

형사상 유전자감식정보의 수집·관리 등에 대한 검토

- “디엔에이신원확인정보의 이용 및
보호에 관한 법률”을 중심으로 -

Criminal Review of DNA Profiling Information Collection and Management
- Revolve Around “The Use and Protection of DNA Identity Establishment
Information Act” -

황 인 수* / 김 재 희**

(Hwang, In-Su / Kim, Zae-Hee)

〈 차 례 〉

- I. 들어가는 글
- II. 현행 유전자정보의 수집 관리에 있어 헌법상 문제점 및 개선방안
- III. 현행 유전자정보 수집절차 및 실행관리상의 문제점 및 개선방안
- IV. 나오는 글

주 제 어 : 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 유전자정보, 유전자정보
데이터베이스, 유전자감식정보, 유전자, The Use and Protection of DNA
Identity Establishment Information Act, Genetic information, DNA profile database,
DNA profiling information, DNA, Deoxyribonucleic acid.

I. 들어가는 글

지난 몇 해 동안, 우리 사회는 많은 강력범죄에 시달려 왔다. 특히 재범의 가능성

* 성균관대학교 BK21 글로벌과학기술법전문가양성사업단 연구원.

** 성균관대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

(투고일자: 2011.01.31, 심사일자: 2011.03.08, 게재확정일자: 2011.03.15.)

이 높은 연쇄살인과 성범죄 등의 문제가 사회적 이슈가 되면서, 사람들은 그 범죄를 저지른 자에 대한 처벌과 그 예방책, 그리고 범인의 검거 등에 많은 관심을 쏟게 되었다. 그 와중에 15년간 끊임없는 논쟁 속에서 도입 여부가 미뤄져 왔던 “디엔에이 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률”이 지난 2010년 1월 25일 제정되어 2010년 7월 26일부터 시행되고 있다. 이 법률은 강력범죄와 재범 발생의 우려가 큰 몇 가지 범죄의 피의자, 혹은 그러한 범죄를 저지른 수감자에 대하여 그들의 DNA를 추출하여 그 정보를 정부 차원에서 데이터베이스화 시켜 보관하기 위한 것이다. 보관된 DNA 데이터베이스는 추후 동일 유형의 범죄가 발생했을 때에 사건 현장에서 발견되거나 혹은 혐의가 있는 것으로 의심되는 피의자에게서 추출한 DNA를 검사하여 비교함으로써 신속하게 범인을 검거하는데 활용하게 된다. 그러나 사람의 DNA는 아주 지극히 개인적인 정보이고, 따라서 이 법률의 시행은 사생활 비밀의 불가침이라는 헌법적 기본권 부분을 제한하게 됨과 동시에, 피의자 단계에 있는 자의 DNA를 추출하게 되면 이는 구체적으로 범죄를 저지른 자로서 확정되지도 않았음에도 불구하고 그러한 취급을 하게 됨으로서 무죄추정의 원칙 등에 반하게 되는 결과를 초래하게 된다. 또한 법률이 적용되는 대상 범죄가 지나치게 넓다는 문제도 제기되고 있다. 뿐만 아니라 현재 DNA 데이터베이스에 대한 관리가 수감자의 경우 검찰에, 피의자인 경우 경찰에 속하는 이중적 체계를 가지고 있음으로 해서 개인 정보의 무단유출과 오·남용을 막기가 쉽지 않을 것이라는 비판도 있다. 물론 이러한 비판들에 대하여 “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률” 제5조에서는 그 대상 범죄를 강력범죄인 살인, 강도, 절도, 강간·추행, 약취·유인, 상습폭력, 조직폭력, 마약, 청소년 대상 성범죄등 재범의 위험성이 높은 범죄를 범하고 형이 확정된 자 및 구속되어 있는 자로부터 채취하거나, 범죄현장 등에 유류된 DNA감식시료로부터 취득한 DNA 신원확인정보의 수집·관리를 그 적용대상¹⁾으로 하기 때문에 오·남용의 위험이 없다고 반박하기도 한다. 또한 이미 여러 선진국에서 사용하고 있는 제도로서 그 유용성이나 인권친화적인 면이 이미 확인되었다고 주장하기도 한다.

그러나 앞서 이야기 했듯이, 헌법적 문제뿐만 아니라, 관리의 이원적 체계로부터 오는 문제점 등은 제시한 반박의 주장으로 덮기엔 분명 짚고 나가야하는 부분들이 있다. 따라서 본고에서는 우선 “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률”의 구체적인 내용을 살펴보고 현행법의 문제점과 해결방안을 살펴보도록 하겠다.

1) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제5조 참고.

II. 현행 유전자정보의 수집 관리에 있어 헌법상 문제점 및 개선방안

1. 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 구체적인 내용

1) 적용대상

동 법률이 제정되어 시행된 주요한 동기 및 목적은 현 우리 사회에 살인, 강간, 방화 등 강력 사건의 발생이 빈번해 지고, 그 수법 또한 흉포화·지능화 되어 가고 있어 보다 신속한 범죄인 식별의 요청에 부합하는 제도적 장치를 마련하여 범죄수사 및 범죄예방에 기여하고 국민의 권익을 보호함에 있다.²⁾ 그러나 발생하는 모든 범죄에 대하여 동 법률을 적용하도록 한다면, 이는 위헌적 소지를 다분히 가지게 된다. 따라서 최대한 그 범위를 좁혀서 실행을 하고자 동 법률 제5조에서 그 적용대상이 되는 범죄에 대하여 구체적으로 명시하게 되었다. 그 적용대상이 되는 범죄는 살인, 강도, 강간 및 추행, 약취·유인, 체포·감금, 상습폭력, 조직폭력, 마약, 청소년 대상 성범죄 등 재범 발생의 우려가 크고, 그 수법이나 수단이 흉포한 경우로 한정하고 있다. 이 중에는 절도에 관한 내용도 포함하고 있는데, 단순 절도와 자동차등의 불법사용에 관하여는 규정하고 있지 않고, 야간 주거침입절도, 특수절도, 그리고 동 범죄들의 상습범에 대하여만 규정하고 있다. 다시 말하자면 동일 범죄에서도 그 수법이 더욱 흉포한 경우와 상습성이 포함된 경우에만 동 법률을 적용할 수 있게 되는 것이다.

동 법률에서 적용하고자 하는 인적범위는 각각 제5조 제1항과 제6조에서 열거하고 있다. 크게 나누어 보아서는 제5조에서는 수형인을 그 대상으로 하고 있으며, 수형인의 범위에는 동 법률이 적용되는 범죄에 대하여 형의 선고, 보호관찰 명령, 치료감호선고, 보호처분결정을 받아 확정된 사람이 포함된다. 제6조에서는 제5조에서 나열한 범죄의 구속 피의자, 또는 보호구속된 치료감호대상자를 포함하고 있다. 다만 이미 디엔에이 감식시료를 채취하여 디엔에이신원확인정보가 이

2) 이정념, “범죄인 식별 목적의 유전자정보에 관한 소고”, 『한국의료법학회지』, 제17권 제2호 (2009), 125면.

미 수록되어 있는 경우는 제외하고 있다.

2) 디엔에이신원확인정보의 사무관장의 범위

이에 관하여서는 동법 제4조에서 규정하고 있다. 우선 수형인으로부터 채취한 디엔에이감식시료로부터 취득하게 된 디엔에이신원확인 정보는 검찰총장이 관리한다. 그러나 구속피의자로부터 얻은 정보는 모두 경찰청장이 이를 관리하게 되어 있다. 그러나 사무관장은 따로 되어 있을 지라도 수사에 필요한 경우에는 이 데이터베이스를 서로 연계하여 운영할 수 있다고 되어 있다. 그러나 어디까지나 법률 자체에서 이원적인 관리체제를 명시하고 있다는 것은 부인할 수 없는 사실 이 될 것이다.

3) 디엔에이감식시료 채취의 방법

우선 디엔에이 감식 시료를 채취하는 방법에는 본인(피의자 또는 수형자)의 동의에 의한 자발적인 방법과 본인이 동의를 하지 않는 경우 영장을 통하여 하게 되는 강제적인 방법이 있다. 본인이 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식 시료를 채취할 수 있으며, 이 경우 그 대상자에게 채취를 거부할 수 있음을 고지하고 서면으로 동의를 받아야 한다.³⁾ 만약 본인이 동의를 하지 않는 경우에는 디엔에이감식시료를 채취하기 위해서 영장을 청구할 수 있다.⁴⁾ 영장을 통해서 집행이 가능하다.

실질적인 채취의 방법은 채취 대상자의 신체나 명예에 대한 침해를 최소화 하는 방법으로서 구강점막에서의 채취, 모근을 포함한 모발의 채취, 신체부분, 분비물, 체액의 채취 등을 규정하고 있다.⁵⁾

4) 채취한 디엔에이감식시료의 폐기 및 디엔에이신원확인정보의 삭제

채취대상자로부터 채취한 디엔에이감식시료 및 그로부터 추출한 디엔에이 정보는 채취대상자의 측면에서 보았을 때 매우 지극히 개인적인 사생활 부분을 차

3) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 제8조제3항.

4) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 제8조제4항부터 제8항.

5) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 제9조 및 동 시행령 제8조제1항 각호

지하고 있다는 것은 앞서 서론에서 밝힌 바 있다. 따라서 이렇게 채취한 디엔에이감식시료는 정보를 취득한 이후에는 다른 곳으로 그 정보가 새어나가지 못하도록 철저한 후속 조치를 취해야할 명백한 이유를 가지게 된다. 따라서 동 법률과 그에 따른 시행령에서는 그에 대한 조치 방법을 열거하고 있다. 동 법률에 따라 채취한 디엔에이감식시료를 통해서 신원확인을 하여 그 정보를 데이터베이스에 수록한 경우에는 채취된 디엔에이감식시료와 그로부터 추출한 디엔에이를 지체 없이 폐기하도록 규정하고 있다.⁶⁾ 폐기하는 경우에는 지정된 장소에서 소각하거나 감식시료 혹은 그로부터 발생한 부산물 등을 재분석을 불가능하게끔 하도록 규정하고,⁷⁾ 이러한 폐기에 관련한 일련의 과정은 모두 자료로서 보존하도록 하고 있고, 그 자료는 전자문서 혹은 데이터베이스를 통화여 관리하도록 규정하고 있다.⁸⁾ 신원확인정보 데이터베이스의 삭제를 하는 경우에는 삭제한 다음 삭제했다는 사실을 서면, 전자우편, 문자전송, 또는 모사전송의 방법으로 통지하도록 규정하고 있다.⁹⁾

5) 벌칙규정

디엔에이감식시료 혹은 그로부터 추출한 정보의 데이터베이스 내용이 업무목적 이외로 사용되거나 어떠한 방법으로도 적절치 못한 방법으로 누설된 경우에는 채취대상자에게 심각한 피해를 야기할 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 적절한 처벌을 과할 수 있도록 동 법률에서는 규정하고 있다. 유전자정보를 허위로 작성·변제한 행위, 유전자감식을 위해 필요한 인체물질을 인멸·은닉·손상·효용을 해한 행위, 업무목적 이외로 인체물질 또는 유전자정보를 이용하거나 타인에게 제공·누설한 행위, 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 유전자정보를 열람하거나 제공받은 행위¹⁰⁾ 등은 모두 그 처벌 대상이 된다.

6) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 제12조.

7) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령」, 제16조제1항.

8) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령」, 제16조제2항.

9) 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령」, 제17조제4항.

10) 이정념, 전계논문, 125면.

2. 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 헌법상의 문제점

유전자 정보란 개인식별의 기능을 지닌다는 측면에서는 지문과 비교될 수 있고, 질병관련 정보로서는 일반 의료정보와도 비교될 수 있지만 이들과는 달리 유전자정보는 미량의 혈액이나 정액·타액·모발 등으로도 획득될 수 있기 때문에, 지문을 포함한 다른 개인의 생물학적 특성을 분석함으로써 얻어지는 정보를 통해서 개인식별이 불가능한 경우에도 유용하게 이용될 수 있다.¹¹⁾ 이러한 유전자정보는 일반적으로 변화가 가능한 다른 개인적 특성에 비해 불변성을 가지고 있는 개인적인 특성이 된다. 이 유전자 정보로 의학적으로는 유전적 질병의 유무를 판단하기도 하고, 때로는 친자감식용으로 사용을 하기도 한다. 이로 미루어보면, 이러한 유전자 정보가 유출되었을 경우에 야기될 개인의 사생활에 대한 침해는 작지 않다고 볼 수 있다.

개인의 사생활에 대한 침해뿐만 아니라, 디엔에이감식시료의 채취 대상범죄의 범위가 지나치게 넓어 과잉입법금지의 원칙에 반하는 것인가의 여부도 살펴보아야 할 것이다. 비록 강력범죄 및 재범의 가능성이 큰 범죄에 한하고 있다고는 하지만, 어디까지나 유전자 정보를 획득하고 데이터베이스화 하는 것은 개인의 인권을 침해할 소지가 있는 것이라 여겨지는 만큼 그 대상을 나열하기 위해서는 더 구체적이고 정확한 기준이 필요한 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

동 법률에서는 구속 피의자에 대해서도 유전자 정보를 획득할 수 있도록 되어 있으며, 이를 데이터베이스화 하는 것도 가능하다. 그러므로 이것은 마치 피의자를 이미 확정판결을 받고 수감되어 있는 수형자와 동일한 위치에 놓는 것처럼 보일 수 있어 무죄추정의 원칙에도 반할 소지를 충분히 가지고 있다.

마지막으로 디엔에이감식시료를 채취하기 위하여서는 본인의 동의가 필요하다고 법률에서는 적시하고 있으며, 본인의 동의 없이 채취하기 위해서는 영장이 필요하다라고 하고 있다. 그러나 본인의 동의가 있다고 하더라도 과연 영장 없이 채취 및 데이터베이스화를 하는 것이 정당한가, 영장주의에 위배되는 것은 아닌가에 대한 논의도 필요하리라고 본다.

11) 이정님, “형사절차상 유전자정보의 획득 및 이용에 관한 연구”, 이화여자대학교 대학원 박사학위 청구논문, 2008, 11면.

이하에서는 위에서 나열한 문제들을 좀 더 자세하게 살펴보도록 하겠다.

1) 동 법률과 프라이버시권에 대한 침해

우리 헌법 제17조의 ‘사생활의 비밀과 자유’에 관한 내용은 사생활의 비밀의 불가침, 사생활의 자유의 불가침 및 개인정보자기결정권의 세 가지를 포함하는 것으로 설명되고 있다.¹²⁾

범죄자 혹은 범죄 피의자의 디엔에이감식시료로부터 디엔에이 정보를 채취하여 데이터베이스화하여 보관하는 것은 사생활의 비밀의 불가침에 대한 제한이 될 수 있다. 유전자정보라는 것은 개인의 성명등과 같이 그 개인에게만 속한 지극히 개인적인 정보이며 이러한 개인적인 정보를 국가적 차원에서 강제로 데이터베이스화 하는 것은 이에 저촉될 수 있다. 유전자정보는 앞서 이야기했듯이 개인의 질병뿐만 아니라, 그 가족의 내력까지도 알 수 있는 아주 내밀한 정보이다. 비록 현 법령에서는 개인 신원을 확인하는 차원에 불과하다고 하고, 동 법률 제3조에서 그에 따른 국가적 책무를 확인하여 신원을 확인하는 차원 이상으로 개인의 기타 유전적 정보에 대해서는 포함시키지 않는다고 규정하고는 있지만, 이러한 것과는 관계없이 사생활 비밀의 불가침에 대한 제한이 되는 것은 변함없는 사실이다.

그러나 이러한 개인의 자유도 헌법 제37조제2항에 따르면 부득이한 경우에는 그 제한이 가능하다고 되어있다. 디엔에이감식정보 은행을 통해 범죄자 검거율은 높이고 범죄 발생률은 떨어뜨린다는 입법목적은 헌법과 법률의 체제상 정당한 것이고, 디엔에이감식정보 은행을 통해 이러한 입법목적을 효과적으로 달성할 수 있다는 것을 통해서 목적의 정당성과 방법의 적정성을 모두 충족시킬 수 있게 된다.¹³⁾ 그러나 이에 대하여 과연 피해를 최소화 하는 방법인가에 대해서는 위 배된다는 견해¹⁴⁾가 있다. 즉 현재 활용되고 있는 지문감식제도를 활용하거나 경찰력을 대폭 보강하는 등의 다른 방법으로도 범죄자 데이터감식정보의 데이터베이스화가 이루어는 입법목적은 이를 수 있기 때문이라고 주장¹⁵⁾한다. 그러므로

12) 권영성, 「헌법학원론」, (법문사, 2009), 450~456면; 성낙인, 「헌법학원론」, (법문사, 2009), 579~588면; 정종섭, 「헌법학원론」, (박영사, 2009), 545~550면.

13) 임지봉, “‘디엔에이신원확인 정보의 이용 및 보호에 관한 법률안’의 위헌성과 기타의 문제점 및 그 대안”, 「서강법학」, 제11권 제2호, 2009.12, 115면.

14) 임지봉, 전제논문, 115~116면 참고.

개인의 사생활 침해뿐만 아니라 과잉입법 금지의 원칙도 침해하는 것이 아닌가 하는 의견이 제시될 수 있다. 그러나 범죄가 점차 지능화되고, 따라서 사건에 따라서는 지문 등의 흔적을 남기지 않는 경우도 빈번하게 발생한다. 이러한 경우 혹시 모르는 타액, 모발 등으로도 최소한의 피의자를 찾을 수 있다면, 이것이 오히려 국가의 입법목적에 정당한 것이고 따라서 다소 위헌의 소지가 있을지라도 전 제도를 답습하는 방식의 개선은 옳지 않다고 생각한다. 다소 범죄자 혹은 범죄피의자의 개인적 인권의 침해가 있더라도 이는 고수되어야 하는 방법이고, 다만 피의자가 무죄의 확정판결을 받은 이후에 저장되어 있던 정보를 적절한 방법으로 폐기하는 절차와 방법을 더욱 강화하여 그들의 인권을 보호하는 것이 바람직한 해결방법 이라고 생각한다.

과잉입법금지의 원칙은 현재 동 법률에서 적용범위로서 제한하고 있는 범죄의 종류를 규정하고 있는 부분에서도 위배되지 않는가 하는 견해가 있다. 이 법률에서는 살인, 강도, 강간·추행, 약취·유인, 상습폭력, 조직폭력, 마약, 청소년 대상 성범죄 등 재범의 가능성이 높거나 강력 범죄로 발전할 가능성이 높은 11개 범죄 유형을 선택하여 이 범죄를 저지르고 형이 확정되어 수감되어 있는 수감자 또는 구속되어 있는 피의자로부터 디엔에이감식시료를 취득하여 디엔에이신원확인정보를 수집하고 관리하는 것을 그 적용대상으로 하고 있다. 그러나 이 범죄의 유형에는 약취·유인, 절도와 같은 범죄들도 포함하고 있는데, 이 범죄들이 포함될 이유로는 가령 절도라는 범죄를 저지른 자들이 강도나 강간의 범죄를 저지를 가능성이 많다는 점에 근거를 두고 있으나, 절도범을 잠재적 강도범이나 강간범으로 추정하는 것은 명백한 과잉입법이라고 볼 수밖에 없다.¹⁵⁾ 따라서 이 부분을 규정하고 있는 제5조제1항5호는 과연 들어가 있는 것이 옳은지 다시 살펴보고 삭제하는 방향을 취하는 것이 옳을 것이라 생각한다.

15) 임지봉, 전제논문, 115면 참고.

16) 임지봉, 유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안의 위헌성과 기타의 문제점 및 그 대안, 유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률(안), 입법공청회(2005.10.27) 발간자료집; 하태영, “DNA관리법과 DNA 감정 - 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 -”, 「동아법학 제48호」, 2010.8, 동아대학교법학연구소, 298면.

2) 동 법률과 무죄추정의 원칙

무죄추정의 원칙이란 헌법 제27조제4항에서 규정하고 있는 것으로서, 형사피고인이 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다고 하는 것이며, 이는 형사소송법에도 같은 내용으로 규정되어 있다. 이에 관하여서 헌법재판소에서는 “수용시설 안에서 미결수용자에게 재소자용 의류를 입게 하는 것은 구금 목적의 달성, 시설의 규율과 안전유지를 위한 필요최소한의 제한으로서 정당성과 합리성을 갖춘 재량의 범위 내의 조치이지만, 수사 또는 재판을 받을 때에도 재소자용 의류를 입게 하는 것은 무죄추정의 원칙에 반하고 인격권 및 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것”이라고 판시¹⁷⁾하여 법문에 비록 피고인이라고 규정되어 있을지라도 이는 피의자에게도 적용된다는 입장을 취하고 있다. 이러한 원칙을 “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률”과 적용시켜서 살펴보면, 동 법률에서는 디엔에이감식시료 채취의 대상을 현재 확정판결을 받고 수감되어 있는 수감자뿐만 아니라, 구속되어 있는 피의자도 포함하고 있다. 이 법률은 범죄자의 유전자정보를 파악하여 데이터베이스화시킴으로서 범죄자의 신원확인을 신속하게 처리하기 위하여 제정된 것이고, 재범률이 높은 범죄를 그 대상으로 함으로써 재범을 미연에 방지하고자 하는 목적을 가지고 있다. 따라서 재범방지의 목표를 제1의 목표로 두고 범죄자의 신원확인을 돕는 것을 다음 목표로 삼았을 때, 현재 죄의 유무가 가려지지 않은 구속피의자를 채취의 대상으로 하여 그 유전자정보를 데이터베이스화 하는 것은 명백히 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 수 있다. 다시 말하면 피의자에 대한 모든 침해는 실제로 무죄인 피의자도 감당할 수 있을 정도까지만 가해져야 하고 따라서 수사기관이 사실을 조사하기 위해서 무죄일 수도 있는 사람에게 그것의 채취까지 감수하도록 요구할 수는 없다는 것이다.¹⁸⁾ 신원확인을 위해 디엔에이감식시료를 채취하는 과정에서부터 무죄로 추정 받아야 할 피고인이 이미 유죄인 것으로 다루어지는 것은 자명한 사실이기 때문이다. 헌법재판소도 “헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 유죄판결이 확정되기 전에 피의자 또는 피고인을 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니된다”¹⁹⁾고 하면서 무죄추정의 원칙에 대하여 언급하고 있다. 이러한 견지에서 이 법률의 제10조제1항제

17) 헌재 1999.5.27, 97헌마137결정.

18) 하태영, 전제논문, 300면 참고.

19) 헌재 2009.6.25, 2007헌바25.

1호는 위헌의 소지가 없다고는 할 수 없다. 물론 어느 경우에 있어서도 인간의 존엄성은 반드시 지켜져야 하는 매우 큰 이념이다. 그러나 이 법률이 수사의 편리성과 미제사건의 해결을 통해 피해자의 권리를 존중해주기 위한 것이라면 그것 또한 지켜져야 하는 것도 사실이다. 따라서 구속된 피의자의 디엔에이감식시료 채취에 관한 규정을 전면 삭제하는 방법은 옳은 방법이 아니라고 생각한다. 이 규정은 존속시키되, 다만 구속된 피의자의 디엔에이감식시료 채취의 과정을 현 법률에서 본인의 동의와 서면, 그리고 영장을 통해서 가능하게 하는 것에 대하여 본인의 동의, 서면의 작성 등에 있어 절차상 오류 - 가령 예를 들면 강압적인 수사에 의한 동의 같은 경우 -가 발생하였을 경우 그에 대한 증거능력을 확실히 부정할 수 있도록 제도를 개선하고, 후에 피의자의 무죄가 확정된 경우에는 그 디엔에이감식시료 및 그에 대한 데이터베이스를 완전 삭제조치하고 통보가 이루어 질 수 있는 구조를 절차상 더 강화시키는 것이 이러한 문제를 해결하는 하나의 방법이 될 것이라고 생각한다. 혹은 법원이 대상범죄에 대해 유죄판결을 선고하면서 일정 요건 아래 필요성이 인정되는 경우에 한해 부가처분의 하나로 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 등재하도록 명하는 방안을 도입한다²⁰⁾면 이러한 문제도 다소 해결될 것으로 생각한다.

3) 동의의 진정성문제

현행 법률 제8조에 따르면 디엔에이감식시료 채취 대상자의 동의만 있으면, 영장 없이도 그 채취가 가능하다고 명시되어 있다. 비록 이 경우 채취를 거부할 수 있음을 고지한다고 하더라도 이는 우리 헌법 제12조제3항에서 명시하고 있는 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”는 영장주의 제도 자체를 수사의 편리성, 신속성이라는 이유만으로 가벼이 여기고 있다는 느낌을 지울 수 없다. 물론 예외적으로 긴급체포, 현행범인과 준현행범인, 비상계엄하의 영장주의에 대한 제한 시에는 사후영장도 가능함을 규정하고 있다. 영장주의의 원칙은 강제처분은 법률에 특별한 규정이 없으면 하지 못한다고 하는 강제처분법정주의에 기반을 두어 인권침해의 위험을 방지위한 것을 목적으로 하고 있다. 이는 임의수사의 원칙과 표리관계에 있는 것으로 수사는 원칙적으로 임의수사에 의하고, 강제

20) 하태영, 전제논문, 303면 참고.

수사의 방법을 취하는 경우에는 그 종류와 내용이 법률에 규정되어 있을 것을 요구하는 것이 바로 강제처분법정주의이다.²¹⁾ 따라서 본 법 제8조는 이러한 강제처분법정주의에 대한 내용을 규정하고 있는 것이다. 즉 본인의 동의가 없는 경우 영장주의에 근거하여 강제수사의 방법으로 디엔에이감식시료를 채취할 수 있도록 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 동조 제3항에 동의에 의해 이러한 영장발부를 면책하도록 하는 당연한 내용을 명문규정으로 둬으로써 이러한 강제수사에 대한 편법적 수사를 묵인하거나 종용할 소지가 있는 점을 지적 하고자 한다.

본 쟁점에서 문제를 삼고 싶은 것은 영장주의의 위반의 문제가 아니라 동의를 받는 절차적 정당성의 문제 즉 임의성(유효성)확보 수단임을 지적하고 싶다. 본인의 동의라는 것은 얼마든지 강압에 의한 것일 수도 있고, 진심의 동의인지 확인할 길도 멀다. 이러한 것은 실무에서 일반적으로 있는 마치 일반적인 절차의 일부인 듯 대상자를 기망하여 ‘면봉을 주면서 침을 묻혀주세요’라는 정도의 요구와 순순히 응하는 피의자를 쉽게 상상해볼 수 있다는 점이다. 이러한 모습은 임의수사인 것처럼 외형으로는 보여주고 있지만, 실질적으로 수사기관이 강제처분을 한 것과 같아서 법을 모르는 일반인들에게 있어서 자신이 법적인 동의를 한 것이라는 인식을 갖지 못한다는 점에서 문제가 있다.

실사, 본인의 동의가 있다고 하더라도 피의자에 대하여 디엔에이감식시료를 채취하는 것은 기본권 침해의 소지가 있는 바, 이 경우 더더욱 동의와 서면의 작성이라는 단순 조건만으로 채취가 가능하다는 것은 악용의 소지가 크게 된다.

물론 재판의 과정에서 채취의 과정상 오류가 발생한 경우에는 그것의 증거능력 등이 부정되는 등 위법수집증거로 해결을 할 수 있겠지만, 과정상의 오류의 발생을 증명하지 못하는 경우 또는 인식조차 하고 있지 못하는 경우에는 그렇지 못하게 될 것이다.

물론 이 법률의 입법목적이나, 소송경제 등을 미루어 보았을 때, 모든 경우에 영장을 발부받아서 시료를 채취하게 되는 것은 옳은 방법이 아니라고 생각한다. 그러므로 단순히 동의만을 가지고 채취를 해야 하는 경우에는 동의 당시의 상황을 영상으로 녹화하거나, 변호사 또는 직계 친족의 입회하에 시행하게 것 등 동의에 대한 진정성 및 공정성 확보에 도움이 될 수 있을 것으로 생각되며, 동 법률 또는 시행령에 이러한 유효성 확보방안이 보충되었으면 한다.

21) 이재상, 신형사소송법(제2판), (박영사, 2008), 214면.

III. 현행 유전자정보 수집절차 및 실행관리상의 문제점 및 개선방안

“디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률”은 위에서 언급한 헌법적 문제 이외에 다른 문제점을 가지고 있다. 첫째는, 현재 우리나라에서는 다른 나라에서는 시행하고 있지 않은 열손가락의 지문을 모두 국가적 차원에서 데이터베이스화 하여 가지고 있다. 따라서 유전자정보가 없이도, 현재까지는 범주의 현장에서 발견되어지는 지문을 가지고 비교하여 범인 색인에 사용하고 있었다. 다른 나라는 우리처럼 전 국민의 지문을 데이터로 가지고 있지 않고, 따라서 유전자감식은 범인의 색인에 정말로 필요하고도 유용한 제도였다. 그러나 앞서 말했듯이 우리나라에는 다른 나라가 가지고 있지 않은 제도를 가지고 있으므로, 과연 이 유전자감식의 데이터베이스화가 위에서 말한 것처럼 위헌적 소지를 다분히 가지고 있음에도 불구하고 존속시켜야 하는 유용한 제도인지 생각해볼 필요가 있다.

두 번째 문제는 데이터베이스화 된 유전자감식정보가 다른 곳으로 악용될 소지가 다분하다는 데 있다. 정보라는 것은 자칫 잘못하면 손쉬운 습득을 통해서 쉽게 악용될 소지를 가지고 있다. 예를 들면, 아무리 본인식별 이외의 데이터는 보관하지 않을 것이라고 규정해 놓아도, 그 정보를 가지고 그 사람의 지극히 개인적인 면을 알아내어 다른 곳에서 사용하게 된다면 이는 개인의 인권침해에 가장 큰 예가 될 것이다. 또한, 피의자에 대해서 채취한 유전자 감식 시료에 대하여 피의자가 무죄의 확정판결을 받은 경우 어떻게 폐기를 해야 할 것인가도 중요하다. 물론 법률에서 이에 대하여 규정을 하고는 있지만, 더 강력하고 단호한 조치가 필요하다고 생각한다. 따라서 그 후속조치에 대하여 생각해보려고 한다.

마지막으로, 유전자정보 관리의 이원적인 체계에 대해서 생각해 보아야 한다. 비록 유전자정보에 대해서 검찰과 경찰이 이원적으로 관리하고 있다. 검찰은 현재 수감되어 있는 수형자에 대한 자료를 관리하고 있으며, 경찰은 피의자와 범주의 현장에서 수거된 유전자정보를 관리하고 있는 체계로 이루어져 있다. 그러나 앞서 이야기 했듯이, 유전자정보라는 것은 “정보”라는 것의 특성상 언제 어디서든지 새어나갈 수 있는 확률을 가지고 있게 된다. 따라서 이러한 이원적 체계는 정보관리상의 허점을 충분히 가질 수 있으므로 이에 대하여 좀 더 살펴보고자 한다.

1) 유전자감식을 통한 신분확인도 정말 유용한 제도인가

우리나라는 다른 나라와는 다르게 전 국민의 열손가락 지문에 관한 데이터를 모두 국가가 보유하고 있다. 지문역시 디엔에이처럼 개개인마다 다른 특성을 가지고 있기 때문에, 이 지문 데이터는 범죄인의 식별에도 매우 유용하게 쓰였다. 그러나 과학 기술이 날로 발전하고, 그에 따라 범죄 방법도 더욱 발전함에 따라서 이 지문데이터로는— 지금도 매우 유용하다고 할 수는 있다 — 범죄인을 식별할 수 없는 경우도 발생하게 되었다. 예를 들어 장갑을 낀 채로 절도의 행각을 벌이는 경우에는 지문의 흔적을 찾을 수 없게 되고, 그러면 애초에 기존의 데이터와 비교해 볼 것조차 없게 된다. 물론 이러한 경우에는 족적이라든지 기타의 방법으로 또 찾아볼 수 있는 방법이 있겠지만, 만약 범인의 머리카락이라도 발견하게 된다면, 기존에 유전자정보에 관한 데이터가 만들어져 있는 경우에는 매우 유용하게 쓰일 수 있을 것이다. 물론 이렇게 데이터화 시키고 많은 것을 명문법화 시켜놓는다고 하더라도 디엔에이 감식이 절대 될 수 없는 새로운 범죄기법을 발달시킬 수 있는 실마리를 제공한다²²⁾는 견해도 있다. 그러나 이는 기우에 불과하다고 생각한다. 범죄기법이 발달하는 만큼, 과학도 발달하게 되어있다. 식별뿐만 아니라 디엔에이는 인간의 신체에서 나오는 아주 작은 조각으로도 식별이 가능하다. 설령, 디엔에이를 추출할 수 있는 아주 작은 조각이나 흔적조차 남기지 않았다고 할지라도, 우리는 디엔에이의 감식만 사용하는 것이 아니고 앞서 이야기한 지문감식이나 족적감식 등 여러 가지 수사기법을 사용하고 있다. 디엔에이감식시료를 채취하여 데이터베이스화 하는 것이 본래 수사의 편리성과 신속성을 위한 것이라면, 우리가 본래 가지고 있던 제도에 더하여 지는 것으로서 그 본래의 목적에 적합한 것이 될 것이다. 지문처럼 전 국민의 데이터를 보관하는 것이 아니기 때문에 그 유용성에 대해서 다시 의문을 제기할 수도 있겠으나, 전 국민의 유전자정보를 채취하여 데이터화하는 것은 앞서 이야기했듯이 인권보호의 범위를 지나치게 넘어서는 것이라고 할 수 있겠다. 유전자정보를 획득하기 위한 과정에서 반드시 요구되는 인체물질의 채취는 의료행위의 일부분을 구성하게 되며 특히 혈액을 확보하기 위해서는 체내에 흐르는 물질의 채취를 위한 불가피한 신체침해행위가 발생될 수밖에 없는데, 이는 혈액을 채취하고 보관하는 일련의 의료행위를 통해 이루어질 수밖에 없다.²³⁾ 따라서 이 일련의 과정들을 전 국민

22) 임지봉, 전제논문, 122면.

을 대상으로 하는 것은 무리가 있고, 범죄인에게 행할 때에도, 앞서 얘기했듯이 본인의 동의만을 그 요건으로 할 것이 아니라 영장에 의하는 것이 바람직하며, 신체불가침이라고 하는 개인의 기본권 침해가 최소화되는 범위로서 이러한 절차가 행하여져야 할 것이다.²⁴⁾ 이러한 원칙들만 철저히 지켜진다면 동 법률 및 제도는 반드시 행하여져야 하는 것임에는 틀림없다고 생각한다.

2) 획득한 유전자정보의 폐기와 관련된 문제

“디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률” 제12조에서는 디엔에이신원확인정보담당자가 디엔에이신원확인정보를 데이터베이스에 수록한 때에는 채취된 디엔에이감식시료와 그로부터 추출한 디엔에이를 지체 없이 폐기하여야 한다고 규정하고 있으며, 동 법률 제13조에서는 수형인등이 재심에서 무죄, 면소, 공소기각 판결 또는 공소기각 결정이 확정된 경우에는 직권 또는 본인의 신청에 의하여 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보를 삭제하도록 하고 있다. 뿐만 아니라 수형인등 또는 구속피의자 등이 사망한 경우에도 직권 또는 친족의 신청에 의하여 삭제하도록 규정하고 있으며, 범죄현장에서 발견되어 채취되어 데이터베이스에 수록된 디엔에이신원확인정보에 관하여 그 신원이 밝혀지는 등의 사유로 더 이상 보존 또는 관리가 필요하지 아니한 경우에는 직권 또는 본인의 신청에 의하여 그 디엔에이신원확인정보를 삭제하도록 규정하고 있다. 삭제한 경우에는 30일 이내에 본인 또는 신청인에게 그 사실을 통지하도록 규정하고 있다. 폐기 또는 삭제와 그것에 대한 사실의 통지를 모두 규정하고는 있지만, 디엔에이감식시료 혹은 그것을 토대로 한 신원확인정보는 모두 지극히 개인적인 사생활을 담고 있는 자료이다. 그러므로 이것들을 폐기 또는 삭제해야 할 확실한 이유가 생기면 그것을 정확한 절차에 의해서 실행하고, 올바르게 된 통지를 하는 것이 반드시 필요하다. 현 규정을 살펴보면 분명 규정하고는 있으나 부실한 면이 없지 않다. 예를 들어 디엔에이감식시료를 폐기 또는 삭제하게 된 경우 직권 또는 본인의 신청에 의하여 폐기 또는 삭제하도록 규정하고 있는데, 그렇다면 법원의 명령도 없고, 본인의 신청도 없는 경우 그 자료는 계속 그렇게

23) 이정님, “범죄인 식별 목적의 유전자정보에 관한 소고”, 「한국의료법학회지」, 제17권 제2호, 2009, 116면.

24) 이정님, 전제논문, 116면.

유지되어야 하는 가 이다. 현 법령이 피의자의 디엔에이감식시료를 통한 데이터베이스를 작성한 경우 무죄의 확정판결 등을 받으면 그 데이터베이스에 기록된 것을 삭제하도록 되어있는데, 강제력이 동원되지 않고 본인의 신청도 없다면, 이미 확정판결 받은 자의 데이터를 가지고 있음으로 하여, 죄가 없는 사람을 죄가 있는 것으로 간주하게 되는 결과를 가지고 온다. 따라서 이러한 경우 본인의 신청도 중요하겠지만, 삭제 또는 폐기의 사유가 발생한 경우 판결로서 명하는 것이 그 삭제 또는 폐기를 명하는 것이 바람직한 방법이 될 것이라고 생각한다.

현 규정에 의하면 폐기 또는 삭제가 이루어지면, 서면·전자우편, 문자전송 또는 모사전송의 방법으로 그 통지를 하게끔 되어 있다. 그러나 정말 정확하게 삭제되었음을 확인하기 위해서는 본인의 신청이 있는 경우에 삭제된 기록을 열람할 수 있도록 해 주는 것이 가장 바람직한 방법이라고 생각한다. 현 법령에 따르면 폐기나 삭제를 한 경우 그에 관한 모든 것에 관한 자료를 전자적 문서 또는 데이터베이스를 통하여 관리²⁵⁾하도록 되어 있는 만큼 그 기록을 열람할 수 있게 해주는 것은 그렇게 어려운 일은 아니라고 생각한다.

3) 획득한 유전자정보의 이원적 관리체계의 문제

현재 “디엔에이신원확인정보의 보호 및 보호에 관한 법률” 제4조에 따르면 수형자의 경우 검찰총장이, 구속피의자 및 범죄현장 등에서 채취한 경우에는 경찰총장이 관리하도록 되어있다. 즉 디엔에이신원확인 정보의 관리주체가 둘로 나뉘어져 이원적인 체계로 이루어져 있는 것이다. 이렇게 분리하는 것이 지문관리체계와 동일하여 효율적이라고 하기도 한다.²⁶⁾ 그러나 이것이 반드시 효율적인지 의문스럽다. 비록 두 관리주체 사이에서 데이터베이스를 서로 연계하여 운영할 수 있다고 되어있지만, 엄중한 관리가 필요한 정보에 대하여 관리체계가 나뉘어져 있으면 그 관리는 다소 허술해질 수밖에 없고, 수사의 편의성과 신속성을 그 목적으로 하여 법률을 만들었다면 서로간의 공조가 원활하지 않을 경우 그 법률의 기본 목적도 달성하기 어려워진다.

외국의 입법례를 살펴보면 미국의 경우에는 1994년에 연방 법률로 DNA Identification Act가 제정되면서 CODIS(Combined DNA Index System)을 구축하여

25) 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 시행령 제16조제2항.

26) 하태영, 전제논문, 303면.

디엔에이분석자료를 공유하고 비교 가능하도록 하고 있고, 1998년 10월 로드아일랜드주가 관련 입법을 완료함으로써 미연방 전체의 NDIS(National DNA Index System)으로 통합하여 FBI 주도하에 범죄자 디엔에이데이터베이스가 구축이 되었다.²⁷⁾ 즉 FBI라는 기관 하나가 모든 것을 주도하여 관리하고 있다고 이해하면 될 것이다. 독일의 경우에는 독일연방범죄청(BKA)이 단독으로 관리한다. 독일은 1998년 DNA신원정보데이터베이스(DNA-Analysedatei, DAD)를 설립하고, 16개 주가 통합하여 관리하는 ‘연방데이터베이스’를 운영하고 있다.²⁸⁾ 영국의 경우에는 1995년 영국 런던경찰청이 세계최초로 법과학연구소산하에 유전자자료은행(Criminal Intelligence National DNA Database)을 설립하여 획득한 유전자정보를 데이터베이스화하여 보관하고 수사에 활용하고 있다.²⁹⁾ 뿐만 아니라 스웨덴의 경우에는 국립연구원에서 유전자정보에 관한 데이터베이스를 관리하고 있으며 네덜란드는 NFI(the Netherland Forensic Institute)에서 모든 것을 관리·감독·운영 하고 있다.³⁰⁾

외국의 입법례를 통해 보아도 알 수 있듯이, 유전자정보는 어디까지나 독립적인 한 기관이 포괄하여 운영하는 것이 가장 합당한 방법이다. 정보를 안전하게 지킬 수 있는 가장 좋은 방법이며, 정보를 가지고 각 기관 간에 알력이 생기는 것을 방지할 수 있는 가장 좋은 방법이라고 생각한다. 그 중 한 가지 방법으로 첫째는 현행 법령에 따르면 대검찰청 과학수사기획관 또는 국립과학수사연구소가 그 감식시료로 부터의 감식을 맡아서 하고 있는데, 이 둘 중 하나의 기관으로 통합하는 방법이다. 그러나 그것이 어려울 경우 두 번째 방안으로 제3의 기관을 만들어 볼 것을 제안한다. 예를 들어, 영국이나 미국에서 운영하고 있는 것과 같은 유전자정보은행을 설립하여 디엔에이정보를 모두 그곳에서 감식하고, 관리하며, 수사를 위하여 어느 기관에서든 그 자료를 필요로 하는 시에는 한 곳에 요청하여 결과를 받을 수 있도록 하는 것이다. 이러한 방법을 통해서 유전자정보를 활용하는 것이 범죄수사목적으로 유전자감식을 하는 것에 대해 보다 효율적으로

27) 이승환, “범죄자 DNA 데이터베이스의 이론과 국제현황”, 「형사법의 신통향」, 제18호, 2009.2, 147면.

28) 하태영, 전제논문, 304면.

29) 정용기, “유전자감식정보법안의 형사법적 검토”, 「한국공안행정학회보」, 제28호, 2007, 391면.

30) 황만성/이승덕, “형사절차상 유전자정보의 관리 및 활용방안”, 한국형사정책연구원 연구총서06-22, 76면.

이용 할 수 있도록 도와주는 방법이 될 것이다.

IV. 나오는 글

유전자감식의 정보가 곧 범인을 밝히는 것은 아니다. 즉 검토의 대상의 존재와 제공된 감식시료로부터 얻은 유전자정보의 분석자료를 비교함으로써 두 정보가 일치하는지 여부를 확인함으로써 범인을 밝히는 것이다. 따라서 용의자가 있다면 그의 유전자정보와 범행현장 등에서 얻은 감식시료(혈액, 타액, 모발, 살점, 정액 등)와 비교할 수 있으나 용의자가 있지 않은 경우에는 비교의 대상이 바로 유전자정보의 수집과 관리기관에 의한 데이터가 된다. 그러므로 이러한 데이터를 많이 확보하면 할수록 범인의 색출은 보다 쉬워지게 된다. 또한 이미 범행의 전과가 있는 자로 하여금 자신의 유전자정보로 인해 쉽게 범행이 발각될 위험이 있다는 점에서 다시 범죄로 나아가는 것을 막는 예방적 효과도 기대할 수 있을 것이다. 물론 전술한 바와 같이 개인의 유전자감식의 정보 속에는 당사자를 비롯해 그의 가계 및 지극히 사적인 정보가 포함되어 있어 이러한 정보를 수집하고 관리하는 과정에서 일어나는 인권 침해적 우려의 위험성 또한 크게 존재한다. 이처럼 개인의 유전자감식의 정보를 수집하고 관리한다는 것은 범죄수사 및 범죄예방에 이바지한다는 점에서 장점을 갖지만 반면 그만큼 인권의 침해소지도 높은 양날의 칼을 품고 있는 것이다.³¹⁾

최근 들어 계속해서 증가하고 있는 소위 조두순사건등으로 문제가 되는 성폭력 범죄의 급증과 다양한 마약범죄자들의 증가로 인하여 수사기관은 계속적으로 유전자 감식을 법적 근거가 없는 상황에서도 적극적으로 활용하여 왔다.³²⁾ 이러

31) ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’은 이점을 제1조(목적)에서 밝히고 있다.

32) 국립 과학수사연구소 유전자 감정현황

(http://www.police.go.kr/infodata/pds_07_totalpds_03_01.jsp#none 2011년 2월 25일 검색)

연도별	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
감정건수	11,551	12,627	17,539	23,698	31,704	36,179	52,309	69,894	88,078

본 법률은 2010년 1월 25일 제정되어 같은 해 7월 26일부터 시행되도록 하고 있어 시행기간이 상당히 짧아 동법 시행 이후 법무부나 경찰청 등의 분석 자료는 아직 작성되어

한 시대적 요청으로 강력범죄, 마약범죄자들의 효율적인 검거 및 재범의 가능성을 줄이고, 그 범죄자들을 효율적으로 관리하며, 그 밖에 미제 사건들에 대한 단서를 추적하는데 단서의 제공과 법률 적 근거 마련을 위하여 2010년 “디엔에이 신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률” 제정·시행되었다. 이 법률 시행이후 공식적인 통계는 확인할 수 없었지만, 충북지역에서는 지금까지 DNA 신원정보가 등록된 범죄자는 성폭력 6명, 강제추행 1명, 폭력 1명 등 모두 11명인 것으로 집계된 것으로 확인하였다.

또한 현장의 관계자들인 경찰은 이번 법률 시행으로

“첫째, 살인·강간 등 흉악범의 조기 검거로 추가 피해자 양산 방지, 둘째, 뛰어난 범인식별력 때문에 범인으로 하여금 추가 범행을 자제하게 해 범죄예방에 탁월한 효과, 셋째, 초기에 무고한 수사대상자를 배제 및 넷째, 기존 수형인들 중 억울한 피해자에 대한 구제 및 다섯째, 그 동안 입법의 부지로써 경찰의 재량으로 인하여 진행되던 절차에서 입법적인 근거를 갖게 되어 동 법률의 실질적효과를 기대하고 있다”고 말하고 있어 현장에서는 기본적으로 이 법의 제정과 시행을 환영하고 있음을 알 수 있다.³³⁾

동 법률은 10여년이 넘는 긴 시간동안 논의를 거듭해 온 문제였지만, 여전히 제정·시행된 이후에도 많은 문제점을 가지고 있게 되었다. 첫째로 문제되었던 것은 다소 위헌의 소지가 있는 몇몇 부분으로서, 특히 유전자정보라는 것이 지극히 개인적인 내면의 정보를 들추게 되는 것이어서, 그것이 설령 확정판결을 받은 범죄자이든, 피의자이든 간에 사생활 보호라는 기본적인 헌법이념에 배치되는 것이 아닌가 하는 것이었다. 두 번째로는 피의자의 유전자감식시료를 채취하여 데이터베이스화 시키는 것이 무죄추정의 원칙에 반한다는 것이었고, 영장 없이 본인의 동의만으로도 유전자 감식시료를 채취할 수 있도록 만든 규정이 불법한 대인적 강제처분의 편법적 수사를 묵인하거나 종용하는 조문으로 악용될 소지를 지적하고 싶다. 그러나 개인의 사생활 침해의 경우 그로 인하여 받는 공익이 사익보다 더 큰 경우 다소의 침해를 인정하는 바,³⁴⁾ 수형자와 피의자에 대하여 유

있지 않은 점이 다소 아쉽다.

33) 대전일보 2010년 8월 1일자 인터넷 신문 참조.

(http://www.daejeonilbo.com/news/newsitem.asp?pk_no=898704 2011년 2월 25일 검색).

34) 헌법 제37조 2항 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리

전자감식시료를 채취하고, 이를 감식하여 데이터베이스를 구축하는 것은 무리가 없다고 생각된다. 또한 무죄추정의 원칙과 영장주의에 관한 문제에 대해서는 원칙적으로 영장을 통해서만 채취가능 하도록 만들고, 본인의 동의만으로 채취 가능한 규정은 영상녹화물의 이용 및 변호인 또는 직계친족 등의 입회하에 절차를 진행하는 등, 본인의 진지한 동의가 있었음이 뒷받침되는 전제하에서 진행될 수 있도록 수정되는 것이 타당하다. 또한 제8조 제3항의 규정은 강제처분법정주의의 원칙과 임의수사원칙에 따라 개정하는 것이 타당하다고 본다. 이후 무죄의 확정 판결이 있는 경우에는 유전자감식을 위한 감식시료를 철저히 폐기하고, 또한 데이터베이스로 저장되어 있던 것은 삭제할 함으로써 보완될 수 있는 사항이라고 생각한다. 그러나 이렇게 폐기를 하는 경우, 폐기 또는 삭제하였다는 통지만을 할 것이 아니라 폐기하거나 삭제했다는 사항에 대하여 자료로 남겨놓은 것을 유전자 감식 대상자였던 본인 혹은 본인이 사망한 경우 그 친족이 청구하였을 때 열람할 수 있는 방법으로 보완하는 것이 옳은 방법이라고 생각한다.

유전자정보의 관리체계가 이원적으로 되어있는 부분은 그 관리에 있어서 아쉬운 부분이 아닐 수 없다. 관리체계가 계층적으로 나뉘어져 있는 것도 아니고, 정보의 대상을 둘로 나누어 두 기관이 각각 관리하게 되면, 정보의 누수가 쉽게 일어날 수 있을 뿐만 아니라, 수사 공조상의 문제가 생길 확률도 높아진다. 따라서 이 문제를 해결하기 위해 제3의 기관을 설립하여 그곳에서 모든 유전자정보를 관리하고 수사상 필요한 경우에는 그곳에 의뢰하여 정보를 취득하는 것으로 하는 방법이 가장 효율적이라고 생각한다.

범죄인에 대한 유전자정보의 취득과 그것의 사용은 현재 증가하는 강력범죄 및 그러한 범죄의 재발에 대하여 범인을 검거하고, 예방을 하는데 효과적인 방법이 될 수 있다. 물론 가장 그 정보를 효과적으로 사용하기 위해서는 전 국민의 유전자정보를 데이터베이스화하여 보관하고, 현재 지문을 관리하듯이 관리하고, 식별을 하는 것이겠지만, 이는 감당할 수 있는 사생활 침해의 범위를 넘어서며, 그 검사 비용 및 관리 비용에도 천문학적인 액수가 필요할 것이다. 따라서 현재 수형자와 구속 피의자에 대한 유전자감식시료를 채취하고 취득한 정보를 제대로 관리하여 본래 법의 취지에 부합할 수 있도록 운영해 나가야 할 것이다.

참고문헌

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.
- 박광민, “형사절차상 유전자감식정보의 체계적 관리”, 「성균관법학」, 제19권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007.
- 성낙인, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.
- 손동권, 「형사소송법」, 개정신판, 세창출판사, 2010.
- 신양균, “유전자정보은행제도와 인권”, 「형사법학회 2010년 하계학술회의 자료집」, 2010.
- 이승환, “범죄자 DNA 데이터베이스의 이론과 국제 현황”, 「형사법의 신동향 통권」, 제18호, 대검찰청, 2009.
- 이정념, “형사절차상 유전자정보의 획득 및 이용에 관한 연구”, 「법학논집」, 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.
- _____, “범죄인 식별 목적의 유전자정보에 관한 소고”, 「한국의료법학회지」, 제17권 제2호, 2009.
- _____, “형사절차상 유전자정보의 획득 및 이용에 관한 연구”, 「이화여자대학교 박사학위논문」, 2008.
- 이재상, 「형법총론(제6신판)」, 박영사, 2010.
- 임지봉, “유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안의 위헌성과 기타의 문제점 및 그 대안”, 「서강법학」, 제11권 제2호, 2009.
- 정용기, “유전자감식정보 법안의 형사법적 검토”, 「한국공안행정학보」, 제28호, 2007.
- 조성용, “독일 형사소송법상의 유전자정보은행에 관한 법적 고찰 : 「유전자감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률안」과의 비교를 중심으로”, 「형사정책연구」, 제19권 제1호, 형사정책연구원, 2007.
- 조인성, “독일법상 DNA분석에 있어서 데이터보호”, 「공법연구」, 제35집 제4호, 2007.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2009.
- 하태영, “DNA관리법과 DNA 감정 - 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률”, 「동아법학」, 제48호, 2010.
- 황만성/이승덕, “형사절차상 유전자정보의 관리 및 활용방안”, 「한국형사정책연구원」,

2006.

황만성, “과학적 증거의 증거능력과 증명력 : 유전자감식결과를 중심으로”, 「형사정책연구」, 제18권 제3호, 형사정책연구원, 2007.

Volk, Klaus, Strafprozessordnung, 6. Auflage, München, 2009(김환수/문성도/박노섭 역, 독일형사소송법, 박영사, 2009).

Criminal Review of DNA Profiling Information Collection and Management

- Revolve Around “The Use and Protection of DNA Identity Establishment
Information Act” -

Hwang, In-Su^{*} / Kim, Zae-Hee^{**}

“The Use and Protection of DNA Identity Establishment Information Act” has enforced in Korea since 26th, July, 2010. This law has been disputed for about ten years, and legislated last January. Its purpose is to catch the criminals who committed violent crimes and narcotic crimes quickly.

Although this law regulated to take the prisoners or restraint suspects of DNA information, it invades person’s privacy because DNA information figures out person’s privacy like his medical history. However, invasion of privacy can be restricted when public interest is much more important than private interest. So we can explain about invasion of privacy for this reason.

The problem of violating presumption of innocence and commitment can be solved to make some solutions. For example, in this law, if a person agreed with taking his DNA information, police or prosecutors take them. But the law will be able to amend how police or prosecutors can’t deal out the DNA information without warrant. It’s one of the best ways to solve the problems.

In the case of the suspect be confirmed innocent, the law enacts that the suspect’s genetic material for DNA test will be discarded and the data will be deleted, too. But this provision has a weak point, so we need to strengthen that. I suggest that filed

* Researcher of BK21 Global Science & Technology Law Professionals Program, Ph. D. Candidate at Sungkyunkwan University.

** Senior Researcher in Sungkyunkwan University the Institute of Legal Studies, Ph. D. in Law.

materials and database open to the suspect and the suspect's family in the case of suspect's death.

Along with the law, DNA information is divided into two public institutions(police and prosecutors) to maintain it. But it's very inefficient. So I suggest that the other public organization unify and supervision over the information. I think that it's a very desirable thing.

It's a very useful system what obtain the identity of the criminal through DNA information. This law has just enforced. So if we can amend and make up for the faults, it will be very useful and according with the purpose of the law.

