

# 국 가 인 권 위 원 회

## 결 정

### 제 목 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 관련 헌법소원 사건(2011헌마28 등)에 대한 의견제출

국가인권위원회는 헌법재판소에 계속 중인 2011헌마28, 2011헌마106, 2011헌마141, 2011헌마156, 2011헌마326 사건이 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”이라고 판단하여 「국가인권위원회법」 제28조제1항에 따라 아래와 같이 의견을 제출한다.

## 아 래

### I. 의견제출 배경 및 판단기준

1. 우리나라 수사기관은 1990년대 초부터 과학수사의 하나로 디엔에이의 특정부분을 분석하여 범인의 신원을 확인할 수 있는 수사기법에 많은 관심을 기울이면서 디엔에이신원확인정보 데이터뱅크 설립을 위한 노력을 시작하였다. 그러나 많은 인권단체와 학자들은 국가가 개인의 디엔에이를 수집하게 될 경우 발생될 수 있는 각종 오·남용의 문제, 디엔에이신원확인정보의 데이터베이스화에 따른 개인 정보의 통제문제, 다른 데이터베이스와의 연동에 따른 개인정보의 유출과 남용의 문제를

지적하면서 수사기관의 디엔에이데이터뱅크 설립을 반대하여 왔다. 이러한 논란은 2010. 7. 26. 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 “디엔에이 신원확인법” 이라고 함)의 시행 이후에도 지속되고 있는데, 교정시설에서 자신의 의사에 반하여 디엔에이감식시료를 채취당한 자가 2011. 1. 12. 동 법률 제5조제1항, 제10조 등이 인간의 존엄성 등 헌법상 보장된 기본권을 침해한다는 이유로 헌법소원을 제기하는 등 현재 헌법재판소에는 동 법률의 위헌성을 주장하는 5건의 헌법소원이 계속 중이다.

2. 위 5건의 헌법소원에 대한 결정은 디엔에이감식시료채취, 디엔에이감식 등을 통해 발생하는 개인정보자기결정권의 제한과 정당화와 관련한 중요한 논점, 즉 국가가 개인의 디엔에이신원확인정보를 어떠한 요건 하에서 수집·저장할 수 있을 것인지 여부, 국가가 개인정보자기결정권을 제한하기 위해서는 어떠한 절차를 마련해야 하는지 여부, 개인정보를 언제까지 보관할 수 있는지 여부와 관련한 중요한 기준을 제시할 가능성이 높다는 점에서 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 소송”에 해당된다고 판단되므로 「국가인권위원회법」 제28조제1항에 따라 헌법재판소에 법률상 의견을 제출하게 되었다.

3. 위원회는 법률상 의견제출을 위해 인간의 존엄성을 규정한 「헌법」 제10조, 영장주의원칙을 규정한 「헌법」 제12조제3항, 사생활의 비밀과 자유를 규정한 「헌법」 제17조, 무죄추정원칙을 규정한 「헌법」 제27조제4항과 「헌법」 제37조를 판단기준으로 하였다.

## II. 의견내용

### 1. 디엔에이 신원확인법의 주요내용

## 가. 법률의 제정 목적

동 법은 디엔에이신원확인정보의 수집·이용 및 보호에 필요한 사항을 정함으로써 범죄수사 및 범죄예방에 이바지하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다(법 제1조).

## 나. 디엔에이신원확인정보 사무관장

검찰총장은 제5조에 따라 채취한 - 경찰청장은 제6조 및 제7조에 따라 채취한 - 디엔에이감식시료로부터 취득한 디엔에이신원확인정보에 관한 사무를 각 총괄한다(법 제4조제1항).

## 다. 디엔에이감식시료의 채취대상

1) 검사는 방화죄, 살인죄, 약취·유인죄, 강간과 추행의 죄, 절도 및 강도죄, 폭행죄, 상해죄, 공갈죄 등 법 제5조제1항에 규정된 11개 범죄군에 해당하는 죄에 대하여 형의 선고, 「형법」 제59조의2에 따른 보호관찰명령, 「치료감호법」에 따른 치료감호선고, 「소년법」 제32조제1항제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 사람(이하 “수형인 등” 이라고 함)으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다(법 제5조제1항).

2) 검사 또는 사법경찰관은 법 제5조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄를 범하여 구속된 피의자 또는 「치료감호법」에 따라 보호구속된 치료감호대상자(이하 “구속피의자 등” 이라고 함)로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다(법 제6조).

3) 검사 또는 사법경찰관은 범죄현장 등에서 발견된 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다(법 제7조제1항).

라. 디엔에이감식시료 채취절차·방법

1) 검사는 관할 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 제 5조 또는 제6조에 따른 디엔에이감식시료 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있고(법 제8조제1항), 채취대상자가 디엔에이감식시료의 채취에 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있는데 이때 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다(동조 제3항).

2) 디엔에이감식시료채취영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행하나 다만 수용기관에 수용되어 있는 사람에 대한 디엔에이감식시료채취영장은 검사의 지휘에 의하여 수용기관 소속 공무원이 행할 수 있다(법 제8조제6항).

3) 디엔에이감식시료는 채취대상자의 신체나 명예에 대한 침해를 최소화하는 방법을 사용해야 하는데(법 제9조제1항), 구강점막에서의 채취, 모근을 포함한 모발의 채취, 그 밖에 디엔에이를 채취할 수 있는 신체부분, 분비물, 체액의 채취 등을 통한 방법이 사용될 수 있다(법 시행령 제8조제1항).

마. 디엔에이감식과 디엔에이신원확인정보의 데이터베이스에의 수록

1) 검찰총장과 경찰청장은 디엔에이감식시료의 감식, 데이터베이스에의 디엔에이신원확인정보의 수록, 데이터베이스의 관리를 디엔에이신원확인정보담당자에게 위임할 수 있다(법 제10조제1항).

2) 법 제7조제1항에 따라 범죄현장 등에서 채취한 디엔에이감식시료에서 얻은 디엔에이신원확인정보는 그 신원이 밝혀지지 않은 것에 한정하여 데

이터베이스에 수록할 수 있다(법 제7조제2항).

#### 바. 디엔에이신원확인정보의 검색·회보

디엔에이신원확인정보담당자는 데이터베이스에 새로운 디엔에이신원확인 정보를 수록하거나 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사 또는 변사자 신원확인을 위하여 요청하는 등의 경우에 디엔에이신원확인정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있다(법 제11조제1항).

#### 사. 디엔에이감식시료의 폐기

디엔에이신원확인정보담당자가 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록한 때에는 제5조 및 제6조에 따라 채취된 디엔에이감식시료와 그로부터 추출한 디엔에이를 지체 없이 폐기하여야 한다(법 제12조제1항).

#### 아. 디엔에이신원확인정보의 삭제

1) 디엔에이신원확인정보담당자는 수형인 등이 재심에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우, 구속피의자 등이 검사의 혐의 없음, 죄가안됨 또는 공소권없음 등의 처분이 있는 경우와 법원의 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우에는 직권 또는 본인의 신청에 의하여 디엔에이신원확인정보를 삭제하여야 한다(법 제13조제1항, 제2항).

2) 디엔에이신원확인정보담당자는 수형인 등 또는 구속피의자 등이 사망한 경우에 직권 또는 친족의 신청에 의하여 디엔에이신원확인정보를 삭제하여야 한다(법 제13조제3항).

3) 디엔에이신원확인정보담당자는 제7조에 따라 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보에 관하여는 더 이상 보존·관리가 필요하지 아니한 경우에 직권 또는 본인의 신청에 의하여 그 디엔에이신원확인정보를 삭제하여야 한다(법 제13조제4항).

## 2. 디엔에이 신원확인법의 인권침해 여부

“디엔에이 신원확인법”과 관련하여 헌법재판소에서 심리 중인 위 5건의 헌법소원 사건들은 주장하는 내용이 각각의 사안에 따라 개별적으로 조금 차이가 있지만 이를 종합하면 대체로 아래와 같은 점을 다투고 있는 것으로 보인다.

첫째, 수형인 등으로부터 디엔에이감식시료의 채취 등을 허용하는 “디엔에이 신원확인법” 제5조제1항, 제10조제1항의 규정이 당사자의 개인정보자기결정권 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하는지 여부

둘째, 피의자 등으로부터 디엔에이감식시료의 채취 등을 허용하는 동 법 제6조가 「헌법」 제27조제4항에서 보장하고 있는 무죄추정원칙에 위반되는지 여부

셋째, 디엔에이감식시료 채취절차를 규정하고 있는 “디엔에이 신원확인법” 제8조제1항, 제3항의 규정이 「헌법」 제12조제3항에서 보장하고 있는 영장주의 원칙에 위반되는지 여부

마지막으로 수형인 등의 사망시점까지 디엔에이신원확인정보를 저장할 수 있도록 규정한 “디엔에이 신원확인법” 제13조제3항이 과잉금지의 원칙에 반하여 당사자의 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부

이하에서는 위에서 언급한 쟁점들을 차례로 검토해 보도록 하겠다.

## 가. 디엔에이 신원확인법 제5조제1항, 제10조제1항의 개인정보자기결정권 침해 여부

### 1) 개인정보자기결정권의 보호영역과 그 제한

“디엔에이 신원확인법” 제10조제1항은 국가가 제5조에 따라 채취한 디엔에이감식시료의 감식을 통해 개인의 동일성에 관한 정보를 취득하고, 취득한 개인정보를 데이터베이스에 저장하여 범죄수사 목적 등을 위해 계속 사용하는 것을 허용하고 있는데, 이를 통해 개인정보자기결정권 제한의 문제가 발생한다.

개인정보자기결정권은 자신의 개인정보를 타인에게 제공할 것인지 여부, 제공할 경우 언제, 어느 범위에서 제공할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 오늘날 현대사회는 컴퓨터를 통한 개인정보의 데이터베이스화가 진행되면서 개인정보의 처리와 이용이 시공에 구애됨이 없이 간편하고 신속하게 이루어 질 수 있게 되었고, 정보처리의 자동화와 정보파일의 결합을 통하여 여러 기관간의 정보교환이 쉬워짐에 따라 한 기관이 보유하고 있는 개인 정보를 모든 기관이 동시에 활용하는 것이 가능하게 되었다. 그 결과 개인의 인적 사항이나 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사와는 무관하게 타인의 수중에 무한대로 집적되고 이용 또는 공개될 수 있는 새로운 정보환경에 처하게 되었고, 개인정보의 수집·처리에 있어서의 국가적 역량의 강화로 국가의 개인에 대한 감시능력이 현격히 증대되어 국가가 개인의 일상사를 낱낱이 파악할 수 있게 되었다. 이러한 상황 하에서 개인정보자기결정권은 현대의 정보통신기술의 발달에 내재된 위험성으로부터 개인정보를 보호함으로써 궁극적으로는 개인의 결정의 자유를 보호하고, 나아가 자유민주체제의 근간이 총체적으로 훼손될 가능성을 차단하기 위하여 필요한 최소한의 헌법적 보장 장치라고 할 수 있고, 「헌법」 제10조, 제17조, 제37조제1항에서 도출되는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시

되지 않은 기본권이다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사적 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함된다(헌법재판소 2005. 05. 26. 선고 99 헌마 513, 2004 헌마 190(병합) 결정 참고).

개인의 고유성, 동일성을 나타내는 디엔에이신원확인정보는 그 정보주체를 타인으로부터 식별가능하게 하는 개인정보이므로 개인정보자기결정권에서 보호하는 개인정보에 해당한다.

수사기관이 당사자의 의사에 반하여 수형인 등의 디엔에이신원확인정보를 수집하고 데이터베이스에 저장하는 것을 허용하는 “디엔에이 신원확인법” 제10조제1항, 제5조제1항에 의해 당사자의 개인정보자기결정권이 제한되고 있다.

헌법재판소는 개인정보의 수집·보관·이용이 문제되는 사건에서 침해되는 기본권으로 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등을 주장할 경우 이러한 권리들은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 관련되어 있다고 할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부를 판단함으로써 위 기본권들의 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있어 그 침해 여부를 별도로 검토할 필요가 없다는 입장이므로 여기서도 위 기본권들에 대한 검토는 따로 필요하지 않는 것으로 판단된다(헌법재판소 2005. 05. 26. 선고 99헌마513, 2004헌마190(병합) 결정 참고).



## 2) 개인정보자기결정권 제한의 정당화

개인정보자기결정권도 기본권 제한의 일반원칙인 「헌법」 제37조제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로써 제한할 수 있으나, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없고 필요한 최소한도에 그쳐야한다.

“디엔에이 신원확인법” 제10조제1항, 제5조제1항이 「헌법」 제37조제2항에 따른 과잉금지원칙을 위배하고 있는지 문제되는데, 과잉금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 수단이 효과적이고 적절하여야 하며(수단의 적합성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 수단을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다(헌법재판소 1990. 09. 03. 89헌가95 결정 참고).

### 가) 목적의 정당성과 수단의 적합성 충족 여부

“디엔에이 신원확인법” 제10조제1항, 제5조제1항을 통한 디엔에이감식, 그 결과의 데이터베이스에의 수록을 위한 입법목적은 ” 범죄수사와 범죄예방 “이고 이러한 목적은 공공의 질서를 유지하기 위해 필수적이므로 그 입법목적의 정당성은 인정된다.

기본권을 제한하는 조치는 추구된 목적을 달성하는데 기여할 경우 적절

하다고 평가되는데, 이때 조치는 최상의 것일 필요는 없고 목적달성에 대체로 기여하는 경우로 족하다. 위 제10조제1항, 제5조제1항을 통한 디엔에이감식, 그 결과의 데이터베이스에의 수록 등을 통한 수사방법은 범인발견에 있어서 큰 효율성이 입증되는 등 형사절차에서 신원확인을 통한 범죄수사와 범죄예방이라는 공익에 기여하고 있으므로 수단의 적합성 원칙은 충족될 수 있다.

## 나) 침해의 최소성 원칙 충족 여부

형사절차에서 디엔에이신원확인정보 사용으로 인한 국민의 개인정보자기결정권 제한을 최소화하기 위해서는 우선 디엔에이감식 대상범위를 “디엔에이 신원확인법” 목적달성을 위해 꼭 필요한 경우로 최소화하는 것이 필요한데 이는 주로 디엔에이감식이 허용되는 범죄와 대상자를 어떻게 정할 것인지와 관련하여 문제된다.

### (1) 디엔에이감식 대상범죄의 적정성 여부

“디엔에이 신원확인법”이 추구하는 목적을 고려할 때, 디엔에이감식 대상범죄는 법적평화를 심각하게 교란하거나 일반인의 법감정을 현저하게 침해하는 높은 불법성을 지닌 범죄로서(중대성), 무엇보다도 통계적으로 재범의 위험성이 높아야 하고(재범성), 전형적으로 개인을 식별하는데 적합한 검체를 남길 개연성이 있는 범죄이어야 한다(적합성).

“디엔에이 신원확인법” 제5조제1항에 따른 적용대상범죄는 ① 방화죄, ② 살인죄, ③ 약취·유인죄, ④ 강간·추행의 죄, ⑤ 야간주거침입절도·특수절도 및 강도의 죄, ⑥ 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」의 상습적 또는 집단적 폭행·협박·체포·감금·재물손괴·주거침입·강요 등의 죄, 범죄단체구성·활동에 관한 죄, ⑦ 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」의

약취·유인의 죄와 상습적 절도·강도 등의 죄, ⑧ 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」의 성폭력범죄, ⑨ 「마약류관리에 관한 법률」의 마약에 관한 죄, ⑩ 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 성폭력범죄, ⑪ 「군형법」의 상관·초병 살인죄, 방화죄 등 11개의 범죄군으로 분류할 수 있다.

이 중 **약취와 유인죄**는 그 자체가 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」에 의하여 대부분 가중처벌 되는 점에서, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」의 상습적 또는 집단적 폭행·협박·체포·감금·재물손괴·주거침입·강요 등의 죄는 상습성이나 집단성에 중점을 두어 적용대상으로 한 것으로 판단되는데 적어도 **주거침입, 퇴거불응, 재물손괴죄**와 같은 비교적 경미한 범죄도 확일적으로 적용대상으로 하였다는 점에서, **존속살인죄**의 경우 형기가 무기 등 장기복역으로 인해 출소 후 재범을 범할 우려가 크지 않다는 점에서 이들 범죄를 대상 범죄군에 포함한 것은 최소 침해의 원칙과 관련하여 문제가 있는 것으로 보인다.

## (2) 디엔에이감식 대상자의 적정성 여부

“디엔에이 신원확인법”은 제5조제1항에서 정한 범죄로 유죄확정판결을 받은 모든 사람에 대하여 디엔에이감식 등을 허용하고 있는데, 이처럼 개인의 특수한 상황을 반영하지 않은 채 동 범죄를 범한 자 모두를 일률적으로 디엔에이감식 대상자로 포함시키는 것은 디엔에이 감식 대상자의 범위를 지나치게 넓힌다는 점에서 침해의 최소성 원칙에 반하는 것은 아닌지 검토할 필요가 있다.

개인의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 저장한다는 것은 기본적으로 저장되는 데이터가 장래에 사용될 것을 전제로 한다고 할 수 있다. 장래에 사용되지 않을 개인의 디엔에이신원확인정보는 저장될 필요가 없고

그럼에도 불구하고 이를 저장할 경우에는 불필요한 개인정보의 수집에 해당되어 과잉금지원칙에 반할 것이기 때문이다. 장래의 사용 필요성에 대한 판단은 재범의 가능성에 기초하여야 할 것인바, 당사자가 미래에 다시 특정한 범행을 하여 동인의 디엔에이신원확인정보가 형사절차에서 사용될 것인지 여부는 당사자의 개별적인 상황에 따라 개개인 별로 달라질 수 있고 따라서 항상 개인의 구체적인 상황을 고려해서 판단해야 하는데 “디엔에이신원확인법”은 이에 대한 아무런 고려가 없다는 문제점이 있다.

현재의 법 규정에 따르면 남편의 가정폭력 등을 피하기 위해 남편을 살해한 가정주부, 양아버지의 성폭력을 피하기 위해 양아버지를 살해한 딸, 자신의 집이 강제로 철거되는 것을 막기 위해 공권력에 대항한 자, 범죄가 비교적 경미하여 집행유예를 받은 자 등에 대해서도 디엔에이감식이 허용될 수 있는데 이러한 자들은 범죄를 다시 범할 가능성이 매우 낮다는 점에서 이들까지 디엔에이감식대상에 일률적으로 포함시키는 것은 살인, 강간 등 강력사건으로부터 사회를 보호하고자 하는 “디엔에이신원확인법”의 입법목적에 부합하지 않는 것으로 보인다.

위와 같은 점을 고려할 때 범죄의 동기, 경중, 성향, 재범의 위험성에 대한 아무런 고려 없이 일률적으로 특정범죄를 범했다는 이유만으로 디엔에이감식 등을 허용하는 동법 제10조제1항, 제5조제1항은 침해의 최소성 원칙에 반할 가능성이 있다.

이와 관련하여 독일 형사소송법 제81g조제1항은 장래의 형사절차에서 신원확인을 위한 디엔에이감식시료의 채취 및 분석을 위한 요건으로 당사자에 대하여 미래에 새롭게 형사절차가 개시될 것이라는 특정한 사실에 근거한 예측을 필수적인 요건으로 정하고 있다. 동항은 법원이 당사자의 재범가능성에 대한 판단을 함에 있어 범행의 종류, 범행의 실행방법, 범인의 인성, 그 밖의 상황(다른 관청의 기록, 전과 등)을 반드시 고려하도록 하

고 있는 것을 참고할 필요가 있을 것이다.

### 3) 소결론

이상 검토한 바와 같이 “디엔에이 신원확인법” 제10조제1항, 제5조제1항은 디엔에이감식 대상범죄로 적절하지 않은 범죄를 포함하는 등 비교적 광범위하다는 점, 범죄의 동기, 경중, 성향 등을 고려해 볼 때 재범가능성이 없어서 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록할 필요가 없는 경우에도 특정 범죄를 범했다는 이유만으로 일률적으로 데이터베이스에 수록될 가능성이 있다는 점에서 「헌법」 제37조제2항에서 규정하고 있는 과잉금지원칙(침해의 최소성 원칙)에 반하여 수형인 등의 개인정보자기결정권을 침해할 가능성이 높다고 판단된다.

#### 나. 디엔에이 신원확인법 제6조의 무죄추정원칙 위반 여부

「헌법」 제27조제4항은 무죄추정원칙을 규정하고 있는데 무죄추정원칙이란 형사절차와 관련하여 아직 공소의 제기가 없는 피의자는 물론이고 공소가 제기된 피고인까지도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 주지 않아야 하며, 불이익을 준다고 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 함을 말한다(헌법재판소 1990. 11. 19. 선고 헌가48 결정). 이러한 원칙이 제도적으로 표현된 것으로는 공판절차의 입증단계에서 거증책임을 검사에게 부담시키는 제도, 보석 및 구속적부심 등 인신구속의 제한을 위한 제도, 그리고 피의자 및 피고인에 대한 부당한 대우 금지 등이 있다(헌법재판소 2001. 11. 29. 헌바41 결정). 여기서의 불이익에는 형사절차상의 처분뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분도 포함된다.

디엔에이감식시료의 채취대상자에 구속된 피의자가 포함되는 것과 관련

하여 무죄추정원칙 위반여부가 문제된다.

이에 대하여 법무부는 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 재판이나 형의 집행이 아니라 향후 재범가능성에 대비한 협조의무를 부과한 것으로 무죄추정원칙과 직접적인 관련성이 없다는 입장이고, 대한변호사협회도 디엔에이감식시료를 채취하는 것 자체는 피의자를 범죄자로 취급하는 것은 아니고 이미 종래에 수사단계에서 피의자에 대한 지문채취도 허용되고 있는 점에 비추어 본다면 무죄추정원칙에 반하는 것은 아니라는 의견이다.

그러나 디엔에이감식시료 채취는 뒤에서 살펴보는 바와 같이 강제처분에 해당하므로 단순히 향후 재범가능성에 대비한 협조의무를 부과한 것으로 볼 수 없다. 또한 구속피의자는 아직 유죄가 확정되지 않았기 때문에 논리적으로 재범을 할 우려가 있다고 말할 수 있는 단계가 아니다. 그럼에도 불구하고 구속피의자로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 구속피의자를 부당하게 범죄자로 취급하게 된다는 점에서 디엔에이감식시료를 채취하는 것 자체는 피의자를 범죄자로 취급하는 것은 아니라는 견해에 동의할 수 없다. 그리고 수사단계에서 지문채취는 디엔에이감식시료와는 달리 처음부터 장래범죄수사에 사용하기 위해 데이터베이스에 저장할 목적으로 수집되는 것이 아니라는 점에서 지문의 채취와 디엔에이감식시료 채취를 동일하게 볼 수 없다.

수형인 등에 대해서는 이미 “디엔에이 신원확인법” 제5조제1항에서 규정하고 있는 재범의 우려가 높은 범죄를 확정적으로 범했다는 사실을 근거로 동인들의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 저장하는 것이 일단 정당화 될 수 있을 것이나 구속피의자 등은 아직 확정적인 유죄판결을 받지 않았기 때문에 구속피의자에 대하여 디엔에이감식시료를 채취할 경우 「헌법」 제27조제4항에서 보장하고 있는 무죄추정의 원칙에 반할 가능성이 있다고 판단된다.

## 다. 디엔에이 신원확인법 제8조제1항, 같은 조 제3항의 영장주의원칙 위반 여부

「헌법」 제12조제3항에서 규정하는 영장주의는 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 신분이 보장된 법관이 발부한 영장에 의해야 한다는 원칙이다. 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야 한다는 것이다. 영장주의는 강제처분에 적용되는데, 여기서 강제처분은 물리적 강제력을 행사하는 경우뿐만 아니라 상대방에게 의무를 부담하는 처분 또는 상대방의 의사에 반하여 실질적으로 법익 또는 기본권을 침해하는 처분도 포함된다.

“디엔에이 신원확인법” 제5조제1항에 따른 디엔에이감식시료 채취행위가 강제처분에 해당되는지 여부가 영장주의와 관련하여 문제된다.

디엔에이감식시료의 채취는 주로 구강점막, 모근을 포함한 모발의 채취를 통해 이루어지고, 예외적으로 혈액의 채취를 필요로 하는데, 당사자가 채취에 자발적으로 동의하지 않는 경우에는 불가피하게 개인의 신체의 자유를 제한하는 물리력을 수반하게 될 가능성이 있다. 따라서 디엔에이감식시료의 채취는 강제처분에 해당하고 이를 위해 당사자의 동의가 없는 경우에는 법관의 영장을 필요로 한다.

이와 관련하여 “디엔에이 신원확인법” 제8조제1항은 검사가 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 법 제5조제1항 등에 따라 디엔에이감식시료 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다고 규정하여 형식적으로는 영장주의 원칙을 따르고 있는 것으로 보인다. 그러나 동법 제8조제1항은 디엔에이감식시료 채취의 허용 여부를 결정함에 있어

실질적으로 판사가 관여할 수 있는 여지가 너무 협소하기 때문에 독립한 법관에 의한 당사자의 보호라는 영장주의 본질에 반하는 것은 아닌지 문제된다. 즉 “디엔에이 신원확인법” 제8조제1항은 제5조제1항에 규정된 범죄에 대한 범행을 원인으로 구속되었거나 유죄판결을 받은 자에 대하여 검사가 디엔에이감식시료채취영장 청구여부를 결정할 수 있도록 규정하는 반면에 판사가 디엔에이감식시료채취영장 발부여부를 결정할 수 있는 - 예를 들어 재범위험성과 같은 - 실제적 요건규정을 두고 있지 않다. 영장청구를 받은 법관이 어떠한 기준에 의하여 영장을 발부하거나 기각할 것인지 명확한 기준을 제시하지 않음으로써 법관 개인의 주관에 따라 영장재판이 이루어질 수밖에 없는데, 이는 영장주의의 이념에 반하는 것이다.

대법원 홈페이지에서 제공하는 디엔에이감식시료채취영장 발부통계를 보면 2010년 동안 총 135건의 영장신청이 있었는데, 그 중 8건 만이 기각되어 영장발부율이 약 94%에 이르고, 2011년은 5월 기준으로 95건의 영장청구 중 88건의 영장이 발부되었고, 4건은 기각, 3건은 일부기각 되는 등 영장발부율이 약 95.8%에 이르고 있어 실제로 검사가 청구한 영장이 대부분 발부되는 것으로 확인되었다.

	총 신청	영장발부	기각	일부기각	발부율
2010	135	127	8		약 94%
2012	95	88	4	3	약 95.8% (일부기각 포함)

참고로 외국의 입법례를 보면 독일과 캐나다는 디엔에이감식시료 채취를 위해 영장을 필요로 하는데, 특히 독일은 디엔에이감식시료 채취뿐만 아니라 디엔에이감식을 위해서도 판사의 영장이 요구되고, 판사가 영장을 발부하기 위해서는 중대한 의미의 범행 여부 판단에 기초가 되는 특정한 사실, 당사자의 장래범행 발생을 예측한 근거 등을 포함한 결정이유를 작성해야



한다. 반면에 영국과 미국은 디엔에이감식시료의 채취과정에서 영장을 요구하지 않는다. 영국은 사적시료에 국한하여 당사자의 동의를 요구하고, 미국은 시료채취를 거부할 경우 형벌(1년 이하의 징역이나 10만 달러 이하의 벌금)에 의한 간접강제를 원칙으로 하고 있다.

또한 “디엔에이 신원확인법” 제8조제3항은 당사자의 동의가 있는 경우 판사의 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있도록 규정하고 있는데 동 규정이 영장주의 원칙과 관련하여 문제가 있는 것은 아닌지 검토할 필요가 있다.

디엔에이감식시료의 채취로 인해 문제되는 신체의 자유 제한은 당사자가 자유로이 처분할 수 있는 기본권이라는 점에서 당사자의 동의를 통한 영장배제 규정은 허용될 여지가 있다고 판단되나 동의를 통한 영장배제가 유효하기 위해서는 적어도 영장주의 원칙을 통해서 달성하고자 하는 정도의 당사자에 대한 권리보호가 이루어져야 할 것이다. 이를 위해서는 무엇보다도 당사자의 진지하고 자유로운 의사에 기한 동의가 제도적으로 보장되어야 할 것이다. 그러나 구속피의자 등과 수형인 등은 형사절차에서 받을 불이익을 우려하거나 교정시설에서 받을 불이익을 우려하여 수사기관 등에서 디엔에이감식시료 채취 등을 요구할 때 이를 거부하기 어려운 위치에 있어 구속피의자 등의 동의가 과연 일반인과 같은 자유로운 의사에 기해 행해질 수 있는 것인지 의문스럽고, 동법 제8조제3항은 당사자에 대하여 동의를 거부할 수 있다는 것만 고지할 뿐 어떠한 목적으로 디엔에이감식시료를 채취하는지, 어디에 사용되는지, 어떻게 처리되는지에 대하여 충분한 설명규정을 두고 있지 않다는 점에서 동의가 유효하기 위한 요건을 제대로 충족하고 있지 못한 것으로 보인다. 특히 디엔에이감식시료의 채취는 침해가 채취행위 그 자체로 끝나는 것이 아니라 채취된 디엔에이감식시료가 디엔에이감식에 사용되고 감식결과는 당사자의 사망 때까지 데이터베이스에 수록되어 사용된다는 점에서 디엔에이감식시료를 채취하기 위한 동의를 구하

는 과정에는 위와 같은 내용의 설명이 반드시 포함되어야 할 것이다. 결국 동법 제8조제3항은 유효성에 의문이 있는 동의를 근거로 영장주의를 배제할 수 있도록 한다는 점에서 영장주의원칙에 위배될 소지가 있다고 판단된다.

따라서 “디엔에이 신원확인법” 제8조제1항은 법관의 영장발부와 관련하여 검사의 청구 적법성을 판단할 수 있는 아무런 실체적인 규정을 두지 않아 영장주의를 사실상 형해화하고 있다는 점에서, 동조 제3항은 당사자의 동의가 유효하기 위한 전제요건을 충족하지 못한 채 영장주의 배제를 규정하고 있다는 점에서 「헌법」 제12조제3항에서 규정하고 있는 영장주의원칙에 위배될 가능성이 높은 것으로 판단된다.

#### 라. 디엔에이 신원확인법 제13조제3항의 개인정보자기결정권 침해 여부

“디엔에이 신원확인법” 제13조제3항에 따르면 제10조제1항, 제5조제1항, 제6조를 통해 데이터베이스에 적법하게 수록된 디엔에이신원확인정보는 수형인 등이 사망한 경우에 직권 또는 친족의 신청에 의해 비로소 삭제될 수 있다.

이처럼 당사자의 사망시까지 디엔에이신원확인정보를 저장할 수 있도록 한 것은 과잉금지원칙에 반하여 개인정보자기결정권을 침해하는 것은 아닌지 문제된다.

이와 관련하여 위 제13조제3항 규정의 목적의 정당성, 수단의 적합성 등은 이미 앞에서 살펴본 것과 동일한 이유로 인정될 수 있을 것이다. 그러나 동 규정은 침해의 최소성 원칙을 충족하기는 어려울 것으로 판단된다.

데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보는 더 이상 수록이 필요하지 않으면 삭제되어야 한다. 당사자가 실제로 동인의 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록된 이후 20년 내지 30년 동안 장기간 범 죄를 범하지 않은 경우에는 디엔에이신원확인정보를 수록할 필요성이 사실상 사라졌다고 볼 수 있을 것인데 이 경우에도 당사자의 사망시까지 저장할 필요가 있는지 의문스럽다. 특히 소년범의 경우 아직 사리분별이 미숙한 상태에서 범한 죄로 인하여 평생 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 저장되어 검색·조회되기 때문에 지나치게 가혹하다고 할 수 있다. 이처럼 “디엔에이신원확인법” 제13조제3항은 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록된 이후 당사자가 실제로 다시 범 죄를 범하였는지 여부를 고려하지 않고 일률적으로 당사자의 사망시까지 디엔에이신원확인정보를 저장할 수 있도록 한다는 점에서 침해의 최소성 원칙에 반하여 개인정보자기결정권을 침해할 소지가 높다고 판단된다.

독일의 경우 당사자의 사회적 낙인에 대한 재사회화 이익을 고려하여 성인의 경우 10년, 청소년의 경우 5년이 지난 경우에 계속 저장의 필요성 여부를 심사하는 규정을 두고 있고, 스웨덴은 석방 후 10년, 벨기에, 네덜란드는 입력 후 30년이 지난 후에 삭제하는 규정을 두고 있는 것을 참고할 필요가 있을 것으로 보인다.

### Ⅲ. 결론

이상 살펴본 것처럼 “디엔에이신원확인법”의 위헌여부를 다투는 2011헌마 28 헌법소원 사건 등은 개인정보자기결정권의 제한과 정당화와 관련한 의미 있는 논점을 포함하고 있는 등 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판에 해당하므로 「국가인권위원회법」 제28조제1항에 따라 이상과 같은 의견을 제출하기로 한다.

2011. 07. 25.

위원장 현 병 철

위원 장 향 숙

위원 김 영 혜 <불참>

위원 홍 진 표

위원 김 태 훈

위원 최 윤 희

위원 김 양 원

위원 장 주 영

위원 한 태 식

위원 윤 남 근

위원 양 현 아

위 정본입니다.

2011. 8. 25.

국 가 인 권 위 원 회

행정사무관 이 경 우 (인)