

刑事訴訟과 DNA 분석*

- 개인정보보호의 입장에서 독일의 예를 중심으로 -

이 준 형**

< 목 차 >

- I. 들어가며
- II. 독일의 논의상황
- III. 독일에서의 입법의 변천
- IV. 개인정보 보호의 관점에서의 평가
- V. 마치며
- 첨부자료

I. 들어가며

DNA 유형 분석에 기한 감정법은 1985년 영국의 제프리즈(Jeffreys) 등이 네이처(Nature)지에 발표한 논문을 효시로 하는데,¹⁾ 그 후 장족의 발전을 거듭하여 오늘날 범행 현장의 잔흔물질의 유전정보를 해석하여 이를 피의자의 유전정보와 비교함으로써 개연성이 높은 신원 확인이 가능하다고 한다. 물론 이 방식으로 절대적인 개인식별이 가능하다고까지는 할 수 없지만, 그 개연성이 상당히 높기 때문에, 일부 외국에서는 신원 확정을 위한 표본(『DNA 신원 표본』)은 전통적인 범인 확인 수단이었던 지문에 준하여 이를 “유전자지문”이라고 부르기도 한다.²⁾ 우리나라에서는 “유전자감정”, “DNA감식” 등의 용어가 사용되

* 본 논문은 2003년 2월 15일 제5회 경찰법학회 학술회의에서 발표된 논문을 수정보완한 것임.

** 중앙대학교 법과대학 전임강사, 법학박사

1) Jeffreys. A. J. et al., Nature, vol. 314(1985), p. 6007

2) 제프리즈가 상품화하여 그 명칭으로 『DNA지문』이라는 말을 처음 사용하였기 때문에 미국과 독일에서

기도 하지만,³⁾ 형사절차를 위한 『감정』이든, 친자확인을 위한 『감식』이든 그 기법은 어디까지나 과학기술적 『분석』이고, 대상 또한 유전자 전체라기보다는 그 본체에 해당하는 DNA의 일부이기 때문에 이 글에서는 “DNA분석”이란 말로 통일하였다.

이와 같은 DNA분석이 사용되는 범위는 상당히 광범위하다. 현재 개인식별(접근통제, 이 중지급의 방지 등), 혈족확인, 질병치료 등, 실로 다양한 목적으로 사용되고 있으며, 앞으로 그 용도는 더욱 늘어나리라 예상할 수 있다. DNA(내지 유전자)의 가장 큰 특징은 개인 신체의 불가분한 일부를 이루고, 그 결합관계는 영속적이며, 그 안에는 인격의 본질과 맞아 아있는, 대단히 민감한 개인정보가 들어있다는 사실이다. 가령, 자신에게는 어떠한 유전적 질환인자가 있는지, 지능과 체력, 건강과 수명 등등... 유전과학의 발전과 더불어 우리가 알 수 있는 정보의 양도 급속히 늘어만 가고 있다.

한편, 전혀 다른 차원에서 DNA분석이 이용되기도 하는데, 그것이 바로 형사절차 목적으로 이를 이용하는 경우이다. 그런데 범죄인 색출에 효과적으로 사용하기 위해서는, 과거 동일 내지 유사한 범죄로 유죄확정판결을 받았던 사람들의 DNA분석 결과를 축적해놓은 데이터베이스 내지 등록부, 즉 범죄자 유전자 데이터베이스가 갖추어져 있어야 한다.

DNA분석의 여러 외국에서의 이용상황을 먼저 살펴보면, 이 검사는 영국과 미국,⁴⁾ 캐나다에서 처음 시작되어 90년대 초에 이미 독일, 네덜란드, 스웨덴 등 유럽 12개 나라⁵⁾와 일본, 우리나라 등으로 확대되었고, 그 후에도 많은 나라들이 뒤를 따랐다. 특히 미국에서는 50개 주 가운데 거의 대부분의 주에서 이용되고 있고, 또한 수 개의 주에서는 성범죄자의 DNA분석결과의 데이터뱅크화도 추진되고 있다(캘리포니아에서는 성범죄 외에 일반적인 중범죄에 대하여도 DNA분석 결과의 자료은행을 만들었다고 한다). 또한 영국의 경우는 DNA분석이 최초로 실시된 나라이지만, 거기에서 DNA분석은 주로 이주희망자가 실제로 영국 안에 친척을 갖고 있는지 여부를 확인하기 위하여 이용되었다는 점에서, 이미 이를 단순한 형사절차를 위한 DNA분석이라고만 볼 수 없다.⁶⁾ 한편 일본에서는 90년대 들어서

는 이 명칭이 보편적으로 사용되고 있다(가령 독일 연방헌법재판소가 2000년 12월과 2001년 3월에 내렸던 결정에도 이 말을 쓰고 있다). 그러나 이 용어는 마치 萬人不同인듯한 인상을 줄 우려가 있기 때문에 일본의 학자들은 잘 사용하지 않는 듯하다(예를 들면 藤原靜雄 『DNA分析と個人情報保護(1)—ドイツの場合』 『自治研究』 68卷 2号 26頁[1992년], 또는 田淵浩二·川口浩一 『刑事手續における『DNA分析』の法的問題(1)』 『奈良法學會雜誌』 3卷 1号 18頁 이하[1990년]를 참조).

3) 가령 안대희, 『유전자감식의 기본원리』, 『법조』 1992년 6월호. 반면 심희기, 『유전자감정의 증거능력과 증명력』, 『형사재판의 제문제』(제3권), 314의 주1은 “수사실무에서는 ‘감정’이라는 용어보다는 ‘감식’이라는 용어가 더 많이 사용되고 있지만, 형사소송법상의 용어는 ‘감정’이므로 이 글에서는 ‘유전자감정’이라는 용어로 통일하여 사용하겠다”고 밝히고 있다.

4) 미국의 경우 이미 1987년 플로리다 법정이 Andrew v. State of Florida 사건에서 처음으로 증거로서 채택하였다고 한다(유영찬, 법과학과 수사, 77).

5) 일본의 藤原靜雄은 1992년 당시 독일연방 데이터보호감독관으로부터 12개국에서 사용중이란 말을 직접 들었다고 증언하였다. 藤原靜雄, 위의 글(주 2), 26頁 참조

면서 살인과 강간 사건에 증거로 채용되고 이를 통해 범인 체포가 이루어지면서 일반인에게까지 널리 알려졌고,⁷⁾ 경찰청은 1992년부터 본격적으로 DNA분석을 도입하였다.

이하에서는 독일을 중심으로 형사피의자에 대한 DNA분석 및 그 데이터베이스 구축 문제와 관련한 입법과정과 논의들을 정리하고, 해당 법률규정의 試譯을 첨부하였다.

II. 독일의 논의상황

1. 연방의회의 조사보고서(1984년 8월~1987년)

처음으로 본격적인 검토가 이루어졌던 것은 1984년 8월 연방의회(Bundestag)에 설치되었던 『유전자공학의 가능성과 위험성』에 관한 조사위원회가 작성한 조사보고서에서이다.⁸⁾ 1987년에 제출된 이 보고서는 유전자공학의 발전이 사회 각 분야에 미칠 결과들을 검토하였다. 거기에서는 법적 측면에서 형사절차, 인간의 유전자상담, 출생전 진단, 신생아에 대한 스크리닝(screening), 보험계약, 노동관계 등과 관련하여 유전자분석의 실시 문제가 논의되었다. 보고서는 DNA분석의 응용이 개인정보의 수집 및 이용과 불가분하게 결부되어 있고, 또한 문제되는 것들도 모두 대단히 민감한 개인정보라고 하는 인식 아래 앞으로의 논의에 연방과 각 주의 데이터보호감독관들이 참가할 것을 제안하고 있다.

2. 유럽공동체 연구계획에 대한 연방참의회 등의 비판(1988년 9월 2일/11월 24일)

또한 독일에서는 형사절차에서의 DNA분석과 관련하여, 유럽공동체의 연구계획인 『예측의학(prädikitive Medizin): 인간계놈의 분석(1989년~1990년)』을 둘러싼 논의도 활발히 진행되었다.⁹⁾ 이른바 『예측의학』이란 모든 사람은, 정도의 차이는 있지만, 어떤 종류의 질병이

6) 영국에서의 형사절차 목적의 DNA분석 이용현황에 관하여는 Human Genetics Commission, *Whose hands on your genes?*, pp. 42-46(2000년) 참조

7) 1990년 11월에는 DNA분석이 결정적 단서가 되어 東京의 足立區의 살인사건이 해결되었다(그러나 이 사례에서는 검찰측이 DNA분석을 증거로서 법원에 제출하지 않았다고 한다). 1991년 10월에는 DNA분석이 水戶地裁 下妻支部의 강간사건에 증거로 채용되었다. 그리고 1년 뒤 1991년 12월에는 DNA분석에 의하여 足利市の 여자아이 살해사건의 범인이 체포되었다. 최근 연구에 따르면 일본에서는 1989년부터 2000년 7월말까지 DNA분석이 증거채용된 사건수가 약 200건에 달한다고 한다(阿部康, 『DNA型鑑定とは何か』, 『警察公論』 55卷 11号 29-30頁[2000년]).

8) 연방의회 인쇄물 번호(이하 BT-Drucksache로 표시) 10/6755

9) Rita Wellbrock, *Genomanalysen und das informationelle Selbstbestimmungsrecht*, Computer und Recht(1989), SS. 204 ff.

될 유전자를 갖고 있다는 전제에서 이러한 유전자에 들어있는 하자를 분자생물학을 통하여 파악하여 개인을 위한 유전자기록을 작성하고자 하는 것이다. 연구계획의 구체적인 목적으로서 인간의 유전자지도의 개선, 정리된 클론 도서관의 설립, 유전공학의 발전과 회원국 내의 보급을 들고 있었다.

이 계획을 추진하는 입장에서는 그 이유로서 (i)유전적 부담에 의해 위협에 노출되어 있는 인간이 의사의 지시에 따른 생활을 하도록 노력하면 발병하지 않을 수 있어 그 결과 종래에는 예측할 수 없었던 질병에 대한 사회적 비용을 줄일 수 있다고 하고(어떤 질병과 특정 유전자 관계가 확인된 경우에는 조기의 집단검진도 생각해볼 수 있다), (ii)잠재적인 희생자가 의사의 조언에 따라 보다 오랜 수명을 누릴 수 있다는 점을 강조한다. 이에 반하여 비용이라는 점에서는 요절을 면할 수 있기 때문에 고령화로 인한 질병의 비용이 점점 증가하는 경우를 생각해볼 수 있고, 무엇보다도 현대 생물학의 발전은 과거의 망령을 불러낸다는, 다시 말해서 안락사, 살 가치가 없는 생명이라는 개념을 부활시킨다고 하는 입장에서의 반론도 있었다.

이에 대하여 독일의 연방참의회(Bundesrat)는 연구계획을 전면적으로 부정하지는 않았다.¹⁰⁾ 다만, 연방참의회도 앞서 연방의회의 조사보고서와 마찬가지로 사람의 게놈 탐구에는 남용의 가능성이 있고 그것이 인간의 존엄에 영향을 미쳐서 인격권과 프라이버시 침해를 가능하게 한다는 입장을 취하였다. 게놈 분석으로 얻는 데이터는 일반적으로 “질병에 대한 보호를 넘는 인격정보가 발생하고 그것이 제3자에게 알려져서 의학 이외의 목적에 이용될” 위험이 있고, 우생학적 위험성 또한 있음을 지적하였다.

이 유럽공동체의 연구계획에 대해서는 연방의회의 『연구·기술발전 위원회』도 같은 권고 결의를 하였다.¹¹⁾ 이 위원회는 연방정부에 대하여 유럽공동체에서 다음과 같은 노력을 할 것을 요청하였다. (i)연구계획 중 우생학적인 이유제시의 철회, (ii)우생학적 경향이 강한 보건정책의 실시 방지, (iii)연구계획을 실행하기 전에 게놈 분석에서 얻을 수 있는 지식에 대한 윤리적, 법적 분석과 평가를 상세히 할 것, 그 과정에서 게놈 분석과 유전자 치료의 임의성 원칙과 함께 개인의 정보자기결정권을 지켜낼 것, 그리고 게놈 분석에서 수집되는 개인 데이터에 충분한 보호대책을 수립할 것 등이다.

이러한 과정을 배경으로 독일에서는 1989년 10월에 정식으로 형사절차 안에 도입되었다. 다시 이를 둘러싸고 인간의 존엄이나 인격권의 관점 등에서 논의가 있었는데, 그 쟁점은 다음 몇 가지로 대별할 수 있다. 첫째, 인간의 존엄성 침해 문제이다. 유전형질이 암호화되어 기억되는 부분, 즉 DNA의 코드화 부분을 분석하는 것은 독일연방공화국기본법(이하 『기본법』이라 한다) 제1조 제1항에서 불가침이라고 정하고 있는 인간의 존엄을 침해하는 것

10) 연방참의회 인쇄물 번호(이하 BR-Drucksache로 표시) 407/88

11) BT-Drucksache 11/3555

에 해당한다는 우려가 있다는 점에는 이미 합의가 이루어졌다. 이에 대하여는 “DNA분석이 개인의 DNA 코드화된 부분의 분석을 하지는 않는다(또는 현재의 기술수준으로는 할 수 없다)”는 설명이 일반적이었고, 그래서 과거에는 DNA분석이 인간의 존엄에 대한 침해라고는 할 수 없다는 주장이 힘을 가졌다. 그러나 장래에 분석기술이 진보한 경우에 DNA의 코드 부분을 분석하는 것이 가능하게 되는 것은 아닌가라는 염려는 초창기부터 표명되었고, 또한 DNA분석은 기법으로서 성숙하지 않아서 이를 전면적으로 받아들이기는 어렵다는 지적도 있었다.

둘째, 기본법 제1조 제1항과 결부되어있는 제2조 제1항에 명기된 일반적 인격권 및 그와 관련된 정보상의 자기결정권의 문제이다. DNA분석을 위하여 체세포 등을 채취하는 것은 그것이 DNA의 비코드화 부분에 한정하여 검사를 할 목적으로 이루어진다 하더라도 일반적 인격권을 침해하는 것이라는 점에는 이미 합의가 존재하였다. 그러나 그것이 종래의 법규정 아래서 가능한가, 또 불가능하다면 새로운 입법조치로는 가능한가, 아니면 어떠한 입법조치로도 인정될 수 없는 것인가에 대하여는 다양한 의견들이 존재하였다. 나아가 채취된 물질의 DNA분석을 하는 것의 是非도 문제되었다. 이것은 DNA분석은 개인의 정보상의 자기결정권에 대한 개입 정도가 강하기 때문에 그 실시에는 채취에 대한 규정과는 별도로 어떠한 근거규정이 필요하다는 견해가 존재하였음을 뜻한다.¹²⁾

셋째, 입법조치의 필요성에 관한 논의에서는 형사절차를 위한 DNA분석이 현행법상 어떠한 근거를 가지는가, 즉 형사소송법 제81조의a 및 제81조의c의 규정으로부터 유추가 가능한가 아닌가가 문제되었다. 제81조의a는 피의자 또는 피고인에 대한 혈액채취 등의 신체적 조치 및 채취물질의 검사 실시는 일정한 조건을 충족하는 경우에는 본인의 동의가 없어도 인정된다는 것을, 제81조의c는 피의자 또는 피고인 이외의 자, 예를 들면 피해자에 대해서도 일정한 조건을 충족하는 경우에는 혈액채취 등이 인정될 수 있음을 규정하고 있다. 이 점에 대하여 신규입법이 『불필요』하다는 입장에서는 제81조의a는 혈액 등의 채취, 검사를 인정하고 있기 때문에 그것을 DNA분석에 적용하는 것은 감정기술의 진보가 가져온 선택가능성의 증가를 의미할 뿐이고, 전통적인 혈액검사의 경우와 본질적으로는 다르지 않고, 따라서 새로운 입법조치가 필요하지 않다고 주장하였다. 또한 이 경우 제81조의a가 채취물질의 검사를 인정하고 있기 때문에 채취한 물질의 DNA분석을 하는 것도 현행규정 아래에서 가능하다고 주장하였다. 한편 신규입법이 『필요』하다는 입장에서는 전통적인 혈액검사를 위한 혈액채취와 DNA분석을 위한 혈액채취는 채취물질의 검사에 의하여 피채취자에게 일어날 수 있는 인격권 침해의 정도에 본질적인 차이가 있음을 현행법이 상정하지 않았으므로, DNA분석을 위한 체세포 등의 채취 및 채취물질의 검사를 위해서는 새로운 근거규정

12) 정보상의 자기결정권은 연방헌법재판소가 1983년에 내렸던 이른바 인구조사(또는 국세조사)판결에서 헌법차원의 기본권으로서 확립되었다(BVerfGE 65, 1). 이 판결에 대해서는 정태호, “현행 인구주택총조사의 위헌성”, 법률행정논총 제20집(전남대학교 법률행정연구소, 2000), 202면 이하 참조.

이 필요하다는 주장을 하였다. 위에서 서술한 제81조의a, 그리고 형사절차가 목적이라면 피의자 또는 피고인의 사진이나 지문을 본인의 동의 없이 측정할 수 있음을 규정하고 있는 제81조의b는 모두 본인의 동의를 필요로 하지 않는다. 그러나 신규입법이 필요하다는 입장에서 제81조의a 및 제81조의b가 규정하고 있는 것은 외부적으로 인지할 수 있는 신체정보의 수집에 불과하며 DNA분석은 내부적인 신체정보를 밝히는 것으로서 보다 한층 내밀한 영역에 대한 개입수준이 높기 때문에 현행법 하에서는 허용될 수 없다고 주장하였다.

III. 독일에서의 입법의 변천

독일에서는 이러한 논의에 기하여 DNA분석에 관한 법규가 정비되었는데, 그 경과를 연방차원의 입법동향을 중심으로 시간 순서로 개관하면 다음과 같다.

1. DNA분석에 관한 규정의 신설 : 형사소송법의 개정(1997년 3월, 1998년 4월)

형사소송법에 DNA분석에 관한 조문이 들어간 것은 1997년 3월의 일이다.¹³⁾ 이 개정으로 제81조의e(DNA 분석)와 제81조의f(DNA 분석 명령 및 실시)가 새롭게 들어갔다. 이것은 종래 규정, 즉 제81조의a(신체검사)와 제81조의c(제3자의 신체검사)에 기하면 법개정을 하지 않고도 분자유전학적 검사가 가능하고 하더라도 국민들 사이에는 이와 같은 새로운 분석기법에 대한 불안이 존재하기 때문에 법규상 명문화하는 것이 바람직하다고 하여 연방정부가 추진한 것이다.¹⁴⁾ 제81조의e는 제81조의a 제1항에 기하여 채취된 피의자 또는 피고인의 혈액표본 등의 DNA분석을 인정한 것이고, 제81조의f는 제81조의e에 의한 검사는 법관의 명령에 기하여 이루어지도록 정한 것이다. 이 법개정으로 DNA분석 실시의 授權에 대하여 强制處分法定主義·令狀主義가 관철되게 된다.

2. DNA 신원확인법의 제정(1998년 9월)

1998년 9월에는 DNA 신원확인법이 제정되었다.¹⁵⁾ 이 법 제1조는 형사소송법을 개정하는

13) Strafverfahrensänderungsgesetz-DNA-Analyse("Genetischer Fingerabdruck")(StVÄG), 독일연방법률관보(이하 BGBl.로 표시) I 1997 S. 534

14) BT Drucksache 13/667 S. 5

15) Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung(DNA-Identitätsfeststellungsgesetz), BGBl. I 1998 S. 2646

것으로서, 그로써 새롭게 제81조의g(DNA 분석 — 그 두 번째)가 들어가서, 장래에 소정의 범죄에 관한 형사절차가 이루어질 수 있다고 상정된 사람으로부터 체세포를 채취하고 그 DNA분석을 하는 것이 인정될 수 있음을 명기하였다. 제2조(수형자에 관한 규정)은 제1조, 즉 형사소송법 제81조의g에서 정한 조치를 실시하기 위한 요건으로서 당해 처분의 대상자가 유죄판결을 받을 것 등을 정하고 있다. 제3조(이용규정)는 제2조에 의하여 채취한 DNA 신원 표본을 연방수사청(Bundeskriminalamt)이 보관하는 것을 인정함과 동시에, 제1조(즉 형사소송법 제81조의g) 및 제2조에 의하여 채취한 DNA 신원 표본을 처리, 이용하는 것을 인정하고 있다. 또한 형사소송법 제81조의e에 의하여 획득한 DNA 신원 표본, 즉 형사절차를 목적으로 피의자나 피고인 기타 사람으로부터 획득한 DNA 신원 표본에 대해서도 같은 내용이 적용됨을 명기하고 있다.

요컨대 이 개정은 DNA분석의 목적 범위를 장래 이루어지리라 상정할 수 있는 형사절차에까지 확대함(제1조)과 동시에, 이렇게 채취한 DNA 신원 표본의 이용에 근거를 부여한 것이라고 할 수 있다.

3. 등록부 정보의 이용에 관한 규정의 신설: DNA 신원확인법의 개정(1999년 6월)

1999년 6월에는 위 DNA 신원확인법이 개정되었다.¹⁶⁾ 이 개정은 같은법 제2조에 제2항을 추가하고, 제2조의a에서 제2조의e까지를 새로 만든 것이었다. 새로 들어간 제2조의a에서 제2조의e는 제2조에 의한 DNA 신원 표본 채취처분을 실시하기 위한 중앙등록부 및 교육등록부의 정보 수수에 관한 규정들이다.¹⁷⁾

그에 따르면 검사는 제2조에 의한 처분을 준비하기 위하여, 또는 연방수사국은 구금데이터(Haftdatei)¹⁸⁾와 비교하기 위하여 각각 등록부관청에 등록부의 정보를 청구할 수 있도록 하고, 그것과 대조를 이루는 형태로 등록부 관청이 이들 기관에 정보를 제공하는 것을 인정하고 있다. 이것은 검사 및 연방수사청이 자신들의 임무를 수행하면서 형의 언도를 받은 사람의 범죄이력 등에 관한 정보를 독자적인 정보만에 기하여 수집하게 하면 엄청난 노력

16) BGBl. I 1999 S. 1242

17) 중앙등록부란 연방중앙등록부를 가리킨다. 이것은 형사재판의 판결이나 행정관청 또는 법원에 의한 결정 등 확정력이 있는 결정을 등록한 것으로서 연방통상법원이 이를 관리하고 있다. 등록의 내용은 대상자(형을 언도받은 사람)의 개인데이터, 결정기관, 결정날짜, 과해진 형벌 등이다. 교육등록부는 소년법원법에 규정된 교육조치 및 징계수단의 명령 등을 등록한 것으로서 등록내용은 중앙등록부에 준한다.

18) 연방수사청은 형사정책에서 연방과 주의 협력을 피하기 위한 연방기관이다. 그 주된 임무는 연방과 주의 경찰 지원이고, 그 임무를 수행하기 위하여 정보를 수집하고 사법집행관청에 정보를 제공한다. 연방수사청은 피의자를 비롯한 개인 관련 데이터를 파일에 축적하고 이용할 수 있다. 이러한 데이터파일의 하나에 위법행위의 혐의 등으로 법원에 의하여 자유를 박탈당한 사람의 증명을 위한 개인 관련 데이터가 있는데, 이것을 구금데이터라 부른다.

이 들기 때문에 중앙등록부의 정보를 활용할 수 있도록 하기 위한 것으로서, 지금까지 등록부 관청에 의한 정보제공에 관한 규정이 없었기 때문에 새로 들어간 것이다. 또한 이와 같은 정보청구 및 정보제공이 인정될 수 있는 사안으로서 41개 종류의 범죄목록이 붙어있다.

4. 장래의 형사절차를 위한 DNA분석샘플을 채취하고 형을 언도된 사람을 수색할 경우의 절차규정 - DNA 신원확인법의 개정(2000년 8월)

2000년 8월에는 형사소송법이 크게 개정되었다.¹⁹⁾ 개정된 부분의 하나였던 제131조의a 및 제131조의c 추가를 받아들여서 DNA 신원 확보법 제2조에 새로운 제3항이 추가되었다. 이것은 제2조에 기한 조치, 즉 장래의 형사절차를 대비하여 이루어지는 DNA 신원 표본 채취를 위한, 채취대상자 수색에 관한 절차를 정한 것이다.

5. 장래의 형사절차를 위하여 형의 언도를 받은 사람으로부터 DNA분석샘플을 채취할 경우의 기준 - 연방헌법재판소의 결정(2000년 12월, 2001년 3월)

연방헌법재판소는 2000년 12월 14일과 2001년 3월 15일에 결정을 내렸다.²⁰⁾ 이것은 DNA 신원확인법에 기한 DNA 신원 표본의 채취 결정을 법원으로부터 받은 사람이 당해 결정의 위헌성 인정을 구하면서 제기한 헌법소원에 대한 결정이다.

장래의 형사절차를 위한 DNA분석에 대하여는 1998년 9월 DNA 신원확인법에서 새로 규정이 마련되었지만, DNA분석샘플 채취의 기준에 대하여는 명확하지 않았기 때문에 채취를 결정받은 사람들이 헌법소원들을 잇달아 제기하였다. 이들에 대하여 연방헌법재판소가 형을 언도받은 사람의 범죄기록이나 수형기록에 기하여 판단을 함으로써 이전보다 채취기준은 명확해졌다. 또한 2000년 12월 14일 결정으로 DNA 신원확인법의 합헌성이 확인되었다.

6. 흔적물질의 DNA분석 실시에 대한 수권의 명확화 - 일부 주에 의한 형사소송법 개정법률안 등의 제출(2001년 2월)

바이에른 주와 작센 주는 2000년 11월 28일 형사소송법 및 DNA 신원확인법을 개정하는

19) BGBl. I 2000 S. 1253

20) 연방헌법재판소 결정원문은 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00, 2 BvR 2061/00(이상 2000.12.14), 2 BvR 1841/00, 2 BvR 1876/00, 2 BvR 2132/00, BvR 2307/00(이상 2001.3.15) <www.bundesverfassungsgericht.de>

법안을 제출하는 동의를 연방참의회에 제출하였다.²¹⁾ 이 동의는 같은해 12월 21일에 연방 참의회에서 가결되어 다음 2001년 2월 8일에는 법안이 연방의회에 제출되었다.²²⁾

형사소송법 제81조의f 제1항이 정하고 있듯이, 피의자 등의 DNA 감정 실시를 명할 수 있는 사람은 법관에 한한다. 또한 형사소송법 제81조의g 제3항이 정하고 있듯이, 장래의 형사절차를 위한 DNA분석에 대해서도 같은법 제81조의a 제2항 및 제81조의f가 준용되므로 그 실시를 명할 수 있는 사람은 법관에 한한다.

이에 대하여 바이에른 주와 작센 주가 문제삼은 것은 범죄현장 등의 흔적물질의 DNA분석에 대한 것이다. 흔적물질의 DNA분석이 인정될 수 있는 경우는 제81조의e 제2항에 명시되어 있고, 또한 제81조의f 제1항에서 제81조의e에 의한 검사 실시를 명할 수 있는 사람은 법관뿐이라고 정하고 있다. 따라서 제81조의f 제정 당시에 나타난 입법자의 의도란 흔적물질에 대해서도 DNA분석은 법관의 명령에 의해서만 가능하다고 볼 수 있었다.²³⁾

그런데 몇몇 재판에서 흔적물질의 DNA분석실시에 법관의 명령이 불필요하다는 판결들이 나왔다.²⁴⁾ 그 논거는 본래 법관에 의한 유보는 DNA분석이 개인의 인격에 대한 현저한 개입이기 때문에 설정된 것이므로, 유래가 분명하지 않은 흔적물질에 대하여 범죄수사상 검사를 하는 경우는 여기에 해당하지 않는다고 하는 것이었다. 이것은 현행법의 규정이 불명확하였기 때문에 일어난 형식적인 문제였지만, 해당 판결을 내렸던 법원이 설치되어 있던 지역에는 법관에 의한 DNA분석 실시 명령이 없었기 때문에 결과적으로 관할에 따라 범죄수사의 수준이 달라지는 사태가 발생하였다. 바이에른, 작센 두 주에 의한 개정법안 제출은 이러한 사태를 해결하고자 이루어진 것으로서, 범행현장의 흔적물질에 대한 DNA분석은 검사이나 검사보조관의 명령으로 이루어질 수 있도록 법에 명기하는 것을 그 내용으로 하였다.

이에 대하여 연방정부는 이 법안에 대한 태도 표명에서 현행법규의 애매함과 법개정의 필요성을 인정하면서도 유전자기술에 관한 국민의 불안이 여전히 뿌리깊다는 점을 지적하고, DNA분석에 대한, 법관에 의한 유보는 존속되어야 한다고 하였다. 그래서 연방정부도 2001년 8월 17일 대안을 연방참의회에 제출하였다.²⁵⁾

21) BR Drucksache 780/00

22) BT Drucksache 14/5264

23) BT Drucksache 13/667

24) Rechtsprechung von den Landgericht Göttingen(Beschulss vom 15. September 1999, Gz. 1 Qs 185/99), Chemnitz(Beschluss vom 17. April 2000, Gz. 1 Qs 68/00), Würzburg(Beschluss vom 14. Juni 2000, Gz. 1 Qs 176/00), Hof(Beschluss vom 26. Oktober 2000, Gz. 1 Qs 190/00)(未見)

25) BR Drucksache 582/01. 이 법안은 그 후 2001년 11월 23일에 연방의회에 제출되었다(BT Drucksache 14/7562).

7. DNA분석의 적용영역을 확대하려는 움직임(2001년 5월 이후)

바이에른 주와 튜링엔 주는 2001년 5월 16일 법안을 제출하는 동의를 연방참의회에 제출하였다.²⁶⁾ 이것은 먼저 가벼운 범죄를 저지른 사람이 다시 무거운 범죄를 저지를 가능성이 있다는 견해에 입각하여 장래에 “중대한 범죄”를 저지를 가능성이 있다고 상정되지 않더라도 DNA분석을 실시할 수 있도록 법을 개정하여야 한다고 주장하는 것이다.

작센 주도 이와 비슷한 동의를 2001년 6월 7일 연방참의회에 제출하였다.²⁷⁾ 이것은 1년 이상의 자유형에 처해졌던 사람은 장래 “중대한 범죄”를 저지를 가능성이 있다고 상정할 근거가 있다고 보고, 이 경우 법관의 명령이 없어도 DNA분석을 실시할 수 있도록 해야 한다고 주장하는 것이다.²⁸⁾

나아가 2001년 7월 19일에는 기독교민주/사회동맹(CDU/CSU)가 『성범죄 및 기타 중범죄로부터의 국민의 보호를 개선하기 위한 법률안』을 연방의회에 제출하였다.²⁹⁾ 이 법안에는 형법, 형사소송법, 범원조직법 등의 개정과 함께 DNA 신원확인법의 개정도 포함되었다. DNA 신원확인법의 개정으로서는 장래의 형사절차를 위한 DNA분석 실시 대상 범위를 넓힐 것을 목적으로 이 법 제2조 제1항, 제2조의a, 제2조의c, 제2조의c에 대한 별표의 개정을 그 내용으로 하고 있다. 개정의 요점은 위에서 언급하였던 작센 주의 동의와 유사하게, 해당 DNA분석 실시의 조건을 현행 “장래에 중대한 범행으로 형사절차를 받을 것으로 보이는 사람”에서 “1년 이상의 자유형 또는 소년형벌에 처해졌던 사람”으로 바꾸는 것이다.³⁰⁾

IV. 개인정보 보호의 관점에서의 평가

형사절차에 DNA분석을 사용하는 문제에 관해서는 헌법적 측면, 형사법적 측면 등 여러 가지 측면에서 평가가 가능하겠지만, 이 글의 관점에 관하여 앞서 밝혔듯이, 여기에서는 『개인정보 보호』의 측면에서 평가해보기로 한다.

26) BR Drucksache 360/01

27) BR Drucksache 434/01

28) 이들 동의는 모두 연방참의회에서 심사중이다(2001년 11월 13일 현재).

29) BT Drucksache 14/6709

30) 이러한 법안 및 동의가 계속해서 의회에 제출된 배경으로는 작센 주와 튜링엔 주에서는 기독교민주동맹(CDU), 바이에른 주에서는 기독교사회동맹(CSU)이 단독으로 주정부를 구성하고 있다는 정치환경을 고려하여야 할 것이다. 이들 두 당은 이전부터 자신들이 치안문제에 적극적으로 대처한다는 것을 국민들에게 appeal하여 2002년의 연방의회선거에서도 이 문제를 선거전의 쟁점의 하나로 하려는 의도가 있었던 것이다.

1. 기본 관점의 정리

첫째, DNA분석에서 얻을 수 있는 데이터는 인격의 핵심에 관한 것이다. 예를 들면 여기에는 피검자의 구체적, 현실적 건강상태에 관한 정보뿐만 아니라 나중에 증세가 나타날 가능성이 있는 질병에 대한 정보, 당사자의 장기 건강 상태의 변천에 어떠한 의미를 가질지 명확히 특정할 수 없을 병적 소인에 관한 정보도 또한 문제된다. 즉, 이들 데이터는 질병과 건강의 한계영역과 겹겹이 관련되어 있다고 할 수 있다. 그리고 이들 데이터를 통하여 당사자는 영원히 낙인찍히게 된다. 제3자가 이러한 데이터를 알고 수집하고 이용하는 것, 또한 당사자 자신이 이 사실을 아는 것은 당사자에게 특히 중대한 결과를 초래하게 될 것이다.

둘째, 그렇다면 DNA분석의 기술적 측면과 데이터보호법상의 문제를 나누어볼 수 있고, 데이터보호법상의 문제가 처음부터 DNA분석의 논의 속에 자리잡지 않으면 안 된다. 그리고 그 경우에 중요한 것은 여기서 문제는 DNA분석으로 얻은 데이터를 구체적인 사건에서 남용하는 것을 막거나 데이터를 권한 없는 자의 손에 들어가지 않도록 하는 것만은 결코 아니라는 것이다. 일관성 있는 데이터 보호를 위해서는 유전자 데이터의 처리를 허용하는 요건을 명확히 하고, 구속적으로 규정한 경우에만 달성될 수 있다고 하는 관점이 중요하다. 구체적으로는 (i)어떠한 요건 아래에서 어떠한 목적을 위하여 유전자 데이터를 처리할 수 있는가, (ii)누가 데이터를 포착하는가, (iii)이들 데이터에 대한 목적구속이 실제로 또 영속적으로 확보하는 것이 가능한가, (iv)가능하다면 이를 어떻게 확보하는가 라는 점들이 검토되어야 한다.

셋째, DNA분석의 이용에 관한 많은 문제들에 대하여 아무런 사회적 합의도 존재하지 않고, 일부에서는 커다란 견해의 차이도 볼 수 있다. 그러므로 데이터 보호의 관점에서는 민감한 유전자 데이터를 모으는 것을 용인할 수 없다. 지금까지의 경험이 데이터 집적이 일단 존재하게 되면 데이터 이용을 제한하는 것은 대단히 어렵다는 사실을 보여주기 때문이다.

2. 다른 생체인식표지에 대한 규정³¹⁾

가령 사회보험금부의 수령이나 회사의 운영을 위하여 자신의 데이터(가령 주소 등)를 담당관청이나 회사에 제공하였으나 수사기관이 담당관청이나 회사에 그 데이터의 이전을 요구할 경우, 담당관청이나 회사는 어떠한 기준에 따라 행동하여야 하는가? 물론 수사기관으로서 사회의 안전을 보호한다는 명분이 있겠지만, 담당관청이나 회사에게도 데이터의 이전에 응하여야 할 현실적인 필요가 있는 경우가 많다. 특히 컴퓨터와 데이터 은행의 압수를

31) 이하의 조문 설명은 모두 Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, Kommentar, 44. Aufl.(1999)에 따른 것임을 밝혀둔다.

막지 못하면 회사가 운영을 계속하기 어렵고 더군다나 영리를 추구하는 기업으로서는 커다란 손실을 입게될 수도 있기 때문이다. 이런 경우를 위하여 독일의 개정 연방데이터보호법 제14조 제2항 제7호(공공기관의 경우)와 제28조 제3항 제2호(민간기관의 경우)는 “범죄행위의 소추를 위하여 필요할 때”에는 데이터를 다른 목적으로 이전하거나 이용할 수 있도록 허용하였다. 하지만 민간기관의 경우는 같은 법 제28조 제3항 후단에 따라 추가적인 이익 교량이 필요한데, 즉 목적 변경이나 이용을 배제할, 보호가치 있는 이익이 당사자에게 있다고 인정할만한 사유가 없어야만 한다(공공기관의 경우는 같은 법 제14조 제3항 참조). 물론 당사자에게는 형사법의 수사절차나 경찰법의 위난방지조치를 무력화시킬 사실상의 이익이 있는 것은 당연하겠지만, 그와 같은 이익은 법질서의 보호 범위를 벗어나기 때문에 여기서는 고려의 대상이 되지 않는다. 따라서 연방데이터보호법 제28조 제3항 제2호에서 열거한 목적, 즉 범죄행위의 소추를 위하여 데이터 처리자(가령 회사)가 제3자(가령 노무자)의 생체인식 데이터를 임의로 전달한 경우는 통상 위 교량 요건을 위반하지 않은 것이 원칙이다.

하지만 데이터가 유럽연합 데이터보호지침 제8조에서 말하는 “민감한 데이터”(독일 연방 데이터보호법 제3조 제9항의 “특별한 종류의 개인관련 데이터”)인 경우는 그러하지 아니하다. 독일에서는 연방데이터보호법 제14조 제5항 제1호/제13조 제2항 제5호(공공기관의 경우)와 제28조 제8항 제2문(민간기관의 경우)이 이런 경우는 요건을 보다 가중하여 “국가와 공공의 안전의 심각한 위험을 방지하고 중대한 범죄행위의 소추를 위하여” 그러한 데이터의 전달이 필요한 경우에 한하여 허용하고 있다. 따라서 이런 경우에는 형사소송법에서 말하는 이른바 “중대한 범죄행위”인지 여부를 먼저 확인하여야 한다. 이 조항은 특별히 보호되는 데이터를 경솔하게 넘겨주는 행위를 막기 위한 것이다. 그리고 여기에서 말하는 “민감한 데이터”에는 DNA 데이터는 물론이고, 나아가 지문, 홍채 등 생체인식 데이터까지도 포함된다고 이해된다.

이와 관련하여 과연 공공기관 상호간(특히 경찰 내지 검찰과 다른 공공기관) 및 공공기관과 비공공기관 사이에 어느 범위까지 서로 협력할 의무를 인정할 것인가가 문제된다. 과거 독일에서는 형사소송법 제161조 제1항 제1문에 기하여 공공기관 사이의 정보청구권을 인정하였지만, 2000년 8월 2일 자 형사소송법개정법률³²⁾에 따라 형사소송법 제160조 제4항이 신설됨으로써 별도의 연방법률이나 란트법의 사용규정³³⁾에 위반되는 경우는 여기서 제외되었다. 공공기관과 비공공기관 사이에는 독일 형사소송법 제98조의a, 제98조의b가 적용되는데, 일정한 중범죄(제98조의a의 목록에 있는 범죄)의 충분한 단서가 있으면 법관(긴급을 요

32) BGBl I 2000, S. 1253

33) 여기서 말하는 사용규정이란 특정한 종류의 데이터에 특히 엄격한 목적구속을 규정해놓은 경우를 가리킨다. 가령 전적으로 데이터 보호나 보안을 목적으로 또는 데이터 처리시설의 정상적인 운영을 보장하기 위하여 저장해놓은 데이터라면 오로지 이와 같은 목적에만 사용될 수 있을 뿐이다(독일 연방데이터보호법 제14조 제4항. 나아가 제31조도 참조).

하는 경우는 검사)의 명령에 따라 컴퓨터 자동검색을 실시하여 일정한 특징을 가진 사람들의 데이터를 뽑아낼 수 있다. 비공공기관은 일단 필요한 데이터를 추려서 제공하여야 하고(독일 형사소송법 제98조 제2항), 검찰의 요구가 있으면 비교 작업까지도 도와주어야 한다(독일 형사소송법 제98조의a 제4항). 그러나 가령 경찰 등이 데이터 매체나 전자적 저장매체를 압수한 경우는 위 요건(형사소송법 제98조의a)과 상관없이 비교가 가능하다.

이상에서 보듯이, 이미 독일의 경우는 형사소송법 가운데 일반 생체인식표지에 관한 개인신체정보의 취급 문제가 규율되고 있으며, 그 내용 또한 입법자가 형사소송과 정보보호라는 상이한 목적을 형량함으로써 마련하였다고 평가할 수 있다. 그럼에도 불구하고 DNA 분석은 별도의 논의와 별도의 입법을 필요로 하였다는 점에서, DNA는 단순히 또 다른 개인신체정보가 아니라는 인식이 광범위하게 유포되어 있음을 알 수 있다.

3. 지미티스(Simitis)의 견해

독일뿐만 아니라 유럽 전체에서 개인정보 보호에 관한 대표적인 연구자 가운데 한 사람인 지미티스³⁴⁾는 형사절차를 위한 DNA분석을 둘러싼 논의에서는 다음 다섯 가지 점들을 고려할 필요가 있음을 일찍이 지적하였는데,³⁵⁾ 오늘날 독일에서는 이미 대단히 원론적인 이야기가 되어버렸지만, 우리에게는 시사하는 바가 크다고 생각한다.

첫째, 형사절차에 DNA분석을 이용한다는 결정은 예방목적으로 이를 이용하기 위한 결정의 前단계가 될 것이다. 개인데이터의 처리와 관련한 경험은, 정보가 일단 수집되면 형사절차 분야와 예방 목적 분야에 국한시키거나 한쪽에 분류 정리하는 것이 어렵다고 하는 사실을 우리들에게 가르쳐준다. 특정한 형사절차의 종료 후 경찰은 수집한 정보(원)를 폐기하지 않고 장래의 예방적 활동을 위하여 특정 정보에 관심을 가질 것이다. 여기에 덧붙여서 예방적 영역에서는 『범죄를 조장하는 요소』와 싸울 때에는 성과를 거둘만한 모든 수단들을 사용하는 경향이 있다. 이것은 특히 독일에 국한하는 것이 아니며, 결코 우연의 일치가 아니라 다른 나라에서도 다양한 데이터의 연결이 바로 위와 같은 이유에서 요구되고 있다. 부분적으로는 프랑스가 이를 실행하려고 하고 있다. 유전공학의 경우와 같이 『보다 나은』 사회로 가는 길을 만들려고 하는 입장이 지배적인 역할을 하는 분야에서는 『사회치료』를 한다는 장점에 주목하는 것은 당연할 일일 것이다.

DNA분석과 범죄행위의 예방을 결부시키는 것은 현 단계에서는 현실성 있는 문제가 아닐런 지도 모른다. 그러나 상황이 얼마나 빠르게 변화할지는 정보기술의 발전이 보여주는

34) 그는 1991년 말까지 헤센 주 데이터보호감독관직을 맡기도 하였다(헤센 주는 독일, 나아가 세계에서 처음으로 데이터보호법을 제정한 주이기도 하다).

35) Simitis, Erst denken, dann dekretieren, Die Zeit(1988.10.21)

바이다. 따라서 입법자는 DNA분석을 형사절차에 도입한다면 그 결정에 앞서 이것을 예방적 분야에 이용하는 것에는 반대한다는 취지를 먼저 분명히 하여야 한다.

둘째, 형사절차에 한하여 말하면 DNA분석에 대해서는 다른 개인 데이터 처리의 경우와는 다른 전제에서 규제가 되지 않으면 안된다. 그 특수성과 위험성을 알고 난 다음에 특별한 규제 시스템을 만들어야 한다. 특히 데이터 보호와 관련하여 입법자는 컴퓨터에 의한 스크린 수사를 인정할 것인가를 명확히 결정할 필요가 있다.

셋째, DNA분석을 철저하게 실시하는 것은 형사소송 속에서 당사자에게 『이상한』 혹은 『가치가 없다』는 낙인을 찍는 것이 된다. 따라서 특정한 표지의 수집을 허용할 것인지는 이러한 관점에서 검토하여야 한다. 『이상하다』고 하는 것은 (1)에서 논한 예방조치로 가는 가교도 될 것이다.

넷째, DNA분석으로 얻을 수 있는 데이터가 극단적으로 민감한 것이기 때문에 데이터 처리의 조직적인 요건을 상세히 정할 필요성이 있다. 즉, 입법자는 긴 안목으로 볼 경우 유전자 데이터 처리의 모든 것을, 그 보관까지 포함하여 경찰에 맡기는 것이 좋은가 아닌가를 따져볼 필요가 있다. 잠재적으로 『과잉정보』가 존재하는 이상, 소재의 분석, 보관, 파기와 결과의 이용을 조직적으로도 엄격히 분리하는 것이 좋다.

다섯째, DNA분석을 어떤 특정한 영역에서 인정한다는 것, 즉 DNA분석을 형사절차와 친자감정에 사용한다는 것은 다른 분야에서도 마찬가지로 이용할 수 있다는 생각을 확산시킨다. 영국의 경험이 이 점을 이야기해주는데, 여기에서는 이주희망자가 실제로 국내에 친척이 있는지 여부를 확인하는 데에까지도 이용하고 있다. 따라서 입법자는 앞으로 보험계약, 노동관계 등에 미칠 영향도 고려하여 형사절차에 대한 도입과 그 절차를 신중히 결정하여야 한다.

V. 마치며

우리나라는 현재 대학병원의 법의학교실을 제외하고도 경찰청 산하 국립과학수사연구소가 지난 1991년 8월 유전자분석실을 설치한 이후 2000년 7월까지 10년동안 2만여 건의 DNA분석을 하였고(그 대부분은 수사기관의 현장증거물, 피해자나 용의자 등으로부터 채취한 것으로, 그 결과는 문서로 기록 보관된다), 2000년 12월 현재 380여 대의 DNA분석장비를 갖추고 1999년부터 『한국인 유전자 프로파일 구축』 사업을 진행해오고 있다고 한다.³⁶⁾ 대검찰청도 별도로 지난 1994년 유전자정보은행설립에 관한법률안을 마련하는 등, 유전자정보

36) 윤재석·길민정, 인간유전자정보 보호를 위한 정책 연구, 한국정보보호진흥원(연대미상), 36면

은행 사업을 추진해오고 있다. 특히 대검찰청은 1999년 DNA분석 시스템 및 소프트웨어를 개발했으며, 이 과정에서 대한적십자 혈액원 등을 통해 1,000명의 혈액을 제공받아 연구에 사용하였다고 한다(이 분석기법에 대해서는 2000년 1월 7일 특허 취득).³⁷⁾ 또 최근에는 여성부와 합동으로 성범죄자들에 대한 DNA데이터베이스 구축을 위한 토론회를 열기도 하였다.

이와 같이 현실에서는 DNA분석이 활발히 사용되고 있음에도 불구하고, 앞서 보았던 독일의 예에 비추어볼 때, 다음과 같은 몇 가지 문제를 제기할 수 있다.

첫째, 우리의 경우 형사절차의 각 단계에서 이루어지는(그리고 앞으로 이루어질) DNA분석의 법적 근거가 불분명하다. 현재 수사 단계에서 가령 형사피의자에 대한 혈액 등의 채취와 이에 대한 DNA분석이 어떠한 근거에서 사용되고 있는지는 필자로서는 잘 모르겠지만, 형사소송법 제139조에 따라 법원이 실시하는 검증과 달리, 형사소송법 제215조에 따라 “수사기관이 행하는 검증의 경우에는 원칙적으로 법관이 발부한 영장(압수수색영장)을 필요로” 하는 것이 아닌가 한다.³⁸⁾ 그러나 우리 법체계 전체를 조망하는 관점에서 DNA분석(그리고 이를 통한 개인식별 내지 신원 확인)에 관한 근거와 방식 및 그 한계를 규정하는 입법이 필요하다고 생각하고, 그 출발점은 어디까지나 “가장 궁극적인 개인정보”인 유전정보를 발생시키는 DNA분석은 원칙적으로 허용되지 않는다는 원칙이다.

둘째, 이미 발생한 특정한 사건을 전제로 하는 DNA분석과 장래에 발생할 사건 수사를 위한 DNA데이터베이스는 차원이 다른 문제이다. 나아가 유죄선고를 받은 사람을 대상으로 하는 데이터베이스와 일반인을 대상으로 하는 데이터베이스 또한 전혀 차원이 다르다. 後者を 이용한 무작위 검색(Rastfahndung)은 원칙적으로 허용되지 않거나 극히 제한적으로만 고려될 수 있을 뿐이다. 이에 관한 논의는 별도의 글이 필요로 할 것이다.

셋째, 다른 범영역과 마찬가지로 형사소송법의 영역에서도 개인의 정보보호라는 “새로운” 관점을 올바로 수용하는 작업들이 활발히 진행될 필요가 있다. 특히 수사과정에서 개인정보에 관한 수집, 처리가 이루어지는 경우가 많고, 과학기술의 발전은 그와 같은 개인정보의 수집, 처리의 방식을 급격하게 변화시켰다. 오늘날 형사소송법의 이념이라고 하는 “실체적 진실의 발견”과 그 제한원리로서의 “적정절차”의 “긴장관계” 속에서 개인의 인권과 정보보호라는 또 다른 가치를 어떻게 위치시킬 것인가는, 독일 형사소송법이 연방정보보호법과의 대화 속에서 꾸준히 변모해왔음을 상기할 때, 시급히 풀어야 할 우리의 과제라고 할 것이다.³⁹⁾

주제어 : DNA분석, 개인정보보호, DNA 신원확인법

37) 위 자료, 같은 면.

38) 사법연수원, 형사재판실무Ⅱ(1999년), 60쪽

39) 그런 점에서 배종대·이상돈, 형사소송법, 홍문사, 제4판, 2001의 시도는 평가할만한 것이라고 생각한다.

[참 부 자 료]

형사소송법을 개정하기 위한 법률(DNA 신원확인법)

Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung(DNA-Identitätsfeststellungsgesetz)

Vom 7. September 1998(BGBI. I S. 2646) (BGBI. III S. 312-2/2)

zuletzt geändert durch Strafverfahrenänderungsgesetz 1999 vom 2. August 2000(BGBI. I S. 1253, 1261)

제1조 (형사소송법의 개정) (형사소송법 제81조의g)

제2조 (형의 신고를 받은 자[즉, 수형자]에 관한 규정)

- ① 대상자가 형사소송법 제81조의g 제1항에 기재된 범죄 중 하나 때문에 확정력 있는 유죄판결을 받은 경우 또는 증명된 책임무능력, 배제되지 않는 책임무능력, 정신병에 기한 소송무능력, 책임의 결여 또는 책임의 배제가 불가능한 결여(소년법원법 제3조)만을 이유로 유죄판결을 받지 않고 또 연방중앙등록부 또는 교육등록부에 해당하는 등록이 아직 말소되지 않은 경우에는 형사소송법 제81조의g의 규정에 따라 허용되는 처분도 또한 실시하는 것이 허용된다.
- ② 제1항의 처분에는 형사소송법 제81조의a 제2항, 제81조의f 및 제162조 제1항의 규정을 준용한다.
- ③ 제1항에 기재된 사람에 대하여는 형사소송법 제131조의a 및 제131조의c의 규정을 준용한다.

제2조의a (제2조에 의한 형의 언도를 받은 사람을 확정하기 위한 신청권한)

- ① 검사는 제2조의 목적을 위하여 2001년 6월 30일까지 제2조의c에서 규정하는 중앙등록부 및 교육등록부의 등록에 관한 정보를 청구할 수 있고, 그럴 경우 대상자 개인 데이터를 보여줄 필요는 없다.
- ② 연방수사청은 제2조의e에 의한 구금데이터(Haftdatei)와 비교할 목적으로 제1항에서 정한 범위의 정보를 청구할 수 있다.

제2조의b (연방중앙등록부의 전달권한)

등록부 관청은 제2조의a에서 규정하는 목적을 위하여 제2조의c에서 규정하는 등록에 관한 정보를, 그 관할범위 안에서 카탈로그 행위를 이유로 최후 등록을 한 검사 및 연방형사청에 전달할 수 있다.

제2조의c (정보의 범위)

제2조의a의 규정에 의한 청구 및 제2조의b의 규정에 의한 전달은, 별표에서 열거한 범죄구성요건에 해당하는 등록과 관련 있는 경우에만 이를 할 수 있다.

제2조의d (이용 및 소거)

검사는 제2조의b 규정에 의해 전달된 데이터를 제2조의a 제1항의 목적을 위하여만 이용할 수 있다.

제2조의e (구속데이터파일과 비교)

- ① 연방형사청은 등록부 정보를, 연방형사청법 제9조 제2항에 의한 구속데이터파일의 데이터와 비교하기 위해서만, 제2조의c 규정에 의한 범죄를 이유로 최종판결을 받았던 범죄자가 이 데이터파일에 축적되어 있는지를 확인할 목적으로 이용할 수 있다. 연방형사청은 관할 주형사청에 대하여 제2조의 규정에 의한 처분을 준비하기 위하여 구속데이터파일의 기재사항 및 그에 합치한 등록부 정보를 전달한다. 주형사청은 제2조의 목적을 위하여 기재사항을 관할 검사에게 다시 전달한다.
- ② 연방수사국은 등록부 정보 및 비교에 기하여 판명된 데이터를 전달 후 2주 안에 삭제하여야 한다. 연방수사국은 다른 모든 등록부 정보를 비교 후 지체 없이 삭제한다.
- ③ 다른 수취인은 전달된 데이터를 제2조의 목적을 위해서만 이용할 수 있다. 제2조의 목적을 위하여 이제는 필요하지 않게 된 데이터는 지체 없이 삭제하여야 한다.

제3조 (이용규정)

제2조의 규정에 의하여 얻은 DNA 신원표본을 연방수사국에서 축적하는 것은 허용된다. 형사소송법 제81조의g 또는 본법 제2조의 규정에 의하여 얻은 DNA 신원표본은 연방수사국법에서 정한 바에 따라 처리 또는 이용할 수 있다. 형사소송법 제81조의g 제1항 아래서 같은법 제81조의e에 의하여 얻은 피의자 또는 피고인의 DNA 신원 표본도 이와 같고, 미지의 피의자의 경우는 같은법 제81조의g 제1항에서 규정하는 범죄의 혐의로 족하다. 정보는 형사절차, 위협방지 및 국제적 공조를 목적으로만 제공될 수 있다.

제4조 (인용의무)

기본법 제2조 제2항의 규정에 의한 신체를 해하지 않을 기본권은 본법에 의하여 제한된다.

제5조 (시행)

본법은 공포 다음날부터 시행된다.

(제2조의c를 위한) 별표

1. 테러리스트 단체의 구성(형법전 제129조의a)
2. 보호를 명받은 사람의 성적 남용(형법전 제174조)
3. 피구금자, 官에 의한 감독을 받는 사람 또는 시설 안의 병자 또는 부조를 요하는 자의 성적 남용(형법전 제174조의a)
4. 공무상 지위를 이용하는 성적 남용(형법전 제174조의b)
5. 상담관계, 치료관계 또는 보살피주는 관계를 이용한 성적 남용(형법전 제174조의c)
6. 아동의 성적 남용(형법전 제176조)
7. 아동의 중한 성적 남용(형법전 제176조의a)
8. 아동의 성적 남용에 의한 치사(형법전 제176조의b)
9. 성적 강요, 강간(형법전 제177조)
10. 성적 강요 또는 강간에 의한 치사(형법전 제178조)
11. 저항불능자의 성적 남용(형법전 제179조)

12. 미성년자의 성적 행위의 장려(형법전 제180조)
 13. 인신매매(형법전 제180조)
 14. 중한 인신매매(형법전 제181조)
 15. 소년의 성적 남용(형법전 제182조)
 16. 아동 포르노그래피적 문서의 제작 및 배포
 17. 謀殺(형법전 제211조)
 18. 故殺(형법전 제212조)
 19. 위험한 상해(형법전 제224조)
 20. 보호를 명받은 사람에 대한 학대(형법전 제225조)
 21. 중한 상해(형법전 제226조)
 22. 상해치사(형법전 제227조)
 23. 인신의 탈취(형법전 제234조)
 24. 납치(형법전 제234조의a)
 25. 미성년자의 탈취(형법전 제235조)
 26. 자유의 박탈(형법전 제239조)
 27. 공갈에 의한 인신 탈취(형법전 제239조의a)
 28. 인질죄(형법전 제239조의b)
 29. 절도가 특히 중한 경우(형법전 제243조)
 30. 흥기를 휴대한 절도, 집단절도, 주거침입절도(형법전 제244조)
 31. 중한 집단절도(형법전 제244조의a)
 32. 단순강도(형법전 제249조)
 33. 중한 강도(형법전 제250조)
 34. 강도치사(형법전 제251조)
 35. 강도적 절도(형법전 제252조)
 36. 공갈(형법전 제253조)
 37. 강도적 공갈(형법전 제255조)
 38. 방화(형법전 제306조 내지 제306조의c)
 39. 자동차운전수에 대한 강도적 공격(형법전 제316조의a)
 40. 완전명정(형법전 제323조의a)
 41. 직무상 상해(형법전 제340조)
- 및 구 독일민주공화국 법원에 의한 유죄판결을 받았던 (위의 내용에) 상당하는 범죄

[ABSTRACT]

**DNA Analysis in Crime Detection :
German Experience in the Light of Data Protection****Lee, Joon-Hyong**

The ability to analyse DNA is widely recognised as being the most significant breakthrough in crime detection since the the introduction of fingerprint identification. Especially DNA database will provide a similar function to fingerprint indices and permit the comparison of genetic profiles recovered from crime scenes(or taken from the sentenced and suspects) with those taken from individuals charged with an offence. Unlike their counterparts in the UK and the USA, the European lawyers introduced data protection viewpoint to the crime procedure. This article aims to scrutinize German experiences, both on the academic and legislative levels. The disputes in the federal parliament and Bundesrat revealed some important issues concerning the fingerprint analogy: it is questionable whether human dignity, proclaimed in art. 1 of the German constitution, might not be infringed on, and a question could be raised as to how an individual's informational privacy works. There was considerable consensus for the legislative measures: in 1997 and 1998 the Criminal Procedure Act(CPA) was amended to limite as well as justify the taking of bodily samples to people sentenced or suspected under warrant of the court. The explosively increasing support for the forensic application of genetic information prompted the amendment of the CPA by the DNA Identification Act. This extended the circumstances in which bodily samples could be taken and made it possible to operate National DNA Database. Sequently, the DNA Identification has twice(1999/2000) undergone amendments to arrange process relating to sample taking and using. The federal constitution court also played a refining role, confirming constitutionality and working out the taking conditions in more detail. In 2001, some local governments issued proposals for revising the CPA and the DNA Identification Act. The aim, in the case of DNA samples, was to extend the application scope to remaining human tissues from crime scenes, and further to other offences than "serious (arrestable)" ones.

The German experiences, as was summed up by Prof. Simitis in the following, will give some important implications:

- (1) the DNA analogy, once introduced into criminal procedure, is likely to be used as a preventive measure; police forces are ready to recruit all the measures in struggling against criminals;

- (2) unlike fingerprints, genetic information is so shared with biological relatives that special guidance should include strict requirements, above all, in the light of sensitive personal data protection;
- (3) there are undoubtedly danger of labelling, which makes way to a preventive measure;
- (4) samples are analysed necessarily(at least, probably) to produce excessive personal data; this information should be held, used and destroyed, as is requested by the data protection legislation.
- (5) the forensic use will inevitably prompt applications in other areas(for example, of insurance and employment).