

## 『DNA신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』에 대한 비판적 검토\*

조 성 용\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

앞으로 살인이나 아동 성폭력 등 재범의 위험성이 높은 강력범들의 디엔에이신원확인정보를 국가가 관리하며 사건 발생시 활용하게 될 전망이다. 지난 2009년 10월 29일 법무부가 제출한 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』이 2009년 12월 29일 마침내 국회 본회의를 통과하였고, 2010년 8월 13일에는 동법 시행령까지 제정되었다. 그러나 전체적으로 볼 때, 동법은 개인의 자유와 범죄수사의 효율성 사이에서 적절한 균형을 이루고 있다기보다는 오히려 후자 쪽으로 치우쳐져 있다고 판단된다. 무엇보다도 디엔에이데이터베이스의 입력대상 이 객관적이고 실증적인 근거 없이 설정되었고 그 범위 또한 넓은 점, 디엔에이신원확인정보의 수집과정에서 발생하는 헌법적인 문제점(무죄추정의 원칙 내지 영장주의 원칙)을 충분히 해결해 줄 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있지 않다는 점, 디엔에이신원확인정보의 수집요건에 대한 사법적 통제가 미흡하다는 점, 수록의 기한에 제한이 없어서 평생 동안 관련 대상자의 디엔에이신원확인정보의 수록이 가능하다는 점, 데이터베이스의 관리 및 운영주체가 이원화되어 디엔에이신원확인정보의 무단유출 및 오남용의 위험이 배제될 수 없다는 점 등을 지적할 수 있다.

이러한 문제점을 합리적으로 해결하기 위해서는 이른바 특정범죄의 중대성 및 재범률에 대한 실증적인 조사를 바탕으로 특정범죄군을 재조정하는 방안, 재범의 위험성의 예측을 디엔에이신원확인정보의 수집요건으로 규정하는 방안, 디엔에이신원확인정보의 수집요건에 대한 영장심사를 강화하는 방안, 수록의 기한을 제한하는 규정을 마련하는 방안, 디엔에이신원확인정보의 관리주체를 가장 적합한 기관으로 일원화하는 방안 등에 대한 심층적인 논의가 활성화되어야 한다. 동법이 - 일각에서 우려하고 있듯이 - 일반시민을 통제하기 위한 전략적 수단으로 전략하지 않으려면, 법률이 제정된 이후에도 개인의 자유와 범죄수사의 효율성 사이의 적절한 절충점을 찾으려는 노력을 게을리해서는 안 될 것이다.

❖ 주제어 : 디엔에이신원확인정보, 디엔에이감식, 디엔에이데이터베이스, 재범의 위험성, 수록, 검색 및 회보

\* 이 논문은 단국대학교 교내연구비(연구년) 지원에 의하여 연구되었음

\*\* 단국대학교 법과대학 부교수, 법학박사

## I. 서론

앞으로 살인이나 아동 성폭력 등 재범의 위험성이 높은 강력범들의 디엔에이신원 확인정보를 국가가 관리하며 사건 발생시 활용하게 될 전망이다. 지난 2009년 10월 29일 법무부가 제출한 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』이 2009년 12월 29일 마침내 국회 본회의를 통과하였고, 2010년 8월 13일에는 동법 시행령까지 제정되었다. 이 법률안을 주도해 왔던 경찰 및 검찰의 입장에서는 15년이 넘도록 결실을 보지 못하였던 숙원사업이 이루어진 셈인 반면에, 디엔에이신원 확인정보의 관리주체를 불신하고 디엔에이신원확인정보의 수집 및 처리과정에서 발생하는 인권 침해와 디엔에이신원확인정보의 유출 및 오남용의 위험성을 우려해 왔던 인권시민단체의 입장에서는 우려했던 바가 현실로 나타난 셈이다.

법무부는 이번 입법으로 인하여 살인, 강간 등 흉악범의 조기 검거로 추가 피해자의 양산을 방지하고, 뛰어난 범인식별력 때문에 범인으로 하여금 추가 범행을 자제하게 하여 범죄예방에 탁월한 효과가 있으며, 조기에 무고한 수사대상자를 배제할 수 있고 기존 수형인들 중 억울한 피해자에 대한 구제가 가능하여 국민의 인권보호에 크게 기여할 것으로 예상하였다. 그에 반하여 인권시민단체는 정부가 발의한 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』에 대한 의견에서 국가가 개별 사건 수사를 넘어서서 방대한 디엔에이데이터베이스를 구축하는 것은 매우 위험한 발상으로서 형이 확정된 기결수 외에 소년범과 피의자도 데이터베이스 입력 대상으로 하고 있으며, 나아가 범행현장에 머물렀던 일반 시민이나 피해자도 포함하고 있어 국제적으로도 드문 광범위한 입법사례에 속한다고 반박하였다.<sup>1)</sup> 또한 검찰과 경찰의 조직이기주의로 인해 데이터베이스의 관리를 이원화한 것은 이 법률이 추구하고 있는 범죄수사의 효율성과도 배치될 뿐만 아니라 오남용과 유출에 대한 우려를 한층 높이고 있다고 주장하였다. 법원도 정부가 발의한 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』 일부조항에 대해 기본권 침해의 우려가 있다며 반대의견을 분명히 하였다. 수사의 효율성과 범죄예방이라는 제도의 도입취지에

1) 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』(정부 발의안)에 대한 인권시민단체의 의견, [www.lgbtpride.or.kr/lgbtpridexe/?document\\_srl=9398](http://www.lgbtpride.or.kr/lgbtpridexe/?document_srl=9398), 1면.

는 공감하지만, 대상범죄가 지나치게 넓고 수사단계인 구속피의자에 대해 디엔에이 감식시료 채취를 허용하는 것은 헌법상 무죄추정의 원칙에 반한다는 것이다. 또한 디엔에이신원확인정보의 무단유출과 오남용을 막기 위해서는 정보의 관리주체를 제정안과 같이 검찰과 경찰로 이원화할 것이 아니라 하나의 독립된 기관이나 수사 기관과 분리된 기관이 맡아야 한다고 지적하였다.<sup>2)</sup>

이러한 우려와 비판에도 불구하고 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』은 일부 내용만 수정되었을 뿐,<sup>3)</sup> 그 밖의 사항에 대해서는 기본적으로 원안을 유지하는 선에서 국회 본회의를 통과하였다. 이 글에서는 이러한 상황을 염두에 두고 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』이 그동안 인권시민단체 및 법원 등에서 제기해 왔던 기본권 침해와 디엔에이신원확인정보의 유출 및 오남용의 우려를 과연 얼마만큼 해소시킬 수 있는지 검토해 보고자 한다. 이를 위하여 우선 동법의 배경, 목적 그리고 내용에 대해 살펴본 다음, 동법의 주요조항을 중심으로 제반 문제점을 검토하고, 최종적으로 동법에 대해 평가해 보고자 한다.

## II. 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』의 개요

### 1. 제정배경

범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 논의는 이미 1990년대 중반부터 시작되었다. 설립에 앞서 법적 근거를 확보하기 위하여 검찰청은 1994년 10월 『유전자정보은행 설립에 관한 법률안』을 마련해 놓았고, 이와는 별도로 경찰청도 1995년에 『유전자자료 관리 및 보호에 관한 법률안』을 마련하였다. 그러나 이러한 법률안은 주관부서 및 디엔에이데이터베이스의 관리, 운영책임 등의 문제를 둘러싸고 대

2) 법률신문, 2009.6.1.

3) 적용대상 범죄 중 체포와 감금의 죄를 삭제하였고(동법안 제5조 제1항 3호 삭제), 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 경우 사전에 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받도록 하였으며(동법안 제8조 제3항), 디엔에이감식시료 폐기 및 삭제의무 위반시 형법상 직무유기죄에 준하여 처벌하도록 하였다(동법안 제17조 제5항).

립이 벌어져 무산된 바 있다. 그 이후 2006년 8월 1일 정부는 양 기관의 조정 및 합의과정을 거쳐 『유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안』을 국회에 제출하였다. 여기에는 유영철 사건 및 연쇄성폭행범 ‘대전발바리’ 사건 등을 계기로 성폭력예방대책의 일환으로 유전자정보은행을 도입하자는 사회적 여론이 조성된 점이 주된 배경으로 작용하였다. 그러나 이 법률안은 제17대 국회의 회기만료를 이유로 폐기되었다.

그 후 해잔·예슬이 사건 및 강호순 연쇄살인사건 등 사회적 이목을 끄는 강력사건이 잇따라 발생하자 디엔에이신원확인정보 데이터베이스의 설립의 필요성이 다시금 전면에서 떠오르게 되었다. 이를 계기로 제17대 국회에 제출된 기존 법률안의 명칭 및 내용을 약간 수정한 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』이 2009년 5월 27일 법무부와 행정안전부에 의해 입법예고되었다. 정부는 2009년 10월 29일 이 법률안을 국회에 제출하였고, 2009년 12월 4일 국회 임시회는 이 법률안의 일부 내용을 수정하고 의결하였다.<sup>4)</sup> 이렇게 수정된 의결안은 2009년 12월 29일 본회의에서 찬성 222표, 반대 66표로 통과되었다.

## 2. 제정목적

『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』의 제정목적은 디엔에이신원확인정보의 수집·이용 및 보호에 필요한 사항을 정함으로써 범죄수사 및 범죄예방에 이바지하고 국민의 권익을 보호하는데 있다(동법 제1조). 기존의 수사방식으로는 강력범죄의 사전예방 및 범인의 검거가 어려울 뿐만 아니라 검거 후 사후관리도 제대로 이루어지지 않는 실정이므로 강력범죄를 저지른 사람의 디엔에이신원확인정보를 미리 확보·관리하는 디엔에이신원확인정보 데이터베이스 제도를 도입하여 조속히 범인을 검거하고, 무고한 용의자를 수사선상에서 조기에 배제하며, 아울러 범죄예방의 효과를 제고하자는 것이다.

4) 법제사법위원회, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 심사보고서, 2009/12, 2면 이하.

### 3. 주요내용

#### 가. 디엔에이신원확인정보의 수집 및 처리

우선 동법은 디엔에이신원확인정보의 수집<sup>5)</sup> 및 처리<sup>6)</sup>와 관련하여 수집규정(동법 제5조 내지 제9조), 수록규정(동법 제10조) 및 검색·회보규정(동법 제11조)을 두고 있다.

수집규정은 디엔에이신원확인정보를 피의자등의 디엔에이신원확인정보, 수형자등의 디엔에이신원확인정보 그리고 범죄현장등의 디엔에이신원확인정보로 구분하고, 각각 상이한 요건에 따라 디엔에이신원확인정보를 수집하도록 규정하고 있다. 첫째, 피의자등의 디엔에이신원확인정보는 디엔에이감식시료채취영장을 발부받아 11개 유형의 특정범죄로 구속영장이 발부된 피의자 또는 치료감호법에 의해 보호구속된 치료감호대상자로부터 채취한 디엔에이감식시료를 분석하여 수집한 것이며, 둘째, 수형자등의 디엔에이신원확인정보는 디엔에이감식시료채취영장을 발부받아 위의 특정범죄로 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받은 자, 형법 제59조의 2에 의하여 보호관찰명령을 받은 자, 치료감호법에 의하여 치료감호선고를 받은 자 또는 소년법 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받은 자로부터 채취한 디엔에이감식시료를 분석하여 수집한 것이다. 셋째, 범죄현장등의 디엔에이신원확인정보는 동법 제7조 1항의 각 호에 해당하는 디엔에이감식시료를 분석하여 수집한 것이다.

이와 같이 수집된 디엔에이신원확인정보는 디엔에이신원확인정보 데이터베이스에 수록되며, 디엔에이신원확인정보담당자는 동법 제11조 제1항의 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 수록된 디엔에이신원확인정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있다.

5) 여기에서 ‘수집’(Erhebung)은 디엔에이감식시료를 채취하고 채취한 디엔에이감식시료를 대상으로 디엔에이감식을 하여 디엔에이신원확인정보를 획득하는 과정을 포괄하는 개념이다.

6) 여기에서 ‘처리’(Verarbeitung)는 디엔에이신원확인정보의 저장(수록), 제공(검색 및 회보), 변경, 차단 및 삭제 등을 포괄하는 상위개념이다.

### 나. 디엔에이신원확인정보의 유출 및 오남용의 방지

또한 동법은 디엔에이신원확인정보의 유출 및 오남용을 방지하기 위하여 폐기규정(동법 제12조), 삭제규정(동법 제13조) 및 처벌규정(동법 제15조 내지 제17조)을 두고 있다.

첫째, 디엔에이신원확인정보담당자는 피의자 및 수형자등의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록한 때에는 채취한 디엔에이감식시료와 그로부터 추출한 디엔에이를 지체 없이 폐기하여야 한다. 둘째, 디엔에이신원확인정보담당자는 다음과 같은 경우에는 직권 또는 본인의 신청으로 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하여야 한다. 즉, 수형자등이 재심에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우와 피의자등이 혐의 없음, 죄가 안 됨 또는 공소권 없음의 사유로 불기소처분을 받거나 특정범죄로 구속된 피의자의 죄명이 수사 또는 재판 중에 특정범죄 이외의 죄명으로 변경된 경우, 피의자등이 법원의 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우 그리고 피의자등이 법원의 치료감호법 제7조 제1호에 의한 치료감호의 독립청구에 대한 청구기각 판결이 확정된 경우가 그러하다. 그 밖에 디엔에이신원확인정보담당자는 수형인등 또는 피의자등이 사망한 경우에는 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 직권 또는 친족의 신청에 의해 삭제하여야 한다. 셋째, 업무상 취득한 디엔에이감식시료 또는 디엔에이신원확인정보를 업무목적 외에 사용하거나 타인에게 제공 또는 누설한 디엔에이신원확인정보담당자는 공무원에 준하여 처벌하며, 디엔에이신원확인정보담당자가 정당한 이유 없이 폐기 및 삭제의무를 이행하지 아니한 때에는 직무유기죄에 준하여 처벌한다. 나아가 디엔에이신원확인정보를 거짓으로 작성하거나 변개한 자, 디엔에이감식시료를 인멸, 은닉 또는 손상하거나 그 밖의 방법으로 그 효용을 해친 자 그리고 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 디엔에이신원확인정보를 열람하거나 제공받은 자에 대해서도 처벌하는 규정을 마련하였다.

#### 다. 디엔에이신원확인정보의 관리·운영 및 통제

나아가 동법은 디엔에이신원확인정보의 관리·운영의 주체(동법 제4조) 및 데이터베이스의 관리·운영을 통제할 심의기관(동법 제14조)에 관한 규정을 두고 있다.

첫째, 검찰청장은 특정범죄를 범하여 형을 선고받고 확정된 수형자등의 디엔에이신원확인정보에 관한 사무를, 경찰청장은 특정범죄를 범하여 구속된 피의자등의 디엔에이신원확인정보와 범죄현장등에서 발견된 것에서 취득한 디엔에이신원확인정보에 관한 사무를 각각 총괄하되, 검찰총장과 경찰청장은 디엔에이신원확인정보 데이터베이스를 서로 연계하여 운영할 수 있도록 하였다. 둘째, 데이터베이스의 관리·운영 등에 관한 주요사항을 심의하기 위하여 국무총리 소속으로 디엔에이신원확인정보데이터베이스관리위원회를 설치하도록 규정하였다.

### Ⅲ. 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』의 제반 문제점의 검토

#### 1. 수집규정

##### 가. 피의자등의 디엔에이신원확인정보

##### (1) 수집목적 규정의 필요성 여부

동법 제6조는 디엔에이감식시료의 채취목적에 대하여 규정하지 않고 있다. 단지 동법의 제정목적에서 동법은 범죄수사 및 범죄예방에 이바지하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다고 규정하고 있을 뿐이다(동법 제1조). 그러나 디엔에이신원확인정보의 수집목적은 법문에 명기되어야 한다고 본다. 왜냐하면 디엔에이신원확인정보의 수집목적 여하에 따라서 수집의 요건 및 절차는 물론이고 수집되는 정보의 규모, 데이터베이스에 수록되는 정보의 규모, 나아가 검색 및 회보되는 정보의 규모도 달라지기 때문이다. 예컨대 수집목적이 ‘당해 범죄사건에서 개인을 식별하

기 위한’ 경우와 ‘장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위한’ 경우는 수집의 요건 및 절차 그리고 수집되는 정보의 규모면에서 본질적으로 차이가 난다. 전자는 후자와는 달리 특정범죄로 구속영장이 발부되지 않아도 수집이 가능하며, 디엔에이데이터베이스에 수록되지도 않는다. 후자의 경우에도 수집목적이 장래의 범죄수사 및 형사소추에 국한되는지 아니면 그 이상으로 확장되는지에 따라 수집, 수록, 검색 및 회보되는 정보의 규모가 달라진다. 예컨대 수집목적이 ‘장래의 형사소송에서 개인을 식별하기 위한’ 것이라면,<sup>7)</sup> 이는 수집목적이 ‘장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위한’ 경우보다 수집, 수록, 검색 및 회보되는 정보의 규모가 커지는 반면, 수집목적이 ‘장래의 위험방지(Gefahrenabwehr)를 위하여 개인을 식별하는’ 경우<sup>8)</sup>보다는 수집, 수록, 검색 및 회보되는 정보의 규모가 작아진다.

나아가 디엔에이신원확인정보의 수집목적을 법문에 명기하면, 그동안 경찰 및 검찰 내부의 자체 예규에 따라 디엔에이신원확인정보를 수집하여 보관해 왔던 잘못된 관행<sup>9)</sup>을 바로 잡을 수 있는 계기를 마련할 수 있을 것이다. 그리하여 동법의 수집목적과 다른 목적으로 디엔에이신원확인정보를 수집하거나 자체의 데이터베이스에 수록하는 것은 불법이다.

동법의 제정목적과 검색 및 회보규정의 문언에 비추어 볼 때, 동법의 디엔에이신원확인정보의 수집목적은 좁은 의미로 파악된다. 즉, ‘장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위한’ 경우로 보아야 한다. 그리하여 동법 제6조에는 이러한 문구가 포함되어야 한다고 본다.<sup>10)</sup>

7) 이는 독일 형사소송법상의 디엔에이신원확인정보의 수집목적인데(제81g조 제1항), 여기에는 범죄수사 및 형사소추는 물론이고 행형, 형집행 그리고 사면절차까지 포함된다. BT-Dr. 13/11116, S. 8.

8) ‘위험방지’는 경찰의 주된 과제이다. 경찰에 부과된 이러한 과제는 구체적인 위험의 방지뿐만 아니라 추상적인 위험의 방지로까지 확대된다.

9) 그동안 디엔에이신원확인정보의 수집 및 처리 실태에 대해서는 임인규, 유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안 검토 보고, 법제사법위원회, 2006/12, 5~7면; 김병수, 유전자감식기술의 사회윤리적 쟁점, 생명윤리, 제6권 제1호, 2005/6, 17면 이하.

10) 제6조(구속피의자등으로부터의 디엔에이감식시료 채취) 검사 또는 사법경찰관은 “장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여” 제5조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄 또는 이와 경합된 죄를 범하여 구속된 피의자 또는 『치료감호법』에 따라 보호구속된 치료감호대상자로



## (2) 특정범죄군의 적정성 여부

디엔에이데이터베이스의 설립과 관련하여 법률에 명시될 사항 중 가장 중요한 것은 입력대상의 범위일 것이다. 왜냐하면 입력대상의 범위는 데이터베이스의 총 규모와 연간 입력규모를 결정지우는 중요한 요소이기 때문이다. 그리하여 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』이 규정하고 있는 이른바 특정범죄군의 적정성이 문제된다.

동법 제5조 제1항은 적용대상이 되는 특정범죄로, ① 방화죄 ② 살인죄 ③ 약취·유인의 죄 ④ 강간추행의 죄 ⑤ 야간주거침입절도·특수절도 및 강도의 죄 ⑥ 『폭력행위 등 처벌에 관한 법률』상 상습적 또는 집단적 폭행·협박·체포·감금·재물손괴·주거침입·강요 등의 죄 및 범죄단체구성·활동에 관한 죄 ⑦ 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』상 약취·유인의 죄 및 상습적 절도·강도 등의 죄 ⑧ 『성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률』상 성폭력범죄 ⑨ 『마약류관리에 관한 법률』상 마약에 관한 죄 ⑩ 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』상 성폭력범죄 ⑪ 『군형법』상 상관·초병살인죄 및 방화죄 등 11개의 유형을 열거하고 있다. 17대 국회에 제출된 기존 법률안과 비교하면 체포·감금의 죄가 삭제되었고, 그 밖의 일부 범죄가 제외되거나<sup>11)</sup> 추가되었다<sup>12)</sup>.

동법이 추구하는 목적에 비추어 볼 때, 특정범죄는 법적 평화를 심각하게 교란하거나 일반인의 법감정을 현저하게 침해하는 높은 불법내용을 지닌 범죄로서(중대성), 무엇보다도 통계적으로 재범의 위험성이 높아야 한다(재범성). 나아가 전형적으로 개인을 식별하는데 적합한 - 범죄단서가 되는 - 검체를 남길 개연성이 있는 범죄이어야 한다(적합성). 인간은 거의 항상 자신의 유전자의 흔적을 남기는 존재라는 점, 오늘날 디엔에이감식기법의 수준이 향상됨에 따라 앞으로는 보존상태가 양

부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.

- 11) 종전 법률안에서 제외되는 범죄는 예비·음모죄, 자기소유건조물 및 일반물건 방화죄, 촉탁·승낙살인죄, 자살교사·방조죄, 결혼목적의 약취·유인죄, 자동차 등 불법사용죄 그리고 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』상 장물죄이다.
- 12) 종전 법률안에서 추가되는 범죄는 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』중 청소년매매죄, 청소년성매수죄, 청소년에 대한 강요죄 그리고 『폭력행위 등 처벌에 관한 법률』상 제2조 제1항, 제3항 및 제2항 중 체포·감금죄이다.

호하지 못한 소량의 검체에 대해서도 디엔에이감식이 가능하다는 점 그리고 범죄유형에 따라 다소 차이는 있으나<sup>13)</sup> 거의 모든 범죄에서 디엔에이감식에 적합한 검체가 채취될 수 있다는 점을 감안하면, 이른바 ‘적합성’의 요건은 그다지 큰 의미는 없는 것으로 보인다. 관건은 동법에서 규정하고 있는 특정범죄가 과연 중대하고 재범의 위험성이 높은 범죄인가에 있다. 이를 판단하기 위하여 최근 5년간 범죄유형별 재범률 현황을 살펴보기로 한다.

〈표〉 최근 5년간 범죄유형별 재범률 현황

연도	총범죄 재범률	형법범 재범률								특별 형법범 재범률
		살인	강도	강간	방화	절도범	폭력범	기타 형법범	소계	
2004	56.3% (40.9)	63.2% (57.9)	63.1% (50.1)	58.4% (52.9)	75.0% (70.8)	50.5% (31.9)	63.1% (41.4)	48.2% (39.3)	55.0% (40.0)	57.4% (41.7)
2005	53.5% (33.6)	62.7% (55.0)	65.2% (46.8)	56.0% (48.2)	70.4% (64.0)	49.9% (27.2)	59.6% (32.4)	44.0% (33.5)	51.6% (32.8)	55.3% (34.3)
2006	51.5% (33.1)	62.9% (55.7)	65.3% (47.5)	54.4% (47.4)	69.7% (63.9)	48.4% (26.2)	57.6% (33.3)	42.5% (32.6)	49.6% (32.7)	53.5% (33.6)
2007	51.6% (32.9)	62.0% (54.0)	63.8% (46.3)	52.8% (45.8)	66.4% (60.2)	48.4% (26.0)	56.1% (34.2)	41.8% (31.4)	48.9% (32.4)	54.1% (33.3)
2008	49.3% (31.7)	64.6% (57.0)	63.4% (46.7)	50.1% (43.6)	66.5% (60.5)	49.8% (26.9)	54.4% (34.1)	38.7% (29.0)	46.7% (31.3)	51.5% (32.0)
평균	52.4% (34.4)	63.1% (55.9)	64.2% (47.5)	54.3% (47.6)	69.6% (63.9)	49.4% (27.6)	58.2% (35.1)	43.0% (33.2)	50.1% (33.8)	54.4% (35.0)

\* 경찰청에서 발간하는 『범죄통계』의 통계자료를 기초로 분석한 것임

\* 절도범에는 단순절도, 특정범죄가중처벌에 관한 법률상의 절도, 야간주거침입절도, 특수절도, 자동차 등 불법사용, 상습절도 등이 포함됨

\* 폭력범에는 상해, 폭행, 협박, 체포감금, 약취·유인, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반, 공갈 및 손괴 등이 포함됨

\* ( )는 異種再犯率을 의미함

첫째, 이른바 ‘강력범죄’로 분류되는 살인죄, 강도죄, 강간죄 및 방화죄는 다른 범

13) 예컨대 위증죄의 경우는 디엔에이감식에 적합한 검체를 남길 개연성이 거의 없다. 그에 반하여 명예훼손죄, 공연음란죄, 마약범죄의 경우는 범인이 현장에 디엔에이감식에 적합한 검체를 남기는 것을 완전히 배제할 수 없다. 자שה는 조성용, 범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰, 고려법학 제49호, 2007, 1004면.

죄에 비해 법정형이 월등히 높을 뿐만 아니라, 최근 5년간 평균 재범률도 전체 범죄의 평균 재범률(52.4%)보다 높다. 동법을 주도해 온 경찰과 검찰 또한 동법의 제안 이유에서 “성폭력 범죄나 살인·강도 등 강력사건”이 빈발하고 있으며, 이들 범죄는 재범 이상의 범죄자에 의한 경우가 적지 않다는 점을 강조하고 있다. 그리하여 이러한 강력범죄는 의문의 여지없이 동법의 적용대상인 특정범죄로 평가된다.<sup>14)</sup>

둘째, 절도범은 비록 야간주거침입절도 및 특수절도와 같이 행위상황이나 행위양태로 인하여 불법성이 가중되는 경우도 포함하고 있으나 일반적으로 강력범죄와 동일시하기는 어려우며, 최근 5년간 평균 재범률(49.4%)도 전체 범죄의 평균 재범률보다 낮다. 물론 차량절도나 주거침입절도와 같이 상대적으로 경미한 재물범죄를 저지른 자가 강력범죄를 저지를 가능성을 배제할 수는 없으나,<sup>15)</sup> 절도범은 기본적으로 사람의 생명·신체·자유에 대한 중대한 침해와는 직접적으로 관련이 없는 범죄이다. 그럼에도 절도범 중 야간주거침입절도 및 특수절도를 ‘예외적으로’ 특정범죄로 인정하려면 양 범죄가 불법의 내용면에서 강력범죄와 동가치한 것으로 평가될 수 있으며, 재범률도 전체 범죄의 재범률보다 높다는 점에 대한 실증적인 증명이 필요하다. 이점이 입증되지 못하는 한, 야간주거침입절도 및 특수절도를 특정범죄의 목록에서 삭제하는 것이 바람직하다.

그 밖에 상습으로 단순절도, 야간주거침입절도 및 특수절도를 범한 자를 처벌하는 형법 제332조와 상습으로 단순절도, 야간주거침입절도, 특수절도 및 그 미수범을 범한 자 그리고 그러한 범죄를 재차 범한 누범을 가중처벌하는 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』 제5조의 4 제1항 및 제5항에 대해서도 합리적인 조정이 필요하다고 본다. 여기에서 상습성 및 반복성은 물론 재범의 위험성이 높다는 점에 대한 확고한 반증이라고 할 수 있으나, 불법의 내용면에서 그 자체로 강력범죄가 아닌 절도범이 상습성이나 반복성으로 인하여 곧바로 강력범죄와 동일시된다고 볼 수는

14) 물론 이와 같은 강력범죄를 범한 자의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록한다고 하더라도 강력범죄의 검거율은 생각만큼 높아지지 않을 수 있다. 왜냐하면 위의 표에 나타나듯이, 강력범죄로 검거된 재범자가 이전에 다른 종류의 범죄를 저지른 이중재범인 경우가 상당부분을 차지하고 있기 때문이다.

15) 박현호, 외국사례를 통한 유전자은행의 발전방향 모색, 수사연구, 제24권 제9호, 2006/9, 32면; 이승환, 합리적인 범죄자 DNA 데이터베이스 구축, 유전자정보은행에 관한 형사정책적 검토, 한국형사정책학회 2006년 추계학술회의, 11면.

없다.<sup>16)</sup> 이러한 의미에서 적어도 중복의 의미가 있는 형법 제332조와 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』 제5조의 4 제1항 및 제5항 중 경미한 범죄인 단순절도에 대한 상습범 및 누범처벌규정을 특정범죄의 목록에서 삭제하는 것이 바람직하다.

셋째, 폭력범의 평균 재범률(58.2%)은 전체 범죄의 평균 재범률보다 높으나, 폭력범 자체를 강력범죄로 볼 수 있을지 의문이다. 폭력범에는 상해, 폭행, 협박, 체포·감금, 약취·유인, 공갈, 손괴 등 다양한 범죄유형이 포함되어 있어 일률적으로 폭력범을 강력범죄로 보기 어려울 뿐만 아니라, 일반적으로 공식적인 범죄통계자료에서도 폭력범을 강력범죄로 분류하지 않는다. 재산범죄인 공갈 및 손괴를 제외하면 약취·유인의 법정형이 가장 높고, 상해, 체포·감금, 협박, 폭행의 순으로 법정형이 낮아진다. 단순히 형법상의 법정형만을 비교하면 폭력범은 강력범죄의 범주에 속할 수 없다. 설사 폭력범 중 가장 법정형이 높은 약취·유인의 죄를 강력범죄의 범주에 넣는다고 하더라도 재범률이 전체 범죄의 재범률보다 높다고 할 수 있을지 의문이다.<sup>17)</sup> 더구나 『특정범죄가중처벌 등에 관한 법률』 제5조의 2는 형법상 약취·유인죄(제287조 내지 제289조, 제292조 내지 294조)를 다시 가중처벌하고 있어서 중복의 의미가 짙다. 그러한 한에서 형법상의 약취·유인의 죄를 특정범죄의 목록에서 삭제하는 것이 바람직하다.

그 밖에 비교적 경미한 폭력범인 폭행, 협박, 체포·감금, 재물손괴, 강요, 주거침입, 퇴거불응 등을 상습적으로 범한 자 및 그러한 범죄를 재차 범한 누범을 가중처벌하는 『폭력행위 등 처벌에 관한 법률』 제2조 제1항 및 3항에 대해서도 마찬가지이다. 법정형이 더 중한 상해죄를 상습으로 범하거나 재차 범해 누범이 되더라도 특정범죄에는 해당되지 않는다는 점을 감안하면, 위 규정을 특정범죄의 목록에 삽입한 것은 결코 적정하다고 할 수 없다.

넷째, 특정범죄의 적용범위와 관련하여 특정범죄의 공범이나 미수범이 특정범죄

16) 참고적으로 독일 형사소송법 제81g조 제1항은 불법의 내용에 있어서 그 자체로는 중한 범죄가 아니더라도 반복하여 범한 경우에는 중한 범죄로 평가될 수 있다고 규정하고 있으나, 이때에도 법관의 구체적인 판단을 전제로 한 것이어서 우리의 경우와는 다르다.

17) 공식적인 통계자료에 나타나있지 않아 약취·유인죄의 재범률 현황을 정확하게 파악할 수 없으나, 제17대 국회에 제출된 기존 법률안의 검토에서 참고하였던 범죄별 재범률 현황(대검찰청 자료)에 따르면 약취·유인죄의 재범률은 2004년 43.8%, 2005년 43.4%였다. 이는 전체 범죄 평균 재범률보다 훨씬 낮은 수치이다. 자세한 내용은 임인규, 주9의 보고서, 12면.

에 포함되는지 불분명하다. 우선 미수범에 대해서는 특정범죄의 장애미수범과 불능미수범만 포함된다고 보아야 한다. 왜냐하면 중지미수범은 - 다수설에 의하면 - 책임이 탈락되거나 인적 처벌조각사유가 되어 재범의 위험성이 그리 높지 않다고 판단되기 때문이다. 그에 반하여 특정범죄의 교사범이나 방조범은 특정범죄에 포함된다. 왜냐하면 특정범죄가 강력범죄에 속하고 재범률 또한 높다면, 특정범죄를 정범의 형태로 범하든 교사범 또는 방조범의 형태로 범하든 중요하지 않기 때문이다. 게다가 특정범죄의 교사범이나 방조범이 특정범죄를 단지 교사 또는 방조의 형태로만 다시 범할 것이라고 볼 수도 없다.<sup>18)</sup>

### (3) 피의자등의 디엔에이신원확인정보의 수집의 정당성 여부

동법 제6조에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 특정범죄로 구속된 피의자 또는 치료감호법에 따라 보호구속된 치료감호대상자로부터 지방법원판사의 영장(동법 제8조 제1항 및 제2항) 또는 피의자의 동의가 있는 경우(동법 제8조 제3항) 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 구속된 피의자등으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다면 당해 범죄사건 외에 피의자등이 검거되기 전에 저지른 숨겨진 범죄를 판결선고 이전에 추가로 밝혀낼 수 있으며, 수형자등의 디엔에이신원확인정보만 데이터베이스에 수록하는 경우에 비하여 데이터베이스의 실효성 확보면에서 유리하다는 장점이 있다.<sup>19)</sup> 그러나 유죄판결이 확정되기 이전단계인 피의자등으로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 것과 당해 범죄사건도 아닌 장래의 범죄수사를 위한 자료를 확보하기 위해 강제수사를 하는 것이 헌법상 무죄추정 원칙 내지는 영장주의 원칙에 위반되는 것인지 문제된다.<sup>20)</sup>

이에 대하여 법무부는 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 재판이나 형의 집행이

18) Vath, Der Genetische Fingerabdruck zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren, Nomos, 2003, S. 60.

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

20) 이러한 문제제기로는 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』에 대한 대법원 검토 의견, 이한규, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안 검토 보고, 법제사법위원회, 2009/11. 14면에서 재인용.

아니라 향후 재범가능성에 대비한 협조의무를 부과한 것으로 무죄추정의 원칙과 직접적인 관련성이 없다고 반박하였다. 또한 디엔에이신원확인정보의 활용은 대상자에게 불이익한 강제수사를 하는 것이 아니라 지문처럼 범인식별 등 대상자의 신원을 확인하기 위한 것에 불과해 검색이나 사실조회시 영장이 필요 없다는 입장이다.<sup>21)</sup> 나아가 대한변호사협회도 디엔에이감식시료를 채취하는 것 자체는 피의자를 범죄자로 취급하는 것은 아니며, 이미 종래에 수사단계에서 피의자에 대한 지문채취도 허용되고 있다는 점에 비추어 볼 때 무죄추정의 원칙에 위반되지 않는다는 입장을 취하고 있다.<sup>22)</sup>

그러나 장래의 범죄수사 및 형사소추를 위한 증거를 확보하기 위하여 피의자등으로부터 디엔에이신원확인정보를 수집 및 처리하는 조치의 법적 성격을 형사소송법상 강제처분이 아니라, 단순한 협조의무를 부과한 것에 불과하거나(일종의 임의수사) 경찰법상의 認識業務措置와 유사한 것으로 파악하는 입장에 대해서는 찬성할 수 없다. 물론 당해 범죄사건이 아니라 장래의 범죄사건에 대한 수사에 대비하여 미리 증거를 확보해 두는 조치라는 점에서 경찰법상의 지문수집 및 처리(보관, 검색 및 조회 등)와 유사한 것은 사실이다. 그러나 디엔에이신원확인정보의 수집 및 처리는 지문의 그것과는 비교할 수 없을 정도로 유출 및 오남용의 위험성이 높기 때문에 양자를 동일하게 취급할 수 없다는 점<sup>23)</sup>과 현행법상 지문의 수집 및 처리에 관한 법적 근거가 미약하다는 점<sup>24)</sup>을 제쳐두더라도, 동법상의 디엔에이신원확인정보의 수집 및 처리의 주된 목적은 장래의 범죄예방에 있다기보다는 오히려 장래의 형사소추를 위하여 증거를 미리 확보하는데 있다고 보아야 한다.<sup>25)</sup> 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록될 때에야 기존의 수사시스템으로는 불가능했던 용의자

21) 법률신문, 2009.6.1.

22) 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』에 대한 대한변호사협회 검토의견, 이한규, 앞의 보고서, 14면에서 재인용.

23) 이은우, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안에 대한 의견, 살인·강간 등 흉악범죄 어떻게 대처할 것인가(법률제정 공청회), 법무부/행정안전부, 2009, 91면; 이상용, 범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토, 형사정책연구, 제15권 제3호, 2004/가을호, 149면, 각주 50.

24) 오창익, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안에 대한 의견, 앞의 책, 80면.

25) 이에 대한 자세한 논증은 조성용, 주13의 논문, 991~994면 이하.

없는 미제사건의 경우에도 쉽게 범인을 검거할 수 있기 때문이다. 그로부터 나오는 범죄예방효과도 무시할 수는 없으나, 이는 오히려 鎮壓的 刑事訴追의 부산물로 파악하는 것이 타당하다. 동법이 피의자등 및 수형자등의 디엔에이감식시료를 채취할 때에는 지방법원판사의 영장이 필요하다고 규정하고 있다는 점에 비추어 보더라도 이러한 조치가 형사소송법상의 강제처분임을 암시하고 있는 것이다. 요컨대 장래의 범죄수사 및 형사소추를 위한 증거를 확보하기 위하여 관련 대상자로부터 디엔에이신원확인정보를 수집 및 처리하는 조치는 관련인의 신체의 자유 및 정보적 자기결정권을 침해하는 형사소송법상의 강제처분으로서,<sup>26)</sup> 정당화되기 위해서는 형사소송법상 요구되는 요건과 절차를 갖추어야 한다.

동법의 경우처럼 피의자등이 당해 범죄사건에서 특정범죄로 구속되었다는 사실만으로 디엔에이신원확인정보를 채취한다면 당해 범죄사건과 관련해서는 무죄추정의 원칙이나 형사소송법상의 강제조치는 구체적인 범죄혐의를 근거로 검사가 청구하고 법관이 발부하는 영장에 의한다는 영장주의 원칙에 반하지 않으나, 아직 범해지지 않은 장래의 범죄사건과 관련해서는 명백히 무죄추정의 원칙이나 영장주의 원칙에 반한다. 물론 이때 법관이 발부한 디엔에이감식시료채취영장에 의해 이러한 문제점이 해결된다고 반론을 제기할 수 있으나, 여기에서 말하는 디엔에이감식시료채취영장은 애당초 장래의 범죄사건에 대한 구체적인 혐의와는 관계없이 발부된 것이다. 즉, 피의자등은 당해 범죄사건에 대해서는 상당한 혐의를 받고 있는 자이나 장래의 범죄사건에 대해서는 아직 구체적인 혐의가 없는 자이며, 기껏해야 아직 범해지지 않은 장래의 범죄사건에 대한 혐의가 추정될 수 있는 자일뿐이다. 게다가 당해 범죄사건에 대해서는 아직 확정판결도 선고되지 않은 상태이다.

여기에 대해 일각에서는 외국의 판례 내지 입법례를 들어 위헌의 소지가 없다고 반박한다. 그리하여 한편으로는 Kincade사건에 대한 미연방 항소심판결을 근거로,<sup>27)</sup> 다른 한편으로는 디엔에이신원확인정보의 수집을 위한 혈액의 강제채취는 “침해 최소한의 법칙”에 위배되지 않는다는 미국 연방대법원 판결과 디엔에이감식시료의 채취를 지문채취와 같은 ‘일상적인 기소절차의 일부’(a routine booking

26) 이에 대한 자세한 논증은 조성용, 주13의 논문, 994면 이하.

27) 권창국, DNA 데이터베이스의 도입 및 관련법제에 관한 연구, 형사정책연구, 제16권 제4호, 2005/가을호, 183면 이하.

procedure)로 보고 있는 다수 판결을 근거로,<sup>28)</sup> 무죄추정의 원칙이나 영장주의 원칙에 위반되지 않는다고 한다. 그러나 자세히 보면 여기에서 인용한 미국의 판례는 피의자가 아니라 이미 확정판결을 선고받은 수형자를 대상으로 한 것이라는 점을 알 수 있다. 물론 미국 일부 주에서 특정 피의자로부터 디엔에이신원확인정보를 수집하여 데이터베이스에 수록하는 것을 허용하고 있지만, 일단 합법적으로 디엔에이신원확인정보를 수집하여 데이터베이스에 수록하였다하더라도 디엔에이신원확인정보의 대조 및 검색만큼은 피의자가 당해 범죄사건은 물론이고 이후의 범죄사건에서도 혐의가 분명한 경우에 한해서 허용하고 있다는 점<sup>29)</sup>에 주목해야 한다.

#### (4) 재범의 위험성에 대한 예측규정의 필요성 여부

장래의 범죄수사 및 형사소추를 위한 증거를 확보하기 위하여 피의자들의 디엔에이신원확인정보를 수집하는 조치가 위헌의 소지가 있다면, 그 대안은 무엇인지 생각해 볼 필요가 있다. 아마도 최선의 대안은 피의자들의 디엔에이신원확인정보는 제외하고 수형자들의 디엔에이신원확인정보만 수집하여 데이터베이스에 수록하여 검색 및 회보하는 것이다.

그러나 이러한 방법도 엄격하게 보면 위헌이라는 비판에서 완전히 자유로울 수는 없을 것이다. 왜냐하면 수형자들은 당해 범죄사건과 관련하여 유죄판결을 선고받은 자로서 차후에 동종의 범죄를 재차 범할 위험성이 구속 피의자들에 비해 월등히 높겠지만, 장래의 범죄사건에 대해서는 구속 피의자들과 마찬가지로 구체적인 혐의가 인정되지 않는 자이기 때문이다. 게다가 장래의 범죄사건과 관련해서는 수형자들에 대해서도 무죄추정의 원칙이 적용되어야 한다. 여기에 대해 미국 판례는 이와 같이 높은 재범의 위험성을 근거로 유죄판결을 선고받은 자에게는 디엔에이감식시료를 채취해야 할, 이른바 ‘특별한 필요’(special needs)가 있기 때문에 그에게서 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 수정헌법 제4조<sup>30)</sup>에 위배되지 않는다고 보고 있다.<sup>31)</sup>

28) 이한규, 주19의 보고서, 14면. 거기에서 인용한 판례는 다음과 같다. *People v. Wealer*, 636 N.E., 2d 1129, 1136(III. App. Ct. 1994), *Rise v. Oregon*, 59 F. 3d 1556, 1559(9th Cir. 1995), *Rise v. Oregon*, 59 F. 3d at 1560 등.

29) 자세히는 박용철, 피의자의 유전자 정보 채취의 제문제, 형사정책, 제18권 제2호, 2006, 18-20면.

30) 동조는 자신의 신체, 집, 서류, 재산에 대하여 불합리한 수색과 압수로부터 보호받아야 될 권리는



그러나 엄밀하게 보면 피고인이 당해 범죄사건에서 특정한 범죄를 범하였다는 것이 확실하게 입증되었다고 하더라도 그가 차후에 특정범죄를 재차 범할 것이라고 확실하게 단정할 수는 없다. 심지어 살인죄의 경우에도 경험적 연구에 의하면 살인의 동기는 종종 피해자와의 갈등상황에서 비롯된 것이나, 그러한 갈등상황이 종료한 후에는 살인죄를 다시 범할 여지는 거의 없다고 한다.<sup>32)</sup> 특정범죄를 범하였다는 추상적 확인만으로 특정범죄의 재범성을 인정한다면 인간행위의 복잡성을 충분히 고려하지 못하는 결과를 초래할 것이다. 요컨대 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 피의자등의 디엔에이신원확인정보를 수집하든지 아니면 수형자등의 디엔에이신원확인정보를 수집하든지간에 정도의 차이가 있을 뿐, 기본적으로 헌법상 무죄추정 원칙 내지 영장주의 원칙에 위반된다는 비판을 피하기 어렵다는 결론에 이르게 된다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 피의자등 또는 수형자등이 차후에 특정범죄를 다시 범할 것인지에 대한 개별적인 예측 그리고 수사학적 및 범죄학적으로 지향된 위험예측이 별도로 요구된다. 즉, 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 피의자등 및 수형자등의 디엔에이신원확인정보를 수집하려면, 당해 범죄사건에서 특정범죄로 구속되거나 확정판결을 선고받은 것 이외에 피의자등 및 수형자등이 차후에 다시 특정범죄를 범할 것이라는 전제에 대한 근거가 존재해야 한다.<sup>33)</sup> 물론 재범의 위험성에 대한 예측규정이 존재한다고 하더라도 아직 범해지지 않은 장래의 범죄사건에 대한 구체적인 혐의가 인정되거나 무죄추정의 원칙의 적용에서 제외된다고 볼 수는 없으나, 적어도 그렇게 함으로써 피의자등 및 수형자등의

침해되어서는 안 된다고 규정하고 있다.

31) 자세한 박용철, 앞의 논문, 23면.

32) Rackow, Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz und seine Probleme, Peter Lang, 2001. S. 104. 그는 여기에서 체력적으로 연약한 부인이 달리 폭력을 피할 수 없는 상황에서 “가정의 폭군”을 고의로 살해한 사례를 분석하고 있다. 이와 유사한 맥락에서 민주노동당 이정희 의원은 국회 본회의 반대토론(2009.12.29)에서 “이 법은 제5조와 제6조에서 대상범죄만 특정할 뿐, 대상자에 대한 구체적인 기준 즉 범죄의 경중, 성향, 재범 위험성에 대해 전혀 고려하지 않고 있습니다. 획일적으로 죄목을 기준으로 채취 여부를 정합니다. 아버지의 성폭행에 시달리다 못해 양아버지를 살해한 딸로부터 유전자 정보를 취득할 이유가 있습니까? 이 사람에게 재범가능성이 있습니까?”라며 반론을 제기하였다.

33) 이러한 입법례로는 독일 형사소송법 제81g조 제1항 참조.

디엔에이신원확인정보의 수집은 “특별한 사안”으로 제한된다.<sup>34)</sup> 게다가 피의자등 및 수형자등의 이익은 개별적인 법관의 영장심사를 통해 고려될 수 있다. 다시 말해 동법상의 디엔에이신원확인정보를 수집하는 조치는 헌법상 비례성의 원칙에 위배되지 않으며, 따라서 위헌이라는 비난에서 벗어날 수 있다.

재범의 위험성에 대한 예측규정을 입법론적으로 어떻게 구성해야 할 것인지는 별도의 상세한 논의가 필요하므로 여기에서는 대략적인 방향을 제시하는 것으로 그치고자 한다. 무엇보다도 재범의 위험성을 판단하는데 기초가 되는 개별적 사안들을 어떻게 유형화할 것인지 여부 그리고 재범의 위험성을 긍정하는데 필요한 법관의 확신정도(재범의 가능성으로 충분한 것인지 아니면 개연성 또는 고도의 개연성이 요구되는지 여부)가 중요하다.<sup>35)</sup>

#### (5) 법관에 의한 사법적 통제의 적정성 여부

구속피의자등의 디엔에이신원확인정보를 수집하려면 검사의 청구로 지방법원 판사가 발부한 디엔에이감식시료채취영장이 필요하나(동법 제8조 제1항 및 제2항), 구속피의자등이 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 이 경우 미리 채취 대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다(제8조 제3항). 영장을 청구할 때에는 채취 대상자의 성명, 주소, 청구이유, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소 등을 기재한 청구서를 제출하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부해야 한다(제8조 제4항). 디엔에이감식시료채취영장에는 대상자의 성명, 주소, 채취할 시료의 종류 및 방법, 채취할 장소, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지를 적고 지방법원판사가 서명날인하여야 한다(제8조 제5항).

이상과 같이 동법 제8조는 피의자등의 디엔에이감식시료를 채취하기 위한 절차

34) BVerfGE 103, 34. 독일 연방헌법재판소는 현저한 범죄(특정범죄) 및 사실에 근거한 재범의 위험성의 예측이라는 실체적 요건과 법관의 영장심사라는 형식적 요건이 법률의 제정목적에 달성하기에 적합하고 필요하며 좁은 의미에서 비례관계에 있는 수단이라는 점에서, 수형자의 디엔에이신원확인정보의 수집 및 수록을 규정한 구신원확인법 제2조 및 형사소송법 제81g조를 합헌으로 결정하였다(2000년 12월14일 현재결정).

35) 이에 대해서는 조성용, 주13의 논문, 1011면.

를 자세하게 규정하고 있는데, 이는 일단 바람직한 태도로 보인다.<sup>36)</sup> 그러나 더 나아가 피의자등의 디엔에이신원확인정보를 수집하기 위해서는 디엔에이감식시료채취영장을 발부받는 것으로 충분한 것인지 그리고 법관이 영장을 발부할 때 디엔에이신원확인정보의 수집요건(특정범죄의 상당한 혐의 및 재범의 위험성의 예측)을 심사하고 그 결과 및 이유를 영장에 기재하도록 규정해야 할 필요가 있는 것인지 여기에서 문제될 수 있다.

첫째, 동법 제8조는 피의자등으로부터 채취한 디엔에이감식시료의 감식에 대해서는 아무런 절차규정을 두고 있지 않다. 단지 동법 제10조 제1항에서 검찰총장 및 경찰청장은 피의자등으로부터 채취한 디엔에이감식시료의 감식을 대통령령으로 정하는 디엔에이신원확인정보담당자에게 위임 또는 위탁할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다. 그리하여 동법은 피의자등으로부터 채취한 디엔에이감식시료의 감식에 대해서는 법관의 영장을 요구하지 않는다. 입법자의 의도는 아마도 다음과 같이 추정된다. 즉, 디엔에이감식이 전제되지 않는 디엔에이감식시료의 채취는 동법의 디엔에이신원확인정보의 수집목적에 비추어 의미가 없다고 말이다. 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 피의자등의 디엔에이감식시료를 채취할 권한을 부여받았다면 이를 나중에 증거로 사용할 수 있기 위해서라도 이에 대한 디엔에이감식은 필요하며, 법관도 영장을 발부할 때 피의자등의 디엔에이감식시료에 대한 감식의 필요성을 당연히 인식하고 있을 것이라는 논리이다.<sup>37)</sup>

그러나 여기에서는 디엔에이감식시료의 채취와 이에 대한 감식은 상이한 기본권을 침해하는 별개의 강제조치라는 점을 간과하고 있다. 전자는 신체적 완전성에 대한 기본권과 관련되는데 반하여, 후자는 정보적 자기결정권과 관련된다. 그리하여 피의자등의 디엔에이감식시료에 대한 감식을 정당화하기 위해서는 별도의 법적 근거가 필요하다. 디엔에이감식 자체가 전문적인 지식과 경험이 필요한 감정의 성격을 지니고 있다는 점을 감안할 때, 검사가 청구하고 지방법원의 판사가 발부하는 감정처분허가장(형사소송법 제221의 4조)이 필요하다고 본다.<sup>38)</sup>

36) 특히 채취를 거부할 수 있다는 고지 이외에 디엔에이감식시료의 채취이유, 채취할 시료의 종류 및 방법에 대한 고지도 규정하고 있다는 점(동법 제8조 제8항)은 긍정적으로 평가될 수 있다.

37) 조성용, 주13의 논문, 1013면 이하.

38) 조성용, 주13의 논문, 1014면.

둘째, 동법 제8조는 디엔에이감식시료의 채취방법 및 절차에 대해서는 세심하게 규정하고 있으나, 정작 중요한 디엔에이신원확인정보의 수집요건에 대한 사법적 통제에 대해서는 상대적으로 소홀히 취급하고 있다는 인상을 준다. 현행법상 일단 디엔에이감식시료채취영장만 발부받으면 더 이상 법관의 영장 없이 피의자등의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록할 수 있으며, 차후에 언제든지 거의 무제한적으로 타 정보와 대조, 검색 및 회보될 수 있다는 점을 감안하면 더욱 그러하다. 즉, 디엔에이신원확인정보의 수집은 데이터베이스에의 수록, 타 정보와의 대조 및 검색 그리고 회보의 기본 전제가 되기 때문에 그 요건을 명확히 규정하여야 할 뿐만 아니라 법관에 의한 사법적 통제(법관유보)가 엄격히 요구되는 것이다.<sup>39)</sup>

그러한 한에서 지방법원 판사는 영장을 발부할 때 피의자등의 디엔에이신원확인정보의 수집요건을 심사해 보아야 한다. 지방법원 판사가 피의자등이 특정범죄로 구속되었고 차후에 다시 특정범죄를 저지를 위험성이 있다고 판단했을 때에야 비로소, 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 피의자등의 디엔에이신원확인정보를 수집하여 데이터베이스에 수록하고, 필요하면 다른 디엔에이신원확인정보와 대조, 검색 및 회보하는 조치가 허용될 수 있을 것이다. 그리하여 심사결과 및 심사이유 그리고 디엔에이신원확인정보의 수집목적에 따라 피의자등의 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록하고 차후에 타 정보와 대조, 검색 및 회보할 수 있다는 취지<sup>40)</sup>를 영장에 기재하도록 명문화하는 것이 필요하다고 본다.

## 나. 수형자등의 디엔에이신원확인정보

### (1) 피의자등의 디엔에이신원확인정보의 경우와 공통적인 문제점

검사는 지방법원 판사가 발부한 영장에 의하여 특정범죄로 형의 선고, 『형법』 제59조의 2에 따라 보호관찰명령, 『치료감호법』에 따른 치료감호선고, 『소년법』 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 자로부터 디엔

39) 같은 취지로는 이은우, 주23의 책, 90면.

40) 영장발부시 피의자등의 디엔에이감식시료의 채취 및 향후 디엔에이신원확인정보의 사용에 관한 내용도 영장에 기재하여야 한다는 입장으로 황만성, 유전자감식정보의 형사절차상 활용방안, 형사정책연구, 제18권 제1호, 2007/봄, 195면.

에이감식시료를 채취할 수 있다(동법 제5조 제1항 및 제8조 제1항). 피의자등의 디엔에이신원확인정보의 경우에서 살펴보았던 수집목적 규정의 필요성 여부, 특정범죄의 적정성 여부, 디엔에이신원확인정보의 수집의 정당성 여부, 재범의 위험성의 예측규정의 필요성 여부 및 법관에 의한 사법적 통제의 적정성 여부의 문제군은 수형자등의 디엔에이신원확인정보의 경우에 대해서도 그대로 타당하다.

다만 수형자등의 디엔에이신원확인정보의 수집의 정당성 여부와 관련하여 수형자등에 대한 디엔에이감식시료의 채취시점이 별도로 문제될 수 있다. 동법에서는 이점에 관해 명확하게 규정하지는 않았지만, 형 집행 종료시(구금 해제시)가 아니라 형 집행 중에도 디엔에이감식시료의 채취가 가능한 것으로 해석된다. 물론 수형자의 인권보호 및 재사회화의 요청을 우선적으로 고려한다면 채취시점을 형 집행 종료시로 규정하는 것이 바람직할 것이다.<sup>41)</sup> 그러나 형 집행 전에 범한 범죄가 형 집행 중에 발각될 수 있다는 점, 벌금형이나 집행유예를 선고받은 자, 보호관찰 중인 자 또는 가석방이나 개방처우에 힘입어 잠정적으로 출소한 자 등이 재차 특정범죄를 범할 수 있다는 점, 그리고 형 집행 중이라도 법관이 재범의 위험성을 판단함으로써 수형자등의 이익을 고려할 수 있다는 점 등을 종합적으로 고찰한다면, 형 집행 중에도 수형자등의 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다고 본다.

## (2) 적용대상자의 범위 확대의 적정성 여부

동법 제5조의 적용 대상자는 특정범죄로 형의 선고, 『형법』 제59조의 2에 따라 보호관찰명령, 『치료감호법』에 따른 치료감호선고, 『소년법』 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 자이다. 제17대 국회에 제출된 기존 법률안에 비해 『형법』 제59조의 2에 따라 보호관찰명령, 『치료감호법』에 따른 치료감호선고, 『소년법』 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 확정된 자가 추가되었다.

41) 이러한 입장으로는 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』에 대한 대법원 및 대한변호사협회 검토 의견, 주19의 보고서, 13면; 유영찬/장영민, 경찰과학수사의 발전방안에 관한 연구 - 유전자은행의 설립과 활용을 중심으로 -, 치안논총, 제14집, 1998, 505면; 정규원, 유전자감식의 법적 문제, 형사정책, 제18권 제2호, 2006, 81면; 이상용, 주23의 논문, 148면.

우선 『형법』 제59조의 2에 따라 보호관찰명령을 받은 자를 추가한 것은 선고유예를 선고받은 자는 형의 선고가 유예되기 때문에 원칙적으로 제5조의 적용 대상에서 벗어나지만, 재범방지를 위하여 보호관찰을 명하는 경우에는 예외적으로 재범의 위험성이 남아있다는 판단에 기인한 것이다. 나아가 『치료감호법』에 따른 치료감호선고를 받은 자를 추가한 것은 특정범죄를 범하였지만 형법상 책임무능력자 및 한정책임능력자 또는 마약 및 알코올 중독자라는 이유로 유죄판결을 선고받지 아니한 자는 책임능력자와 마찬가지로 재범의 위험성이 높다는 판단에 기인한 것이다.

이에 반하여 『소년법』 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받은 자를 적용 대상으로 추가한 것은 문제의 소지가 있다. 아시다시피 우리나라에서는 소년사건에 대한 처리절차와 관할이 이원화되어 있다. 즉, 우리나라 소년법은 소년사건을 소년보호사건과 소년형사사건으로 구분하고 전자에 대한 소년심판절차는 소년법에 규정하고 있으나, 후자에 대해서는 소년법상 특별한 규정이 없는 한 일반형사사건의 예에 의하여 처리하도록 규정하고 있다.<sup>42)</sup> 검사는 소년피의사건을 수사한 결과 벌금 이하의 형에 해당하는 범죄이거나 보호처분에 해당하는 사유가 있다고 인정할 때에는 소년법원에 송치하여 보호사건으로 처리해야 하고, 그렇지 않은 경우에는 일반적인 예에 따라 형사사건으로 처리한다. 그리하여 일반 형사법관에 의해 형을 선고받고 소년교도소에 수감된 소년과 소년부 판사의 보호처분결정에 의해 소년원에 단기 또는 장기 수용된 소년은 현행법상 처리절차 및 관할면에서 엄격히 구별된다. 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』의 제정목적과 소년사건을 이원화한 『소년법』의 입법목적(취지)에 비추어 볼 때, 전자는 동법 제5조의 적용 대상으로 볼 수 있으나 후자는 그렇게 보기 어렵다. 설사 동법의 의미에서 특정범죄를 범하였다는 혐의가 확정적으로 입증되는 한 누구든지 동법 제5조의 적용 대상자가 된다는 관점에 의한다고 하더라도, 이러한 관점은 『소년법』상의 소년보호의 이념<sup>43)</sup>에 의해 어느 정도 제한을 받을 수밖에 없다. 그러한 한에서

42) 원혜옥, 소년사건처리절차에 있어서 시설내처우에 대한 비판적 검토 - 미결구금시설을 중심으로 -, 비교형사법연구, 제10권 제2호, 2008, 331면.

43) 현행 소년법 제1조는 반사회성있는 소년에 대하여 그 환경의 조정과 성행의 교정에 관한 보호처분을 행하고 형사처분에 관한 특별조치를 행함으로써 소년의 건전한 육성을 기함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 이는 소년법은 성년형법과는 달리 소년에 대해 교육과 원조를 통한 개선과 형사처분을 행할 때에도 교정주의 내지 보호주의 이념을 우선적으로 고려하고 있다는 점을 보여주는

『소년법』 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받은 자를 동법 제5조의 적용 대상으로 추가한 것은 입법론적으로 재고되어야 한다.

## 다. 범죄현장등의 디엔에이신원확인정보

### (1) 특정범죄와의 관련성이 필요한지 여부

동법 제7조 제1항에 의하면 검사 또는 사법경찰관은 범죄현장에서 발견된 것, 범죄의 피해자 신체의 내·외부에서 발견된 것, 범죄의 피해자가 피해 당시 착용하거나 소지하고 있던 물건에서 발견된 것, 범죄의 실행과 관련된 사람의 신체나 물건의 내·외부 또는 범죄의 실행과 관련된 장소에서 발견된 것에서 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다.

동법 제7조는 피의자등 및 수형자등의 디엔에이신원확인정보의 수집과는 달리 여기에서는 특정범죄와의 관련성을 명시하지 않았다. 그리하여 특정범죄와 관련이 없는 범죄현장(예컨대 단순상해의 현장)에서 발견된 것이나 상해 피해자의 신체 내·외부에서 발견된 것으로부터도 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다. 이러한 입법태도는 특정범죄와 연계될 가능성이 높은 범죄도 데이터베이스의 입력대상에 포함시킴으로써, 디엔에이신원확인정보의 규모를 확대하고 아울러 효율적인 형사소추를 도모하려는 의도로 풀이된다. 그러나 이는 특정범죄군을 엄격히 선별하여 불필요한 인권침해나 디엔에이신원확인정보의 유출 및 오남용의 우려를 해소시키려 했던 입법자의 원래의 취지에 반하는 것이다. 그리하여 입법론적으로는 범죄현장등의 디엔에이신원확인정보를 수집할 때에도 특정범죄와의 관련성을 명기하는 것이 바람직하다고 본다.

### (2) 피해자 및 제3자의 디엔에이신원확인정보를 제외시키는 규정의 적정성 여부

인권시민단체는 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』에 대한 의견에서, 동법 제7조에 따라 우연히 범죄현장에 머물렀던 일반 시민이나 피해자로부터도 디엔에이감식시료를 채취하여 그로부터 얻은 디엔에이신원확인정보를 데이

것이다.

터베이스에 수록할 수 있다고 지적하였다.<sup>44)</sup> 실제로 강간 피해자의 질 내에는 신원 미상의 용의자의 정액과 피해자의 질 분비액이 서로 뒤엉켜 있어서 용의자의 정액을 분리하는 과정 중에 불가피하게 질 분비액에 대해 디엔에이감식을 실행할 수 있다.<sup>45)</sup> 마찬가지로 용의자는 아니더라도 단지 다른 사정으로 인하여 범죄현장에 자신의 흔적을 남길 수 있다. 예컨대 강간이 이루어지기 전에 강간 피해자와 성교를 했던 파트너가 대표적이다. 피해자의 질 분비액에는 용의자의 정액과 파트너의 정액이 뒤엉켜 있기 때문에 파트너의 디엔에이신원확인정보를 수집할 필요가 있다.<sup>46)</sup>

이러한 문제점과 관련하여 이미 『유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안』에 대한 검토 보고서에서 피해자 및 제3자의 디엔에이신원확인정보를 동법 제7조의 대상에서 제외시켜야 한다는 주장이 제기된 바 있다.<sup>47)</sup> 그 후 입법자는 동법 제2항을 신설함으로써 이러한 문제점을 해결하고자 하였다. 동법 제2항은 제1항에 따라 채취한 디엔에이감식시료에서 얻은 디엔에이신원확인정보는 그 신원이 밝혀지지 아니한 것에 한정하여 데이터베이스에 수록할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정의 신설로 인권시민단체에서 우려했던 문제는 일단 해결될 수 있는 것으로 보인다. 그러나 피해자 및 제3자의 디엔에이신원확인정보는 당사자의 동의가 없더라도 그리고 용의자가 아직 밝혀지지 않는 시점에서도 수집될 수 있다는 점<sup>48)</sup>과 범죄현장에서 수집한 디엔에이신원확인정보의 신원을 명확하게 밝혀내기가 현실적으로 어렵기 때문에 일단 데이터베이스에 수록한 다음 직권 또는 본인의 신청에 의해 디엔에이신원확인정보를 삭제하게 된다는 점<sup>49)</sup>은 여전히 해결해야 할 문제로 남는다.

44) 주1의 의견서 참조.

45) 조성용, DNA지문감식과 피해자의 권리보호, 비교형사법연구, 제6권 제1호, 2004, 251면 이하.

46) 조성용, 형사소송법상 DNA지문감식의 허용과 한계, 형사정책연구, 제15권 제2호, 2004/여름호, 92면.

47) 임인규, 주9의 보고서, 24면.

48) 여기에서 피해자 및 제3자는 구체적인 범죄혐의도 없는 상황에서 도대체 혐의가 있는 것인지를 밝혀내기 위하여 용의자에게조차도 허용되지 않는 디엔에이감식을 강요받게 된다. 이에 대해서는 Oberlies, Genetischer Fingerabdruck und Opferrechte, StV 1990, S. 470ff.

49) 무고한 제3자나 피해자의 디엔에이신원확인정보라 하더라도 그 신원을 명확하게 밝힐 수 없어서 일단 데이터베이스에 수록했다면, 그 이후에는 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하기가 매우 어려워진다. 왜냐하면 디엔에이신원확인정보가 일단 데이터베이스에 수록된 이후에는 그것이 어떠한 경로로 수집된 것인지 판별할 수 있는 방법이 없으며, 특별한 고지의무가 부여되지 않은 상태에서 당사자 본인도 자신의 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록된 사실을 몰라 삭제를



### (3) 법관에 의한 사법적 통제의 필요성 여부

동법 제7조는 범죄현장등으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 때 피의자등 및 수형자등의 디엔에이신원확인정보의 수집과는 달리 디엔에이감식시료채취영장을 요구하고 있지 않다. 입법자는 아마도 다음과 같은 논거에서 법관의 영장이 필요하지 않다는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 즉, 우선 영장주의는 특정가능한 법익주체의 법적 지위가 침해될 것을 전제로 하는데, 여기에서는 특정가능한 법익주체가 존재하지 않아 법적 지위도 침해되지 않는다.<sup>50)</sup> 또한 법관의 입장에서조차 누구의 정보적 자기결정권이 침해되었는지 알 수 없기 때문에 디엔에이신원확인정보의 수집요건을 심사하기 곤란하다는 것이다.<sup>51)</sup>

그러나 범죄현장등으로부터 디엔에이감식시료를 채취하는 경우에도 그 디엔에이감식시료의 귀속주체인 신원미상자의 정보적 자기결정권은 침해되는 것이다.<sup>52)</sup> 게다가 영장주의의 의미와 목적은 형사소추기관 이외에 독립된 통제기관(법관)이 형사소송법상의 강제조치를 사법적으로 통제함으로써 관련인의 기본권보호를 보장하는데 있다. 이러한 의미에서 잠재적 관련인인 신원미상자를 신원이 알려진 자(피의자등 및 수형자등)와 달리 취급할 필요가 없다. 나아가 법관이 영장을 발부할 때 전형적인 심사방식으로도 충분히 신원미상자의 이익을 고려할 수 있을 것이다. 그리하여 범죄현장등으로부터 디엔에이감식시료를 채취할 때에도 디엔에이감식시료영장이 필요하다고 보아야 한다. 동일한 맥락에서 채취한 디엔에이감식시료의 감식을 위해서는 법관이 발부한 감정처분허가장이 추가적으로 요구된다.

요청할 수 없기 때문이다.

50) Neuser, Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zwecke der DNA-Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren, Nomos, 2006, S. 34.

51) Sprenger/Fischer, Zur Erforderlichkeit der richterlichen Anordnung von DNA-Analyse, NJW 1999, S. 1833.

52) 이에 대한 자세한 논증은 조성용, 주13의 논문, 999면 이하.

## 2. 수록규정

장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별할 목적으로 동법 제7조 내지 제9조에 따라 합법적으로 수집된 디엔에이신원확인정보는 법관의 영장 없이 데이터베이스에 수록될 수 있다(동법 제10조). 나아가 동법은 부칙에 수록에 관한 적용례를 규정하고 있다. 거기에 의하면 동법 시행 당시 특정범죄로 징역이나 금고 이상의 실형을 선고받아 그 형이 확정되어 수용 중인 사람, 『치료감호법』에 따른 치료감호선고 또는 『소년법』 제32조 제1항 9호 또는 10호에 해당하는 보호처분결정을 받아 치료감호시설이나 소년원에 수용 중인 사람(부칙 제2조 제1항) 및 특정범죄로 구속된 피의자 또는 『치료감호법』에 따라 보호구속된 치료감호대상자(부칙 제2조 제2항)로부터도 디엔에이신원확인정보를 수집하여 데이터베이스에 수록할 수 있다. 여기에서 동법의 시행 이전에 형을 선고받고 복역 중인 수형자등으로부터도 디엔에이신원확인정보를 수집하여 데이터베이스에 수록하는 것은 소급효금지의 원칙에 반하는 것이 아닌지 문제될 수 있다.<sup>53)</sup>

기본적으로 이 문제는 디엔에이신원확인정보의 수집, 수록, 검색 및 회보의 법적 성격을 어떻게 파악하는가에 따라 결론이 달라질 수 있다고 본다. 일각에서는 이러한 일련의 조치를 일종의 보안처분으로 이해한다.<sup>54)</sup> 물론 형이 선고된 수형자등의 디엔에이신원확인정보를 수집하여 이를 데이터베이스에 수록하고 타 정보와 대조 및 검색하는 조치는 형의 선고 이외에 부과되는 일종의 보안처분으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 아직 형이 선고되지 않은 피의자등과 관련해서는 그러한 조치를 보안처분으로 볼 수 없다. 오히려 이러한 조치의 법적 성격은 앞서 살펴보았듯이,<sup>55)</sup> 형사소송법상의 강제처분으로 보아야 한다. 그렇다면 이것은 형사소송법 규정의 변경에 대해서도 소급효금지의 원칙이 적용되는지의 문제로 귀착된다. 우리나라 통설은 이러한 경우 절차에 관한 규정에 불과하므로 소급효금지의 원칙은 적용되지 않는다고 해석한다.<sup>56)</sup> 그러한 한에서 동법 부칙 제2조 제1항은 소급효금지의 원칙에

53) 소급효금지의 원칙에 위배된다는 입장으로는 이은우, 주23의 책, 93면; 주1의 의견서.

54) 박동균/황영구, 범죄자 유전자정보은행의 운영방안에 관한 연구, 한국경찰학회보, 제10권 제2호, 2008/5, 108면 이하; 이상용, 주23의 논문, 148면.

55) III.1.1).(2). 참조.

위배되지 않는다고 판단된다. 다만 동법의 시행 전 일정 기간(예컨대 3년이나 5년) 이내에 특정범죄로 형을 선고받고 수용 중인 자로 한정하지 아니하고, 동법의 시행 전 특정범죄로 형을 선고받고 수용 중인 모든 자로 확대한 것은 과잉금지의 원칙에 비추어 볼 때 문제의 소지가 있다고 본다.

### 3. 검색·회보규정

디엔에이신원확인정보담당자는 동법 제11조 제1항의 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 디엔에이신원확인정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있다. 여기에서 디엔에이신원확인정보를 검색하고 그 결과를 회보하는 조치는 데이터베이스의 속성상 구체적인 범죄혐의가 있는 어떤 특정인의 디엔에이신원확인정보만을 검색하는 것이 아니라, 그 특정인을 찾을 때까지 수많은 사람들의 디엔에이신원확인정보를 검색하기 때문에 범죄혐의가 없는 수많은 사람들의 정보적 자기결정권을 침해하는 강제처분으로 보아야 한다.<sup>57)</sup> 그렇다면 이와 같은 무차별적인 검색 및 결과회보가 허용되기 위해서는 법관의 영장(압수·수색영장)이 별도로 필요한 것이 아닌지 문제될 수 있다.<sup>58)</sup>

동법이 디엔에이신원확인정보를 그 원래의 수집목적(‘장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여’)을 넘어서도 검색 및 회보할 수 있도록 규정하고 있다면, 법관의 영장이 별도로 요구된다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 경우 검색 및 회보의 목적은 원래의 수집목적보다도 넓다. 이러한 목적의 확장은 관련 대상자의 정보적 자기결정권에 대한 새로운 침해이다. 왜냐하면 수집의 목적과 다른 목적을

56) 대표적인 문헌만 소개하면 이재상, 형법총론, 제6판, 2008, 19면.

57) 그에 반하여 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 타 정보와 대조·검색하는 조치를 ‘사실조회’라고 파악하는 견해(유영찬/장영민, 주41의 보고서, 513면)도 있다. 그러나 수사기관이 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 타 정보와 대조·검색하는 조치는 장래의 범죄수사 및 형사소추에 대비하여 미리 증거를 확보하기 위한 일련의 조치들(수집, 수록, 검색 및 회보) 중의 하나로서 넓은 의미에서 형사소송법상의 강제처분이며, 무형물인 전자기록 내지 디지털 데이터의 발견을 위한 수색의 일종으로 볼 수 있다. 그러한 한에서 공무소 기타 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 요구하는 사실조회와는 성격이 다르다고 본다.

58) 법관이 영장이 필요하다는 견해로는 유영찬/장영민, 주41의 보고서, 513면; 이상용, 주23의 논문, 149면; 박용철, 주29의 논문, 21면.

위하여 자신의 정보가 제공된다면 관련 대상자의 입장에서는 수집의 목적범위 내에서 자신의 정보가 제공되는 경우에 비해 정보에 대한 포착이 그만큼 더 어려워지기 때문이다.<sup>59)</sup> 즉, 목적의 이탈은 별도의 사법적 통제를 필요로 한다. 그에 반하여 디엔에이신원확인정보의 수집의 목적범위 내에서 이루어지는 검색 및 회보는 별도의 사법적 통제를 필요로 하지 않는다. 왜냐하면 지방법원 판사가 디엔에이감식시료채취영장 및 감정처분허가장을 발부할 때 이미 피의자등 및 수형자등의 디엔에이신원확인정보가 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 데이터베이스에 수록되며 추후에 다른 디엔에이신원확인정보와 대조 및 검색되고 그 결과가 회보된다는 점을 인식하고 있었기 때문이다. 피의자등 및 수형자등의 동의하에 디엔에이신원확인정보를 수집한 경우에도 마찬가지이다. 그들이 동의할 때 이미 자신의 디엔에이신원확인정보가 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 데이터베이스에 수록되며 추후에 검색 및 회보된다는 점을 알고 있었다. 그리하여 여기에서는 동법이 디엔에이신원확인정보를 수집의 목적범위 내에서 검색 및 회보하도록 규정하고 있는지 여부가 관건이다.

동법 제11조 제1항은 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 디엔에이신원확인정보를 검색하거나 그 결과를 회보할 수 있다고 규정하고 있다. 여기에서 디엔에이신원확인정보를 검색 및 수록할 수 있는 경우를 자세히 살펴보면, 그러한 경우는 모두 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위하여 이루어지고 있다는 점을 알 수 있다. 즉, 수록 및 회보의 목적과 수집의 목적이 일치하는 것이다. 그리하여 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보가 수집요건에 따라 합법적으로 수집된 것인 한, 법관의 영장 없이도 디엔에이신원확인정보를 검색 및 수록할 수 있다고 본다.

59) 조성용, 주13의 논문, 1024면.

#### 4. 삭제규정

##### 가. 삭제사유의 범위의 적정성 여부

일반적으로 정보의 수록과 삭제는 불가분의 관계에 있다. 즉, 정보를 수록하는 것이 허용되지 않거나 더 이상 수록이 필요하지 않는 경우에는 삭제해야 한다. 동법 제1항 및 제2항은 수록이 허용되지 않는 경우를, 제3항 및 제4항은 더 이상 수록이 필요하지 않는 경우를 규정한 것으로 보인다. 여기에서 동법 제13조 제1항 및 제2항이 열거하고 있는 삭제사유가 어떠한 기준 내지 원칙에 입각하여 설정된 것인지, 그리고 삭제사유의 범위가 그러한 기준 내지 원칙에 비추어 볼 때 적정한 것인지 문제될 수 있다.

동법 제13조 제1항 및 제2항이 열거하고 있는 삭제사유를 자세히 살펴보면, 여기에는 다음과 같은 기준 내지 원칙이 지배하고 있음을 알 수 있다. 즉, 피의자등이 무죄판결을 선고받거나, 궁극적으로 피의자등에 대하여 공판절차가 개시되지 않거나 또는 피의자등에 대하여 불기소처분이 내려진 경우에는 원칙적으로 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하여야 하나, 이러한 경우에도 피의자등이 특정범죄를 범하지 않았거나 적어도 위법하게 특정범죄를 범하지 않았다는 점이 검사의 처분이나 판결이유에서 명백하게 밝혀지지 않은 한, 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하지 않을 수 있다는 기준 내지는 원칙 말이다. 그리하여 불기소처분이 내려졌다고 하더라도 피의자등에게 특정범죄의 잔여혐의가 남아있는 경우(예컨대 기소유예 또는 기소중지)와 책임 및 처벌조각사유로 인하여 무죄판결을 선고받은 경우에는 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하지 않는다.

이와 관련하여 특별히 문제되는 것은 동법 제13조 제2항 1호 및 2호의 단서규정이다. 거기에 따르면 죄가 안 됨의 처분을 하면서 『치료감호법』 제7조 1호에 따라 치료감호의 독립청구를 하는 경우와 무죄판결을 하면서 치료감호를 선고하는 경우는 예외적으로 디엔에이신원확인정보의 지속적인 수록이 가능하다. 즉, 책임무능력을 이유로 죄가 안 됨의 처분이나 무죄의 판결이 있어도 치료감호처분이 있게 되면 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하지 않는다.

그러나 이러한 단서규정은 위의 기준 내지 원칙을 완전히 반영하였다고 보기 어

렵다. 왜냐하면 이러한 경우 이외에 공소권 없음의 처분을 하는 경우, 특정범죄로 구속된 피의자등의 죄명이 수사 또는 재판 중에 특정범죄 이외의 죄명으로 변경되는 경우 및 공소기각의 판결을 선고하는 경우 등에서도 수록된 디엔에이신원확인정보를 예외적으로 삭제하지 않을 수 있기 때문이다. 예컨대 진범인 강간범에 대하여 고소의 취소가 있는 경우가 전형적인 사례에 속한다. 이러한 경우 공소권 없음의 처분이나 공소기각의 판결을 이유로 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제한다면, 기소유예 또는 기소중지의 처분을 받은 경우와 비교할 때 불합리한 결과를 초래한다. 왜냐하면 양자 모두 특정범죄에 대한 잔여혐의가 남아있는 경우로서 동법의 제정목적에 비추어 볼 때, 달리 취급해야 할 이유가 전혀 없기 때문이다. 그리하여 동법 제13조 제2항 1호 및 2호의 단서규정은 위에서 언급한 경우를 모두 포괄할 수 있도록 개정되어야 한다. 즉, “다만 피의자등이 특정범죄를 범하지 않았거나 적어도 위법하게 특정범죄를 범하지 않았다는 점이 검사의 처분이나 판결이유에서 명백하게 밝혀지지 않은 경우는 제외한다”는 문구로 대체되어야 한다고 본다.

#### 나. 수록의 기한을 제한하는 규정의 필요성 여부

동법 제13조 제3항은 피의자등 또는 수형자등이 사망한 경우에는 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 직권 또는 친족의 신청에 의하여 삭제하여야 한다고 규정하고 있다. 그리하여 예컨대 특정범죄로 구속된 피의자가 기소유예의 처분을 받고 석방되거나,<sup>60)</sup> 특정범죄로 형을 선고받은 수형자가 복역을 마치고 출감하더라도 재심에서 무죄 등의 판결이 확정되지 않는 경우<sup>61)</sup>에는 그들의 디엔에이신원확인정보는 그들이 사망하기 전까지 데이터베이스에 수록되는 셈이다. 이와 같이 장기간 디엔에이신원확인정보를 수록하는 것이 수형자의 기본적 인권보호 및 재사

60) 물론 특정범죄로 구속된 자가 나중에 기소유예의 처분을 받고 석방되는 경우는 매우 드물겠지만, 그렇다고 완전히 배제할 수는 없다. 최근 5년간(2004년~2008년) 구속기소율은 평균 88.6%이며, 검찰석방율은 평균 7.3%에 달했다. 여기에서 검찰석방율은 검찰이 구속취소 후 불기소 또는 구약식, 불구속구공판, 소년부송치한 경우를 말한다. 자세한 법원행정처, 사법연감, 2004-2008.

61) 재법에 의해 판결이 반복되는 사례가 극소수에 지나지 않는 우리나라의 사법현실을 감안하면, 일단 디엔에이신원확인정보가 데이터베이스에 수록되면 수형자가 사망할 때까지 삭제되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 같은 취지로는 황만성, 주40의 논문, 199면.

회화의 요청, 나아가 과잉금지의 원칙에 위배되는 것인지 문제된다.<sup>62)</sup>

데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보는 더 이상 수록이 필요하지 않으면 삭제되어야 한다. 그리하여 디엔에이신원확인정보의 수집요건(특정범죄의 혐의 및 재범의 위험성의 예측)을 더 이상 충족하지 못하면 삭제해야 한다. 모범수로 출감한 이후 정상적인 사회생활을 영위해 왔기 때문에 더 이상 재범의 위험성이 없다고 판단되는 수형자가 있을 수 있으며, 심지어는 치료감호소에서 적절한 치료와 교육에 힘입어 정상적인 심신상태로 돌아왔기 때문에 더 이상 재범의 위험성이 없다고 판단되는 치료감호대상자도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 디엔에이신원확인정보를 계속해서 데이터베이스에 수록해야 할 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 이와 같은 개별적인 사정을 고려하지 않고 일률적으로 디엔에이신원확인정보를 관련 대상자가 사망할 때까지 계속 수록한다면, 이는 수형자의 기본적 인권보호 및 재사회화의 요청은 물론이고 과잉금지의 원칙에도 반하는 결과를 초래할 것이다.

이에 대한 대안으로는 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 하나는 개별사례마다 일정한 기한을 정해 놓고 수록된 디엔에이신원확인정보의 삭제 여부를 심사하는 방법이다.<sup>63)</sup> 다른 하나는 일정한 기간(5년~20년)이 경과하면 일률적으로 디엔에이신원확인정보를 삭제하는 방법이다.<sup>64)</sup> 재범의 위험성의 예측규정이 존재하지 않는 현행법의 입장에서는 후자의 방법이 더 현실적이라고 본다.

## 5. 관리·운영의 주체규정

동법 제4조는 디엔에이신원확인정보의 관리 및 운영주체를 경찰과 검찰로 이원화하고, 경찰청장 및 검찰총장은 데이터베이스를 서로 연계하여 운영할 수 있도록 규정하고 있다. 이미 동법의 제정 이전부터 관리주체가 이원화되어 각각 디엔에이

62) 이러한 문제제기는 임인규, 주9의 보고서, 28면 이하; 이승환, 주15의 논문, 11면; 이은우, 주23의 책, 92면.

63) 예컨대 독일 연방경찰청법 제32조 제3항이 그러하다. 삭제심사의 기한은 성년의 경우는 10년, 청소년의 경우는 5년을 넘지 못한다. 이에 대해서는 조성용, 독일 형사소송법상의 유전자정보은행에 관한 법적 고찰, 형사정책, 제19권 제1호, 2007/6. 172면.

64) 각국의 디엔에이신원확인정보의 삭제기한의 예로는 임인규, 주9의 보고서, 29면.

신원확인정보를 보유하면서 서로 연계하여 정보를 공유하게 될 경우, 디엔에이신원확인정보의 유출이나 중복관리에 따른 비효율과 예산의 중복투자 등이 우려된다는 비판<sup>65)</sup>이 제기되었다. 그러나 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안』에 대한 법제사법위원회 검토 보고에서 관리주체가 이원화될 경우 오히려 견제와 균형의 원리를 통해 정보의 유출 및 오남용을 줄일 수 있으며, 데이터베이스를 서로 연계하여 운용하는 것이 비효율을 방지할 수 있다는 점이 장점으로 부각되었고<sup>66)</sup> 결국 원안은 수정 없이 국회 본회의를 통과하였다. 동법 제10조에서 경찰청장 및 검찰총장은 디엔에이신원확인정보의 관리를 대통령령이 정하는 사람이나 기관에 위임 또는 위탁할 수 있도록 규정하고 있는 점도 장점으로 작용하였다. 즉, 최소한 제3의 독립된 기관 또는 국립과학수사연구소 등 기존의 기관에 동시에 위임·위탁함으로써 관리가 일원화 될 수 있는 제도적 장치가 마련되었다는 것이다.<sup>67)</sup>

기본적으로 디엔에이신원확인정보의 관리주체는 단일화되어야 하며, 가능한 수사기관과 분리된 독립된 기관이 이를 담당하는 것이 최선이라고 본다. 관리주체를 이원화하고 데이터베이스를 연계하여 운영하는 것이 과연 정보의 유출 및 오남용을 줄이며, 비효율성을 방지할 수 있는지 현재로서는 장담할 수 없다. 과거 경찰과 검찰 사이의 적지 않은 불화음을 고려하면 더욱 그러하다. 나아가 동법 제10조를 신설한 것도 경찰과 검찰이 관리주체의 이원화 및 데이터베이스의 연계운영에 대한 비판에서 벗어나기 위해서 일종의 절충안을 채택한 것으로 이해할 수 있다. 거기에 의하면 경찰청장 및 검찰청장이 데이터베이스의 관리를 어떠한 사람이나 기관에게 위임 또는 위탁할 것인가가 완전히 오픈되어 있다. 외국의 예를 보더라도 디엔에이감식의 주체가 오픈되어 있는 경우는 있으나, 우리나라와 같이 디엔에이신원확인정보의 관리주체가 오픈되어 있는 경우는 찾아보기 힘들다. 우리나라의 실정을 고려해 보면 과학수사의 노하우를 가장 많이 축적하고 있는 국립과학수사연구소가 가장 적합한 기관으로 보이나, 경찰청 산하기관이라는 점이 약점으로 작용한다. 어떠한 기관이 디엔에이신원확인정보의 관리주체로 가장 적합할 것인지에 대해서는 앞으

65) 임인규, 주9의 보고서, 15면 이하; 이한규, 주20의 보고서, 7면.

66) 이한규, 주20의 보고서, 7면.

67) 이한규, 주20의 보고서, 8면.



로 좀 더 신중한 검토가 필요하다고 본다.

#### IV. 결 론

이상과 같이 인권침해의 소지 그리고 개인정보의 유출 및 남용의 위험이라는 관점에서 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』의 주요 조항에 대한 제반 문제점을 검토해 보았다. 그 중 폐기규정, 처벌규정 그리고 디엔에이신원확인정보데이터베이스관리위원회의 설정규정은 별다른 문제를 야기하지 않거나, 그동안 지적되어 왔던 문제점을 많이 개선하였다고 판단하여 논의에서 제외하였다.

전체적으로 볼 때, 동법은 개인의 자유와 범죄수사의 효율성 사이에서 적절한 균형을 이루고 있다기보다는 오히려 후자 쪽으로 치우쳐져 있다고 판단된다. 지금까지의 논의결과 중 시급하게 개선이 요구되는 사항만 추려본다면, 다음과 같이 요약될 수 있다. 무엇보다도 디엔에이데이터베이스의 입력대상이 객관적이고 실증적인 근거 없이 설정되었고 그 범위 또한 넓다는 점,<sup>68)</sup> 디엔에이신원확인정보의 수집과정에서 발생하는 헌법적인 문제점(무죄추정의 원칙 내지 영장주의 원칙)을 충분히 해결해 줄 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있지 않다는 점,<sup>69)</sup> 디엔에이신원확인정보의 수집요건에 대한 사법적 통제가 미흡하다는 점,<sup>70)</sup> 수록의 기한에 제한이 없어서 평생 동안 관련 대상자의 디엔에이신원확인정보의 수록이 가능하다는 점,<sup>71)</sup> 데이터베이스의 관리 및 운영주체가 이원화되어 디엔에이신원확인정보의 무단유출 및 오남용의 위험이 배제될 수 없다는 점<sup>72)</sup> 등을 지적할 수 있다.

이러한 문제점을 합리적으로 해결하기 위해서는 이른바 특정범죄의 중대성 및 재범률에 대한 실증적인 조사를 바탕으로 특정범죄군을 재조정하는 방안, 재범의 위험성의 예측을 디엔에이신원확인정보의 수집요건으로 규정하는 방안, 디엔에이신원

68) 상세히는 III.1.가.(2). 참조.

69) 상세히는 III.1.가.(3),(4). 참조.

70) 상세히는 III.1.가.(5). 참조.

71) 상세히는 III.4.나. 참조.

72) 상세히는 III.5. 참조.

확인정보의 수집요건에 대한 영장심사를 강화하는 방안, 수륙의 기한을 제한하는 규정을 마련하는 방안, 디엔에이신원확인정보의 관리주체를 가장 적합한 기관으로 일원화하는 방안 등에 대한 심층적인 논의가 활성화되어야 한다. 동법이 - 일각에서 우려하고 있듯이 - 일반시민을 통제하기 위한 전략적 수단으로 전략하지 않으려면, 법률이 제정된 이후에도 개인의 자유와 범죄수사의 효율성 사이의 적절한 절충점을 찾으려는 노력을 게을리 해서는 안 될 것이다.

## Kritische Revision des DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes(2009)

Cho, Sung-Yong\*

Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit soll auf die Erörterung der materiellen und verfahrensrechtlichen Fragestellungen gelegt werden, die sich im Zusammenhang mit der auf Grundlage von den Vorschriften des DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes zulässigen DNA-Identitätsfeststellung stellen.

Nach der Meinung des Verfassers sind die Vorschriften des DNA-Identitätsfeststellungsgesetzes insgesamt dem Gebiet des Strafverfahrensrechts zuzuordnen, und die Erhebung und Verarbeitung des DNA-Identifizierungsmusters stellt eine strafprozessuale Zwangsmaßnahme dar, die in das Recht auf körperliche Unversehrtheit bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen eingreift. Für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffe in die Grundrechte des Betroffenen bedarf es einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage.

Das Anliegen des Gesetzgebers, durch die Schaffung dieser neuen Vorschriften den Zweck einer verbesserten Aufklärung schwerer Straftaten zu verfolgen, stellt einen legitimen Zweck dar. Die Vorschriften des DNA- Identitätsfeststellungsgesetzes sind grundsätzlich geeignet, diesen Zweck zu verfolgen. Auch ihre verfassungsrechtliche Erforderlichkeit kann nicht ernsthaft in Frage gestellt werden, da ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel nicht Verfügung steht. Die Vorschriften der Erhebung und Speicherung eines DNA-Identifizierungsmusters können aber nicht als verhältnismäßig im engeren Sinne angesehen werden, da sie keineswegs die auf bestimmte Tatsachen gestützte Prognose(daß gegen den

---

\* Associate Professor, College of Law, Dankook University

Betroffenen künftig weitere Strafverfahren wegen bestimmter schwerer Straftaten zu führen sein werden) und Richtervorbehalt voraussetzen.

❖ Key words : DNA-Identifizierungsmuster, Die Erstellung des DNA Fingerabdrucks, DNA-Database, Wiederholungsgefahr, Speicherung, Auskunftserteilung