

‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’의 위헌성에 대한 검토 - 개인정보자기결정권에 대한 침해를 중심으로 -

이 준 일

고려대학교 법학전문대학원 교수 · 헌법재판소 헌법연구위원

A Study on the Unconstitutionality of ‘Act on the Use and Protection of DNA Identification Information’
- Focused on the Violation of the Right to Informational Self-Determination

Zoon-Il Yi

Professor, Korea University School of Law

초록 : ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’은 DNA시료에 대한 DNA감식을 통하여 DNA정보를 취득함으로써 범죄수사 및 범죄예방의 목적을 실현하고자 제정된 법률이다. 여기서 DNA 정보는 개인의 신원을 확인할 수 있는 ‘개인정보’에 해당한다. 이러한 개인정보는 ‘개인정보자기결정권’에 의해서 헌법상 보호된다. 개인정보자기결정권도 절대적 기본권은 아니기 때문에 제한될 수 있지만 헌법상 요구되는 기본권제한의 원칙을 준수해야 한다. 범죄수사와 범죄예방을 목적으로 수형자 등과 구속피의자 등의 DNA시료를 채취·감식하고, 이를 통해 DNA정보를 획득·이용하는 국가의 행위를 정당화하는 DNA법은 헌법상 보장된 ‘영장주의원칙’에 위배될 뿐만 아니라 ‘평등원칙’과 ‘포괄위임입법 금지원칙’ 및 기본권제한적 법률에 대해서 헌법이 요구하는 ‘과잉금지원칙’, 특히 피해의 최소성과 법익의 균형성에 위배된다.

Abstract : ‘Act on the Use and Protection of DNA Identification Information (DNA Act)’ is a law enacted to achieve the purpose of criminal investigations and crime prevention by obtaining DNA information through the DNA testing of DNA samples. This DNA information is the ‘personal information’ that can confirm the identity of individuals. Such personal information is protected by the constitutional ‘right to informational self-determination’. This constitutional right to informational self-determination is not a absolutely guaranteed right, but may be limited. However, the limitation of constitutional rights is required to comply with the constitutional principles for the limitation. The DNA Act that justifies DNA sampling and testing as well as obtaining and using of DNA information of suspects arrested and prisoners for the purpose of criminal investigations and crime prevention violates the principle of warrant requirement, the equality principle, the principle of prohibition of comprehensive legislation delegation and the principle of proportionality constitutionally required for the limitation of fundamental rights, especially the principle of minimal damage and the principle of balance.

• 논문접수 : 2011. 9. 28. • 심사 : 2011. 10. 10. • 게재확정 : 2011. 11. 7.

I. 문제가 되는 법률에 대한 개관

1. 개념

『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』(이하 ‘DNA법’으로 약칭)은 디엔에이신원확인정보의 수집·이용 및 보호에 필요한 사항을 정하여 범죄수사 및 범죄예방에 이바지하고 국민의 권익을 보호하기 위한 입법목적으로 2010년 1월 25일 제정되어 2010년 7월 26일부터 시행되고 있다.¹⁾ 여기서 ‘디엔에이신원확인정보’(이하 ‘DNA정보’로 약칭)는 개인을 식별하기 위한 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것을 의미한다(동법 제2조 제4호). 그리고 ‘디엔에이감식’(이하 ‘DNA감식’으로 표현)은 개인을 식별하기 위한 목적으로 디엔에이 중 유전정보가 포함되어 있지 않은 특정 염기서열 부분을 검사·분석하여 DNA정보를 취득하는 것을 말한다(동조 제3호).²⁾ 또한 사람의 혈액, 타액, 모발, 구강점막 등 DNA감식의 대상이 되는 것을 ‘디엔에이감식시료’(이하 ‘DNA시료’로 약칭)라고 부른다(동조 제2호). 정리하면 DNA법은 DNA시료에 대한 DNA감식을 통하여 DNA정보를 취득·이용함으로써 범죄수사 및 범죄예방의 목적을 실현하고자 제정된 법률이다.

2. 대상

DNA시료가 채취될 수 있는 대상은 ① ‘수형인 등’과 ② ‘구속피의자 등’이다. 첫째, DNA법에 열거된 범죄 또는 이와 경합된 범죄에 대하

여 형의 선고, 『형법』에 따른 보호관찰명령, 『치료감호법』에 따른 치료감호선고, 『소년법』에 따른 보호처분결정을 받아 확정된 사람(이하 ‘수형인 등’으로 약칭)으로부터 DNA시료를 채취할 수 있다(동법 제5조 제1항). 둘째, DNA법에 열거된 범죄 또는 이와 경합된 범죄를 범하여 구속된 피의자 또는 『치료감호법』에 따라 보호구속된 치료감호대상자(이하 ‘구속피의자 등’으로 약칭)로부터 DNA시료를 채취할 수 있다(동법 제6조). DNA법에서 DNA시료의 채취가 허용되는 범죄로 열거된 것들로는 다음과 같은 것들이 있다(동법 제5조 제1항). 이른바 강력범죄나 아동·청소년대상범죄가 그 대상임을 확인할 수 있다.

1. 『형법』 제2편 제13장 방화와 실화의 죄 중 제164조, 제165조, 제166조 제1항, 제167조 제1항 및 제174조(제164조 제1항, 제165조, 제166조 제1항의 미수범만 해당한다)의 죄
2. 『형법』 제2편 제24장 살인의 죄 중 제250조, 제253조 및 제254조(제251조, 제252조의 미수범은 제외한다)의 죄
3. 『형법』 제2편 제31장 약취와 유인의 죄 중 제287조부터 제289조까지와 제292조(제291조의 약취 또는 유인된 자를 수수 또는 은닉한 경우는 제외한다), 제293조 및 제294조[제291조, 제292조(제291조의 약취 또는 유인된 자를 수수 또는 은닉한 경우만 해당한다)의 미수범은 제외한다]의 죄
4. 『형법』 제2편 제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조부터 제301조까지, 제301조의2, 제302조, 제303조 및 제305조의 죄
5. 『형법』 제2편 제38장 절도와 강도의 죄 중 제330조, 제331조, 제332조(제331조의2의 상

1) DNA법의 입법배경과 의미에 대해서는 신양균, 유전자정보은행제도와 인권 - ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’을 중심으로, 『형사법연구』 한국형사법학회, 제22권 제3호(2010), 60면 이하 ; 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성 - 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로”, 『형사법연구』 한국형사법학회, 제22권 제3호(2010), 237면 이하 참조.

2) 사람의 DNA를 이용한 유전자감식에 대한 자세한 설명은 윤영철, “개인 유전정보의 형사사법적 이용의 문제점과 이에 대한 해결방안”, 『형사정책』 한국형사정책학회, 제18권 제2호(2006), 39면 이하 참조.

- 습범은 제외한다)부터 제342조(제329조, 제331조2의 미수범은 제외한다)까지의 죄
6. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제2조(같은 조 제2항의 경우는 제외한다), 제3조부터 제5조까지 및 제6조(제2조 제2항의 미수범은 제외한다)의 죄
 7. 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의2 제1항부터 제6항까지, 제5조의4 제1항부터 제3항까지 및 제5항, 제5조의5, 제5조의8, 제5조의9 및 제11조의 죄
 8. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조부터 제11조까지 및 제14조(제13조의 미수범은 제외한다)의 죄
 9. 「마약류관리에 관한 법률」 제58조부터 제61조까지의 죄
 10. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조, 제9조, 제10조 및 제11조(같은 조 제3항의 경우는 제외한다)의 죄
 11. 「군형법」 제53조 제1항, 제59조 제1항, 제66조, 제67조 및 제82조부터 제85조까지의 죄

그밖에도 검사 또는 사법경찰관은 다음과 같은 ‘범죄현장 등’에서 DNA시료를 채취할 수 있다(동법 제7조 제1항). 다만 이 경우에는 ‘그 신원이 밝혀지지 않은’ DNA정보에 한정하여 데이터베이스에 수록할 수 있다는 점이 특징이다(동조 제2항). 이러한 DNA시료 및 DNA정보는 강제로 채취되지 않고, 반드시 개인의 신원을 확인할 수 있는 개인정보는 아니라는 점에서 특별히 법적으로 문제될 여지가 없다고 볼 수도 있지만 누군가의 DNA시료가 본인의 동의 없이 감식되어 DNA정보가 획득되고 이러한 DNA정보도 다른 DNA정보와 결합됨으로써 개인의 신원을 확인할 수 있는 개인정보가 될 수 있기 때문에 동일하게 법적으로 문제가 된다.

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 관련된 장소에서 발견된 것

3. 절차

수형인 등에 대해서는 ‘검사’가, 구속피의자 등에 대해서는 ‘검사’뿐만 아니라 ‘사법경찰관’이 DNA시료를 채취할 수 있는데 원칙적으로 관할 지방법원 판사(군판사를 포함)에게 청구하여 발부받은 ‘영장’이 필요하다(동법 제8조 제1항). 사법경찰관의 경우에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사가 발부한 영장이 필요하다(동조 제2항). 하지만 DNA시료의 채취대상자가 ‘동의’하는 경우에는 영장 없이 DNA시료를 채취할 수 있고, 이 경우에 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다(동조 제3항). DNA시료의 채취에서 원칙적으로 법관의 영장을 요구하면서도 대상자의 동의를 전제로 한 예외를 인정하고 있다는 점, DNA시료의 채취를 목적으로 한 영장의 요구만으로 DNA감식과 DNA정보의 획득, 데이터베이스화 및 이용에 관한 절차적 요건을 생략하고 있다는 점이 특징이다.

4. 이용

채취된 DNA시료로부터 DNA감식을 통해 획득된 DNA정보는 데이터베이스화(이하 ‘DB화’로 약칭), 즉 컴퓨터 등 저장매체에 체계적으로 수록하여 개별적으로 그 정보에 접근하거나 검색

할 수 있도록 할 수 있다. 그리고 DNA정보담당자가 DNA정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있는 경우로 다음과 같은 것들을 열거함으로써(동법 제11조 제1항) DB화된 DNA정보에 접근하여 이를 이용할 수 있는 목적을 제한하고 있다.

1. 데이터베이스에 새로운 DNA정보를 수록하는 경우
2. 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사 또는 변사자 신원확인을 위하여 요청하는 경우
3. 법원(군사법원을 포함)이 형사재판에서 사실조치를 하는 경우
4. 데이터베이스 상호간의 대조를 위하여 필요한 경우

II. DNA법에 의해 제한되는 기본권: 개인정보자기결정권

DNA법은 국가가 ‘수형자 등’이나 ‘구속피의자 등’으로부터 DNA시료를 채취하여 이를 감식하고 DNA정보를 획득하는 행위를 정당화하

는 법률이다. 여기서 DNA정보는 개인의 신원을 확인할 수 있는 ‘개인정보’에 해당한다.³⁾ 「개인정보 보호법」⁴⁾에서도 개인정보는 “살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)”(강조는 필자)로 정의됨으로써(동법 제2조 제2호) 개인정보의 본질적 요소가 신원확인(identification)임을 확인하고 있다.⁵⁾ 신원확인을 개인정보의 본질적 요소로 정의하고 있는 규정은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서도 등장한다(동법 제2조 제6호).

이러한 개인정보는 ‘개인정보자기결정권’에 의해서 헌법상 보호된다.⁶⁾ 헌법재판소에 따르면 개인정보자기결정권은 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리”를 의미한다.⁷⁾⁸⁾ 이러한 기본권은 독일연방헌법

3) 개인정보의 개념에 대해서는 한위수, “사생활비밀의 보호”, 『저스티스』 한국법학원, 통권 제76호(2003), 21면; 백윤철, “헌법상 자기결정권과 개인정보자기결정권”, 『헌법학연구』 한국헌법학회, 제9권 제3호(2003), 213면 이하 참조. 그리고 유전자 정보가 개인정보로서 가지는 의미에 대해서는 Vultejus, Ulrich, Informationelle Selbstbestimmung auch bei Genen, ZRP 2002, 70면 참조.

4) 종래에 개인정보는 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’에 의해 보호되었는데 이 법률에서 개인정보는 “생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 및 화상 등의 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는 정보(당해 정보만으로는 특정개인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것을 포함한다)”로 정의되었다. 이 법률은 2011년 3월 29일 ‘개인정보 보호법’의 제정(시행일: 2011년 9월 30일)으로 폐지되었다.

5) 이러한 정의에 따르면 인터넷의 IP주소나 아이디도 다른 정보와 결합하여 개인을 식별할 수 있어 개인정보에 해당하게 된다. 허순철, “인터넷 검색과 개인정보자기결정권”, 『공법학연구』 한국비교공법학회, 제10권 제2호(2009), 169면 참조.

6) 개인정보자기결정권은 학자에 따라 다른 용어로 불리기도 한다. 예를 들어 “정보자기결정권”: 김승환, “정보자기결정권”, 『헌법학연구』 한국헌법학회, 제9권 제3호(2003), 149면 이하, 특히 165면 이하; “자기정보관리통제권”: 권영성, 『헌법학원론』(2008), 452면 이하; “자기정보통제권”: 장영수, 『헌법학』(2011), 620면 이하; 양창수, “사생활 비밀의 보호 - 사법적 측면을 중심으로”, 『저스티스』 한국법학원, 통권 제76호(2003), 52면; “자기정보에 대한 통제권”: 성낙인, 『헌법학』(2011), 615면 이하; 박홍모, “의식불명환자의 혈액 또는 소변의 채취 및 이용의 적법성”, 『법학연구』 부산대학교 법학연구소, 제49권 제2호(2009), 15면. 한편 개인정보자기결정권으로 부르면서도 그 본질을 “개인정보수집거부권”으로 보는 견해도 있다. 명재진, “국가에 의한 지문강제날인제도의 헌법적 문제점”, 『공법학연구』 한국비교공법학회, 제7권 제1호(2006), 203면 이하 참조.

7) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513; 2005. 7. 21. 2003헌마282 참조. 대법원도 “개인정보자기결정권”이라는 용어를 사용하고 있지는 않지만 이러한 권리의 내용과 동일한 권리를 헌법상 보장된 기본권으로 인정하고 있다. 대법원 1998. 7. 24. 96다42789 판결: “헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는

재판소가 “정보에 관한 자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)”이라고 부르는 기본권과 유사하다.⁹⁾ 독일연방헌법재판소에 따르면 이 기본권은 독일 기본법(GG) 제1조 제1항 인간존엄 및 제2조 제1항 인격발현권에서 도출되는 일반적 인격권(allgemeines Persönlichkeitsrecht)을 근거로 하고, 원칙적으로 개인정보의 공개와 사용에 관하여 스스로 결정할 수 있는 개인의 권리(Befugnis)로 정의된다.

개인정보자기결정권의 헌법적 근거로는 대체로 사생활의 비밀과 자유에 관한 기본권(헌법 제17조)¹⁰⁾이 인용되지만 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조)¹¹⁾이 인용되기도 한다.¹²⁾ 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 ‘열거되지 않은 개별적 기본권(헌법 제37조 제1항)’

으로 이해하는 것으로 보인다. “개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 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 것이다.”¹³⁾(강조는

개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’고 규정하고, 헌법 제17조는 ‘모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.’라고 규정하고 있는바, 이들 헌법 규정은 개인의 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 **자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리**까지도 보장하려는 데에 그 취지가 있는 것으로 해석된다”(강조는 필자) 한편 개인정보자기결정권의 보호목적은 “자유민주주의의 의사소통의 기반”으로 이해되기도 한다. 임규철, “개인정보보호에 있어 법과 기술, 정보시장의 통합적 운용”, 『법학연구』 한국법학회, 제17집(2004), 98면 참조.

- 8) 개인정보자기결정권에 대한 다른 개념정의에 대해서는 이상명, “개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 관한 고찰”, 『공법연구』 한국공법학회, 제36집 제3호(2008), 227면 참조.
- 9) BVerfGE 65, 1면 이하. 1983년 12월 15일에 선고된 이 판례 인구조사, Volkszählung)에 대한 설명으로 한위수, “사생활비밀의 보호”, 『저스티스』 한국법학원, 통권 제76호(2003), 16면 이하 참조. 그밖에 인구조사 판례를 포함하여 개인정보자기결정권에 관한 독일의 논의에 대한 자세한 설명은 임규철, “정보화사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 『헌법학연구』 한국헌법학회, 제8권 제3호(2002), 235면 이하 참조.
- 10) 권영성, 『헌법학원론』(2008), 450면 이하, 특히 452면 이하; 김상겸/김성준, “정보국가에 있어서 개인정보보호에 관한 연구 - 공공부문을 중심으로 독일의 법제와 비교하여”, 『세계헌법연구』 국제헌법학회 한국학회, 제14권 제3호(2008), 100면; 김승환, “정보자기결정권”, 『헌법학연구』 한국헌법학회, 제9권 제3호(2003), 166면 이하; 성낙인, 『헌법학』(2011), 618면; 이인호, “개인정보자기결정권의 한계와 제한에 관한 연구”, 한국정보보호진흥원, 2011, 제4집 1.; 허순철, “인터넷 검색과 개인정보자기결정권”, 『공법학연구』 한국비교공법학회, 제10권 제2호(2009), 169면. 한편 사생활의 비밀과 자유에 관한 기본권에서 사생활의 ‘자유’에 관한 기본권에서 개인정보자기결정권의 헌법적 근거를 도출하는 견해도 있다. 강경근, “프라이버시 보호와 진료정보”, 『헌법학연구』 한국헌법학회, 제10권 제2호(2004), 187면 참조.
- 11) 김철수, 『헌법학개론』(2007), 725면: “정보에 대한 자기결정권은 헌법 제17조의 사생활의 비밀·자유규정이 아니라 헌법 제10조에서 보장되고 있다고 볼 것이다”
- 12) 개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 대한 외국과 한국의 논의에 대해서는 이희훈, “개인정보자기결정권의 침해에 관한 연구 - 주민등록제도를 중심으로”, 『연세법학연구』 연세법학연구회, 제10권 제1호(2003), 280면 이하; 이상명, “개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 관한 고찰”, 『공법연구』 한국공법학회, 제36집 제3호(2008), 233면 이하 참조. 한편 기존의 명시적인 기본권에서 개인정보자기결정권을 도출하는 어려움을 지적하면서 헌법개정을 통해 개인정보자기결정권을 독자적인 기본권으로 규정해야 한다는 견해도 있다. 조홍석, “한국헌법상 기본권 개정방향”, 『공법학연구』 한국비교공법학회, 제7권 제3호(2006), 112면 참조. 또한 개인정보자기결정권을 포함하는 정보기본권을 독자적인 기본권으로 규정해야 한다는 견해도 김배원, “정보기본권의 독자성과 타당범위에 대한 고찰 - 헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로”, 『헌법학연구』 한국헌법학회, 제12권 제4호(2006), 209면 이하 참조.
- 13) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513 참조. 헌법재판소의 이러한 견해에 대해서는 “기본권백화점화”라는 비판이 제기된다. 성낙인, 『헌법학』(2011), 618면 참조. 한편 헌법재판소는 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 들기도 한다.

필자) 개인정보자기결정권의 본질은 개인정보의 공개 여부와 그 계속 여부에 대한 결정의 자유이고,¹⁴⁾ 공개된 개인정보에 대한 접근(열람)과 잘못된 내용의 수정에 관한 요구의 권리는 부수적인 것이므로 비공개성(비밀성)을 보호법적으로 하는 사생활의 비밀과 자유에 관한 기본권이 개인정보자기결정권의 직접적인 헌법적 근거가 된다고 보는 것이 타당하다.¹⁵⁾

이러한 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에는 “개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보”(강조는 필자)가 포함되고, “반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보”까지도 포함된다.¹⁶⁾ 예를 들어 “지문”,¹⁷⁾ “성명, 생년월일, 졸업일자”,¹⁸⁾ “개인의 의료에 관한 정보(진료정보)”,¹⁹⁾ “의료급여수급자의 주상병명, 급여일수, 처방전교부기관기호, 처방전교부 번호(의료정보)”,²⁰⁾ “수사경력자료”,²¹⁾ “채무자의

이름, 주소, 주민등록번호, 집행권원과 불이행한 채무액 및 그 등재 사유와 날짜(채무불이행자 명부)”²²⁾ 등이 개인정보자기결정권에 의해 보호되는 개인정보에 해당한다. 따라서 DNA정보와 같은 생체정보(biometric information)²³⁾는 개인의 동일성(정체성, identity)을 식별하는 정보라는 점에서 개인정보에 포함될 수 있다.

이와 같은 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다고 보는 것이 헌법재판소의 견해다.²⁴⁾ 독일연방헌법재판소의 경우에도 인구조사와 같은 통계적 목적의 정보수집,²⁵⁾ 납세서류의 압수와 평가를 통한 의회조사위원회의 실태조사,²⁶⁾ 금치산선고의 공지와 같은 개인정보의 출판,²⁷⁾ 조세와 관련하여 수집된 정보의 게시의무,²⁸⁾ 행정관청이나 공무원에게 신상정보의 제공을 거부할 수 있는 권리 및 범죄혐의가 있는 사람에 대한 경찰관의 신분확인 권한과 같은 정보에 관한 자기결정권의 제한²⁹⁾ 등 개인정보의 조사, 등록, 처리와 같은 행위는 일반적으로 정보에

예를 들어 헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282 참조.

14) 같은 맥락에서 개인정보자기결정권에서 핵심적인 요소는 자신의 개인정보의 공개와 이용에 대한 “동의(Einwilligung)”라는 견해는 타당하다. Geiger, Andreas, Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NVwZ 1989, 36면 참조.

15) 개인정보의 공개와 관련하여 양도가능한 것과 그렇지 않은 것을 구분하면서 후자는 정보에 관한 자기결정권에 의해서 보호되지만 전자는 “물건화된 인적사항(materialisiertes Persönlichkeitsdetail)”으로 지적 재산권해당하여 재산권에 의해서 보호된다고 보는 견해도 있다. Weichert, Thilo, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1467면 참조.

16) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513 ; 2005. 7. 21. 2003헌마282 참조.

17) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513 참조.

18) 헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282 참조.

19) 헌법재판소 2008. 10. 30. 2006헌마1401 참조.

20) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마1092 참조.

21) 헌법재판소 2009. 10. 29. 2008헌마257 참조.

22) 헌법재판소 2010. 5. 27. 2008헌마663 참조.

23) 생체정보와 관련된 법적 쟁점에 대해서는 조규범, “생체정보 보호를 위한 입법론적 고찰”, 『공법연구』 한국공법학회, 제37집 제1-2호(2008), 192면 이하 참조.

24) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513; 2005. 7. 21. 2003헌마282 참조.

25) BVerfGE 65, 1(43)면 참조.

26) BVerfGE 67, 100(143)면 참조.

27) BVerfGE 78, 77(84)면 참조.

28) BVerfGE 84, 239(279)면 참조.

관한 자기결정권의 제약행위(Eingriff)로 보고 있다. 결론적으로 DNA정보와 같은 개인정보에 대한 모든 형태의 조사, 수집, 저장, 이용, 배포, 출판은 정보에 관한 자기결정권에 대한 제약행위에 해당한다고 보아야 하므로³⁰⁾ DNA시료의 채취와 감식 및 DNA정보의 획득·DB화·이용을 정당화하기 제정된 DNA법은 개인정보자기결정권을 제약하는 법률에 해당한다. 다만 DNA시료의 채취를 위해서는 신체의 거동에 지장을 주거나 신체의 완전성(불훼손성)에 해악을 끼칠 수 있다는 점에서 DNA법은 신체의 자유(헌법 제12조 제1항)나 신체불훼손권(헌법 제37조 제1항)을 제약할 수도 있다. 그러나 DNA시료의 채취는 신체의 거동에 지장을 주지 않거나 신체의 완전성에 해악을 끼치지 않으면서도 가능하고, 그러한 지장이나 해악이 있다고 하더라도 궁극적으로 DNA감식과 이를 통한 DNA정보의 획득이 목적이어서 신체의 자유나 신체불훼손권은 부수적으로 관련되고, 직접적으로 관련되는 기본권은 여전히 개인정보자기결정권이다.

III. DNA법의 위헌 여부

1. 영장주의원칙 위배 여부

헌법은 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하도록 하여 '영장주의원칙'을 선언하고 있다(헌법 제12조 제3항). 그런데 DNA법은 DNA시료의 채취대상자인 수형인 등과 구속피의자 등에 대해서 DNA시료를

채취하는 경우에 원칙적으로 법관이 발부한 영장을 요구하고 있다는 점에서(동법 제8조 제1항 및 제2항) 헌법상 신체에 대한 압수나 수색에서 법관이 발부한 영장을 요구하고 있는 영장주의 원칙에 위배되지 않는다.

하지만 문제는 '본인의 동의가 있는 경우'에 영장주의원칙의 예외를 인정하고 있다는 점이다(동조 제3항). 헌법이 인정하고 있는 영장주의 원칙에 대한 예외는 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 경우로 이 경우에는 사후에 영장을 청구할 수 있다(헌법 제12조 제3항 단서). 또한 비상계엄이 선포된 경우에도 영장주의원칙에 대한 예외가 인정된다(헌법 제77조 제3항). 헌법에서 영장주의원칙을 명시하면서 그에 대한 예외까지도 명시한 것은 헌법에서 인정된 예외 외에는 어떠한 다른 예외도 인정될 수 없음을 의미한다. 따라서 DNA법에서 DNA시료의 채취에서 '본인의 동의'를 영장주의원칙의 예외로 인정한 것은 명백하게 헌법에 위반된다.³¹⁾ 특히 DNA시료의 채취를 허용하는 법관의 영장은 DNA시료의 감식 및 DNA정보의 획득, DB화, 이용을 포괄적으로 허용하는 법관의 영장을 의미한다는 점에서 이렇게 포괄적인 의미를 가지는 절차적 요건을 본인의 동의만으로 배제하는 것은 분명히 헌법적 문제점을 가지고 있다고 보인다. 설령 영장주의원칙이 오로지 '강제처분'에 한정하여 적용된다고 이해함으로써 본인의 동의를 영장주의원칙의 예외로 인정할 수 있다고 하더라도 본인의 동의는 단지 DNA시료의 '채취'에 대한 동의에만 국한되지 않고, DNA시

29) BVerfGE 92, 191(1997)면 참조.

30) Di Fabio, in : Maunz/Dürig, Grundgesetz, GG Art. 2, 177면, Rn.(단락번호) 176 참조.

31) 적법절차(영장주의)를 따르지 않은 강제처분의 경우에도 DNA의 채취와 감식에 대한 사전설명이 충분히 이루어진다면 채취대상자의 승낙으로 DNA의 채취와 감식이 허용될 수 있다는 견해로 윤영철, "개인 유전정보의 형사사법적 이용의 문제점과 이에 대한 해결방안", 『형사정책』 한국형사정책학회, 제18권 제2호(2006), 47면 이하 참조. 반면에 구속피의자 등의 경우에 형식적으로는 자발적 동의라고 하더라도 실질적으로 강제적 동의가 될 가능성이 있다는 비판으로 심희기, "유전자 정보는행과 프라이버시 이슈들", 『형사정책』 한국형사정책학회, 제18권 제2호(2006), 100면 참조.

료의 ‘감식’뿐만 아니라 DNA정보의 ‘획득’과 ‘DB화’ 및 ‘이용’에 대한 동의로까지 확대되어 요구되어야 한다. 더 큰 문제는 인신이 구금되어 있는 수형인 등과 구속피의자 등의 동의가 ‘자유로운 의사’에 따른 동의가 될 가능성이 거의 없어 보인다는 점이다. 따라서 비록 동의 거부권이 있음을 고지할 의무가 국가에 부과되어 있다고 해도 인신이 구금되어 불리한 처지에 놓여 있는 수형자 등이나 구속피의자 등이 법적으로 보장된 동의거부권을 행사할 여지는 없어 보이기 때문에 본인의 동의에 의한 영장주의원칙의 예외적 허용은 결과적으로 영장주의원칙을 회피하는 수단에 지나지 않을 개연성이 높다.

또한 범죄현장 등에서 DNA시료를 채취하기 위해서는 애초에 영장이 필요없다는 점에서 문제가 있다. 앞서 언급한 것처럼 범죄현장 등에서 채취하여 감식한 DNA시료의 경우에는 강제로 채취되지 않고 그 신원이 밝혀지지 않은 DNA정보만 DB화할 수 있다고 하지만 여전히 본인의 동의 없이 채취되어 감식될 뿐만 아니라 다른 DNA정보와 결합 또는 비교함으로써 개인의 신원을 확인할 수 있는 정보가 될 수 있다는 점에서 범죄현장 등에서 발견된 DNA시료에 대해서 법원의 영장 없이 채취, 감식, DB화를 허용한 것은 영장주의원칙에 위배될 여지가 있다고 판단된다.³²⁾

2. 평등원칙 위배 여부

DNA법은 DNA시료를 채취할 수 있는 대상자와 대상범죄를 열거하고 있다. 우선 DNA시료를 채취할 수 있는 대상자로 열거된 ‘수형자 등’과 ‘구속피의자 등’과 관련하여 두 가지 관점에서 비교와 합리성 여부에 대한 판단이 필요하다. 첫째는 이 두 가지 유형의 대상자가 어떠한 근거에서 같은(평등한) 대우가 요구되는 같은 대상인지 하는 점이고, 둘째는 이 두 가지 유형의 대상자와 불구속피의자가 어떠한 근거에서 다른(불평등한) 대우가 요구되는 다른 대상인지 하는 점이다. 수형자 등의 경우에는 형 등이 확정되었지만 구속피의자 등의 경우에는 아직 형 등이 확정되지 않은 상태에서 헌법상 요구되는 ‘무죄추정원칙’(헌법 제27조 제4항)이 적용되어야 하고,³³⁾ 구속피의자 등도 불기소처분이나 무죄판결을 받을 수 있는 반면에 비록 불구속피의자라고 하더라도 기소되거나 유죄판결을 받을 수 있기 때문이다.³⁴⁾ 다음으로 DNA시료의 채취가 허용되는 대상범죄와 관련해서도 이른바 강력범죄로 묶여 DNA법에서 열거된 모든 범죄가 어떠한 근거에서 같은 대우가 요구되는 같은 대상인지 하는 점과 DNA법에서 열거된 범죄와 열거되지 않은 범죄가 어떠한 근거에서 다른 대우가 요구되는 다른 대상인지 하는 점이 문제될 수 있다. 헌법재판소는 헌법에서 명시적으로 차별을 금지하는 사유(성별, 종교, 사회적 신분)에 해당하는 경우와 차별행위로 인하여 기본권에 대한 중대한 침해가 발생하는 경우에는 엄격한 기준인 비례성원칙을 적용하고, 그렇지 않은 경우

32) DNA법에 따르면 범죄현장 등에서 채취한 DNA시료에서 획득되어 DB화된 DNA정보는 그 신원이 밝혀지는 등의 사유로 더 이상 보존·관리가 필요하지 아니한 경우에는 직권 또는 본인의 신청에 의하여 그 DNA정보를 삭제하도록 요구하고 있다(동법 제13조 제4항).

33) 구속피의자 등이 DNA시료채취대상자에 포함되는 것은 무죄추정원칙에 위배된다는 견해로 심회기, “유전자정보은행과 프라이버시 이슈들”, 『형사정책』 한국형사정책학회, 제18권 제2호(2006), 94면 이하 ; 신양균, “유전자정보은행제도와 인권 - ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’을 중심으로”, 『형사법연구』 한국형사법학회, 제22권 제3호(2010), 70면 이하 참조.

34) DNA시료채취대상자에 구속피의자 등이 포함되고, 불구속피의자가 포함되지 않는 문제점에 대해서는 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성 - 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로”, 『형사법연구』 한국형사법학회, 제22권 제3호(2010), 253면 이하 참조.

에는 완화된 기준인 자의금지원칙을 적용하여 평등원칙 위배 여부를 판단하고 있다.³⁵⁾ 따라서 헌법재판소의 기준에 따르면 DNA정보의 경우에는 개인정보자기결정권에 대한 ‘중대한 침해’가 발생하는 경우에 해당한다고 볼 수 있으므로 DNA시료를 채취할 수 있는 대상자와 대상범죄와 관련된 비교의 문제에서 비례성원칙을 적용하여 평등원칙 위배 여부를 판단하는 것이 타당하다고 보인다. 비례성원칙(과잉금지원칙) 위배 여부는 아래에서 다시 검토한다.

3. 포괄위임입법금지원칙 위배 여부

DNA시료의 감식과 이를 통해 획득된 DNA정보의 DB화 및 DB화된 DNA정보에 대한 접근과 이용과 관련하여 검찰총장 및 경찰청장은 대통령령으로 정하는 사람이나 기관에 그 업무를 위임 또는 위탁할 수 있는데 이러한 사람이나 기관을 “디엔에이신원확인정보담당자”(이하 ‘DNA정보담당자’로 약칭)라고 부른다(동법 제10조 제1항). 이러한 DNA정보담당자에 대한 위임 또는 위탁, DNA감식업무, DNA정보의 수록 및 관

리 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다(동조 제2항). 한편 DNA정보담당자는 DNA정보를 수록하고, 검색하거나 그 결과를 요청한 기관에 회보할 수 있는데(동법 제11조 제1항) DNA정보의 검색 및 검색결과와 회보 절차에 관하여 필요한 사항도 대통령령으로 정하도록 위임되어 있다(동조 제3항). 이처럼 DNA정보와 관련된 다양한 업무(감식, DB화, 수록, 검색, 관리 등)의 주체와 내용 및 절차가 모두 대통령령에 위임되어 있다. 이것은 헌법상 보장된 개인정보자기결정권을 제한하는 국가행위, 즉 DNA정보의 수집과 이용에 관한 사실상 모든 업무를 포괄적으로 위임하는 것을 의미한다. 이로써 개인정보자기결정권을 제약하는 DNA법은 DNA정보의 수집과 이용에 관한 중요한 사항들을 적어도 법률에서 규정함으로써(법률적 근거를 둠으로써) ‘법률유보원칙’에 위반되지는 않을지라도 이 법률로부터 대통령령에서 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없게 되어 헌법이 요구하고 있는 포괄위임입법금지원칙에 위배될 가능성이 있다.³⁶⁾ 물론 DNA법은 DNA정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있는 경우로

35) 예를 들어 헌법재판소 1999. 12. 23. 98헌마363제대군인가산제제도: “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의한 것인지, 완화된 심사척도에 의한 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다. ... 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”(강조는 필자) 물론 이 사건의 경우에 “헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준”으로 제시한 성별을 이유로 한 차별대우이기 때문에 엄격한 심사척도를 적용했다고 볼 수도 있지만 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우”인 헌법 제32조 제4항의 근로·고용 영역에 해당하기 때문에 엄격한 심사척도를 적용했다고 볼 수도 있다. 한편 헌법재판소의 최근 판례는 이러한 입장에 변화를 보이고 있다. 헌법재판소 2010. 11. 25. 2006헌마328(남자에게만 병역의무의 부과): “헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다. ‘성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생리적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에 의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정짓기는 어렵다.”(강조는 필자)

36) 헌법재판소에 따르면 “헌법 제75조는 위임입법의 근거조문임과 동시에 그 범위와 한계를 제시하고 있는바, 여기서 ‘법률에

① 데이터베이스에 새로운 DNA정보를 수록하는 경우, ② 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사 또는 변사자 신원확인을 위하여 요청하는 경우, ③ 법원(군사법원을 포함)이 형사재판에서 사실조회를 하는 경우, ④ 데이터베이스 상호간의 대조를 위하여 필요한 경우로 한정하고 있는데(동법 제11조 제1항) 법률에서 열거된 경우도 대단히 포괄적이어서 DNA정보에 대한 접근과 이용의 목적을 한정하는 데는 한계가 있다.

4. 과잉금지원칙 위배 여부

개인정보자기결정권도 절대적인 기본권은 아니기 때문에 제한될 수 있다.³⁷⁾ 하지만 국민의 기본권을 제한하는 법률은 헌법적 원칙에 위반되지 않아야 하는데 무엇보다도 과잉금지원칙(헌법 제37조 제2항)은 기본권제한적 법률의 헌법적 정당성을 판단하는 기준이 된다. 헌법재판소는 과잉금지원칙을 ① 목적의 정당성, ② 수단의 적합성, ③ 피해의 최소성, ④ 법익의 균형성으로 세분화하여 기본권제한적 법률의 헌법적 정당성을 심사하는데 이에 따라 개인정보자기결정권을 제약하는 DNA법의 헌법적 정당성을 판단해보기로 한다.³⁸⁾

(1) 목적의 정당성

DNA법에서 DNA시료를 채취하여 감식하고, 여기서 DNA정보를 취득하여 이용할 수 있도록 한 입법목적은 “범죄수사와 범죄예방”이다. 입법목적의 정당성은 두 가지 측면에서 평가할 수 있다. 우선 입법목적은 그 자체의 정당성이라는 관점에서 평가될 수 있고, 이 경우에 입법목적의 설정에 대해서는 정책결정자인 입법자에게 광범위한 재량이 인정되어야 하므로 헌법재판소는 엄격하게 심사할 수 없다. 이에 따르면 “범죄수사와 범죄예방”이라는 입법목적은 공공의 안녕·질서를 유지하기 위하여 필수적이고, 공공의 안녕·질서유지는 입법자가 추구할 수 있는 공익적 정책에 해당하므로 그 자체로 정당성을 인정할 수 있다. 한편 입법목적은 헌법이 기본권제한의 목적으로 열거하고 있는 헌법적 법익(“국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리”)의 관점에서 평가될 수도 있고, 이 경우에 헌법재판소는 입법자가 제시한 입법목적의 헌법합치성을 평가해야 하므로 엄격한 심사가 가능하다. 헌법은 “질서유지”를 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있는 헌법적 법익의 하나로 명시하고 있고(헌법 제37조 제2항), 입법자가 입법목적으로 제시한 “범죄수사와 범죄예방”은 헌법이 제시한 질서유지에 해당하므로 헌법재판소가 입법목적의 헌법합치성을 엄격하게 심사한다고 하더라도 그 정당성이 인정되는 데는 문제가 없을 것

서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항’이란 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 **규정될 내용의 대강을 예측**할 수 있어야 함을 의미한다.”(강조는 필자) 헌법재판소 1996. 8. 29. 95헌바36; 2006. 7. 27. 2006헌바18등 참조. 그리고 “위임의 구체성·명확성 내지 예측가능성의 유무는 당해 특조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하고 위임된 사항의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것”이라고 한다. 헌법재판소 1996. 6. 26. 93헌바2; 2002. 3. 28. 2001헌바24등 참조.

37) 특히 정보보호를 강조하여 자기결정권의 하나인 개인정보자기결정권을 무제한적인 기본권으로 이해하려는 데 반대하는 견해로 Bull, Hans Peter, Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung - Datenschutz als Datenaskese?, NJW 2006, 1622면 이하 참조. 이 견해에 따르면 필요한 것은 정보보호이지 “정보금욕(Datenaskese)”은 아니기 때문에 개인정보에 대한 DB화와 이용은 불가피하다고 본다.

38) 개인정보자기결정권에 대한 제한은 비례성원칙(과잉금지원칙)에 대한 엄격한 준수에 의해 정당화되어야 한다는 견해로 Geiger, Andreas, Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NVwZ 1989, 36면 참조. 또한 동일한 맥락에서 개인정보자기결정권을 제한할 때 실제적 조화의 원칙과 형량이 요구된다는 견해로 Klenke, Reiner, Zum Konflikt zwischen parlamentarischem Enqueterrecht und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen, NVwZ 1995, 646면 참조.

으로 보인다. 결론적으로 DNA법에서 제시하고 있는 “범죄수사와 범죄예방”이라는 입법목적의 정당성에 대해서는 의문의 여지가 없는 것으로 판단된다.³⁹⁾

(2) 수단의 적합성

범죄수사와 범죄예방의 목적을 실현하기 위해서는 다양한 수단이 동원될 수 있다. 수단의 적합성은 다른 수단과 비교하여 더 효과적인 수단임을 요구하기보다는 해당 수단 자체가 실현하고자 하는 목적을 효과적으로 실현하는지 여부로 결정된다. 예를 들어 범죄수사와 범죄예방의 목적을 실현하기 위한 수단으로 이용되고 있는 지문감식⁴⁰⁾과 비교하여 DNA감식이 더 효과적인 수단이어야 DNA감식의 수단적합성이 인정되는 것은 아니다. DNA감식의 수단적합성은 DNA감식 그 자체가 범죄수사와 범죄예방의 목적을 실현하는 데 효과적이라면 인정될 수 있다. 또한 이것은 범죄수사나 범죄예방의 목적과 관련이 없는 DNA감식과 DNA정보의 획득이

허용되지 않음을 의미한다.⁴¹⁾ 어쨌든 여기서 ‘범죄수사’는 이미 발생한 범죄의 실체적 진실을 밝히고 범죄자를 검거하는 데 목적이 있고, ‘범죄예방’은 앞으로 발생할 수도 있는 범죄의 발생(일반예방효과) 또는 특정인의 재범(특별예방효과)을 억제하는 데 목적이 있다. 따라서 DNA감식의 수단적합성은 DNA감식을 통하여 이미 발생한 범죄의 실체적 진실이 밝혀지고 범죄자가 검거될 수 있는 가능성이 있는지 여부, 앞으로 발생할 수도 있는 범죄의 발생이나 특정인의 재범을 억제할 수 있는 가능성이 있는지 여부에 대한 경험적 확인을 통해 판단된다.

수형자 등과 구속피의자 등의 DNA시료의 채취와 감식 및 이를 통한 DNA정보의 획득과 이용은 우선 ‘범죄수사’의 목적을 실현할 수 있는데 효과적이므로 적합한 수단이 된다. 효과적인 범죄수사를 위해서는 범죄현장에서 채취한 DNA시료를 감식하여 우선 수형자 등이나 구속 피의자 등 이른바 전과자(범죄경력자)의 DB화된 DNA정보를 검색 한 뒤에 이와 비교하는 것이 필요하기 때문이다. 하지만 이것은 감식을 위하

39) 목적의 정당성과 관련하여 목적의 의미범위가 명확하게 규정되어야 한다는 견해로 전종익, “형사사법정보시스템과 개인정보 처리의 원칙 - 형사사법절차 전자화 촉진법을 중심으로”, 『법과사회』, 법과사회이론학회, 제36호(2009), 335면 참조. 이러한 견해로 따르더라도 “범죄수사와 범죄예방”이라는 입법목적의 정당성에 의문이 제기될 수는 없다고 보인다.

40) 지문정보의 수집 및 전산화와 관련하여 헌법재판소는 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 보았다. 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513: “① 이 사건 지문날인제도가 범죄자 등 특정인만이 아닌 17세 이상 모든 국민의 열 손가락 지문정보를 수집하여 보관하도록 한 것은 신원확인기능의 효율적인 수행을 도모하고, 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위한 것으로서, 그 **목적의 정당성**이 인정되고, 또한 이 사건 지문날인제도가 위와 같은 목적을 달성하기 위한 효과적이고 **적절한 방법**의 하나가 될 수 있다. ② 범죄자 등 특정인의 지문정보만 보관해서는 17세 이상 모든 국민의 지문정보를 보관하는 경우와 같은 수준의 신원확인기능을 도저히 수행할 수 없는 점, 개인별로 한 손가락만의 지문정보를 수집하는 경우 그 손가락 자체 또는 지문의 손상 등으로 인하여 신원확인이 불가능하게 되는 경우가 발생할 수 있고, 그 정확성 면에 있어서도 열 손가락 모두의 지문을 대조하는 것과 비교하기 어려운 점, 다른 여러 신원확인수단 중에서 정확성·간편성·효율성 등의 종합적인 측면에서 현재까지 지문정보와 비견할만한 것은 찾아보기 어려운 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 지문날인제도는 **피해 최소화**의 원칙에 어긋나지 않는다. ③ 이 사건 지문날인제도로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익에 비하여 경찰청장이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대형사건사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 더 크다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 지문날인제도는 **법익의 균형성**의 원칙에 위배되지 아니한다.”(강조는 필자) 이 결정에 대한 평적으로 강경근, “개인정보자기결정권에 관한 현재의 최근 결정”, 『고시연구』 제32권 제7호(2005년 6월호), 112면 이하; 명제진, “국가에 의한 지문강제날인제도의 헌법적 문제점”, 『공법학연구』 한국비교공법학회, 제7권 제1호(2006), 195면 이하, 특히 201면 이하; 김일환, “주민등록법상 지문날인제도에 대한 헌법상 고찰”, 『성균관법학』 성균관대학교 법학연구소, 제22권 제3호(2010), 470면 이하 참조.

41) 수집되는 개인정보의 내용이 그 목적과 “아무런 실질적 관련도 없는(in keinem sachlichen Zusammenhang)” 경우에는 비례성원칙에 위반된다는 견해로 Klenke, Reiner, Zum Konflikt zwischen parlamentarischem Enqueterrecht und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen, NVwZ 1995, 646면 참조.

여 채취한 DNA시료가 이미 DB화되어 있는 수형자 등이나 구속피의자 등의 DNA정보와 일치하는 경우에만 효과적인 수단이 된다. 다시 말해 감식을 위하여 채취한 DNA시료가 재범자의 것이거나 적어도 범죄혐의자로 구속된 경향이 있는 자의 것인 경우에만 DNA정보를 이용한 범죄수사는 효과적이 된다. 그렇지만 DNA정보를 이용한 범죄수사가 전혀 효과가 없는 수단이라고 말할 수는 없다. 적어도 DNA정보를 이용한 범죄수사는 재범의 가능성이 높은 범죄 또는 범죄자의 경우에는 범죄수사에 효과적인 수단이 될 수 있기 때문이다. 따라서 중요한 것은 DNA법에서 열거된 범죄들이 재범의 가능성이 높은지 여부에 대한 엄밀한 검토가 필요하다는 점이다. 그리고 범죄수사에서 DNA정보의 이용이 특정한 DNA정보를 가진 사람의 경우에 재범의 가능성이 높다는 가정에서 정당화된다면, 다시 말해 범죄자에게만 특유한 DNA정보가 있다는 가정에서 정당화된다면 이것은 합리적이지 않다.⁴²⁾

한편 이러한 범죄수사체계의 구축을 통해 범죄를 계획하려는 자, 특히 재범의 가능성이 있는 자에게 심리적 부담을 줌으로써 ‘범죄예방’의 목적도 실현할 수 있는 효과적인 수단으로 적합한 수단이 된다. 범죄자의 DNA정보가 DB화되어 국가에 의해 관리될 수 있다는 일종의 ‘위하효과’는 초범자의 범죄 착수를 억제할 수 있고, 특히 이미 자신의 DNA정보가 DB화되어 있는 범죄경력자의 경우에는 증거를 전혀 남기지 않는 완전범죄가 되지 않는 한 본인이 범죄자라는 확인은 대단히 용이해지기 때문이다. 물론 범죄자로서 DNA정보의 DB화를 각오하거나 이를

인식하지 못하고 있는 초범자 또는 이미 수감을 각오하고 다시 범죄를 저지르기로 다짐했거나 전혀 DNA시료를 남기지 않을 수 있다고 확신한 재범자의 경우에는 DNA정보를 이용한 범죄예방의 효과가 나타나지 않을 수도 있다. 하지만 앞서 언급한 것처럼 수단의 적합성은 적어도 목적의 실현에 최소한이라도 기여할 수 있는 수단인 것으로 충분하기 때문에 DNA정보의 이용은 범죄예방의 목적에 효과적인 적합한 수단으로 평가될 수 있다.⁴³⁾

(3) 피해의 최소화

범죄수사와 범죄예방의 목적으로 시행되는 DNA시료의 채취와 감식 및 이를 통한 DNA정보의 획득과 이용은 DNA시료의 채취를 강제당하고, 이를 통해 DNA정보의 공개를 강요당하는 국민의 개인정보자기결정권을 제약한다. 따라서 개인정보자기결정권에 대한 피해를 최소화하는 방법이 없는지에 대해서 검토가 요구된다. 수형자 등이나 구속피의자 등으로부터 취득할 수 있는 개인정보로는 성명, 주민등록번호, 사진, 키, 몸무게, 혈액형, 지문, DNA정보 등을 들 수 있다. 개인정보자기결정권에 대한 피해를 최소화할 수 있는 방법은 우선 취득할 수 있는 개인정보의 범위를 축소하는 것이고, 그것이 불가능하다면 취득할 수 있는 대상자의 범위를 축소하는 것이다.

첫째로, 취득할 수 있는 ‘개인정보의 범위’와 관련하여 다른 어떤 개인정보보다 DNA정보는 그 안에 신원확인정보뿐만 아니라 개인의 인격과 관련된 수많은 정보(예를 들어 질병, 혈연관계

42) 범죄자에게만 특유한 유전정보가 있다는 견해를 기독교적 의미의 예정설(Prädestination)을 과학의 이름으로 정당화하는 것이라고 비판하는 견해로 Vultejus, Ulrich, Informationelle Selbstbestimmung auch bei Genen, ZRP 2002, 70면 이하 참조.

43) 범죄예방의 목적의 경우에 대상이 되는 범죄를 열거하여 ‘행위’ 중심으로 되어 있기 때문에 ‘행위자’ 관점에서 범죄예방의 목적이 달성될 수 있는지에 대해서는 의문을 제기하는 견해로 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성 - 디엔에이 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로”, 『형사법연구』 한국형사법학회, 제22권 제3호(2010), 255면 참조.

등에 관한 정보)를 포함할 수 있다는 점에서 가능하면 배제하는 것이 타당하다.⁴⁴⁾ 특히 DNA정보를 대체할 수 있는 지문정보가 있다는 점에서 DNA정보의 획득은 피해를 최소화하는 수단으로 보기 어렵다.⁴⁵⁾ 물론 사건에 따라 범죄현장에서 범인의 것으로 추정되는 지문을 채취할 수 없고, 오로지 DNA정보를 얻을 수 있는 체액이나 혈흔 또는 머리카락 등만을 채취할 수 있는 경우도 있을 수 있지만 이것만으로 DNA정보의 취득을 정당화할 수는 없다. 범죄현장에서 채취할 수 있는 증거는 범죄인의 기본권을 침해하지 않는 범위내에서만 활용될 수 있기 때문이다. 오히려 반대로 DNA정보의 활용을 예외적으로라도 허용하면 지문정보와 같이 범죄인의 기본권을 덜 침해하는 증거들을 활용할 수 있는 경우에조차 먼저 DNA정보를 활용할 가능성이 높다.

둘째로, 취득할 수 있는 '대상자의 범위'와 관련하여 이미 형이 확정된 수형자 등의 경우에는 재범의 우려가 있어 범죄수사와 범죄예방을 위하여 불가피한 측면이 있기 때문에 굳이 DNA정보의 획득이 필수적이라면 그 대상자에 포함될 수 있다고 보인다. 하지만 구속피의자 등의

경우에는 형이 확정되지 않은 상태에서 단지 수사 또는 재판을 받는 상태에 있는 국민의 DNA정보를 범죄수사의 목적을 위해 이용하는 것이 라면 몰라도 그 정보를 DB화하여 국가가 언제라도 접근, 이용하도록 하는 것은 피해를 최소화하는 수단으로 볼 수 없다.⁴⁶⁾

셋째로, 범죄현장 등에서 채취한 DNA정보의 감식과 DB화는 피해의 최소성이라는 관점에서 가장 문제가 될 수 있다. “그 신원이 밝혀지지 않은 DNA정보”라는 단서가 붙어 있기는 하지만 다른 DNA정보와 결합 또는 비교됨으로써 개인의 신원확인에 활용될 수 있다는 점에서 단지 범죄현장 등에서 채취된 DNA시료의 DNA정보를 DB화할 수 있도록 허용한 것은 사실상 전국민의 DNA정보를 DB화할 수 있는 가능성을 열어놓았다는 점에서 피해를 최소화할 수 있는 수단으로 보기 어렵다.⁴⁸⁾

(4) 법익의 균형성

수형자 등과 구속피의자 등의 DNA시료의 채취와 감식 및 이를 통한 DNA정보의 획득과 이

44) DNA정보의 취득이 정당화된다고 하더라도 채취 단계에서부터 신체에 대한 피해를 최소화하는 방법이 사용되어야 한다는 견해로 조성용, “범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰 - 「유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안」을 중심으로”, 『고려법학』, 고려대학교 법학연구원, 제49호(2007), 995면 참조.

45) 물론 DNA정보뿐만 아니라 지문정보도 생체정보에 해당하지만 DNA정보는 특별한 의미를 갖는다. 이에 대해서는 김일환, “주민등록법상 지문날인제도에 대한 헌법상 고찰”, 『성균관법학』, 성균관대학교 법학연구소, 제22권 제3호(2010), 466면 이하 참조.

46) 구속피의자 등의 DB화된 DNA정보가 DNA정보담당자의 직권 또는 본인의 신청으로 삭제될 수 있는 경우로는 ① 감사의 혐의없음, 죄가안됨 또는 공소권없음의 처분이 있거나, DNA법 제5조 제1항 각 호의 범죄로 구속된 피의자의 죄명이 수사 또는 재판 중에 같은 항 각 호 외의 죄명으로 변경되는 경우(다만, 죄가안됨 처분을 하면서 「치료감호법」 제7조 제1호에 따라 치료감호의 독립청구를 하는 경우는 제외), ② 법원의 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우(다만, 무죄 판결을 하면서 치료감호를 선고하는 경우는 제외), ③ 법원의 「치료감호법」 제7조 제1호에 따른 치료감호의 독립청구에 대한 청구기각 판결이 확정된 경우가 있다(DNA법 제13조 제2항). 따라서 구속피의자 등에 대한 수사나 재판이 종결되기까지는 그들의 DB화된 DNA정보에 대한 국가의 접근과 이용은 무제한적으로 허용된다고 볼 수 있다. 한편 구속피의자 등의 경우에 무죄추정원칙의 관점에서 문제점이 있다고 비판하는 견해로 윤영철, “개인 유전정보의 형사사법적 이용의 문제점과 이에 대한 해결방안”, 『형사정책』, 한국형사정책학회, 제18권 제2호(2006), 55면 참조.

47) 대상자의 범위와 관련하여 애초에 대상범죄의 범위가 너무 넓다는 비판도 있다. 신양균, “유전자정보은행제도와 인권 - ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’을 중심으로”, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제22권 제3호(2010), 75면 이하 참조.

48) 이러한 문제점과 관련하여 같은 견해로 조성용, “범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰 - 「유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안」을 중심으로”, 『고려법학』, 고려대학교 법학연구원, 제49호(2007), 999면 이하 참조.

용을 통해 실현하려는 범죄수사와 범죄예방의 입법목적과 이로 인해 피해를 입는 수형자 등과 구속피의자 등의 개인정보자기결정권은 ‘균형적으로’ 실현되어야 하는 것이 헌법적 요청이다. 앞서 살펴본 것처럼 DNA시료의 채취와 감식 및 DNA정보의 획득과 이용을 통해 범죄수사와 범죄예방의 입법목적이 실현되는 것은 분명하다. 그렇지만 이러한 입법목적의 실현은 지문과 같은 개인정보를 활용해서도 가능하기 때문에 중요한 것은 DNA정보를 ‘추가로’ 활용했을 때 그밖의 개인정보만을 활용할 때보다 증가하는 입법목적의 실현정도이다. 그런데 이와 같은 입법목적 실현정도의 증가가 얼마나 되는지는 명백하지 않다. 물론 DNA정보를 활용하여 범죄수사와 범죄예방의 목적을 단지 지문정보를 활용할 때보다 더 효과적으로 실현할 수 있다는 점은 분명하다. 그리고 DNA정보를 활용하여 지문정보를 활용할 때보다 ‘단 한 건’이라도 더 범죄의 실체적 진실을 밝히고, ‘단 한 명’의 범죄자라도 더 검거할 수 있다면, 그리고 ‘단 한 건’의 범죄발생이나 ‘단 한 명’의 범죄자출현을 더 예방할 수만 있다면 DNA정보의 활용은 정당화될 수 있다.

하지만 DNA정보를 활용함으로써 이것을 활용하지 않을 때보다 개인정보자기결정권에 대한 피해는 명백하게 현저하다. 수형자 등뿐만 아니라 구속피의자 등도 자신의 DNA정보를 채취·감식·수룩당할 수 있다. 심지어 범죄현장 등에서 발견된 DNA정보는 본인도 모른 채 채취·감식·수룩당할 수 있게 된다. 이것은 DNA정보를 활용하여 실현될 수 있는 범죄수사나 범죄예방의 효과보다 DNA정보의 활용을 통해 개인정보자기결정권을 침해당할 수 있는 국민의 피해가 훨씬 더 크다는 것을 의미한다. 또

한 DNA정보의 활용을 통한 입법목적의 실현정도가 명백하더라도 DNA정보의 활용을 통해 침해당하는 개인정보자기결정권의 중대성과 비교하여 DNA정보를 활용하여 실현하고자 하는 범죄수사나 범죄예방의 목적이 반드시 중대하다고 보이지도 않는다. DNA정보는 생체정보의 하나로서 어떠한 개인정보보다 개인의 인격과 밀접하게 관련되어 있고, 특히 이를 통해 혈연관계가 밝혀짐으로써 제3자의 인격권에도 영향을 미치기 때문이다.⁴⁹⁾ 따라서 DNA법은 법의 균형성에도 위배된다고 판단된다.

IV. 결론

DNA정보는 개인정보로서 헌법상 보장된 개인정보자기결정권에 의해서 보호된다. 하지만 개인정보자기결정권도 절대적 기본권은 아니기 때문에 헌법적 법익 또는 입법자가 제시한 공익적 입법목적에 의해서 제한될 수 있다. DNA법에서 제시된 범죄수사와 범죄예방은 개인정보자기결정권을 제한할 수 있는 헌법적 법익 또는 공익적 입법목적에 해당한다고 볼 수 있다. 중요한 것은 이렇게 정당화된 개인정보자기결정권에 대한 제한이 헌법적 요청을 준수해야 한다는 점이다. 이러한 관점에서 범죄수사와 범죄예방을 목적으로 수형자 등과 구속피의자 등의 DNA시료를 채취·감식하고, 이를 통해 DNA정보를 획득·이용하는 국가의 행위를 정당화하는 DNA법은 헌법상 보장된 ‘영장주의원칙’에 위배될 뿐만 아니라 ‘평등원칙’과 ‘포괄위임입법금지원칙’ 및 기본권제한적 법률에 대해서 헌법이 요구하는 ‘과잉금지원칙’, 특히 피해의 최소성과 법익의 균형성에 위배된다. 따라서 DNA법은 우선 본인의 동의가 있는 경우에 영장주의

49) 생체정보에 대한 특별한 보호의 필요성에 대해서는 김일환, “주민등록법상 지문날인제도에 대한 헌법상 고찰”, 『성균관법학』, 성균관대학교 법학연구소, 제22권 제3호(2010), 462면 이하 참조.

원칙의 예외를 인정하는 규정을 삭제하여 헌법상 요구되는 영장주의원칙을 엄격하게 적용하고, DNA정보의 취득이 가능한 범죄의 범위를 재범가능성이 높은 범죄로 엄격하게 한정할 뿐만 아니라 적어도 형사피의자는 DNA시료채취의 대상에서 배제하는 법률개정이 필요하다. 또한 DNA정보의 DB화와 이용과 관련하여 형식적으로만 법률에서 규정하면서 행정입법에 위임하고 있는 많은 중요한 사항들의 내용은 그 대강을 법률에 규정할 필요가 있다. 그리고 가장 이상적으로는 개인정보자기결정권을 과도하게 침해한다고 판단되는 DNA정보의 획득과 이용을 허용하지 않는 방향으로 법률개정이 요구된다고 보인다.

주제어 : 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률,
개인정보자기결정권, 개인정보보호,
신체정보, 유전자정보

Key Words : Act on the Use and Protection of DNA Identification Information, Right to informational self-determination, Protection of personal information, Biometric information, Genetic information