이처럼 뇌과학적 차원에서 제기된 자유의지의 존재에 대한 회의는, 유물론적 사고의 과잉에서 비롯된 것일 개연성이 크다. 유물론은 정신의 주체성을 부인하고, 그것이 다만 물질에 의한 작용이라고 파악하므로, 물질의 상호작용에 의해 물리법칙에 따라 정신이 발현된다고 본다. 뇌과학을 중심으로 인지과학을 연구하는 연구자들은 대개가 유물론에 기울어 있다. 물론 유물론자들도 그 이론적 스펙트럼은 다양하므로 테넷이나 에덜먼처럼 자유의지의 존재를 어떻게든 설명해보려

30) Frankfurt, Harry G., “의지의 자유와 인간의 개념”, **자유의지와 결정론의 철학적 논쟁**, 최용철 역음, 간디서원(2004), 190면.

31) Pauen, Michael, “Freiheit-Natur-Vernunft. Rationale Gründen und selbstbestimmte Entscheidungen in einer naturgesetzlich bestimmten Welt”, p.165.

32) Pauen, Michael, “Illusion Freiheit?”, *Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, p. 106.

고 노력하는 이들이 있지만, 그 설명이 여전히 충분치 않게 느껴진다.

어째서 그러한 설명이 부족하다고 느껴지는가. 그것은 유물론적 견해가 행위의 이유(reason)와 원인(cause)이 서로 다른 지평에 서 있음을 간과하고, 이유를 원인의 지평으로 환원시키고자 하기 때문이다.³³⁾ 유물론적 설명에 따를 때의 자유의지란 다만 신경프로세스의 한 속성 또는 현상적 측면으로만 드러나고 있을 뿐이다. 그러나 이러한 경우 그러한 자유의지는 물리적 필연법칙에 따라야 함을 부인할 수 없을 것이다. 유물론자는 수많은 동기적 원인들이 뇌신경에 축적되어 있다가 우리가 행위에 대한 결정을 해야 하는 순간에 그것들을 신경작용에 의한 계산에 따라 결론을 도출한다고 설명한다. 그러나 가령 우리가 부시에게 투표하였을 때, “그가 독실한 기독교신자이기 때문에 그에게 투표했다.”라고 설명하는 것은 하나의 ‘이유’이지 ‘원인’에 관한 것은 아니다. ‘이유’는 행위결과에 대하여 물리적 필연성을 갖지 못한다. 즉, 그가 독실한 기독교신자라고 하더라도 행위자는 부시에게 투표하지 않는 선택을 할 수도 있는 것이다. 이처럼 정신현상과 행위 사이에는 뚜렷한 신경프로세스적 인과법칙이 존재하지 않는 것처럼 여겨진다.

나. 부수현상론과 그에 대한 비판

그러므로 유물론자들 중에는 이러한 난관을 극복하기 위해, 인과관계는 철저히 물리법칙에 의해 결정되며 정신현상이라는 것은 인과관계에 있어 아무런 의미도 없고 단순한 부수현상이라고 보는 이도 있다(부수현상론, Epiphenomenalism).³⁴⁾³⁵⁾

이러한 부수현상론에 대해서는 진화론적 관점에서의 비판이 쏟아진다. 인간의 정신현상은 상당한 비용의 지출인데(뇌로 가는 혈류의 양은 몸 전체의 20%를 차지할 정도로 방대한 것이다), 그것이 무용한 것이라면 진화의 과정에서 이것이 쇠퇴하지 않고 오히려 점점 더 고도의 수준으로 발전해 가고 있음을 설명할 수 없다.³⁶⁾ 인간에게 존재하는 상당수의 근육이 수의근인데, 정신현상이 단지 부수현상에 불과할 뿐이라면, 수의근은 존재의 이유가 없고, 모두 불수의근으로 대체되어도

33) 권수현, 앞의 글(주 1), 22-23면 참조.

34) K. Kempbell, “A New Epiphenomenalism”, *Body and Mind* (New York: Doubleday, 1970).

35) 상당한 지적 배경을 가진 논객들의 대화를 지켜볼 때마다 결국 그들의 지식은 그들이 이미 가지고 있는 결론을 합리화하기 위해 동원되고 있을 뿐이라는 느낌을 받는다. 사실 법관이 재판에서 내리는 결론 역시 이러한 의심에서 자유롭지 않을 것이다.

36) J. Searle 저, 강신욱 역, 앞의 책(주 10), 97-98면.

축할 것이다.

이러한 모순 때문에 유물론자들 중에는 정신현상에 대해서는 어떠한 물리법칙이 적용되지 않는다고 하는 무법칙적 일원론을 주장하는 이도 있다(D. 데이비슨).³⁷⁾ 그러나 이러한 무법칙적 일원론이 과연 유물론적 전제와 양립할 수 있을지는 의문이다. 강경한 유물론자인 김재권 교수는 비환원주의적 유물론은 진정한 유물론이라고 할 수 없으므로 모두 폐기되어야 한다고 주장하기까지 한다.³⁸⁾ 관념론자인 김광수 교수는 데이비슨의 유물론은 거부하면서도, 정신현상에 어떠한 물리법칙이 적용되지 않는다는 무법칙성은 받아들인다.³⁹⁾

다. 관념론적 설명의 난점

그러므로 관념론적 차원에서 자유의지를 설명하고자 하는 시도는 여전히 퇴장되기 어렵다. 마음이라는 것이 육체와는 존재론적 지평을 달리하는 초월적 실체임을 인정하면 자유의지의 존재를 비교적 쉽게 설명할 수 있을 것으로 생각된다. 최근에는 종교적 신비체험의 현상이 단순한 뇌의 착각이 아니라는 점을 입증하면서 관념론 철학을 과학의 차원에서 뒷받침하려는 노력도 기울여지고 있다.⁴⁰⁾ 또한 마르틴 후베르트(Martin Hubert)는, 결정은 무의식적인 신경적 대차계산의 산물이 아니며, 적어도 의식적이고 합리적인 숙고가 그것을 함께 구체화한다고 말한다.⁴¹⁾ 의식적인 숙고는 무의식적이거나 전 의식적인 성향에 맞서 자신을 관철시킬 수 있으며 그 성향을 경험할 수 있게 만든다.

그러나 이와 같은 관념론이 넘어야 할 난관도 존재한다. 열역학 제1법칙(물리적 세계의 폐쇄성 원칙)에 의하면 모든 물리적 사건은 다른 물리적 사건을 원인으로 가져야 하는데, 물리적 사건이 아닌 정신이 육체에 작용하여 물리적 사건을 일으킨다는 결론은 열역학 제1법칙에 위반된다는 것이다.⁴²⁾⁴³⁾

37) 무법칙적 일원론에 관한 자세한 내용은 김광수, “데이비슨의 심신론 - 정신현상의 무법칙성을 중심으로”, **마음의 철학**, 철학과 현실사(2006)를 참조하기 바란다.

38) Kim, Jaegwon, “The Myth of Nonreductive Materialism”(1989)/김광수 역, “비환원적 유물론의 신화”, **철학과 현실**, 철학문화연구소(1990 여름).

39) 김광수, 앞의 글(주 38), 200면.

40) Mario Beauregard and Denyse O’Leary, *The Spiritual Brain: A Neuroscientist’s Case for the Existence of the Soul* (2007)/김영희 역, **신은 뇌 속에 갇히지 않는다**, 21세기북스(2010).

41) M. Hubert, *IST DER MENSCH NOCH FREI?* (2006)/원석영 역, **의식의 재발견 - 현대 뇌과학과 철학의 대화**, 프로네시스(2008), 265-267면.

라. 관념론의 난점에 대한 유물론적 극복의 시도

한편 언어철학자이며 유물론의 입장에 서 있는 존 설은 환원주의⁴⁴⁾적 유물론을 거부한다고 밝히고 있으면서도, 열역학 제1법칙의 범위 내에서 의식이 몸을 움직이는 메커니즘을 설명하려고 한다.⁴⁵⁾ 그는 정신이 물질로 환원될 수 없음을 인정한다. 그러나 그는 데카르트적 심신이원론에서도 벗어나고 있다. 그가 설명하는 정신이란, 신경활동보다 초월적인 실체가 아니라 뇌의 ‘특질’이라는 것이다. 언덕을 내려가는 수레바퀴를 이루는 분자의 고형성(solidity)이라는 특질이 그 분자들로 구성된 단단한 바퀴의 움직임을 이루고 결국 분자들의 움직임과 궤적에 영향을 주는 것과 같이, 뇌의 ‘특질’로서의 정신이 신경에 영향을 미치고, 이것이 몸의 움직임을 만들어 낸다는 것이다. 이런 설명은 노벨생리의학상 수상자인 분자생물학자 제럴드 에델먼(Gerald M. Edelman)의 입장과도 통하는 것으로 보인다.⁴⁶⁾

설의 이러한 설명은 확실히 열역학 제1법칙에 위배되지 않는 범위에서 정신의 인과원인성을 설명할 수 있다. 그러나 설이 정신의 일인칭적 혹은 주관적 존재론을 가지고 있음을 인정하면서 이를 하나의 ‘특질’로 격하시키고 있다는 점은 쉽게 납득하기 어렵다. 그가 비교설명하고 있는 분자의 고형성 특질과 정신은 대등하게 느껴지지 않는다. 정신은 분자의 고형성 특질보다 자유롭고 몸의 운동에 대한 특정한 지향을 갖고 있기 때문이다.

설 자신도 정신은 고형성과 달리 물리적 미시구조로 환원될 수 없음을 인정하고 있다.⁴⁷⁾

42) 김광수, “하향적 인과작용”, **마음의 철학**, 철학과 현실사(2006), 181면.

43) 이에 대하여 관념론자인 한신대의 김광수 교수는 위와 같은 설명의 난관을 단순히 인정하면서도, 인간의 자유가 이론에 의해 확보되거나 유보되는 것이 아니라고 못 박는다. 그에 따르면, 인간이 다른 존재들에 비추어 자신의 생각과 판단에 따라 자유롭게 행위할 수 있는 정신적 존재라는 사실을 우리는 우리의 직접 경험에 의해 ‘발견’한 것이다. 그리고 이 사실의 존재는 설명의 대상인 것이지, 이론의 성격에 따라 거부될 수 있는 성질의 것이 아니다. 김광수, 앞의 글(주 43), 179면.

44) 모든 정신현상은 물질로 환원될 수 있다고 보는 입장이다. 유물론의 입장에 있으면서도 정신현상을 물질로 환원하여 파악할 수 없다는 도널드슨의 입장과 상치된다.

45) J. Searle 저, 강신욱 역, 앞의 책(주 10), 69-72면.

46) Gerald M. Edelman, *wider than the sky - the phenomenal gift of consciousness* (2004)/김한영 옮김, **뇌는 하늘보다 넓다: 의식이라는 놀라운 재능**, 해나무(2006), 91-101면.

47) J. Searle 저, 강신욱 역, 앞의 책(주 10), 71면.

마. 하버마스의 견해(이원론적 상호주관성 이론)

자연과학계에서 터져 나온 자유의지에 대한 회의는 위르겐 하버마스(Jürgen Habermas)의 방어본능을 자극했다. 하버마스는 2004년 일본의 교토상(Kyoto prize) 수상연설을 통해 ‘자유의지’에 관한 자신의 견해를 피력했으며, 2006년 생각을 가다듬어 같은 주제의 논문을 발표한다.⁴⁸⁾

하버마스는 책임 소재가 묻어지는 곳에서는 자유의지의 이념이 전제된다는 것을 지적한다. 즉, 자유의지의 존재를 묻는 지평은 책임소재를 묻기 위한 것이므로, ‘달리 할 수도 있었음’, ‘통제된 의지/성찰능력이 동반된 의지’, ‘자기축발’, ‘자발적 규정’ 등의 개념과 함께 다루어져야 한다는 것이다.

하버마스는 자유의지환상론을 주장하는 이들과는 달리 자유의지의 유무가 뇌 이론이 아니라 적어도 위 개념들의 사용에 의존하고 있음을 주장하고 있다. 규범의 존재가 자유의지를 전제하게 한다는 것은 칸트를 떠올리게 하고, 행위의 원인과 이유를 구분해야 한다는 점에서는 토마스 홉스의 이원론을 원용하는 것으로 볼 수도 있다.⁴⁹⁾

하버마스는 행위자들이 행위할 수 있기 위해, 유기체적 기초로부터 자유로울 수 없으며, 특히 역사, 성격, 능력, 사회문화적 환경, 특히 당시의 행위 상황이나 사태로부터 자유로울 수 없다는 점을 인정한다. 그러나 인간세계에서 행사되는 자유라는 개념은 애초부터 이러한 조건적 자유(bedingte Freiheit)를 의미한다는 것이다.

그러나 행위가 이처럼 조건에 의해 기초지워진다고 하여 행위가 조건으로부터 인과되는 것이라고 할 수는 없다. 행위자는 모든 외적 상황들을 자신의 사고에 끌어들이어 자발적 규정을 진행한다. 행위는 이처럼 주어진 조건과 행위주체의 종합에 의해 구성된다.

하버마스는 세계적 조건들에 놓여 있는 인간들은 세계를 인지하고, 기억하는 등

48) 여기에 소개된 하버마스의 견해에 바탕이 된 두 논문은 Habermas, Jürgen, “Freiheit und Determinismus”, in J. Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, Ffm., pp.155-186과 Habermas, Jürgen, “Das Sprachspiel verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit: Wie lässt sich der epistemische Dualismus mit einem ontologischen Monismus versöhnen?”, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie, Volume 54, Issue 5, 2006, Nov., pp. 669-708이며, 이러한 하버마스의 견해에 관한 해설은, 이기흥, “J. 하버마스의 자유의지론”, **대동철학** 제39집 2007. 6.; 양해립, “뇌과학과 자유의지의 문제 - 하버마스의 자유의지와 뇌 연구를 중심으로.”, **동서철학연구** 제50호, 2008. 12.의 두 논문을 참고하기 바란다.

49) 양해립, 위의 글(주 49), 165-166면 참조.

의 개인적 활동들을 벌이지만 서로 소통하는 가운데 한편으로는 사회문화적 공간을 구성해내고, 한편으로는 나와 너, 그 등의 역할을 돌아가며 떠맡으면서 ‘주관적 경험 및 확신’들을 검증하여 ‘객관정신’으로 승화시킨다. 이처럼 ‘객관정신’이 구현되는 과정은 주관정신이 다시 객관정신에 의해 영향을 받는 과정이라고 할 수 있다.

‘주관정신’은 뇌와 같은 물질적 기초 위에서 작동하고, 이러한 주관정신의 상호 검증으로 만들어진 ‘객관정신’은 다시 ‘주관정신’에 영향을 미쳐 뇌구조를 형성시키는 영향력을 발휘하게 된다.

하버마스는 이처럼 (주관)정신은 물질의 영향을 받고, 물질 또한 (객관)정신의 영향을 받는 것이라는 논리전개를 거쳐 몸과 마음이 결국은 하나라는 존재론적 일원론을 변증법적으로 구현해 낸다.

하버마스의 견해는 의지와 행위가 뇌 및 정신의 공동산물이라는 취지여서, 결국 양립가능론으로 분류될 수 있을 것이다. 다만, 다른 양립가능론이 결정론에 따라 움직이는 물리계에 초점을 맞추고 자유를 모색하는 ‘결정론적 양립론’(혹은 소극적 양립론)이라고 한다면, 하버마스의 그것은 정신이 다시 뇌에 영향을 미친다는 것이므로 물리계 안에서도 확장되는 자유를 부각시키고 있는 ‘자유주의적 양립론’(혹은 적극적 양립론)이라고 할 만하다.⁵⁰⁾ 하버마스에 이르러 관념론과 유물론은 통합을 이루고 있다.

7. 자유의지에 관한 논쟁을 마무리 지으며

가. ‘나’는 나의 ‘뇌’가 아니다.

“살인을 저지른 것은 내가 아니라 나의 뇌”라는 로트의 언명은 결정론적 세계관을 암시하고 있으며, 동시에 자율적이고 독자성을 이루는 ‘정신’이 아니라, 물질 그 자체인 ‘뇌’가 행위의 주체라고 보고 있다. 이러한 유물론적 사고는 ‘정신’을 단순히 뇌의 작용 내지는 뇌가 만들어낸 현상으로 파악한다.

이처럼 ‘뇌’를 곧 ‘나’ 자신으로 받아들이는 것은 뇌과학의 독선이라고 할 수 있을 것이다.⁵¹⁾ 뇌가 의식에 어떻게 기여하는지를 이해하고자 한다면, 우리는 뇌 말

50) 이기흥, 앞의 글(주 49), 119면.

고도 더 커다란 몸, 그리고 우리 자신이 처한 환경과 관련해서 뇌가 하는 일을 바라보아야 하기 때문이다.

로트의 위와 같은 언명이 형사책임론에 던지는 의미 역시 회의적이다. ‘나’가 무엇인가라는 질문은 철학적 화두로서는 여전히 유효하다. 우리가 날마다 경험하는 ‘자아’는 사실 그 실체가 모호하기 때문이다.

그러나 우리가 법률가로서 행위의 주체를 이야기할 때의 ‘나’는 평가된 개념이다. 규범의 영역에서 창조된 실체인 것이다. 독립된 실체로서의 정신인 ‘나’가 존재한다면, 우리는 비교적 쉽게 행위의 ‘주체’를 개념지울 수 있을지도 모르지만, 유물론적 사유를 채택한다고 해서 ‘주체’가 사라진다고 볼 수는 없다. 규범과학인 형법학의 차원에서 ‘주체’는 평가적인 개념이고, 해석된 개념이기 때문이다.

전체로서의 자아를 해체하여 뇌를 하나의 생명주체 내지는 인격주체로 인식함으로써 행위책임을 지우고자 시도하게 될 때(이로써 ‘나’는 책임의 영역에서 벗어날 것이다), 우리는 뇌의 개념 역시 해체할 수 있음을 간과해서는 안 된다. 과연 뇌의 작용을 가능케 한 보다 근본적인 동력을 발견할 수는 없을까? 만약 그러한 동력을 발견하게 된다면, 이번에는 뇌마저 책임의 영역에서 벗어날 수 있게 될 것이다.⁵²⁾

이러한 논의가 제시하고자 하는 결론은 간명하다. 책임주체로서의 ‘자아’의 개념은 규범적 평가에 의해 규명되어야 하는 문제이지, 뇌과학 차원에서 밝혀질 문제가 아니라는 것이다.⁵³⁾ 따라서 로트를 비롯한 뇌과학자들이 생물학적 차원에서

51) Alva Noe, *Out of Our Heads* (2009)/김미선 역, **뇌과학의 함정**, 갈리온(2009), 271면.

52) 리처드 도킨스 이래 생물학에서 중요한 설명기제로 작동하고 있는 유전자이기주의에 따르면, 가장 기본적인 생명프로그램의 주체는 유전자라고 할 수 있을 것이다. 유전자가 자기 자신을 보존하기 위해 최초로 택한 생명현상이 단세포생물의 구성일 터인데, 단세포생물은 진화를 통해 다세포생물을 이루었다. 단세포들끼리의 연합이 일어난 것이다. 그리고 이로써 ‘함께 죽는다’는 개념이 만들어졌다(린 마굴리스의 세포공생설). 진화론적 설명에 따르면, 이러한 세포공생으로서의 생명체는 유전자가 자기의 생존을 위해 단세포보다는 다세포의 연합이 유리하다는 판단을 한 것이다. 이러한 사유체계에 따르면 인간 역시 단세포들이 공생하고 있는 집합체라고 볼 수 있을 것이다. 어떤 의미에서는 우리 몸을 구성하는 세포 하나도 하나의 생명일 수 있고, 이 세포들의 집합체를 하나의 생명으로 부를 수도 있다.

그러므로 ‘생명체’라는 개념 역시 어떤 정의가 필요한 문제이지 오로지 과학으로만 풀 수 있는 문제는 아닌 것이다. 다소 과감하게 말하자면 자연인이라는 개념 역시 법인과 마찬가지로 ‘부여된 인격’ 내지 ‘의제된 인격’이라고 볼 수도 있을 것이다. 하나의 독립적 생명이라고 할 수 있는 세포들이 연합을 이루어 또 하나의 독자적 인격을 만들어 내는 과정은 법인 형성의 메커니즘을 떠올린다.

사고의 메커니즘을 발견하고 설명할 수 있다 하더라도, 연합된 세포들의 집합체인 ‘나’가 저지른 행위의 책임은 여전히 ‘부여된 인격’인 ‘나’에게 귀속될 수 있을 것이다. 로트의 언명은 규범적 개념을 뇌과학에 의해 설명하고자 하는 범주의 오류를 범하고 있는 것이다.

나. 규범과학의 영역으로 돌아와서

관념론과 유물론의 치열한 전장에서, 우리는 어떠한 결론도 쉽게 내릴 수 없다. 그러나 우리는 정신 현상이 아무런 의미가 없는 부수적 현상이 아니라는 점만은 알 수 있게 되었다.

합리적 사고라는 인간의 정신 현상이 단순히 부수현상이 아니라는 전제를 획득할 수 있다면, 우리는 유물론이나 관념론 어느 쪽을 채택하든 상관없이 자유의지의 존재를 공인할 수 있을 것이다. 우리가 경험하는 자유의지가 신경생리학적 프로세스로 환원될 수 있다 하더라도, 우리는 이미 경험되고 있는 자유의지를 규범으로서 평가할 수 있기 때문이다.

그것은 우리가 원하는 자유의지가 실증과학적 차원에서 요구되는 것이 아니라 규범과학의 차원에서 요구되고 있기 때문이다. 물론 규범과학이 실증과학과 절연할 수만은 없을 것이다. 과학적 연구결과는 규범적 사유에도 분명히 영향을 미친다. 정신현상이 아무런 의미를 갖지 못하는 부수현상에 불과하다면, 자유의지의 전제는 흔들릴 수밖에 없을 것이다.

그러나 현실에서 목격하는 자유의지의 현상이 그 자체로 경험세계에 어떤 영향력을 가지고 있다면, 그 본질이 단순히 뇌의 현상이든, 아니면 초월적 실체로서 독립되어 있는 정신이든, 우리는 규범적 평가가 가능하다.

‘책임의 문제는 사회적 선택일 뿐’이라는 가자니가(M. S. Gazzaniga)의 지적 역시 이러한 규범과학으로서의 자유의지 개념은 실증과학과 다른 지평에 있는 것임을 시사한다. 그에 의하면, 신경과학은 어떤 사람이 다른 누구보다도 행위에 대해

53) 이 글을 쓰는 동안 스티븐 호킹에 관한 기사가 보도되었다. 그는 “우주는 신에 의해 창조되지 아니하였으며, 그 자신의 법칙에 의해 스스로 창조되었다.”라고 선언하였다고 한다(2010. 9. 6.자 조선일보 보도). 호킹의 이러한 발언은, 자유의지에 관한 일부 신경과학자들의 입장과 상당히 닮아 있다. 과학과 신학, 과학과 철학의 관계에 관한 발표자의 생각은 다음과 같다. 어느 한쪽의 것이 다른 한쪽의 것을 완전히 대체할 수 있는 설명이란 존재하지 않는다는 것이다. 과학은 신학과 철학의 바탕 위에서 있으며, 신학과 철학은 과학적 발견과 성과들에 대한 설명을 내놓아야 한다.

더 책임을 지거나 덜 책임을 진다고 말할 수 없다. 우리는 모두가 언젠가 이론적으로 완전히 이해하게 될 결정론적 시스템의 일부이지만, 책임의 개념은 사회적 제약이고, 사회의 규칙 속에서 존재한다. 그것은 뇌의 신경구조 속에서 존재하지 않는다.⁵⁴⁾

그러므로 형법학에서 자유의지의 논쟁이 이미 극복되었다고 선언되고 있는 것은, 형법철학이 이처럼 규범과학의 영역에서 실증과학과는 별개의 독자성을 확보하고 있음을 주장하고 있는 것으로 볼 수 있다.

그러나 한 가지 지적해 두어야 할 것은, 이제까지의 모든 논의를 통해 알게 된 자유의지의 존재는 경험세계를 통해 구현되고 있는 것이고, 또한 경험세계에 의존하고 있기도 하다는 것이다. 하버마스가 분석한 바와 같이, 우리의 정신이라는 것은 몸과 환경의 영향으로 영향을 받고 변화되어 가며, 또한 정신이 우리의 몸과 환경을 변화시킬 수도 있다. 또한 우리가 인식하고 있는 자유란, 오로지 우리를 둘러싼 몸과 환경에 의해 조건지어진 ‘조건적 자유’일 뿐이다. 오늘날 현대 인지과학을 이끌어가고 있는 패러다임인 ‘체화된 인지’(embodied cognition)의 이론 역시 이처럼 몸과 마음이 서로 나뉘어 있는 독립적 실체가 아니라는 데에서 출발한다.

또한 뇌과학적 연구결과에 대하여 그 독주를 허용해서는 안 될 것이지만, 뇌과학적 연구결과가 인간의 자유의지에 대해서 시사하고 있는 바를 철저히 외면할 수도 없는 일이다. 우리가 이제까지의 논의를 통해 자유의지의 개념을 구해냈다고 할 수 있지만, 어쩌면 그것은 상처뿐인 자유의지라고 말해야 하는지도 모른다. 인간의 행위 결정에 있어 의사를 관장하는 부분보다 감성과 무의식을 담당하는 부분의 역할이 핵심적이라는 연구에 따르면, 미하엘 파우옌의 분석과 같이, 적어도 강한 의미의 자유의지 개념은 수정되어야 할지도 모른다.

인간이 가지고 있는 이성과 사고, 기억이라는 것에, 칸트가 제시하는 순수이성의 모습이 보존되고 있다고 보기는 어려울 것이다. 인간의 이성과 사고, 기억은 ‘생존에 유리한 방향’으로 진화해온 것이다. 즉, 이성 그 자체의 순수함을 추구하기 위해 진화해 온 것은 아니라는 것이다.⁵⁵⁾ 그러므로 순수이성의 모습을 전제한 자유의지의 개념은 당위의 성립을 위해서는 필요하지만, 당위에서 한 걸음 나아가

⁵⁴⁾ M. S. Gazzaniga And M. S. Steven, “Free Will in the Twenty-first Century-A Discussion Neuroscience and the Law”, *Neuroscience and the Law*, Dana Press (2004).

⁵⁵⁾ 이러한 측면이 최근 행동경제학(behavioral economics)이라는 이름으로 연구되고 있기도 하다.

책임론의 영역에서는 어떤 조화를 이룰 수 있을지 궁금하다.

이러한 사유의 과정은 형사책임론을 전개해 나가는 데에도 참고해야 할 부분이다. 오늘날 실증과학과 규범과학이 갈등을 치유하지 못하고 있는 이유에는 규범론이 실증과학적 발견에 대해 충분한 응답을 하지 않고 있기 때문이 아닐까 하는 생각도 든다. 이하에서는 자유의지의 논쟁을 통해 얻게 된 시사점에 대해 생각해 보고자 한다.

8. 자유의지의 논쟁이 형사책임론에 던지는 시사점

가. 도의적 책임론과 사회적 책임론

“책임 없으면 형벌 없다”(Nulla poena sine culpa, Keine Strafe ohne Schuld)는 말로 대표되는 형사상 책임원칙은 법치국가의 기본원리로서 헌법적 지위를 갖는다. 우리 헌법재판소에서도 형사책임원칙을 헌법적 원칙으로 보고 있다.⁵⁶⁾

그런데 과연 어떠한 근거로 범죄자에게 책임을 물을 것인가. 이에 대하여는 전통적으로 도의적 책임론과 사회적 책임론이 대립하고 있다.

도의적 책임론은 인간의 자유의지를 전제하여 달리 적법한 행위를 할 가능성이 있었음에도 위법한 행위에 나아간 데 대하여 윤리적 비난이 가해져야 한다는 취지이다. 도의적 책임론에 있어 책임능력이란 범죄능력을 의미하며, 일반인에게 과하는 형벌과 책임무능력자에 대한 보안처분은 질적 차이를 가지게 되고, 책임은 행위에 포함된 범위에서만 문제되어 행위책임의 원리가 지배하게 된다.

반면, 사회적 책임론은 인간의 자유의지를 부정한다. 뇌과학과 같은 실증주의 학문의 영향을 받은 것으로 자유의지란 주관적 환상에 불과하다고 말한다. 사회적 책임론에서는 책임의 근거를 행위자의 반사회적 성격에 묻고 있으므로, 행위자책임 내지는 성격책임의 원리(Charakterschuldprinzip)가 지배하게 된다.

이러한 두 가지 책임론의 장점과 한계는 극명하게 대조를 이룬다. 도의적 책임론은 자유의지의 존재를 인정하고 행위책임의 원리를 취하여 위법행위에 대한 응보를 강조하므로, 인간에 대한 신뢰를 견지하면서 형벌이 지나치게 확장되는 것을 경계할 수 있다. 그러나 책임을 행위자에 대한 의사형성의 비난가능성(Vorwerfbarkeit

⁵⁶⁾ 헌법재판소 2001. 11. 29. 2001헌가16; 헌법재판소 2006. 12. 28. 선고 2005헌바85 등.

der Willensbildung)으로 이해하고, 형벌을 응보개념으로 이해하게 됨으로써, 범죄가 사회적 구조 속에서 잉태된다는 측면을 외면하고 범죄에 대해 사회가 함께 부담해야 할 책임을 망각하게 되기 쉽다.

사회적 책임론은 의사의 자유가 가능하지 않음을 인정하고, 범죄자가 범행에 이를 수밖에 없었던 필연적 선행조건들에 대해 긍정함으로써 범죄자에 대한 비난을 잠재우고 그에 대한 인권옹호에 이바지할 것 같은 인상을 주지만, 이러한 이론이 군국주의 또는 공리주의와 결합하게 되면 자연스럽게 인종청소를 합리화할 위험이 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 결정론의 입장에 선 사회방위이론이 생래적 범죄인들을 영구격리하는 것을 꾀하였다는 사실⁵⁷⁾은 사회적 책임론이 낭만적 이상향이 될 수는 없음을 깨닫게 한다.

우리의 실무는 명백하게 도의적 책임론을 채택하고 있음을 밝힌 바 없지만, 통설은 도의적 책임론의 입장에 서 있는 것으로 보인다.⁵⁸⁾

우리는 앞선 논의에서 자유의지의 존재를 부인할 수 없음을 보았으나, 경험적 세계에서의 자유의지는 한계를 지님도 아울러 보았다. 자유의지를 인정하더라도, 이는 결정론의 세계에서만 가능하다. 범죄자가 범행에 이르기까지 거쳐 온 수많은 선행조건들은 어떤 형태로든 인간의 의지에 영향을 미칠 것이다. 이러한 선행조건들은 범죄자에 대하여 현재의 자유의지를 어떻게 평가하게 하는가. 책임론은 이를 어떻게 받아들여야 하는가.

나. 책임론에 관한 법원의 실무경향이 던지는 고민들

선행조건의 책임론을 살펴보는 데 있어 이른바 사이코패스로 알려진 범죄자들에 대한 법원의 판결 경향을 살펴보는 것은 유익할 것이라 생각된다. 이러한 사건들은 대개 중형이 선고되는 관계로 판결문에 피고인들의 성장배경과 선천적, 후천적 정신기질 등이 비교적 자세하게 소개되고 있다.

이러한 판결들⁵⁹⁾의 판시를 살펴보면, 피고인들이 대개 불우한 성장배경을 지니

57) 진계호, **형법총론** 제5판, 대왕사(1995), 65면. 롬브로조(Cesare Lombroso, 1836-1909)는 1870년 당시 유명한 강도 빌렐라(vilella)의 시체를 해부하여 두개골에서 원인류가 가지고 있는 중앙 후두부가 있음을 발견하여 그의 저서 『범죄인론』을 통하여 일정한 신체적 특징을 가진 자는 선천적으로 범죄인이 될 숙명을 가졌다는 생래적 범죄인(delinquente nato)이론을 주장하고 사회방위를 위하여 생래성범죄인은 초범이라도 사형에 의한 사회격리를 주장하였다.

58) 이재상, **형법총론** 신정판, 박영사(1997), 264면.

고 있음을 알 수 있다. 그런데 이러한 불우한 성장배경이 피고인의 행위에 대한 책임을 판단하는 데 어떤 작용을 할 것인가. 피고인이 처하였던 환경적 요인들은 피고인에게 책임이 없다. 비록 불우한 환경에 처했던 모든 사람이 범죄자가 되는 것은 아니라 하더라도, 비교적 쉽게 범죄자가 될 수 있다는 것은 부인하기 어렵다. 형법 제51조 제1호는 범죄자가 처한 ‘환경’을 양형의 조건으로 명정하고 있다. 그러나 법원의 판사에서 이러한 선행조건들에 대한 책임론적 평가는 찾아보기 어렵다. 사이코패스로 알려진 피고인들은 대부분 위와 같은 불우한 과거를 지니고 있음이 발견되었음에도 사형을 면하지 못했다. 실제로 형사재판에 관여하면서, 불우한 과거를 호소하는 피고인들은 많지만, 그러한 호소를 책임론적으로 어떻게 평가해야 하는지는 난감한 일이다.

우리 형법은 책임의 근거나 본질에 관한 일반규정을 두고 있지 않으며, 구체적인 책임조각 및 책임감경사유를 열거하고 있다. 우리 형법 총칙에서 책임에 관한 규정은 제9조(형사미성년자), 제10조(심신장애자), 제11조(농아자), 제12조(강요된 행위), 제16조(법률의 착오)를 들 수 있다.

현행 형법 제10조의 해석상 책임능력이란 사물을 변별하고 의사를 결정할 능력을 뜻하는데, 위에서 살펴본 바에 따르면 현재 법원의 실무에서 사이코패스(반사회적 인격장애 등으로 표현된다)에게 이러한 의미에서의 책임능력이 없는 것은 아니라고 간주되는 것 같다.⁶⁰⁾

59) 연쇄살인범 유○○에 대한 서울중앙지방법원 2004. 12. 13. 선고 2004고합972 판결; 연쇄살인범 정○○에 대한 서울남부지방법원 2006. 9. 21. 선고 2006고합180, 300(병합) 판결 및 서울고등법원 2007. 1. 11. 선고 2006노2283 판결; 여자어린이를 무자비하게 성폭행하여 회복불능의 상해를 입힌 조○○에 대한 수원지방법원 안산지원 2009. 3. 27. 선고 2009고합6 판결; 처와 장모를 방화살해하여 보험금을 타낸 강○○에 대한 수원지방법원 안산지원 2009. 4. 22. 선고 2009고합44 판결 및 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2009노1112 판결; 부산여중생성폭행살인사건으로 알려진 김○○에 대한 부산지방법원 2010. 6. 25. 선고 2010고합164 판결.

60) 과거 반사회적 인격장애에 대하여 하급심에서는 사형을 무기징역으로 감형할 수 있는 사유로 인정한 적이 있었고(대전고등법원 2006. 4. 28. 선고 2005노83 판결), 대법원에서 이를 파기하지 아니하였다(대법원 2006. 8. 25. 선고 2006도3290 판결). 그러나 위에서 든 사이코패스 범죄자들에 대한 법원의 판사들에 비추어 보면, 사이코패스의 책임능력을 부인하거나 감경을 인정하는 데에는 상당히 엄격한 기준이 요구되는 것으로 보인다.

판사들 중에는 이처럼 법원의 책임능력의 판단이 엄격하게 작용하는 이유 중 하나로 감정서의 부실을 드는 경우도 있다. 피고인의 과거력 추적이 있어서도, 과거 병력·처벌전력 등의 객관적인 데이터에 기초하기보다는 만연히 피고인과의 임상문답에만 기초하여 작성하게 되므로 오류발생의 여지가 있다는 것이다. 조병구, “피고인의 책

왜냐하면 이들은 자신들이 하는 행위의 의미를 알고, 그 행위가 피해자와 사회에 끼칠 영향과 그것이 발각되었을 때 자신이 어떤 벌을 받게 될 것인지를 대부분 명확하게 알고 있기 때문이다. 이러한 전통적 책임능력의 인식구조 하에서 어떤 행위자의 인격을 형성하는 데 영향을 미쳤던 사회구조의 문제를 책임론의 문제로 끌어들이고 고뇌할 수 있는 여지는 크지 않다.

이에 대해서는 우선, 우리 형법이 책임의 문제를 주로 책임능력이라는 측면에서만 규율하고 있으므로 법원이 그러한 규범체계에 의존하여 판단할 뿐 그에 더 나아가 책임론을 근본적 수준에서 고민하려 하지 않는 문제를 지적할 수 있을 것이다.⁶¹⁾ 하지만 그보다 더 실제적인 문제는, 그로 인하여 우리가 범죄에 내재된 사회의 구조적 문제, 유전과 환경의 문제를 책임론의 영역으로 받아들인다 하더라도 현재의 재판구조 아래에서는 법원이 이를 대처할 수 있는 적절한 방법이 없다는 데 있다.

범죄자가 자신의 범죄성향을 획득하기까지 이 사회의 구조적 문제가 기여한 면이 많다고 판단하였을 때, 사회 전체의 책임을 인정함으로써 해당 범죄자의 책임을 줄이고 그에 따라 형량을 줄여야 한다고 말할 수 있는 법관을 발견하기는 어려울 것이다. 유전적인 불행(이를 테면 폭력적 성향 등)을 타고 태어난 범죄자가 범정에 섰을 때, 그러한 범죄에 대하여 사회가 부담해야 할 책임 여하에 불구하고 해당 범죄자의 재범위험성이 높고 사회적 격리의 필요성이 있을 때, 전통적 관념에 따르는 책임능력이 충족되는 한 그에게 책임이 없다고 말하거나 책임이 작다고 말하는 것은 상당한 용기가 필요하다. 더군다나 사이코패스나 상습적 범죄자들, 또는 준법의 동기가 약한 범죄자들은 치료감호의 대상이 된다고 여겨지지도 않으니⁶²⁾ 그들의 책임을 줄이자는 것은 재범의 가능성이 오히려 높은 이들을 대책 없이 풀어주자는 말과 다름이 없다. 따라서 현재 법원이 사이코패스 범죄자 등에 대

임능력에 대한 판단”, **법관의 의사결정 이론과 실무**, 사법발전재단(2010), 914-915면 참조.

61) 배종대 교수는, 우리 형법이 책임에 관하여 규정하고 있지 않은데도, 형법에 책임규정을 가지고 있는 독일의 책임론을 답습하고 있는 것은 책임도그마틱에 빠진 것이라고 비판한다. 배종대, **형법총론** 제7판, 홍문사(2004), 360면.

62) 박용철, “정신질환자 중 사이코패스(Psychopath)에 대한 형사법적 대처방안”, **형사정책** 제19권 제2호, 한국형사정책학회(2007), 314면.

그러나 앞으로 사이코패스의 치료방법이 개발될 가능성이 엿보이는 만큼, 향후 사이코패스 범죄자에 대한 치료감호도 전향적으로 고려될 여지가 있을 것으로 생각된다[안성조, 서상문 공저, **사이코패스 I**, 경인문화사(2009), 118-123면 참조].

한 책임능력을 인정하는 것은 오히려 이들을 사회로부터 격리하여 사회를 방위하고자 하는 측면이 강하다는 점을 인정하여야 할 것이다.⁶³⁾

이런 실무의 경향은 책임론의 균열을 불러온다. 형법이 받아들이고 있는 자유의지는 책임능력이라는 개념으로 주어진다. 그러나 책임능력에 대한 판단을 구성하는 정신적 기질 등에 대한 판단이 책임능력이 존재하는지 여부에 관한 판단으로만 흐름으로써, 정신적 결함이 심할 경우 책임능력이 조각되거나 미약으로 인정되어 처벌을 면하거나 감경할 여지가 생기지만, 책임능력이 조각될 정도에 이르지 못하는 정신적 결함, 또는 책임능력의 판단자료로 포섭되기 어려운 준범동기의 미약 등이 발견될 경우 이러한 자료는 책임론의 영역에서는 무시되고, 오히려 그것이 영향을 미친 범죄성향이 부각되어 오히려 형량을 올리는 방향으로 작용하는 예가 생기고 있다. 양형이 비난가능성을 본체로 하는 책임론에 근거를 두고 있는 것이라면, 이러한 법원의 양형경향은 마치 책임론과 사회방위의 목적이라는 갈림길에서 어디로 가야할지 몰라 찢찢 매는 양상이라 할 수 있다.

양형에 있어 비난가능성을 근거로 한 책임론에 지나치게 의존할 경우 이런 책임론의 균열을 이해하기 어렵게 된다. 이들이 지금의 처지와 기질을 갖게 된 것이 전적으로 이들의 책임이라고 볼 수는 없다. 그러므로 비난가능성은 낮아지는데 형량은 오히려 올라가는 기현상이 목격되는 것이다.

다. 비난가능성으로서의 책임론에 대한 회의

도의적 책임론은 책임의 본질에 관한 규범적 책임론과 결합하여 책임의 본질은 비난가능성이라고 파악한다. 행위자가 법규범의 준수 여부를 자유롭게 선택할 수 있는 능력과 공정한 기회를 갖고 있음에도 불구하고 법규범을 위반한 데 대한 비난가능성이 책임인 것이다.

그러나 앞서 보았듯 인간의 자유의지가 전통적 이해에서 보듯 ‘강한’ 자유의지라고 볼 수 없다면, 도의적 책임론에 입각하여 범죄자가 책임능력의 문턱(threshold)을 넘는 순간 가능한 모든 비난을 범죄자 개인에게 쏟아 붓는 책임론은 분명 규범론적 독선이라고 해야 할 것이다.

한편, 윤리학적 관점에서 인지과학연구를 수행했던 갤런 스트로슨(Galen Strawson)은 도의적 책임의 기본개념은 성립할 수 없다고 주장하고 있다.

63) 안성조·서상문 공저, 위의 책(주 63), 123면 역시 이러한 점을 지적하고 있다.

그의 주장은 인간이 행위하는 방식이 유전과 선행하는 경험에서 비롯됨을 부인할 수 없다는 데에 바탕을 두고 있다. 이러한 것들은 행위자가 (도덕적으로나 그 밖의 측면으로나) 책임질 수 없는 것들이며, 바꿀 수도 없는 것들이다. 그리고 미래를 바꾸고자 하는 노력 역시 그 결실은 이러한 선천과 과거에 달려 있을 것이다.⁶⁴⁾

스트로슨의 주장은 다소 극단적이고, 선행조건들로부터 자유로운 의지라는 것을 철저히 부인하고 있기 때문에 동의하기 어려운 면이 있다.⁶⁵⁾ 그러나 이러한 주장이 우리에게 공정(fairness)으로서의 형사책임이 무엇인지에 대한 시사를 남긴다는 점을 부인하기는 어려울 것이다. 공정으로서의 정의를 주창한 롤즈(J. Rawls)의 사유를 통해 우리는 공정한 형벌에 관한 힌트를 얻을 수 있다.

롤즈는 재화의 분배를 논함에 있어, 어떤 주체가 재화를 어느 정도 분배받을 도덕적 응분(moral desert)은 존재하지 않는다고 주장하였다. 즉, 사회에서 맨 처음 주어질 출발선이 당연히 내 몫이라고 말할 수 없듯이 내게 분배된 타고난 재능도 당연히 내 몫이라고 말할 자격이 없다. 능력을 애써 갈고닦게 만드는 내 우월한 성격은 당연히 내 몫이라는 생각 역시 문제가 있다. 그러한 성격 형성에는 어렸을 때 좋은 가정과 사회 환경이 크게 영향을 미치고, 그러한 영향은 우리 노력의 결과가 아니기 때문이다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

64) G. Strawson, "The impossibility of ultimate moral responsibility", *Philosophical Studies* (2009), Volume: 75, Issue: 1-2, Publisher: Hackett.

65) 그의 주장은 규범과학으로서의 윤리학(법학)의 존재기반마저 허물고 있다. 발표자는 선행조건들로부터 의지가 자유로울 수 있음을 부인하지 않으며, 정신이 그러한 선행조건들로부터 영향을 받는다는 사실도 부정하지 않는다. 다만, 보편적 책임론을 논할 때 자유의지의 존재는 예지적 차원에서 인정할 수 있는 것이며, 경험의 세계에서는 선행조건들에 의해 자유의지가 영향을 받고 방해받는 경우가 생길 수밖에 없다는 점을 감안해야 한다고 생각한다. 앞서 살펴본 하버마스나 파우엔도 같은 견해이다.

66) J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition (Harvard University Press, 1999)/황경식 역, **정의론**, 이학사(2003), 409-416면 참조.

67) 이 점을 실존주의 철학의 용어로 표현하자면 다음과 같다. 즉, 행위자는 자기의 의지와는 상관없이 세계 속으로 '던져진 존재'[피투(被投, *Geworfenheit*)]이고, 그 세계 속에서 다른 존재자들과 관계를 맺으며 살아가는 '세계내존재(In-der-Welt-Sein)'이다. 하이데거는 인간이 스스로 존재의 가능성을 결정지으며 살아가야 한다[기투(企投, *Antworfenheit*)]고 역설하였고, 그것이 실존적 삶이며 본래적 존재(eigentliches Sein)가 되는 삶이라고 선언하였지만, 대부분의 인간은 실존적 삶이 아닌 퇴락(Verfall)을 경험하게 된다. 하이데거의 문제의식에 따르면, 결국 온전한 자유의지의 회복은 현존재(dasein) 스스로의 책무로 환원될 것이다. 그러나 발표자는 실존적 삶의 회복은 현존재 스스로의 힘으로 가능하지 않을 것이라는

발표자의 견해로는, 상당수의 범죄에 있어 범죄자는 죄에 대한 응보를 받아야 할 온전한 ‘도덕적 응분(moral desert)’을 지닌다고 보기는 어려울 것이라고 생각한다. 사이코패스나 상습범 등 심리적 강제기제가 강하거나 도덕적 판단능력에 결함을 보이는 범죄자들의 경우에는 말할 것도 없거니와, 사회적 하층계급에서 태어나 자라온 대다수의 범죄자들⁶⁸⁾에게도 준법의 능력과 준법의 동기는 상당히 떨어진다고 볼 수밖에 없다.

앞서도 언급한 바 있지만, 범죄원인론적 측면에서 유전과 환경은 이들의 준법능력에 지대한 영향을 미치며, 이들이 처해 있는 상황은 준법에 대한 동기를 충분히 제공하지 않는다. 다소간의 비약을 허용하면서 롤즈식의 설명을 차용하자면, 이들이 범죄자가 되어 법정에 서게 되는 이유는 단순히 운이 나빴기 때문으로 치부될 수도 있다.

그러므로 법관이 재판의 현장에서 범죄자들에 대해 형을 선고하는 일은, 법관의 양심을 예리하게 찌르는 일임을 부인하기 어렵다. 재판하는 자와 재판받는 자의 차이라는 것이 결국 그의 태생적 조건으로부터 기원한다는 사실을 인식하는 순간, 법관이 범죄자에 비하여 도덕적 우월감을 갖는 것은 다소 몰염치한 일이라는 것을 알게 된다. 그것은 법관이 대변하고 있는 모든 사회구성원들이 함께 느껴야 할 수 치감이라고 할 수 있을 것이다.

라. 보다 객관적 관점의 형벌론으로

자유의지의 존재를 부인할 수 없는 이상 전통적 의미에서의 도의적 책임론은 폐기되기 어려울 것이다. 일정 범위의 범죄들에서 도의적 책임론에 기초한 적정한 처벌(비난가능성에 상응하는 처벌)이 이루어짐으로써 일반예방과 특별예방의 효과

20세기 신학의 공통적 문제의식에 동의하는 편이다. 그렇다면 이는 결국 세계(der Welt)가 함께 나서야 하는 일이다.

⁶⁸⁾ Verce는 1894년 이탈리아에서 유죄판결을 받은 범죄자 가운데 60%가 빈곤계층이었다고 지적한 바 있고, 그 후 Brut, Bonger, Gluck 부부 등도 빈곤의 범죄원인성을 인정했다(전수영, **형사정책**, 한국학술정보(2009), 204-207면 참조). 실제 재판의 현장에서 느껴지는 빈곤계층의 범죄발생률 역시 중산층 이상에서의 범죄발생률에 비하여 압도적이라고 생각된다.

이에 대하여는 빈곤층의 범죄가 더 잘 적발되기 때문에 더 많은 것처럼 느껴진다는 지적도 있다[김복준, 염건령 공저, **범죄사회통념이론**, 백산출판사(2010) 참조]. 이러한 새로운 분석에 따르면 아래에서 말하는 바와 같이 비난가능성으로서의 형사책임 개념은 자체되어야 할 필요가 커진다고 생각한다.

를 거두고 있다는 점도 직관적으로 긍정할 수 있을 것이다. 또한 책임무능력자나 회피불가능한 금지의 착오 등에 대한 불가벌의 근거를 찾는 데 도의적 책임론이 유용하다는 점이나, 도의적 책임론이 범죄자의 책임을 제한하여 지나친 형벌의 확장을 막는 역할을 해왔다는 점도 무시할 수 없다. 사실 도의적 책임론의 기초 아래 우리 형법체계가 꾸려온 근본을 무너뜨리는 것은 거의 불가능해 보이기까지 한다.

그러나 도의적 책임론의 기본정신을 지나치게 강조할 경우 우리가 위에서 보았듯이 자유의지가 상당한 한계를 내재하고 있는 개념이라는 실증과학적 사실에 대한 규범론적 평가가 제대로 이루어지지 않게 되고, 또한 대부분의 범죄들에 내재하는 사회구조적, 선천적 문제들에 대해 사회가 부담해야 할 책임의식을 외면하게 될 가능성이 크다.

범죄자에 대해 분노를 느끼고 비난을 가하고자 하는 마음이 생기는 것은 본능적인 것이다. 그러한 심리는 진화적 압력에서 비롯된다고 볼 수 있다. 자신에게 직접적 위협을 가하거나 사회시스템에 대한 교란을 통해 공동체 전체의 존립에 위협을 가하는 존재에 대하여 분노를 느끼고 가해자에게 공격을 가하는 것이 개체의 생존을 위해 유리한 전략이라고 할 수 있기 때문이다. 그러나 개체에게 그러한 비난과 복수의 본능이 존재함을 인정한다고 하여 그것이 권장되어야 한다고 말한다면, 그것은 존재로부터 당위를 추출하는 자연주의적 오류를 범하는 것이다.

인간에게는 이성이 존재한다. 우리는 이성의 추론을 통하여 분노의 감정을 제도로 승화시키는 것보다 인류의 목적에 더 충실한 방안을 찾을 수 있다면, 분노의 감정을 누그러뜨리고 차가운 이성의 명령을 따르는 것이 옳다고 말할 수 있을 것이다. 그리고 그것이 바로 우리가 발견하고자 하는 당위이다.⁶⁹⁾

롤즈가 제안한 대로, 사회계약의 당사자들이 자신의 사회적 처지나 천부적 재능을 알지 못하는 무지의 베일(veil of ignorance)에 싸여 사회계약에 합의한다면, 우

69) 형사재판에서 판결을 선고할 때마다 법관이 피고인에게 분노를 드러내고 적극적 비난을 가하는 것이 과연 온당한 일인가 하는 고민을 떨치기 어렵다. 법관은 과연 어느 범위까지 사법권력을 위임받았다고 할 수 있을까. 사회구성원이 범죄자에게 느끼는 분노의 감정을 법관이 대리해서 표출해야만 하는 것일까. 분노라는 것이 진화론적 압력에 기반하는 자연주의적 실재를 넘어서 규범적 가치까지를 갖는다고 말할 수 있을지 의문이다. 법관이 수입한 사법권력이란, 결국 규범적 가치의 실현만을 범위로 한정하고 있는 것이 아닐는지. 분노의 감정이란 자연스러운 것이어서 법관조차도 감정의 굴레에서 벗어나기 어렵고, 이성적 판단을 하고자 노력하더라도 인지적 편향(윤리적 판단은 상당부분 감정적 요소에 의존하기 마련이다)이 생길 수밖에 없겠지만, 적어도 이념적으로는 분노에서 벗어난 재판이 필요하다고 생각한다.

리는 당연히 사회적 약자들(최소수혜자)에게 최대의 이익이 돌아가도록 사회계약을 체결할 것이다(최소극대화 원칙, maxmin rule).⁷⁰⁾

그리고 오늘날 범죄의 세계에 받을 들이고 있는 이들 중의 상당수는 말하자면 형사처벌을 받을 위협에 많이 노출되어 있는 형사법적 세계에서 최소수혜자라고 할 수 있다.⁷¹⁾ 말하자면 이들은 우연성에서 가장 불우한 사람들로서 그의 집안 및 사회계층적 기원이 다른 사람들보다 불리하며, 천부적 재능도 유리한 형편에 있지 못하고 일생동안 얻게 될 운(luck) 역시 보잘 것 없는 사람들을 말한다.⁷²⁾ 따라서 이들에게는 일정한 ‘형법적 배려’가 필요하다고 볼 수도 있다.⁷³⁾

위에서 살펴본 공정(fairness)에 관한 논의를 고려한다면, 그리고 국가가 부과하는 형벌이 사적 복수와 그 본질을 달리함을 인정한다면, 우리가 형벌을 과함에 있어 적어도 죄에 대한 ‘비난’과 ‘분노’의 누앙스는 자제되어야 할 것이다. 적어도 형을 정함에 있어 대중의 감정적 폭주를 재판의 일부로 받아들여 과중한 양형을 하는 일을 결코 허용해서는 안 된다.

배종대 교수는 행위자에 대한 비난을 내용으로 하는 책임론에 대하여 다음과 같이 비판한다.⁷⁴⁾

“사람들은 보통 다른 사람을 비난할 때 매우 조심스러워야 한다고 배운다. … 그러나 형법은 다른 방법을 쓴다. 책임비난의 정당한 근거가 매우 희박함에도 규범화된 형법의 책임개념은 비난하는 데 주저하지 않는다. 심지어 그것을 법효과로 못박고 전과기록부에 올리는 데도 주저함이 없다.”

“규범화된 책임개념의 비난요소는 궁극적으로 비결정주의에 대한 믿음으로부터 나온다. 그러나 결정주의, 비결정주의의 논쟁을 떠나서 오늘날 범죄가 내적 요인과 외적 요인(즉, 개인과 사회)의 상호작용의 산물이라는 점에 의문을 갖는 사람은 없다. 책임의 비난요소는 이러한 범죄현상을 무시하고 있다. 주관적 귀속의 차원을 넘어서서 비난으로 도덕적 심판까지 해야 할 사명을 형법이, 나아가서 책임이 갖고 있지는 않다.”

70) J. Rawls 저, 황경식 역, 앞의 책(주 67), 49면 참조.

71) 안성조, “사이코패스의 형사책임능력”, **형사법연구** 제20권 제4호, 한국형사법학회(2008 가을), 194면.

72) J. Rawls 저, 황경식 역, 앞의 책(주 67), 151-160면 참조.

73) 같은 취지로 안성조, 앞의 글(주 72), 194면.

74) 배종대, 앞의 책(주 62), 367면.

발표자는 배종대 교수의 이러한 문제의식에 일정 부분 동의하며, 책임론이 ‘비난 없는 형벌’(Strafe ohne Vorwurf)의 개념⁷⁵⁾에서 상당한 시사점을 얻어야 한다고 생각한다. 비난은 객관적이고 중립적이어야 할 국가적 반작용을 감정적으로 만든다. 국가에 맡겨진 사명은 범죄에 대한 법치국가적 처리이지 감정적 비난이 아니다.⁷⁶⁾ 앞서 문제제기했던 바와 같이 법원이 봉착하고 있는 책임론의 균열은, 양형론이 ‘비난가능성’에 지나치게 의존하는 데에서 한걸음 물러섬으로써 어느 정도 봉합의 길을 찾을 수 있을 것이다. 양형이론은 책임론과는 독자적인 영역을 구축하여 형벌의 목적을 보다 객관화함으로써 범죄자와 피해자 사이에 균형을 잡아야 할 것이다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾

75) Ellscheid and Hassemer, “Strafe ohne Vorwurf”, in: (Hrsg.) Luderksen u. Sack, Abweichendes Verhalten, Bd.II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1975, S.166ff. 구모영, “자유의지와 형사책임”, **동아법학** 제18호, 동아대학교 법학연구소(1995), 102면에서 재인용.

이처럼 비난 없는 형벌의 개념을 지지하는 학자들은 Jakobs, Roxin 등 상당수에 이른다. 앞서 인용된 뇌과학자 로트 역시 비난을 내용으로 하는 책임론에 반대하고 있다. 이들은 주로 책임을 예방적 목적으로 파악하고자 하는 예방적 책임론의 입장에서 서 있다. 이에 대하여, 예방적 책임론은 상호 견제의 관계에 있어야 할 형사정책과 형벌의 과제를 혼동하는 오류를 범한다는 비판이 제기된다[배종대, 앞의 책(주 62), 368-369면]. 이 같은 새로운 책임론에 대하여는 격렬한 찬반논쟁이 있어왔다. 그러나 이러한 주제는 그 자체로 반대한 논의를 요구하고 있으므로 이 글에서는 일단 문제의식을 공유하는 데 만족하기로 하고, 본격적인 책임론의 전장에 참여하지는 않으려 한다.

76) 박은정, **현대의 사회문제와 법철학**, 교육과학사(1994), 139면 이하; 배종대, 앞의 책(주 62), 370면.

77) ‘비난 없는 형벌’을 주장하는 학자들이 책임이란 객관적으로 주어진 청구(Anspruche)를 제대로 이행하지 못한 데 대한 반작용으로 이해하고 있는데, 이러한 객관적 형벌이론이 주는 시사점을 무시할 수 없다. 이를 테면 사기죄 등의 재산범죄를 이해하는 데에는 이러한 시각이 매우 유용하다. 실제로 법원의 실무경향에 따르면, 이러한 재산범죄에 있어서는 피해의 액수가 거의 절대적인 양형기준으로 작용하고 있는 것으로 보인다.

78) 또한 이때 헤겔의 변증법적 형벌론도 의미 있는 시사를 던진다. 헤겔에 있어 범죄는, 법의 부정 혹은 법의 침해인데, 처벌은 침해의 침해(Verletzung der Verletzung), 부정의 부정(Nichts der Nichts)으로서 법질서의 회복을 가져온다고 볼 수 있는 것이다. 이러한 관점은, 범죄와 형벌을 범죄자 개인에 대한 미시적 관점으로 보는 것에서 벗어나 보다 거시적 관점으로 시야를 넓힐 수 있게 도와준다. 이는 양형론에 있어 피고인에 대한 비난을 자제하면서 동시에 피해자의 입장까지 배려할 수 있는 아이디어라고 할 수 있다.

헤겔에 의하면, 형벌은 단순한 복수라기보다는, 개별자에 의해서 침해된 사회적 인정의 회복이며, 범죄자에 대한 더 이상의 비난을 면제시켜 줌으로써 범죄자를 범죄로부터 해방시키는 사면의 역할을 한다. 나아가 형벌은 범죄자의 권리로까지 승화된다[조홍길,

또한 형벌이 갖는 예방적 효과를 전혀 무시할 수는 없지만, 형벌의 예방적 효과를 과신함으로써, 예방적 목적을 이유로 만연히 형을 가중하고자 하는 스테레오타입에서도 벗어나야 할 것이다.⁷⁹⁾

마. 결론적 시사점

1) 국가와 사회가 부담하여야 하는 책무

발표자는 이제까지의 논의를 통해 범죄에 대한 책임에 관하여 범죄자 개인을 전적으로 비난할 수는 없음과 형벌에서 비난의 뉘앙스를 상당 부분 자제하여야 한다는 점을 지적하였다.

그와 아울러 우리는 범죄에 대하여 국가와 사회가 나누어 짊어져야 할 책임의 분량이 있음을 받아들일 필요가 있다는 점을 이야기하고 싶다. 그것은 우리가 범죄자들을 한 사회의 구성원으로 받아들이고, 그들이 사회에서 짊어지고 있는 역할을 통해서 편익을 누렸으며, 그들이 그러한 처지에 놓여 있음으로 인해서 쉽게 범죄자가 되도록 하는 영향에 노출되었던 데 대하여, 빚진 마음을 표현하는 것이기도 하다.

로트의 지적과 같이 형사처벌이 도덕적 죄과를 묻는 가학적 개념으로부터 벗어나서, 범죄자들을 개선시킬 수 있는 효과적인 처치와 수단에 집중하여야 할 필요도 있다.⁸⁰⁾ 또한 범죄를 유발하는 사회의 구조적 원인에 대해 국가는 ‘범죄에 대한 전쟁’⁸¹⁾의 차원이 아닌 ‘범죄에 대한 책임’의 차원에서 접근할 필요가 있음도 지적하고자 한다.

최근 형사법학에서 제기되고 있는 치료적 사법(therapeutic jurisprudence), 회복적 사법(restorative jurisprudence)의 이슈는 범죄에 대한 사회의 부담을 표현하는 방식으로 바라볼 여지가 있을 것이다.⁸²⁾ 최근 서울가정법원에서 시행되고 있는 청소년

“범죄와 형벌의 변증법”, **대동철학** 제31집, 대동철학회(2005. 9.), 152-153면].

79) 로트는 책임을 비난가능성으로 보는 전통적 책임론이 죄가 무겁고 죄질이 나쁠수록, 죄인의 심리적 강제 기저가 강하다는 점을 외면한다고 비판한다. 즉 범죄가 중대할수록 범죄자는 다르게 행위할 가능성이 더 낮은 경향을 보인다는 것이다. G. Roth, 앞의 글, p.17-18.

80) G. Roth, 앞의 글, p. 18.

81) 노태우 정부 시절에 선포되었던 ‘범죄와의 전쟁’이라는 구호는, 모든 범죄가 전적으로 개인의 책임이라는 지극히 고전적인 인식이 반영된 카피라고 할 수 있다. 이러한 인식 하에서는 범죄에 대한 사회 전체의 책임이라는 반성적 고려는 끼어들 여지가 거의 없다.

참여법정⁸³⁾은 이러한 치료적 사법의 일환으로서 문제해결법원의 성공여부에 관한 시험대가 될 전망이다.

상습적 범죄자들에 대하여 단순히 형을 올리는 방법으로 간편한 해결책을 찾는 데 안주한다면, 그러한 범죄자들에 대하여 국가와 사회가 스스로의 책임을 방기하는 결과가 될 것이다.

2) 엄벌주의 입법의 지양

나아가 엄벌주의 입법에 대해서도 언급하지 않을 수 없다. 사형제도 마찬가지로이지만, 상습범이나 중대범죄 등에 대해 입법이 엄벌지향으로 가고 있는 것에 상당한 문제를 느낀다.

일단 앞서 언급한 바와 같이 이러한 중대범죄에 있어 범죄자의 온전한 자유의지가 인정될 가능성은 높지 않으므로 책임론의 측면에서 입법적 오버런(overrun)의 문제가 있음을 지적할 수 있거니와 법관의 양형재량을 심각하게 침해하여 상당 부분 범죄에 대하여 범침해의 정도에 비해 과중한 양형이 행해지는 것을 막지 못한다. 입법자가 예상하고 있던 바와 달리 범죄구성요건이라는 것은 ‘결면 걸린다’는 말로 표상되듯 상당히 넓은 포섭력을 지니고 있고, 판단하기에 따라서는 상당히 경미한 범죄들까지도 그 구성요건망에 걸려들 수 있기 때문이다.

일선에서 형사재판을 담당하는 실무가로서 느끼는 바에 의하면, 이러한 입법은 매우 감정적 바탕에서 행해지고 있다는 혐의가 짙다. 입법자는 아마도 죄명과 추

82) 법원에서 인지과학의 접목에 가장 관심이 많은 인물은 김상준 부장판사(현 사법연수원 수석교수)라고 할 수 있다. 김 부장판사는 2007-2008년 사이 대전고등법원에서 형사항소심 재판관을 담당하면서, 치료적 사법의 이념에 입각한 재판을 다각적으로 시도한 바 있다.

이에 관한 자세한 내용은 미공개된 자료이기는 하나 김유성, “치료사법의 형사재판 실무에서의 활용”, 2009 형사사법제도 개선을 위한 법관세미나자료집, 법원행정처(2009.)에 자세히 소개되어 있다. 예를 들어 치료조건부 보석, 보호관찰의 특별준수사항으로서의 치료의무 부과 등이 형사재판에서의 치료사법적 방법론의 모색으로 볼 수 있을 것이다.

83) 서울가정법원이 도입한 청소년참여법정은, 경미한 범행을 하여 법정에 선 청소년들에 대해서 지역과 학교를 달리하는 또래 청소년들을 재판과정에 참여시켜 해당 비행청소년에 대하여 과제를 부과하고, 이 과제를 완수하였을 경우 심리불개시결정을 하고 있다. 미국에서 시작된 문제해결법정의 한국적 적용이라고 할 수 있을 것이다. 이에 관한 자료로는 법률신문 2010. 5. 20.자 보도 “소년보호사건 ‘청소년 참여법정제도’ 6월 본격시행”, 같은 신문 2010. 9. 3.자 보도 “서울가정법원, 청소년 참여법정 첫 결실” 등을 참고하기 바란다.

상적 범죄 태양이 주는 무시무시한 느낌을 상상하고 입법을 할 것이다.

또한 이러한 엄벌주의 입법은 사회적 이슈가 되는 범죄가 터질 때마다 범죄의 재발을 막는다는 명분으로 행해지기도 하는데, 우리가 이미 본 바와 같이 중범죄 일수록 범죄자의 타행위가능성은 오히려 낮아진다는 점을 감안하면, 엄벌주의 입법이 과연 당초 의도한 만큼의 일반예방적 기능을 수행할 수 있을지 의문이 아닐 수 없다.

오히려 그러한 중범죄에 대해서는 범죄의 원인과 처방이라는 측면에서 차가운 이성적 논의가 이루어져야 하고, 만연히 엄벌로써 그것을 예방할 수 있을 것이라는 편의적 발상은 지양되는 것이 옳을 것이다.

또한 범죄자 개인의 재범의 위험성을 막는 목적은 전자발찌와 같은 보안처분에 의해 달성되도록 하는 것이 책임론적 측면에서는 적절할 것이고, 가급적 형벌은 객관적 법침례의 정도에 알맞게 배분되는 것이 옳다고 본다.

우리가 범죄자에 대한 처분을 논함에 있어 예방의 목적과 사회방위의 목적을 부인할 수는 없을 것이므로, 적절한 사회방위처분의 마련이 필요하겠지만, 그러한 사회방위처분이 거론됨에 있어서는 반드시 인간의 존엄과 가치가 기억되어야 한다. 그것은 범죄자 역시 사회계약의 한 당사자이며, 사회계약 당사자의 후손이기 때문이다.⁸⁴⁾

3) 사형제에 관하여

한편, 같은 차원에서 사형제의 폐지 역시 진지하게 고민해 보아야 할 부분이다. 사형제의 존폐를 둘러싼 복잡한 담론을 여기에 모두 나열할 수는 없으나, 이 글의 기본적 방향에 입각해 이야기하자면, 사형은 ‘복수’와 ‘비난’의 목적이 극명하게 드러난 제재방식이라고 말할 수 있다. 재범가능자의 격리라는 사회방위적 목적은 중신형의 시행으로 충분히 달성될 수 있으며, 사형제의 한 기능으로 들어지고 있

84) 발표자는 사회계약의 내용이 계약당사자의 후손에 대한 책무까지도 포괄한다고 생각한다. 모든 인간은 자손을 낳고 번식하는 것을 생의 중요한 목적으로 삼는다. 그러므로 사회계약을 체결함에 있어 이러한 목적의식이 반영되는 것은 당연하며, 사회계약의 상대방 당사자에게 자신의 후손에 대한 책무까지를 요구하게 될 것이다. 따라서 어떠한 범죄자가 더 이상 사회의 구성원으로서의 유익을 상실하였을 경우라도, 그는 자신의 의사와 상관없이 사회계약을 해지당할 수 없다고 해야 할 것이다. 그것은 사회가 그 범죄자의 선조에 대한 계약상 의무를 여전히 부담하고 있기 때문이다. 선조가 이미 사망하였다 하더라도, 국가는 법인으로서 후손들에 대한 의무를 떠안아야 한다는 사회계약의 정신을 승계할 것이다.

는 일반예방적 목적은 오늘날 사형이 선고되고 있는 범죄자들의 면면을 살펴보면, 결코 설득력을 가질 수 없음을 알 수 있을 것이다. 사형에 처할지 여부에 관하여 평가받을 정도의 범죄자들은 대부분 심리적 강제기제가 강한 이들로서, 사형제도의 존치가 이들을 범죄에서 결코 멀어지게 만들 수 없다. 현행 재판실무상 사형이 선고되고 있는 범죄는 대개 인명이 살상되는 경우에 한정되고 있는데, 이들의 스펙트럼은 사이코패스와 우발범으로 양극화되어 있는 것 같지만, 사실 그 본질상으로는 범행 당시 평균인의 정상적인 사고 메커니즘이 작동하지 않는다는 공통점이 있다. 따라서 사형제의 존치 여부는 이들의 범행여부에 그리 큰 고려요소라고 할 수 없을 것이다. 그리고 그런 의미에서 사형은 다만 분노와 비난의 표현으로 읽힐 뿐이다. 우리가 분노의 감정에 규범적 가치를 부여할 수 없다면, 비난과 분노의 낚아삼으로 덮여 있는 사형제는 폐지되는 것이 온당하다고 생각한다.

9. 논의를 마치며

이 글에서 발표자는 오랜 역사를 가진 자유의지논쟁 속에서, 뇌과학적 연구결과가 가져다 준 일련의 충격과 그에 대한 인문학 진영에서의 반격, 철학적 고찰을 소개하였다. 자유의지가 환상에 불과할지도 모른다는 뇌과학 연구결과는 많은 이들에게 충격을 던졌고 유물론적 환원주의자들은 자유의지를 부인하기에 이르렀지만, 자유의지의 논쟁은 여전히 진행중이다.

발표자가 취하는 입장은, 이미 자세히 설명한 바와 같이 규범과학적 입장에서의 자유의지는 부인될 수 없다는 것이다. 하버마스의 지적과 같이, 정신은 단순히 물질의 산물에 불과한 것이 아니라 그 자체로 뇌와 몸을 변화시킨다. 다만, 경험적 세계에서 자유의지 및 정신은 몸과 환경의 영향을 받고, 그것들에 의해 조건 지어지는 것이다. 아마도 경험적 세계에서 물자체로서의 자유의지를 목격할 수는 없을 것이다.

자유의지를 부인할 수 없는 이상 인간의 행위에 대한 윤리적 책임은 부정될 수 없을 것이다. 그러나 인간의 자유의지가 인간의 정신을 담고 있는 몸과 그를 둘러싼 환경에 지대한 영향을 받고 있음과 인간의 자유의지가 오히려 본능과 감성의 영향에 결정적으로 복종하고 있음을 인정하게 된다면, 공정(fairness)으로서의 형사책임이라는 측면에서, 책임을 비난가능성으로 파악하는 도의적 책임론의 내용은

상당히 수정될 수밖에 없을 것이다.

발표자는, ‘비난 없는 형벌’의 개념과 객관적 형벌론의 문제의식을 공유할 필요가 있다고 생각하고, 이러한 문제의식에 입각하여 범죄에 대한 책임을 국가와 사회가 범죄자와 나누어 질 필요가 있다고 본다. 또한 범죄자에 대한 치료적 모색과 구조적 원인의 치유를 국가적 의무로 상정해야 할 필요가 있을 것이다.

자유지의의 논쟁은 오랜 세월을 달려왔고, 현재도 달려가고 있는 중이다. 오늘날 이 문제에 관하여는 자연과학과 인문학이 서로 만나 치열하게 영향을 주고받는 중이다. 앞으로도 어떠한 발견에 의해 어떠한 사유의 변화를 겪게 될지는 알 수 없지만, 적어도 그러한 변화의 여지를 남겨두는 열린 태도만이 올바른 사유의 방향을 제공하리라는 점만은 의심할 수 없을 것이다.

투고일 2010. 11. 15	심사완료일 2010. 12. 3	게재확정일 2010. 12. 7
------------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 강영안, **도덕은 무엇으로부터 오는가 - 칸트의 도덕철학**, 소나무(2002).
- 김복준·염건령 공저, **범죄사회통념이론**, 백산출판사(2010).
- 김종성, **춤추는 뇌**, 사이언스북스(2009).
- 박문호, **뇌-생각의 출현**, 휴머니스트(2008).
- 박은정, **현대의 사회문제와 법철학**, 교육과학사(1994).
- 배종대, **형법총론** 제7판, 홍문사(2004).
- 안건훈, **자유의지와 결정론**, 집문당(2006).
- 안성조·서상문 공저, **사이코패스 I**, 경인문화사(2009).
- 이운호, **범죄학**, 박영사(2008).
- 이재상, **형법총론** 신정판, 박영사(1997).
- 전수영, **형사정책**, 한국학술정보(2009).
- 진계호, **형법총론** 제5판, 대왕사(1995).
- 구모영, “자유의지와 형사책임”, **동아법학** 제18호, 동아대학교 법학연구소(1995).
- 권수현, “자유의지와 윤리적 책임”, **사회와 철학** 제15호(2008. 4.).
- 김광수, “데이빗슨의 심신론 - 정신현상의 무법칙성을 중심으로”, **마음의 철학**, 철학과 현실사(2006).
- 김광수, “법칙과 마음의 존재론적 지위”, **마음의 철학**, 철학과 현실사(2006).
- 김광수, “하향적 인과작용”, **마음의 철학**, 철학과 현실사(2006).
- 김유성, “치료사법의 형사재판 실무에서의 활용”, **2009 형사사법제도 개선을 위한 법관세미나자료집**, 법원행정처(2009).
- 박용철, “정신질환자 중 사이코패스(Psychopath)에 대한 형사법적 대처방안”, **형사정책** 제19권 제2호, 한국형사정책학회(2007).
- 안성조, “사이코패스의 형사책임능력”, **형사법연구** 제20권 제4호, 한국형사법학회(2008. 가을).
- 양해립, “뇌과학과 자유의지의 문제 -하버마스의 자유의지와 뇌 연구를 중심으로-”, **동서철학연구** 제50호(2008. 12.).
- 이기홍, “J. 하버마스의 자유의지론”, **대동철학** 제39집(2007. 6.).
- 장대익, “뇌 탓이오?: 신경윤리학의 쟁점들”, **철학과 현실**(2008년 가을호, 통권 78호), 철학문화연구소.
- 조병구, “피고인의 책임능력에 대한 판단”, **법관의 의사결정 이론과 실무**, 사법발전재단(2010).

- 조홍길, “범죄와 형벌의 변증법”, **대동철학** 제31집, 대동철학회(2005. 9.).
- Dennett, Daniel C. : *Freedom Evolves*/이한음 역, **자유, 그 환상의 진화**, 동녘사이언스(2009).
- M. Gazzaniga : *Ethical Brain* (2005)/김효은 역, **윤리적 뇌**, 바다출판사(2010).
- Edelman, Gerald M. : *wider than the sky - the phenomenal gift of consciousness* (2004)/김한영 옮김, 『뇌는 하늘보다 넓다: 의식이라는 놀라운 재능』, 해나무(2006).
- Hubert, Martin : *IST DER MENSCH NOCH FREI?* (2006)/원석영 역, **의식의 재발견 - 현대 뇌과학과 철학의 대화**, 프로네시스(2008).
- Noe, Alva : *Out of Our Heads* (2009)/김미선 역, **뇌과학의 함정**, 갤러온(2009).
- Rawls, John : *A Theory of Justice*, Revised Edition (Harvard University Press, (1999)/황경식 역, **정의론**, 이학사(2003).
- Searle, John : *Freedom and Neurobiology*/강신욱 역, **신경생물학과 인간의 자유**, 궁리(2010).
- Wilson, Edward O. : *On Human Nature* (1978)/이한음 역, **인간 본성에 대하여**, 사이언스북스(2000).
- Wuketits, Franz M. : *Der Freie Wille* (2007)/원석영 역, **자유意志, 그 환상의 진화**, 열음사(2009).
- Beauregard, Mario and O’Leary, Denyse : *The Spiritual Brain: A Neuroscientist’s Case for the Existence of the Soul* (2007)/김영희 역, **신은 뇌 속에 갇히지 않는다**, 21세기북스(2010).
- R. Dawkins : *The Selfish Gene* 30th Anniversary Edition (2006)/홍영남 역, **이기적 유전자**, 을유문화사(2006).
- V. S. Ramachandran and S. Blakeslee : *Pahntoms in the Brain* (2000)/신상규 역, **라마찬드란 박사의 두뇌실험실**, 바다출판사(2009).
- P. Churchland : *Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain* (1989)/박제운 역, **뇌과학과 철학**, 철학과현실사(2006).
- Frankfurt, Harry G. : “의지의 자유와 인간의 개념”, **자유意志와 결정론의 철학적 논쟁**, 최용철 엮음, 간디서원(2004).
- Kim, Jaegwon : “The Myth of Nonreductive Materialism” (1989)/김광수 역, “비환원적 유물론의 신화”, **철학과 현실**, 철학문화연구소(1990 여름).
- Roskies, Adina L. : “Neuroethics beyond genethics” *EMBO reports* Vol. 8, s52-s56, / “유전윤리학 너머의 신경윤리학”, 홍성욱, 장대익 공편, **뇌 속의 인간**

- 인간 속의 뇌, 바다출판사(2010).
- 尾高朝雄, 自由論, 勁草書房(1974).
- Koch, C. : *Bewusstsein-ein eurobiologisches Rätsel*, Geidelberg/Berlin (2004)
- Cruse, Holk. : “Ich bin mein Gehirn. Nichts spricht gegen den materialistischen Monismus”, in: C. Geyer, Hirnforschung und Willensfreiheit, Zur Deutung der suesten Experimente, suhrkamp, 2004
- M. S. Gazzaniga And M. S. Steven : “Free Will in the Twenty-first Century - A Discussion Neuroscience and the Law”, *Neuroscience and the Law*, Dana Press(2004).
- Habermas, Jürgen : “Freiheit und Determinismus”, in J. Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion*, 2005, Ffm.
- Habermas, Jürgen : “Das Sprchspiel verantwortlicher Urheberchaft und das Problem der Willensfreiheit: Wie lässt sich der epistemische Dualismus mit einem ontologischen Monismus versöhnen?”, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, Volume 54, Issue 5, 2006, Nov.
- Jordan, P. (1971) : “Wie frei sind wir?”, *Naturgesetz und Zufall*. Osnabruck (Fromm).
- Kane, Robert : *The significance of free will*, Oxford University Press, 1996.
- K. Kempbell : “A New Epiphenomenalism”, *Body and Mind* (New York: Doubleday, 1970).
- Lee, Christina : “The Judicial Response to Psychopathic Criminal: Utilitarianism over Retribution”, *Law and Psychology Review* (2007. 1.), University of Alabama.
- Libet, B. : “Do We Have Free Will?”, *Journal of Consciousness Studies* 6 (1999).
- A. Pascual-Leone, J. Grafman., L. G. Cohen, B. J. Roth, M. Hallett : “Transcranial magnetic stimulation. A new tool for the study of the higher cognitive functions in humans”, in Grafman and Boller, *Handbook of neuropsychology* vol. 11, Elsevier, Amsterdam, 1996.
- Pauen, Michael : “Freiheit-Natur-Vernunft. Rationale Grunden und selbstbestimmte Entscheidungen in einer naturgesetzlich bestimmten Welt”.
- Pauen, Michael, “Illusion Freiheit?”, *Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, p. 106.
- Roth, Gerhard. : *Das Gehirn und seine Wirklichkeit. Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen*, Suhrkamp (1997)
- Roth, Gerhard : *Das Gehirn und seine Freiheit: Beiträge zur neurowissenschaftlichen*

Grundlegung der Philosophie.

Sperry, R. W. : Search for Beliefs to Live by Consistent with Science. Zygon: Journal of Religion and Science 26. June 1991.

G. Strawson : “The impossibility of ultimate moral responsibility”, Philosophical Studies (2009), Volume: 75, Issue: 1-2, Publisher: Hackett.

<Abstract>

Free Will in View of Cognitive Science and the Problem of Penal Responsibility

Kim, Donghyeon*

The Note is introducing, some impacts from researches of brain science on the dispute with long history on human free will, and counter-argument of humanistic science.

The brain science has been arguing through many experiments that the phenomenon of spirit is only that of neural process. The result of researches that free will may be only illusion, cast impacts on many people, and some materialistic reductionists denies the concept of free will. But disputes on free will are still going on.

Such researches of brain science are threatening but the concept of free will in view of normative science won't be able to be denied. As far as we cannot deny free will of humankind, ethical responsibilities for human activities also cannot be denied. But normative science shouldn't entirely neglect the researches of brain science.

If, however, we can admit the fact that, human free will is subject to influence of instinct and sentiment and it is influenced from bodies containing human spirit and environment surrounding the bodies, the direction of argument of moral responsibility should be adjusted.

The Note presents a critical mind that we need to constrain a nuance of blame in penalties. Thus, in the discussion about penalties, we need to import more objective view and the responsibilities for the crimes should be shared among individuals of criminals and the state.

Key words: free will, penal responsibility, brain science, neuroscience, cognitive science, moral responsibility, determinism, indeterminism

* Judge, Daejeon District Court.

