

사회생물학적 인간본성에 기원한 도덕과 형법의 무게

김 혜 경*

국 | 문 | 요 | 약

형법은 가치, 당위의 집합체이다. 형법은 이미 옳고 그름의 판단이 종결된 사회의지의 총체이지만, 대체로 이미 완성된 '해야 한다'에 대한 검증이 귀납적으로 언제나 이루어지는 것은 아니다. 그런데 현상을 바탕으로 설계되지 않은 당위는 무한한 팽창력을 가지게 된다. 추구하는 선 또는 이상이 높을수록 형법으로 통제되는 행위의 폭은 넓어지고 반대로 행위선택의 자유는 무한히 축소된다. 형법이 제어할 수 없는 무서운 속도로 확대된다 하더라도 '그것이 옳기 때문'이라는 당위에 제동을 걸 장치가 없기 때문이다. 형법이 이상적인 인간상을 전제로 하여 끊임없이 '해야 한다'를 요구하게 된다 하더라도, 그것이 선이기 때문이라는 결론에 대하여 반박할 수 없다면 형법은 인간의 자유를 위한 도구가 아니라 오로지 사회통제의 수단으로 전락해 버리고 말 것이다.

사회생물학에 기원하여 인간본성을 다루고 이를 기초로 형법의 무게를 엿보고자 하는 이유가 바로 여기에 있다. 형법의 기능 또는 과제를 이해할 때, 도덕은 그 근저에 놓이게 된다. 물론 도덕·윤리는 이타성 또는 호혜성의 면에서 타인에 대한 선한 행위를 요구하지만, 형법은 이타적 행위를 강제하거나 이기적 행위를 통제하지 않는다. 그러나 형법은 법익을 존중하라는 사회의 요구를 무시하고 평화로운 공동생활에 필수적인 신뢰의 기반을 흔드는 인간의 태도 내지 행위 그 자체에도 관심을 가진다. 이처럼 윤리적으로 가치 있는 행위의 보호의 측면에서 형법은 윤리 또는 도덕의 최소한이 된다. 그리고 인간본성에 가까운 행위일수록 그 자체가 규범이 존재하지 않아도 준수될 가능성은 매우 높다. 반면 인간본성에 반하는 행위에 대한 형법적 개입은 집단의 유지라는 또 다른 인간본성에 적합하기 때문에 의미가 있을 뿐만 아니라, 이러한 강제에 드는 비용이 보다 적어진다. 다른 한편으로는 인간본성으로부터 넘어서는 행위들에 대하여 형법이라는 강제적 통제수단을 부여할 경우에는 규범준수의 가능성이 본성에서 멀어질수록 낮아진다는 점에서도, 사회적 비용 역시 높아지게 된다.

인간본성에 기원하여 인간에 대한 사실현상을 탐구하고 현상을 근저에 둔 행위통제를 설계함은, 팽창에 가속을 더하는 형법적 통제에 제동을 걸 단서가 될 수 있다는 기초적인 발상이 본 연구의 출발점이다. 형법적 통제가 제공하는 사회적 이득을 극대화시킬 정도로 형법적 개입은 높아질 수는 있지만, 사회구성원들의 안정된 형태의 자발적 협조라는 규범준수의 본성이 진화되는 것을 막을 만큼 그 기준이 높아서는 안 되기 때문이다. 그것이 사회생물학적 인간본성에 기원한 형법적 당위의 한계이자 형법적 경역성의 실체일 것이다.

❖ 주제어: 사회생물학, 인간본성, 도덕, 당위, 사회통제, 호혜적 이타성, 진화윤리학, 진화심리학, 형법의 기능

* 계명대학교 사회과학대학·부교수

I. 왜 진화론인가?

집단 또는 공동체가 개인의 어떠한 행위가 일탈적인지를 결정하고 징계하여 왔다는 점은, 동서고금을 막론하고 인간사회의 불변적 요소일 뿐만 아니라 체제유지의 본질적 모습임은 자명하다. 그리고 이를 토대로 공동체는 통제수단을 결정하여 왔고, 현대 국가들은 가장 적극적이고 강력한 통제의 방법으로서 형법을 전방위적으로 내세워 국가형벌권을 행사하고 있다. 어떠한 국가형태를 취하는가와 관계없이 현대 국가에서 형법은 법률의 옷을 입고 그 정당성을 인정받아 왔다. 즉, 국가의 기원은 소수의 지배자가 권력을 잡고 다수인을 지배한다는 점에 있으므로, 그와 같은 강제장치의 발생을 합리적으로 설명할 수 있어야 한다는 점은 국가기원에 관한 다양한 학설들¹⁾의 공통점이기도 하다. 공동체의 형성과 그로부터 기인하는 국가의 기원은 강제적인 통제수단의 장악을 통해서 이해되어 온 것이다. 우리는 이로부터 국가의 형성과 유지에 있어서 형법이 가지는 강한 의미를 포착할 수 있다.

그러나 형법을 국가의 형성과 존속의 기반으로 이해한다고 하더라도, 오로지 인위적인 강제수단으로 형법이 無에서 창조되었다고 단언할 수는 없으며, 형법의 기원을 다시 찾고자 한다면 우리는 인간으로서 당연히 ‘해야만 하는 어떤 것’ 또는 ‘금지되는 어떤 것’이 무엇이고 왜 그러한지를 설명하여야 할 것이다. 그리고 그 지점에서 지금까지 논해 왔던 것은 인간으로서 지켜야할 당위로서의 윤리 또는 도덕이다.

윤리 또는 도덕의 기원을 설명하기 위한 많은 시도들 중에서, 안타깝게도 통합적이거나 다른 영역의 지지를 얻는 가설은 아직까지는 특별히 눈에 띄지 않는 듯하다. 그러나 인류가 도덕 공동체 내에서 생존해 왔고, 그러한 도덕공동체 내에 공유된 가

1) 특히 Jared Diamond, *Guns, Germs, and Steel*, 1997(제레드 다이아몬드·김진준 역, 총, 균, 쇠—무기·병원·곰속은 인류의 문명을 어떻게 바꿨는가, (주)문학사상, 2013)은 민족 및 국가형성에 관하여 인류의 초기 이동단계부터 정착을 통해 집단형성 및 확장하는 과정을 생물학적이고 역사적으로 추적함으로써, 국가의 기원에 대하여 이론을 배제하고 오로지 사실적 현상을 통해 설명하고 있다. 즉, 이론적으로는 루트비히 고폴로비치, 존 로크, 장 자크 루소, 프리드리히 엥겔스, 임마누엘 칸트, 콩도르세, 토머스 홉스 등이 실력설·계약설·신의설·재산설·계급설·족부권설 등을 통하여 국가의 기원을 설명하고 있지만, 이들 역시 가설이거나 역사적 현상의 일부를 포착하여 형성된 이론이라는 점에서 전자와는 그 근거가 다르다고 할 수 있다.

치가 개인에게 선악 또는 당·부당을 규정하며 개인에게 명시적 또는 묵시적인 강제로 작용하여 왔다는 점은 어느 학설에 의하든 공통적인 지지기반이 된다. 그리고 그 근거에는 인간다움, 즉 인간본성에 관한 논의가 놓여 있다. 물론 도덕성의 실체 찾기는 학제마다 다양하게 제시될 수 있으며, 어느 하나의 이론이 옳다고 해서 그와 다른 이론이 언제나 옳지 않은 명제인 것은 아니다. 당위로서의 규범윤리학적 접근을 하든 정의로서 메타윤리학적 접근을 하든 간에, 그것이 진화론이든 아니든, 무엇으로부터 출발하는가를 제한하거나 통제할 수 있는 것이 아니라는 점은 인정하여야 할 것이다.

지난 반 세기 동안 도덕의 기원에 관한 치열한 논쟁의 도화선이 된 것은 사회생물학의 출현이라고 할 수 있다. 사회생물학은 진화론을 근거로 하여, 인간을 포함한 자연현상으로서의 생물의 모든 행태들이 진화를 통해서 생성되고 발달되어 왔다는 인식을 전제로 한 포괄적인 행동연구방법론의 분과라고 할 수 있다. 인간도 예외는 아니어서 ‘사회적 행동 양식의 진화와 적응치에 관계되는 문제들’을, 사회생물학은 인간의 집단형성과 발전에도 동일한 이론을 적용하여 설명하려고 한다.²⁾ 진화론적 사고는 구조와 기능, 행동양식을 가지는 모든 생명체가 생물학적으로 가지는 역사를 기초로 하여 개체 또는 집단의 형성과 발전에 관하여 접근하기 때문에, 인간 역시 예외가 아니라고 보는 것이다. 따라서 도덕개념 역시 진화의 산물로 이해하고자 한다.³⁾ 사회생물학은 개체들에서 나타나는 중요한 행동 양태의 원천을 유전자의 특성 또는 영향력의 행사 과정으로 보면서 이를 역으로 추적하는바, 이와 같은 관점에서 본다면 인간 행동의 목적은 유전자의 적응도를 최대화하는 것이라는 점을 전제한다. 즉, 사라지지 않고 계속 존속되는 행동은 특정 유전자의 재생산을 가능하게 하는 행동이라는 것이다.⁴⁾ 그리고 그러한 행동들의 축적이 인간본성으로 표현된다고 본다.

그러나 그 어떤 사회생물학자들도 오로지 유전자로부터 인간본성이 축적되어, 그

2) Barash, D., Soziobiologie und Verhalten, Berlin-Hamburg, 1980, 108면.

3) Wuketits, M., Gene, Kultur und Moral: Soziologie-Pro und Contra, 1990(부케티츠·김영철 역, 사회생물학 논쟁, 사이언스북스, 1999), 140면.

4) Roger Trigg, The Shaping of Man, 1982(로저 트리그·김성한 역, 인간본성과 사회생물학—사회생물학의 철학적 측면을 논하다, 공리, 2007), 16면.

것이 문화현상의 일부인 윤리로 구축되었다고 단언하지는 않는다. 그럼에도 불구하고 여전히 진화론을 바탕으로 한 이러한 연구와 논쟁이 지속되는 이유는, 인간본성을 기초로 하지 않은 형이상학적인 윤리학은 사상누각에 불과하다는 비판과도 무관하지 않을 것이다.

즉, 사회생물학이 진화론에 기초하여 인간의 생존과 유지에 관한 사실들을 제공한다면, 최소한의 인간상을 기본으로 한 도덕규범의 출발과 그 발전을, 사실을 기초로 하여 이해할 수 있을 것이다. 다만, 현상에 대한 설명과 추구하여야 할 당위는 동일한 차원의 문제가 아니라는 점은 여전히 극복해야 할 과제임은 물론이다. 다만, 여기에서는 도덕의 기원으로부터 당위를 찾아내어 설정함을 목적으로 하지 않고자 한다. 그에 앞서서 사회통제 구조로서 도덕과 형법체계의 생물학적 근거를 재구성해보고자 한다. 즉, 사회구조의 정당화를 목적으로 하고자 함이 아니라, 생물학적 근거를 바탕으로 재구성되는 구조의 안정된 모습으로부터 도덕과 형법체계의 최소한의 지점, 즉 한계를 찾아내고 그 무게를 한정하는데 필요한 기초적인 설계를 하고자 한다.

이는 형법의 기본원리로서 죄형법정주의의 한계와도 관련된다. 죄형법정주의의 해석을 현대적 의미의 실질적 비례성의 원칙을 가미하여 이해한다고 하더라도, 죄형법정주의는 헌법에서 허용할 수 있는 한계지점 내에서의 비례만을 의미할 뿐이다. 즉 행위의 불법성과 형벌량 간의 비례를 한정하는 역할을 할 뿐이며, 정작 어떠한 행위가 ‘해야 할 것’ 또는 ‘하지 말아야 할 것’인지에 대한 준거는 형법이나 헌법내적으로는 찾아질 수 없다. 헌법은 다만 그것이 감내할 수 있는 형벌의 양인가의 기준에 대한 소극적인 장치로서의 역할만을 하고 있기 때문이다. 물론 보호법의 없는 범죄를 부정함으로서 그 한계를 간접적으로 제시할 수 있지만, 설령 보호법익이 있더라도 어느 만큼의 보호를 형법으로 포섭할 것인가는 여전히 미답인 상태이다. 따라서 사회생물학적 현상이 설명에 그친다고 하더라도, 사실로서 지탱되는 인간본성을 찾아내고 설명할 수 있다면, 그것이 도덕과 형법이 인간에게 감내할 것을 요구할 수 있는 당위의 한계 역시 아직은 미약하더라도 탐구되는 계기가 될 것이다.

이러한 문제의식을 전제로 하여, 본 논문에서는 우선 인간본성이란 무엇인가, 즉 생물학적으로 찾아질 수 있는 객관적이고 사실적인 본성이 무엇인지를 살펴보고

(II), 인간본성과 도덕과의 관계를 이해하고자 한다. 즉, 도덕의 기원을 생물학적 진화과정에서 찾을 수 있다면, 인간본성과 도덕과의 관계설정의 단서를 통해 존재와 당위의 간극을 넘어설 수 있지 않을까 한다(III). 그리고 마지막으로 도덕을 근거로 인위적으로 설계되는 형법의 무게를, 인간본성에 기초한 최소한의 인간상에 기초하여 설정할 수 있는지 모색해 보고자 한다(IV).

II. 진화론적 인간본성 찾기

1. 생물학적 현상으로서 인간본성의 출발점

가. 인간본성 찾기의 의미

원 의미의 인간본성이라 함은 문화적 요인을 제거하거나 또는 우리가 문화라고 일컫는 현상의 초기 단계에서 생물학적으로 인간 고유의 발생사상 인간의 행동양식의 종합적인 태양 또는 그 원인되는 진화적 소산이라고 할 수 있다. 이는 선악의 문제도 아니며 당위의 문제도 아니다. 가장 단순하게는 오로지 현생인류의 생존과 번식에 유리한 영향을 미치는 생물학적 동인이라고 보는 것이 타당할 듯하다.⁵⁾

물론 인간본성의 정의부터 실제로 그것이 존재하는가 역시 여전히 논란의 대상이다.⁶⁾ 그러나 이제는 최소한 인간본성은 개개인의 인격을 지칭하는 것이 아니라, 인간의 행동을 조건화하는 다양한 영향력에 대응하면서 지속적으로 축적되어 온 생물학적 특성으로 이해하고자 함이 한 축인 듯하다. 즉, 일반적으로 동서고금을 막론하

5) 물론 인간본성이라는 개념의 정의에 대하여도 많은 논란이 있어 왔다. 이에 관한 자세한 논의는 Paul R. Ehrlich, HUMAN NATURES: Genes, Cultures, and the Human Prospect, 2001(폴 에얼릭·전방욱 역, 인간의 본성(들)—인간의 본성을 만드는 것은 유전자인가, 문화인가?, 이마고, 2008); Peter Singer, The Expanding Circle: Ethics, Evolution, and Moral Progress, 1981(피터 싱어·김성한 역, 사회생물학과 윤리, 연암서가, 2012); Roger Trigg, The Shaping of Man, 1982(로저 트리그·김성한 역, 인간본성과 사회생물학—사회생물학의 철학적 측면을 논하다, 궁리, 2007) 등 참조. 동 문헌들은 사회생물학과 윤리의 문제를 동조하거나 또는 비판하기 위하여 다양한 이론을 소개하고 있다.

6) 인간본성의 개념과 유무에 관한 논쟁의 자세한 내용은 로저 트리그·김성한 역, 앞의 책 61면 이하 참조.

고 인간의 행동이 균일하고 그 원리와 작용이 항구적인 것으로 인정되고, 동일한 동기는 항상 동일한 행동을 산출하며, 그 결과 인간 행동의 본질적이고 보편적인 원리들이라는 것이다. 흄은 이를 역사의 주요 역할로 이해하고 있는 바,⁷⁾ 역사의 역할은 인간본성의 항구적이고 보편적인 원리를 밝혀주는데 있다고 보았다. 물론 그러한 이해에 관하여는 지금까지도 역사가들의 거센 비판을 받고 있다. 그러나 최소한 인간본성이 항구적이라는 점을 인정하였고 이를 인과관계의 문제로 접근하였다는 점에서는, 인간본성이 단지 생물학의 문제만은 아니라는 점을 정확히 지적하고 있다고 보아야 할 것이다. 이와 같은 흄의 사고는 실제로 다윈의 이론에 지대한 영향을 미치게 되었는데,⁸⁾ 다윈은 이를 토대로 진화론적으로도 인간의 본성은 선하지도 악하지도 않으며 중립적이라는 인간의 도덕성에 관한 관점을 제시하였기 때문이다.⁹⁾

다윈은 인간의 도덕적 능력을 진화론적 근거에서 찾고자 하였다. 그에게서 도덕적 행동이란 선천적으로 인간의 이성 속에서 주어진 것이 아니라 진화의 결과라고 이해하였으며, 도덕의 기원을 선택이론으로 설명하고자 하였다. 즉, 인간의 도덕적 의미, 법과 불법에 대한 감정이나 양심은 동정심이라는 본능에 기인하는데, 도덕적 판단력은 동정심의 본능처럼 공동체의 복지를 지향하며 오로지 개인의 행복이라는 이기적인 추구에 그치지 않기 때문이라고 보았다. 그러면서도 모든 생명체에 공통하는 사회적 본능과 인간의 도덕능력을 구분하면서 인간의 도적본능은 지적 능력과 언어능력에 의하여 가능하게 된다는 점에서 다른 생명체와는 질적으로 차이가 있다고 보았다.¹⁰⁾ 이러한 사고가 진화론에 근거한 도덕성의 기원 찾기의 시발점인 것이다.¹¹⁾

7) David Hume, *An inquiry concerning human understanding*, 1758(데이비드 흄·이준호 역, 오성에 관하여, 서광사, 1994), 83면.

8) Michael Ruse, *Taking Darwinism Seriously*, Basil Blackwell, 1986, 266면 이하는 다윈주의와 흄의 유사성으로서 1. 도덕성이 전적으로 인간 본성의 기능이라고 판단. 2. 도덕적 감정을 단순한 느낌의 이상이라고 파악하며 도덕적 감정은 의무감을 수반하며 그러한 점이 동기부여가 된다는 점, 3. 밀착의 정도가 도덕적 의무감의 강도에 영향을 미친다는 점을 들고 있다.

9) Charles Darwin, *The Expression of Emotion in Man and Animals*, University of Chicago Press, 1872.(Charles Darwin, *The Expression of Emotion in Man and Animals*, Project Gutenberg, 2011 참조)

10) 김형민, “진화윤리학의 규범적 논증의 가능성”, *종교연구* 제32권, 한국종교학회, 2003/9, 134면 이하 참조.

그럼에도 불구하고 지난 반세기 동안 사회생물학은 인간을 유전자의 생존기제로 지칭하면서 생존기제로서의 본질을 이기적 또는 이타적, 호혜적이라는 은유적 표현을 통하여 논박하여 왔다.¹²⁾ 그러나 중립적 관점에서 객관적 사실을 통하여 인간본성을 탐구하고자 하였던 사회생물학의 기원이 바로 그러한 은유에 의해서 은폐되어졌다는 점에 주목하여야 할 것이다. 따라서 인간본성 찾기를 다시 논함에 있어서는 중립성을 기초로 하여야 할 것이다. 이러한 중립성은 도덕성의 기원을 탐구함에 있어서도 고수되어야 한다. 즉 다른 생명체에게서도 발견되는 공통된 경향이나 능력을 배제하고 인간의 도덕성을 찾는다는 것은, 이미 인상지워진 결론에 귀납적으로 논거를 붙이는 작업에 불과하며 그러한 방법론은 생물학적 방법론을 포기한 것과 다름없다. 즉, 인간본성으로부터 기원하는 도덕성의 찾기관 인류의 진화과정에서 발견되는 경향이나 능력들을 기초로 하여야 한다.

나. 공통된 특성으로서 본성의 조건

생물학적 관점에서, 어느 정도까지 생물학이 도덕체계들의 발달과 형성에 영향을 주는가의 문제, 즉 인간의 도덕성이 어느 정도로 자연선택의 산물인가를 확인하는 방법 중 하나는 인간과 유사하면서 비슷한 선택압력이나 진화의 조건들에 기인한 다른 유사한 생물학적 종의 행위를 조사하는 것이다.¹³⁾ 이는 전형적인 생물학적 방법론으로서, 영장류들이 집단 내에서 이익갈등을 방지하거나 관리하고 해결하는데

11) 여기에서 다윈은 사회적 본능과 인간본성으로서의 도덕성에 차이를 두고 있음을 알 수 있다. 즉, 사회적 본능은 집단체계를 구성하는 모든 생물체에 공통하는 경향들을 의미하지만, 도덕성은 이보다 차원이 높은 무엇으로 보고 있다. 그러나 인간본성 역시 사회적 본능을 그 근저에 둔다는 점을 부인하지는 않는다.

12) 대표적으로는 Edward O. Wilson, *Sociobiology*, 1975(에드워드 윌슨·이병훈 역, 사회생물학, 민음사, 1992); Paul R. Ehrlich, *HUMAN NATURES: Genes, Cultures, and the Human Prospect*, 2001(폴 에일릭·전방욱 역, 인간의 본성(들)—인간의 본성을 만드는 것은 유전자인가, 문화인가?, 이마고, 2008); Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, 1976(리처드 도킨스·홍영남 역, 이기적 유전자, 을유문화사, 1993) 등. 그리고 생물학에 있어서 이러한 은유적 표현에 대한 비판에 관하여는 김성한, “진화생물학에서의 이기성과 이타성이라는 용어 사용의 문제”, 철학논총 제44집 제2권, 새한철학회, 2006, 31면 이하; 전중환, “진화생물학의 은유—‘이기적 유전자’와 ‘스캔들’을 중심으로”, 대동철학 제54집, 대동철학회, 2011. 3, 117면 이하 참조.

13) Leonard D. Katz, *Evolutionary Origins of Morality*, 2000(레오나드 캐츠·김성동 역, 윤리의 진화론적 기원, 철학과현실사, 2007), 16면.

사용하는 위계질서, 호혜주의와 화해, 위로, 갈등개입, 조정 등을 탐구함으로써 갈등에 대한 공동의 해결책을 구하는 능력과 의욕을 통해 인간본성을 유추하는 것이다. 비록 그러한 생명체들이 인간으로서의 도덕적 존재자가 아닐지라도, 오히려 도덕적 존재자가 아니라는 점이 인간의 생물학적 본성을 탐구하는데 더욱 적절하기 때문이다.¹⁴⁾

두 번째는 하나의 생활방식이 단지 순간적으로 또는 한 세대에 창조됨에 그치는 것이 아니라 세대를 넘어서 무한히 지속될 수 있도록 하는 무엇이어야 한다.¹⁵⁾ 과거에 그러하였던 것뿐만 아니라 현재에도 지속되고 있고 미래에 대한 행동양식에 대한 가능한 답이 되어야 의미가 있기 때문이다.

마지막으로 인간의 도덕적 행위의 규칙에 상응하는 사회적 규칙성의 발현이어야 한다. 도덕체계의 기초라는 측면에서 본성은 집단 또는 사회 내에서 개체들 간의 연대가 생성되고 이를 촉진하는 어떠한 행동양식일 필요가 있다. 즉, 호혜성이라든가 감정이입, 공동체적 관심 등 개인적 수준에 국한되는 특징이 아닌, 집단 내의 또는 집단 간의 존속 또는 유지를 위하여 요구되는 요소들이 점차적으로 사회적 규범으로 정착된다는 점에 주목하여야 한다. 여기에는 사회적 규범들의 내면화도 포함될 수 있으며, 독립적 개체들의 사적 이익이라 하더라도 궁극적으로 관계형성에 영향을 미치는 인지들을 포섭하는 것으로 이해하여야 할 것이다.

2. 생물학적 인간 본성 엿보기

가. 도덕주의적 공격체계

생물학적 의미에서 공통된 의미의 본성이란 생존과 번식 및 이에 유리한 행동양식이다. 유전자의 이기성을 언급하는 이유 역시 개체단위에서는 생존이 유일한 목적이기 때문이다. 따라서 만일 자신을 다소 희생하여 타자에게 이익이 되는 행동을

14) 이러한 연구방법론은 다양한 영장류들을 대상으로 하여 꾸준히 지속되고 있다. 이들 연구의 목적은 세부적으로는 매우 다양하지만, 영장류의 속성을 연구함으로써 영장류의 한 종을 이루는 인간의 초기 모습 또는 발전과정을 추론하고자 한다는 점에서는 공통된다.

15) Garrett Hardin, "Is violence natural?", Zygon, 1983, 412면.

한다고 하더라도 유전자의 입장에서 이러한 타자의 이익이 자신에게 그 무엇인가 이익이 되지 않는 한 이타적 행동은 선택되지 않는다. 따라서 이타성¹⁶⁾이란 순수하게 타인을 위하여 자신을 희생하는 윤리적이거나 철학적인 무엇이 아니다. 이타성은 종종 호혜성으로 표현되기도 하는데, 이 경우의 호혜성이란 생존을 위한 나뉘는 정도로 이해함이 타당하다. 예컨대 집단 내에서 공격행위를 하는 자에 대하여 보이는 적대적 행동들은 응보의 한 형태로서 계산된 호혜성이 드러나는 것으로 이해된다. 사회적 규칙성에 대한 감각이 장래의 생존기회의 보장형태로 존재하며, 사회적 규약의 위반을 지각하고 이에 대하여 공격적으로 반응하는 개체는, 협동하지 않는 비용을 증대시키고 더 중요하게는 기만하거나 호의를 되갚지 않는 일의 비용을 증가시킴으로서 호혜성 체계가 강화되도록 일조하는 것이다.¹⁷⁾

즉, 개체가 다른 개체에 대하여 기만적 행위를 하게 되면, 당해 개체는 상대방이 이전에 협동함으로서 이익을 얻는 관계를 훼손시키게 되고, 그렇게 함으로서 기만자는 상대방의 비용으로 이득을 보는 대신 호혜성 체계를 불안정하게 만들게 된다. 이 때 하위 개체의 저항이나 상위 개체의 응징을 통하여 기만자는 이른바 ‘도덕주의적 공격’을 당하게 되고, 이를 통하여 기만을 방지함과 동시에 호혜성 체계는 재안정화되는 것이다. 반대로 이와 같은 도덕주의적 공격체계가 통일적으로 작동하지 않는다면, 기만자나 공격자 모두에게 이득이 되지 않는 보복의 순환이 이루어지게 되고 이는 궁극적으로 집단 전체의 생존에 이득이 되지 않기 때문에 그러한 체계는 존속되기 어렵다.

여기에서 원시적 형태의 정의의 모습을 보게 된다. 정의의 개념 또한 매우 다양하지만, 대체로 ‘정의’는 공리나 최대다수의 최대행복, 또는 자유주의적 평등주의, 공동선의 의미로 이해된다.¹⁸⁾ 균형 또는 공평한 분배, 공동의 선 등 어떠한 의미이

16) 이타성에 관한 자세한 내용은 리처드 도킨스·홍영남 역, 앞의 책, 151면 이하; 에드워드 윌슨/최재천·장대익 역, 앞의 책, 291면 이하; 폴 에일릭·전방욱 역, 앞의 책, 83면 이하; 피터 싱어/김성한 역, 앞의 책, 25면 이하 등 참조.

17) Robert Trivers, “The evolution of reciprocal altruism”, Quarterly Review of Biology, 1971, 35면 이하에서는 이를 도덕주의적 공격(moralistic aggression)이라고 명명한다.

18) Michael J. Sandel, Justice; What’s the right thing to do?, 2009(마이클 샌델·이창신 역, 정의란 무엇인가, 김영사, 2010), 340면. 가장 대중적으로 이해되는 정의의 다양한 형태를 설명하고 있는 저자는 궁극적으로 공동선을 정의로 보고 있다. 그런데 영장류의 생존전략으로서의 호혜성 역시

든지 집단 내 개인의 존중을 의미한다면, 원시적 형태의 호혜성체계는 공동 또는 최대다수의 생존을 위한 이득과 희생의 공평한 분배의 모습이라는 점에서 인간의 정의에 대한 선구적 형태일 수 있기 때문이다. 즉, 생존전략으로서 이득의 상호교환과 이러한 체계의 고착화가 사회적 규약의 형태를 띠고 이에 대한 위반이 보복의 형태로 나타난다는 점에서 ‘정의’인 셈이다.

나. 사회통제 구조의 발전방식

생존을 위한 개체들의 군집은 불가피하게 갈등을 수반한다. 갈등이란 사회적 기 대에 대한 개체들 간의 불일치에 의해서 발생할 수도 있으며, 생존을 위한 필요불가결한 자원과 관련한 경쟁에 의하여 유발될 수도 있다. 어떠한 형태든 궁극적으로 생존과 번식을 목적으로 한다면 갈등의 해결은 필요불가결하며, 집단형태에 따라 다소 다를지라도 가장 궁극적인 방법은 제재와 타협이다. 이와 관련하여 집단구조의 발전에 관하여는 지배나 복종에 대한 유전적 소질 유무와 관련하여 두 가지 가설이 가능하다. 평등주의와 전제주의가 그것이다.

우선 가장 원시적이고 소규모의 집단은 구성원사이에 평등주의가 유지된다. 즉, 상위 지배집단과 하위 피지배집단으로 구분되지 않는 형태로서, 초기 인류의 형태는 지배나 복종에 대한 아주 강력한 유전적 소질이 없었다는 점을 전제로 한다. 초기 인류들은 수백만 년 동안 평등주의적이었기 때문에 구석기 이후의 조건들이 어떠한 형태의 문화적 토대를 구축하였으며, 이를 기초로 집단을 위계화시켰는지가 핵심사항이 된다. 이에 관하여는 객관적으로 검증된 사실 위에 수많은 가설들이 대립하여 왔다. 그 중 하나의 가설은 평등주의 집단 내에서 일탈적인 행위들¹⁹⁾에 대한 도덕적 제재란 갈등을 야기할 것 같은 경쟁적이고 약탈적인 행위를 실효적으로 억누름으로서 사전에 완화시킴을 의미하였다고 본다. 즉, 도덕적 공동체가 유지되기 위하여 부적당한 경쟁, 지배, 희생을 피하기 위한 집단적 노력은 의도적이고 사전적

궁극적으로는 최대다수의 생존을 위한 규칙준수와 위반자에 대한 공격이라는 점에서 부분적으로는 공동선의 의미도 담고 있다.

19) 평등주의 무리에서 합리적으로 잘 통제되는 전형적인 행위로는 불량배 행위, 협력의 맥락에서 기만하기와 회피, 사기나 절도, 성적 범죄 등이라고 한다. 레오나드 캐츠·김성동 역, 앞의 책, 110면 이하 참조.

인 갈등회피 방법을 채택한다는 것이다.²⁰⁾

그러나 잉여생산을 통하여 집단의 규모가 커지고, 전제주의적 집단체제가 형성된 이후에는 강력한 통제가 도덕적 체계의 구축과 발전을 강화시켰다고 본다. 인간본성에 관하여 또 다른 가설은 동일한 객관적 사실위에서 지배와 복종은 인간본성에 강하게 정립되어 있다고 본다.²¹⁾ 이 경우 도덕공동체의 진화는 무리가 내부의 공격적인 일탈자를 다루는 능력의 개선과 연계하여 진행된다고 본다. 그리고 구성원 단위에서는 그러한 공동체에 적응하는 능력이 높을수록 개인적인 생존가능성도 높아지기 때문에 도덕공동체에 대한 적응능력 역시 진화해 간다고 본다. 그런데 이러한 사회구조 하에서는 보다 강력한 사회적 제재가 재생산됨이 필연적이다. 강력한 제재는 보다 순응적인 구성원의 생존을 보장하게 되고, 반대로 일탈자에 대한 제재를 통하여 집단 전체의 번영을 확보하려고 하는 경향이 생기기 때문이다.

이를 종합하여 볼 때, 평등주의적 구조에서는 도덕공동체는 先 제재의 형태로서 유대관계를 보다 강화하는 경향이 있는 반면, 전제주의적 구조에서는 공격적 일탈자에 대한 後 제재의 강화를 통해 집단 및 사회통제구조가 발전되어 나감을 알 수 있다. 또한 두 가지 성향 모두 인간 본성의 일부를 구성하고 있으며, 어느 구조를 선택할 것인가는 구석기 이후 어떠한 문화적 현상을 겪게 되었는가의 차이, 즉 일종의 외부압에 의하여 결정되었다고 볼 수 있다. 예컨대 전제주의 구조라 하더라도 하위자들이 집단적인 반란을 통해 우두머리의 역할을 영구히 제거해 버리게 되면, 선도도덕적 공동체가 문화적 실재로서 존재하게 된다. 이는 그러한 제도의 이득을 구성원들이 지각적으로 명백히 인식하기 때문이다. 결론적으로 어떠한 사회통제 구조가 발전하였는가는 인간본성에 기원하되 전적으로 그것에 의존적이지는 않다는 점을 의미하는 것으로 보인다.

20) Christopher Boehm, "The evolutionary development of morality as an effect of dominance behaviour and conflict interference", *Journal of Social and Biological Science*, 5, 413면 이하 내용의 요약이다.

21) Lionel Tiger, *Men in Groups*, Random House, 1969; Roger D. Masters, *The Nature of Politics*, Yale University Press 1989 등은 인간은 비교행동학적으로 전제주의적이라고 하면서, 그러나 지배당하기보다는 지배하기를 선호하는 본성이 있다고 본다. 앞선 평등주의를 주장한 Boehm 역시 전제주의도 인간본성일 수 있음을 자인한다. 그럼에도 불구하고 평등주의적 정치형태에서 구성원들은 내재적으로 지배를 회피하는데 동의하기 때문에 통제받지 않는 상태를 유지하기 위하여 다양한 형태의 일탈을 엄중히 그리고 연합된 형태로 선 단속한다고 주장한다.

3. 진화의 예측: 도덕에 관한 인간본성 찾기

가. 행위선택의 다원주의

도덕 또는 규범과 관한 인간본성이라는 표현 자체는 다소 논쟁적일 수 있다. 도덕은 당위의 문제이고 인간본성은 현상에 관한 설명이라고 주장하는 바에 의하면 양자는 병렬적으로 연관성을 가질 수 없다. 그러나 도덕의 진화론적 기원을 찾는다는 의미가, 본성적으로 정립된 개체들 또는 집단과의 관계에 있어서의 행위선택의 원인을 생물학적으로 모색한다는 취지라면 이해가 달라진다. 이와 관련하여 지금까지 많은 주목을 받았던 이론은 소위 티포탯(Tit For Tat)전략이다.²²⁾ 그러나 동 이론은 10만 세대가 넘는 인류 전체의 진화의 측면에서는 협력이 가져오는 이득을 설명할 수는 있지만, 개개인의 행위선택의 기준 또는 동인을 설명하기에는 역부족이다. 즉, 반복된 실험 속에서 가장 이상적인 모형을 찾아서 거시적인 면에서 진화의 결과를 설명할 수는 있지만, 개개의 인간이 특정한 행위를 선택하는 원인, 즉 인간 본성의 기원을 하나하나의 행위선택의 측면에서 찾아 적용하기는 어렵다.

이와 관련하여 최근에 행위선택의 동인을 개인의 진화심리학적 측면에서 다원적으로 접근하고자 하는 이론이 주목을 받고 있다.²³⁾ 이를 간략히 소개하면 다음과 같다. 우선 진화란 환경에 적응하기 위한 다원적인 해결책들 중에서의 선택의 문제라고 본다.²⁴⁾ 그리고 진화의 예측은 사용가능성(availability), 의존가능성(reliability) 및 효율성(efficiency)에 의해 좌우된다고 본다. 즉, 생존을 위해 사용가능한 메커니

22) Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 2006(로버트 액셀로드·이경식 역, *협력의 진화, 시스템마*, 2009). 티포탯이란 ‘눈에는 눈, 이에는 이’라고 풀이되는 ‘맞대응 전략’을 의미한다. 즉, 티포탯은 우선 협력으로 시작하고, 그 다음부터는 상대의 대응방식에 따라 맞대응하는 단순한 전략을 의미한다. 액셀로드가 반복된 실험을 통해 통계적으로 입증한 이 이론에 따르면 인간의 진화에 있어서도 협력 대 협력의 경우가 가장 진화론적으로 이득이 많아지게 된다. 그 결과, 협력의 진화는 인류의 발전에 가장 적합한 모형이라고 본다.

23) Elliot Sober & David Sloan Wilson, *Unto Others-The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, Harvard University Press, 1999, Chapter 10 이하 참조.

24) 생존과 번식을 위해서는 위협적인 환경 또는 변화하는 환경에 적응하기 위한 다양한 해결책들을 본성적으로 구하기 마련이다. 이 경우 해결책은 상식적으로도 유일무이한 것이 아니라 다양한 방법이 가능할 수 있는데, 그 중에서 어떤 것이 선택되어 진화할지에 관한 예측이 가능하다는 점을 전제로 한 이론이다.

즘은 다양하지만, 그 중에서 특히 생존에 필요하고 또 의존가능한 전략이어야 하면서 경제성의 원리에 따라 가장 효율적인 방법이어야 한다. 그리고 만일 그러한 메커니즘이 많으면 많을수록 진화에 이득이 된다는 면에서 다윈주의를 설명하고자 한다. 즉, 인간이 행위를 선택하는 가장 단순한 세 가지 규칙을 쾌락주의(H, hedonism), 이타주의(A, altruism), 다윈주의(P, pluralism)로 나누고 이중에서 어떠한 원리가 행위선택에 가장 고려되는가를 살펴보는 방법이다.²⁵⁾

그러한 원리를 차용하여 통제규범의 준수가 어떻게 선택되는가를 보면, 쾌락주의(H)는 통제규범준수는 그렇게 하는 것이 개인의 쾌락을 극대화하고 고통을 최소화하는 경우에 이행된다. 이타주의(A)는 그렇게 하는 것이 타인의 복지(사회유지)를 증진시키는 경우에 이행되고, 다윈주의(P)는 그렇게 하는 것이 쾌락을 극대화하고 고통을 최소화하거나 사회유지를 증진시키는 경우에 이행된다고 가정할 수 있다. 이 경우 생물학적 인간이 통제규범을 준수하는가를 설계하는 문제에 대하여 보면 다음과 같다. 규범이 와해되어 위기에 빠진 사회에 대한 개인의 반응으로 이타주의는 규범준수를 필요로 한다고 믿는 개인의 행위선택기준이 되며, 이기주의는 이로 인한 걱정과 공포를 느끼는 개인의 행위선택기준이 된다. 이는 신념매개적인가 고통매개적인가의 문제인 바, 쾌락주의는 도구적 욕구가, 이타주의는 직접적이고 궁극적인 욕구가 행위의 동인이 되는 것이다. 이 경우 신념매개적인 경우에는 쾌락주의가 가장 비적합한 방식이다. 왜냐하면 이는 직접적인 동인이 아니라, 개인이 걱정과 공포를 느끼는 유일한 이유가 사회의 교란이 발생한다는 믿음으로부터 간접적으로 비롯되기 때문이다. 그러나 직접적으로 범죄로 인한 고통을 당하는 개인에게는 신념이 아닌 고통매개적으로 행위가 발생하게 되며, 쾌락주의가 가장 직접적 해결책이 될 것이다. 이와 같이 이해할 때에는 쾌락주의나 이타주의는 단절되고 대립되는

25) Elliot Sober와 David Sloan Wilson은 유기체가 자식을 돌보도록 하는 본성에 관하여 예컨대 쾌락주의란 부모의 보살핌을 제공하는 것이 보통 쾌락을 극대화하고 고통을 최소화하도록 그렇게 유기체가 구성되어 있어야 하거 유기체가 그렇다고 믿어야 한다는 의미라고 한다. 이 경우 도움을 필요로 하는 상황에서 이타주의적인 부모는 자신의 아이가 도움을 필요로 한다는 믿음만으로도 행동에 나설 것이고, 쾌락주의적 부모는 그러한 상황에 의하여 야기되는 걱정과 두려움이 발생할 때 비로소 행동에 나선다고 본다. 이 경우 행동의 우선순위는 이타주의가 쾌락주의보다 더 의존가능하지만, 진화적 이득원리에 따르면 둘이 언제나 하나 보다 낫다는 측면(Two is Better Than One Principle)에서 경쟁력은 다윈주의가 가장 앞선다고 본다. 반면 쾌락주의는 의존가능성의 면에서는 가장 후순위에 해당한다고 한다.

행위원칙이 아니라 상황에 따라 공존할 수 있으며, 이타주의 역시 그로인한 개인의 생존과 간접적으로도 연결되지 않는 행위를 선택하지 않는다는 점에서는 쾌락주의로부터 완전히 벗어나지 못한다.²⁶⁾

나. 행위선택기준으로서 관용과 협력

비록 인간에 대하여, 유전적으로 프로그램된 이기적인 생존기계로서의 인간상을 주장한다고 하더라도 이론적 차원에서 관용과 협력은 반드시 모순이 되는 것은 아니다. 사회가 지속적으로 발전한 변화의 산물 — 인간과 기타 생물체의 유전적 진화, 사회 내부 및 사회 간의 문화적 진화, 자연적 요인과 문화의 산물에 의한 환경의 또 다른 변화들 — 이라는 긴 시각에서 본다면, 이타성을 배제하고 인간의 여전히 진행되고 있는 진화를 논하기는 어려울 듯하다. 물론 인간의 이기성이나 이타성을 검증하고자하는 이와 같은 과학적 접근 역시 가설이다.

인간본성이란 단어는 복수로 사용됨이 타당하다.²⁷⁾ 인간은 처한 환경에 따라 매우 다양한 관점을 발전시키고 세대를 거치면서 본성도 늘 변화하기 때문이다. 따라서 인간본성 역시 여전히 진행되고 있는 진화과정에 있으며, 본성에 대한 탐구에 관한 그 어떤 것도 완전히 검증되지는 않았다는 점 역시 사실이라는 점에서는 그 어떤 가설도 단정할 수 없지만, 중요한 점은 왜 인간본성에 대한 탐구를 지속하는가이다. 우리에게 대한 이해는 법률체계를 포함한 우리가 살아가는 사회제도에 투명하게 반영되어야 한다.

26) 물론 이러한 설명 자체도 매우 피상적이고 명쾌한 해답을 제시하지는 못한다. 다만, 진화심리학적 인 측면에서 개인의 행위선택이 본성적으로 쾌락주의에서 비롯되는 것뿐만 아니라 다원주의적 측면에서 이루어진다는 것을 논증하기 위한 가설로서 의미가 있는 것으로 보인다.

27) Paul R. Ehrlich/Robert Ornstein, *Humanity on a Tightrope*, 2010(폴 에일릭·로버트 온스타인·고기탁 역, 공감의 진화, 에이도스, 2012, 161면.

Ⅲ. 문화적 진화와 도덕의 이해

1. 인간본성에 관한 현대적 의의

인간본성이란 진화사적으로는 생존전략과 직결됨을 알 수 있다. 그러나 생존전략은 존재하는 환경 — 그것이 자연이든 문화사회이든 — 의 변화에 따라 적응도와 적응방식의 차이가 발생하게 된다. 따라서 생물학적 접근이라 할지라도 현대사회의 인간본성을, 인류초기의 사바나 지역에 적응하면서 형성된 생존전략을 통해 형성된 인간본성으로부터만 찾겠다는 것은 모순이다. 현대 사회의 생존을 위한 생물학적 선택은 외부적인 환경압 자체의 변화를 전제로 설명되어야 하기 때문이다. 이때의 외부압은 이미 자연환경뿐만 아니라 문화환경도 포함하게 되며, 생물학과 사회학, 사회생물학과 윤리학이 서로 단절되어 독자적인 영역을 형성해서는 이해될 수 없다는 결론에 도달하게 된다.

인간의 행위를 오로지 생물학적으로만 한정하여 설명하기에는, 인간의 발생사를 넘어 진화과정에서 형성된 문화의 개입을 배제할 수 없음은 자명하다. 그럼에도 불구하고 여전히 생물학적 현상을 논함은, 인간 행위의 고유성이 생물학적으로 설명 지워진다고 해서 설명을 통하여 문화를 제거함이 과학의 목적은 아니기 때문이다. 보다 중요한 점은 현상들의 특이성을 이해함으로써 문화의 변이 역시 사실적 논거를 가질 수 있다는 것이다. 즉, 문화를 발달시키는 능력이 과연 어느 정도까지 생물학적 요인들에 의해서 결정되어지는가 하는 점, 사회형성 및 통제구조를 규정하는데 생물학적 요인들이 차지하는 비중이 어느 정도이며, 또 앞으로 미칠 영향력은 여전히 남아 있는가 하는 점 등에 오히려 초점이 맞춰져야 할 것이다.

따라서 생물학적 인과문제에 간혀 있을 것이 아니라, 인간본성을 기초로 하되 여전히 진화 또는 변화의 흐름을 이해하는 것이 중요할 것이다. 진화는 선형적으로 주어진 목적을 향하지 않는다는 점은 닫혀진 결론을 선불리 받아들여서는 안 됨을 시사한다. 진화는 인간본성을 내재하되 인간의 결단의 자유 역시 진화의 산물이기 때문이다. 사회생물학이 가설적으로 지어내는 인간상이 전부는 아니다. 정해진 규칙에 따라 진화가 불가분적으로 지속된다고 할지라도, 설령 도덕적 행위를 포함한 우리

의 모든 행동들이 유전적 경향성에 기초하고 있고 유전적 성향 구조의 영향을 받는다 하더라도, 그로 인하여 인간이 의식의 힘으로 그러한 구조를 변형시키거나 그 구조에 역행하는 결단에 도달할 수 있다는 점도 또한 생물학적 인과성에 의하여 설명되어질 수 있다. 그리고 그러한 양 측면을 부정할 필요는 없다.

2. 사회생물학적 사실과 해석의 차이

사기나 기만의 경우, 모든 생물들의 중요한 생존전략이자 수단이다. 인간은 약탈자로부터 생존수단을 강탈당하지 않기 위하여 기만행위를 하기도 하지만, 생존여력이 다분히 잉여상태인 때에도 호혜적 이타성의 혜택만을 받고 배신하거나 또는 무임승차를 하기도 한다. 기타의 생물들 역시 생존을 위하여 생존전략이 상대적으로 우수한 다른 개체의 외형이나 소리를 흉내내어 상위포식자를 기만하거나 다른 개체의 무리에 자신의 유전자를 보유한 개체를 섞어서 유전자 번식에 유리하도록 하기도 한다. 그러나 인간의 행위에 대하여는 비난을 하지만, 기타의 개체들의 그러한 유전적 진화를 비난의 대상으로 삼지는 않는다. 즉, 동일한 생물학적 사실에 대한 해석은 차이가 존재한다.

그러한 해석의 간극에는 도덕이 중심하고 있다. 도덕은 오로지 인간의 행위에 대해서만 가치를 개입시킨다. 그러나 사실과 가치 간에는 여전히 간극이 존재하는바, 소위 자연주의적 오류²⁸⁾가 그것이다. 가치는 행위를 하는 이유(reason for action)을 제공해 주어야 하지만, 사실 그 자체가 행위를 하는 이유를 제공하지는 않기 때문이다.²⁹⁾

이에 대하여는 두 가지 해명이 가능할 것이다. 첫째, 사실에서 당위를 끌어내는

28) 무어 또는 흄으로부터 비롯된 자연주의적 오류는 과학이 경계를 넘어서 인문사회로 영역을 넓히고자 할 때 가장 먼저 거론되는 비판의 핵심이다. 마찬가지로 생물학에서 윤리적 전제를 도출하는 것이 가능한가의 문제 역시 자연주의적 오류의 전형적인 예라고 볼려진다.

29) 자연주의적 오류라는 측면에서 사회생물학을 비판하는 주된 논지에 대하여는 류지한, “도덕에 대한 진화론적 설명 전략의 의의와 한계—윌슨의 『통섭』을 중심으로—”, 철학논총 제56집 제2권, 새한철학회, 2009. 4, 129면 이하; 소병철, “사회생물학적 도덕 이론의 메타윤리학적 타당성 검토—도덕성의 합리적 정당화 문제와 관련하여—”, 철학연구 제34집, 고려대학교 철학연구소, 2007, 5면 이하 참조. 사회생물학이 규범윤리학의 대안이 아니라는 논지의 전개는 권수현, “사회생물학적 윤리의 한계와 가능성”, 철학연구 제101집, 대한철학회, 2007. 2, 23면 이하 참조.

것이 언제나 불가능한 것은 아니다. 예컨대, 평등사회에서 성인들은 타인의 영역을 침범하지 않으려는 경향이 있다는 사실로부터 사람들은 타인의 주거를 침범하여서는 아니된다는 당위가 도출되는 것이 언제나 불가능한 것은 아니다. 또는 사람은 독약을 마시면 죽는다는 사실로부터 독약은 일반인들이 취급하지 않아야 한다거나 일반인들의 접근으로부터 멀어지도록 하여야 한다는 당위가 나올 수 없다고 단정할 수 없다. 둘째, 사실은 증명을 통하여 당위로 정립될 수 있다. 도덕 또는 윤리 영역에서 진화론의 영향을 거부하는 입장에서는 사실이 아무리 많이 축적된다고 하더라도 그것을 통해 결정을 내리거나, 그것이 행위결정의 판단기준이 될 수 없다고 주장한다.³⁰⁾ 그러나 진화에 이득이 되는 행위들은 그것이 사회질서에 ‘좋은’ 영향을 미칠 수 있다는 점이 증명되면 당위로서 정립될 수 있다. 물론 진화에 이득이 되는 모든 행위들이 ‘옳은’ 행위는 아니다. 그러나 진화에 이득이 되는 행위의 생물학적 발견은 인간 행위 이해의 단서가 되고, 그러한 행위들을 기초로 당·부당을 결정하는 것은 생물학이 아니라 사실적 증명을 통해 이를 받아들이고자하는, 우리가 속해 있는 사회 전체의 의식 또는 의지인 것이다.

3. 문화현상으로서의 도덕과 사실상태로서의 도덕

자연상태에서 생물학적 인간의 생존과 번식의 긴 역사는 분명 생존에 유리한 행동양식들을 생명발생적 진화의 산물로서 남겼다. 이와 비견되어, 문화상태에서 문화적 인간의 사상과 가치의 창출과 전달은 전통발생적 진화의 산물로서 이어진다.

인간의 특징을 지칭하는 호모 루덴스³¹⁾라는 용어는 이러한 점을 가장 적절하게 지적한다. 유전학적 의미에서 번식과 식량의 획득에 유리한 입지를 점하는 집단이 생존만을 위한 생산에 투입되는 개체와 분리될 수 있을 만큼 경제적 여력이 집단 내에서 발생하고 계급이 출현된 이후에 호모 루덴스는 가능해진다. 이들에게 문화

30) 피터 싱어·김성한 역, 앞의 책, 133면.

31) J. Huizinga, *Homo Ludens*, 1938(임윤수 역, 호모 루덴스, 까치, 1993)은 놀이를 문화의 상위개념으로 이해하는 바, 문화를 포함한 놀이가 인간의 비생산활동의 총체임을 논증하고 있다. 이로부터 비생산, 즉 생존과 번식을 위한 생산으로부터 자유로워진 시점이 문화의 출발점임을 간접적으로 시사한다.

적 유산의 생산과 전달은 생물학적 번식을 대체하는 동인으로서 가능하게 되는 이유는 자연과의 투쟁, 즉 생존기계로서의 역할로부터 자유로울 수 있기 때문이다. 불리한 자연환경 속에서는 모든 개체들의 생존이 불가능하기 때문에 인간은 유전자의 생존 기계로서의 생물학적 본성의 일부인 유전적 명령에 충실하게 된다. 그러나 자연과의 생존투쟁으로부터 자유로워진 시점, 즉 잉여생산을 통한 잉여노동력이 호모루텐스의 탄생을 가능하게 한 것이다. 예술과 철학, 시와 법률제도, 전쟁 의례의 몇몇 측면에 이르기까지 모든 문화의 표현에 밀착되어 있거나 그것에 생기를 불어 넣어 주는 호모루텐스는 생존에 직결된 실생활 밖에 있고, 자유로우며 목적을 갖지 않는 비생산적 행위이지만, 점차 생활 전체에 있어서 보완이 되고 문화기능을 갖는 필수적인 것으로 발전했다. 즉, 정신적 창조 활동의 전반과 그 하위개념에 속하는 모든 인간의 문화 활동들은, 인간에게 생존의 여력이 생산물의 잉여를 통해 확보되었을 때부터 가능해 진 것이다.

그러나 자연과의 생존투쟁으로부터 자유로워진 시점을 전체 인류역사 위에 놓고 볼 때, 이는 매우 찰나의 시간에 불과하다. 그리고 그러한 시간은 생물학적 유전자의 생존기계로서 내적으로 보유하고 있는 본성으로부터 인간이 완전히 탈피하여 오로지 문화적 전달자로서의 역할에만 고착되기에는 지나치게 짧다. 여기에서 다시 사회생물학적 전제를 돌이켜 보아야 할 것이다. 약 200만전 전부터 10만 세대 이상을 거쳐 발전시켜온 인간의 행동양식 — 사회공동체의 형성방식이나 형성된 공동체 내에서의 개체와 공동체의 관계를 포함한 — 이 길게는 호모사피엔스가 출현한 4만 년 간의 매우 짧은 기간 동안 문화의 발달에도 불구하고, 생물학적 본성이 문화로 인하여 급격히 반전될 수 없었을 것이라는 점이다. 즉 문화형성에 의한 인위적인 개입에도 불구하고 인간본성이 문화를 통하여 급변하기에는 상대적으로 짧다는 점을 사회생물학은 여전히 포착하고 있는 것이다.³²⁾

현대에도 생존투쟁과 직결될 때 본성이 직접적으로 드러나는 이유 역시 이를 간접적으로 증명해 준다. 예컨대 생존전략이 필요한 전쟁 상황 하에서는 공존공영시

32) Hans Mohr, *Nature und Moral, Ethik in der Biologie*, Darmstadt, 1987, 77면은 사회생물학의 명제 가운데 하나는, 석기 시대인들이 보여준 집단 생활의 원리들이 유전적으로 이미 확정되어 있어서 오늘날 호모 사피엔스를 대표하는 우리들에게도 지속적인 영향을 미치고 있다는 것임을 단언한다.(부케티츠·김영철 역, 앞의 책, 114면 재인용).

시스템이 호혜주의를 바탕으로 하여 일정하게 그리고 반복적으로 나타났음이 역사적 사실로서 확인되었다. 즉, 전쟁의 가담자들은 적절한 조건만 주어진다면 적대적 관계에서도 얼마든지 호혜주의에 바탕을 둔 협력을 하게 된다는 것이다. 그리고 이는 가담자들에게 협력행위와 그 결과를 이해시키지 않아도 나타나며, 의도적인 조절이나 강제수단이 투입되지 않고도 자발적이라는 점에서 인간본성의 발현이라고 본다.³³⁾

이로부터 여전히 인간의 최소한은 생물학적 본성에 간혀 있으며 최대한은 문화적 전달가능성이라고 보아야 한다. 도덕과 형법체계 역시 이러한 기본적인 흐름으로부터 자유로울 수 없을 것이다.

4. 도덕성의 기원과 무게

어떠한 인간의 행위의 분포도가 넓으면 넓을수록, 그것이 인간본성에 기초하고 있을 개연성은 더욱 커진다. 또한 상위자에 의한 강압적 통제가 없는 상태에서도 여전히 발현된다면 이 역시 인간본성에 기초할 가능성이 높다. 생물학적 인간은 사회적으로 공유하는 도덕적 규범의 존재와 무관하게 행위선택의 선호도를 가진다. 만일 모두에게 선호도가 떨어지는 행위를 강제하거나 또는 그 반대인 도덕규범이 존재한다면 그것을 실제로 준수할 것을 강제하거나 기대하기 어렵다. 또 다른 한편으로 사회구성원이 자신의 내적 욕구에 기하여 자발적으로 행하는 행위를 반드시 도덕이 규범의 이름으로 강제할 필요도 없다.

한편으로 생물학적 인간본성이 도덕의 기원이라고 할지라도, 도덕규범 역시 문화체계의 일부를 구성하고 있다는 점에서 문화의 영향 또는 지배로부터 벗어날 수 없다. 따라서 도덕만을 놓고 본다면 다시 생물학적 본성과 연계된 도덕기준과 생물학적 본성과는 전혀 관련 없이 문화적 현상으로서 싹터서 발전해온 도덕현상이, 도덕규범 내에서는 아무런 구분 없이 공존하게 된다. 예컨대 우리의 전통적인 유교사상으로부터 비롯된 孝는 생물학적 본성에 기원한 도덕이 아니라 중국의 문화권 내에 영향을 받았다는 역사적 사실 하에 유교문화의 전통으로 계승되는 것뿐이다. 이처

33) 로버트 액셀로드·이경식 역, 앞의 책,, 113면 이하; 리처드 도킨스·홍영남 역, 앞의 책, 356면 이하.

럼 전적으로 문화현상에 기원한 도덕은 어떠한 특별한 역사와 문화권 내에 속해있는가에 따라서 천차만별이다. 따라서 그러한 도덕성의 기원을 생물학적 인간본성으로부터 찾을 수는 없다.

반면 생물학적 인간본성과 문화의 영향을 교차적으로 받아 형성된 도덕규범이 존재할 수 있다. 예컨대 患은 전제주의적 인간본성으로부터 출발하면서 도덕성의 기원이 되기도 한다. 그러나 그러한 인간본성은 지배자가 되고자 하는 욕구 또는 본성을 의미할 뿐 피지배자로서의 욕구를 의미하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 집단 내에서 집단 전체의 질서를 존중하고 집단 전체의 안위를 욕구하는 것은 인간본성이라는 점에서 소극적이거나 본성에 기원한다고 할 수 있다. 그리고 역시 유교문화권의 지배는 충을 문화현상으로서 도덕규범의 일종으로 구축하여 왔다.

종교적 의례 또는 관혼상제 역시 마찬가지이다. 종교의 기원을 인류의 생물학적 역사에서 찾는 경우에는 집단의 확장 및 지배자에 대한 강한 신념의 도구로서 종교 및 종교의식을 이해한다는 점에서는 생물학적 본성의 측면이 없지 않다. 그러나 종교의 역사는 그 기원으로부터 멀어질수록 너무나 강한 문화적 영역에 종속해 버리게 된다.

그런데 생물학적 본성에 기원하든 전적으로 문화적 영향 하에서 형성되었든지 간에 도덕규범이라는 점에서는 하등의 차이가 발견되지는 않는다. 그렇다면 생물학적 본성에 기원한 도덕과 전적으로 문화현상에 기원한 도덕의 무게는 같은가의 문제를 고민하지 않을 수 없다. 다만, 문화현상에 기인하여 구축된 도덕규범은 생물학적 본성에 기원한 도덕규범보다 변화 또는 사멸가능성이 상대적으로 높을 것이다. 반면 도덕적 강제 또는 무게에 있어서는 전자가 후자보다 강한 인상을 남기는 것은 아닌가 한다. 본성에 기인한 도덕은 인간에게 당위의 측면보다는 오히려 내적·본성적 측면의 인상을 가지지만, 문화에 기인한 도덕은 인간 외적인 압력으로 받아들여지기 쉽기 때문이다. 물론 이에 대한 가설이나 증명 또는 무게의 차이에 관한 논증은 앞으로 보완되어야 할 과제일 것이다.

IV. 도덕과 형법의 무게

1. 사회생물학적 접근의 재음미

가. 사회생물학적 접근의 의미와 한계점

사회생물학적 접근으로서 도덕과 형법의 이해는 현상에 대한 인과적 설명에 그치고자 함이 아니다. 인류의 발전사를 근거로 인간은 도덕적 능력과 외부압에 의하여 문화적으로 영향을 받은 사회 환경의 도덕적 가치들을 흡수할 강한 경향성을 내적으로 보유하지만, 그렇다고 해서 적절한 도덕적 규약을 가지고 태어나는 것은 아니다. 다만 도덕적 능력의 실현은 사회적 환경에 의해서 이루어지는 바, 사회적 환경이란 물리적 환경의 영향, 즉 문화의 개입을 의미한다.³⁴⁾

인간의 생존과 번식을 위한 전략의 패턴화에 있어서 인간이 처한 외부적 환경에 적응하고 이를 합리화하기 위한 의식적 포장, 즉 구도화를 가함으로서 생물학적 현상에 대하여 문화가 투입되는 과정 및 그 발전과정이 인류의 역사이기도 하다. 즉, 문화의 발전은 생물학적 현상에 대한 적응 또는 반항의 결과물인 것이다. 모든 미시적 문화현상들은 거대한 조류로서 거시적 문화패턴의 하부현상으로 발달하게 되며, 따라서 미시적 문화의 개별현상이 세세하게 생물학적인가를 논하는 것은 큰 의미가 없는 것으로 보인다. 인간은 발전 또는 진화하고 있으며, 이는 단절된 현상이 아니라 현재에도 지속적으로 이루어지고 있는 것이다.

예컨대 과거 생물학적 인간집단을 집단선택설로 이해한 것은 인류초기 형성과정에서 생존을 위한 투쟁의 대상이 모든 외부적 자연현상이었다는 점에서 집단선택이 생존에 보다 유리하였기 때문이다. 반면 현대에는 개체선택설, 특히 제도화된 개인화를 보다 강조하는 이유는, 이미 인간사회가 자연으로부터의 보편적 생존위기로부터 벗어났기 때문이다. 따라서 집단적 생존전략이 아닌 구조화된 사회 내에서의 개인의 생존전략이 우선되는 것이다.

사회생물학적 견지에서 보편적으로 통용되는 도덕규범을 정립함에는 한계가 있

34) Frans de Waal, *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Primates and Other Animals*, Harvard University Press, 1996의 논증의 출발점이다.

다. 어떠한 하나의 도덕률도 모든 개체군들에 다 적용될 수는 없다.³⁵⁾ 다양한 개체군들의 개체수보다도 더 많은 이해관계로 인하여 일률적인 당위를 확정할 수는 없기 때문이다. 그렇다고 해서 문화를 고려한다고 해도, 보편적이거나 정형화되지 않는 문화현상의 속성상 양자의 조화로운 타협점에서의 도덕규범을 찾아내기란 거의 불가능할 듯하다. 그렇다면 사회생물학에서 출발하여 개개인의 본성에 맞는 행위를 선택하고 사회문화현상에 적합한 행위를 강제한 후에 다시 이기적 본성에 충실한 행위를 선택하라고 한다면 이는 도덕‘규범’의 정립을 부정함에 다름 아니다.³⁶⁾ 그렇다고 해서 규범정립에 있어 양자를 모두 포기할 것인가? 우리가 원하는 바는 어느 극단적인 선택이 아니라, 적절한 규범정립의 한계라는 점을 고려한다면 규범이해의 유연성을 강조해야 할 것이다. 즉, 특정한 생물학적 조건들은 규범정립에 최소한의 한계를 설정하되, 그로 인한 법률적 결과까지도 생물학적 조건을 통해 확정할 수는 없으며, 당대의 사회문화적 조건들에 의하여 유연적으로 대처할 수밖에 없다. 생물학적 결정인자와 사회문화적 결정인자 간의 역할은 늘 긴장관계에 있지만, 결국 결단은 어느 하나로 인하여 행해지지는 않을 뿐만 아니라, 생물학적 결정인자로 시작한다고 하더라도 어떠한 규범을 제도화하는가는 사회전체 구성원의 의지의 총합이기 때문이다.

또한 확실한 것은 도덕 또는 법률이 생물학적 원리를 많이 반영하면 반영할수록 더욱 강한 효력을 발휘하게 된다는 점과 보다 확실한 규범준수의지와 이행을 확보할 수 있다는 점이다. 이처럼 도덕과 이를 저변으로 형성되어야 할 형법체계 역시 인간에게 내재하는 생물학적 본성에 기본적으로는 의존할 때, 규범의 수용과 존속은 수월해 질 수 있다.³⁷⁾ 인간 본성의 명백한 특징에 반하는 규범들은 규범으로서 오래 존속할 수 없을 것이다.

35) 에드워드 월슨·장대익 역, 앞의 책, 295면 이하 참조.

36) 부케티츠·김영철 역, 앞의 책, 167면 이하의 이와 같은 윤리적 상대주의는 개인에게 아무런 지침을 줄 수도 없으며 구속력도 인정될 수 없기 때문에 행위 결단의 기준이 될 수 없음을 언급한다.

37) Francisco J. Ayala, The Biological Roots of Morality, Biol. & Philos., 2, 1987, 237면.

나. 정치적 왜곡에 대한 경계

지금까지 사회생물학이 지지되거나 반격을 받은 이유는 다분히 정치적 해석에 기인한다. 학문자체는 정치적이 될 수 없다. 다만, 해석자의 숨은 의도에 의한 정치적 악용의 결과일 뿐이다. ‘그러하다’라는 자연상태가 정치적이 될 수 없음에도 불구하고 사회생물학이 지금까지 표적이 된 이유에는 해석자의 ‘비도덕적 정치성’이 있었다는 점을 간과하고, 이를 사회생물학의 소산으로 오해하여서는 안 될 것이다.

사회생물학이 인간본성을 내세워 사회과학의 영역으로 해석의 폭을 넓히고자 할 때, 가장 많은 공격과 우려를 표명하였던 도덕주의자들의 논거에는 역사적 배경이 있었음은 잘 알려진 사실이다.³⁸⁾ 인간의 도덕적 품종을 거론하고 이를 생물학적 진화의 소산이라고 이해하던 일부의 견해들이 만들어낸 역사적 사실들은, 사회생물학적 이해와는 이미 단절된 의도된 정치적 ‘홍작’일 뿐이다. 인간만이 유일하게 자연을 좌지우지할 수 있는 독보적 생명체로 이해하면서 인간과 인간이 아닌 생물을 구분하는 견해에서부터 민족과 민족 간의 우열을 나누는 주장들, 민족 내에서도 빈부의 차이를 통해 개인 간의 우열을 가리는 품종의 서열매기기는 생물학적으로 이해되는 인과성의 문제가 아니다.

특히 형법을 비롯한 법률체계는 문화현상의 일부라는 점에서 정치적 악용의 소지가 매우 높다. 더욱이 그러한 정치적 악용의 논거로서 사실현상을 설명하는 사회생물학을 이용하게 된다면, 객관적 사실이 ‘그러하다’라는 반복할 수 없고 변화가능성이 없는 사실을 전제로 한다는 점에서 거의 논박이나 해명이 불가능해지는 결과를 초래하기 때문에 더욱 우려된다. 법률체계 중에서도 특히 국가형벌권 발동의 전제가 되는 형법은 더더욱 위험하다.

2. 형법과의 관계

도덕률에는 어떠한 행위가 수용할 수 없는지에 관한 구성원들 공통의 합의가 포함되며, 어떤 사회적이고 정치적인 삶이 만족스러운 것인가에 대한 집단 전체적인

38) 예컨대 세계 각국에 만연한 인종차별주의, 이민자 유입제한 정책이나 세계 제2차 대전에서의 대규모 홀로코스트가 대표적이다.

이해도 포함된다. 구성원들은 생존전략을 위한 상호교환을 통하여 타인에 대한 행위의 공통된 가치를 추구하게 되며, 동일한 이유로 생존에 방해가 되는 일탈자를 전략적으로 통제하는 능력도 진화하게 되었다. 앞서 언급한 바와 같이 진화적으로 이득이 되는 공통된 행위양식들이 축적되어 도덕성의 기원을 이루었다고 하더라도, 그것이 바로 당위가 되지는 않는다. 그러나 최소한 공통의 목적을 위한 가치추구 체계를 형성하고, 이에 반하는 행위를 집단적으로 통제하는 구조를 형성하게 되었다면, 현대의 사회적 통제를 이해하는데 최소한의 이해의 틀을 생물학적으로도 찾을 수 있다는 점을 주목하여야 할 것이다.

형법의 기능 또는 과제를 이해할 때, 도덕은 그 근저에 놓이게 된다. 물론 도덕·윤리는 이타성 또는 호혜성의 면에서 타인에 대한 선한 행위를 요구하지만, 형법은 이타적 행위를 강제하거나 이기적 행위를 통제하지 않는다. 그러나 형법은 법익을 존중하라는 사회의 요구를 무시하고 평화로운 공동생활에 필수적인 신뢰의 기반을 흔드는 인간의 태도 내지 행위 그 자체에도 관심을 가진다.³⁹⁾ 이처럼 윤리적으로 가치 있는 행위의 보호의 측면에서 형법은 윤리 또는 도덕의 최소한이 된다.

3. 최소한의 인간상과 형법의 무게

가. 인간본성에 기인한 형법 해석의 기초

앞서 갈등의 해결방법으로 어느 집단에서나 확인되는 협력과 나눔의 방식을 언급하였지만, 만일 그러한 방식을 강압적 통제를 통하여 강제하게 된다면 이는 더 이상 이타적인 것이 아니라 이기적인 것이 된다. 예컨대 기증을 하는 개인에게 보상이 주어지고 기증을 하지 않는 개인에게 처벌이 주어지는 사회를 가정하게 된다면, 기증 행위는 더 이상 이타적 행위가 아니다.⁴⁰⁾ 처벌은 기증하지 않는 개인에게 어떠한 대가를 치르게 하지만, 무임승차자는 강제되는 기증이라는 규범에 따르지 않는다 하더라도 어떠한 대가를 치르지 않고도 이득을 획득할 수 있다. 그런데 기증의 요청을 강요하는 것은, 기증이 더 이상 이타적이지 않은 행위라 하더라도 본질적으로 이

39) 김성돈, 형법총론, 34면.

40) 레오나드 캐츠·김성동 역, 앞의 책, 188면 이하.

타적인 것이다. 그리고 이러한 이타적 행위가 진화하도록 하는데 있어서 그러한 규범은 상호작용자들 간의 상관 정도가 아주 낮다는 것을 보여 준다. 즉, 그러한 행위는 본성으로서는 이타적이지만, 사회적 규범으로서 강제한다고 해서 규범으로서의 역할을 충실히 하지 않는다는 점이다. 인위적 강제가 필요한 영역과 그렇지 않은 영역을 쉽게 구분할 수 있는 예이다.

이처럼 사회적 규범은 때로 아주 이타적인 특징들을 이기적인 특징으로 전환시킬 수 있다. 그리고 사회적 규범을 강요하는 것은 아무런 규범이 없을 때 요청되는 행위를 강제할 때보다는 적은 비용이 든다. 사회적 규범 역시 경제성의 원리에 충실하도록 작동되는 것이다. 그러나 사회적 규범이 이타적인 특징들을 이기적인 성질로 변환시킬 때, 그것은 바람직한 규범이 아니다.

형법 역시 마찬가지로의 원리로 이해할 수 있을 것이다. 인간본성에 가까운 행위일수록 그 자체가 규범이 존재하지 않아도 준수될 가능성은 매우 높다. 반면 인간본성에 반하는 행위에 대한 형법적 개입은 집단의 유지라는 또 다른 인간본성에 적합하기 때문에 의미가 있을 뿐만 아니라, 이러한 강제에 드는 비용이 보다 적어진다. 다른 한편으로는 인간본성으로부터 넘어서는 행위들에 대하여 형법이라는 강제적 통제수단을 부여할 경우에는 규범준수의 가능성이 본성에서 멀어질수록 낮아진다는 점에서, 사회적 비용 역시 높아지게 된다.

나. 구체적인 형법해석 원리들의 예

법적 체계의 창조와 법을 만들고 준수하고자 하는 자발성은 집단을 형성해온 인간의 본질적인 기질, 즉 본성의 일부이다.⁴¹⁾ 그러나 그러한 규범의 강제 정도는 인간의 본성으로 결정되는 것이 아니라, 인위적인 사회구조에 의해서 선택되는 것이

41) Margaret Gruter & Monika Gruter Morhenn, "Building Blocks of legal behaviour", In Leonard Katz (ed.), *Journal of Consciousness Studies*. Imprint Academic 38, 2000. "An examination of some of the ways in which capacities for reciprocity, retributive behaviours, moralistic aggression, dispute resolution, sympathy, and empathy play roles in contemporary law and legal behaviour shows that these capacities are both ubiquitous and facilitative of legal systems. No attempt is made to reduce all legal systems or legal behaviour to these building block predispositions. However, the creation of legal systems and the willingness and ability to make and abide by laws emerged from certain human predispositions—the 'basic building blocks'".

다. 그럼에도 불구하고 여전히 법적 체계에 대한 본성은, 형법의 해석원리에 관하여 다음과 같은 서술들을 드러낸다.

(1) 선호도가 높은 행위의 배제

자발적으로 하고 싶어 하는 욕구 또는 선호도가 매우 높은 행위를 형법이 강제할 필요는 없다. 위반되지 않는 형법은 법규로서 가치가 없기 때문이다. 인간본성에 따라 선호도가 높은 행위들은 그것이 개인에게 이익이 되는 행위이기 때문에 본성적으로 강한 행위동기가 부여되어 있다. 즉, 인간의 욕망에 기초하여 자발적으로 원하는 행위가 형법적 강제를 통하여 불필요한 국가형벌권의 확대를 초래할 필요는 없다는 점이다.

(2) 인간본성은 보호법익인가?

인간본성에 반하는 행위가 사회적 해악으로 드러나는 경우, 인간본성 그 자체가 형법적 보호의 대상이 아니라 본성에 반하는 결과를 드러내는 구체적인 행위들이 형법적 제재의 대상이 된다. 예컨대, 최근 아동학대 특히 부모에 의한 아동유기가 사회적으로 강한 인상을 심어주고 있다. 부모의 양육은 유전자 단위에서 보면 매우 강한 생존과 번식을 위한 필요조건이다. 그렇다면 인간본성으로서 부모의 양육본능이 형법적 보호의 대상이 아니라 양육본능에 반하는 결과를 드러내는 구체적인 행위들로서 유기, 방임, 학대, 체벌 등이 형법적 제재의 대상이 되는 것이다.

반대로 유전자 단위에서 보면 생존과 번식을 위한 성적 상대방의 선택은 매우 강한 인간본성에 해당한다. 즉, 자신의 유전자를 다음 세대로 전달하고자 하는 욕구는 인간의 본능이라는 점에서 배우자 아닌 자의 선택이 형법적 제재의 대상이 되어서는 곤란하다. 물론 문화적 현상으로서 일부다처제나 일부일처제 등에 반하는 행위들이 도덕규범으로 강제될 수 있지만 일부일처제가 인간본성이 아닌 한, 형법외적 제재와 관계없이 형법적 제재의 대상으로 삼기는 어려울 것이다.

(3) 인간본성에 기인하지 않는 도덕 또는 윤리의 문제

도덕 또는 윤리는 형법의 근저에 놓여 있게 되지만, 인간본성에 기인하지 않는 도덕 또는 윤리가 형법적 강제 대상이 되어야 하는가는 면밀한 검토가 요구되어야 한다. 도덕 또는 윤리는 인간의 문화현상에 강한 영향을 받는데, 오로지 문화현상으로만 이해되는 특수성이 형법적 개입으로 유지되거나 강화될 필요는 없는 것이다.

전형적인 예로서 우리 형법상 존속가중규정들을 찾을 수 있다.⁴²⁾ 존속에 대한 가중처벌규정들이 인간본성에 반하는 결과에 대한 적절한 제재인가는 유교적 전통이라는 강한 문화현상의 영향 아래 놓여있는 가치에 형법이 개입할 필요가 있는가의 문제와 동의어일 듯하다. 법은 도덕과 윤리의 최소한이지만 문화현상으로서의 도덕과 윤리가 법을 그 실현의 도구로 삼을 수는 없다.⁴³⁾ 앞서 언급한 바와 같이 도덕과 윤리는 인간본성에 기인하기도 하지만, 특히 문화적 진화에 강한 영향을 받아 현재에 이르렀다는 점에서 사회 구성원간의 도덕과 윤리의식은 큰 편차를 보일 수 있다. 문화란 수용자의 인격적 태도에 따라 그 수용여부가 동일한 문화권 하에서도 다를 수 있다.

또한 비록 법체계 역시 문화의 일부라 하더라도 법체계는 문화의 최소한이어야 한다. 반대로 생물학적 본성의 측면에서는 집단 내부자들 간의 평등주의가 가장 원시적 형태의 본성이었다는 점, 생존과 번식에 있어서 존속은 유전자의 전달자로서 자신의 유전자가 다음 세대로 전달되기 위해서는 전달자인 비속의 양육이 본성이 되지만, 비속의 입장에서 존속은 이미 유전자의 전달을 완성한 전 세대라는 의미로서 생물학적 이해는 충분하다.

42) 예컨대 정철호, “존속살해가중에 대한 비판적 검토”, 한·독사회과학논총 제17권 제2호, 한독사회과학회, 2007. 9, 317면은 “최대로 가능한 책임비난은 범죄행위를 통해 실현된 불법의 테두리 안에서 놓이게 된다. 결국 행위자의 패륜성을 근거로 심정반가치를 추론하여 책임비난의 증가를 근거짓는다면, 이는 행위책임부의 원칙에 반하게 될 것이고, 이런 식의 책임비난은 무제한적으로 증가될 수 있어 국가형벌권의 제한 및 형벌제한이라는 (양형)책임의 임무를 다하지 못하게 될 것이다”라는 서술을 통해 존속가중규정이 형법적 비난과 무관한 패륜성에 기인한다는 점에서 강하게 비판하고 있다.

43) 박용철, “형사법상 존속과 비속의 차별적 취급에 관한 연구”, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012. 4, 553면.

(4) 형법의 역할-인간본성의 내면적 강화

형법은 다른 한편으로는 수범자가 약한 형태로 보유하고 있는 인간본성에 기한 기질을 강화하는 측면으로 작용하여야 한다. 인간의 보편적인 본성으로 진화되어온 행동양식이라 하더라도 개개인마다 그 내면화 정도는 상이하다. 규범준수의식 역시 인간본성의 일부라 하더라도 개인 간에 발생하는 차이를 일정정도의 수준으로 함양하는데 형법이 그 역할을 하여야 한다.

소위 적극적 일반예방의 의미를 여기에서 찾을 수 있다. 적극적 일반예방의 의미가 무엇인가, 또는 절대적 형벌론이나 소극적 일반예방론과의 차이점이 실제로 무엇인가에 대한 논박은 여전히 진행 중이다. 그럼에도 불구하고 적극적 일반예방은 시민에게 규범승인으로의 학습(Einübung in Normanerkennung)을 위한 규범에 대한 신뢰에로의 학습(Einübung in Normvertrauen) 및 장차 규범위반의 결과에 대한 수용에로의 학습(Einübung in die Akzeptanz der Konsequenzen eines Normbruchs)효과를 주된 축으로 한다는 점⁴⁴⁾은 다소 공통된다. 즉, 규범에 대한 학습은 정당한 형벌을 전제로 하여 규범신뢰를 끌어내고 규범승인의 내면화를 통하여 규범 준수위식의 고양에 가능하다고 보는 것이다.⁴⁵⁾

어느 사회든 구성원 간에는 일정한 행위기대를 가지게 되는데, 이러한 행위기대가 바로 인간 본성의 일부이다. 그리고 이러한 행위기대가 시간적·객관적·사회적으로 일반화되어 공동체 구성원 모두가 이를 준수해야 할 행위준칙으로서 정립되고, 이것이 제도화된 법규범으로 확립되게 된다. 따라서 행위기대의 안정화를 위해서는, 일정한 절차에 따른 사회적 학습을 통해 행위기대에 대한 신뢰가 전제되어야 한다. 따라서 형법은 개개인의 인간본성의 기질을 강화하는 작용을 수행하여야 한다.

44) 적극적 일반예방이론에 속하는 록신, 야콥스, 하쎄머의 주장에 대한 비판점은 윤영철, “적극적 일반예방이론의 계몽주의적 성과”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 269면 이하 참조.

45) 이와 같은 의미에서 하태영, “다산 정약용의 형사철학과 형사정책-한국형 적극적 일반예방사상”, 동아법학 제21호, 동아대학교 법학연구소, 1996, 194면 이하에서는 적극적 일반예방과 통합예방은 책임주의와 특별예방(재사회화와 교육형)의 긍정적 요소가 접목되어 규범강화라는 새로운 형사정책의 방향이라는 것을 간과해서는 안 되며, 적극적 일반예방사상은 범행자, 피해자 및 일반인의 고려속에서 형벌의 총체적 결합이어야 함을 주장한다.

(5) 이기적 행위와 호혜적 이타성

인간본성에 관한 개체선택설이든 집단선택설이든 또는 포괄적 적응이론이든 인간은 상호 이득이 되는 행위, 소위 호혜적 이타성을 전제로 집단을 형성해 왔다는 점이 인간에게 이기적 본성이 내재한다는 점을 부정하는 요소가 되지는 않는다. 따라서 형법은 최소한 인간의 이기적 행위에 대한 제재를 의미해서는 안 된다. 형법은 호혜적 이타성에 반하여 집단 또는 집단구성원에 위협 또는 침해를 가하는 행위이거나 가할 우려가 있는 행위에 대해서만 개입하여야 한다. 호혜적 이타성에 반하는 행위와 이기적 행위는 구별되어야 한다.

(6) 규범준수 능력

마지막으로, 앞서 언급한 바와 같이 인간본성이 그러하다는 설명이 형법이 그것을 ‘강제하여야한다’는 당위를 포함하지는 않는다. 그러나 반대로 당위는 능력을 포함한다. 수범자가 무엇을 해야만 한다면, 반대로 수범자에게 그것을 하는 것이 가능하여야 한다는 의미가 이미 내포되어야 하기 때문이다. 이는 형법이 수범자에게 본성적으로 이를 준수할 능력이 없거나 매우 낮은 행위를 기대해서는 안 된다는 의미이다.

V. 나가며 - 형법해석의 다양한 접근의 시도

형법의 해석 및 형법의 내재적 한계는 다양한 관점에서 고찰되어야 한다. 지금까지 형법이 순수하게 사회과학적 견지에서 다루어졌다면, 사회생물학적 관점에서의 접근은 형법의 틀을 고찰하는데 있어서 또 다른 수단으로 이해되어야 할 것이다. 사회생물학적 접근이 기존의 해석 틀과 부합하거나 때로는 양립할 수 없다면, 이는 또 다른 해석방법론으로서 의미를 가져야 하는 것이다.

과학은 수많은 가설이라는 살얼음판을 걷는 것과도 같다. 과학적 가설들은 보다 많은 사실들 위에 서 있을 때 수용가능성이 높아지지만, 때로는 동일한 사실을 근거

로 서로 다른 가설들이 팽팽히 대립하기도 한다. 그 결과 가설들은 맹렬한 공격과 방어를 통해서 보다 견고하게 되기도 하고 때로는 포기되기도 한다. 이러한 과학적 설명들의 발전 형상은 그 자체로서 법률체계의 해석론과 입법론에도 많은 시사점을 부여한다.

형법은 가치, 당위의 집합체이다. 형법은 이미 옳고 그름의 판단이 종결된 사회의 지의 총체이지만, 대체로 이미 완성된 ‘해야 한다’에 대한 검증이 귀납적으로 언제나 이루어지는 것은 아니다. 그런데 현상을 바탕으로 설계되지 않은 당위는 무한한 팽창력을 가지게 된다. 추구하는 선 또는 이상이 높을수록 형법으로 통제되는 행위의 폭은 넓어지고 반대로 행위선택의 자유는 무한히 축소된다. 형법이 제어할 수 없는 무서운 속도로 확대된다 하더라도 ‘그것이 옳기 때문’이라는 당위에 제동을 걸 장치가 없기 때문이다. 형법이 이상적인 인간상을 전제로 하여 끊임없이 ‘해야 한다’를 요구하게 된다 하더라도, 그것이 선이기 때문이라는 결론에 대하여 반박할 수 없다면 형법은 인간의 자유를 위한 도구가 아니라 오로지 사회통제의 수단으로 전락해 버리고 말 것이다.

사회생물학에 기원하여 인간본성을 다루고 이를 기초로 형법의 무게를 엿보고자 하는 이유가 바로 여기에 있다. 인간본성에 기원하여 인간에 대한 사실현상을 탐구하고 현상을 근거에 둔 행위통제를 설계함은, 팽창에 가속을 더하는 형법적 통제에 제동을 걸 단서가 될 수 있다는 기초적인 발상이 본 연구의 출발점이다. 형법적 통제가 제공하는 사회적 이득 – 그것이 보호되는 법익이든 사회안전이든 – 을 극대화시킬 정도로 형법적 개입은 높아질 수는 있지만, 사회구성원들의 안정된 형태의 자발적 협조라는 규범준수의 본성이 진화되는 것을 막을 만큼 그 기준이 높아서는 안 되기 때문이다. 그것이 사회생물학적 인간본성에 기원한 형법적 당위의 한계이자 형법적 검역성의 실체일 것이다. 지금은 인간본성에 대한 탐구도, 본성과 도덕과의 관계설정도 여전히 미완의 상태이지만, 인간본성에 근거한 형법의 설계를 시작하기에는 충분한 시점이다.

참고문헌

- 권수현, “사회생물학적 윤리의 한계와 가능성”, 철학연구 제101집, 대한철학회, 2007. 2
- 김성한, “진화생물학에서의 이기성과 이타성이라는 용어 사용의 문제”, 철학논총 제44집 제2권, 새한철학회, 2006
- 김형민, “진화윤리학의 규범적 논증의 가능성”, 종교연구 제32권, 한국종교학회, 2003. 9
- 류지한, “도덕에 대한 진화론적 설명 전략의 의의와 한계—월슨의 『통섭』을 중심으로—”, 철학논총 제56집 제2권, 새한철학회, 2009. 4
- 박용철, “형사법상 존속과 비속의 차별적 취급에 관한 연구”, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012. 4
- 소병철, “사회생물학적 도덕 이론의 메타윤리학적 타당성 검토—도덕성의 합리적 정당화 문제와 관련하여—”, 철학연구 제34집, 고려대학교 철학연구소, 2007
- 윤영철, “적극적 일반예방이론의 계몽주의적 성과”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013
- 전중환, “진화생물학의 은유—‘이기적 유전자’와 ‘스팬드럴’을 중심으로, 대동철학 제54집, 대동철학회, 2011. 3
- 정철호, “존속살해가중에 대한 비판적 검토”, 한·독사회과학논총 제17권 제2호, 한독사회과학회, 2007. 9
- 하태영, “다산 정약용의 형사철학과 형사정책—한국형 적극적 일반예방사상”, 동아법학 제21호, 동아대학교 법학연구소, 1996
- Barash, D., Soziobiologie und Verhalten, Berlin-Hamburg, 1980
- Charles Darwin, The Expression of Emotion in Man and Animals, University of Chicago Press, 1872.(Charles Darwin, The Expression of Emotion in Man and Animals, Project Gutenberg, 2011)

- Christopher Boehm, “The evolutionary development of morality as an effect of dominance behaviour and conflict interference”, *Journal of Social and Biological Science*, 5
- David Hume, *An inquiry concerning human understanding*, 1758(데이비드 흄·이준호 역, 오성에 관하여, 서광사, 1994)
- Edward O. Wilson, *Sociobiology*, 1975(에드워드 윌슨·이병훈 역, 사회생물학, 민음사, 1992)
- Elliot Sober & David Sloan Wilson, *Unto Others—The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, Harvard University Press, 1999.
- Francisco J. Ayala, *The Biological Roots of Morality*, *Biol. & Philos.*, 2, 1987
- Frans de Waal, *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Primates and Other Animals*, Harvard University Press, 1996
- Garrett Hardin, “Is violence natural?”, *Zygon*, 1983
- Hans Mohr, *Nature und Moral, Ethik in der Biologie*, Darmstadt, 1987
- J. Huizinga, *Homo Ludens*, 1938(임윤수 역, 호모 루덴스, 까치, 1993)
- Jared Diamond, *Guns, Germs, and Steel*, 1997(제레드 다이아몬드·김진준 역, 총, 균, 쇠—무기·병원·금속은 인류의 문명을 어떻게 바꿨는가, (주)문학사상, 2013)
- Leonard D. Katz, *Evolutionary Origins of Morality*, 2000(레오나드 캐츠/김성동 역, 윤리의 진화론적 기원, 철학과현실사, 2007)
- Lionel Tiger, *Men in Groups*, Random House, 1969
- Margaret Gruter & Monika Gruter Morhenn, “Building Blocks of legal behaviour”, In Leonard Katz (ed.), *Journal of Consciousness Studies*. Imprint Academic 38, 2000
- Michael J. Sandel, *Justice; What's the right thing to do?*, 2009(마이클 샌델/이창신 역, 정의란 무엇인가, 김영사, 2010)
- Michael Ruse, *Taking Darwinism Seriously*, Basil Blackwell, 1986
- Paul R. Ehrlich, *HUMAN NATURES: Genes, Cultures, and the Human Prospect*, 2001(폴 에얼릭·전방욱 역, 인간의 본성(들)—인간의 본성을 만드는 것은 유

전자인가, 문화인가?, 이마고, 2008)

Paul R. Ehrlich & Robert Ornstein, *Humanity on a Tightrope*, 2010(폴 에얼릭·로버트 온스타인·고기탁 역, 공감의 진화, 에이도스, 2012)

Peter Singer, *The Expanding Circle: Ethics, Evolution, and Moral Progress*, 1981(피터 싱어·김성한 역, 사회생물학과 윤리, 연암서가, 2012)

Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, 1976(리처드 도킨스·홍영남 역, 이기적 유전자, 을유문화사, 1993)

Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 2006(로버트 액셀로드·이경식 역, 협력의 진화, 시스테마, 2009)

Robert Trivers, “The evolution of reciprocal altruism”, *Quarterly Review of Biology*, 1971

Roger D. Masters, *The Nature of Politics*, Yale University Press 1989

Roger Trigg, *The Shaping of Man*, 1982(로저 트리그·김성한 역, 인간본성과 사회생물학—사회생물학의 철학적 측면을 논하다, 궁리, 2007)

Wuketits, M., *Gene, Kultur und Moral : Soziologie-Pro und Contra*, 1990(부케티츠·김영철 역, 사회생물학 논쟁, 사이언스북스, 1999)

The heaviness in Morality and Criminal Law originated from Sociobiological Human Nature

Kim Hye-kyung*

Today the question of human nature is closely related to sociobiology what is an field that animal and human social behavior biologically explain the evolution of the organization. Evolutionary theory in the field of biology says that Biological problem, the sponsor of the evolution of altruism as a major issue to society. According to those explanations, human morality is the result of evolutionary adaptations which were evolved in the process of natural selection because they were useful for our ancestor's survival and reproduction. Although the sociobiological explanations are correct, morality is the result of gene and culture coevolution of course.

And Justice is not an artificial thing, but is a virtue that has been formed on basis of natural tendency of human beings. Furthermore the fact that humans have a social instinct is verified scientifically. So the relationship between morality and criminal law can be found social instinct and other human's instincts. Frankly speaking, criminal law or morality is 'sollen' system, but human nature is fact and one of natural phenomenon. So, The gap between two notions should be overcome through sociobiological studies. Criminal law system must be reformed after found a theory on that ideas.

In this paper is presented in two parts-human nature as sociobiological explanations and criminal law system based on human nature. The more criminal system is close to human nature, the more law-abiding attitude is high. And the

* Associate professor, College of Social Science, Keimyung University, Ph.D. in Law

more criminal law system is stringent, the more the benefit and protection of the law is reinforced, but criminal law system should not be tightened beyond human nature.

❖ Keyword: sociobiology, human nature, morality, solen, reciprocal altruism, evolutionary psychology, function of criminal law

