

# 워크숍



## 디엔에이 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 무엇이 문제인가

일시 | 2012년 2월 22일(수) 오전 10시

장소 | 국회 의원회관 128호

주최 ─ 통합진보당 이정희 의원, 민주사회를위한변호사모임, 시민과학센터,  
용산참사 진상규명 및 재개발제도개선위원회, 인권단체연석회의,  
전국금속노동조합 쌍용자동차지부, 진보네트워크센터, 천주교인권위원회

# 순서

---

## ■ 사회

김환석 교수 (국민대학교 사회학과, 시민과학센터 소장)

## ■ 발표

[발표1] DNA법의 문제점과 위헌성 검토 03  
이호중 교수 | 서강대 법학전문대학원, 천주교인권위원회

[발표2] DNA DB의 특징과 문제점 24  
김병수 박사 | 시민과학센터

[발표3] 독일의 디엔에이 분석개정법의 내용과 문제들 33  
최민영 연구원 | 한국형사정책연구원

## ■ 토론

[토론1] DNA 신원확인법은 누구를 위하여 존재하는가? 44  
남명진 교수 | 가천대 생명과학과

[토론2] DNA법에 관한 토론 47  
류제성 변호사 | 민주사회를위한변호사모임

[토론3] DNA 데이터베이스와 정보인권 48  
장여경 활동가 | 진보네트워크센터

---

## DNA법의 문제점과 위헌성 검토

이호중 교수 | 서강대 법학전문대학원, 천주교인권위원회

### I. 서론

「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하 DNA법'이라 한다)이 2010.7.26.부터 시행되고 있다. 우리나라에서는 1991년 국립과학수사연구소(현 국립과학수사연구원) 생물학과 내에 유전자분석실을 설치한 것을 시작으로 DNA감식이 범인의 신원확인을 위한 수사기법의 하나로 활용되어 왔다.<sup>1)</sup> 개별 사건에서 행해지는 DNA감식은 범죄혐의자의 DNA시료를 채취하여 그 감정결과를 범행현장이나 피해자의 신체 등에서 채취한 DNA시료의 감정결과와 대조하여 동일성을 확인하는 수사방법이다. 특별한 법적 근거가 없는 상태에서 이러한 개별 사건의 DNA수사는 형사소송법상 압수수색 및 검증절차의 일환으로 규율되어 왔다.<sup>2)</sup> 그런데 새로 제정된 DNA법은 개별 사건에서 DNA 검증절차를 규율하는데 목적이 있는 것이 아니라, 특정범죄의 수형인이나 구속피의자로부터 유전자정보를 강제취득하여 데이터베이스화하는데 목적이 있다. 유전자정보의 데이터베이스를 구축하여 필요한 때에 언제든지 데이터베이스에 수록된 특정인의 유전자정보를 검색하여 범인검거 등 수사에 활용할 수 있도록 한다는 것이 핵심이다.<sup>3)</sup>

정부에서 유전자정보의 데이터베이스를 구축하려는 움직임은 이미 1994년경부터 시작되었다. 1994년 경찰과 검찰은 각각 유전자정보은행의 설치를 위한 법안을 마련하여 입법을 추진한 적이 있다.<sup>4)</sup> 그러다가 2000년대에 들어서면서 흉악범죄에 대한 사회적 여론을 등에 업고 DNA법의 제

1) 최용석, “경찰수사에서 DNA의 활용성 : ‘더 이상 살인의 추억은 없다’”, 한국형사정책학회 2011년 추계학술회의 자료집(2011.12.3.), 18면.

2) 개별 사건의 수사에서 DNA감식의 법적 근거에 관한 견해대립에 대해서는, 조성용, “형사소송법상 DNA지문감식의 허용과 한계”, 형사정책연구 제15권 제2호, 2004, 69-106면 참조.

3) 조성용, “범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰”, 고려법학 제49호, 2007, 991-994면.

정이 탄력을 받게 되었다.

이 법의 입법취지에 대하여 법무부는 ① 살인 강간 등 흉악범의 조기 검거로 추가 피해자 양산 방지, ② 뛰어난 범인식별력 때문에 범인으로 하여금 추가 범행을 자제하게 하여 범죄예방에 탁월한 효과, ③ 조기에 무고한 수사대상자를 배제할 수 있고, 기존 수형인들 중 억울한 피해자에 대한 구제가 가능하여 국민의 인권보호에 크게 기여할 것이 기대된다고 밝힌 바 있다. 소위 ‘예방적 범죄투쟁’의 기초가 읽히는 대목이다. 한편 DNA법의 제정에 대하여 인권단체 진영에서는 DNA정보의 민감성과 오남용의 위험성을 강조하면서 DNA 데이터베이스의 구축에 대한 반대의 목소리를 높여 왔지만, 법제정을 막는데에는 역부족이었다.

이제 인권법적 사움의 무대는 헌법재판으로 이동하였다. 이미 DNA법의 위헌을 주장하는 헌법소원이 여러건 제기되었다. 그 중에는 쌍용자동차 파업에 참가하였다가 폭처범위반 등으로 처벌된 사람과 용산참사사건의 재판에서 유죄판결이 선고된 4명이 철거민이 제기한 헌법소원 사건도 있다. 이 글은 DNA법의 위헌성을 논증하는데 목적이 있다.

## II. 유전자정보의 데이터베이스 구축 : DNA법의 목표와 정책적 함의

### 1. DNA법의 목적은 정당한가 : 수사의 효율성 vs. 인권

DNA법은 구속피의자나 수형인등으로부터 DNA감식시료를 채취하고 그로부터 획득된 DNA신원확인정보를 데이터베이스화하여 검색에 제공하도록 그 대상과 절차를 규정하고 있지만, 정작 DNA정보의 수집과 저장 및 이용이 어떤 목적에 봉사하는 것인지에 대해서는 명확하게 규정하지 않았다. 단지 제1조에서 이 법은 디엔에이신원확인정보의 수집 이용 및 보호에 필요한 사항을 정함으로써 범죄수사 및 범죄예방에 이바지하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있을 뿐이다. 법의 규정내용에 비추어 보면, 그리고 개인정보의 수집목적은 가능한 한 엄격하게 해석해야 한다는 점을 염두에 두고 보면, DNA법에 의한 DNA감식시료의 채취와 감식 그리고 그로부터 획득된 DNA신원확인정보의 데이터베이스 구축은 장래의 범죄수사를 목적으로 하는 것이라고 보아야 한다. 장래의 범인검거와 형사소추의 효율성 확보가 DNA법의 목적이다.

#### 가. 목적의 정당성을 근거지우는 논거들

---

4) 경찰청은 1994년 9월 유전자정보의 데이터베이스를 국립화학수사연구소 내에 설치하는 내용의 「유전자자료은행의 설치 및 운영에 관한 법률안」을 마련하였으며, 같은 시기에 검찰도 독자적으로 「유전자정보은행 설립에 관한 법률안」을 마련하여 입법을 추진하였다. 유전자정보은행을 자기 기관에 설치하려는 경찰과 검찰은 그 시절부터 시작되었다.

5) “「디엔에이 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(안) 입법예고”, 법무부 보도자료.

DNA신원확인정보의 수집과 이용이 장래의 범죄수사와 형사소추'를 위한 것이라면 그 이익과 유용성이 시민들이 향유하는 개인정보 자기결정권에 대한 침해를 정당화시킬 수 있는가를 검토하는 것이 중요하다. 헌법은 국가의 기본권보장의무를 규정하고 있는 한편으로, 법률유보의 원칙과 과잉금지 원칙 하에 기본권제한의 가능성을 용인한다.

경찰청은 헌법재판소에 제출한 의견서에서 과잉금지원칙 특히 목적의 정당성 및 법익균형성 원칙과 관련하여 다음과 같은 8가지 논거를 펼치고 있다:<sup>6)</sup>

① 증가하는 강력범죄에 대응하기 위해서는 DNA 데이터베이스의 구축이 필요하고 실제 DNA를 통하여 다수의 미제 강력사건이 해결되었다. 서울지방경찰청의 경우 2010.7.26. DNA법 시행 이후 2011.8.17.까지 검거된 피의자의 DNA를 채취, 대조하여 미제로 남았던 강력사건 506건을 해결했다고 한다.<sup>7)</sup>

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 데이터베이스구축의 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 범인검거가 가능할 것이라고 한다.

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

⑤ 지문대조 등 다른 신원확인 방식에 비하여 DNA 확인은 범인식별기능이 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 인권보호기능을 한다. 무고한 용의자를 조기에 수사에서 배제할 수 있게 되므로 시민의 인권보호에 기여할 뿐만 아니라, DNA 대조를 통해 억울하게 유죄판결을 받은 사람이 재심을 통해 구제될 수 있도록 기여한다는 것이다.<sup>8)</sup>

⑦ DNA 데이터베이스에 입력되는 자료는 암호화한 코드라는 점에서 실제 침해되는 사익이 크다고 할 수 없다. DNA 데이터베이스에 수록되는 DNA신원확인정보는 DNA 염기서열 중 코드화

6) “2011헌마326 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 헌법소원 사건에 대한 경찰청장 의견서”(2011.10.21.), 78-89면.

7) 2011.8.17. 서울지방경찰청 브리핑자료.

8) 미국의 ‘innocent project’가 대표적인 예이다. 이 프로젝트는 억울함을 호소하는 재소자들(사형수까지 포함하여)을 대상으로 하여 사건 당시의 증거물에서 DNA시료를 채취하여 범인의 DNA 정보와 비교함으로써 억울하게 유죄판결을 받아 복역중인 사람들을 구제하고자 하는 활동이다. 지금까지 사형수 16명을 포함하여 215명의 무고함을 밝혀냈다고 한다.

되지 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 십지문의 채취 및 보관에 관한 헌법재판소의 합헌결정<sup>9)</sup>을 언급하면서, 국민의 정확한 신원확인을 위한 제도라는 점에서 지문채취와 DNA 정보의 취득은 유사하기 때문에 헌법재판소가 말한 바, 분단국가로서의 국가안보유지의 필요성이라는 차원도 고려해야 한다고 주장한다.

#### 나. 고려해야 할 요소 내지 의문

- DNA 감식의 유용성이 과대포장되어 있다는 점
- DB의 효용성 문제
- DNA DB의 효과 중 하나로 무고한 수사대상자를 조기에 배제할 수 있다는 논거의 오류

## 2. 감시국가와 위협관리 형사정책의 문제

### 가. 감시국가화 우려의 단초들

1) DNA신원확인정보가 단지 비코드화된 영역의 분석이기 때문에 개인의 인격에 관한 정보를 담고 있지 않다는 점은 형사사법기관이 개인식별을 위하여 개인의 DNA신원확인정보를 보유할 수 있다는 중요한 근거의 하나였다. 그러나 오늘날의 연구에 의하면 junk DNA'는 개인의 생물학적 상태나 인격에 관한 유전정보를 포함하지 않는다는 명제는 더 이상 지지되기 힘들다. 코드화되지 않은 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.<sup>10)</sup> 사정이 그러하다면 DNA신원확인정보의 데이터베이스화는 중국에는 범죄행위나 사회적으로 위험한 행동을 할 가능성이 높은 '위험한 인물'을 유형화하는 방향으로 발전될 가능성이 크다는 점을 의미한다.<sup>11)</sup>

9) 헌재 2005.5.26. 선고 99헌마513, 2004헌마190 결정 : “첨언하자면, 법은 현실여건의 바탕 위에서 그 시대의 역사인식이나 가치이념을 반영하고 있는 것이므로, 어느 특정한 법이 뿌리박고 있는 정치·경제·사회적인 현실과 역사적 특성을 무시하고 헌법의 순수한 일반이론에만 의존하여서는 그 법에 관련된 헌법문제에 대하여 완전한 이해와 적절한 판단을 할 수 없다고 할 것인바(헌재 1996. 12. 26. 90헌마19등, 판례집 8-2, 729, 757), 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.”

10)

11) Simoncelli, Tania, “Dangerous Excursion : The Case Against Expanding Forensic DNA Databases to

이미 미국과 영국에서는 DB에 수록된 DNA 정보와 범죄현장에서 발견된 DNA정보를 매칭시키는 과정에서 컴퓨터기술의 도움으로 완전하지는 않지만 상당히 유사한 친족관계에 있는 자의 DNA정보를 검색할 수 있으며 이를 범인검거에 적극적으로 활용하고 있다.<sup>12)</sup>

2) DNA DB의 지속적 확장가능성을 주목해야 한다. DNA 감식이 범인검거 및 범죄사건의 해결에 중요한 역할을 한 사례가 늘어가면서, 세계 각국은 효과적인 범죄투쟁을 명목으로 DNA 정보의 데이터베이스화를 추진해 왔다. 영국의 경우 일찌감치 1994년 Criminal Justice and Public Order Act에 의하여 DNA 정보의 수집과 데이터베이스에 관한 법적 근거를 마련하였다. 1995년 영국에서 설치된 DNA DB(National DNA Database)는 세계 최초의 것이었다. 영국에서는 모든 전과기록범죄(recordable crime)로 경찰에 체포된 피의자 및 유죄가 확정된 자로부터 DNA 정보 수집이 가능하도록 규정하고 있다.

미국의 경우 최근 10여년의 역사에서 DNA DB의 폭발적인 확장을 목격할 수 있다. 1990년대 초반만 해도 미국 각 주에서는 DNA DB는 처음 성폭력범죄 등 일부 폭력범죄의 유죄판결을 받은 자로 한정되어 있었다.<sup>13)</sup> 각 주의 데이터베이스는 1994년 DNA신원확인법(DNA Identification Act)에 의하여 CODIS(Combined DNA Identification System)라는 연방시스템으로 서로 연결되어 있다. 그런데, 2000년대에 들어서면서 대부분의 주에서는 중죄(Felony)로 유죄판결을 받은 사람을 대상으로 DNA 정보수집이 가능하도록 정보수집대상이 급속도로 확대되었다. 2011년 현재 50개 주 모두 중죄로 유죄판결을 받은 모든 사람의 DNA 샘플이 채취되고 있다.

미국에서 가장 드라마틱한 DNA DB 확장을 엿볼 수 있는 대목은 유죄판결을 받은 자 외에 체포된 피의자를 DNA시료채취의 대상으로 삼기 시작했다는 점이다.<sup>14)</sup> 사실 미국에서는 2004년 경까지만 해도 피의자로부터 DNA 정보를 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 DNA 정보는 제한없이 DB를 통해 검색에 활용될 수 있다. 미연방은 2009년부터 중죄로 체포된 모든 피의자에 대하여 DNA 샘플채취 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 12개에 이르고 있다.

---

Innocent Persons”, 34 J. L. Med. & Ethics 390, 392 (2006).

12) Greeley, et al., “Family Ties : The Use of DNA Offender Databases to Catch Offenders’ Kin”, 34 J. L. Med. & Ethics 248, 251 (2006).

13) 미국의 주 중에서는 버지니아주가 1989년 처음으로 DNA 데이터베이스를 운영하였다고 한다.

14) Eiler, Ashley, “Arrested Development : Reforming the Federal All-Arrestee DNA Collection Statute to Comply With the Fourth Amendment”, 79 Geo. Wash. L. Rev. 1201, 1206-1208 (June, 2011).

장래의 효율적인 범죄투쟁을 목표로 하는 한, DNA DB의 자기확장은 분명하게 예견될 수 있는 것이다. 또한 데이터베이스에 저장된 DNA 정보의 양이 많을수록 데이터베이스의 실효성은 커질 것이라는 점에서 감시와 통제 목적의 DB는 언제나 자기확장성을 갖고 있기도 하다. 문제는 이처럼 국가가 개인의 DNA 정보를 광범위하게 수집하려는 욕망과 경향을 유효하게 통제할 수 있는 수단을 갖고 있는가 하는 점이다.

3) 한편, DNA 정보의 수집과 이용은 점차 형사소추 대비에서 위험통제로 무게중심이 이동해 가는 모습도 엿볼 수 있다. 미국의 경우 이러한 경향은 2001년 9.11. 테러 이후에 확실하게 감지되고 있다. 예를 들어, 2003년에 디트로이트 지역에 거주하는 이라크출신 미국인 5,000여명에 대하여 FBI는 DNA 시료의 채취를 시도하였다. 그들에게 구체적인 범죄혐의가 있는 것은 아니었음에도 FBI는 그들을 DNA 시료채취의 대상으로 “초대”하였다.

4) 또한 시민의 개인정보를 수록한 수많은 DB가 연계 내지 결합될 수 있다는 점에도 주목해야 한다. 우리나라의 경우 이미 전국민의 주민등록제도에 의하여 개인정보호가 체계적으로 수집되고 있을 뿐만 아니라, 17세 이상의 국민들의 지문정보가 데이터베이스화되어 경찰에 의하여 관리되고 있다. 여기에다 DNA DB까지 더하면 국가는 시민들에 대한 개인정보를 엄청난 수준에서 보유하게 되는 것이다. 게다가 CCTV 정보들, 경찰이 손쉽게 확보할 수 있는 위치정보 등등이 존재한다.

개인정보를 수집하고 저장한 다양한 데이터베이스가 상호 연계되고 결합될 수 있다는 것은 단지 국가가 보유하는 개인정보의 양이 증대한다는 것에 그치지 않는다. 다양한 DB의 연계를 통하여 국가는 개인정보를 분류하고 분석함으로써 고차원의 정보권력을 창출하게 된다는 점에 감시국가의 진짜 위험이 있다.

#### 나. 위험통제정책의 사회적 맥락

##### 1) 공포의 정치화

정부와 언론은 일부 극단적인 흉악범죄 사건을 교묘히 활용하는 경향이 있다. 아동성폭력범죄를 예로 들면, 정부와 언론은 “어느 날 낯선 성인이 나타나 연약한 아동을 상대로 하여 흉악하고 파렴치한 범행을 저지른다”는 이미지를 지속적으로 만들어낸다. 그러나 이는 매우 극단적인 사례일 뿐이다. 실제 아동성폭력의 70-80% 정도는 이웃주민, 친척, 친구나 선후배 등 아는 사람에 의해 발생하고 있다. 정부와 일부 언론은 이러한 아동성폭력의 실상을 철저히 외면하면서 일부 극단적인 아동성폭력사건을 이용하여 왜곡된 범죄이미지를 지속적으로 재생산하고 있다.

이처럼 극단적인 사례에 집중하게 되면, 범죄현상에 관하여 시민들에게 잘못된 관념을 심어주게 된다. 대다수의 아동성폭력범죄가 아는 사람에 의하여 발생하고 있고 청소년 또래에 의한 아동성폭력이 매우 심각함에도 불구하고 이러한 실상을 외면한 채로 정부와 언론은 아동성폭력범죄자는 위



험한 성향을 지닌 낯선 성인”이라는 식의 왜곡된 범죄이미지를 구축한다. 이를 통해 시민들 사이에서 치안에 대한 불안과 공포가 확산되고, 이것은 공권력을 강화하여 안전을 지켜달라는 요구로 나타난다.

그 과정에서 어느덧 우리는 누군가에 대해 아무런 거리낌없이 위험한 인물’이라는 비난과 낙인을 가하는데 익숙해져 버렸다. 일부에서는 흉악한 강력범죄를 저지른 사람에 대해 악마’니 짐승’이니 하는 표현을 써가면서 인간으로 대우해 줄 가치조차 없는 존재라고 극단적인 비난을 쏟아낸다. 극단적인 예이지만, 사형폐지의 대안으로 절대적 종신형을 이야기하면 흉악범죄자들을 평생토록 교도소에서 먹여주고 채워주는 것도 세금이 아깝다는 식으로 대꾸하기도 한다.

지난 몇 년 사이에 사이코패스’라는 용어가 유행처럼 번진 적이 있다. 사이코패스’라는 개념은 자신의 욕망과 이익을 위해서 아무런 거리낌이나 죄의식 없이 타인에게 위해를 가하는 매우 위험한 인물’의 상징처럼 사용되고 있다. 흉악한 범죄를 저질렀다고 하여 선불리 사이코패스로 진단하는 것도 위험하지만, 사이코패스라는 꼬리표를 부착하여 도무지 치료와 교정도 되지 않는 위험한 인물’로 낙인찍고 그 위험성 때문에 무조건 사회에서 배척해야 한다는 담론이 더 문제이다.

사람들의 관념이 많이 변화하고 있는 것이다. 여기에서 우리가 주목해야 할 점은 위험’과 안전’이라는 코드이다. 범죄에 관한 왜곡된 이미지는 한결같이 위험’ 코드가 내장되어 있다.

## 2) 위험’ 코드에 대한 분석

### 가) 피해자’의 이름으로 선과 악의 이분법적 대비

오늘날 형사정책은 피해자보호’의 관념과 밀접하게 결합되어 있다. 피해자를 보호하기 위해서는 범죄자에 대한 강력한 통제와 감시정책이 필요하다는 식이다. 이는 흔히 선과 악의 이분법적 대비로 나타나게 되는데, 위험한 범죄자’와 선량한 피해자’를 대비시키는 방식이다.

이러한 이분법적 대비는 범죄문제를 오로지 개인도덕적 차원으로 이해하도록 유도한다. 그럼으로써 범죄의 원인이 되는 경제적 불평등의 문제, 빈곤의 문제, 사회적 소외의 문제 등 사회구조적 문제와 성에 관한 왜곡된 관념 등 문화적 요인을 철저히 외면하는 담론이 형성되고 있다.

그런데 여기에서 말하는 피해자’는 실제 범죄피해를 당해 고통을 감내해야 하는 피해자를 말하는 것이 아니라, 그저 잠재적 피해자’를 지칭하는 것에 불과하다. 이는 결국 모든 선량한 시민을 이분법적 구도 속에서 피해자로 등치시키는 전략이다. 선량한 대다수의 시민과 대비되는 위험한 범죄자’의 이미지를 구축하고 그러한 사람들에게 대한 지속적인 감시와 배제정책을 통해 재범을 저지르지 못하게 한다는 것이 피해자보호정책의 이름으로 정당화되고 있는 셈이다.

이런 맥락에서 피해자보호의 담론은 결국에는 위험통제’ 내지 위험관리’의 코드와 결합한다. 위험한 범죄자’로부터 시민의 안전을 지켜야 한다는 명분 하에 국가의 감시와 통제권력을 본격적으로 강화하는 정책이 정치적 정당성을 얻게 된다. 전자발찌, 신상공개, 치료감호제나 보호감호제 등 위험관리정책이 새로운 형벌정책으로 등장하고, 전통적인 형벌인 징역형이나 사형은 위험한 범

죄자를 사회로부터 장기간 격리시키는 수단으로 인식된다.

#### 나) 피해”와 위험” 코드의 확산

신자유주의 경제질서는 기본적으로 사회의 불안정성과 예측불가능성을 엄청나게 증폭시키고 있다. 시장의 구조적 폭력에 무기력하게 노출된 시민들의 입장에서는 자신에게 피해를 줄 우려가 있는 주변의 불안정성요소들을 통제하고자 하는 욕구가 강해지고 이것이 오늘날 피해” 내지 위험” 코드가 확산되는 배경이 되고 있다.

이에 대응하여 신자유주의 법담론은 개인책임의 원리”를 강화하는 방향으로 발전하였다. 본래 자유주의 이념에 근거한 근대법담론에서 개인책임의 원리는 자율적 의사결정능력을 가진 주체들의 이성적 판단에 대한 믿음에 기반한 것이었던 반면에, 오늘날 법담론 속에서 개인책임의 원리는 이와는 좀 다른 맥락과 양상을 지니고 있다. 신자유주의 하에서 개인책임의 원리는 신자유주의 경제 질서의 불안정성과 예측불가능성에서 초래되는 위험을 개별 주체들에게 전가하여, 개인들이 그 위험을 스스로 감수하고 법질서가 허용하는 테두리 안에서’ 그에 대한 대비를 스스로 마련하도록 요구하는 원리로 자리잡고 있다. 법질서의 허용범위를 벗어나서 시장질서에 위협을 가하거나 타인의 안전에 위협을 가하는 도전은 허용되지 않는다. 소위 법질서 이데올로기’와 무관용원칙’은 이러한 맥락에서 형사사법담론의 코드로 내장되고, 이는 범죄가 사회구조적 조건이나 권력적 비대칭성 등과는 무관하게 오로지 개인의지의 결과일 뿐이라는 관념, 그리고 사회질서를 유지하기 위해서는 법 질서를 위반한 개인을 엄격하게 처벌하고 범죄자가 공동체에 끼칠 수 있는 위험을 철저히 통제 해야 한다는 관념 위에서 작동한다.

이러한 배경에서 일반 시민들은 (사적) 안전에 대한 욕구가 증가하게 되고, 자신의 안전을 위협하는 소위 위험한 범죄자”에 대한 엄격한 감시와 사회적 배제를 요구하게 된다. 범죄를 낳는 사회 구조적 문제를 도외시하고 범죄를 오로지 개인의 잘못(개인의지의 문제)으로 간주하고 엄격한 처벌 및 사회적 격리를 정당화하는 법담론이 이에 조응하고 있다. 더불어 공동체의 자율성과 공공성의 영역이 점점 더 파괴되고 왜소해진 개인들은 자신의 안전을 국가 형벌권에 의존하려는 경향이 한층 강화된다.

이는 다음의 두가지 현상을 동반하는 것으로 보인다. 첫째, 이제 형사사법은 신자유주의 시장질서의 자율성에 대한 무한한 신뢰를 전제로 하여 시장 내부 혹은 외부에서 가해지는 불안정성의 요소들을 통제하는 역할을 수행한다. 이러한 맥락에서 국가의 형벌권력은 신자유주의 질서에 대한 불안정성을 증대시키는 위협의 정도에 따라 통제되어야 할 행위를 선별하게 된다. 둘째, 법치주의”는 국가권력의 남용을 통제하는 원칙으로서의 기능을 상실하고 반대로 개개인이 시장질서에 적응하기 위하여 지켜야 할 원칙, 그리고 법규범을 위반한 개인에 대한 철저한 응징과 통제를 정당화하는 원리로 변질된다.

#### 다) 위험감시정책의 확산

오늘날 형사정책의 핵심은 분명 “위험관리”를 지향하고 있다. 단지 엄정한 처벌을 추구하는 것이 아니다. 사회의 불안정성을 증대시키는 “위험한 인물”에 대한 통제를 위하여 국가의 감시 및 통제 권력을 총체적으로 강화하는 것이 형사정책의 핵심이다. 전자발찌, 신상공개 등이 대표적인 위험관리 전략이며, CCTV감시의 강화라든가 범죄자에 대한 DNA 정보 데이터베이스 등이 그러한 배제 정책을 지원하고 있다.

국가의 감시 및 통제권력의 확대는 “위험한 인물 내지 집단”에 대한 사회적 이미지를 구축하게 마련이다. 이를 통하여 사회 전반적으로 복종과 강제 의 권력을 일상화할 위험을 안고 있다는 점이 심각한 문제이다. 인간의 존엄성과 인권 전반에 대한 총체적 말살의 위험은 바로 여기에서 출발한다. 우리가 국가형벌권의 과도한 확장에 대하여 “인권의 후퇴”를 말한다면 이 지점이 핵심이 되어야 할 것이다.

이미 우리는 수많은 감시체계가 작동하는 세상에 살고 있다. 감시시스템은 시민에 대한 권력적 복종과 배제의 전술을 확장시키는 모태가 된다. 감시를 통하여 축적된 정보는 결국에는 분석되고 분류·체계화될 것이다. 그렇게 축적된 정보를 이용하여 사람들의 행동을 분석하고 이를 통해 소위 “위험한 인물”의 유형이 만들어지고 그 위험도가 측정되며, 위험한 인물이나 집단에 해당하는 사람에 대한 통제와 감시는 더욱 강화될 것이다. 감시권력의 속성은 분류를 통한 통제에 있다. 분류는 예측과 재단을 통하여 시민들에 대한 차별적 통제를 정당화하게 마련이다. 이것은 민주주의와 인권 담론의 사회적 기반을 붕괴시킬 수 있는 대단히 위험한 길이다.

#### 라) 정치적 대응과 법적 논증

위와 같은 상황인식이 주효하다면, DNA법의 제도적 내용 하나하나에 대한 단편적인 대응만으로는 한계가 있음이 분명하다. 위험통제를 지향한 감시정책이 범죄예방에 비효율적이라는 반론도 더 이상 의미있는 테제가 될 수 없을 듯하다. 신자유주의 질서 하에서 “피해”와 “위험”의 코드로 무장한 형사사법의 담론은 국가의 감시권력의 총체적인 확대와 차별적 적용을 정당화하고 이것이 결국에는 민주주의와 인권의 위기를 가져오는 것은 분명해 보인다. 이에 대해 비판적으로 대응하는 법담론 역시 보다 근본적인 지점을 향해야 할 듯싶다.

### III. DNA법의 위헌성

#### 1. 무죄추정의 원칙 위반

DNA법은 적용대상범죄로 구속된 피의자와 치료감호법에 의해 보호구속된 치료감호대상자, 그 범죄로 유죄가 확정된 수형인 등으로부터 DNA감식시료의 채취 및 감식, DNA신원확인정보의 데

이터베이스 저장을 규정하고 있다(제5, 6조 및 제10조). 그런데 구속피의자의 경우에는 아직 유죄 판결이 확정되지 않은 자라는 점에서 무죄추정의 원칙 위반의 문제가 제기될 수 있다. 그리고 수형인 등의 경우에도 장래에 있을 수도 있는 범죄에 대한 형사소추의 효율성을 확보하기 위하여 DNA 감식을 허용하는 것이기 때문에 이들을 잠재적 범죄자로 취급한다는 점에서 역시 무죄추정의 원칙 위반의 문제가 도사리고 있다. 대법원은 DNA법의 입법과정에서 무죄추정의 원칙과 관련하여, 아직 유죄판결이 확정되기 이전단계인 피의자로부터 DNA 감식시료를 채취하는 것과 당해 사건도 아닌 장래의 범죄수사를 위한 자료를 확보하기 위해 강제수사를 하는 것은 위헌의 소지가 있다는 의견을 보인 바 있다.<sup>15)</sup>

경찰청은 11헌마326 헌법소원사건에 관해 헌법재판소에 제출한 의견서에서, DNA 시료를 채취하는 것은 재판이나 형의 집행이 아니므로 무죄추정원칙과 직접적인 연관성이 전혀 없다”고 하면서 이 사건 법률은 단지 수형자 및 구속피의자로부터 DNA를 채취하는 것에 불과하고, DNA채취 및 DNA 정보 보관행위가 바로 당사자의 신체의 자유를 제약하거나 특히 피의자에 대하여 아직 발생하지 않은 장래 범죄에 대하여 유죄의 예단을 가지게 만든다고 보기는 어렵”다고 주장하고 있다.<sup>16)</sup> 그러면서 기껏해야 DNA 정보의 남용으로 인한 불법수사의 우려가 있을 수 있지만, 그것은 무죄추정의 원칙과 상관없는, 위법수사의 문제일 뿐이라고 강변하고 있다. 대한변호사협회도 DNA 감식시료를 채취하는 것 자체는 피의자를 범죄자로 취급하는 것은 아니라는 점, 이미 종래에 수사단계에서 피의자에 대한 지문채취도 허용되고 있다는 점에서 무죄추정의 원칙에 위반되지 않는다는 입장을 피력한 바 있다.<sup>17)</sup>

#### 가. 구속된 피의자의 경우(제5조)

무죄추정의 원칙은 형사절차의 피의자 및 피고인은 언제나 불리한 처지에 놓여 인권이 유린될 위험이 있기 때문에 유죄의 확정판결이 있기 전까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 일정한 불이익이 가해지더라도 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 헌법이념을 반영하고 있다.<sup>18)</sup>

피의자의 구체적인 범죄혐의를 근거로 하여 그의 DNA시료를 채취하여 범행현장에서 발견된 DNA정보와 대조하는 것은 형사소송법상의 압수 수색 검증으로 허용된다고 말할 수 있다. 그렇지

15) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안」에 대한 대법원 검토의견(2009.11.). (이한규, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 검토보고”, 국회 법제사법위원회, 2009.11., 14면에서 재인용)

16) “2011헌마326 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 헌법소원 사건에 대한 경찰청장 의견서”(2011.10.21.), 95-96면.

17) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안」에 대한 대한변호사협회 검토의견(2009.11.). (이한규, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 검토보고”, 국회 법제사법위원회, 2009.11., 14면에서 재인용)

18) 헌법재판소 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정 ; 1992.1.28. 선고 91헌마111 결정 등 참조.

만, DNA법에서 무죄추정의 원칙과 관련하여 문제가 되는 것은 구속된 피의자로부터 채취한 DNA 감식시료를 분석하여 DNA신원확인정보를 데이터베이스에 수록하고 이를 다른 범죠헌장에서 발견된 DNA 정보와 무작위로 대조할 수 있게 허용한다는 점에 있다.

구속되어 DNA 정보를 채취당한 피의자의 입장에서 보면, 장차 DNA의 대조가 이루어질 범죄사건에 대해서는 아무런 구체적인 혐의가 없음에도 불구하고 DNA시료의 채취와 신원확인정보의 DB수록이라는 강제처분을 수인해야 하는 처지가 된다. 이것은 무죄추정의 원칙에 의하여 금지되어야 할 불이익<sup>19)</sup>에 해당한다. 피의자는 그가 혐의를 받고 있는 바로 그 사건 때문에 형사절차에 진입한 자이며, 따라서 당해 사건의 구체적인 혐의에 근거하여 사건의 진실해명을 위하여 부과되는 강제처분은 무죄추정의 원칙에 반하지 않겠지만, 당해 사건의 혐의와 무관한 이유로 불이익(즉, 정보적 자기결정권에 대한 침해)을 가하는 것은 무죄추정의 원칙에 반한다고 보아야 한다. 피의자가 구속되었다는 사정도 DNA시료채취를 정당화하는 근거가 되지 못한다. 구속은 도주 및 증거인멸의 우려를 근거로 한 강제처분일 뿐이며, 성격상 압수수색에 해당하는 DNA감식시료의 채취와 분석과는 아무런 직접적인 연관성을 지니지 못하기 때문이다. 또한 DNA감식시료의 채취영장이 발부되었다는 사실도 중요하지 않다. 피의자에게 발부된 채취영장은 당해 사건에서 DNA 채취의 필요성이 인정되어 발부된 것이 아닐 뿐만 아니라, 장래의 다른 범죄사건에 대한 구체적인 혐의에 근거하여 발부된 것도 아니기 때문이다.<sup>20)</sup> 따라서 결론적으로 말하면, 구속된 피의자로부터 확정판결 이전에 감식시료를 채취하여 신원확인정보를 등록할 수 있도록 한 것은 무죄추정의 원칙에 반한다. 만약 피의자로부터 감식시료를 채취할 필요가 인정된다면 그것은 형사소송법상 혐의의 입증을 위하여 증거수집이 필요한 경우에 한정되어야 할 것이며, 그 DNA 정보는 수사과정에서만 사용된 후 데이터베이스에 등록되지 않고 바로 폐기되어야 할 것이다.<sup>21)</sup>

#### 나. 수형인 등의 경우(제6조)

DNA법 제6조에서 DNA 감식시료의 채취대상자로 규정한 사람들은 형의 선고 등으로 유죄가 확정되었거나 치료감호 등의 보안처분의 선고가 확정된 사람들이다. 피의자뿐만 아니라 이들의 경우에도 무죄추정원칙 위반이 문제될 수 있다.

물론 수형인 등은 당해 범죄사건에 관해서는 이미 형사처벌이 확정된 자들이기 때문에 무죄추정의 원칙이 적용될 여지가 없는 것처럼 보일 수 있다. 헌법상 무죄추정의 원칙은 피의자 및 피고인

19) 무죄추정의 원칙에 반한다는 주장으로는, 신양균, “유전자정보은행제도와 인권 - 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」을 중심으로 -”, 형사법연구 제22권 제3호, 2010, 71면 ; 조성용, 앞의 글, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 237면 ; 류제성, “디엔에이법의 위헌성과 디엔에이 채취 수사의 문제점”, ---, 24면 ; 서계원, “ 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」의 문제점과 개선방안”, 세계헌법연구 제16권 제2호, 2010, 219-220면.

20) 조성용, 앞의 글, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 237면.

21) 서계원, 앞의 글, 220면.

의 권리로 설계되어 있기 때문이다. 국가인권위원회는 헌법재판소에 제출한 의견에서, 구속피의자 등에 대한 DNA감식시료의 채취는 헌법 제27조 제4항이 규정한 무죄추정의 원칙에 반할 가능성이 있다고 보았지만, 수형인 등으로부터 DNA감식시료를 채취하는 것은 무죄추정의 원칙과 관련이 없다고 보고 있다.<sup>22)</sup>

그러나 DNA 정보의 획득은 당해 사건의 형사소추에 관련한 것이 아니라 장래의 범죄사건에 대한 효과적인 형사소추를 확보하기 위한 목적에서 행해지는 것이라는 점을 고려하면, 수형인 등은 장래의 범죄사건에 관련해서 아무런 구체적인 혐의가 존재하지 않음에도 불구하고 단지 재범의 위험성이 높은 특정 범죄를 저질렀다는 이유만으로 DNA 정보의 수집을 강제당하는 처지가 된다. 재범의 위험성이 DNA 정보수집의 유일한 근거인데, 설사 재범의 위험성이 인정된다고 하더라도 DNA 정보의 수집은 장래에 그가 연루될 수도 있는 어떤 범죄의 혐의를 미리 부과하는 꼴이다. 이는 수형인 등을 일종의 잠재적 범죄자로 취급하는 것이며, 범죄통제 전략상 국가의 정보우위를 배경으로 한 선제적 타격이라고 말할 수 있다. 법이론상 이것은 엄격한 의미에서 무죄추정의 원칙과는 관련이 없어 보이기도 한다. 그렇지만, DNA 정보의 수집을 수인해야만 하는 수형인 등은 혐의있는 무고한 자<sup>23)</sup>의 지위에 서게 된다는 점에서 무죄추정의 원칙 위반을 말할 수 있다.

#### 다. 재범의 위험성 요건을 신설하면 무죄추정의 원칙 위반이 치유될 수 있는가?

무죄추정의 원칙 위반이라는 사태를 치유하기 위한 방안으로, 피의자나 수형인 등의 재범의 위험성에 대한 실질적인 심사를 요건으로 해야 한다는 견해가 있다.<sup>24)</sup> 즉, 장래의 범죄수사와 형사소추에서 범인을 식별하기 위한 목적에서 피의자나 수형인 등으로부터 DNA 정보를 수집하기 위해서는 그 대상자가 장래에 특정 범죄를 범할 것이라는 합리적인 근거가 존재해야 한다는 것이다. 이 견해는 DNA 시료의 채취 및 감식을 위한 법관의 영장심사에서 재범의 위험성이라는 요건을 요구하는 독일 형사소송법 제81g조의 모델을 염두에 둔 것으로 보인다.

그러나 재범의 위험성이라는 요건을 입법적으로 규정한다고 해서 혹은 아래에서 보는 바와 같이, 현행 DNA법에서도 재범의 위험성 요건이 영장발부의 실질적인 심사요건으로 기능해야 한다는 견해에 의하더라도 이로 인해 곧바로 무죄추정의 원칙 위반이라는 DNA법의 결함이 시정될 것 같지는 않다. DNA법이 무죄추정의 원칙에 반하는 결정적인 이유는 바로 피의자나 수형인 등을 잠재적 범죄자로 낙인찍고 그들의 DNA 정보를 무제한적으로 활용하는 시스템에 의하여 국

22) 국가인권위원회, 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 관련 헌법소원 사건(2011헌마28 등)에 대한 의견제출(이하 ‘의견제출’), 2011.8.25., 14면.

23) 이 개념은 Fluck, NJW 2001, S.2293의 “verdächtige Unschuldige”를 차용한 개념이다. 필자가 이 개념을 사용하는 맥락은 Fluck의 그것과는 다르다.

24) 조성용, 앞의 글, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 239면. 조성용 교수는 구속 피의자의 경우건 수형인 등의 경우건 간에 장래의 범죄사건에 대해서는 구체적인 혐의가 없기 때문에 무죄추정의 원칙 위반의 문제가 있다고 보면서도, DNA 시료의 채취 시에 재범의 위험성에 대한 구체적인 예측심사를 요건으로 하면 위헌의 비난에서 벗어날 수 있다고 보고 있다.

가가 저야 할 유죄의 입증부담을 시민들에게 전가시킨다는 점에 있기 때문이다. 재범의 위험성이라는 요건이 DNA법에 들어온다면 DNA 정보수집의 대상자의 범위가 다소 축소되는 효과를 기대할 수 있겠지만, 그 이면에서는 낙인효과가 증대한다. 무죄추정의 원칙 위반이라는 비판은 재범의 위험성 요건에 의하여 치유 내지 극복될 성질의 것이 아니다.

## 2 적법절차 및 영장주의 위반

### 1) 장식에 불과한 영장 규정

DNA법은 구속피의자건 수형인이건 간에 DNA감식시료의 채취는 검사가 관할 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하도록 규정하고 있다(제8조 제1항). 다만, 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 감식시료를 채취할 수 있다(제8조 제3항). DNA감식시료채취영장을 청구할 때에는 채취대상자의 성명, 주소, 청구이유, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소 등을 기재한 청구서를 제출하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부하여야 한다(동조 제4항).

형식적으로는 DNA 감식시료의 채취에 영장주의가 적용된다. 영장주의란 형사절차에서 국가공권력에 의한 강제처분을 함에 있어 독립된 기관인 사법부의 통제를 통하여 수사기관의 권한남용과 인권침해를 방지한다는데 실천적인 의미가 있다. 그런데 DNA법 제8조는 법관의 영장에 의한 DNA시료채취를 규정하고 있기는 하나, 판사가 영장심사의 과정에서 DNA시료 채취의 허용여부에 대하여 실질적인 심사를 통해 관여할 가능성은 거의 없다. DNA법은 영장발부의 실제적인 요건(예를 들어, 재범의 위험성)을 전혀 규정하지 않고 있기 때문이다. 결국 DNA법 제5조 내지 제6조에 규정된 형식적인 요건만 충족되면 판사로서는 영장을 발부할 수밖에 없다. 그러므로 DNA법의 영장규정은 합헌성을 가장하는 포장에 불과할 뿐, 헌법에서 요구하는 영장주의의 이념을 전혀 반영하지 못하고 있다.<sup>25)</sup> 이 점에서는 분명 적법절차 및 영장주의 위반이라는 점에서 DNA법의 위헌성을 지적할 수 있다.

그런데 영장주의의 형해화 주장은 다소간 형식적이고 피상적인 논증이다. 오히려 DNA법이 적법절차원칙 및 영장주의에 위반에 관련해서는 다음의 몇가지 쟁점을 지적하는 것이 더욱 중요하다.

### 2) DNA감식, 그리고 DNA신원확인정보의 저장 및 이용에 대한 사법적 통제의 측면

일부에서는 감식시료의 채취와 시료에 분석으로서 DNA 감식은 상이한 기본권을 침해하는 별개의 강제조치<sup>26)</sup>라는 점에서 DNA법이 규정한 감식시료의 채취영장만으로 DNA 감식까지 정당화된

25) 같은 취지에서, 류계성, 앞의 글, 16-17면 ; 국가인권위원회, 의견제출, 16면 ; 이은우, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안에 대한 의견”, 「살인·강간 등 흉악범죄 어떻게 대처할 것인가」 (법무부/행정안전부 주최 공청회), 2009, 90면.

다고 볼 수 없고, DNA 감식시료에 대한 감식은 별도의 영장(감정처분허가장)이 필요하다고 주장한다.<sup>27)</sup> 독일의 경우 시료의 채취를 위한 영장과 감식을 위한 법원의 명령을 별개로 규정하고 있다(독일 형사소송법 제81g조 제3항). 이에 대해서는 DNA법은 당해 사건의 범인식별을 위한 DNA 감식을 규정한 것이 아니라 장래의 형사소추에 사용될 DNA 정보의 보관을 목적으로 하는 것이기 때문에 DNA법이 규정한 시료채취영장은 채취' 뿐만 아니라 분석' 및 분석결과'의 저장'을 위한 영장이라고 보아야 한다는 견해도 있다.<sup>28)</sup> 감식을 위한 별도의 영장이 필요하다는 견해는 DNA감식에 대한 법치주의적 통제를 강화한다는 점에서 일견 바람직해 보이기 는 하지만, 실질적인 통제효과를 기대하기는 어렵다. 왜냐하면, 감식시료의 채취를 위한 영장발부가 정당한 요건을 갖추고 있다면 극히 예외적인 경우를 제외하고는 시료의 감식을 위한 영장발부가 거부될 가능성이 없기 때문이다.

DNA 정보의 수집과 이용이 시료채취 감식 DNA 정보의 저장 및 이용"으로 이루어진다고 할 때, 정작 방치되고 있는 중요한 문제는 마지막 단계인 DNA 정보의 저장 및 이용에 있다. DNA법은 데이터베이스에 저장된 DNA신원확인정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있는 경우로 1. 데이터베이스에 새로운 디엔에이신원확인정보를 수록하는 경우, 2. 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사 또는 변사자 신원확인을 위하여 요청하는 경우, 3. 법원이 형사재판에서 사실조회를 하는 경우, 4. 데이터베이스 상호간의 대조를 위하여 필요한 경우"를 규정하고 있다. 이 규정에 의하면, 수사기관은 범죄수사를 위해 필요하다는 이유로 데이터베이스에 수록된 수많은 사람들의 DNA 정보를 무작위로 검색할 수 있다. 예를 들어, 피의자나 수형인등으로부터 수집한 DNA신원확인정보를 미제사건이나 장래에 발생할 사건의 - 다른 범죄현장에서 발견된 DNA정보와 무작위로 대조해 볼 수 있다.

무작위 검색은 해당 사건의 범죄혐의가 없는 수많은 사람들의 개인정보 자기결정권을 침해하는 문제를 야기한다. 검색을 위한 별도의 영장이 요구되는가에 대해서는 견해가 나뉜다. 데이터베이스의 검색을 위한 별도의 영장(압수 수색영장)이 필요하다는 견해<sup>29)</sup>도 있고, DNA신원확인정보의 수집목적(장래의 형사소추에서의 범인식별) 범위 내에서 이루어지는 검색이라는 이유로 데이터베이스의 검색에 대한 별도의 사법적 통제는 필요하지 않다는 견해<sup>30)</sup>도 있다.

26) DNA 감식시료의 채취는 신체의 자유에 대한 침해를 동반하는 것인 반면에, DNA 감식 및 정보저장은 개인 정보의 자기결정권의 침해와 관련되어 있다.

27) 조성용, 「「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 대한 비판적 검토」, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 241면.

28) 김혜경, 「유전자정보수집의 입법목적의 정당성 - 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로 -」, 형사법연구 제22권 제3호, 2010, 246-247면.

29) 유영찬/장영민, 「경찰과학수사의 발전방안에 관한 연구 - 유전자은행의 설립과 활용을 중심으로 -」, 치안논총 제14집, 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.

30) 조성용, 앞의 글, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 250면.



그런데 더욱 중요한 문제는 영장의 필요여부가 아니라, 그와 같은 무작위 검색이 도대체 정당화될 수 있는가에 있다.<sup>31)</sup> 미국에서는 이 문제가 수정헌법 제4조의 불합리한 수색과 압수를 당하지 않을 권리'에 대한 침해문제로 논의되고 있다. DNA감식시료의 채취는 신체의 완전성에 대한 침해로서 수정헌법 제4조의 수색'에 해당한다는 점에는 의문의 여지가 없다.<sup>32)</sup> 다음으로, 시료의 분석을 통해 DNA신원확인정보를 취득하는 것은 시료채취와는 또 다른 차원에서 프라이버시로 보호되어야 할 개인정보를 취득하는 것이기 때문에 별개의 수색에 해당한다.<sup>33)</sup> 그런데 DB에 수록된 DNA신원확인정보를 검색하는 것이 미국 수정헌법 제4조의 보호범위에 속하는 별개의 수색행위인가에 대해서는 논란이 있는 듯하다. 최근의 연방법원 판례는 보호관찰 집행을 종료한 후에 자신의 DNA 정보가 데이터베이스에 계속해서 저장되어 있는 것이 수정헌법 제4조 위반이라는 소를 제기한 사건에서 DNA 정보의 DB 저장과 검색은 사회에서 합리적으로 인정되는 프라이버시의 기대를 침해하는 것은 아니며, 따라서 DB 검색은 미국 수정헌법 제4조 하에서 별개의 수색행위가 아니라고 하였다.<sup>34)</sup>

수사기관이 범행현장에서 수집한 DNA 정보를 가지고 DNA 데이터베이스의 자료를 검색하는 경우에는 구체적인 범죄혐의가 인정되지 않는 수많은 시민의 DNA 정보를 검색하게 된다. 즉, 정보검색이 행해질 때마다 수천 내지 수만건의 수색이 행해지는 것이라고 말할 수 있다.<sup>35)</sup> 이는 근본적으로는 저인망식 검색의 허용문제로 귀착된다.<sup>36)</sup> 우리나라에서는 화성에서 발생한 연쇄살인사건에서 경찰이 용의자 4천여명의 DNA 시료를 채취하여 감식한 예가 있다. DB에 저장된 수많은 사람의 정보를 검색하는 행위는 구체적인 혐의나 상당한 이유가 없는 사람들의 정보를 검색하는 것이라는 점에서 질적으로 서로 다르지 않다. 법원이 발부한 영장에 의하여 검색이 이루어진다 하더라도 이러한 무작위 검색 및 대조가 형사사법기관의 정당한 수사활동으로 당연히 허용되어야 한다고 말할 수는 없다. 치안' 내지 범죄예방'이라는 막연한 목표를 내세워 그와 같은 저인망식 DNA 정보검색을 정당화하고자 한다면, 이는 적법질차 원칙에 의한 통제를 포기하는 것이나 다름 없다.

### 3) 영장주의와 당사자의 동의

31) 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.

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

33) Kaye, “The Constitutionality of DNA Sampling on Arrest”, 10 Cornell J. L. & Pub. Pol’y 455, 481-482.

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

35) Eiler, Ashley, “Arrested Development : Reforming the Federal All-Arrestee DNA Collection Statute to Comply With the Fourth Amendment”, 79 Geo. Wash. L. Rev. 1201, 1209 (June, 2011).

36) 박용철, 앞의 글, 20-24면.

DNA법 제8조 제3항은 “당사자가 동의하는 경우 영장 없이 감식시료를 채취할 수 있고, 이 경우 미리 채취대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다.”고 규정하고 있다. DNA 정보 수집은 압수 수색 검증의 성격을 지닌 강제처분이다. 학계에서는 압수 수색·검증에 해당하는 강제처분의 경우에는 체포 구속 등 인신구속적 강제처분과는 달리 - 동의를 의한 수집이 가능하다고 보고 있다. DNA 감식시료를 당사자의 동의 하에 영장없이 채취할 수 있도록 규정한 것 자체는 적법절차 및 영장주의 위반이라고 보기는 힘들다.

중요한 것은 감식시료의 채취대상자의 자유롭고 진지한 의사표시로서 동의가 있어야 한다는 점이다. 이를 위해서는 사전에 충분한 정보를 제공받았을 것, 동의의 임의성이 인정될 것 등의 요건이 충족되어야 한다.<sup>37)</sup> 충분한 정보에 근거한 동의란 DNA감식시료를 채취하는 목적이 무엇이고, 어떤 범위에서 이용될 것이며, 감식결과인 DNA신원확인정보는 어떤 방법과 절차에 의해 이루어질 것인가 등에 대해 당사자에게 충분히 설명하여야 함을 의미한다. DNA법 제8조 제3항은 채취를 거부할 수 있음을 사전에 고지할 것을 특별히 규정하고 있다. 또한 이와 같은 충분한 설명과 동의는 DNA시료의 채취 전에 이루어져야 하고, 동의는 부당한 압력이 없는 상태에서 본인의 자유로운 판단에 의해 이루어져야 한다.

이에 관하여 류제성 변호사는 “지금까지 확인된 사례에 의하면 디엔에이 채취는 통상 검찰이 디엔에이(DNA)시료 채취 출석 안내문’을 보냄으로써 이루어지는데, 이 안내문에는 제8조 제3항이 규정하고 있는 거부와 동의에 대한 안내가 전혀 없고, 서면으로 동의를 구하는 절차도 밝지 않고 있다. 따라서 비록 자발적 동의에 의하여 디엔에이를 채취한 듯한 외양을 취하고 있더라도 디엔에이 채취를 거부할 수 있음을 고지받지 못한 상태에서의 디엔에이 채취는 진정한 자발적 동의에 근거한 것으로 볼 수 없다.”고 비판하고 있다.<sup>38)</sup> 거부할 수 있음의 사전고지’는 DNA법이 특별히 규정한 요건이기 때문에 이에 위반한 동의는 유효한 동의라고 말할 수 없다. 다만, 이러한 지적은 실무상 동의를 얻어내는 절차가 법의 요건을 준수하지 못하였기 때문에 위법수집증거배제법칙이나 시료채취의 무효를 주장할 수 있는 논거는 될 수 있어도, 동의에 의한 DNA감식시료의 채취를 규정한 DNA법의 위헌성을 논증해 주는 것은 아니다.

적법절차 및 영장주의에 대한 위반으로 위헌의 문제가 제기될 수 있는 대목은 다음의 두가지이다. 첫째는 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 점이다. 류제성 변호사의 설명처럼, 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.”<sup>39)</sup> 피의자나 수형

37) 이정님, “유전자정보의 획득 및 이용에 관한 형사법적 논의의 필요성과 그 방향”, 형사정책 제21권 제1호, 2009, 106면.

38) 류제성, 앞의 글, 12면.

인 등의 이러한 상황을 수사기관이 교묘히 이용하여 동의에 의한 DNA시료 채취를 남용할 경우에는 영장주의를 무력화시킬 위험이 있다.<sup>40)</sup> 둘째는 동의의 요건을 규정한 DNA법 제8조 제3항이 충분한 설명을 제공해야 한다는 요건을 제대로 반영하지 못하고 있다는 점이다. 유효한 동의라고 하기 위해서는 DNA감식시료의 채취기법, DNA감식에 의해 얻어지는 정보 및 DNA감식을 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.<sup>41)</sup> 이상의 두가지 점에서 DNA법 제8조 제3항은 적법절차 원칙 및 영장주의를 침탈하고 있다.<sup>42)</sup>

### 3. 과잉금지원칙 위반

목적의 정당성과 법익균형의 부분은 앞의 논의에서 다루었기 때문에, 여기에서는 침해최소성원칙의 관점에서 몇가지 위헌의 쟁점을 다루어 본다. 사실 침해최소성원칙은 어떤 제도의 위헌성을 본질적으로 문제삼는 데에는 한계가 있는 논증이다. 이미 목적의 정당성이 승인되었다면 침해최소성 원칙의 논증은 인권침해의 범위를 조절하는 문제로 귀착되기 때문이다. 그럼에도 불구하고 침해최소성원칙은 비록 DNA법의 총체적이고 본질적인 위헌성의 문제에 접근하지 못한다는 한계가 있기는 하지만, 최소한 DNA법에 의한 국가의 감시권력의 확장을 일정한 범위로 제어하는 역할을 수행한다는 점에서는 분명 중요성을 지니고 있다.

#### 가. 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 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』 상 약취 유인의 죄, 상습절도 및 상습강도 등의 범죄, ⑧ 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 상의 성폭력범죄, ⑨ 『마약류관리에 관한 법률』 상 마약에 관한 죄(동법 제58조 내지 제61조의 죄), ⑩ 『아동 청소년의 성보호에 관한 법률』 상 성폭력범죄, 청소년성매수죄, 청소년매매죄 및 강요행위, ⑪ 『군형법』 상 상관 초병살인

39) 류계성, 앞의 글, 13면. 또한 국가인권위원회, 의견제출, 17면.

40) 신양균, 앞의 글, 78면.

41) 국가인권위원회, 의견제출, 17면.

42) 입법론상으로는 영장에 의한 채취로 일원화하는 방안이 타당해 보인다. 같은 의견으로는, 신양균, 앞의 글, 78면.

죄 및 방화죄 등.

2006년에 제출되었던 법안과 비교하면, 적용대상범죄의 예비 음모죄, 체포 감금죄, 살인의 죄 중 촉탁 승낙에 의한 살인 및 자살관여죄, 방화범죄 중 자기소유건조물 및 일반물건 방화죄, 약취와 유인의 죄 중 결혼목적의 약취 유인죄, 자동차불법사용죄, 특가법상 장물죄 등이 제외되었다. 반면에, 폭처법위반죄 중 체포 감금(동법 제2조 및 제3조)이 추가되었고, 성폭력특례법상 공중밀집장소 추행죄(동법 제11조)와 청소년성보호법상 청소년매매죄(동법 제9조), 청소년성매수죄(제10조), 청소년에 대한 강요행위(제11조)가 추가되었다.

현재의 다수견해에 의하면, DNA감식시료의 채취 및 신원확인정보의 저장 이용을 정당화할 수 있는 유일한 목적이자 근거는 장래의 효율적인 형사소추를 확보하는데 있다. 물론 이러한 정책적 목표조차 함부로 지지될 수 있는 것은 아닐 테지만, 이 문제는 별론으로 하고, DNA 정보의 수집은 프라이버시 및 개인정보에 관한 자기결정권을 제한하는 강제처분이기 때문에 입법목적의 달성에 필요한 최소한의 범위에 한정되어야 한다. 조성용 교수는 그 기준으로 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 세가지 기준을 제시한 바 있다.<sup>43)</sup> 이러한 기준은 원칙적으로 수긍할 만하다.

소위 강력범죄로 분류되는 살인죄, 강도죄, 성폭력 및 방화죄는 여타 범죄에 비해 법정형이 매우 높은 편이고 평균 재범률도 전체 범죄의 평균 재범률보다 높기 때문에 DNA법이 헌법적 정당성을 갖춘다는 (내가 보기엔 불가능한) 전제에서 DNA법의 전형적인 적용대상이라고 말할 수 있다. 그렇지만 다른 대상범죄에 대해서는 최소침해의 원칙의 관점에서 몇가지 비판이 가능하다.

첫째, 절도범의 경우 DNA법은 야간주거침입절도와 특수절도를 채취대상범죄로 포함하고 있는데, 야간주거침입절도나 특수절도의 죄질이 단순절도보다 중하고 또 그러한 범죄는 종종 강도범죄로 발전될 수 있다는 점이 고려된 것으로 추측된다. 그렇지만, 절도범죄는 일반적으로 강력범죄와 동일시하기 어렵고, 절도범의 재범률(26% 내외)도 전체 범죄의 평균 재범률보다 낮다. 따라서 절도범죄는 제외하는 것이 바람직하다.<sup>44)</sup>

둘째, 폭처법의 경우에 상습성이나 단체 다중의 위력행사 등 집단성이 있는 범죄에 대하여 DNA 정보수집의 대상범죄로 규정되어 있는데, 주거침입, 퇴거불응, 재물손괴 등 비교적 경미한 범죄까지 상습성 내지 집단성을 이유로 하여 대상범죄에 포함시키는 것도 문제로 지적할 수 있다.<sup>45)</sup>

#### 나. DNA감식시료의 채취대상

43) 조성용, 앞의 글, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 231면. 또한 국가인권위원회, 의견제출, 10면.

44) 류계성, 앞의 글, 11면 ; 조성용, 앞의 글, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 233면.

45) 신양균, 앞의 글, 76면.

## 1) 구속 피의자 등

구속된 피의자등으로부터 DNA 정보를 수집할 수 있게 되면, 당해 범죄사건 외에 피의자가 검거되기 전에 저지른 범죄를 추가로 밝혀낼 수 있으며, DNA 데이터베이스에 수록되는 정보의 양을 상당히 증대시킬 수 있다는 점에서 데이터베이스의 실효성 확보 면에서 유리하다는 점이 장점으로 거론된다.<sup>46)</sup> 그러나 앞서 지적한 바와 같이 피의자로부터 DNA 정보를 수집하도록 한 것은 전형적으로 무죄추정의 원칙 위반의 문제를 야기한다. 이는 구속 여부와는 상관없다. 구속된 피의자로 한정된 것은 상대적으로 죄질이 중하고 유죄의 가능성이 높은 피의자를 대상으로 한다는 의미이겠지만, 무죄추정의 원칙 위반의 문제는 구속 피의자라고 하여 완화되는 것은 아니다. 따라서 피의자를 대상으로 한 DNA 채취는 폐기되어야 한다.

## 2) 수형인 등

DNA법 제5조에 의하면, DNA 감식시료의 채취대상자는 대상범죄로 인하여 형의 선고, 「형법」 제59조의2에 따른 보호관찰명령, 「치료감호법」에 따른 치료감호선고, 「소년법」 제32조제1항제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 자이다. 2006년 법안에 비하면, 형의 선고를 받은 자를 제외한 나머지 대상자들은 모두 2009년 법제정시에 추가된 대상자들이다.

이러한 대상자의 범위가 적절인가에 대해서, 신양균 교수는 보호관찰이나 치료감호, 보호처분 등이 재범방지를 위해 부과되는 조치라는 점에서 그 대상자들을 모두 DNA신원확인정보의 수집대상으로 삼는 것은 결국에는 강화된 보호관찰(intensive probation)'을 실시하는 결과가 된다는 점, 그리고 재범의 위험성을 이유로 이중의 불이익처분을 하는 결과가 된다는 점에서 과잉금지원칙에 반할 수 있다고 지적하고 있다.<sup>47)</sup> 그리하여 이들에 대해 DNA 신원확인정보의 수집이 필요하다면 재범의 위험성이 특별히 높게 예측되는 경우로 국한하거나 보호관찰 등의 처분에 대한 집행이 종료되는 시점에서 재범의 위험성을 엄격하게 판단할 것을 제안하고 있다. 한편, 조성용 교수는 「소년법」 제32조제1항제9호 또는 제10호에 해당하는 보호처분결정을 받은 자를 대상으로 규정한 것에 대해 문제를 지적하고 있다.<sup>48)</sup> 우리나라의 소년사법은 소년보호사건과 소년형사사건으로 이원화되어 있는데,<sup>49)</sup> 비록 소년원송치라는 가장 중한 보호처분을 받은 소년이라 할지라도 소년보호의 이념이 적용되는 소년보호사건의 대상자를 DNA 신원확인정보의 채취대상자로 포함시킨 것은 타당하지 못하다는 비판이다. 류제성 변호사는 실형이 아닌 집행유예를 선고받은 경우에도 디엔에이

46) 한면수, “경찰 초동수사 목적의 유전자감식정보 검사 및 관리”, 형사정책 제18권 제2호, 2006, 116면.

47) 신양균, 앞의 글, 78면.

48) 조성용, 앞의 글, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 244면.

49) 검사는 소년에 대한 피의사건을 수사한 결과 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정한 경우에는 사건을 관할 소년부에 송치하여야 한다(소년법 제49조 제1항).

를 채취할 수 있게 한 것은 위헌의 소지가 크다”고 지적한다.<sup>50)</sup> 집행유예는 범죄의 죄질이 상대적으로 중하지 않고 재범의 위험성이 낮기 때문에 굳이 실형을 선고하지 않더라도 형벌의 목적을 달성할 수 있다는 형사정책적 고려를 반영하고 있다. 그렇다면 재범방지라는 DNA법의 입법목적에 비추어 볼 때 재범의 위험성이 상대적으로 적은 집행유예선고를 받은 자를 포함시킨 것은 침해최소성원칙에 반하는 것이라고 한다.

#### 다. DNA 신원확인정보의 폐기와 삭제

DNA법 제13조에 의하면, 수형인등이 재심에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우, 그리고 구속피의자의 경우에는 검사의 혐의없음, 죄가안됨, 또는 공소권없음의 처분이 있는 경우이거나 법원의 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우 등에서 직권 또는 본인의 신청에 의하여 DNA DB에 수록된 DNA신원확인정보를 삭제하도록 규정하고 있다. 사망의 경우에는 직권 또는 친족의 신청에 의하여 삭제하게 된다.

수형인의 경우 재심을 통해 무죄판결 등을 받는다는 것은 매우 예외적인 경우이기 때문에 결국 사망 시점까지 DNA 정보가 DB에 수록된다. 구속피의자의 경우 기소유예가 아닌 혐의의 불기소 처분을 받거나 기소된 후 법원의 재판에서 무죄판결 등을 받은 경우에 DNA 정보를 삭제하도록 규정한 것은 당연히 필요한 것이지만, 그 외의 경우에는 역시 사망시까지 DNA 정보가 DB에 유지된다.

여기에서 가장 심각한 문제는 DNA 정보의 보존기간이 지나치게 길다는 점이다. 당사자가 실제로 DNA신원확인정보가 데이터베이스에 수록된 이후 20년 내지 30년 동안 범죄를 범하지 않은 경우에도 재범방지와 효과적인 형사소추를 위한다는 목적 하에서 DNA 정보를 계속해서 데이터베이스에 수록할 필요성이 있는지는 지극히 의문스럽다. 이러한 경우가 과잉금지원칙 위배의 문제를 야기한다는 점은 분명해 보인다. 대상자의 개인정보 자기결정권에 대한 침해를 최소화한다는 관점에서 보면, DB에 수록된 DNA신원확인정보는 그 입법목적에 비추어 더 이상 수록의 필요성이 없으면 삭제되어야 한다. 그 구체적인 방안으로는 개별사례마다 일정한 기한을 정해 놓고 수록된 DNA신원확인정보의 삭제 여부를 심사하는 방식이 있고,<sup>51)</sup> 일정한 기간이 경과하면 삭제하도록 하는 방식도 가능하다.<sup>52)</sup> 우리의 경우에는 「형의 실효에 관한 법률」 등의 예에 비추어 DNA 정보의 보존기간을 정하는 방식이 보다 타당해 보인다.<sup>53)</sup> 아무튼 재범의 위험성에 상관없이 사망시까지 평생동안 DNA 정보를 국가에 제공하고 살아야 한다는 것이 침해 최소성원칙에 반하는 점은

50) 류제성, “디엔에이법의 위헌성과 디엔에이 채취 수사의 문제점”, -----, 9-10면.

51) 독일의 경우 성인은 10년, 청소년은 5년이 지나면 삭제여부에 대한 심사를 받도록 하고 있다(독일 연방경찰청법 제32조 제3항 참조).

52) 스웨덴은 석방 후 10년, 벨기에, 네덜란드는 입력 후 30년이 지난 후에 삭제하는 규정을 두고 있다.

53) 류제성, 앞의 글, 13면. 비슷한 취지에서 신양균, 앞의 글, 80면 ; 조성용, 앞의 글, 253면.

분명하다.

#### IV. 맺음말

결론은 DNA법의 폐기여야 한다. 이 글은 DNA법에 의한 국가의 DNA정보의 수집이 감시권력의 확장과 위험통제정책의 맥락에서 이해되어야 한다는 점을 지적하면서 그 위헌성에 관해서 무죄추정의 원칙 위반과 적법절차 및 영장주의 위반의 관점에서 논증해 보고자 했다. 과잉금지원칙의 침해최소성원칙에 입각한 문제제기는 덤 정도의 역할을 한다.

헌법재판소는 지문날인제도에 대한 헌법소원 사건에서 법은 현실여건의 바탕 위에서 그 시대의 역사인식이나 가치이념을 반영하고 있는 것이므로, 어느 특정한 법이 뿌리박고 있는 정치·경제·사회적인 현실과 역사적 특성을 무시하고 헌법의 순수한 일반이론에만 의존하여서는 그 법에 관련된 헌법문제에 대하여 완전한 이해와 적절한 판단을 할 수 없다고 할 것”이라고 말하였다. 훌륭한 말이다. 단, 헌법재판소는 전 국민의 지문날인제도의 불가피성을 논증하면서 분단국가의 현실과 국가안보의 필요성을 언급하면서 위와 같은 언급을 하였다는 점만 빼면 말이다. 사실 이말은 FNA법에 대한 헌법적 분석과 비판이 감시권력의 확장, 위험통제정책의 확대라는 현실적 변화를 읽어내면서 이루어질 수 있도록 하는 단초역할을 했으면 하는 바램이다.

## DNA DB의 특징과 문제점

●  
김병수 박사 | 시민과학센터

### DNA DB의 특징과 문제점



김병수  
시민과학센터 운영위원



- 유전정보의 특징 (genetic information or DNA 정보)
- DNA profiling vs. database
- DNA profiling 방법
- DNA profiling의 개별적 활용의 문제점
- DNA DB의 문제점
  - 1) 유전자 감시망의 확장
  - 2) 오남용 가능성
  - 3) 채취 행위 자체
  - 4) 정보의 불완전성
- 국내 설립 과정
- 해외 구축 사례

### 유전정보(genetic information)의 특징

- 부모로부터 물려 받은 DNA는 식별 정보를 포함하고 있다.
    - 개인식별, 가족관계 확인, 가족검색(familial search) 가능
  - 소량의 신체 물질에서도 추출이 가능하다.
    - 머리카락, 지문, 타액(우표, 담배꽂초) 악수 한 손 등.
    - 당사자의 인지나 동의 없이 수집 가능
  - DNA 정보를 통해 개인의 생물학적 특성을 알 수 있다.
    - 일부 유전병은(단일 유전자 이상 질병) 발병 전 예측이 가능함.
    - 친족들의 유전적 상태도 확인 가능
    - DNA 분석을 통해 유전병 이외의 질병의 발병 가능성을 예측할 수 있음.
    - 최근 유전학의 연구 방향은 과거의 exon, intron 구분 없이 진행.
- DNA profiling 에 이용되는 DNA 위치에 현재까지 알려진 질병정보가 없다고 해도 DNA profile은 매우 중요한 개인 정보이며, 분석과정에서 성별, 일부 유전병은 알 수 있음.

- 처음 수집 목적 이외의 다른 목적으로 사용될 가능성이 있다.  
질병 진단목적 수집 → 신원확인, 연구용  
신원 확인 목적 → 연구용(범죄성향?)
- 잠재적으로 상업적 가치를 지닌 정보이며 특허 출원의 대상이 될 수 있다.  
- DNA 소유권을 둘러싼 복잡한 문제 발생 가능

\* 생명윤리및안전에관한법률

“유전정보”란 인체유래물을 분석하여 얻은 개인의 유전적 특징에 관한 정보를 말한다.

\* 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률

“디엔에이감식”이란 개인 식별을 목적으로 디엔에이 중 **유전정보**가 포함되어 있지 아니한 특정 염기서열 부분을 검사·분석하여 디엔에이신원확인정보를 취득하는 것을 말한다.

## ■ DNA profiling vs DB

### ◦ 유전자 감식(DNA typing or DNA profiling)

- 특정인의 유전체(genome)에서 상대적으로 희귀한 위치들을 특성화시켜 그 양상을 분리해내는 것 (DNA profile) \* DNA profile 과 일반적인 유전정보의 차이??
- 분석에 필요한 DNA는 타액, 혈액, 정액, 뼈, 머리카락, 피부조직 등에서 추출할 수 있음. 당사자 동의 없이 수집이 가능하며 지문에서도 채취 가능
- 친자확인, 사체확인, 범인검거 등에서 활발히 이용되고 있음.  
주로 수사기관, 이민국, 군대 등의 국가기관이 활용.

### ◦ DNA(유전자) 정보은행 (forensic DNA database)

- 특정인의 DNA profile을 DB로 구축 한 후 용의자(현장)로부터 분석된 DNA profile과 비교.
- **DNA profile DB, 신상정보 DB, 잔여 DNA로 구성됨.**
- 분석 및 DB 입력 대상: 범죄자, 용의자, 피해자 및 현장 수거물
- DNA profile 및 잔여 DNA 보관: 즉시 폐기부터 사망 까지 국가마다 다양함.
- 기대 효과: 범죄예방(감시효과) 및 조기검거

## ■ DNA profiling의 개별적 활용

- 강제적 DB 입력이 아닌 필요할 경우 대조하는 방식
- 영장에 기초하기 보다는 용의자나 피해자의 자발적 동의  
수사과정에서의 DNA 채취는 범의자가 아니라 것을 증명해야 하는 상황  
따라서 충분한 설명에 근거한 자발적 동의를 구하는 것은 쉽지 않음.
- mass screening의 증가

→ 수사 목적이라도 꼭 필요한 경우에 한해 채취 해야 함(오남용)  
→ DNA 수집 분석 보관 폐기에 대한 시스템 구축

## ■ DNA DB (과학수사 vs. 인권침해?)

### 1. 유전자 감시망(DNA dragnet)의 확장 가능성.

- 일단 구축되고 나면 입력 대상이 지속적으로 확장되는 속성을 가짐.  
— DB의 속성상 입력 대상의 확대와 효율성이 직접적으로 연결되어 있음
- DNA DB가 신상정보나 다른 신원확인 유전자DB들과 연동될 가능성 .  
— 각종 신원확인용 DNA DB (범죄자, 미아찾기, 이산가족 찾기, 군대) 와  
신상정보(주민등록, 지문 DB등)가 연동될 가능성이 있음.
- 감식 기술의 사회적 활용이 크게 증가할 것임.  
— 표면적으로는 특정 집단에 한정된 것처럼 보이지만 실제로는 피의자 및 가족,  
피해자, 현장 수거물에 대한 유전자 감식이 이루어짐.  
용의자 가족들에 대한 DNA 채취는 정당한가?  
— 동의를 받는다고 해도 범인이 아니라는 것을 증명해야 하기 때문에 강제성이  
있음.

## 2. DNA의 오남용 가능성.

△ DNA 프로파일 △ 분석과정 및 잔여 DNA

- DNA 프로파일에 질병 정보가 들어 있지 않더라도 개인이나 그 가족을 식별할 수 있는 매우 민감한 개인 정보임
- 신원확인에 사용되는 DNA 부위와 다른 정보의 분석에 이용되는 DNA부위가 서로 분리 돼 존재하는 것은 아님 (다만 분석위치가 다름)
  - 분석과정에서 다양한 정보를 파악할 수 있음
    - 성별, 피부색, 머리카락, 다운증후군 여부
    - 혈액 채취 시 다양한 검사를 할 수 있음.
    - \* genes for criminality 검사??

- **잔여 DNA**에서 신원확인 정보 이외의 다양한 정보들을 추출할 수 있음.
  - 감식 후 차후의 검증 목적이나 신기술 적용을 위해 DNA를 일정 기간 보관하는 것이 일반적임. 남겨진 DNA에서는 다양한 종류의 유전정보를 추출할 수 있음.
  - 유전자 감식 기술에 사용되는 표식자(marker)는 원래 질병을 진단하는 의료적 목적에서 개발. 과거에는 의료상의 정보를 나타낸다고 생각되지 않았던 특정 표식자들이 나중엔 의료정보를 제공해 줄 수도 있음.
  - 작은 튜브 속에 보관되는 DNA의 속성상 남용 여부를 확인하기 쉽지 않음.

### 3. DNA 채취 행위 자체의 문제

- 특정 범죄자에 대한 의무적 DNA 채취.
  - 통계적으로 재범률이 높다고 해서 이미 죄 값을 치른(치르고 있는) 범죄자들이나 심지어 용의자들의 DNA를 국가가 강제로 채취해 보관하는 것이 정당한지에 대한 논란 (미국- 수정헌법 4조에 대한 논란, 영국- 유럽인권협약에 위배 논란)
  - 당사자뿐만 아니라 가족들의 신원확인도 가능해 가족의 사생활이 침해당 할 가능성이 있음.
  - 범죄의 원인을 사회적 환경적 요인이 아닌 개인적(유전적) 차이로 파악하려는 시도라는 비판이 있음.
- 우리나라는 고유한 식별번호인 주민등록번호와 전 국민의 지문을 전산화된 형태로 운영하고 있는 세계적으로도 보기 드문 신원확인 시스템을 갖추고 있음.

### 4. 감식결과의 불안전성 (위치정보)

- DNA profiling은 때에 따라서 신원확인 분야에서 유용하게 사용될 수 있음
- DNA profiling 결과만으로는 충분한 증거가 될 수 없는 경우도 있고. DB를 구축해도 DB에 저장되지 않은 초범들은 검거 할 수 없음.
- DNA profiling 결과에 대한 논란도 있을 수 있음.
  - 대부분의 경우 감식결과의 정확성이 높지만 어떤 경우에는 동일인일 확률이 낮거나 분석이 불가능할 경우도 있음. (DNA profiling 만능은 아님)
  - 1. DNA 분해(가수분해, 열, 자외선 등)
  - 2. 양이 극히 적은 경우(**low copy number analysis**) 현장 수거물
  - 3. 오염 (여러 사람의 DNA 혼합, 실험 방해 물질)
  - 4. **분석자의 편향** (양이 적을 때, 실수 등등) CSI ??
- 용의자들의 기술적 조력 문제의자들이 기술적 조력을 충분히 얻기 힘들 수 있음.

### DB 설립과정 (검경의 갈등)

	경찰청	대검찰청
1991.8	DNA profiling 시작	
1992.3		DNA profiling 시작
1993.11		전과자 DB 설립 추진 발표
1994	경찰과의 갈등으로 설립 논의 중단	
1995	범죄자 DB준비를 위한 법률안 마련	
2000.12	범죄자 DNA DB 추진 발표	
2001.1		미아찾기 DNA DB 구축 시작
2002.11		성범죄 예방을 위한 DNA DB 추진 발표
2004.2	검찰로부터 미아찾기 DNA DB 인수-진행	
2005.8	검찰과 경찰, DB 운영방식에 합의 (피의자DB-경찰, 수형자DB-검찰)	
2009.12	신원확인 DNA DB 관련법 국회 통과	

#### 미아찾기 DB 사업

- 미아들에 대한 유전자 감식은 신상정보가 부족하거나 얼굴이 변해 알아볼 수 없는 경우에 효과를 거둘 수 있음.
- 법률이나 미아 찾기 시스템의 개선 없이 심지어는 현황조사 조차 제대로 하지 않고 사업 강행. (위탁시설에서 채취를 시도함)
- DNA 수집 이용 폐기 등에 대해서도 일관되지 못한 정책
- 치매환자와 정신지체 아동의 DNA를 채취하면서 DNA를 신원확인 외의 연구 목적으로 사용할 수 있도록 하는 동의서를 받은 경우도 있음.
- 사회적 신뢰를 쌓기 보다는 여론 확보에 주력함.
- 시행주체가 검찰→ 경찰로 변경 (주도권 다툼)

- 조직 간의 권한 다툼의 타협책으로, 디엔에이감식정보를 검찰과 경찰이 2원적으로 수집, 관리할 수 있도록 하였으나 그러한 입법례를 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 막대한 예산낭비와 인권침해의 소지가 있음 ⇒ 국민에게 피해가 돌아감”
- “디엔에이감식정보의 채취 대상 범주의 범위가 지나치게 넓고, 수사 단계에서까지 디엔에이감식시료채취가 허용되는 문제점들을 안고 있어, 법률안과 같은 내용의 입법에는 반대함 ⇒ 따라서 디엔에이감식정보는 검찰도 경찰도 아닌 제3의 기관이 이를 수집, 관리하여야 하고, 수사단계에서의 디엔에이감식시료 채취는 허용 곤란함”
- (대법원이 국회에 보낸 의견서 2009. 11.9. 10쪽)

□ 영국

- 1995 Forensic Science Service (FSS)이 운영하는 The National DNA Database (NDNAD) 구축 /0이 DB는 the Police National Computer (PNC)와 연결되어 있음.
- 2004년 4월부터는 체포된 모든 용의자들에게 동의를 받지 않고 강제로 DNA를 채취할 수 있고, 무죄 판결을 받더라도 유전 정보와 잔여 DNA를 식별 가능하도록 영구히 보관할 수 있음.
- 2005년 사체수색에 NDNAD 활용 가능
- 2008년 Counter-Terrorism Act 2008에 따라 일부 범주는 DNA 뿐만 아니라 지문도 채취가능 특히 당사자 몰래 채취 할 수 있도록 함.
- 2010년 2008년의 유럽인권법원의 판결에 따라 Crime and Security Act 2010. 일반인의 지문과 DNA profile은 6년간 보관 후 삭제, DNA 샘플은 6개월 내 폐기.
- 2010년 6월 30일 현재 6,261,470 DNA profile(식별가능 개인 500만)보관 전체 인구의 약 10%, 흑인 인구의 약30%, 이중 약 22%는 범죄와 관련 없는 자. 현재 매일 약 300명의 아이들(10-17세)이 저장되고 있음.
- 2011.3 FSS는 UAE 전체 국민 DNA DB 구축 추진 중. 영국 시민단체들은 영국의 모델이 제3세계 DB 구축 확장을 촉진시키고 있다고 비판 한국, 말레이시아 등

□ 독일

○ 1992년 대법원 DNA가 유일 증거가 될 수 없으며 활용 가능한 다른 증거와 증언이 반드시 필요

○ 1996년 헌법재판소는 흉악범죄가 발생했을 경우 판사의 명령에 따라 개인의 DNA 채취 가능.

- mass screening의 경우 반드시 자발적이어야 하며 법원의 명령이 필요함.
- DNA 샘플의 목적 외 사용 금지 (유전병, 돌연변이, SNP)

○ 1997년 DB 법률 제정

- 형이 확정된 강력범죄, 향후 유사범죄에 가담할 가능성이 높은 경우 법원의 명령에 따라 채취, 10년 후 입력 정보 재평가

○ 운영방식

- 경찰은 1년 이상의 형이 예상되는 강력범죄와 관련된 용의자의 DNA profile을 저장할 수 있지만, 용의자에 대한 채취 및 분석은 반드시 판사의 명령이 있어야 가능함. 현장 수거물도 동일함.

- 2005년 개정된 법률에서는 자발적 동의(informed consent)를 얻은 용의자와 현장 수거물은 판사의 명령 없이도 분석 가능. 그러나 기본 원칙은 판사가 DNA 분석여부와 분석 전문가를 결정.

- 이해상충을 막기 위해 DNA를 분석하는 전문가는 수사가 진행되고 있는 기관(경찰서)과 관련이 없어야 함.

- 일반적으로 DNA 분석은 경찰 연구소와 대학의 법의학 연구소(25개) 에서 진행되고 있음.

○ 폐기

- 잔여 DNA는 profiling 후 즉시폐기
- DNA profile은 무죄 판결이나 다른 이유로 재판 중단 시 즉시 파기
- 10년 후 DB에 보관 지속 여부 판단
- 2008년 534,782 건의 profile 저장.

\* DB 관리가 엄격한 국가: 스위스, 벨기에, 네덜란드, 노르웨이



## 독일의 디엔에이 분석개정법의 내용과 문제들

최민영 연구원 | 한국형사정책연구원

### I. 들어가며

디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 디엔에이법)과 디엔에이 데이터베이스 구축의 정당성을 논하며 예로 드는 논거 중의 하나가 외국의 입법례이다. 다른 나라들, 특히 선진국의 법제와 판례를 제시하며 한국의 디엔에이법은 헌법상의 개인정보자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않으며, 형법의 비례성 원칙에도 반하지 않는 법률이라고 한다. 본 발제문은 독일의 디엔에이 분석개정법을 중심으로 이와 같은 논거들이 과연 합당한 것인지 고찰하고자 한다.

독일의 형사소송법에 디엔에이 분석에 관한 조문이 들어간 것은 1997년의 일이고, 디엔에이 신원확인법이 제정된 것은 1998년이다.<sup>54)</sup> 이후 2005년 형사소송법 제81조의f, 제81조의g가 개정되고, 제81조의h가 신설되면서 (이하, 디엔에이 분석개정법) 기존의 디엔에이 신원확인법은 폐지되었다. 아래에서는 이전의 디엔에이 신원확인법의 주요조문과 내용을 간략히 살펴본 이후(II), 독일의 형사소송법 제81조의g를 중심으로 디엔에이 분석개정법의 내용과 이를 둘러싼 비판적 논의들을 제시하기로 한다(III).

54) 디엔에이 분석개정법이 논의되기 전까지 독일에서의 디엔에이 분석을 둘러싼 입법의 변천상황에 대한 자세한 소개로는 이준형, 형사소송과 DNA분석, 한국경찰법연구 창간호, 2003.

## II. 디엔에이 신원확인법의 내용

DNA-신원확인법은 DNA-분석개정법이 발효됨에 따라 2005년 11월 1일 폐기되었다. 동법의 실질적인 규정들은 독일형사소송법 제81조의f에서 제81조의h로 편입되었다. 아래에서는 이전의 디엔에이 신원확인법의 주요내용을 간략히 살펴보기로 한다.

### 1. DNA-신원확인법 (Identitätsfeststellungsgesetz)

#### 1) DNA-신원확인법 (Identitätsfeststellungsgesetz)의 주요 조문

DNA-신원확인법은 1998년 독일 형사소송법 제81조의g의 도입과 함께 제정되었다. 이전의 DNA-신원확인법의 주된 규정인 제2조와 제3조의 내용은 아래와 같다.<sup>55)</sup>

#### DNA-신원확인법 제2조 [형의 선고를 받은 자에 관한 규정]

제1항. 형사소송법 제81조의g 제1항에서 열거된 형벌행위로 인해 확정력 있는 유죄판결을 받은 경우, 혹은 증명된 책임무능력, 배제될 수 없는 책임무능력만을 이유로 정신병에 기한 소송무능력이나 책임의 결여나 배제할 수 없는 책임의 결여(소년법원법 제3조)로 유죄판결을 받지 않고 연방 중앙명부나 교육명부에 이에 상응하는 등록이 여전히 삭제되지 않았을 때에는 형사소송법 제81조의g에서 허용된 조치들도 실행될 수 있다.

제2항. 제1항의 처분에는 형사소송법 제81조의a 제2항, 제81조의f, 제81조의g 제3항 제2문, 제162조 제1항의 규정을 준용한다.

제3항. 제1항에 기재된 사람에 대하여는 형사소송법 제131조의a 및 제131조의c 규정을 준용한다.

#### DNA-신원확인법 제3조 [적용규정]

제2조의 규정에 의하여 채취된 DNA신원샘플은 연방범죄수사국(BKA)에 보관할 수 있다. 형사소송법 제81조g 혹은 동법 제2조에 의해 채취된 DNA신원샘플은 연방범죄수사국법에 따라 처리되거나 사용될 수 있다. 형사소송법 제81조의g 제1항 하에서 동법 제81조의e에 의하여 얻은 피의자

<sup>55)</sup> 본 발제문은 독일의 디엔에이 분석 관련 법률들을 소개하고자 하는 목적을 지니므로 가능한 한, 조문들을 그대로 싣고자 하였다.

의 DNA신원샘플도 이와 같고, 미지의 피의자는 같은 법 제81조의g 제1항에서 규정하는 범죄의 혐의로 족하다. 이 정보들은 형사절차, 위험방지, 국제적인 법원조의 목적 하에서만 제공될 수 있다.

## 2) DNA 신원확인법과 관련한 내용

디엔에이 데이터베이스에 입력되는 대상범죄는 1년 이상의 징역형에 해당되는 범죄 모두이다. 이러한 범죄에 대하여 유죄확정 후 또는 피의자 시점에 자료를 입력할 수 있도록 해 놓았다.

독일은 유죄가 확정된 범죄자로서 데이터베이스에 자료가 입력된 경우, 성인의 경우에는 10년, 청소년의 경우에는 5년간만 기록을 보관하도록 규정하여 이후에는 자료를 삭제하도록 하고 있다. 하지만 재범의 위험성이 있다고 판단되는 경우에는 기록의 보관기간을 연장할 수 있도록 규정하고 있고, 살인이나 성범죄와 같은 중범죄의 경우에는 무기한 자료를 유지할 수도 있도록 규정하고 있다.

피의자 시점에서 자료입력이 된 경우에는 무죄확정 후나 불기소 시점 이후에는 1년 이내에 자료를 삭제하도록 규정하고 있다. 유죄확정자라도 일정 기간이 지나면 자료를 삭제하도록 하는 것은 일정한 기간을 추가범죄 없이 지내는 선의의 범죄자에 대한 법률적 배려라고 볼 수 있다. 피의자 단계에서 입력된 자료를 불기소나 무죄확정시 삭제하는 것은 자료를 입력하게 된 근거의 소멸로 인한 당연한 규정이라고 판단된다.<sup>56)</sup>

## III. 디엔에이 분석개정법(Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse) 비판

### 1. DNA-분석개정법의 주요조문

디엔에이 분석개정법의 주요조문은 개정된 독일 형사소송법 제81조의f와 제81조의g, 새로 도입된 제81조의h이다.

<독일 형사소송법 제81조의f: 법원의 명령; 검사수행>

제1항. 제81조의e 제1항에 따른 검사는 대상자의 서면동의가 없는 경우 법원의 명령에 의해서만

56) 황만성·이승덕, 형사절차상 유전자정보의 관리 및 활용방안, 2006, 73면.

허용된다. 단, 지체될 위험이 있을 경우에는 검사와 수사인(법원조직법 제152조)을 통해서도 가능하다. 동의자는 어떤 목적으로 당해 자료가 사용되는지 고지 받아야 한다.

제2항. 공개적으로 임명된 자, 의무규정에 의해 그 의무를 지는 자, 또는 공무원인 감정인에게 서면명령을 통해 제81조의e에 따른 검사를 위임하여야 한다. 감정인이 공무원인 경우, 수사를 수행하는 기관 소속의 자에게는 그 위임이 허용되지 않으나, 수사본부와 조직적 실제적으로 분리된 기관의 조직단위에 소속된 자의 경우에는 그렇지 않다. 상기의 감정인은 기술적 조직적 처분을 통하여 허용되지 않는 분자유전학적 조사와 제3자의 권한 없는 정보취득을 배제하도록 보장하여야 한다. 피검자의 이름, 주소, 생년월일을 알리지 않고 검사시료를 감정인에게 전달하여야 한다. 감정인이 비공개적인 지위에 있는 때에는 감독관청이 정보보호에 관한 규정의 이행을 감독하는 기준이 되는 정보보호법 제38조가 적용되며, 이는 감독관청이 규정위반에 관한 충분한 근거를 갖지 못하고 감정인이 개인신상에 관한 데이터를 파일화하지 않는 경우에 한한다.

#### <독일 형사소송법 제81조의g: 디엔에이 신원확인>

제1항. 피의자가 상당한 의미의 형벌행위 혹은 성적 자기결정권에 반한 형벌행위에 혐의가 있는 경우, 미래 형사절차의 신원확인을 위하여 체세포를 채취하여 디엔에이 신원샘플 확정과 성 확정을 위해 분자유전학적인 조사를 할 수 있다. 이것은 행위의 종류와 실행, 피의자의 인격 혹은 그 밖의 사유로 인해 상당한 의미 있는 형벌행위로서 장래 형사절차로 이어질 가능성이 있는 경우에 한한다. 그 밖의 형벌행위를 반복하여 범하였을 경우도 상당한 의미있는 형벌행위의 불법내용과 같을 수 있다.

제2항. 채취된 체세포는 제1항에서 언급된 분자유전학적인 조사를 위해서만 사용될 수 있다. 채취된 체세포가 이 목적으로 더 이상 필요하지 않을 때에는 지체 없이 폐기되어야 한다. 디엔에이 신원샘플 수사와 성의 수사를 위해 필요한 것 이외에 다른 목적으로 조사되어서는 안 된다. 다른 목적의 조사는 허용되지 않는다.

제3항. 체세포 채취는 피의자의 서면동의가 없는 경우 법원의 명령을 통해서만 허용된다. 지체의 위험이 있는 경우에는 검사와 수사인(법원조직법 제152조)의 명령을 통해서도 허용된다. 체세포의 분자유전학적인 조사는 피의자의 서면동의가 없는 경우, 법원의 명령을 통해서만 가능하다. 동의자는 어떤 목적을 위해서 해당 자료가 사용되는지 고지 받아야 한다. 제81조의f 제2항을 이에 준용한다. 개별사례와 관련하여 법원의 서면상 논거들은 아래와 같아야 한다 :

1. 특정사실에 해당하는 형벌행위의 상당성 판단을 위하여
2. 피의자가 장차 형사절차에 관련될 거라는 가정에 상당한 이유가 있다는 인식

### 3. 그때그때 중요한 정황들의 형량

제4항. 대상자가 그의 행위로 인해 확정력 있는 유죄판결을 받거나 아래의 사유들로 인해 유죄판결을 받지 않고 연방중앙명부나 교육명부에 이에 상응하는 등록이 여전히 삭제되지 않았을 때에는 제1항에서 제3항을 이에 준용한다.

1. 증명된 책임무능력 혹은 배제될 수 없는 책임무능력
2. 정신병에 기한 소송무능력 혹은
3. 결여된 책임 혹은 제외될 수 없는 결여된 책임 (소년법원법 제3조)

제5항. 연방범죄수사국에 상기자료들은 축적될 수 있고, 연방범죄수사국법의 조치에 따라 사용될 수 있다. 이것은 아래와 같은 경우에 준용된다.

1. 제81조의e 제1항에 따라 제시된 피의자 자료들을 위해 제1항에서 언급된 전제조건들
2. 제81조의e 제2항에 따라 제시된 자료들을 위해 제1항에서 언급된 전제조건들

자료는 형사절차, 위험방지, 국제적 법공조의 목적으로만 제공될 수 있다. 제2문 제1호의 경우, 피의자에게 지체없이 축적이 보고되어야 하고, 그가 법원의 결정을 요청할 수 있다는 것을 통고받아야 한다.

#### cf. 개정 전 제81조의g 제1항

: 행위의 종류와 실행, 피의자의 인격이나 그 밖의 인식이유로 인해 미래에 재차 이전의 형벌행위를 범할 수 있다고 본다면, 장래의 형사절차에서 신분확인의 목적을 위하여 상당한 의미의 형벌행위, 특히 성적 자기결정권에 반한 범행, 위험한 상해, 특별히 중한 절도나 공갈의 혐의를 받는 피의자의 체세포를 채취하여 DNA신원샘플 확정을 위해 분자유전학적인 조사를 할 수 있다.

#### <독일 형사소송법 제81조의h : 차례조사>

제1항. 생명, 신체의 안전, 개인의 자유 또는 성적 자기결정권에 반한 범죄를 저질렀다는 혐의를 특정사실이 지지해 줄 경우, 추측건대 행위자에 해당하는 특정한 증적(Prüfungsmerkmal)을 충족시키는 사람들은 그들의 서면동의하에 1. 체세포 채취 2. 디엔에이 신원확인 샘플조사 및 성 조사 3. 동 샘플과 증거샘플과의 비교가 가능하다. 이것은 증거샘플이 이 사람들에서 연유하는지 여부를 확인하기 위해 필수적인 경우에 한하고, 이 조치가 특히 확인에 관련된 사람들의 수의 측면에서 행위의 중함을 벗어나지 않는 경우에 한한다.

제2항. 제1항의 조치는 법관의 명령을 필요로 한다. 이것은 서면으로 이루어져야 한다. 이에 특별한 증적의 관계인이 명시되어야 하고, 그 이유가 소명되어야 한다. 관계인이 이전에 청문되었는지 여부는 필요로 하지 아니한다. 이 결정에 대해서는 항고할 수 없다.

제3항. 이 조치의 실행에 제81조의f 제2항과 제81조의g 제2항을 준용한다. 이 조치로 확인된 디엔에이 확인샘플이 범죄해명을 위해 더 이상 필요하지 않을 경우, 샘플은 지체없이 폐기되어야 한다. 폐기는 문서화되어야 한다.

제4항. 관계인은 서면으로 이 조치가 그의 동의를 통해서만 행해질 수 있음을 고지받아야 한다. 이에 다음의 사항이 포함된다. 1. 채취된 체세포는 제1항의 검사만을 위해서 사용되며, 더 이상 필요 없을 경우에는 지체없이 폐기된다. 2. 이것은 미래 형사소송절차에서의 신원확인을 위해 연방 범죄수사국에 저장될 수 없다.

## 2 디엔에이 분석개정법 비판: 독일 형사소송법 제81조의g를 중심으로

### 1) 적용대상 범죄들

독일 형사소송법 제81조의g에 의하면 디엔에이 조사는 상당한 의미가 있는 형벌행위, 혹은 성적 자기결정권에 반한 형벌행위일 때 허용된다. 그 밖의 형벌행위에서 반복된 범행을 저질렀을 경우, 상당한 의미있는 형벌행위의 불법내용과 동일하게 취급될 수 있다.

#### a) 상당한 의미성을 지닌 형벌행위

법문언에 따르면, 피의자는 그러한 행위의 범행과 관련하여 혐의만 있으면 족하다. 개정되기 전의 조항, 제81조의g는 상당한 의미있는 형벌행위의 예 - 성적 자기결정권에 반한 범행, 위험한 상해, 특별히 중한 절도나 공갈 - 를 열거하였다. 개정된 조항은 이러한 예시를 삭제하였다. 그럼에도 불구하고, 독일 기본법 제103조 제2항에 의한 명확성 원칙의 측면에서 상당한 의미있는 형벌행위라는 불특정한 법개념이 헌법상 문제가 되지 않는다고 한다. 그것은 이미 최고법원의 사법판결을 통하여 구체화되어 왔기 때문이다. 불특정한 법개념이 다른 법률들에서 사용되는 한, 이에 대한 헌법적 문제제기는 의미가 없다.<sup>57)</sup>

하지만, 이것은 피의자와 관련하여 독일 기본법상의 정보적 자기결정권을 침해하는 조치로 볼 수 있다. 따라서 본 조항은 필수적이고 긴급한 혐의로 제한하여 해석할 필요가 있다.<sup>58)</sup> 혐의는 채

57) Senge, Die Neuregelung der forensischen DNA-Analyse, in: NJW 2005, 3030면.

취명령과 검사 명령시점까지 존재해야 하고, 정보적 자기결정권이 침해될 수 있기 때문에 법원은 구체적으로 근거를 제시해야 한다. 여기서 상당한 의미있는 형벌행위는 법적 평화를 민감하게 저해하고, 국민의 법적 안정성 감정을 상당히 침해하는 중급 정도의 범죄라는 데 의견이 일치하고 있다.<sup>59)</sup> 따라서 과실범은 처음부터 배제된다. 마찬가지로 단순한 상해, 단순절도와 강요도 배제된다. 미수와 공범과 같은 범죄는 중한 범행과 마찬가지로 디엔에이 조사가 가능하다. 하지만, 위증, 장물취득, 사기나 배임과 같은 행위들, 마약법에 의한 행위들은 배제된다. 이와 같은 적절한 배제가 범죄와 법정의 현실에서 비례성 원칙을 충족시키는 것이라고 볼 수 있다. 거꾸로 명정상태에서 저지른 범죄라도 상당히 의미있는 범죄행위라고 보기도 한다.<sup>60)</sup>

#### b) 그 밖의 범죄행위

또한 디엔에이 분석은 대상자가 그 밖의 범죄행위에서 여러 번 범행을 저질렀을 경우에도 허용된다. 여기서는 각각의 범죄행위가 상당한 의미성을 띠지 않아도 되고, 여러 번 행해지면 이에 해당하게 된다. 이 범죄행위들이 동일한 종류일 필요도 없고, 확정력 있는 유죄판결을 받지 않아도 된다.<sup>61)</sup> 범죄행위는 법적 평화를 민감하게 저해하고, 법적 안정성 감정을 상당히 침해해야 한다는 연방헌법재판소의 요구에 비추어 보건대, 이 법문언을 소극적으로 적용해야 한다.<sup>62)</sup> 보통 두 번째 행위가 반복된 범행으로 간주되지는 않는다.

#### c) 성적 자기결정권에 반한 형벌행위

성적 자기결정권에 반한 형벌행위에서도 디엔에이 조사가 가능한데, 여기서는 상당한 의미성을 요구하지 않는다. 성적 자기결정권에 반한 범죄라면, 음란문서반포죄와 같은 범죄에도 디엔에이 조사가 가능하게 된다. 하지만, 기본권의 제한은 공적 이익의 보호를 위해서 필수 불가결할 때에만 허용된다. 이러한 필수 불가결성은 입법자가 성과 관련한 범죄와 그 밖의 범죄행위에서도 고려했어야 한다. 따라서 이 부분은 헌법에 합치한다고 볼 수 없다. 게다가 이것은 디엔에이 신원확인법이 폐지되기 전의 연방헌법재판소 판결, 즉 상당한 의미있는 형벌행위의 경우에만 디엔에이 조사가 헌법에 합치된다는 판결에도 반하는 개정이다.<sup>63)</sup>

58) Keller, Die Genomanalyse im Strafverfahren, in: NJW 1989, 2296면; Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2.Aufl., 2011, § 81g Rn. 4.

59) 동 법률이 위헌이 아니라고 판시한 연방헌법재판소의 견해도 이와 같다. 이에 대해서는 BVerfGE 103, 21, 34 = NJW 2001, 879, 880.

60) Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2.Aufl., 2011, § 81g Rn. 4.

61) BT-Drucks. 15/5674, 11면 이하.

62) BVerfGE 103, 21, 34 = NJW 2001, 879, 880; Senge, Die Neuregelung der forensischen DNA-Analyse, in: NJW 2005, 3031면.

63) Duttge/Hörnle/Renzikowski, Das Gesetz zur Aenderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, in: NJW 2004, 1070면 이하.

#### d) 소극적 진단(Negativprognose)의 필요성

마지막으로 위에서 언급한 행위들에는 새로운 형벌행위의 위험, 즉 반복위험이 있어야 한다. 반복위험은 1. 행위의 종류와 실행방법 2. 피의자의 인격 3. 그 밖의 인식가능한 사유들을 통해 판단한다. 이러한 판단을 소극적 진단이라고 부른다. 하지만, 제1문이 미래의 형벌행위가 아니라 미래의 형사절차로 이어질 가능성을 언급하고 있기 때문에 이미 행해졌으나 해명되지 않은 행위라도 디엔에이 조사를 할 수 있다. 헌법적으로 진단결정은 형벌행위와 집행행위의 관계를 통하여 충분히 객관적으로 해명되어야 하고, 연방중앙명부의 최근 정보들과 진단결정에 유의미한 상황들이 고려되어야 한다. 이 때 유의할 점은 소극적 진단이 독일형법 제56조의 적극적 사회진단과는 다르다는 것이다. 따라서 집행유예 결정이 나더라도 제81조의g에 의한 명령을 내릴 수는 있다. 그러나 집행유예결정이 나면 반복위험이 없다고 판단하는 것이 보통이다. 제1항의 조치는 비례성 원칙을 준수할 것을 전제로 한다. 무죄판결 이후에 타액검사를 위한 채취는 결코 허용되지 않고, 혐의가 있다는 증거가 부족할 경우에도 채취는 허용되지 않는다.<sup>64)</sup>

## 2) 대상자의 동의

채취와 조사를 위한 명령은 당사자의 동의가 있으면 필요 없다.<sup>65)</sup> 이것은 기본권과 관련하여 몇 가지 문제를 가지고 있다. 우선, 체세포 채취, 분자유전학적인 조사, 디엔에이 샘플의 보관은 각각 구별하여 고려해야 한다.

### a) 체세포 채취

체세포 채취는 신체적 온전성에 대한 기본권을 침해한다. 이것은 경미한 기본권 침해에 해당하고, 실무의 관점에서 체세포 채취를 위해 동의를 구하는 것은 정당한 것처럼 보인다. 만약 정당하다고 본다면, 이 경우 당사자는 침해와 거부권에 대해 고지받을 것을 전제로 한다.

### b) 체세포의 분자유전학적 조사와 디엔에이 분석자료의 보관

체세포의 분자유전학적인 조사와 디엔에이 분석 자료의 보관은 이와는 다르게 판단해야 한다. 이 조치들은 정보적 자기결정권을 침해한다. 디엔에이 추출은 민감한 개인 정보를 유출시킬 수 있기 때문이다. 또한, 현재 혐의자가 아니라 장래의 잠재적인 범죄 행위자를 대상으로 하기 때문에 정보적 자기결정권에 특별한 무게가 실리게 된다.

64) Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2.Aufl., 2011, § 81g Rn. 6; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 52. Aufl., 2009, § 81g Rn. 8.

65) 하지만 이에 관련하여 논란이 있어서 당사자의 동의에도 불구하고 부분적으로는 법원의 명령이 요구되어 왔다. 이에 대해서는 Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 52. Aufl., 2009, § 81g Rn. 17.



### c) 동의의 유효성 판단기준

대상자의 기본권 침해는 기본적으로 법적 권한위임에 기초하기 때문에 동의의 유효성에 대해서 엄격한 전제요건을 충족해야 한다. 기본 전제는 동의의 자의성이다. 대상자는 자율적 결정에 근거하여 동의하여야 한다. 관련 조항의 조치들은 수사절차 단계에서의 피의자를 다루고, 이미 확정판결을 받은 사람을 다루기도 한다. 여기에는 수형자도 포함된다. 특히, 수형자는 의존관계와 강제관계가 존재하기 때문에 동의의 자의성 여부가 더욱 문제될 수 있다. 대상자는 혐의를 받고자 하지 않기 때문에 혹은 동의함으로써 불이익을 모면하기 위해 자료 분석과 보관에 동의를 하는 경우가 종종 있다. 수형자의 경우에는 동의를 통해 행형에서 불이익을 받지 않으려는 경향이 강하다. 동의의 자의성 여부를 판단하는 데에는 대상자의 주관적인 평가가 어떠한지가 중요하다. 대상자는 거부할 경우에 행형에서 불이익을 받을 것이라는 두려움을 보통 느끼는데, 이것은 대상자의 자유로운 결정에 영향을 미치기에 충분한 것이다.<sup>66)</sup> 이와 관련하여 부퍼탈 주법원(Wuppertal LG)의 판결은 주목할 만하다. 동 법원은 수사기관의 주도과 필요에 따라 피의자의 동의가 발생하는 “합박상황”을 지적하고, 이러한 경우에는 자발적인 동의로 볼 수 없다고 간주한다.<sup>67)</sup>

## 3) 채취된 자료의 보관과 폐기

### a) 자료의 보관과 사용

본 쟁점은 독일 형사소송법 제483조 이하 규정들이 관련되어 있다. 이에 따르면 제81조의g 제5항 제1문과 제2문에서 제시된 자료들은 연방범죄수사국에 디엔에이 분석 자료로 축적되고, 연방법범죄수사국법(제2조 제4항, 제7조 제1항, 제8조 제1, 3, 6항)에 의해 공포된 설치명령 기준에 따라 사용된다. 동조 제5항은 저장되는 자료의 종류와 입력사항 및 자료송부, 검사목록, 저장기간, 변경을 위한 전제조건, 그리고 자료송출의 기록 및 조직적이고 기술적인 조치들을 규율한다.

### b) 자료사용의 목적제한?

하지만 동조 제5항 제3문에 따르면 디엔에이 자료는 형사절차, 위험방지, 국제공조의 목적으로만 제공될 수 있다. 입법자의 의지에 따라 본 문언은 더 넓게 해석되어야 한다고 한다. 즉, 형집행, 행형 및 자비로운 절차가 형사절차에 해당되고, 구체적인 위험상황이 요구될 필요가 없다고 본다.<sup>68)</sup> 하지만, 이러한 목적들을 동일선상에서 연결시키는 것은 허용가능성을 지나치게 확대한다는 비판이 존재한다. 위험을 방지하고 국제공조를 하는 것은 미래의 형사절차 부담을 가벼이 하는 것

66) Golembiewski, Entbehrlichkeit einer richterlichen Anordnung der DNA-Analyse bei Einwilligung der Betroffenen?, in: NJW 2001, 1037면.

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

68) Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2.Aufl., 2011, § 81g.

과 직접적 관련성이 없는 일반적인 개념이기 때문이다.<sup>69)</sup>

#### c) 자료폐기의 요건

채취된 체세포는 조사 후에 지체없이 폐기되어야 한다. 획득된 디엔에이 신원확인샘플은 설치명령의 기준에 따라 연방범죄수사국에 보관되고 말소된다. 피의자가 확정적으로 무죄판결을 받거나, 혹은 범행을 저지르지 않거나 위법하게 행위하지 않았다는 결정에서 주된 절차의 개시를 거부당하거나 중지당했을 때, 자료의 보관, 변경, 이용은 허용되지 않는다 (연방범죄수사국법 제8조 제3항). 또한 유죄 확정자의 샘플은 중앙명부와 교육명부에 관한 법률(BKAG) 제45, 46조에 따라 법적으로 보관의 상한기간을 갖는다. 즉, 형벌, 범죄의 종류에 따라 유죄판결은 각 5, 10, 15, 20년의 상한기간을 둔다. 이 기간이 경과된 이후에 디엔에이 신원확인샘플은 말소되어야 한다.

대상자 역시 정보를 요구하고, 말소를 요구할 권한이 있다 (연방범죄수사국법 제12조 제5항, 제32조 제2항). 말소신청은 말소되어야 할 자료를 직접 디엔에이 분석자료에 입력한 기관, 즉 각각의 주범범죄수사국(LKA)에 한다. 이를 거절할 경우, 행정법원에 의무소송을 함으로써 말소신청을 유효하게 할 수 있다. 이 밖에도 형사소송법 제81조의e 제1항에 따라 다른 이유에서 획득된 피의자 자료의 사용과 보관이 허용되기 때문에 피의자는 이를 보고받아야 하고, 이에 대한 법원의 판단을 신청할 수 있음을 고지받아야 한다.

## IV. 나가며

독일의 디엔에이 분석개정법은 피의자와 유죄 확정자의 디엔에이 채취, 분석 및 보관을 허용하고 있다. 하지만, 디엔에이 채취가 가능한 범죄목록들, 즉 상당한 의미있는 형벌행위, 그밖의 형벌행위, 성적 자기결정권에 반한 형벌행위들은 각각 제한된 해석과 소극적인 적용을 필요로 하고 있다. 특히, 성적 자기결정권에 반한 행위나 그 밖의 형벌행위에서 상당한 불법성을 요하지 않고, 디엔에이 조사를 가능케 한 것은 헌법에 합치한다고 볼 수도 없고, 이전의 연방헌법재판소의 판결에도 반하는 개정으로 볼 수 있다. 또한, 이 모든 형벌행위들은 몇 가지 기준을 전제로 하여 반복위험이 있는지 여부를 타진받아야 한다. 이러한 측면에서 보면, 그간의 피상적인 이해와는 달리 독일 법제상으로는 디엔에이 조사가 그리 호락호락하지 않을 수 있다. 다음으로 당사자 동의의 정당성 여부와 관련하여서도 각각의 단계 - 체세포 채취, 조사, 보관의 단계 - 를 나누어 판단하고 있다. 여기서 동의의 유효성 판단기준은 매우 엄격하다. 특히, 압박상황에서 이루어지는 동의는 자발적인 동의로 볼 수 없다는 법원의 판결은 주목할 만하다. 마지막으로 채취된 자료의 보관과 폐기에 대한 규율이 꽤 상세한 편인데, 디엔에이 분석자료의 사용목적에 둘러싼 비판적 논의도 흥미롭다.

69) Paeffgen, Strafprozess im Umbruch oder: Vom unmöglichen Zustand des Strafprozessrechts, in: StV 1999, 625면 이하.

이전의 신원확인법과 비교하면, 개정된 디엔에이 분석법은 디엔에이 조사를 보다 폭넓게 허용하고 있는 것처럼 보인다. 하지만, 조금만 면밀히 살펴보면 개정된 조항들을 중심으로 위헌여부는 여전히 논의 중이며, 제한된 해석과 적용이 필요하다는 논의가 많고, 때로는 법원의 판결이 이를 지지하기도 한다. 본 발제문은 독일의 형사소송법 제81조의g를 중심으로 범죄목록대상, 대상자의 동의, 자료보관과 폐기만을 간략하게 고찰하였다. 고찰범위를 넓히고 더 면밀히 살펴보면 단순히 외국의 법제도도 이를 허용한다는 주장을 쉽게 할 수는 없지 않을까 한다. 외국의 입법례를 특정논의의 논거로 제시하고자 한다면, 이 모든 제반 상황들을 소개하고 제시하여 이를 기반으로 판단하여야 하기 때문이다.

## DNA 신원확인법은 누구를 위하여 존재하는가?

남명진 교수 | 가천대 생명과학과

발제문이 늦는 관계로 과거의 법률공청회에서 나온 내용을 참고로 하여 말씀드리겠습니다. 이 법안 제정되기 전에 시행되었던 2009년 4월 29일 공청회에서 토의된 내용을 보면 신혜수교수 (이화여대 국제대학원 겸임교수; 전 UN여성차별철폐위원회 위원)는 여성인권보호를 위해 DNA 정보를 수집, 이용하는 것을 허용하는 법률이 필요함에도 불구하고 법률안은 그 내용에 있어서 우려되는 점이 몇 가지 있다. 첫째는 인권침해의 소지를 최소한으로 해야 한다는 것이다. 피해자와 잠재적 피해자의 인권을 위해서는 범인검거와 범죄예방이 중요하다. 그러나 모든 범죄자의 신원확인정보를 DB화해서는 안 된다. 사람의 생명에 직접 위해가 되는 범죄의 경우로 한정하는 것이 필요하다. 특히 절도와 폭행,상해범죄가 압도적으로 많은 현실에서 절도(야간주거침입절도, 특수절도라 하더라도)나 폭행, 협박, 강요죄에까지 적용하는 것은 너무 광범위한 수집이다'라고 주장하였다.

또한 이은우변호사는 유전자 정보은행을 구축하더라도, 대상 범죄는 엄격하게 제한되어야 한다. 그 목적을 두고 볼 때, 대상 범죄는 강력범죄가 아니라, DNA 샘플을 남길 가능성이 높은 범죄'로 한정하는 것이 옳다. ...중략... 그런데 현재 법안은 절도, 강도, 폭행, 감금, 방화, 마약 등의 범죄를 포함하고 있으므로 제한하는 것이 바람직하다'라고 주장하였다. 박광빈변호사는 유전자 DB의 확장 가능성에 대하여 ① 유전자 DB는 일단 구축되고 나면 입력 대상이 지속적으로 확장될 가능성이 높다. 외국의 범죄자 유전자은행의 설립 과정을 보더라도 처음에는 사회적 정당성을 쉽게 얻을 수 있는 살인, 아동 성범죄 같은 흉악범에서 나중엔 사소한 절도에 이르기까지 그 대상이 확대되고 있다. ② 타 DB와의 연동 가능성도 높다. 범죄자 유전자은행의 개인 식별정보가 신상 정보나 다른 신원확인용 유전자은행들과 연동될 가능성이 있다'라고 언급하였다.

오창익 교수 (인권실천시민연대 사무국장, 성공회대학교 겸임교수)는 법률안은 강력범죄인 살인, 강도, 강간추행, 약취유인, 체포감금, 상습폭력, 마약, 청소년 대상 성범죄 등 재범의 위험성이 높은 11개 종류의 범죄를 범하여 형이 확정된 자 및 구속되어 있는 자를 그 수집 대상으로 정하고 있다. 법률안이 적시한 11개 범죄가 모두 강력범죄도 아니다. ...중략... 적용대상 범죄건수와 적용 대상이 되는 사람들의 숫자는 최소한 매년 50만명에 이를 것으로 보이고, DNA 신원확인정보 DB가 효용성을 갖기 위해서는 더 많은 자료가 입력되어야 하기 때문에, 앞으로 적용대상이 되는 범죄의 종류를 늘려 나갈 것으로 예상된다. 사실상 모든 형사사건 피의자에게 입건시에 수사자료 입력을 이유로 지문정보를 채취하는 것과 똑같은 방식으로 입건시 DNA 정보를 채집하는 방향으로 나아갈 것으로 보이는데, 이는 2007년 기준으로 매년 255만명이 수사의 대상이 되는 상황으로 비춰볼 때, 형사입건되는 경우가 드문 여성이나 노인, 형사미성년자인 어린이, 청소년을 제외한 대한민국의 성인 남성 다수가 그 채집대상이 되는 사실상의 범국민적 프로젝트가 될 것이다. 물론 이와 같은 의심에 대해 검찰과 경찰은 대상범죄를 강력범죄로 한정했다고는 하나, 법률안에서도 자체 분류에 따른 강력범죄의 범위를 넘어서 절도죄를 다수 포함하였다는 점 등을 감안하면 그 설득력은 떨어진다고 얘기했다.

한양대 법학과 황성기 교수도 DNA 정보의 활용을 통한 범죄수사가 효율적이기 위해서는 그 기본전제가 이미 대상자에 대한 DNA 정보 DB가 구축되어 있어야 한다고 주장하였다. ..중략..보다 엄밀하게 이야기하면 재범의 위험성이 높은 범죄에 국한해서 이 제도를 도입하는 것이 타당하다는 이야기도 성립될 수 있는 것이다. 이러한 맥락에서 보면, 법률안의 경우 그 대상범위를 제5조 제1항 제1호에서 제12호까지 규정하고 있는바, 형법전공자가 아닌 사람으로서 정확하게 이해하고 있지는 못하지만, 범위가 다소 넓은 것이 아닌가라는 느낌이 든다. 설령 범위가 넓지 않다고 하더라도, 이들 대상범죄가 재범율이 높다는 점에 대한 과학적 객관적 근거가 제시되어야 할 것이라라고 함으로서 대상범위를 문제 삼았다.

저 남명진 역시 미끄러운 경사길 논리에 의한 DB의 확장가능성을 얘기하였다. 미국 뉴욕주의 경우, 시작단계에서는 입력대상 범죄가 21개였지만 1999년에는 비폭력 범죄를 포함해 107개로 대폭 확대되었다. 세계에서 처음으로 유전정보은행을 구축했던 영국은 전 국민의 유전정보은행을 제안하기도 했다. 이와 같이 3년전에 있었던 공청회에서 토론자로 참여했던 6명이 모두 대상범죄의 범위에 대하여 언급을 하였다. 그것이 현실화되어서 이번에 헌법소원심판청구를 한 5명은 살기 위하여 국가의 폭력에 대항했던 사람들이다. 청구인 서씨는 쌍용자동차에 입사하여 근무하다 사측의 일방적 해고로 인한 생존권 위협에 처한 근로자들이 노동조합을 중심으로 파업을 벌였고 이에 맞서 쌍용자동차는 직장폐쇄를 단행하여 결국은 공권력이 투입되어 그 과정에서 다수가 죽거나 다치는 불상사가 발생하였다. 그 과정에서 청구인도 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반으로 집행유예로 형이 확정되었다. 청구인 김씨, 천씨, 김씨, 김씨는 2009년 1월 20일 발생한 국가적 비극인

용산참사 당시 현장에 있었던 자들로서 특수공무집행방해치상 혐의로 형이 확정되어 교도소 등에 수감중에 DNA 채취 요구를 받고 이를 거부했으나 판사가 발부한 영장에 의해 DNA를 채취당하였다.

서씨의 경우 쌍용자동차 정리하고 반대 파업과정에서 발생한 폭처법 위반으로 DNA가 채취되었다. 퇴거불응이나 상해는 그 자체로 강력범죄로 보기 힘들며 통상적으로 강력범죄나 중대범죄로 분류되지도 않는다. 국가인권위원회의 결정이 나올 정도로 상황이 긴박하고 위험했으며 인권침해가 심각했을 것이다. 서씨의 범위반은 생명과 신체의 안전이 위협당하고 있는 심각한 상황에서 발생한 불가피한 범위반이었다. 따라서 그 적용법률만 놓고 중대범죄라고 판단할 수는 없다. 게다가 더 중요한 것은 폭처법상 퇴거불응이나 상해가 재범의 위험성이 높다고 할 수 없다. 또한 서씨는 집행유예 2년이 확정되었는데, 실형이 아닌 집행유예를 선고받은 청구인의 DNA를 채취하는 것은 잘못 만들어진 법의 적용이다. 집행유예의 판단에는 그 범죄가 상대적으로 중하지 않고, 재범의 위험성이 낮기 때문이다. 실형이 선고되지 않은 경우에도 형이 확정되기만 하면 DNA를 채취할 수 있게 한 것은 그 인격침해의 최소성 원칙에 반한다. 실형이 확정되지 않는 범죄인의 DNA를 채취하여 이를 DB에 수록하는 것은 재범의 위험성이 높은 중대 강력범죄를 예방하고 재범을 방지한다는 법률의 입법목적에 부합하지 않다. 김씨, 천씨, 김씨, 김씨에게 인정된 채취대상이 되는 것은 폭처법 위반이다. 이들은 영세상인들의 생존권을 위협하는 재개발에 항의하기 위하여 고공농성이라는 극단적 방법을 선택하였다. 생존을 위해서 선택한 점을 고려한다면 이들을 강력 범죄인이라고 할 수는 없을 것이다. 이들이 재범의 위험성이 높은 범죄를 저질렀다고 할 수도 없다. 그러므로 형사법의 효율성을 위한 DNA DB의 구축은 DB도입으로 달성하게 될 우월한 공공의 이익을 실현하기 위하여 필요한 최소한도로 그 범위를 제한하여야 할 것이다.

참고로 선진국의 법제로 예를 드는 독일의 DNA 분석개정법을 보면, DNA 검사는 상당한 의미가 있는 형벌행위, 혹은 성적 자기결정권에 반한 형벌행위일 때 허용된다. 개정되기 전에는 상당한 의미있는 형벌행위로서 성적 자기결정권에 반한 범행, 위험한 상해, 특별히 중한 절도나 공갈을 열거하였다. 그러나 개정된 조항은 이러한 예시들이 삭제되었다. 또한 과실범, 단순한 상해, 단순절도와 강요, 위증, 장물취득, 사기나 배임과 같은 행위들, 마약법에 의한 행위도 배제된다.

## DNA법에 관한 토론



류제성 변호사 | 민주사회를위한변호사모임

- 구두 토론 -

## DNA 데이터베이스와 정보인권

장여경 활동가 | 진보네트워크센터

- DNA 데이터베이스 문제에 대한 시급한 사회적 관심을 촉구함
  - 강호순 조두순 DNA 보관된다”는 언론의 표제에서 보여지듯, 대중적으로 이 법은 성범죄자 DNA를 보관함으로써 범죄를 예방하는 효과가 있을 것으로 막연히 알려져 있음
  - 그러나 용산 철거민과 쌍용 노동자들에 이어 폭력행위등처벌에관한법률(주거침입, 제2조 제1항 제1호) 혐의로 기소된 희망버스 참가자들에 대해서도 DNA 채취가 예상됨
  - 그 밖에도 이른바 농성’의 방식으로 항의해온 노동자들에게 DNA 채취와 데이터베이스 수록이 요구되고 있다는 사실은, 이 법이 사회 모순에 저항해 온 이들을 평생 국가의 감시 하에 두는데 사용되고 있다는 점을 보여줌
  - 이에 이 법의 인권침해성을 비판하며, 2011헌마326호 헌법소원 사건에 대한 경찰과 법무부의 의견을 다음과 같은 점에서 반박하고자 함
  
- 상시적인 DNA 데이터베이스 구축은 그 기본권 침해성이 매우 높음
  - 캐나다 연방대법원에서는 개인의 DNA가 최고로 민감한 개인 정보이고, 같은 생체 정보인 지문에 비해서도 개인의 생체 구성을 더욱 상세하게 드러낼 수 있다고 판결하였음(R v. RC [[2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61])
  - DNA 데이터베이스는 수사단계상 특정 사건에 대한 DNA 채취와 검사보다 그 침해성이 더욱 큼. 현재 법에서는 DNA 데이터베이스의 사용을 ▲ 데이터베이스에 새로운 디엔에이신원확인정보를 수록하는 경우 ▲ 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사 또는 변사자 신원확인을 위하여 요청하는 경우 ▲ 법원이 형사재판에서 사실조회를 하는 경우 ▲ 데이터베이스 상호간의 대조를 위하여 필요한 경우 로 규정하고 있음(법 제11조). 이는 DNA 데이터베이스가 대한민국에서 벌어지는 대부분의 범죄 사건에서 그 수록자를 상시적인 수사대상으로 삼는다는 사실을 의미함. 이는 데이터베이스



스 수록자에 대하여 사회적인 편견과 낙인을 강화하고, 비수룩자와 차별하는 것임

- 한편 법무부는 유전정보는 개인정보자기결정권의 대상이 [되지만] ... DNA 염기서열의 미코드화된 영역을 분석함으로써 획득된 유전자정보는 유전정보가 아닌 인격중립적 영역인 유전자정보에 대한 분석 결과로 보아야 하므로 인격의 핵심영역의 침해로 볼 수 없어 사생활의 비밀과 자유와는 무관한바, 이 사건 심판대상이 청구인들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로 볼 수는 없"다고 주장함(법무부 의견서 p18~19). 그러나 DNA 신원확인정보가 개인의 고유성, 동일성을 나타내어 그 정보주체를 타인으로부터 식별가능하게 하는 개인정보”(법무부 의견서 p19)라는 사실은 분명하며, 헌법소원 청구서와 국가인권위원회 의견서(2011. 8. 25.)에서도 지적되었듯이 헌법재판소는 개인정보의 수집 보관 이용이 문제되는 사건에서 침해되는 기본권으로 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등을 주장할 경우 이러한 권리들은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 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 검토할 필요가 없다는 입장”이라는 점이 이미 지적된 바 있음.

○ 입법 취지를 벗어나 운용되고 있음

- 정부가 국회에 제출한 이 사건 법률안에는 제안이유를 최근 빈발하고 있는 살인, 강간, 방화 등 강력사건의 범죄수법이 흉포화, 지능화, 연쇄범죄화됨에 따라 강력범죄를 저지른 사람의 디엔에이신원확인정보를 미리 확보·관리하는 디엔에이신원확인정보데이터베이스 제도를 도입함으로써 강력범죄가 발생하였을 때 등록된 디엔에이신원확인정보와의 비교를 통하여 신속히 범인을 특정·검거하고, 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제하며, 더 나아가 디엔에이신원확인정보가 등록된 사람의 재범 방지 효과를 제고하려는 것”이라고 들고 있음.

- 그러나 특정 사건에서 조속히 범인을 검거하고 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제한다는 입법 취지는 수사단계에서 DNA 채취와 활용에 해당하는 서술인 바, DNA 데이터베이스에 대한 이 법은 수사단계에서 DNA 채취와 활용에 대한 입법적 통제를 하고 있지 않음.

- 무엇보다 입법 취지 및 국민적 합의’(경찰청장 의견서 p14)가 현재처럼 농성 철거민, 노동자, 시민들에 대한 DNA 채취를 용인하는 것이었는지 의문

- 이 법의 주요 대상으로 알려진 성폭력 범죄자의 비율은 실제 이 법 데이터베이스 전체 대상 중 낮은 편에 속함(2010. 7. 26. ~ 10. 31.)

구분	총계	방화 실화	살인	약취 유인	강간 추행	강도 절도	폭처법	특기법	성폭력	마약	아동성 소년성 보호	군형법
제5조 채취	7,578	103	642	12	360	1,827	984	1,912	758	864	112	4
제6조 채취	3,829	87	271	10	284	1,144	412	701	526	254	140	0

\* 제5조에 의한 검찰 채취 건수 중 성폭력 범죄의 비중은 16.2%(강간추행+성폭력+아동청소년성보호)

\* 제6조에 의한 경찰 채취 건수 중 성폭력 범죄의 비중은 24.8%(강간추행+성폭력+아동청소년성보호)

- 대상범죄가 모두 재범율이 높은 범죄인지 의문이며(경찰 의견서 p73), 이 법이 범죄예방' 효과가 있는지에 대한 객관적 통계는 없음(경찰 의견서 p83; 법무부 의견서 p20). Nuffield Council 의 생명윤리 보고서(The forensic use of bioinformation: ethical issues, 2007. 9. 18)에 따르면 재범가능성을 고려하지 않고 대상 범죄를 모두 대상으로 DNA를 보관하는 정책이 효과가 있다는 경험적 증거는 부족하다고 함

- 법원 또한 2009년 11월 9일 국회 법안 심사 중 제출한 검토의견에서 이 법의 입법 목적에 부합하기 위해서는 최소한 법원이 대상범죄에 대하여 유죄판결을 선고하면서, 일정한 요건 아래에서 필요하다고 인정하는 경우, 부가처분의 하나로 디엔에이신원확인정보 데이터베이스에 등재를 명하는 방안을 제시하였음

- 경찰이 구속 피의자에 대한 DNA 채취로 범인을 검거한 사례로 든 예시(경찰 의견서 p20 등)는 미제사건 해결이라고 표현되지만 엄밀히 말하면 별건수사임. 모두 이 법의 엄밀한 대상, 즉 대상 범죄의 '구속' 피의자에 해당하는 사례도 아님. 통계(2010. 7. 26. ~ 10. 31.) 상으로 DNA 대조를 통한 미제사건 발견 사례에서 84.2%가 절도'에 편중되어 있음(살인 1건, 강도 2건, 절도 16건).

- 무엇보다 별건 수사는 이 법의 목적에 어긋날뿐더러 인권침해임. 영국에서는 1997년 법률상 삭제되었어야 할 불기소 처분자의 디엔에이 정보를 데이터베이스에 계속 보관하였다가 1998년 다른 살인 사건에서 데이터베이스를 검색한 결과 해당인이 범인이라는 사실이 밝혀졌지만, 법원은 증거능력을 인정하지 않고 무죄를 선고한 바 있음<sup>70</sup>). 데이터베이스가 별건수사에 사용되는 것이 일반화되면 장차 모든 피의자, 아니 전 국민이 잠재적 범죄자로 간주되는 것이 일반화될 것이고 그만큼 데이터베이스 대상의 확대가 정당화될 가능성이 매우 큼.

- 헌법재판소는 범죄수사에 꼭 필요하다는 명분으로 전 국민이 십지지를 달인하고 경찰이 이를 데이터베이스화하여 평생 보관하는 지문날인 제도에 대하여 2005년 합헌으로 결정한 바 있음. 그런데 경찰이 이제 와서 계획된 범행의 경우 ... 지문이 범죄현장에 남는 경우는 상대적으로 많지 않"고, 우발적인 범행으로 현장에 지문이 남더라도 잠재지문의 완벽한 현출은 현실적으로 어"려우며, 사건현장에서 존재하는 지문은 그 지문의 소유자가 이유가 무엇이든 현장에 존재했었다는 정보 외에는 아무것도 제공할 수 없"다고 강변하는 것은 모순적임(경찰 의견서 p84)

○ 구속 피의자를 대상으로 하는 것은 특히 무죄추정의 원칙에 위반됨

- 국가인권위원회는 이 법에 따라 구속피의자로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 구속피

70) 황만성, "유전자감식정보의 형사절차상 활용방안 - 유전자감식정보법안의 검토를 중심으로", 형사정책연구 제18권 제1호(통권 제69호, 2007 봄호), 186~187면.

의자를 부당하게 재범 우려가 있는 범죄자로 취급하는 것으로서 수사단계에서 지문채취와 명백하게 다르다고 보았음

- 법원도 위 의견에서 모든 국민은 유죄의 판결이 확정되기 이전에는 무죄추정을 받는다고 할 것인데, 무죄추정을 받는 자에게서 당해 사건도 아닌 장래의 범죄수사를 위한 자료를 확보하기 위해 강제수사를 하는 것은 문제가 있고, 위헌의 소지가 크"며, 구속영장 발부단계에서 피의자의 범죄사실이 분명하게 특정되었다고 하기 어렵고, 당초 입건된 범죄사실 및 죄명과는 전혀 다른 죄명으로 기소되는 사례가 빈번하며, 심지어 공소제기 이후에도 공소장변경을 통하여 죄명이 변경되는 경우도 있는 점을 고려하면, 이와 같은 규정은 디엔에이신원확인정보의 수집 대상범죄를 엄격하게 제한하고자 하는 법취지를 무력화할 수 있는 것이어서, 찬성할 수 없"다고 밝혔음. 또한, 일단 입력된 디엔에이신원확인정보를 후에 무죄판결 등을 받아 삭제하는 것은 큰 의미가 없고 신상정보를 암호화하여 관리함으로써 실제 삭제 여부를 감시하고 통제하기도 쉽지 아니"하다고 지적하는 한편, 구속영장의 발부는 형사소송법상 증거인멸 및 도망의 염려 등을 요건으로 하고 있을 뿐이므로, 구속된 피의자에 대하여 디엔에이감식시료의 채취를 허용하는 것은 합리적인 이유 없"다고 꼬집음.

- 영국에서 피의자에 대해 DNA 데이터베이스 수록 대상으로 한 것에 대해서 유럽인권재판소는 인권선언에 위반하는 것으로 판결하였음(S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM, Applications nos. 30562/04 and 30566/04, 2008. 12. 4)

○ 형이 확정된 자만을 대상으로 하더라도 데이터베이스 수록 대상이 너무 광범위함

- 국가인권위원회는 대상범죄 중 약취와 유인죄는 그 자체가 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」에 의하여 대부분 가중처벌 되는 점에서, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」의 상습적 또는 집단적 폭행 협박 체포 감금 채물손괴 주거침입 강요 등의 죄는 상습성이나 집단성에 중점을 두어 적용대상으로 한 것으로 판단되는데 적어도 주거침입, 퇴거불응, 채물손괴죄와 같은 비교적 경미한 범죄도 획일적으로 적용대상으로 하였다는 점에서, 존속살인죄의 경우 형기가 무기 등 장기복역으로 인해 출소 후 재범을 범할 우려가 크지 않다는 점에서 이들 범죄를 대상 범죄군에 포함한 것은 최소 침해의 원칙과 관련하여 문제가 있는 것으로 보았음. 법원은 대상범죄 중 ①「형법」 제29장 체포와 감금의 죄 등 굳이 유전자분석이 없이도 범인이 특정될 수 있고 재범률이 높다고도 보이지 않는 범죄, ② 야간주거침입절도 등 상대적으로 가벼운 범죄 등은 대상범죄에서 제외하여야 할 것이라고 보았음.

- 또한 국가인권위원회는 법 제5조제1항에서 정한 범죄로 유죄확정판결을 받은 모든 사람에 대하여 디엔에이감식 등을 허용하고 있는데, 범죄의 동기, 경중, 성향, 재범의 위험성에 대한 아무런 고려 없이 동 범죄를 범한 자 모두를 일률적으로 대상으로 포함시키는 것이 침해의 최소성 원칙에 반할 가능성이 있다고 보았음. 법원도 같은 의견을 밝힘.

- 국가인권위원회는 법 제13조제3항에서 데이터베이스 수록 이후 당사자가 실제로 다시 범죄를 범하였는지 여부를 고려하지 않고 일률적으로 당사자의 사망시까지 디엔에이신원확인정보를 저장할 수 있도록 한다는 점에서 침해의 최소성 원칙에 반한다고 판단하였고, 특히 소년범의 경우 아직

사리분별이 미숙한 상태에서 범한 죄로 인하여 평생 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 저장되어 검색 조회되기 때문에 지나치게 가혹하다고 보았음.

- 소년범의 데이터베이스 수록 문제와 관련해서는, 법원 또한 “소년의 교화 및 재사회화를 방해하고 소년에 대한 낙인효과를 초래하므로 바람직하지 아니”하다고 의견을 밝힘. Nuffield Council 생명윤리 보고서에서도 청소년 생체정보를 영구히 보관하는 것이 1989년 UN 아동권리협약에 저촉될 소지도 있다고 지적하였으며, 2005년 캐나다 연방대법원 또한 청소년 초범의 DNA 를 데이터베이스에 보관하는 것이 비례적이지 않다고 판결하였음.

#### ○ 오남용이 우려됨

- DNA는 개인을 식별하거나 가족관계를 확인할 수 있는 개인식별정보를 가지고 있음. 특히 해외에서는 DNA 정보의 가족관계 확인 기능이 가족 검색(family search) 등으로 오남용되는 등 신원좌제에 준하는 사례가 보고됨. 실제로 한국에서도 범죄현장에서 사라진 강간살인 용의자의 부모로부터 가해남성의 유전자형을 추정할 사례가 보고되었음<sup>71)</sup>

- Nuffield Council 생명윤리 보고서 역시 DNA 데이터를 가족 검색에 활용하는 것에 대하여 우려를 표명했으며, DNA 보관이 민족적 편견을 조장할 수 있다는 점을 우려하였음

- 특정 질병들을 추정할 수 있음.

- 당사자의 인지나 동의 없는 소량의 지문이나 침, 담배꽂초 등에서 은밀히 채취할 수 있음

- 법원은 해당 디엔에이감식시료가 범죄현장 등에서 발견된 것인지 여부에 관하여 명확히 담보할 수 있는 방법이 규정되어 있지 아니하여, 착오로 뒤바뀌거나 기타 사유로 무고한 사람이 범인으로 몰릴 가능성을 배제할 수 없”다고 우려하였음.

- 최초의 수집 목적 이외의 다른 목적으로 사용될 가능성이 높음. 특히 상업적 가치가 높음

#### ○ 결론적으로, DNA 데이터베이스에 반대함

- 우리 사회가 강력범죄에 대하여 그 사회적 원인을 살펴 개선하고 형벌의 교정교화 기능을 높이는 노력은 하지 않은 채 오로지 범죄인을 사회로부터 장기간 격리하고 중벌에 처하고 수사기관의 권한만 확대하는 손쉬운 수단만 채택하려 하고 있으며, 디엔에이법도 사회적 낙인을 가하고 차별과 배제의 효과를 초래한다는 점에서는 강성형벌정책과 일맥상통한다는 지적(류제성)에 깊이 공감함

71) 전병원 등, “미체포 용의자의 부모로부터 가해남성의 유전자형 추정 사례 보고”, 한국법과학회지 제5권 제1호, 2004.