

2013년 7월 13일 14:00 헌법재판소 공개변론

디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌확인 등  
청구인측 이해정 변호사 진술

#### ■ 이 사건 법률의 목적 및 위헌성

일반적인 수사에서 DNA정보 수집은 당해 범죄를 저질렀다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 범죄혐의자를 대상으로 DNA정보를 수집하고, 이를 범행현장에서 수집한 DNA정보와 대조하는 방법으로 동일성 여부를 분석함. 반면 이 사건 법률은 특정 범죄의 수행자나 구속 피의자, 심지어 범행현장에서 범죄와 무관하게 유류된 개인의 DNA 정보를 채취하여 이를 취득하고 취득한 위 정보의 저장을 위한 데이터베이스를 구축하여 장래 범죄가 발생할 때마다 범죄 현장에서 수집한 DNA정보를 위 데이터베이스와 대조 분석함으로써 특정 DNA정보의 주체가 범행현장에 있었음을 용이하게 확인하고자 하는 것이 목적임. 즉, 장래의 범죄수사 및 형사소추를 위하여 증거를 미리 확보하여 수사편의를 도모하는데 주된 목적이 있음.

#### 가. 정보의 민감성 - 생체정보 및 가족정보의 문제

DNA정보는 개인의 신원을 확인할 수 있는 매우 민감한 개인정보로서 헌법상 보호되는 기본권인 개인정보자기결정권에 해당함. 유전 정보는 개인의 고유한 물질로 평생 변하지 않으며, 소량에서 당사자의 인지 없이 수집이 가능하고, 가족 간에 공유하는 민감한 정보로, 수집부터 폐기까지 당사자의 통제권이 보장되어야 하는 정보임. 영국의 경우 가족 검색(familial search)이 논란을 일으킨 바 있음. 이러한 검색은 범죄 현장에서 수거한 DNA정보와 데이터베이스에 있는 부분 일치 DNA정보를 통해 용의자를 압축하는 방식으로 이루어지고 있는데 연좌제 문제 등의 위헌성이 있음.

이 사건 법률의 문제점은 ① 대상 범죄가 재범의 위험성 등 객관적이고 실증적인 판단 없이 설정되었고 그 범위 또한 광범위하여 개인정보자기결정권 등의 기본권을 침해하고 ② DNA 시료의 채취과정에서 대상자의 동의만으로 영장 없이 시료채취를 가능하도록 하고, 재범의 위험성 등 실질적인 요건을 규정하지 않아 DNA정보의 수집요건에 대한 사법적 통제가 미흡하여 기본권을 침해하고 영장주의 및 적법절차원칙 등에 위배되며, ③ 관련 대상자의 사망 시까지 DNA정보를 데이터베이스에 수록하도록 하여 과잉금지원칙에 위배되는 문제점이 있음.

#### 나. 인권침해 및 권한 남용 수사의 합법화

##### (1) 저인망 수사 문제

무죄추정의 원칙이나 적법절차의 원칙의 핵심은 절차의 공정성을 확보하여 피의자, 피고인의 인권을 보호하는 제도임. DNA정보 채취와 연관이 되어 문제가 되는 경우는 용의자일 가능성이 있는 범주에 포함된 모든 사람을 대상으로 하는 이른바 저인망 수사(dragnet uses)임. 미국에서 최초로 공식적인 문제가 되었던 것은 1990년 샌디에고에서 있었던 연쇄살인범을 잡기 위해 800명에 이르는 남성의 DNA를 테스트 했던 사례가 있음.<sup>1)</sup>

1) Hansen, Mark, DNA Dragnet, A.B.A. J., May 2004, at 42.

우리의 경우 1) **화성연쇄살인사건의 경우** 혐의가 분명치 않은 대규모의 인원에 대한 DNA 채취를 한 바 있음. 위 사건에서 유일한 증거는 피해자의 청바지에 묻은 정액이었는데, 이로부터 범인의 것으로 추정되는 DNA 감식물질이 채취되었으나 용의자를 찾을 수 없었던 경찰은 인근에 사는 전과자·고교퇴학생 및 피해자의 학교 선·후배 등 모두 4,760명에게 DNA 감식 시료 채취의 동의를 요구하여 동의를 받고 그들로부터 시료를 채취·분석하여 위 범행 현장에서 수집한 DNA 감식정보와 일일이 대조하였으나, 결국 일치하는 범인은 찾을 수 없었음.

2) 2012. 9. 25. **전남 해남의 한 마을에서 귀가 중이던 여고생 성폭행 사건**이 일어나자 경찰이 마을 남성 100여 명의 DNA를 채취한 사실이 뒤늦게 알려지면서 인권침해 논란이 일었음. 경찰이 피의자를 추정할 수 있는 단서가 없자 결국 피해 여학생 몸에 남아있던 피의자의 DNA를 토대로 역추적하기로 하고, 마을 반경 8km 안에 거주하는 65세 미만 남성 100여 명의 DNA를 채취했음. 처음에는 형사들이 주민을 찾아와 동의를 구한 뒤 DNA를 채취해 갔고, 이후 주민이 스스로 경찰을 찾아가 DNA 정보를 제공한 걸로 알려졌음. 하지만 일부 주민은 "DNA 정보를 제공하지 않을 경우 자칫 피의자로 오해받을 수 있어 억지로 채취에 응했다"며 인권침해 우려를 나타냈음.

무고한 일반 시민들에게 사실상 강요나 다를 바 없는 방식으로 개인의 DNA 정보를 채취한 것은 무죄추정의 원칙과 과잉금지의 원칙 및 기본권의 본질내용 침해금지원칙을 위배한 것이며, 주민들의 자발적 참여라고 하나, 경찰이 DNA 채취를 거부할 수 있다는 점을 충분히 알려주지 않았고, DNA 채취를 거부할 경우 피의자로 몰릴까봐 거부할 수 없었다고 느낀 주민이 있는 이상 경찰이 성과주의에 빠져 주민의 인권을 침해하며, 무리하게 과잉수사한 것이라는 비판을 면하기 어려울 것임. 이렇듯 저인망식 수사로 인한 무차별적으로 DNA를 채취하는 것은 엄격히 제한해야 함.

또한 이 사건 법률은 DNA 데이터베이스 구축이 목적인 바, DNA 감식시료를 채취하는 것은 일종의 압수·수색이라고 할 수 있고, 그 DNA 감식시료가 범죄와 구체적 관련성이 없다면 압수·수색영장의 범위를 초과해 위법함. 형사소송법 제215조는 "범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다" 고 규정하고 있음. 이러한 저인망식 수사는 구체적 사건과 직접적인 관련성이 없음에도 중범죄를 예방하고 과학적인 수사를 위한 방법이라는 미명아래 헌법상 국민의 기본권을 침해하면서 수사기관의 편의를 위해 인권 침해적인 수사기법을 합법화하는 문제가 있음.

## (2) 국가권력에 의한 감시 및 악용 문제

DNA정보 데이터베이스는 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 됨. 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 있음.

2012. 10. 8. **경향신문 기사**<sup>2)</sup>에 의하면, 아동·여성 성범죄자의 재범을 막기 위해 허용된 DNA 채취가 주로 경찰의 강·절도범 검거에 이용되는 것으로 드러났음. DNA 채취 대상 중 성범죄자는 4%에도 미치지 못하는 반면 강력사범은 28%에 달했다며, 이 사건 법률이 사실상 경찰의 수사편의에 악용되고 있는 점을 지적하였음. 경향신문이 입수한 ‘경찰의 구속피의자 DNA 채취 현황’ 자료를 보면, 이 사건 법률이 시행된 이후 2012년 8월까지 채취된 구속피의자 DNA 자료 2만3818건 가운데 아동청소년성보호법 위반 혐의로 구속된 피의자는 전체 채집인원의 3.9%(946명)에 불과했으며, DNA정보 채집대상 가운데 성폭력과 관련된 강간·추행(1619명) 및 성폭력특별법 위반(2917명), 아동청소년성보호법 위반(946명)은 구속피의자 수를 모두 합해도 전체 채집대상의 23%에 그쳤음. 그러나 폭력(3278명) 및 특정범죄가중처벌법위반(3475명)혐의로 DNA 채취 대상자는 전체의 28.4%인 6753명에 달했는데, 여기에는 쌍용차 해고노동자와 용산참사 당시 철거민의 DNA 정보도 포함돼 있었음. 이는 성범죄를 비롯한 강력범죄를 막기 위한 취지로 만들어진 법이 당초 취지와는 다른 용도로 사용되고 있는 점을 보여주는 것으로 DNA 채취 대상자 중에는 절도가 4111명으로 전체의 17.3%를 차지해 가장 많았으며, 이어 강도 2994명(12.6%), 마약 2221명(9.3%), 살인 1717명(7.2%), 방화 478명(2%), 약취·유인 62명(0.3%) 순이었음.

#### ■ DNA 신원확인정보 채취의 법적 성격

이 사건 법률상의 DNA정보의 수집 및 이용의 주된 목적은 사전증거확보 즉, 장래의 범죄수사 및 형사소추를 위한 증거를 미리 확보하여 수사편의를 도모하는데 있음. DNA 시료의 채취 및 감식은 기본적으로 채취 대상자의 의사에 반하여 신체의 완전성 및 개인정보자기결정권을 필연적으로 제한하게 되므로 형사소송법상의 강제처분으로 파악할 수 있으며, 구체적으로는 압수·수색·검증에 해당함. 이는 이 사건 법률 또한 수형인이나 구속피의자 등으로부터 DNA 감식시료를 채취할 때에는 지방법원 판사의 영장이 필요하다고 규정하고 있는 점, DNA 정보의 취득 및 관리, 데이터베이스의 활용 등과 관련하여 형사처벌을 규정하고 있는 점에서 그 근거를 찾을 수 있음.

따라서 DNA정보의 채취와 분석 및 보관이 정당화되기 위해서는 법률에 명확한 근거가 있어야 하고, 법관의 영장 등 절차적 요건을 구비하여야 할 뿐만 아니라 수사의 필요성, 비례성, 보충성 등을 고려하여 다른 방법으로는 수사의 목적을 달성하기가 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에 DNA 검사로 인해 침해되는 개인정보자기결정권과 신속한 증거수집으로 인한 범죄진압 및 장차 발생할 범죄의 예방효과를 비교교량하여 후자의 이익이 현저하게 큰 경우에 정당화 됨.

#### ■ 이 사건 법률 내용의 구체적인 위헌성

2) [단독]성범죄 재범 막자는 ‘DNA 채취’, 강력범·시위자 단속에 더 적용

가. 대상 범죄가 재범의 위험성 등 객관적이고 실증적인 판단 없이 설정되었고, 그 범위 또한 광범위하여 개인정보자기결정권 등의 기본권을 침해함.

이 사건 법률은 DNA 시료를 채취할 수 있는 대상범죄로 11개의 범죄 유형을 규정하고 있음. 그러나 그 범위가 매우 광범위하며 재범의 위험성 등 객관적이고 실증적인 근거 없이 자의적으로 설정되었음. 소위 강력 범죄로 분류되는 살인, 강도, 성폭력, 방화죄 외에 야간 주거침입절도, 특수절도 뿐 아니라 약취, 유인, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률상의 상습성이나 집단성이 있다는 이유로 주거침입, 퇴거불응, 재물손괴, 강요 등 비교적 경미한 범죄까지 대상범죄에 포함시키고 있으며, 절도죄는 일반적으로 강력범죄와 동일시 할 수 없고, 비교적 경미한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 주거침입이나 퇴거불응, 재물손괴죄도 대상범죄로 하여 기준이 모호함. 적어도 이 사건 법률의 목적과 개인정보의 중요성을 감안하여 적어도 이 사건 법률의 적용 대상 범죄로 되기 위하여는 ① 생명, 신체를 침해하는 강력 범죄로 법적 평화를 심각하게 교란하는 중대한 범죄로서(중대성), ② 객관적으로 재범의 위험성이 높으며(재범성), ③ 개인을 식별할 수 있는 정보를 남길 개연성이 있는 범죄(적합성)로 한정하여야 할 것임.<sup>3)4)</sup>

- 대상자에 대한 구체적인 기준 및 재범의 위험성에 대한 예측규정이 필요함.

이 사건 법률 제5조와 제6조는 대상범죄만 특정하고 대상자에 대한 구체적인 기준(범죄 경중, 성향, 재범의 위험성 등)은 설정하지 않고 있음. 즉, 행위자의 재범의 위험성과는 무관하게 획일적으로 특정 범죄를 기준으로 DNA정보의 채취 여부를 결정하도록 하는 것에 문제점이 있음. 더욱이 대상범죄가 모두 재범율이 높은 범죄인지는 객관적인 근거나 실증자료가 부족하며, 이 사건 법률이 범죄예방효과가 있는지에 대한 객관적 통계도 없는 상태임.<sup>5)</sup>

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 구속피의자나 수형자 등이 차후에 특정범죄를 다시 범할 것인지에 대한 개별적인 예측과 수사학적 및 범죄학적으로 지향된 위험예측이 별도로 요구되어야 하며, 차후에 다시 특정범죄를 범할 것이라는 전제에 대한 근거가 존재해야 헌법정신에 적합하다고 할 것임.<sup>6)</sup> 따라서 이 사건 법률의 대상 범죄는 재범의 위험성 등 객관적이고 실증적인 근거 없이 설정되었고 그 범위 또한 광범위하며, 대상자에 대한 구체적인 기준(범죄 경중, 성향, 재범 위험성 등)역시 설정하지 않아 개인정보자기결정권 등의 기본권을 침해하고 있음.

나. DNA 시료의 채취과정에서 대상자의 동의만으로 영장 없이 시료채취를 가능하도록 하

3) 조성용 “DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 대한 비판적 검토“

4) 이와 관련하여 개인정보보호에 관한 유럽회의협약(The Council of Europe Convention of 1981 for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data) 권고문에서도 생명, 신체에 대한 중대한 범죄의 경우에 한하여 유전자 신원확인정보를 보관할 수 있다고 규정하고 있음.

5) 이와 관련하여 Nuffield Council의 생명윤리보고서(The forensic use of bioinformation : ethical issues, 2007. 9. 18.)에 따르면 재범가능성을 고려하지 않고 대상범죄를 모두 대상으로 하여 DNA를 보관하는 정책이 효과가 있다는 경험적 증거는 부족하다고 지적하고 있음.

6) 이러한 입법례로는 독일 형사소송법 제81g조 제1항 참조.

고, 재범의 위험성 등 실질적인 요건을 규정하지 않아 DNA정보의 수집요건에 대한 사법적 통제가 미흡하여 기본권을 침해하고, 영장주의 및 적법절차원칙 등에 위배됨

#### ▣ 영장주의의 원칙 및 적법절차원칙의 위배 여부

헌법 제12조 제3항에서 규정하는 영장주의란 ‘형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권의 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다’는 원칙.

##### - 영장주의의 문제

###### (1) 동의를 문제-형식적 동의절차 및 거부권 고지의 부재

이 사건 법률은 당사자가 채취에 동의하는 경우 영장 없이 DNA 정보를 채취할 수 있고 이 경우 미리 대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다고 규정하고 있음. 그러나 이러한 동의가 과연 채취대상자로부터 그의 의사에 기해 자유롭고 진지한 의사표시를 전제로 한 것 인지에는 실제 상당한 의문이 있음. 동意的 임의성이 인정되기 위해서는 수사기관이 그 채취에 앞서 감식시료에 대한 채취의 목적, 이용되는 범위, 감식 결과가 어떠한 방법과 절차에 의해 보관, 관리 될 것인지에 대한 충분한 사전 안내와 채취를 거부할 수 있음을 사전에 고지하여야 하며, 이에 대한 이의절차의 명문화 등 구제방안도 마련하여야 함.

그러나 이 사건 청구인들처럼 실제 확인된 사례만 해도 수사기관은 통상 DNA 시료채취 출석 안내문을 발송할 뿐, 이 안내문에는 최소한의 거부와 동의에 대한 내용이 전혀 없으며, 서면으로 동의를 구하는 절차도 준수되고 있지 않음. 이와 관련하여 독일의 부퍼탈 주법원(Wuppertal LG)은 수사기관의 주도와 필요에 따라 피의자의 동의가 발생하는 “압박상황”을 지적하고, 이러한 경우에는 자발적인 동의로 볼 수 없다고 간주하였음.<sup>7)</sup>

언급한 저인망식 사례에서 보듯이, 강제수사 허용의 일반적 요건으로서 범죄에 대한 혐의의 존재는 압수·수색의 경우에도 당연히 필요함(형사소송법 제215조). 그러나 당시 DNA 감식 시료 채취의 동의를 요구받은 사람들에게는 모두 압수·수색 영장의 청구에 필요한 ‘죄를 저질렀다고 의심할 만한 상당한 혐의’가 존재하지 아니하였음에도 단지 범인이라는 의심을 받지 않으려고 많은 사람들이 DNA 감식 시료 채취에 동의한 것을 보더라도, 단순히 대상자의 동의가 있었다는 이유만으로 광범위한 DNA 정보의 수집이나 이를 데이터베이스화하여 관리하는 것을 허용하는 것은 곧 영장주의의 형해화를 의미함.

###### (2) 법원의 통제 및 실질적 심사권의 배제 - 대상자의 요건 부재/ 채취영장의 포괄성

이 사건 법률조항은 1) DNA정보에 관한 채취의 정당성이나 허용 여부에 대한 법원의 통제 및 실질적 심사권을 배제할 뿐만 아니라 그 내용도 불완전하게 규율하고 있음. 대상범죄만 특정하고 대상자에 대한 구체적인 기준(범죄 경중, 성향, 재범의 위험성 등)이 없어 법원의 심사권을 배제하고 있음. 2) DNA 시료채취영장 하나만으로 이후 감식이나 검색 등의 모든 과정의 진행이 가능하도록 포괄적으로 규정돼 있음. 그러나 DNA 시료의 채취와 이에 대한

7) LG Wuppertal, Beschl. v. 5. 5. 2000 - 25 Qs 2/00, NJW 2000, 2687.

감식은 별개의 강제처분으로 후자의 감식을 정당화하기 위해서는 별도의 법적근거를 요함. 또한 감식 자체가 전문적인 지식과 경험이 필요한 감정의 성격을 가지고 있으므로 이에 대한 영장이 필요함을 명확하게 규정하여 헌법상의 영장주의를 관철시키고 기본권을 보호하는데 세심하게 규율하여야 함. 이 사건 법률은 DNA 정보의 채취 영장만 발부받으면 더 이상 법관의 영장 없이 DNA정보를 수록할 수 있고, 향후 장래의 범죄수사 시 언제든지 위 정보를 대조, 검색, 회보할 수 있다는 취지로 규정하여 헌법상의 영장주의를 잠탈하여 기본권을 침해하고 있다는 점에서 영장주의의 원칙 및 적법절차의 원칙에 정면으로 배치하여 위헌적임.

### (3) 영장발부에 대한 구제절차가 없음- 영장실질심사절차 등 불복절차의 부존재

형사소송법 제201조의 2는 구속영장실질심사를 규정하고 있는바, 이는 검사의 구속영장 청구에 대하여 법관이 독립적인 판단으로 당사자의 진술권이 보장되는 가운데 주거부정, 증거인멸, 도주염려 등의 사유를 심사하여 구속여부를 결정하는 절차로서 검사의 구속영장의 남발에 대하여 법관이 합리적인 판단으로 통제하는 형사소송법상의 억제장치임. 하지만 이 사건 법률 어디에도 DNA 시료채취와 관련하여 당사자의 참여권이 보장되는 영장실질심사는 규정돼 있지 않음. 그러나 기본권 침해의 면에서 보면 구속은 재판 기일까지 잠시 구치소에 수감되는 것으로 신체의 자유를 침해하는 것이지만 DNA 시료채취는 자신의 정보가 심할 경우에는 사망시까지 국가에 의해 보관·이용되는 것으로 기본권 제한과 침해의 면에서 구속보다 더욱 엄격한 영장실질심사가 필요한 강제처분임. 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 없음

따라서 1) 이 사건 법률은 동의로써 영장을 배제함으로써 영장주의를 몰각하고 있으며, 2) 당해 특정범죄를 저질렀다는 이유로 법원에 의한 대상자의 구체적인 심사권이 박탈되고, DNA정보 채취 영장만으로 장래의 범죄수사를 위해 DNA 감식시료에 대한 대조, 검색, 회보의 허용 및 이에 대한 사후 구제절차도 마련하고 있지 않다는 점에서 기본권을 침해하고, 영장주의 및 적법절차의 원칙을 위배함.

#### - 적법절차원칙의 문제

##### (1) 무죄추정의 원칙 위배

이 사건 법률은 대상자로서 구속피의자와 수형자 등을 상정하고 있음. 그러나 구속피의자의 경우에는 아직 유죄판결이 확정되지 않은 자라는 점에서, 수형인 등의 경우에도 장래에 있을 수도 있는 범죄에 대한 형사소추의 효율성을 확보하기 위하여 DNA 정보의 채취 및 감식을 허용하는 것이기 때문에 이들을 잠재적 범죄자로 취급한다는 점에서 무죄추정의 원칙 위반의 문제가 있음. 대상자가 당해 범죄사건에서 특정한 범죄를 범하였다는 것이 확실하게 입증되었다고 하더라도 그가 차후에 특정범죄를 재차 범할 것이라고 확실하게 단정할 수는 없음. 특정범죄를 범하였다는 추상적인 확인만으로 특정범죄의 재범가능성을 인정한다는 발상은 기본적으로 헌법상 무죄추정 원칙 내지 영장주의 원칙에 위반하는 것이며 수사편의만을 앞세운 위헌적인 처사임.

## (2) 연좌제 금지 원칙 위배

헌법 제13조 제3항은 '모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다'고 하면서 연좌제를 금지함. 여기서 '불이익한 처우'란 형사법상의 불이익만이 아니라 국가로부터의 어떠한 불이익한 처분도 받지 않는다는 것을 의미하며, 현재는 "헌법 제13조 제3항은 친족의 행위와 본인 간에 실질적으로 아무런 관련성을 인정할 수 없음에도 불구하고 오로지 친족이라는 사유 그 자체만으로 불이익한 처우를 가하는 경우에만 적용된다고 판시함(2005.12.12 2005헌마19).

그러나 이 사건 법률은 개인의 유전정보를 포함하는 DNA정보를 채취, 수집하여 데이터베이스화하는 것에 주된 취지가 있는 바, 가족검색을 통해 범죄자의 유전자 정보와 많은 부분 같을 수밖에 없는 가까운 친족들의 유전자 정보도 범죄자 DNA 감식정보의 데이터베이스화를 통해 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받는 것이 될 수 있으므로, 연좌제 금지에 위배된다고 할 것임.

이에 대해 DNA 감식정보와 시료의 관리 및 이용에 있어 인적 사항을 암호화 하므로 암호화된 유전자 정보의 공개는 불이익이 될 수 없다고 하나, 아무리 암호화되어 일반인은 이 암호만 보고서는 아무 것도 알 수 없다고 하더라도 그 암호 자체가 일정한 유전적 특성을 나타내는 것이라면 '불이익한 처우'가 될 수 있으므로, 이 사건 법률은 연좌제 금지 원칙에도 위배된다고 할 것임.

**다. 관련 대상자의 사망시까지 DNA 정보를 데이터베이스에 수록하도록 하여 과잉금지원칙에 위배되는 문제점이 있음.**

### - 보존기간의 문제 - 삭제규정의 문제점

이 사건 법률 제13조에서는 무죄 등 특별한 사유가 없으면 대상자가 사망한 경우 직권 또는 본인의 신청에 의해 삭제하여야 한다고 규정하고 있음. 이는 재범방지와 효과적인 형사소추를 위한다는 목적이라 하더라도 DNA 정보의 보존기간이 지나치게 길다는 점에서 문제의 심각성이 있음. 데이터베이스는 그 속성상 확장될 수밖에 없고 수사기관의 2원적 구조로 말미암아 오남용의 문제도 상존하는 바, 이렇듯 장기간 국가가 개인의 정보를 보관한다는 것은 국민의 기본권 침해와의 연관을 고려하면 최소침해 원칙의 위배됨.<sup>8)</sup>

### ■ 침해되는 기본권

DNA신원확인정보의 채취·감식 및 데이터베이스화에 의하여 침해되는 기본권은 개인정보자기결정권이 가장 밀접한 관련성을 가지며, 그 외에 신체의 자유, 평등권 등도 제한될 수 있음.

### 가. 개인정보자기결정권

8) 개인정보보호에 관한 유럽회의 협약(The Council of Europe Convention of 1981 for the protection of individuals with regards to automatic processing of personal data) 권고문에서도 개인정보에 대해서는 보관기간이 설정되어야 한다고 선언하고 있음.

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보의 공개와 유통을 스스로 결정하고 통제할 수 있는 권리이며, 능동적·적극적 권리임. 타인에 의한 개인정보의 무분별한 수집·처리·이용·제공 등에 대해 정보주체에게 적극적인 통제권을 부여하고자 하는 데에 핵심이 있음. 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제, 어떻게 그리고 어느 범위까지 타인에게 전달되고 이용될 수 있는지를 그 정보주체가 스스로 결정하는 것을 내용으로 하기에 **개인정보의 수집·이용·제공의 각 단계에서 정보주체에 의한 통제의 권리가 보장되어야 함**. 또한 이러한 권리를 실효성 있게 확보할 수 있도록 개인정보의 열람청구권과 정정청구권, 처리금지청구권의 보장을 그 내용으로 하고 있음. 개인정보는 정당한 수집목적에 필요한 범위 내에서 공정하고 합리적인 방식으로, 정보주체의 분명한 인식 또는 동의아래 수집되어야 하며(수집제한의 원칙), 개인정보의 수집 목적은 수집당시에 명확히 특정되어 있어야 하며, 그 후의 이용은 이 특정된 수집목적과 일치하여야 하고, 함부로 제3자에게 제공 또는 전달되어서는 안됨(목적구속의 원칙). 이러한 원칙이 충족되지 않을 경우 정보주체는 정보처리금지를 요구할 수 있음.

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 범죄 및 대상자의 범위를 명확하고 엄격하게 설정하여 개인정보자기결정권의 침해를 최소화 하여야 할 것임. 또한 우리나라는 주민등록제도나 지문날인제도가 있어 다른 어느 나라보다 이례적으로 개인정보를 국가가 과도하게 취득 및 관리하고 있음. 이 사건 법률은 범죄수사나 예방의 효과보다는 헌법상의 제 원칙을 위배하며 개인정보자기결정권을 침해하며, 범죄수사의 효율과 이로 인하여 침해되는 개인정보자기결정권의 침해 사이에 균형성을 일탈하여 결국 과잉금지원칙에 위배되어 기본권을 침해하고 있음

#### 나. 신체의 자유

헌법 제12조는 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정.

그러나 이 사건 법률의 채취행위에 대해 영장을 통해 법원의 통제를 받게 하는 것이 필요함에도, 당사자의 동의 시에는 영장주의를 배제하고 있으며 그 채취 방법에 있어서도 비전문가인 수사기관이나 교정 담당자에게 위임하는 등 신체의 자유를 침해하고 있음. 또한 구강점막이나 머리카락 채취라 할지라도 대상자에게는 자신의 의사에 반하여 실질적으로 자신의 중요한 개인정보의 침해라는 법익 침해를 수반시키며, 결과적으로 원하지 않는 신체의 온전성에 대한 침해를 용인하도록 하여 과잉금지원칙에 위배되어 대상자의 신체를 훼손당하지 않을 권리를 침해함.

#### 다. 평등권

헌법 제11조 제1항에서 허용하는 평등권의 제한을 정당화하는 기준은 합리적인 기준 있는 차별로서 자의금지의 원칙에 위배되지 않는 한 원칙적으로 합헌적 제한이 됨. 그러나 헌법에서 명시적으로 차별금지사유로 예시한 성별, 종교, 사회적 신분을 이유로 한 차별이나 차



별행위로 인하여 관련 기본권에 중대한 침해가 발생하는 경우에는 그 위헌성 심사에서 차별을 정당화하는 비례원칙이 적용되어 엄격한 심사를 필요로 하는데, 이 사건 법률의 적용 대상자는 특정 범죄를 범한 '범죄자'로서 헌법 제11조에서 규정하고 있는 후천적으로 취득된 '사회적 신분'에 해당하며, 이 사건 법률에 의한 DNA 정보의 채취로 말미암아 개인정보자기결정권에 대한 '중대한 침해'가 발생하는 경우에 해당되므로 엄격한 심사기준인 비례원칙이 적용됨.

이 사건 법률이 적용 대상으로 삼고 있는 특정 범죄를 저지른 수형자나 구속피의자가 모두 강력범죄자에 해당된다거나, 재범의 가능성이 다른 범죄자보다 특히 더 높다고 할 수 없으며, 혈액, 타액, 정액, 모발 등의 DNA 감식정보를 다른 범죄에 비해 범죄현장에 남길 확률이 훨씬 높다고도 할 수 없어 이 사건 법률의 적용대상자와 비적용대상자 간에 차별 취급을 정당화하는 합리적인 이유가 존재한다고 할 수 없음. 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 위배됨.

## ■ 결어

1) DNA정보는 개인의 다양한 정보를 담고 있어 과학기술이 발전해 가면서 더 많은 개인정보의 확인과 개인통제가 가능하여 인권침해 가능성 있고, 2) 국가가 개인의 신상정보는 물론 생체정보까지 관리하게 될 경우 범죄수사 목적의 식별 이외의 분석된 유전정보가 오·남용되어 질병 등의 개인자료가 유출될 수 있으며, 3) DNA 정보 데이터베이스 구축 후 입력 대상이 확장되고 다른 데이터베이스와 연동 공유될 가능성이 높아 이 사건 법률 제정 전부터 지속적으로 문제가 제기돼 왔음. 따라서 이의 불식을 위해서는 엄격한 법적인 통제만이 가능할 것임. 그러나 이 사건 법률은 많은 위헌성을 가지고 있음.

우리 사회가 강력범죄에 대하여 그 사회적 원인을 살펴보고 개선하여 형벌의 교정, 교화 기능을 신장시키려는 노력은 하지 않은 채 오로지 범죄인으로 낙인 시키고, 더 나아가 범죄를 사회적 요인이 아니라 개인적 요인으로 치부하여 이들에 대한 개인적인 민감한 정보를 수집하려는 데에만 몰두하는 것은 국가가 국민을 대상으로 감시체제를 강화하여 무고한 시민들까지도 감시망에 가두고 언제든 사건이 발생하면 용의선상에서 조사한다는 것으로 수사의 편의, 효율성이라는 것을 앞세워 국민의 기본권을 심각하게 침해하고 있는 상황임.

따라서 이 사건 청구인들처럼 쌍용자동차나 용산참사에서 드러났듯이 자본과 공권력의 부당한 침해 앞에서 파업이나 농성으로 밖에 대항 할 수 없는 절박한 청구인들에게 강력범죄도 아니고 재범의 가능성도 없음에도 자의적이고 편의적인 수사만을 내세워 잠재적 범죄자로 취급하여 개인의 중요한 정보를 국가기관이 채취, 관리한다고 함은 타당하지 않음. 더구나 집행유예가 선고된 자에게도 대상으로 무조건 포함시키는 것은 입법목적에 대한 충분한 고려가 없이 국가가 국민들을 잠재적 범죄자로 취급하여 수사의 편의만을 앞세운 매우 위헌적이고 심각한 인권침해라고 아니할 수 없음.