

## 의사의 자유와 인권\*

### - 형사책임을 중심으로 한 試論 -

양 천 수

영남대학교 법학전문대학원 교수

#### < 목 차 >

##### I. 서 론

##### II. 의사의 자유와 형사책임 그리고 인권

##### III. 의사의 자유에 대한 도전

##### IV. 의사의 자유에 대한 재구성 가능성

##### V. 글을 맺으며

## I. 서 론

인간이 과연 자유로운가 하는 문제는 인류의 지성사에서, 특히 철학과 신학에서 많은 논란이 되어온 문제이다. 이 문제는 이미 고대 그리스 시대부터 논쟁의 대상이 되었다.<sup>1)</sup> 그렇지만 이 문제는 경험적으로 검증하는 것이 매우 어렵다는

\* 심사위원 : 은승표, 이정원, 성낙현

투고일자 : 2009. 8. 20 심사일자 : 2009. 9. 13 게재확정일자 : 2009. 9. 25

\*\* 이 글은 지난 2009년 9월 21일 영남대학교 법학연구소와 영남대학교 법학전문대학원이 공동 개최한 “2009년 국제학술세미나”에서 필자가 발표한 글을 수정·보완한 것이다. 필자의 발표문에 대해 훌륭한 토론을 해주신 영남대학교 법학전문대학원의 이부하 교수님께 감사를 드린다.

1) M. Pauen/G. Roth, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt/M. 2008, S. 21.

점에서, 각 시대가 처한 시대정신에 따라 그에 대한 대답이 달라지고는 했다. 이러한 상황은 신이 모든 것을 지배한 중세시대에도 비슷하게 전개되었다. 가령 성서 ‘창세기’의 이른바 ‘선악과’ 사건을 강조하는 진영에서 보면, 인간 존재는 단순한 피조물이 아니라, 모든 만물의 영장으로서 신의 명령을 자율적으로 준수할 수 있는 ‘자유의지’(Willensfreiheit)를 지닌 존재로 이해할 수 있다.<sup>2)</sup> 이에 반해 인간의 ‘원죄’나 ‘구원예정설’ 등을 강조하는 진영에서 보면, 인간의 운명은 이미 신에 의해서 결정되어 있을 뿐이다. 이러한 상황은 근대로 접어들면서, ‘인간은 자유롭다.’는 명제를 긍정하는 쪽으로 정리된다. 예를 들어, 프랑스의 합리주의자 데카르트(R. Descartes)는 인간의 ‘정신’을 ‘육체’와는 구별되는 ‘실체’(Substanz)로 승인함으로써(심신이원론), 인간의 정신영역이 그 자체 독자적인 세계가 될 수 있다는 점을 철학적으로 근거 지었다.<sup>3)</sup> 나아가 근대 계몽주의 철학을 집대성한 칸트(I. Kant)는 인간의 존엄성(Menschenwürde) 근거를 ‘인간이 자율적으로 도덕법칙을 준수할 수 있다.’는 점에서, 다시 말해 인간의 ‘자율성’(Autonomie)에서 찾음으로써, 인간이 - 경험적인 세계와는 상관없이 - 실천이성의 차원에서 자유롭다는 명제를 확립하였다. 따라서 자유로운 인간을 그 자체 목적이 아닌, 철저한 ‘수단’으로 다루는 것은 인간의 존엄성을 침해하는 행위로서 금지된다.<sup>4)</sup>

이렇게 근대 계몽주의 철학은 인간의 자유(혹은 자율성)를 가장 핵심적인 요소로 한다. ‘인간은 자유롭다.’는 명제가 부정되면, 권리도, 인권도 기본적으로 성립할 수 없다.<sup>5)</sup> 이는 법적 책임에 대해서도 마찬가지이다. 민사책임이든 아니면 형사책임이든 상관없이, 법적 책임은 원칙적으로 ‘책임능력’을 필수적인 요건으로 한다. 그리고 이러한 책임능력에서 가장 핵심적인 역할을 하는 기준이 바로 ‘자율성’, 즉 ‘자유의지’라고 할 수 있다. 칸트의 유산이 강하게 배어 있는 법적 책임구조는, 만약 ‘인간은 자유롭다.’는 명제가 부정되면, 제대로 작동할 수 없다. 이는 특히 형벌을 법적 효과로 삼는 형사책임 영역에서 두드러진다.

2) 여기서는 ‘자유의지’와 ‘의사의 자유’를 동일한 의미로서 경우에 따라 혼용해서 사용하도록 한다.

3) G. Ryle, *Der Begriff des Geistes*, Stuttgart 1997, S. 7 ff.

4) 이른바 ‘목적-수단 공식’, 즉 ‘뒤리히 공식’은 바로 여기서 도출된다. 이에 대한 소개와 비판으로는 N. Hoerster, *Ethik des Embryonenschutzes: Ein rechtsphilosophischer Essay*, Stuttgart 2002, S. 11 ff.

5) 이에 대한 상세한 논증은 아래 II.2. 참고.

그러나 자연과학이 성장하면서, 이번에는 신학을 대신해서 자연과학이 인간의 자율성 명제를 위협하기 시작하였다. 모든 것은 - 마치 기계처럼 - 자연법칙에 따라 운동한다는 그래서 예측가능하다는 주장은, 이미 뉴턴 물리학이 확립된 시점부터 제기되기 시작하였다. 그러나 이미 언급한 것처럼, 그 당시 데카르트와 칸트는 '세계'(Welt)와 '이성'(Vernunft)을 이분화함으로써, 자연과학의 도전을 물리치고자 노력하였다. 하지만 19세기에 접어들어 생물학이 급성장하면서, 그리고 이에 발맞추어 '실증주의'(Positivismus)가 새로운 사회과학의 흐름으로 등장하면서, 인간의 자율성 명제는 새로운 위협에 직면하였다. 물론 이러한 '생물학적 환원주의'의 도전은 한편으로는 '신칸트학파'(Neukantianismus)등이 강조한 '방법이원론'(Methodendualismus) 전통을 통해,<sup>6)</sup> 다른 한편으로는 두 번의 세계대전이 낳은 끔찍한 경험을 통해 어느 정도 극복되기는 하였다.<sup>7)</sup> 전후 인간의 자율성 명제는 '실존주의' 등을 통해 다시 한 번 강하게 부각되기도 하였다.

그렇지만 1980년대 이후 이번에는 '뇌연구'(Hirnforschung)가 새롭게 성장하면서, 인간의 자율성 명제는 다시 한 번 도전을 받고 있다.<sup>8)</sup> 가령 뇌연구자인 로트(G. Roth)나 싱어(W. Singer) 등은 뇌연구의 성과를 반영하여, 인간은 생물학적으로 이미 결정되어 있다는 다소 급진적인 주장을 하였다.<sup>9)</sup> 이는 - 특히 독일에서 - 형법학자, 철학자, 뇌연구자 등이 다양하게 참여하는 장기적인 논쟁으로 발전하였는데, 이 논쟁을 통해 은연중 우리가 당연한 것으로 전제하였던 인간의 자유의지에 대해 자연스럽게 다시 한 번 성찰할 수 기회가 마련되었다.<sup>10)</sup> 아직 우리 학계에서는 이 문제를 본격적으로 다루고 있지 않지만, 인간의 자율

6) 방법이원론 전통에 관해서는 우선 K.-O. Apel, *Die Erklären: Verstehen - Kontroverse in transzendentalpragmatischer Sicht*, Frankfurt/M. 1979 참고.

7) 두 차례의 세계대전 가운데 제2차 세계대전이 낳은 범죄 및 이에 대해 이루어진 뉘른베르크 국제전범재판에 관해서는 양천수, "뉘른베르크 국제전범재판의 역사적 · 법적 문제와 그 의미", 『군사』 제60호(2006. 8), 167-197쪽 참고.

8) 이 논쟁을 정리한 문헌으로서 C. Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente*, Frankfurt/M. 2004.

9) 가령 G. Roth, Wir sind determiniert. Die Hirnforschung befreit von Illusionen, in: C. Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente*, Frankfurt/M. 2004, S. 218-222; W. Singer, Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen, in: C. Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente*, Frankfurt/M. 2004, S. 30-65.

10) 이 문제에 대한 입문서로는 마르틴 후베르트, 원석영 (옮김), 『의식의 재발견 - 현대 뇌과학과 철학의 대화』, 프로네시스, 2006 참고.

성 명제는 형사책임뿐만 아니라, 인권 그 자체와도 밀접하게 관련을 맺는다는 점에서, 이에 대해 다룰 필요가 있다고 생각한다. 다만 필자가 지닌 역량의 한계 때문에, 이 글에서는 아주 불완전한 '試論'의 형태로 이 문제를 다루는 것에 만족하고자 한다.

## II. 의사의 자유와 형사책임 그리고 인권

### 1. 의사의 자유와 형사책임

인간의 자율성 명제, 즉 '인간은 의사의 자유(Willensfreiheit)를 지니고 있다.'는 명제가 어떻게 법적 책임의 근간이 되고 있는지를 알아보기 위해, 아래에서는 형사책임을 중심으로 하여 의사의 자유와 책임의 관계를 고찰하도록 한다. 현재의 지배적인 형법 도그마틱은 <구성요건 해당성 ⇨ 위법성 ⇨ 책임>으로 이어지는 3단계 범죄체계론에 기반을 두면서, 책임 판단을 '형식적' 범죄 개념을 판단하는 데 필요한 마지막 단계로 이해한다.<sup>11)</sup> 아울러 지배적인 형법 도그마틱은 '규범적 책임론'에 따라 형법상 책임의 본질을 파악한다. 규범적 책임론은 범죄행위자가 형사책임을 부담해야 하는 이유를, 그가 위법행위가 아닌 적법행위로 나아갈 수 있는 가능성, 달리 말해 '타행위가능성'(Andershandelnkönnen)을 지니고 있었는데도 그렇게 하지 않았고, 바로 그 때문에 '비난을 받을 수 있다'는 점<sup>12)</sup>에서 찾는다. 즉 규범적 책임론은 '비난가능성'(Vorwerfbarkeit)을 책임의 핵심 개념으로 이해하는 것이다.<sup>13)</sup> 여기서 알 수 있듯이, 규범적 책임론에 따르면, 타행위가능성의 전제로서 행위자에게 '의사의 자유'가 존재해야 한다. 만약 행위자가 적법행위를 선택할 수 있는 의사능력, 즉 자율적인 의지를 지니고 있지 않다면, 행위자는 자신이 저지른 위법행위로 인해 비난을 받을 수 없고, 결국 형사책임 역시 부담할 수 없다. 이렇게 규범적 책임론에 따르면, 의사의 자유는 형사책임이 성립하는 데 꼭 필요한 전제조건이라고 말할 수 있다.<sup>13)</sup>

11) 범죄체계론에 대한 상세한 분석으로는 우선 김일수, "체계적 범죄론에 관한 방법론적 일고찰", C. Roxin, 김일수 (역), 『형사정책과 형법체계』, 박영사, 1996, 267쪽 아래.

12) 배종대, 『형법총론』 제8전정판, 홍문사, 2006, 434쪽.

13) 이러한 규범적 책임 개념은 다음과 같은 독일 연방대법원 형사판결에서 전형적으로 찾

이를 시사하듯이, 예를 들어 현행 형법은 행위자가 “저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여” 행위를 한 경우에는 의사의 자유가 결여된 강요된 행위로 보아 책임을 탈락시킨다(형법 제12조). 그리고 아직 자율적인 결정을 할 수 없는, 칸트 식으로 말하면, 아직 계몽되지 않은 행위주체는 책임능력이 결여된 존재로 보아, 이러한 행위주체가 저지른 행위에 대해서는 책임을 조각하거나 감경한다(형법 제9조~제11조). 이와 유사한 맥락에서 가령 타고난 생물학적·심리학적 조건 때문에 자율적으로 적법행위를 할 수 없는 행위주체를 “사이코패스”(psychopath)로 규정하면서, 이들에 대해서는 책임능력을 인정할 수 없다는 견해가 제기되기도 한다.<sup>14)</sup> 이처럼 자율적인 판단을 할 수 있는 능력, 즉 의사의 자유는 형법상 책임 개념의 필수불가결한 요소가 된다. 물론 학자들 가운데는 - 경험적으로 검증하기 어려운 - 의사의 자유를 국가적인 픽션으로 이해하거나, 혹은 일종의 “건강한 거짓말”(salutary lie)로 파악하기도 한다.<sup>15)</sup> 그런데도 이렇게 의사의 자유를 전제로 하는 규범적 책임론은 여전히 다수 학자들로부터 지지를 받고 있다. 그것은 아마도 이렇게 자율적인 주체를 전제로 하는 책임구상만이 국가를 통해 진행되는 책임귀속을 가장 설득력 있게 근거 지을 수 있기 때문이지 않나 생각한다.<sup>16)</sup>

## 2. 의사의 자유와 인권

그런데 만약 일단의 뇌연구자들이 주장하는 것처럼, 실제로 인간은 자유의사를 지니고 있지 않고, 모든 것이 이미 결정되어 있다고 한다면, 규범적 책임론

---

아볼 수 있다. BGHSt 2, 194(200): “형벌은 책임을 전제로 한다. 책임은 비난가능성이다. (· · ·) 책임비난에 대한 내적인 근거는, 인간은 스스로 책임을 질 수 있는 윤리적인 결정을 자유롭게 할 수 있다는 점 그리고 바로 이 때문에 법에 합치하는 결정을 할 수 있는 능력을 갖추고 있다는 점에서 찾을 수 있다.”

14) 안성조, “사이코패스의 형사책임능력”, 『형사법연구』 제20권 제4호(2008. 12.), 167-196쪽.

15) T. Honoré, *Being Responsible and being a Victim of Circumstance*, in: *Responsibility and Fault*, Oxford and Portland 1999, p. 136; 이를 소개하는 문헌으로 양천수, “책임과 정의의 상호연관성 - 법철학적 시론 -”, 『원광법학』 제24권 제2호(2008. 6), 82-88쪽.

16) 이러한 맥락에 서있는 견해로서 아르투어 카우프만, 김영환 (역), “형법상 책임원칙에 관한 시대불변의 성찰들”, 심재우 (편역), 『책임형법론 - 형법상 책임원칙에 관한 논쟁』, 홍문사, 1995, 9-45쪽.

에 따른 형법상 책임 개념은 더 이상 지탱하기 쉽지 않다. 이는 단순히 이론적 차원의 문제에 그치는 것이 아니다. 이는 실제적으로도, 특히 행위주체의 인권과 관련해서 적지 않은 문제를 야기한다. 우선 ‘책임원칙’(Schuldprinzip)을 관철하기 어렵게 된다. 책임원칙은 흔히 ‘책임 없으면 범죄도 형벌도 없다.’는 명제로 대변되는데, 이러한 책임원칙은 국가가 독점하는 형벌권 그리고 국가에 의해 독점적으로 이루어지는 형사책임귀속을 정당화한다. 그런데 만약 행위자에게 자유의지가 존재하지 않아 형법상 책임 개념이 온전하게 성립하지 못하면, 책임원칙 역시 성립할 수 없게 된다. 책임원칙의 전제가 되는 정당한 책임 개념이 존재하지 않기 때문이다. 그렇게 되면, 행위주체를 대상으로 하여 이루어지는 책임귀속이나 형벌부과는 모두 정당성을 주장하기 어렵게 된다. 이는 바꿔 말하면, 행위주체가 합리적 근거 없이 (외부적 행동의) 자유를 박탈당하는, 경우에 따라서는 생명까지 박탈당하는 형벌부과를 감수해야 한다는 것을 뜻한다. 그렇게 되면, 행위주체는 납득할 만한 이유 없이 사형, 자유형, 벌금형 등을 통해 생명권, (외부적 행동의) 자유권, 재산권 등과 같은 인권을 박탈당해야 하는 결과를 감수해야 한다. 그러나 이는 - 사회계약이론가들이 막고자 했던 - 국가를 통해 자행되는 전형적인 인권침해라고 할 수 있다. 이렇게 보면, 결국 의사의 자유는 - 홉스(T. Hobbes)가 ‘레비아탄’(Leviathan)으로 명명했던 - 국가로부터 행위주체가 지닌 기본적 인권을 보장하는 데 꼭 필요한 전제조건이라고 말할 수 있다.<sup>17)</sup>

그러나 좀 더 근본적인 시각에서 보면, 의사의 자유는 단순히 형사책임과 인권의 관계에서만 문제가 되는 것은 아니다. 의사의 자유는 형사책임이라는 영역을 넘어, 인권 전반의 기초가 된다고 말할 수 있기 때문이다. 잘 알려져 있는 것처럼, 국제인권규약은 각각 B규약과 A규약을 통해 ‘시민적·정치적 권리’와 ‘경제·사회·문화적 권리’를 국제인권규범으로 인정한다.<sup>18)</sup> 여기서 ‘시민적·정치적 권리’가 근대 자유주의가 낳은 산물이라고 한다면, ‘경제·사회·문화적 권리’는 현대 사회국가 원리와 밀접한 관련을 맺는다고 말할 수 있다. 정치적 민주화를

17) 이러한 사회계약이론에 관해서는 심재우, “T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상”, 『법률행정논집』 (고려대) 제17집(1979. 12), 119-142쪽; 심재우, “칸트의 법철학에 대한 현대적 조명: 칸트의 법철학”, 『법철학연구』 제8권 제2호(2005), 7-26쪽; 임재홍, “근대 인권의 확립”, 인권법교재발간위원회 (편저), 『인권법』, 아카넷, 2006, 20쪽 아래 등 참고.

18) 이에 관해서는 최철영, “인권의 국제적 보호”, 인권법교재발간위원회 (편저), 『인권법』, 아카넷, 2006, 51-64쪽 참고.



통해 자유주의의 기본 토대가 상당 부분 확보된 오늘날에는 후자의 인권이 더욱 중요할 것이다. 그렇지만 모든 인권의 기초는 바로 B규약이 규정하는 ‘시민적·정치적 권리’라고 할 수 있을 것이다. 만약 이 인권이 보장되지 않으면, 인권의 주체인 모든 인간은 그저 국가의 보호와 후견이라는 우산 아래 놓여 있는 무기력한 ‘객체’로 전락할 것이기 때문이다. 그런데 칸트가 시사하는 것처럼, ‘시민적·정치적 권리’는 자율성을 토대로 해서만 성립할 수 있다. 물론 ‘시민적·정치적 권리’를 일종의 법적 권리, 즉 인권‘법’상의 권리로 파악하면, 도덕과 법을 구분한 칸트의 경우처럼,<sup>19)</sup> ‘시민적·정치적 권리’는 굳이 의사의 자유와 같은 자율성을 전제로 할 필요 없이, 외부적 행동의 자유가 존재하는 것만으로 충분할 수 있을지 모른다. 그러나 법은 정당성을 획득하기 위하여 도덕과 내적인 상호연관 관계를 맺을 수밖에 없고,<sup>20)</sup> ‘시민적·정치적 권리’가 인권으로서 보편성을 주장할 수 있으려면, 인간 주체가 자유롭다는 것을 전제로 할 수밖에 없을 것이다.<sup>21)</sup> 만약 사실이 그렇다면, 자유의지, 즉 의사의 자유는 형사책임을 범위를 넘어서, 모든 인권의 근간을 이루는 중요한 요소라고 말할 수 있다. 따라서 만약 이러한 의사의 자유가 사실은 존재하지 않는 것이라면, 인권 역시 자신의 존립기반을 잃어버린다고 말할 수 있다.

### III. 의사의 자유에 대한 도전

#### 1. 결정주의 전통

이미 언급한 것처럼, 인간이 과연 자유의지를 지니고 있는지에 대해서는 이론사적으로 논란이 되어왔다. ‘결정주의 대 비결정주의’ 논쟁으로 알려진 이 싸움에서 ‘결정주의’(Determinismus)로 불리는 진영은, 인간 존재 자체가 무엇을 할 것인지 여부가 이미 결정되어 있고, 따라서 ‘비결정주의’ 진영에서 말하는 의사

19) 이에 관해서는 이상영·이재승, 『법사상사』, 한국방송통신대학교출판부, 2005, 191-193쪽.

20) 이를 치밀하게 분석한 로버트 알렉시, 이준일 (옮김), 『법의 개념과 효력』, 지산, 2000 참고.

21) 이러한 맥락에서 인권의 보편성을 논하는 양천수, “인권의 보편성에 대한 철학적 논증 가능성”, 『인권이론과 실천』 제1호(2007. 4), 23-35쪽 참고.

의 자유란 존재하지 않는다고 말한다. 이러한 결정주의 전통은 오랜 전통을 지니고 있으며, 오늘날에도 일련의 뇌연구자들을 통해 여전히 생명력을 유지하고 있다.<sup>22)</sup> 이러한 결정주의 전통은 크게 두 가지 흐름으로 유형화할 수 있다. 첫째는 신학적 결정주의 흐름이고, 둘째는 생물학적(과학적) 결정주의 흐름이다.

우선 신학적 결정주의는 인간은 신이 이미 결정한 세계 안에서 살아가고 있기 때문에, 결국 신이 예정한 질서를 벗어날 수 없다고 말한다. '구원예정설'이 가장 대표적으로 이러한 태도를 반영한다. 물론 이러한 진영에서도 '선악과' 문제, '악'의 문제 등과 관련하여 인간에게 자유의지가 있는지 여부가 논란이 되기도 한다. 그러나 인간이 아닌 신이 모든 것을 결정한다고 보는 태도에서 보면, 인간의 자유의지는 부차적인 것으로 인식될 수밖에 없을 것이다.

이에 대해 생물학적 결정주의는 신이 차지하던 자리를 과학, 특히 생물학으로 대체한다. 생물학적 결정주의는 근대 과학의 성과를 토대로 하여, 인간의 정신·의지·행동 등은 이미 생물학적으로 조건 지어져 있다고 한다. 인간이 행하는 모든 현상을 생물학적으로 환원하여 설명하고자 한다. 여기서 '생물학적'이라는 말은 다른 자연과학처럼 '인과성'(Kausalität)에 기반을 두어 인간의 생명현상뿐만 아니라, 정신, 의지, 행동 등을 '설명'(Erklären)하고자 하는 것을 뜻한다. 신학적 결정주의와는 달리, 생물학적 결정주의는 모든 것을 물질적으로 파악하기 때문에, 이에 따르면 정신적인 영역이 독자적인 실체로서 자리 잡기 힘들다. 그러므로 자유의지 역시 독자적인 실체로 인정되기 어렵다. 이러한 생물학적 결정주의는 '과학'이라는 매우 객관적이고 논리적인 방법론을 무기로 하기 때문에, 이론적으로 이를 반박하는 것이 쉽지 않았다. 그래서 - 이미 언급한 것처럼 - 데카르트는 '심신이원론'이라는 존재론적 이원론을 제시하여 인간 정신의 고유성을 남겨 놓고자 했고, 칸트는 인간을 '물리적 인간'(homo phaenomenon)과 '도덕적 인간'(homo noumenon)으로 이원화하면서, 도덕적 인간으로서 인간은 물리적인 인과성에 지배되지 않고, 자율적으로 '정언명령'을 준수할 수 있다고 파악한 것이다.<sup>23)</sup>

22) 사실 이러한 관념은 우리 일상생활에서도 뿌리 깊게 남아 있다. 성격결정론, 혈액형 결정론, B형 남자 등등이 이를 잘 예증한다.

23) 이러한 칸트의 구상에 관해서는 심재우, "인간의 존엄과 법질서 - 특히 칸트의 질서사상을 중심으로 -", 『법률행정논집』 제12집(1974), 108-109쪽.



## 2. 19세기 생물학의 성장과 리스트

그러나 관념론 중심의 근대 계몽주의 철학이 쇠퇴하고, 자연과학, 그 중에서도 생물학이 비약적으로 발전하던 19세기가 들어서면서, 의사의 자유는 새로운 도전을 맞이한다. 헤겔(G.W.F. Hegel) 사후 관념론 철학이 쇠퇴하고, 그 자리를 대신해 '실증주의'(Positivismus)나 '유물론'(Materialismus)이 득세하면서, 그리고 유전학이나 진화론과 같은 혁신적인 생물학적 성과가 등장하면서, '인간상'(Menschenbild) 자체도 변화하였다. 이를 대변하는 것이 롬브로조(C. Lombroso)를 중심으로 하는 이탈리아의 실증주의 범죄학파이다. 가령 롬브로조는 '생래적 범죄인설'을 통해 범죄자가 생물학적으로 이미 결정되어 있다고 주장한다.<sup>24)</sup> 이에 따르면, 생래적 범죄자는 달리 행위할 가능성도, 이것의 전제가 되는 의사의 자유도 가질 수 없다. 이러한 관념은 이른바 '총체적 형법학'(gesamte Strafrechtswissenschaft)을 정립한 독일의 형법학자 리스트(F.v. Liszt)에게 수용된다. 한편으로는 예링(R.v. Jhering)으로부터 목적사상을,<sup>25)</sup> 다른 한편으로는 자연과학적 실증주의를 수용한 리스트는 형법학의 초점을 행위에서 행위자로 옮긴다.<sup>26)</sup> 리스트에 따르면, 처벌받아야 하는 것은 행위가 아니라, 행위자이다. 이에 따라 리스트는 범죄자를 "개선될 수 있는 또는 개선이 필요한 범죄자"와 "개선이 필요하지 않은 범죄자" 그리고 "개선할 수 없는 범죄자"로 유형화하고, 첫 번째 유형의 범죄자에 대해서는 "개선"(Besserung)을, 두 번째 유형의 범죄자에 대해서는 "위하"(Abschreckung)를, 마지막으로 세 번째 유형의 범죄자에 대해서는 "무해화"(Unschädlichmachung)를 형벌의 목적으로

24) 롬브로조에 관해서는 배종대, 『형사정책』, 홍문사, 1998, 29-30쪽.

25) 예링의 목적사상에 관해서는 우선 R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I-II, 2. Aufl., Leipzig 1884-86; 이 유명한 저작에서 예링은 자신의 모토를 다음과 같이 설정한다. "목적은 전체 법의 창조자이다."; 또한 R. v. Jhering, *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz von einem unbekannten*, in: G. Ellscheid/W. Hassemer (Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt 1974, S. 14-23; 또한 이러한 목적사상을 표현하는 리스트의 구상에 관해서는 F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in: *ZStW* 3 (1883) = F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (mit Einführung von M. Köhler), Baden-Baden 2000; 여기서는 후자의 문헌으로 인용한다.

26) 인과적 행위론은 이렇게 형법학에 자연과학적 실증주의를 수용하여 얻은 산물이라고 평가할 수 있다. H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht - Untersuchung über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, in: ders., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York 1975, S. 93.

삼아야 한다고 말한다.<sup>27)</sup> 이를 통해 리스트는 목적사상과 결합된 특별예방이론을 구축한다. 그러나 더욱 중요한 것은, 리스트는 범죄는 생물학적·사회적 여건에 따라 이미 결정된다는 사고에 기초를 두어, 책임 개념 대신 위험성 개념을 가벌성 귀속의 근거로 삼았다는 점이다. 이는 종전의 책임구상이 의사의 자유를 전제로 할 수밖에 없다는 점을 의식하고, 이러한 문제를 피하기 위한 일종의 해결방안으로 이해할 수 있다. 더 나아가 리스트는 책임에 기초를 두어 부과되는 형벌 대신, 위험성에 기초를 두어 부과되는 제재수단으로서 '보안처분'을 근거 짓기도 하였다.<sup>28)</sup>

### 3. 신생물학주의

19세기에 서구 지성사를 지배했던 실증주의 경향은 20세기에 접어들면서 한편으로는 방법이원론을 통해 그리고 다른 한편으로는 두 차례의 세계대전 경험을 통해 잠시 쇠퇴한다. 실증주의가 강조했던 과학주의는 '프랑크푸르트 학파'를 중심으로 한 '비판이론'(kritische Theorie) 진영에 의해 비판되었다.<sup>29)</sup> 그렇지만 20세기 중반을 넘어서면서, 자연과학은 다시 사회과학에 영향력을 행사하기 시작하였다. 자연과학이 이론적 논증을 위해 즐겨 사용하는 '수학적 방법론'은 경제학과 같은 사회과학의 중심적인 방법론으로 정착되었다. 물론 수학은 아직 법학에서는 힘을 발휘하지 못하고 있다. 한 때 수학과 유사한 기호논리학을 통해 법을 설명하고자 하는 법논리학이 등장하기는 했지만,<sup>30)</sup> 법학이 지니고 있는 고유한 특성 때문에, 법학에서는 힘을 얻지 못했다.<sup>31)</sup> 이에 대해 최근에는 생물학의 성과가 법학을 포함한 사회과학에 영향을 미치기 시작하였다. 이른바 '신생물학주의'라고 일컬을 만한 이러한 경향에 대해 여기서는 크게 세 가지 영역을 예로 하여 살펴보도록 한다.

27) F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (mit Einführung von M. Köhler), Baden-Baden 2000, S. 42.

28) 이러한 '보안처분'에 대한 상세한 분석은 심재우, "보안처분제도에 관한 고찰", 『법학논집』(고려대) 제22집(1984. 12), 145-192쪽.

29) 이를 전형적으로 보여주는 J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1973 참고.

30) 이러한 시도로서 U. Klug, *Juristische Logik*, 4. Aufl., Berlin 1982 참고.

31) 다만 독일의 법철학자이자 공법학자인 알렉시(R. Alexy)는 이에 대한 한 예외가 된다고 말할 수 있다.

우선 '진화심리학'의 성과를 거론할 수 있다. 진화심리학이란 진화론에 기초를 두어 인간의 심리나 행동을 설명하려는 학문을 말한다.<sup>32)</sup> 여기서 알 수 있듯이, 진화심리학은 진화론이라는 생물학에 기반을 두어, 인간의 심리나 행동을 '설명'하고자 한다. 진화심리학은 '자연선택'을 진화의 핵심 메커니즘으로 파악한 다윈(C. Darwin)의 진화론처럼, 어떻게 인간이 더 강한 유전자를 확보해 자연선택에서 승리하기 위해서 생각하고 행동하는지를 밝히고자 한다. 진화심리학은 특히 남녀관계나 가족관계를 설명하는 데 흥미로운 이론적 근거를 제공하는데, 이러한 이유에서 진화심리학을 원용하여 가족법을 설명하고자 하는 시도가 최근 이루어지기도 하였다.<sup>33)</sup>

다음으로 생물학에서 등장한 '자기생산'(Autopoiesis) 개념이 어떻게 사회과학에 영향을 미쳤는지 살펴볼 필요가 있다. 자기생산 개념은 생명체의 존재방식 및 인식방식을 해명하는 과정에서 제시된 개념으로서, 이에 따르면 한 생명체는 오직 자신을 근거로 해서만 외부세계를 인식하고, 작동하며, 자기를 재생산한다. 다시 말해, 자기생산 개념에 따르면, 한 생명체는 작동(Operation)의 측면에서 원인인 동시에 결과가 된다. 이러한 자기생산 개념은 칠레의 생물학자 마투라나(U. Maturana)가 제안한 개념인데,<sup>34)</sup> 잘 알려져 있는 것처럼, 독일의 사회학자 루만(N. Luhmann)은 이러한 자기생산 개념을 수용하여, 독자적인 체계이론(Systemtheorie)을 정립한다.<sup>35)</sup>

세 번째 이 글과 관련하여 중요한 것으로서 뇌과학의 성과를 거론할 수 있다. 이미 언급한 것처럼, 유력한 뇌연구자들은 인간은 이미 생물학적으로 뇌에 의해

32) 윤진수, "진화심리학과 가족법", 서울대학교 기술과 법 센터 (편), 『과학기술과 법』, 박영사, 2007, 153쪽.

33) 윤진수, 위의 논문(주32) 참고.

34) 마투라나는 자기생산 개념을 다음과 같이 정의한다. "자기생산적 조직체란 일정한 구성요소들의 네트워크를 통해 구성되는 통일체라고 정의내릴 수 있다. 여기서 통일체를 구성하는 요소들이란 1. 이 구성요소들의 네트워크로서 이 구성요소들 자체를 생산하는 네트워크에 재귀적으로 협력하고, 2. 이러한 구성요소들이 자리 잡고 있는 공간 속에서 이 생산의 네트워크를 일정한 통일체로서 실현하는 것을 말한다." 인용은 G. Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Frankfurt/M. 1985, S. 314.

35) N. Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt/M. 1984; 체계이론적 법이론에 대한 연구로는 은승표, 『루만의 (법)사회학: 루만의 시스템이론』, 신영사, 2002.

결정되고 있으며, 우리가 막연하게 존재할 것이라고 믿어왔던 자유의지는 사실 뇌가 결정한 것을 사후적으로 정당화하기 위한 도구에 지나지 않는다고 말한다. 이러한 뇌연구자들의 주장은 1980년대 초반에 진행되었던 유명한 리벳(B. Libet) 실험에 기반을 둔다.<sup>36)</sup> 데카르트와 같은 이원론자였던 미국의 신경생리학자 리벳은 자유의지가 존재한다는 점을 증명하기 위해 간단한 실험을 실시하였다. 즉 일정한 피험자들에게 전기적 자극을 주고, 피험자들이 이 자극을 느꼈을 때 버튼을 누르도록 한 것이다. 그리고 실험자들은 이러한 피험자들의 행동을 시간적으로 체크하였다. 그러나 그 결과는 리벳이 희망한 것과는 오히려 정반대로 나왔다. 즉 뇌가 전기적 자극을 인지하고 버튼을 누르도록 한 시점과, 피험자가 이를 '의식한 시점' 사이에 미세한 시간적 격차가 있다는 것을 밝혀낸 것이다. 이에 따르면, 피험자가 버튼을 누르는 데 결정적인 역할을 한 것은 피험자의 '의지'가 아니라, 뇌의 '준비전위'(readiness potential; Bereitschaftspotential)라고 한다. 이러한 리벳의 실험에 대해서는 논란이 없지 않았지만, 그 후 뇌연구자들은 이러한 리벳 실험의 성과를 더욱 발전시켜, 인간의 행동을 결정하는 것은 정신적인 자유의지가 아니라, 생물학적인 뇌라는 결론을 이끌어내었다. 철학자들이 지탱하고 있었던 자유의지의 기반 자체가 뇌과학을 통해 흔들리고 있는 것이다. 만약 이러한 주장이 사실이라면, 자유의지에 기반을 두었던 법적 책임이나 인권 등은 그 정당성 기초를 상실하고 말 것이다.

## IV. 의사의 자유에 대한 재구성 가능성

### 1. 개 관

그러면 의사의 자유를 향한 이러한 도전에 대해 법학을 포함한 정신과학은 어떻게 대응할 수 있을까? 의사의 자유가 담고 있는 기획을 우리는 어떻게 재구성할 수 있을까? 이 글은 일종의 '시론'에 해당하므로, 여기서 이 문제를 상세하게 다룰 수는 없다고 생각한다. 그러므로 현재 필자가 이 문제에 관해 갖고 있는 생각을 기반으로 하여, 의사의 자유를 어떻게 이론적으로 재구성할 수 있

36) 이에 대한 소개는 M. Pauen/G. Roth, 앞의 책(주1), S. 72 ff.

는지에 대해, 뇌과학의 도전에 대응하여 형사책임과 인권의 기초를 어떻게 다시 확보할 수 있는지에 대해 간략하게 개관하는 것으로 만족하고자 한다. 필자는 의사의 자유를 향한 뇌과학의 도전에 대해 크게 세 가지 방향에서 대응할 수 있다고 생각한다. 첫째는 자유 개념을 새롭게 구성하는 것이고, 둘째는 형법상 책임 개념을 재구성하는 것이며, 셋째는 인간의 주체성 혹은 의식 개념을 새로운 이론적 틀 위에서 재확인하는 방안이다.

## 2. 자유 개념의 세분화 및 재구성

우선 자유 개념을 세분화하고 재구성함으로써, 의사의 자유에 대한 도전에 대응하는 것을 생각할 수 있다. 지금까지 많은 철학자들은 의사의 자유, 즉 자유 의지를 가장 근본적인 자유로 여겼다. 그러나 철학적인 차원에서 볼 때, 자유 개념은 이보다 더욱 세분화해서 파악할 수 있다. 다양한 유형을 모색해 볼 수 있겠지만, 필자는 크게 세 가지 유형의 자유로 세분화할 수 있다고 생각한다. '의사의 자유', '행위의 자유', '의사소통적 자유'가 그것이다. 한 행위주체를 상정할 때, 의사의 자유(Willensfreiheit)는 이 주체의 '내부활동에 관한 자유'라고 말할 수 있다. 이에 대해 행위의 자유(Handlungsfreiheit)는 한 행위주체의 외부활동에 관한 자유라고 할 수 있다. 이러한 행위의 자유는 의사의 자유에 비해 경험적으로 검증하기 용이하다는 장점을 지닌다. 즉 우리는 현실적으로 한 행위주체가 '실제로' 행위의 자유를 지니고 있는지 여부를 - 의사의 자유보다 - 더욱 용이하게 확인할 수 있는 것이다. 마지막으로 의사소통적 자유(kommunikative Freiheit)는 둘 이상의 행위주체를 염두에 둔 자유 개념으로서, 복수의 행위주체 사이에서 진행되는 의사소통에 참여할 수 있는 자유를 의미한다. 의사소통적 자유는 독일의 사회철학자 하버마스(J. Habermas)와 클라우스 귄터(K. Günther)가 제안한 개념으로,<sup>37)</sup> 이 자유 개념은 '의사소통행위이론'(Theorie des kommunikativen Handelns)이라는 거대이론과 관련을 맺는다. 의사의 자유나 행위의 자유가 '주체-객체 모델'(Subjekt-Objekt Modell)에 기반을 둔 것이라면, 의사소통적 자유는 '상호주관성 모델'(Intersubjektivität Modell)에 기반을 둔다.

37) K. Günther, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, in: P. Koller/G. Varga/O. Weinberger (Hrsg.), *Theoretische Grundlage der Rechtspolitik*, Stuttgart 1992, S. 60.



즉 자유를 행사하는 주체에 대한 상을 달리 이해하는 것이다. 의사의 자유나 행위의 자유가 자유의 주체를 사회와는 무관하게 독립해서 존재하는 실제로 이해하는데 반해, 의사소통적 자유는 자유의 주체가 사회에서 이루어지는 의사소통적 과정을 통해 비로소 구성되는 것이라고 본다. 여하간 이러한 의사소통적 자유 역시 행위의 자유와 마찬가지로 경험적으로 확인하기 용이하다는 장점을 지닌다.

우리가 무게중심을 의사의 자유에서 행위의 자유 또는 의사소통적 자유로 옮기면, 의사의 자유를 향해 가해지는 비판을 어느 정도 넘어설 수 있다고 생각한다. 왜냐하면, 우리는 최소한 일정한 조건 아래에서 한 행위주체가 행위의 자유를 가지고 있는지 또는 의사소통적 자유를 지니고 있는지는 확인할 수 있기 때문이다. 만약 한 행위주체가 외부적 압력 때문에 행위를 하지 못하고 있다면, 자본과 권력의 힘 때문에 일정한 논증과정에 참여하지 못하고 있다면, 우리는 이 행위주체가 행위의 자유 또는 의사소통적 자유를 갖고 있다고 말할 수 없을 것이다. 물론 이러한 자유 역시 궁극적으로 의사의 자유에 기반을 둔다고 반박하면, 위에서 언급한 대안의 설득력이 떨어지는 것도 어느 정도 사실이다. 그렇지만 최소한 법 영역에 한정해 본다면, 행위의 자유나 의사소통적 자유만으로도 우리는 법적 책임을 근거 지을 수 있지 않을까? 왜냐하면, 기본적으로 법은 - 칸트가 강조하였듯이 - 행위자의 '외면적' 자유를 보장하는 것을 목적으로 하기 때문이다.<sup>38)</sup> 이를 예증하듯이, 가령 독일의 형법학자 귄터 야콥스(G. Jakobs)는 행위의 자유를 통해 그리고 클라우스 귄터(K. Günther)는 의사소통적 자유를 통해 형법상 책임을 근거 짓는다. 이는 책임 개념의 재구성과도 관련을 맺으므로, 아래 3.에서 좀 더 상세하게 다루도록 한다.

### 3. 형법상 책임 개념의 재구성

형법상 책임 개념에 대한 도전은 책임 개념을 재구성함으로써 대응할 수 있을 것이다. 물론 이러한 시도는 위 2.에서 언급한 자유 개념의 재구성과의 관련을 맺는다. 이미 언급한 것처럼, 규범적 책임론은 의사의 자유를 책임의 본질적

38) 칸트에 따르면, “법이란 한 사람의 자연적 자유가 다른 사람의 자연적 자유와 자유의 일반법칙에 따라 양립할 수 있도록 하는 조건의 총체”이다. I. Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), *Einleitung in die Rechtslehre*, § B, S. 337.



인 전제로 이해한다. 하지만 만약 우리가 다른 시각에서 책임을 구상한다면, 이러한 문제를 해소할 수도 있을 것이다. 사실 책임 개념은 절대적으로 변하지 않는 고정된 것은 아니다. 각 시대의 사회구성원들은 그때그때 자신들에게 적합한 책임구상을 선택해 결정할 수 있다. 예를 들어, 클라우스 쿤터는 책임구상의 가변성을 다음과 같이 말한다.<sup>39)</sup>

“특이한 사정의 선택 그리고 책임을 배제하거나 줄이는 데 대한 이 사정의 중요성 비중은 결정해야 할 대상이다. 물론 이런 결정은 다시 근거지을 수 있다. 근거지움은 배제규칙의 타당성을 결정하는 사람들이 갖고 있는 책임구상에 따라 이루어진다. (· · ·) 물론 그때그때의 타당하고 지배적인 책임구상도 역사적으로 변하며, 원인, 근거 그리고 결정들에 의해 그 자체가 규정된다. 따라서 개인의 외부적인 행동의 자유가 그때그때 타당한 책임구상의 전제가 된다고 하는 점이, 모든 문화와 사회 안에서 또는 모든 시대 속에서 자명한 것은 아니다.”(강조는 인용자)

이러한 주장이 타당하다면, 어떻게 책임을 재구성함으로써, 의사의 자유에 대한 비판을 해소할 수 있을까? 이에 관해 예를 들어, 야콥스는 책임과 예방목적의 결합함으로써, 규범적 책임론의 난점을 넘어서려 한다. 즉 책임의 본질은 비난가능성에 있는 것이 아니라, 범죄·예방에 있다고 파악하고, 따라서 책임은 굳이 의사의 자유를 전제로 할 필요는 없고, 행위의 자유만으로 충분하다고 이론화하는 것이다. 이를 논증하기 위해 야콥스는 전반기에는 루만의 초기 체계이론을, 후반기에는 헤겔의 철학을 원용하는데, 야콥스의 책임구상은 많은 논란을 야기했다는 점에서, 이를 따르는 것은 쉽지 않다.<sup>40)</sup> 물론 야콥스가 강조한 ‘예방’이라는 관점 그 자체는 부분적으로 설득력을 인정받아, 가령 독일의 형법학자 록신(C. Roxin)은 이러한 예방 관점을 자신의 책임구상에 부분적으로 수용하기도 한다.<sup>41)</sup> 다른 한편

39) K. Günther, 양천수 (역), “이해에 기초를 둔 형사책임 부과”, 이상돈 (역음), 『대화이론과 법』, 법문사, 2003, 263쪽.

40) 이 문제에 관해서는 우선 김성돈, 「책임개념의 기능화와 적극적 일반예방이론 - 독일에서의 논의를 대상으로 -」, 성균관대 법학박사 학위논문, 1993 참고.

41) 이를 정리하는 연구로서 김일수, 「형법상 책임과 예방과의 관계」, 『법학논집』 (고려대) 제22집(1984. 12), 193-252쪽; 이상돈, 「형법상 책임범주의 탈형이상학화 · 합리화」,

클라우스 쾨터는 '법의 대화이론'(Diskurstheorie des Rechts)이라는 기초 위에서 책임구상을 재구성하기도 한다. 이에 따르면, 책임은 의사의 자유가 아니라, 의사소통적 자유를 필요로 한다.<sup>42)</sup> 이렇게 책임구상을 재구성함으로써, 의사의 자유를 향한 비판에서 어느 정도 자유로울 수 있지 않을까 생각한다.

#### 4. 인권의 기초 재구성

인권 역시 그 기초를 재구성함으로써, 의사의 자유에 대한 비판을 통해 흔들리는 인권의 기초를 다시 공고하게 할 수 있다고 생각한다. 인권은 말 그대로 '인간의 권리'로서 '인간의 존엄성'(Menschenwürde)을 유지하기 위해 필요한 조건들이라고 할 수 있다. 칸트는 인간의 존엄성에 대한 본질을 자유의지에 기반을 둔 자율성에서 찾음으로써, 인권과 자율성의 연결고리를 강하게 하였다. 하지만 바로 이 때문에 자유의지가 허물어지면, 인권의 기초 역시 흔들릴 수 있는 문제점이 있다. 이러한 문제를 극복하려면, 새로운 기초 위에서 인권을 근거 짓는 것을 생각해볼 필요가 있다. 이에 대한 한 방안으로 필자는 '대화이론'(Diskurstheorie)의 기초 위에서 인권을 근거 짓는 것을 제시할 수 있다고 생각한다.<sup>43)</sup> 이에 따르면, 인권은 행위주체가 합리적 논증대화에 참여하는 데 필요한 일체의 조건이라고 말할 수 있다. 이러한 이해방식에 따르면, 인간의 존엄성은 주체-객체 모델에 바탕을 둔 자율성이 아니라, 상호주관성 모델에 바탕을 둔 의사소통적 자유를 본질적인 요소로 삼는다. 그렇게 되면, 의사의 자유를 향한 비판으로부터 인간의 존엄성 및 인권의 기초 역시 어느 정도 보장할 수 있다고 생각한다.

#### 5. 의식 개념의 복원

그러나 위에서 제시한 방안들은 모두 일정한 한계를 지닐 수밖에 없다. 왜냐하면, 이러한 방안들은 의사의 자유에 대한 비판을 근원적으로 해결하는 것은

고려대 법학석사 학위논문, 1985 등 참고.

42) K. Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt/M. 2005.

43) 이에 대해서는 이상돈, 「인권법」, 세창출판사, 2005; 양천수, 앞의 논문(주21), 23-35쪽.

아니기 때문이다. 어찌 보면, '잠정적인' 해결책에 불과할 수도 있다. 이 때문에 의사의 자유에 관한 문제를 근본적으로 해결하고자 주체 개념을 새롭게 복원하려는 시도가 이루어지기도 한다. 예를 들어, 독일 관념론 철학의 전통을 계승하는 독일의 철학자 프랑크(M. Frank)는 철학적 방법을 통해 주체(Subjekt)를 새롭게 복원하려 한다.<sup>44)</sup> 주체는 자율성을 전제로 하므로, 주체성을 복원하면, 자연스럽게 자유의지 역시 복원할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 시도는 철학적인, 좀 더 정확하게 말하면 형이상학적인 방법을 취하고 있어, 뇌과학의 도전을 설득력 있게 반박한 것이라고 말할 수 없다. 오히려 서로 전제를 달리 하면서 평행선을 달리고 있다고 말할 수 있을 것이다.

이 때문에 필자는 오히려 루만의 체계이론에서 해결의 실마리를 찾을 수 있지 않을까 생각한다. 잘 알려져 있는 것처럼, 1980년대를 전후로 하여 루만은 일종의 패러다임 전환을 한다. 즉 '투입-산출 모델'에 따라 체계이론을 구축하던 종전과는 달리, 루만은 생물학에서 성장한 '자기생산'(Autopoiesis) 개념을 수용하여 체계이론을 재정비한다. 이제 모든 체계들은 '자기생산체계'(autopoietisches System)로 재정립된다. 그러면서 루만은 체계들을 다음과 같이 분류한다. 즉 체계는 크게 '기계'(Maschinen), '유기체'(Organismen), '사회적 체계'(soziale Systeme), '심리체계'(psychische Systeme)로 분류된다. 아울러 '사회적 체계'는 다시 '상호작용'(Interaktionen), '조직'(Organisationen), '사회'(Gesellschaften)로 분류할 수 있다.<sup>45)</sup> 그런데 여기서 우리가 주목할 만한 부분은, 루만이 '유기체'와 '심리체계'를 각기 독자적인 자기생산체계로 파악하고 있다는 점이다. 물론 이러한 전제 자체에 대해서는 다시 비판할 수도 있겠지만, 만약 이러한 전제가 타당하다면, 우리는 루만의 체계이론을 통해 뇌과학의 도전을 효과적으로 물리칠 수 있다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 루만에 따르면, 뇌를 포함한 인간의 육체는 유기체에 속한다. 인간의 육체는 독자적인 체계, 즉 생명체계로서 자기생산적 구조를 지닌다. 그리고 자유의지가 소속되는 인간의 '의식'(Bewußtsein)은 심리체계로서 역시 독자적인 자기생산구조를 이룬다. 그런데 루만에 따르면, 각각의 자기생산체계는 자신의 환경에 속하는 다른 체계들과 '직접적으로' '소통'(Kommunikation)을 할 수 없다. 이른바 '작동적 폐쇄성'(operative Geschlossenheit) 때문에, 한 체계는 오직 '구조적 접

44) M. Frank, *Die Unhintergebarkeit von Individualität*, Frankfurt/M. 1986.

45) N. Luhmann, 앞의 책(주35), S. 16.

속'(strukturelle Kopplung)이라는 방식을 통해 간접적이고 우연적으로만 다른 체계들과 소통할 수 있을 뿐이다. 이러한 루만의 주장에 따르면, 뇌를 포함한 인간의 육체는 직접적으로 인간의 심리를 조종할 수 없다. 비록 인간의 육체는 뇌의 명령을 통해 움직일지 모르지만, 인간의 심리는 그 자체 자기생산체계로서 독자적으로 작동할 뿐이다. 만약 이러한 명제가 타당한 것이라면, 여기서 우리는 체계이론을 통해 자유의지의 기획을 새롭게 복원할 수 있는 가능성을 찾아볼 수 있다. 즉 인간의 심리는 독자적인 체계로서 자율적으로 작동하면서, 인간의 육체와 구조적으로 접속하여 서로가 인간이라는 주체 안에서 '상호진화'(Ko-evolution)를 안겨줄 수 있을 것이다.

## V. 글을 맺으며

영화 “매트릭스”가 보여주는 것처럼, ‘자유’를 향한 우리 인간의 갈망은 무한하면서도 가장 원초적인 것처럼 보인다. 그 이유는 아마도 프랑스의 사회계약론자인 루소(J.-J. Rousseau)가 부르짖은 것처럼, 본래 인간은 자유롭게 태어난 존재이기 때문일지도 모른다. 그러나 자연과학적 엄밀성과 객관성으로 무장한 현대 뇌과학은 이러한 자유가 사실은 뇌가 그려낸 ‘허상’이라고 말한다. 물론 뇌과학은 아직 진행 중인 상태에 있으므로, 그 결론이 어떻게 나올지는 좀 더 두고 봐야 할 것이다. 그렇지만 급진적인 뇌연구자들이 주장하는 것처럼, 인간 존재는 이미 생물학적으로 결정되어 있는 존재라면, 도대체 우리 인간이 만물의 영장일 수 있는 이유는 어디에 있을까? 그 동안 우리 인류가 쌓아놓은 문화적 성과는 모두 유전자가 원한 것에 불과하고, “질풍노도”(Sturm und Drang) 시기를 수놓았던 낭만적 사랑, 허무, 절망 등의 감정은 모두 뇌가 구성해낸 이미지에 지나지 않는 것일까? 현대 뇌과학이 우리 인류에게 어떤 미래를 선사할지 자못 궁금해진다.

## 참 고 문 헌

- 김성돈, 『책임개념의 기능화와 적극적 일반예방이론 - 독일에서의 논의를 대상으로 -』, 성균관대 법학박사 학위논문, 1993.
- 김일수, “형법상 책임과 예방과의 관계”, 『법학논집』(고려대) 제22집(1984. 12).
- 김일수, “체계적 범죄론에 관한 방법론적 일고찰”, C. Roxin, 김일수 (역), 『형사정책과 형법체계』, 박영사, 1996.
- 배종대, 『형사정책』, 홍문사, 1998.
- 배종대, 『형법총론』 제8전정판, 홍문사, 2006.
- 심재우, “인간의 존엄과 법질서 - 특히 칸트의 질서사상을 중심으로 -”, 『법률행정논집』 제12집(1974).
- 심재우, “T. Hobbes의 죄형법정주의사상과 목적형사상”, 『법률행정논집』(고려대) 제17집(1979. 12).
- 심재우, “보안처분제도에 관한 고찰”, 『법학논집』(고려대) 제22집(1984. 12).
- 심재우, “칸트의 법철학에 대한 현대적 조명: 칸트의 법철학”, 『법철학연구』 제8권 제2호(2005).
- 안성조, “사이코패스의 형사책임능력”, 『형사법연구』 제20권 제4호(2008. 12.).
- 양천수, “뉘른베르크 국제전범재판의 역사적 · 법적 문제와 그 의미”, 『군사』 제60호(2006. 8).
- 양천수, “인권의 보편성에 대한 철학적 논증 가능성”, 『인권이론과 실천』 제1호(2007. 4).
- 양천수, “책임과 정의의 상호연관성 - 법철학적 시론 -”, 『원광법학』 제24권 제2호(2008. 6).
- 윤진수, “진화심리학과 가족법”, 서울대학교 기술과 법 센터 (편), 『과학기술과 법』, 박영사, 2007.
- 은승표, 『루만의 (법)사회학: 루만의 시스템이론』, 신영사, 2002.
- 이상돈, 『형법상 책임범주의 탈형이상학화 · 합리화』, 고려대 법학석사 학위논문, 1985.
- 이상돈, 『인권법』, 세창출판사, 2005.
- 이상영 · 이재승, 『법사상사』, 한국방송통신대학교출판부, 2005.
- 임재홍, “근대 인권의 확립”, 인권법교재발간위원회 (편저), 『인권법』, 아카넷,

2006.

최철영, “인권의 국제적 보호”, 인권법교재발간위원회 (편저), 『인권법』, 아카넷, 2006.

로버트 알렉시, 이준일 (옮김), 『법의 개념과 효력』, 지산, 2000.

아르투어 카우프만, 김영환 (역), “형법상 책임원칙에 관한 시대불변의 성찰들”, 심재우 (편역), 『책임형법론 - 형법상 책임원칙에 관한 논쟁』, 홍문사, 1995.

마르틴 후베르트, 원석영 (옮김), 『의식의 재발견 - 현대 뇌과학과 철학의 대화』, 프로네시스, 2006.

K. Günther, 양천수 (역), “이해에 기초를 둔 형사책임 부과”, 이상돈 (역음), 『대화이론과 법』, 법문사, 2003.

K.-O. Apel, *Die Erklären· Verstehen - Kontroverse in transzendentalpragmatischer Sicht*, Frankfurt/M. 1979.

M. Frank, *Die Unhintergebarkeit von Individualität*, Frankfurt/M. 1986.

C. Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente*, Frankfurt/M. 2004.

K. Günther, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, in: P. Koller/G. Varga/O. Weinberger (Hrsg.), *Theoretische Grundlage der Rechtspolitik*, Stuttgart 1992.

K. Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt/M. 2005.

J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1973.

N. Hoerster, *Ethik des Embryonenschutzes: Ein rechtsphilosophischer Essay*, Stuttgart 2002.

T. Honoré, Being Responsible and being a Victim of Circumstance, in: *Responsibility and Fault*, Oxford and Portland 1999.

R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I-II, 2. Aufl., Leipzig 1884-86.

R. v. Jhering, Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz von einem unbekannten, in: G. Ellscheid/W. Hassemer (Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt 1974.

U. Klug, *Juristische Logik*, 4. Aufl., Berlin 1982.

F. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: *ZStW* 3 (1883).



- F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (mit Einführung von M. Köhler), Baden-Baden 2000.
- N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M. 1984.
- M. Pauen/G. Roth, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt/M. 2008.
- G. Roth, Wir sind determiniert. Die Hirnforschung befreit von Illusionen, in: C. Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente*, Frankfurt/M. 2004.
- G. Ryle, *Der Begriff des Geistes*, Stuttgart 1997.
- W. Singer, Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen, C. Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit: Zur Deutung der neuesten Experimente*, Frankfurt/M. 2004.
- G. Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Frankfurt/M. 1985.
- H. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht - Untersuchung über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, in: ders., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin/New York 1975.

[Zusammenfassung]

## Willensfreiheit und Menschenrechte

- Eine Skizze am Beispiel der strafrechtlichen Schuld -

Chun-Soo Yang

Professor, Yeungnam Universität

Lange Zeit war die Willensfreiheit eine notwendige Voraussetzung für die juristische Schuld und die Menschenrechte. Dies ist heute auch unwiderstehlich. Diese These muss aber zuletzt einer straken Herausforderung der Hirnforschung begegnen. Einige prominente Hirnforscher behaupten, dass wir schon biologisch determiniert sind: d. h., dass wir keine Willensfreiheit haben. Angesichts der Herausforderung der Hirnforschung versucht jedoch die vorliegende Arbeit, Möglichkeiten für das Aufrechterhalten der Willensfreiheit zu finden. Dazu geht die vorliegende Arbeit darauf ein, die Zusammenhänge zwischen der Willensfreiheit und der strafrechtlichen Schuld sowie den Menschenrechten zu begründen (II). Danach kommt bisherige Herausforderungen gegenüber der Willensfreiheit in Betracht (III). Ab Abschluss sucht der Autor danach, Möglichkeiten für die Rekonstruktion der Willensfreiheit zu finden (IV).

Keywords : 의사의 자유(Willensfreiheit), 인권(Menschenrechte), 형사책임 (strafrechtliche Schuld), 결정주의(Determinismus), 뇌연구 (Hirnforschung), 생물학주의(Biologismus)