

## 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차의 위헌성: 헌재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합) 결정

조성용\*

### 국 | 문 | 요 | 약

이번 헌법재판소 결정은 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 제8조와 관련 하여 최초로 입법부작위를 이유로 위헌결정을 내렸다는 점에서 그 의의가 있다고 본다. 이를 계기로 유죄판결이 확정된 자를 대상으로 디엔에이감식시료를 채취하는 경우라 하더라도 그 형사절차와는 별도로 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차에서 의견을 진술하거나 그 위법성을 다룰 수 있게 되었다. 검사에 대한 촉구만으로는 채취대상자의 재판청구권을 충분히 보장한다고 보기 어렵고, 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』에는 재범의 위험성을 예측하는 규정이 없을 뿐만 아니라 한 번이라도 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록되면 평생 동안 그 정보를 삭제할 수 없도록 되어 있는 현실을 고려할 때 채취대상자가 받는 기본권제한의 정도는 중대하다고 보아야 하며, 채취대상자는 해당 절차에서 법원의 판단을 이미 받은 자이기는 하지만 범죄예방 및 조기 범인검거를 목적으로 하는 디엔에이감식시료채취는 추가적인 법적 제재로서 새로운 기본권 침해를 의미한다는 점에 비추어 보면, 채취대상자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

또한 디엔에이감식시료채취영장이 발부된 경우 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 제8조에 그에 대하여 불복할 수 있는 규정이 마련되어 있지 않아 영장의 집행에 의하여 디엔에이감식시료가 채취되어 데이터베이스에 디엔에이신원확인정보가 수록·관리되는 것을 감수할 수밖에 없는 실정이다. 이러한 경우 어떠한 절차를 거쳐 그 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있을지도 불분명하다. 그리하여 디엔에이감식시료채취영장이 집행되기 전에 그 영장 발부에 대하여 불복할 수 있는 기회를 주거나, 집행된 이후에 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있도록 하는 등의 실효성 있는 구제절차를 마련할 필요가 있다.

나아가 입법론적으로는 검사가 디엔에이감식시료채취영장을 청구하기 전에 채취대상자에게 판사 앞에서 영장 발부에 관하여 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있음을 고지하고, 판사는 영장 발부에 앞서 채취대상자에게 의견을 진술할 기회를 주는 방식이 바람직하다. 다른 한편 채취대상자가 디엔에이감식시료채취영장의 발부에 대해 불복하는 경우에는 형사소송법 제416조 이하의 준항고 규정을 준용하는 방식이 바람직하다.

❖ 주제어 : 디엔에이감식시료, 디엔에이신원확인정보, 법적 청문청구권, 의견진술의 기회

\* 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

## [대상결정] 2016헌마344, 2017헌마630(병합)

### [사안의 개요]

#### 1. 2016헌마344

청구인들은 다중의 위력으로써 타인의 건조물에 침입하였다는 등의 범죄사실로 기소되었고, 위 사건의 항소심에서 유죄판결이 선고되었다. 검사는 위 유죄판결 확정 이후에 법원으로부터 발부받은 디엔에이감식시료채취영장에 따라 청구인들의 디엔에이감식시료를 채취하였다. 청구인들은 디엔에이감식시료채취영장의 발부 절차에 관하여 규정하고 있는 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 제8조가 자신들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 2. 2017헌마630

청구인들은 다중의 위력으로 아울렛 매장 안에 침입하였다는 등의 범죄사실로 기소되어 위 폭력행위등 처벌에 관한 법률위반(집단·흉기등 주거침입)의 점을 포함한 범죄사실에 대하여 유죄판결이 선고되었다. 검사는 위 유죄판결 확정 이후에 법원으로부터 발부받은 디엔에이감식시료채취영장에 따라 청구인들의 디엔에이감식시료를 채취하였다. 청구인들은 디엔에이감식시료채취영장의 발부 절차에 관하여 규정하고 있는 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 제8조가 자신들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

### [사안의 쟁점]

1. 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 청구인들에게 의견을 진술할 기회를 주고 있지 아니한 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 제8조가 재판청구권에 위반되는지 여부

2. 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 청구인들이 그에 대하여 불복하는 등의 절차를 두고 있지 아니한 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 제8조가 재판청구권에 위반되는지 여부

3. 헌법불일치 결정에 따른 개정입법안을 어떠한 방식으로 마련해야 할 것인지 여부

### [위헌결정의 요지]

1. 채취대상자로서는 검사에게 자신의 디엔에이감식시료를 채취하는 것이 부당하다는 의견과 소명자료를 제시하면서 영장 청구 시 제출해 달라고 요청할 수도 있을 것이다. 그러나 형사소송법 제201조의 2에 의한 구속영장 청구 시에는 판사가 직접 피의자를 심문하는 것과는 달리, 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 제8조에 의한 디엔에이감식시료채취영장 청구 시에는 판사가 채취대상자의 의견을 직접 청취하는 절차가 명문화되어 있지 않다. 채취대상자가 검사를 통하여 영장 발부에 관한 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있다고 하더라도 위와 같은 절차가 법적으로 마련되어 있지 않은 이상, 판사가 채취대상자의 의견과 소명자료를 확인·고려하여 영장 발부 여부를 결정하도록 하는 것이 절차적으로 담보되어 있다고 볼 수는 없으므로, 디엔에이감식시료 채취에 대한 법관의 사법적 통제가 유명무실하게 될 우려가 있다.

2. 형사소송법상 수사기관의 청구에 의하여 발부된 압수영장이나 체포·구속영장과는 달리, 디엔에이감식시료채취영장이 발부된 경우에는 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』상 그에 대하여 불복할 수 있는 규정이 마련되지 않아 영장의 집행에 의하여 디엔에이감식시료가 채취되어 데이터베이스에 디엔에이신원확인정보가 수록되는 것을 감수할 수밖에 없고, 나아가 이러한 경우 어떠한 절차를 거쳐 그 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있는지도 불분명하다. 이에 따라 디엔에이감식시료채취영장이 집행되어 채취당한 대상자는 자신의 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록되어 범죄수사 내지 예방의 용도로 이용되는 것을 수인할 수밖에 없는 상태에 놓이게 된다.

## I. 서론

최근 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 채취대상자가 자신의 의견을 진술하거나 영장 발부에 대하여 불복하는 절차를 두지 아니한 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』(이하 ‘디엔에이법’이라 함) 제8조는 헌법에 위배된다는 헌법재판소 결정이 나왔다. 9명의 헌법재판관 가운데 6명은 위헌으로, 나머지 3명은 합헌으로 판단하였다. 다수의견은 디엔에이법 제8조가 과잉금지원칙을 위반하여 채취대상자의 재판청구권을 침해한다는 이유로 헌법불합치 결정을 선고하고, 입법자의 개선입법이 이루어지는 2019년 12월 31까지 잠정 적용을 명하였다.

이전에도 디엔에이법과 관련된 헌법재판소 결정은 적지 않았지만, 주로 재범의 위험성의 판단을 요건으로 하지 않고 디엔에이감식시료를 채취할 수 있도록 규정한 조항(디엔에이법 제5조) 및 채취대상자의 사망시까지 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록할 수 있도록 규정한 조항(디엔에이법 제13조)이 채취대상자의 정보적 자기결정권을 침해하는지 여부가 심판대상 이었다. 그에 반해 이번 헌법재판소 결정은 위와 같은 조항 이외에도 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차를 규정한 조항(디엔에이법 제8조)을 심판대상으로 삼았고, 그 조항에 채취대상자가 디엔에이감식시료채취영장 발부 과정에서 자신의 의견을 밝히거나 그 위법성을 다룰 수 있는 절차를 규정하지 않았다는 이유로 위헌결정을 내렸다는 점에서 주목할 만하다. 다시 말해 디엔에이법과 관련하여 입법부작위를 이유로 위헌결정을 내린 것은 이번이 처음이다. 그리하여 종전까지만 해도 유죄판결이 확정된 자에게는 검사가 보낸 디엔에이감식시료 채취 출석 안내문을 받거나 전화로 이를 통보받는 것 이외에, 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차에 참여하여 자신의 의견을 진술하거나 그 위법성을 다룰 수 있는 기회가 애당초 봉쇄되어 있었다. 게다가 학계에서도 이러한 입법적 불비에 관한 논의가 거의 이루어지고 있지 않은 실정이었다. 그러나 이번 헌법재판소 결정을 계기로 위와 같은 입법상의 미비는 개선입법을 통하여 제거될 수 있게 되었다. 그리하여 앞으로는 유죄판결이 확정된 자를 대상으로 디엔에이감식시료를 채취하는 경우라 하더라도 그 형사절차와는 별도로 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차에서 채취대상자의 재판청구권은 보장될 것으로 기대된다.

이번 헌법재판소 결정의 핵심 쟁점은 디엔에이법 제8조에는 디엔에이감식시료채취영장 청구 시 판사가 채취대상자의 의견을 청취하는 절차가 마련되어 있지 않을 뿐만 아니라 채취대상자가 디엔에이감식시료채취영장 발부에 관하여 불복할 수 있는 절차가 명문화되어 있지 않은데, 이러한 입법상의 미비가 채취대상자의 재판청구권을 침해하는지 여부이다. 그 밖에 헌법불일치 결정에 따른 개선입법안을 어떠한 방식으로 마련해야 할 것인지에 대해서도 별도의 검토가 요구된다.

이 글에서는 이러한 쟁점에 대한 다수의견과 소수의견의 논거를 비교·분석하고, 이를 토대로 이번 헌법재판소 결정의 타당성 여부를 검토하고자 한다. 나아가 이번 헌법재판소 결정이 지니는 법정정책적 의의에 대하여 나름대로 평가해 보기로 한다.

## II. 의견진술의 절차를 마련해야 하는지 여부

### 가. 다수의견의 논거

채취대상자로서는 검사에게 자신의 디엔에이감식시료를 채취하는 것이 부당하다는 의견과 소명자료를 제시하면서 영장 청구 시 제출해 달라고 요청할 수도 있을 것이다. 그러나 형사소송법 제201조의 2에 의한 구속영장 청구 시에는 판사가 직접 피의자를 심문하는 것과는 달리, 디엔에이법 제8조에 의한 디엔에이감식시료채취영장 청구 시에는 판사가 채취대상자의 의견을 직접 청취하는 절차가 명문화되어 있지 않다. 채취대상자가 검사를 통하여 영장 발부에 관한 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있다고 하더라도 위와 같은 절차가 법적으로 마련되어 있지 않은 이상, 판사가 채취대상자의 의견과 소명자료를 확인·고려하여 영장 발부 여부를 결정하도록 하는 것이 절차적으로 담보되어 있다고 볼 수는 없으므로, 디엔에이감식시료 채취에 대한 법관의 사법적 통제가 유명무실하게 될 우려가 있다.

## 나. 소수의견의 논거

디엔에이법에 따라 일정한 범죄를 저지른 사람으로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 형사처벌에 추가하여 법적 제재를 부과하는 의미를 가진다. 일반적으로 형사처벌에 추가하여 부과되는 법적 제재에 의하여 제한되는 법익이 중대하지 않는 경우에는 법적 제재를 위해서는 재범의 위험성과 같은 요건이 반드시 필요한 것이 아니고 비례원칙에 위반되지 아니하는 한 법원의 판단에 의하지 아니하고 직접 법률에 의한 제재도 가능하며, 입법자의 재량이 인정될 수 있다.

형사소송법 제201조의 2에 의한 구속영장 청구는 그 대상자에게 신체의 구속이라는 중대한 기본권침해를 수반하고, 구속사유 심사 시 판사는 상당한 범죄혐의, 도망 및 증거인멸의 염려 등을 심사해야 할 뿐만 아니라 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 우려 등을 고려하여 구속영장 발부 여부를 결정해야 하므로 구속대상자의 의견을 직접 청취할 필요성이 크다. 그에 반해 디엔에이감식시료채취영장 청구는 디엔에이감식시료 채취 및 그 수록·관리 등과 관련하여 채취대상자가 받게 되는 기본권제한의 정도가 중대하다고 볼 수 없고, 형사절차 등 해당 절차에서 법원의 판단을 이미 받은 사람이므로 의견을 진술할 기회를 반드시 부여할 필요는 없다.

채취대상자로서는 검사로부터 디엔에이감식시료 채취 출석 안내문을 받거나 전화로 이를 통보받게 될 경우 자신에 대한 영장 발부가 부당하다는 의견을 밝히고 관련 자료를 제출할 수 있고, 법원은 영장심사 과정에서 검사가 제출한 청구서 및 소명자료, 채취당사자가 제출한 의견 및 자료 등을 검토하고 채취대상자가 법률이 정한 죄로 유죄판결을 받았는지, 형벌의 내용이 지극히 경미하여 영장을 발부하는 것이 비례원칙에 위반되는지, 그 대상자의 동의를 있었는지 등을 확인하여 영장을 발부하게 된다. 이러한 점들에 비추어 보면, 채취대상자가 영장 발부 과정에 참여하여 자신의 의견을 진술할 수 있는 절차가 봉쇄되어 있다고 볼 수 없다.

## 다. 논거의 검토

다수의견과 소수의견의 논거를 자세히 비교해 보면, 소수의견은 다음과 같은 세

가지 논거를 들어 다수의견을 반박하고 있다. 즉, 첫째는 판사가 디엔에이감식시료 채취영장 청구 시에 채취대상자의 의견을 직접 청취하는 절차가 명문화되어 있지 않더라도 채취대상자는 검사를 통하여 영장 발부에 관한 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있고 법원도 영장 발부 과정에서 이를 확인하고 고려할 수 있기 때문에, 채취대상자가 영장 발부 과정에 참여하여 자신의 의견을 진술할 수 있는 절차가 봉쇄되어 있다고 볼 수 없다. 둘째는 일반적으로 형사처벌에 추가하여 부과되는 법적 제재에 의하여 제한되는 법익이 중대하지 않는 경우에는 별도의 법원의 판단 없이 직접 법률에 의해 제재할 수 있는데, 이번 사건의 경우 채취대상자가 받게 되는 기본권제한의 정도가 중대하다고 볼 수 없기 때문에, 디엔에이감식시료채취영장 청구 시 채취대상자에게 자신의 의견을 진술할 기회를 부여할 필요가 없다. 셋째는 채취대상자는 형사절차 등 해당 절차에서 법원의 판단을 이미 받은 사람이기 때문에, 디엔에이감식시료채취영장 청구 시 자신의 의견을 진술할 기회를 반드시 부여할 필요는 없다. 이하에서는 위와 같은 반박논거를 검토해 보고자 한다.

**(1) 채취대상자는 검사를 통해 영장 발부에 관한 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있으며, 법원은 영장 발부 과정에서 이를 확인·고려할 수 있기 때문에 의견진술의 절차를 마련할 필요가 없다는 논거에 대하여**

실무상 검사는 채취대상자에게 디엔에이감식시료 채취 출석 안내문을 보내거나 전화로 이를 통보하고 있는데, 출석 안내문에는 ‘기한 내에 출석하지 아니할 경우 영장에 의하여 강제채취되거나 지명통보될 수 있다’는 내용이 포함되어 있다. 그리하여 채취대상자는 검사에게 자신의 디엔에이감식시료를 채취하는 것이 부당하다는 의견과 소명자료를 제시하면서 영장 청구 시 함께 제출해 달라고 요청할 수는 있을 것이다.<sup>1)</sup> 그러나 디엔에이감식시료채취영장 청구 시에 판사가 채취대상자의 의견을 직접 청취하는 절차가 명문화되어 있지 않은 이상, 이러한 식의 검사에 대한 촉구만으로는 채취대상자의 재판청구권을 충분히 보장한다고 보기 어렵다. 왜냐하면 검사는 소송당사자로서 기본적으로 채취당사자와는 서로 대립된 지위에 있기 때

1) 현재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합), 판례집 30-1, 20-21면.

문이다. 검사가 채취대상자의 요구에 대해 소극적인 태도로 일관한다면, 판사가 채취대상자의 의견과 소명자료를 확인·고려하여 영장 발부 여부를 결정할 기회는 애당초 봉쇄되고 말 것이다. 결국 채취대상자의 재판청구권의 보장 여부는 검사의 선의에 달려있게 되는 셈이다.

채취대상자의 재판청구권을 제대로 보장하려면 근본적으로 재판청구권이라는 기본권의 본질규정으로부터 그 실마리를 풀어나가야 할 것으로 보인다. 재판청구권은 사법절차에 대한 접근뿐만 아니라 효율적인 권리보호를 위한 사법절차의 형성까지도 보장하고 있다. 그리하여 재판청구권은 법적 청문청구권, 신속한 재판을 받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리 등과 같이 효율적인 권리보호를 위하여 불가결한 사법절차상의 권리도 함께 보장하고 있다.<sup>2)</sup> 이번 사건은 법적 청문청구권과 직접적인 관련이 있다.

법적 청문청구권이란 법적 분쟁 당사자가 법원의 결정 이전에 판단근거가 된 사실관계와 법률관계에 대하여 자신의 의견을 진술함으로써 소송절차와 그 결과에 영향을 미칠 수 있는 권리를 말한다.<sup>3)</sup> 우리 헌법은 법적 청문청구권을 명시적으로 규정하고 있지는 않으나,<sup>4)</sup> 법적 청문청구권은 주로 정당한 재판을 받을 권리의 내용으로 이해되고 있다.<sup>5)</sup> 분쟁 당사자가 소송절차에서 의미 있는 진술을 하기 위해서는 그에 필요한 정보를 수집할 수 있어야 하고, 법원은 당사자가 진술한 내용을 결정에 내릴 때 고려해야만 한다. 그리하여 법적 청문청구권의 내용은 정보를 제공받을 권리, 의견을 진술할 권리 그리고 진술한 내용의 고려를 요구할 권리의 세 가지 실현단계로 요약된다.<sup>6)</sup> 이를 이번 사건에 적용하면, 채취대상자는 그가 아직 청취

2) 재판청구권의 구체적 보장내용 중 사법절차상의 기본권에 대해서는 한수웅, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총(제10집), (1999), 365면 이하.

3) 조성용, 체포·구속적부심사절차에서의 기록열람·등사권, 법조(제54권 제6호), 법조협회(2005), 185면.

4) 소송관계인의 법적 청문청구권을 명문화한 독일 형사소송법 제33조에 의하면 소송관계인은 자신이 아직 청취하지 못한 사실 또는 증거결과가 자신에게 불리하게 사용되기 전에 청문청구권을 갖는다(동조 제3항). 다만 사전 청문이 구속, 압수 또는 그 밖의 강제조치의 목적을 위태롭게 할 경우에는 제3항의 규정을 적용하지 않을 수 있다(동조 제4항).

5) 법적 청문청구권의 헌법적 근거를 둘러싼 학설 및 판례의 입장에 대해서는 정철, 청문권의 헌법적 수용가능성, 공법학연구(제8권 제3호), (2008), 339면 이하.

6) 법적 청문청구권의 내용에 대해서는 장석조, 공정한 재판을 받을 권리 - 법적 청문청구권을 중심으로 -, 재판자료(제76집), (1996), 565면 이하; 변종필, 형사소송과 법적 청문, 인권과 정의(제345호),

하지 못한 사실이나 증거결과가 자신에게 불리하게 사용되기 전에 법적 청문청구권을 가지며, 아울러 판사는 디엔에이감식시료채취영장 청구 시 채취대상자가 사전에 알았고 거기에 대해 의견을 진술할 수 있었던 사실과 증거방법에 기초해서만 디엔에이감식시료채취영장을 발부할 수 있다는 결론에 도달한다.

물론 예외적인 경우에는 분쟁 당사자에게 법적 청문청구권을 부여하지 않을 수 있다. 즉, 만약 사전에 분쟁 당사자에게 법적 청문청구권을 부여하게 되면, 사법적 결정의 목적을 실현하기 어려운 경우가 그러하다. 예컨대 디엔에이감식시료채취영장 청구 전에 채취대상자에게 자신의 의견을 진술하거나 소명자료를 제출할 기회를 주게 되면, 디엔에이감식시료채취영장 발부의 목적을 실현하기 어려운 경우를 생각해 볼 수 있다. 그러나 이번 사건에서는 그러한 경우가 현실적으로 존재할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 채취대상자가 디엔에이감식시료채취영장 발부 전에 자신의 유전자를 의도적으로 변형시키는 경우를 상정해야 하기 때문이다.<sup>7)</sup> 위와 같은 점들에 비추어 볼 때, 채취대상자가 아직 청취하지 못한 사실이나 증거결과가 그에게 불리하게 사용되기 전에 자신의 의견을 진술하거나 소명자료를 제출할 기회를 주는 것이 법적 청문청구권의 취지에 부합한다.

## (2) 채취대상자가 받게 되는 기본권제한의 정도가 중대하다고 볼 수 없기 때문에 의견진술의 절차를 마련할 필요가 없다는 논거에 대하여

소수의견은 다음과 같은 이유에서 채취대상자가 받게 되는 기본권제한의 정도는 중대하지 않다고 한다. 우선 디엔에이감식시료의 채취는 체포·구속 또는 이에 준하는 정도의 보안처분과는 달리, 채취대상자의 구강점막이나 모발 또는 그 밖에 체세포의 일부를 채취하는 데 불과할 뿐만 아니라(동법 제9조), 디엔에이법은 디엔에이감식시료의 채취에 관하여 여러 가지 절차규정을 마련함으로써(동법 제8조 제3항 및 제8항) 신체의 자유의 제한을 최소화하고 있다.<sup>8)</sup> 또한 디엔에이감식시료 채취

(1997/1), 99면 이하; 한수웅, 헌법상 알권리, 법조(제51권 제8호), 법조협회(2002), 66면 이하.

7) Volk, Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung(DNA-Identitätsfeststellung) - Anspruch und Wirklichkeit, NStZ 1999, S. 169.

8) 현재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합), 판례집 30-1, 31-32면.

이후 그 시료의 폐기 및 디엔에이신원확인정보의 데이터베이스 수록 및 관리 등과 관련하여 채취대상자는 개인정보자기결정권을 제한받을 수 있으나, 디엔에이법은 이에 대한 엄격한 절차규정을 마련함으로써(동법 제3조, 제4조, 제12조 내지 제17조 및 동법 시행령 제3조, 제4조 및 제14조), 개인정보자기결정권의 제한가능성을 최소화하고 있다.<sup>9)</sup>

그러나 디엔에이감식시료의 채취 및 디엔에이신원확인정보의 데이터베이스 수록 및 관리 등과 관련하여 채취대상자가 받게 되는 기본권제한의 정도는 결코 경미한 것이 아니다. 물론 체포·구속의 경우처럼 채취대상자에게 직접적인 물리적 강제력을 행사하여 신체의 구속이라는 중대한 기본권 침해를 수반하는 것은 아니지만, 디엔에이신원확인정보의 데이터베이스 수록 및 관리 등과 관련하여 채취대상자가 받게 되는 개인정보자기결정권의 제한정도는 소수의견이 생각하는 것보다 훨씬 더 중대하다.

우선 디엔에이법은 특정범죄를 범한 수형자 등에 대하여 재범의 위험성에 대한 개별적 판단 없이도 디엔에이감식시료를 채취할 수 있도록 규정하고 있다는 점에 주목해야 한다(동법 제5조). 그리하여 특정범죄를 범해 유죄 확정판결을 선고받은 수형자 등은 모두 예외 없이 디엔에이감식시료의 채취를 감수해야만 한다. 왜냐하면 특정범죄를 범한 수형자 등은 모두 장래에 동종의 범죄를 재차 범할 것이라고 간주되기 때문이다.<sup>10)</sup> 게다가 한 번이라도 특정범죄를 범한 수형자 등은 앞으로도 평생 동안 자신의 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록되어 범죄수사 내지 예방의 용도로 이용되는 것을 수인할 수밖에 없게 된다.<sup>11)</sup> 왜냐하면 디엔에이법상의 삭제조항(제13조)에 의하면 채취대상자는 특별한 사정이 없는 한 사망 시까지 자신의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에서 삭제할 것을 청구할 방법이 없기 때문이다. 나아가 소수의견은 디엔에이감식시료의 채취 및 디엔에이신원확인정보의 데이터베이스 수록 및 관리 등과 관련하여 디엔에이법은 여러 가지 절차규정을 마련함으로써 채취대상자의 신체의 자유나 개인정보자기결정권의 침해를 최소

9) 현재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합), 판례집 30-1, 32-34면.

10) 조성용, 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』에 관한 헌법재판소 결정(2011헌마 28)에 대한 비판적 검토, 인권과 정의(제446호), (2014/12), 100면.

11) 현재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합), 판례집 30-1., 22면.

화하였다고 주장하나, 이러한 조치들은 특정범죄를 범한 수형자 등의 기본권 침해를 최소화하기 위한 기술적 그리고 절차적 예방장치에 불과한 것으로 피해의 최소화 정도에 있어서 재범의 위험성에 대한 예측규정에 견줄 수 있는 것은 아니다.<sup>12)</sup>

필자의 생각으로는 소수의견이 채취대상자가 받게 되는 기본권제한의 정도가 중대하지 않다는 논거 대신, 다음과 같은 논거를 제시하였더라면 채취대상자에게 의견진술의 기회를 줄 필요가 없다는 점을 조금 더 설득력 있게 지적할 수 있었을 것이다. 즉, 판사가 발부한 디엔에이감식시료채취영장에는 아직 그에게 불리한 사실이나 증거결과가 포함되어 있지 않기 때문에, 채취대상자에게 자신의 의견을 진술할 기회를 줄 필요가 없다는 논거 말이다. 왜냐하면 법적 청문청구권은 분쟁 당사자가 아직 청취하지 못한 사실이나 증거결과가 그에게 불리하게 사용될 때에만 인정되기 때문이다.

독일에서는 이러한 논거를 둘러싸고 논쟁이 벌어졌다. 소수의견은 디엔에이감식시료의 채취와 그에 대한 유전자감식을 명하는 판사의 결정은 아직은 채취대상자에게 불리한 사실이나 증거결과를 포함하고 있지 않다고 보고, 채취대상자의 법적 청문청구권을 부정한다.<sup>13)</sup> 그 근거로서 한편으로는 그와 같은 판사의 결정은 조기에 채취대상자의 누명(범죄혐의)을 벗겨 주는데 기여할 수 있기 때문에 채취대상자에게 불리하지 않다고 하거나, 다른 한편으로는 채취대상자에게 불리한 사실이나 증거결과와 사용은 장차 채취대상자를 범인으로 검거할 목적으로 데이터베이스에 수록된 그의 디엔에이신원확인정보를 검색·대조할 때에야 비로소 가능하기 때문에 그러한 시점보다 훨씬 이전에 행해지는 판사의 결정은 채취대상자에게 불리하지 않다고 한다.

이에 반하여 다수의견은 다음과 같은 이유에서 채취대상자의 법적 청문청구권을 긍정한다.<sup>14)</sup> 장래의 범죄사건의 수사 및 형사소추에 대비하여 현저한 범죄(특정범죄

12) 조성용, 앞의 논문, 101면.

13) Senge, Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse, NJW 1999, S. 2411; Meyer-Großner/Schmitt, Strafprozessordnung, 57. Aufl., 2014, §81g, Rn. 15.

14) Volk, 앞의 논문, 170면; Krause, DNA-Identitätsfeststellung gemäß §81g StPO, §2 DNA-IFG, in: FS für Peter Rieß, 2002, S. 285ff.; Neuser, Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zwecke der DNA-Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren, Nomos, 2004, S. 192ff.; Rackow, Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz und seine Probleme, Peter Lang, 2001, S. 130.

죄)를 범한 수형자 등으로부터 증거(디엔에이신원확인정보)를 미리 확보(데이터베이스 수록 및 관리)해 두도록 명하는 판사의 결정은 항상 수형자 등에게 불리한 사실이나 증거결과의 사용을 의미한다는 것이다. 왜냐하면 수형자 등의 입장에서는 판사가 디엔에이감식시료의 채취와 그에 대한 유전자감식을 명하는 결정을 내리기 위하여 구성요건적 전제조건을 심사할 때부터 장차 그를 범인으로 검거할 목적으로 데이터베이스에 수록된 그의 디엔에이신원확인정보를 검색·대조할 때까지 항상 검거의 위험성을 안고 살아 갈 수밖에 없기 때문이다.

필자의 생각으로는 채취대상자의 법적 청문청구권을 긍정하는 입장의 논거가 더 설득력이 있다고 본다. 무엇보다도 채취대상자에게 의견진술의 기회도 주지 않은 채 장차 그를 범인으로 검거할 목적으로 그의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록 및 관리하는 것 자체가 그에게는 항상 불리한 것이다. 더구나 일단 한번 자신의 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록되면 채취대상자는 평생 동안 범죄수사 내지 예방의 용도로 이용되는 것을 수인할 수밖에 없다는 점을 감안하면 더욱 그러하다.

### (3) 채취대상자가 해당 형사절차에서 법원의 판단을 이미 받은 사람이기 때문에 의견진술의 절차를 마련할 필요가 없다는 논거에 대하여

소수의견은 디엔에이감식시료채취영장 청구는 이미 형이 확정된 특정범죄를 저지른 사람과 관련하여 영장을 청구하는 것이므로 그들의 의견을 직접 청취할 필요성은 제한적이며, 구속영장이 발부되어 구속된 피의자도 마찬가지로 그 해당 절차에서 법원의 판단을 이미 받은 사람이므로, 그들에 대해서도 디엔에이감식시료채취영장 발부에 관해 의견을 직접 진술할 기회가 반드시 별도로 부여되어야 하는 것은 아니라고 한다.<sup>15)</sup>

아마도 소수의견의 근거에는 다음과 같은 사고가 깔려있는 것으로 보인다. 즉, 채취대상자는 - 특정범죄로 형이 확정된 자이든 특정범죄의 혐의로 구속된 피의자이든 간에 - 해당 절차에서, 다시 말해 특정범죄 사건의 형사절차<sup>16)</sup>에서 이미 디엔에

15) 현재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합), 판례집 30-1, 36-37면.

16) 디엔에이감식시료채취영장 청구의 계기가 된 원인절차(Anlassverfahren)를 의미한다. 예컨대 강간

이감식시료채취영장 발부에 관해 자신의 의견을 진술할 기회가 있었기 때문에, 그들에게 ‘별도로’ 의견을 진술할 기회를 줄 필요가 없다는 사고 말이다. 그러나 여기에서 소수의견은 당해 사건에서 증거의 수집을 목적으로 디엔에이감식시료채취영장을 발부하는 경우와 장래의 범죄사건의 수사 및 형사소추에 대비하여 미리 증거를 확보할 목적으로 디엔에이감식시료채취영장을 발부하는 경우 사이에는 의견진술의 필요성과 관련하여 근본적인 차이점이 있다는 점을 간과하고 있다.

이점을 조금 더 자세하게 논증하고자 한다. 특정범죄의 혐의로 구속된 피의자 또는 특정범죄로 형이 확정된 수형자 등은 그들이 저지른 특정범죄로 인하여 두 번 디엔에이감식시료를 채취당할 수 있다. 첫 번째는 특정범죄 사건의 형사절차에서 증거의 수집을 목적으로 디엔에이감식시료를 채취하는 경우이다. 예컨대 강간사건의 수사절차에서 강간피해자인 부녀의 질 속에서 발견된 정액이 피의자의 것인지 여부를 확인하기 위하여 피의자로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 경우가 그러하다. 두 번째는 앞의 형사절차와는 별도로 장래의 범죄사건의 수사 및 형사소추에 대비하여 미리 증거를 확보할 목적으로 디엔에이감식시료를 채취하는 경우이다. 예컨대 이번 사건과 같이 범죄예방과 조기 범인검거를 목적으로 유죄판결을 선고받은 자로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 경우이다. 그러한 경우 디엔에이감식시료의 채취는 추가적인 법적 제재로서 새로이 기본권을 제한하는 것이다. 그리하여 그들은 전체적으로 두 번 신체의 자유 및 개인정보자기결정권을 제한받는다.

첫 번째의 경우에는 디엔에이감식시료채취영장을 발부하기 전에 채취대상자에게 의견진술의 기회를 반드시 부여할 필요가 없다. 왜냐하면 그는 나중에라도, 즉 수사의 종료 후 또는 공판절차에서 디엔에이감식시료채취영장 발부에 관해 자신의 의견을 진술할 기회를 가질 수 있기 때문이다.<sup>17)</sup> 그에 반하여 두 번째의 경우에는 사정이 다르다. 그 경우 채취대상자에게 의견진술의 기회를 부여하지 않으면, 그는 나중에 더 이상 의견을 진술할 기회를 갖지 못한다. 이때 채취대상자는 특정범죄 사건의 형사절차에서 이미 디엔에이감식시료채취영장 발부에 관해 자신의 의견을 진술할 기회가 있었기 때문에 그들에게 별도로 의견을 진술할 기회를 줄 필요가 없다고 항

죄로 유죄판결을 선고받은 자를 대상으로 디엔에이감식시료채취영장을 청구하는 경우, 그자에 대하여 진행되었던 강간사건의 수사절차 및 공판절차를 말한다.

17) Volk, 주7의 논문, 170면; Neuser, 주14의 책, 194면; Rackow, 주14의 책, 129면 이하.

변하는 것은 설득력이 없다. 왜냐하면 특정범죄 사건의 형사절차에서 채취대상자가 행한 의견의 진술은 증거의 수집을 목적으로 하는 디엔에이감식시료채취영장 발부에 관한 것이지, 장래의 범죄사건의 수사 및 형사소추에 대비하여 미리 증거를 확보할 목적으로 하는 디엔에이감식시료채취영장 발부에 관한 것은 아니기 때문이다. 그리하여 이번 사건과 같이 범죄예방 및 조기 범인검거를 목적으로 하는 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차에서는 특정범죄 사건의 형사절차에서 채취대상자가 행한 의견의 진술은 아무런 의미를 가질 수 없다.<sup>18)</sup> 그렇다면 해당 절차에서 의견을 진술하고 법원의 판단을 한번 받았다는 사정만으로 채취대상자에게 의견을 진술할 기회를 부여할 필요가 없다고 보는 것은 타당하지 않다.

### Ⅲ. 영장발부에 대한 불복절차를 마련해야 하는지 여부

#### 가. 다수의견의 논거

형사소송법상 수사기관의 청구에 의하여 발부된 압수영장이나 체포·구속영장과는 달리, 디엔에이감식시료채취영장이 발부된 경우에는 디엔에이법상 그에 대하여 불복할 수 있는 규정이 마련되지 않아 영장의 집행에 의하여 디엔에이감식시료가 채취되어 데이터베이스에 디엔에이신원확인정보가 수록되는 것을 감수할 수밖에 없고, 나아가 이러한 경우 어떠한 절차를 거쳐 그 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있는지도 불분명하다. 이에 따라 디엔에이감식시료채취영장이 집행되어 채취당한 대상자는 자신의 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록되어 범죄수사 내지 예방의 용도로 이용되는 것을 수인할 수밖에 없는 상태에 놓이게 된다.

#### 나. 소수의견의 논거

디엔에이감식시료채취 및 그 수록 등과 관련해서는 기본권의 제한의 정도가 중대

18) 같은 취지로는 Volk, 주7의 논문, 170면; Neuser, 주14의 책, 194면.

하다고 볼 수 없으므로, 영장 발부 후 반드시 그에 대한 불복절차를 두어야 하는 것은 아니다. 참고적으로 법원의 유죄판결을 받아 확정된 자에 대하여 별도의 법원의 판단 없이 법률에 의하여 추가적인 제재를 부과하고 있는 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』상 신상정보등록, 국가공무원법상 결격사유, 변호사법상 결격사유에 관한 헌법재판소 결정에 비추어 보면, 다수의 법률에서 형사처벌에 추가되어 부과되는 법적 제재에 의해 침해되는 법익이 중대한 경우에도 그 법적 제재를 위하여 재범의 위험성과 같은 요건과 엄격한 절차에 의한 법원의 판단을 받지 아니하도록 규정하고 있는데, 이러한 법률조항에 대해 헌법재판소도 헌법에 위배된다고 판단하지 아니하고 있다.

## 다. 논거의 검토

소수의견은 디엔에이감식시료채취 및 그 수록 등과 관련해서는 채취대상자가 받는 기본권제한의 정도가 중대하다고 볼 수 없기 때문에, 영장 발부 후 반드시 그에 대한 불복절차를 두어야 하는 것은 아니라고 한다. 그러나 이러한 견해에는 찬성할 수 없다. 왜냐하면 앞서 살펴본 바와 같이 채취대상자가 받는 기본권제한의 정도는 중대하기 때문이다. 그러한 한 디엔에이감식시료채취 및 그 수록 등과 관련해서는 수사절차상 대물적 강제처분이나 대인적 강제처분에 준하는 불복절차를 마련해 채취대상자의 기본권침해를 사후적으로 구제해 줄 필요가 있다. 다수의견이 예시하고 있듯이,<sup>19)</sup> 형사소송법상 수사기관의 청구에 의하여 발부된 영장에 따라 압수가 이루어진 경우 피고인은 형사재판절차에서 그 증거능력을 다투거나 형사소송법 제417조의 준항고를 제기하여 압수처분의 취소를 구함으로써, 영장 집행을 통해 수사기관이 확보한 압수물이 형사사건에서 자신에게 불리하게 이용되는 것을 저지할 기회가 있다. 또한 수사기관의 청구에 의하여 체포·구속영장이 발부된 경우에도 피의자는 체포·구속적부심사, 보석 청구 등을 통하여 자신의 체포·구속의 당부에 관하여 다시 판단해 줄 것을 요구할 수 있는 기회가 있다.

그에 반하여 디엔에이감식시료채취영장이 발부된 경우에는 디엔에이법상 그에 대

19) 헌재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합), 판례집 30-1, 21-22면.

하여 불복할 수 있는 규정이 마련되어 있지 않아 영장의 집행에 의하여 디엔에이감식시료가 채취되어 데이터베이스에 디엔에이신원확인정보가 수록·관리되는 것을 감수할 수밖에 없는 실정이다. 나아가 이러한 경우 어떠한 절차를 거쳐 그 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있을지도 불분명하다. 그리하여 다수의견이 적절하게 지적하고 있듯이,<sup>20)</sup> 디엔에이감식시료채취영장이 집행되기 전에 그 영장 발부에 대하여 불복할 수 있는 기회를 주거나, 집행된 이후에 채취행위의 위법성 확인을 청구할 수 있도록 하는 등의 실효성 있는 구제절차를 마련할 필요가 있다.

다른 한편 소수의견은 법원의 유죄판결을 받아 확정된 자에 대하여 별도의 법원 판단 없이 법률에 의하여 추가적인 제재를 부과하고 있는 사례들에 대한 헌법재판소의 결정을 예로 들면서, 채취대상자가 영장 발부에 대하여 불복하는 등의 구제절차를 두어야 하는 것은 아니라고 한다. 소수의견이 예로 든 첫 번째 사례는 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 제42조이다. 거기에 의하면 특정범죄로 유죄판결이나 약식명령이 확정된 자 및 같은 법에 따라 공개명령이 확정된 자에 대해 별도의 절차 없이 신상정보 등록대상자가 되도록 하고, 등록대상자로 하여금 기본신상정보가 변경된 경우 그 사유와 변경내용을 일정 기간 내에 제출하도록 하는 등의 의무를 부과하고 있다. 두 번째 사례는 『국가공무원법』 제33조 제1항 제5호인데, 거기에 의하면 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 기간 중에 있는 자를 임용결격사유로 삼고, 그 사유에 해당하는 자가 임용되더라도 이를 당연무효가 되는 것으로 규정하고 있다. 세 번째 사례는 『변호사법』 제5조 제2호인데, 거기에 의하면 금고 이상 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 경과한 후 2년을 경과하지 아니한 자는 변호사가 될 수 없다고 규정하고 있다.

이와 같이 다수의 법률에서 형사처벌에 추가되어 부과되는 법적 제재에 의해 제한되는 법익이 중대한 경우에도 그 법적 제재를 위해서 재범의 위험성과 같은 요건과 엄격한 절차에 의한 법원의 판단을 받지 아니하도록 규정하고 있는데, 이러한 법률조항들에 대해 헌법재판소는 헌법에 위반된다고 판단하지 않고 있다. 그리하여 채취대상자가 디엔에이감식시료채취영장 발부에 대하여 불복하는 등의 구제절차가 규정되어 있지 않다고 하더라도, 위헌이라고 단정할 수 없다는 것이다.<sup>21)</sup>

20) 현재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합), 판례집 30-1, 22면.

그러나 소수의견이 예로 제시한 사례들과 그에 대한 헌법재판소 결정을 면면히 살펴보면, 이번 사건과는 그 입법취지 및 규율 내용면에서 본질적으로 차이가 나기 때문에 서로 비교할 수 있는 대상이 아니라는 것을 알 수 있다. 이점을 조금 더 자세히 논증해 보고자 한다. 첫 번째 사례는 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 위반죄(카메라등 이용촬영죄<sup>22)</sup>, 가상 아동청소년이용음란물배포죄<sup>23)</sup>, 성적 목적 공공장소침입죄<sup>24)</sup>, 아동청소년이용음란물배포 및 소지죄<sup>25)</sup>)로 유죄판결이 확정된 자를 신상정보등록대상자로 규정한 법률조항이 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부가 심판대상인 경우이다. 두 번째 사례는 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 기간 중에 있는 자를 임용결격사유로 삼고, 위 사유에 해당하는 자가 임용되더라도 이를 당연무효로 하는 『국가공무원법』 제33조 제1항 제5호가 공무원임권을 침해하는지 여부가 심판대상이며, 세 번째 사례는 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 경과한 후 2년을 경과하지 아니한 자는 변호사가 될 수 없다고 규정한 『변호사법』 제5조 제2호가 직업선택의 자유를 침해하는지 여부가 심판대상인 경우이다. 위와 같은 사례들은 심판대상조항이 모두 실제법적 근거규정이라는 공통점을 가지고 있다. 다시 말해 이러한 사례들은 권리보호절차 내지 소송절차를 규정하고 있는 절차법 조항을 심판대상으로 하고 있는 이번 사건(영장절차조항)과 본질적으로 다르다. 그렇다면 재판청구권이 침해될 여지가 없는 사안에 관한 헌법재판소 결정을 예로 들면서, 영장절차조항에 채취대상자가 영장 발부에 대하여 불복하는 등의 구제절차를 두어야 하는 것은 아니라고 주장하는 것은 설득력이 떨어질 수밖에 없다.<sup>26)</sup>

21) 헌재 2018.8.30. 2016헌마344, 2017헌마630(병합), 판례집 30-1, 38면.

22) 헌재 2015.7.30. 2014헌마340·672, 2015헌마99(병합).

23) 헌재 2016.3.31. 2014헌마785.

24) 헌재 2016.10.27. 2014헌마709.

25) 헌재 2017.10.26. 2016헌마656.

26) 이번 사건과 그 성격이 유사한 신상정보등록 조항에 관한 헌법재판소 결정 가운데 재판청구권 침해 여부에 대한 부분을 살펴보면, 헌법재판관 전원이 동 조항은 신상정보 등록에 관한 실제법적 근거규정으로서 권리보호절차 내지 소송절차를 규정하는 절차법적 성격을 갖고 있지 아니하기 때문에, 이 사건 등록조항에 의하여 재판청구권이 침해될 여지가 없다고 결정하였음을 알 수 있다. 이에 대해서는 헌재 2014.7.24. 2013헌마423426(병합); 2015.7.30. 2014헌마340·672, 2015헌마99(병합); 헌재 2016.3.31. 2014헌마785. 그리하여 이러한 논지는 이번 사건(영장절차조항)에 대해

물론 소수의견은 형사처벌에 추가되어 부과되는 법적 제재에 의해 제한되는 법익이 중대한 경우에도 별도의 법원의 판단 없이 법률에 의해 일괄적으로 법적 제재를 부과하도록 규정하고 있는 다수의 법률조항들이 합헌이라는 점을 부각시키기 위하여, 위와 같은 사례들과 그에 대한 헌법재판소 결정을 끌어들이는 것으로 보인다. 그리하여 이번 사건과 같이 디엔에이감식시료채취영장 발부에 대하여 불복하는 등의 구제절차를 규정하지 않은 영장절차조항도 동일한 논리에서, 다시 말해 별도의 법원의 판단은 필요 없다는 논리에서 위헌이 아니라는 것이다.

그러나 범죄행위에 대해서는 일반적으로 형벌이 부과되는데 이러한 형벌과는 별도의 입법목적은 달성하기 위하여 그 형벌을 전제로 법률로 신상정보등록, 자격박탈, 당선무효, 연금제한 등과 같은 추가적 제재를 규정하는 경우가 있는데, 이것이 소수의견이 생각하는 것처럼 모두 합헌으로 정당화되는 것은 아니다. 형벌의 부과와 법률에 의한 추가적 제재는 엄연히 구별되며, 다양한 양형요소(범죄의 경중, 행위 태양, 행위자의 책임 등)에 대한 법관의 합리적 판단을 제한하여 자칫 행위에 대한 상응하는 형사책임이라는 형사법 원칙을 훼손할 여지가 높다는 점에서,<sup>27)</sup> 법률에 의한 추가적 제재로 인하여 기본권제한의 정도가 중한 경우에는 별도로 재범의 위험성과 같은 요건과 엄격한 절차에 의한 법원의 판단을 받도록 하는 입법이 헌법적으로 요청되는 것이다. 소수의견이 제시한 사례들 가운데 이번 사건과 그 성격이 유사한 신상정보등록 조항에 관한 헌법재판소 결정을 살펴보면, 결과적으로는 합헌으로 결정되었지만 위헌의견도 결코 만만치 않았다는 점<sup>28)</sup> 바로 이를 증명한다.

서도 마찬가지로 적용될 수 있을 것이다. 참고적으로 이러한 논지에 대해 비판적인 견해로는 정지훈, 성범죄자 신상정보 등록제도의 위헌성과 무용성, 저스티스(제155호), (2016/8), 142면 이하.

27) 현재 2016.10.27. 2014헌마709, 재판관 안창호의 보충의견.

28) 카메라등 이용촬영죄에 관한 헌법재판소 결정은 합헌의견 5명, 위헌의견 4명, 가상 아동청소년이용 음란물배포죄에 관한 헌법재판소 결정은 합헌의견 4명, 위헌의견 5명, 성적 목적 공공장소침입죄에 관한 헌법재판소 결정은 합헌의견 4명, 위헌의견 5명, 아동청소년이용음란물배포 및 소지죄에 관한 헌법재판소 결정은 합헌의견 7명, 위헌의견 2명이었다.

## Ⅳ. 개정입법안을 어떠한 형식으로 마련해야 할 것인지 여부

### 가. 의견진술에 대한 절차의 입법안

채취대상자가 디엔에이감식시료채취영장 발부에 앞서 자신의 법적 청문청구권을 행사하려면, 우선 영장 발부에 관하여 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있음을 고지 받아야 하며, 그 다음으로는 영장을 청구할 때 판사 앞에서 자신의 의견을 진술할 수 있는 기회를 가져야 한다. 그렇게 할 때에만 판사가 채취대상자의 의견과 소명자료를 확인·고려하여 영장 발부 여부를 결정하도록 하는 것이 절차적으로 담보될 수 있을 것이다.

실무적으로는 검사가 디엔에이감식시료채취영장을 청구하기 전에 채취대상자에게 판사 앞에서 영장 발부에 관하여 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있음을 고지하는 것이 바람직하다. 그 다음에는 판사가 영장 발부에 앞서 채취대상자에게 의견을 진술할 기회를 주면 될 것이다. 이와 같은 내용을 고려하여 의견진술에 대한 절차의 입법안을 다음과 같이 제시해 보고자 한다.

#### 〈디엔에이법 제8조(디엔에이감식시료채취영장)〉

##### ① ~ ② (생략)

③ 제1항과 제2항의 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 이 경우 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다. ③항 다음에 “채취대상자가 채취를 거부하는 경우에는 디엔에이감식시료를 채취하기 위한 영장을 청구할 때 의견을 진술하고 소명자료를 제출할 수 있음을 고지하여야 한다.”는 문구를 추가한다.

④ 제1항 및 제2항에 따라 디엔에이감식시료를 채취하기 위한 영장(이하 “디엔에이감식시료채취영장”이라 한다)을 청구할 때에는 채취대상자의 성명, 주소, 청구이유, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소 등을 기재한 청구서를 제출하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다. ④항 다음에 “이 경우 디엔에이감식시료채취영장을 청부받은 판사는 채취대상자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다”는 문구를 추가한다.

## 나. 영장발부에 대한 불복절차의 입법안

디엔에이감식시료채취영장의 발부는 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취하여 그 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록 및 관리하도록 명하는 판사의 재판을 의미하므로, 그 성격상 압수영장의 그것과 유사하다. 그리하여 채취대상자가 디엔에이감식시료채취영장의 발부에 대해 불복하는 경우에는 형사소송법 제416조 이하의 준항고 규정을 준용하는 방식이 바람직하다. 이러한 내용을 고려하여 영장발부에 대한 불복절차의 입법안을 다음과 같이 제시하고자 한다.

### 〈디엔에이법 제8조(디엔에이감식시료채취영장)〉

① ~ ⑧ (생략)

⑨ 디엔에이감식시료채취영장에 의한 디엔에이감식시료의 채취에 관하여는 형사소송법 제116조, 제118조, 제124조부터 제126조까지 및 제131조를 준용한다. ⑨항의 문구를 “디엔에이감식시료채취영장에 의한 디엔에이감식시료의 채취에 관하여는 형사소송법 제116조, 제118조, 제124조부터 제126조까지, 제131조 및 제416조부터 제419조까지를 준용한다.”고 개정한다.

## V. 결론

이번 헌법재판소 결정은 디엔에이법과 관련하여 최초로 입법부작위를 이유로 위헌결정을 내렸다는 점에서 그 의의가 있다고 본다. 종전까지만 해도 유죄판결이 확정된 자는 검사가 보낸 디엔에이감식시료 채취 출석 안내문을 받거나 전화로 이를 통보받는 것 이외에, 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차에 참여하여 자신의 의견을 진술하거나 그 위법성을 다룰 수 있는 기회를 가질 수 없었다. 그러나 이번 헌법재판소 결정을 계기로 앞으로는 유죄판결이 확정된 자를 대상으로 디엔에이감식시료를 채취하는 경우라 하더라도 그 형사절차와는 별도로 디엔에이감식시료채취영장 발부 절차에서 의견을 진술하거나 그 위법성을 다룰 수 있게 되었다.

소수의견은 채취대상자는 검사를 통해서 영장 발부에 관한 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있고, 채취대상자가 받게 되는 기본권제한의 정도가 중대하

다고 볼 수 없으며, 채취대상자는 형사절차 등 해당 절차에서 법원의 판단을 이미 받은 사람이라는 점에서, 채취대상자에게 자신의 의견을 진술할 기회를 부여할 필요가 없다고 한다. 그러나 디엔에이감식시료채취영장을 청구할 때 판사가 채취대상자의 의견을 직접 청취하는 절차가 명문화되어 있지 않은 한, 검사에 대한 촉구만으로는 채취대상자의 재판청구권을 충분히 보장한다고 보기 어렵고, 디엔에이법에는 재범의 위험성을 예측하는 규정이 없을 뿐만 아니라 한 번이라도 디엔에이신원확인 정보가 데이터베이스에 수록되면 평생 동안 그 정보를 삭제할 수 없도록 되어 있는 현실을 고려할 때 채취대상자가 받는 기본권제한의 정도는 중대하다고 보아야 하며, 채취대상자는 해당 절차에서 법원의 판단을 이미 받은 자이기는 하지만 범죄예방 및 조기 범인검거를 목적으로 하는 디엔에이감식시료채취는 추가적인 법적 제재로서 새로운 기본권 침해를 의미한다는 점에 비추어 보면, 소수의견은 타당하다고 볼 수 없다.

또한 소수의견은 형사처벌에 추가되어 부과되는 법적 제재에 의해 제한되는 법익이 중대한 경우에도 별도의 법원의 판단 없이 법률에 의해 일괄적으로 법적 제재를 부과하도록 규정하고 있는 다수의 법률조항들이 합헌이라는 점에 비추어, 이번 사건과 같이 디엔에이감식시료채취영장 발부에 대하여 불복하는 등의 구제절차를 규정하지 않은 영장절차조항도 동일한 논리에서 위헌이 아니라고 한다. 그러나 소수의견이 예로 제시한 사례들과 그에 대한 헌법재판소 결정은 모두 그 심판대상조항이 실체법적 근거규정으로서 재판청구권이 침해될 여지가 없는 사안에 대한 결정인 동시에 그 입법취지 및 규율 내용면에서도 이번 사건(영장절차조항)과 본질적인 차이점이 있기 때문에, 소수의견에 동의하기 어렵다.

입법론적으로는 검사가 디엔에이감식시료채취영장을 청구하기 전에 채취대상자에게 판사 앞에서 영장 발부에 관하여 자신의 의견을 밝히고 소명자료를 제출할 수 있음을 고지하고, 판사는 영장 발부에 앞서 채취대상자에게 의견을 진술할 기회를 주는 방식이 바람직하다. 다른 한편 채취대상자가 디엔에이감식시료채취영장의 발부에 대해 불복하는 경우에는 형사소송법 제416조 이하의 준항고 규정을 준용하는 방식이 바람직하다.

## 참고문헌

### 〈국내문헌〉

#### 논문

- 변종필, 형사사송과 법적 청문, 인권과 정의(제345호), (1997/1)
- 장석조, 공정한 재판을 받을 권리 - 법적 청문청구권을 중심으로 -, 재판자료(제76집), (1996)
- 정지훈, 성범죄자 신상정보 등록제도의 위헌성과 무용성, 저스티스(제155호), (2016/8)
- 정철, 청문권의 헌법적 수용가능성, 공법학연구(제8권 제3호), (2008)
- 조성용, 체포·구속적부심사절차에서의 기록열람·등사권, 법조(제54권 제6호), 법조협회 (2005)
- 조성용, 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』에 관한 헌법재판소 결정(2011 헌마28)에 대한 비판적 검토, 인권과 정의(제446호), (2014/12)
- 한수웅, 헌법상 알권리, 법조(제51권 제8호), 법조협회(2002)
- 한수웅, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총(제10집), (1999)

### 〈외국문헌〉

- Krause, DNA-Identitätsfeststellung gemäß§81g StPO,§2 DNA-IFG, in: FS für Peter Rieß, 2002
- Meyer-Großner/Schmitt, Strafprozessordnung, 57. Aufl., 2014
- Neuser, Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zwecke der DNA-Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren, Nomos, 2004
- Rackow, Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz und seine Probleme, Peter Lang, 2001.
- Senge, Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA-Analyse, NJW 1999
- Volk, Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung(DNA-Identitätsfeststellung) - Anspruch und Wirklichkeit, NStZ 1999

## Zur Verfassungswidrigkeit des Anordnungsverfahrens der DNA-Körperzellenentnahme

Cho, Sung-yong

In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob der Betroffene vor der Anordnung der Körperzellenentnahme bzw. der molekulargenetischen Untersuchung angehört werden muss. Zum Teil wird vertreten, dass es einer Anhörung des Betroffenen nicht bedürfe. Einige Verfassungsgerichtsrichter begründen dies einerseits damit, dass die richterliche Anordnung der Körperzellenentnahme für den Betroffenen noch keine nachteilige Verwertung von Tatsachen oder Beweisergebnissen beinhaltet, die eine Anhörungspflicht auslöst. Andererseits begründen sie es damit, dass die Erstellung des DNA-Identifizierungsmusters auch der Entlastung eines Tatverdächtigen dienen kann.

Dieser Einschätzung kann nicht gefolgt werden. Die Beschaffung von Beweismitteln, die zu einer später Überführung des Betroffenen beitragen kann, stellt stets eine nachteilige Verwertung von Tatsachen dar. Der Grundrechtsbeeinträchtigung wird nur hinreichend Rechnung getragen, wenn der Betroffene zuvor angehört wird. In dem zukünftigen Gesetzgebungsverfahren könnte die Anhörung bereits durch die Staatsanwalt – zeitgleich mit der Antragstellung beim Amtsrichter – in die Wege geleitet werden. Sie könnte dem Betroffenen mitteilen, dass ein Antrag nach §8 des koreanischen DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes gestellt wurde und ihm Gelegenheit geben, hierzu innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber dem Gericht Stellung zu nehmen.

Im Regelfall werden die Anordnung zur Körperzellenentnahme und die Anordnung der molekulargenetischen Untersuchung der Körperzellen gleichzeitig ergehen. Gegen derartige Beschlüsse des Amtsrichters ist dann die einfache

Beschwerde gemäß §416 bis 419 StPO zu demjenigen Oberlandesgericht gegeben, dessen Amtsrichter den angefochten Beschluß erlassen hat. Erging die Anordnung zum Beispiel (unzulässigerweise) durch den Amtsrichter, so ist die einfache Beschwerde gegeben.

❖ Key word: Körperzellen, DNA-Identifizierungsmuster, rechtliche Anhörung, Die Gelegenheit zur Stellungnahme