

변론요지서

사 건 2011헌마326 디엔에이감식시료 채취행위위헌확인 등
청 구 인 서석문 외 4

위 사건에 관하여 청구인들의 대리인은 다음과 같이 변론요지서를 제출합니다.

다 음

1. 들어가면서

가. 이 사건 헌법소원의 대상인 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 ‘이 사건 법률’)은, 구체적인 혐의를 전제로 수사 대상자로부터 DNA시료를 채취하고 검증하는 절차를 규율하는 것이 아니라, 특정인으로부터 DNA시료를 채취하여 분석하고 데이터베이스 구축을 통해 필요한 경우 언제든지 특정인의 DNA정보를 검색하여 범인 검거 등 수사에 활용하는 것으로 목적으로 하고 있습니다.

따라서, 이 사건 헌법소원 대상은 단순히 DNA시료 채취뿐 아니라, 감식, 수록(데이터베이스), 검색, 회보 전반(이하 ‘DNA 정보 데이터베이스 구축과 이용’ 이라고만 합니다)에 걸친 기본권 침해 여부입니다.

나. 이 사건 법률은 끊임 없는 인권침해 논란 속에서 제대로 사회적 합의도 이루지 못하고, 강호순 연쇄살인사건 등을 배경으로 탄생한 졸속 입법 중 하나입니다.

경쟁적으로 개인 유전정보 데이터베이스 구축사업을 추진해 오던 검찰

과 경찰이 서로의 이권을 양보하지 않아 이원적 구조를 채택하였고, 구체적인 혐의가 없음에도 DNA 신원확인정보 데이터베이스에 정보가 수록되었다는 이유만으로 저인망식 수사가 가능하도록 함으로써 적법절차 원리를 무색하게 만들었습니다.

다. 우리나라는 이미 각 개인마다 고유한 식별번호인 주민등록번호와 지문을 전산화된 형태로 구축하여 운영함으로써 세계적으로도 드문 신원확인 시스템을 갖추고 있습니다. 그럼에도 정부는 인권침해의 소지를 무릅쓰면서까지, 정부는 수사를 위해 개인의 생체정보이자 어떠한 개인정보보다 개인의 인격과 밀접하게 관련되어 있으며 가족관계까지도 알려주는 DNA 정보를 데이터베이스로 구축하였는바, 이 사건 법률의 위헌성을 심사할 때 외국 입법례와 비교할 것이 아니라, 이 사건 법률 제정 당시의 상황, 입법목적, 이미 구축하여 운영하고 있는 신원확인시스템, 범죄현황 등을 함께 고려하여야 할 것입니다.

2. 심판청구의 적법성

가. 이해관계자 주장의 요지

법무부장관은, 검사나 사법경찰관의 DNA 감식시료 채취라는 구체적인 집행행위가 있을 때 기본권 침해 여부가 문제될 수 있으므로 이 사건 법률에 대한 심판청구는 직접성의 요건을 충족하지 못했고, 당사자 동의에 따른 DNA 채취행위는 행정행위의 일종이므로 보충성의 요건도 충족하지 못했으며, 영장에 의한 DNA 감식시료 채취는 재판의 집행에 불과하므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 주장합니다.

한편, 경찰청장은 자기관련성이 없다고 주장합니다.

그러나, 위 주장은 다음과 같이 부당합니다.

나. 심판청구의 적법성

- (1) 이 사건 법률의 경우, 법률에 의해 직접 기본권이 제한되는 것이 아니라 검사의 DNA감식시료 채취 행위라는 집행행위로 인해 비로소 기본권이 제한되는 것이므로 직접성 요건이 문제될 수 있습니다. 그러나, 헌법재판소는 구체적인 집행행위가 존재하는 경우에도, 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 혹은 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 단지 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것에 불과한 경우 당해 법률 규정에 대한 전체 관련성이 확실하다고 인정된 때에는 예외적으로 당해 법률 규정을 직접 헌법소원 대상으로 삼을 수 있다고 판시하였습니다(헌법재판소 1992. 4. 14.자 90헌마82 결정 등).

이 사건의 경우, 채취대상자의 불복수단에 대하여 명시적 규정이 없고 형사소송법상의 준항고 등 불복수단이 준용되는지 여부도 명확하지 않으며, 구제절차가 있더라도 이 사건 소송에서 다투는 바와 같이 이 사건 법률에서 영장발부 또는 채취에 대한 법원의 판단 요건을 명시하지 않아 권리 구제의 가능성이 없으므로 직접성의 예외가 인정된다고 할 것입니다.

- (2) 그리고, 청구인들은 영장 발부 그 자체를 다투는 것이 아니라 사실행위인 채취행위의 위법성을 다투고, 영장발부에 대해서는 그 적용 법률의 위헌성을 다투고 있으므로, 보충성의 요건을 충족하지 못했다거나 재판에 대한 헌법소원이라는 주장도 부당합니다.
- (3) 마지막으로, 경찰청장은 청구인들이 유죄확정판결에 의해 형이 확정된 자들이므로 이 사건 법률 제6조에 관한 청구부분은 자기관련성이 없다고 주장합니다.

청구인들이 이 사건 헌법소원청구서에서 이 사건 법률 제6조의 위헌 판단을 명시적으로 구하지는 않았으나 다른 규정의 위헌성을 논증하는 과정에서 제6조의 위헌도 함께 주장하였는바, 이러한 맥락에서 경찰청장이 자기관련성 여부를 주장하는 것으로 보입니다.

그런데, 이 사건 법률 제5조 및 제6조의 규정이 서로 밀접한 관련이 있어 같은 심사척도가 적용되어야 한 이상, 그 내용을 분리하여 따로 판단하는 것은 적절하지 않다고 할 것입니다(헌법재판소 2003. 6. 26. 자 2001헌가17 결정). 따라서, 이 사건 법률 제6조에 대해서도 자기관련성이 있으므로 위헌 여부를 함께 판단해 주시기 바랍니다.

3. DNA 정보의 특성

가. 쟁점

DNA 신원확인정보의 데이터베이스 구축과 이용이 올 인권침해 문제를 살펴보기 전, DNA의 특성과 데이터베이스 그 자체의 문제에 대해 먼저 살펴보겠습니다.

나. DNA 정보의 특성

(1) DNA정보는 식별능력을 가지고 있습니다.

DNA 정보는 식별능력을 가지고 있습니다. 이것이 DNA 데이터베이스의 이유이기도 한데, ‘신원확인정보’ 라고 하더라도 특정 개인 뿐 아니라 유전적 관련성(혈연관계)을 가진 사람들을 추적할 수 있고 나아가 인종적 프로파일링에도 사용될 수 있습니다.

그런데 혈연관계에 대한 정보 때문에 가족 검색의(family search) 문제가 발생할 수 있습니다. 가족 검색이란 특정인과 유사한 유전형을 갖는 사람들이 있는지, 이들이 DNA 데이터베이스에 포함된 특정인의 가족일 가능성이 있는지를 이용하여 수사에 유용한 정보를 얻는 것을 말합니다. 예를 들어, 범죄현장에서 발견된 DNA 정보가 데이터베이스에 수록된 정보와 일치하여 수사를 했는데 DNA 정보데이터베이스에 수록된 사람의 알리바이가 인정되는 경우, 그 사람의 가족이 용의자 선상에 오를 수 있다는 것입니다.

‘나 때문에 자식의 발목을 잡는 거 같다’ 는 청구인들의 탄식은, 이 사건의 본질을 정확히 이야기해주고 있습니다.

그리고 이러한 식별능력으로 DNA 정보는 근대 형법의 자백만큼이나 유력한 증거로 인식되고 있는데, 경찰은 DNA 정보에 대한 절대적 신뢰로 DNA 대조를 통해 장기 미제 사건의 혐의자를 체포한 경우 무죄 추정의 원칙을 무시하고 ‘DNA 대조로 장기 미제 사건을 처리했다’ 는 기사를 내보내고 있습니다.

그러나, 2012. 11. 폭력사건으로 구속되었다가 집행유예로 풀려난 사람의 DNA가 6년 전에 발생한 성폭행 미수현장에서 발견된 혈흔의 DNA와 일치하다는 이유로 경찰이 ‘6년 된 미제사건을 DNA 대조기법으로 해결하였다’ 며 언론에 대대적으로 홍보하고 3주간 구속 수사를 하였는데 결국 성폭행 미수 사건과 무고한 것으로 밝혀진 사건¹이 보여주듯이, DNA 정보의 식별능력은 범죄수사에 도움을 주는 한편, 강한 증거가 되어 무고한 시민을 높으로 빠뜨릴 수 있습니다.

미국의 예인데, 오클라호마 톨사에 거주하는 듀햄은 강간죄로 300년의 형을 선고받았는데 범죄 시각에 다른 곳에 있었다는 7가지 알리바이에도 불구하고 피해자 몸에서 발견된 DNA와 일치한다는 이유로 유죄판결을 받았으나, 결국 초기 테스트 재분석을 통해 혼합된 샘플

1 http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/586527.html

을 분리하는 과정에서 해석을 잘못된 것이 확인되어 구속된지 4년 만에 석방되었다고 합니다.

이러한 사례들은 ‘DNA의 식별능력’ 이 근대 헌법과 형사법 원리를 뛰어넘어서는 안된다는 것을 보여준다고 할 것입니다.

(2) DNA 정보는 예측기능을 가지고 있습니다.

(가) 이 사건 법률 제2조 제3호에서 ““디엔에이 감식”이란 개인식별을 목적으로 DNA 중 유전정보가 포함되어 있지 아니한 특정 염기서열 부분을 검사, 분석하여 디엔에이신원확인정보를 취득하는 것을 말한다”고 규정하고 있습니다. 즉, 개인식별정보는 유전정보와 무관하다는 것입니다.

그리고, 이 사건의 법무부장관과 경찰청장은, DNA염기서열은 유전정보를 포함하고 있는 코드화 영역인 엑손과 유전정보와는 무관한 비코드화 영역인 인트론으로 나뉘지는데, ‘DNA신원확인정보’란 유전정보를 포함하지 않는 인트론 영역(정크 DNA)으로부터 얻을 수 있는 정보로서 유전적 특성에 대한 유전정보를 확인할 수 없다고 주장합니다.

(나) 그러나 DNA식별정보는 개인마다 고유한 DNA 정보들의 조합으로써 염기서열의 반복횟수를 통해 신원확인정보를 분석하는데(경찰청장 변론요지서 7쪽), 염기서열 반복 개수의 세트는 특정인이 가지고 있는 고유한 유전정보, 예를 들어, 성별, 피부 및 머리카락 색깔, 다운증후군과 같은 염색체 이상 유전병 등을 추가적인 분석 없이 프로파일링을 통해 알려줍니다. 따라서, 개인식별정보를 통해 충분히 유전정보를 파악할 수 있습니다.

그러하기에, 이 사건 법률 이전에 발의된 「유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안」에서는, “유전자감식”이라 함은 유

전자감식시료로부터 추출한 유전자를 검사, 분석, 비교, 대조하여 개인의 동일성 여부를 판단하는 행위를 말한다' 고 함으로써(제2조 제2호), '유전정보' 와 '신원확인정보를 나누지 않았습니다.

그리고 그 동안 생리대사 물질인 단백질을 만들어내는 유전자 부위와는 달리 단백질을 만들지 않아 별다른 기능을 하지 않은 것으로 추정돼 왔던 이른바 인트론, 또는 '쓸모없는 DNA (정크 DNA, junk DNA)' 부위에도 유전자 발현을 조절하는 수많은 기능 부위가 존재한다는 사실이 체계적 연구를 통해 밝혀졌습니다(참고자료 1 참조).

따라서, DNA 중에서 유전정보가 전혀 없는 부분은 상정할 수 없으며, 이 사건 법률에서 시료채취 대상으로 정한 부분 역시 개인의 생체정보로써 어떠한 개인정보보다 개인의 인격과 밀접하게 관련되어 있으며 혈연관계까지 밝혀짐으로써 제3자의 인격권에도 영향을 미치는 중요한 정보라고 할 것입니다.

그런데, 최근 잇따라 일어난 주민등록번호 유출사건이나 금융정보 유출사건이 보여 주듯 정보 유출의 위험성은 항존하므로, DNA 시료나 감식결과, 데이터베이스의 유출은 엄청난 재앙으로 이어질 것입니다.

4

법무부장관과 경찰청장은 DNA신원확인정보가 숫자의 나열에 불과하여 유출되더라도 프라이버시권 침해 문제가 발생하지 않는다고 주장하지만, 이는 억지 주장에 불과하며 그 정보가 인적 정보와 만나게 되면 중대한 인권침해로 이어질 것입니다.

(다) 그리고, 신원확인에 사용되는 DNA 부위와 다른 정보의 분석에 사용되는 DNA 부위가 서로 분리되어 존재하는 것이 아니라 분석

위치만 다르기 때문에 분석과정에서 대상자의 성별, 다운증후군 여부 등 다양한 정보를 파악할 수 있고, 그 과정에서 DNA 정보가 오용 또는 남용될 수 있습니다.

(3) 소량의 물질에서도 추출이 가능합니다.

DNA정보는 피부, 혈흔, 머리카락, 타액 등 소량의 신체 물질에서도 추출이 가능하므로, 당사자의 인지나 동의가 없이도 악수한 후 남아 있는 지문이나 바닥에 떨어진 침, 담배꽂초, 장갑, 흉기 등을 통해 은밀하게 채취할 수 있습니다.

따라서, DNA 정보가 생체정보로서 아주 중요한 개인정보임에도 침해 방법이 간단하기 때문에 본인의 의사와 무관하게 데이터베이스 구축에 포섭되면서 개인정보자기결정권을 침해당할 수 있습니다.

더욱이 이 사건 법률 제7조 제1항에서 ① 범죄현장에서 발견된 것, ② 범죄의 피해자 신체의 내·외부에서 발견된 것, ③ 범죄의 피해자가 피해 당시 착용하거나 소지하고 있던 물건에서 발견된 것, ④ 범죄의 실행과 관련된 사람의 신체나 물건의 내·외부 또는 범죄의 실행과 관련한 장소에서 발견된 것은 영장도 없이 DNA 감식시료를 채취할 수 있도록 규정하고 있는데, 이로써 범죄현장에 있었다는 우연한 사정으로 본인도 모르게 DNA 정보가 데이터베이스에 구축될 수 있는 근거까지 마련되어 있습니다.

다. DNA신원확인정보와 지문과의 차이

DNA 데이터베이스구축은 지문과 많이 비교되어 주장되고 있습니다. 그러나, 지문정보는 지문 대조를 통해 동일성 여부만 확인할 뿐, 혈연관계에 있는지, 성별은 어떠한지, 알츠하이머나 유방암 등에 걸릴 가능성이 있는지 등을 설명해 주지는 못합니다.

그러나, DNA정보에는 풍부한 유전정보를 담고 있습니다. 물론, 이 사건 법률에서는 개인식별을 목적으로 DNA 중 ‘유전정보가 포함되지 않은²’ 특정 염기 서열을 검사, 분석하도록 하고 있으며 이에 따라 정크 DNA를 채취하여 감식한다고 하지만, 정크 DNA라고 하더라도 지문보다 더 많은 정보를 가지고 있습니다. 앞에서 살펴본 바와 같이 정크 DNA라고 하더라도 유전자 발현을 조절하는 수많은 기능 부위가 존재하며, 정크 DNA 분석을 통해 가족이나 가까운 친척의 관련성을 충분히 확인할 수 있습니다.

따라서, DNA정보는 지문정보와 달리 엄청난 양의 개인정보를 가지고 있으므로, 인권침해의 정도도 매우 중하다고 할 것입니다. 따라서, 지문제도(헌법재판소 2005. 5. 26.자 헌마513 결정 참조)보다 더 엄격한 헌법적 통제가 이루어져야 할 것입니다.

라. DNA신원확인정보 데이터베이스의 문제 및 헌법적 통제의 필요성

(1) DNA신원확인정보 데이터베이스가 갖는 문제

이 사건 법률의 위헌성을 판단할 때, DNA 정보가 갖는 특성 이외에 ‘데이터베이스’ 그 자체가 갖고 있는 문제도 함께 고려되어야 합니다.

① 우선, 데이터베이스는 입력 대상이 많으면 많을수록 데이터베이스의 실효이 커질 것이라는 기대 속에서, 기확장성을 가지고 있습니다. 이해관계자들이 예로 들고 있는 미국만 보더라도 처음에 DNA정보 데이터베이스 수록대상이 성폭력범죄 등 일부 폭력범죄의 유죄판결을 받은 자로 한정했다가, 확장성의 속성으로 그 범위가 점차 확장되고 있습니다.

² 이 사건 법률 제2조 제3호에 그와 같이 규정되어 있습니다.

그러나, 확장 과정에서 뜨거운 인권침해 논쟁이 이루어지고 있으며, 정부기관도 인권침해를 최소화하기 위해 여러 견제장치를 만들고 있습니다.

데이터베이스의 확장성은 빅브라더 사회를 불러 올 것이며, 이는 사생활 비밀이나 개인정보자기결정권의 침해, 더 나아가 인간으로서의 존엄과 가치에 대한 훼손을 가지고 올 것입니다.

② 그리고 DNA신원확인정보 데이터베이스는 신상정보나 다른 신원확인 유전자 데이터베이스와 연동될 가능성이 있습니다. 현재 범죄자 뿐만 아니라 미아찾기, 이산가족 찾기 등의 목적으로 신원확인 유전자 데이터베이스가 구축되어 있고, 17세 이상 국민들의 지문정보가 데이터베이스로 구축되어 경찰에 의하여 관리되고 있습니다.

이들 데이터베이스가 서로 연동 내지 연계되면 수집목적을 벗어나 전 국가적 감시망이 구축될 가능성이 있고 감식기술의 사회적 활용이 크게 증가할 것이며, 그 과정에서 사회적 낙인, 차별과 배제가 확대될 수 있습니다.

③ 마지막으로, DNA신원확인정보 데이터베이스는 위험통제를 위한 정책적 수단으로 사용될 수 있습니다.

예를 들어, 미국의 경우 2003년에 디트로이트 지역에 거주하는 이라크 출신 미국인 5,000여명에 대하여 FBI가 구체적인 범죄혐의도 없이 DNA시료 채취를 시도하였습니다.

한국에서도 2004년 경찰이 중국동포 살인사건에서 일정한 직업 없이 현장 주변을 배회하는 20대 중반~30 대의 불법 체류중인 남성 중국동포 140여명의 머리카락을 뽑고 면봉을 사용해 18명의 입 안쪽 구강세포 표본을 채취하여 물의를 일으킨 사실 있습니다(참고자료 2 참조). ‘범인이 중국 동포 옷차림을 하고 있다’ 는 목격자의 진술 때문에 이와 같이 무차별 조차를 했다고 하는데, ‘중국동포 옷차림’ 이라

는 전제 자체가 말도 안된다는 점에서, DNA 정보 조사가 특정 부류의 사람들을 통제하는 정책적 수단으로 충분히 사용될 수 있음을 보여준다고 할 것입니다.

그리고 이러한 점이 DNA 정보 데이터베이스의 도입을 단순히 범죄해결을 위한 도구로만 볼 수 없는 이유이기도 합니다.

(2) 헌법적 통제의 필요성

DNA정보 데이터베이스의 구축은 DNA정보가 갖는 특성뿐 아니라, 정보처리기술을 통하기 때문에 정보주체의 인격을 생물학적·사회적 특성에 따라 체계적으로 개관·분류함으로써 인격권의 본질적 내용을 침해하거나 통제사회의 위험을 야기할 수 있습니다.

따라서, 형사사법의 효율성을 위한 DNA정보 데이터베이스의 구축은 이로 인해 달성하게 될 우월한 공공의 이익을 실현하기 위하여 필요한 최소한도로 그 범위를 제한하여야 하고 운용과정에서 예측되는 위험에 대한 절차법적 보호장치를 충실하게 구현해야 할 것입니다.

헌법재판소는 자동화된 전산시스템을 통한 정보의 집적 및 이용이 가지고 올 위험성과 통제의 필요성을 판시하였는데, DNA정보 데이터베이스 구축에도 그 내용이 적용되어야 할 것입니다.

“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 2003헌마 282·425(병합))

마. 소결

이 사건 법률을 통해 취득하고 보관, 관리하는 DNA 정보는 한 개인에게 있어 본질적이고도 가장 중요한 고유 정보에 해당하는 만큼, 수사기관 역시 이를 취득하여 데이터베이스로 구축하려는 욕구가 강할 수 밖에 없습니다(다른 나라의 데이터베이스 확장성이 이를 잘 말해주고 있습니다).

그러나, DNA 정보가 개인의 신체와 사생활의 영역에 있어 핵심에 해당하는 이상, 효율성을 추구하는 국가권력 앞에서 인권의 가치가 절대 양보되어서는 안되며 적법절차원리와 과잉금지원칙이 절대적으로 지켜져야 할 것입니다.

4. 침해되는 기본권에 대하여

가. DNA시료를 채취하여 감식하고 데이터베이스로 구축하여 이용하는 일련의 과정에서, 개인정보자기결정권과 신체의 자유, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 등이 침해될 수 있습니다.

나. 개인정보자기결정권

(1) 이 사건 법률은 수형자나 구속피의자 등으로부터 DNA 정보를 채취하여 이를 감식하고 취득하는 행위를 규율하고 있습니다. DNA 정보는 개인을 식별할 수 있는 민감한 정보로 ‘개인정보’에 해당하고 이러한 ‘개인정보’는 ‘개인정보자기결정권’에 의해서 헌법상 보호됩니다.

헌법재판소도 개인정보자기결정권은 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보

의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 의미하며, 이와 같은 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다”고 판시하고 있습니다(헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513 참조).

- (2) 법무부장관이나 경찰청장은 DNA신원확인정보가 단순한 숫자 정보에 불과하므로 어떠한 개인정보도 알아낼 수 없기에 프라이버시권 침해 문제는 발생하지 않는다고 합니다.

그러나, 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특정짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보이고, 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위가 모두 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로, 위 주장은 궤변에 불과합니다.

다. 신체의 자유

- (1) 검찰이나 경찰은 개인에게 가장 민감하고 중요한 유전자 정보가 들어있는 DNA 시료를 몸에서 떼어 내어 감식하는데, 이 사건 법률 시행령 제8조에서 규정하고 있는 DNA감식시료 채취 방법으로는, ① 구강점막에서의 채취, ② 모근을 포함한 모발의 채취, ③ 그 밖에 DNA를 채취할 수 있는 신체부분, 분비물, 체액의 채취(위 ① 또는 ②에 따른 DNA 감식의 채취가 불가능하거나 현저히 곤란한 경우) 등이 있습니다.

개인의 몸에서 개인에게 가장 중요한 유전자 정보가 들어 있는 신체의 일부를 훼손한다는 점에서 손바닥에 있는 지문을 날인하는 것과 차원을 달리하며, 이는 신체를 훼손당하지 않을 권리의 침해에

해당합니다.

헌법재판소는 헌법 제12조 제1항 전문에서 규정하고 있는 ‘신체의 자유’에 대하여, 신체의 안전성이 외부로부터 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해 당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유라고 관시함으로써(헌법재판소 1992. 12. 24.자 92헌가 8 결정, 헌재 2004. 12. 16.자 2002헌마478 결정), 신체를 훼손당하지 않을 권리도 신체의 자유 중 하나로 해석하였습니다.

그러므로, DNA감식시료 채취는 신체의 자유를 침해하는 행위입니다.

- (2) 이와 관련하여, 경찰청장은 ‘면봉 등을 이용한 구강세포의 채취, 모발의 채취와 같이 신체에 미치는 물리력 정도가 극히 미미한 방식의 DNA 채취는 사실상 신체에 대한 유형력의 행사라고 보기 어렵다’고 주장합니다(변론요지서 19쪽).

그러나, 물리력 정도가 구속 또는 체포 등에 미치지 못하더라도, 개인의 신체적 특성과 미래 질병에 대한 예측, 가족의 유전적 특성까지를 모두 말해주고 있는 유전자정보가 포함되어 있는 신체의 일부를 채취한 행위는, 물리력 정도를 떠나 중대한 신체의 훼손에 해당합니다.

라. 평등권

헌법 제11조 제1항은 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교, 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다’고 규정하고 있습니다.

이 사건 법률 적용 대상자는 특정 범죄를 범한 ‘범죄자’로서 헌법 제11조에서 규정하고 있는 후천적으로 취득된 ‘사회적 신분’에 해당되

며, 이 사건 법률에 의한 DNA 정보의 채취로 말미암아 개인정보자기결정권에 대한 ‘중대한 침해’가 발생하는 경우에 해당되므로, 엄격한 심사기준인 비례원칙이 적용되어 차별을 정당화하는 사유가 있어야 합니다.

그러나 청구인들의 경우 이 사건 법률을 통해 예방하려고 했던 중대한 범죄를 범하지도 않았고 재범의 위험성도 없습니다.

따라서, 이 사건 법률은 합리적인 이유 없이 청구인들을 다른 범죄자와 차별 취급하고 있으며, 이로 인하여 침해되는 청구인들의 불이익이 결코 과소하다고 할 수 없음에 비하여, 이 사건 청구인들에게 차별취급을 함으로써 달성되는 공익인 장래의 형사소추의 효율성이라는 것을 침해되는 사익과 형량해 보아도 침해되는 사익이 훨씬 크다고 할 것이므로, 결국 이 사건 법률은 평등원칙에 위배된다고 할 것입니다.

마. 기타

DNA 정보 데이터베이스 구축과 이용은, 그 대상자를 잠재적 범죄자로 규정하고 국가권력의 감시와 통제 속에 가두어 두며 본인도 모르는 사이 범죄의 혐의 유무와 무관하게 수사 대상이 된다는 점에서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해합니다.

5. 영장주의 원칙 및 적법절차원칙 위반

가. 영장주의 의의 및 적용범위

헌법 제12조 제3항은 체포, 구속, 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 함으로써 영장주의를 헌법적 차원에서 보장하고 있는데, 영장주의는 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지

못한다는 원칙을 의미합니다(헌법재판소 2006. 7. 27.자 2005헌마277 결정).

이 사건 법률의 목적인 DNA감식시료채취와 데이터베이스 구축의 성격에 대하여 여러 논란이 있으나, 입법목적³에서도 명시하고 있듯이 DNA 정보 데이터베이스 구축이 장래 발생할 범죄의 범인을 특정·검거하기 위한 수사목적에 위한 것이므로 ‘수사’로서의 성격을 가지고 있습니다.

따라서 시료 채취와 신원확인정보의 획득, 신원확인정보의 수록(데이터베이스) 및 수록된 신원확인정보의 검색은 사법적 강제처분의 성격을 가지므로 영장주의가 적용된다고 할 것입니다.

나. 적법절차 위배 - 범원의 통제 및 실질적 심사권 배제

(1) 이 사건 법률은 ‘시료 채취’에 관해서만 영장주의를 채택하고 있는바, DNA 시료 채취를 허용하는 법관의 영장은 DNA 시료 감식 및 DNA 정보의 취득, 데이터베이스화, 이용에까지 포괄적으로 미친다고 할 것입니다.

따라서, 이 사건 이해관계자들이 주장하는 바와 같이 이 사건 법률에서 규정하고 있는 시료채취 방식이 신체에 중대한 훼손을 가하는 것은 아니지만, 채취 대상인 DNA 시료는 개인과 가족의 본질적이고도 중요한 유전적 정보를 담고 있는 매우 중요한 신체 일부이며, 시

3 정부는 이 사건 법률의 입법목적에 ‘최근 빈발하고 있는 살인, 강간, 방화 등 강력사건의 범죄 수법이 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’이라고 보고 있습니다

(http://www.lawnb.com/lawinfo/link_view.asp).

료 채취를 통해 데이터베이스 구축과 이용으로 이어진다는 점에서 DNA감식시료 ‘채취’가 인권에 미치는 영향은 매우 중대합니다. 그런데 이 사건 법률은 시료채취 영장 발부에 관한 요건이나 기준을 명시하고 있지 않습니다.

우리 헌법은 적법절차 원칙을 헌법원리의 하나로 수용하고 있는데(제12조 제1항 후문), 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있으며 형사소송절차와 관련하여서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하는 것으로 이해되고 있습니다(헌법재판소 1996. 12. 26.자 94헌바1 결정, 헌법재판소 2004. 9. 23.자 2002헌가17결정 등). 따라서 영장주의에서도 이러한 적법절차 원리가 적용되어야 하는데, 이 사건 법률에서 영장 발부의 요건과 기준을 명시하지 않은 것은 다음과 같은 문제가 있습니다.

- (2) 형사소송법은 체포, 구속, 압수, 수색의 사유를 규정함으로써 영장 발부의 요건과 한계를 제시하고 있는데, 체포, 구속에 대해서는 ‘죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유’, ‘도망 또는 도망우려’와 ‘증거인멸’을 그 요건으로 규정하고 있으며(형사소송법 제70조, 제200조의 3 등), 압수, 수색의 경우에는 ‘필요한 때에 피고(피의) 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것’이라는 요건과 범위를 명시하고 있습니다(형사소송법 제106조, 제109조).

그런데 이 사건 법률은 채취 대상 범죄와 대상자 범위만 명시하고 있을 뿐, 그 이외의 요건은 명시하고 있지 않습니다. 따라서, 검찰이나 경찰은 이 사건 법률에서 규정하고 있는 채취 대상 범죄와 채취 대상자의 범주에만 해당하면 언제든지 영장을 청구할 수 있고, 법원

은 대상 범죄와 대상자 범주만 심사하여 영장을 발부할 수 있는 것으로 해석되고 있습니다.

박영선 의원실이 경찰청으로부터 받은 자료에 의하면, 2010. 7. 26.부터 10. 31.까지 DNA감식시료채취 영장으로 총 10건이 신청되었는데 그 중 1건만 기각되었는바(참고로, 다음 항에서 살펴보는 바와 같이 이 기간 중 동의서에 의한 채취는 3,280건으로 99.76%였고, 영장에 의한 집행은 9건에 불과했습니다), 이는 법원이 실질적인 심사 없이 영장을 발부하고 있다는 것을 보여주고 있습니다.

구체적인 범죄 혐의가 있는 수사에서 조차 체포, 구속과 압수, 수색의 요건을 규정하여 영장발부의 기준으로 삼고 있는데, 구체적인 범죄 혐의 없이 막연히 장래의 위험성 때문에 인간에게 가장 중요한 유전적 정보를 취득하여 데이터베이스를 구축하는데 있어서 별도의 요건을 요구하지 않는 것은 적법절차 원리에 위배됩니다.

그리고 입법 목적에 비추어 볼 때, 적어도 DNA시료 채취의 필요성과 데이터베이스화에 대한 필요성, 범죄의 중대성, 재범의 위험성 등을 그 요건으로 해야 할 것입니다.

- (3) 영장주의가 실질적인 의미를 가지려면 법원이 판단재량을 갖고 영장 실질 심사를 하여야 하는데, 이 사건 법률에는 법원의 판단재량을 인정할 만한 규정이 없고 판단재량과 관련한 기준도 명시되어 있지 않습니다.

따라서, 이 사건 법률에서 영장주의를 채택하고 있지만, 그 내용이 합리성과 정당성을 갖추지 못했고 국민의 기본권 보장에 충실하지 못하므로 적법절차 원리에 위배됩니다.

- (4) 더욱이 데이터베이스에 들어간 신원확인정보가 그 사람의 구체적인

범죄 혐의와 무관하게 언제든지 수사의 대상이 되고 있다는 점에 비추어 보더라도, 영장발부 요건과 한계를 명시하지 않은 것은 문제가 있습니다.

이 사건 법률은 데이터베이스에 저장된 DNA신원확인정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있는 경우로 ① 데이터베이스에 새로운 DNA신원확인정보를 수록하는 경우, ② 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사 또는 변사자 신원확인을 위하여 요청하는 경우, ③ 법원이 형사재판에서 사실조회를 하는 경우, ④ 데이터베이스 상호간의 대조를 위하여 필요한 경우 등을 규정하고 있습니다(제11조).

이에 의하면, 수사기관은 범죄수사를 위해 필요하다는 이유로 데이터베이스에 수록된 수 많은 사람들의 DNA정보를 무작위로 검색할 수 있습니다. 수사기관이 범행현장에서 수집한 DNA정보를 가지고 DNA데이터베이스의 자료를 검색하는 경우 구체적인 범죄혐의가 인정되지 않는 수 많은 시민의 DNA정보를 검색하게 되는데, 이는 구체적인 혐의나 ‘상당한 이유’가 없는 사람들의 정보를 검색하는 것이라는 점에서 질적으로 서로 다르지 않습니다. 이는 사실상 ‘치안’ 내지 ‘범죄예방’이라는 막연한 목표를 내세워 저인망식 DNA정보검색을 정당화하고 있습니다.

이와 같이 DNA 정보 데이터베이스는 지금까지 형사소송절차에서 인권보장을 위해 절제된 권력의 무한한 확장을 가지고 올 수 있으므로, 적법절차 원칙에 충실한 심리가 이루어져야 할 것입니다.

다. 당사자 동의의 문제점

- (1) 강제처분에 대해서도 일정한 경우 영장주의의 예외가 인정되고 있는데, 이 사건에서 DNA시료채취를 강제처분으로 볼 경우 당사자 동의를 영장주의의 예외로 볼 수 있는지가 문제입니다.

(2) 이 사건 법률 제8조 제3항에서 동의를 절차로 채취대상자에게 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다고 규정하고 있습니다. 그러나 실무에서는 이 사건과 같이 출석 안내문만 발송할 뿐 안내문 안에 거부와 동의에 관한 설명이 없고, 서면으로 동의를 구하는 절차도 준수되고 있지 않습니다.

가사 위 규정에 의한 절차가 준수된다고 하더라도 인신이 구금되어 있는 수형인이나 구속피의자들이 자발적인 의사로 DNA감식 시료 채취에 대한 동의여부를 결정하리라고는 기대하기 어렵습니다.

사전 고지나 안내를 받았다고 하더라도 당사자가 동의하지 않은 경우 진술거부권과 달리 영장발부를 통해 감식시료를 채취할 수 있으므로 사실상 당사자의 동의나 거부가 무의미하며, 실제로도 영장주의를 침탈하기 위한 우회적 수단으로 사용되고 있습니다. 박영선 의원실이 경찰청으로부터 입수한 자료에 의하면, 2010. 7. 26. 부터 2010. 10. 31. 까지 ‘동의서’에 따른 집행 건수가 영장에 의한 집행건수에 비해 99.76%나 차지한다고 합니다.

위 자료 결과는, 대상자들이 채취 요구를 거절하지 못하며 결국 영장주의가 형해화 되었음을 보여준다고 할 것입니다.

(3) 그리고 당사자 동의는 다음과 같은 이유로도 영장주의의 예외 사유가 될 수 없습니다.

이 사건 법률에 의한 DNA시료 채취는 구체적 범죄 혐의에 근거한 수사가 아니라 장래 발생할지 모른다는 막연한 추측 하에 미리 개인의 중대한 정보를 취득하여 데이터베이스화 하는 것이므로, 구체적 수사에서 진행되는 DNA 시료 채취와는 명백히 구별됩니다. 즉, 구체적인 범죄 혐의가 없음에도 장래 발생할 수사를 위해 미리 국

가가 개인의 중요한 유전적 정보를 취득하여 데이터베이스를 구축하는 것입니다.

따라서, 수사에 필요한 상당성과 필요성을 충족하지 않은 상황에서 DNA시료를 채취하고 데이터베이스를 구축하는 것이므로, 당사자의 동의를 있다고 하여 바로 임의수가 될 수 없습니다.

그리고 공익적인 필요에 의해 데이터베이스 구축이 필요하다고 하더라도 그로 인해 개인에게 발생한 인권침해가 매우 중대하기 때문에, 시료 채취가 적법하기 위해서는 ‘범죄의 중대성’ 과 ‘재범의 위험성’ 요건을 반드시 갖추어야 하는바, 그에 대한 판단을 수사기관과 개인에게 맡기는 것은 적절하지 않으며 법원의 통제 아래 두어야 합니다.

특히 DNA 시료 채취를 허용하는 법관의 영장은 DNA 시료 감식 및 DNA 정보의 취득, 데이터베이스화, 이용을 포괄적으로 허용하는 법관의 영장을 의미한다는 점에서, 이렇게 포괄적인 의미를 가지는 절차의 요건을 본인의 동의만으로 배제하는 것은 적법절차 위리에도 위배됩니다.

(4) 헌법 제12조 제3항은 영장주의의 예외로 ‘명백성’ 과 ‘긴급성’ 을 요건으로 하고 있고(헌법 제12조 제3항에서 영장주의의 예외로 ‘현행범인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때’ 로 규정하고 있습니다), 이러한 경우에도 사후 영장을 통해 법원의 사후 통제를 받도록 하고 있습니다.

따라서, DNA 시료 채취에서 영장주의의 예외를 인정하더라도, 명백성과 긴급성이 일응 기준이 되어야 하며, 그 예외요건은 이를 엄격히 제한함으로써 예외가 일반적인 경우로 전환되지 않도록 해야 합니다. 그런데, 이 사건 법률에 의한 DNA 시료 채취의 경우 영장주의

의 예외를 인정할 만한 긴급한 상황을 기대하기 어려우며, 사후에 법원이 이를 통제할 제도적 장치도 마련되어 있지 않습니다.

실무에서 임의동행에서의 ‘임의성’ 이 많이 문제되고 있는데, 임의동행 형식을 취했으나 실제 강제 연행인 경우 수사의 불법을 문제 삼으면서 그 때 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 다툰 나 있으나, 이 사건 법률에서는 절차의 위법성을 이유로 DNA신원확인정보의 삭제를 요청할 권리도 없습니다.

(5) 그러므로 ‘당사자 동의’ 를 영장주의의 예외로 인정하는 것은 적법 절차 원리에 위배됩니다.

6. 과잉금지원칙 위배

가. 쟁점

이 사건 심판 대상 규정은 앞에서 살펴본 바와 같이 개인정보자기결정권, 신체의 자유 등을 제한하고 있는데, 그 기본권 침해성을 판단하는 중요한 쟁점 중 하나가 과잉금지원칙입니다.

이 사건 법률의 목적이 ‘범죄수사와 범죄예방’ 에 있으므로 이 사건 법률에서 규정하고 있는 DNA시료 채취와 감식, DNA정보 획득과 수록이 일응 목적의 정당성과 수단의 적합성을 충족한다고 하더라도, 이 사건 심판대상은 다음과 같이 침해의 최소성의 요건과 법익균형성 요건을 충족하지 못하고 있습니다.

나. 심사 척도

국가가 개인의 DNA 정보를 채취하여 감식하고 DNA정보 데이터베이스

를 구축하는 것은, 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 ‘사생활의 기본조건’ 이고 자기결정의 핵심적 영역 또는 인격적 핵심과 관련된 것이므로, 개인의 핵심적 자유영역에 대한 침해에 해당합니다.

그런데 헌법재판소는, 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 판시하고 있습니다(헌법재판소 2002. 10. 31.자 99헌바76 등).

따라서, 이 사건 심판 대상에 대해서도 입법의 동기가 된 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계가 충분히 소명, 입증되어야 하며, 그렇지 않은 경우에는 위헌이라고 할 것입니다.

다. 피해의 최소화 1. - 적용대상

(1) 쟁점

DNA 정보는 지문이나 주민등록번호 등 그 어떤 개인정보 보다 개인의 인격에 관련된 수많은 정보(질병, 가족관계 등)를 포함하는 민감한 정보라는 점에서 가능한 이의 취득을 최소화하는 것이 필요하며, DNA 정보를 채취하더라도 입법 목적을 실현할 수 있는 대상 범 죄 및 대상자의 범위를 명확하고 엄격하게 설정하여 개인정보자기 결정권의 침해를 최소화 하여야 할 것입니다.

(2) 적용대상 규정

이 사건 법률은 DNA감식시료를 채취할 수 있는 대상범죄로 11개의 범죄유형을 규정하고 있습니다(제5조 제2항).

① 방화죄, ② 살인죄, ③ 약취·유인죄, ④ 강간·추행죄, ⑤ 야간추거침입절도, 특수절도 및 강도의 죄, ⑥ 『폭력행위 등 처벌에 관한 법률』 상 상습적이거나 집단적으로 행해진 폭행·협박·체포·감금·재물손괴·주거침입·강요 등의 범죄 및 범죄단체구성·활동에 관한 죄, ⑦ 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』 상 약취·유인의 죄, 상습절도 및 상습강도 등의 범죄, ⑧ 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 상의 성폭력범죄, ⑨ 『마약류관리에 관한 법률』 상 마약에 관한 죄(동법 제58조 내지 제61조의 죄), ⑩ 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』 상 성폭력범죄, 청소년성매수죄, 청소년매매죄 및 강요행위, ⑪ 『군형법』 상 상관·초병살인죄 및 방화죄 등.

그런데, 이 사건 법률의 제정 목적과 회보 규정의 문언에 비추어 볼 때, DNA감식시료의 채취 및 데이터베이스 구축과 이용을 정당화할 수 있는 유일한 목적이자 근거는 ‘장래의 범죄수사와 효율적인 형사소추’를 확보하는데 있고, ‘재범의 위험성이 높은 강력범죄’가 그 적용대상이 되어야 합니다.

법무부는 2009. 10. 20. 이 사건 법률안의 국무회의 통과를 알리는 보도자료에서, ‘살인, 아동성폭력 등 재범의 위험성이 높은 흉악범들의 DNA를 채취하여 데이터베이스에 수록하고, 범죄발생시 범인의 조속한 검거에 활용하기 위해’ 이 사건 법률안이 국무회의를 통과하였다고 발표함으로써, 이 사건 법률이 ‘재범의 위험성이 높은 흉악범’을 그 적용대상으로 하고 있음을 명시하였고, 법제사법위원회도 이 사건 법률의 취지를 ‘강력범죄를 저지른 사람의 디엔에이 신원확인정보를 미리 확보·관리하여 디엔에이 신원확인정보 데이터베이스 제도를 도입함으로써 강력범죄가 발생하였을 때 등록된 디엔에이

이 신원확인정보와 비교를 통하여 신속히 범인을 특정·검거하고, 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제하며, 더 나아가 디엔에이 신원확인정보가 등록된 사람의 재범 방지 효과를 제고하려는 것'이라고 명시하였습니다(“디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 검토보고”, 국회 법제사법위원회(2009. 11.)).

이 사건 법률이 인권침해 논란을 겪으며 여러 차례 입법이 무산되었다가 2010. 7.이 되어서야 제정이 될 수 있었던 배경도, 혜진 예술사건 및 강호순 연쇄살인사건 등 사회적 이목을 끄는 강력 사건이 잇따라 발생하면서 DNA 신원확정보 데이터베이스 설립의 필요성이 전면에서 떠오르자 강력범죄에 대한 대응으로 입법에 이르게 되었습니다.

따라서, DNA정보 수집은 입법목적의 달성에 필요한 최소한도의 범위에 한정되어야 하며, 이러한 점에서 이 사건 법률의 적용 대상 범주는 법적 평화를 심각하게 교란하거나 일반인의 법감정을 현저하게 침해하는 높은 불법내용을 지닌 범죄로서(중대성), 무엇보다 통계적으로 재범의 위험성이 높아야 하고(재범성), 전형적으로 개인을 식별하는데 적합한 검체를 남길 개연성이 있는 범죄이어야 합니다(적합성).

그러나 이 사건 청구인들의 사례가 보여주듯 중대한 범죄가 아니거나 재범의 위험성이 없는 경우까지 이 사건 법률의 적용대상으로 하는 것은 피해 최소성의원칙에 위배됩니다.

(3) 중대성

이 사건 법률을 제정할 때 정부는 성폭력과 같은 중대한 범죄(재범의 위험성)를 그 적용 대상으로 한다고 하였고, DNA데이터베이스화

가 초래한 중대한 인권침해에 비추어 보더라도 그 적용범위를 엄격히 제한할 필요가 있습니다.

그런데, 박영선 의원실이 경찰청을 통해 입수한 자료에 의하면 2010. 7. 26.부터 2013. 3. 31.까지 아래표와 같이 DNA시료 채취 집행을 중 가장 많은 범주를 차지한 것인 ‘절도’와 ‘폭처법’입니다.

| 연 도 | 합계 | 방화 실화 | 살인 | 약취 유인 | 강간 추행 | 강도 절도 | 폭력 행위 | 특가법 | 성폭력 | 마약 | 청소년 성보호 | 군 형법 | 기타 |
|----------------------|--------|----------|-------|----------|----------|----------|----------|-------|-------|-------|------------|---------|----|
| 합 계 | 28,605 | 590 | 2,065 | 72 | 1,956 | 8,426 | 4,065 | 4,112 | 3,568 | 2,559 | 1,192 | 0 | 0 |
| 2010.7.26. ~12.31 | 5,789 | 123 | 393 | 12 | 404 | 1761 | 681 | 1028 | 728 | 448 | 211 | 0 | 0 |
| 2011 | 11,654 | 235 | 824 | 27 | 778 | 3571 | 1459 | 1700 | 1408 | 1196 | 456 | 0 | 0 |
| 2012 | 9,284 | 182 | 693 | 31 | 659 | 2494 | 1679 | 1122 | 1208 | 763 | 453 | 0 | 0 |
| 2013.1.1. ~3.31 | 1,878 | 50 | 155 | 2 | 115 | 600 | 246 | 262 | 224 | 152 | 72 | 0 | 0 |

즉, DNA 데이터베이스가 당초 목적인 대로 사회적 위험성이 큰 성폭력범 등이 아니라 사회에 적응하지 못하거나 무기력 또는 능력 없는 자들을 관리할 목적으로 사용될 우려가 높음을 보여주고 있습니다. 입법 제정 당시 대법원도 야간주거침입절도 등 상대적으로 가벼운 범죄 등은 대상범죄에서 제외하여야 한다는 의견을 제시하였습니다.

절도범은 야간주거침입절도 및 특수절도와 같이 행위상황이나 행위양태로 인해 불법성이 가중되는 경우로 적용대상을 정하고 있으나, 절도범은 기본적으로 사람의 생명, 신체, 자유에 대한 중대한 침해와 직접적으로 관련이 없습니다. 절도범 중 야간주거침입절도와 특수절도를 예외적으로 대상범죄로 인정하려면 위 범죄들이 불법이 내용면에서 강력범죄와 동가치한 것으로 평가될 수 있으며, 재범들도 전

체 범죄의 재범률보다 높다는 점에 대한 실증적인 증거가 필요한데, 국가는 이를 입증하지 못하고 있습니다.

한편 이 사건에 직접 적용되는 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ (이하 ‘폭처법’) 위반의 경우도, 위 법률에서 규정한 폭력범 자체를 강력범죄로 볼 수 있을지 의문입니다. 폭력범에는 상해, 폭행, 협박, 체포·감금, 약취·유인, 공갈, 손괴 등 다양한 범죄유형이 포함되어 있어 일률적으로 폭력범을 강력범죄로 보기 어렵습니다. 재산범죄인 공갈 및 손괴를 제외하면 약취·유인의 법정형이 가장 높고, 상해, 체포·감금, 협박, 폭행의 순으로 법정형이 낮아지는데, 형법상의 법정형만을 비교하더라도 폭력범을 강력범죄의 범주에 속한다고 보기 어렵습니다.

(4) 재범의 위험성

이 사건 법률의 목적이 ‘범죄수사 및 형사소추’ 이므로, 적용대상 범죄는 ‘재범의 위험성’ 이 높은 범죄여야 하고, 영장 발부나 채취요건에서도 재범의 위험성을 요구해야 합니다. 재범의 위험성이 없는 사람에게 이후 발생할 범죄 수사나 형사소추를 위해 DNA시료를 채취하거나 데이터베이스화 할 필요가 없기 때문입니다.

그리고 이 사건 법률이, 장래 범죄에 대한 구체적인 혐의 없이 미리 수사차원에서 DNA신원확인정보를 취득하여 데이터베이스화 하는 것을 목적으로 하므로, 수사 요건인 ‘범죄 혐의’ 는 아니더라도 ‘특별한 필요’ 는 충족되어야 합니다. 즉, 당해 범죄사건에서 특정 범죄로 (구속되거나) 확정판결을 선고 받는 것 이외에 차후에 다시 특정범죄를 범할 것이라는 전제에 대한 근거가 존재해야 합니다⁴. 그러

4 참고로, 독일 연방헌법재판소는 현저한 범죄(특정범죄) 및 사실에 근거한 재범의 위험성의 예측이라는 실체적 요건과 법관의 영장심사라는 요건이 법률의 제정목적에 달성하기에 적합하고

한 점에서도 ‘재범의 위험성’은 DNA 시료채취 및 데이터베이스를 위한 최소한의 요건이라고 할 것입니다.

그런데, 이 사건 법률에서 재범의 위험성에 대하여 별도의 규정을 두고 있지 않아 결국 재범의 위험성을 찾아볼 수 없는 청구인들에 대하여 이 사건 법률에 따라 DNA시료가 이루어졌으므로, 이 사건 법률 제5조 및 제8조와 이 사건 채취행위는 피해 최소성의 원칙에 위배되었다고 할 것입니다.

라. 피해의 최소성 2. - 보존기한의 문제

(1) 자신의 유전자 정보가 데이터베이스에 들어간 사람은 형을 다 마친 후에도 평생 수사기관의 감시의 눈길을 의식하면서 살 수 밖에 없고, 이는 사회적 생명의 사형선고나 다름 없습니다.

그런데 이 사건 법률 제13조 제3항에 의하면, 일단 DNA신원확인정보가 데이터베이스가 구축된 이상 당사자가 사망할 때까지 국가가 계속 정보를 보관, 관리하게 됩니다.

(2) 그러나, 국가가 개인의 가장 중요하고도 본질적인 유전적 정보를 취득하고 보관할 수 있는 것은, 중대한 범죄에 대한 장래의 범죄수사 및 형사소추라는 공익적 이익이 큰 경우에 한하여 허용될 수 있습니다. 그러한 점에서, ‘범죄수사 및 형사소추’의 필요성을 고려하지 않고 대상자가 사망할 때까지 국가가 개인의 DNA정보를 보관하는 것은 최소침해의 원칙에 명백히 위배됩니다.

(3) 대상자의 개인정보 자기결정권에 대한 침해를 최소화하기 위하여, 데

필요하며 좁은 의미에서 비례관계에 있는 수단이라는 점에서, 수형자의 DNA신원확인정보의 수집 및 수락을 규정한 구 신원확인법 제2조 및 형사소송법 제81g조를 합헌으로 결정하였다고 합니다(BVerfGE 103, 34. 2000. 12. 14. 헌법재판소 결정).

이더베이스에 수록된 DNA신원확인정보는 그 입법목적에 비추어 더 이상 수록의 필요성이 없으면 삭제되어야 합니다.

구체적인 방안으로는 개별사례마다 일정한 기한을 정해 놓고 수록된 DNA신원확인정보의 삭제 여부를 심사하는 방식이 있고, 일정한 기간이 경과하면 삭제하도록 하는 방식이 있는데, 독일의 경우 성인은 10년, 청소년은 5년이 지나면 삭제여부에 대한 심사를 받도록 하고 있고, 스웨덴은 석방 후 10년, 벨기에와 네덜란드는 입력 후 30년이 지난 후에 삭제하는 규정을 두고 있습니다.

마. 범익의 균형성

- (1) DNA시료 채취와 감식 및 이를 통한 DNA 정보의 획득과 이용을 통해 실현하려는 범죄수사 및 범죄예방의 목적과 이로 인해 피해를 입는 수형자 등과 구속피의자 등의 개인정보자기결정권은 균형적으로 실현되어야 한다는 것이 헌법적 요청입니다.

그런데 이러한 입법 목적의 실현은 지문과 같은 개인정보를 활용해서도 가능하므로 중요한 것은 DNA 정보를 추가로 활용했을 때 그 밖의 개인정보만을 활용할 때보다 증가하는 입법목적의 실현일 것입니다. 그런데, 이와 같은 입법목적의 실현 정도의 증가가 얼마나 되는지 명백하지 않습니다.

- (2) DNA 정보로 범인을 검거했다는 다수 언론을 볼 때 DNA 정보가 수사에 효과적으로 사용될 수는 있겠으나, DNA 정보를 활용함으로써 이것을 활용하지 않을 때보다 개인정보자기결정권에 대한 피해는 명백하게 현저합니다. 이 사건 법률에 의하면 수형자 등뿐만 아니라 구속피의자 등도 자신의 DNA 정보를 채취, 감식, 수록당 할 수 있고, 심지어 범죄현장 등에서 발견된 DNA 정보는 본인도 모른 채 채취, 감식, 수록당 할 수 있는데, 이것은 DNA 정보를 활용하여 실현될 수

있는 범죄수사나 범죄예방의 효과보다 DNA 정보의 활용을 통해 개인정보자기결정권을 침해당할 수 있는 국민의 피해가 훨씬 더 크다는 것을 의미합니다.

그리고 DNA 정보가 생체정보의 하나로서 어떠한 개인정보보다 개인의 인격과 밀접하게 관련되어 있고 특히 이를 통해 혈연관계가 밝혀짐으로써 제3자의 인격권에도 영향을 미치기 때문에, DNA 정보의 활용을 통한 입법목적의 실현 정도가 명백하더라도 DNA 정보의 활용을 통해 침해 당하는 개인정보자기결정권의 중대성과 비교하여 DNA 정보를 활용하여 실현하고자 하는 범죄수사나 범죄예방의 목적이 반드시 중대하다고 보기 어렵습니다.

(3) 따라서, 이 사건 법률은 법익균형성을 충족하지 못했으므로 위헌이라고 할 것입니다.

6. 법률 시행 당시 이미 확정판결을 받은 수형 중인 자에 대한 법률 적용의 문제점

가. 쟁점

이 사건 법률 부칙 제2조에서 이미 형이 확정되어 수용 중인 사람, 치료감호선고 또는 소년법에 따라 보호처분결정을 받아 수용 중인 사람에 대해서도 이 사건 법률을 적용하게 하였고, 위 규정에 따라 청구인들은 이 사건 법률 시행 이전에 발생한 사건들로 형사 유죄 확정 판결을 받고 이 사건 법률에 따라 DNA 감식시료를 채취 당하였습니다.

그러나, 이 사건 법률 당시 이미 확정판결을 받은 수형 중인 청구인들에 대하여 이 사건 법률을 적용하는 것은 다음과 같은 문제가 있습니다.

나. 위헌성

(1) 이 사건 법률은 범죄수사 및 범죄 예방을 목적으로 특정 범죄 수형인 등의 본질적이고도 중요한 DNA 정보를 국가가 채취하여 보관하는 것을 목적으로 하는바, 실질적으로 개인의 정보자기결정권을 제한하는 것이어서 징벌적, 규제적 성격을 가지고 있습니다.

따라서, DNA 데이터베이스화가 개인에게 미치는 인권 침해의 중대성에 비추어 볼 때, 판결 당시에는 존재하지 않았던 이 사건 부칙조항에 따라 이 사건 부칙조항 시행 이전에 저질렀던 범죄로 인하여 평생 청구인들 본인의 DNA 정보가 데이터베이스에 수록되어 언제라도 수사의 대상이 되어야 한다는 것은, 헌법 제13조 제1항에서 규정하고 있는 형벌불소급 원칙 및 적법절차 원칙에 위배됩니다.

(2) 그리고 헌법재판소는, 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’ 이 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 처벌에 포함시킬 수 없다고 판시하였습니다(헌법재판소 2011. 10. 25.자 2009헌바140 결정 참조).

DNA 데이터베이스화는 개인의 본질적이고도 민감한 DNA 정보를 국가가 체계적으로 관리한다는 점에서 형벌에 못지 않은 ‘형벌적 성격’ 을 가진다고 할 것입니다.

따라서, DNA 데이터베이스가 형벌적 성격을 갖는 이상 범행 당시에 이미 근거 법률이 있어야 함에도 불구하고, 이 사건 부칙조항은 이 사건 법률 시행 이전에 특정 범죄를 저지른 자에 대해서도 소급하여 적용하고 있으므로, 이는 헌법 제13조 제1항 전단이 금지하고 있는 소급처벌에 해당하므로 위헌이라고 할 것입니다.

7. 결론

그러므로, 청구인들의 이 사건 헌법소원 청구에서 문제삼고 있는 채취행위 및 이 사건 법률 제5조, 제8조, 제13조에 대하여 위헌을 선고해 주시기 바랍니다.

2013. 7. 11.

청구인들 소송대리인 이 혜 정

박 주 민

류 제 성

법무법인 지향

담당변호사 이 상 희

김 진

이 은 우

김 수 정

헌법재판소

귀중