

## 행동경제학 관점에서 바라본 책임원칙의 재구성 제언\*

홍 승 희\*\*

### 〈국문초록〉

형법에서 책임원칙은 범죄로 나아간 인간의 행동을 행위자의 ‘자유의지결정’의 산물로서 파악하여 행위자는 적법한 행동을 선택할 수 있었음에도 그가 불법을 선택하여 범죄로 나아간 데 대하여 책임을 져야 한다는 것을 의미한다. 이는 다른 말로 적법행위를 선택할 수 있는 합리적 이성이 있음에도 그가 불법(범죄)으로 나아갔으므로 이러한 불법선택에 대해서는 ‘비난가능’하므로 형벌부과의 정당성이 인정된다는 것을 의미한다. 이처럼 책임원칙은 국가형벌권행사의 정당성문제와도 맞닿아 있다. 그런데 이처럼 형벌의 정당성문제와 연결되어 있는 책임원칙의 ‘의사자유’ 표상은 최근 뇌과학 및 인지과학의 발달로부터 현재 도전받고 있는 상황이다.

한편 형법의 책임원칙과 유사하게, 인간의 합리적 의사결정을 전제로 하여 효용의 극대화를 창출하고자 하는 학문이 있는데 바로 경제학이다. 그런데 전통적인 주류경제학에서 상정하는 이러한 ‘합리적인 이성을 가진 인간상’이라는 전제는 최근 행동경제학을 중심으로 비판받고 있다. 즉 인간은 매순간 합리적이지 않으며, 다만 ‘제한된 합리성’을 가지고 있을 뿐이어서 때때로 비합리적 선택으로 나아간다는 것이다. 이러한 행동경제학의 주장은 ‘휴리스틱’과 다양한 ‘편향프로그램’을 통해 인간이성의 이상현상들(anomalies)을 발견하면서 주장되고 있다. 분석된 이러한 이상현상들로부터 인간의 인식체계는 합리적인 이성체계 뿐만 아니라 충동적인 감정체계로 동시에 이루어져 있어서 개인은 때때로 비합리적 선택으로 나아가므로, 국가는 개인이 합리적인 선택을 하도록 다양한 대안들을 직접적으로 강제하는 방식이 아닌, 간접적으로 유도하는 방식으로 개입할 것이 주장된다. 이러한 행동경제학에서 상정하는 인간의 인식체계와 합리성, 나아가 국가의 새로운 개입주의 모델은 형법의 책임원칙에도 유사하게 적용가능하며, 이로써 범죄에 대응하는 국가의 새로운 역할을 기대할 수 있을 것으로 보인다.

주제어 : 행동경제학, 제한적 합리성, 자유온정주의, 책임원칙, 이중과정이론

• 투고일 : 2019.04.07. / 심사일 : 2019.04.22. / 게재확정일 : 2019.04.22.

\* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5A2A01015151)

\*\* 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

## I. 들어가는 말

범죄로 나아가는 인간의 행동은 스스로의 ‘자기결정’에 의한 것으로서 이로부터 범죄자는 범죄결과에 대하여 책임이 있다 하여, 이러한 범죄자에게 형벌을 부과하는 정당성이 있다고 하는 것이 전통적인 형법의 책임주의 논리이다. 따라서 이러한 책임주의는 시민의 기본권을 보장할 의무가 있는 국가가 어떻게 오히려 시민(범죄자)의 기본권(생명, 신체, 재산, 명예 등)을 박탈하는 형벌을 부과할 수 있는 것인지 그 정당성을 부여하고 있다는 점에서 매우 중요한 문제라고 할 수 있다. 이때 인간 스스로가 자기결정으로 -합법이 아닌- 범죄라는 불법으로 향해 간데 대한 비난이 가능한 것은 그 범죄결정의 주체가 ‘의사결정에 있어서 자유의지’를 가지고 있다는 점이다. 이는 곧 범죄자가 ‘합리적인 이성’을 가지고 있음으로 해서 불법으로 향해 간데 대한 비난을 온전히 그가 떠안게 되는 것이다.<sup>1)</sup> 이처럼 국가형벌의 정당성은 범죄자인 인간의 ‘합리적인 인간상’을 전제로 할 때에만 가능하게 된다. 그런데 보통의 평범한 사람들은 과연 ‘합리적인 인간상’에서 상정하는 합리적인, 이성적인 주체들일까? 이미 범죄를 저지른 범죄자들은 그렇다면 합리적인 이성상태에서 범죄라는 불법을 선택함으로써 형벌을 기꺼이 받아들이는 결정을 한 것으로 간주할 수 있을까?

형법의 책임주의에서 상정하는 ‘합리적인 인간상’을 전제로 하는 또다른 대표적인 학문으로는 경제학을 들 수 있다. 특히 케인즈학과와 함께 지금까지도 주류경제학을 이끌고 있는 신고전과 경제학(neoclassical economics)을 비롯하여 현재까지 많은 경제학이론들은 이러한 ‘합리적 인간’을 전제로 하는 인간의 합리적인 경제적 소비활동에 초점을 두고 발전하였다. 형법에서 합리적인 선택이 범죄를 저지르지 않는 합법으로 나아가는 것이라면, 경제학에서 개인의 합리적인 선택이란 바로 ‘효용을 극대화’하는 것이다. 그러나 1970년대부터 심리학자인 카네만(Daniel Kahneman)과 트버스키(A.Tversky)는 이러한 주류경제학에서 전제로 하는 인간의 합리적 선택이라는 상정이 실제 현실을 제대로 반영하지 못하고 있다고 주장하고 나서면서 기존의 신고전학과와는 다른, ‘인간의 제한적 합리성’을 중심으로 하는 ‘행동경제학(behavioral economics)’을 새롭게 등장시켰다.<sup>2)</sup> 행동경제학은 ‘인간을 합리적 인간’으로 설정한 후 경제적

1) 따라서 이러한 합리적인 이성이 결여된 행위주체들을 책임무능력자(형사미성년자, 심신상실자), 한정책임능력자(심신미약자, 농아자)로 구분지어 형벌을 면제 내지 감경하고 있다.

2) 행동경제학의 아버지라 불리는 대니얼 카네만(Daniel Kahneman) 교수가 2002년 노벨경제학상을 수상하고, 최근 2017년에는 행동경제학자인 리처드 탈러(Richard H. Thaler) 교수

지표를 연구하였던 그동안의 신고전과 경제학의 전제에 근본적인 의문을 품고 태생한 것이다. 이처럼 경제학에서는 주류적 신고전학과 경제학에서 전제로 삼았던 ‘합리적 인간상’의 전제가 다각도로 분석되고 연구되면서 다른 가능성이 제기되는 현 시점에서, 형법의 책임주의에서 전제로 삼고 있는 ‘합리적인 인간상’의 전제 또한 다른 각도에서 분석될 필요가 있다는 점에서 본 논문은 행동경제학에서 상정한 ‘인간상’은 어떠한지를 살펴보고, 이를 형법의 책임주의에 접목하여 현시점에서 국가형벌권이 나아갈 방향성을 제안해보고자 한다.

## II. 행동경제학에서 상정하는 인간상

행동경제학은 미국의 인지심리학자인 카네만(Daniel Kahneman) 교수와 트버스키(Amos Tversky) 교수가 처음 주창하였다. 이들은 인간의 경제적 선택이라는 행동들을 심리학<sup>3)</sup>, 사회학, 생리학적 관점에서 면밀히 관찰하고 분석한 결과, 인간의 행동은 주류경제학에서 상정하듯이 그렇게 ‘합리적’이지 않다는 점에 주목하였다. 그 당시나 지금이나 주류경제학에서는 인간 개개인의 특수성을 고려하지 않고, 표준적인 인간상을 전제로 하여 효용극대화를 도모한다. 이때 전제가 되는 표준적인 인간상은 독립적이고 자율적인 개인들이며, 이러한 개인들이 합리적인 선택의 주체가 되기 위해서는 ‘어린이나 금치산자를 제외하고는 최소한의 교육을 받은 정상적인 성인’으로 상정하였다. 따라서 주류경제학의 대상인 합리적인 선택의 주체인 개인은 독립적인 판단의 주체일뿐, 상호관계적이거나 집단에서의 개인을 의미하는 것은 아니다.<sup>4)</sup> 이러한 주류경제학에서의 ‘표준적인 인간상’은 형법에서 책임원칙의 대상자인 개인과 유사한데, 형법에서도 일정한 연령의 형사미성년자와 그리고 심신상실자 같은 책임무능력자나 심신미약자, 농아자 등의 한정책임능력자들을 제외한 일정한 성인을 책

---

가 노벨경제학상을 수상하였으나, 아직도 행동경제학은 비주류경제학이론이다. 행동경제학 이외의 또다른 비주류경제학과로는 사회경제학, 진화경제학, 제도경제학, 생태경제학, 복잡계경제학, 구조주의경제학, 막시즘경제학, 행복경제학 등이 언급되고 있다.

- 3) 실제로 심리학에서도 ‘행동심리학’이라는 학문분과가 새로이 발달하여 오늘날 사람의 ‘행동’에 영향을 끼치는 심리에 대하여 원인을 분석하고 있다. 즉 인간의 잘못된 결정(행동)의 근본원인이 어디에 있는가를 찾는 행동심리학에서는 ‘잘못된 행동의 귀속론(attribution theory)’, 즉 인간의 잘못된 결정(행동)에는 근본원인이 있다는 전제 아래, 이를 만회하기 위해 해야 할 일은 바로 원인을 귀착하는 것이라고 한다.

- 4) 홍훈, 「홍훈교수의 행동경제학 강의」, 서해문집 2016, 30면 이하.

임능력자로 상정하고 있기 때문이다. 또한 형법의 전통적인 책임원칙에서 상정하는 개인도 관계적이거나 집단적인 개인을 제외한 독립된 판단의 주체로 상정한다. 그러므로 이처럼 형법의 책임원칙과 유사한 인간을 상정하는 주류경제학의 입장과 그리고 이러한 주류경제학과는 다른 태도를 취하는 행동경제학의 인간상을 비교해보는 것은 형법의 책임원칙을 재조명하고자 하는 오늘날 다양한 시도와 관련하여 의미가 있다고 하겠다. 그렇다면 행동경제학에서 상정하는 인간상은 어떠한 것인가?

## 1. 휴리스틱과 편향프로그램

행동경제학에서 주장하는 인간의 ‘제한된 합리성’은 ‘휴리스틱(heuristics)과 편향프로그램(biases program)’<sup>5)</sup>에서 발견한 “이상현상들(anomalies)”<sup>6)</sup>이 모체가 되었다. 즉 인간은 휴리스틱과 편향성으로 말미암아 합리적인 판단을 하는데 제약을 받는다는 것이다. 그렇다면 행동경제학에서 밝혀낸 인간의 휴리스틱과 편향적인 특성을 살펴보면 다음과 같다.

### 1) 휴리스틱

먼저 휴리스틱이란 심리학에서 쓰이는 전문용어인데, “시간이나 정보가 불충분하여 합리적인 판단을 할 수 없거나, 굳이 체계적이고 합리적인 판단을 할 필요가 없는 상황에서 신속하게 사용하는 어림짐작의 기술”로 정의된다.<sup>7)</sup> 합리적인 선택이라는 결정을 내리기에는 실제로 인간에게 주어진 시간과 지적능력이 제한적이므로 사람들은 단순한 경험법칙인 휴리스틱을 기반으로 의사결정을 내린다는 것이다. 대표적인 예로, 어느 음식점에 가서 어떤 식사를 할 것인지, 그리고 특정 물건에 있어서 어느 브랜드를 선택할 것인지 등과 같이 사람들은 때때로 많은 상황들에 있어서는 굳이 자신이 알고 있는 모든 정보를

5) Gilovich, T., D. W. Griffin, & D. Kahneman, “Heuristics and Biases”, Cambridge University Press, New York, 2002, p.1.

6) Thaler, Richard H., 『The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life, Princeton University Press, Princeton. 1994. 동 책은 우리나라에서도 2007년에『승자의 저주: 경제현상의 패러독스와 행동경제학』으로 번역되어 출판되었다. 내용은 탈러 교수가 1970년대부터 현실경제에서 보이는 이상현상들의 사례를 수집하여 총 13개의 주제로 간추려 그 이상현상들을 분석한 것이다. 제목에서 엿볼 수 있듯이 이상현상이란 경제영역의 경쟁에서 이겼다고 볼 수 있는 자들에게 이득이 아닌 오히려 손실을 가져오게 되는 기이한 결과를 말한다.

7) 리처드 H. 탈러, 『똑똑한 사람들의 멍청한 선택』, 리더스북, 2016, 54면 이하.

종합하여 판단한다거나 또 많은 정보를 수집하는 것이 부담스럽고 불필요하게 여겨진다. 따라서 이런 상황에서는 굳이 체계적이고 합리적인 판단을 할 필요가 없으므로 이때 휴리스틱이라는 어리짐작의 기술을 쓰게 된다는 것이다. 2017년에 노벨경제학상을 받은 탈리교수는 휴리스틱의 한 예로 가용성 개념을 들고 있다. 즉 사람들은 어떤 사건을 판단할 때 그 사건에 대한 객관적인 정보를 활용하기 보다는 사건에 관하여 쉽게 떠올려진 정보들을 기반으로 하여 판단한다는 것인데, 시간적으로 가깝고 친숙하며 기억에 생생하게 남아 떠올려진 것들을 높은 빈도로 기반하여 판단하게 된다고 한다.

## 2) 편향프로그램

다음 행동경제학에서 파악한 편향프로그램이란 인간은 합리적 선택을 하기에는 많은 다양한 편향성을 지니고 있어서 합리적 판단이 쉽지 않다는 것인데, 이를 실험을 통해 실증적으로 밝히고 있다. 이러한 편향성은 계속하여 지속적으로 드러나는 인간의 성향이므로 아직까지도 열린 개념이다. 따라서 아래에서는 대표적인 편향성만을 소개하고자 한다.

### (1) 손실회피성향 또는 자기본위적 편향

먼저 행동경제학에서 파악한 인간의 성향으로는 손실회피성향이라는 자기본위적인 편향성(self-serving bias)<sup>8)</sup>이 있다. 자기본위적 편향이란 어떤 상황 및 사안을 해석하는데 있어서, 객관적인 관점에서 냉정하게 판단하기 보다는 자신에게 호의적인 유리한 방식으로 문제를 지각하거나 판단하는 성향을 말한다. 이는 자신의 결함에 대해서는 관대하지만 타인의 잘못이나 단점에 대해서는 아주 민감하게 반응하는 경향을 말한다. 예를 들면 성공한 사건에 대해서는 자기 자신의 능력으로 귀착시키고, 실패한 결과에 대해서는 외부의 영향력에 의존하여 설명하려는 인지적 함정”으로 설명된다.<sup>8)</sup> 우리 속담에도 있는 “잘되면 내 탓, 안되면 남 탓”하는 경우를 말한다.

행동경제학에서 자기본위적인 편향성은 빈번히 타인의 권리(생명, 자유, 인격, 재산)를 침해하는 범죄와 무질서를 가져오게 되는 것으로 평가된다. 그리고 이러한 인간의 본성 속에서 피해자 또한 분개심(resentment)을 갖게 되어, 국가는 관찰자적 입장에서 피해자의 이러한 보복적 감정에 동감하는 감정으로 정의심에 의거하여 민법, 형법이라는 법제도를 운영하게 된다고 한다.<sup>9)</sup> 이러한

8) 김광수, “애덤 스미스의 법과 경제: 행동경제학-행동법학적 관점을 중심으로”, 국제경제연구, 제18권 제4호(2012.12), 35면(25-53).

행동경제학이 파악한 자기분위적 편향성은 국가형벌권의 정당성과도 연결되는데, 즉 “국가의 법적 통제는 개인의 기본권(생명, 자유, 인격, 재산, 명예 등)이 침해된데 대한 공정한 관찰자의 입장에서 “적당하고 합당한 정의감”에 근거하여 성립된다는 것이다.<sup>10)</sup> 이처럼 국가의 역할 및 법정책 운용과 관련하여 행동경제학에서는 국가를 공정한 관찰자로 간주하면서 국가의 “모든 통치구조는 오로지 그 영역 속에서 생활하고 있는 사람들의 행복을 증진시키는 경향에 비례해서만 그 가치가 평가되며, 이것이 통치구조의 유일한 용도이자 목적”이라고 주장되기도 한다.<sup>11)</sup> 이처럼 행동경제학적 인간성향 분석은 국가통제의 정당성 문제와도 맞닿아 있다.

## (2) 손실회피성향과 보유효과

두 번째로 행동경제학에서 파악한 인간의 편향성은 손실회피(loss aversion) 성향이다. 인간은 손실회피성향으로 인하여 무엇인가를 보유 내지 소유하려는 성향(endowment effects)으로 나아간다는 것이다. 사람들에게는 손실로부터 받는 고통이, 손실과 동일한 이익에서 얻어지는 만족보다 크게 느껴진다는 것인데, 이로부터 사람들은 손실을 보지 않으려고 보유 내지 소유하려는 성향을 보인다. 즉 손실회피적 성향의 개인들은 이득보다는 손해에 훨씬 더 민감하므로 현상유지를 더 선호한다고 한다.

이를 대표적인 행동경제학자인 탈러와 선스타인 교수는 머그잔실험을 통해 증명하였다.<sup>12)</sup> 학생들을 두 그룹으로 나누어 절반인 ①그룹의 학생들에게는 머그컵을 나눠주고 나머지 절반인 ②그룹의 학생들에게는 머그잔을 나눠주지 않은 상태에서, ①그룹의 학생들에게는 머그컵을 팔도록, 그리고 ②그룹의 학생들에게는 머그컵을 사도록 지시하였다. 이후 ①그룹에서 희망하는 평균적인 판매금액과 ②그룹에서 희망하는 평균적인 구매금액을 비교한 결과 희망하는 판매금액이 지불하고자 하는 금액의 두배에 이르는 것으로 나타났다. 이를 통해 탈러와 선스타인 교수는 일단 머그컵을 소유하게 되면 내놓고 싶어하지 않고, 머그컵이 없는 쪽에서는 소유하지 않는다고 하여 당장 가져야 할 욕구를 느끼지 않는다고 한다. 이러한 실험을 통해 이들 행동경제학자는 “사람들은 무

9) 김광수, 위의 논문(주 8), 36-37면(25-53).

10) 김광수, 위의 논문(주 8), 37면(25-53).

11) Adam Smith, 『The Theory of Moral Sentiments』, edited by D. D. Raphael and A. L. Macfie, Oxford: Clarendon Press, 1759, p.185. (김광수, 위의 논문(주 8), 38면에서 재인용)

12) 이에 대해서는 리처드 H. 탈러/ 케이스 R. 선스타인, 「넛지: 똑똑한 선택을 이끄는 힘」, 리더스북 2009, 61-62면.

언가를 포기해야 할 때, 동일한 것을 얻었을 때 느끼는 기쁨 보다 두 배로 큰 상실감을 느낀다”는 결론을 내렸다. 우리 속담에 “든 자리는 표가 나지 않아도 난 자리는 표가 난다”는 의미와 유사하다. 이러한 손실기피는 “타성, 즉 현재 갖고 있는 것을 고수하고자 하는 강한 욕망을 창출”하여, 무언가를 교환하지 못하도록 압박을 가하기도 하고, 심지어는 커다란 이익이 되는 교환의 기회가 주어졌을 때조차도 교환하지 못하도록 작용한다고 한다.<sup>13)</sup>

### (3) 현상유지편향

행동경제학에서 밝혀낸 세 번째의 인간의 성향으로는 현상유지편향(status quo bias)을 들 수 있다. 현상유지편향은 앞서 살펴본 손실회피성향과 유사한 편향인데, 즉 손실발생의 고통을 예감하여 현재상황에서 변화하는 것을 꺼리는 현상을 말한다.<sup>14)</sup> 탈러와 섀스타인 교수는 그 예로, 지정석이 아님에도 계속 같은 자리에 앉으려는 성향이라던가, 신문이나 잡지를 정기구독하게 되면 읽지 않아도 구독을 중단하지 않으려는 성향을 예로 들고 있다.<sup>15)</sup> 이러한 현상유지편향의 원인에 대하여 탈러와 섀스타인 교수는 ‘주의력결핍’을 들고 있다. 즉 주의를 기울이지 않으면 현상을 유지하려는 이러한 인간의 편향으로 말미암아 퇴직연금운용에 있어서 자동투자제도인 디폴트옵션(default option)<sup>16)</sup>이 마련되었다고 한다. 이러한 디폴트옵션은 뒤에서 설명하게 될 국가적 대안인 넋지의 강력한 역할로 평가된다.

### (4) 확증편향

합리적 선택을 제약받는 네 번째의 인간의 성향으로 또한 확증편향을 들고 있다. 인간은 자기가 들은 것이나 믿는 것을 확인하는 쪽으로 선택하는 행동을 보인다는 것이다. 이러한 확증편향을 보여주는 유명한 예로서 행동경제학자들은 네 장의 카드선택실험을 든다.<sup>17)</sup> 즉 ‘한면에 모음이 적힌 카드의 다른 면에는 항상 짝수가 있다’는 주장의 진실에 대하여 가능한 한 적은 횟수로 카드를 뒤집어 확인하는 실험에서, 테이블에 놓인 네장의 카드에서 보여지는 것이 “A, B, 2, 3”일 때 사람들이 가장 많이 선택하는 카드의 순서는 “A, 2, 3, B”였다는

13) 탈러/ 섀스타인, 위의 책(주 12), 62-62면 참조.

14) 김광수, 위의 논문(주 8), 34면(25-53).

15) 탈러/섀스타인, 위의 책(주 12), 63-64면.

16) 지정하지 않으면 자동으로 선택되는 옵션, 즉 기본값을 말한다.

17) 리처드 H. 탈러, 위의 책(주 7), 278면 이하.

것이다. 이는 어떤 주장에 대하여 그 주장의 진실여부를 판단하는데 있어서, 사람들은 주장을 반박하는 방향으로 입증하기 보다는 그 주장을 확인하는 방향으로 입증하려는 성향이 있음을 밝혀낸 것이다. 이런 “확증편향”으로 인해 인간은 정보를 공정하고 객관적으로 평가하는 것이 아니라, 자신이 이미 참이라고 믿는 것을 확증하는 방식으로 해석하려는 경향이 있음을 보여준다. 즉 인간은 “보고 싶은 것만 보고, 듣고 싶은 것만 들으려는” 성향이 있는데, 이러한 확증편향은 부지불식간에 자신의 의지와 상관없이 무의식적으로 흘러가서 합리적인 이성적 판단에 방해가 된다.

##### (5) 기타 편향성

그밖에도 인간의 합리적인 이성적 선택에 방해를 미치는 여러 요소들을 행동경제학에서는 보여주고 있는데, 근접성집착편향, 확인편향, 회고편향 등이 그러하다. 근접성집착이란 사람들은 일반론이나 통계자료 보다는 최근에 발생한 자기 주변의 구체적인 사건이나 경험들을 훨씬 중요하게 여긴다는 것이다.<sup>18)</sup> 이로써 객관적으로 공시되고 보도되는 합법과 불법의 판단 보다는 자기 주변 사람들의 합법 및 불법의 경험들을 훨씬 더 생생하게 받아들이게 되므로, 합법 및 불법에 대한 법정책들은 하향식의 전달보다는 수평적인 전달이 훨씬 효과적이게 된다고 할 수 있다. 이를 일부 행동경제학자들은 “생생함의 오류”로 부르기도 한다.

‘확인편향’은 특정 사람이나 물건에 대하여 일면만 보고 그 사람이나 물건을 둘러싼 다른 면도 자신이 판단한 일면에 부합할 것으로 손쉽게 믿는 편향성을 말한다. 다른 말로 ‘성급한 일관성’으로 불리기도 한다. 그 예로는 특정 사람의 외모만 보고 그 사람의 성격 등을 판단하는 경우들이 그렇다. 이를 다른 말로는 “후광효과”라고도 한다. 이러한 확인편향은 주의력결핍을 가져오게 되므로 행위자의 과실과 연결될 수 있다. 그 밖에도 ‘회고편향’이 있는데, 실제로는 잘 모르고 있었거나 또는 자신의 예상이 달랐으면서도, 사건의 결과가 나오면 마치 자신의 예상이 맞았던 것으로 착각하는 것을 말한다. 이러한 회고편향으로 사람들은 자신이 믿었던 정보나 지식을 과장하여 인식하고 이로부터 최근의

18) 홍훈, 위의 책(주 4), 182면 이하. “자신이나 자신의 친지가 지진을 경험한 사람은 객관적인 통계수치가 알려주는 것보다 지진의 위험이 더 크다고 생각한다. 또한 주변에서 누가 암에 걸리면 건강에 더 주의하고, 건강검진을 더 자주 받으며, 의료보험에도 쉽게 가입한다. 더불어 최근에 비행기 사고가 발생했다는 뉴스를 접한 경우에는 한동안 여행을 자제하기도 한다. 이것을 생생함의 오류로 규정하기도 한다.”



정보를 수용하기를 꺼려할 수 있다. 법적 실무에 있어서는 “발생한 범죄에 대한 판결시, 범죄결과에 합당하지 않은 정보나 증거가 나와도 이를 잘 고려하지 않는 오류”로 설명되기도 한다.<sup>19)</sup>

## 2. 행동경제학과 법경제학

앞에서 살펴본 행동경제학에서 밝혀낸 인간의 휴리스틱이나, 다양한 편향성 등은 특별히 새로운 것이라기 보다는 어쩌면 우리가 알면서도 크게 생각하지 못했던, 일시적인 자연스런 인간의 성향으로 가볍게 치부되었던 것을 실험 등을 통하여 종합적으로 밝혀내고 정리할 것에 불과한 것일 수도 있다. 그러나 이제 인간은, 사회를 그리고 국가를 구성하는 부속품으로서 ‘표준적인 인간상’에 바탕을 두고 개개인의 특성과 환경을 도외시한채 파악되는 그러한 존재로서가 아닌, 행동경제학에서 분석되고 파악된 이러한 편향성을 좀 더 섬세하게 고려하여 개인의 이성적인 능력을 면밀히 파악해 볼 때가 아닌가 싶다.

물론 법학에서 ‘인간의 경제적 선택’에 대한 관심은 이미 오래되었다. 대표적으로 ‘합리적 경제인의 비용-편익분석과 선택이론’에 근거한 법경제학적 논의가 그것인데, 베커(Gary Becker)는 1968년 ‘범죄와 형벌’<sup>20)</sup>이라는 논문에서 “범죄행위자는 범죄의 실행여부를 판단하는데 있어서 범죄를 실제로 이행할 경우의 기대비용과 기대편익을 감안하여 비교형량을 한 후 범죄의 실행 여부에 관한 의사결정을 한다”는 점을 밝혔다.<sup>21)</sup> 이러한 베커의 결론 또한 범죄행위자를 ‘합리적인 이성적 존재’로서 ‘자유로운 의사결정자’로 상정한 것으로서, 이는 주류경제학과의 입장과 크게 다르지 않은 것이다. 이러한 베커의 ‘합리적 선택이론’은 법경제학에 큰 반향을 일으켜 이후 포스너(Richard Allen Posner)<sup>22)</sup>를 비롯한 여러 학자들이 이어 많은 연구를 하여 법현상에 대한 설명과 예측으로부터 여러 대안을 제시하는 등 많은 성과를 보였다. 그러나 이러한 베커의 ‘합리적 선택이론’은 법현실을 지나치게 단순화하였다는 비판을 많이 받

19) 홍훈, 위의 책(주 4), 182면 이하.

20) Becker, G.S., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, Journal of Political Economy, 76(2), p.231-249” .

21) 이러한 베커의 결론은 결국 형법의 기존의 책임론에서의 내용을 그대로 답습하고 있다. 왜냐하면 책임론 또한 인간은 ‘의사결정의 자유’가 있다는 점에서 그에게 범죄에 대한 책임이 있고 따라서 형벌이라는 법적 효과를 부과할 수 있다고 형벌의 정당성을 내세우고 있기 때문이다.

22) 그의 대표 저작으로는 Posner, R .A., 「The Economic Analysis of Law」, Aspen Publisher, 2010.

왔는데, 왜냐하면 그의 이론적 틀을 벗어난 많은 예외적인 현상들이 속속들이 보고되었기 때문이다.

이로부터 많은 성과와 지적을 동시에 안고 있던 ‘합리적 선택이론’에서 이제 보다 ‘현실적이고 설득력있는 모델’이 보완되어 새로운 논의가 시작되었는데 이러한 모델이 바로 ‘행동경제학’적 관점을 접근<sup>23)</sup>시킨 시도라고 한다.<sup>24)</sup> 이처럼 법경제학에서도 법적 현상을 분석하는 현대적 방법론으로 행동경제학이 차용되어 왔음을 알 수 있다.

### III. 행동경제학과 자유온정주의

#### 1. 행동경제학에서 개인의 지위 변화

경제학에서 정부의 개입과 관련하여 다양한 변화들이 있는데, 대공황이후 등장한 케인즈주의에서는 시장과 가격기구의 불완전성을 지정하면서 거시적인 관점에서 정부의 정책적인 개입을 촉구하였다면, 이후 등장한 ‘통화주의’와 ‘새 고전학과’에서는 인간의 완벽한 합리성을 전제로 시장과 가격기구는 거의 완벽하므로 정부는 개입할 필요가 없다 하여 정부의 무용성이나 유해성을 주장하였다.<sup>25)</sup> 그리고 이후 등장한 행동경제학은 ‘개인의 합리성’에만 관심을 갖는데, 인간은 ‘준거의존성(reference dependence)’, ‘손실회피(loss aversion)’, ‘민감성의 체감(diminishing sensitivity)’, ‘맥락특정성(context specificity)’과 관련을 맺고 있다고 한다.<sup>26)</sup> 이처럼 행동경제학은 ‘개인’이라는 미시적 관점을 기초로 하므로 기본적으로 거시적 관점인 케인즈주의는 만나지 않지만, 행동경제학이 상정하는 개인이란 온전히 비합리적인 인간이 아닌, 합리성을 가진 존재이기는 하나 이때의 합리성은 불완전한 합리성이라는 것이다. 따라서 케인즈주의와 마찬가지로 제3자 및 정부의 개입을 필요로 하게 되며, 이는 뒤에서 살펴볼 자유온정주의와 유사하게 된다. 다만 정부의 개입정도 및 개입효과에 있어서 차이

23) 이러한 접근으로는 Sunstein Cass R., 『Behavioral Law and Economics』, Cambridge University Press, 2008.

24) 이러한 소개로는, 김광수, 위의 논문(주 8), 26면 참조.

25) 홍훈, “행동경제학의 정책적인 함의”, 한국정책학회 하계학술대회, 2014, 61면 본문 및 각주 12) 참조.

26) 홍훈, 위의 논문(주 25), 53면; 홍훈, 『신고전학과 경제학과 행동경제학』, 신론사 2013, 184-217면 참조.

를 보이는데, 자유온정주의에서는 직접적으로 개인의 의사결정, 선택, 행위에 영향을 미치려고 하는데 반하여, 행동경제학에서는 이러한 정부의 직접적인 영향을 상정하지는 않는다.

한편 행동경제학과 주류경제학인 신고전학과를 비교해보면, 신고전학과에서 시장원리로 주장되는 과정은, ①[개인의 인지와 합리적인 의사결정] → ②[개인의 선택·행위] → ③[시장의 수요·공급] → ④[가격을 통한 조정]으로 진행된다. 여기서 첫번째 단계로 ①[개인의 인지와 합리적인 의사결정]을 둠으로써 개인의 선택 및 행위에 전적으로 무관심한 것은 아니다. 그러나 이때 개인의 행위를 결정하는 다양한 조건이나 정보 등에 대해서는 주의를 기울이지 않고 마지막 네번째 단계인 ④[가격을 통한 조정]에 관심을 기울이고 있을 뿐이다. 이와 달리 행동경제학에서는 첫번째 단계인 ①[개인의 인지와 합리적인 의사결정]에 관심을 두고 개인의 행위를 이끄는 다양한 형태의 조건이나 정보의 처리과정이나 처리장치 자체에 의문을 갖는다고 한다.<sup>27)</sup>

## 2. 자유온정주의

행동경제학에서는 사회철학사상 중에서 ‘자유온정주의(libertarian paternalism)’ 또는 ‘비대칭적 온정주의(asymmetric paternalism)’를 기반으로 하고 있다.<sup>28)</sup> 사회철학사상은 크게는 ‘온정주의(paternalism)’와 ‘자유(지상)주의(libertarianism)’로 분류된다. 먼저 ‘온정주의’란 여러 대안들 가운데 어느 하나를 당사자가 아닌 제3자 내지 독재자가 선택해주는 것을 말하고, ‘자유주의’란 그 어느 누구의 간섭없이 당사자 스스로 선택하는 것을 의미한다. 물론 온정주의의 경우에는 자신이 아닌 제3자가 선택해주므로 이때 제3자가 폭군이나 독재자인 경우에는 오히려 당사자에게 해롭게 된다는 우려가 있다. 반면에 자유(지상)주의는 각 개인이 합리적이므로 선택하므로 정부개입을 최소화해야 한다는 주장을 펼친다.<sup>29)</sup> 이 둘의 절충적인 입장으로 ‘자유온정주의’가 등장하는데, 제3자 또는 정부의 입장을 요청하기는 하나 개인에게 선택을 유도만 할 뿐 최종선택의 자유는 개인에게 맡기는 것을 내용으로 한다. 즉 -자유주의사상이 선택에 대한 어떠한 개입도 포괄적으로

27) 홍훈, 위의 논문(주 25), 2014, 62면.

28) Thaler, R. & C. Sunstein (2003) “Libertarian Paternalism”, American Economic Review, 93:2, 175-179면; Camerer, C., S. Issacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue & M. Rabin (2003) “Regulation for conservatives: Behavioral economics and the case for “asymmetric paternalism”, University of Pennsylvania Law Review, 151, p.1211-1253.

29) 이에 대해서는 홍훈/이규상, “자유온정주의와 자유방임주의”, 『경제학연구』, 57:3, 171-193면.

거부하는 반면에- 자유온정주의는 준거와 맥락을 강조하면서 개인의 선택에 영향을 미치고자 하는 차이가 있다. 그럼에도 자유온정주의는 궁극적인 선택에 있어서는 당사자들에게 맡기고 있음으로써 자유온정주의는 ‘자유주의’에 보다 가까운 것으로 평가된다.

이처럼 자유온정주의란, 인간의 자유주의와 정부의 온정주의가 결합된 사상으로, 자유온정주의에서는 “인간의 합리성이 완벽하지 않으므로 정부의 개입이나 제3자의 도움이 필요하다”는 주장을 펼친다. 이를 신고전학파의 시장원리와 접목해보면, ㉠[개인의 인지와 합리적인 의사결정] → ㉡[개인의 선택·행위] → ㉢[시장의 수요·공급] → ㉣[가격을 통한 조정]의 과정 중 첫 번째 단계인 ㉠[개인의 인지와 합리적인 의사결정]단계에서 바로 정부 또는 제3자의 개입이 요구되는 것을 의미한다.<sup>30)</sup> 신고전학파에서 상정하는 것처럼 만일 인간이 합리적이라면 이러한 신고전학파의 시장원리에서 인간이 첫번째 단계인 ㉠[개인의 인지와 합리적인 의사결정]에서 어떠한 선택을 내리든 결과에 있어서 유의미한 차이가 발생하지 않아야 한다(절차적인 불변성, procedural invariance).

이와 달리 행동경제학에서는 바로 동일한 첫번째 단계에서 인간이 어떠한 선택 내지 결정을 하느냐에 따라 결과발생에 차이를 보인다는 점을 강조한다. 이러한 행동경제학에서의 상정으로부터 자유온정주의에서는 따라서 초기대안(default), 출발점의 설정, 적극적 선택에 대한 강제, 이탈에 대한 조건제시 등과 같은 내용적 제약을 부과한다던가 또는 이탈에 대한 높은 벌금부과 등과 같은 구체적인 정책들을 내세워 인간의 선택에 긍정적인 영향을 주어야 한다고 파악한다.<sup>31)</sup> 이처럼 ‘자유온정주의’는 인간이 좀 더 합리적인 선택을 하도록 다양한 특정 대안들을 제시할 것과 또한 그 대안들에 순위를 정하여 우선적인 대안을 제시하도록 함으로써 - 제한적으로 합리적인-, 다시말하면 불완전한 합리적인 인간에 대한 ‘온정주의’가 발휘되면서 동시에 또한, 그 이후의 선택과 결정을 온전히 ‘개인’에게 맡김으로써 ‘자유주의’를 유지한다는 점에서 이러한 ‘온정주의’와 ‘자유주의’가 결합되어 ‘자유온정주의’로 상정되게 된다.<sup>32)</sup> 따라서 자유온정주의에서 제안되는 시장원리의 첫번째 단계인 ㉠[개인의 인지와 합리적인 의사결정]에서의 ‘정부 또는 제3자의 개입’은 적극적인 개입이 아닌 ‘소극적인 개입’으로서 ‘권유장치 내지 유도’(nudge)<sup>33)</sup>를 내세우게 되는 것이라고 한다.<sup>34)</sup>

30) 홍훈, 위의 논문(주 25), 54면.

31) Sunstein, C. & R. Thaler, “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, 『The University of Chicago Law Review』, 70:4, 2003, p.1188-1190.

32) 홍훈, 위의 논문(주 25), 2014, 55면.

### 3. 자유온정주의와 법정책

이러한 자유온정주의 사상은 독일의 역사학과<sup>35)</sup>와 유사한 듯 하면서도 구별되는데, 역사학과는 -고전학과나 한계효용학과와 같이- 개인의 불완전한 합리성을 근거로 감성 또는 이타심의 역할을 강조하여 왔다.<sup>36)</sup> 이에 따라 역사학과는 인간의 욕성이나 계몽 및 계도에 중점을 두면서, 경제의 테두리(die Rahmensbedingungen)로서 제도, 법, 정부의 관리를 강조해왔다고 한다.<sup>37)</sup> 반면에 -역사학과와 달리- 행동경제학은 인간의 이러한 불완전한 합리성이 교육, 계몽, 학습 등을 통해 근원적으로 개선되지 않는다고 보는데, 인간의 인지적 취약성은 아무리 장기적으로 정보나 지식이 늘어나고 경험이 쌓이는 등 학습이 이뤄지더라도 근본적으로 개선될 수 없는 것으로 인지하여, 따라서 정부나 제3자의 도움이 보다 더 필요한 것으로 간주한다. 역사학과에서는 인간은 상당부분이 교육될 수 있다고 전제하나, 자유온정주의에서 인간은 이미 충분히 계몽된 인간을 상정하는 차이가 있다고 한다. 이에 따라 역사학과에서는 ‘국민교육’ 또는 ‘국민계몽’과 같은 보다 적극적인 정부의 개입을 필요로 하지만, 자유온정주의에서는 법이나 정책의 역할을 -역사학과와 같은 적극적인 개입이 아닌- ‘선도’ 내지 ‘유도’에 한정할 뿐이라고 한다.

이러한 역사학과의 입장은 법이나 규정, 정책으로 규정하기 어려운 경제활동 등의 일상생활에서 도덕, 규율, 규칙을 강조하고 공동체에 의존하게 되는데, 자유온정주의 및 행동경제학에서도 결국은 공동체에 의존하는 유사한 상황이 발생할 수 있다고 한다. 왜냐하면 자유온정주의 및 행동경제학에서 상정하는 인간의 비합리성에 따라 인간은 자신의 비합리성을 가족, 친구, 동료 등과 같은 가까운 공동체로부터 애정어린( 또는 진심어린) ‘참견’(또는 조언)을 서로 필요로 하게 되는데 바로 이러한 ‘참견’(또는 조언)이 우리가 최근 부르는 ‘넛지(nudge)’와 유사한 형태로 이해될 수 있기 때문이다.<sup>38)</sup>

33) 넛지(nudge)란 선택에 대한 적극적인 강제가 아닌, 팔꿈치로 살짝 짚어 유도를 이끈다는 의미인데, 행동경제학자인 탈러(Thaler)교수와 선스타인(Sunstein)교수의 저작인 『넛지(NUDGE)』를 통해 그 개념 또한 유명해졌다.

34) Thaler, R. & C. Sunstein, 『Nudge』, New Haven: Yale University Press. 2008.

35) 독일의 역사학과는 19세기 중엽부터 20세기 초까지 독일의 경제학과 사회과학을 지배했던 사상으로서 역사학과의 대표적인 주장자로는 로셔(W. Roscher), 크니스(K. Knies), 슈몰러(G. Schmoller), 브렌타노(L. Brentano) 등이 거론된다.

36) 홍훈, 「경제학과 자유주의」, 서울: 연세대학교 출판부, 2009, 257-260면

37) 홍훈, 위의 논문(주 25), 58면.

38) 이러한 공동체주의의 대표적인 예로서 우리나라의 대표적인 행동경제학자인 홍훈교수는

자유주의는 시장을 대변하고 온정주의는 국가를 대변하는데, 이 때문에 자유주의와 온정주의가 결합된 ‘자유온정주의’는 어설픈 결합이거나, 형용모순(oxymoron)이라는 비판을 받기도 하지만<sup>39)</sup> 이제 지배구조를 단순히 시장과 국가라는 이분법적 사고에서 벗어나 다양한 조직 및 구성원을 염두에 두고 상정할 필요성이 제기되기도 한다.<sup>40)</sup> 그 예시로 홍훈교수는 지방정부의 역할증대와 함께 또한 이러한 지방정부를 견제하는 조직으로서 비정부민간단체 또는 시민단체들의 역할증대도 제안하고 있다. 이처럼 자유온정주의가 대상으로 하는 것은 단순히 개인이 아닌 기업, 산업, 경제전체이나 행동경제학에서는 개인을 대상으로 삼는다.

또한편 케인즈주의가 경기변동에 따른 단기적이고 재량적인 정책을 추구하는 반면에, 자유온정주의는 보다 장기적인 관점에서 법이나 규정에 의존하는 차이를 보인다고 한다. 왜냐하면 행동경제학에서 상정하는 개인의 비합리성은 실수나 학습의 부족에서 비롯된 것이 아니므로 가격, 수량 등을 고려하는 경기변동에 따라 단기적으로 해결하는 방법을 찾는 것이 아니라, 보다 지속적인 법이나 규약 등에 의존하게 되는 것이라고 한다.<sup>41)</sup> 이처럼 행동경제학은 시장 및 경제영역에 국한되어 문제의 해결책을 찾는 것이 아니라, 인간은 내용과 형식에 대하여 혼동을 일으키게 됨으로써 심리학의 포괄적인 결론과 연결된다고 한다.

---

‘오마가세(오마가세)’를 들고 있다. 오마가세란 일본의 스시나 사시미 요리식당에서 손님이 주어진/정해진 메뉴를 선택하는 것이 아니라, 요리전문가인 요리사가 손님이 직접 지켜보는 앞에서 손님의 취향을 즉각즉각 물어보면서 다양한 스시나 사시미를 손님의 입맛에 맞게 제공하는 것을 말한다. 비전문가인 손님의 선택은 전문가인 요리사 보다 그 합리성이 떨어지므로 전문가의 ‘참견’(내지 조언)을 통해 비전문가의 불완전한 합리성을 보완하게 되는 것이다. 물론 이러한 시스템이 정착하기 위해서는 홍훈교수가 적절하게 지적하듯이 ‘장인(전문가)의 전문지식이나 기술에 대한 신뢰와 요리사(전문가)의 직업윤리에 대한 의존’이 있어야 한다. 또한 이렇게 제공하는 서비스에는 단순히 음식에 대한 제공만이 아니라 음식이 만들어지는 생산과정도 포함된 것으로 보아야 한다고 한다. 즉 기존의 불투명하고 불확실하였던 절차적 과정을 투명하게 공개함으로써 개인의 선택이나 가격기구 보다는 장인(전문가)에게 의존하게 되고 이러한 체계가 자리잡음으로써 개인의 불완전한 합리성이 극복될 수 있게 될 것으로 여겨진다. 이에 대해서는 홍훈, 위의 논문(주 25), 59면. 각주 10).

39) Mitchell, G., “Libertarian paternalism is an oxymoron”, Northwestern University Law Review, 99:3, 2005, p.1245-1277면. (홍훈, 위의 논문(주 25), 59면 재인용)

40) 홍훈, 위의 논문(주 25), 59-60면.

41) 홍훈, 위의 논문(주 25), 2014, 63면.

#### IV. 인간의 인식체계와 책임원칙의 재구성

##### 1. 행동경제학 상정 이중인식체계와 새로운 개입주의

행동경제학은 -신고전학파에서 전제로 하는 경제인을 거부하면서-, 인간의 ‘이성’뿐만 아니라 인간의 ‘감성’도 중요한 인식체계로 파악한다. 이러한 이중인식체계는 심리학자들에 의해서 재구성된 이중과정이론(dual process theory)인데, 다른 말로 인간의 “마음구조(mental architecture)” 내지 “마음체계(mental system)”라고 할 수 있다. 이중과정이론에서는 인간의 마음을 “체계 1(system 1)”과 “체계 2(system 2)”라고 둘로 크게 구분짓고<sup>42)</sup> 체계 1은 보다 직관적인 감정에 의한 인지과정으로, 체계 2는 논리적 규칙에 의존하는 합리적인 이성적 작동들로 대비하여 설명하고 있다.

<이중과정이론: 체계 1과 체계 2><sup>43)</sup>

체계 1	체계 2
‘가슴’에서 나오는 경험적이고 ‘뜨거운’ 감정적인 체계	‘머리’에서 나오는 합리적이고 ‘차가운’ 이성적인 체계
영역 특정적, 휴리스틱에 의거한 정보처리	영역 일반적, 체계적 정보처리
모듈에 의한 과정과 인지	중앙 집중적 과정과 유동적 사고
암묵적 추론과 직관적 사고	명시적 추론과 분석적 사고
자동적, 연상에 의거한 정보처리	의식적, 규칙에 의거한 정보처리
충동적 판단과 의사결정	반성적 판단과 의사결정

위의 도표에서 보여지는 바처럼 ‘체계 1’은 ‘직관’과 ‘감정’에 의존하는 인지과정으로서, 논리적 규칙이 아닌 맥락에 따라 상대적으로 활성화되는 휴리스틱

42) Stanovich, Keith. E., ‘The Robot’s Rebellion. Finding meaning in the age of darwin’, University of Chicago Press, Chicago, 2004, p.35; Evans, J., “Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition”, Annual Review of Psychology, 2008, Vol. 59, p.257(255-278)

43) 이 표는 Stanovich, Keith. E., ‘The Robot’s Rebellion. Finding meaning in the age of darwin’, University of Chicago Press, Chicago, 2004, p.35와 Evans, J., “Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition”, Annual Review of Psychology, 2008, Vol. 59, p.257(255-278)을 참조하여 홍훈/이규성, 위의 논문(주 29), 124면에서 만든 도표를 재인용함.

(heuristics)에 의해 내려지는 인지과정을 말한다. 따라서 이러한 인지과정은 심사숙고되어 판단되는 것이 아닌 ‘머리가 뜨거워진 상태’에서 내려지는 즉각적인 결정으로서 ‘뜨겁고, 감정적이며, 일단 저지르고 보는 체계(hot, emotional ‘go’ system)’로 표현되기도 한다. 그런데 이러한 ‘체계 1’은 직관과 감정에 의존함으로써 상황이나 맥락으로부터 영향을 받아 작동되는 ‘가슴’으로 대표되는 마음이나 인지를 표상한다. 즉, ‘체계 1’은 합리적이고 논리적인 이성과는 거리가 멀다는 것을 알 수 있다.

이와 달리 ‘체계 2’는 전 영역에 적용되는, 상황이나 맥락에 영향을 받지 않는, 독립하여 작용하는 논리적 규칙에 의존하는 작동하는 체계를 말한다. 일반적으로 신중한(deliberate) 사고와 의사결정을 관장하는 체계라고 한다. 다른 말로 ‘차가운 체계(cool system)’로 묘사되기도 하는데, 이는 ‘차가운’ 이성적인 상태에서 분석적이고 체계적인 계산에 의해 표준적인 선호를 기초로 ‘효용극대화’를 이루는 것을 말한다.<sup>44)</sup> 이러한 ‘체계 2’의 상태는 경제학에서 ‘합리적 소비자’를 추구하는 사람이라는 뜻의 ‘호모 이코노미쿠스(homo economicus)’의 상태로서 주류경제학과인 신고전학과 경제학에서 상정하는 이성적인 인간상과 견주게 된다.

일반적으로 인간은 이러한 ‘체계 1’과 ‘체계 2’라는 두 체계들이 서로 상호작용하며 균형을 이루는 연속선에서 순간순간 판단하고 행동하는데,<sup>45)</sup> 합리적 결정은 바로 ‘체계 2’의 작동이 ‘체계 1’의 작동을 완전히 압도한 상태에서 구현되는 것이라고 한다. 그런데 이러한 체계 1과 체계 2의 상호작용에서 새로운 개입을 목표로 하는 자유온정주의자들이 관심을 기울이는 것은, 개인 스스로가 자신의 합리적이고 이성적인 체계 2가 감정적이고 직관적인 체계 1을 압도하도록 개인을 돕는 것은 아니라고 한다. 즉 자유온정주의자들이 갖는 목표는 선택의 상황 또는 맥락에 변화를 가하여, 변화된 새로운 상황이나 맥락에 있어서 ‘체계 1’과 ‘체계 2’ 사이의 상호작용의 균형(㉠)이, 원래의 상황이나 맥락에서 ‘체계 2’의 작동이 ‘체계 1’의 작동을 완전히 압도하였다면 이루어졌을 균형(㉡)과 같도록 유도(induce)하는 데에 그 목표를 둘 뿐이라고 한다.<sup>46)</sup> 즉 이것은 감정적인 ‘체계 1’과 이성적인 ‘체계 2’에 있어서 자유온정주의자가 목표로 하

44) 홍훈/이규상, “행동경제학의 규범적 분석과 합리성”, 『사회경제평론』 32, 한국사회경제학회 2009, 124면(101-131).

45) Glimcher, P. W./ C. F. Camerer/ E. Fehr/ R. A. Poldrack, 『Neuroeconomics. Decision Making and the Brain』, “Chapter 1- Introduction: A Brief History of Neuroeconomics”, Academic Press, London 2009.

46) 홍훈/이규상, 위의 논문(주 44), 125면.



는 것은, 이성적인 ‘체계 2’가 감정적인 ‘체계 1’을 누르고 대체하자는 것이 아닌, 감정적인 ‘체계 1’의 상태를 그대로 인정하면서 ‘체계 2’와 상호작용을 통하여 합리적으로 나아가도록 ‘체계 1’에 영향을 미치게 되는 상황이나 맥락에 변화를 주자는 것이다. 간단히 말하면 ‘감정’을 없애자는 것이 아니라, 그 ‘감정’에 영향을 미치는 맥락들에 변화를 가하여 ‘감정’과 ‘이성’의 상호작용이 ‘이성’에 가깝게 조율하자는 것으로 보인다.

심리학자들에게서 연구된 이러한 이중인식체계는 행동경제학자인 탈리교수와 선스타인 교수에게도 영향을 미쳤는데, 탈리교수와 선스타인교수는 자신들의 저서인 『넛지(nudge)』에서 이러한 이중과정이론과 유사한 ‘두 가지 유형의 사고방식’을 소개하고 있다. 즉 ‘체계 1’을 ‘자동시스템(Automatic System)’으로, 그리고 ‘체계 2’를 ‘숙고시스템(Reflective System)’이라고 부르면서 인간의 인식체계를 설명하고 있다. 즉 ‘체계 1’과 유사한 인식의 “자동시스템”은 보다 ‘직관적이며 자동적인 사고방식’이라 하고, ‘체계 2’와 유사한 인식의 “숙고시스템”은 보다 ‘합리적이고 심원한 사고방식’이라는 것이다.<sup>47)</sup> 덧붙여 이들은 “자동시스템”적 인식은, 신속하고 직관적이어서 예컨대 갑자기 야구공이 날아왔을 때 즉각적으로 몸을 피하는 행위라던가, 또는 귀여운 강아지를 보았을 때 자동적으로 미소를 짓게 되는 행위라던가, 또 문득 떠오르는 아이디어와 같은 것, 그리고 모국어를 말하는 행위 등이 바로 자동시스템적 인식의 산물이라고 예시하고 있다. 반면에 “숙고시스템”적 인식은, 보다 신중하고 의식적인 인식체계를 말하는데 예를 들면 여행경로를 정한다거나, 진로를 결정하거나 또는 외국어를 말하는 등의 인식으로 설명하고 있다.<sup>48)</sup> 이러한 행동경제학자들에 의해 파악된 인식의 자동시스템과 숙고시스템은 아래의 도표로 간단히 정리되고 있다.

<두 가지 인식체계인 자동 및 숙고시스템><sup>49)</sup>

자동시스템	숙고시스템
통제불가	통제가
노력불필요	노력필요
결합적	연역적

47) 이에 대해서는 탈리/선스타인, 『넛지』, 리더스북, 2008. 40면 참조.

48) 탈리/선스타인, 위의 책(주 47), 43-44면. 한편 이때 자동시스템은 주로 예체능에서 보여지는 인식으로서, 시간과 노력을 들인 수많은 반복을 통해 훈련될 수 있다고 한다.

49) 탈리/선스타인, 위의 책(주 47), 40면 이하.

신속	느림
무의식적	의식적
능란	규칙준수

## 2. 책임형법과 도전적 상황

앞서 살펴본 행동경제학에서 상정하는, 인간에게는 두가지 인식체계과정이 있다 라고 하는 사고는 형법, 특히 책임원칙의 영역에서 그렇게 낮은 개념은 아니다. 왜냐하면 불법(범죄)에 대한 형사책임을 행위자에게 묻기 위해서는 그가 합법과 불법(범죄) 사이에서 이성적으로 불법(범죄)를 선택했으므로 비난이 마땅하므로 발생한 결과(범죄)에 대하여 그에게 전적으로 책임을 묻겠다는 것인데, 이때 전제가 되는 합법과 불법(범죄) 사이에서 선택을 하는 행위자의 ‘자유지’는 때때로 도전을 받아왔고, 오늘날에도 그 도전은 여전히 진행중이기 때문이다.<sup>50)</sup>

즉 종래에도 “선악에 대한 감각이 극히 무디어졌을 때”<sup>51)</sup>와 같은 상황에서 자유지를 어떻게 판단할 것인가 하는 물음이 제기되었다. 이에 대하여 개개의 행위별로 비난가능여부를 판단내리는 행위책임이 아닌, 행위 당시 까지의 “행위자가 살아온 삶의 모습 자체”를 통해 행위자가 “그릇된 삶을 살아왔다는 사실 자체”를 형사처벌의 근거로 삼는 ‘행상책임(行狀責任, Lebensführungsschuld)’이 주장되기도 하였다.<sup>52)</sup> 이러한 행상책임은 ‘인격적 책임론’에서 주장되는데 실제로 이러한 행상책임이 형법에 반영된 예로는 누범가중(형법 제35조)과 상습범가중(형법 제264조, 332조 등)을 들고 있다. 물론 이러한 행상책임을 형법에서 전

50) 책임개념에 대한 최근의 도전은 인지과학, 뇌과학의 발전에 따른 것으로서 이러한 도전적인 연구로는 박은정/탁희성, “제4부 뇌과학의 발전과 형법적 패러다임”, 「뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구(I)」, 한국형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2012; 이인영, “제1부 형사실체법상 고의 및 책임판단과 뇌과학”, 「뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구(II)」, 한국형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2014; 김성돈, “뇌과학과 형사책임의 새로운 지평”, 「형사법연구」 제22권 제4호, 2010; 한상훈, “진화론적 인지과학을 고려한 책임개념과 책임원칙의 재조명”, 「형사법연구」 제27권 제1호, 2015. 의사자유 존부를 묻는 이러한 도전 속에서 책임원칙을 다시 조명하고 있는 글로는 김성룡, “형사법의 근본원칙을 다시 생각함”, 「법학논고」 제58집, 2017.5, 경북대 법학연구원, 341-360면.

51) 신동운, 「형법총론(제9판)」, 법문사, 2015, 362면.

52) 인격적 책임론자인 독일의 메츠거(Mezger)와 보켈만(Bockelmann)이 주장한 이러한 행상책임에 대한 설명과 비판으로는 신동운, 위의 책(주 51), 362면; 이재상, 「형법총론(제7판)」, 박영사, 2012, §22 21-22.

면적으로 인정하기는 어려울 것인데 왜냐하면 행위자가 살아온 발자취 또한 매우 다양하여 이를 일반화하고 차등화하여 형벌의 양을 정하는 것 자체가 자칫 형벌의 불평등을 가져오고 더욱이 범죄 이전의 모든 행위를 속박할 가능성도 배제할 수 없기 때문이다.

그밖에도 책임의 본질은 행위자의 내부적 심적 상태가 아닌(심리적 책임론), “행위자가 처한 외부적 사정으로부터” 행위자에게 미치는 영향들을 고려하여 책임이 판단되기도 한다. 대표적으로는 규범적 책임론이 그러한데, 이러한 입장에서는 행위자에게 “객관적으로 존재하는 부수사정이 행위결정의 요인으로 작용하는 경우가 있다는 사실”에 주목하여 책임의 본질을 파악한다. 즉 규범적 책임론에서는 행위자의 내면적인 심리상태도 중요하지만, “외부적으로 주어진 상황도 함께 고려하여 범공동체가 행위자에게 어떠한 행위를 기대할 수 있었는가 하는 점이 중요한 의미”를 갖는다고 한다.<sup>53)</sup> 이러한 규범적 책임론은 “행위자의 내면세계에만 초점을 두지 않고, 행위자가 처한 객관적 사정도 함께 고려하여 책임을 파악한다는 점에서”<sup>54)</sup> 자유의사를 지닌 인간을 상정하는 전통적인 행위책임과는 조금 다른 형사책임의 의미를 던져준 것으로 평가된다.

이러한 전통적인 책임원칙의 ‘자유의사’에 대한 문제의식은 이제 뇌과학의 발달에 따른 도전 뿐만 아니라, 행동경제학에서 상정하는 인식체계과정을 통해서도 새롭게 조명될 수 있을 것으로 보인다.

### 3. 책임원칙에 대한 법적 근거 부재와 의미

앞서 살펴본 책임원칙에 대한 도전은, 책임원칙 개념 자체의 추상성에서 뿐만 아니라 책임원칙에 대한 뚜렷한 적극적인 명문규정이 없다는 점에서 더욱 가세가 된다. 이처럼 책임의 존부판단에 대한 뚜렷한 실증적인 기준을 제시하지 못한다는 점에서 전통적인 책임형벌의 사상을 ‘보안처분법(Maßregelnstrafrecht)’ 또는 ‘예방형벌(Präventionsstrafrecht)’으로 변경하자는 주장들<sup>55)</sup>이 등장하고 있

53) 신동운, 위의 책(주 51), 법문사, 2015, 364면.

54) 신동운, 위의 책(주 51), 법문사, 2015, 364면.

55) 독일에서는 Markowitsch Hans J./Werner Siefer, 「Tatort Gehirn: Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens」, 2007, S.218, 230; Wolf Singer, 「Ein neues Menschenbild?: Gespräche über Hirnforschung」, 2003, S. 34; Roth, 「Fühlen, Denken, Handeln: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert」, 2003, S. 543f.; Roth/Hubig/Bemberger(Hrsg.), 「Schuld und Strafe」, 2012, S. 89(102) 등이 있으며(김성룡, 위의 논문(주 51), 343면 재인용), 이와 유사한 생각으로 우리나라에서는 김성돈, 위의 논문(주 51), 145면에서는 “행위자의 특성과 환경을 고려하여 ‘처벌 보다 치료’, ‘응보 보다

는 상황이다.

그렇다면 우리 형법에서는 책임의 본질을 어떻게 파악하고 있는 것일까? 위에서 언급했듯이 형법전에 누구를 책임있는 자로 할 것인지, 책임이 무엇인지에 대한 직접적인 명문규정은 없다. 이는 책임이 안고 있는 ‘의사자유’ 개념의 추상성으로 말미암아 개별 행위자에 있어서 책임의 존부판단기준은 매우 다양하다는 점에서 ‘책임 있는 자’에 대하여 적극적으로 규정하기 보다는, ‘책임 없는 자’ 내지 ‘책임이 한정된 자’ 등과 같은 책임을 조각하는 자들을 소극적으로 규정함으로써<sup>56)</sup> 이를 제외한 나머지 행위자들을 책임있는 자로 넓게 해석할 수 있는 방법을 취한 것으로 보인다. 이렇게 되면 ‘책임있는 자’에 대한 더욱 폭넓은 포섭이 가능하게 되고, ‘의사자유’를 범죄에 앞선 일반 수범자들의 보편적인 정서 내지 이성으로 이해하게 된다. 그리고 행위자의 이러한 ‘의사자유’는 적법행위에 대한 선택가능성(타행위가능성)이 자유롭게 존재하는 것으로 이해되는데, 이러한 선택가능성이 있음에도 행위자가 불법(범죄)을 선택한데 대하여 비난을 하기 위해서는 행위자의 온전한 합리적인 이성상태를 전제로 할 때에만 가능하게 된다. 이에 따라 형법에서 책임과 관련한 소극적 규정들, 즉 책임조각사유들은 ‘합리적인 이성상태’가 불가능한 경우들을 예시한 열거규정으로 이해될 수 있다.

형법에서 책임을 배제하거나 제한하는 규정들로는 형사미성년자(형법 제9조), 심신상실자(형법 제10조 제1항), 한정책임능력자(형법 제10조 제2항), 농아자(형법 제11조) 그리고 강요된 행위(형법 제12조)와 법률의 착오(형법 제16조)를 들 수 있다. 즉 이들은 의사자유능력이 결여되거나 미약한 자들로서 적법한 행위에 대한 결정을 내리기에는 판단능력이 불완전한 자들이므로 결과발생에 대한 비난이 정당하지 않으므로 책임을 배제하거나 또는 그 책임을 일부로 제한하고 있는 것으로 이해될 수 있다. 그리고 구체적으로 불법(범죄)을 선택한 자들에게 책임능력으로서 의사자유가 있었는지 존부판단에 대해서는 우리 형법에서 제10조 제1항<sup>57)</sup>에서 규정하고 있는 ‘사물변별능력’<sup>58)</sup> 또는 ‘의사결정능력’ 여부로 그 책임능력의 존부판단을 하고 있는 것으로 보인다. 그렇다

개선’에 무게를 실을 수 있도록 책임과 형벌을 정하는 일로 패러다임 변화를 도모하자는 주장이 제기되기도 한다.

56) 같은 생각으로는 김성돈, 「형법총론(제5판)」, SKKUP, 348면.

57) “心神障礙로 因하여 事物을 辨別할 能力이 없거나 意思를 決定할 能力이 없는 者の 行爲는 罰하지 아니한다.”

58) 이는 다른 말로 ‘시비변별능력’으로 불리기도 한다. 대표적으로는 신동운, 위의 책(주 51), 373면.

면 이러한 존부판단을 책임조각사유와 대비하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, ㉠형사미성년자(형법 제9조)의 경우, 생물학적으로 불법과 합법을 구분하는 능력이 미성숙하므로 이러한 형사미성년자의 결정에 대해서는 비난할 수 없다는 점에서 책임이 조각되어 형벌을 부과할 수 없게 되는 것이다. 그리고 그러한 생물학적인 판단능력의 미성숙한 나이로 현재 만 14세를 사회공동체에서 입법자를 통하여 정하고 있을 뿐인데, 이러한 연령은 절대적 기준이 아닌, 사회적 합의로 결정되는 것이어서 지금도 그 연령을 낮추자는 주장이 제기되고 있다.

둘째, 책임이 없는 자로서 형사미성년자 이외에 ㉡농아자(형법 제11조)도 규정하고 있다. 농아자는 생물학적으로 판단이 미성숙한 것은 아니지만, 신체적인 장애로 말미암아 불법과 합법의 변별능력과 의사결정의 기준을 제대로 학습하기 어려운 상황이라는 점을 고려하여 그가 불법(범죄)을 선택함에 있어서 온전한 판단능력으로 결정했다고 보기 어렵다는 점을 고려하여 책임(형벌)을 감경하도록 하고 있는 것이다. 이는 불완전한 학습능력으로부터 불완전한 판단능력을 고려한 조치로 보여진다.

셋째, 만 14세 이상인 자의 경우, 일반적인 생물학적 나이로는 그가 본래 불법(범죄)과 합법을 구분하는 능력이 있어서 그의 불법(범죄)을 선택한데 대해서는 비난이 가능하지만, 그의 “심신장애상태”로 말미암아 그에게 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 결여되어 있다는 점에서 ㉢심신상실자(형법 제10조 제1항)로 간주되어 그의 불법(범죄) 선택에 비난을 가할 수 없는 경우를 말한다. 다만 이러한 사물변별능력이나 의사결정능력이 다소 미약한 경우에만 (㉣심신미약자, 형법 제10조 제2항) 부분적인 책임을 부과하여 형벌을 감경할 수 있는 여지를 두고 있을 뿐이다.

그밖에도 넷째, 행위자가 불법(범죄)을 선택한데 대한 비난을 가하려면 그가 온전히 불법과 합법을 구분할 수 있을 뿐만 아니라, 이러한 불법을 인식하여야 한다.(㉤법률의 착오, 형법 제16조) 즉 행위자가 불법과 합법을 변별할 수 있는 능력과 의사를 결정할 수 있는 능력을 갖추었더라도, ‘정당한 사유’로 말미암아 위법성을 인식하지 못하였다면 그의 (범죄선택이라는) 행동에 대하여 책임비난을 할 수 없으므로 그에게 형벌을 부과해서는 안된다는 것이다. 이때 정당한 사유의 판단기준으로는 ‘위법성의 인식결여를 회피할 수 있는 가능성이 있었는가’<sup>59)</sup>로 판단된다.

59) 신동운, 위의 책(주 51), 406면.

다섯째, 책임능력은 또한 그가 불법을 선택함에 있어서 온전히 방해받지 않은 상태에서 행위결정을 내렸어야 그에게 온전히 책임비난이 가능하다. 즉 저항이 불가능한 협박 상태에서부터 불법을 선택할 수 밖에 없는 강요된 상태에서 진행된 범죄의 경우(㉠강요된 행위)라면, 그가 외부적 상황으로 말미암아 온전히 합법을 선택할 수 없었으므로 ‘의사자유’가 제약을 받아 비난가능하지 않다는 점에서 형벌을 부과할 수 없게 된다.

이처럼 형법에서 책임과 관련하여 책임의 소극적 표지가 되는, 책임조각사유로 규정하고 있는 경우는 위에서 살펴본 ㉠형사미성년자, ㉡농아자, ㉢심신상실자, ㉣심신미약자, ㉤법률의 착오, ㉥강요된 행위이다. 이때 ㉠형사미성년자는 생물학적으로, 그리고 ㉢심신상실자는 신체적으로 사물변별능력 내지 의사결정능력이 결여된 자로, ㉡농아자는 신체적인 장애로부터 그리고 ㉣심신미약자는 심리적 또는 정신적인 장애로부터 사물변별능력 내지 의사결정능력이 흠결된 자로 이해되고, ㉤법률의 착오와 ㉥강요된 행위는 온전한 사물변별능력과 의사결정능력을 갖추었음에도 그밖의 외부적인 상황으로부터 합법을 선택할 수 없어서 온전한 책임비난을 가할 수 없는 경우들로 이해될 수 있다.

책임원칙에 있어서 이러한 책임원칙 규정들은, 책임능력의 소극적 요소(㉠~㉥)가 없는 행위자는 책임능력이 있는 것으로 간주되는 이분법적 구조를 갖는 것으로 이해할 수 있다. 즉 책임능력이 인정되는 범주에서 ‘의사자유’는 모두 동일한 것으로 평가되고 있는 것이다. 그러나 행동경제학에서 상정하는 새롭게 조명된 인간의 인식체계는 책임능력자들 안에서도 다시 둘로 분류될 수 있는데, 바로 ㉦책임능력이 있는 ‘자동시스템’적 인식체계로 불법(범죄)를 저지른 자와 그리고 또 ㉧책임능력이 있는 ‘숙고시스템’적 인식체계로 불법(범죄)를 선택한 자로 구분지을 수 있다.

## V. 책임원칙의 재구성 필요성과 새로운 개입주의

행동경제학에서 파악한 인간의 이중인식체계는 형법의 책임원칙에서도 시사하는 바가 크다. 즉 전통적인 책임원칙에서는 인간이 범죄를 선택한 행동은, 행위자의 의사자유상태에서 이성적 판단으로부터 선택된 결과이므로 발생한 범죄에 대해서는 전적으로 개인부담의 책임이었다. 그러나 앞서 살펴본 행동경제학에서 상정하는 인간의 행동이란, 전통적인 책임원칙에서 상정하는 합리적

인 자유의지를 가진 이성이라는 ‘숙고시스템’적 인식에서 비롯된 행위(㉔)도 있지만, 또한편 때론 즉흥적이고 비합리적인 ‘자동시스템’적인 인식체계에서 발현된 행위(㉕)도 있음을 앞서 살펴보았다. 따라서 ㉕라는 인식을 통해 저지르게 된 범죄는 비록 책임을 조각하는 사유로서 인정되기는 어렵지만 그렇다고 합리적인 이성이라는 ‘숙고시스템’을 통해서 선택된 범죄행위(㉔)가 동가치적인 책임으로 인정하는 것이 과연 합당한 것인가 라는 의문을 던져볼 수는 있다. 그러나 아직은 의문을 품기 시작하는 단계에서 설령 인정되는 책임능력안에서 ㉕의 행위와 ㉔의 행위가 책임에 있어서 차등을 보인다고 하더라도, 이를 곧바로 형벌의 정도에 있어서 차등적으로 적용해야 함을 의미한다고는 할 수 없다. 왜냐하면 책임능력의 차등화는 양적으로 계량화될 수 있는 것이 아니므로 형벌의 양을 책임에 비례하여 양적으로 차등하여 적용할 수는 없기 때문이다. 다만 이러한 책임의 차등화를 인정할 수 있다면, 앞으로 국가의 이러한 차등화된 범죄에 대응하는 방법에 있어서는 차등화된 개입을 제안해볼 수는 있을 것으로 보인다.

첫째, 행동경제학에서 파악한 인간의 인지적 상태는 인간의 범죄적 행동을 통해서도 드러나는데, 때로는 합리적인 이성의 상태에서 숙고하여 형벌을 감수하면서 범죄를 통한 이익을 우선시하여 범죄를 선택하는 행동도 있으나, 또다른 한편으로는 직관적으로 범죄를 저지르는 경우도 있음을 살펴보았다. 전자의 범죄적 행동에 대한 예를 들면, 많은 경우의 재산범죄, 경제범죄와 같은 지능범죄와 그리고 형법에서 별도로 처벌규정을 두고 있는 (중지)미수범을 들 수 있다. 후자의 범죄적 행동은 즉각적인 인지상태로부터 구현되는 범죄들이므로 통상 골목형범죄로 불리우는 폭력범죄, 절도범죄 등과 같은 우발적 범죄들과 그리고 정상적인 주의의무를 태만히 함으로써 성립하는 과실범에서 보여지는 행위자의 인식형태라고 할 수 있다. 기존에는 범죄자의 인지상태를 구분하지 않고 단순 고의, 미필적 고의 및 과실 등으로 모든 범죄에 총괄적으로 적용하여 범죄를 구분하였을 뿐이었다. 그러나 이제는 심리학에서 분류된 인간의 이중과정 인지상태를 - 경제학에서 차용하여 인간의 합리성을 차등화하여 경제학의 목표(효용극대화)가 추구되듯이- 형사법에도 이러한 분류된 인지상태를 적용하여 특히 개인의 즉각적이고 직관적이며 통제불가능한 자동시스템적인 제1체계의 인지상태의 범죄행동에 있어서의 책임과, 그리고 개인의 합리적인 이성적 사고로부터 충분히 통제가능한 숙고시스템적인 제2체계의 인지상태의 범죄행동에 있어서의 책임을 차등화하여 이에 따른 범죄억지력 및 범죄예방을 위한 정책을 마련할 때가 아닌가 싶다.

둘째, 특히 이러한 심리적 인지상태를 차용한 행동경제학에서는 자동시스템적인 제1체계가 갖는 불완전한 합리성을 극복하기 위해 넛지(nudge)라는 유인책(inducement)과 같은 소극적 개입의 대안을 모색하여, 개인의 자유는 침해하지 않으면서 그의 합리적 행동을 이끌기 위한 노력을 촉구하고 있다. 따라서 이제 형법에서도 발생한 범죄에 대한 책임원칙에 상응하는 형벌적용에만 관심을 기울일 것이 아니라, 개인의 제한된 합리적 이성상태, 즉 불완전한 합리적 이성을 인정하여 이미 자동시스템적인 인식의 발현으로 범죄를 저지른 자(㉠)에게는 온전한 책임원칙을 적용하여 형벌로 대응할 것이 아니라, 형벌과 보안처분을 함께 적용하고, 나아가 자동시스템적 인식성향이 있는 잠재적 범죄자의 범죄역지(예방)이라는 합법을 도모하기 위한 소극적 대안들을 곳곳에 마련하도록 해야 한다.

셋째, 반면에 숙고시스템적인 인식은 보다 합리적인 이성이므로 이러한 이성적인 인식체계로 발현된 지능범죄자들에게는 보다 온전한 (개인)책임원칙을 적용하여, 행위자가 합리적인 이성상태에서 범죄를 선택하였으므로 응당 형벌로써 대응할 정당성이 더욱 확보된다고 하겠다. 그러나 지능범죄자에게서의 범죄라는 불법의 선택 또한 정당한 것이 아니므로 국가가 전적으로 그의 선택에 맡겨두어서는 안된다. 따라서 숙고시스템적인 인식을 통한 지능범죄에 있어서도 그를 합법으로 이끄는 유도장치의 개발을 별도로 모색해야 할 것이다. 이러한 합법을 유인하는 요인들 및 시스템의 개발은 오늘날 형법의 목적으로 선호되고 있는, 수범자들의 규범의식을 높이는 적극적 일반예방의 실효성을 거둘 수 있을 것으로 보인다.



[참고문헌]

- 리처드 H. 탈러, 「똑똑한 사람들의 멍청한 선택」, 리더스북, 2016.
- 리처드 H. 탈러/ 캐스 R. 선스타인, 「넛지: 똑똑한 선택을 이끄는 힘」, 리더스북 2009.
- 신동운, 「형법총론(제9판)」, 법문사, 2015.
- 이재상, 「형법총론(제7판)」, 박영사, 2012.
- 탁희성/정재승/박은정, 「뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구(I)」, 한국형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2012.
- 탁희성/이인영/권준수/강도형/장준환, 「뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구(II)」, 한국형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2014.
- 홍 훈, 「경제학과 자유주의」, 서울: 연세대학교 출판부, 2009, 257-260면.
- 홍 훈, 「홍훈교수의 행동경제학 강의」, 서해문집 2016.
- Glimcher, P. W./ C. F. Camerer/ E. Fehr/ R. A. Poldrack, 「Neuroeconomics. Decition Making and the Brain」, Academic Press, London 2009.
- Markowitsch Hans J./Werner Siefer, 「Tatort Gehirn: Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens」, 2007.
- Roth, 「Fühlen, Denken, Handeln: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert」, 2003.
- Roth/Hubig/Bemberger(Hrsg.), 「Schuld und Strafe」, 2012.
- Stanovich, Keith. E., 「The Robot's Rebellion. Finding meaning in the age of darwin」, University of Chicago Press, Chicago, 2004.
- Thaler, Richard H., 「The Winner's Curse」: Paradoxes and Anomalies of Economic Life, Princeton University Press, Princeton. 1994.
- Wolf Singer, 「Ein neues Menschenbild?: Gespräche über Hirnforschung」, 2003.
- 김광수, “애덤 스미스의 법과 경제: 행동경제학-행동법학적 관점을 중심으로”, 국 제경제연구, 제18권 제4호(2012.12), 35면(25-53).
- 김성돈, “뇌과학과 형사책임의 새로운 지평”, 「형사법연구」 제22권 제4호, 2010.
- 김성룡, “형사법의 근본원칙을 다시 생각함”, 「법학논고」 제58집, 2017.5, 경북대 법학연구원.
- 한상훈, “진화론적 인지과학을 고려한 책임개념과 책임원칙의 재조명”, 「형사법연

구」 제27권 제1호, 2015.

홍훈, “행동경제학의 정책적인 함의”, 한국정책학회 하계학술대회, 2014.

홍훈/이규상, “행동경제학의 규범적 분석과 합리성”, 사회경제평론 32, 한국사회경제학회 2009, 124면(101-131).

Adam Smith, 『The Theory of Moral Sentiments』, edited by D. D. Raphael and A. L. Macfie, Oxford: Clarendon Press, 1759.

Becker, G.S., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, Journal of Political Economy, 76(2), 231-49“ )

Evans, J., “Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition”, Annual Review of Psychology, 2008, Vol. 59, p.255-278.

Gilovich, T., D. W. Griffin, & D. Kahneman, “Heuristics and Biases”, Cambridge University Press, New York, 2002.

Posner, R. A., The Economic Analysis of Law, Aspen Publisher, 2010.

Mitchell, G., “Libertarian paternalism is an oxymoron”, Northwestern University Law Review, 99:3, 2005.

Sunstein Cass R., “Behavioral Law and Economics”, Cambridge University Press, 2008.

Thaler, R. & C. Sunstein (2003) “Libertarian Paternalism”, American Economic Review, 93:2, 175-179면; Camerer, C., S. Issacharoff, G. Loewenstein, T. O'Donoghue & M. Rabin (2003) Regulation for conservatives: Behavioral economics and the case for “asymmetric paternalism”, University of Pennsylvania Law Review, 151, 1211-1253면.

Thaler, R. & C. Sunstein (2008) Nudge, New Haven: Yale University Press.

[Abstract]

## Behavioral Economics and Reinterpretation of Responsibility

Hong, Seung-Hee\*

In criminal law, the principle of responsibility is to understand that human behavior as a crime is regarded as the product of the actor's determination of free will and that the actor should be responsible for choosing illegal act and going to crime do. In other words, even though there is a reasonable reason to choose a lawful act, it means that the legitimacy of punishment is recognized because he can be criticized for illegal choice because he has gone to illegal (crime). This principle of accountability also meets the legitimacy of the exercise of state penalties. However, the principle of responsibility linked with the legitimacy of punishment is challenged by the development of brain science and cognitive science.

On the other hand, similar to the principle of liability of the criminal law, there is a discipline that aims to maximize utilities on the premise of human rational decision making. However, the premise of this "human image with a rational reason" proposed in the traditional mainstream economics is criticized mainly by behavioral economics, that is, every moment human beings are not rational and only have "limited rationality". This behavioral economics argument is asserted by discovering anomalies of human reason through 'heuristic' and 'biased program'. From the ideal phenomena, the human cognitive system is not only a rational rational system, , It is argued that the state should intervene in a way that induces indirectly rather than directly enforcing the various alternatives for the rational choice of the individual. We can expect to see a new national role by applying the human perception system and rationality assumed in this behavioral economics, and also the new interventionist model of the state to the principle of responsibility of the criminal law.

---

\* Associate Professor, Law School, Wonkwang University, Dr.jur.

Keywords : Behavioral Economics, limited rationality, libertarian paternalism,  
responsibility, dual process theory