

## ‘디엔에이신원확인 정보의 이용 및 보호에 관한 법률안’의 위헌성과 기타의 문제점 및 그 대안\*

임 지 봉\*\*

### 목 차

- I. 서론: 문제의 제기
- II. 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안의 제정 배경과 주요 내용
  - 1. 동 법률안의 제정 배경과 제안 이유
  - 2. 동 법률안의 주요 내용
- III. 동 법률안의 위헌성 검토
  - 1. 프라이버시권에 대한 ‘과잉한 제한’인지 여부
  - 2. 평등권의 침해 여부
  - 3. 헌법 제12조 제1항 후단의 이중처벌금지원칙과 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙 위배 여부
  - 4. 헌법 제12조 제3항의 영장주의 위배 여부
  - 5. 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지 위배 여부
- IV. 기타의 문제점들
- V. 결론: 그 대안

### I. 서론: 문제의 제기

과거에는 개인 유전정보의 이용이 질병 관련 영역에서 두드러졌다. 유전정보를 알면 개인의 질병에 대한 예방이나 치료에 크게 효율적이었기 때문이다. 그러나

\* 이 연구는 2009년도 서강대학교 교내연구비 지원에 의한 연구임(과제번호 200916011.01).

\*\* 서강대학교 법학전문대학원 부교수.

최근에는 유전정보 이용이 개인식별 영역에서도 활발해지고 있다. 영국 등 일부 국가들에서 범죄자유전자은행이 구축되어 운영되고 있으며 이민국이나 군대에서도 유전정보가 채취되어 이용되고 있다. 우리나라에서는 1990년대 중반 이후부터 법의학의 활동영역 확장으로 인해 개인의 유전정보가 사체확인이나 범죄수사, 친자확인이나 미아찾기 등에 까지 이용되고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 유전정보 이용에 큰 편리성을 느낀 우리 수사기관들은 신원확인을 위한 유전자은행 설립을 계획하게 되었고, 이미 수차례 이를 위한 법률안이 법무부에서 만들어져 국회에 제출되기까지 했다.

지난 10월에도 이러한 내용을 담은 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안’이 법무부에 의해 만들어져 국무회의를 거쳐 국회에 제출되었다. 다음에서는 이 법률안의 제정 배경과 주요 내용을 개관한 후, 동 법률안의 위헌성을 헌법 제17조의 프라이버시권에 대한 과잉제한 여부, 헌법 제11조의 평등권 침해 여부, 헌법 제12조 제1항 후단의 이중처벌금지원칙과 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙 위배 여부, 헌법 제12조 제3항의 영장주의 위배 여부, 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지 위배 여부를 중심으로 살펴보고, 기타 정책적인 입장에서 범죄자 디엔에이 데이터베이스화의 문제점을 고찰해본다. 그리고 끝으로 이 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안’의 헌법적·정책적 문제점들을 해결한 대안에 대해서도 고민해본다. 즉, 지난 10월에 법무부가 제출한 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안’의 위헌성 및 기타 정책적 문제점들을 짚어보고 그 대안을 제시하는 것이 본 연구의 목적이다.

## II. 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안의 제정 배경과 주요 내용

### 1. 동 법률안의 제정 배경과 제안 이유

지난 2005년 9월에 법무부가 ‘유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안’

1) 유전자정보의 국내외 이용 현황에 대해 자세히는 김병수, “유전자감식 기술의 사회 윤리적 쟁점” 「2005 생명윤리 춘계 학술대회 자료집」(한국생명윤리학회, 2005년) 78면 참조.

을 만들어 국회에 제출했지만, 많은 시민단체와 국회의원들의 위헌성 제기 등의 문제 제기로 이 법률안이 국회를 통과하지 못했다. 그러다가 이번에 부녀자를 상대로 한 엽기적인 연쇄살인, 아동성범죄 등 극악범죄가 기승을 부리고 여론이 이들 범죄자들에 대한 중한 처벌을 원하는 쪽으로 흐르는 등의 사회분위기가 조성되자, 법무부는 지난 2009년 10월에 종전의 '유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안'의 내용을 약간 수정한 '디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안'을 만들어 국무회의에 제출했고, 이 법률안이 국무회의를 통과해 국회에 제출되었다.

이 법률안은 그 제안 이유로 살인, 방화, 강간 등의 강력사건이 최근에 자주 발생하고 있고, 범죄의 수법도 갈수록 지능화, 흉포화, 연쇄범죄화 함에 따라서 강력범죄를 저지른 사람의 디엔에이신원확인정보를 미리 확보하고 관리하는 디엔에이신원확인정보데이터베이스 제도 도입의 필요성이 커졌고, 강력범죄가 발생했을 때 등록된 디엔에이신원확인정보와의 비교를 통해서 신속히 범인을 특정·검거하고 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제하며, 디엔에이신원확인정보가 등록된 사람의 재범 방지효과를 제고하려는 것을 들고 있다. 즉, 범죄자 디엔에이은행 설립과 이를 위한 법률안 제출의 근거로 두 가지를 들고 있는데, 첫째, 흉악범을 비롯한 전과자들은 재범률이 높기 때문에 또다시 범죄를 저지르게 될 경우 데이터베이스에서 검색할 수 있어 검거가 용이하다는 점, 둘째, 자신의 디엔에이정보가 저장되어 있기 때문에 범죄를 저지르게 되면 검거된다는 불안감을 갖게 되어 범죄욕구가 감소함으로써 범죄 예방효과가 있다는 점이 그것이다. 이러한 제정 배경에서 만들어진 '디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안'은 대략 다음의 8가지 내용을 그 주요 내용으로 하고 있다.

## 2. 동 법률안의 주요 내용

첫째, 법률안 제4조는 디엔에이 신원확인정보에 관한 사무의 관장에 대해 규정하고 있다. 이에 따르면 검찰총장은 적용대상 범죄를 범해 형을 선고받고 확정된 수형인 등의 디엔에이신원확인정보에 관한 사무를 총괄한다. 반면에 경찰

청장은 적용대상 범죄를 범해 구속된 피의자 등의 디엔에이신원확인정보와 범죄현장에서 발견된 것 등에서 취득한 디엔에이신원확인정보에 관한 사무를 총괄한다. 또한 검찰총장과 경찰청장은 이 디엔에이 신원확인정보 데이터베이스를 서로 연계해 운용할 수 있도록 하고 있다.

둘째, 이 법률안이 모든 범죄에 다 적용되는 것은 아니며, 법률안 제5조는 적용대상 범죄를 한정해 규정하고 있다. 이 법률안의 적용대상 범죄는 살인, 강도, 강간, 약취, 유인 등과 같이 재범의 가능성이 높거나 강력범죄로 발전할 가능성이 높은 12개 유형의 범죄들로 한정된다.

셋째, 법률안 제5조와 제6조는 이 법률안의 적용대상자로 특정범죄 수형인과 특정범죄 구속피의자를 규정하고 있다. 적용대상 범죄나 이와 경합된 죄에 대해 형의 선고, 형법 제59조의2에 따른 보호관찰명령, 치료감호법에 따른 치료감호선고, 소년법 제32조 제1항 제9호나 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받고 확정된 사람, 적용대상 범죄 또는 이와 경합된 죄를 범하여 구속된 피의자 또는 치료감호법에 따라 보호구속된 치료감호대상자로 이 법의 적용대상자를 한정한다. 여기서 ‘피의자’란 범죄의 혐의가 있어서 수사기관에 의해 수사의 대상이 되어 있는 자를 말한다. 수사개시 이후 공소제기 이전의 개념이다. 그런데 본 법률안은 이 피의자 중에서도 구속된 피의자에게 적용되는 것으로 규정되어 있다.

넷째, 법률안 제8조는 디엔에이감식시료채취영장에 대해 규정하고 있다. 디엔에이감식시료를 채취하려는 경우에는 관할 지방법원 판사로부터 디엔에이감식시료 채취를 위한 영장을 발부받아야 하고, 발부받은 영장은 검사의 지휘에 따라 사법경찰관이나 교도관 등이 집행하게 한다. 다만, 채취대상자의 동의가 있는 경우에는 영장이 없이도 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.

다섯째, 법률안 제9조는 디엔에이 감식시료의 채취 방법에 대해 규정하고 있다. 디엔에이감식시료를 채취할 때에는 구강점막 채취의 방법을 사용하는 등 채취대상자의 신체나 명예에 대한 침해를 가장 최소화하는 방법을 사용해야 한다.

여섯째, 법률안 제11조는 디엔에이신원확인정보의 검색과 회보에 대해 규정하고 있다. 검사나 사법경찰관이 범죄수사를 위해 요청한 경우, 법원이 사실조회를 요청한 경우 등에 한해 디엔에이신원확인정보를 검색하거나 그 결과를 회

보할 수 있도록 한다. 또한 검색결과를 회보하는 때에는 그 용도, 작성자 등을 명시하도록 한다.

일곱째, 법률안 제13조는 디엔에이신원확인정보의 삭제에 대해 규정하고 있다. 수형인에 대해 재심에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우, 구속피의자에 대해 불기소처분이 있거나 피의자의 죄명이 수사 또는 재판 중에 적용대상 범죄가 아닌 범죄로 변경되거나 법원에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우, 구속피의자에 대해 불기소처분이 있거나 피의자의 죄명이 수사 또는 재판 중에 적용대상 범죄가 아닌 다른 범죄로 변경되거나 법원에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우, 그리고 끝으로 당사자가 사망한 경우 등에는 디엔에이신원확인정보를 삭제하도록 한다.

여덟째, 법률안 제15조 및 제17조는 디엔에이정보의 업무목적 외 사용 등의 금지 및 처벌에 대해 규정하고 있다. 디엔에이 신원확인 정보담당자가 업무상 취득한 디엔에이 감식시료 또는 디엔에이 신원확인정보를 업무목적 외에 사용하거나 타인에게 제공 또는 누설하는 것이 금지된다. 이를 위반하면 징계에 그치는 것이 아니라 형사처벌된다.

### III. 동 법률안의 위헌성 검토

#### 1. 프라이버시권에 대한 ‘과잉한 제한’인지 여부

##### (1) 프라이버시권

우리 헌법 제17조의 ‘사생활의 비밀과 자유,’ 즉 프라이버시권의 내용은 다수의 헌법학자들에 의해 사생활의 비밀의 불가침, 사생활의 자유의 불가침 및 개인정보자기결정권의 세 가지를 포함하는 것으로 설명되어진다.<sup>2)</sup> 이 중 ‘사생활의 비밀의 불가침’이란 공개하고 싶지 않은 난처한 사적 사항이나 성명, 초상,

2) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2009년) 450-56면; 성낙인, 「헌법학원론」(법문사, 2009년) 579-88면; 정종섭, 「헌법학원론」(박영사, 2009년) 545-50면 참조.

명예와 같이 본인에게 고유한 속성인 인격적 징표를 본인의 동의 없이 수집·공개당하지 않을 권리를 말한다. 미아찾기나 친자확인을 위해 디엔에이를 채취하는 것은 본인들이 원해서 하는 경우라면 ‘동의’가 있는 경우여서 프라이버시권 침해는 문제되지 않을 수 있다.

‘사생활의 자유의 불가침’은 우리 대한민국 국민들에게는 잘 자각되지 않고 있는 프라이버시권의 또 다른 내용인데, ‘개인이 자기가 원하는 바에 따라 자유로이 사생활을 형성하고 영위하는 것에 간섭받지 않을 자유’를 말한다. 원래 민주국가는 개인의 존엄성 실현을 목적으로 하고 있으므로 타인의 권리를 침해하지 않는 한, 개인의 사생활에 있어서의 선택은 각자의 자율에 맡기고 있는 것이다. 여기에는 대체로 결혼·임신·피임·낙태, 자녀의 양육·교육, 의복·두발형태, 성생활 등의 자유가 포함된다. 자신의 행동을 어떻게 설계하고 실행에 옮길 것인가를 자신이 결정할 수 있는 자유인 ‘일반적 행동자유권’도 바로 이 ‘사생활의 자유의 불가침’의 한 내용이 된다. ‘자신의 행동’이라는 사생활의 영역을 자기가 원하는 바에 따라 자유로이 형성하고 영위하는 자유가 ‘일반적 행동자유권’으로 이해될 수 있기 때문이다. 마지막으로 ‘개인정보자기결정권’이란 자신에 관한 정보를 보호받기 위해 자신에 관한 정보를 자율적으로 결정하고 관리할 수 있는 권리를 말한다. 즉, 자신에 관한 개인정보가 언제 누구에게 어떤 범위까지 알려지고 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리를 말하는 것이다. 그리고 이 때의 “개인정보”란 “개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보”를<sup>3)</sup> 말한다고 헌법재판소가 판시한 바 있다. 이 개인정보자기결정권은 구체적으로는 자신에 관한 정보의 열람, 정정, 사용중지, 삭제 등을 요구할 수 있는 권리로 나타난다.<sup>4)</sup>

## (2) 헌법 제37조 2항에 의한 프라이버시권의 제한

우리 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유

3) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합) 참조.

4) 개인정보자기결정권에 대해 자세히는 김철수, 「학설·판례 헌법학」(박영사, 2009년) 842-45면 참조.

지 또는 공공복리를 위하여 “필요한 경우에 한하여” 법률로써 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다고 규정함으로써 필요부득이한 경우 법률로써 최소한으로만 국민의 기본권을 제한할 수 있게 하고 있다. 만약 필요부득이한 최소한의 기본권 제한이 아니면 그 기본권에 대한 ‘과잉한 제한’이 되어 ‘침해’에 이르게 되고 그러한 침해행위는 위헌이 되는 것이다. 이를 ‘과잉금지의 원칙’이라 부른다. 헌법재판소는 이를 ‘비례성의 원칙’이라 부르기도 한다.

과잉금지의 원칙은 다시 네 가지 세부원칙들을 가지고 있다. 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이 그것이다. 이 네 가지 세부원칙들 중 하나라도 충족시키지 못하면 과잉금지의 원칙에 위배되게 된다. 즉, 과잉금지의 원칙에 위배되지 않기 위해서는 이 네 가지 세부원칙을 모두 충족시켜야 하는 것이다. ‘목적의 정당성’이란 기본권 제한 법률의 입법목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 함을 말한다. 따라서, 그 기본권을 제한하지 않더라도 충분히 달성하고자하는 공익을 달성할 수 있다면 그 기본권을 제한하는 법률을 만들 수 없다. ‘방법의 적정성’ 혹은 ‘수단의 상당성’이란 그러한 기본권 제한의 방법이, 즉 그 기본권 제한 법률이 앞에서 그 정당성이 인정된 ‘목적’을 달성하기 위해 효과적이고 적절한 것이어야 함을 뜻한다. ‘수단의 상당성’이라고도 불린다. 이 ‘방법의 적정성’과 긴밀하게 연관되면서 동전의 양면을 이루는 것이 ‘피해의 최소성’이다. 즉, 보다 가벼운 기본권 제한으로도 충분히 달성하고자 하는 공익을 달성할 수 있으면 기본권 제한이 필요·최소한도에 그친 것이 아니어서 기본권의 과잉한 제한이 된다는 것이 ‘피해의 최소성’인 것이다. 끝으로 ‘법익의 균형성’이란 기본권 제한에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 크거나 적어도 양자 간에 균형이 유지되어야 한다는 원칙이다. 공익과 사익의 형량, 즉, 저울질은 판사의 주관에 의해 이루어진다는 의미에서 판사에게 이익형량의 권한을 부여하면서 ‘판사의 주관’에 위헌의 판단을 맡기고 있는 것이다. 이 중, ‘피해의 최소성’ 위배의 경우가 가장 빈번히 발생한다. 대개의 경우 입법목적은 정당할 수밖에 없고, 기본권 제한입법이라는 목적달성의 수단도 그 목적을 효과적으로 달성할 수 있는 경우가 대부분이며, 많은 경우 기본권 제한입법으로 인해 침해되

는 사익은 숫적으로 더 많은 사람들의 이익인 공익보다는 왜소한 것으로 판사들에 의해 형량되기 쉽기 때문이다. 그러나, 일정한 입법목적을 달성하기 위해 기본권 제한의 정도가 경미한 다른 방법이 존재하는 경우는 많이 있을 수 있다. 따라서, ‘피해의 최소화’이 네 가지 세부원칙 중 가장 통과하기 힘든 관문이 되는 경우가 많이 있다.<sup>5)</sup>

### (3) 동 법률안의 적용

범죄자 디엔에이감식정보 은행을 만드는 것은 일단 범죄자들의 ‘사생활의 비밀의 불가침’에 대한 제한이 된다. 개인의 디엔에이감식정보는 성명, 초상, 명예와 같이 그 개인에게 고유한 속성인 인격적 징표가 되는 것이며, 비록 암호화된다 하더라도 ‘디엔에이감식정보’라는 범죄자 개인의 인격적 징표를 일률적이고 강제적으로 데이터베이스화하는 것은 이러한 ‘사생활의 비밀의 불가침’을 건드리는 것이 되기 때문이다. 즉, ‘특성이 무엇이냐’가 아니라 ‘누구냐’만 알 수 있는 비정보성의 디엔에이정보까지도 ‘인격적 징표’가 되는 것이다. 동 법률안 제2조 제3호는 “디엔에이감식”을 “개인식별을 목적으로 디엔에이 중 유전정보가 포함되어 있지 않은 특정 염기서열 부분을 검사·분석하여 디엔에이신원확인정보를 취득하는 것”이라 규정함으로써, 디엔에이감식정보를 개인식별에 관한 유전자정보에 국한시키고 개인의 질병이나 유전적 소인에 관한 유전자정보를 제외하고 있으며, 제3조는 ‘국가의 책무’로서 제1항에서 “국가는 디엔에이감식시료를 채취하고 디엔에이신원확인정보를 관리하며 이를 이용함에 있어 인간의 존엄성 및 개인의 사생활이 침해되지 아니하도록 필요한 시책을 마련하여야 한다”고 규정하고 제2항에서는 “데이터베이스에 수록되는 디엔에이신원확인정보에는 개인 식별을 위하여 필요한 사항 외의 정보 또는 인적 사항이 포함되어서는 아니된다.”고 규정하고 있다. 즉, 디엔에이감식정보에 개인의 특성이 드러나지 않게 하겠다는 것이다. 법률안 제2조 제4호에서 “디엔에이신원확인정보”를 “개인 식별을 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의

5) 과잉금지의 원칙과 그 네 가지 세부원칙들에 대해 자세히는 김철수, 전게서, 452-461면; 권영성, 전게서, 352-55면; 성낙인, 전게서, 354-61면; 정종섭, 330-38면 참조.



숫자 혹은 부호의 조합으로 표기된 것”으로 정의내리고 있는 것도 같은 맥락이다. 그러나, 이러한 노력 여하에 관계없이 개인의 고유한 속성에 대한 정보를<sup>6)</sup> 채취하는 그 순간부터 ‘사생활의 비밀의 불가침’은 제한된다. 내용이 없는 암호의 나열일지라도 개인식별 정보이면 ‘사생활 비밀의 불가침’의 대상이 되기 때문이다. 또한, 그 개인의 동의가 있으면 ‘사생활 비밀의 불가침’에 저촉되지 않을 수 있다. 그러나, 수형인의 경우 동 법률안 제5조 제1항은 형법 제250조의 살인죄 등 동조항 제1호에서 제12호에 열거된 죄에 대한 선고, 보호관찰명령, 치료감호선고, 보호처분결정을 받아 확정된 수형인 등의 경우에는 검사가 디엔에이 감식시료를 채취할 수 있게 하고 있다. 이 때 수형인이나 구속피의자의 동의가 있으면 영장없이도 디엔에이감식시료를 채취할 수 있고,<sup>7)</sup> 동의가 없는 경우에는 관할 지방법원 판사에게 청구해 발부받은 영장을 가지고 디엔에이감식시료의 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.<sup>8)</sup> 구속이나 수감의 공포 속에 있는 피의자나 수형인의 동의가 자발적 의사에 기한 자유로운 ‘동의’가 되기는 어려우며, 동의가 없는 경우 법원의 영장을 얻어서라도 디엔에이감식정보를 채취한다는 것은 분명히 ‘동의 없이’ 개인식별 정보를 수집하는 것으로 프라이버시권 중 ‘사생활 비밀의 불가침’을 건드린다.

그러나, 범죄자의 프라이버시권도 헌법 제37조 제2항에 의해 필요부득이한 경우에는 법률에 의해 제한될 수 있다. 이 때, 범죄자 디엔에이감식정보 은행은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지의 원칙에 따른 프라이버시권의 합헌적 제한인가? 우선, ‘목적의 정당성’은 있다. 디엔에이감식정보 은행을 통해 ‘범죄자 검거율은 높이고 범죄 발생율은 떨어뜨린다’는 입법목적은 헌법과 법률의 체재상 정당한 것이기 때문이다. ‘방법의 적정성’도 충족시킨다. 디엔에이감식정보 은행을 통해 이러한 입법 목적을 효과적으로 달성할 수 있기 때문이다. 그러나, ‘피해의 최소화’에 위배된다. 범죄자 디엔에이를 데이터베이스화하는 방법을 택하지 않고도, 현행의 지문제도를 활용한다든지 경찰력을 대폭 보강하는 등의 다른 방법으로 범죄자 데이터감식정보의 데이터베이스화가 이루어는 입법 목적을 이룰 수 있기 때문이다.

6) 개인식별정보인 디엔에이감식정보를 말한다.

7) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 제8조 제3항.

8) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 제8조 제1항.

#### (4) 소 결

따라서, 범죄자 디엔에이감식정보 은행은 범죄자인 국민의 프라이버시권을 ‘피해의 최소성’ 원칙에 어긋나게 과잉하게 제한하여 침해에 이르는 것으로 위헌의 소지가 높다.

### 2. 평등권의 침해 여부

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정한다. 이 때, 모든 차별이 평등권을 침해하는 것은 아니다. 합리적 기준있는 차별로서 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는 평등권 제한은 합헌적 제한이 된다. 그러나, 차별금지사유로 성별, 종교, 사회적 신분을 헌법이 예시한 것은, 이러한 사유들로 인한 차별은 그 위헌성 심사에서 엄격심사를 받으며 따라서 웬만하면 위헌이 된다는 것을 의미한다는 헌법재판소의 판시도 있었다.<sup>9)</sup> ‘범죄자’라는 것은 후천적으로 취득된 ‘사회적 신분’에 해당한다. 따라서, 범죄자와 비범죄자를 구별하는 것은 그것을 정당화하는 ‘강력한 합리적 기준’이 없는 한 위헌이다.

우선, 동 법률안 제2조 제6호가 적용대상으로 삼고 있는 특정범죄의 죄를 선고받은 수형인과 특정범죄를 저지른 혐의를 받고 구속된 구속피의자범죄자와 다른 범죄를 저지른 수형인이나 피의자, 혹은 비범죄자 구별의 ‘강력한 합리적 기준’이 존재하지 않는다. 이러한 특정범죄를 저지른 수형인이나 피의자는 재범의 확률이 특히 더 높다거나 혈액, 타액, 정액, 모발 등의 디엔에이감식정보를 범죄현장에 남길 확률이 훨씬 높다는 등의 합리적 이유가 강력하게 존재해야 이러한 차별이 엄격심사를 통과하는 ‘강력한 합리적 기준있는 구별’이 될 수 있게 된다. 그러나, 제5조 제1항에 열거된 방화죄, 살인죄 등의 특정범죄에서 다른 범죄에 비해 특히 재범율이 더 높다고 보기 힘들다. 또한, 방화죄의 경우에서 보듯, 이러한 죄들이라고 해서 범죄현장에 혈액 등의 유전자감식정보를 남

9) 예를 들어, 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 참조.

길 확률이 특히 더 높은 것도 아니다. 따라서, 법률안 제5조 제1항에 열거된 특정범죄의 수형인 및 구속피의자와 다른 범죄의 수형인 및 구속피의자를 구별하는 것, 혹은 이들과 비범죄자를 구별하는 것은 ‘강력한 합리적 기준’이 없는 차별로서 평등권을 침해한다고 볼 수밖에 없다.

평등권을 과잉금지의 원칙에 어긋나게 과잉하게 제한하여 침해한 측면도 있다. 프라이버시권에서도 보았듯이 범죄자 디엔에이감식정보 은행을 설치하는 목적은 기존 지문제도의 활용이나 경찰력의 대폭 보강 등 다른 방법으로도 이를 수 있는 것이기 때문에, 평등권에 대한 과잉금지의 원칙 중 ‘피해의 최소성’에 반하는 과잉한 제한으로 위헌이다.

### 3. 헌법 제12조 제1항 후단의 이중처벌금지원칙과 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙 위배 여부

#### (1) 헌법 제12조 제1항 후단의 이중처벌금지의 원칙 위배 여부

우리 헌법 제12조 제1항은 후단에서 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 규정하고 있다. 이중처벌금지의 원칙 혹은 일사부재리의 원칙을 규정한 것이다. 이 원칙은 “형사판결이 확정되어 기판력이 발생하면 동일한 사건에 대해 거듭 심판할 수 없다는 원칙”을<sup>10)</sup> 말한다. 형사소송법 제457조에 의한 약식재판은 물론이고 즉결심판법 제16조의 즉결심판에 의한 즉결처분에도 적용된다.<sup>11)</sup>

#### (2) 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙 위배 여부

우리 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”라고 하여 무죄추정의 원칙을 명문화하고 있다. 이 때 무죄추정의 원칙이란 재판에 있어서 무죄의 판결이든 유죄의 판결이든 재판이 확정될

10) 김철수, 전거서, 709면; 권영성, 전거서, 420면; 성낙인, 전거서, 453면; 정종섭, 전거서, 442면 참조.

11) 정종섭, 전거서, 420면 참조.

때까지 형사피의자나 형사피고인은 죄가 없는 자에 준해 다루어져야 하고 그 불이익은 필요최소한에 그쳐야 한다는 원칙을 말한다.<sup>12)</sup> 여기서 ‘유죄의 판결’이란 실형선고 판결 이외에 형의 면제, 집행유예의 판결, 선고유예의 판결도 포함한다.

무죄추정의 원칙은 법문에는 피고인으로 규정되어 있지만 피의자에게도 적용된다. 헌법재판소도 이런 입장을 취하고 있다.<sup>13)</sup> 무죄추정의 원칙은 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전체 과정에 적용되며,<sup>14)</sup> 형사절차상의 처분뿐만 아니라 기타 기본권 제한 등의 불이익처분에도 적용된다고 헌법재판소는 판시했다.

수사기관이 피의자의 피의사실을 공표해 명예를 훼손해서도 안 되며, 수감에 있어 미결수에 대해 기결수에게 부과되는 의무를 부과하는 것도 안 된다.<sup>15)</sup>

### (3) 동 법률안의 적용

디엔에이은행은 국민 모두를 대상으로 하는 것이 아니라 ‘범죄발생가능성이 높은 사람’만을 대상으로 한다면서 디엔에이 채취라는 당사자에게 좀 가혹한 방법을 사용하더라도 크게 문제될 것은 없다는 주장이<sup>16)</sup> 있다. 그러나 재범가능성이 높은 특정범죄 수형인의 디엔에이를 채취하는 것은 한 가지 범죄행위에 대한 또 다른 이중처벌로 이중처벌금지의 원칙에 반할 수 있고, 특정범죄의 구속피의자의 디엔에이를 채취하는 것은 아직 유죄의 확정판결을 받지 않은 구속 피의자를 죄가 있는 자처럼 다루는 것으로 헌법상의 무죄추정의 원칙에 위배될 수 있다.

12) 김철수, 전게서, 745면; 권영성, 전게서, 434면; 성낙인, 전게서, 473면; 정종섭, 전게서, 444면 참조.

13) 예를 들어, 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111 참조.

14) 예를 들어, 헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193 참조.

15) 우리 헌법재판소도 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137결정에서 수용시설안에서 미결수용자에게 재소자용 의류를 입게 하는 것은 구금 목적의 달성, 시설의 규율과 안전유지를 위한 필요최소한의 제한으로서 정당성과 합리성을 갖춘 재량의 범위 내의 조치이지만, 수사 또는 재판을 받을 때에도 재소자용 의류를 입게 하는 것은 무죄추정의 원칙에 반하고 인격권 및 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것이라고 판시했다.

16) 이 주장에 대해 자세히는 이송덕, “개인식별의 기술적 배경 및 우리나라 현황” 「약물유전체연구사업단 보고서」(2004년)

#### 4. 헌법 제12조 제3항의 영장주의 위배 여부

법률안 제8조는 12가지 특정범죄로 구속영장이 발부된 피의자에 대해서는 동의를 얻고<sup>17)</sup>, 동의를 얻을 수 없을 때에는 형사소송법 제215조의<sup>18)</sup> 절차에 따라 지방법원의 판사로부터 발부받은 영장에 의하여 피의자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있게 하고 있다.<sup>19)</sup> 우리 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정하여 체포, 구속, 압수, 수색의 강제처분을 위해서는 원칙적으로 사전영장이 있어야 한다는 영장주의를 규정하고 있다. 물론, 예외적으로 긴급체포의 경우, 현행범인과 준현행범인, 비상계엄하의 영장주의에 대한 제한 시에는 강제처분 후의 사후영장도 가능함을 우리 형사소송법이<sup>20)</sup> 규정하고 있다. 또한, 압수·수색의 경우 체포·구속영장을 가지고 피의자를 체포·구속하면서 ‘제한된 범위 안에서’ 압수·수색영장에 의하지 않고 압수·수색·검증 등 강제처분을 동시에 할 수 있다.<sup>21)</sup> 이 때, ‘제한된 범위 안에서

17) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 제8조 제3항

18) 형사소송법 제215조는 “압수, 수색, 검증”이라는 제목 하에 “①검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. ②사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

19) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 제8조 제1항

20) 형사소송법 제200조의3는 “긴급체포”라는 제목하에 “①검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다. 1. 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때 2. 피의자가 도망하거나 도망할 우려가 있는 때 ②사법경찰관이 제1항의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우에는 즉시 검사의 승인을 얻어야 한다. ③검사 또는 사법경찰관은 제1항의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우에는 즉시 긴급체포서를 작성하여야 한다. ④제3항의 규정에 의한 긴급체포서에는 범죄사실의 요지, 긴급체포의 사유등을 기재하여야 한다.”고 규정하고 있다.

21) 형사소송법 제216조는 “영장에 의하지 아니한 강제처분”이라는 제목하에 “①검사 또는 사법경찰관은 제200조의2·제200조의3·제201조 또는 제212조의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다. 1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선거내에서의 피의자 수사 2. 체포현장에서의 압수, 수색, 검증 ②전항 제2호의 규정은 검사 또는 사법경찰관이 피고인에 대한 구속영장의 집행의 경우에 준용한다. ③범행중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는

란’ “1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내의 피의자 수사 2. 체포장소에서의 압수, 수색, 검증”을 말한다. 즉, 체포·구속영장으로 압수·수색을 하기 위해서는 일정한 장소성, 동시성이 요구된다.

범죄혐의자에 불과한 피의자의 디엔에이정보는 비록 피의자에 의한 동의가 있었다 하더라도 압수·수색영장 없이 채취해 데이터베이스화 한다면 영장주의에 반해 위헌이다. 피의자로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 일종의 압수·수색에 해당한다고 할 수 있다. 따라서, 이를 위해서는 검사가 신청하고 법관이 발부한 압수·수색영장이 필요하다. 디엔에이감식시료 채취의 경우 구속영장이 발부된 피의자에게 구속영장만 가지고 압수·수색까지도 할 수 있는 형사소송법 제216조의 상황에 해당한다고 보기도 힘들다. 체포장소에서의 유전자감식시료 채취가 아니라면 동시성의 요건을 충족하기 힘들 것이기 때문이다.

이 외에도, 이제껏 관행적으로 범죄 발생지역에 있었던 사람들의 유전자 정보를 아무런 영장없이 채취하고 이를 보관하는 일이 비일비재했다. 이러한 관행 자체도 ‘압수나 수색’ 등의 강제처분을 위해 검사가 신청하고 판사가 발부한 사전영장을 제시할 것을 요구하는 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 정면으로 반하여 위헌이다.

## 5. 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지 위배 여부

헌법 제13조 3항은 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다”고 하면서 연좌제 금지를 규정하고 있다. 오직 자신의 행위에 대해서는 자신이 책임진다는 근대법상의 ‘자기책임의 원칙’을 명문화한 규정이다. 즉, 자기 이외의 친족 등의 행위로 인해서는 일체의 불이익한 처우를 받지 않는다는 것이다. 특정범죄 수형인 및 구속피의자의 디엔에이 정보와 많은 부분 같을 수밖에 없는 가까운 친족들의 디엔에이 정보도 범죄자 디엔에이감식정보의 데이터베이스화를 통해 이들 친족들의 동의없이 공개되는 것이기 때문에, 범죄자의 가까운 친족들은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로

---

영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.”고 규정하고 있다.

인하여 불이익한 처우를 받는 것이 된다. 연좌제 금지에 위배된다.

이에 대해, 동 법률안 제3조가 유전자 감식정보와 시료의 관리 및 이용에 있어 국민의 사생활이 침해되지 않도록 인적 사항을 암호화 할 것이므로 암호화된 유전자 정보의 공개는 불이익이 될 수 없다는 반론이 있을 수 있다. 그러나, 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 있다. 특히, 동 법률안은 디엔에이감식정보의 관리·운영 등에 관한 주요사항을 심의하는 기구로 국무총리 소속 하에 ‘디엔에이 신원확인정보 데이터베이스 관리위원회’를 설치케 하고 이를 누설케 하는 일체의 행위들에 대한 처벌규정을 둠으로써 디엔에이감식정보의 관리에 철저를 기한다고 하고 있다. 그러나, 어떠한 수집정보도 이를 상당기간 보관하는 한 완벽하게 관리되기 힘들다는 것이 상식이다. 만에 하나라도 범죄자의 디엔에이감식정보가 누설된다면 그 범죄자와 많은 부분 같은 디엔에이정보를 갖고 있을 수밖에 없는 친족에게 가해지는 ‘불이익한 처우’는 그 불이익의 정도가 더 심해지게 된다. 디엔에이 검사에 동의하지 않는 가계원의 경우, 디엔에이 검사로 획득된 범죄자 디엔에이정보가 공개됨으로써 범죄인의 디엔에이 정보와 자신의 디엔에이 정보가 겹치는 부분에서는 자신의 디엔에이 정보가 다른 사람들에게 알려지고 악용될 수 있게 되는 것이다.

#### IV. 기타의 문제점들

범죄자 디엔에이감식정보의 데이터베이스화는 범죄자의 프라이버시권과 평등권을 ‘피해의 최소성’에 어긋나게 과잉하게 제한하여 침해에 이르는 것으로 위헌이다. 또한, 헌법 제12조 제3항의 영장주의, 헌법 제13조 제1항의 이중처벌 금지원칙, 헌법 제27조 제4항의 무죄추정원칙, 헌법 제13조 제3항의 연좌제 금지에도 위배되어 그 위헌성이 심각한 정도에 이를 수 있다.

위헌성을 떠나 정책적인 입장에서조차 범죄자 디엔에이 데이터베이스화는 다음과 같은 문제점들을 가진다. 첫째, 국가기관이 범죄자 유전자 데이터베이스를 ‘범죄수사에의 이용’이라는 원래의 목적을 벗어나 다른 목적으로 이용할 가능성

을 배제할 수 없는데, 이 경우 데이터베이스화된 범죄자의 유전자 정보는 단순한 조작으로 너무도 손쉽게 악용될 수 있다. 정보의 ‘데이터베이스화’는 항상 손쉬운 악용의 유혹과 위험에 오롯이 노출되어 있기 때문이다. 또한, 국민들의 각종 정보의 데이터베이스화는 항상 그 범위를 넓혀 왔음을 역사가 증명한다. 세계에서 가장 먼저 범죄자 유전자은행을 구축했던 영국 경찰이 최근 범죄자뿐만 아니라 전 국민을 대상으로 한 유전자정보은행을 구축하려 하고 있다는 것이 이를 증명한다. 우리도 지금은 범죄자 디엔에이은행으로 시작하지만 머지않아 상당수 국민의 디엔에이 정보가 데이터베이스화 될 수도 있는 것이다. 즉, 범죄자 디엔에이은행은 국가기관이 우리의 프라이버시영역 안에 들어오도록 문을 열어주는 시작이 될 수 있다. 그리고 짧은 시간 내에 개인의 프라이버시는 현격히 줄어들거나 사라지는 결과를 낳을 수 있다. 이러한 국민 정보의 데이터베이스화란 조지 오웰 등이 경고했던 ‘감시국가’로 감을 의미하는 것이고, 감시국가 하에서 국민은 진정한 행복으로부터 멀어지게 된다.

둘째, 디엔에이 데이터베이스 정보 유출의 위험은 항존한다. 국민의 각종 금융정보의 경우도 원래는 유출될 수 없도록 되어 있으나, 너무도 손쉽게 유출되어 악용되고 있는 작금의 현실을 고려하면 이 위험성은 결코 무시될 수 없다.

셋째, 우리는 세계에서 유일하게 성년 국민 모두에게 주민등록을 발급받기 위해 열손가락의 지문을 찍게 강요하고 있고 이를 데이터베이스화하고 있는 나라다. 따라서, 이러한 지문채취제도를 두고 있지 않은 다른 나라들에서의 범죄자 유전자 데이터베이스화와 우리의 그것을 결코 평면 비교해서는 안 된다.

넷째, 과학과 기술영역에서의 법은 과학과 기술의 발전을 도저히 앞서 가지 못한다. 과학과 기술 영역을 법으로 규제하려면, 항상 법적 규제를 비웃기라도 하듯 과학과 기술은 그러한 법망을 피해갈 수 있는 방법을 발전시키곤 하는 것이다. 범죄자 디엔에이 데이터베이스화의 경우도 오히려 디엔에이 감식이 절대될 수 없는 새로운 범죄기법을 발달시키는 것이 될 수 있다. 예를 들어, 성범죄의 경우 디엔에이정보가 남지 않도록 신체나 모발을 완벽히 에워싼 채 범행을 저지르는 신종 범죄기법이 나올 수 있다. 과거 열손가락 지문제도를 만들 당시에도 범인 검거를 위해 열손가락 지문제도만큼 확실한 방법은 없을 것이라고 생각했을 것이다.



## V. 결론: 그 대안

오히려, 대안적 법률을 만든다면 범죄혐의자나 용의자에 대해 검사가 신청하고 법관이 발부한 영장에 의해 유전자감식시료를 채취할 수 있게 하는 법률을 만드는 것이 시급하다. 지금처럼 관행적으로 당사자의 자발적 동의나 영장에 의하지 않고 범죄현장 거주자나 범죄용의자에 대해 무분별하게 행해지는 유전자감식시료 채취를 규율할 법률을 만들어 필요부득이한 경우 범죄혐의자나 관련자들의 유전자정보를 적법절차에 따라 발부된 영장에 의해서만 채취할 수 있게 함으로써 일체의 압수·수색에 “적법한 절차에 따라” 발부된 영장을 요구하는 우리 헌법 제12조 제3항의 정신을 살려 나가야 한다.

물론, ‘범죄발생 억제 및 범인 검거율 제고’의 불명확한 목적을 명분으로 범죄자들의 디엔에이정보를 자유롭게 채취할 수 있게 하고 범죄자 디엔에이감식 정보은행을 만들 수 있게 한다면 검찰이나 경찰의 경우 당장 범인 검거에 약간의 도움을 받을 수 있을 것이고, 일부 유전자 관련 기업체들에 일감이 늘 것이며, 법의학이나 바이오벤처 종사자들의 활동 폭도 넓어질 것이다. 그러나, 그것은 ‘국민의 기본권 보장’과 ‘인권보호’ 앞에서는 너무도 초라한 조그마한 일시적 이익에 지나지 않는다. 여러 사람들이 디엔에이은행의 필요성은 공유하였음에도 불구하고 디엔에이은행에 대한 잘못된 지식이나 각 기관들의 이해관계에 얽혀 디엔에이은행의 설립이 더 이상 진행되고 있지 못한 데 대해 안타깝다는 주장도<sup>22)</sup> 있다. 그러나, 위헌성이 높은 디엔에이은행 설립 법률안은 아무리 필요성이 높고 그 필요성에 대한 공감대가 형성되어 있다고 하더라도 위헌성을 치유하지 않고서는 추진해서는 안 된다. 국민의 헌법상 기본권을 침해할 수 있는 위헌적 방법이라면 비록 일면 효과적인 방법이라 하더라도 채택해서는 안 된다. 효율성은 조금 떨어지더라도 국민의 기본권을 침해하지 않는 방법으로 범죄 억제나 범인검거율 상승의 목적을 달성해야 한다. 즉, 경찰수의 확대나 범죄 없는 세상을 만들기 위한 사회문화적 토대를 구축하는 일이 급선무이다. 다른 분야에서도 ‘첨단과학기술’의 미명하에 생명의 존엄과 가치를 훼손하면서 일부 기업의 호주머니나 채워주는 식의 상업적 악용만 부추기는 방안들이 도입되어

22) 이승덕, 전계논문, 12면 참조.

서는 곤란하다. 왜냐하면 이것은 국가기관이 말하는 불확실한 공익을 위해 국민의 기본권이 희생당하는 ‘범죄수사상의 국가편의주의’요, ‘과학수사’라는 그럴싸한 이름으로 치장된 ‘수사편의주의’에 다름 아니기 때문이다.

동 법률안 제4조는 검찰총장이 제5조에<sup>23)</sup> 따라 채취한 디엔에이감식시료로부터 취득한 디엔에이확인정보에 관한 사무를 총괄하고 경찰총장은 제6조<sup>24)</sup> 및 제7조에<sup>25)</sup> 따라 채취한 디엔에이감식시료로부터 취득한 디엔에이확인정보

- 23) 동 법률안 제5조는 “수형인등으로부터의 디엔에이감식시료 채취”라는 제목 하에 “①검사는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄에 대하여 형의 선고, 형법 제59조의2에 따른 보호관찰명령, 치료감호법에 따른 치료감호선고, 소년법 제32조 제1항 제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 사람으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 다만, 제6조에 따라 디엔에이감식시료를 채취하여 디엔에이신원확인정보가 이미 수록되어 있는 경우는 제외한다. 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 제29장 체포와 감금의 죄 중 제277조, 제278조, 제279조, 제280조(제276조의 미수범은 제외한다) 및 제281조의 죄 4.형법 제2편 제31장 약취와 유인의 죄 중 제287조부터 제189조까지와 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 5.형법 제2편 제32장 강간과 cnod의 죄 중 제297조부터 제301조까지, 제301조의 2, 제302호, 제303조 및 제305조의 죄 6.형법 제2편 제38장 절도와 강도의 죄 중 제330조, 제331조, 제332조(제331조의2의 상습범은 제외한다)부터 제342조(제329조, 제331조의2의 미수범은 제외한다)까지의 죄 7.폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조(같은 조 제2항의 경우는 제외한다), 제3조부터 제5조까지 및 제6조(제2조 제2항의 미수범은 제외한다)의 죄 8.특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의2 제1항부터 제6항까지, 제5조의 4 제1항부터 제3항까지 및 제5항, 제5조의5, 제5조의8, 제5조의9 및 제11조의 죄 9.성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조부터 제8조까지, 제8조의2, 제9조부터 제11조까지, 제12조(제14조2의 미수범은 제외한다) 및 제13조의 죄 10.마약류관리에 관한 법률 제58조부터 제61조까지의 죄 11.아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조, 제9조, 제10조 및 제11조(같은 조 제3항의 경우는 제외한다)의 죄 12.군형법 제53조 제1항, 제59조 제1항, 제66조, 제67조 및 제82조부터 제85조까지의 죄 ②검사는 필요한 경우 교도소·구치소 및 그 지소, 소년원, 보호관찰소, 치료감호시설 등의 장에게 디엔에이감식시료의 채취를 위탁할 수 있다.”고 규정하고 있다.
- 24) 동 법률안 제6조는 “구속피의자 등으로부터의 디엔에이감식시료 채취”라는 제목하에 “검사 또는 사법경찰관은 제5조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄를 범하여 구속된 피의자 또는 치료감호법에 따라 보호구속된 치료감호대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 다만, 제5조에 따라 디엔에이감식시료를 채취하여 디엔에이신원확인정보가 이미 수록되어 있는 경우는 제외한다.”고 규정하고 있다.
- 25) 동 법률안 제7조는 “범죄현장 등으로부터의 디엔에이감식시료 채취”라는 제목하에 “①검사 또는 사법경찰관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것에서 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 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 신

에 관한 사무를 총괄한다고 규정하고 있다. 그리고 검찰과 경찰이 각각 범죄인 디엔에이 데이터베이스를 만들어 서로 연계하여 운영할 수 있게 하고 있다. 불과 얼마 전에 검찰과 경찰은 수사권 조정을 놓고 서로가 ‘인권검찰’ ‘인권경찰’임을 자임하면서 국민의 인권보장을 위해 수사권의 중심이 어디로 가야하는가를 강변해왔다. 위에서 보았듯이 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안’은 ‘범인 검거 용이’라는 수사편의주의를 위해 국민의 인권을 희생 제물로 바치는 반인권적 악법에 다름 아니다. 검찰과 경찰이 진정으로 인권검찰, 인권경찰이 되기 위해 서로 견제하고 경쟁할 것을 기대한다.

[논문투고일 : 2009. 11. 16, 논문심사일 : 2009. 12. 14, 게재확정일 : 2009. 12. 23]



#### 주제어

유전자정보, 범죄인 유전자정보은행, 사생활의 비밀과 자유, 평등권, 이중처벌금지의 원칙

체나 물건의 내·외부 EH는 범죄의 실행과 관련한 장소에서 발견된 것 ②제1항에 따라 채취한 디엔에이감식시료에서 얻은 디엔에이신원확인정보는 그 신원이 밝혀지지 아니한 것에 한정하여 데이터베이스에 수록할 수 있다.”고 규정하고 있다.

## 참고문헌

- 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 2009년)
- 김병수, “유전자감식 기술의 사회 윤리적 쟁점” 「2005 생명윤리 춘계 학술대회 자료집」(한국생명윤리학회, 2005년)
- 김성재 외, 「인권시대를 향하여」(대통령자문 정책기획위원회 발간, 나남출판사, 2002년)
- 김철수, 「학설·판례 헌법학」(박영사, 2009년)
- 성낙인, 「헌법학원론」(법문사, 2009년)
- 이승덕, “개인식별의 기술적 배경 및 우리나라 현황” 「약물유전체연구사업단 보고서」(2004년)
- 이승우, 「헌법학」(도서출판 두남, 2009년)
- 전광석, 「한국헌법론」(법문사, 2009년)
- 정종섭, 「헌법학원론」(박영사, 2009년)
- 홍성방, 「헌법학」(현암사, 2008년)
- 최문기 외 6인, 「인권과 법」(세종출판사, 2003년)
- 최 현, 「인권」(책세상, 2008년)
- 허 영, 「한국헌법론」(박영사, 2009년)
- 
- Jerome A. Barron/ Thomas Dienes, *Constitutional Law* (5th ed., St. Paul/Minnesota: West Publishing Co., 1995)
- William B. Lockhart 외 3인, *Constitutional Law: Cases, Comments, Questions* (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Publishing Co. 2000)
- John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000)
- Ronald D. Rotunda, *Modern Constitutional Law* (St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000)
- Norman Vieira, *Constitutional Civil Rights* (3rd ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 1998)

**Abstract**

The Constitutionality and Other Problems of 'The Bill on the Use and Protection of DNA Identity Establishment Information' and Its Alternative

Jibong Lim

(Associate Professor, Sogang University Law School)

DNA information was frequently used in the area of a disease in the past. However, the DNA information is actively used these days in the area of identity establishment. Some countries including the United Kingdom have established and managed the DNA Date Bank of the criminals. In Korea, since the mid-1990s, the DNA informations of the individuals have been used in the criminal investigation as well as in identifying biological child. The prosecution and the police in Korea felt convenient for the investigation by using the DNA informations. Therefore, the Ministry of Justice submitted the bills on the use of the DNA informations in the investigation to the Congress before.

Last October, the Ministry of Justice submitted again 'the Bill on the Use and Protection of DNA Identity Establishment Information' to the Congress. In this paper, at first, I will survey the background of the submission of the bill and its major contents. Then, I will examine the unconstitutionality of the bill in terms of the infringement of the right of privacy in Art.17, the equality right in Art.11, the double jeopardy in Art.12 Sec.1, the presumed innocence in Art.27 Sec.4, warrants doctrine in Art.12 Sec.3, and the prohibition of guilt-by-association in Art.13 Sec.3 of Korean Constitution. In addition, this paper will examine the problems of DNA database of the criminals in terms of a desirable public policy. Conclusively, this paper will propose

an alternative of the bill that has solved the constitutional and public policy problems of the bill.

▶ Key words DNA Information, DNA Database of the Criminals, The Right of Privacy, The Equality Right, Double Jeopardy