

참고인의견서

사건 2011헌마156 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한
법률 부칙 제2조 제1항 위헌확인
2011헌마326 디엔에이감식시료 채취행위 위헌확인

참고인 이호중(서강대학교 법학전문대학원 교수)

헌법재판소 귀중

참고인의견서

I. 쟁점과 서술의 범위

이 사건의 심판대상은 DNA법 제5조, 제8조, 제9조, 제10조, 제11조, 제13조 그리고 제정 당시의 부칙 제2조이다. 특히 DNA시료의 채취영장 및 대상자의 동의에 의한 시료채취 및 DNA신원확인정보의 데이터베이스 저장·이용에 관한 규정들이 영장주의 및 적법절차 원칙에 위반되는지 여부, 그리고 DNA시료채취의 대상범죄 및 대상자의 범위, DNA신원확인정보의 보존기간 등이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부가 핵심적인 쟁점이 된다.

한편, DNA법은 시료채취의 대상자를 크게 ‘수형인등’(법 제5조)과 ‘구속피의자등’(법 제6조)으로 구분하여 규정하고 있는데, 이 사건의 청구인들은 모두 형이 확정된 수형자들이므로, 본 의견서는 ‘수형인’을 대상으로 한 DNA시료채취 및 DNA신원확인정보의 저장·이용을 중심으로 서술하기로 한다.

II. DNA시료 채취에 의하여 제한되는 기본권

1. 서

DNA시료의 채취·감식 및 데이터베이스화에 의하여 침해되는 기본권으로는 우선적으로 개인정보자기결정권이 문제되며, 그 외에 신체의 자유, 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등도 제한될 수 있다. 다만, 헌법재판소는 지문날인의 위헌 여부를 다룬 사건에서 “인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등....기본권들은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 그 보호영역이 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 다룰 필요는 없다”고 판시한 바 있어,¹⁾ 본 의견서에서도 DNA시료의 채취·감식 및 데이터베이스화에 의하여 침해되는 기본권으로는 개인정보자기결정권과 신체의 자유만을 언급하기로 한다.

2. 개인정보자기결정권

개인정보보호법은 개인정보를 “살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을

1) 헌법재판소 2005.5.26. 99헌마513, 2004헌마190 병합 결정.

알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)”라고 정의하고 있다(개인정보보호법 제2조 제1호).

헌법재판소는 개인정보자기결정권을 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”, 즉 “정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리”라고 정의하고 있으며, 그 헌법적 근거에 관하여는 “헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보 자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것”이라고 판시하고 있다.²⁾

헌법적 보호대상으로서 개인정보는 “개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보”로서, “반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보”도 포함된다.³⁾ DNA 정보가 개인의 동일성을 식별할 수 있는 개인정보에 해당함에는 의문의 여지가 없다.

개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로, DNA법이 규정한 DNA시료의 채취와 감식, DNA신원확인정보의 수집과 데이터베이스화 등은 모두 개인정보자기결정권을 제한하는 법규정에 해당한다는 점도 분명하다.

3. 신체의 자유

헌법 제12조 제1항 전문에서 규정하고 있는 ‘신체의 자유’는 신체의 안전성이 외부로부터 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 의미한다.⁴⁾

DNA법은 DNA시료의 채취방법으로, 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)를 규정하고

2) 헌법재판소 2005.5.26. 99헌마513, 2004헌마190 병합 결정. 반면에, 개인정보자기결정권의 헌법적 근거를 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유에 있다고 보는 견해로는, 이준일, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’의 위헌성에 대한 검토 - 개인정보자기결정권에 대한 침해를 중심으로 -”, 인권과 정의 제422호, 2011.12., 88면 ; 권영성, 헌법학원론, 2008, 452면 ; 성낙인, 헌법학, 2011, 618면 ; 허순철, “인터넷 검색과 개인정보자기결정권”, 공법학연구 제10권 제2호, 2009, 169면.

3) 헌법재판소 2005.5.26. 99헌마513 결정 ; 2005.7.21. 2003헌마282 결정.

4) 헌법재판소 1992.12.24. 92헌가8 ; 헌법재판소 2004.12.16. 2002헌마478 결정 등.

있다(법시행령 제8조). 이러한 시료채취는 신체를 훼손당하지 않을 권리의 침해에 해당한다. 이에 대하여 경찰청장은 면봉 등을 이용한 구강세포의 채취, 모발의 채취와 같이 신체에 미치는 물리력 정도가 극히 미미한 방식의 DNA 채취는 사실상 신체에 대한 유형력의 행사라고 보기 어렵다고 주장한다. 그러나 신체의 자유에 대한 침해에 있어서 물리력의 정도가 중요한 것은 아니므로, DNA시료의 채취에 의하여 신체의 자유가 제한된다는 점은 분명해 보인다.

Ⅲ. DNA시료의 채취·감식 및 DNA신원확인정보의 수집과 저장의 법적 성격

1. DNA법의 입법목적 및 형사정책적 고찰

가. 입법목적으로서 범죄수사와 범죄예방

DNA법 제1조는 “범죄수사와 범죄예방”을 입법 목적으로 규정하고 있다. 그런데 범죄수사와 범죄예방 목적은 그 성격과 규율되는 법원칙이 서로 다르기 때문에 DNA법의 목적을 좀 더 분명하게 검토할 필요가 있다.

(1) DNA법은 구속피의자나 수형인등으로부터 DNA시료를 채취하고 그 감식결과로 획득한 DNA정보를 데이터베이스에 저장하도록 하는 것이 핵심적인 내용이다. 이는 특정한 대상자들의 DNA정보를 미리 확보해 둬으로써 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 범인식별을 용이하게 하고 이를 통해 조기에 범인을 검거하는 등 수사 및 형사소추의 효율성을 기하는 데에 그 일차적인 목적이 있다고 보아야 한다. 실제 경찰청에서는 DNA법 시행으로 다수의 미제 강력사건이 해결되었다는 점을 강조하고 있다. 서울지방경찰청의 경우 2010년 7월 26일 DNA법 시행 이후 2011년 8월 17일까지 검거된 피의자의 DNA를 채취, 대조하여 미제로 남았던 강력사건 506건을 해결했다고 한다.⁵⁾

(2) DNA법 제1조가 동법의 목적으로 “범죄예방”을 언급하고 있기는 하지만, DNA정보의 수집과 데이터베이스 구축이 그 자체로 범죄예방에 기여하는 것은 아니다. 일부에서는 DNA 데이터베이스가 구축되면 거기에 DNA정보를 제공한 범죄자는 반드시 검거될 것이라는 불안감으로 인해 재범의 의지를 상실하게 될 것이라고 주장하기도 한다.⁶⁾ 그러나 우리나라는 물론 외국에서도 DNA 데이터베이스의 도입 이후에 그 재범방지 효과가 구체적인 통계로서 증명된 적은 없다. 또한 그와 같은 가설은 계획적인 범행에 대해서는 어느 정도 타당성이 인정될 여지가 있지만, 우발적인 범죄의 경

5) 서울지방경찰청 브리핑자료, 2011.8.17.

6) 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성: 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로”, 형사법연구 제22권 제3호, 2010, 243면. 또한 이 사건에 관한 경찰청장 의견서(2011.10.21.), 83면.

우에는 자신의 DNA정보가 데이터베이스에 저장되어 있다는 사실이 재범억제 효과를 발휘하기란 더더욱 어렵다고 보아야 한다.

DNA 데이터베이스 구축으로 인한 범죄예방 효과를 논한다면, 그것은 범인을 조기에 검거함으로써 추가 범행을 차단⁷⁾할 수 있다는 정도에 불과하다. 그런데 그와 같은 의미의 재범방지 효과는 실제로는 객관적으로 측정될 수 있는 성질의 것이 아니기 때문에 DNA 데이터베이스 구축으로 실제 얼마나 차단효과가 기대될 수 있는지는 쉽게 말하기 어렵다. 뿐만 아니라, 이처럼 추가범행을 차단하는 효과는 독자적인 범죄예방 효과라기보다는 DNA 데이터베이스를 통해 범인을 조기에 검거함으로써 발생하는 부대 효과에 불과하다. 결국 DNA법은 오직 DNA데이터베이스의 광범위한 구축과 활용을 통해 장래의 범죄수사 및 검거의 효율성을 증진시킨다는 점에서만 범죄예방에 기여할 수 있을 뿐이다.⁸⁾

(3) 그러므로, DNA법은 일정한 대상자로부터 DNA시료의 채취와 감식, 그리고 DNA신원확인정보의 데이터베이스 저장 및 이용이라는 일련의 처분을 수단으로 하여 장래의 범죄수사 및 범인검거의 효율성을 도모하는데 그 주된 목적이 있다고 보아야 한다.

나. DNA 데이터베이스의 확장 및 감시국가화의 문제⁹⁾

(1) 전세계의 역사에서 여러 국가들이 앞다투어 설치한 DNA 데이터베이스는 확장 일로를 걸어 왔다.

영국의 경우 일찌감치 ‘1994년 형사사법 및 공공질서에 관한 법률’(Criminal Justice and Public Order Act 1994)에 의하여 DNA정보의 수집과 데이터베이스 구축에 관한 법적 근거를 마련하였다. 1995년 영국에서 설치된 DNA 데이터베이스(National DNA Database: NDNAD)는 세계 최초의 것이었다. 당시 동법은 모든 전과등록대상 범죄(recordable crime)¹⁰⁾로 경찰에 체포된 피의자 및 유죄가 확정된 자로부터 DNA정보수집이 가능하도록 규정하였으며, 유죄판결을 받은 자의 DNA시료 채취는 동의 없이도 가능하고, 이들의 정보는 DNA 데이터베이스에 저장되도록 하였다.¹¹⁾ 이후 영국에서는 DNA 데이터베이스는 지속적으로 확장되었다. ‘1997년 형사증거법’(Criminal Evidence Act 1997)에 의하여, 1995년 DNA 데이터베이스가 구축되기 전에 성폭력, 폭력, 절도로 수감된 자의 DNA샘플을 동의 없이 수집할 수 있도록 허용하였으며,¹²⁾ ‘2003년의 형사사법에 관한 법률’(Criminal Justice Act 2003)은 전과등록 대상 범죄로 체포된 피의자에게서도 동의 없이 DNA시료를 채취할 수 있도록 하고 유죄판결 여부에 관계없이 이들의 정보를 무기한으로 보관할 수 있도록 하였

7) 이승환, “범죄자 DNA 데이터베이스의 이론과 국제 현황”, 형사법의 신동향 제18호, 2009.2., 136면.

8) 조성용, “범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰”, 고려법학 제49호, 2007, 993면.

9) 이 부분의 서술은, 이호중, “DNA법의 문제점과 위험성 검토”, 민주법학 제51호, 2013.3., 231-233면을 약간 수정하여 전제한 것이다.

10) 전과등록대상 범죄란 경미한 범죄를 제외하고 체포가능한 대부분의 범죄가 이에 해당한다.

11) 1994년 Criminal Justice and Public Order Act 제54조 제3항 (b).

12) 1997년 Criminal Evidence Act 제1조 제1항.

다.¹³⁾ 더 나아가서 ‘2008년 테러방지법’(Counter Terrorism Act 2008)은 정부로부터 통제명령(control order)¹⁴⁾을 받은 사람에게서 DNA시료의 채취를 할 수 있도록 하고 그러한 DNA 샘플을 국가안보를 위하여 사용할 수 있도록 허용하고 있다.¹⁵⁾

미국에서도 최근 10여 년의 역사에서 DNA 데이터베이스의 폭발적인 확장을 목격할 수 있다. 1990년대 초반만 해도 미국 각 주에서 DNA 데이터베이스 수록 대상은 성폭력범죄 등 일부 폭력범죄로 유죄판결을 받은 자로 한정되어 있었다.¹⁶⁾ 각 주의 데이터베이스는 1994년 ‘DNA신원확인법’(DNA Identification Act)에 의하여 연방시스템(Combined DNA Identification System: CODIS)으로 서로 연결되어 있다. 그런데, 2000년대에 들어서면서 대부분의 주에서는 중죄(Felony)로 유죄판결을 받은 사람을 대상으로 DNA정보 수집이 가능하도록 정보 수집 대상이 급속도로 확대되었다. 2011년 현재 50개 주 모두 중죄로 유죄판결을 받은 모든 사람의 DNA 샘플이 채취되고 있다.

미국에서 가장 드라마틱한 DNA 데이터베이스 확장을 엿볼 수 있는 대목은 유죄판결을 받은 자 외에 ‘체포된 피의자’를 DNA시료 채취의 대상으로 삼기 시작했다는 점이다.¹⁷⁾ 사실 미국에서는 2004년경까지만 해도 피의자로부터 DNA정보를 추출하여 데이터베이스화한 경우는 캘리포니아주, 텍사스주, 루이지애나주 정도에 불과하였다. 특히 캘리포니아주의 경우 피의자로부터 채취한 어떠한 샘플도 그 피의자가 연루되어 있는 것으로 보이는 사건 이외의 샘플과는 대조될 수 없다고 규정하고 있었지만, 현재는 이 규정은 폐기되었다. 피의자로부터 수집된 DNA정보는 제한 없이 데이터베이스를 통해 검색에 활용될 수 있다. 미국 연방은 2009년부터 중죄로 체포된 모든 피의자에 대하여 DNA샘플 채취 및 감식을 가능하도록 규정하고 있으며, 12개 주도 동일한 규정을 두고 있다. 중죄로 체포된 모든 피의자를 대상으로 하지는 않지만 살인이나 성폭력범죄 혐의로 체포된 자의 DNA 채취를 허용한 주도 12개 주에 이르고 있다.

(2) 장래의 효율적인 범죄투쟁을 목표로 하는 한, DNA 데이터베이스의 지속적인 확장은 분명하게 예견될 수 있는 것이다. 또한 데이터베이스에 저장된 DNA정보의 양이 많을수록 데이터베이스의 실효성은 커질 것이라는 기대 속에서 DNA 데이터베이스는 언제나 자기확장성을 갖고 있기도 하다.

지문날인제도에 관한 헌법재판소의 결정에서 반대의견(위헌의견)을 낸 3분의 재판관(송인준, 주선희, 전효숙 재판관)은 다음과 같이 판시한 바 있다 :

「지문정보가 신원확인에 효율적인 유용한 수단이므로 신원확인의 정확성

13) 2003년 Criminal Justice Act 제10조 제2항

14) 통제명령(control order)이란 테러방지법에 근거하여 테러의 위협으로부터 시민들을 보호하기 위한 목적에서 영국 내무장관(Home Secretary)이 발하는 명령을 말한다. 개인의 사용물품, 주거지, 직장, 만나는 사람의 범위 등 광범위한 영역에서 일정한 제한이 가해질 수 있다.

15) 2008년 Counter Terrorism Act 제11조 제6항.

16) 미국의 주 중에서는 버지니아주가 1989년 처음으로 DNA 데이터베이스를 운영하기 시작하였다.

17) Eiler, Ashley, “Arrested Development: Reforming the Federal All-Arrestee DNA Collection Statute to Comply With the Fourth Amendment”, *George Washington Law Review*, vol. 79(June 2011), 1206-1208면.

내지 완벽성을 제고하기 위하여는 무제한적인 지문정보의 수집, 보관, 전산화, 이용행위라도 타당성이 인정된다는 견해는 행정의 편의성을 국민의 기본권보다 앞세운 발상이다.」¹⁸⁾

이는 DNA법의 위헌성을 논할 때 경구(警句)로 삼을 만하다. 지문날인제도와 마찬가지로 DNA 데이터베이스도 그 수록정보가 많아질수록 효율성이 증진될 수 있다는 점에서는 동일한 문제지대를 안고 있다. 데이터베이스의 확장은 다른 각도에서 보면, 국가가 시민의 개인정보를 다량으로 수집, 저장하고 이용한다는 것을 의미하기 때문에, 헌법적 심사에서 형사소추의 효율성 내지 편의성이 지나치게 강조되는 것은 마땅히 경계해야 한다.

2. DNA시료채취·감식 및 DNA신원확인정보의 수집과 처리의 법적 성격

가. 견해의 대립

DNA시료채취·감식 및 DNA신원확인정보의 수집과 처리의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가의 문제는 아직 명확하게 정리되어 있지 않다. 법적 성격을 어떻게 보느냐에 따라 영장주의 원칙이나 과잉금지원칙의 적용에서 논증의 차이가 나타날 수 있기 때문에 이 문제는 가볍게 볼 문제는 아니다. 학계에서는 대체로 아래와 같은 견해가 주장되고 있다.

(1) DNA시료의 채취·감식 및 DNA신원확인정보의 저장을 장래의 형사소추에 대비한 강제처분으로 이해하는 견해¹⁹⁾가 있다. 이 견해는 아직 범해지지 않은 범죄의 형사소추를 목적으로 장래의 형사소추에 관한 어떠한 혐의도 있을 수 없는 피의자나 수형인 등으로부터 DNA시료를 채취하는 것은 무죄추정의 원칙과 영장주의에 반한다는 점을 지적하면서, 장래의 특정 범죄를 저지를 위험성을 요건으로 할 필요가 있다고 주장한다.

(2) 보안처분으로 보는 견해도 있다. DNA법이 범죄수사 외에 ‘범죄예방’을 목적으로 규정하고 있고 동법 제5조에서 수형인등에 대하여 DNA시료의 채취 및 DNA신원확인정보의 수집·저장을 규정하고 있다는 점에서, 이미 형이 선고된 수형인의 경우 DNA신원확인정보의 저장 및 검색제공은 향후의 재범발생을 방지하고 사회를 방위하고자 하는 목적의 보안처분으로 볼 수 있다고 한다.²⁰⁾

(3) 한편, DNA시료채취는 진행되는 범죄수사와 관련하여 신원확인을 위한 강제절차

18) 헌법재판소, 2005.5.26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668, 701면.

19) 조성용, “『DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 230면; 서계원, “「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」의 문제점과 개선방안”, 세계헌법연구 제16권 제2호, 2010, 213면.

20) 이상용, “범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제15권 제3호, 2004, 148면.

에 해당하는 반면에, DNA정보의 저장 및 검색제공은 장래의 범죄예방 및 범인식별을 위한 경찰행정작용으로 보는 견해도 있다.²¹⁾ 이 견해는 데이터베이스에 수록되는 DNA신원확인정보는 개인식별에 필요한 특정 STR마커의 염기배열의 반복되는 수와 성별만 알 수 있다는 점에서 지문정보와 동일하게 취급하는 것이 타당하다고 한다.²²⁾ 다만, DNA시료채취는 신원확인을 위한 강제절차이기 때문에 법관의 영장을 요하지만, DNA정보의 저장 및 검색제공은 정보의 유출 및 오·남용의 가능성 등을 고려하여 지문과는 달리 일정 범죄에 대하여만 채취를 허용하고 그 정보접근 및 사용을 법으로 엄격히 규제하는 것으로 충분하다고 말한다.

나. 검토의견

(1) 보안처분은 행위자의 장래 위험성에 근거하여 범죄자의 개선을 통해 범죄를 예방하고 장래의 위험을 방지하여 사회를 보호하기 위해서 형벌에 대신하거나 형벌을 보충하여 부과되는 자유박탈 내지제한을 내용으로 하는 형사제재이다. 어떠한 제도가 보안처분에 해당하는지는 그 제도의 목적과 요건, 운영방식 등으로 고려하여 판단해야 한다.

DNA신원확인정보의 저장 및 검색제공은 그 대상자가 향후에 재범을 저지르면 범인으로 확인되고 검거될 확률이 높다는 점에서 재범을 억제하게끔 하는 재범방지효과를 가질 수 있다는 주장이 있기는 하지만, 앞서 언급한 것처럼, 그 효과는 경험적으로 입증되지 않은 가설에 불과하다. DNA정보의 데이터베이스화의 주된 목적은 장래의 형사사건에 관한 수사 및 형사소추의 효율성을 기한다는데 있다고 보아야 한다. 그렇다면 설사 특정 범죄자의 DNA정보를 데이터베이스에 수록하는 것이 그 범죄자의 재범을 방지하는 효과가 부분적으로 인정된다고 하더라도 이는 형사절차상의 진압적 범죄투쟁에서 산출되는 부수효과 정도로 보아야 한다.²³⁾

또한 DNA법이 DNA정보의 데이터베이스 수록을 법원이 실체재판을 거쳐서 선고하는 방식이 아니라 단지 DNA시료채취에 관하여 법관이 발부한 영장 또는 당사자의 동의에 의하도록 규정하고 있다는 점, DNA법은 단지 DNA시료의 채취와 감식 및 DNA신원확인정보의 저장·이용에 대해서만 규정할 뿐 그러한 조치를 통해서 수록대상자의 재범의 위험성이나 성행 교정에 영향을 미칠 수 있는 어떠한 내용도 규정하지 않고 있다는 점에서 볼 때에도, DNA시료채취에서부터 DNA정보의 데이터베이스 저장에 이르는 일련의 조치를 보안처분의 성격을 지닌 것으로 볼 수는 없다.

(2) 한편, DNA정보의 수집을 경찰법상의 지문채취와 동일하게 경찰행정작용으로 이해하는 것이 타당인가에 대해서도 커다란 의문이 있다.

(가) 우선 DNA정보는 다음과 같은 점에서 지문과는 질적으로 다르다. 지문은 단지

21) 이성기/한면수, “『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』의 위험성에 관한 논의 - 미국, 영국, 독일, 프랑스의 입법례 비교를 중심으로 -”, 법과정책연구 제12집 제1호, 2012, 8면.

22) 이성기/한면수, 앞의 글, 9면.

23) 조성용, “범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰”, 고려법학 제49권, 2007, 993면.

개인의 신원확인에만 유용할 뿐이며, 지문은 그 사람의 생체정보를 포함하고 있지 않음은 물론이고 두 사람이 서로 어떠한 관계가 있는지에 대해서는 아무런 분석자료를 제공해 주지는 않는다. 그러나 DNA정보는 소위 ‘junk DNA’라고 불리는 영역을 분석한 것이라 하더라도 거기에서 분석된 DNA정보는 가족관계, 인종 등에 관하여 일반적인 지문보다는 훨씬 많은 생체정보를 제공한다. junk DNA 즉, 비코드화된 영역의 정보라 할지라도 이미 인종과 성, 가족관계를 판별하는데 이용될 수 있음이 밝혀졌을 뿐만 아니라, 일부 유전적 질환을 확인하는 핵심정보가 바로 이 영역에 존재한다는 점도 드러나고 있다.²⁴⁾

그러므로 비코드화된 영역의 DNA 염기서열의 반복횟수를 통해 얻어낸 DNA신원확인정보가 오로지 숫자와 부호의 나열에 불과한 개인식별정보일 뿐 어떠한 유전정보도 포함하지 않는다는 주장, 그럼으로써 DNA신원확인정보가 지문과 마찬가지로는 주장은 더 이상 설득력을 갖지 못한다.

(나) 경찰행정작용설은 아마도 미국의 법원이 DNA샘플 채취를 지문채취와 같은 일상적인 신원확인절차(routine booking procedure)의 일환으로 취급하는 경향을 염두에 둔 것으로 보인다. 미국 법원은 그러한 전제에서 수사기관의 신원확인절차에서 피의자의 DNA샘플이 합법적으로 확보된 이상 이후에 다른 사건의 DNA정보와 대조하기 위하여 검색에 제공되는 것은 미국 수정헌법 제4조(불합리한 압수수색을 받지 않을 권리)의 기본권을 침해하지 않는 것이라고 판시해 왔다.

이에 관하여 2013년 6월 3일 미국 연방대법원은 케네디 대법관이 집필한 다수의견에서, 중범죄로 체포된 피의자를 구속한 경우에 구강점막에서 DNA시료를 채취하여 분석하는 것은 지문을 날인하거나 사진을 찍는 것과 마찬가지로 미국 수정헌법 제4조에 합치하는 합리적인 신원확인절차라는 점을 인정하였다.²⁵⁾

(다) 그러나 우리나라의 DNA법을 보면, DNA시료채취 및 분석을 수사기관이 피의자의 신원확인으로 위하여 행하는 지문채취와 유사한 것으로 이해하는 것은 타당하지 않다.

현재 범죄자의 지문채취에 관해서는 「형의실효등에관한법률」 및 「지문을채취할형사 피의자의범위에관한규칙」 등에 의하여 규율되고 있는데, 피의자의 지문채취는 수사단계에서 피의자의 신원확인과 특정을 위한 수단이면서 동시에 범죄현장에서 채취된 지문과의 대조를 통하여 범죄수사에도 도움을 줄 수 있다는 점²⁶⁾에서는 DNA신원확인정보의 수집과 유사한 측면이 있는 것은 사실이다.

그렇지만, 다음과 같은 이유에서 DNA법은 지문채취제도와 동일한 차원에 있는 것이라고 볼 수는 없다. 첫째, DNA법은 지문채취처럼 신원확인을 주된 목적으로 삼고

24) 이른바 junk DNA도 개인의 질병 등에 관한 정보를 포함하고 있다는 연구결과가 속속 발표되고 있다. 이에 대해서는, 한겨레신문 “유전자 포함 안 된 ‘쓰레기 DNA’ 알고 보니 질병 관장”, 2012.9.6 자, <http://www.hani.co.kr/arti/international/international_general/550598.html>, 검색일: 2012.9.8.

25) Maryland v. King, 133 S.Ct. 1958, U.S.,2013. (2013.6.3.)

26) 헌법재판소 2004.9.23. 2002헌가17, 2002헌가18 병합.

있는 것이 아니다. DNA법상 DNA시료채취 및 데이터베이스 구축은 범죄자로부터 DNA정보를 추출하여 데이터베이스에 저장함으로써 장래의 형사사건에서 사용될 증거를 미리 확보한다는 점에 그 목적이 있다. 둘째, DNA법은 데이터베이스에 저장된 DNA신원확인정보를 오직 범죄수사 목적에서만 검색에 제공할 수 있도록 규정하고 있다(법 제11조). ‘재해예방’이라든가 ‘위험방지’와 같은 경찰행정상의 목적으로 DNA신원확인정보를 사용할 수 없다는 점에서도 지문채취제도와는 성격을 달리 한다.

(라) DNA법이 규정한 DNA시료채취·감식, DNA신원확인정보의 데이터베이스 저장·이용은, 앞서 서술한 바와 같이, 장래의 형사사건 혹은 과거의 미제사건의 DNA정보와 대조함으로써 범인식별과 검거에 효율성을 기하하는데 주된 목적이 있다. 그러므로 이러한 조치들은 비록 당해 사건의 형사절차와 관련된 것은 아니지만 넓은 의미에서 형사절차상의 강제처분으로 이해하는 것 가장 타당할 것이다.

(3) 소결 : DNA시료채취·감식 및 DNA신원확인정보의 수집과 처리는 장래의 형사소추에 대비한 ‘형사절차상의 강제처분’으로 보아야 한다.

IV. 영장주의 및 적법절차 원칙의 위배 여부 - 법 제5조, 제8조, 제10조, 제11조 관련

1. DNA법 제5조 및 제8조의 DNA시료채취영장 규정의 영장주의 위배여부

가. 헌법상 영장주의의 의미

헌법 제12조 제3항은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 규정하고 있다. 영장주의는 헌법 제12조 제1항이 규정한 적법절차원칙으로부터 도출되는 원칙으로서, 헌법재판소는 “영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권독립에 의하여 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 의하여야만 한다는 데에 있다고 할 수 있다.”라고 판시하고 있다.²⁷⁾

헌법재판소가 적절하게 판시한 바와 같이, 헌법상의 영장주의의 본질은 “강제수사의 요부 판단권한을 수사의 당사자가 아닌 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관에게 유보하는 것으로서, 법치국가의 사법질서 확립을 위해서는 수사절차에서의 사법통제가 반드시 필요한 것임을 선언한 것”²⁸⁾이다.

나. DNA시료채취영장이 헌법 제12조 제3항의 영장주의의 적용대상인가 여부

27) 헌법재판소 2003.12.18. 2002헌마593 ; 1997.3.27. 96헌바28 등.

28) 헌법재판소 2012.6.27. 2011헌가36, 판례집 24-1하, 703, 708-709면.

(1) 헌법 제12조 제3항의 영장주의는 형사절차에서 수사기관의 강제처분에 대하여 적용된다. 그것은 피의자나 피고인에 대한 수사기관의 강제처분이 심각한 기본권제한을 수반할 가능성이 크기 때문에 독립적인 지위의 법관의 영장에 의하여 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장한다는 데 그 취지가 있다.

범죄혐의를 받고 있는 피의자나 피고인에 대하여 당해 형사절차에서 구체적인 범죄 혐의에 근거하여 이루어지는 강제처분은 헌법 제12조 제3항의 영장주의의 적용대상임이 분명하다. 그런데 DNA법상의 DNA시료채취영장은 당해 범죄사건과 관련하여 증거물을 수집하기 위한 강제처분이 아니라는 점에서 다소간 다른 면이 있다.

(2) 그렇지만, 앞서 서술한 바와 같이, DNA법상 DNA시료채취영장은 ‘장래의 형사소추에 대비하는 성격의, 형사절차상의 강제처분’으로 이해하는 것이 타당하다. 구속피의자등에 대한 DNA시료채취뿐만 아니라, 수형인등에 대한 DNA시료채취의 경우에도 동일하게 보아야 한다. 이와 같은 DNA시료채취는 그 성질상 압수·수색에 해당한다고 보아야 하며, 다만, 그것은 당해 범죄사건의 증거수집을 위한 것이 아니라 장래의 형사소추에 대비한 증거수집이라는 점에서 차이가 있을 뿐이다.

헌법 제12조 제3항은 단순히 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때”라고 규정하고 있으므로, 그 적용범위를 당해 형사사건의 수사를 위하여 행해지는 강제처분만을 대상으로 한다고 좁게 해석할 이유는 없다. 따라서 장래의 형사소추에 대비하기 위한 DNA시료채취도 헌법 제12조 제3항의 영장주의의 적용대상이 된다고 보아야 한다.

다. 영장주의 위반 여부

(1) 실질적인 사법통제의 결여

(가) DNA법은 구속피의자나 수형인 등으로부터 DNA시료를 채취하는데 원칙적으로 법관이 발부한 영장에 의하도록 규정하고 있다(법 제8조 제1항, 제2항). 형식적으로는 영장주의가 적용된다. 그렇지만, DNA법의 체계를 보면, 법 제5조와 제6조에서 DNA감식시료의 채취 대상범죄 및 대상자를 일률적으로 규정해 놓고 이에 해당하는 대상자로부터 DNA시료를 채취할 때 법관이 발부한 영장에 의하도록 규정하고 있을 뿐이다. 검사로부터 영장발부의 청구를 받은 판사는 그 대상자가 법 제5조 내지 제6조에 규정된 자라는 점을 확인하는 것 외에는 실질적으로 DNA시료채취 여부를 통제할 아무런 권한도 갖고 있지 못하다.

헌법이 규정한 영장주의는, 헌법재판소가 분명하게 언급한 것처럼, 형사절차상 강제처분의 필요 여부에 대하여 수사의 당사자가 아닌 독립적인 제3자인 법관의 합리적인 통제를 거치도록 한다는 점에 있다. 하지만 DNA법의 채취영장제도는 형식적으로는 법관이 발부한 영장에 의하도록 규정하고 있으나, 법관은 DNA시료채취의 ‘필요 여부’에 대하여 ‘실질적인 사법통제’를 할 수 없다.

(나) 비교법적으로 볼 때, 독일 형사소송법 제81g조 제1항은 피의자가 중대한 범죄 또는 성적 자기결정권을 침해하는 범죄의 혐의가 있는 경우에 “범죄의 형태나 실행방법, 피의자의 인성 또는 그 밖의 인식을 근거로 장래에 피의자에 대하여 중대한 범죄 행위를 이유로 한 형사절차가 개시될 수 있다고 인정할 만한 근거”가 존재할 때에 DNA시료의 채취 및 감식이 가능하도록 규정하고 있으며, 이 규정은 그러한 범죄로 유죄판결을 받았거나 책임무능력 등의 사유로 유죄판결을 받지 않은 자로부터 DNA시료를 채취하는 때에도 적용된다(동조 제4항). 즉, ‘장래에 중대한 범죄를 저지를 재범의 위험성’이 DNA시료채취 및 감식의 실질적인 요건으로 규정되어 있다.²⁹⁾ 이러한 요건의 충족 여부는 DNA시료채취영장을 발부하는 절차에서 판사가 판단하게 된다.³⁰⁾

(다) DNA법 제8조는 DNA시료채취영장의 발부에 관하여 ‘재범의 위험성’ 등 실질적인 요건을 전혀 규정하고 있지 않다. DNA법이 규정한 11개 범죄군이 일반적으로 재범율이 높은 범죄유형이라 하더라도, 그에 해당하는 범죄를 저지른 모든 수형인 등이 장래에 다시 그와 같은 범죄를 저지를 재범의 위험성이 당연히 인정된다고 볼 수는 없다.

DNA법 제8조가 영장 발부의 실질적인 요건에 대하여 아무런 규정도 두지 않은 이상, 법원이 DNA시료채취의 적절성 여부에 대하여 실질적인 심사를 통하여 수사기관의 강제처분을 통제할 가능성은 거의 없다. 이는 형식적으로는 영장주의 원칙을 적용하는 것처럼 보이나, 헌법상 요구하는 영장주의의 본질을 침해하는 것이라고 보아야 한다. 헌법재판소가 누누이 판시한 바와 같이, 헌법상 영장주의의 본질은 “강제수사의 요부 판단권한을 수사의 당사자가 아닌 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법원에 게 유보하는 것”에 있기 때문이다.

(라) DNA시료채취영장은 피의자나 수형인 등이 관련된 당해 사건의 범죄수사와 소추를 위한 것이 아니라 장래에 발생할 수 있는 범죄사건의 신속한 해결을 목적으로 미리 특정 범죄자의 DNA신원확인정보를 확보하기 위한 것이다. 그렇기 때문에 DNA시료채취영장은 당해 사건에 관련하여 발부되는 통상적인 압수수색영장처럼 특정의 범죄혐의를 전제요건으로 삼을 수는 없다. ‘지금’ DNA시료채취의 대상이 된 피의자나 수형인등은 ‘장래에’ 발생할 어떤 범죄사건에 대하여는 아무런 구체적인 범죄혐의도 없는 자일 뿐이다. 그러므로 장래의 목적을 위하여 특정 범죄자로부터 DNA시료를 채취하고 그의 DNA신원확인정보를 수집·저장하는 강제처분이 영장주의의 헌법적 요청에 합치하기 위해서는 최소한 그와 같은 강제처분을 정당화할 수 있는 실질적인 요건이 규정되어야만 할 것이다. 대안으로는, 독일 형사소송법 제81g조 제1항이 규정한 것과 같은 ‘재범의 위험성’ 요건을 규정하고 그 요건의 충족 여부에 대하여 법원의 실질적인 통제가 이루어지도록 하는 방안이 가능할 것이다.

29) Radtke/Hohmann, Strafprozessordnung Kommentar, 2011, §81g Rn.8 ; Senge, Karlsruher Kommentar StPO(6.Aufl.), 2008, §81g Rn.22.

30) 독일 형사소송법 제81g조 제3항은 채취대상자의 서면동의에 의하는 경우에는 법원의 영장을 요하지 않는 것으로 규정하고 있는데, ‘재범의 위험성’에 관한 이 요건은 서면동의에 의한 시료채취 및 감식의 경우에도 적용된다고 한다. Senge, Karlsruher Kommentar StPO(6.Aufl.), 2008, §81g Rn.16.

(2) 반론에 대한 비판

(가) 영장주의 위반에 관련하여 법무부는 우리나라의 DNA법이 독일과 달리 대상범죄 유형을 한정함으로써 이미 재범 위험성과 범죄의 중대성을 고려하였다는 점, 개별 사건에서 재범의 위험성을 미리 예측하기는 매우 어렵고 그 기준도 불명확한 바 대상범죄를 특정하는 입법례를 취하면서 굳이 재범 위험성을 별도로 판단하도록 할 실익이 없다는 점을 근거로 하여 DNA법 제8조가 영장주의 및 실질적 적법절차 원칙을 위배한 것으로 볼 수 없다고 주장한다.³¹⁾

그러나 대상범죄의 유형을 정하는데 있어서 해당 범죄유형의 재범율이 높다는 점을 고려하였다고 하더라도, 그러한 사정은 과잉금지원칙과 관련하여 입법목적의 정당성이나 법익균형성원칙의 적용에서 고려할 사항일 뿐이며, 영장주의 위반 여부와는 아무런 관련이 없다. 그리고 해당 범죄의 재범율이 높은 편이기 때문에 그러한 특정 범죄군에 대해서 DNA법과 같은 특별한 대응이 필요하다는 것과 어떤 피의자나 수형인 등이 장래에 그 대상범죄를 저지를 위험성이 얼마나 인정되는가의 문제는 차원이 다른 것이다.

재범의 위험성을 판단할 수 있는 기준이 불명확하다는 지적에는 동의할 수 있다. 그렇지만, 이는 재범의 위험성을 근거로 한 형사제재(예를 들어, 보안처분)나 강제처분의 정당성을 비판하는 근거가 될 수는 있을지언정, 그런 이유로 재범의 위험성이라는 기준이 아예 필요없다는 주장을 하는 근거가 될 수는 없다는 점에서 위와 같은 주장은 부당하다.

(나) 한편, 경찰청장은 구속피의자의 경우에 구속영장의 발부단계에서 이미 재범의 위험성과 범죄의 중대성에 대한 판단이 이루어졌다는 점을 주장하고 있다.³²⁾ 그러나 구속은 당해 사건에 관하여 피의자의 도주 및 증거 인멸의 우려를 근거로 한 강제처분이며, 재범의 위험성은 구속사유가 아니라 구속사유의 판단에서 고려사항에 불과하다. 더구나 피의자의 구속은 그 성격상 압수수색에 해당하는 DNA감식시료의 채취 및 분석과는 아무런 직접적인 연관성을 지니고 있지 않다. 그러므로 피의자가 구속되었다는 사정이 있더라도 그것만으로는 곧바로 DNA시료 채취가 정당화하는 근거가 되지 못한다.

2. “DNA시료채취 - 감식 - 저장·이용”의 전 과정에 대한 영장주의의 적용 여부

가. 감식을 위한 별도의 영장이 필요한가 여부

(1) 일부 견해는 감식시료의 채취와 시료에 대한 분석인 DNA 감식은 상이한 기본권

31) 이 사건에 관한 법무부장관 변론요지서(2013.6.), 17-18면.

32) 이 사건에 관한 경찰청장 변론요지서(2013.6.10.), 3면.

을 침해하는 별개의 강제조치라는 점에서 DNA법이 규정한 감식시료의 채취영장만으로 DNA 감식까지 정당화된다고 볼 수 없고, DNA시료에 대한 감식은 별도의 영장(‘감정처분허가장’)이 필요하다고 주장한다.³³⁾ 독일의 경우 시료의 채취를 위한 영장과 감식을 위한 법원의 명령을 별개로 규정하고 있다(독일 형사소송법 제81g조 제3항). 이에 대해서 DNA법은 당해 사건의 범인식별을 위한 DNA 감식을 규정한 것이 아니라 장래의 형사소추에 사용될 DNA정보의 보관을 목적으로 하는 것이기 때문에 DNA법이 규정한 시료채취영장은 ‘채취’ 뿐만 아니라 ‘분석’ 및 ‘분석결과의 저장’을 위한 영장이라고 보아야 한다는 견해도 있다.³⁴⁾

(2) DNA시료의 채취가 신체의 자유를 제한하는 처분인 반면에 DNA시료의 감식은 개인정보자기결정권을 제한하는 조치라는 점에서 시료채취와 감식은 분명 침해되는 기본권의 영역이 다르다. 그렇지만 DNA감식시료채취영장은 감식 및 그로부터 얻어진 DNA신원확인정보의 저장이라는 일련의 절차를 당연히 예정하고 있다고 보아야 하므로, DNA법 제8가 감식을 위한 별도의 영장을 규정하지 않았다는 점을 들어 영장주의에 위배된다고 말하기는 어려워 보인다.

나. DNA신원확인정보의 검색에 대한 영장주의 적용 여부³⁵⁾

(1) DNA정보의 수집과 이용이 “시료채취—감식—DNA정보의 저장 및 이용”으로 이루어진다고 할 때, 정작 방치되고 있는 중요한 영역은 마지막 단계인 DNA정보의 저장 및 이용에 있다. 데이터베이스에 수록된 DNA신원확인정보는 검사나 사법경찰관이 범죄수사를 위하여 요청하는 경우에 검색에 제공된다(법 제11조 제1항). 이에 의하면, 수사기관은 범죄수사를 위해 필요하다는 이유로 데이터베이스에 수록된 수많은 사람들의 DNA정보를 무작위로 검색할 수 있다. 예를 들어, 피의자나 수형인등으로부터 수집한 DNA신원확인정보를 - 미제사건이나 장래에 발생할 사건의 - 다른 범죄현장에서 발견된 DNA정보와 무작위로 대조해 볼 수 있다.

DNA법 제11에서 규정한 ‘범죄수사’는 앞으로 발생할 수 있는 범죄사건의 수사뿐만 아니라 미제사건의 수사도 포함한다. 법시행령 제15조 제1항에서 DNA신원확인정보의 검색결과의 회보에 관하여 “법 제5조 또는 제6조에 따른 디엔에이감식시료 채취대상자로부터 채취한 디엔에이감식시료를 감식하여 취득한 디엔에이신원확인정보를 법 제7조에 따라 채취한 디엔에이감식시료를 감식하여 취득한 디엔에이신원확인정보가 수록된 데이터베이스에서 검색·대조한 결과 디엔에이신원확인정보가 일치하는 사실을 발견한 경우” 및 “법 제7조에 따라 채취한 디엔에이감식시료를 감식하여 취득한 디엔에이신원확인정보를 법 제5조 및 제6조에 따른 디엔에이감식시료 채취대상자로부터 채취한 디엔에이감식시료를 감식한 디엔에이신원확인정보를 수록한 데이터베이스에서 검색·대조한 결과 디엔에이신원확인정보가 일치하는 사실을 발견한 경우”를 예정하고

33) 조성용, “「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 대한 비판적 검토”, 241면.

34) 김혜경, 앞의 글, 246-247면.

35) 이하 이 부분의 서술은 이호중, “DNA법의 문제점과 위헌성 검토”, 민주법학 제51호, 2013.3., 247-249면을 수정, 보완한 것이다.

있다. 법 제5조 내지 제6조의 대상자로부터 수집한 DNA신원확인정보는 과거에 발생한 사건으로서 범죄현장이나 피해자의 신체 등으로부터 채취한 DNA시료에서 얻은 신원불상의 DNA신원확인정보와 무작위 대조검색이 가능한 것으로 보인다.

(2) 이와 같은 무작위 검색은 해당 사건의 범죄혐의가 없는 수많은 사람들의 개인정보 자기결정권을 침해하는 문제를 야기한다. 데이터베이스에 저장된 DNA정보의 검색을 위하여 별도의 영장이 요구되는가에 대해서는 견해가 나뉜다. 데이터베이스의 검색을 위한 별도의 영장(압수·수색영장)이 필요하다는 견해³⁶⁾도 있고, DNA신원확인정보의 수집목적(장래의 형사소추에서의 범인식별) 범위 내에서 이루어지는 검색이라는 이유로 데이터베이스의 검색에 대한 별도의 사법적 통제는 필요하지 않다는 견해³⁷⁾도 있다.

(3) 여기에서 중요한 문제는 그와 같은 무작위 검색이 별도의 요건이나 절차 없이도 정당화될 수 있는가에 있다.³⁸⁾ 미국에서는 이 문제가 수정헌법 제4조의 ‘불합리한 수색과 압수를 당하지 않을 권리’에 대한 침해문제로 논의되고 있다. DNA감식시료의 채취는 신체의 완전성에 대한 침해로서 미국 수정헌법 제4조의 ‘수색’에 해당한다는 점에는 의문의 여지가 없다.³⁹⁾ 다음으로, 시료의 분석을 통해 DNA신원확인정보를 취득하는 것은 시료 채취와는 또 다른 차원에서 프라이버시로 보호되어야 할 개인정보를 취득하는 것이기 때문에 별개의 수색에 해당한다.⁴⁰⁾ 그런데 데이터베이스에 수록된 DNA정보를 검색하는 것이 ‘미국 수정헌법 제4조의 보호범위에 속하는’ 별개의 수색행위인가에 대해서는 논란이 있는 듯하다. 최근의 연방법원 판례는 보호관찰 집행을 종료한 후에 자신의 DNA정보가 데이터베이스에 계속해서 저장되어 있는 것이 수정헌법 제4조 위반이라는 소를 제기한 사건에서 DNA정보의 데이터베이스 저장과 검색은 사회에서 합리적으로 인정되는 프라이버시의 기대를 침해하는 것은 아니며, 따라서 데이터베이스 검색은 미국 수정헌법 제4조 하에서 별개의 수색행위가 아니라고 하였다.⁴¹⁾

수사기관이 범행현장에서 수집한 DNA정보를 가지고 DNA 데이터베이스의 자료를 검색하는 경우에는 구체적인 범죄혐의가 인정되지 않는 수많은 시민의 DNA정보를 검색하게 된다. 즉, 정보검색이 행해질 때마다 수천 내지 수만 건의 수색이 행해지는 것이라고 말할 수 있다.⁴²⁾ 이는 근본적으로는 저인망식 검색의 허용문제로 귀착된다.

36) 유영찬/장영민, “경찰과학수사의 발전방안에 관한 연구: 유전자은행의 설립과 활용을 중심으로”, 치안논총 제14집(치안정책연구소, 1998), 513면. 저자들은 DNA신원확인정보의 데이터베이스에 수록된 정보를 검색하는 것을 형사소송법상의 ‘사실조회’의 성격을 가지는 것으로 이해하면서도 과잉수사를 방지하기 위해서 영장에 의한 통제가 필요하다고 보고 있다.

37) 조성용, “「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 대한 비판적 검토”, 250면.

38) 박용철, “피의자의 유전자 정보 채취의 제문제: 유전자 감식 정보의 수집 및 관리에 관한 법률(안) 제출과 관련하여”, 형사정책 제18권 제2호, 2006, 21면; 이상용, “범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제15권 제3호, 2004, 149면.

39) *United States v. Kincade*, 379 F.3d 813, 821 n.15 (9th Cir. 2004).

40) Kaye, “The Constitutionality of DNA Sampling on Arrest”, *Cornell Journal of Law & Public Policy*, vol. 10(2001), 481-482면.

41) *Boroian v. Mueller*, 616 F.3d 60, 64 (1st Cir. 2010).

42) Eiler, Ashley, “Arrested Development”, 1209면.

데이터베이스에 저장된 수많은 사람의 정보를 검색하는 행위는 구체적인 혐의나 ‘상당한 이유’가 없는 사람들의 정보를 검색하는 것이라는 점에서 질적으로 서로 다르지 않다. 이러한 무작위 검색 및 대조가 형사사법기관의 정당한 수사활동으로 당연히 허용되어야 한다고 말할 수는 없다. ‘효율적인 범죄수사’이라는 목표 하에 위와 같은 DNA정보의 무작위 검색이 아무런 통제나 제한없이 이루어지는 것은 영장주의 및 적법절차 원칙에 위배된 것으로 보아야 한다.

(4) 더 나아가서, 수형인등의 감식시료를 분석하여 얻은 DNA신원확인정보를 가지고 아무런 요건이나 절차적 제한 없이 데이터베이스에 수록된 미제사건, 더 나아가서 장래에 발생할 범죄사건의 DNA정보와 대조·검색할 수 있게끔 제공하는 것은 사실상 헌법에서 용인할 수 없는 일반영장을 허용하는 것과 마찬가지로 보아야 한다.

DNA시료채취영장에는 대상자의 성명, 주소, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지를 기재하게 되어 있으므로(법 제8조 제5항), 시료채취와 관련된 사항은 영장에 특정된다고 말할 수 있다. 그렇지만, DNA법은 DNA시료채취영장에 의하여 채취한 시료의 감식으로 얻은 특정인의 DNA신원확인정보를 데이터베이스에 저장하여 검색에 제공할 수 있도록 하는데 목적이 있는 반면에, DNA시료채취영장 외에 신원확인정보의 저장·검색에 대하여 별도의 영장은 필요하지 않은 것으로 규정하고 있다. 이것은 당사자로부터 일단 DNA신원확인정보가 수집되면 데이터베이스에 저장되어 장래에 발생할 형사사건이나 미제사건의 수사에 광범위하게 사용될 수 있다는 것을 의미한다.

3. 소결

이상과 같이 고찰해 볼 때, 수형인등에 대하여 DNA시료채취영장을 규정한 DNA법 제5조 및 제8조는 영장주의에 위반된 것으로 보아야 한다. 첫째, 법원은 DNA시료채취영장을 발부함에 있어 DNA법 제5가 규정한 대상범죄 및 대상자의 범위에 해당하는 한 DNA시료채취의 적절성 여부에 대한 실질적인 심사를 전혀 할 수 없는 바, 이는 영장주의의 근본 이념에 반하는 것이다. 둘째, DNA법은 시료채취영장 외에 감식과 감식결과로 얻은 DNA신원확인정보의 데이터베이스 저장 및 검색제공에 대해서는 별도의 영장 요건을 규정하지 않고 있는 바, DNA정보의 무작위 검색이 아무런 통제나 제한없이 이루어지는 것은 영장주의 및 적법절차 원칙에 위배된다.

V. 당사자의 동의에 의한 시료채취(법 제8조 제3항)의 영장주의 및 적법절차원칙 위배여부

1. 영장주의 위반 여부

DNA법 제8조 제3항은 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장없이 DNA감식시료를 채취할 수 있고, 이 때에는 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다고 규정하고 있다.

형사소송법상 압수·수색·검증에 해당하는 강제처분의 경우에는 일반적으로 영장주의에 대한 예외로서 당사자의 동의에 의한 수집이 가능하다. 당사자의 동의에 의한 압수가 임의수사로서 허용되는 것인지, 아니면 강제처분이지만 영장주의가 적용되지 않는 것인지에 대해서는 견해가 나뉘고 있으나, 어떻게 보건 간에, DNA시료를 당사자의 동의 하에 영장 없이 채취할 수 있도록 규정한 것 자체는 영장주의 위반이라고 볼 수는 없다.

2. 적법절차 원칙 위반 여부

가. 적법절차 원칙의 의미

헌법 제12조 제1항에 근거를 둔 적법절차 원칙은 입법·행정·사법 등 모든 국가작용은 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력 행사의 근거가 되는 법률의 실제적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 헌법 원리를 말한다. 헌법재판소에 따르면, “이러한 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실제적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있으며, 형사소송절차와 관련하여서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것”⁴³⁾이라고 한다.

나. 당사자의 동의에 의한 DNA시료채취의 적법절차 원칙 위반 여부

(1) 당사자의 동의에 의하여 DNA시료를 채취하는 것이 영장주의에 위배되는 것은 아니라 할지라도, DNA법상 DNA시료의 채취는 사실상 압수로서의 성질을 갖는 것이기 때문에 당사자의 동의에 의한 시료채취에는 엄격한 의미에서 적법절차 원칙이 적용되어야 한다. 즉, 그 실질은 DNA시료의 압수와 동일하다고 보아야 하므로, DNA시료채취영장의 발부 및 집행에 준하는 정도의 적법절차 원칙이 적용되어야 한다.

그런데 DNA법은 오로지 채취대상자에게 ‘채취를 거부할 수 있음을 고지’하고 서면으로 동의를 받을 수 있도록 규정하고 있는 바, 이러한 규정이 적법절차 원칙을 충족한 것으로 볼 수 있는지는 의문이다.

(2) 우리나라와 유사하게 독일 형사소송법 제81g조는 당사자의 서면동의에 의한 경우를 규정하면서, 채취대상자는 사전에 DNA시료채취 및 감식으로부터 수집된 DNA정보가 어떤 목적에 이용될 것인지에 대하여 고지받아야 한다고 규정하고 있다(독일 형사소송법 제81g조 제3항 제3문). 여기에서 고지는 DNA시료의 채취절차에 관한 것을 포함해야 할 뿐만 아니라, 채취대상자의 DNA시료의 감식 및 그로부터 획득된 DNA

43) 헌법재판소 2004.9.23. 2002헌가17, 2002헌가18 병합.

신원확인정보가 데이터베이스에 저장되어 범행현장 등에서 채취된 DNA시료의 감식 결과와 대조하는데 사용될 수 있다는 점을 포함해야 한다.⁴⁴⁾ 왜냐하면, 채취대상자의 동의는 DNA시료의 채취로부터 DNA신원확인정보의 수집과 저장·이용으로 인한 모든 기본권제한에 동의하는 것이기 때문에 당사자의 동의로 인하여 기본권제한의 효과가 수반되는 모든 범위에 대하여 사전에 충분히 설명이 이루어져야 하기 때문이다.

(3) 적법절차 원칙에 비추어 중요한 것은 감식시료 채취대상자의 자유롭고 진지한 의사표시로서 동의가 있어야 한다는 점이다. 이를 위해서는 사전에 충분한 정보를 제공 받았을 것, 동의의 임의성이 인정될 것 등의 요건이 충족되어야 한다.⁴⁵⁾ ‘충분한 정보에 근거한 동의’란 DNA감식시료를 채취하는 목적이 무엇이고, 어떤 범위에서 이용될 것이며, 감식결과인 DNA신원확인정보는 어떤 방법과 절차에 의해 이루어질 것인가 등에 대해 당사자에게 충분히 설명하여야 함을 의미한다. 또한 충분한 설명과 동의는 DNA시료의 채취 전에 이루어져야 하고, 동의는 부당한 압력이 없는 상태에서 본인의 자유로운 판단에 의해 이루어져야 한다.

(4) 이에 비추어 볼 때, DNA법이 규정한 동의에 의한 시료채취는 다음의 두가지 점에서 적법절차 원칙에 위반한 것으로 보아야 한다.

(가) 첫째, 구속된 피의자는 구금상태에서 수사와 재판을 받는 처지라는 점에서, 그리고 형이 확정된 수형인의 경우에는 형의 집행을 받아야 하는 지위에 있다는 점에서 이들에게 진정으로 자발적인 동의를 기대할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 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 있다.⁴⁶⁾ 피의자나 수형인 등의 이러한 상황을 수사기관이 교묘히 이용하여 동의에 의한 DNA시료 채취를 남용할 경우에는 영장주의를 무력화시킬 위험이 있다.⁴⁷⁾

(나) 둘째, 동의의 요건을 규정한 DNA법 제8조 제3항은 충분한 설명을 제공해야 한다는 요건을 제대로 반영하지 못하고 있다. 유효한 동의라고 하기 위해서는 DNA감식시료의 채취기법, DNA 감식에 의해 얻어지는 정보 및 DNA 감식을 위해 실시하는 처분의 의미와 효과, 채취된 DNA감식시료의 처리와 DNA신원확인정보의 사용 등에 대한 충분한 설명이 선행되어야 한다. DNA법 제8조 제3항은 이러한 동의의 유효요건을 충분히 담보해 주지 못한다.⁴⁸⁾

44) Senge, Karlsruher Kommentar StPO(6.Aufl.), 2008, §81g Rn.16, §81f Rn.3 ; Julius 외, Strafprozessordnung(4.Aufl.), 2009, §81g Rn.26.

45) 이정남, “유전자정보의 획득 및 이용에 관한 형사법적 논의의 필요성과 그 방향”, 형사정책 제21권 제1호(한국형사정책학회, 2009), 106면.

46) 국가인권위원회, “「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 관련 헌법소원 사건(2011헌마28 등)에 대한 의견제출”, 17면.

47) 신양균, “유전자정보은행제도와 인권: 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」을 중심으로”, 형사법연구 제22권 제3호, 2010, 78면.

48) 국가인권위원회, 앞의 의견서, 17면.

다. 소결

따라서 DNA법 제8조 제3항은 적법절차 원칙에 위반된다. 특히 구금상태에 있는 피의자나 수형인등에게는 자유롭고 진지한 동의의 가능성이 제약되어 있다는 점을 고려해야 하며, 동의에 의한 시료채취가 남용될 가능성을 차단하기 위해서는 영장에 의한 시료채취로 일원화하는 것이 타당하다.

VI. 과잉금지원칙 위배 여부

1. 입법목적의 정당성과 수단의 적절성

가. 경찰청장 의견

(1) 경찰청은 헌법재판소에 제출한 의견서에서 과잉금지원칙, 특히 목적의 정당성 및 법익균형성 원칙과 관련하여 다음과 같은 8가지 주장을 펼치고 있다:⁴⁹⁾

① 증가하는 강력범죄에 대응하기 위해서는 DNA 데이터베이스의 구축이 필요하고 실제 DNA를 통하여 다수의 미제 강력사건이 해결되었다. 서울지방경찰청의 경우 2010년 7월 26일 DNA법 시행 이후 2011년 8월 17일까지 검거된 피의자의 DNA를 채취, 대조하여 미제로 남았던 강력사건 506건을 해결했다고 한다.⁵⁰⁾

② DNA법은 연속적인 강력범죄의 발생 및 미제사건의 해결에서 증명된 DNA를 통한 과학적 수사의 필요성에 대한 국민적 공감대와 합의를 바탕으로 제정된 것이다.

③ 강력범죄는 특히 재범의 우려가 높다는 점에서 DNA 데이터베이스 구축의 필요성이 더욱 크다. 강력범죄의 경우 동종전과건 이종전과건 간에 전과가 있는 사람에 의해 저질러지는 경우가 70%를 넘고 1년 이내의 재범 비율도 30% 이상이라는 점에서 당해 범죄가 발생하였을 때 DNA 데이터베이스를 활용할 수 있다면 신속한 범인 검거가 가능할 것이라고 한다.

④ DNA 데이터베이스의 구축은 범죄예방 측면에서도 효과가 있다. 자신의 유전자형이 입력되어 있는 사람은 검거의 두려움으로 인해 범죄를 주저하게 된다는 점에서 범죄예방효과가 있으며, 연쇄범행의 경우 조기 차단을 통한 예방효과도 예상할 수 있다고 한다.

⑤ 지문대조 등 다른 신원확인 방식에 비하여 DNA 확인은 범인 식별 기능이 뛰어나다. 지문에 비해 DNA흔적은 범행현장에서 발견될 확률이 높고, 범인의 의도와 상관없이 범행현장에 유류될 가능성도 높아 DNA흔적은 수사단서로서의 가치가 크고, 신속하고 정확한 신원확인을 가능하게 해 준다고 한다.

⑥ DNA 데이터베이스는 국민의 인권보호 기능을 한다. 무고한 용의자를 조기에 수사에서 배제할 수 있게 되므로 시민의 인권 보호에 기여할 뿐만 아니라, DNA 대조를

49) “2011헌마326 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 헌법소원 사건에 대한 경찰청장 의견서”(2011.10.21), 78-89면.

50) 서울지방경찰청 브리핑자료, 2011.8.17.

통해 억울하게 유죄판결을 받은 사람이 재심을 통해 구제될 수 있도록 기여한다는 것이다.⁵¹⁾

⑦ DNA 데이터베이스에 입력되는 자료는 암호화된 코드라는 점에서 실제 침해되는 사익이 크다고 할 수 없다. DNA 데이터베이스에 수록되는 DNA신원확인정보는 DNA 염기서열 중 코드화되지 않은 영역을 분석한 것이기 때문에 개인의 범죄성향이나 질병 등의 개인적인 정보를 포함하지 않는다는 점, 그리고 DNA신원확인정보는 실제 인적 정보와는 별도로 보관된다는 점 때문에 유출시 개인의 프라이버시 침해의 우려도 전혀 없다고 한다.

⑧ 국가안보의 차원에서 국민의 정확한 신원확인의 필요성이 있다. 경찰청장은 주민등록법상 십지지문의 채취 및 보관에 관한 헌법재판소의 합헌결정⁵²⁾을 언급하면서, 국민의 정확한 신원확인을 위한 제도라는 점에서 지문 채취와 DNA정보의 취득은 유사하기 때문에 헌법재판소가 말한 것처럼 ‘분단국가로서의 국가안보 유지’의 필요성이라는 차원도 고려해야 한다고 주장한다.

(2) DNA정보의 개인 식별 기능이 뛰어나고 DNA정보의 수집과 데이터베이스 구축이 미제사건의 해결에 도움이 되며 장래의 범죄수사의 효율성을 증대시키는 효과가 있다는 점에 대해서는 크게 이의를 제기하기 어렵다.

나. 비코드화된 영역의 정보로서 개인식별을 위한 숫자조합 외에 개인정보를 포함하지 않는다는 논거에 대하여

(1) DNA법상 “디엔에이감식”이란 ‘개인 식별을 목적으로 디엔에이 중 유전정보가 포함되어 있지 아니한 특정 염기서열 부분을 검사·분석하여 디엔에이신원확인정보를 취득하는 것’을 말하고, “디엔에이신원확인정보”는 ‘개인 식별을 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것’이라고 규정되어 있다(법 제2조 제3호 및 제4호). DNA법에서 감식 및 데이터베이스 저장의 대상이 되는 DNA정보는 DNA 배열 중에서 개인의 유전정보를 포함하지 않으면서 개인의 동일성 여부의 확인만이 가능한 특정 염기서열 부분을 해독한 정보를 말한다.

이처럼 DNA 중에서 개인의 질병이나 신체적 특성 등에 관한 유전정보를 포함하지 않은 부분을 보통 ‘junk DNA’라고 부른다. junk DNA를 해독한 ‘일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것’은 개인의 유전정보를 포함하지 않는 대신에 개인마다 그 배열이 달라 개인의 신원확인 용도로 사용할 수 있다는 점은 DNA법을 정당화하는

51) 미국의 ‘innocent project’가 대표적인 예이다. 이 프로젝트는 억울함을 호소하는 재소자들(사형수까지 포함하여)을 대상으로 하여 사건 당시의 증거물에서 DNA시료를 채취하여 범인의 DNA정보와 비교함으로써 억울하게 유죄판결을 받아 복역 중인 사람들을 구제하고자 하는 활동이다. 2009년까지 사형수 16명을 포함하여 215명의 무고함을 밝혀냈다고 한다. (법무부/행정안전부, 살인·강간 등 흉악범죄 어떻게 대처할 것인가(2009), 12면.

52) 헌재 2005.5.26. 99헌마513, 2004헌마190 결정: “우리나라는 분단국가로서 아직도 체제대립이 상존하고 있는 실정이므로, 그러한 사정에 있지 아니한 다른 나라들에 비하여 국가안보차원에서 국민의 정확한 신원확인의 필요성이 크다는 점도 법익의 균형성 판단과 관련하여 고려하지 않을 수 없을 것이다.”

중요한 논거로 거론되어 왔다.

그러나 최근의 연구결과에 의하면, junk DNA 부분의 분석을 통해 개인의 성별이나 인종과 같은 유전적 정보를 얻어낼 수 있다는 점이 밝혀지고 있다. 뿐만 아니라 DNA 분석기술이 나날이 발전함에 따라 junk DNA도 부분적으로 개인의 질병에 관한 유전정보를 포함하고 있다는 사실이 드러나고 있다. junk DNA라 할지라도 개인의 성별이나 인종에 관한 정보가 자동적으로 해독된다는 것은 DNA법이 규정한 DNA신원확인정보의 취득이 개인의 동일성을 확인하는 것 외에는 무의미한 숫자 내지 부호의 조합에 불과하다는 주장이 더 이상 유지될 수 없음을 의미한다. DNA법은 장래의 수사의 효율성을 담보하기 위하여 개인의 신원확인을 위한 DNA정보의 수집과 저장을 목적으로 하는데, 동법이 예정한 DNA정보가 개인의 동일성 식별을 위한 정보를 넘어서서 개인의 유전적 정보를 - 부분적으로나마 - 포함하고 있다면 이는 국가의 개인정보 취득의 목적 범위를 벗어나는 정보의 취득까지 허용하는 것이 된다.

이는 국가기관이 국민들로부터 개인정보를 취득할 때에는 그 목적에 필요한 최소한의 범위에서만 개인정보의 취득이 허용되어야 한다는 점에서 개인정보 취득에 있어서 목적구속의 원칙에 위반되는 것으로 보아야 한다.

(2) 한편, 개인의 DNA정보는 한 개인에만 국한되는 것이 아니라 혈족관계에 있는 사람들과 일정부분 공유하게 되는 특성을 가진 개인정보이다. 그러므로 DNA정보는 ‘자기의 정보’이면서 동시에 부분적으로는 ‘타인의 정보’이기도 하다.⁵³⁾ 이는 DNA정보가 지문정보와 동일하게 취급될 수 없는 하나의 이유이기도 하다. 이처럼 혈족관계에 있는 사람들 간의 DNA정보가 일정 정도 유사성을 띠고 있다는 점에 착안하여, 최근에는 이러한 DNA정보의 특성을 수사실무에 적극 활용할 수 있다고 한다.⁵⁴⁾ 예를 들어, DNA데이터베이스의 검색 결과 범죄현장에서 추출한 DNA정보와 정확하게 일치하는 자료는 없더라도 그와 유사한 유전자형이 검색될 수 있으며, 이 때 데이터베이스에서 검색된 사람의 혈족이 사건관련자일 가능성이 높다는 점을 근거로 하여 범죄수사에 활용될 수 있다는 것이다.

이처럼 데이터베이스에 저장된 특정인의 DNA정보가 가족검색(familial searching)⁵⁵⁾의 방식을 통해 활용될 수 있다는 점은 국가기관에 제공된 DNA정보가 ‘개인의 동일성 식별’이라는 범위를 넘어서는 개인정보를 포함하고 있음을 의미한다. 뿐만 아니라, 이처럼 DNA신원확인정보에 포함된, 혈연관계를 징표해 주는 특징들이 실제 수사에 활용될 수 있다는 것은 DNA법의 정당성에 관한 근본적인 성찰이 필요하다는

53) 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성 - 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로 -”, 형사법연구 제22권 제3호, 2010, 259면.

54) Greely, et al., “Family Ties: The Use of DNA Offender Databases to Catch Offenders’ Kin”, *J. L. Med. & Ethics*, vol. 34(2006), 251면. 우리나라에서도 그러한 수사실무상의 유용성을 강조하는 견해로는, 이승환, “범죄자 DNA데이터베이스의 이론과 국제현황”, 형사법의 신동향 제18호, 2009.2., 139면.

55) 예를 들어, 부자 또는 형제간인지 확인하기 위하여 Y-STR 유전자마커인 DYS393, DYS392, DYS390, DYS389-1, DYS89-2, DYS19 등 7종류를 분석한 결과 아버지와 아들에게서 같은 DNA프로필이 확인되었다고 한다. 즉, Y-STR형은 세대 중 돌연변이가 없다면 같은 집안의 모든 남자는 동일한 DNA형을 지니게 된다. 한편수, “과학수사와 증거재판에서 DNA프로필의 역할”, 경찰학연구 제4호, 2003, 269면 참조.

것을 시사해 주고 있다.

2. 피해 최소성의 원칙

가. 서

기본권의 제한은 그 입법목적의 달성을 위해서 필요한 최소한의 범위에서만 허용되어야 한다. 구태여 국민의 기본권을 제한하지 않고서도 충분히 공익목적의 달성할 수 있거나, 보다 더 가벼운 기본권의 제한만으로도 충분히 공공의 이익을 보호할 수 있는데도 불구하고 더 큰 기본권을 제한하는 것은 ‘피해최소성 원칙’에 비추어 허용되지 않는다.

피해최소성 원칙과 관련해서는, DNA법 제5조가 규정한 시료채취의 대상범죄와 대상자가 불필요하게 광범위한 것인지 여부, 그리고 DNA신원확인정보의 보존기간이 지나치게 길어 피해최소성 원칙에 위배되는지 여부를 검토해 볼 필요가 있다.

나. DNA시료채취 대상범죄 및 범죄자의 광범위성

(1) 시료채취 대상범죄

DNA법은 구속피의자 및 수형인으로부터 감식시료를 채취할 수 있는 대상범죄로 11개의 범죄유형을 규정하고 있다(제5조 제1항): 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·채물손괴·주거침입·강요 등의 범죄 및 범죄단체구성·활동에 관한 죄, ⑦ ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 상 약취·유인의 죄, 상습절도 및 상습강도 등의 범죄, ⑧ ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 ‘성폭력특례법’이라 한다) 상의 성폭력범죄, ⑨ ‘마약류관리에 관한 법률’ 상 마약에 관한 죄(동법 제58조 내지 제61조의 죄), ⑩ ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(이하 ‘청소년성보호법’이라 한다) 상 성폭력범죄, 청소년성매수죄, 청소년매매죄 및 강요행위, ⑪ 군형법 상 상관·초병살인죄 및 방화죄 등.

(2) 대상범죄의 범위가 피해최소성원칙을 위반한 것인가 여부

(가) DNA감식시료의 채취 및 신원확인정보의 저장·이용을 정당화할 수 있는 유일한 목적이자 근거는 장래의 효율적인 형사소추를 확보하는 데 있다. 물론 앞서 언급한 것처럼, 이러한 정책적 목표조차 함부로 지지될 수 있는 것은 아닐 테지만, DNA정보의 수집은 프라이버시 및 개인정보에 관한 자기결정권을 제한하는 강제처분이기 때문에 입법목적의 달성에 필요한 최소한도의 범위에 한정되어야 함은 당연하다.

(나) 그 기준으로는, ① 법적 평화를 심각하게 교란하거나 일반인의 법감정을 현저하게 침해하는 높은 불법내용을 지닌 범죄일 것(중대성), ② 통계적으로 재범의 위험성이 높을 것(재범성), ③ 전형적으로 개인을 식별하는데 적합한(즉 범죄단서가 되는) 검체를 남길 개연성이 있는 범죄일 것(적합성)이라는 세 가지 기준이 제시되기도 한다.⁵⁶⁾ 이러한 기준에 의하더라도 어떤 범죄유형이 DNA채취 대상범죄로서 적합한 것인지 여부를 명확하게 판가름할 만한 기준을 도출해 내기는 매우 어렵다.

일반적으로 말해서 살인죄, 강도죄, 성폭력 및 방화죄 등의 강력범죄는 여타 범죄에 비해 법정형이 매우 높은 편이고 평균 재범률도 전체 범죄의 평균 재범률보다 높기 때문에 DNA법의 적용대상으로 포함시키는데 큰 무리는 없을 것이다.

DNA법의 목적이 장래의 효율적인 범죄수사 및 형사소추의 확보에 있다고 보면, 데이터베이스에 입력되는 정보의 양이 많으면 많을수록 데이터베이스의 실효성이 커질 것이기 때문에, 그 입법목적에 비추어 대상범죄의 적정한 범위가 어디까지인가를 이론적으로 논증하기는 거의 불가능에 가깝다. 그럼에도 불구하고, DNA법이 규정한 대상범죄의 범위에 대해서는 다음의 몇가지 점에서는 피해최소성 원칙에 위반된다는 점을 지적할 수 있다.

1) 절도범의 경우 DNA법은 야간주거침입절도와 특수절도를 채취대상범죄로 포함하고 있는데, 이는 야간주거침입절도나 특수절도의 죄질이 단순절도보다 중하고 또 그러한 범죄는 종종 강도범죄로 발전될 수 있다는 점이 고려된 것으로 보인다. 그렇지만, 절도범죄는 일반적으로 강력범죄와 동일시하기 어렵고, 절도는 기본적으로 사람의 생명, 신체, 자유에 대한 침해를 야기하는 범죄가 아니다. 절도범의 재범률도 전체 범죄의 평균 재범률보다 낮은 편이다. 따라서 야간주거침입절도와 특수절도를 채취대상범죄로 포함시킨 것은 피해최소성원칙에 비추어 타당하지 않다.

2) 폭처법 위반의 경우에 상습성이나 단체·다중의 위력행사 등 집단성이 있는 범죄에 대하여 DNA정보 수집의 대상범죄로 규정되어 있는데, 주거침입, 퇴거불응, 재물손괴 등 비교적 경미한 범죄까지 상습성, 집단성 또는 흉기휴대 등을 이유로 하여 대상범죄에 포함시킨 것도 합리적이라고 말하기 어렵다.

(3) 수형인등의 경우에 시료채취 대상자의 광범위성

(가) DNA법 제5조 제1항은 대상범죄 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)을 DNA시료채취의 대상자로 규정하고 있다.

시료채취 대상자에 관해서는 다음의 세가지 점에서 피해최소성 원칙에 위반된다고 판단된다.

56) 조성용, “「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 대한 비판적 검토”, 231면. 또한 국가인권위원회, “헌법소원 사건(2011헌마28 등)에 대한 의견제출”, 10면.

(나) 재범의 위험성 등의 실질적인 요건 없이 법이 정한 대상자로부터 일률적으로 DNA정보의 수집이 가능하도록 한 DNA법 제5조 및 제8조의 규정이 영장주의에 위반된다는 점은 앞에서 서술한 바와 같다. 법 제5조에 규정된 대상자라 하더라도 개개인 범죄자의 재범의 위험성은 천차만별일 수 있다. 중한 범죄를 저질렀어도 재범의 위험성이 상대적으로 낮은 범죄자가 있는가 하면, 대상범죄 중 비교적 가벼운 범죄를 저지른 범죄자로서 재범의 위험성이 매우 높은 경우도 있을 것이다.

입법자는 장래의 형사소추의 효율성 확보라는 입법목적에 비추어 법이 규정한 대상범죄를 저지른 범죄자 중에서도 장래에 그와 같은 대상범죄를 다시 저지를 위험성이 높은 대상자를 선별하여 규정하는 태도를 가져야 마땅하다. 그럼에도, 개별적인 범죄자의 재범의 위험성에 대한 예측 없이 법 제5조에 규정된 대상자라는 이유만으로 수사기관이 DNA신원확인정보를 수집하는 것은 피해최소성 원칙에 반하는 것임이 분명하다.

(다) 그리고 DNA법 제5조에 의하면, 실형이 선고되지 않은 경우에도 대상자로부터 DNA시료를 채취할 수 있게 된다. 집행유예를 선고받은 경우라든가 형의 선고유예와 동시에 형법 제59조의2에 의한 보호관찰명령을 선고받은 경우, 그리고 벌금형을 선고받은 경우 등이 그러한데, 이러한 경우는 법원이 피고인의 재범의 위험성이 없거나 매우 낮은 수준으로 평가한 것이라고 말할 수 있다. DNA시료채취는 재범의 위험성이 인정되는 대상자에 한정되어야 한다는 문제의식에 비추어 보면, 이러한 범죄자에 대하여도 일률적으로 DNA시료채취를 강제하는 것은 피해최소성 원칙에 반하는 것으로 보아야 한다.

(다) 다른 한편, 소년법 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받은 자를 DNA시료채취의 대상자로 규정한 것도 문제로 지적할 수 있다. 소년법상 보호처분을 받은 소년범의 경우는 소년보호의 이념에 의하여 소년의 교정교화 내지 재사회화를 위한 조치로 이해되어야 하는 바, 이러한 소년범에 대해서까지 DNA시료채취를 허용하는 것은 소년보호의 이념과 모순되는 것이다.

(4) 소결

이상의 논거를 종합해 볼 때, 장래의 형사소추의 효율성 확보라는 입법목적에 비추어 각 대상자의 재범의 위험성을 전혀 고려하지 않은 채로 DNA법 제5조에 규정된 범죄자에 대하여 일률적으로 DNA신원확인정보의 수집을 강제하는 것은 피해최소성 원칙에 반하는 것으로 보아야 한다. 입법자는 재범의 위험성에 따라 DNA신원확인정보의 수집이 필요하다고 인정되는 대상자의 범위를 좀 더 구체적인 기준으로 한정하여 규정해야 한다.

다. DNA정보의 보존기간 및 삭제 규정

(1) DNA법 제13조에 의하면, 수형인등의 DNA신원확인정보는 재심에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우 또는 본인이 사망한 경우에만 삭제가 가능하다. 재심에 의하여 문죄판결 등이 확정되는 경우는 극히 이례적일 것이므로, 결국 본인이 사망하는 시점까지 DNA신원확인정보가 저장된다고 보아야 한다.

장래의 형사소추의 효율성을 확보한다는 목적에 비추어 범죄자의 DNA신원확인정보를 데이터베이스에 저장하는 경우에도 그 보존기간을 제한함이 없이 사실상 사망시점까지 데이터베이스에 저장되도록 한 것이 피해최소성 원칙에 반하는 것인가가 문제된다.

(2) DNA신원확인정보의 보존기간 및 삭제에 관한 외국 입법례

(가) 독일의 경우 DNA신원확인정보는 연방수사청(Bundeskriminalamt)의 데이터베이스에 저장되며 그 보존과 삭제에 관해서는 연방수사청법에 규정을 두고 있다. 독일의 연방경찰청법 제8조 제3항에 의하면, 피의자로부터 획득한 DNA정보는 그 피의자가 무죄판결을 선고받거나 궁극적으로 피의자에 대하여 공판절차가 개시되지 않거나 또는 피의자에 대한 기소가 최종적으로 중지된 경우로서 피의자가 원인행위를 범하지 않았거나 적어도 위법하게 원인행위를 범하지 않았다는 점이 판결이유에 기재된 때에는 더 이상 DNA정보의 보관이 허용되지 않는다. 이처럼 DNA정보의 저장이 허용되지 않는 경우를 제외하고는 독일에서는 원칙적으로 DNA신원확인정보의 보존기간에 제한이 없으며, 다만, 개별사례마다 기한을 정해놓고 계속보관 내지 삭제여부를 심사하는 시스템을 갖추고 있다(연방수사청법 제32조 제3항). 심사기한은 성년의 경우에는 10년, 청소년의 경우 5년으로 규정되어 있다.

(나) 프랑스에서는 형이 확정된 사람의 경우 40년간, 구속된 사람에게서 채취한 경우에는 후에 무혐의 석방된 경우에도 최대 25년간 DNA정보를 보존할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 이해당사자가 검사에게 삭제를 요구할 수 있으며 검사가 삭제하지 않는 경우 법원에 불복할 수 있다(프랑스 형사소송법 제706-55조).

(다) 스웨덴의 경우 석방 후 추가 범행 없이 10년이 경과한 경우 또는 보관 이후 30년이 경과하면 삭제하도록 규정하고 있으며, 네덜란드에서는 DNA정보의 수록 후 30년이 경과하면 삭제하도록 하고 있다고 한다.⁵⁷⁾

(3) DNA신원확인정보의 보관 및 삭제 규정이 피해최소성 원칙에 위배되는가 여부

(가) DNA신원확인정보의 데이터베이스 저장의 목적이 장래의 효율적인 형사소추를 확보한다는 점에 있다 하더라도, DNA신원확인정보의 데이터베이스 저장은 그 목적달성에 필요한 최소한도의 범위로 한정되어야 한다.

단적인 예로, 당사자가 DNA신원확인정보가 데이터베이스에 수록된 이후 20년 내

57) 국가인권위원회 결정문, 19면 참조.

지 30년 동안 범죄를 범하지 않은 경우에도 재범방지과 효과적인 형사소추를 위한다는 목적 하에서 DNA정보를 계속해서 데이터베이스에 수록할 필요성이 있는지는 지극히 의문스럽다. 이러한 경우에는 DNA신원확인정보를 계속해서 데이터베이스에 저장할 필요가 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 개별적인 사정을 고려하지 않은 채로 일률적으로 디엔에이신원확인정보를 사망 시점까지 저장하는 것은 피해최소성 원칙에 반하는 것이라고 해야 한다.

(나) 물론 구체적으로 어느 정도의 보존기간을 설정하는 것이 피해최소성원칙에 합치하는가에 대해서는 명확하게 말하기 어렵다. 외국의 입법례를 보더라도 영국이나 미국 등 DNA신원확인정보의 보존기간을 정하지 않은 경우에서부터, 보존기간의 상한을 규제하는 입법례도 있고 독일처럼 주기적인 심사방식을 채택한 경우도 있어 매우 다양하다.

더구나 각국의 입법례에서 DNA정보의 보존기간의 차이는 DNA정보를 수집할 수 있는 대상범죄의 범위라든가 요건 등과 밀접하게 결부되어 있는 문제라 보존기간의 문제만 따로 떼어놓고 논하는 것이 타당한가에 대해서도 의문이 제기될 수 있다.

(다) 다만, 대상자의 개인정보자기결정권에 대한 침해가 최소화해야 한다는 원론적인 관점에서 볼 때, 데이터베이스에 수록된 DNA신원확인정보는 그 입법목적에 비추어 더 이상 수록의 필요성이 없으면 삭제할 수 있는 시스템이 강구되어야 한다.

그 구체적인 방안으로는 개별사례마다 일정한 기한을 정해 놓고 수록된 DNA신원확인정보의 삭제 여부를 심사하는 방식이 있고, 일정한 기간이 경과하면 삭제하도록 하는 방식도 가능하다. 전자의 방식은 ‘재범의 위험성’을 DNA시료채취의 요건으로 삼는다는 전제에서만 가능하다. 현행 DNA법에서처럼 법이 정한 대상범죄와 대상자 요건에만 해당하면 DNA시료채취가 가능하고 별도의 요건 없이 사망시점까지 데이터베이스에 저장되도록 하는 시스템에서는 주기적인 심사방식을 도입해 봐야 별 의미가 없기 때문이다. 반면에, 재범의 위험성과 같은 실질적인 요건을 규정하지 않은 현행 DNA법 체계를 전제로 하면 후자의 방법이 보다 유용하다. 우리의 경우에는 ‘형의 실효에 관한 법률’의 예에 비추어 DNA정보의 보존기간을 정하는 것이 타당해 보인다.⁵⁸⁾

아무튼 재범의 위험성에 상관없이 사망시까지 평생 동안 DNA정보를 국가에 제공하고 살아야 한다는 것이 피해최소성 원칙에 반하는 것은 분명하다.

3. 법익의 균형성

가. 지문날인제도에 관한 헌법재판소의 선례

(1) 법익균형성 원칙은 기본권의 제한이 의도하는 공익적 목적에의 기여효과와 기본권제한에 의하여 침해되는 사익 간의 비교형량을 필요로 한다. 헌법재판소(다수의견)

58) 비슷한 취지에서 신양균, 앞의 글, 80면.

는 지문날인 제도의 위헌 여부를 다룬 결정에서 다음과 같은 이유에서 지문날인제도가 법익균형성 원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다 :

「지문정보는 앞에서 본바와 같이 중립성·객관성·이용주체제한성 등의 특성을 가지고 있음을 고려하여 보면, 이 사건 지문날인제도에 의하여 17세 이상 모든 국민의 열 손가락 지문정보를 수집하고 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사목적 등에 이용한다고 하더라도 그로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익은 그다지 심대한 것으로 보기 어렵다.

따라서 경찰청장이 앞에서 본바와 같이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대형사건사고나 번사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 그로 인한 정보주체의 불이익에 비하여 더 크다고 보아야 할 것이다.」⁵⁹⁾

(2) 지문날인제도는 17세 이상의 모든 국민의 지문정보를 포괄적으로 수집하고 이를 보관·전산화하고 있다. 그 대상자가 국민 전체라는 점에서 매우 광범위함에도 헌법재판소 다수의견은 “그로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익은 그다지 심대한 것으로 보기 어렵다”고 한다. 이는 법익균형성의 판단에서 기본권침해의 불이익을 개개인 정보주체의 그것으로 파악하는 논리에 기반한 것으로 보인다.

개개인만 놓고 보면 지문날인으로 인한 기본권침해의 불이익은 그리 크지 않다고 말할 수 있다. 하지만, 국가기관의 개인정보 수집 및 보관에 대하여 과잉금지원칙을 적용할 때에는 침해되는 이익을 개인 정보주체의 차원뿐만 아니라 그러한 정보들이 데이터베이스화됨으로 인한 기본권침해 효과를 전체 사회적인 차원에서도 바라볼 필요가 있다. DNA정보의 데이터베이스화를 염두에 두어야 하는 이 사건의 경우에도 그러하다.

나. 기본권침해의 불이익의 측면

(1) DNA 데이터베이스에 수록되는 정보가 암호화된 개인식별코드에 불과하여 침해되는 사익이 크지 않다는 주장에 대하여

경찰청장은 DNA 데이터베이스에 저장되는 DNA정보는 신원확인 목적으로만 사용할 수 있는 숫자조합에 불과하여 “지문이나 사진 그 이상 이하도 아니”라고 주장한다.⁶⁰⁾

그러나 앞서 언급한 바와 같이, DNA신원확인정보는 비록 junk DNA 영역의 분석이라고 하더라도 혈연관계라든가 인종, 성 등에 관한 민감한 개인정보를 포함하고 있다. 비코드화된 영역의 DNA정보라 할지라도 그것은 지문보다 훨씬 많은 정보를 함축하고 있음이 밝혀지고 있으며, DNA분석기법이 발전될수록 비코드화된 영역에서 더

59) 헌법재판소 2005.5.26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668, 692면.

60) 이 사건에 관한 경찰청장 변론요지서(2013.6.10.), 17면.

많은 유전정보가 드러나게 될 수도 있음을 고려해야 한다. 이를 지문이나 사진에 비유할 바는 아니다.

그리고 DNA신원확인정보는 장차 과학기술의 발전에 따라 언젠가는(아마도 머지않은 장래에) 그것으로부터 해독될 수 있는 수많은 개인정보를 함축하고 있다고 보아야 한다. 아마도 그렇게 해독될 수 있는 정보는 대개 개인의 유전정보에 해당하는 민감정보일 것으로 예상된다. 따라서 ‘해독가능성’을 염두에 둔다면 개인의 DNA신원확인정보를 국가기관이 수집하여 데이터베이스화하는 것은 그 자체로 개인 정보주체들의 개인정보자기결정권에 대한 중대한 침해라는 점을 인정할 필요가 있다.

(2) DNA 데이터베이스 구축·확장으로 인한 기본권침해의 위험에 대하여

(가) DNA데이터베이스를 비롯하여 우리나라는 시민의 개인정보를 수록한 수많은 데이터베이스들이 존재한다. 이 데이터베이스들이 상호 연계 내지 결합될 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다.⁶¹⁾ 이미 전 국민의 주민등록제도에 의하여 주민등록번호 등의 개인정보가 체계적으로 수집·저장되어 있을 뿐만 아니라, 17세 이상의 국민들의 지문정보가 데이터베이스화되어 있다. 여기에다 DNA 데이터베이스까지 연동하면 국가기관은 시민들에 대한 개인정보를 엄청난 수준에서 보유하게 된다.

개인정보보호법은 ‘범죄의 수사와 공소제기 및 유지를 위하여 필요한 경우’에는 개인정보처리자가 보유한 개인정보를 수사기관에 제공할 수 있도록 규정하고 있으므로(동법 제18조 제2항 제7호),⁶²⁾ 경찰이나 검찰 등 수사기관은 범죄수사상의 필요에 의하여 사실상 거의 모든 개인정보를 섭렵할 수 있는 지위에 있다.

게다가 CCTV정보들, 경찰이 손쉽게 확보할 수 있는 위치정보 등등이 결합할 수 있음을 고려하면 DNA 데이터베이스의 구축은 개인정보에 대한 국가의 총체적 감시망이 질적, 양적으로 확대된다는 점에서 비판적으로 성찰해 보아야 할 문제이다.

(나) DNA 데이터베이스에 저장된 정보의 오남용이나 유출 위험 등의 문제는 차치하더라도, 주민등록정보, 지문정보, DNA정보 등 여러 가지 개인정보를 수집하고 저장한 다양한 데이터베이스들이 상호 연계되고 결합될 수 있다는 것은 단지 국가가 보유하는 개인정보의 양이 증대한다는 것에 그치지 않는다. 다양한 데이터베이스의 연계를 통하여 국가는 개인정보를 분류하고 분석함으로써 고차원의 정보권력을 창출하게 된다는 점에서 사생활의 비밀 등 기본권에 대한 침해의 위험이 커진다는 점이 헌법적으로 조망되어야 할 진정한 문제일 것이다.⁶³⁾

61) 이호중, 앞의 글, 234면.

62) 물론 개인정보처리자는 그러한 정보제공으로 “정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때”에는 정보제공을 거절할 수 있다(개인정보보호법 제18조 제2항 본문). 그러나 수사실무에서 이러한 제한규정이 큰 의미를 갖기는 어려울 것으로 보인다.

63) 이미 지문날인제도에 관한 헌법재판소의 결정에서 위헌의견은 개인정보 집적과 연계로 인한 이러한 위험을 지적한 바 있다: “현대 고도정보화사회에서는 주민등록증에 수록된 지문정보를 복사하는 것만으로도 지문정보 수집이 가능할 것이므로, 국가기관뿐만 아니라 기업이나 개인도 이를 수집할 수 있으리라고 충분히 예상할 수 있다. 오늘날 공·사생활에서 우리는 자신들의 정보를 제공하고 편익을 취하는 경우가 많고 그러한 생활방식이 급속히 확산되어 가고 있는 것이 현실이다. 지문정보를 수집한 국가나 기업, 개인이 이를 집적하고, 그것을 통하여 그 개인의 성향이나 취미, 소비행태, 병력 등

다. 공익목적의 달성 효과

(1) DNA는 소량으로도 분석이 가능하고 개인식별기능이 뛰어나며, DNA시료는 범행 현장에 유류될 가능성이 높기 때문에 범인식별과 조기 검거에 도움이 될 수 있다는 점은 인정된다. 그렇지만, DNA 데이터베이스가 장래의 범인검거와 수사에 기여한다는 효과는 다소 과장된 측면이 있는 듯하다.

DNA 데이터베이스가 구축되지 않은 상황에서 수사기관이 다른 개인정보를 활용하거나 기타 과학수사의 능력을 동원하여 범죄사건을 해결할 수 있었던 것과 비교하여 DNA 데이터베이스를 추가적으로 활용하였을 때 입법목적(효율적인 형사소추)이 얼마나 증가하는가가 해명되어야 한다.⁶⁴⁾ 이는 사형의 위헌 여부를 논증할 때 사형이 무기징역형이나 절대적 종신형보다 더욱 범죄예방효과가 있는가를 논증해야 하는 것과 마찬가지로이다. 물론 이러한 ‘추가적인’ 효과는 결코 없다고 부정될 수는 없지만, 또한 쉽게 입증될 수 있는 것도 아니다.

(2) DNA시료의 채취와 DNA신원확인정보를 수사에서 광범위하게 활용함으로써 무고한 용의자를 조기에 배제할 수 있어 국민의 인권을 보호하는데 기여할 수 있다는 주장도 일면적인 것에 불과하다. 그런 경우도 있겠지만, 반대의 경우도 상정해 볼 수 있다.

예를 들어, 누군가가 우연히 범죄현장에 당해 범죄와 관계없이 DNA족적을 남긴 경우에, 경찰은 이를 채취하여 데이터베이스와 대조한 결과를 가지고 그 사람을 유력한 용의자로 지목할 수 있다. DNA증거가 가지고 있는 강력한 힘 때문에 용의자로 지목된 사람은 자신이 범죄자가 아니라는 점을 경찰 앞에서 해명해야 하는 처지에 놓이게 된다. 그 용의자의 DNA와 범죄현장에서 발견된 감정물에서 채취한 DNA정보가 일치한다는 사실은 강력한 수사실무에서 강력한 유죄추정을 낳을 수 있으므로 진범이 아닌 자가 그러한 올가미에서 벗어나기 위해서는 DNA 정보가 수사에 활용되지 않은 사건에서보다 훨씬 더 많은 노력을 필요로 하게 될 것이다.

요컨대 DNA정보의 활용이 무고한 사람을 조기에 수사선상에서 배제시키는 긍정적인 효과를 가지고 있는 것 못지않게 DNA정보에 대한 수사기관의 맹신이 가져올 수 있는 폐해도 결코 작지 않다고 말할 수 있다.

(3) DNA 수사가 자백 위주의 수사관행을 억제하는데 기여한다는 주장도 마찬가지로이다. DNA정보는 특정인이 범행현장에 있었음을 증명하는 유력한 증거가 되기는 하지만, 그것만으로 자동적으로 범죄사실이 해명되는 것은 결코 아니다. 여전히 수사기관의 입장에서는 피의자에 대한 추궁은 필요할 것이며, 오히려 DNA정보가 범행현장의 그거과 일치한다는 점은 수사기관이 피의자의 자백을 압박하는 유효한 수단이 될 수

사생활을 엿볼 수 있으며, 그 개인에 대한 평가, 분석을 함부로 할 수 있어 개인의 사생활의 자유가 침해될 소지가 크다.” 헌법재판소 2005.5.26. 99헌마513 등, 판례집 17-1, 668, 695면.
64) 이 점을 분명하게 지적한 문헌으로는 이준일, 앞의 글, 96면.

있다는 점도 고려해야 한다. 즉, DNA 데이터베이스의 확대와 DNA정보의 수사상의 활용으로 자백 위주의 수사관행을 억제할 수 있다는 명제는 결코 과대평가되어서는 안 된다.

라. 소결

이상의 논거로 보면, DNA법의 시료채취 및 DNA신원확인정보의 저장과 이용 등이 그것으로 달성하려는 공익목적에의 기여 정도에 비하여 그로 인한 개인정보자기결정권에 대한 침해의 정도가 더욱 크다고 보아야 한다. 따라서 법익균형성 원칙에 반한다.

VII. 소급적용의 위헌 여부 - 법(법률 제9944호) 부칙 제2조 관련

1. 서

2010.1.25. 제정 당시 DNA법(법률 제9944호) 부칙 제2조는 “① 제5조는 이 법 시행 당시 제5조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄로 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받아 그 형이 확정되어 수용 중인 사람, 「치료감호법」에 따른 치료감호선고 또는 「소년법」 제32조제1항제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 치료감호시설이나 소년원에 수용 중인 사람에 대하여도 적용한다. ② 제6조는 이 법 시행 당시 제5조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄를 범하여 구속된 피의자 또는 「치료감호법」에 따라 보호구속된 치료감호대상자에 대하여도 적용한다.”고 규정한 바 있다. 이에 따라 DNA시료의 채취·감식 및 그 DNA신원확인정보의 수집·저장·사용에 있어서 DNA법의 시행 이전에 이미 대상범죄로 형이 확정되어 수용 중인 수형인이나 대상범죄의 혐의로 이미 구속되어 있는 피의자 등도 DNA법의 적용대상이 되는 바, 소급적용으로 인한 위헌문제가 발생한다.

2. 형사소송법 규정의 소급적용과 형벌불소급원칙의 관계

헌법 제13조 제1항 전단은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며...”라고 규정하여 형벌불소급원칙을 선언하고 있다. 이 규정에 의하여 절대적으로 소급효가 금지되는 대상은 “소급적인 범죄구성요건의 제정과 소급적인 형벌의 가중”이다.⁶⁵⁾ 이에 따라 헌법재판소는 5·18사건의 공소시효 정지규정의 위헌 여부를 다룬 재판에서 “소추가능성은 가벌성의 조건이 아니므로 공소시효의 정지규정을 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 적용하도록 하는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정한 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다.”

65) 헌재 2012.12.27. 2010헌가82 등, 판례집 24-2하, 281, 293면.

고 판시한 바 있다.⁶⁶⁾ 결국 공소시효의 소급적용의 헌법적 한계의 문제는 “법적 안정성과 신뢰보호원칙을 포함하는 법치주의의 원칙에 따른 기준”에 의하여 판단된다.

DNA법상 DNA시료채취·감식 및 DNA신원확인정보의 저장의 법적 성격은, 앞서 언급한 바와 같이, 형사절차상의 강제처분으로 보아야 한다. 따라서 DNA법 제5조, 제8조 등은 형사소송법적 성격의 규정으로, 이는 행위의 가벌성을 내용으로 하는 것에 해당하지 않기 때문에 이 규정을 DNA법의 시행 이전에 이미 대상범죄로 형이 확정되어 수용 중인 수형인이나 대상범죄의 혐의로 이미 구속되어 있는 피의자 등에게 소급적용한다고 하더라도 소급효금지의 원칙에 위배된다고 말할 수는 없다.

대신에, 헌법재판소의 논증에 따르면 형사소송법적 성격을 지닌 규정의 소급입법의 헌법적 허용 여부는 법치주의 일반원칙에 따라 법적 안정성과 신뢰보호원칙을 비교형량하여 판단해야 한다.

3. 헌법 제12조 제1항 적법절차 원칙에 비추어 소급적용의 위헌 여부

가. 헌법재판소의 선례의 논증

(1) 5·18 사건에서 헌법재판소는 공소시효는 소추가능성에만 관련된 것이기 때문에 형벌불소급의 원칙의 직접적인 적용대상이 아니라는 전제에서, 이에 대해 법적 안정성과 신뢰보호라는 법치국가원칙에 비추어 비교형량하는 논증을 전개하였다. 형량되어야 한다. 부진정소급효의 경우에는 범죄자의 공소시효완성에 대한 기대는 불확실한 기대에 불과하여 신뢰보호의 이익은 매우 미약하다고 하였으며, 진정소급효가 문제되는 경우에는 일반적으로는 개인의 신뢰보호의 이익이 크기 때문에 원칙적으로 허용할 수 없지만, “특단의 사정이 있는 경우, 즉 구법을 변경해야 할 공익적 필요는 매우 중대한 반면에 개인의 신뢰를 보호해야 할 필요는 매우 적거나 신뢰보호의 가치가 매우 적은 경우”에는 진정소급입법도 허용된다고 하였다(재판관 4인의 합헌의견).

(2) 이와 같은 헌법재판소의 논증은 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」 상의 ‘전자장치 부착명령’의 소급적용에 관한 결정⁶⁷⁾에서도 그대로 나타나고 있다. 2012년 12월 27일 헌법재판소는 전자장치 부착명령전자발찌의 소급적용에 관하여 합헌결정을 내렸는데,⁶⁸⁾ 현재의 합헌의견의 논증구도도 5·18 사건의 결정과 유사하다. 즉, 헌법재판소는 ‘전자장치 부착명령’의 뼈적 성격을 보안처분이라고 파악하면서, 보안처분에 대해서는 헌법 제13조 제1항의 형벌불소급원칙이 직접 적용되는 것은 아니라고 하였으며, 법치국가 원칙 하에서 신뢰보호의 이익과 공익을 비교형량하는 심사방법을 취했다.

나. 위헌 여부의 검토

66) 헌재 1996.2.16. 96헌가2 등, 판례집 8-1, 51, 83면.

67) 헌재 2012.12.27. 2010헌가82 등, 판례집 24-2하, 281면 이하.

68) 위헌(일부위헌 및 전부위헌) 의견이 5명이었지만, 위헌정족수에 이르지 못해 합헌으로 결정되었다.

(1) 헌법재판소 논증에 대한 비판

(가) 헌법재판소는 위와 같은 논증구도 속에서 ‘신뢰보호’를 논할 때 행위자의 주관적 신뢰의 측면에 과도하게 초점을 맞추고 있는 듯하다. ‘신뢰보호’와 ‘공익 목적’을 대비시키는 논증에서 ‘신뢰보호’는 너무 주관적 측면에서만 파악되며, 그 결과 소급효금지의 법치국가 원칙이 기본적으로 국가형벌권의 구속과 제한에 봉사한다는 역사적 의미가 망각되고 있다. 그러나 범죄자의 주관적 기대로서의 신뢰보호는 소급입법금지의 원칙에서 결정적인 관건은 아니라고 보아야 한다.

(나) “공익적 처벌목적”과 대비되는 이익으로 “범죄인의 주관적 신뢰의 보호가치”에만 한정하는 논증이 가지고 있는 위험성은 다음의 두가지 차원에서 드러난다.

첫째, 범죄자의 처벌 및 형사소추의 효율성이라는 이익이 강조될수록 그것은 법적 안정성의 측면에서 범죄자의 불처벌에 대한 주관적 신뢰의 가치를 평가절하하는 요소로 작용하게 마련이다. 이러한 비교형량에서는 효과적인 형사소추라는 공익적 필요성이 합리적으로 근거지워질 수만 있다면 부진정소급효는 물론 진정소급효의 경우에도 형량저울은 손쉽게 “공익”의 편으로 기울 수 있다. ‘전자장치 부착명령’에 관한 헌법재판소의 결정에서 이러한 현상을 쉽게 확인해 볼 수 있다 :

「전자장치 부착명령은 과거의 행위에 대한 응보로서의 형벌이 아닌 장래의 위험성을 방지하기 위한 보안처분이므로, 그 본질상 부착명령의 대상자가 되는지 여부는 부착 여부를 판단하는 당시의 시점을 기준으로 판단하게 된다. 따라서 이 사건 부칙조항이 신설되기 전 형 집행 종료자 등이 자신이 부착명령 대상자가 아니라는 기대를 가졌다고 하더라도, 보안처분인 전자장치 부착에 관한 한 그 신뢰의 보호가치가 크다고 보기 어렵다. 그리고 이 점은 과거 범죄행위에 대한 형사제재가 종료되었다고 신뢰한 출소자와, 역시 과거 범죄행위에 대하여 확정된 형의 집행을 마치면 형사제재가 종료될 것이라고 신뢰한 출소예정자와 출소입박자 사이에 어떠한 차이가 있다고 보기 어렵다. ...

성폭력범죄로부터 국민, 특히 여성과 아동을 보호한다는 공익은 매우 크다. ...효과적으로 성폭력범죄의 재범을 방지하고 사회를 보호하기 위하여 종전 법률로는 전자장치 부착명령의 대상자가 되지 않았던 사람들에 대하여도 그 대상자가 되도록 요건을 확대하고 있는 이 사건 부칙조항의 입법목적은 매우 중대하고 긴요한 공익이라 할 것이다.」⁶⁹⁾

둘째, 위와 같은 논증에 의할 때에는 부진정소급효가 문제되는 경우에는 거의 모든 경우에서 소급효가 합헌으로 허용된다는 결론에 도달할 것이다. 이는 강성 형사정책의 필요에 의하여 소급효금지 원칙의 의미와 목적을 손쉽게 후퇴시킬 수 있는 위험이 있음을 의미한다.

69) 헌재 2012.12.27. 2010헌가82 등, 판례집 24-2하, 281, 299-300면.

(다) “공익적 처벌필요성”과 “범죄자의 주관적 신뢰의 보호가치”를 대비시키는 식의 논증은 결국에는 공익이라는 이름으로 형사처벌권의 확장을 쉽게 용인하는 결과에 이를 수 있다. 이 사건에 관한 법무부장관의 변론요지서를 보면, 기존의 수형자들이 자신의 DNA신원확인정보가 수집·관리되지 않을 것이라는 점에 대한 보호가치 있는 신뢰가 있다고 보기 어렵고, 설령 보호가치 있는 신뢰를 인정하더라도 이 사건 법률로 인하여 그와 같은 신뢰가 손상되는 정도가 크다고 볼 수 없다”고 주장한다. 여기에 DNA 데이터베이스의 효용성과 그로부터 산출되는 재범방지의 공익적 효과를 대비시키게 되면, 그 결론은 거의 100% 공익적 효과가 크다는 것으로 귀결될 것이다.

(라) 소급효금지원칙에서 중요한 것은 행위자가 주관적으로 인식적 차원에서 가지고 있는 신뢰의 보호가 아니다. 중요한 것은 국가의 형벌권 내지 형사소추권에 대한 객관적 제한의 문제여야 한다. 이렇게 보면 소급효금지의 원칙에서 논의되어야 할 ‘신뢰 보호’는 국가 형벌권의 자의적인 행사를 억제한다는 객관적인 의미에서 “예견가능성”을 뜻하는 것이라고 보아야 한다.

(2) DNA법의 소급적용에서 ‘신뢰보호의 이익’은 무엇인가?

(가) 만약 DNA법의 시행 이전에 이미 형이 확정된 수형자가 지닌 신뢰보호의 이익을 순전히 법질서에 대한 그의 ‘주관적인 기대’(정확하게는 ‘범죄자로서 가지는 주관적 기대’)에 초점을 두고 말한다면, 수형자는 꼭 DNA법이 아니더라도 미제사건 때문에 수사기관으로부터 자신의 DNA시료가 채취당할 수도 있음을 충분히 예상할 수 있기 때문에 그가 형이 확정됨과 동시에 DNA시료 채취를 당할 가능성이 없을 것이라는 신뢰는 보호가치를 인정받기 어려워질 것이다. 실제 법무부장관의 변론요지서는 이런 논리에 기초하여 수형자의 신뢰보호의 가치를 없거나 낮은 수준이라고 보고 있다.

(나) 그렇지만, 소급효금지의 원칙을 적용함에 있어 국가의 형사소추권에 대한 예측가능한 제한이라는 관점에서 당사자의 신뢰보호를 말한다면, DNA법 부칙 제2조에 의하여 소급적용의 대상이 되는 수형자의 신뢰로서 정당하게 보호되어야 할 신뢰란 자신의 형이 확정된 당해 형사절차가 종료되었다는 점, 그리고 선고된 형을 복역해야 한다는 점을 제외하고 그 형사절차의 연장선에서 다른 불이익(강제처분)이 가해질 수는 없다는 신뢰일 것이다. 이것은 범죄자의 지위에서 가지는 형사소추 회피의 기대가 아니라 국가의 형사소추권의 자의적 확장을 제어하고자 하는 ‘시민의 지위에서 가지는 신뢰’로 인정되어야 한다.

(3) 공익적 필요와 신뢰보호의 비교형량

DNA법 부칙 제2조의 소급적용으로 얻을 수 있는 공익적 효과는 DNA 데이터베이스에 수록될 DNA정보의 양을 초기에 최대한 확보함으로써 DNA 데이터베이스의 효용성을 높인다는 점에 있다. 소급적용으로 DNA법의 기본적인 목적인 장래의 효율적

인 범죄수사의 확보라는 공익적 목적에 기여하는 효과도 부분적으로는 인정될 수 있겠지만, 이러한 효과가 과장되어서는 안 된다.

DNA법의 소급적용으로 인한 신뢰이익의 침해뿐만 아니라, 소급적용의 대상이 된 수형자들이 DNA시료채취로 인하여 받게 되는 개인정보자기결정권 등 기본권침해의 불이익도 함께 고려하면, DNA법 부칙 제2조의 소급적용은 그것으로 인한 공익목적의 달성효과보다는 신뢰이익의 보호가치 및 기본권에 대한 침해의 불이익의 측면이 더욱 크다고 보아야 한다.

(4) 소결 : 따라서 DNA법 부칙 제2조는 소급입법금지의 원칙에 반한다고 보아야 한다.

VIII. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이, DNA법 제5조 등은 영장주의 원칙 및 적법절차 원칙에 위배된다. 뿐만 아니라, 과잉금지 원칙에 위반하여 DNA시료 채취 대상자의 개인정보자기결정권과 신체의 자유를 침해한 것으로 판단된다.