

'Deep Responsibility' and Alternative Possibilities in Criminal Law*

Friedrich Toepel, Bonn

< Contents >

- I. Punishment as a Form of Addressing Persons
- II. Two Kinds of Ability as Requirements for Responsibility
- III. The Consequence Argument
- IV. Frankfurt-Type Examples and the Kane/Widerker Objection
- V. A Probabilistic Twist to the Frankfurt-Type Examples
- VI. A Relevant Difference between Determinism and Indeterminism
- VII. Another Twist: Pereboom's Tax Evasion Example
- VIII. Solution of Pereboom's Example: Alternative Possibilities in the Mind
- IX. A Last Attempt to Amend Pereboom's Endeavour
- VIII. Guidance Control vs. Regulative Control
- IX. Summary

I. Punishment as a Form of Addressing Persons

In this paper I shall address the issue of whether alternative possibilities are necessary for imputing responsibility to an agent in a 'deep' sense and whether a compatibilist account of free will allows for such responsibility. I

* 심사위원 : 이정원, 양종모, 성낙현

투고일자 : 2009. 8. 30 심사일자 : 2009. 9. 11 게재확정일자 : 2009. 9. 25

shall come to the conclusion that alternative possibilities are indeed necessary for imputing responsibility to an agent in the 'deep' sense needed for moral or legal imputation. I shall also defend the position that a compatibilist account of free will cannot accommodate such responsibility within its system.

Why would alternative possibilities become relevant at all in criminal law or moral theory? I accuse someone that he has brought about a state of affairs which is wrong according to legal or moral standards, and he answers me he couldn't help bringing it about. Is unjust if I impose a sanction on the perpetrator for bringing about the state of affairs he could not avoid? The theories of punishment answer this question differently:

The theory of negative general prevention or deterrence¹⁾ could point at least to a positive effect of a sanction in case of lacking alternative possibilities because the sanction could function as a threat for citizens concerning possible future violations of the law. The message could be understood by the citizens as: 'Do your utmost to avoid bringing about the state of affairs we do not wish to see!' This could even be the case if the perpetrator would not understand why the sanction was imposed in his particular situation because he had no possibility to avoid bringing about that state of affairs.

Nor would we receive a satisfactory answer from a theory²⁾ of special prevention why we should not impose a sanction in case of lacking alternative possibilities. We might ask whether the perpetrator does not have to be able to understand what he has done in order to be educated. However, a theory of special prevention may take the view that the the

1) Cf. Paul J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 14th ed. 1847, 38.

2) Cf. Franz v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW 3 (1885), 1-47.

criminal is in any way unable to understand what he has done. His education is only a means to enable him to avoid future violations of the law. It is still possible to instruct someone how to avoid future violations of the law, even if the cause for the treatment was a behaviour which could not have been avoided.

Even positive general prevention, the preventive theory developed most recently,³⁾ is not capable to provide a satisfactory answer why someone lacking alternative possibilities should not be punished. Positive general prevention means that the public is informed about the law by imposing the sanction. Thus, trust in the law is strengthened, and the sanction prevents that the violation is learned as acceptable behaviour. Positive general prevention only thinly veils the threat dominating the negative preventive theory: The best learning effect is obtained by a sanction that is as psychologically disagreeable for the learner as possible.

The decisive clue why we need alternative possibilities to impute responsibility is provided by the retributive theory of punishment.⁴⁾ Retribution here means that a legally wrong behaviour is sanctioned to ensure that the perpetrator receives exactly the sanction which is provided in a particular society for the wrong committed and which shows how serious the wrong is estimated to be in that society.⁵⁾ The only reason why the sanction must be exactly the one provided in this society, is that the society

3) Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2nd ed. 1991, 1/4

4) Georg W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §99; also Günther Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3rd ed. 2008, 112.

5) Retribution should not be confused with the idea of retaliation that a wrong must be requited with a sanction which must be of the same kind as the wrong like "eye for eye, tooth for tooth". Retribution in the present context I define as the idea that the sanction imposed for a crime must mirror exactly the negative value which the legal system attributes to that crime.

treats its citizens as persons. A person is someone treated as a holder of rights and must be enabled to exercise these rights. Therefore, the law not only treats citizens as persons, but also addresses them as persons. In such a society a punishment cannot be just if the wrongdoer cannot understand it as a just punishment. And he cannot understand it as just if he was not able to avoid the sanction. If the wrongdoer was not able to avoid the sanction, possible future delinquents may still be deterred or educated, but only by using the punished wrongdoer as a means, not as an end in the Kantian sense.⁶⁾

II. Two Kinds of Ability as Requirements for Responsibility

The possibility for the criminal to avoid the sanction under the retributive theory therefore is a necessary presupposition for imposing a just sanction. The sanction can be avoided if the criminal is capable to act in accordance with the law. He is capable to act in accordance with the law if he has 1. the technical ability to act in accordance with the law (*Handlungsfähigkeit*)⁷⁾ and 2. the ability to motivate himself to act in accordance with the law (*Schuldfähigkeit*).⁸⁾

Both kinds of ability presuppose alternative possibilities: If you wilfully decide to cause an accident by turning your car to the right, in my opinion the accident cannot be imputed to you if – maybe unbeknownst to you – the steering apparatus is broken and your car would have gone to the right in exactly the same way even if you had tried to guide the car in any other

6) Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten* (Akademieausgabe) vol.4, 1968, 453 (§49, Allgemeine Anmerkung E)

7) Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, 46.

8) Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat* 46; cf. also Harry Frankfurt, Three Concepts of Free Action: II. In *Moral Responsibility*, ed. John M. Fischer, 1986, 113–116.

direction. In this respect you lacked the technical ability to act in accordance with the law. Note that the alternative possibilities required may be conditional alternatives with respect to the will in this case. You lacked the technical ability because you had no alternative to act in accordance with the law *ifyouhadchosentodoso*.

Further you need the motivational ability: If you are under the influence of a psychosis and the steering apparatus of your car is intact, you may still know how to avoid an accident but you may not be able to motivate yourself to act in accordance with the law, for example because you are driven by fear under the hallucination that the other car which you hit with yours is driven by a deadly enemy whom you must fight. In this case you lack the motivational ability to act in accordance with the law. Note that the alternative possibilities required for this ability are unconditional with respect to the will. You just lacked the motivational ability because the fear caused by the hallucinations left you no chance to choose to act in accordance with the law. There simply is no choice without the motivational ability. The sort of power or control we need for the motivational ability insofar involves a radically free will.

I am of the opinion that genuine or deep responsibility necessary for imposing a just sanction demands both kinds of ability. This is a controversial issue. In particular, the necessity of a motivational ability for the imputation of a moral or legal wrong has been denied by philosophers and criminal law scholars. The motivational ability is not well-liked by some philosophers because it can only exist in a strict sense if our choices are not fully predetermined. The majority of modern philosophers seeks to avoid the requirement of a motivational ability for the reason that these philosophers are compatibilists.⁹⁾ Compatibilists think that a plausible theory of moral or

9) See only Richard Double, *The Non-reality of Free Will*, 1991, 48; John M .Fischer, *The Metaphysics of Free Will*, 1994, ch.8.

legal imputation must be compatible with the hypothesis that the world may not wholly be predetermined (at least partial indeterminism) as well as with the hypothesis that the world may be fully necessitated by the past together with the natural laws (causal determinism). A motivational ability in the sense described above is not compatible with causal determinism and therefore is rejected by compatibilists.

In the following sections I shall try to show that compatibilists are not able to integrate the motivational ability needed for moral or legal responsibility consistently into their concepts. I think it is important to show this because the majority of German criminal law scholars endorses a kind of compatibilism.¹⁰⁾ They are of the opinion that they may bypass the question whether free will exists because the traditional concepts of responsibility and guilt would be valid irrespective of the fact whether causal determinism would be true or not.

III. The Consequence Argument

The decisive objection against compatibilism is that allowing determinism to be a realistic option compels compatibilists to make presuppositions under the presumption of determinism which can only be true in an indeterministic world. To show this is the objective of the so-called Consequence Argument.¹¹⁾

Compatibilists are of the opinion that causal determinism does not exclude

10) See for example Günther Jakobs (note 3) 1/17, Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol I, 4th ed. 2006, 19/36-39.

11) Cf. John Martin Fischer, Compatibilism. In *Four Views on Free Will* J. M. Fischer, R. Kane, D. Pereboom, M. Vargas, 2007, 53-56; Peter van Inwagen, The Incompatibility of Free Will and Determinism. In *Free Will*, ed. Gary Watson, 1982, 96-110.

a sort of free choice sufficient to impute a decision to someone. However, supposing that causal determinism is indeed true, a choice (to commit a crime, for example) is entailed by true propositions about the past and laws of nature. If I were free to choose otherwise, I therefore must have been able to change the past or the natural laws, too, for in a causally deterministic world my choice flows from that past and those natural laws.

Yet, in a causally deterministic world, I can change neither the past nor natural laws. The deterministic flow of events is an unbroken chain. Even if I would be able to change the past (making use of a sort of backward causation via an odd time machine), the decision to change the past would have to be free and not determined. Otherwise, my ability to change the past would not show anything. The past would prompt my decision to change the past which again would cause the past to be as it is. I would not really have changed the past, because I could not have chosen to choose otherwise than I did. Thus, I cannot be able to choose otherwise if causal determinism is true.

IV. Frankfurt-Type Examples and the Kane/Widerker Objection

Compatibilists who accept the soundness of the Consequence Argument¹²⁾ try to plead for the possibility of a free choice without alternative possibilities. The best-known way to point out such possibility of a free choice without alternatives is the description of so-called Frankfurt-type cases, named after Harry Frankfurt who first invented them.¹³⁾ I wish to deal with the following prototype of these examples:¹⁴⁾

12) For example John M. Fischer (note 10) 56

13) Harry Frankfurt, *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, Journal of Philosophy 1969, 829-839

A contemplates to shoot a politician at a meeting but postpones a definitive decision until the last moment at the meeting itself. Thanks to recent advances in science, a neurosurgeon B has implanted a chip in A's brain which allows B to monitor A's thoughts and to influence his decision-making process. B observes A deliberating whether he should shoot the politician or not. B has decided to make use of his ability to stimulate A's brain in favour of shooting the politician if he should foresee that A will decide not to kill the politician. If it should become clear that A will decide by himself to shoot the politician, B will not intervene but only observe. As it happens, A decides by himself to shoot the politician and B remains inactive.

Was A's decision a free choice? Did he have alternative possibilities? The compatibilists would answer in the affirmative to the first question, but in the negative to the second question: Yes, A's decision was a free choice, and no, he did not have alternative possibilities. Therefore, a free choice does not presuppose alternative possibilities.¹⁵⁾

The famous counter-argument is the 'Kane/Widerker objection':¹⁶⁾ The possibility to monitor A's brain and to act exactly in the moment in which A would have made the decision presuppose causal determinism. If indeterminism is true, however, then B will not be able to foresee before the actual decision which decision A is going to make. Consequently, B will not be able to replace A's decision at the exact moment at which A is going to make it. A will always only be able to act a split-second after the decision. Therefore, under

14) The example is parallel to John M. Fischer's (note 10) 58.

15) John M. Fischer (note 10) 60

16) Robert Kane, *Free Will and Values*, 1985, 51; Robert Kane, *The Significance of Free Will*, 1996, 142-144; David Widerker, *Libertarianism and Frankfurt's Attack on the Principle of Alternative Possibilities*, *The Philosophical Review* 104, 247-261

the presumption of indeterminism, real alternative possibilities are open to A at the moment at which he makes the decision which are not excluded by B's device.

V. A Probabilistic Twist to the Frankfurt-Type Examples

Does the Kane/Widerker objection present a convincing rebuttal? I had argued in my Krakow paper¹⁷⁾ that it is possible to conceive of an event as the result of a free choice and at the same time as being supported by certain characteristics which raise the probability of that result. These characteristics can make it possible in some situations to predict behaviour even if the agent has freely chosen to behave in such a way. Would it therefore be a valid rejoinder to the Kane/Widerker objection that we might think of a case in which B is able to foresee on account of a preponderant probability what A is going to do while a corresponding relevant (though maybe very small) probability remains that A resists acting in the way foretold by the probabilistic prognosis? Then the relevant probability that A does not act in the way pointed out by the preponderant probability ensures that the choice is not predetermined while the preponderant probability makes it possible to foretell A's choice with sufficient certainty.

Consequently, we get the impression that it has been tried to refute a highly artificial Frankfurt-type example with a highly formal Kane/Widerker objection. However, our impression is misleading: What did the Frankfurt-style example purport to show? That a choice may be called free even if no alternative possibilities are open to the chooser. What did the Kane/Widerker objection purport to show? That alternative possibilities were open to the chooser even in the highly artificial Frankfurt-type examples.

17) Friedrich Toepel, *Free Will and Infinite Regress*; Manuscript Krakow 2007, 9-11

Now, the Kane/Widerker objection may not have taken probabilistic reasoning serious enough and therefore may have wrongly assumed that the madcap neurosurgeon could not foresee A's choice. Yet, that was not a mistake which made the Kane/Widerker objection useless. The point of the objection was that A did have alternative possibilities at the moment of choice, and that is true even in my probabilistic variation of the Frankfurt-type example: We had described the probability as 'relevant' that A will resist acting in the way pointed out by the preponderant probability. The probability has to be relevant just because we wanted to ensure that A does make a real choice, that the outcome of his reasoning is not predetermined. I had emphasized in my Krakow paper that indeterminism requires a *practically* relevant possibility that the actor chooses an alternative to his actual behaviour.¹⁸⁾ However, there is no practically relevant possibility for the actor to choose an alternative if he does not have real alternative possibilities. Thus, the neurosurgeon may mostly guess rightly what choice the actor is going to make, but the actor still must have alternative possibilities at the time of his choice. We have included that by definition of the word 'relevant' into our variation of the example. If the probability to resist the tendency of the preponderant probability would sink to a merely theoretical level, the whole world of the example would have changed. As a merely theoretical possibility to act differently is not enough to call a choice free, the indeterministic gap would have closed, and a probabilistic determinism would reign.

But a relevant probability that A resists acting in the way foretold by the probabilistic prognosis can of course only be determined in a situation where B is not able to prevent a decision. If such probability is mentioned with reference to Frankfurt-type examples in which B is able to control A, a 'relevant' probability can only make sense as a hypothetical probability,

18) Friedrich Toepel (note 16) 10 footnote 13

namely as a probability of a decision in a hypothetical situation in which neurosurgeon B would not be able to stimulate A's brain. If B is determined to change A's decision, able to predict the decision A is going to make *and* to stimulate A's brain at the right time, then the probability that A resists acting in the way foretold by the probabilistic prognosis cannot be relevant. In my opinion it is also correct to say that A did not make a real decision at all when he wanted to kill the politician because B was in control of the situation and had determined that A should kill the politician in any case.

This variation of the Kane-Widerker objection shows us that the world of indeterminism may just be separated from the world of determinism by a thin veil marked by a distinction between a probability giving a merely theoretical possibility to act otherwise and a practical possibility to act otherwise. The degree of the necessary probability is even a matter of evaluation and may be controversial among expert psychiatrists.

VI. A Relevant Difference between Determinism and Indeterminism

Compatibilists have used the small difference between determinism and indeterminism with respect to the degree of probabilities as an argument in favour of their view: Fischer thinks it bizarre to give up what he calls 'apriori metaphysical truths' that support one's views about free will - simply because the theoretical physicists have established that the relevant probabilities are 100 percent rather than 99 percent.¹⁹⁾

Such a statement will be debunked as misleading by philosophers well-versed in probability theory. It is correct that a small change of

19) John Martin Fischer (note 10) 47

statistical probabilities is never relevant per se to mark a borderline so important as the one between determinism and indeterminism. Yet, the insignificance of the difference cannot be attributed to the fact that there it is not even possible that such difference becomes relevant. If the relevant probability that the agent cannot do otherwise is 100 percent, causal determinism reigns with a certainty that cannot be topped. However, if that probability is only 99 percent, this may not be sufficient to exclude determinism because a one percent probability that the agent will act otherwise than predicted on account of the preponderant probability may be only theoretical and not allow for a practically relevant chance of the actor to choose otherwise.

But it is a question of evaluation whether a one percent lower probability is relevant or not. Psychiatrists may interpret the outcome of a double-blind study, for example, in such a way that the one percent signifies a practically relevant possibility that an agent may resist the tendency of being drawn to make a certain choice. In terms of probability theory, these numbers interpreted as subjective probabilities or degrees of (an experienced psychiatrist's) confirmation may gain relevance for the difference between determinism and the indeterminism relevant for free will.

I do not know whether it ever will be possible to assign numerical values to the difference between the relevant degrees of confirmation. However, this cannot be decisive. It is rather essential that in principle such a difference exists, even if it may only be practicable to assign vague interval probabilities to it. To say that the difference is small and therefore insignificant thus means to beg the question and to jump to a conclusion not supported by the mere fact that the numerical difference between the probabilities mentioned is small. The numerical difference never can justify a decision as to relevance because numerical differences must be evaluated and say nothing without such evaluation.

VII. Another Twist: Pereboom's Tax Evasion Example

Pereboom has proposed another variation to salvage the point of the Frankfurt-type examples.²⁰⁾ He thinks the Kane/Widerker objection can be refuted by dividing the Frankfurt-type examples into two stages. According to Pereboom's variation, A first is able to make a choice to do a or to be prepared to do not a, and only if he has chosen to be prepared to do not a, he will later be able to choose not a. Psychiatrist B only influences the second stage with his technical device. Pereboom illustrates this constellation by the following example:

A is considering claiming a tax deduction which he knows to be illegal. He has a strong but not overriding desire to decide to act in an illegal way. He could only act differently if he would let himself be motivated by moral reasons. Before he could let himself be motivated by moral reasons, he necessarily would have to raise his level of moral attentiveness. If, however, he would have raised his moral attentiveness, this would not be sufficient for him to abstain from acting in an illegal way. Rather, he still could decide to act in an illegal or a legal way. Raising the level of moral attentiveness only enables him to choose to act in a legal way. This time, unbeknownst to A, psychiatrist B implants a stimulating device in A's brain that ensures A's choice of the illegal way once he has raised his moral attentiveness. So, A will always end up choosing the illegal way. Either he chooses not to raise his moral attentiveness. Then he will slide into acting in an illegal way. Or he chooses to raise the level of moral attentiveness. Then he won't be able to make a further decision because B's stimulating device ensures that A's neural centers will make the decision to act in an illegal way.

20) Derk Pereboom, *Living Without Free Will*, 2001, 18–28

Pereboom assumes that A does not choose to raise his moral attentiveness. He simply chooses to evade taxes. Therefore, B's device remains inactive. Was A's choice to evade taxes free?

Pereboom thinks that yes, it was free, though no, A did not have what he calls robust alternative possibilities, for by raising his moral attentiveness A would not have chosen to act legally. He only would have thought he had postponed his decision, while in reality he would have run into a trap which would prevent any further decision concerning this matter.

Kane has objected that here like in the other Frankfurt-type examples, B either not immediately intervenes when A has decided to raise his level of moral attentiveness.²¹⁾ Then B under the presupposition of indeterminism will not be able to prevent A from making a second choice. Or B intervenes before the choice is made, and then A is not able to make a second choice. However, this objection does not get to the core of Pereboom's example. Pereboom's point was that the decision to act in an illegal way must be considered as a free choice though A had no robust alternative possibilities. That A had no robust alternative possibilities is true just because A would not have had a chance to make a second choice.

VIII. Solution of Pereboom's Example: Alternative Possibilities in the Mind

Has Pereboom therefore convincingly shown that there may be free choices without robust alternative possibilities? I think that Pereboom's description of the case conceals an impossibility: It is misleading when he writes that A "chooses" to evade taxes.

21) Robert Kane, Response to Fischer, Pereboom and Vargas. In *Four Views on Free Will*, J. M. Fischer, R. Kane, D. Pereboom, M. Vargas 2007, 171

I shall contend that A in Pereboom's example did not make any choice at all because he did not even *think* he had alternative possibilities. Even if in principle it would be possible to make a free choice without having alternative possibilities - which I deny -, the decider must at least think that he has alternative possibilities when he prepares his free choice. Otherwise, we couldn't say that his choice was reasons-responsive. Even a compatibilist must concede this:

There are two kinds of reasons why I may not think I have alternative possibilities in a situation. There may be a volunative or cognitive shortcoming which prevents me to think that I have alternative possibilities. On the one hand, I lack the volunative element of a choice when I possibly see that hypothetically two alternatives exist but I think that I lack the willpower to carry out the alternative. I may see that I am hypothetically strong enough, for example, to kill my cat by wringing its neck, but I think that I cannot bring myself to overcome the love I have for my cat. Then I do not decide to let the cat live because I do not see a practical possibility to kill it.

On the other hand, I lack the cognitive element of a choice when I do not think of alternative possibilities. If I walk through an ancient corridor of a castle and there is a secret door in the wall, for example, I only choose between two possible ways when I know of the secret door. When I do not know of the secret door, I do not choose between two ways if I walk straight on, for in my mind there is no alternative. I do not see the secret doorway. I just might think that hypothetically I could choose between two alternatives if there would be a secret doorway. However, the possibility to pass through the secret doorway must remain a theoretical possibility as long as I do not have the requisite knowledge.

But why may not A in Pereboom's example think he has alternative possibilities? He would have to think that at the time at which he decides to evade taxes. I think that the situation is different depending on whether A lacked the necessary voluntative element or the necessary cognitive element. If A lacked the necessary voluntative element, he might miscalculate his own will power and think that he is strong enough to make the alternative decision. However, if he lacked the necessary cognitive element, he does not know of the alternative, and as long as this knowledge is missing, there is no way to choose.

I am of the opinion that A in Pereboom's example can only be conceived in such a way as to lack the necessary cognitive element. A is not able to choose to act in a legal way because he first must raise his moral attentiveness. That means that A must confront himself with the facts more clearly before he can make the choice to act in a legal way. But when he has confronted himself with the facts, he is able to choose. He therefore does not lack the will power to make the choice. All that is needed is a heightened awareness of the facts. A lacks a cognitive element, and such lack of knowledge prevents him to see practically relevant alternatives. Therefore he does not make a choice at all in Pereboom's example.

Would it not at least be possible that A chooses to raise his moral attentiveness in order to choose to act in a legal way later? No, because that presupposes that he at least can choose to use the choice to raise his moral attentiveness as a means to make himself able to choose to act in a legal way later. However, he who chooses a means to achieve an end also chooses the end itself. And that is precluded by Pereboom's description that A is not able to choose to act in a legal way before he has raised his moral attentiveness. Cannot A at least choose to raise his moral attentiveness in order to keep open the possibility of choosing to act in a legal way later? No, for choosing possibly to choose to act in a legal way later means letting

oneself be motivated by the possibility to act in a legal way if the possibility is practically relevant and not merely theoretical.²²⁾ He who cannot be motivated to act in a legal way, also cannot be motivated possibly to act in a legal way. Consequently, if Pereboom writes that A cannot be motivated to act in a legal way before his moral attentiveness is raised, then A also cannot be motivated possibly to act in a legal way before his moral attentiveness is raised. Therefore, A would lack alternative possibilities in this variation as well.

Now, we are able to see more clearly: A's acting in an illegal way before he has raised his moral attentiveness cannot be the result of a choice but only the result of eventually being caught by his 'strong but not overriding' desire. Again, it is misleading when Pereboom uses the term 'not overriding'. The desire may not prompt immediate action, but if a person cannot choose the negation of evading taxes, it is not understandable how he should motivate himself to raise his moral attentiveness. He can only say: 'I do not want to act illegally *now*.' Yet, it will remain a coincidence whether he not only postpones the gratification of his desire but also raises his moral attentiveness. Postponing the gratification of the desire and raising the moral attentiveness are two totally unconnected things. It is imaginable that A simultaneously with his decision to postpone acting in an illegal way experiences something (a disaster, for example) which motivates him to raise his moral attentiveness. It is possible that after this has happened, A sees the whole situation in a different light and decides consciously to act in a legal way. Whether his life takes such a turn, however, is not in A's hands, not if he is the person as whom Pereboom describes him.

Therefore, Pereboom correctly writes that A has no robust alternatives in

22) If the possibility is merely theoretical, it cannot be decisive for the motivation to raise his moral attentiveness. Someone who only sees a theoretical possibility to act differently which in his opinion is not practically relevant, does not see an alternative possibility.

his example, but the description of the situation also precludes that a choice has been made at all.

IX. A Last Attempt to Amend Pereboom's Endeavour

We have discovered in the last section that Pereboom's endeavour to find a convincing Frankfurt-type variation, failed because A lacked a *cognitive* element which prevented him to see alternative possibilities.

But perhaps it would be possible to amend Pereboom's example if we substitute the cognitive shortcoming by a voluntative shortcoming? A then would not have the necessary will power to choose to act in a legal way if he did not first take an energy drink. However, he may believe he has the necessary will power to choose to act in a legal way without taking the energy drink. Has he made a free choice if he chooses to evade taxes instead of first choosing to take an energy drink?

Here, it is interesting that the energy drink is no necessary element of a plan to act in a legal way because A falsely believes he can choose to act in a legal way without taking the energy drink. Insofar a false belief concerning a voluntative shortcoming is always connected with a cognitive shortcoming. However, the cognitive shortcoming always excludes a free choice with respect to the facts which are concealed to the decider. Therefore, the cognitive shortcoming in this energy drink variation cannot help to amend Pereboom's example. It should be disregarded, and we should concentrate on A's false belief.

A believes that he now is able to choose to act in a legal way, while in reality he lacks sufficient will power to make the decision. However, with respect to the lacking will power our variation is similar to a classic

Frankfurt-type example like the one discussed under section IV. The difference between our variation and the example in section IV is that in section IV the device implanted in A's brain is stimulated at the exact moment of the decision, while in our variation A's brain is influenced in one direction because of lacking will power already before the decision. I think that the solution of such a variation should not be controversial: If A's brain is thus influenced in advance or if A lacks the sufficient will power, the decision is not A's own. He is helplessly exposed to the circumstances and therefore not making a free choice.

Therefore, my attempt to amend Pereboom's example has failed.

VIII. Guidance Control vs. Regulative Control

John Martin Fischer has proposed a criterion for free choices without alternatives which he terms 'guidance control'.²³⁾ A person acts with guidance control when he makes reasons-responsive choices though no alternative possibilities may be open to him. However, as we have already noted above, it is incomprehensible how someone should choose in a reasons-responsive way if no alternative possibilities are open to him. What significance can a reason have if it cannot guide a person to decide differently than he would have decided without the reason?

Fischer gives the example that you turn to the right with your car while – unbeknownst to you – the steering apparatus of your car is broken. The car would have gone to the right anyway if you had tried to guide the car in any other direction. Fischer thinks that the defect of the steering apparatus does not prevent you to have guidance control over the car's

23) John M. Fischer (note 10) 57–59, 78–80

movements as long as you turn to the right and the trajectory actually travels that way.²⁴⁾

In my opinion, we have to remember the distinction between the technical ability to act in accordance with the law and the ability to motivate oneself to act in accordance with the law from section II above. The control over the car when turning to the right in Fischer's example is similar to the technical ability to act in accordance with the law, while your decision to turn right is similar to the motivational ability to act in accordance with the law. The decision to turn right is not impaired by the broken steering apparatus. You have real alternatives insofar and therefore can make a free choice. However, the ability to turn your car into a certain direction is impaired by the broken steering apparatus. You may not decide to turn the car to the left. You are only lucky that you want to turn the car in exactly the direction in which it is able to go. The trajectory does not travel the way it does because of your decision. It is not reasons-responsive, only your decision to travel that way is. Therefore, to exercise guidance control over your car means that you exercise no control at all. Fischer himself insists that in order to exhibit guidance control, the actual-sequence mechanism must be the agent's own.²⁵⁾ If there are no alternative possibilities to the agent's behaviour, the actual-sequence mechanism cannot be the agent's own. That Fischer argues to the contrary, shows that he relies on an inadequate notion of an agent. As a compatibilist he must choose a notion of 'being active' which is completely consistent with causal determinism. Such notion in Fischer's mind is what is required for moral responsibility. But a notion of being active which is consistent with causal determinism would also include 'active' animal behaviour where the question of moral responsibility is not appropriate. Animals are not held responsible exactly because they do not freely choose between alternative possibilities and are drawn to a certain

24) John M. Fischer (note 10) 57

25) John M. Fischer (note 10) 59

behaviour by their instincts.

Choices therefore are not free if the decider does not have alternative possibilities open to him or 'regulative control' as Fischer terms it. Guidance control is not enough.

IX. Summary

'Deep responsibility' needed to impute an act legally to a person requires a radically free will:

If criminal law addresses the criminal as a person, it must make it possible for him to understand the punishment as a just reaction to the crime committed. The criminal can only understand the punishment as a just reaction if he sees the possibility that he could have acted in accordance with the law instead of committing the crime. Therefore, a genuine alternative possibility to act in accordance with the law must have been open to the criminal.

Genuine alternative possibilities were only open to the criminal if he had a free choice to act otherwise than he did. Such free choice is not compatible with causal determinism.

There cannot be a 'deep' responsibility required for moral or legal imputation without this freedom of choice. Frankfurt-type examples are no argument against the necessity of this freedom of choice. Compatibilists are not able accommodate this freedom of choice within their systems. The substitute compatibilists offer for the freedom of choice is not sufficient to justify moral or legal imputation.

형법에 있어 심도있는 책임과 대안적 선택가능성*

Friedrich Toepel**

(역)강우예 박사

형사정책연구원 연구위원

< 목 차 >

- I. 사람을 교정하는 형태로써의 처벌
- II. 책임에 관한 요건으로서의 두 가지 종류의 능력
- III. 결과론적 주장
- IV. 프랑크푸르트 식의 예들 그리고 케인과/비더커의 반론
- V. 프랑크푸르트 식 범례들에 대한 가능한 변형
- VI. 결정론과 비결정론 사이의 의미있는 차이
- VII. 다른 변형: 페레봄의 탈세 사건
- VIII. 페레봄의 예에 대한 해결책: 마음속의 대안적 선택가능성들
- IX. 페레봄의 노고를 수정하는 마지막 시도
- VIII. 방향 통제vs. 규제적 통제
- IX. 결론

I. 사람을 교정하는 형태로써의 처벌

본고에서는 어떤 자에게 심도있는 책임을 부과하기 위하여 대안적 선택가능성이 필요한지 여부와 자유 의지에 관한 철충론적 견해가 그러한 책임을 내용으로 담고 있는지 여부에 대하여 다룰 것이다. 도덕적 혹은 법적 비난에 전제되

* 심사위원 : 이정원, 양종모, 성낙현

투고일자 : 2009. 8. 30 심사일자 : 2009. 9. 11 게재확정일자 : 2009. 9. 25

** 독일 Bonn 대학교 교수, 독일·미국 변호사

는 심도있는 책임을 부과하기 위하여 대안적 선택가능성이 필요하다는 결론을 내릴 것이다. 자유의지에 관한 절충적 견해는 그러한 책임을 자신의 체계 내에서 조화롭게 포섭하지 못한다는 입장을 옹호할 것이다.

도대체 왜 형법 혹은 도덕적 이론에 있어 대안적 선택가능성이 중요한가? 법적이거나 도덕적인 기준에 위반되는 사태를 야기했다고 내가 어떤 이를 비난하면 그는 내게 그 행위를 피할 수 없었다고 대답한다. 만일 피할 수 없는 사태를 야기한 행위자에 대하여 제재를 가하는 것은 정의롭지 못한가? 여러 형벌론들은 이 질문에 각기 다른 대답을 제시한다.

소극적 일반 범죄방지 혹은 예방이론은 대안적 선택가능성들이 결여된 경우에도 적어도 제재의 적극적인 효과를 기대할 수 있다. 왜냐하면 그 제재는 장래 발생가능한 범위반과 관련하여 시민들에게 위화력을 가질 수 있기 때문이다. 그 메시지는 시민들에게 다음과 같이 받아들여진다: '우리가 목격하기를 원하지 않는 사태가 야기되는 것을 피하기 위하여 당신은 최선을 다했는가!' 범죄행위자가 왜 자신이 연루된 특정한 상황에서 제재가 이루어지는지에 대하여 이해하지 못한 경우와 당해 사태를 야기하는 것을 피할 가능성이 전혀 없었던 경우가 이에 해당한다.

특별예방이론으로부터 만족스러운 답변을 얻지 못했다면, 대안적 선택가능성이 결여된 경우 왜 우리는 제재를 가하면 안 되는가. 우리는 범죄행위자가 교육처분을 받기 위하여 그가 한 행위를 이해할 필요가 없는지에 대하여 질문할 수 있다. 그러므로, 특별예방은 범죄인이 그의 과거행위에 대하여 책임이 없다는 것을 전제로 한다. 그에 대한 교육은 법에 대한 장래의 위반행위를 피할 수 있도록 하는 수단이다. 회피할 수 없었던 행위가 치료처분의 원인이 된다고 할지라도, 법에 대한 장래의 위반행위를 어떻게 피할 것인지에 대하여 일정한 자를 교육시키는 것이 여전히 가능하다.

일반예방이론의 최근의 발전에 따르더라도, 심지어 적극적 일반 예방 조차 왜 대안적 선택가능성이 결여된 자를 처벌하면 안 되는지에 대하여 만족스러운 대답을 제시할 수 없다. 적극적 일반 예방은 일반 대중이 제재의 부과를 통하여

법에 관한 정보를 제공받는다든 것을 의미한다. 그렇게 함으로써, 법에 대한 신뢰가 강화된다. 또한 제재는 위법행위가 받아들일 수 있는 행위로 인식되는 것을 방지한다. 적극적 일반예방은 소극적인 예방이론을 지배하는 위협을 단지 희미하게 가린다: 가장 교육적인 효과는 피교육자가 심리적으로 가장 동의할 수 없는 제재를 통하여 얻어진다.

우리가 책임을 부과할 시 대체적 선택가능성이 필요한 이유에 대한 결정적인 단서는 응보형 이론이 제공한다. 응보는 여기서 범죄행위자가 제재를 정확히 받도록 하기 위하여 법적으로 잘못된 행위가 제재를 받는다는 것을 의미한다. 위법행위에 대하여 특정한 사회가 제재를 가함으로써 당해 위법행위가 그 사회에서 얼마나 심각한지를 보여준다. 제재가 정확하게 부과되어야 하는 이유는 사회가 그 시민들을 사람들로 취급하기 때문이다. 사람은 권리의 보유자로 취급되며 그러한 권리들을 행사할 수 있어야 한다. 그러므로, 법은 시민들을 사람들로 취급할 뿐만 아니라 시민들을 사람으로 교정한다. 그러한 사회에서, 만일 위법행위자가 처벌을 정당한 것으로 받아들이지 못한다면 당해 처벌이 정당한 것이 될 수 없다. 또한 위법행위자가 제재를 피할 수 없다면, 제재를 정당한 것으로 받아들일 가능성이 없어진다. 만일 위법행위자가 그러한 제재를 피할 수 없다고 하더라도, 가능한 장래의 범법자에 대한 예방하거나 교육시킬 수 있다. 하지만 이것은 오직 처벌되는 위법행위자를 수단으로 사용했으며, 즉 칸트적인 의미에서 목적으로 사용하지 않았기 때문이다.

II. 책임에 관한 요건으로서의 두 가지 종류의 능력

그러므로 응보이론하에서 범죄자가 특정한 제재를 피할 가능성이 있다는 것은 정당한 제재를 부과하기 위한 필요한 전제이다. 만일 범죄자가 법을 준수할 수 있다면 그 제재를 회피할 수 있다. 만일 1. 그가 법에 따라 행위 할 기술적 능력을 가지고 - 나는 이것을 기술적 능력으로 부를 것이다 - 2. 법에 따라 행위할 할 능력을 가지고 있다면, 그는 법에 따라 행위할 수 있다 - 이에 대해서는 동기적 능력이라고 부를 것이다.

두 가지 종류의 능력은 대안적 선택가능성을 전제로 한다: 비록 당신이 차를 우회전하여 고의로 사고를 냈다고 하더라도, 만일 핸들이 과열되어 반대 방향으로 전환하려고 했으나 차가 우회전 해버렸다면, 내 의견으로는 당해 사고의 책임을 당신에게 물을 수 없다. 이러한 견지에서, 당신은 법에 따라 행위 할 기술적 능력을 결여하고 있다. 요청되는 대안적 선택가능성들은 이 경우 조건적 대안들이라는 것에 주목해야 한다. 만일 당신이 선택한다면 법에 따라 행위 할 수 없었기 때문에 당신은 기술적 능력을 결여했다.

나아가 당신은 동기적 능력을 필요로 한다: 만일 당신이 정신병에 시달리고 있으며 당신 차의 핸들이 손상되지 않았다면, 당신은 사고를 어떻게 피할 수 있는지를 인식할 수 있지만 당신 스스로 합법적으로 행위할 수 없다. 예를 들어, 당신의 차로 충돌한 상대 차가 당신이 싸워야 하는 무서운 적들에 의하여 운전되고 있다는 환상이 낳은 공포에 당신이 지배되었기 때문이다. 이 경우, 당신은 합법적으로 행위 할 동기적 능력이 부족하다. 이러한 능력에 대하여 요구되는 대안적 선택가능성은 무조건적이라는 것에 주목해야 한다. 환상이 낳은 두려움이 법에 따라 행위 할 기회를 없애기 때문에, 당신은 동기적 능력이 부족하다. 동기적 능력과 관련하여 우리가 필요한 일종의 능력 혹은 통제력은 급진적인 자유의지와 관계되어 있다.

정당한 제재를 부과하는 데 필요한 진정하고 깊이 있는 책임은 두 가지 능력을 모두 요구한다, 즉 기술적인 능력뿐만 아니라 동기적 능력이 여기에 해당한다. 이것은 상당히 논란이 많은 문제이다. 특히, 도덕적인 혹은 법적인 위법행위를 비난하기 위한 동기적 능력의 필요성은 철학자들 그리고 형법학자들에 의하여 부인된다. 우리의 선택들이 사전에 완전히 결정되지 않은 경우에 엄격한 의미에서 동기적 능력이 존재 하기 때문에 몇몇 철학자들은 동기적 능력을 그리 좋아하지 않는다. 현대의 철학자들의 대부분은 절충주의자들이기 때문에 동기적 능력이라는 요소를 선호하지 않는다. 절충주의자들은 도덕적 혹은 법적 비난에 관한 설득력 있는 이론이 세계가 완전히 사전에 결정된 것이 아니라는(적어도 부분적인 비결정주의적) 가설과 동시에 자연의 법칙과 함께 존재하는 과거에 의하여 세계가 완전히 결정된다(인과적 결정주의)는 가설이 양립해야 한다고 생각한다. 위에서 설명한 견지에서 동기적 능력은 절충주의자들이 거부한 인과

적 결정주의와 양립하지 않는다.

아래 절에서는 나는 절충주의자들이 도덕적 혹은 법적 책임과 관련하여 필요한 동기적 능력을 그들의 개념으로 설명할 수 없다는 것을 보여 주려고 한다. 다수의 독일형법학자들이 일종의 절충주의를 지지하기 때문에 나는 이러한 주장이 중요하다고 생각한다. 인과적 결정론이 진실이든 아니든 간에 책임과 죄에 관한 전통적인 개념은 유효하기 때문에 자유의지가 존재하는가라는 의문을 완곡히 피했다는 견해를 가지고 있다.

III. 결론론적 주장

절충주의에 대한 결정적인 반대논거는 다음과 같다. 즉, 결정론을 현실적인 선택사항으로 하는 것은 절충주의자들이 결정론적 가정을 전제하도록 강요하는 것이다. 하지만 이것은 비결정주의적 세계에서나 그러하다. 이것을 보여주기 위한, 소위 결정론적 주장은 다음과 같다.

절충주의자들은 인과적 결정론이 자기 결정에 대한 책임을 부과하기에 충분한 일종의 자유선택을 배제하지 않는다는 견해를 가지고 있다. 하지만, 인과적 결정주의가 결국 진실이라고 가정하면, 선택(예를 들어, 범죄를 범하는)은 과거와 자연의 법칙이 관한 사실적 전제들을 필연적으로 따르는 것이다. 내가 다른 식으로 선택할 수 있었다고 가정하면, 나는 과거나 자연의 법칙을 바꿀 수 있어야 한다. 왜냐하면 인과적으로 결정론적 세계에서 나의 선택은 과거와 자연의 법칙으로부터 유래하는 것이기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 인과적 결정론적 세계에서, 나는 과거 혹은 자연의 법칙을 바꿀 수 없다. 사건의 결정론적 흐름은 단절되지 않는 연속체다. 비록 내가 과거를 바꿀 수 있을 지라도(타임머신을 이용해 인과를 거슬러 오르는 것을 이용하여), 과거를 바꾸는 결정은 자유롭고 비결정적이어야 한다. 그렇지 않다면, 과거를 바꾸는 나의 능력은 어떤 것도 보여줄 수 없다. 과거는 과거가 다시 그 자체로 존재하도록 하는 과거를 변화하도록 내가 결정하게 한다. 나는 내가 한

것과는 다르게 선택했을 수 없기 때문에 나는 진정한 의미에서 과거를 바꾸지 못한다. 그러므로, 만일 인과적 결정론이 사실이라면, 나는 다른 식으로 선택할 수 없다.

IV. 프랑크푸르트 식의 예들 그리고 케인과/비더커의 반론

결과론의 건전함을 받아들이는 절충주의자들은 대안적 선택가능성 없는 자유 선택이 가능하다고 주장한다. 대안없는 자유선택의 그러한 가능성을 지적하는 가장 잘 알려진 방식은 헨리 프랑크푸르트의 이름을 따라 만든 소위 프랑크푸르트 식 사건들에 대하여 묘사하는 것이다. 이에 관하여 다음과 같은 전형적 예들을 다루고자 한다.

A는 한 모임에서 정치인을 총으로 쏠 것을 계획했다. 그러나 그 모임의 마지막 순간까지 마지막 결정을 보류했다. 최근의 과학의 진보를 이용하여 신경외과 의사 B는 A의 뇌에 칩을 심었다. 그 칩은 B가 A의 생각을 감시하고 A의 결정과정에 영향을 줄 수 있는 것이다. B는 A가 정치인을 쏘아야 하는지에 대하여 고민하는 사실을 알게 되었다. 만일 A가 정치인을 살해하지 않기로 하는 결정이 예측가능하다면, B는 정치인을 쏘도록 A의 뇌를 자극할 수 있는 자신의 능력을 이용하기로 결정했다. A가 홀로 정치인을 쏘기로 결정하는 것이 명백하다면, B는 개입하지 않을 것이며 단지 관찰할 것이다. A는 혼자 그 정치인을 쏘기로 결정했으며 B는 아무런 행위를 하지 않았다.

A의 결정이 자유 선택인가? 그가 대안적 선택가능성을 가지고 있는가? 절충주의자들은 첫 번째 질문에 대하여 긍정적으로 대답하지만 두 번째 질문에 대하여 부정적으로 답한다: 그렇다, A의 결정은 자유선택이다. 그리고 그렇지 않다, 그는 대안적 선택가능성들을 가지고 있지 않다. 그러므로 자유선택은 대안적 선택가능성들을 전제로 하지 않는다.

유명한 반론은 케인/비더커의 반론이다: A의 뇌를 감시하고 A가 결정할 특정한 순간에 정확하게 행위할 가능성은 인과적 결정론을 전제로 한다. 그러나 만

일 비결정론이 사실이라면, B는 실제적인 결정 전에 A가 행할 결정을 예견할 수 없다. 결국, B는 A가 결정을 내릴 정확한 순간에 A의 결정을 대체할 수 없을 것이다. A는 항상 결정 직후에 행동할 수 있다. 그러므로, 비결정론하에서는 B의 기기로 배척되지 않는 결정을 A가 내리는 순간에 진정한 대안가능성들이 A에 열려 있는 것이다

V. 프랑크푸르트 식 범례들에 대한 가능한 변형

케인/비더터의 반대는 설득력 있는 반론을 제시하는가? 나는 나의 크레이코 페이퍼에서 일정한 사건이 자유선택의 결과로 발생하며 동시에 결과발생의 개연성에 연결되는 일정한 특징적 요소들로 인하여 발생하는 것을 생각해 볼 수 있다고 주장했다. 그러한 방식으로 행위하도록 자유롭게 선택할 수 있음에도 불구하고 이러한 특징적 요소들은 몇몇 상황에서 행위를 예측할 수 있게 한다. 유사한 의미있는 개연성인 A가 개연적인 진단이 예견하는 방향으로 행위하는 것을 거부하는 것이 여전히 남아있지만, 나의 견해가 B가 압도적인 개연성의 견지에서 A가 행위에 대하여 예측할 수 있는 사전에 대해서 우리가 생각해 볼 수 있다는 케인/비더커의 반론에 대한 유효한 답변이 될 수 있지 않을까? 그러면, 지배적인 개연성이 A의 선택을 충분히 확실하게 예측할 수 있도록 하는 반면에 A가 지배적인 개연성이 가리키는 방향으로 행위하지 않을 수 있다는 관련 개연성은 그 선택이 사전에 결정되어 있지 않다는 것을 확실히 보여준다.

따라서, 우리는 고도의 형식적인 케인/비더만의 반론으로 고도로 인위적인 프랑크푸르트 식의 범례를 논박하도록 하는 느낌을 받는다. 그러나, 우리의 인상은 잘못된 것이다. 프랑크푸르트 식의 범례는 무엇을 보여주었는가? 어떠한 대안 가능성도 선택자에게 열려있지 않음에도 불구하고, 선택이 자유롭다고 명명될 수 있다. 케인/비더커 반론이 무엇을 제시하고자 하는가? 그러한 대안적 선택가능성은 심지어 고도로 인위적인 프랑크푸르트 식의 범례에 있어 선택자에게 열려있었다.

현재, 케인/비더만의 반론은 개연성 추론을 무게감 있게 받아들이지 않을 수

도 있었으며 고집센 신경외과의가 A의 선택을 예측할 수 없다고 잘못 가정했을 지도 모른다. 그럼에도 불구하고, 그것은 케인/비더커의 반론이 쓸모없다고 받아들이는 것은 실수가 아니다. 반론의 초점은 A가 선택의 순간 대안적 선택가능성들을 가졌다는 것이며 이는 프랑크푸르트 식의 범례와 관련된 개연성 이론에서도 사실이다: 우리는 A가 압도적인 개연성이 가리키는 방식으로 행위하는 것을 거부하는 개연성이 중요한 것으로 설명했다. 우리가 A가 진정한 선택을 했다는 것과 그의 추론의 결과가 사전에 결정된 것이 아니라는 것을 확증하기를 원하기 때문에 그러한 개연성이 중요하다. 나는 나의 크라코우 페이지에서 비결정론이 행위자가 그의 실제로 행위를 하기 위한 대안을 선택하는 실용적으로 의미있는 가능성을 요청한다고 강조했다. 하지만, 만일 행위자가 진정한 대안적 선택가능성들을 가지지 않는다면, 행위자가 대안을 선택할 실천적으로 중요한 가능성이 없게 된다. 그러므로, 신경외과의는 어떠한 선택을 행위자가 하게 될 것인 가를 올바르게 추측할 수 있으나 행위자는 여전히 그의 선택시 대안적 선택가능성들을 가져야 한다. 우리는 그것을 '의미있는(relevant)'이라는 단어 정의 대로 우리의 범례의 종류에 포함시켰다. 만일 압도적인 개연성의 흐름에 저항하는 개연성이 단지 이론적인 수준으로 쇠퇴한다면, 그와 관련된 세계 전체가 변화했을지도 모른다. 다르게 행위 할 단순한 이론적인 가능성이 선택의 자유를 부를만큼 충분하지 못할 때, 비결정론적인 틈새는 메꾸어질 것이고 개연적 결정론이 주도권을 쥐게 될 것이다.

우리는 비결정론적 세계가 다르게 행위 할 수 있는 단순한 이론적인 가능성을 제시하는 개연성과 다르게 행위 할 수 있는 실천적인 가능성을 간의 차이를 구분하는 얇은 베일에 의하여 결정론적 세계로부터 분리될 수 있다는 결론을 내릴 수밖에 없다. 필요한 개연성의 등급은 평가의 문제이고 정신의학자들간에 논란이 될 수 있는 것이다.

VI. 결정론과 비결정론 사이의 의미있는 차이

절충주의자들은 그들의 관점을 뒷받침하기 위하여 개연성들의 등급과 관련하여 결정론과 비결정론 사이의 작은 차이를 활용한다: 피셔는 스스로 '선택적인

형이상학적 진실'이라고 불렀던 것을 포기하는 것은 이상하다고 생각했다. 이론 물리학자가 중요한 개연성은 99퍼센트가 아니라 100퍼센트라는 것을 수립했기 때문에, 선험적인 형이상학적 진실은 자유의지와 관련된 일정한 관점을 뒷받침한다.

그러한 진술은 개연성 이론에 정통한 철학자들에 의하여 잘못된 것으로 폭로될 것이다. 통계적 개연성의 작은 변화가 결정론과 비결정론 사이에 중요한 경계를 만들 만큼 의미있는 것이 아니라는 사실은 옳다. 그럼에도 불구하고 그 차이가 비록 중대하지 않다고 하더라도 전혀 의미가 없다고 하는 것은 무리이다. 만일 행위자가 다른 식으로 행위할 개연성이 100퍼센트 라면, 인과적 결정론이 최고의 확실성으로 주도권을 쥐게 될 것이다. 그러나, 만일 개연성이 단지 99퍼센트라면, 단지 일퍼센트의 개연성이 단지 이론적이며 행위자가 다른 선택을 할 실천적으로 의미있는 기회를 제공하지 않을 수 있기 때문에, 결정론을 배제하는데 충분하지 않을 것이다.

하지만 100퍼센트 보다 낮은 일퍼센트의 개연성이 의미있는지 여부는 평가의 문제이다. 예를 들어, 정신의학자들은 일퍼센트가 행위자가 특정한 선택을 할 경향에 저항할 실천적으로 의미있는 가능성을 나타낸다는 식으로 연구결과물을 해석할 지도 모른다. 개연성 이론의 견지에서, 주관적 개연성 혹은 확실성의 등급들로 해석될 100퍼센트 혹은 99퍼센트들은 결정론과 자유의지와 관련된 비결정론 사이의 차이가 유의미하다는 것을 보여줄 수 있다..

확실성의 의미있는 등급들 사이의 차이에 대한 수치적인 평가를 하는 것이 가능한지에 대하여 나는 알지 못한다. 오히려, 수치적인 평가는 결정적이지 않다. 모호하고 시간적으로 오래된 개연성을 부여하는 것은 실천적임에도 불구하고, 원칙적으로 그러한 차이가 존재한다는 것은 다소 본질적이다. 그 차이가 미세하고 중요하지 않다고 말하는 것은 개연성들 간의 수치적 차이가 적다는 단순한 사실에 의하여 뒷받침 되지 않는 결론으로 비약하는 것을 의미한다. 수치적인 차이는 평가되어야 하고 그러한 평가 없이 어떠한 것도 언급할 수 없기 때문에 그와 같은 수치적인 차이는 의미있는 결정을 결코 정당화하지 않는다.

VII. 다른 변형: 페레봄의 탈세 사건

페레봄은 프랑크푸르트 식의 범례와 관련된 관점을 구원할 다른 견해를 제시했다. 그는 케인/비더커의 반론이 프랑크푸르트 식의 예에서 두 가지 단계로 분리하여 논박할 수 있다고 생각한다. 페레봄의 관점에 따르면, A는 첫째 a를 할 수 있는 선택을 할 수 있거나 a를 하지 않을 것을 준비할 수 있으며, 그가 a를 하지 않을 것을 준비하는 한도에서, 그는 a가 아닌 것을 선택할 수 있다. 정신병리학자 B는 그의 기계적 장치로 두 번째 단계에 영향을 줄 수 있다. 페레봄은 다음과 같은 예로 이러한 구도에 대하여 설명한다.

A는 스스로 생각하기에 불법인 세금감면을 청구할 것을 고려하고 있다. 그는 불법적인 방식으로 행위 할 강하지만 압도적이지는 않은 욕망을 가지고 있다. 만일 그가 도덕적 이유에 의하여 동기부여가 되었다면 그는 다르게 행위할 수 있다. 도덕적 이유에 의해 동기부여되기 전에, 그는 필수적으로 자신의 도덕적 주의의 수준을 높여야 할 것이다. 하지만, 만일 스스로 도덕적 주의를 고양시켰다면, 그가 불법행위를 꺼리는 것 정도로는 충분하지 않을 것이다. 그는 여전히 불법적으로 혹은 합법적인 방식으로 행위하도록 결정할 수 있다. 도덕적인 주의의 수준을 높여서 그는 보다 합법적인 방식으로 행위하게 된다. 이 경우, A에게 알려지지 않는, 정신병리학자 B는 A의 뇌에 자극할 기기를 심을 수 있다. A가 자신의 도덕적 주의를 고양시킨다면, 그 기기는 A가 불법행위를 선택하도록 조정할 수 있다. 그 경우, A는 항상 불법행위를 선택하는 것으로 결론이 날 것이다. 아니면 그는 스스로의 도덕적 주의수준을 높일 수 있다. 이 경우, B의 자극 기기가 A의 신경센터가 불법행위에 대한 결정을 하도록 통제하기 때문에 그는 다른 결정을 할 수 없다.

페레봄은 A가 스스로의 도덕적 주의를 높이지 않으려 한다고 가정한다. 그는 단지 세금을 탈세하려고 한다. 그러므로 B의 기기는 작동하지 않은 채로 있다. A의 탈세선택이 대가를 치르지 않을 것인가?

그렇다 그것은 대가를 치르지 않는다. 설사 대가를 치른다고 하더라도 A는

다양한 대안적 선택 가능성을 가진 상태는 아니라고 페레봄은 생각한다. 왜냐하면 스스로의 도덕적 주의를 고취시킴으로써, A는 합법적으로 행위할 것으로 선택하지 않았기 때문이다. 그는 단지 그의 결정을 보류했다고 생각했다. 반면 실제로 그는 이 문제와 관련된 다른 부가적인 결정을 가로막는 함정에 빠져들었다.

케인은 다른 프랑크푸르트 식의 범례에서 보는 바와 같이, A가 스스로 도덕적 주의 수준을 고취시키기로 결정했을 때 B는 즉시 개입하지는 않았다. 그러면, 비결정론적 가정하에서 B는 A가 두 번째 선택을 하는 것을 막을 수 없을 것이다. 아니면 B는 선택이 이루어지기 전에 개입했으며 그리고 A는 두 번째 선택을 할 수 없다. 그러나, 이 반론은 페레봄의 예의 핵심에 도달하지 않았다. A가 대단히 많은 대안적 선택가능성들을 보유하고 있지 않음에도 불구하고, 불법행위에 대한 결정은 자유선택으로 고려되어야 한다는 것이 페레봄의 주장의 초점이었다. A가 두 번째 선택을 할 기회를 가지지 못했기 때문에, A가 다양한 대안적 선택가능성들을 가지고 있지 못하다는 것은 사실이다.

VIII. 페레봄의 예에 대한 해결책: 마음속의 대안적 선택가능성들

다양한 대안적 선택가능성들이 없어도 자유선택의 존재가 가능하다는 것을 페레봄이 확실하게 제시했는가? 이 사건에서 페레봄의 묘사는 불가능을 감추는 것이라고 나는 생각한다: A가 탈세를 선택했다고 기술했을 때 그것은 잘못된 것이다.

페레봄은 대안적 선택가능성들을 가졌다고 생각조차 하지 않았기 때문에, 페레봄의 범례에서 A는 어떠한 선택도 하지 않았다. 원칙적으로 대안적 선택가능성들 없이 자유선택을 하는 것은 가능하지만 - 나는 이것을 반대하지만 -, 결정자가 자유선택을 하려 할 때 스스로 대안적 선택가능성들을 가지고 있다고 적어도 결정자가 생각해야 한다. 그렇지 않다면, 그의 선택이 이성애 기인한 것

이라고 언급할 수 조차 없다. 절충주의자들도 이것을 인정해야 한다.

일정한 상황에서는 대안적 선택가능성들을 가진다고 생각할 수 없는 두 가지 종류의 이유가 있다. 내가 대안적 선택가능성들을 가졌다고 생각하지 못하도록 하는 자발적이거나 인지적인 결함이 존재한다. 한편으로는, 내가 가설적으로 두 가지 대안이 존재하는 것을 인식했지만 하나의 대안을 수행할 의지능력이 부족하다고 생각한다면, 나에게는 선택에 있어 자발적인 요소가 부족하다.

예를 들어 내가 나의 고양이 목을 졸라서 죽일 수 있을만큼 강하다는 것을 내가 알고 있지만 고양이에 대한 사랑을 극복할 수 없다고 생각한다. 그러면 내가 고양이를 죽일 실천적인 가능성을 인식하지 못하기 때문에 나는 고양이의 생존에 대한 결정을 내린 바 없다. 나는 사실상 고양이를 생존하도록 내버려 둔 것이다.

다른 한편으로는, 대안적 선택가능성들을 고려하지 않을 때, 나에게 선택의 인식적 요소가 부족하다. 만일 내가 성의 고대 복도를 따라 걷게 되었는데 복도의 벽에 비밀의 문이 존재한다고 가정하자. 예를 들어, 내가 비밀의 문에 대하여 알게 된 때, 나는 두 가지 가능성 중 하나를 선택한다. 내가 비밀의 문에 대하여 알지 못할 경우, 내가 곧바로 걸었다면 두 가지 길 중에 하나를 선택할 수 없을 것이다. 왜냐하면 내 마음에는 다른 선택이 없기 때문이다. 나는 비밀의 문을 알지 못한다. 만일 비밀의 문이 존재한다면 가설적으로 나는 두 가지 대안 중 하나를 선택할 수 있다고 생각할 수 있다. 그러나, 내가 필요한 지식을 가지고 있지 못하면, 비밀의 문을 통해서 나갈 가능성은 이론적인 가능성으로 남아 있을 수밖에 없다.

왜 페레봄의 범례속의 A 는 스스로 대안적 선택가능성들을 가졌다고 생각해서는 안되는가? 그는 탈세를 결심했을 때 그렇게 생각해야 한다. 내 견해로는 A가 필요한 의지적 요소 혹은 필요한 인식적 요소가 결여되었는지 여부에 따라 그 상황은 달라진다. 만일 A에게 필요한 의지적 요소가 결여되었다면, 그는 자신의 의지력을 잘못 계산하고 대체적 결정을 내리기에 충분히 강하다고 생각할 지도 모른다. 그러나, 만일 그에게 필요적 인식 요소가 결여되어 있다면, 그는 대안에 대하여 알지 못하며 이것을 알지 못할 경우 선택의 방법이 없어진다.

페레봄의 범례에서 내 마음속의 A는 필요한 인지적 요소가 결여된 방식으로 고려될 수 있다. A가 첫째로 그의 도덕적 주의를 고양시켜야 하기 때문에, A는 합법행위를 선택할 수 없다. A가 합법행위를 선택하기 전에 보다 분명하게 A가 그와 관련된 사실을 대면해야 한다는 것을 의미한다. A가 그 사실을 대면할 때, 그는 선택할 수 있다. 그러므로 그는 그러한 선택을 할 의지력이 부족하다. 필요한 것은 그 사실들에 대한 고양된 인식이다. A는 인식적 요소가 결여되었으며, 그러한 지식의 부족은 실천적으로 의미있는 대안들을 이해하는 것을 가로막는다. 그러므로 페레봄의 예에서 그는 어떠한 선택도 하지 않았다.

이후에 합법행위를 하기 위하여 A가 그의 도덕적 주의를 고양시키는 선택이 가능하지 않겠는가? 아니다, 합법행위를 하는 수단으로 A가 그의 도덕적 주의를 고양하는 선택 하는 것을 전제하기 때문이다. 그러나, 목적을 달성하기 위한 수단을 선택하는 자는 목적 자체를 선택한다. 그것은 그가 도덕적 주의를 고양하기 전에 합법행위를 할 수 없다고 하는 페레봄의 설명에 의하여 차단된다. 이후에 합법행위를 할 가능성을 열기 위하여 그의 도덕적 주의를 고양시킬 수 없을 것인가? 아니다, 만일 그 가능성이 실천적으로 의미있으며 단지 이론적이지만 않을 경우, 가능한 선택이 합법행위를 선택하는 것은 합법행위의 가능성에 의하여 동기부여되는 것을 의미한다. 합법행위를 할 것으로 동기부여되지 않는 그는 합법행위에 대한 가능한 동기부여가 될 수 없다. 따라서, 만일 자신의 도덕적 주위가 고양되기 전에 A가 합법행위를 하는 것으로 동기부여 될 수 없다고 페레봄이 기술하고 있다면, A는 자신의 도덕적 주위가 고양되기 전에 합법행위를 하도록 동기부여 될 수 없을 것이다. 그러므로, A는 이 경우 역시 대안적 가능성들을 보유하고 있지 못하다.

현재, 우리는 보다 분명하게 이해할 수 있다: A가 도덕적 주의를 고양시키기 전에 행한 불법행위는 선택의 결과일 수 없으며 자신의 강하지만 지배적이지는 않은 욕망의 산물이다. 다시 말하자면, 페레봄이 '지배적이지는 않은'이라는 용어를 사용할 때 이것은 오도하는 것이다. 이 욕망은 행위를 즉시 촉발하지는 않지만, 만일 탈세를 부인하는 선택을 할 수 없다면, 어떻게 도덕적 주의를 고양시키도록 스스로에게 동기부여 할 수 있는 지에 대하여 이해할 수 없다. '나는

현재 불법적으로 행위하기를 원치 않는다'고 이야기 할 수 있을 뿐이다. 그럼에도 불구하고 그의 욕망을 만족시키는 것을 보류하는 것뿐만 아니라 그의 도덕적 주의를 고양시키는지 여부는 우연으로 남아 있다. 욕망의 만족을 보류하는 것과 도덕적 주의를 고양시키는 두 가지는 완전히 관련성이 없다. A가 불법행위를 보류하는 결정과 동시에 그는 도덕적 주의를 고취시키는 어떤 것(예를 들어, 재앙)을 경험할 수 있다. 이것이 발생한 후에, 다른 견지에 이 모든 상황을 이해할 수 있으며 의식적으로 합법행위를 하는 것을 선택하는 것이 가능하다. 그의 삶이 그러한 경로를 택할 것인가는, 그가 페레봄이 그를 묘사하는 사람이 아니라면, A의 손에 달려있다.

그러므로, 페레봄은 자신이 제시한 예에서 A가 다양한 선택적 대안을 가지지 못한다고 기술했지만 당해 상황에 대한 그러한 묘사는 선택이 이루어졌다는 것 자체를 차단한다.

IX. 페레봄의 노고를 수정하는 마지막 시도

대안적 선택가능성들을 고려하여 스스로를 제지하는 인식적 요소가 A에게 결여되었다는 것 때문에 설득력 있는 프랑크푸르트 식의 변용을 발견하기 위한 페레봄의 노력은 실패했다는 것을 우리는 마지막 절에서 발견했다.

하지만 만일 자발적 결함으로 인식상의 결함을 대신한다면, 아마도 페레봄의 예를 수정하는 것이 가능하다. 만일 A가 첫째로 에너지 음료를 마시지 않았다면 A는 합법행위를 할 필요한 의지력을 가질 수 없을지도 모른다. 하지만 그가 에너지 음료를 마시지 않고 합법행위를 할 필요한 의지력을 가진다고 믿을 지도 모른다. 만일 에너지 음료를 마시는 것을 선택하는 대신에 탈세를 선택한다면 그가 자유선택을 한 것인가?

여기서는, A가 에너지 음료를 마시지 않고 합법행위를 할 수 있다고 잘못 생각했기 때문에, 에너지 음료는 합법행위의 계획과 관련한 필요한 요소가 아니라는 것은 흥미롭다. 의지적 부분의 결함에 관한 잘못된 믿음은 인식적 부분의 결

함과 항상 연관되어 있다. 하지만, 결정자에게는 감추어진 사실이라는 견지에서, 인식적 부분의 결함은 자유선택을 항상 배제한다. 그러므로, 이러한 에너지 음료 종류에서는 인식적 부분의 결함은 페레봄 예를 교정할 수 없다. 이것은 무시되어야 하며 우리는 A의 잘못된 믿음에 초점을 맞추어야 한다.

A는 합법행위를 선택할 수 있지만 반면 현실적으로 그러한 결정을 할 의지력이 충분하지 않다. 그러나, 의지력이 부족하다는 견지에서, IV 절에서 논해지듯이 고전적인 프랑크푸르트 식의 범례와 유사한 것으로 비교하여 우리의 변용이 명쾌해질 수 있다. 우리의 변형과 IV절의 범례 간의 차이는 IV절에서는 A의 뇌에 심어진 기기는 결정의 정확한 순간에 자극을 가할 수 있도록 되어있지만 반면 그 결정 전에 부족한 의지 때문에 우리의 A의 뇌의 변용은 한 방향으로 영향을 받는다. 나는 그러한 변용을 해결하는 것은 논란의 여지가 있어서는 안된다고 생각한다. 만일 A의 뇌가 이미 영향을 받았거나 A가 충분한 의지력이 부족하다면, 그 결정은 A의 것이 아니다. 그는 그 정황에 노출되어 있으며 자유선택이 아니다.

그러므로, 페레봄의 범례를 수정하려는 나의 시도는 실패했다. 그러므로, 대안적 선택가능성들이 없다면 자유선택이 아니다.

VIII. 방향 통제 vs. 규제적 통제

존 마틴 피셔는 그가 '방향 통제'라고 명명한 대안 없는 자유선택에 대한 기준을 제시했다. 어떠한 대안적 선택가능성들이 그에게 열려있지 않음에도 불구하고 이성적으로 민감한 선택을 할 때 어떤 자는 '방향 통제'로 행위한다. 그러나, 위에서 이미 보았다시피, 만일 그에게 대안적 선택가능성들이 열려 있지 않다면 이성애 따른 선택을 하는 방식을 이해할 수 없다. 만일 한 사람이 이성없이 결정하는 것과는 달리 결정할 수 없다면 이성이 어떠한 중요성을 가지고 있는가?

피셔는 다음과 같은 예를 든다. 당신이 당신의 차를 우회전하지만 당신의 차

는 당신이 모르는 사이에 핸들이 파열되어 있다. 만일 당신이 다른 방향으로 차를 몰려고 하면 그 차는 우측으로 틀게 된다. 당신이 우회전하고 움직임이 사실상 그 방향으로 움직이는 한, 핸들의 결함이 차의 움직임의 방향을 통제하는 것을 막지 못한다고 피서는 생각한다.

내 생각으로는, 우리는 합법행위를 할 기술적 능력과 위의 II절로부터 합법적인 행위를 하도록 스스로에게 동기부여할 능력 사이의 차이를 기억해야 한다. 피서의 법례에서 우회전할 때 차에 대한 통제력은 합법적인 행위를 할 기술적 능력과 유사한 반면 우회전 할 운전자의 결정은 합법적인 행위를 할 동기적 능력과 유사하다. 우회전하는 결정은 파열된 핸들에 의하여 손상되지 않는다. 당신은 진정한 대안을 가졌으며 자유선택을 할 수 있다.

그럼에도 불구하고, 당신의 차를 특정한 방향으로 전환하는 능력은 파열된 핸들에 의하여 손상된다. 당신은 차를 우회전 할 수 없을지도 모른다. 차가 갈 수 있는 정확한 방향으로 차의 방향을 전환하는 한 당신은 행운아이다. 당신의 결정 때문에 예정된 진행방향으로 나아가지 못한다. 그것은 진정 이성적인 것이 아니며 당신의 결정만이 이성적이다. 그러므로, 당신의 차에 대한 방향 통제(guidance control)를 행사했지만 당신이 통제력을 전혀 행사하지 못한다는 것을 보여줄 뿐이다. 피서는 방향 통제를 보여주기 위하여 실제적인 귀속의 메커니즘은 행위자 자신이어야 한다고 주장했다. 만일 행위자의 행위에 대하여 어떠한 대안 가능성들이 없다면, 실제적인 귀속의 메커니즘은 행위자 자신의 것이 될 수 없다.

피서가 반대 주장을 펴는 것으로 그가 행위자에 관한 부적절한 견해에 의존하는 것을 보여준다. 절충주의자로서, 그는 인과적 결정론과 완벽하게 일치하는 '적극성' 견해를 선택했음에 틀림없다. 피서의 마음속의 그러한 견해는 도덕적 책임을 위하여 요청되는 것이다. 인과적 결정론과 일치하는 '적극성' 견해는 역시 적극적인 동물의 행위를 포함한다. 거기에서 도덕적 책임에 대한 의문은 적절하지 못하다. 동물들은 대안적 선택가능성들 중에서 자유로이 선택하지 못하며 그들의 본능에 의하여 특정한 행위로 끌려가기 때문에, 책임을 지지 못한다.

만일 결정자가 스스로에게 열린 대안 가능성들 혹은 피서가 명명하듯이 '규제적 통제'를 지나지 못했다면, 선택은 자유롭지 못하다. 방향 통제는 충분하지 못하다.

IX. 결 론

합법적인 행위의 책임을 일정한 자에게 묻는데 필요한 '심도있는 책임'은 대단히 자유로운 의지를 요구한다.

만일 형법이 범죄자를 인간으로 교정한다면, 범죄에 대한 정당한 반응으로써의 형사처벌을 그가 이해하는 것이 가능하게 해야 한다. 만일 범죄를 행하지 않고 합법행위를 할 수 있는 가능성을 이해한다면, 범죄자는 정당한 작용으로서의 형사처벌을 이해할 수 있다. 그러므로, 합법적인 행위를 할 진정한 대안적 선택가능성은 범죄자에게 열려 있어야 한다.

만일 그가 한 것과 다른 행위에 대한 자유로운 선택을 한다면 진정한 대안적 선택가능성은 범죄자에게 열려 있어야 한다. 그러한 자유로운 선택은 인과적 결정론과 양립불가하다.

이 선택의 자유없이는 도덕적 혹은 법적인 책임부과에 요구되는 깊은 책임이 존재할 수 없다. 프랑크푸르트 식의 범례에는 선택의 자유에 대한 필요성에 반대하는 어떠한 주장도 존재하지 않는다. 절충주의자들은 이 선택의 자유를 자신의 이론적 체계로 편입할 수 없다. 대안적 선택의 자유에 대한 절충주의적 제시는 도덕적 혹은 법적 책임부과에 충분하지 못하다.