

‘누리는 것’으로서의 양심의 자유는 불가능한가?

김수정(법무법인 지향)

헌법재판소, 대법원 등은 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단할 때 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 것(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 전원재판부 결정 등 참조)이라고 정의하고 있는바, 이에 따르면 양심이란 인간의 본질 그 자체라고 볼 수 있다.

“양심이란 인간의 존재가치 그 자체”라는 헌법의 명명에 따르면 양심의 자유는 공기처럼 자연스럽게 마시고 누릴 수 있어야 하는 것이 당연한 귀결일 것이다.

그런데 필자가 이십여년 동안 양심적 병역거부자를 변론하고, 대체역심사위원회에서 심사한 경험을 통해 확인한 것은 여전히 우리 사회에서 양심이란 자연스럽게 누릴 수 있는 것이 아니라 지키기 위해서는 감옥에 갈 각오를 해야거나, 심지어는 목숨까지 걸어야 하는 아주 무겁고, 쉽게 인정받을 수 없는 희귀템으로 취급되고 있다는 것이다. .

인정받을 수 있는 양심이란 ‘너무나 희귀’해서도 안되고 ‘티끌하나 묻으면 안되는 것이고’ 단 한번의 과오도, 흔들림도 용납되지 않는 부자가 천국에 가는 것보다 더 어려운 것이었다.

2001년 처음 병역거부자를 변론하였을 때 법정에서 판사는 ‘ 지금이라도 마음을 바꾸어 총을 들고 한다거나, 부모가 시켰냐며 부모를 일으켜 세우기’도 하였다. 아직 어린, 젊은 병역거부자의 양심은 한 인간의 인격적 존재가치가 아닌 부모에 의한 억지 행동 썸으로 여겨지기도 했다. 오래걸렸지만, 헌법재판소의 불합치 결정과 대체복무제도가 도입되는 긍정적인 변화가 있었다. 그럼에도 제대로 양심을 누려보지 못한 사회의 혼란은 계속되었다. 검사는 기소된 병역거부자에 대한 공소를 취소하지 않았고, 재개된 병역거부자에 대한 재판에서 검사는 판사의 용인하에 폭력적 계임을 하지 않았는지, 폭력물을 시청하지는 않았는지, 교회갔다는 시간에 교회에 있었는지 위치 추적을 하는 등 개인의 사생활을 뒤져 티끌을 찾고, 5.18 광주 민주항쟁에 참여했다면 총을 들지 않았겠느냐는 류의 질문들을 던져 병역거부자들의 양심을 시험대에 올렸고, 유죄가 선고되기도 하였다.

이런 법정의 흐름이 대체역 심사위원회에도 이어져 심사 과정에서 티끌이라도 발견되면 ‘인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리’로서의 양심은 부정되기 쉬웠다. 누리는 것으로서의 양심의 자유가 아닌 목숨을 걸고, 감옥 정도는 갈 각오를 해야 지킬 수 있는 양심에 흔들림이란 있을 수 없다. 예를 들어 종교를 떠나 범죄를 저질렀었던 돌아온 탕아에게는 병역을 거부할 평화적 양심파위는 인정해줄 수 없다. 이미 재판을 받고 죄값을 치르고 반성하며 평화적 양심을 지키며 살아가고자 하는 신청인을 다시 벌하여 군대 가라는 것이다. 이 순간 군대는 지은 죄에 대한 나머지 죄값을 치르는 감옥으로 전략하고 만다.

대법원은 진정한 양심인지 여부에 대한 입증책임을 전환하여 병역거부자로 하여금 적극적으로 증명하게하고, 검사는 이를 탄핵하는 방식으로 병역거부자의 양심이 부존재함을 입증 할 수

있다고 하였는데, 이는 대체역 심사에서 신청인의 양심에 대한 적극적 심사의 근거가 되었다. 신청인이 자신의 양심의 진실성을 소명하는 자료를 제출하고, 병역거부로서 자신의 양심을 표출하였음에도, 이외 추가로 자신의 양심을 외부에 표출한 적이 있었는지에 대해 적극적으로 추궁당하고(여호와의 증인 신자임을 밝힌 적이 있느냐는 등), 양심이 내면에 머물렀고 외부에 표출 적이 없는 경우에는 양심의 진실성을 의심당하는 불리한 요소로 삼는다. 이는 결국 ‘양심을 표명하도록 강요당하지 않을 권리’ 즉 ‘양심추지 금지’의 원칙에 반하여 양심의 자유를 침해하는 결과를 초래할 수 있다.

또 대체역 신청자가 주장하는 평화적 양심에 대해 진실성을 부정할 정도로 위반되는 행위가 반복적으로 행해진 사실이 있는지 여부 등에 대한 확인을 하는 소극적 심사를 넘어 현행과 같이 적극적 심사를 하는 방식은 기본적으로 신청인 양심의 진실성에 대한 의심에서 시작한다. 이 때문에 사실에 대한 확인보다는 질문의 형식을 취했지만 실은 ‘진짜 양심이 맞냐는 맹세를 강요하는 질문을 반복하거나, 신청인의 양심 자체의 옳고 그름 즉 가치판단까지 하면서 결국은 신청인의 수인의 기대한도를 넘어 인간의 존엄과 가치에 위배되는 즉 양심의 자유를 침해하는 경우가 자주 발생하게 된다. 현 대체복무는 병역거부자에게 쓰디쓴 당근이다. 현 역군인과의 형평성을 들어 가혹한 잣대를 들이대는 것을 합리화하지만, 위에서 보았듯 나머지 죄값을 치르려 가라고 보내는 감옥으로서 군대를 취급하는 이상 병역거부자의 양심의 진실성을 가혹하게 취급한다 해서 현역군인을 존중하는 것도 아니라는 것을 확인할 수 있을 뿐이다.

마지막으로 대체역 심사위원보다도, 법정의 판사나 검사보다, 그 누구보다도 양심에 대해 가장 잘 이해하고 있던 한 평범한 아버지의 진술내용을 인용하며 마치고자 한다. 다른 종교를 가진 아들의 병역거부를 담담히 지켜본 아버지가 이해한 양심이다. 자식의 양심을 심사하지도 판단하지도 않는다. 묵묵히 지지하고 지켜 볼뿐.

‘아들이 아직 어려 평생 변함없는 신념으로 살아 갈지 그것은 알 수 없으나,
오늘 아들이 가진 신념을 존중하기에 신념에 따라 살고자 하는 아들의 선택을 지지합니다’