

# 헌법소원심판청구서

청 구 인 1. 서OO

경기도 평택시

2. 김OO

경기도 성남시

순천 교도소 수용중

3. 천OO

서울시 동작구

대구 교도소 수용중

4. 김△△

서울시 용산구

공주 교도소 수용중

5. 김□□

서울 용산구

원주교도소 수용중

청구인들 대리인 법무법인 양재 담당변호사 류제성

법무법인 한결한울 담당변호사 박주민, 이상희

법률사무소 창신 변호사 이광철

피청구인 검찰총장

## 청 구 취 지

1. 피청구인 검찰청장이 청구인들의 디엔에이감식시료를 채취한 행위는 청구인들의 개인정보자기결정권, 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하여 위헌임을 확인한다.

2. 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제 9944호) 제2조, 제5조, 제8조 및 제13조는 헌법에 위반된다.

라는 결정을 구합니다.

## 침해된 권리

개인정보자기결정권, 인격권, 행복추구권, 인간으로서의 존엄과 가치 및 사생활의 비밀과 자유

## 침해의 원인

1. 피청구인이 청구인들의 디엔에이감식시료를 채취한 행위
2. 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(2010. 1. 25. 법률 제 9944호) 제2조, 제5조, 제8조 및 제13조

## 청구 이유

### 1. 사건의 개요

청구인 1. 서OO은 1996. 4. 29.경 쌍용자동차 주식회사(이하 '쌍용자동차'라고만 합니다)에 입사하여 근무하다 해고당하였습니다. 쌍용자동차는 2009. 1. 9.

서울중앙지방법원에 회생절차개시신청을 하였고, 서울중앙지방법원은 2009. 2. 6. 회생절차개시결정을 하면서 강도 높은 구조조정을 실시하라는 지침을 밝혔습니다. 이에 따라 쌍용자동차는 2009. 4. 8. 근로자 7,177명의 37%에 달하는 2,646명에 대하여 구조조정을 단행하는 것을 골자로 하는 자구계획안을 발표한 이후 근로자들을 대상으로 희망퇴직신청을 받으면서 2009. 6. 8.경인 지방노동청 평택지청에 2,405명을 정리해고한다는 내용의 해고계획신청서를 제출하였고, 그 후에도 수회에 걸쳐서 희망퇴직, 분사 등의 신청을 받는 등으로 구조조정을 실시하였습니다. 사측의 일방적 해고로 인한 생존권 위협에 처한 근로자들이 노동조합을 중심으로 파업을 벌였고 이에 맞서 쌍용자동차는 직장폐쇄를 단행하여 결국은 공권력이 투입되어 그 과정에서 다수가 죽거나 다치는 불상사가 발생하였습니다. 그 과정에서 청구인 서OO도 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(이하 '폭처법'이라고만 합니다) 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 형법 제319조 제2항, 제1항(집단□흉기 등 퇴거불응) 위반, 업무방해, 폭처법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호, 형법 제257조 제1항(집단□흉기 등 상해) 위반의 점이 유죄로 인정되어 2010. 3. 30. 수원지방법원 평택지원에서 징역 1년 6월 및 집행유예 2년을 선고받았습니다. 이후 항소, 상고하였으나 2010. 7. 27. 상고가 기각되어 형이 확정되었습니다.

수원지방법원 평택지청은 2011. 3. 18. 청구인 서OO에게 「디엔에이신원확정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(2010. 1. 25. 법률 제9944호, 이하 '이 사건 법률'이라고만 합니다.)에 따라 디엔에이를 채취하려고 하니 협조해 달라는 내용의 “디엔에이(DNA)시료 채취 출석 안내문”이라는 문서를 보냈습니다(갑 제1호증). 위 안내문에는 청구인이 디엔에이 채취대상자라는 사실, 소요시간, 채취방식에 대한 설명과 출석하지 못할 경우 전화로 방문일정을 조정하라, 출석시 신분을 증명할 수 있는 자료를 첨부하라는 내용만 기재되어 있었습니다. 이 사건 법률 제8조는 디엔에이를 채취할 경우 관할 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 채취할 수 있고, 동의를 있는 경우 영장없

이 채취할 수 있으나 대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다고 규정하고 있습니다.<sup>1)</sup> 그러나 안내문에는 전혀 그런 내용이 없었고, 해고와 오랜 파업 및 이후의 수사와 재판에 지쳐있었던 청구인 서OO은 자포자기한 상황에서 검찰이 요구하니 따를 수밖에 없는 것으로 알고 디엔에이 채취에 응하였습니다.

청구인2. 김OO, 3.천OO, 4.김△△, 5.김□□은 2009년 1월 20일 발생한 국가적 비극인 용산참사 당시 현장에 있었던 자들로서 특수공무집행방해치상 등의 혐의로 2010. 11. 11. 대법원에 의해 징역 4년의 형이 확정되어 순천 교도소 등에 수감중입니다. 청구인 김OO는 순천 교도소 수감중인 2011. 3. 12.경 채취 요구를 받고 이를 거부했으나 판사가 발부한 영장에 의해 2011. 3. 31. 경 디엔에이를 채취당하였습니다. 청구인 천OO은 대구 교도소 수감중인 2011. 2. 15.경과 3. 14.경 디엔에이 채취요구를 받고 이를 거부하였으나 3. 22.경 판사가 발부한 영장에 의해 디엔에이를 채취당하였습니다. 청구인 김△△는 공주 교도소 수감중인 2011. 3.초 디엔에이 채취 요구를 받고 이를 거부하였으나 3. 21.경 영장에 의해 디엔에이를 채취당하였습니다. 청구인 김□□은 원주 교도소 수감중인 2011. 3.초 경 디엔에이 채취 요구를 받고 이를 거부하였으나 3. 24.경 영장에 의해 디엔에이를 채취당하였습니다.

이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같습니다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "디엔에이"란 생물의 생명현상에 대한 정보가 포함된 화학물질인 디옥시

- 
- 1) 제8조(디엔에이감식시료채취영장) ① 검사는 관할 지방법원 판사(군판사를 포함한다. 이하 같다)에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 제5조 또는 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.
  - ② 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.
  - ③ 제1항과 제2항의 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 이 경우 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다.

리보 핵산(Deoxyribonucleic acid, DNA)을 말한다.

2. "디엔에이감식시료"란 사람의 혈액, 타액, 모발, 구강점막 등 디엔에이감식의 대상이 되는 것을 말한다.

3. "디엔에이감식"이란 개인 식별을 목적으로 디엔에이 중 유전정보가 포함되어 있지 아니한 특정 염기서열 부분을 검사·분석하여 디엔에이신원확인정보를 취득하는 것을 말한다.

4. "디엔에이신원확인정보"란 개인 식별을 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것을 말한다.

5. "디엔에이신원확인정보데이터베이스"(이하 "데이터베이스"라 한다)란 이 법에 따라 취득한 디엔에이신원확인정보를 컴퓨터 등 저장매체에 체계적으로 수록한 집합체로서 개별적으로 그 정보에 접근하거나 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.

제5조(수형인등으로부터의 디엔에이감식시료 채취) ① 검사(군검찰관을 포함한다. 이하 같다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄에 대하여 형의 선고, 「형법」 제59조의2에 따른 보호관찰명령, 「치료감호법」에 따른 치료감호선고, 「소년법」 제32조제1항제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 사람(이하 "수형인등"이라 한다)으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 다만, 제6조에 따라 디엔에이감식시료를 채취하여 디엔에이신원확인정보가 이미 수록되어 있는 경우는 제외한다.

1. 「형법」 제2편제13장 방화와 실화의 죄 중 제164조, 제165조, 제166조 제1항, 제167조제1항 및 제174조(제164조제1항, 제165조, 제166조제1항의 미수범만 해당한다)의 죄

5. 「형법」 제2편제38장 절도와 강도의 죄 중 제330조, 제331조, 제332조(제331조의2의 상습범은 제외한다)부터 제342조(제329조, 제331조의2의 미수범은 제외한다)까지의 죄

6. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제2조(같은 조 제2항의 경우는 제외한다), 제3조부터 제5조까지 및 제6조(제2조제2항의 미수범은 제외한다)의 죄

7. 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의2제1항부터 제6항까지, 제5조의4제1항부터 제3항까지 및 제5항, 제5조의5, 제5조의8, 제5조의9 및 제11조의 죄

제8조(디엔에이감식시료채취영장) ① 검사는 관할 지방법원 판사(군판사를 포함한다. 이하 같다)에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 제5조 또는 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.

② 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 제6조에 따른 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.

③ 제1항과 제2항의 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 이 경우 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다.

④ 제1항 및 제2항에 따라 디엔에이감식시료를 채취하기 위한 영장(이하 "디엔에이감식시료채취영장"이라 한다)을 청구할 때에는 채취대상자의 성명, 주소, 청구이유, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소 등을 기재한 청구서를 제출하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다.

⑤ 디엔에이감식시료채취영장에는 대상자의 성명, 주소, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지를 적고 지방법원판사가 서명날인하여야 한다.

⑥ 디엔에이감식시료채취영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 다만, 수용기관에 수용되어 있는 사람에 대한 디엔에이감식시료채취영

장은 검사의 지휘에 의하여 수용기관 소속 공무원이 행할 수 있다.

⑦ 검사는 필요에 따라 관할구역 밖에서 디엔에이감식시료채취영장의 집행을 직접 지휘하거나 해당 관할구역의 검사에게 집행지휘를 촉탁할 수 있다.

⑧ 디엔에이감식시료를 채취할 때에는 채취대상자에게 미리 디엔에이감식시료의 채취 이유, 채취할 시료의 종류 및 방법을 고지하여야 한다.

⑨ 디엔에이감식시료채취영장에 의한 디엔에이감식시료의 채취에 관하여는 「형사소송법」 제116조, 제118조, 제124조부터 제126조까지 및 제131조를 준용한다.

13조(디엔에이신원확인정보의 삭제) ① 디엔에이신원확인정보담당자는 수형인등이 재심에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우에는 직권 또는 본인의 신청에 의하여 제5조에 따라 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하여야 한다.

② 디엔에이신원확인정보담당자는 구속피의자등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 직권 또는 본인의 신청에 의하여 제6조에 따라 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하여야 한다.

1. 검사의 혐의없음, 죄가안됨 또는 공소권없음의 처분이 있거나, 제5조제1항 각 호의 범죄로 구속된 피의자의 죄명이 수사 또는 재판 중에 같은 항 각 호 외의 죄명으로 변경되는 경우. 다만, 죄가안됨 처분을 하면서 「치료감호법」 제7조제1호에 따라 치료감호의 독립청구를 하는 경우는 제외한다.

2. 법원의 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우. 다만, 무죄 판결을 하면서 치료감호를 선고하는 경우는 제외한다.

3. 법원의 「치료감호법」 제7조제1호에 따른 치료감호의 독립청구에 대한 청구기각 판결이 확정된 경우

③ 디엔에이신원확인정보담당자는 수형인등 또는 구속피의자등이 사망한 경우에는 제5조 또는 제6조에 따라 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 직권 또는 친족의 신청에 의하여 삭제하여야 한다.

- ④ 디엔에이신원확인정보담당자는 제7조에 따라 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보에 관하여 그 신원이 밝혀지는 등의 사유로 더 이상 보존·관리가 필요하지 아니한 경우에는 직권 또는 본인의 신청에 의하여 그 디엔에이신원확인정보를 삭제하여야 한다.
- ⑤ 디엔에이신원확인정보담당자는 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 디엔에이신원확인정보를 삭제한 경우에는 30일 이내에 본인 또는 신청인에게 그 사실을 통지하여야 한다.
- ⑥ 디엔에이신원확인정보의 삭제 방법, 절차 및 통지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

## 2. 디엔에이 채취 및 데이터베이스화의 일반적 문제점

### 가. 디엔에이정보의 특징과 취급의 원칙

이 사건 법률은 수형인이나 구속피의자 등으로부터 디엔에이감식시료를 채취하여 이를 감식하고, 그 정보를 데이터베이스화하기 위한 절차와 요건 등을 규정하고 있습니다. 그런데 디엔에이는 개인을 식별하거나 가족관계를 확인할 수 있는 개인식별정보를 가지고 있어 매우 민감한 정보입니다. 따라서 채취 대상자의 개인정보자기결정권 등 헌법상 기본권 제한과 직접 관련될 뿐만 아니라 윤리적 문제도 포함하고 있습니다. 따라서 디엔에이감식시료의 채취와 데이터베이스화가 무제한적으로 허용될 수는 없으며, 그에 관한 엄격한 헌법적 통제가 요청됩니다.

디엔에이정보의 특징은 다음과 같이 요약할 수 있습니다. 첫째, 디엔에이정보는 식별능력을 가지고 있습니다. 일란성 쌍둥이를 제외한 모든 사람이 고유한 디엔에이를 소유하고 있고 이런 특성으로 인해 디엔에이정보를 통해 개인식별이나 가족관계의 확인이 가능합니다. 둘째, 소량의 물질에서도 추출이



가능합니다. 디엔에이정보는 피부, 혈흔, 머리카락, 타액 등 소량의 신체 물질에서도 추출이 가능하기 때문에 당사자의 인지도나 동의가 없이도, 악수한 후 남아 있는 지문이나 별 생각없이 바닥에 뺀 침, 담배꽂초, 장갑, 흉기 등을 통해 은밀하게 채취할 수 있습니다. 셋째, 예측기능을 가지고 있습니다. 디엔에이정보를 통해 휘귀한 유전병과 같이 세대로 전달되는 특정 질병들을 예측할 수 있습니다. 이를 통해 현재는 발생하지 않은 특정 질병을 예측할 수 있고, 이는 고용주나 보험제공자들이 관심을 가질 수 있는 정보입니다. 또한 어떤 사람의 디엔에이정보를 획득함으로써 그 사람의 가족이나 친척의 유전적 상태까지 알 수 있습니다. 넷째, 최초의 수집 목적 이외의 다른 목적으로 사용될 수 있습니다. 예를 들어 처음에는 진단 목적으로 수집된 디엔에이정보가 보험, 고용, 신원확인 등에 사용될 수 있습니다. 다섯째, 디엔에이정보는 잠재적으로 상업적 가치를 지닌 정보이며 특허출원의 대상이 될 수 있습니다. 또한 디엔에이의 소유권을 둘러싼 복잡한 문제가 발생할 가능성이 있습니다.

이처럼 디엔에이정보는 매우 포괄적이면서 동시에 지극히 개인적인 것입니다. 디엔에이정보가 해독됨에 따라 우리는 개인의 과거와 현재의 상태뿐만 아니라 개인의 미래의 상태를 예측할 수 있습니다. 또한 디엔에이정보는 정신질환, 치매, 암 등 때로는 사회적으로 차별을 받을 수 있는 조건들을 밝혀낼 가능성이 있으며, 자신의 디엔에이정보에 대하여 스스로가 알기를 원하지 않는 경우에도 어쩔 수 없이 공개될 가능성도 있습니다. 디엔에이정보의 이런 특징들 때문에 인간유전학연구는 인간의 존엄과 가치를 존중하면서 진행되어야 한다는 점에 대한 어느 정도의 세계적 합의가 존재하는 것입니다. 예를 들어 '인권과 생의학에 관한 유럽협약(the Council of Europe's Convention on Human Rights and Biomedicine)의 전문에는 생물학과 의학을 적용함에 있어서 인간존엄성과 기본권 그리고 개인의 자유를 보호하기 위한 수단이 필요하다는 점을 결의하였음을 규정하고 있습니다. 유네스코의

‘인간유전체와 인권에 대한 보편선언(Universal Declaration on the Human Rights)도 서문에서 비슷한 취지를 규정하고 있습니다. 또한 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제1조도 인간의 존엄과 가치를 보호하는 것을 그 목적으로 하고 있음을 분명히 규정하고 있습니다.<sup>2)</sup>

아울러 유전자 프라이버시(genetic privacy)에 대한 관심도 증가하고 있습니다. 유전자 프라이버시는 자신의 유전정보(샘플포함)에 대한 자기 통제권’이라고 할 수 있습니다. 생명윤리, 혹은 공공정책과 관련한 쟁점을 다룰 때 제기되는 유전자 프라이버시의 개념은 대체로 다음 네 가지 범주로 나눌 수 있습니다.

- 정보적 프라이버시(informational privacy) : 개인정보에 대한 접근에 관한 문제로 기밀성, 비밀유지, 익명성, 정당한 정보처리 관행 등이 포함된다.
- 물리적 프라이버시(physical privacy) : 개인 혹은 사적 공간에 대한 접근에 관한 문제로 주로 인지된 공의가 없는 대규모 검색(screening)이나 성인에 대한 유전자검사의 경우 발생한다. 강제적 검사와 같은 물리적 침해보다는 주로 사회경제적 결과에 초점을 맞추어 생각하는 경향이 있다.
- 의사결정상의 프라이버시(decisional privacy) : 개인적 선택에 대한 정부 혹은 제3자의 개입과 관련된 문제로 유전자 검사나 스크리닝의 강제성 여부가 포함된다.
- 재산상의 프라이버시(proprietary privacy) : 소유권에 관한 문제로 디엔에이가 특허 및 매매의 대상이 되고 있는 상황에서 개인 정체성의 통제와 관련된다.

일반적으로 유전자 프라이버시라고 하면 주로 정보적 프라이버시를 의미하

---

2) 제1조(목적) 이 법은 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 침해하거나 인체에 위해를 주는 것을 방지하고, 생명과학기술이 인간의 질병 예방 및 치료 등을 위하여 개발·이용될 수 있는 여건을 조성함으로써 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다.

는 것이 보통인데 점차 다른 세 측면을 포함해 폭넓게 고려되고 있습니다.

#### 나. 디엔에이신원확인정보의 활용

디엔에이감식<sup>3)</sup>(DNA typing)은 인간이 가지고 있는 디엔에이중 다형성이 매우 심한 일부만을 중합효소연쇄반응(PCR)을 통해 증폭시킨 후 개인 식별에 이용하는 기술입니다. 즉 어떤 사람의 유전체에서 상대적으로 희귀한 위치들을 특성화시켜 그 양상을 분리해내는 것입니다. 디엔에이감식은 친자 확인, 범인검거, 사체확인과 같은 신원확인분야에서 활발히 활용되고 있으며 앞으로 그 활용 영역이 더욱 확대될 것으로 예상됩니다. 세계적으로 이 기술은 주로 수사기관이나 군대, 이민국 등과 같은 국가기관이나 친자확인 등의 서비스를 제공하는 바이오 벤처들이 이용하고 있습니다. 국내에서도 이 사건 법률 제정 이전부터 경찰, 검찰, 군대, 일부 법의학과 교실, 바이오 벤처 등에서 활용되고 있었습니다.

이 사건 법률의 위헌성은 뒤에서 상술하겠습니다만 그와는 별개로 수사과정에서의 디엔에이감식시료의 채취와 감식은 압수수색검증에 해당함에도 불구하고 현재는 영장에 근거하지 않고 자발적 동의라는 형식을 띄고 행해지고 있습니다. 강력범죄가 발생한 경우 수사과정에서의 디엔에이 채취를 거부하는 것은 매우 어렵습니다. 채취를 거부하는 것 자체가 범죄혐의가 있음을 인정하는 것으로 치부되기 때문입니다. 2004년 7월 서울 남부지역에서 발생한 연쇄 살인사건의 용의자를 검거한다는 구실로 구체적 혐의가 인정되지 않는 상태에서 수십명 이상의 조선족 동포들의 유전자를 채취한 사례<sup>4)</sup>에서 보듯이, 수사과정에서의 디엔에이 채취는 무분별하게 이뤄지고 있습니다. 이 사건 법률 제7조는 범죄현장등으로부터의 디엔에이감식시료 채취에 대하여 규

3) 2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. "디엔에이감식"이란 개인 식별을 목적으로 디엔에이 중 유전정보가 포함되어 있지 아니한 특정 염기서열 부분을 검사·분석하여 디엔에이신원확인정보를 취득하는 것을 말한다.

4) 국민일보 2011.3.22. 기사 '보수단체 모친 살해용의자 조선족 추적'

정하고 있습니다. 그러나 이는 범죄현장에서의 디엔에이감식시료 채취에 대한 포괄적인 근거 규정일뿐 그와 관련된 절차와 요건에 대한 통제는 규정되어 있지 않습니다. 수사과정에서의 디엔에이 채취에 대한 입법적 통제가 절실히 요구되는 현실이라고 하겠습니다.

#### 다. 디엔에이 채취의 정당성

통계적으로 재범률이 높다고 해서 이미 해당범죄에 대하여 처벌을 받은 자나 심지어 피의자의 디엔에이를 채취하는 것이 당연히 정당하다고 볼 수는 없습니다. 미국과 영국에서도 범죄자들의 디엔에이를 채취하고 DB에 수록하는 것에 대한 사회적 논란이 있습니다. 디엔에이를 채취하여 감식하면 당사자뿐만 아니라 가족들의 신원확인도 가능해 가족의 사생활이 침해될 가능성도 있습니다. 무엇보다도 범죄수사와 예방이라는 미명하에 민감한 개인정보인 디엔에이를 폭넓게 채취하고 이를 DB화하는 것은 범죄의 원인을 사회적□환경적 요인이 아닌 개인적 또는 유전적 차이로 파악하려는 시도라는 비판도 있습니다. 우리나라의 경우 세계적으로 유례없이 고유한 식별번호인 전 국민에게 강제로 부과되는 주민등록번호가 있고 전 국민의 지문을 전산화하여 운영하고 있는 상황에서 또 하나의 거대한 DB가 생성된 것입니다.

#### 라. 감식결과의 불완전성

디엔에이신원확인정보<sup>5)</sup>는 때에 따라서 신원확인 분야에서 유용하게 사용될 수 있습니다. 그러나 디엔에이감식 결과만으로는 충분한 증거가 될 수 없는 경우도 있고 DB를 구축해도 DB에 저장되지 않은 초범들은 검거할 수 없다는 한계가 있습니다. 그리고 디엔에이감식 결과에 대한 논란도 발생할 수 있

5) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. "디엔에이신원확인정보"란 개인 식별을 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것을 말한다.

습니다. 대부분의 경우 감식결과의 정확성이 높지만 어떤 경우에는 동일인일 확률이 낮거나 분석이 불가능한 경우도 있기 때문에 디엔에이 감식이 만능은 아닙니다. 이러한 문제는 열, 자외선에 의해 디엔에이가 분해된 경우, 범죄 현장에서 수거물의 경우 양이 극히 적은 경우, 여러 사람의 디엔에이가 혼합되거나 실험 방해 물질이 섞여 오염된 경우, 분석자의 판단이 잘못된 경우 등에 발생할 수 있습니다. 범죄 현장에서 증거 조작 위험성도 있습니다. 범인을 잡아야 한다는 압박에 시달리는 수사기관이 현장에서 증거를 조작하면 피의자는 자신의 알리바이를 밝히고 무고함을 입증하기가 극히 어렵습니다. 재판과정에서 수사기관이 제시하는 디엔에이 증거의 문제점이나 한계를 지적해 줄 수 있는 반대 전문가가 거의 없다는 점도 문제입니다. 현재는 전문가 대부분이 경찰이나 검찰 산하 연구소에 소속되어 있기 때문입니다.

#### 마. 디엔에이신원확인정보데이터베이스의 문제점

디엔에이 감식결과가 나온 사람마다 특정한 패턴을 저장해 검색하도록 한 것이 디엔에이신원확인정보데이터베이스(이하 '디엔에이 DB'라고만 합니다)입니다.<sup>6)</sup> 그런데 디엔에이 DB뿐만 아니라 어떤 형태이던 데이터베이스(DB)는 한번 구축되고 나면 그 입력대상이 지속적으로 확장되는 속성을 가지고 있습니다. 입력 대상이 많으면 많을수록 DB의 효용성이 높아지기 때문입니다. 미국 뉴욕주의 경우 21개 범죄 항목에서 출발해 107개로 확장되었고, 일부 주에서는 심지어 미성년자나 교통법규 위반자에 대한 디엔에이 채취도 가능합니다. 영국에서는 2004년 4월 통과된 법률에 따라 체포된 용의자들에게 동의를 받지 않고 디엔에이를 채취하고 무죄판결을 받더라도 유전정보와 디엔에이를 식별 가능하도록 영구 보관할 수 있게 되었습니다. 우리나라의

6) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다

5. "디엔에이신원확인정보데이터베이스"(이하 "데이터베이스"라 한다)란 이 법에 따라 취득한 디엔에이신원확인정보를 컴퓨터 등 저장매체에 체계적으로 수록한 집합체로서 개별적으로 그 정보에 접근하거나 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.

경우에도 최초 도입될 때에는 위험성이나 인권침해 논란을 피하기 위해 가급적 강력범죄에 한해 적용하도록 규정되었지만, DB의 속성이나 외국의 사례를 볼 때 향후 얼마든지 확장될 위험성을 안고 있습니다.

다음으로 디엔에이 DB가 신상정보나 다른 신원확인 유전자 DB와 연동될 가능성이 있습니다. 현재 범죄자뿐만 아니라 미아찾기, 이산가족 찾기 등의 목적으로 신원확인 유전자 DB가 구축되어 있고, 전국민을 대상으로 주민등록과 지문 DB가 있습니다. 이들 DB가 연동 내지 연계되면 애초 수집 목적을 벗어나 그야말로 전국가적 감시망이 구축될 가능성이 있습니다. 그리고 감식 기술의 사회적 활용이 크게 증가할 것이고 그 과정에서 사회적 낙인, 차별과 배제가 확대될 것입니다. 표면적으로는 디엔에이 DB가 특정 소수에 한정된 것처럼 보이지만 실제로는 피의자, 피해자, 현장 수거물에 대한 디엔에이 채취가 행해지므로 그 범위는 매우 넓습니다. 그리고 동의를 받거나 영장을 발부받아 채취한다고 하지만 뒤에서 자세히 살펴보겠지만 그 동의가 진정하고도 자발적인 동의로 평가되기 어렵고 영장에 의한 사법적 통제 역시 제대로 작동하기 힘든 구조입니다.

디엔에이의 오남용 가능성도 간과할 수 없습니다. 디엔에이신원확인정보에 질병 정보가 들어있지 않더라도 개인이나 그 가족을 식별할 수 있기 때문에 이는 매우 민감한 개인정보입니다. 신원확인에 사용되는 디엔에이 부위와 다른 정보의 분석에 이용되는 디엔에이의 부위가 서로 분리되어 존재하는 것이 아니라 단지 분석 위치만 다르기 때문에 분석과정에서 대상자의 성별, 다운증후군 여부 등 다양한 정보를 파악할 수 있습니다.

바. 디엔에이신원확인정보데이터베이스에 대한 헌법적 통제 및 사회적 합의의 필요성

디엔에이 DB의 도입을 단순히 범죄해결을 위한 도구라고만 인식해서는 곤란합니다. 새로운 신원확인 시스템이 도입되어 국가의 감시 체계가 확장된다는 측면에서 파악할 필요가 있습니다. 특히 자동화된 전산시스템을 통한 정보의 집적과 이용의 위험성과 통제의 필요성에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 실시하고 있습니다. “자동화된 전산시스템으로 정보를 보유·관리하는 경우 정보에의 무단 접근, 정보결합, 정보전달, 공조에 의한 정보공유 등이 시공의 제한 없이 매우 손쉽게 일어날 위험성이 크다. 이러한 위험에 노출된다면 정보 보유 자체의 정당성마저 취약해질 수 있다. 따라서 이러한 방식으로 처리되는 정보의 범위는 가급적 최소한으로 축소되어야 하고, 또한 보유기관은 그러한 위험으로부터 개인정보를 보호하는 일정한 조치를 취할 의무가 있다.”[헌법재판소 2005.7.21. 선고 2003헌마282□425(병합)]

디엔에이 DB는 컴퓨터와 같은 정보처리장치를 이용하는데, 정보처리기술의 급속한 발달로 통합정보처리능력이 향상되어 여러 곳에 산재되어 있는 특정 정보주체의 다양한 정보들을 용이하게 수집□통합할 수 있게 되었으므로, 정보주체들은 자신의 정보가 어디에서 어느 정도 노출되어 있는지 알지 못한 채 자기정보에 대한 적극적 통제 또는 소극적 방어를 할 수 있는 정보적 자기결정권을 박탈당할 수 있게 됩니다.

한편, 이와 같은 통합정보처리에 의해 정보주체의 인격이 생물학적□사회적 특성에 따라 체계적으로 개관□분류될 수 있다는 점에서 인격권의 본질적인 내용이 침해될 위험과 국가권력이나 특정집단에 의한 개인통제를 용이하게 하는 통제사회의 위험이 야기될 수 있습니다. 그러므로 형사사법의 효율성을 위한 디엔에이 DB의 구축은 데이터베이스의 도입으로 달성하게 될 우월한 공공의 이익을 실현하기 위하여 필요한 최소한도로 그 범위를 제한하여야 하고 운용과정에서 예측되는 위험에 대한 절차법적 보호장치를 충실하게 구현해야 할 것입니다.

따라서 디엔에이 채취와 감식 및 감식 결과의 수록은 사회적 합의가 필요합니다. 그러나 현재는 판단 정보의 부족과 ‘유전자 검사’, ‘과학수사’라는 단어가 지닌 신비한 이미지와 통념에 의해 일부에 의해 논의가 독점되고 있는 상황입니다. 외국 사례, 입법례, 국내 범죄수사체계, 기존의 신원확인 시스템과의 관계, 개인정보 이용관행이나 보호 체계, 관련 기관들의 사회적 신뢰 등이 고려되어야 합니다. 전문가들만의 논의 외에 일반 시민도 참여해 균형 잡힌 정보를 제공받고 학습하고 의사를 표시할 수 있어야 합니다. 그러나 그런 기회가 차단된 채 이 사건 법률은 졸속 처리되었고, 시행과정에서 문제를 낳고 있습니다.

### 3. 이 사건 법률조항과 디엔에이감식시료 채취 행위의 위헌성

#### 가. 기본권 침해 여부

##### (1) 제한되는 기본권

디엔에이신원확인정보는 개인을 식별할 수 있는 민감한 개인정보이므로, 디엔에이를 채취하여 감식하고 그 결과를 디엔에이 DB에 수록하여 이용하는 행위는 개인정보자기결정권을 제한하는 것입니다.

##### (2) 개인정보자기결정권의 내용 및 제한되는 다른 기본권과의 관계

###### (가) 개인정보자기결정권의 내용

개인정보자기결정권의 보호대상인 개인정보란 개인에 관한 ‘비밀’ 정보에 한하지 않고, “당해 개인을 식별할 수 있는 개인에 관한 일체의 정보”, 또한



“당해 정보만으로는 특정 개인을 식별 할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것”(공공기관의 개인정보보호에관한법률 제2조 제2호)을 말합니다.

개인정보자기결정권의 내용은 먼저 ① 자기정보처리금지청구권이 있으며, 이에 따라 (a)개인정보는 정당한 수집목적에 위해, 필요한 범위 내에서, 공정하고 합리적인 방식으로, 정보주체의 분명한 인식 또는 동의 아래 수집되어야 한다는 “수집제한의 원칙”, (b)개인정보를 수집하는 목적은 수집 당시에 명확히 특정되어 있어야 하고, 그 후의 이용은 이 특정된 수집목적과 일치하여야 하며, 함부로 제3자에게 제공 또는 전달되어서는 안된다는 “목적구속의 원칙”이 지켜져야 하며, 이러한 개인정보처리의 원칙이 충족되지 않은 경우에 정보주체는 개인정보의 수집, 이용, 제공 등의 정보처리를 금지하도록 요구할 수 있습니다.

그리고 ② 자신에 관한 정보의 열람을 청구할 수 있는 자기정보열람청구권(공공기관의 개인정보보호에관한법률 제12조 제1항), ③ 부정확하거나 불완전한 자신의 정보에 대하여 정정을 요구할 수 있는 자기정보정정청구권(동법 제14조 제1항)이 있습니다.

#### (나) 제한되는 다른 기본권과의 관계

헌법재판소는 개인정보자기결정권 침해 여부가 문제되는 경우 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 관련되어 있다고 할 수 있으므로 그 침해여부를 별도로 다룰 필요는 없다는 입장입니다(헌법재판소 2005.5.26. 선고 99헌마513결정). 따라서 이 사건 청구에서도 개인정보자기결정권 외에

인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등의 침해 여부는 따로 검토하지 않겠습니다.

### (3) 과잉금지원칙 위배여부

#### (가) 침해의 최소성

디엔에이정보의 민감성, 디엔에이정보 DB의 확장가능성 등의 문제점을 고려할 때 범죄수사와 예방을 위한 디엔에이 채취 및 DB화라는 이 사건 법률의 입법목적의 정당성이나 수단의 적절성이 인정될 수 있을 지 의문입니다. 가사 이를 인정한다 하더라도 보다 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요최소한의 것이 되게 하여야 합니다. 그런데 이 사건 법률조항과 디엔에이시료 채취 행위는 다음과 같이 침해의 최소성 요건을 충족하지 못하고 있습니다.

#### 1) 디엔에이 채취 및 디엔에이 DB 수록 인적 대상의 포괄성

인적 대상이 객관적이고 실증적인 근거 없이 설정되었습니다. 형이 확정된 기결수 이외에 소년범과 피의자도 입력대상으로 하고 있고, 나아가 범행현장에 머물렀던 일반 시민이나 피해자도 포함하고 있어 지나치게 광범위하게 인적 범위를 넓히고 있습니다(이 사건 법률 제 5, 6, 7조). 예를 들어 이 사건 법률 제5조 제1항은 소년법 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받은 자도 디엔에이법의 적용대상으로 규정하고 있습니다. 이는 사회적 편견과 낙인 효과를 초래하고, 그에 따른 차별이 확산될 우려가 있습니다. 어렸을 적 사건으로 언제든지 수사기관에 소환될 위험이 있게 되는 바 이는 소년의 교화 및 재사회화를 방해할 수 있습니다.

가) 청구인 서OO의 경우 - 집행유예자에 대한 디엔에이 채취

이 사건 청구인1. 서OO은 징역 1년 6월 및 집행유예 2년이 확정되었는데, 실형이 아닌 집행유예를 선고받은 청구인의 디엔에이를 채취한 피청구인의 행위는 헌법에 위반됩니다. 비록 유죄이기는 하지만 집행유예의 판단에는 그 범죄나 범죄의 결과(피해)가 상대적으로 중대하지 않고, 재범의 위험성이 낮기 때문에 범죄자를 굳이 실형으로 처벌하지 않더라도 형벌의 목적을 달성하는데 크게 지장이 없다는 형사정책적 고려까지 포함된 것으로 보아야 합니다. 이 사건 법률 제5조는 검사는 형이 확정된 수형인등으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다고 규정하고, 제8조는 검사는 관할 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의해 디엔에이감식시료를 채취할 수 있고, 동의하는 경우에는 영장 없이 채취할 수 있다고 규정하고 있습니다. 이 사건 법률 제5조에서 규정된 범죄로 형 선고가 확정되었다고 해서 반드시 디엔에이감식시료를 채취하거나 채취 영장을 청구할 의무를 부여하고 있는 것이 아닙니다. 반면 검사에게 디엔에이 채취나 채취를 위한 영장 청구에 대하여 자유재량을 부여한 것도 아닙니다.

이 사건 법률 제5조 제1항이나 제8조 제1항, 제3항 등이 ‘채취할 수 있다.’고 규정하여 문언상으로는 자유재량을 부여한 것처럼 보입니다. 그러나 이 사건 법률의 입법취지가 재범의 위험성이 높은 중대 범죄를 저지른 범죄인의 디엔에이를 채취하여 디엔에이 DB에 수록함으로써 범죄를 수사□예방하고 재범을 방지하자는 데 있습니다.<sup>7)</sup> 따라서 검사의 디엔에이 채취요구나 영장청구는 범죄가 중대하고 재범의 위험성이 높아 디엔에이를 채취해야만 할 필요성이 있는 경우에 한하여 최소한에 그쳐야 합니다. 또한 검사는 단순히 법

7) 정부가 국회에 제출한 이 사건 법률안에는 제안이유를 다음과 같이 기재하고 있습니다. “최근 빈발하고 있는 살인, 강간, 방화 등 강력사건의 범죄수법이 흉포화, 지능화, 연쇄범죄화됨에 따라 강력범죄를 저지른 사람의 디엔에이신원확인정보를 미리 확보·관리하는 디엔에이신원확인정보데이터베이스 제도를 도입함으로써 강력범죄가 발생하였을 때 등록된 디엔에이신원확인정보와의 비교를 통하여 신속히 범인을 특정·검거하고, 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제하며, 더 나아가 디엔에이신원확인정보가 등록된 사람의 재범 방지 효과를 제고하려는 것임.”

을 적용하여 수사와 기소 및 공소유지를 담당하는 기관에 그치는 것이 아니라 공익의 대변자로서 해당 법률의 입법취지와 헌법정신에 부합하여 기본적인 권리가 침해되지 않도록 주의해야 할 의무가 있습니다. 그러나 청구인 서OO의 경우 법원의 집행유예 판결로 이미 범죄의 중대성이나 재범의 위험성이 없다고 판단되었음에도 불구하고 검사가 디엔에이를 채취하였는 바, 이는 이 사건 법률 제5조 제1항과 제8조 제1항 및 제3항 등에서 규정한 검사의 재량을 자유재량으로 오인하여 청구인의 기본권을 침해한 처분이라 하겠습니까.

다음으로 이 사건 법률 제5조 제1항, 제8조 제1항 및 제3항 실형이 선고□ 확정되지 않은 경우에도 형이 확정되기만 하면 디엔에이를 채취할 수 있게 한 것은 그 인적대상을 지나치게 넓게 규정하여 침해의 최소성 원칙에 반합니다. 비록 유죄이기는 하지만 집행유예의 판단에는 그 범죄나 범죄의 결과(피해)가 상대적으로 중대하지 않고, 재범의 위험성이 낮기 때문에 범죄자를 굳이 실형으로 처벌하지 않더라도 형벌의 목적을 달성하는데 크게 지장이 없다는 형사정책적 고려까지 포함된 것으로 보아야 합니다. 그런데 실형이 확정되지 않는 범죄인의 디엔에이를 채취하여 이를 디엔에이 DB에 수록하는 것은 재범의 위험성이 높은 중대 강력범죄를 수사□예방하고 재범을 방지한다는 이 사건 법률의 입법목적에 부합하지 않습니다. 따라서 형이 확정되기만 하면 그 형이 실형인지, 집행유예인지 불구하고 모두 디엔에이 채취 및 수록 대상이 될 수 있도록 규정한 이 사건 법률 제5조 제1항, 제8조 제1항 및 제3항은 침해의 최소성원칙에 위반되어 위헌이라고 할 것입니다.

나) 청구인 김OO, 천OO, 김△△, 김□□의 경우 - 형 집행중인 자에 대한 디엔에이 채취

청구인 김OO, 천OO, 김△△, 김□□은 모두 형이 확정되어 현재 교도소에 수용중입니다. 이 사건 법률은 수형인등으로부터의 디엔에이감식시료의 채취

시점에 대하여 명시적으로 규정하고 있지는 않으나, 해석상 형 집행 종료 후 (구금 해제시)가 아니라 형 집행 중에 채취가 가능한 것으로 판단되고 실무도 그렇게 운영되고 있습니다. 그러나 수형인의 경우 형 집행 중에는 재범의 위험성이 있다고 할 수 없으므로 형 집행중 디엔에이를 채취한 것은 피 청구인의 행위는 청구인의 기본권을 침해한 것이고, 해석상 형 집행 중에도 디엔에이 채취가 가능하도록 규정된 이 사건 법률 제5조 제1항은 위헌이라고 할 것입니다. 이 사건 법률의 입법취지를 고려할 때 수형인에 대한 디엔에이 채취는 형 집행이 종료되어 구금 해제시에 할 수 있도록 하는 것이 적절하다고 하겠습니다.

## 2) 적용대상 범죄의 포괄성

### 가) 이 사건 법률 적용의 요건

이 사건 법률이 추구하는 목적에 비추어 볼 때 이 사건 법률의 적용 대상 범죄는 법적 평화를 심각하게 교란하거나 일반인의 법감정을 현저하게 침해하는 높은 불법내용을 지닌 범죄로서 (중대성), 재범의 위험성이 높고(재범의 위험성), 개인을 식별하는데 적합한 -범죄단서가 되는 - 검체를 남길 개연성이 있는 범죄이어야 합니다(적합성).<sup>8)</sup> 그러나 동법 제5조는 강력범죄라 하기 어렵고 재범률도 높지 않은 다양한 범죄유형들까지 디엔에이 DB 입력 대상에 포함하고 있습니다.

이른 바 ‘강력범죄’로 분류되는 살인죄, 강도죄, 강간죄 및 방화죄는 여타 범죄에 비해 법정형이 월등히 높고 평균 재범률도 전체 범죄의 평균 재범률보다 높습니다. 따라서 이 사건 법률의 적용대상으로 규정한 것을 수긍할 수 있습니다. 그러나 절도범의 경우 비록 야간주거침입절도 및 특수절도와 같이

8) 그러나 디엔에이정보가 소량의 물질에서도 손쉽게 채취될 수 있다는 점을 고려하면 적합성은 크게 문제되지 않는 것이 사실입니다.

행위상황이나 행위양태로 인해 불법성이 가중되는 경우도 포함하고 있으나 일반적으로 강력범죄와 동일시하기 어렵고, 평균 재범률도 전체 범죄의 평균 재범률보다 낮습니다. 폭력범의 경우에는 상해, 폭행, 협박, 체포□감금, 약취□유인, 공갈, 손괴 등 다양한 범죄유형이 포함되어 있어 일률적으로 폭력범을 강력범죄로 보기는 힘듭니다. 일반적으로 공식적인 범죄통계자료에서도 강력범죄로 분류하지 않으며 형법상 법정형을 기준으로 볼 때에도 강력범죄로 보기 힘듭니다. 그리고 주거침입, 퇴거불응과 같은 비교적 경미하고 재범위 위험성이 높지 않은 범죄를 적용대상으로 규정한 것도 위헌이라고 할 것입니다.

대검찰청 통계 DB 분석 자료에 의하면, 2007년 발생한 범죄를 기준으로 12개 범죄유형<sup>9)</sup>에 대한 디엔에이신원확인정보 입력대상자 수는 살인죄 657명, 강간□추행죄 2,520명, 폭력행위 6,766명, 마약에 관한 죄 4,640명 등 총 2만 7,726명에 달한다고 합니다. 법사위 전문위원 검토보고서는 “이와 같은 대상범죄의 수를 감안하면 적용 대상범죄가 지나치게 넓다는 의견이 제시되고 있으므로 재범가능성과 범죄자 간의 헌법상 평등원칙 위배 여부 등을 면밀히 검토하여 적용 대상범죄의 범위를 축소하는 방안의 강구가 요망된다”고 지적하고 있습니다. 대상범죄의 범위를 축소하는 방법으로는 ①대상범죄의 유형 자체를 축소하는 방법과 ②대상범죄 중 일정 형기 이상의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 경우로 제한하는 방법 등이 고려될 수 있을 것입니다. 이처럼 기본권을 보다 덜 제한하는 방법이 있음에도 불구하고 디엔에이법 적용 대상범죄를 지나치게 넓게 규정한 이 사건 법률 제5조 제1항은 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 할 것입니다.

#### 나) 청구인 서OO의 경우

9) 국회에 제출된 이 사건 법률안 제5조 제1항에는 현행법에는 없는 체포·감금을 포함하여 12개 유형의 범죄가 적용대상으로 규정되어 있었습니다.

청구인1. 서OO의 경우 쌍용자동차 정리해고 반대 파업과정에서 발생한 폭처법 위반(제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 형법 제319조 제2항, 제1항의 집단□흥기 등 퇴거불응 및 폭처법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호, 형법 제2576조 제1항의 집단□흥기 등 상해)으로 디엔에이가 채취되었습니다. 퇴거불응이나 상해는 그 자체로 강력범죄로 보기 힘들며 통상적으로 강력범죄나 중대범죄로 분류되지도 않습니다.

그리고 쌍용자동차 파업 당시 상황을 보면 사측의 일방적 정리해고의 정당성, 파업과정에서 사측이 고용한 용역경비업체의 불법행위 여부, 사측의 파업 개입행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부 등에 대하여 많은 의문이 제기되었음은 물론, 경찰의 진압과정에서 물대포와 헬기를 사용한 최루액 분사, 집단 폭행, 테이저건 발사 등 무리한 과잉진압으로 인한 다수 부상자 발생 등의 문제가 발생하였습니다. 이러한 사태에 대하여 국가인권위원회는 2009. 7. 24. “쌍용자동차 사태에 대한 국가인권위원회 위원장 긴급 성명”을 발표하며 노사 양측의 평화적인 대화를 통한 문제 해결을 촉구하였고(갑 제2호증), 2009. 7. 30. 쌍용자동차 농성장내에 식수 공급, 의료진 출입, 농성중인 노조원중 심각한 질환을 앓고 있는 환자의 치료를 위한 의약품 및 생명유지를 필요한 음식물 반입을 허용하도록 경기경찰청장에게 긴급구제결정을 하였습니다(갑 제3호증).

그러나 쌍용자동차의 상황은 전혀 나아지지 않아 국가인권위원회는 2009. 8. 5. 경기지방경찰청장에게 쌍용자동차 농성자와 진압경찰 등 다수인의 생명과 신체의 안전이 보장되지 않는 위험한 강제진압을 최대한 자제할 것을 요청하는 긴급구제조치를 권고하였습니다(갑 제4호증). 그러나 파업진행과정에서 무리한 공권력 행사로 인한 심각한 인권침해가 발생하여 국가인권위는 2009. 10. 27. 쌍용자동차 노조원들의 공장점거농성 과정(2009. 5. 1. - 2009. 8. 6.)에 있어 있었던 경찰의 인권침해행위에 대하여, ①경기지방경찰청장에게 향후 유

사한 사건에서 식수□식량□의약품 반입 금지, 소화전 차단, 집단적 폭행의 방관 등으로 인해 농성자들의 인권이 침해되지 않도록 하고, 재발방지 대책을 수립할 것을 권고한다. ②경찰청장에게 인체유해성 논란이 있는 경찰장비의 안전성을 즉시 확인하고, 그 안전성이 확인될 때까지 관련 장비 사용을 최대한 자제할 것을 권고한다. ③검찰총장에게 2009. 8. 5. 발생한 진압 경찰관들의 폭행 및 가혹행위 혐의에 대하여 수사할 것을 의뢰한다. 는 내용의 재발방지대책 수립 권고를 하였습니다(갑 제5호증).

위와 같은 국가인권위원회의 결정이 나올 정도라면 당시 상황이 얼마나 긴박하고 위험했으며 인권침해가 심각했는지 짐작하고도 남음이 있습니다. 따라서 청구인 서OO의 폭처법 위반은 이처럼 생명과 신체의 안전이 위협당하고 있는 심각한 상황에서 발생한 불가피한 실정법위반이었다고 평가해야 합니다. 따라서 그 적용법조만 놓고 중대범죄라고 판단할 수는 없습니다. 게다가 더 중요한 것은 폭처법상 퇴거불응이나 상해가 재범의 위험성이 높다고 할 수 없다는 점입니다. 따라서 피청구인의 청구인 서OO에 대한 디엔에이 채취 행위와 이를 가능하게 한 이 사건 법률 제5조 제1항은 위헌이라고 할 것입니다.

다) 청구인 김OO, 천OO, 김△△, 김□□의 경우

청구인 김OO, 천OO, 김△△, 김□□에게 인정된 죄중 이 사건 법률 제5조 제1항에 따라 채취대상이 되는 것은 폭처법위반(집단□흥기등 주거침입, 집단□흥기등 재물손괴등)입니다. 주거침입이나 재물손괴의 행위태양에 집단□흥기를 부가하였다고 하여 이를 강력범죄 내지 중대범죄라 보기는 어렵습니다. 이들이 용산참사 당시 망루에 올라 시위를 하게 된 이유나 과정은 어떠한 참사의 결과와 이들에게 선고된 형량을 보면 중대범죄라고 볼 여지도 있습니다. 그러나 이들은 영세상인들의 생존권을 위협하는 재개발에 항의하기



위하여 부득이하게 고공농성이라는 극단적 방법을 선택할 수밖에 없었습니다. 용산참사 당시 화재의 발생원인도 명확히 규명되지 않았습니다. 그리고 참사 당시 경찰특공대의 투입이 과연 경찰비례의 원칙을 준수한 적법한 공무집행이었는지에 대해서도 많은 의문이 제기되고 있습니다. 이런 점을 고한다면 이들을 강력 또는 중 범죄인이라고 할 수는 없을 것입니다. 이들에게 적용된 폭처법 위반 범죄들이 재범의 위험성이 높은 범죄라고 할 수도 없습니다. 따라서 피청구인이 청구인 김OO, 천OO, 김△△, 김□□이 디엔에이를 채취한 행위와 이를 가능하게 한 이 사건 법률 제5조 제1항은 위헌이라고 할 것입니다.

### 3) 디엔에이 채취 과정의 위헌성

디엔에이 채취는 검찰이 갑 제1호증과 같은 “디엔에이(DNA)시료 채취 출석 안내문”을 보냄으로써 이루어지는데, 이 안내문에는 이 사건 법률 제8조 제3항이 규정하고 있는 거부와 동의에 대한 안내가 전혀 없고, 서면으로 동의를 구하는 절차도 밝지 않고 있습니다. 따라서 비록 자발적 동의에 의하여 디엔에이를 채취한 듯 한 외양을 취하고 있더라도 디엔에이 채취를 거부할 수 있음을 고지받지 못한 상태에서의 디엔에이 채취는 진정한 자발적 동의에 근거한 것으로 볼 수 없습니다. 채취를 거부할 경우 비록 영장이 기각되는 예가 많지는 않고 영장발부여부의 결정에 참가하여 의견을 개진하거나 발부된 영장에 대하여 이의를 제기하는 절차는 보장되어 있지 않지만, 어떠한 검사의 일방적 판단이 아니라 법관에 의한 심사를 받을 수 있는 기회가 있다는 사실을 고지받지 못한 상태에서의 디엔에이 채취는 진정한 자발적 동의에 근거한 것으로 볼 수 없습니다.

대법원이 임의동행의 적법성 여부를 판단할 때 “수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지

자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에서의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다.”(대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도 6810 판결)고 판시한 것을 고려하면, 피청구인의 청구인 서OO에 대한 디엔에이 채취는 이 사건 법률 제8조 제3항을 위반하여 청구인의 기본권을 침해하였으므로 위헌이라고 할 것입니다.

이는 수형중인 청구인들의 경우에도 마찬가지라 할 것입니다. 디엔에이감식시료의 채취가 형사소송법상 강제수사의 일종에 해당하고 압수나 수색에 준하는 절차라는 점에서 채취대상자의 진지하고 자유로운 의사에 기한 동의가 필요합니다. 특히 구금상태에서 형이 집행되고 있는 수형자나 구속된 피의자의 경우 일반인에 비해 위축되어 있고, 구금의 공포와 함께 처우에서의 불이익에 대한 우려 등으로 인해 자발적인 동의가 사실상 제약될 수 있습니다. 따라서 유효한 동의가 이루어지기 위해서는 ①디엔에이 감식시료의 채취기법 ②디엔에이 감식에 의해 얻어지는 정보 및 디엔에이 감식을 위해 실시하는 처분의 의미와 효과 ③채취된 디엔에이 감식시료의 처리와 사용 범위 등에 대한 충분한 설명이 선행되어야 하며 아울러 고지 절차에 대한 명문화가 요구됩니다. 그러나 이 사건 법률 제8조 제3항은 “디엔에이감식시료를 채취할 때에는 채취대상자에게 미리 디엔에이감식시료의 채취 이유, 채취할 시료의 종류 및 방법을 고지하여야 한다.”고만 규정하고 있습니다.

따라서 이 사건 법률 제8조 제1항에 따라 영장에 의한 채취이건, 제3항의 동의에 의한 영장없는 채취이건 피청구인이 청구인들의 디엔에이를 채취한 행위는 청구인들의 진정한 자발적 동의하에, 채취행위의 의미와 결과에 대한 명확한 인지하에 이루어진 것으로 볼 수 없어 헌법에 위반되고, 이를 명확히 규정하지 않은 이 사건 법률 제8조 역시 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

#### 4) 디엔에이신원확인정보의 보관기간

이 사건 법률 제13조 제1항과 제3항은 수형인등이 재심에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우 또는 사망한 경우 직권 또는 본인의 신청에 의하여 디엔에이 DB에 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하도록 규정하고 있습니다. 수형자의 기본적 인권보호 및 재사회화의 요청에 부합하기 위해서는 디엔에이 DB에 수록된 디엔에이신원확인정보는 더 이상 수록이 필요하지 않으면 삭제되어야 합니다. 즉 디엔에이신원확인정보의 수집요건은 강력범죄의 혐의 및 높은 재범의 위험성이므로 이를 더 이상 충족하지 못하면 삭제하여야 합니다. 비록 형이 확정되었다고 하더라도 출소 이후 재범의 위험성이 인정되지 않는 경우가 얼마든지 있을 수 있습니다. 모범수로 출감한 이후 정상적인 사회생활을 영위해 왔기 때문에 더 이상 재범의 위험성이 판단되는 수형자가 있을 수 있고, 치료감호소에서 적절한 치료와 교육에 힘입어 정상적인 심신상태로 돌아왔기 때문에 더 이상 재범의 위험성이 없다고 판단되는 치료감호대상자도 있을 수 있습니다.

재심에 의하여 유죄의 확정판결이 반복되는 경우가 거의 없는 형사실무를 고려한다면 이 사건 법률 규정은 결과적으로 디엔에이신원확인정보 피수룩자가 사망하였음이 확실하게 밝혀지지 않는 경우에는 무기한의 정보 보유를 허용하는 결과를 초래하게 되어 그만큼 오·남용의 우려를 크게 하고 있습니다. 보다 덜 기본권을 제한하는 방법으로 「형의 실효에 관한 법률」 등의 예에 비추어 디엔에이신원확인정보의 보유기간을 적절히 제한하고 그 기간이 경과하고 나면 이를 삭제하도록 규정을 명시할 수 있습니다. 또는 개별 사례마다 일정한 기한을 정해 놓고 수록된 디엔에이신원확인정보의 삭제 여부를 심사하는 방법도 고려할 수 있습니다. 그러나 이 사건 법률 제13조는 구체적인 사정은 전혀 고려하지 않고 일률적으로 재심 또는 사망

시까지 수록하도록 규정하고 있습니다. 이는 수형자의 기본적 인권보호 및 재사회화의 요청은 물론 과잉금지원칙에도 위반된다고 할 것입니다.

#### (나) 법익의 균형성

디엔에이 채취 및 수록으로 얻고자 하는 범죄 수사의 효율성, 범죄예방, 국민의 권익보호라는 이익도 무시할 수는 없습니다. 그러나 그 이익은 다소 추상적이고 디엔에이정보의 유용성과 과학수사라는 명분에 의해 과장된 측면이 많이 있는 것이 사실입니다. 이에 반하여 청구인들의 기본권 침해는 매우 심대하므로 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하여 피청구인의 행위와 이 사건 법률 조항은 위헌이라고 하겠습니다.

#### (4) 본질내용 침해금지원칙 위반 여부

기본권의 본질적인 내용은 당해 기본권의 핵이 되는 실체를 말하고, 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 당해 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어버리는 정도의 침해를 말합니다. 개인정보자기결정권에 대한 제한은 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 명확히 규정한 경우에만 가능하며 그 경우 개인의 인격 자체를 훼손시키는 것과 같이 본질적인 내용을 침해하는 것은 결코 허용되지 않습니다. 이는 곧 자유민주주의와 법치주의를 기본적인 헌법원리로 삼고 있는 우리 헌법에서 개인의 정보주권에 대한 제한은 그 정보주체 스스로가 동의하거나 자신의 대표인 국회가 제정한 법률을 통하여서만 즉, 자금지배를 통하여서만 가능하다는 것을 뜻합니다. 특히 고도정보화사회에서 정보를 통한 타인이나 사회세력, 국가권력에 의한 지배는 헌법상 허용되지 아니하며, 그것을 허용하는 경우에는 인간의 존엄과 가치와 개인 인격의 자유로운 발현은 도저히 확보될 수 없는 것입니다[헌법재판소 2005. 5. 26. 선고99헌마513,

2004헌마190(병합) 결정의 재판관 송인준, 재판관 주선희, 재판관 전효숙의 반대의견 참조].

그런데 이 사건에서 문제되고 있는 개인의 디엔에이정보는 앞서 본 바와 개인을 식별할 수 있는 중요한 정보입니다. 게다가 이를 데이터베이스화하는 것은 데이터베이스의 확장이나 디엔에이정보의 오남용 등의 위험성을 안고 있습니다. 그리고 디엔에이 채취 및 데이터베이스에의 수록의 법적 성격이 강제처분이고 보안처분이라는 점을 고려하면 수사의 필요성, 비례성, 보충성 요건이 충족되고 재범의 위험성이 인정되는 경우에 한하여 그 채취 및 수록의 정당성이 인정됩니다. 그러나 이 사건 채취 행위 및 이 사건 법률은 이러한 요건을 충족하지 않고 있으므로 본질내용 침해금지원칙에 위반된다고 할 것입니다.

#### (5) 소결

위에서 살핀 바와 같이 이 사건 법률 조항 및 디엔에이감식시료 채취행위는 필요한 범위를 넘어서 공정하고 합리적이지 않은 방식으로 정보주체의 동의를 얻지 않고 개인의 사적정보를 채취하도록 허용하고 있으므로 과잉금지원칙과 기본권의 본질내용 침해금지원칙에 위배됩니다.

#### 나. 영장주의 위배 여부

##### (1) 헌법 제12조 제3항에 대한 해석

##### (가) 헌법 제12조 제3항의 규정

체포□구속□압수□수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의

하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

#### (나) 영장주의의 의의

영장주의란 형사절차와 관련하여 체포□구속□압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권독립의 원칙에 의해 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여서만 한다는 데에 있다고 할 수 있습니다.

#### (다) 영장주의의 적용범위

영장주의는 강제처분에 적용되는데, 여기의 강제처분에는 물리적강제력을 행사하는 경우 뿐만 아니라 상대방에게 의무를 부담하게 하는 처분 또는 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 법익 또는 기본권을 침해하는 처분도 포함된다 할 것입니다.

#### (라) 영장주의의 내용

영장주의는 체포□구속□압수 등을 하기 전에 사전영장을 원칙으로 하고, 영장에는 체포□구속할 대상, 압수의 목적물 또는 수색의 장소 등이 구체적으로 기재되어야 하는 등 일반영장금지를 원칙으로 합니다.

### (2) 이 사건 디엔에이감식시료 채취의 경우

#### (가) 디엔에이감식시료 채취가 강제처분인지 여부

이 사건 법률이 수형인등이나 구속피의자등으로부터 디엔에이감식시료를 채취하고 이를 수록하려는 목적은 범죄수사와 예방 및 재범방지에 있으므로 장래의 범죄수사 및 형사소추를 위한 증거확보를 위한 강제처분임이 명백하다 할 것입니다.<sup>10)</sup> 즉 이 사건 법률에 따라 디엔에이감식시료를 채취당하는 대상자는 자신의 의사에 반하여 자신의 신체에 대한 유형력의 행사를 감수하여야 하고, 자신의 신체적 특성에 관한 고유한 정보가 디엔에이를 통하여 본인의 의사와 관계없이 수록 및 이용되며, 외부에 유출될 우려가 있기 때문에 강제처분으로 보는 것이 마땅합니다. 이는 이 사건 법률 제8조가 디엔에이감식시료를 채취 하려면 지방법원판사의 영장을 발부받도록 규정한 데서도 알 수 있습니다.

헌법재판소는 2004.9.23. 선고, 2002헌가17 등 결정에서 “지문채취는 당사자의 자발적인 협조가 필수적이므로 물리력을 동원하여 강제로 이루어지는 강제처분과는 질적으로 차이가 있어 이를 영장주의에 의하여야 하는 강제처분으로 볼 수 없다.”고 판시한 바 있습니다. 그러나 당사자의 자발적인 협조가 필요하다고 하여 강제처분이 아니라고 할 수는 없고 그러한 수사기관의 행위로 인해 조사대상자의 기본권이 의사에 반하여 침해되는 것인지 여부가 문제이며, 이 사건의 경우에도 시료채취과정만 놓고 보면 조사대상자가 입을 벌리는 등 자발적인 협조가 필요한 행위이지만 그 전(前) 단계에서 조사대상자가 거부할 수 있는 방법이 없고 그러한 행위로 인해 조사대상자의 유전자 정보가 국가기관에 의해 보관된다는 점에서 조사대상자의 자기정보관리통제권 등을 침해하는 강제처분이라 할 것입니다.

#### (나) 영장주의 위반

---

10) 법무부도 이 사건 법률안이 국무회의를 통과하였을 때 발표한 보도자료를 통해 “살인·아동성폭력 등 재범의 위험성이 높은 흉악범들의 DNA를 채취하여 데이터베이스에 수록하고, 범죄발생시 범인의 조속한 검거에 활용하기 위해 법무부(행정안전부와 공동)에서 마련한 『DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 제정안이 2009.10.20 오전 국무회의를 통과하였음”이라고 밝힌 바 있습니다.

이 사건 법률 제8조가 디엔에이감식시료의 채취 요건으로 영장을 규정하고 있습니다만 그것만으로 헌법상 영장주의원칙이 준수되고 있다고 보기는 어렵습니다. 디엔에이 채취 과정에서 영장주의가 관철되기 위해서는 법관이 디엔에이감식시료채취영장을 발부할 때 디엔에이신원확인정보의 수집요건(특정범죄의 상당한 혐의 및 재범의 위험성의 예측)을 실질적으로 심사할 수 있어야 하고 영장을 발부할 때에는 그 결과 및 이유를 영장에 기재하도록 규정해야 할 필요가 있습니다. 그러나 이 사건 법률 제8조 제4항은 영장 청구시 기재사항으로 채취대상자의 성명, 주소, 청구이유, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소 등만을 청구서에 기재하도록 하고 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하도록 하고 있습니다. 검사가 채취대상자의 수사기록 등 소명자료를 첨부하면서 강력범죄를 저질렀으므로 디엔에이 채취가 필요하다고 청구할 경우 이를 심사하는 판사로서는 이를 판단할 근거가 부족한 것입니다. 따라서 최소한 영장발부 여부를 판단할 때 재범의 위험성을 심사할 수 있도록 해야 할 것입니다.

보다 근본적으로는 영장에 의한 방식으로는 사법적 통제를 실현하기가 곤란하므로 법원이 대상범죄에 대하여 유죄판결을 선고하면서, 일정한 요건 아래에서 필요하다고 인정하는 경우, 부가처분의 하나로 디엔에이신원확인정보 데이터베이스에 등재를 명하는 방안을 상정할 수 있을 것입니다(대법원도 같은 의견입니다. 참고자료 대법원 의견서). 혹은 앞서 본 바와 같이 수형인의 경우 형 집행중에는 재범의 위험성이 있다고 할 수 없으므로 형 집행 종료시에 재범의 위험성을 판단하여 법원의 판결에 의하여 디엔에이감식시료의 채취여부를 결정하도록 하는 방법도 있을 것입니다.

### (3) 소결

위와 같이 이 사건 법률 제8조는 디엔에이 채취에 대한 사법적 통제가 실질



적으로 작동하기 위하여 필요한 최소한의 요건인 재범의 위험성에 대한 판단을 누락하고 있으므로 영장주의에 위반된다고 할 것입니다.

#### 다. 적법절차 원칙 위배여부

##### (1) 헌법 제12조 제1항의 규정에 대한 해석

###### (가) 헌법 제12조 제1항의 규정

모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포□구속□압수□수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌□보안처분□강제노역을 받지 아니한다.

###### (나) 적법절차의 원칙의 의의 및 적용대상

적법절차라 함은 입법□집행□사법 등 모든 국가작용은 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력 행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 헌법 원리를 말합니다. 헌법재판소 역시 1992.12.24.선고 92헌가8 결정에서 “우리 현행 헌법 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 및 헌법 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다. 다만 현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법 원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은

법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용, 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다.”고 판시한 바 있습니다. 이러한 현재의 설시에 의하면 적법절차의 원리는 모든 국가작용에 적용되며, 그 내용은 국가작용이 형식적인 절차뿐만 아니라 실제적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 것으로 해석됩니다.

## (2) 적법절차원칙 적용 여부

### (가) 이 사건 법률의 경우

이는 국회의 입법작용으로서 현재의 판례에 의하면 모든 국가작용이 적법절차의 적용대상이 되므로 위 법률이 적법절차원칙의 적용대상이 된다는 것에 대하여는 의문의 여지가 없습니다.

### (나) 이 사건 디엔에이감식시료 채취의 경우

위에서 살핀 바와 같이 적법절차의 원칙은 모든 국가작용에 적용되는 헌법원칙이나 적용대상을 명확히 한다는 점에서 이 사건 디엔에이감식시료채취가 헌법 제12조 제1항의 보안처분에 해당하는지 여부에 대하여 검토해 보겠습니다.

#### 1) 보안처분의 의의

보안처분이라 함은 형벌만으로는 행위자의 장래의 재범에 대한 위험성을 제거하기에 충분하지 못한 경우에 사회방위와 행위자의 사회복귀의 목적을

달성하기 위하여 고안된 특별예방적 목적처분이라는 것이 헌법학계의 통설적 입장입니다.

## 2) 디엔에이감식시료 채취의 경우

디엔에이감식시료 채취의 근거 법률인 이 사건 법률 제1조(목적)는 ‘이 법은 디엔에이 신원확인정보의 수집□이용 및 보호에 필요한 사항을 정함으로써 범죄수사 및 범죄예방에 이바지하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다’고 규정돼 있고, 동법 제5조는 수형인에 대하여 디엔에이 감식시료채취를 규정하고 있습니다. 이러한 규정들과 보안처분의 의미 등을 종합하면 위 감식시료채취는 죄를 범한 자중 사회적으로 위험한 행위를 할 우려가 있는 자를 사회로부터 격리시키고 그 위험성을 교정한다는 보안처분의 원래 의미와는 일정한 차이가 있습니다. 그러나 이미 형이 선고된 수형자의 경우 재범의 위험성을 기준으로 디엔에이를 채취하여 이를 데이터베이스에 수록하고 타 정보와 대조 및 검색하는 조치는 향후 재범발생을 방지하고 사회를 방위하고자 하는 목적이 있어, 형의 선고이외에 부과되는 일종의 보안처분으로 볼 수 있습니다.

## 3) 소결

따라서 이 사건 법률과 디엔에이 감식시료채취는 모두 우리 헌법이 보장하는 적법절차원칙의 적용대상이 된다고 할 것입니다.

### (3) 적법절차원칙 위배여부

#### (가) 재범의 위험성 요건의 부재

이 사건 법률에 따른 디엔에이 채취 및 수륙의 법적 성격을 보안처분으로 본다면 이를 정당화하기 위해서는 반드시 재범의 위험성이 인정되어야만 합니다. 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 피의자등과 수형인등의 디엔에이정보를 수집하려면, 당해 범죄사건에서 특정범죄로 구속되거나 확정판결을 선고받은 것 외에 피의자등과 수형인등이 차후에 다시 특정범죄를 범할 것이라는 점에 대한 근거가 존재해야 하는 것입니다. 즉 디엔에이감식시료를 채취할 수 있는 대상범죄가 범죄의 중대성 및 높은 재범 확률이라는 요건을 갖추어야 함은 물론 추가적으로 그 대상범죄를 저지른 자의 재범의 위험성이 인정되어야 합니다.

그러나 이 사건 법률 조항들은 재범의 위험성이 다른 범죄보다 높다고 인정되지 않는 범죄는 적용대상으로 규정하고 있고, 적용대상 범죄를 저지른 자의 재범의 위험성을 판단하도록 하고 있지 않습니다. 청구인들의 경우 폭처법 위반이 일반적으로 재범의 위험성이 높은 범죄에 해당하지도 않고, 청구인들의 구체적 사건에 있어서도 재범 확률이 높다고 볼 수 없습니다. 물론 재범의 위험성이라는 개념 자체가 지극히 불확정적이고 예측적 판단개념이기 때문에 이를 명시한다고 하더라도 문제가 완전히 해결된다고 보기는 어렵습니다. 그러나 최소한 재범의 위험성을 명시함으로써 이 사건 법률 제5조 제1항에 규정된 범죄를 범했다고 해서 무조건 디엔에이가 채취□수륙되는 것이 아니라 재범의 위험성이 있는 경우에 한하여 그렇게 된다는 점을 분명히 하여 디엔에이 채취 및 수륙이 남용되는 것을 방지하여야 할 것입니다.

#### (나) 실체적 정당성 여부

현재는 2004.9.23.선고, 2002헌가17결정에서 “적법절차의 원칙이 법률의 위헌 여부에 관한 심사기준으로 작용하는 경우 특히 형사소송절차에서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지

않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정된다는 의미를 가진다.”라고 판시한 바 있습니다. 그러나 이 사건에서의 디엔에이 감식시료채취는 위에서 보는 바와 같이 그 채취대상 범위가 광범위하고 일선 수사기관과 교도소에 서는 재범의 위험성을 불문하고 이 사건 법률 제5조 제1항에 해당하는 모든 범죄에 대하여 감식시료를 채취하는 실정입니다. 결국 이 사건 법률과 그에 근거한 디엔에이감식시료 채취행위는 채취대상자의 기본권을 침해하여 그 실제적 내용이 합리성과 정당성을 결하였으므로 우리 헌법 제12조 제1항이 규정하는 적법절차에 위배된다 할 것입니다.

#### (다) 절차적 정당성 여부

##### 1) 영장주의 위배

위 법 제8조는 감식시료채취영장 하나만으로 채취, 감식 등의 모든 과정을 진행할 수 있는 것으로 규정돼 있으나, 이는 위에서 본 바와 같이 우리 헌법 제12조 제3항이 보장한 영장주의에 위배됩니다.

##### 2) 형식적 동의절차 및 거부권 고지의 부재

또한 동법 제8조 제3항은 ‘당사자가 동의하는 경우 영장 없이 감식시료를 채취할 수 있고, 이 경우 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다’고 규정하고 있으나, 실제 검찰청이 발송한 ‘디엔에이 시료채취 출석안내문’에는 안내문을 받는 사람이 시료채취대상자라는 사실, 채취일시와 장소, 채취방법만 기재돼 있을 뿐 위 법률 규정과 같이 채취를 거부할 수 있다는 점이나 서면동의 관련내용 등은 전혀 기재돼 있지 않습니다. 이런 식의 안내를 받은 채취 대상자는 거부가능성과 동의여

부에 대하여 사전에 충분히 알지 못한 상태에서 그 위하적 효과에 짓눌려 채취하려갈 수밖에 없게 됩니다. 형사소송법 제218조의 임의제출물의 압수와 같은 규정을 둔 것이라고 이해한다 해도 당사자가 동의하지 않으면 곧바로 영장을 발부받아 채취할 것이 자명하여 대상자의 입장에서는 굳이 동의를 하지 않아 수사기관의 감정을 상하게 하느니 차라리 채취를 당하는 편이 낫다고 생각할 수도 있습니다.

### 3) 영장실질심사절차 등 불복절차의 부존재

형사소송법 제201조의 2는 구속영장실질심사를 규정하고 있습니다. 이는 검사의 구속영장 청구에 대하여 법관이 독립적인 판단으로 당사자의 진술권이 보장되는 가운데 주거부정, 증거인멸, 도주염려 등의 사유를 심사하여 구속 여부를 결정하는 절차로서 검사의 구속영장의 남발에 대하여 법관이 합리적인 판단으로 통제하는 형사소송법상의 억제장치라 할 것입니다. 하지만 이 사건 법률 어디에도 감식시료채취와 관련하여 당사자의 참여권이 보장되는 영장실질심사는 규정돼 있지 않습니다. 그러나 기본권 침해의 면에서 보면 구속은 재판 기일까지 잠시 구치소에 수감되는 것으로 신체의 자유를 침해하는 것이지만 디엔에이감식시료 채취는 자신의 유전자 정보가 심할 경우에는 사망시까지 국가에 의해 보관□이용되는 것으로 기본권 제한과 침해의 면에서 구속보다 더욱 엄격한 영장실질심사가 필요한 강제처분입니다. 더구나 구속이 시일을 다투는 문제라는 점과 비교하면 디엔에이 감식시료채취는 이미 형선고를 받은 수형자나 구속피의자 등을 대상으로 하기 때문에 시일의 긴급성을 요하지도 않으므로 영장실질심사를 두지 못할 이유가 전혀 없습니다.

### (4) 소결

따라서 이 사건 법률과 이에 근거한 감식시료채취행위는 법률과 채취행위의 실체적 정당성 뿐만 아니라 절차적 정당성도 결하여 우리 헌법 제12조 제1항이 규정한 적법절차원칙에 위배된다 할 것입니다.

라. 무죄추정원칙 위배여부

(1) 헌법 제27조 제4항의 해석

(가) 헌법 제27조 제4항의 규정

헌법 제27조 제4항은 다음과 같이 규정하고 있습니다. “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”

(나) 무죄추정의 원칙의 의의

무죄추정의 원칙은 형사절차와 관련하여 아직 공소의 제기가 없는 피의자는 물론이고 공소가 제기된 피고인 까지도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안 된다는 것이고, 불이익을 입힌다 하더라도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 함을 말합니다(헌법재판소 1990.11.19. 선고, 90헌가48결정).

(다) 무죄추정원칙의 내용

여기서의 불이익에는 형사절차상의 처분뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분도 포함되며, 헌법재판소 역시 형사사건으로 기소된 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있도록 한 변호사법 규정(헌법재판소 1990.11.19. 선

고, 90헌가48 결정)과 단지 고발만 이루어진 상태에서 관련행위자가 범위반 사실을 공표하도록 한 독점규제및공정거래에관한법률 규정(헌법재판소 2002.1.31.선고. 2001헌바43 결정)에 관하여 각각 무죄추정원칙 위배라고 판시한 바 있습니다.

## (2) 이 사건 법률의 경우

### (가) 동법에서 규정하는 채취대상자의 범위

동법 제5조는 형의 선고를 받은 수형자 및 보호관찰명령, 치료감호선고, 소년보호처분결정을 받은 자를, 제6조는 구속피의자 및 치료감호대상자를, 제7조는 범죄현장 등에서의 피해자의 신체 내 □외부 등을 각 채취대상으로 규정하고 있습니다.

### (나) 동법 규정의 문제점

이 사건 법률 제6조는 피의자중 구속피의자만을 대상으로 디엔에이를 채취할 수 있도록 규정하고 있습니다. 그러나 구속여부와 관계없이 피의자는 어디까지나 무죄추정을 받는 것이고, 구속의 요건이나 기준과 디엔에이 채취 기준과 요건은 전혀 다르며 관련성이 없습니다. 따라서 구속피의자의 디엔에이를 채취하는 것은 명백히 무죄추정원칙에 위반된다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없을 것으로 보입니다.

수형자의 경우에는 이미 형이 확정된 자를 대상으로 디엔에이를 채취할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 무죄추정원칙에 위반되지 않는다고 볼 여지가 있습니다. 그러나 수형자의 경우에도 당해 범죄에 대하여 디엔에이감식시료를 채취당하는 것은 별론으로 하고, 아직 존재하지도 않는 장래범죄에



대하여는 당연히 무죄추정의 원칙이 적용되어야 할 것입니다. 수형자가 특정 범죄를 저질렀다고 해서 당연히 다시 중대범죄를 범할 것으로 예단할 수는 없기 때문입니다. 특정 범죄를 저질렀다는 사실만으로 재범가능성을 인정하는 것은 당해 범죄와 관련된 다양한 사회적, 환경적 요소를 간과하는 기계적 판단에 그치게 될 것입니다. 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 피의자등의 디엔에이를 채취하든지, 수형자등의 디엔에이를 채취하든지 간에 정도의 차이가 있을 뿐, 기본적으로 헌법상 무죄추정원칙에 위반된다는 점은 동일하다고 할 것입니다.

### (3) 소결

따라서 이 사건 법률 제5조와 6조는 아직 유죄판결이 확정되지도 않았고, 심지어 기소되지도 않은 구속피의자와 아직 범죄가 발생하지도 않은 수형자에 대하여 기본권을 과잉제한하는 디엔에이감식시료 채취를 허용하는 것으로서 우리 헌법 제27조 제4항이 규정하는 무죄추정의 원칙에 정면으로 위배됩니다.

## 3. 심판청구요건 준수 여부 등

### 가. 공권력의 행사 또는 불행사

#### (1) 이 사건 청구인들에 대한 디엔에이감식시료 채취 행위의 경우

공권력의 행사 또는 불행사라 함은 공권력 주체에 의한 작위 또는 부작위로써 국민의 권리□의무 내지 법적 지위에 직접적인 영향을 가져오는 행위를 말합니다. 청구인 서OO에 대한 디엔에이감식시료의 채취가 공권력의 행사에 해당함은 의문의 여지가 없습니다(비록 동의의 형식을 띠었으나 진지하고 자

발적인 동의가 아니라는 점은 앞서 본 바와 같습니다). 나머지 청구인들의 경우 영장을 발부받아 채취하였기 때문에 공권력의 행사로 볼 수 있는지 다소 의문이 있을 수 있습니다. 그러나 헌법재판소법 제68조 제1항은 “법원의 재판”을 헌법소원의 대상에서 제외하고 있을 뿐, “법원의 재판에 근거한 집행행위”를 제외하고 있지는 않습니다. 이 사건 청구인들에 대한 디엔에이감식시료채취영장 발부가 헌법소원의 대상에서 제외되는 “법원의 재판”에 해당하는지에 대해서도 의문이 있는 마당에<sup>11)</sup>, 그 집행행위가 영장에 근거했다고 해서 헌법소원의 대상에서 제외하는 것은 지극히 부당합니다. 법관의 영장 발부 행위와 검사의 집행행위는 개념적으로나 현실적으로 엄연히 구별되기 때문입니다.

## (2) 이 사건 법률 조항의 경우

이 사건 법률 조항들이 공권력의 행사에 해당함은 명백하고 다만 직접성 원칙이 문제되나 항을 바꾸어 살펴보겠습니다.

### 나. 기본권침해의 자기관련성□직접성□현재성

#### (1) 자기관련성

헌법소원심판청구는 공권력작용의 직접상대방이거나 제3자라 하더라도 공권력작용으로 인하여 직접적이고 법적인 이해관계를 가지는 자를 말하는 바, 이 사건 청구인들의 경우 자기관련성은 당연히 인정됩니다.

---

11) 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제1항의 “법원의 재판”의 범위를 매우 폭넓게 인정하고 있습니다. 그러나 재판소원을 금지하는 헌법재판소법에 대해서는 그 위헌성을 지적하는 견해가 다수라는 점을 고려하면 그 범위를 좁게 해석할 필요가 있습니다. 디엔에이감식시료채취영장 발부의 재판은 통상적인 재판이나 구속영장 발부 재판과 달리 법관과의 대면권이나 의견을 진술할 권리, 이의를 제기할 권리와 절차가 보장되어 있지 않습니다. 따라서 디엔에이감식시료채취영장 발부를 재판소원이 금지되는 재판의 범주에 포함시키는 것은 위헌적이라 할 것입니다.

## (2) 직접성

법령에 대한 헌법소원의 경우 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행 행위를 기다리지 않고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 경우여야 합니다. 그런데 이 사건 법률의 경우 법률에 의해 직접 기본권이 제한되는 것이 아니라 검사의 디엔에이 감식시료 채취 행위라는 집행행위로 인해 비로소 기본권이 제한되는 것이므로 직접성 요건을 충족하지 못하는 것으로 볼 소지가 있습니다.

그러나 헌법재판소는 구속사유가 인정되지 않는다는 이유로 법원이 1차 구속영장을 기각하였는데 검사가 영장을 재청구하여 영장이 발부된 사안에서, 피의자(헌법소원 청구인)가 “최초 구속사유에 실질적 가중요건을 추가하는 것이 헌법적 요구임에도 불구하고, 법 제201조 제1항은 이러한 가중적 요건을 규정하지 아니함으로써 청구인의 신체의 자유, 평등권, 행복추구권, 인격권 등을 침해하고 있다.”고 주장하면서 형사소송법 제201조 제1항에 대하여 위헌확인 소송을 제기하자 다음과 같이 판단한 바 있습니다.

“구체적 집행행위가 존재하는 경우에도, 그 집행행위를 대상으로 하는 구체절차가 없거나 혹은 구체절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 단지 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것에 불과한 사안에서 당해 법률규정에 대한 전제관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 예외적으로 당해 법률규정을 직접 헌법소원대상으로 삼을 수 있다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194 등 참조). 이 사건에 대하여 살펴보면, 현행법상 모든 피의자는 이 사건 법률조항에 근거한 구속영장의 발부결정에 대하여 항고·준항고와 같은 일반적인 방법으로 불복할 수 없고, 법 제214조의2 소정의 구속적부심사절차의 경우 본질적으로 법원의 영장발부에 관한 일반적 구체절차라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 만일 이 사건 법률조항의 위헌성을 다

투기 위해서 반드시 적부심사절차에서 위헌제청신청을 해야 한다고 보게 되면, 법원이 위헌심판제청을 하는 경우 원칙적으로 우리 재판소의 결정이 있을 때까지 적부심사에 관한 재판이 정지됨으로써 청구인이 구속된 상태에서 위 결정을 계속 기다려야 하는 상황이 발생할 수 있다는 점 등 여러 사정에 비추어 볼 때, 청구인으로 하여금 위와 같은 절차를 통하여 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 다투도록 하는 것은 권리구제의 기대가능성이 없는 불필요한 우회절차를 강요하는 것으로 판단된다. 따라서, 이 사건의 경우 ‘직접성’ 및 ‘보충성’에 관한 예외적 사정을 인정하여 이 사건 법률조항을 직접 헌법소원심판청구의 대상으로 삼을 수 있다고 봄이 상당하다.”(헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2002헌마593 결정)

이 사건 법률은 채취 대상자의 불복수단에 대하여 명시적인 규정이 없고 형사소송법 제417조의 준항고 등 불복수단이 준용되는지 여부도 명확하지 아니한 실정입니다. 이 사건 법률 제8조 제9항은 디엔에이감식시료채취영장에 의한 채취에 대하여 형사소송법 일부 규정만을 준용하고 있으므로 준용되지 않는 형사소송법 제417조의 준항고를 통해 다룰 수는 없는 것으로 해석됩니다. 따라서 직접성 및 보충성의 예외가 인정된다고 할 것입니다.

### (3) 침해의 현재성

청구인들에 대한 디엔에이감식시료 채취는 이미 종료하였으나 장래 불이익을 입게 될 것이라는 것을 현재의 시점에서 충분히 예측할 수 있고, 침해행위의 반복위험이 있으며, 수사기관의 관행상 언제라도 디엔에이가 채취될 것이므로 위 사항은 헌법적으로 해명할 필요성이 인정되는 경우에 해당하여 현재성의 예외 역시 인정된다고 할 것입니다.

### 다. 보충성

이 사건 법률의 경우 당사자의 이의절차나 불복수단이 규정되어 있지 아니하고 형사소송법 제417조의 준항고 규정을 준용하여 불복할 수도 없으므로 이 사건 법률은 물론 다른 법률상 구제절차가 있는 경우에 해당하지 않습니다. 따라서 보충성 원칙의 예외에 해당합니다.

#### 라. 권리보호이익

헌법소원의 본질이 개인의 주관적 권리구제뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있는 이상 권리보호이익은 문제없이 인정될 것입니다. 특히 이 사건 법률은 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 가지는 경우라 볼 수 있습니다. 이미 영장이 발부되어 채취가 이루어진 이상 권리보호이익이 없지 않겠느냐는 의문이 있을 수 있으나, 헌법재판소는 위 2002헌마593 결정에서 “그러나, 우리 재판소에서 헌법소원심판절차를 진행하는 데에 소요되는 일반적 기간(청구인 및 이해관계인들에 대한 헌법소원심판회부통지, 이해관계인들의 의견서 제출 등을 위한 기간) 등을 고려하여 볼 때, 실무적으로 이 사건과 같은 유형의 사건에서 청구인의 주관적 권리보호이익이 존속되고 있는 기간 내에 우리 재판소가 최종판단을 하기는 어렵고, 따라서 이러한 유형의 사건에서 청구인의 주관적 권리보호이익이 사후적으로 소멸하였다는 사유로 헌법소원심판청구를 각하하는 것은 이 사건 법률조항 등의 위헌여부에 관한 헌법소원심판청구를 사실상 봉쇄하는 부당한 결과를 초래할 수 있다. 또한 헌법소원심판제도는 청구인들의 개인적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서 수호를 목적으로 하고 있는데, 이 사건 법률조항의 경우 인신구속에 관한 중요한 사항을 규율하고 있을 뿐만 아니라 수사단계에서 검사가 법원에 구속영장을 청구할 때마다 이 사건 법률조항의 위헌성 여부에 관하여 다툼이 계속 발생할 수

있기 때문에, 이에 관하여 헌법적 해명을 할 필요가 있는 것으로 판단된다.”  
고 하였습니다.

위 법리는 이 사건에도 그대로 적용되어야 할 것입니다.

#### 마. 청구기간

헌법재판소법 제69조 제1항에 의해 ‘사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내’, ‘그 사유가 있는 날로부터 1년 이내’에 헌법소원을 제기하여야 하는 바, 이 사건의 경우 디엔에이감식시료를 채취당한 날로부터 90일 내에 헌법소원을 제기한 이상 청구기간의 준수여부는 문제가 되지 않는다 할 것입니다.

#### 다. 소결

따라서 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건의 경우 모든 헌법소원의 적법요건을 구비하였다고 할 것입니다.

### 4. 결론

이 사건 법률의 입법취지는 살인이나 아동 성폭력 등 재범의 위험성이 높은 강력범들의 디엔에이신원확인정보를 국가가 관리하여 범죄 수사의 효율성을 높인다는 점에 있습니다. 따라서 이 사건 법률에 근거한 디엔에이 채취와 디엔에이 DB 수록 역시 재범확률이 높은 중대범죄를 범하고 아울러 장래 다시 중대범죄를 범할 위험성이 높은 범죄인을 대상으로만 이루어져야 합니다. 그러나 이 사건 법률은 재범확률이 높은 중대범죄라고 볼 수 없는 범죄들도 적용대상으로 하여 그 범위가 지나치게 넓고, 영장발부시 재범의 위험성 요건을 심사하도록 의무지우지 않는 등 과잉금지원칙과 본질내용침해금지원칙

에 위반됩니다. 또한 영장주의, 적법절차원칙, 무죄추정원칙, 소급효금지원칙 등 우리 헌법상 신체의 자유를 보장하기 위한 여러 원칙들에 위반됩니다. 그리고 이 사건 청구인들의 결코 재범의 위험성이 높다고 할 수 없음에도 불구하고 진지하고 자발적인 동의에 근거하지 않은 채, 재범의 위험성에 대한 심사없이 디엔에이가 채취되었는 바, 이와 같은 피청구인의 행위 역시 위헌이라고 할 것입니다.

정보통신의 발달에 따라 국가의 개인정보 수집과 데이터베이스 구축, 그로 인한 감시국가화 현상은 날로 심해지고 있습니다. 우리나라는 세계적으로 유례없이 모든 국민에 대하여 강제적으로 부과되는 주민등록번호제도와 데이터베이스를 지니고 있고, 지문정보도 데이터베이스화하여 관리하고 있습니다. 게다가 최근 정부는 주민등록법 개정안을 국회에 제출하여 전자주민증을 도입하여 국민의 주민등록번호와 관련된 정보를 전자적으로 통합관리하려고 있습니다. 범죄정보의 경우에는 최근까지 법률의 근거없이 경찰청이 범죄정보관리시스템이라는 데이터베이스를 운영해 왔고, 2010. 5. 1. 부터는 「형사사법절차 전자화 촉진법」에 따른 형사사법정보시스템도 운용되고 있습니다. 이 외에도 범죄수사와 예방 목적하에 수사기관이 운영하는 데이터베이스가 얼마나 있는지 제대로 알려지지 않고 있는 실정입니다. 이른 바 공안사범 및 그 친족에 대하여도 은밀하게 관리를 해 온 사실이 우연한 기회에 밝혀진 바 있으나 관련 정보는 여전히 공개되지 않고 있으며, 집회시위사범에 대한 전산관리 역시 마찬가지입니다. 국가가 수집하는 범죄관련 정보와 데이터베이스가 과연 헌법원칙에 부합하는지 엄격하게 심사하지 않으면 이러한 반헌법적 행태는 계속될 것입니다.

한편 이 사건 법률의 제정 및 시행은 강성형벌정책과 깊은 연관이 있다고 할 수 있습니다. 2010. 4. 15. 형법개정으로 징역형의 형기가 2배로 상향되었고, 2010. 7. 16. 개정된 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에

관한 법률」은 개정법 시행전의 성폭력범죄에 대하여도 소급적용하여 이른바 ‘전자발찌’를 부착하게 하였습니다(이 사건 법률 부칙 제2조도 이 법 시행 당시 제5조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄로 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받아 그 형이 확정되어 수용 중인 사람에 대하여 이 법을 적용하도록 하고 있습니다). 그리고 그 적용대상은 성폭력범죄뿐만 아니라 미성년자유괴범죄 및 살인범죄로까지 확대되었으며, 부착기간도 최장 30년까지 가능하도록 확대되었습니다. 성폭력범죄자에 대한 신상공개제도도 인터넷상의 공개로 확대되었고, 성도착증에 의한 성폭력범죄자에 대하여 화학적 거세를 실시하는 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」도 2011. 6. 30.부터 시행예정되어 있습니다.

이와 함께 사형집행을 재개하려는 시도가 2008년 이래로 계속되고 있고, 최근 법무부는 폐지된 사회보호법상의 보호감호와 크게 다를 바 없는 내용의 보호감호를 재도입하면서 ‘보호수용’으로 용어만 변경한 형법개정안을 국회에 제출하였습니다. 이처럼 우리 사회는 강력범죄에 대하여 그 사회적 원인을 살펴 개선하고 형벌의 교정교화 기능을 높이려는 노력은 하지 않은 채 오로지 범죄인을 사회로부터 장기간 격리하고 중벌에 처하는 손쉬운 수단만 채택하려 하고 있습니다. 이 사건 법률은 직접적으로 범죄인을 처벌하거나 격리하는 내용은 아니지만 디엔에이 채취를 통해 사회적 낙인을 가하고 차별과 배제의 효과를 초래한다는 점에서는 강성형벌정책과 일맥상통한다고 할 것입니다.

그러나 범죄에 대한 효율적인 대처는 오로지 치안이나 처벌을 강화하는 것만으로는 이를 수 없을 뿐만 아니라 사회적 약자와 소수자에 대한 사회적 차별과 배제를 초래하며 형사소송절차에서의 피의자의 기본적 권리를 후퇴시킵니다. 이에 그치지 않고 헌법적 가치와 기본적 인권이 범죄수사와 예방이라는 목적의 하위 개념으로 치부되게 되어 근본적으로는 민주주의를 위협



하며 사회적 통합도 저해합니다. 범죄의 책임을 오로지 범죄자 개인의 위험성과 이상성의 탓으로 돌리기도 이들을 사회로부터 격리하거나 영구히 감시하는 법제도는 우리 헌법이 용인하는 신체의 자유에 대한 제한의 범위를 벗어납니다. 일상적으로 국민을 감시하고 처벌하는 거대국가의 도래에 대하여 헌법재판소가 제동을 걸어주시기를 간절히 바랍니다.

## 입증방법

1. 갑 제1호증 디엔에이(DNA)시료 채취 출석 안내문
2. 갑 제2호증 국가인권위원회 긴급성명
1. 갑 제3호증 국가인권위원회 긴급구제결정 보도자료
1. 갑 제4호증 국가인권위원회 긴급구제조치권고결정 보도자료
1. 갑 제5호증 국가인권위원회 재발방지대책 수립권고 보도자료

## 참고자료

1. 대법원 의견서
1. 관련논문 「(DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 대한 비판적 검토, 조성용, 형사정책연구 제21권 제3호)

## 첨 부 서 류

2011. 6. .

위 청구인들 대리인  
법무법인 양재 담당변호사 류제성  
법무법인 한결한울 담당변호사 박주민, 이상희  
법률사무소 창신 변호사 이광철

## 헌법재판소 귀중