

직접적 뇌 간섭과 마음에 대한 범죄*

김 성 룡**

국 | 문 | 요 | 약

뇌·신경과학과 법학, 특히 형사법과 관련한 지금까지의 연구들은 주로 범죄인의 책임능력·자유의지의 존부와 그 입증문제, 형법·형벌의 정당성, 형벌·보안처분의 유형 및 집행방법 결정을 위한 신경과학의 활용 가능성, 피의자·피고인 등의 정신 자극·조작을 통한 증거 획득이나 뇌장애·손상의 유형에 따른 처우 개별화 문제 등을 주요 관심사로 해왔다. 그런데 이러한 접근과는 다소 방향을 달리하여, 뇌 영상 활용을 통해 인간의 정신적 자유에 대한 침해에 적절히 대응하는 주장이 있다. 뇌 과학, 특히 뇌 영상 기술의 발달로 어떤 물리적 혹은 심리적 자극이 뇌에 어떠한 반응을 일으키며, 정신과 마음에 어떠한 부정적인 영향을 미치는지가 하나 둘씩 밝혀지고 있는 오늘날, 지금까지는 공허한 구호에 그쳤다고 해도 과언이 아닌 인간의 ‘정신적 자기결정권’을 침해하는 ‘마음(정신)에 대한 범죄’를 형법에 범죄구성요건으로 도입하여, ‘인간의 지고한 자유’, ‘정신적 자유’, ‘마음의 평화’와 ‘내 생각의 온전성’을 보호해야한다는 것이다.

이 글에서는 이러한 ‘마음(정신)에 대한 범죄’ 구성요건 도입을 주장하는 사람들의 출발점은 무엇인지, 그들이 제안한 구성요건·범죄성립의 개별요소들은 어떤 내용인지, 그러한 범죄의 도입이 필요한 이유는 무엇인지 등을 소개하고, 국내 법제에 도입필요성과 가능성을 진단하기 위해 여러 가지 가능한 쟁점 중 몇 가지를 골라 비판적으로 검토해보면서 국내의 관련 논의의 단초를 제공해보고자 했다.

- ❖ 주제어 : 정신적 자기결정권, 마음에 대한 범죄, 직접적 뇌 간섭, 간접적 뇌 간섭, 기능자기공명영상

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2014S1A5A2A01015298)

** 경북대학교 법학전문대학원 법학과 교수, 법학박사

I. 머리말

국내의 뇌·신경과학(Neuroscience)과 법학, 특히 형사법과 관련한 연구들은 주로 범죄인의 책임능력의 존부나¹⁾ 그 절차적 입증문제 혹은 형의 유형 및 집행방법 등에서의 활용 가능성²⁾ 여부를 다루고 있다. 형사실체법에서 책임능력 혹은 자유의지의 존부 및 그에 기초한 형법의 존재정당성, 수사단계에서의 피의자·피고인 등의 고의·책임 등의 증명문제, 피의자·피고인 등의 정신을 자극·조작하여 증거를 획득하거나 교정적 효과를 목적으로 뇌장애·손상의 유형에 따라 처우를 개별화하는 문제³⁾ 등이 주요 관심의 대상이 되어 왔다. 물론 이러한 경향은 미국이나 독일 등의 연구에서도 특별히 다를 바 없어 보인다.⁴⁾

그런데 최근 외국의 관련 연구 중에는 신경과학, 특히 뇌영상(Brain scan, brain imaging, neuroimaging) 기술의 발달을 계기로 지금까지 관심의 저편에 방치되었던 인간의 ‘마음·정신에 대한 범죄’(Crime against mind)를 현행 법제에 도입해야 한다는 주장이 독일 함부르크 대학의 부블리츠(Christoph Bublitz) 박사와 메르켈(Reinhard Merkel) 교수에 의해 주장되고 있는 흥미로운 사실이 발견된다.⁵⁾ 사실

- 1) 김희정, “뇌과학의 발전에 따른 정신장애자 형사책임에 관한 연구”, 경희대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2014; 박은정, “자유의지와 뇌과학: 상호 인정 투쟁”, 『법철학연구』 제18권 제2호(2015), 99쪽 이하; 이인영, “약물중독자에 대한 형사책임과 처우에 관한 고찰-뇌과학에 의한 약물중독의 인식변화와 관련하여-”, 『형사정책』 제26권 제1호(2014), 59쪽 이하; 박은정, “법적 제재와 과학의 새로운 연합? -인지신경과학으로부터의 도전-”, 서울대학교 『법학』 제54권 제3호(2013), 507쪽 이하; 박주용·고민조, “자유의지에 대한 Libet의 연구와 후속 연구들 -신경과학적 발견이 형법에 주는 시사점을 중심으로-”, 서울대학교 『법학』 제52권 제3호(2011), 477쪽 이하.
- 2) 안경옥·김희정, “청소년 범죄의 대응방안으로서의 뇌과학의 활용”, 전남대학교 『법학논총』 제33집 제1호(2013), 199쪽 이하; 유소영·전진권, “법정 증거로서 뇌영상증거의 한계: 역추론(reverse inference)의 문제”, 이화여자대학교 『법학논집』 제19권 제3호(2015), 153쪽 이하; 이인영, “뇌영상 증거의 과학적 증거로서의 기능과 한계”, 『형사법연구』 제22권 제4호(2010), 255쪽 이하; 손지영·한상훈, ““Neurolaw”의 기억연구와 법적 증거 허용성”, 『형사정책연구』 제92호(2012), 91쪽 이하.
- 3) 탁희성·정재승·박은정·Thomas Hillenkamp, 『뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구(I) -뇌과학과 형법의 접점에 관한 예비적 고찰-』, 형사정책연구원 연구총서 12-B-09(2012), 특히 457쪽 이하; 탁희성·이인영·권준수·강도형·강준환, 『뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구(II)』, 형사정책연구원 연구총서 13-B-08(2013), 특히 153쪽 이하, 259쪽 이하, 419쪽 이하.
- 4) 신경법(Neurolaw)으로 불리는 최근 연구분야의 주제 개관과 각 세부영역의 구성에 대한 간략한 개관으로는 Meynen, “Neurolaw: Neuroscience, Ethics, and Law. Review Essay”, 『Ethical Theory and Moral Practice』(2014) 17: 819-820 참조.

지금까지 직접 혹은 간접적인 뇌 간섭이 정신 혹은 마음에 대한 범죄가 될 수 있을 것인가의 문제는 국내·국외를 막론하고 학문적 논의의 대상이 되지 못했다고 할 수 있다.⁶⁾ 그런 점에서 아래에서는 마음과 정신에 대한 공격(위태화·침해)이라는 것도 기존의 신체(몸) 중심의 형법규범 체계 내에서 가벌적 행위로 이미 적절히 포섭될 수 있는 것일 뿐 새로운 것이라고 할 수 없는 것인지, 아니면 지금까지 우리의 관심에서 밀려나 있었으나 이제 적절한 보호를 위해 새로운 규범 도입이 필요하며 또한 가능한 것인지, 혹은 범죄화라는 형사법적 접근과는 다른 방법으로 적절히 대응하는 정도의 해법을 찾아야 하는지 등을 개괄적으로 접근해 보고자 한다.

뇌와 마음에 관련된 여러 분야의 다양한 층위의 담론이 아래 논의의 기초로 상론 되는 것이 바람직할 것이지만 활용 가능한 지면의 범위 내로 서술을 최소화할 수밖에 없기 때문에, 우선 앞서 소개한 독일 학자들에 의해 주장된 마음에 대한 범죄의 내용, 세부적인 범죄성립표지 등에 대한 내용을 개괄적으로 소개하고(II), 그 적정성과 국내 법체계의 도입가능성과 필요성을 진단해 보기 위해 가능한 쟁점 중 중요한 몇 가지를 골라 비판적 시각으로 검토해 보면서(III) 향후 논의 방향을 찾아보기로 한다.

5) Bublitz·Merkel, “Crime Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination”, 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8: 51-77; Bublitz·Merkel, “Guilty Minds in Washed Brains? Manipulation Cases and the Limits of Neuroscientific Excuses in Liberal Legal Orders”, in Nicole A. Vincent(ed.), 『Neuroscience and Legal Responsibility』, Oxford University Press, 2013, pp. 333-372.

6) 물론 법규의 불명확성 등을 이유로 1981년 이태리 헌법재판소에 의해 위헌무효 선언된 plagio, 즉 ‘정신적 노예’로 만드는 죄라는 유형이 있었고, 2001년 프랑스 형법에 도입된 제223-15-2조의 ‘무지 또는 나약(쇠약)상태의 기망적 남용죄’(De l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse)에서는 미성년, 무지, 질병, 임신 등으로 나약한 피해자의 판단을 변화시키는 중하고도 반복되는 압력 혹은 기술들을 사용한 결과, 그 피해자가 스스로에게 심각한 해가 될 수 있는 행위나 부작위를 하도록 한 경우 3년 이하의 징역과 벌금 375,000€에 처한다고 규정되어 있다 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006417799&dateTexte=&categorieLien=cid;2017.2.28>. 최종검색). 하지만 이 경우는 피해자의 신체적·정신적 종속상태나 약점을 이용한 것으로 일반인에 대한 공격보다는 좁은 범위를 대상으로 한다고 하겠다.

II. 마음에 대한 범죄의 성립요건

1. 마음에 관한 범죄 도입 주장의 배경

사고의 자유, 양심의 자유, 사상의 자유 등은 누구도 침해할 수 없는 절대적인 보호의 대상이라고 선언하고 있지만 이를 침해하는 경우는 없는지, 침해하는 경우 형사법적 대응은 필요하지 않은 지 등의 문제는 지금까지 형사법 영역에서는 상대적으로 소홀히 다루어져 왔음을 부인할 수 없다. 하지만 일상을 돌아보면 우리는 스스로 무수히 많은 약물을 통해 뇌의 작용을 조절하기도 하고, 혹은 자신은 알지도 못한 채 그러한 약물을 사용한 타인에 의해서 조종당하기도 하지만 이를 범죄라는 시각으로 바라보지는 않았다.

“다른 사람의 머리카락을 잘라버리는 것처럼 불쾌하지만 사소한 행위, 타인에게 몇 초간의 사소한 신체적인 침해를 가하는 행위, 심지어 성적인 의도 없이 타인을 강하게 붙잡는 행위는 형사법적 범죄로 처벌될 수 있음에도 불구하고, 아주 의도적으로 다른 사람에게 정신적 고통을 유발하는 행위가 형사법적 제재의 외부에 놓여 있다는 것은 이상하지 않은가?, 신체의 완전성을 위협하는 근로조건은 금지되고, 그들의 고용주는 형사법적 제재의 대상이 될 수 있는 반면에, 수 백 만 명의 사무실 근로자들은 업무와 관련된 스트레스와 우울증 등을 겪으면서도 어떤 법적인 문제도 제기하지 않는다는 것은 놀랄만한 일이 아닌가?”라는⁷⁾ 부블리츠(Bublitz)와 메르켈(Merkel)의 지적이 그것이다.

전 세계적으로 수 천 억 원 또는 수 조 원에 달하는 금전이 사람의 의사결정을 바꾸고 조종하는 수단의 발견이라는 목적을 가진 연구에 자랑스럽게 투자되고, 그 결과물이 성공적으로 사람들에게 적용되어 그들의 욕구를 변화시키고, 그들의 행동을 변경시키고, 결국 그들로 하여금 매도인이 원하는 계약을 체결하게 하는 것에 대해서는 아무런 제약을 가하지 않으면서, 동일한 목적으로 타인을 언어적으로 기망하거나 속이는 경우는 교도소로 보내는 것은 대체 그들 사이의 어떤 차이 때문인

7) Bublitz/Merkel, “Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination”, 『Criminal Law and Philosophy』(2014) 8, p. 51.

가 하는 물음에 답할 수 있어야 한다는 것이 그들의 주장이다.

지금까지 우리는 몸과 마음(정신)의 이원주의적 사고, 마음과 뇌의 이원주의(mind-brain dualism)적 세계관 아래에서 현행 형법의 가벌적 행위들을 규정해 왔다고 할 수 있지만, 새롭게 부각되고 있는 신경과학의 성과물들, 특히 뇌 스캔은 우리의 신체뿐만 아니라 마음과 정신도 기계론적인 작동에 불과하다고 말하려는 것인지도 모른다. 이에 대한 세부적 논의를 미루어 두고⁸⁾ 여하튼 여기서 분명히 할 수 있는 것은, 앞서 언급된 몇 가지의 ‘마음에 대한 공격’이 기존 형법체계에 자리 잡고 있는 가벌적 행위들에 비하여 결코 사소한 침해가 아니라는 것이고, 그들의 주장처럼 이를 명확히 하는 것은 현대사회에서 발생할 수 있는 다양한 유형의 마음에 대한 침해를 규제하는 첫걸음인 것은 분명해 보인다는 것이다.

물론 이러한 인간의 마음, 즉 주관적이고 사적·내적인 특성을 가지는 정신적 상태를 제3자적 관점에서 어떻게 접근할 수 있는가의 물음으로 관심을 돌리면, 철학적인 문제는 물론 법적용에 있어서도 실천적인 문제가 수반된다는 것도 자명하다. 또한 마음에 대한 범죄가 현행법으로 도입될 경우 붓물처럼 이어질 고소와 소송범람도 어렵지 않게 예상된다. 달리 말해 어떤 형식과 내용으로 마음에 대한 범죄를 도입할 것인지에 대한 깊은 고민이 전제되어야 하는 것은 분명하다. 하지만 입증의 곤란이라는 소송법적 쟁점과 실체법적 문제를 구분해야하고, 소송의 폭주가 해당 범죄행위를 비범죄화 해야 할 이유가 되는 것은 아닐 것이다.⁹⁾ 여기서 특히 뇌 스캔은 입증 곤란이라는 사실상의 문제를 해결할 수 있는 강력한 수단으로 등장하고 있고, 가까운 미래에 우리는 뇌 과학의 또 다른 발전을 경험할 수밖에 없을 것이라는 점에서 그들의 주장을 깊이 있게 검토해 보는 것은 우리의 피할 수 없는 과제라고 해야 할 것이다.

8) 결정론과 비결정론, 양립주의와 비양립주의, 양자물리학, 카오스이론, 신경과학의 성과물이 자유의사와 관련한 논의에 던지는 의미 등에 대한 개괄적인 설명은 Kane, “Introduction: the contours of contemporary free-will debates(part 2)”, 『The Oxford Handbook of Free Will』, 2. Ed. (2011), pp. 3 참조.

9) 2011년 유럽연합 전체에 대한 광범위한 사실조사에서 5억의 인구 중 1년간 약 1억 6천 5백만 명이 진단 가능한 ‘뇌장애’(brain disorder)를 겪고, 그에 소요되는 비용도 6,000억이 넘는 것으로 밝혀졌다(Gustavsson, A., et. al., “Cost of disorders of the brain in Europe 2010”, 『Journal of European Neuropsychopharmacology』, 2011; Bublitz/Merkel, ibid., p. 52).

2. 마음·정신에 관한 범죄의 성립요건

1) 부블리츠·메르켈의 입법안

현재 ‘마음에 대한 범죄’에 대한 입법안으로 제시된 법률규정의 예는 독일의 부블리츠·메르켈(Bublitz·Merkel)이 제안한 다음과 같은 규정에서 찾을 수 있다. 마음에 대한 범죄 제1항은 이른바 ‘직접적 뇌 간섭’, 제2항은 ‘간접적인 뇌 간섭’ 중 일부 가벌적인 행태를 규율하고 있다.

§ 000 [Crime against Mind]

제000조 [마음에 대한 죄]

(1) Intervening directly into other minds through stimuli that operate directly on the brain through the use of pharmacological, surgical, neuro-stimulating, genetically engineering or other electro-magnetic, biological or chemical means, and thus purposefully bypassing mental control capacities of the addressee, causing serious negative mental consequences shall be punishable...

① 약물적, 외과 수술적, 신경 자극술적, 유전공학적 혹은 다른 전자-자기적, 생리학적 혹은 화학적 수단을 이용하여 직접적으로 뇌에 작용하는 자극을 통해 타인의 마음에 직접적으로 개입하고, 이렇게 하여 의도적으로 그 수신인의 정신적 통제능력을 우회하여, 심각한 부정적 정신적 결과들을 야기하는 행위는 (형벌에) 처한다.

(2) Intervening indirectly into other minds through stimuli purposefully designed to bypass mental control capacities causing severe negative mental consequences shall be punishable unless such stimuli are exercises of permissible conduct such as free speech in respect of the other person's mental self-determination.¹⁰⁾

② 정신적 통제능력을 피하기 위해 의도적으로 고안된 자극을 통해서 간접적으로 타인의 마음에 간섭하고, 심각한 부정적 정신적 결과를 야기하는 행위는, 그러한 자극이 타인의 정신적 자기결정권을 존중한 상태에서 서의 자유로운 언어표현(언론의 자유)과 같은 허용되는 행위의 실행이 아니라면, (형벌에) 처한다.

2) 주요 내용 및 도입 주장의 논거

제안된 입법안은 크게 직접적 뇌 간섭(direct brain/mind Intervention)과 간접적 뇌 간섭(indirect brain/mind Intervention)으로 양자를 나누고, 전자는 뇌에 직접적으로 작용하는 의도적 자극을, 후자는 뇌에 간접적으로 작용하는 의도적 자극이지만 행위자의 표현의 자유 등 정당한 권리행사로 허용되는 경우를 제외한 것들을 적용대상으로 하고 있다. 즉 제1항에서는 피해자의 마음을 약물, 수술, 신경자극술, 유

10) Bublitiz·Merkel, *ibid.*, p. 73.

전공학, 전기·자기, 생리학, 그리고 화학적 수단을 사용하여 간섭함으로써 그의 정신적 통제능력을 무력화시키고, 이를 통해 결국은 피해자에게 심각한 정신적 부작용을 초래하는 경우를 대상으로 하고 있고, 제2항은 이외의 수단을 사용하는 것으로 사실상 행위자의 표현의 자유 등을 제한할 수 있기 때문에 이러한 정당한 권리행사에 해당하지 않는 경우만을 처벌의 대상으로 하자는 것이다. 입법제안의 주요 내용을 요약적으로 살펴보기로 한다.

(1) 가별적인 간섭과 그 판단 기준

여기서 간섭(intervention)이란 수신자(피해자)의 동의를 받지 않은 간섭을 말하며, 한 사람이 다른 사람에게 정신적 영향(효력)을 미치는 자극(stimuli)을 보내는 것을 말한다. 물론 이러한 자극, 혹은 간섭은 우선 수신자가 동의하지 않은 것을 전제하지만, 그렇다고 하여 모든 동의하지 않는 자극이 금지되는 것은 아니라고 본다. 만약 그러한 제한을 설정하지 않는다면 우리가 다른 사람과 대화하는 일조차 금지될 수밖에 없다는 이유 때문이다.¹¹⁾ 우리는 자극이 없는, 자극·간섭으로부터 자유로운 세상을 희구하고 있는 것인지도 모르지만 그런 세상은 상상하기 어려울 것이다. 그렇다고 해서 타인이 희망하지 않는 정신적 침해를 무제한적으로 허용하는 것도 문제가 있다. 결국은 허용되는 간섭과 허용되지 않는 간섭을 구별하는 과제가 남는데, 그 기준은 결국 ‘정신적 자기결정권’(mental self-determination)에서 찾을 수밖에 없다는 것이다. 모든 외부의 자극으로 부터 해방이 아니라, 정신적 무결성·온전함(mental integrity)에 해로운 영향을 미치는 자극으로부터 해방되는 것이 목적이 되어야 하고, 타인의 정신적 통제·제어력을 약화시키거나 선재하는 정신적 취약점을 이용하는 방식으로 타인의 정신적 온전성을 심각하게 간섭·개입하는 것은 하지 말아야 한다는 것이다.

(2) 자유와 권리의 형량

한 사람의 권리를 보호하는 것은 그 상대방의 권리를 제한하는 결과가 될 수 있

11) Bubltz·Merkel, *ibid.*, p. 67.

다는 점에서 송신자의 자유와 권리 및 그 자극을 받는 수신자의 자유와 권리가 균형을 이루어야만 한다는 것은 재언의 여지가 없을 것이다. 부블리츠·메르켈은 이를 위해 두 가지 기준을 제시한다. 즉, 마음에 개입하는 방법·수단이 무엇인가와 그 각각이 가지는 규범적 가치·위상이 어떠한가라는 기준이 그것이다. 다른 사람의 저마다의 정신적 왕국·영역(mental realm)을 서로 존중해야하고 형법은 최후의 수단으로 가장 심각·중요한 침해만을 처벌해야한다는 원칙을 말하는 것이기도 하다.¹²⁾

(3) 간섭의 효과

타인의 마음에 대한 간섭은 정신적 자기결정을 상당히 약화시키는 부정적인 효과를 야기해야만 한다. 문제가 되는 간섭은 인지적 능력(예를 들어 기억력, 집중력 혹은 의지력 등)을 감소 혹은 약화시키는 것, 선호나 신념 그리고 행위의 성향(인공적으로 유도된 식욕)을 변경시키는 것, 부적절한 감정을 끌어내거나, 임상적으로 알아볼 수 있는 정신적 손상을 불러일으키는 것들을 말한다. 날마다 보고 듣고 느끼는 자극들의 대부분은 어찌면 우리들의 정신적 자기결정에 전혀 영향을 미치지 않는 것이 일반적이고 법적으로 중요한 침해가 되는 것도 아니라고 볼 때, 분명히 중요한 위험이나 침해라고 할 수 있는 행태만을 대상으로 하자는 말이다.

(4) 간섭의 수단·방법

타인의 마음에 간섭하는 다양한 방법들은 두 개의 하위 유형, 즉 직접적 간섭(direct intervention)과 간접적 간섭(indirect intervention)으로 분류되곤 한다. 일견 분명히 구분되는 것처럼 보이지만 사실 세부적으로 접근해보면 그 한계를 정하는 것이 상당히 어려운 경우(borderline case)가 있기 때문에 양자의 구별 없이 동일하게 처리하자는 주장도 있으나, 가능한 유형구별과 그에 따른 법적 효과의 차이를 마련하는 것이 형사법의 최후수단성에 부합한다는 점에서 양자를 구별하는 것이 적절하다고 보는 것이다.¹³⁾

12) Bublitx·Merkel, *ibid.*, p. 68.

13) 보다 상세는 예를 들어 Shaw, “Direct Brain Interventions and Responsibility Enhancement”, 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8; pp. 1; Vincent, “Restoring Responsibility: Promoting

이원적 접근법에 따를 때, 직접적 간섭은 직접적으로 뇌에 작용하는 것, 예를 들어 뇌심부자극술(Deep Brain Stimulation)이나 정신활성물질(Psychoactive substance)을 사용하는 것과 같은 것이라면, 간접적 간섭은 조금 더 원격적인 것, 즉 수신자 영역의 내적 과정에 의해서 중재되는(mediated) 경우를 말한다.

간접적 혹은 외부적인 간섭은 오감, 즉 감각을 통해 인식되는 자극들이고, 일련의 (수신자의) 심리적 기제에 의해 처리됨으로써 사람의 마음에 스며드는 것이고, 의식하는 의사소통은 모두 이러한 유형이라고 할 수 있다. 이에 비해 직접적 혹은 내적 간섭들은 감각적 인지와는 다른 경로에 의해 뇌에 도달하는 자극들을 말한다.

직접적 뇌 간섭은 기본적으로 자연의 법칙에 따르는 전기-화학적(electro-chemical) 또는 물리적 반작용(physical reaction)으로 이해될 수 있는, 즉 물리적인 법칙이 작용하는 유형이라면, 간접적 간섭은 심리적 법칙(혹은 역학관계)을 함유하고 있고, 무엇이 인지되었는가에 관련되어있다는 것, 달리 말해 이미지 혹은 메시지의 의미론적 내용에 관계되어있고, 인식자의 심리학적 구조와 맞물리게 한다는 것이 양자의 가장 큰 차이점이다.

하지만 분명한 것은, 외부 세계의 어떠한 변화도 내부적인 (신경단위의) 변형을 야기한다는 사실에 주목하면 이러한 구별도 쉽게 무너져 버릴 수 있다. 직접적인 간섭과 간접적인 간섭 모두 뇌의 활동에 영향을 미치고 (혹은 뇌의 활동에 의해 현실화되고) 양자의 효과는 어느 단계에서는 모두 개인의 심리적인 특성에 의존한다는 주장이 가능하다는 것이다. 그것이 바로, 한 사람의 기분, 태도, 인격적 특성이 정신활성물질에 대한 개인적 반응에 영향을 미치는 이유이기도 한 것이다. 하지만 Bublitz와 Merkel은 이러한 추상적인 유사성에도 불구하고 양자는 충분히 유의미하게 구별된다는 입장을 취한다. 특히 정신적 자기결정권이라는 관점에서 볼 때, 직접적 간섭과 간접적 간섭을 거칠게라도 구별하는 것은 충분히 방어가능한 주장이며, 유의미하다는 것이다.¹⁴⁾

우선 사람들은 그들이 감지·인지한 감각적인 기질(sensual substrate)의 간섭을 대부분 통제할 수 있고, 더구나 의식(conscious awareness)의 수준에 도달한 경우에

Justice, Therapy and Reform Through Direct Brain Interventions”, 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8; pp. 21, 27 참조.

14) Bublitz·Merkel, ibid., p. 69.

는 특히 더 그렇다고 한다. 하지만 만약 자극이 잠재의식적으로(subconsciously) 처리되는 경우(subliminal stimuli; 부지불식간에 영향을 미치는 자극, (의)식하지자극)에는 이러한 통제력이 감소된다는 것이 관련 분과학의 인식이라고 한다. 그럼에도 여전히 직접적 뇌 간섭보다는 언급한 간접적 간섭에 대해 우리 인간들은 보다 더 많은 통제력을 가진다는 것이다. 달리 말해 우리 내부의 처리과정을 거친다는 것이다. 예를 들어 통합·포괄적 작업공간이론(Global workspace theory)에¹⁵⁾ 따르면 우리가 인식 혹은 의식하는 자극에 대한 통제력이 무의식·잠재의식에서 작용하는 자극에 대한 처리·통제력보다는 더 강하다는 것이다. 그런데 직접적 간섭이라는 것은 이들과는 질적으로 다른데, 언급한 수신자의 (꼭 합리적인 것은 아니라도) 심리적인 처리 자체를 전적으로 우회해버린다는 것이다. 간접적 간섭은 우리의 마음의 인지적 기저에 자극을 주는 것이라면, 직접적 간섭은 인지적 기저 자체를 변화시키는 것에서 구별된다는 말이다.¹⁶⁾

(5) 간섭의 규범적 중요성(normative status)

언급한 직접적·간접적 간섭의 유형 구별은 단지 첫 번째의 구별기준일 뿐이고 법적 평가에서는 역시 규범적 의미·중요성이 기준이 될 수밖에 없다. 모든 간섭들이 법적으로 동일하게 보호받을 수 있는 것이 아니고, 표현의 자유 등과 관련하여 아주 다양한 유형들이 서로 상이한 규범적 평가와 보호를 받게 된다는 점에서 해당 간섭의 ‘규범적 의미’를 두 번째의 유형 구별기준으로 등장시킨다.

예를 들어 언어 혹은 연설을 통해 상대의 마음을 변화시키는 행위에는 강한 법적 보호가 제공되지만 동일한 목적으로 상대방 몰래 옥시토신(Oxytocin)을 뿌리는 것은 그 자극의 강도와 무관하게 법적 보호를 받지 못한다는 것이다. 물론 양자는 윤리적인 면에서나 그 효과 측면에서도 구별할 필요 없이 동일하게 다루어도 된다는

15) 대표적으로 Bernard J. Baars, 『A cognitive theory of consciousness』, Cambridge, 1988 및 Bridgeman, B., “What we really know about consciousness, Review of A Cognitive Theory of Consciousness by Bernard Baars”(http://www.theassc.org/files/assc/2341.pdf. 2017.2.18. 최종 검색).

16) 물론 양자의 중간지대로 후각자극(Olfactory stimuli)이 있는데 이것은 구두언어 보다 수신자의 통제가 어렵다고 한다. 이에 대해서는 Bubltz·Merkel, ibid., p. 70.

입장들이 있지만,¹⁷⁾ 자기결정권을 존중하는지 혹은 이를 무시하고 피해 가는지와 같은 구별은 중요한 의미를 가진다고 본다. 간접적 간섭은 일반적으로 허용되는 것이지만 (동의 없는) 직접적 간섭은 원칙적으로 금지되는 것으로 보는 이른바 ‘규범적인 이원주의’(normative dualism)가 적절하다는 것이다. 후자는 기본적으로 가벌적인 것으로 하더라도, 전자의 경우에는 정당한 권리행사와 수신인의 자기결정권 보호간의 이익형량을 거쳐 가벌적인 행태를 선별해내자는 것이다.¹⁸⁾

요약하자면 직접적인 간섭과 간접적인 간섭에 대한 규범적인 기준들은 확실히 다르다는 것이고, 후자를 제한하면 바로 표현의 자유라는 항변이 제기될 수 있으므로 양자의 비교형량이 관건이 될 수밖에 없으나, 전자를 제한한다고 해서 그런 문제가 발생하는 것은 아니라는 것이다.¹⁹⁾

(6) 인간의 존엄성(Dignity)에 대한 태도

나아가 인간의 존엄성에 대한 행위자의 태도를 또 하나의 기준으로 언급한다. 직접적 간섭으로 분류된 행위들은 존엄성의 요구를 침해하는 것이고, 간접적 간섭은 -그것이 언어의 형태이건, 소리 혹은 이미지의 모습이건 간에- 직접 체험하는 그 사람의 관점(first-person perspective), 즉 문제되는 수신자의 관점에서 처리가 이루어진다는 점, 즉 그 수신자와 씨름한다는 점에서 차이가 있다는 것이다. 신경과학적인 기법의 가장 해로운 측면은 이러한 일인칭관점을 우회하는 것이고 타인을 물리적 객체로 취급한다는 것이다. 인간 스스로 자신의 마음을 통제하지 못하게 하고 자연 법칙에 따라 사람들을 다룬다는 것이다. 이러한 타인의 내적 왕국에 타율적으로 접근하는 것은 뇌 세탁(brainwashing)은 물론 인간을 물건으로 취급(objectification)하는 결과에 이를 수 있고, 인류를 위해 금지되어야 할 행위임이 분명하다는 말이다.

17) 예를 들어 Levy, N., 『Neuroethics』, Cambridge 2007, p. 62, 144; Greely, H., “Neuroscience and criminal justice: Not responsibility but treatment”, 『University of Kansas Law Review』 56 (2008), 1134.

18) 물론 구별이 어려운 경우도 적지 않다. 특히 현대 사회에서 무수히 접하는 광고{신경마케팅(Neuromarketing)}와 같은 경우 대화의 당사자들이 동등한 조건으로 대화하고 있는지, 국가의 감독적인 개입이 필요한 것은 아닌지 등이 문제된다.

19) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 72.

(7) ‘부정적 정신적 결과’의 의미, 주관적 구성요건 및 피해자의 동의와 정당화

사실 또 다른 범죄성립의 표지인 ‘구성요건적 결과’라고 할 수 있는 ‘부정적 정신적 결과’라는 개념도 설명이 필요하며, 구체성이 약한 개념임을 쉽게 알 수 있다.

제1항의 직접적 간섭에서 부정적 정신적 결과(negative mental consequences)라는 것은 정신적 상처(mental injuries), 정신적 능력의 약화(lowering of mental capacities), 선호의 변경(changes of preferences) 등으로 구체화될 수 있다고 본다. 물론 이러한 간섭은 피해자의 충분한 정보가 제공된 상황에서의 동의(informed consent)에 의해 정당화될 수는 있다고 본다. 간접적 간섭을 규정한 위 입법안 제2항은 부지불식간에 영향을 미치는 자극과 같이 인지적인 간섭을 대상으로 하는 것이며, 정신적 자기결정권과 표현의 자유보장(free speech protection) 사이의 비교형량이 필요하다는 것은 이미 언급되었다. 따라서 여기서의 부정적인 정신적 결과라고하기 위해서는 그것이 ‘심각·중대한’(severe) 것이어야 하고, 주관적인 측면에서는 행위자에게 가증된 상태(a qualified state), 즉 목적(purpose), 의도 혹은 지성고의(knowledge) 정도로 강화된 주관적 요소(고의)가 필요하다는 것이다. 이러한 제한이 없다면 헌법적으로 보장된 통상의 사회적인 상호작용행위들이 모두 금지의 대상이 될 수 있기 때문이다. 또한 결과가 입증되지 않더라도 미수 처벌이 가능하도록 하자고 한다.²⁰⁾

(8) 속임과 심각한 부정적 결과(정신적 해악; mental harm)

구성요건적 행위를 표현하는 추상적인 ‘간접적 간섭’이라는 표지는 좀 더 구체화될 필요가 있다는 점에서 그들은 정신적 손해에 이르게 하는 간섭은 기망(deception)을 포함하고 있다는 점에 주목한다. 달리 말해 가별적인 간접적 침해의 전형으로 생각되는 개별 사례들에서 추출한 하나의 공통된 표지가 기망이라는 것이다. 마치 사기는 기망과 경제적 손실(재산상 손해발생)의 결합인 것처럼 간접적 간섭(혹은 마음을 보호하는 규범)은 기망을 통한 정신적 손해(기망과 심각한 부정적 결과)로 좀 더 구체화 될 수 있다는 것이다.²¹⁾ 예를 들어 과도한 자극을 불러일으키

20) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 73-74.

21) 물론 이 표지와 관련해서는, 모든 간접적 간섭의 금지는 바로 금지의 대상이 되는 그 타인의 자유 의제를 포함하고 있기 때문에 특별한 의무 침해(special duty offence)를 말할 수 있는 경우에만

는 광고로 인해 피해자가 이겨낼 수 없는 유혹에 빠져 경제적 손실이라고 할 수 밖에 없는 물건을 구매하였다고 하면 기망과 재산상 손해발생의 요소를 찾을 수 있다는 의미이다.²²⁾

(9) ‘외상 후 스트레스장애’에 대한 불법행위 소송 법리의 준용가능성

정신·마음에 대한 조작적인 침해가 손해배상 소송에서는 어떤 유형의 정신적 손해로 주장될 것인가 하는 관점에서 본다면, 아마도 스트레스 반응, 즉 외상 후 스트레스 장애(posttraumatic stress disorder)를 생각해 볼 수 있다고 한다. 물론 세부적인 점에서는 차이가 있는 것이 사실이지만, 이러한 증상은 스트레스를 주는 사건에 대한 반작용들이고 따라서 수신자에 의해 인지되어야만 하는 것이다. 따라서 손해배상 주장이 가능하기 위해서는 이러한 증상들 자체가 예견 가능한 것이어야 하고, 스트레스를 주는 사건들은 그 자체 불법하게 발생하는 것이어야 한다는 것이다. 스트레스를 주는 사건을 야기한 것에 대한 가해자의 책임(liability)은 그에 뒤따르는 타인(피해자)의 심리에 대한 해악에까지 확장되지만, 이러한 논리가 여기서 문제 삼는 형법적 범죄에까지 허용되는 것으로 보이지는 않는다고 결론짓는다.²³⁾ 달리 말해 정신적 능력의 약화를 가져오는 모든 행위가 그 자체 불법하다고 할 수 없는 것이고, 그것을 과도하게 이용하는 경우에만 불법일 수 있다는 프랑스의 법률 규정도²⁴⁾ 주목할 가치가 있다고 본다. 달리 말해 민사법적 접근보다는 좁은 범위로 결과

적용할 수 있는 것은 아닌지 유보적인 태도를 보이고 있다. 최소요건은 고의로(knowingly) 타인을 심각한 정신적 위협에 노출시킨 자는 ‘일정한 합리적 제한 아래’ 보호의무(duty of care)가 있는 것으로 생각할 수 있다는 것이다. 예를 들어 증인의 기억과 관련해서는 심리학자, 정신과 의사, 경찰이, 피고용인의 정신적 건강에 대해서는 고용주가 그러한 의무를 지는 경우라는 것이다. 결혼한 배우자가 부정한 사례에서는 각 배우자가 상대 배우자에 대하여 정신적 온전성이라는 관점에서 특별한 보호의무가 있다고 할 수도 있겠지만, 이러한 의무는 개인의 자유와 비교형량이 되어야하고 결국 언급한 상황들에서 개인의 (성적!) 자유가 보호의무를 보다 우월하다고 보는 것이다(이에 대해서는 Bublitz·Merkel, *ibid.*, S. 74).

22) 예를 들어 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’ 제3조와 제17조에서는 부당한 표시·광고 행위를 금지하고 있고, 형벌(2년 이하 징역 등)로 위하하고 있는데, 그곳에 예시된 행위가 여기서의 간접적 뇌 간섭을 활용한 마음에 대한 범죄와 어떤 관계인지에 대해서도 세부적인 검토가 필요하다.

23) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 74.

24) 프랑스 형법 제223-15-2조에서는 신체·정신적으로 미성숙 혹은 나약한 상태의 자를 행위객체로 제한할 뿐만 아니라, 행위도 ‘심각한 혹은 반복되는 압력 혹은 특수한 기술적인 침해들’(de

개념을 줄여야할 필요가 있다는 생각인 것이다.

(10) 인과관계 등

사안에 따라서는 동의·피해자의 승낙의 문제, 의학적으로 필요한 강제적인 정신 병학적 개입과 그 정당화 문제, 인과성의 증명, 피해자의 비정상적인 특성·기질(eggshell psyche)이 범죄성립에 미치는 영향 등 실무적인 다양한 문제들도 있다. 그들은 이러한 여러 문제들에 대해 지금은 모두 만족스런 해답을 제공할 수 없음을 인정한다. 나아가 복잡한 사회적 조건들에 뿌리 내리고 있는 접근하기 어려운 해악의 문제들(예를 들어 job market)에 대해서는 아직 문제의 부근에도 근접하지 못하고 있으며, 상황적인 강제에 대해 인간이 가지는 감수성(susceptibility to situational forces)에 관한 사회심리학적인 발견들에 대해서도 보다 깊이 있는 법적 관심이 있어야 될 것임을 강조하고 있다.

(11) 마음에 대한 범죄구성요건 도입 제안의 의도

그들은 이 제안을 통해서 어떤 새로운 범죄를 만들고, 최후수단성을 본질로 하는 형법의 역할을 확장하기를 원한 것이 아니고, 단지 모든 인간들의 진정한 자유의 출발점이라고 할 수 있는 정신적 자유(mental freedom)를 보장하기 위해 입법자와 학자들은 어떤 적절한 대책을 마련해야할 것인가에 대한 관심을 환기시키고 관련 논의를 활성화해 보자는 의도였다고 한다. 이제 중요한 쟁점으로 떠오를 수 있는 내용들을 중심으로 마음에 대한 범죄라는 그들의 입법제안을 검토해보면서 우리에게 던져진 논의과제들을 정리해보기로 한다.

l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres)이라고 해서 객관적 요건을 제한하고 있다는 말이다(앞의 각주 6) 참조).

Ⅲ. 검토

1. 정신적 온건성의 존중요구(정신적 자기결정권의 인정여부)

무엇보다 본질적인 문제로 대한민국 헌법은 유럽연합의 ‘기본적 권리에 관한 헌장’(Charter of Fundamental Rights of The European Union) 제3조와 같이²⁵⁾ 신체의 완전성과 같은 ‘정신의 완전(온전·무결)성’(mental integrity)에 관한 조항을 두고 있지 않기 때문에 헌법 개정 없이도 마음에 관한 범죄의 신설이 가능한 것인지에 대한 검토가 필요하다. 하지만 여기서는 잠정적으로 ‘인간 존재의 근본적 전제’라고 할 수 있는 ‘정신과 마음의 자유와 독립’이라는 것은 헌법적 근본정신에서 충분히 도출될 수 있고, 행복추구권이나 사생활의 자유(privacy)에 관한 헌법규정은 정신적 온전성, 정신적 자기결정권에 대한 근거조항으로 충분히 기능할 수 있다는 일상의 이해를 전제하기로 한다. 이러한 이해가 특별할 것도 없는 이유는 비교적 최근인

25) CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (2012/C 326/02)

Article 3 Right to the integrity of the person

1. Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity.
2. In the fields of medicine and biology, the following must be respected in particular:
 - the free and informed consent of the person concerned, according to the procedures laid down by law,
 - the prohibition of eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons,
 - the prohibition on making the human body and its parts as such a source of financial gain,
 - the prohibition of the reproductive cloning of human beings.

European Convention on Human Rights(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제8조는 유럽인권법원이 정신적 통합(완전성)의 근거조항으로 포함시키고 있는 규정이다. 제8조는 프라이버시와 가족생활 보호에 관한 조항이다. ARTICLE 8 Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

2012년 도입된 ‘기본적 권리에 관한 헌장’ 제3조가 없던 시절에도 유럽인권재판소는 ‘유럽연합인권보호협약’(European Convention on Human Rights) 제8조의 프라이버시권과 가족 삶의 보호라는 규정을 정신적 온전성의 근거조항으로 이해하고 있었기 때문이다.²⁶⁾ 이렇게 보면, 마음에 대한 범죄를 도입한다면 어떠한 형법적 법익이 문제될 것인가가 조금 분명해지는데, 정신적 온전성·완전성 혹은 불가침성, 즉 정신적 자기결정권(Mental self-determination)을 떠올린 부블리츠·메르켈의 생각을 이해할 수 있을 것 같다. 지금까지 성적 자기결정권, 정보적 자기결정권, 삶과 죽음에 대한 자기결정권 등의 표현이 우리에게 익숙해지는 데에도 시간이 필요했듯이, 이러한 정신적 자기결정권도 지금 우리에게서 아마도 생소한 개념으로 다가올 수도 있겠으나, 지금까지 관심 대상이 되지 못했다는 것이 보호 필요성이 없다는 것으로 이해되어서는 안 될 것이다. 생각건대 정신적 자기결정권의 침해는 가장 본질적인 인간의 권리에 대한 침해라고 볼 수 있고, 그 침해의 정도에 따라 충분히 형법적 투입이 정당화될 수 있는 영역이라고 할 수 있다.

2. 정신적 건강과 정신에 대한 조작

정신적 자기결정권의 침해에 대한 보호는 정신적인 건강(mental health) 침해에 대한 보호 외에도 정신적 조작으로부터의 자유도 그 대상으로 할 수 있을 것인가 하는 쟁점도 포함한다. 부블리츠·메르켈이 언급한 직접적 간섭과 간접적 간섭 중 전자가 후자보다 더 중한 침해나 손해를 야기한다고 단정할 수 없듯이, 그것이 직접적 간섭이라고 하건 간접적 간섭이라고 하건, 형법이 투입되어야 할 영역이 어디인지를 판단해 보기 위해서는 어느 정도의 간섭이나 조작이 허용될 수 없는 것인지, 즉 허용한계를 검토해보는 것도 필요할 것이다. 예를 들어 공복호르몬이라고도 하는 그렐린(Ghrelin)은 인간 뇌의 시상하부에도 존재하는 물질이고, 미량을 첨가하여 고객의 식욕을 증대시키더라도 신체적 혹은 정신적 해악을 초래하는 것이 아니라고 하면 이러한 물질을 고객 몰래 첨가하는 것은 제한 없이 허용될 수 있는 것인가, 감정을 유도하고 이끌어내는 것(Eliciting Emotion)은 인간의 정신에 대한 침해가

26) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 52.

될 수 없는 것인가, 해롭지 않은 것으로 알려져 있는 경두개 자기자극술(TMS)을 사용하여 대상자의 뇌의 일정 부분, 즉 거짓말을 하는데 필수적인 뇌의 특정 부분을 자극하여 거짓말을 하는 것을 어렵게 하고, 보다 쉽게 거짓말이 밝혀지도록 하는 것(Manipulating preferences and decision making)은 허용될 수 있는가, 일처리에 혼란을 다루는 금융딜러가 자신의 피고용인이 일에 집중할 수 있도록 몰래 음료수에 각성제를 혼합하여 마시게 하는 것(Non-Consented Neuroenhancement)은 불법이 아닌가, 심한 우울증에 빠져 더 이상 약물치료가 작동하지 않는 환자에게 공개적으로 혹은 비밀로 뇌심부자극기(a deep brain stimulator)를 뇌에 심고 외부에서 작동하는 것 중에 어느 하나는 허용될 수 있는가, 경찰관이 피의자나 증인에게 암시 혹은 유도질문으로 그들의 기억을 일그러뜨리는 것은 허용되는 것인가, 이런 식으로 경찰관에 의해 의도적으로 조작된 기억을 믿도록 하는 것(Memory Manipulation)은 범죄라고 해야 하지 않는가, 강간범이 강간 후 피해자를 돌려보내기 전에 세포수준에 작용하는 약물을 먹게 하여 기억력이 희미해지도록 함으로써 결국 수사기관이나 법정에서 피해자의 진술이 신빙성이 없다는 평가를 받도록 하는 것은 어떠한 범죄에도 해당하지 않는 것인가, 이미 백화점 등 다양한 매장에서 채용되고 있듯이 계산대에 도달할 때까지 무수히 많은 유혹으로 고객의 의지를 꺾어 버리는 것(Weakness of Will)은 범죄가 아닌가, 사기죄와의 한계는 어디인가, 게임에서 상대방이 보다 쉽고 긍정적인 판단을 하도록 옥시토신을 뿌려 그의 신중함을 감소시키는 것(Cognitive-Emotional Phenomena)은 불가별적 행위인가 등,²⁷⁾ 무수히 많은 유사 사례에 대한 물음에 대해 어떻게 답해야 할 것인지를 현행법의 해석으로서는 물론 향후의 입법과 관련해서도 깊이 있는 검토가 필요해 보인다. 물리적인 직접적 간섭이 아니라 간접적 간섭은 사실상 그 입증을 더 어렵게 하겠지만, 뇌 과학의 발달이 원인과 결과에 대한 일반적인 인과성을 밝혀낸다면 그러한 입증의 문제도 중요한 장애가 될 수는 없을 것이다.

성적 자기 결정권, 정보적 자기 결정권, 삶과 죽음에 대한 자기 결정권 등 현대사회의 법학은 ‘자기결정권’의 호황으로 요약할 수 있는데, 그렇다면 이른바 ‘정신적

27) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 58-60.

자기결정권(right to mental self-determination)의 침해는, 만약 그것이 객관적으로 입증가능하고 밝혀 질 수 있다면, 어느 정도까지 어떻게 보호되어야 할 것인가, 소비를 조장하고, 도박 욕구를 불러일으키고, 광고의 꼬드김에 저항하지 못하고 가산을 탕진하는 것을 본인의 책임이라고 할 것인지, 고도의 계산된 마음에 대한 침해이자 범죄라고 할 것인지가 문제인데, 고도로 발달한 자본주의의 시장경제를 생각한다면 이를 범죄로 정의한다는 것은 어쩌면 누구도 돌아보지 않을 공명으로 사라져 버릴 무용한 일 일수도 있을 것이다. 하지만 그렇다고 아무런 대책 없이 마음에 대한 공격을 당한 개인 그 혼자 책임으로 치부함으로써 죽할 것인가도 고민해 보아야 한다. 생각건대 적어도 일정 한계를 넘어서는 마음에 대한 중대한 침해를 유형화하여 구체적인 범죄화의 가능성을 검토해야할 필요성은 충분한 것으로 보인다.

3. 뇌 과학의 역량, 정신적 손해의 입증가능성

뇌 과학, 뇌 영상의 기재나 발전 상황을 여기서 세부적으로 살펴보기는 어려우나, 지금까지의 신경과학분야의 발전은²⁸⁾ 뇌의 상태, 마음의 상태를 객관적인 자료로

28) 신경과학의 발전은 소위 개입(간섭)술(intervention techniques), 특히 직접적 뇌 개입술(직접적으로 뇌의 작동에 개입하는 기술; Direct Brain Intervention)을 관심의 대상으로 부각시키고 있다. 뇌심부 자극술(deep brain stimulation), 방사선동위원소치료법(radioisotope therapy), 경두부자기 자극술(transcranial magnetic stimulation), 전기충격요법(electroconvulsive therapy), 향정신성약물(psychopharmaceuticals)과 같이 두개골을 열지 않고, 드릴이나 톱, 메스도 사용하지 않고도, 뇌 깊숙한 특정 부분을 방사선으로 쬔어 병질을 치료하는 감마(선) 나이프(gamma ray knives) 시술은 이미 일반인에게 널리 알려져 있다. 이러한 기술이 알츠하이머병이나 파킨슨병과 같은 두뇌의 병리학적인 조건들을 대상으로 보다 나은 치료방법을 발전시키는 수단일 수 있으나, 소위 신경법(학)으로 불리는 일단의 연구자들은 이러한 의료적인 공간에서의 기술발전이 아니라, 예를 들면 증인으로 하여금 거짓말을 하거나 속일 수 있는 능력을 아예 없애버리는 방법, 범행이나 비행적 행동과 결합된 정신적인 비정상이라는 뇌에 기인한 원인을 처리하는 방법, 증인의 기억력을 향상시키는 방법, 그리고 무수한 정치적 문제와 법적 논쟁을 불러일으키고 있는 인지력을 향상(enhancement)시키는 약물의 제공 등에 보다 많은 관심을 가지고 매진해가고 있다는 것도 주지의 사실이다(예를 들어 Vincent, "Neurolaw and Direct Brain Intervention", 『Criminal Law and Philosophy』, 2014, vol. 8, pp. 44-45). "뇌스캔(Brain scans)은 부동층의 유권자들이 Mitt Romney 대통령후보를 믿지 못하고 있다는 것을 보여주고 있다!" 이 구호는 최근의 선거의 헤드라인을 차지한 말이다. 연구자들이 다양한 유권자들에게 후보자들을 보게 하고 그 동안에 그들 뇌의 변화를 스캔하였고, 그들 중의 대부분의 뇌에서 편도체의 유의미한 활동이 보였다는 것을 알게 되었다. 편도체는 종종 두려움과 연관되어 있기 때문에 이 사람들은 Romney에 대해 불신을 느끼고

보여주기 시작하였고, 그 가능성의 한계는 어디까지인지 아무도 알지 못한다. 타인의 정신과 마음에 대해 어떤 불법한 조작이 있었는지, 그 효과는 어떠하였는지를 제3자도 알 수 있도록 보여주는 기술이 가까운 미래에 상용화될 수 있다는 가정이 그들이 제안한 범죄구성요건 도입의 전제였다는 점에서 이러한 전제가 무너지면 도입이 필요하다고 해도 가능성이 없는 일이 될 것이다. 무엇보다 현재 가장 발전된 형태의 뇌 스캔기능의 패러다임적 모델인 기능자기공명영상(fMRI; funktional magnetic resonance imaging)이 향후 형사절차에 미칠 영향은 예측하기 어렵다는 것은 이미 많은 사람들에게 의해 지적되어왔다.²⁹⁾ 물론 이러한 뇌 과학이 제시하는 자료를 읽고 그것을 법적 의미로 해석하고 그 평가를 법정에 도입하기 위해서는 심리학적 전문가감정 등 전문적 기술이 뒷받침되어야 하는 것도 당연한 전제라고 할 것이다.

하루가 다르게 변하는 과학기술을 생각하면 2014년에 출간된 글에서 기능자기공명영상을 통한 뇌 영상의 한계점이 지금도 그러한지는 정확하게 말할 수 없다. 하지만 글랜논(Glannon)의 당시 진단에 따르면³⁰⁾ 적어도 뇌 영상은 5가지의 문제점을 가지고 있다. 법정에서 쉽게 사용할 정도가 아니라 가격이 많이 비싸고, 법관의 증명력 평가에 규범적 잣대가 작용하면 그 영상은 다양한 다른 인자들의 영향을 받게 되며, 아무리 뇌 영상 전문가가 법관이나 배심에게 뇌 영상의 의미를 전달하더라도 법관과 배심의 개별적 해석과 이해를 통제할 수는 없으며, 현재의 기술을 거시적인 관점에서 어느 정도 신뢰성을 인정할 수 있다고 하더라도 아직 극소 기전을 제대로

있다는 추론이 나온다는 것이다. 물론 이러한 편도체의 활동은 두려움만이 아니라, 예를 들면 여성에 대한 성적 끌림과 같은 다양한 다른 감정들과도 연관되어있기 때문에 문제가 있지만 여하튼 이러한 뇌 스캔은 선거전에서만 사용되는 것이 아니라, 이미 외국의 법원들에서 유죄 유무를 시험하는데 사용되거나, 특정한 배심평결의 결론도출에 친화적인 배심원을 선정한다든지, 시장에서 어떤 물건을 어떻게 파는 것이 가장 좋을 지를 결정하는데 사용되기도 한다(Weissenbacher, Alan, “Sally Satel and Scott Lilienfeld, Brainwashed: The Seductive Appeal of Mindless Neuroscience”, 『Theology and Science』 Vol. 12, Issue 1, January 2014, p. 119). 이러한 익히 알려진 functional magnetic resonance imaging(fMRI)를 이용한 뇌 스캔의 다양한 실천적 함의는 기존의 자유의사 존재 문제, 피의자 등의 뇌를 분석대상으로 하는 행태들의 정당성문제 등을 넘어서 타인의 뇌를 조작하는 문제로 나아가고 있고, 그 또한 대상자들이 알지 못한 상태에서 행해지고 있다는 심각한 우려를 낳기도 한다.

29) Merkel, Neuroimaging and Criminal Law, MschrKrim 97 (2014).

30) Glannon, “The Limitations and Potential of Neuroimaging in the Criminal Law”, 『Journal of Ethics』(2014) 18: 167-168.

알지 못하는 등의 문제가 있다는 것이다. 하지만 이러한 기술이 인과성을 인정하는데 필수적인 의미로 이해될 필요는 없다. 이른바 ‘일반적 인과성’(general causation)에 관한 우리의 논의 경험을 떠올려 볼 수 있을 것이다. 그들이 문제 삼는 사례들 중에서는 현재의 뇌 영상 기술이 제공하는 매크로 영역의 경향성만으로도 인과성의 문제가 충분히 해결되는 경우도 적지 않을 것이기 때문이다.

4. 기존 형법규범에 의한 보호 가능성

이미 현행 형법규정들만으로도 정신적 자기결정권의 보호가 가능한 것은 아닌지도 검토할 필요가 있다. 예를 들어 영국(the UK the House of Lords)의 방식과 같이³¹⁾ 정신의학적인 상처·피해를 신체적 피해·손상에 포함시키는 것으로 족한 것은 아닌지도 살펴볼 필요는 있을 것이다.³²⁾ 그런데 이에 따르면 신체적 피해·손상에는 단순한 감정들, 예를 들면 두려움, 심한 스트레스, 우울감, 공황과 같은 감정이나 그 자체 임상적으로 진단이 어려운 마음의 상태 등은 포함되지 않는다고 한다. 이처럼 신체적 손해나 손해라는 개념에 정신병학적인 손상이나 심리적인 손상을 포함시키는 것은 어렵다고 보면, 마음에 대한 범죄를 인정하기 위해서는 새로운 구성요건도입이 필요하다는 주장이 설득력이 있어 보인다. 달리 말해 스토킵 규정이나 상해죄 규정으로 대응하기에는 적절치 않다는 것이 새로운 법안제안의 이유였다고 해야 할 것이다. 예를 들어 상해죄의 건강개념의 합리적인 조정·해석으로도 앞서 언급된 몇몇 행태들은 현행법상 가벌적인 유형으로 포섭될 수도 있을 것이고, 학대죄, 강요죄, 권리행사방해죄 등에서의 가벌적 행위처럼 정신적 고통을 주거나 의사에 반하는 행위나 인내를 요구하는 행위로 평가하여 처벌할 수도 있을 것이다. 하지만 대부분의 유형에서 등장하는 행태들은 신체 중심의 기존 패러다임으로는 접근하기 어려운 유형임을 부정하기 어렵다.

31) 이에 대해서는 Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 55.

32) 상해개념의 확대를 통해 피해자 보호를 확충하자는 국내 연구로는 김희균, “범죄피해자의 정신적 상처에 대한 형사법적 대응방안”, 『피해자학연구』 제24권 제3호(2016), 67쪽 이하, 특히 71쪽 이하를 볼 것.

IV. 맺음말

뇌 과학, 특히 뇌 영상 기술의 발달로 어떤 물리적 혹은 심리적 자극이 뇌에 어떠한 반응을 일으키며, 결국 정신과 마음에 어떠한 부정적 영향을 미치는지가 하나 둘씩 밝혀지고 있는 오늘날, 지금까지는 공허한 구호에 그쳤다고 해도 과언이 아닌 인간의 ‘정신적 자기결정권’을 침해하는 ‘마음에 대한 범죄’를 형법의 범죄구성요건으로 도입하여, ‘인간의 지고한 자유’, ‘정신적 자유’, ‘마음의 평화’와 ‘내 생각의 온전성’을 보호하자고 하는데 원론적으로 반대하거나 외면하기는 어려울 것이다.

하지만 앞서 서술한 중요한 몇 가지 가능한 쟁점 분석에서 알 수 있듯, 구성요건적 명확성, 구체적 위험이나 침해결과의 구체적 유형화, 인과성의 의미와 형태, 타 범죄와의 죄수 등 많은 부분에서 구체적이고 세부적인 논의가 필요하다는 것도 부인할 수 없다. 특히 현행 법제의 관련 구성요건과의 중복여부나 해석으로 해결될 문제와 입법을 고민해야할 영역을 구분해야하며, 유사한 규정이 있었던 이태리, 2001년 유사한 규정을 도입한 프랑스, 부블리츠·메르켈의 인식 기반인 독일 형법의 개별구성요건들과 동일하지 않는 대한민국의 형법에서 언급된 사례들은 어느 정도 포섭 가능할 지도 따져보아야 할 것이다.

기존의 범죄구성요건들에 포섭될 수 있는 결과나 위험이라면 새로운 범죄구성요건 도입을 논할 필요가 없을 것이나, 지금까지 다루어온 문제들은 현재 형법구성요건들이 포섭하지 못한 영역의 위험과 침해, 그 대상의 보호필요성을 말하고 있는 것이다. 예를 들어 고객의 음식에 그렐린을 몰래 첨가하여 음식물을 과다 섭취케 한 자의 행위로 피해 고객에게 비만과 당뇨가 유발되었음이 확인될 수 있다면 이미 기존의 상해죄로 처벌할 수 있는 충분한 결과가 발생한 것으로 볼 수 있을 것이나, 그 정도에 이르지 않는 경우는 불가별로 남겨두어도 무관한 것인지가 문제인 것이다. 일회성의 첨가 행위나 단골 고객에게 일어난 지속적인 첨가행위라도 전통적 법익 위태화 혹은 법익 침해 형태의 하나인 폭행이나 상해의 정도에 이르지 않았다면 그저 형법외적으로 방치하는 것이 옳은가에 대한 논의부터 이루어져야 할 것이다. 아마 누구라도, 타인에 의해서 우리의 마음·정신에 일어나는 일들을 모두 알게 된

다면 신체의 폭행과 상해보다는 마음에 대한 폭행과 상해가 더 심각한 침해라고 답할 것이기에 마음에 대한 범죄는 결코 방치될 영역의 문제는 아닌 것으로 보인다.

논의의 깊이와 넓이를 가늠할 수 없는 다양한 층위의 지난한 문제를 담고 있는 이른바 ‘마음에 대한 범죄’를 주마간산으로 살펴볼 수밖에 없었던 미완의 글이지만 이를 계기로 보다 구체적이고 세분화된 논의의 단초가 마련될 수 있기를 희망한다.

참고문헌

- 김희균, 범죄피해자의 정신적 상처에 대한 형사법적 대응방안, 피해자학연구 제24권 제3호, 2016.
- 김희정, 뇌과학의 발전에 따른 정신장애자 형사책임에 관한 연구, 경희대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2014.
- 박은정, 법적 제재와 과학의 새로운 연합? -인지신경과학으로부터의 도전-, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013.
- 박은정, 자유의지와 뇌과학: 상호 인정 투쟁, 법철학연구 제18권 제2호, 2015.
- 박주용·고민조, 자유의지에 대한 Libet의 연구와 후속 연구들 -신경과학적 발견이 형법에 주는 시사점을 중심으로-, 서울대학교 법학 제52권 제3호, 2011.
- 손지영·한상훈, “Neurolaw”의 기억연구와 법적 증거 허용성, 형사정책연구 제92호, 2012.
- 안경옥·김희정, 청소년 범죄의 대응방안으로서의 뇌과학의 활용, 전남대학교 법학논총 제33집 제1호, 2013.
- 유소영·전진권, 법정 증거로서 뇌영상증거의 한계: 역추론(reverse inference)의 문제, 이화여자대학교 법학논집 제19권 제3호, 2015.
- 이인영, 뇌영상 증거의 과학적 증거로서의 기능과 한계, 형사법연구 제22권 제4호, 2010.
- 이인영, 약물중독자에 대한 형사책임과 처우에 관한 고찰 -뇌과학에 의한 약물중독의 인식변화와 관련하여-, 형사정책 제26권 제1호, 2014.
- 탁희성·이인영·권준수·강도형·장준환, 탁희성, 뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구 (II), 형사정책연구원 연구총서 13-B-08, 2013.
- 탁희성·정재승·박은정·Thomas Hillenkamp, 뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구 (I) -뇌과학과 형법의 접점에 관한 예비적 고찰-, 형사정책연구원 연구총서 12-B-09, 2012.

Bernard J., Baars, 『A cognitive theory of consciousness』, Cambridge, 1988.

- Bridgeman, B., "What we really know about consciousness, Review of A Cognitive Theory of Consciousness by Bernard Baars"
(<http://www.theassc.org/files/assc/2341.pdf>. 2017.2.18. 최종검색).
- Bublitz, Jan Christoph/Merkel, Richard, "Crime Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination", 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8: 51-77.
- Bublitz, Jan Christoph/Merkel, Richard, "Guilty Minds in Washed Brains? Manipulation Cases and the Limits of Neuroscientific Excuses in Liberal Legal Orders", in Nicole A. Vincent(ed.), 『Neuroscience and Legal Responsibility』, Oxford University Press, 2013, pp. 333-372.
- Glannon, Walter, "The Limitations and Potential of Neuroimaging in the Criminal Law", 『Journal of Ethics』 (2014) 18: 153-170.
- Greely, H., "Neuroscience and criminal justice: Not responsibility but treatment", 『University of Kansas Law Review』 56 (2008), 1134.
- Gustavsson, A., et. al., "Cost of disorders of the brain in Europe 2010", 『Journal of European Neuropsychopharmacology』, 2011.
- Kane, Robert, 『The Oxford Handbook of Free Will』, 2. ed., Oxford University Press, 2011.
- Levy, N., 『Neuroethics』, Cambridge 2007.
- Merkel, Reinhard, "Neuroimaging and Criminal Law", 『MschrKrim』 97 (2014), S. 365ff.
- Meynen, Gerben, "Neurolaw: Neuroscience, Ethics, and Law, Review Essay", 『Ethical Theory and Moral Practice』 (2014) 17: 819-829.
- Shaw, Elizabeth, "Direct Brain Interventions and Responsibility Enhancement", 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8; pp. 1.
- Vincent, Nicole A., "Neurolaw and Direct Brain Intervention", 『Criminal Law and Philosophy』, 2014, vol. 8, pp. 44-45.
- Vincent, Nicole A., "Restoring Responsibility: Promoting Justice, Therapy and

Reform Through Direct Brain Interventions, 『Criminal Law and Philosophy』
(2014) 8; pp. 21.

Weissenbacher, Alan, “Sally Satel and Scott Lilienfeld, Brainwashed: The
Seductive Appeal of Mindless Neuroscience”, 『Theory and Science』, Vol.
12, Issue 1, January 2014, p. 119.

Direct Brain Intervention and Crime against Mind*

Kim, Sung-ryong**

Neuroscience is booming across the globe. Most studies focus on traditional criminal concerns such as accountability(criminal liability or Schuldprinzip), freedom of thought(free will), the justification of criminal law and so on. However, among recent foreign studies, it is argued that the development of neuroscience, especially brain imaging technology, urges us to introduce the crime against mind in the current criminal statute. We can find this interesting suggestion asserted by Dr. Bublitz and professor Merkel(University of Hamburg, Germany). In this paper, I introduced and analyzed their arguments.

I think that their claim should be supplemented in many ways. But it is their important contribution to remind us of our interest in the integration of human mind and the protection of mental self-determination.

It is hoped that the experts of criminal law in Korea will deeply discuss the necessity and possibility of introducing crime into the mind.

❖ Keywords: DBI(Direct Brain Intervention), Crime against mind, Freedom of thought, Mental Integrity, Mental Injury

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 24일 / 게재확정일: 3월 24일

* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2014S1A5A2A01015298)

** Professor. Dr. iur., Kyungpook National University Law School