

뇌과학과 표현의 자유 4가지 장면

박경신 고려대 법학전문대학원 교수

표현의 자유를 어디까지 인정하고
어떤 표현을 규제할 것인지 논의하는데
뇌과학이 큰 기여를 할 수 있다.



뇌과학과 표현의 자유

지금까지 뇌과학과 법의 관계는 보통 형법 분야에서 발전해왔다. 주로 피고인이 범죄성립 요건인 '고의'를 구성할 능력을 가지고 있는가를 판단하기 위해 뇌과학적인 증거들이 주효하게 제시되어 왔다. 뇌를 물리적인 인과관계 속에서 바라보는 뇌과학의 특성상 형법에서 가장 첨예하게 다루어지는 개인책임의 개념과 충돌할 수 있었으나 뇌신경학자 마이클 가자니가(Michael Gazzaniga), 법철학자 로날드 드워킨(Ronald Dworkin)등 양립가능주의자들의 설득력 있는 중재가 빛을 발했다. 특정 사건을 법개념에 포섭시킬지 여부를 뇌영상상을 통해 확인하는 제도는 정착되어 가는 것 같다.

표현의 자유와 관련되어서도 뇌과학은 큰 기여를 할 수 있다. 우선 표현의 자유 원리를 살펴보자. 표현 자체가 불법일 수는 없다. 표현은 이를 인지한 뇌의 반응을 통해서만 외부세계에 영향을 준다. 결국 뇌의 반응이 물리적 피해를 일으킬 명백하고 현존한 위험이 있을 때만 비로소 그 표현의 발화를 법적으로 규제한다. 이는 영국의 철학자 존 스튜어트 밀(John Stuart Mill)의 해악론에 근거한 자유권의 연장선상이다. 명예훼손, 사기도 그런 위험이 있기 때문에 규제되는 것이다. 국가보안법도 이론적으로는 똑같은 원리로 만들어진 법이다(물론 그런 이유라면 이적표현물¹⁾ 소지되는 없어지는 것이 옳다). 음란물 규제는 이 원리에 대한 예외로 불리기도 하지만 이 역시 최소한 수용자의 성 인식에 미치는 영향이 규제의 근거로 제시되기는 마찬가지이다. 그렇다면, 표현이 뇌와 어떻게 반응하는가를 지켜봄으로써 우리는 표현의 자유를 어디까지 인정할 것인지 규제의 대상에 어떤 표현을 포함할 것인지에 대한 논의를 훨씬 더 풍부하게 할 수 있다.

1) 혐오표현

혐오표현은 사회적 약자에 대한 차별이나 폭력을 선동하는 발언을 말한다. 가장 구체적으로는 UN자유권협약 20조가 각 당사국이 인종, 종교, 국적에 따른 차별이나 폭력을 선동하는 발언을 금지해야 한다고 규정하고 있다. UN자유권협약이 전조인 19조에서 표현의 자유를 보호한다고 하면서도 20조에서 이런 내용을 두게 된

것은 제2차대전에서 나타난 국가범죄들에 대한 대응하기 위해서이다. 표현이 그 자체로 규제되어서는 안 되지만 인종, 종교, 국적에 따른 상호 적개심이 비등한 상황에서 상대에 대한 차별을 선동하는 발언은 '배선된(hard wired)' 차별체제를 발동시키는 전류가 될 수 있기 때문이다.

우선 편견을 가진 그룹과 사교를 하게 되면 원래의 편견이 더욱 강화될 수 있다는 연구결과가 이미 심리학계에서 확인된 바 있다.²⁾ 뇌과학은 이렇게 위와 같은 실험을 재현하되 편견이 강화될 때 뇌에서 발생하는 변화를 특정 단어에 대한 피시험자의 반응을 뇌영상기술을 통해서 읽어낼 수 있다. 편견강화작용에 동반되는 뇌영상값이 밝혀지면 이를 통해서 더욱 객관적으로 혐오표현(듣는 사람의 편견을 강화하는 발언 및 제반 상황)을 정의하고 이에 대한 대응책을 마련할 수 있다.

또 최근 들어서는 혐오표현의 범주에 그 표현을 듣는 사람이 차별 폭력 또는 증오를 하도록 선동하는 경우뿐만 아니라 혐오의 대상이 되는 사람에게 정신적 피해를 끼치는 경우도 포함해야 한다는 논의가 진행되고 있다. 사람이 다른 사람에게 화난 표정을 보이는 것은 살해 폭과 등의 위협적인 장면을 보는 것보다 더 강하게 그 사람의 편도체에서 스트레스성 화학물질을 배출시킨다는 것은 이미 기능성 자기공명 영상처리기법(fMRI) 조사를 통해 확인된 바 있다.³⁾ 또 실제로 유대인 혐오표현과 동성애자 혐오표현을 유대인 및 동성애자들에게 직접 들어보도록 한 결과 이들은 육체적 부상을 겪은 것과 마찬가지로 외상(trauma)을 가지게 되었다고 한다.⁴⁾ 하지만 이 실험의 문제점은 외상 존재 여부를 설문문을 통해서 확인했기 때문에 주관적일 수밖에 없었다는 점이다. 뇌영상기술을 이용하여 이 실험을 재현하되 더욱 객관적인 데이터를 창출할 수 있다. 위와 같이 뇌과학은 '표현을 듣는 사람에게 발생시키는 공격 잠재성' 또는 '표현의 대상이 되는 사람이 겪는 정신적 피해'를 직접적으로 측정함으로써 어디까지 혐오표현의 개념에 포섭할지의 논의에 기여할 수 있다.

또 뇌과학은 혐오표현에 대한 세부규범의 수립에 있어서도 기여할 수 있다. 첫째, 인종, 종교, 국적차별을 넘어서 여성, 장애인, 동

1 이적표현물(利敵表現物): 적대국을 이롭게 할 목적으로, 그러한 내용을 표현한 문서나 책 따위의 물건.

2 출처: Duhachek A, Zhang S, Krishnan S. Anticipated Group Interaction: Coping with Valence Asymmetries in Attitude Shift. Journal Of Consumer Research. Vol. 34, October 2007.

3 출처: Hariri AR, Tessitore A, Mattay VS, Fera F, Weinberger DR, "The amygdala response to emotional stimuli: a comparison of faces and scenes", Neuroimage. 2002 Sep;17(1):31723.

4 출처: Laura Leets, "Experiencing Hate Speech: Perceptions and Responses to Anti-Semitism and Antigay Speech", Journal of Social Issues, Vol. 58, No. 2, 2002, pp. 341—361.



성애자 등 사회적 약자에 대한 혐오표현에 대해서도 사회적 대응책을 마련해야 한다는 문제제기가 있는데, 혐오표현을 듣는 사람 또는 혐오표현의 대상이 된 사람에 대한 뇌검사 결과는 그와 같은 범주의 확대 여부 논의에 도움을 주는 객관적인 데이터를 제공할 것이다.

물째, 혐오표현에 대한 논의에서 매우 어려운 부분이 소수가 다수를 공격하는 혐오표현도 규제할 것인가이다. 뇌과학은 ① 사회를 지배하고 있는 다수가 소수자에 대한 차별이나 폭력을 선동하기 때문에 그 발언이 실제 소수자에 대한 차별·행위'로 이어질 가능성이 높은 반면 소수가 다수자에게 하는 혐오발언은 실제 폭력으로 이어질 가능성이 상대적으로 적다는 가설을 검증해볼 수 있다. 실제로 다수가 소수를 공격하는 혐오표현이 이를 듣는 다수 그룹 쪽 사람의 공격 잠재성을 강화시키는 정도와 소수가 다수를 공격하는 혐오표현이 이를 듣는 소수 그룹 쪽 사람의 공격 잠재성을 강화하는지를 비교해볼 수 있다. ② 또 혐오표현규제론은 다수가 소수자를 공격하는 혐오표현은 소수자에게 크나큰 정신적 피해를 주지만 소수가 다수에게 하는 혐오표현은 정신적 피해를 상대적

으로 적게 준다는 가설과도 연관이 있는데 실제로 그런지에 대해서도 뇌과학적 조사를 진행해볼 수 있다. 미국 역사상 가장 중요한 판결인 브라운 판결(Brown v. Board of Education)에서 중요한 증거가 되었던 '흑백 인형 실험'은 당시 다수결에 의해 성립된 정부가 수행하는 분리정책이 아동들에게 미치는 심리학적 영향을 분석한 것인데⁵⁾ 이 역시 뇌과학을 통해 검증된다면 다수공격표현과 소수공격표현의 차이에 규범적 의미를 부여할 것인가라는 중요한 논의에 큰 의미를 갖게 될 것이다.

2) 저작권

저작권의 궁극적인 목표는 우리나라 법에도 쓰여 있듯이 ‘문화예술의 창달’이다. 창작자들에게 창작물의 복제권(copyright)을 독점할 수 있게 하는 것도 그 독점권을 이용하여 창작물로부터 이윤을 창출할 수 있도록 하여 창작활동에 동기를 부여하기 위함이다. 즉 저작권법에는 문화예술이 사회 전체적으로 문화예술이 아닌 것보다 훨씬 더 바람직한 행위라는 사회의 결단이 녹아있다. 그렇다면 무엇이 저작권으로 보호받아야 하는 문화예술인가? 아마도 여기서 문화는 비예술적인 것도 포함하는 너무 넓은 개념이라서 - ‘접대문화’라는 말을 생각해보자- 무시해도 좋을 것 같고 아마도 중요한 질문은 ‘무엇이 예술인가?’일 것이다.

실제로 저작권법은 예술인 것만을 보호한다. '저작권의 보호 대상'은 학문과 예술에 관하여 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 사상 또는 감정을 말, 문자, 음, 색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현형식'이며 사상 및 감정 그 자체는 보호되지 않는다(대법원 2000. 10. 24. 선고 99다10813 등). 즉 예술적으로 승화되지 않은 날것은 보호되지 않는다. 예를 들어 진실이 아무리 재미있어도 저작권법은 보호하지 않는다. 저작권법은 영감에 의해 창조된 '허구'만을 보호한다. 필요에 의해 살아진 삶은 보호하지 않는다.

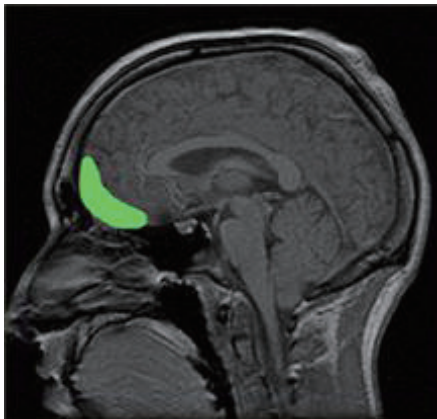
그렇다면 무엇이 예술인지는 무엇에 저작권을 부여할지에 대해 뇌과학은 어떤 기여를 할 수 있을까? 뇌과학자 발라야누르 라마찬드란(Vilayanur Ramachandran)은 뇌가 예술을 인식하는 방식에

5 출처: Clark, Kenneth B. and Clark, Mamie P. (1947). "Racial identification and preference among negro children." In E. L. Hartley (Ed.) *Readings in Social Psychology*. New York: Holt, Rinehart, and Winston.

6 출처: Ramachandran, V.S.; Hirstein, William (1999). "The Science of Art: A Neurological Theory of Aesthetic Experience" (PDF). *Journal of Consciousness Studies* 6 (6-7): 15-51.

7 출처: Clifford RD, RANDOM NUMBERS, CHAOS THEORY, AND COGITATION: A SEARCH FOR THE MINIMAL CREATIVITY STANDARD IN COPYRIGHT LAW, 82 Denv. U. L. Rev. 259 2004-2005.

있어서 8가지 특징(나중에는 10가지)을 제시한 바 있다.⁶⁾ 라마찬드란은 위의 원리들을 가설들로 제시했을 뿐 뇌영상기술을 이용하여 검증한 바가 없다. 이것이 검증된다면, 뇌과학을 통해 실제로 일반적으로 우리가 예술적이라고 인정하는 것들이 뇌에서 이런 원리를 충족시키는 행위들을 구별하여 예술로 인정해주고 역시 저작권으로 보호해줄지 여부를 판단할 수 있다. 특히 컴퓨터를 이용하여 창작한 소설, 음악의 저작권 인정에 대한 논의에도 적용될 수 있다.⁷⁾



MRI로 측정되는 뇌의 특정 지역

조금 더 쉬운 문제이긴 한데 타인의 저작물을 허락 없이 이용할 수 있도록 허용해주는 원리 즉 공정이용(Fair Use)의 문제 역시 뇌과학을 통해서 더욱 쉽게 접근할 수 있다. 공정이용은 원본의 창작의도와는 완전히 다른 창작의도를 위해 필요한 만큼만 그 원본을 이용한다면 저작권침해가 아니라는 원리이다. 결국 창작 의도는 작품을 통해 감상자의 두뇌에 어떤 감흥을 일으킬 것인가를 중심으로 판명되며 뇌영상기술이 여기에 이용될 수 있다.

3) 음란물

형법상 배포가 금지되는 음란물은 보통 3가지 요건으로 정의된다. ① 적나라한 성적 표현 ② 사회도덕의 위반 ③ '하등의' 사상적 예술적 가치의 부재이다. 적어도 시각적으로 아름다운 것을 볼 때

MRI상으로 뇌의 특정지역 즉 안와전두피질(OFC: Orbito-Frontal Cortex)이 미감의 강도에 비례하여 강하게 활성화되었음을 보여 준다는 것은 잘 알려져 있다.⁸⁾

그렇다면 특정 영상을 여러 사람들에게 보여주고 이들의 뇌가 여기에 어떻게 반응하는가를 관찰하는 것은 해당 영상이 음란성 3요건의 마지막 요건인 '예술적 가치'가 존재하는가에 대해 유의미한 데이터를 제공할 수 있다. 물론 이 반응은 자신들이 주관적으로 아름답다고 느끼는 영상에 대한 반응이지 객관적인 미(美)의 기준이 되지는 않는다. 그러나 음란물의 요건이 미(美) 그 자체라기보다는 사회적으로 인식되는 미적 기준으로 결정되는 것이라면 이는 큰 문제가 되지는 않는다. 참고로 뇌의 특정지역은 미감에 대한 논박을 할 때 활성화된다고 하는데 이 경우도 미감을 느낀 것으로 보아야 하는지도 흥미롭다.⁹⁾

4) 아동포르노 규제

아동포르노 규제가 아동포르노 제작자에게 아동성추행에 머금가는 강한 처벌을 내리는 이유는 아동포르노제작과정에 투입된 아동들에게 항구적인 정신적인 피해를 남기기 때문이다. 그런데 이와 같은 규제가 2012년도에 개정되어 만화나 애니메이션과 같이 실제 아동이 등장하지 않는 매체물에도 똑같이 아동성범죄로 처벌하는 것에 대해 문제가 제기되어 왔다. 매체물의 성적 수위가 높을 경우 풍속범죄인 음란물로 처벌하는 것과 10년 취업제한과 20년 신상등록의무가 엄한 징역형과는 별도로 부과되는 아동성범죄로 처벌하는 것은 천지차이다. 경찰도 2012년 법개정 이후에 만화, 애니메이션 업로더들을 모두 아동성범죄로 처벌하면서 우리나라 아동성범죄자 입건수가 1년 만에 20배가 늘어나는 촌극이 벌어지기도 했다. 이에 대해 헌법재판소는 2015년 6월 만화나 애니메이션의 경우에는 '아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 행위를 담고 있어 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있는 수준의 것'으로 한정하자는 취지의 결정을 내린 바 있다(2013 헌가 17 등 병합). 그렇다면 뇌영상기술은 어떤 만화나 애니메이션이 그와 같은 성범죄유발효과가 있는지를 판단함에 있어 도움이 될 수 있다. **SF**

8 출처: Kawabata, Hideaki and Semir Zeki. (2004). Neural Correlates of Beauty. Journal of Neurophysiology, 91 (1), 1699-1705.

9 출처: Kirk, Ulrich et al. (2008). Modulation of aesthetic value by semantic context: An fMRI study. NeuroImage, 44 (1), 1125-1132.