

DNA 데이터베이스와 프라이버시권 : 사회안전과 개인정보자기결정권을 중심으로

김 혜 경*

국 | 문 | 요 | 약

디엔에이법은 입법목적상 도달할 수 없는 안전개념을 도입하여 범죄예방과 이를 통한 권익보호를 내세우고 있다. 우리 사회의 안전불감증만큼이나 기본권불감증은 안전이라는 도달할 수 없는 이상만큼이나 팽배해 있는 듯하다. 그나마 효율적 범죄수사라는 목적은 동법의 입법목적의 직설적으로 드러내고 있다. 그러나 효율적 범죄수사라는 형사정책적 관점은 언제나 국가공권력의 발동이 기본권에 대한 최소침해, 즉 비례성의 원칙에 부합하여야 한다는 근본이념을 벗어날 수 없다.

헌법상의 기본권은 무제한적인 권리가 아니기 때문에 입법목적의 정당성이 인정되는 법률에 의한 제한이 가능하다는 점에서, 이러한 기본권 침해 또는 제약은 동법의 입법목적에 비추어 보아 동법이 헌법의 보호영역 내에 존재하는가 여부 및 비례성의 원칙에 위반되지 아니하는가의 문제로 귀결된다. 즉 동법상의 입법목적에 비추어 보아 개인의 기본권제한이 개인에게 수인의무로 부과됨이 타당하다면, 이를 기본권침해적 입법으로 볼 수 없게 된다. 그러나 이는 형사정책적 의미에서 접근되어야 할 것이며, 효율적 범죄수사라는 목적과 디엔에이 데이터베이스화라는 수단 간에 비례성의 원칙이 인정되어야만 할 것이다.

본 논문에서는 디엔에이법의 입법목적을 사회안전이라는 개념으로부터 접근하여, 개인정보자기결정권의 구체적 제약내용과 그 범위에 관하여 살펴보았다. 인적 범위로서는 구속된 피의자, 수형인 및 가족간 검색을, 권리 범위로서는 정보제공거부권, 정보열람권, 정보변경권, 정보삭제권 등으로 구분하여 검토하였다. 국가에 의한 개인통제를 위한 정보결속력 또는 정보통제력이 강화될수록 개인의 안전은 보장되는가 아니면 개인의 프라이버시권의 침해만 가속화되는가의 문제는 보다 성숙한 논의가 필요할 듯하다. 유전정보는 일반적으로 개인이 인식하지 못하는 개인의 정보이다. 그리고 국가가 이를 보유하고자 하는 취지가 개인의 잠재적 범죄경향성을 광범위하게 수용하고 감시와 통제의 기제를 확장하고자 하는 취지라면, 동법에 의한 프라이버시권 침해구도는 보다 면밀하게 검토되어야 할 것이다.

❖ 주제어 : 유전정보, 디엔에이 데이터베이스, 프라이버시, 개인정보자기결정권, 가족간 검색, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 관리에 관한 법률, 사회안전, 안전

* 계명대학교 법경대학 부교수·법학박사

I. 들어가며

2010년 제정된 ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 관리에 관한 법률’(이하 ‘디엔에이법’)은 그동안 꾸준한 비판을 받아왔음에도 불구하고, 실질적으로 동법상의 디엔에이 데이터베이스를 통한 범죄수사에 있어서의 기여도는 어느 정도 입증받았다고 평가된다. 특히 법률 시행 이후 지난 4년 동안 약 2만 4천여 건의 구속피의자 데이터베이스가 보관되면서 4000여건의 미해결 사건이 해결됨으로서,¹⁾ 수형자뿐만 아니라 구속피의자에 대한 데이터베이스의 필요성까지도 현실적인 면에서는 인정된다고 보여지기까지 한다. 더욱이 최근 법원은 디엔에이감식시료 채취영장을 제시한 다음 디엔에이감식시료를 강제 채취한 사안에서, ‘법의 목적이 정당하고 이를 달성하기 위한 수단 또한 과도해 보이지는 않는 점, 영장을 발부받아 강제채취하는 등 법에 정해진 절차를 준수한 것으로 보이는 점, 구강시료를 강제채취하는 방법이 심히 모욕적이거나 인간으로서 존엄성을 지키기 어려운 정도라고 보이지 아니하는 점 등을 종합하여 볼 때, 디엔에이채취가 적법하다’고 판시하여 법률의 적법성을 명시적으로 인정하였다.²⁾

그럼에도 불구하고 수사기관의 유전자정보수집 및 보관은 법적으로 기본권침해의 소지가 지속적으로 제기된다는 점 역시 부인할 수 없다. 이러한 비판은 주로 무죄추정의 원칙, 영장주의, 개인정보자기결정권을 비롯한 프라이버시권, 인간의 존엄성, 신체침해의 금지 등 헌법상의 주요 기본권을 중심으로 제기되어 왔음은 주지의 사실이다.

헌법상의 기본권은 무제한적인 권리가 아니기 때문에 입법목적의 정당성이 인정되는 법률에 의한 제한이 가능하다는 점에서, 이러한 기본권 침해 또는 제약은 동법의 입법목적에 비추어 보아 동법이 헌법의 보호영역 내에 존재하는가 여부 및 비례성의 원칙에 위반되지 아니하는가의 문제로 귀결된다. 반면 동법상의 입법목적에

1) http://www.nfs.go.kr:8080/dept_01_01.action

2) 서울행정법원 2011. 12. 1, 2011구합11686. 동법 제5조 제2항에 따라 디엔에이감식시료의 채취를 위탁받은 교도소장이 당시 교도소에 복역 중이던 갑에게 디엔에이감식시료 임의채취를 위해 시료를 채취하는 이유, 종류, 방법과 시료채취를 거부할 수 있음을 고지하였으나 거부당하자 디엔에이감식시료 채취영장을 제시한 다음 갑의 디엔에이감식시료를 강제채취한 사안이다.

비추어 보아 개인의 기본권제한이 개인에게 수인의무로 부과됨이 타당하다면, 이를 기본권침해적 입법으로 볼 수 없게 된다. 동법은 제1조에서 디엔에이신원확인을 위한 정보의 수집과 이용을 통하여 ‘범죄수사 및 범죄예방에 이바지하여 국민의 권익을 보호함’을 목적으로 함을 명시하고 있으며, 제3조에서 디엔에이 데이터베이스를 구축함에 있어서 인간의 존엄성 및 프라이버시권을 보호하여야 함을 국가의 책무로 규정하고 있다. 그렇다면 기본권침해에 대한 국민의 수인의무와 범죄수사와 범죄예방이라는 입법목적 간에 비례성 또는 정당성이 인정될 수 있는가 여부가 논의의 출발점이 되어야 할 것이다. 다만, 무죄추정의 원칙이나 영장주의, 인간의 존엄성 등과 같은 기본권들에 관하여는 기존의 적지 않은 문헌들³⁾에서 그 문제점을 제시하고 있으므로, 이하에서는 동일한 문제점을 언급하지 않고 프라이버시권 내지 개인정보 자기결정권의 범주에 한정하여 논의하고자 한다.

한편 비례성을 논의하기 이전에 선결되어야 할 문제는, 범죄수사와 범죄예방이라는 입법목적이 과연 법률의 존치를 정당화 할 수 있는가 여부이다. 즉, 범죄수사와 범죄예방이라는 입법목적은 외견상 예방형법의 차원에서 출발하는 것으로 추론되는 바, 예방형법이 형법의 임무가 될 수 있는가 여부 및 예방형법의 전제로서 위험사회의 논의가 동법에도 적용될 수 있는가의 문제, 그리고 위험사회에서의 위험형

3) 이와 관련하여서는 김성규, “DNA정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제”, 형사정책연구 제23권 제1호, 한국형사정책연구원, 2012, 259면 이하; 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로-”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 235면 이하; 서계원, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 문제점과 개선방안”, 세계헌법연구 제16권 제2호, 세계헌법학회, 2010, 199면 이하; 신동일, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 문제점과 대안”, 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012/4, 7면 이하; 신양균, “유전자정보은행제도와 인권-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로-”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 59면 이하; 심희기, “유전자정보은행과 프라이버시 이슈들”, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006, 85면 이하; 이상용, “범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제15권 제3호, 한국형사정책연구원, 2004, 149면 이하; 이성기/한면수, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 위헌성에 관한 논의-미국, 영국, 독일, 프랑스의 입법례 비교를 중심으로”, 법과 정책연구 제12집 제1호, 한국법정책학회, 2012/3, 115면 이하; 임지봉, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안의 위헌성과 기타의 문제점 및 그 대안”, 서강법학 제11권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2009, 107면 이하; 조성용, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010, 223면 이하; 하태영, “DNA관리법과 DNA감정-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률”, 동아법학 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 287면 이하 등 참조.

법 또는 안전사회에 있어서 안전법 영역에 동법이 존재한다면 그러한 위험형법 또는 안전법에 대한 치명적인 비판을 동법이 그대로 수용함에도 불구하고 여전히 그 입법목적의 정당성이 인정될 수 있겠는가의 문제 등이 선결되어야 할 것이다.

따라서 본 논문에서는 우선 동법이 가지는 입법목적의 정당성 여부를 범죄예방이라는 예방형법의 측면에서 선결한 후에(II), 동법상의 입법목적으로부터 프라이버시권, 특히 개인정보자기결정권 제약의 정당성을 찾을 수 있는지 살펴보고(III), 만일 프라이버시권의 제약이 기본적으로 가능하다면, 프라이버시권 내에서 구체적으로 개인에게 기본권제약의 수인의무를 부과할 수 있는 영역과 반대로 주장할 수 있는 개별적인 권리의 내용 및 이에 관한 개선방안을 제시하고자 한다(IV).

II. 디엔에이법의 입법목적으로서 범죄예방을 통한 사회안전의 함의

1. 디엔에이 데이터베이스를 통한 범죄예방과 범죄투쟁

디엔에이법은 구속피의자와 수형인 등으로부터 DNA 감식시료를 채취하고 이로부터 획득된 디엔에이정보를 데이터베이스화하여, 사후 범죄수사에 있어서 기 구축된 데이터베이스와의 비교 및 검색을 통한 수사의 효율성을 제고하고 한편으로는 구축된 데이터베이스 내에 정보가 수록된 자의 재범예방의 효과를 목적으로 한다. 이러한 목적은 법무부가 동법의 입법예고시 제시하였던 입법취지⁴⁾를 통해 파악할 수 있는 바, ‘첫째, 살인, 강간 등 흉악범의 조기 검거로 추가 피해자의 양산을 방지하고, 둘째, 뛰어난 범인식별력 때문에 범인으로 하여금 추가 범행을 자제하게 하여 범죄예방에 탁월한 효과가 있으며, 셋째, 조기에 무고한 수사대상자를 배제할 수 있고, 기존 수형인들 중 억울한 피해자에 대한 구제가 가능하여 국민의 인권보호에 크게 기여할 수 있음’을 강조하였다. 동 입법취지를 통해서 전형적인 범죄예방을 위한 형사법의 전방위적인 목적의식을 파악할 수 있는 바⁵⁾, 국가형벌권의 최후수단성

4) 법무부, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(안) 입법예고 보도자료, 2009/5/27.

이라는 형사법의 본질로부터 벗어나 전진적인 역할을 수행하고자 함을 간접적으로 드러내고 있다.

또한 현재 헌법소원이 진행 중인 동법의 위헌성 여부에 관한 경찰청의 의견⁵⁾을 살펴보면, 우선 강력범죄는 재범의 우려가 높으며, 강력범죄의 경우 동종전과건 이종전과건 간에 전과가 있는 사람에 의하여 저질러지는 경우가 70%를 넘을 뿐만 아니라, 1년 이내의 재범율이 30% 이상이라는 점에서도 DNA 데이터베이스의 구축은 범죄예방의 측면에서 효율적이라고 본다. 또한 자신의 유전자형이 입력되어 있는 자는 검거의 두려움으로 인해 범죄를 주저하게 된다는 점에서 범죄예방의 효과가 있으며, 연쇄범행의 경우에도 조기차단을 통하여 예방효과를 기대할 수 있다고 한다.

이처럼 동법은 범죄예방에 이바지할 것으로 목적으로 한다는 점에서, 범죄예방이라는 목적이 형사법을 전통적인 임무에서 벗어나게 하는 기제로서 작용할 수 있는가, 아니면 범죄예방이라는 추상적인 목적이 또 다른, 국가에 의한 통제로서 작용하는 것은 아닌가라는 점을 선결해야 할 것이다. 또한 특정군의 ‘국민’을 일반적인 국민과 차별화하여 그들의 기본권의 희생 또는 포기를 통하여 범죄예방을 하고자 하는 논리가, 우리 사회에서 당연한 수인의무로서 인식되고 받아들여지는 법적 공감대가 형성되어 있는가의 문제 역시 확인하여야 할 것이다.

2. 범죄예방과 사회안전

가. 사회안전 개념의 타당성

최근 일련의 사건들은 우리사회의 안전불감증에 관하여 경종을 울리고 있다. 이는 비단 성범죄나 폭력범죄 등과 같은 강력범죄의 영역에서 뿐만 아니라, 교통이나 치안, 환경 등 사회의 거의 모든 영역에서 사회적 불안감이 증폭하고 이러한 불안감

5) 이호중, “DNA법의 문제점과 위헌성 검토”, 민주법학 제51호, 민주주의법학연구회, 2013/3, 227면은 동법 제1조가 목적으로 ‘범죄예방’을 언급하고 있기는 하나, 데이터베이스의 구축이 그 자체로 범죄 예방에 기여하는 것은 아니며, 오직 데이터베이스의 광범위한 구축과 활용을 통해 장래의 범죄수사 및 검거의 효율성을 증진시킨다는 점에서만 범죄예방에 기여할 수 있을 뿐이라고 본다.

6) 경찰청, 2011헌마 326 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 헌법소원 사건에 대한 의견서, 2011/10/21, 78면 이하 참조.

을 극복하기 위한 국가적 또는 개인적 노력이 확대되고 있다. 즉, 강력범죄의 증가를 비롯한 산업재해, 국가간 마찰, 국제테러 등 수많은 위험요소에서의 노출은 그러한 잠재적이고 추상적인 위협으로부터의 안전을 보장받고자 하는 요구를 드러내게 되고, 이러한 요구는 그에 수반하는 어느 정도의 수인의무 내지는 기본권의 이양을 묵인하게 하는 기제로 작동할 수 있다.

이처럼 위험에 대한 인식으로부터 비롯된 불안은 범죄뿐만 아니라 사회 전반적 요소에 대한 불안으로 확산된다. 따라서 이제까지 위험요소로 인식되어 왔던 사회의 특정 불안정한 부분뿐만 아니라 거의 모든 일상생활의 예측가능한 또는 예측불가능한 영역을 잠재적이고 추정적인 불안요소로 인식하게 된다. 그리고 이로 인하여 팽배하는 불안감 또는 불안전은 보다 높은 안전사회의 추구로 이어지게 된다. 그러나 이와 같은 불안전이란 안전육구에 의한 주관적 안전이나 안전감정을 의미하기 때문에 객관적 안전여부와는 별개의 문제가 된다. ‘거의 영원히 지속되는 것 같은 불안전은 우리가 가장 안전하고, 안전을 중시하는 사회에 살고 있음에도 불구하고 증가하는 것이 아니라, 오히려 바로 그러한 사회에 살고 있기 때문에 증가한다.’⁷⁾는 기술은 안전이 객관적이고 외적인 문제가 아닌 주관적이고 내적인 감정으로부터 비롯됨을 간접적으로 시사한다.⁸⁾

사회적 불안요소로 인식되는 영역이 확대될수록, 안전에 대한 욕구는 촉발하게 되고, 이러한 욕구는 안전을 위한 비용의 부담 또는 권리침해의 목인이 개인의 의무로 인식되는데 있어 정당성의 근거로서 작용하게 된다. 또한 이러한 안전에 대한 새로운 사회적 논의의 확산은 사회적 격변과 병행하여 전개되는데, 안전을 과시함으로써 국민의 관심이 증대되고, 이를 통해 안전이 갖는 비중이 더욱 확대되는 나선형의 ‘진화’를 진행한다.⁹⁾ 이에 따라 안전을 향한 더 많은 노력들은, 이제 안전을 국가와 사인의 분담 또는 협력과제로 인식하게 되고, 동시에 모든 사회구성원이 담당해야 할 과제 또는 책무로 규정짓게 된다. 그리고 그 결과 안전은 다른 사회적

7) Tobias Singelstein/Peer Stolle(윤재왕 역), 안전사회-21세기의 사회통제, 한국형사정책연구원, 2012, 35면.

8) 이에 관한 자세한 내용은 김혜경, “사회안전과 실체형법의 변화 - 과제와 전망- 사회안전과 사회통제, 그리고 성찰적 형법”, 비교형사법연구 제15권 제1호, 한국비교형사법학회, 2013/7, 153면 이하 참조.

9) Tobias Singelstein/Peer Stolle(윤재왕 역), 앞의 책, 122면.

원칙들과 가치들 및 목표기준들보다 더 상위에 있게 되고, 그 자체가 하나의 독립된 지향점 또는 가치가 된다.¹⁰⁾

그런데 안전의 개념을 이렇게 도식화 할 경우, 안전은 허상이자 도달할 수 없는 이상에 가까워질 뿐이다. 즉, 안전의 개념을 ‘인간의 생존에 위협이 없이 복지에 나쁜 결과가 발생할 수 있다는 걱정 때문에 위태로움을 느끼지 않는 편안한 상태’¹¹⁾로 정의하게 된다면, 이제 안전은 특정한 외적 상태가 아니라 외적 상태로부터 경험적으로 얻어지는 주관적·내적 상태를 의미하게 된다. 그 결과 안전이란 인간의 생존과 생활에서 위협을 느끼지 않는 내적 상태이다. 모든 위협과 위험이 제로상태인 지점은 현실적으로 불가능하며, 안전에 대한 이상이 오히려 더 많은 영역을 위협하다고 인식하게 만들기 때문이다. 이처럼 안전이 그 어떤 사회적 노력으로도 도달 불가능한 상태라면, 오히려 주목해야 할 부분은 개인의 안전욕구일 것이다. 안전욕구란 안전·보호·공포와 혼란 및 불안으로부터의 해방 등을 추구하는 인간의 기본 욕구를 의미하는 바, 외부 환경으로부터의 보호 및 장애에 대한 보장과 관련된 인간의 기본 욕구이지만 기본권으로 보장되어야 할 영역은 아니다.

즉, ‘안전’이라는 개념은 객관적으로 존재하는 결함 없는 외적 상태가 아니라, 이로 인하여 얻어지는 개인 또는 사회의 주관적 감정이라고 보아야 한다. 안전을 내적 상태로 이해하게 되면, 안전의 반대는 불안전 또는 불안이 된다. 그리고 안전을 추구하고자 하는 내적 심리상태인 안전욕구가 안전의 개념을 대체할 수 있다.

이와 같은 안전개념의 주관화는 기존의 위험사회에서의 위험형법의 논리가 형사법과 관련한 거의 모든 영역을 지배하려는 경향을 보이는 현실에 대한 비판의 출발이며, 안전을 보장하기 위한 국가공권력 행사의 확대의 논리적 출발점을 차단하기 위해서이다. 현대사회의 속성을 위험사회라고 정의함에 따라서 위험형법의 논리에 따른 형사법의 전치화가 정당성을 얻고자 하였다면, 위험논리가 아닌 안전을 위한 범죄예방이라는 영역에서는 위험형법의 논리적 전개가 타당성을 얻을 수 없다. 물

10) Tobias Singelstein/Peer Stolle(윤재왕 역), 앞의 책, 123면은 이처럼, 안전의 의미확대는 안전이라는 목적을 위해 개인에게 시민의 보편적 의무로서의 특별회생까지도 요구하게 되고, 범치국가와 계몽철학적 의미에서의 개인의 자유는 안전욕구의 충족을 위해서는 얼마든지 무시된다고 한다.

11) 한덕웅, “한국사회에서 안전에 관한 심리학 연구의 과제”, 한국심리학회지:사회문제 제9권, 한국심리학회, 2003, 37면.

론 디엔에이법을 위험사회에 있어서 위험형법에서 논하는 전단계 범죄화와 추상적 위험범의 확대라는 시각에서 접근하는 견해가 없지 않다.¹²⁾ 그러나 국가에 의한 통제 확대 현상 모두를 위험사회 또는 위험형법에 근거하게 되면, 그동안 위험사회의 논리가 사회구조의 일정부분에서 설득력을 가졌다는 점에서 국가통제의 확산을 정당화할 우려가 있다.

나. 범죄예방을 통한 안전의식 확충의 허구성

안전개념의 저변에는 불안이라는 주관적 감정이 기초하고 있지만, 불안이란 지극히 개인적이고 주관적인 감정으로서 개인에 따라 다양할 수밖에 없으며, 객관적으로 존재하여 국가형벌권의 발동이라는 형사법의 외적 개입의 근거가 될 수 없다. 물론 위험을 개인적 위험과 사회적 위험과 같이 양분함과 유사하게,¹³⁾ 안전 역시 개인적 안전과 사회적 안전으로 구분하여 사회적 안전을 위한 예방적 차원의 형사법의 투입을 정당화하고자 하는 시도를 예측치 못할 바는 아니다. 그러나 사회적 안전은 개인적 안전의 차원의 연속선상에서 이해되어야 하며, 개인적 안전감정의 도식화이다. 따라서 사회적 안전을 위한 다양한 국가적 시도 중에서 범죄예방을 위한 형사법의 조기투입이 가능하다는 논리는, 안전사회에서 형사법의 작동원리가 전통적인 형사법의 임부로부터 벗어나지 않는다는 점에서 설득력을 잃게 된다.

또한 형사법적 영역에서 범죄예방이라는 추상적인 목적은 그 실체를 찾기 어렵다. 일반예방적 의미에서의 범죄예방이란 법률의 중형화 내지는 기본권 제약의 가중화를 피할 수 없다. 즉, 잠재적 범죄인을 대상으로 하는 예방효과는 주관적 인식에 대한 위협을 통하여서만 성과를 이룰 수 있으며, 주관적 인식에의 위협은 법률에 의한 위협의 명문화를 통해서 그 효과를 극대화할 수 있기 때문이다. 또한 특별예방

12) 서계원, “범죄자 DNA 데이터베이스의 도입과 국가 주도적 위험사회의 도래”, 세계헌법연구 제18권 제1호, 세계헌법학회, 2012, 126-134면.

13) 최영준, “위험 관리자로서의 복지국가: 사회적 위험에 대한 이론적 이해”, 정부학연구 제17권 제2호, 고려대학교 정부학연구소, 2011, 34면은 위험을 전통적 위험과 새로운 위험, 개인적 위험과 사회적 위험으로 구분한다. 즉, 사회적 위험도 집합적 차원의 사회적 위험과 개인적 차원에서의 사회적 위험이 구분된다고 본다. 동 논문에서의 위험은 위험사회에서의 위험개념과는 다르지만, 위험을 세분화면서 상호간의 연관성을 제시하고 있다는 점에서 안전개념의 구분에도 좋은 적용례가 될 수 있을 것으로 보인다.

적 의미에서 범죄예방이란 재범의 위험성 감소라는 효과로 이어져야 하는 바, 이 경우에는 법률의 존치가 특정인의 재범위험성을 예방함으로 인하여 일반국민의 안전의식이 고취되는 효과를 기대할 수 있어야만 전반적인 범죄예방이라는 목적의 달성이 가능하다. 그러나 재범위험성이란 행위자적 측면에서 고려되어야 할 문제이며, 디엔에이법과 같이 특정군의 범죄행위를 설정하여 재범위험성을 논하는 것은 특별예방의 측면에서는 의미가 없어 보인다.

물론 전통적인 형사법 영역도 예방형법의 임무를 내포하고 있음은 주지의 사실이다. 그러나 이 때의 예방임무란 과거의 역사적 사실로서 존재하는 행위를 기초로 하는 것이며, 잠재적이고 그 실체가 명확하지 않은 장래의 특정 상황을 고려하는 개념이 아니다. 또한 개인 또는 사회의 안전의식은 국가공권력의 발동을 통하여 확충되어야 할 영역이 아니라 개인 또는 사회의 자발적 참여를 통한 안전의식의 고취를 통해서만 도달가능하다는 점에서, 범죄예방을 통한 안전의식의 확충이란 입법을 통하여 도달할 수 없는 영역이다. 따라서 범죄예방 또는 범죄투쟁이라는 목적 하에 국가공권력의 발동을 정당화하고 개인의 기본권 제약을 광범위하게 인정하고자 함은 허용될 수 없는 목적과 수단이다.

Ⅲ. 디엔에이법의 입법목적과 국가통제의 정당성 검토

1. 권익보호 목적의 검증

디엔에이법 제1조는 범죄예방과 효율적 범죄수사를 통한 국민의 권익보호를 동법의 목적으로 함을 명시하고 있다. 그러나 국민의 권익보호는 범죄예방과 범죄수사에 의한 반사적 이익일 뿐이다. 그리고 반사적 이익은 법률의 입법목적이 될 수 없다.

물론, 범인이 조기에 검거된다는 점에서 피해자 및 그와 관계된 자들의 인권이 간접적으로 보호되는 측면¹⁴⁾이 없지는 않을 것이다. 무고한 사람들이 범죄의 혐의

14) 이승환, “범죄자 DNA 데이터베이스의 이론과 국제 현황”, 형사법의 신통향 통권 제18호, 대검찰청, 2009/2, 137면.

로부터 벗어날 수 있는 시기를 최대한 앞당길 수 있다는 점은 법무부의 입법예고안에서도 설명되어 지고 있다.¹⁵⁾ 또한 강력범죄의 재범방지 또는 신속한 범죄수사로 인하여 국민 일반이 범죄의 두려움으로부터 해방된다는 추상적인 권익보호를 상정할 수는 있을 것이다. 그러나 이러한 추상적이고 간접적인 권익을 입법목적으로 하여, 기본권침해에 대한 수인의무를 법률이 부과하는 것은 타당하지 않다. 기본권 침해 영역은 특정인에 대하여 구체적이고 직접적인 반면, 이로 인한 보호이익은 일반 국민의 지나치게 추상적이고 모호한 권익이기 때문이다. 따라서 동법의 직접적인 목적은 외견상으로는 수단처럼 명시되어 있는 범죄예방과 범죄수사의 효율성 제고로 보아야 할 것이다.

2. 범죄예방 목적의 검증

가. 유전정보수룩에 의한 범죄예방의 타당성 검증

동법상의 문제는 유전자감식정보의 데이터베이스화를 통하여 개별사건이 아닌, 장래의 예견가능하거나 또는 예견불가능한 범죄의 예방을 목적으로 한다는 점이다. 유전자감식정보가 수집되어 보관된다면 범죄확인에 대한 노출로 인하여 상습성이나 재범의 우려가 높은 행위자의 경우에는 미래의 형사소송에서 범인으로 확인될 위험이 증대되기 때문에 특별예방의 효과가 있을 것이란 추측은 부인할 수 없다. 다만 이에 관하여는 유전자감식정보의 수집 및 수룩이 지니는 효과를 일반예방효과로 보고, 이는 직접적 의미에서의 예방이 아니라 단지 진압적 행위의 부산물로서 나오는 부수효과일 뿐이라고 지적하는 견해가 있다.¹⁶⁾ 그러나 유전자감식정보의 수집이 지니는 일반예방효과란 아직 검증된 바 없으며, 오히려 범죄예방 효과를 기대할 때에는 정보가 수룩된 자의 재범가능성에 대한 억제를 기대하는 것이라고 판단함이 타당할 것이다. 그러나 유전정보 수룩자의 재범감소라는 특정 목적을 통해 입법을 정당화하고자 한다면, 실제로 유전정보수룩이 재범방지에 효과적인가에 대한

15) 법무부, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(안) 입법예고 보도자료, 2009/5/27.

16) 조성용, “범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰”, 고려법학 제49권, 고려대학교 법학연구원, 2007, 993면.

귀납적 판단이 선제되어야 하며, 추상적인 예전만으로 입법이 정당화되기는 어려울 것이다. 디엔에이법에도 불구하고 수록자의 재범율이 비수록자의 재범율과 대동소이하다면 재범예방의 효과는 없는 것으로 보아야 함이 타당하다.

나. 재범예측의 부재

수형자의 경우에도 동일한 논거를 통해 비판이 제기될 수 있다. 디엔에이법의 입법목적은 범죄예방으로 본다면 이는 재범방지의 기능이라고 할 수 밖에 없다. 디엔에이법을 통하여 특정범죄 행위자의 유전자감식정보가 저장된다는 점이 일반인들로 하여금 일반예방의 효과가 있을 거라고 확증되지는 않기 때문이다. 따라서 특정한 중대범죄행위자의 장래 재범의 위험성을 감소시키고자 하는 특별예방으로써의 범죄예방이 입법목적이라고 보아야 하는 바, 이는 재범의 위험성에 대한 예측을 전제로 하여야 한다. 수형자 또는 당해사건에서 특정한 중대범죄를 행하였다는 점이 확실하게 입증된 피의자라 하더라도 미래에 특정범죄를 반복해서 다시 범하리라고 단정할 수는 없다. 반대로 법률이 선정한 중대범죄가, 재범률이 높은 범죄라고 해서 특정한 행위자가 미래에 다시 범죄를 범할 재범의 위험성이 반드시 존재한다고 단정할 수도 없다. 따라서 입법 목적을 유전자감식정보의 저장을 통하여 당해 범죄자의 재범을 예방하는 것이라고 하려면 재범에 관한 예측이 선행되거나 재범예측에 관한 규정이 존재하여야 할 것이다.

그러나 재범가능성이란 행위판단이 아닌 행위자판단에 의하여 예측되어야 한다. 앞서 본 재범의 위험성에 관한 예측변수 역시 행위자를 기준으로 한다. 유전자감식정보의 저장은 개인정보의 자기결정권이라는 기본권과 정면으로 충돌한다. 따라서 정보의 자기결정권의 침해를 최소화 또는 감소시키는 방향으로 재범의 위험성을 예측하여야 한다. 그러나 디엔에이법은 재범의 예측에 관한 다른 규정 없이 모든 대상 범죄의 행위자에게 개별적 재범률을 고려함 없이, 단순한 평균적 재범률을 근거로 하여, 행위자 표상이 아닌 법률상 명문화된 범죄 구성요건을 기준으로 재범의 가능성을 예측하는 오류를 범하고 있다.¹⁷⁾

17) 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010/12, 235면 이하.

이처럼 일반예방효과 또는 특별예방효과로부터 지나치게 동떨어진 동법상의 범죄예방이란 입법목적은 이제 사회안전이라는 내적 감정의 충족이라는 측면에서 접근되어 진다는 부정적 관점을 벗어나기 어려울 것이다.

3. 효율적 범죄수사 목적의 검증

가. 범죄수사에의 기여

유전자정보의 데이터베이스화로 강력범죄자를 식별하고, 동일한 범죄가 발생하는 경우 범죄자의 검거에 있어서 중요한 자료로 사용될 수 있다는 점은 부인할 수 없다.¹⁸⁾ 물론 유전자정보처럼 개인식별의 오차가 거의 없는 자료는 범죄자의 확인 뿐만 아니라 무죄입증에 있어서도 유리하다. 동일 유전자를 가진 사람이 존재할 경우의 수가 1/64,000,000이라는 확률적 통계는 기존의 신원확인 방식과 비교하였을 때 매우 효율적인 범죄수사 및 무고한 자의 신속한 배제를 가능케 한다.

또한 유전정보의 공개가 일반적인 공개가 아닌, 범죄수사를 목적으로 한 비교검색에 한정될 뿐만 아니라, 데이터베이스화 되는 유전정보는 비교대상 시료의 일치도만을 보여주기 때문에 모든 개인의 프라이버시와 관련된 정보가 축적이 되는 것도 아님은 주지의 사실이다. 디엔에이 코드정보는 한 개체에게만 유일한 것이 아니라, 0.1%만이 개인정보를 담고 있으며 그 외의 99.9%는 보편적인 종의 특성에 관한 정보라는 점에서도 유전정보에 관하여 개인이 가질 수 있는 권리가 기타의 개인정보에 비하여 매우 큰 비중을 차지하는가 역시 의문이 제기하기도 한다.¹⁹⁾ 물론 최근에 junk DNA에도 질병과 관련된 개인정보가 확인되었다는 과학계의 발견이 유전자정보의 데이터베이스화에 경종을 울리기도 하였지만, 감식시료를 폐기하고 개인의 특정 정보 또는 인적사항을 제외한 개인식별 부분만을 데이터베이스화한다

18) 경찰청에 따르면, 2010년 7월 26일 동법이 시행된 이후 2011년 8월 17일까지 1년동안 살인 4건, 강도 53건, 성폭력범죄 150건, 절도 279건 등 기존의 미제사건 506건을 해결하였다고 한다.

19) 신동일, “디엔에이신원확인정보 이용 및 보호에 관한 법률의 문제점과 대안”, 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012/4, 17면은 British Medical Association, Human Genetics: Choice and Responsibility, Oxford University Press, 1998, 120면을 인용하면서 그 결과 유전자정보는 개인이 자유롭게 처분할 수 있는 정보라고 평가하지 않는다.

는 점에서는 특정 개인정보가 데이터베이스화 될 우려가 현재까지는 매우 심각한 수준에 이르는 것도 아니다.

반면 범죄수사에서의 기여도는 유의할 만 하다고 평가된다. 2012년 12월 기준 유전정보의 데이터베이스화 규모는 방화·실화범죄 787건, 살인범죄 2,166건, 약취유인죄 348건, 강제추행죄 4,736건, 절도죄 15,720건, 강도죄 2,550건, 폭력범죄 1,770, 특가법위반 3건, 성폭력범죄 1,295건, 마약범죄 393건, 아동청소년보호법위반 24건, 기타 4,666건으로, 총 34,458건의 유전정보가 데이터베이스화 되어 있다.²⁰⁾

나. 영국과 미국의 현황

세계적으로 각국마다 범죄수사에서의 기여도를 인정하여, 유전자정보 데이터베이스가 활발히 구축되고 있는 실정이다. 예컨대 가장 많은 데이터베이스를 확보하고 있는 영국의 경우를 보면 다음과 같다. 우선 영국의 경우에는 1994년 전과기록이 남는 범죄(any recordable offense)로 인해 체포 또는 기소되거나 유죄판결을 받은 사람들에게 대하여는 동의를 받지 않고도 유전자 시료를 채취할 수 있다는 내용의 Criminal Justice and Public Order Act를 제정하여 세계 최초로 유전자자료은행의 근거법률을 입법화하였다. 동법은 유전자감식자료를 영구보관하되 공소가 제기되지 않거나 무죄판결을 받은 경우 자료를 파기하도록 하였다. 2001년에는 Criminal Justice and Police Act의 제정으로 합법적으로 채취한 유전자프로필은 공소가 중단되거나 무죄판결을 받은 경우에도 계속 보관할 수 있으며, 또한 범죄를 저지르지 않았지만 미제사건과 대조를 위하여 채취되었던 자발적 제공자의 유전자감식자료도 보관이 가능하게 되었다. 그러나 자유보호법(the Protection of Freedoms Act)이 2012년 시행됨으로 인하여 더 이상 무죄판결을 받은 자의 데이터의 보관은 불가능해졌다.

NATIONAL DNA DATABASE STRATEGY BOARD ANNUAL REPORT 2012-13에 따르면, 2013년 3월 31일 기준으로 개인으로부터 획득한 6,737,973 파일 및 범죄현장으로부터 획득한 428,634 파일을 보유하고 있으며, 2012-2013년 사

20) http://www.nfs.go.kr:8080/dept_01_01.action

이 개인으로부터 362,319 파일 및 범죄현장으로부터 33,190 파일을 추가하였다고 한다.²¹⁾ 그리고 효율적 범죄수사와 관련하여 범죄현장에서 발견된 DNA파일은 NDNAD 수록 개인정보와 61%의 일치율을 보여 용의자의 신원을 제공할 수 있었고, 이는 유럽에서 가장 높은 비율을 차지한다고 한다.²²⁾

미국 역시 이와 유사한 바, 세계에서 가장 큰 규모의 DNA데이터(the Combined DNA Index System (CODIS))를 보유하고 있다.²³⁾ 또한 모든 주는 유죄판결을 받은 성범죄자의 경우 유전자 정보은행에 자신의 DNA샘플을 제공하여야 할 법적 의무를 부과하고 있다.²⁴⁾ 특히 2005년 여성폭력방지법에 부가된 DNA지문법(DNA Fingerprint Act of 2005)에 의하여 유죄판결에 관계없이 모든 체포된 사람 또는 미국 시민이 아님으로 인하여 억류된 자로부터도 DNA시료의 채취를 가능하도록 확대하였다.²⁵⁾

2012년 6월을 기준으로 볼 때, 범죄자 유전정보는 9,761,083건이며 미해결사건 유전정보는 436,937건이다. 특히 2006년부터는 체포된 자로부터 유전정보를 보관하고 있다. 이러한 유전자데이터베이스는 436,937건 수사에 제공되었으며, 총 153,215명의 범죄자 확보에 기여하였다. 즉, 수사에 제공된 유전정보 중에 약 35%가 범죄해결의 성과를 이끌어 낸 것이다.

21) https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/252885/NDNAD_Annual_Report_2012-13.pdf 동 보고서 8면에 의하면, 일부 개인의 경우 서로 다른 이름으로 중복해서 데이터베이스에 수록되는 경우가 있고, 이는 약 11.6%로 추산된다고 한다. 따라서 NDNAD에 수록된 개인정보는 5,953,810건으로 추산된다고 본다. 한편, 2012-2013년 사이 592,777건의 개인정보가 데이터베이스로부터 삭제되어, 2012년 7,178,358건 대비 보유 데이터의 양이 감소하였는 바, 이는 자유보호법(the Protection of Freedoms Act)의 시행을 앞두고 무죄인 자의 데이터를 삭제하였기 때문이다.

22) NATIONAL DNA DATABASE STRATEGY BOARD ANNUAL REPORT 2012-13, 11면.

23) <http://www.esr.cri.nz/competencies/forensicscience/dna/DNAatabank.htm>

24) M. J. Markett, Genetic Diaries: An Analysis of Privacy Protection in DNA Databanks, 30 SUFFOLK U. L. REV., 1996, 185면.

25) 이에 따라 FBI가 제공하는 아래의 표에서는 2006년부터 체포된 자로부터의 유전정보 데이터 수록 내용이 추가되고 있다.

Offender/Arrestee/Forensic Profiles &Offender Hits²⁶⁾

	2000	2002	2004	2006	2008	2010	2012
범죄자 정보	441,181	1,247,163	2,038,514	3,977,435	6,399,200	8,564,705	9,761,083
체포된 자 정보	-	-	-	54,313	140,719	668,849	1,139,065
미해결사건 정보	21,625	46,177	93,956	160,582	248,943	351,951	436,937
수사에의 지원	1,573	6,670	21,266	45,364	81,955	130,317	174,680
미제사건 해결	507	1,832	5,056	9,493	14,364	21,983	28,993
각 주내 범죄자 해결	705	4,394	12,482	30,138	59,184	97,772	132,517
주간 범죄자 해결	26	638	1,834	4,397	8,561	15,724	20,698
범죄 해결 총계	731	5,032	14,316	34,535	67,745	113,496	153,215

이와 같은 결과들은 유전정보의 데이터베이스화가 실제로 범죄수사에 있어서 효율성이 있으며, 사건의 신속한 해결을 위한 필요성을 입증하는 근거가 되기도 한다.

다. 형사정책적 관점에서의 비판점

이처럼 외견상으로는 디엔에이법은 일부 범죄자의 신원확인을 위한 유전정보를 데이터베이스화하여 보관하기 위한 일반절차를 정하고 있을 뿐인 것으로 보인다. 그리고 유전정보 데이터베이스가 미제사건 또는 장래 발생할 범죄의 범죄자 신원확인²⁷⁾을 위하여 용이하다는 점에서는 효율적 범죄수사라는 목적을 수궁할 수 있다. 다만, 법률의 제정목적은 형사정책적 관점에서 이해할 때, 국가기관의 범죄수사라는 의무이행에 용이하다는 점이 형사정책의 지도이념의 면에서 받아들여질 수 있는가의 문제이다.

형사정책적인 면에서 특정한 수단은 과학주의뿐만 아니라 인도주의의 원칙에도 부합하여야 한다. 형사정책은 사실적·기술적 관점에서 합리적이라는 것이 필요불가결한 것이지만, 합리적이라는 것만으로는 충분하지 못하다. 범죄의 방지 및 진압을 목적으로 하는 국가의 형사정책활동은 국민을 대상으로 한다는 점에서 언제나 자유에 제약을 가져오게 된다. 따라서 형사정책 활동은 개인의 기본적 인권을 보장하고

26) http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis_brochure

27) 조성용, 앞의 논문, 230면은 장래의 범죄수사 및 형사소추에서 개인을 식별하기 위한 경우로 제정 목적을 한정하고자 하는데, 이는 당해 범죄사건에서의 개인식별은 데이터베이스화와는 별개의 문제이기 때문이다.

대상자를 인격의 주체로서 대우하는 태도로 일관하여 사회적으로 허용되는 형식을 취하지 않으면 안 된다. 효율적 범죄수사가 정당한 목적으로 인정된다고 하더라도, 이러한 정당한 목적을 달성하기 위한 수단 역시 정당하지 않으면 안 되며, 목적은 수단을 정당화하지는 않는다는 점은 동법에서도 확인되어야 한다.

또한 국가에 의한 형사정책 활동은 강제조치를 수반한다는 점에서, 필요한 최소 한도 내에 억제되어야 한다. 또한 가치적·규범적 관점에서 일반적으로 승인되는 것처럼 보이는 수단이 다수 존재할 경우 기본권제한을 가장 최소화하는 수단을 선택할 것이 요구된다. 따라서 형사정책적으로 법률 제정의 정당한 목적이 인정된다고 하더라도 동법은 비강제처분의 확대 경향 또는 방향성을 가져야 한다.

더 많은 정보의 보유가 효율적 범죄수사를 위하여 요구되고, 이를 가능케 하는 기술적 수단이 존재한다고 하여 언제나 수사기관에 의한 정보의 수집과 활용이 정당화되지는 않는다. 물론 과학기술의 발달을 통하여 보다 효과적인 수사가 가능하다면, 그와 같은 기술진보의 활용 자체가 문제가 되지는 않는다. 다만, 형사정책적 관점에서 볼 때, 기술이용에 따른 기본권 제약이 수반될 경우에는 비례성의 원칙에 따라 필요최소한의 권리제약에 부합하는 방식으로 도입을 고려해야만 할 것이며, 항상적으로 존재하는 오·남용가능성에 대한 대비를 함께 하여야 할 것이다.

그런데 디엔에이법이 제정되기 이전, 수사기관은 신원확인을 위해 지문정보와 전과정보 등 국가기관 중 가장 방대한 양의 개인정보를 보관·검색할 권한을 보유하고 있었다.²⁸⁾ 그럼에도 불구하고 더 많은 정보가 필요하다면, 중요한 것은 위험한 개인의 신원을 밝히고, 효과적으로 형법을 시행하도록 하기 위해 국가의 법집행에서 얼마나 많은 정보와 자료가 필요한지 여부가 형사정책적 관점에서 결정되어야 한다는 점이다. 현재의 형사정책들이 위험관리와 사회안전을 지향하면서 국가에 의한 방대한 통제를 허용하는 것처럼 보이지만, 앞서 언급한 바와 같이 안전은 형사정책의 지향점이 될 수 없다. 이러한 의미에서 디엔에이 데이터베이스의 구축이라는 국가에 의한 보다 강화된 통제는 ‘범죄예방을 통한 사회안전’라는 목적으로 정당화 될 수는 없다는 점에서 더욱 신중한 접근이 필요할 것이다.

28) 이와 같은 기존 보유정보를 근거로, 임지봉, 앞의 논문, 115면은 기존의 지문감식제도를 활용하거나 경찰력을 보강하는 등의 방법으로도 효율적 수사가 가능하다는 점에서 동법의 입법목적을 비판하고 있다.

Ⅳ. 유전자데이터베이스에 의한 프라이버시권 제한논리

1. 유전자데이터베이스와 개인정보자기결정권의 관계

가. 프라이버시권의 현대적 전개와 개인정보자기결정권

민주주의사회에서의 관용성과 다양성은 개인의 프라이버시권의 위상을 보다 높이고 있지만, 실제로 프라이버시가 무엇인지 또는 동 권리가 정확하게 무엇을 담고 있는지에 대한 단일의 정의를 찾기란 쉽지 않다. 프라이버시권은 헌법상의 권리가 아닌 보통법상의 불법행위의 문제로부터 시작하였지만, 점차 국가권력에 의한 부당한 침해로부터 개인의 사적 영역과 그 자율성을 보장하기 위한 헌법상의 권리로 발전하였기 때문이다.²⁹⁾

프라이버시권은 ‘홀로 있을 권리’로부터 출발하여³⁰⁾, 피임, 낙태, 동성애, 치료중단을 요구할 권리, 안락사 등의 문제로 발전하여 왔다. 초기 프라이버시권은 본질적으로 “불가침의 인격(an inviolate personality)”의 원리에 근거를 두고, 모든 개인에게는 사적인 것이 세상에 공표되어지는 경우 신체적으로 폭행을 당하는 것 이상의 침해로 여겨지는 감정, 사고, 정서의 범주가 있다고 보면서, 이러한 영역의 침해는 개인의 고유함과 완전성을 손상시키며, 독자성을 방해하고 존엄을 훼손한다는 점에서 기본권으로 받아들여져야 한다고 보았다.³¹⁾ 이러한 개념상의 출발에도 불구하고, 헌법상 프라이버시권리로 보호될 수 있는 사적 자유가 무엇이며, 이를 어떠한 영역에서 보호할 것인지의 문제는 지난 백여 년 동안 개별사안을 중심으로 발전하여 왔다.³²⁾

29) 최회경, “프라이버시권리의 변천”, 법조 제578권, 법조협회, 2004, 84면.

30) Pavesich v. New Eng. Life Ins. Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68, 78(1905).

31) Warren/Brandeis, “The Right to Privacy”, 4 Harvard Law Review. 193, 1890. 동 판결에 대한 자세한 소개는 서주실, “Warren·Brandeis의 The Right to Privacy”, 미국헌법연구 제6호, 미국헌법협회, 1995, 45면 이하 참조.

32) 헌법상 프라이버시권의 발전과 변화에 관한 구체적인 내용에 관하여는 김동복, “미국헌법상 프라이버시권의 보장근거”, 한국동북아논총 제18집, 한국동북아학회, 2001, 1면 이하; 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개”, 미국헌법연구 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013/4, 247면 이하; 성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 영남법학 제5권 제1·2호,

디엔에이법과 관련하여 지금까지 지적되어 온 기본권영역은 주로 형사절차와 관련한 무죄추정의 원칙 및 영장주의 외에 개인의 권리로서는 프라이버시권³³⁾이었지만, 그 실체에 관하여는 여전히 모호한 듯하다. 또한 프라이버시권과 개인정보자기결정권과의 관계에 관하여도 다소 견해의 대립이 있는 듯하다. 우선 개인정보자기결정권을 프라이버시권의 일종으로 보는 견해³⁴⁾와 헌법 제17조의 프라이버시권과 무관하게 개인정보자기결정권을 헌법 제10조의 인간의 존엄성으로부터 찾으면서 동법이 프라이버시권 및 개인정보자기결정권을 동시에 침해한다고³⁵⁾ 보기도 한다. 이에 관하여 헌법재판소³⁶⁾는 “개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본 질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히

영남대학교 법학연구소, 1999/2, 21면 이하; 전광백, “프라이버시의 침해-우리나라와 미국 판례를 중심으로”, 법학연구 제14집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2011/3, 123면 이하; 최희경, 앞의 논문, 94면 이하 참조.

- 33) 김성규, “DNA정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제”, 형사정책연구 제23권 제1호, 한국형사정책연구원, 2012, 259면 이하; 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로-”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 235면 이하; 신동일, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 문제점과 대안”, 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012/4, 7면 이하; 신양균, “유전자정보은행제도와 인권-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로-”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 59면 이하; 심희기, “유전자정보은행과 프라이버시 이슈들”, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006, 85면 이하; 이상용, “범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제15권 제3호, 한국형사정책연구원, 2004, 149면 이하; 이성기/한면수, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 위헌성에 관한 논의-미국, 영국, 독일, 프랑스의 입법례 비교를 중심으로”, 법과 정책연구 제12집 제1호, 한국법정책학회, 2012/3, 115면 이하; 조성용, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010, 223면 이하 등.
- 34) 심희기, 앞의 논문, 87면; 황인수/김재희, “형사상 유전자감식정보의 수집·관리 등에 대한 검토-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로-”, 경희법학 제46권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2011, 177면.
- 35) 신승남, “미국의 유전자 프라이버시 및 유전자 정보이용과 관련된 법률 분석 및 맞춤형학에의 시사점”, 법학논집 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009/3, 146면; 이호중, 앞의 논문, 253면.
- 36) 憲裁決 2005. 5. 26, 99헌마513.

포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권”이라고 본다.

생각건대 프라이버시권의 역사는 자유주의와 개인주의적 관점을 반영하여 발전하여 왔으며, 개인의 영역에 대한 정부의 개입이나 침해로부터의 자유를 의미하는 것이었고 끊임없이 계속된 소송을 통하여 프라이버시권으로 보호되는 영역을 넓혀왔다. 그리고 이러한 프라이버시권의 중핵은 사생활의 내밀한 영역을 지킬 권리이며, 사적인 것과 관련한 자기결정권의 개념을 개인 스스로가 자기의 생활상의 것에 관한 결정의 권리라고 한다면, 이는 적어도 사생활을 중요한 요소로 하는 점에서 프라이버시권과 밀접한 관련성을 가지는 것이고, 자기결정은 넓은 의미의 프라이버시권에 포함된다고 할 수 있을 것이다.³⁷⁾ 이러한 의미에서는 개인정보자기결정권을 자기결정권의 일부로 보아 프라이버시권의 범주로 이해하여, 프라이버시권의 주체 및 보장범위와 관련하여 설명하는 것이 개인의 권리보호에 보다 유용할 것으로 생각된다.

나. 유전자 프라이버시(Genetic Privacy)

유전자데이터베이스와 관련하여 프라이버시권을 논하기 위해서는 유전자프라이버시의 개념을 설정하여야 한다. 다음은 유전자 프라이버시 개념에 관한 구체적인 내용이다.³⁸⁾ 첫째, 개인의 유전적 권리(genetic right)가 인정되어야 하는데, 이는 식별가능한 유전자 시료의 수집, 저장, 분석을 허용할 것인가 여부 및 그 시기 선정이 개인이 결정할 수 있는 권리여야 한다. 또한 유전적 권리에는 식별 가능한 유전자 시료에 접근하는 자를 결정할 수 있는 권리, 자신의 유전정보에 접근할 수 있는 권리, 자신의 유전정보에 접근하는 자를 결정할 수 있는 권리, 유전자 시료의 수집,

37) 석인선, 앞의 논문, 277면; 이호용, “낳지 앓을 자유와 자기결정”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 국제헌법학회 한국학회, 2009, 217면.

38) George J. Annas, “Genetic Privacy” in DNA and the Criminal Justice System, The Technology of justice, The MIT Press, 2004, 135-146면(심희기, 앞의 논문, 102-103면 재인용).

저장, 분석과 극히 개인적인 유전정보의 공개와 관련된 모든 정보를 제공받을 권리가 포함되어야 한다. 둘째, 아동의 경우에는 이러한 유전적 권리를 허용하는 친권자의 권리가 제한되어야 한다. 셋째, 유전적 권리의 소유자에 의하여 허용되지 않는 식별가능한 유전자 시료의 수집, 저장, 분석이 금지되어야 하나, 범죄해결 등 공동체의 이익을 위한 예외는 인정되어야 한다. 다음으로 유전적 권리에 관한 법집행과 제도적 정책의 수립과 수행이 독려되어야 하며, 유전적 권리가 침해된 개인에게는 권리회복을 위한 구제장치가 제공되어야 하고, 유전적 권리를 침해하는 자에 대한 적절한 제재가 확보되어야 한다.

기본적으로 유전자 프라이버시 또는 유전자 정보보호의 문제는 형사법적 영역에서부터 출발한 것은 아니다. 미국의 경우 대부분의 주 입법부는 의료정보에 제공되는 유전정보의 보호지침을 발전시켜 왔는데 유전정책의 접근은 유전자 예외주의로 알려지면서, 예언적이고 개인적이면서 혈통적인 특성과 기타 개인 고유의 특질을 유전정보로서 특별법으로 보호해 왔다. 미국은 주 유전개인정보보호법상 의료정보의 개념에 유전정보를 포함시킴으로서 기타 의료 개인정보와 동일하게 유전자 정보를 다룬다. 그 결과 동법은 일반적으로 동의 없는 특정 영역에서의 유전정보의 수집을 제한한다. 2008년 기준으로 17개 주에서 유전자 검사나 유전정보의 획득에 사전 동의를 요구하고 있으며, 27개 주에서 유전정보의 공개에 동의를 요하고 있다. 또한 알래스카, 콜로라도, 플로리다, 조지아, 루이지애나 주에서는 명시적으로 유전정보를 개인의 재산으로 정의하고 있다. 알래스카는 더 나아가 DNA 샘플에 대하여 개인의 재산권을 인정하고 있다.³⁹⁾

이처럼 유전자 프라이버시란 개인정보의 일종으로 또는 더 나아가 개인의 재산권 영역으로 확장되어 보호되는데, 형사법의 영역에서는 매우 광범위한 예외가 인정된다. 앞선 유전적 권리의 개념 세 번째 정의에서도 알 수 있듯이 유전자 프라이버시가 개인의 권리라 하더라도 범죄해결 등의 공공의 이익을 위한 제한은 인정되기 때문이다.

39) <http://www.ncsl.org/research/health/genetic-privacy-laws.aspx> 유전개인정보보호법을 위반한 유전개인정보의 취득에 대한 처벌규정은 각주의 법률마다 차이가 있다. 2008년을 기준으로 할 때에는 알래스카, 캘리포니아, 콜로라도, 델라웨어, 플로리다, 조지아, 아이다호, 일리노이, 루이지애나, 메사추세츠, 미주리, 네바다, 뉴저지, 뉴멕시코, 뉴욕, 오레곤, 사우스 캐롤리나, 유타, 버몬트 등 19개 주를 제외한 모든 주에서 처벌규정을 두고 있다.

즉, 범죄해결과 같이 유전자 프라이버시와 공익간의 양립할 수 없는 영역의 경우, 유전자 프라이버시는 공익을 위하여 권리제한이 가능해 진다. 다만 유전자프라이버시권의 제한의 목적이 정당하더라도, 누구의 유전자프라이버시를 제한할 것인가 그리고 어느 정도로 제한할 것인가는 사익과 공익간의 비례성의 원칙에 합치하여야 하며, 입법의 방향 역시 그러한 한계 내에서 설정되어야 한다.

2. 개인정보자기결정권의 인적 제약과 개선방안

가. 구속된 피의자

피의자 단계에서 자료를 입력하는 경우 당해사건 외에 피의자가 검거 전 저지른 추가범죄를 판결 이전에 검색하여 피의자의 숨겨진 범죄를 추가로 밝혀낼 수 있는 수사상의 이점이 존재한다고 보기도 한다.⁴⁰⁾ 그러나 피의자의 유전자감식은 당면할 수사절차에서의 문제이므로 디엔에이법상의 정보저장과 관계없이 감식정보를 당해사건외의 미제사건에 대조하는 것은 디엔에이법에서 의미하는 저장대상으로서의 구속된 피의자와는 무관하며, 만일 피의자의 유전자감식이 당면한 수사절차에서 당해사건의 수사와 관계없이 행하여 졌다면 이는 여죄사건에 대한 불법한 수사방법이 될 것이다.

형사정책적인 관점에서도 구속된 피의자의 디엔에이 정보의 수록은 개인정보자기결정권과 공익과의 형평성의 문제에서도 비판점이 제기된다. 앞서 본 바와 같이 영국의 경우에는 가장 광범위하게 대상자를 선별하고 있었으나, 2008년 유럽인권재판소에 의하여 소추되지 않은 자 및 소추되었지만 유죄로 되지 않은 자의 DNA 감식시료 등을 보유하는 것은 개인의 프라이버시권을 과도하게 침해하는 것이므로 유럽인권조약 제8조에 위배된다고 판시한 바 있다.⁴¹⁾ 유럽인권조약 제8조는 프라이버

40) 이승환, 앞의 논문, 157면.

41) ECHR, S. and Marper v. The United Kingdom(Applications nos. 30562/04 and 30566/04), 4 December 2008, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90051> 참조.

사건에서 S는 절도미수로 기소되었으나 무죄로 석방되었으며, Marper는 가혹행위죄로 기소되었으나 피해자와 합의하여 사건이 중단된 후, 영국 당국에 DNA 정보와 시료의 삭제를 요구하였으나 모든 상소심에서 기각되었다.

시권⁴²⁾으로서, 유럽인권재판소는 국가에 의한 DNA감식시료 및 정보의 보유가 프라이버시권을 침해하지만, 그러한 간섭이 범죄검거와 범죄예방이라는 정당한 목적 하에 허용된다고 보았다. 그러나 범죄의 혐의가 있었지만 유죄로 인정되지 않은 자의 DNA정보의 보유는 정당화되지 않는다고 보았으며, 무죄추정권을 보유한 자와 유죄인 자를 동등하게 평가하는 것은 적절하지 않다고 보았다. 즉 무죄추정권을 보유한 자에 대하여는 DNA 데이터베이스 구축을 통한 공익보다 프라이버시권이라는 사익이 더 존중되어야 한다. 이는 우리 법률상의 구속된 피의자의 개인정보자기결정권 보호의 문제에도 많은 시사점을 준다. 구속된 피의자에게 무죄추정권이 있는 한 피의자는 구속여부와 관계없이 모두 개인정보자기결정권이 우선되어야 한다.

나아가 피의자에 대한 강제처분으로써 구속의 기준이 반드시 유전자감식결과와 데이터화의 기준과 일치하는가에 관한 의문이다. 현행 형사소송법상 제201조는 피의자의 구속사유로 일정한 주거가 없을 때, 증거를 인멸할 염려가 있을 때, 도망 또는 도망할 염려가 있을 때를 명시하고 있다. 즉, 구속사유와 유전자데이터베이스의 대상 여부는 일치하지 않으며, 피의자란 구속되었거나 불구속되었거나 같은 개념이다. 그럼에도 불구하고 감식대상을 구속된 피의자로 한다는 점은, 신원이 이미 확보된 자로 한정함으로써 유전자감식시료의 채취의 용이성을 고려한 것이라는 의심을 가지게 한다.

나. 수형인

동법 제5조에 따라 유죄가 확정되었거나 치료감호 등 보안처분의 선고가 확정된 자들에 대하여는, 이미 형사처벌이 확정된 자들이기 때문에 비례성의 원칙에 따르면 더라도 사익보다 공익이 우선시 되는 듯 보인다. 그러나 동법상 정보의 수집과 저장은 당해 사건의 형사소추절차가 이미 종료된 후, 잘래 범죄사건의 효율적 수사를

42) 유럽인권보호조약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리) ① 모든 자는 그 사생활, 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다. ② 그 권리의 행사에 대한 공공기관의 개입은 법률에 근거하는 동시에 국가의 안전, 공공의 안전 또는 국가의 경제복리를 위해서, 무질서 및 범죄의 방지를 위해서, 건강 및 도덕의 보호를 위해서 혹은 타인의 권리 및 자유의 보호를 위해서만 가능하고, 그것은 민주사회가 필요로 하는 것이어야 한다.

위한 목적으로 행하여진다는 점에서는 수형인 등에 대한 디엔에이 정보의 수집과 저장 역시 그 타당성을 검증받아야 할 것이다.

동법은 아무런 제한 없이 행위군만을 선정하여 유전정보의 수록 및 저장을 규정하고 있지만, 만일 효율적 범죄수사의 목적을 달성하기 위해서라면 동일인이 장래 재범가능성이 있어서 장래 발생가능한 범죄의 행위자일 것을 전제로 하여야 한다. 그러나 재범예측이란 행위판단이 아닌 행위자판단에 기인하여야 하므로, 재범의 위험성에 관한 예측변수 역시 행위자를 기준으로 한다. 또한 유전자감식정보의 저장은 정보의 자기결정권이라는 기본권과 충돌하므로, 정보의 자기결정권의 침해를 최소화 또는 감소시키는 방향으로 재범의 위험성을 예측하여야 한다. 그러나 디엔에이법은 재범의 예측에 관한 다른 규정 없이 모든 대상범죄의 행위자에게 개별적 재범률을 고려함 없이, 단순한 평균적 재범률을 근거로 하여, 행위자 표상이 아닌 행위를 기준으로 재범의 가능성을 예측하는 오류를 범하고 있다.

따라서 재범예측을 전제로 하여, 수형자 중 유전정보 수록대상자를 다시 선별하는 작업이 필요할 것이다. 이와 관련하여서는 다음과 같은 방안이 가능할 것이다. 첫째, 입법상의 방법으로서, 독일 형사소송법 제81조 g 제1항⁴³⁾이나 미국의 “현저한 범죄”의 경우⁴⁴⁾처럼 조문의 형식으로 재범예측규정을 삽입하는 방법이다.⁴⁵⁾ 다음으로, 재범예측방법에 관하여는 유전자감식시료채취영장 규정인 제8조에 따라 검사가 관할지방법원 판사에게 디엔에이 채취영장을 청구할 때, 당해 관할지방법원 판사가 재범가능성에 관하여 예측하는 방법이다. 다만 제8조는 구속된 피의자 및 수형인 등을 모두 대상으로 하지만, 구속된 피의자 규정인 제6조 부분은 삭제되어야 할 것이다.

43) 동 조항은 피의자가 “중대한” 범죄 또는 성적 자기결정권을 침해하는 범죄를 범한 혐의가 있는 경우에 “범죄의 형태나 실행방법, 피의자의 인성 또는 그 밖의 인식을 근거로 장래에 피의자에 대하여 중대한 범죄행위를 이유로 한 형사절차가 개시될 수 있다고 인정한 만한 근거가 존재”할 때에, 유전자정보를 저장할 수 있도록 하고 있다.

44) 미국은 각주별로 DNA정보수록의 대상이 다르지만 일반적으로 “현저한 범죄”를 기준으로 한다고 본다. 그리고 이 “현저한 범죄”의 기준으로 많은 수의 연방법원은 “높은 재범률”을 특별한 필요조건으로 하고 있다.(United States v. Kincade, 379 F. 3d 813, 830-831)

45) 조성용, 앞의 논문, 239면은 피의자나 수형인의 재범 위험성에 대한 실질적인 심사를 요건으로 할 것을 제시하고 있다. 반면, 이호중, 앞의 논문, 244면은 그 어떤 경우에도 피의자든 수형인이라도 DNA정보수록을 할 수 없음을 주장한다.

다. 가족간 검색

가족간 검색이란 일반검색을 수행하고도 일치하는 파일을 찾을 수 없을 때 추가적으로 행해지는 검색이다. 즉 범죄현장에서 얻어진 증거로부터 일치하는 자를 알 수 없는 경우 생물학적으로 밀접한 가계도를 식별하기 위한 목적으로 시행된다.⁴⁶⁾

미국의 경우에는 연방단위의 NDIS에서 수행되지는 않으며, 각 주마다 가족검색 수행 여부가 다르다. 예컨대 캘리포니아, 콜로라도, 텍사스, 버지니아 및 와이오밍 등은 일정한 절차에 관한 매뉴얼⁴⁷⁾을 두고 가족검색을 수행하고 있지만, 메릴랜드 (2-506 §)와 컬럼비아 특별구 (22-4151을 §), 가족 검색을 금지하는 법을 통과시켰다.⁴⁸⁾

반면 영국의 경우에는 국가적 차원에서 가족간 검색을 허용한다. 다만 가족간 검색은 오로지 중대범죄에만 이용되며, 2012-2013년간 총 33건의 가족간 검색이 이루어졌다. 2003년 이후 다른 단서가 없는 상태에서 중대범죄 54건의 용의자를 가족간 검색을 통하여 확보하였고, 이중 38건의 유죄판결을 이끌어 냈다고 한다.⁴⁹⁾

자기결정권의 대상이 되는 정보는 개인정보에 국한되어야 하며, 개인정보에 한해서만 개인에게 처분, 양도, 포기 등의 부수적 권리들이 부여된다. 그러나 유전정보는 일반 개인정보와는 다른 특수성을 가진다.⁵⁰⁾ 비록 junk DNA라 할지라도 개인식별정보를 넘어서 가족 또는 혈족 등의 정보뿐만 아니라 인정의 정보까지 분석될 수 있기 때문이다. 예컨대 영국의 NDNAD 보고서에 따르면 유전자형의 분석은 자동적으로 성별, 인종까지도 나타내므로⁵¹⁾, 특히 NDNAD가 이를 기록하는 것에 대하여 유전자정보은행의 목적에 부합하지 않는 비판이 제기되고 있다. Junk DNA라고 하더라도 본래 유전자정보은행의 취지에 부합하지 않는 정보까지도 자동적으로 해

46) <http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/familial-searching>

47) http://ag.ca.gov/cms_attachments/press/pdfs/n1548_08-bfs-01.pdf

48) [http://law.justia.com/codes/maryland/2010/public-safety/title-2/subtitle-5/2-506/;](http://law.justia.com/codes/maryland/2010/public-safety/title-2/subtitle-5/2-506/)
<http://government.westlaw.com/linkedslice/default.asp?rs=gvt1.0&vr=2.0&sp=dcc-1000>

49) NATIONAL DNA DATABASE STRATEGY BOARD ANNUAL REPORT 2012-13, 6면.

50) 신동일, 앞의 논문, 26면 각주 45)는 이러한 의미에서 유전정보는 자기결정권의 범위에서 보호받아야 하는 개인정보가 아니라고 본다.

51) NDNAD보고서에 따르면 2012-2013년 북유럽 백인(white North European) 75%, 흑인(Black) 7%, 중동(Middle Eastern) 2%, 아시아(Asia) 2%, 중국/일본/동남아시아(Chinese/Japanese/SE Asia) 2%, 미상(Unknown) 8%의 범죄자 유전정보가 데이터화 되어 있다고 한다.

독되기 때문에, 현재 범죄수사라는 목적에 불필요한 정보까지 수집하게 됨으로써 인종간의 문제 또는 유전자정보은행이 또 다른 인종차별의 씨앗을 만든다는 비판이 제기되는 것이다.⁵²⁾

가족간 검색을 포함하여 이러한 문제들은, 앞서 언급한 바와 같이 유전정보는 다른 개인정보와는 달리 개인에 국한된 정보가 아니라는 점에서 제기된다. 효율적 범죄수사라는 목적으로 진압적·통제적 형사정책의 일환으로서 유전정보 데이터베이스화가 입법화되었다면, 비례성의 원칙에 따라 그 어떤 경우에도 가족간 검색은 부정되어야 한다. 이는 정보자기결정권의 범위 내의 문제가 아니며, 가족 전체가 수사의 대상이 되는 결과를 초래하기 때문이다.

3. 개인정보자기결정권의 내용적 제약과 개선방안

개인정보자기결정권의 구체적 권리내용에 관하여는 통일적으로 확립되어 있지는 않은 것으로 보인다. 대체로는 익명정보장권, 정보선택동의권, 정보제공권, 잊혀질 권리 보장권, 정보처리금지청구권, 정보정정청구권, 정보분리청구권, 정보삭제청구권 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

이에 관하여 헌법재판소⁵³⁾는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리”라고 보면서 “개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신분, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개

52) NDNAD의 DNA분석결과 중 인종의 분류에 관하여는 두 가지 문제점이 제기된다고 한다. 하나는 범죄자의 인종이 DNA를 통해서 나타남으로써 이것이 새로운 인종차별 또는 인종간의 불화를 제기한다는 점이며, 다른 하나는 인종간의 결합으로 인하여 어느 특정한 인종으로 분류하기 모호한 경우가 발생한다는 점이다. 이에 대하여 NDNAD가 본래의 목적에 적절하지 않은 정보를 저장한다는 비판이 제기된다. <http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/crime/article6828261.ece>

53) 憲裁決 2005. 5. 26, 99헌마513. 동 결정은 주민등록법상 지문의 수집, 보관과 관련된 사안이다.

인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인 정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.”고 함으로써, 개인정보자기결정권의 구체적인 내용을 간접적으로 제시하고 있다. 여기에서는 이러한 헌법재판소의 결정내용을 기초로 정보제공거부권, 정보변경신청권, 정보열람권, 정보삭제권으로 나누어 살펴보고자 한다.

가. 정보제공거부권

동법상 제5조 및 제6조에 해당하는 대상자는 원칙적으로 정보제공거부권이 보장되지 않는다. 동법은 대상자의 정보제공에 동의가 없을 경우에도 영장주의에 따른 강제처분을 인정하기 때문이다. 미국의 경우에는 피고인에 대한 DNA 강제적출이 미국 수정헌법 제4조상 불법 압수수색이자, 제5조의 묵비권을 행사할 수 있는 권리의 침해라는 취지의 소송들⁵⁴⁾이 행해졌지만, 쉽게 받아들여지고 있지는 않다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 대상자가 동의할 경우에는 정보자기결정권의 침해가 없으므로 감식시료의 채취 및 분석정보의 수록은 권리침해가 아니나, 대상자가 동의하지 않을 경우에는 영장발부에 앞서 타당성 여부를 심사하는 절차를 마련함이 타당할 것이다. 예컨대 체포구속영장 발부시 영장실질심사 절차를 거치는 것과 유사하게, 제8조에 의한 영장발부 전에 영장발부판사가 대상자를 신문하고 판사가 영장발부를 할 때에는 유전자정보 수집의 타당성의 기준을 재범위험성에 맞추어 판단하여야 할 것이다.

2013년에 개정된 OECD 프라이버시 가이드라인⁵⁵⁾ 제7조⁵⁶⁾에 따르면 수집제한의 원칙을 통하여 공공기관에 수집되는 개인정보는 제한적이어야 하며, 합법적이고

54) *Roe v. Marcotte*, 193 F. 3d 72, 76-77(2d Cir. 1999); *People v. Wealer*, 636 N.E. 2d 1129, 1136(Ill. App. Ct. 1994); *State v. Olivas*, 856 P.2d 1076(Wash. 1993); *United States v. Reynard*, 220 F.Supp.2d 1142(S.D.Cal. 2002); *United States v. Knight*, 534 U.S. 112(2001).

55) Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (2013) [C(80)58/FINAL, as amended on 11 July 2013 by C(2013)79]
<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf>

56) There should be limits to the collection of personal data and any such data should be obtained by lawful and fair means and, where appropriate, with the knowledge or consent of the data subject.

공정하게 수집되어야 할 뿐만 아니라, 필요할 때에는 정보주체의 동의를 얻도록 요구하고 있다. 동 가이드라인은 1980년에 채택된 것으로서, 동 가이드라인의 채택당시 개인정보 내에 유전정보를 예정하였다고 단정할 수는 없으나, 2013년 개정 가이드라인에서도 수집제한의 원칙은 수정된 바 없다. 따라서 유전정보 역시 개인정보 자기결정권의 대상이 된다는 점에서는, 당사자의 동의에 의한 정보수집원칙에 보다 충실한 입법이 이루어져야 할 것이다.

나. 정보변경권

기 제공된 DNA 정보에 대하여 정보의 주체는 정보변경권을 보유할 수 없다고 보아야 한다. 지문과 관련한 헌법재판소의 의견을 인용하면, “첫째, 지문정보는 개인의 동일성을 확인할 수 있는 하나의 징표일 뿐 종교, 학력, 병력, 소속 정당, 직업 등과 같이 정보주체의 신상에 대한 인격적·신체적·사회적·경제적 평가가 가능한 내용이 담겨 있지 아니하므로, 그 자체로는 타인의 평가로부터 단절된 중립적인 정보라고 할 수 있다. 둘째, 지문정보는 누구나 손쉽게 정보주체를 확인할 수 있는 성명, 사진, 주민등록번호 등과는 달리 일반인의 경우 지문정보의 내용을 가지고 정보주체를 파악하는 것이 거의 불가능하고, 이에 대한 전문적인 감식능력이 있는 경우에만 그 정보주체의 확인이 가능하다. 셋째, 지문정보는 지문을 직접 날인하는 방법에 의하여 생성되기 때문에 정보주체로부터 정보수집자에게로 전달되는 과정에서 정보의 내용이 실제 내용과 다르게 왜곡될 염려가 없는 객관적인 정보”라고 본다.

지문정보와 유사하게 개인식별정보로 이용되는 DNA정보 역시 이와 동일한 평가가 가능하다. 따라서 개인정보자기결정권은 정보주체로 하여금 개인정보의 공개와 이용을 스스로 통제하도록 함으로써 타인에게 형성될 정보주체의 사회적 인격상에 대한 결정권을 정보주체에게 유보시킨다는 의미를 갖고 있다는 점에서, DNA정보는 지문정보와 같이 위와 같은 특성으로 인하여 그러한 결정권을 제약하는 요소로 작용할 여지가 매우 작다. 즉, DNA정보는 개인식별만을 위한 정보일 뿐 개인의 신상에 관한 평가가 아니라는 점에서 제공한 개인이 정보변경권을 가지지는 않는다.

다. 정보열람권

정보열람권은 정보의 주체의 열람권과 정보주체 이외의 자의 열람권으로 구분할 수 있다. 디엔에이 데이터베이스에서 저장된 정보의 정보주체 열람권은 의미가 크지 않다. 중요한 점은 정보주체 이외의 자의 열람권으로, 동법 제11조는 디엔에이신원정보의 검색 및 회보에 관하여 디엔에이신원확인정보담당자 만을 정보검색자로 한정하였지만, 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사 또는 변호사 신원확인을 위하여 요청하는 경우 및 법원이 형사재판에서 사실조회를 하는 경우, 그리고 데이터베이스 상호간의 대조를 위하여 필요한 경우 검색한 내용을 회보할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 검사, 사법경찰관 및 법원은 법률상의 제한 없이 형사절차에서 간접적인 정보열람권을 가진다.

그런데 유전정보의 특성상 검색은 신원확인이 요구되는 특정 유전정보와의 상호대조를 통한 일치성을 확인하기 위하여, 모든 데이터의 열람권이 허용되게 된다. 이처럼 무작위 검색은 해당사건의 범죄혐의가 없는 수많은 사람들의 정보열람권을 침해하는 것은 아닌가 문제된다. 이에 관하여는 저장된 DNA 데이터베이스의 검색을 위한 별도의 영장이 필요하다는 견해⁵⁷⁾와 정당하게 수집된 정보라면 별도의 사법적 통제가 필요하지 않다는 견해⁵⁸⁾ 및 무작위 검색 자체가 정당화될 수 있는가의 문제로 접근하는 견해⁵⁹⁾가 대립된다.

유전정보의 데이터베이스화의 목적은 효율적인 범죄수사를 위함이고, 이를 위한 유전정보의 관리는 유전정보의 상호대조를 방법으로 하게 된다. 따라서 유전정보의 데이터베이스의 열람은 지인망식의 무작위 대조를 전제로 하게 된다. 그러나 현행법이 대상자의 동의와 무관하게, 그리고 재범위험성 판단절차를 거치지 않은 상태에서 당해 유전정보가 무작위 검색되는 수많은 정보주체들의 의사와 무관하게 정보열람권을 좌우할 수 있다는 논리는 매우 위험하다. 이는 국가에 의한 정보통제권의 남용의 우려가 있을 뿐만 아니라, 열람되는 정보주체들을 잠재적 범죄자로서 언제든지 감시

57) 유영찬/장영민, “경찰과학수사의 발전방안에 관한 연구: 유전자은행의 설립과 활용을 중심으로”, 치안논총 제14집, 치안정책연구소, 1998, 513면.

58) 조성용, 앞의 논문, 250면.

59) 박용철, “피의자의 유전자 정보 채취의 제문제: 유전자 감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률(안) 제출과 관련하여”, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006; 이호중, 앞의 논문, 249면.

와 통제의 대상이 되는 결과만을 초래할 뿐이며, 궁극적으로는 형사절차에 있어서 적법절차의 원리의 이본이념에 충실한가의 문제를 제기하게 된다. 따라서 동법 제11조에 의한 검색 및 회보 절차 자체에 대한 영장주의 또는 이와 유사한 통제절차를 정비하든지 아니면 유전정보의 수집 및 저장시점부터 대상자의 동의 또는 법원에 의한 사전실질심사절차를 거치든지 보다 강화된 통제장치를 정비함이 타당하다.

라. 정보삭제권

정보삭제권과 관련하여 동법은 두 가지 문제점이 지적될 수 있다. 먼저 대상자의 삭제청구권의 부재이다. 물론 제13조에 삭제규정을 명문화하고 있지만, 이는 무죄, 면소, 공소기각, 불기소처분 등으로 한정되어 있다. 또한 삭제규정만 존재할 뿐 보관기간에 대한 규정은 달리 두고 있지 않다. 이를 반대해석하면 피수룩된 수형인 또는 구속피의자는 삭제사유에 해당하지 않는 한 사망하기까지 디엔에이신원확인 정보 데이터베이스에 정보가 보존된다. 따라서 일반삭제규정의 필요성에 관하여는 재고하여야 할 것이다.⁶⁰⁾

입법례를 살펴보면 영국, 오스트리아, 핀란드, 노르웨이 등 영구 불삭제국가 이외에는 대부분 보관기간을 규정하고 있다. 독일, 스웨덴, 네덜란드, 덴마크, 헝가리 등은 수형자대상 정보는 5-20년 후에, 피의자대상 정보는 무죄판결 또는 기각의 경우 삭제하도록 되어 있다.

국가기관에 의한 정보저장 및 관리의 기간이 길어질수록 개인의 정보자기결정권의 영역은 비례하여 축소된다는 점이 정보의 관리기간 또는 삭제사유를 정함에 있어 반드시 고려되어야 할 것이다. 대상자의 정보삭제권은 삭제여부에 관한 필요성 심사절차를 통해서든 아니면 일정기간의 존치기간을 둠으로서 기간도과 후에는 삭제하는 방식을 취하든 보장되어야 한다. 최근에는 일반인의 잊혀질 권리가 프라이버시권의 새로운 영역으로 부상하고 있다. 이러한 시점에서 유전정보수룩 대상자의 정보삭제권은 더욱 존중되어야 할 것이다. 더욱이 형의 실효에 관한 법률을 두고 있는 우리 법제에서 유전정보만은 유죄인 대상자가 사망하지 않는 한 정보삭제에

60) 신양균, 앞의 논문, 69면; 이승환, “합리적인 범죄자 DNA 데이터베이스구축”, 한국형사정책학회 추계학술대회 자료집, 2006, 11면; 이호중, 앞의 논문, 257면.

관한 아무런 규정을 두지 않는 것은 형사정책적 관점에서도 비례성의 원칙에 반함을 인정하지 않을 수 없다.

V. 마치며

디엔에이법은 입법목적상 도달할 수 없는 안전개념을 도입하여 범죄예방과 이를 통한 권익보호를 내세우고 있다. 우리 사회의 안전불감증만큼이나 기본권불감증은 안전이라는 도달할 수 없는 이상만큼이나 팽배해 있는 듯하다. 그나마 효율적 범죄수사라는 목적은 동법의 입법목적에 직설적으로 드러내고 있다. 그러나 효율적 범죄수사라는 형사정책적 관점은 언제나 국가공권력의 발동이 기본권에 대한 최소침해, 즉 비례성의 원칙에 부합하여야 한다는 근본이념을 벗어날 수 없다.

헌법상의 기본권은 무제한적인 권리가 아니기 때문에 입법목적의 정당성이 인정되는 법률에 의한 제한이 가능하다는 점에서, 이러한 기본권 침해 또는 제약은 동법의 입법목적에 비추어 보아 동법이 헌법의 보호영역 내에 존재하는가 여부 및 비례성의 원칙에 위반되지 아니하는가의 문제로 귀결된다. 즉 동법상의 입법목적에 비추어 보아 개인의 기본권제한이 개인에게 수인의무로 부과됨이 타당하다면, 이를 기본권침해적 입법으로 볼 수 없게 된다. 그러나 이는 형사정책적 의미에서 접근되어야 할 것이며, 효율적 범죄수사라는 목적과 디엔에이 데이터베이스화라는 수단 간에 비례성의 원칙이 인정되어야만 할 것이다.

본 논문에서는 디엔에이법의 입법 목적을 사회안전이라는 개념으로부터 접근하여, 개인정보자기결정권의 구체적 제약내용과 그 범위에 관하여 살펴보았다. 국가에 의한 개인통제를 위한 정보결속력 또는 정보통제력이 강화될수록 개인의 안전은 보장되는가 아니면 개인의 프라이버시권의 침해만 가속화되는가의 문제는 보다 성숙한 논의가 필요할 듯하다. 유전정보는 일반적으로 개인이 인식하지 못하는 개인의 정보이다. 그리고 국가가 이를 보유하고자 하는 취지가 개인의 잠재적 범죄경향성을 광범위하게 수용하고 감시와 통제의 기제를 확장하고자 하는 취지라면, 동법에 의한 프라이버시권 침해구도는 보다 면밀하게 검토되어야 할 것이다.

참고문헌

국내문헌

- 경찰청, 2011헌마 326 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 헌법소원 사건에 대한 의견서, 2011/10/21
- 김동복, “미국헌법상 프라이버시권의 보장근거”, 한국동북아논총 제18집, 한국동북아학회, 2001
- 김성규, “DNA 정보의 데이터베이스화에 관한 법제의 의미와 형사정책적 과제”, 형사정책연구 제23권 제1호, 한국형사정책연구원, 2012
- 김혜경, “사회안전과 실체형법의 변화 - 과제와 전망- 사회안전과 사회통제, 그리고 성찰적 형법”, 비교형사법연구 제15권 제1호, 한국비교형사법학회, 2013/7
- 김혜경, “유전자정보수집의 입법목적의 정당성-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로-”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010
- 박용철, “피의자의 유전자 정보 채취의 제문제: 유전자 감식정보의 수집 및 관리에 관한 법률(안) 제출과 관련하여”, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006
- 법무부, 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률(안) 입법예고 보도자료, 2009/5/27
- 서계원, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 문제점과 개선방안”, 세계헌법연구 제16권 제2호, 세계헌법학회, 2010
- 서계원, “범죄자 DNA 데이터베이스의 도입과 국가 주도적 위험사회의 도래”, 세계헌법연구 제18권 제1호, 세계헌법학회, 2012
- 서주실, “Warren·Brandeis의 The Right to Privacy”, 미국헌법연구 제6호, 미국헌법학회, 1995
- 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개”, 미국헌법연구 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013/4
- 성낙인, “프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제”, 영남법학 제5권 제1·2호, 영남대학교 법학연구소, 1999/2

- 신동일, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 문제점과 대안”, 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012/4
- 신승남, “미국의 유전자 프라이버시 및 유전자 정보이용과 관련된 법률 분석 및 맞춤형학에의 시사점”, 법학논집 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009/3
- 신양균, “유전자정보은행제도와 인권-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로-”, 형사법연구 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010
- 심희기, “유전자정보은행과 프라이버시 이슈들”, 형사정책 제18권 제2호, 한국형사정책학회, 2006
- 유영찬/장영민, “경찰과학수사의 발전방안에 관한 연구: 유전자은행의 설립과 활용을 중심으로”, 치안논총 제14집, 치안정책연구소, 1998
- 이상용, “범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토“, 형사정책연구 제15권 제3호, 한국형사정책연구원, 2004
- 이성기/한면수, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 위헌성에 관한 논의-미국, 영국, 독일, 프랑스의 입법례 비교를 중심으로”, 법과 정책연구 제12집 제1호, 한국법정정책학회, 2012/3
- 이승환, “범죄자 DNA 데이터베이스의 이론과 국제 현황”, 형사법의 신동향 통권 제18호, 대검찰청, 2009/2
- 이승환, “합리적인 범죄자 DNA 데이터베이스구축”, 한국형사정책학회 추계학술대회 자료집, 2006
- 이호용, “낳지 않을 자유와 자기결정”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 국제헌법학회 한국학회, 2009
- 이호중, “DNA법의 문제점과 위헌성 검토”, 민주법학 제51호, 민주주의법학연구회, 2013/3
- 임지봉, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률안의 위헌성과 기타의 문제점 및 그 대안”, 서강법학 제11권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2009
- 전광백, “프라이버시의 침해-우리나라와 미국 판례를 중심으로”, 법학연구 제14집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2011/3
- 조성용, “디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 형사정

- 책연구 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010
- 조성용, “범죄자 유전자정보은행의 설립에 관한 법적 고찰”, 고려법학 제49권, 고려대학교 법학연구원, 2007
- 최영준, “위험 관리자로서의 복지국가: 사회적 위험에 대한 이론적 이해”, 정부학연구 제17권 제2호, 고려대학교 정부학연구소, 2011
- 최희경, “프라이버시권리의 변천”, 법조 제578권, 법조협회, 2004
- 하태영, “DNA관리법과 DNA감정-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률-”, 동아법학 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010
- 한덕웅, “한국사회에서 안전에 관한 심리학 연구의 과제”, 한국심리학회지:사회문제 제9권, 한국심리학회, 2003
- 황만성, “과학적 증거의 증거능력과 증명력”, 형사정책연구 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007/가을
- 황인수/김재희, “형사상 유전자감식정보의 수집·관리 등에 대한 검토-디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률을 중심으로-”, 경희법학 제46권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2011

외국문헌

- British Medical Association, Human Genetics: Choice and Responsibility, Oxford University Press, 1998
- ECHR, S. and Marper v. The United Kingdom(Applications nos. 30562/04 and 30566/04), 4 December 2008,
- George J. Annas, “Genetic Privacy” in DNA and the Criminal Justice System, The Technology of justice, The MIT Press, 2004
- Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (2013) [C(80)58/FINAL, as amended on 11 July 2013 by C(2013)79]
- Leonard Saxe, "Admissibility of Polygraph Tests: The Application of Scientific

Standards Post-Daubert", Psychology, Public Policy and Law 5, American Psychological Association, 1999

M. J. Markett, Genetic Diaries: An Analysis of Privacy Protection in DNA Databanks, 30 SUFFOLK U. L. REV., 1996

NATIONAL DNA DATABASE STRATEGY BOARD ANNUAL REPORT
2012-13

Tobias Singelstein/Peer Stolle(윤재왕 역), 안전사회-21세기의 사회통제, 한국형사정책
연구원, 2012

Warren/Brandeis, "The Right to Privacy", 4 Harvard Law Review. 193, 1890

참고사이트

http://ag.ca.gov/cms_attachments/press/pdfs/n1548_08-bfs-01.pdf

<http://government.westlaw.com/linkedslice/default.asp?rs=gvt1.0&vr=2.0&sp=dcc-1000>

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90051>

<http://law.justia.com/codes/maryland/2010/public-safety/title-2/subtitle-5/2-506/>

<http://www.esr.cri.nz/competencies/forensicscience/dna/DNAdatabank.htm>

http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis_brochure

<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/familial-searching>

<http://www.ncsl.org/research/health/genetic-privacy-laws.aspx>

http://www.nfs.go.kr:8080/dept_01_01.action

<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf>

<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/crime/article6828261.ece>

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/252885/NDNAD_Annual_Report_2012-13.pdf

DNA Database and Privacy

Kim, Hye-Kyung*

Nuclear DNA analysis targets areas of human nuclear DNA called Short Tandem Repeats (STRs). These regions of DNA have no known association with medical conditions, defects or physical characteristics. Matches made among profiles in the Forensic Index can link crime scenes together; possibly identifying serial offenders. Matches made between the Forensic and Offender Indexes provide investigators with the identity of a suspected perpetrators. And it is very and most effective criminal investigation method.

According of Act on Use and Protection of DNA Identification Information, the purpose of this act is to contribute to investigations and prevention of crimes and the protection of citizens' rights and interests by providing for matters necessary for the collection, use, and protection of DNA identification information. But the aim of this act is only effective criminal investigation.

So effective criminal investigation as purpose should be preserved to Proportional Principle But DNA database is a risk of violating the right to privacy, especially Personal Information Control Right. Under this Act, a public prosecutor or a judicial police officer may collect DNA samples from a suspect detained for a crime. But this article violates personal information control right.

In right to privacy, there are information provider's right of veto, right to inspection of information, right of information change, right of information deletion. So, person to be contained in DNA database should have these rights except right of information change.

* associate professor, College of Law and Police Science, Keimyung University, Ph.D. in Law

❖ Key words: Act on Use and Protection of DNA Identification Information, DNA database, privacy, personal information control right, DNA identification information, DNA profile