

「DNA 집단테스트」 규정 도입 여부에 관한 법적 검토

조 성 용*

국 | 문 | 요 | 약

DNA 집단테스트는 현행 형사소송법 해석상 허용되지 않는다. 우선 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 또한 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 요컨대 우리나라 현행법상 DNA 대중테스트의 법적 근거는 없다. 나아가 동의에 의한 DNA 집단테스트 또한 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다. 다만 사인 주도의 자발적 집단테스트는 국가 주도의 DNA 집단테스트와 달리 허용된다.

입법론적으로 DNA 집단테스트를 이용한 수사를 허용할 것인지, 허용한다면 어떠한 범위까지 허용할 것인지 그리고 어떠한 방식으로 통제할 것인지 여부는 본질적으로 사회정책적 물음이다. 여기에서 형사소추의 효율성을 높이기 위하여 어느 정도로 자유의 상실을 감수할 준비가 되어 있는지 그리고 범죄투쟁이라는 목적을 달성하기 위하여 어느 정도로 수사기관과 시민 사이에 연대성을 요구해야 할 것인지 결정해야 한다.

현재의 법적 상황에 비추어 보면 신설되는 DNA 집단테스트 규정은 다음과 같은 목표를 지향해야 할 것이다. 첫째는 과학기술의 발전에 따라 가능하게 된 새로운 수사기법을 활용해 형사절차에서 효율적인 형사소추를 추구해야 한다. 둘째는 DNA 집단테스트 규정 도입으로 인하여 발생하는 관련 대상자들의 기본권 침해를 최소화하는 보호장치를 마련해야 한다. 이러한 의미에서 DNA 집단테스트의 전제조건에 대해 높은 장벽을 세우고 관련 대상자들의 정보보호를 위해 만전을 기해야 한다. 셋째는 실무에서 나타나는 법적 불안정을 해소시켜야 한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.61>.

❖ 주제어 : DNA 집단테스트, 혐의표지, 동의의 자의성, 절대적 법관유보

* 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』(이하 『디엔에이법』이라 함)이 시행된지 벌써 12년이 경과하였다. 그동안 디엔에이데이터베이스(DNA DB)의 운영 실태를 분석한 결과에 따르면, 동법에 근거해 설치된 DNA DB가 실제로 범죄수사에 있어서 효율성이 있으며, 사건의 신속한 해결을 위하여 필요하다는 점이 입증되었다.¹⁾ 그리하여 범죄현장에서 신원미상의 흔적물질이 발견되면 이를 디엔에이감식²⁾하고 여기서 얻어진 유전자형(디엔에이신원확인정보)³⁾을 구축 중인 범죄현장 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 대조하여 일단 동일인에 의한 연쇄범죄인지 확인하고, 그 다음 구속피의자 등 및 수형자 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 대조하여 미해결된 과거 여죄 여부를 확인하게 된다.

그런데 이러한 DNA DB에 의해서도 지목된 범인이 없는 경우 경찰은 종종 이른바 ‘DNA 집단테스트’(DNA Massentest)⁴⁾를 통하여 범인을 검거하고 있다. 여기서 DNA 집단테스트라는 것은 수사기관이 통상적으로 수사를 하였으나 끝끝내 범인을 찾지 못하는 경우 지금까지 수사 결과를 토대로 범인과 일치할 것으로 추정되는 일정한 혐의표지(Verdachtsmerkmale)를 설정하고 - 예컨대 성, 나이, 거주지 등 - 이러한 표지를 충족하는 관련 대상자 그룹을 대상으로 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식하고 여기서 얻어진 유전자형을 범죄현장에서 발견되거나 피해자에게서 보전된 흔적물질의 유전자형과 대조하는 것을 말한다.

이와 같은 DNA 집단테스트는 영국에서 최초로 실행되었다.⁵⁾ Leicestershire 카운티에서 1983년과 1986년 두 명의 소녀가 잇달아 강간살해되었다. 경찰은 동일범의 소행으

1) 조성용, 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 시행 10년에 대한 평가와 제언, 형사정책연구, 제32권 제1호, 2021, 160면.

2) 디엔에이감식이란 개인식별을 목적으로 디엔에이 중 유전정보가 포함되어 있지 아니한 특정 염기서열 부분을 검사·분석하여 디엔에이신원확인정보를 취득하는 것을 말한다(『디엔에이법』 제2조 제3호).

3) 유전자형 또는 디엔에이신원확인정보란 개인 식별을 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것을 말한다(『디엔에이법』 제2조 제4항).

4) 국내 문헌에서는 “일반대중에 대한 유전자감식테스트”, “DNA 집단검사”, “DNA 대량검색”(DNA Mass Screening) 등으로 번역하여 사용하고 있다. 어떠한 용어를 선택하든 내용상 큰 차이는 없다.

5) Dix, Das genetische Personenkenzeichen, DuD 1989, S. 35.

로 결론지었다. 두 피해자들의 질 속에서 발견된 정액의 유전자형이 디엔에이감식 결과 동일한 것으로 밝혀졌기 때문이다. 정액의 농도로 보아 13세에서 30세 사이의 남자로 추정되었다. 그 남자는 시신이 발견된 장소와 근접한 곳에 살고 있다는 수사학적 전제하에 경찰은 그 지역에 살고 있는 상응하는 나이대의 5,511명의 남성들에게 혈액샘플의 제공을 요구하였다. 두 명을 제외한 모든 남성들이 샘플을 제공하였다. 샘플 제공을 거부한 두 명과 대부분의 남성들은 전통적인 혈액검사를 통해 수사선상에서 배제될 수 있었다. 남아있는 496명의 혈액샘플에 대해 디엔에이감식을 실행하였으나, 그 어떠한 유전자형도 범인의 유전자형과 일치하지 않았다. 범인 검거는 몇 달이 지나서야 비로소 이루어졌다. 경찰이 Colin Pitchfork라는 남자가 직장동료에게 200파운드를 주고 그 대신 위조한 신분증으로 혈액샘플을 제공하도록 부탁한 사실을 확인한 것이다. 그는 곧 체포되었고 혈액샘플의 제공에 동의하였다. 디엔에이감식 결과 그의 유전자형은 피해자들의 질 속에서 발견된 정액의 유전자형과 일치하였다. 그는 범행을 자백하였고 1988년 종신형을 선고받았다.

이러한 성과에 힘입어 DNA 집단테스트를 이용한 수사는 “기적의 무기”⁶⁾ 또는 “법의학 사상 가장 위대한 업적 중의 하나”⁷⁾로 칭송되면서 세상 사람들의 이목을 집중시켰다. 앞으로 DNA 집단테스트가 세계 여러 나라에서 빈번하게 애용될 것이라는 점은 의심의 여지가 없다. 우리나라의 경우도 예외는 아니다. ‘디엔에이감식을 통해 장기 미제사건의 범인을 검거하다.’ 이러한 제목의 기사는 이제 우리에게 낯설지 않다.

초창기에는 DNA 집단테스트를 이용한 수사는 주로 남성 범죄, 다시 말해 소녀에 대한 강간죄나 살인죄와 관련하여 이루어졌지만, 최근에는 영아살해죄와 관련하여 여성 범죄로까지⁸⁾ 그 적용영역이 확대되었다. 그리하여 DNA 집단테스트는 그 사이 중대범죄의 범인을 검거하기 위한 표준화된 수사기법으로 자리를 잡은 것처럼 보인다. 수사학적 관점에서 보면 DNA 집단테스트는 확실히 매력적이다. 종전 같으면 대중의 분노를 불러

6) Wagner, Das genetische Fingerabdruckverfahren als Hilfsmittel bei der Verbrechensbekämpfung. Diss. Tübingen, 1993, S. 1.

7) Peter Gill, Der Spiegel, Nr. 36, 1988, S. 61.

8) 우리나라에서 처음으로 여성 범죄에 대해 디엔에이감식을 통해 범인을 검거한 사례로는 서래마을 영아 살해사건, 동아일보, 2006.8.7. 사회면. 독일의 경우 Köln 영아 유기치사사건(1995년), Wilthen 영아 살해사건(1998년), Neuenkirchen 영아 살해사건(1999년), Essing 영아 살해사건(2000년), Kelheim 영아 살해사건(2002년) 등 다수 사례가 있다.

일으키는 중대범죄의 범인을 전통적인 수사기법을 통해 검거했어야만 했던 경찰에게 신속하고 명확한 검거의 성과를 보장해 주었으니 말이다. 그러나 과학적 수사기법의 발전과 DNA 집단테스트가 가져다준 수사학적 쾌거의 배후에는 관련 대상자들의 인권과 관련하여 많은 법이론적 그리고 실무적 문제점이 도사리고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

우선 DNA 집단테스트를 실행하려면 경찰이 관련 대상자들에게 DNA 집단테스트에 자발적으로 참여해 줄 것을 요구하고 그들의 동의를 받아야 하는데, 만약 그들이 참여를 거부할 경우 경찰이 강제적으로 관련 대상자들에게서 디엔에이감식시료를 채취할 수 있는지 문제된다. 그것이 가능하다면 그 법적 근거는 무엇인지 찾아보아야 한다. 또한 관련 대상자들이 만약 참여를 거부할 경우 자신이 혐의를 받을 수 있다는 우려에서 마지못해 동의하였다면, 이러한 동의를 과연 自意的이라고 할 수 있을지 문제된다.

더 나아가 우리나라 DNA 집단테스트의 실무 또한 많은 문제점을 내포하고 있다. 무엇보다 실무에서는 관련 대상자들의 유전자형을 구축 중인 범죄현장 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 대조하고 있는데,⁹⁾ 이는 수사 중인 범죄사건 이외에 다른 범죄를 확인하는 별건 수사가 아닌지 의문이다. 또한 DNA 집단테스트를 합법적으로 실행하기 위한 핵심 사항인 디엔에이감식시료 채취동의서의 양식이 표준화되어 있지 않을 뿐만 아니라 거기에 기재된 고지사항도 지나치게 광범위하고 형식적으로 나열하고 있어서,¹⁰⁾ 이것이 과연 자발적인 동의를 담보할 수 있을지 의문이다. 마지막으로 DNA 집단테스트를 실행하고 난 후 불일치 판정을 받은 관련 대상자들의 디엔에이감식시료와 유전자형의 처리도 문제이다.¹¹⁾ 디엔에이감식시료를 언제 폐기할 것인지, 확인된 유전자형을 즉각 삭제해야 하는지 아니면 언제까지 보관하고 있어야 하는지 불분명하다.

우리나라의 경우 DNA 집단테스트가 20년 넘게 실행되어왔지만 정작 DNA 집단테스트를 직접적으로 다루고 있는 문헌은 그리 많지 않다.¹²⁾ 최근 들어 독일 형사소송법

9) 이에 대해서는 후술할 IV.2.가. 참조.

10) 이에 대해서는 후술할 IV.4. 참조.

11) 이에 대해서는 후술할 IV.4. 참조.

12) 이상용, 범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토, 형사정책연구, 제15권 제3호, 2004/가을호, 133면, 각주 12; 조성용, 일반대중에 대한 유전자감식테스트의 법적 허용성, 저스티스, 통권 제107호, 한국법학원, 2008, 122면 이하; 한면수, DNA 대량검색의 유용성 및 문제점 고찰, 경찰학연구, 제15권 제2호, 2015, 33면 이하.

제81h조를 소개하면서 우리나라에도 DNA 집단테스트에 관한 규정을 도입할 필요가 있다고 주장하는 논문 몇 편이 눈에 띈다.¹³⁾ 다른 선진국에서는 DNA 집단테스트가 지니는 법적 그리고 사실적 문제점에 대해 이미 오래전부터 논의가 시작되었고 이에 대한 법적 근거까지 마련하였다는 점을 상기할 때, 우리나라에서 DNA 집단테스트에 관한 논의는 아직 초보 단계이고 시기적으로도 너무 늦은 감이 있다.

이 글에서는 위와 같은 점을 염두에 두고 우선 우리나라와 독일에서 실행되었던 DNA 집단테스트의 사례를 선별하여 소개하고자 한다. 이는 한편으로는 DNA 집단테스트가 실제로 어떻게 실행되는지를 살펴보면서 실무상 잘잘못을 파악하기 위한 것이고 다른 한편으로는 DNA 집단테스트에 관한 해석론과 입법론에서 이러한 사례들을 적절하게 인용하기 위한 것이다. 그런 다음 DNA 집단테스트가 현행법상 허용될 수 있는지 여부를 검토하고자 한다. 여기에서는 어떤 법적 근거에서 관련 대상자들에 대하여 강제적인 DNA 집단테스트를 실행할 수 있는지 여부와 관련 대상자들의 동의를 사실상 자의적인 것으로 평가할 수 있는지 여부를 중점적으로 다루어 보기로 한다. 나아가 DNA 집단테스트가 만일 현행법상 허용되지 않는다면 입법론적으로 새로운 규정을 마련할 필요가 있는지 살펴보고, 새 규정을 어떻게 구성해야 할 것인지 제안해 보고자 한다.

II. DNA 집단테스트를 이용한 수사 사례

1. 국내 사례

가. 중국동포 피살사건¹⁴⁾

2004년 6월 서울 대림동에서 중국동포가 살해되었다. 당시 범행현장에서 범인이 된

13) 김성룡, DNA 집단검사, 가족 디엔에이 탐색과 디엔에이 표현형 검사의 적법성과 필요성, 「IT와 법연구」 제8집, 2014, 289면 이하; 신상현, 독일 형사소송법상 DNA 집단검사 규정의 도입 필요성에 대한 검토, 과학기술법연구, 제25집 제1호, 한남대 과학기술법 연구원, 2019, 3면 이하; 허황, 독일 형사소송법상 DNA 검사, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 2020, 193면 이하.

14) 인터넷한겨레, ‘살인자 찾는다’, 중국동포 무더기 DNA 채취 논란, 2004.7.10. 사회면.

것으로 추정되는 담배꽂초가 발견되었고, 범인이 중국동포 옷차림을 하고 있었다는 목격자의 제보에 따라 경찰은 범행현장을 배회하는 20세 중반에서 30세가량의 불법체류 남자 동포 164명의 머리카락을 뽑았고, 나중에는 면봉을 사용해 18명의 구강 상피조직을 떼어냈다. 경찰 관계자는 “본인의 동의를 받았으며, 당사자들이 자신의 자백을 입증하기 위해 협조한 만큼 큰 문제는 없다”고 말했다. 경찰은 동년 7월 10일 국과수로부터 담배꽂초에서 나온 범인의 유전자형과 일치하는 용의자를 찾을 수 없다는 통보를 받았다.

나. 해남 농촌마을 사건¹⁵⁾

2012년 8월 전남 해남군 한 농촌 마을에서 한 여고생이 들판을 지나 귀가하던 중 괴한에게 성폭행을 당했다. 경찰은 범인의 것으로 추정되는 음모나 체액을 확보해 국과수에 유전자 감식을 의뢰하였다. 전남 해남경찰서는 범행 장소가 농로라는 점에서 범인이 지리를 잘 알고 있는 사람이라고 판단하고 수사를 시작했다. 경찰은 통신, 행적수사 이외에 동종 전과자도 함께 수사했다. 경찰은 목격자가 없어 수사가 어려워지자 사건을 신속히 해결하기 위하여 범행장소 반경 8 킬로미터 내 인근 4개 마을 65세 미만 남성 107명을 대상으로 구강세포 유전자 채취에 나섰다. 이들 마을에는 범인을 조속히 검거해야 한다는 공감대가 형성돼 있었다. 그 덕에 모든 관련 대상자들이 동의서를 쓰고 구강세포 채취에 응했다. 다만 일부 주민은 “범인 검거에 당연히 협조해야 하지만 의심을 받는 것 같아 찝찝하다”는 반응을 보이기도 했다.

다. 제주 서귀포 10대 미성년자 성폭행사건¹⁶⁾

2013년 6월 제주 서귀포의 작은 마을 한 가정집에 괴한이 침입해 방 안에서 혼자 잠을 자고 있던 10대 미성년자를 성폭행한 후 달아났다. 수사는 초기부터 난항을 겪었다. 경찰은 피해 아동 집 주변에 설치된 CCTV를 분석했지만 별 성과를 거두지 못했다. 피해 아동의 진술에서도 뚜렷한 단서를 확보하지 못했다. 게다가 범인은 피임도구를 사용하는 용의주도함까지 보였다. 단서라곤 피해자 의류에서 수거된 모발 10여점 뿐이었다.

15) 해남 농촌마을 남자 107명 DNA 채취한 까닭은?, 동아일보, 2012.9.13. A12면.

16) 제주 10대 여아 성폭행범 검거. DNA 결정적 역할, <http://news1.kr/articles/1233514> (=2013.7.11.).

경찰은 이를 국과수에 보내 디엔에이감식을 의뢰하였다. 또한 경찰은 용의자를 압축하기 위하여 전과자, 주변인 등 모두 1,300명의 구강세포를 채취하였다. 사건 발생 16일째 경찰은 현장에서 확보한 범인의 DNA와 일치하는 용의자를 찾았다는 국과수의 통보를 받았다. 범인은 피해 아동의 집과 직선거리로 불과 50 미터 떨어진 곳에 살고 있는 이웃 집 남자였다. 한편 범인이 확인될 때까지 관련 대상자들의 유전자형이 구축 중인 범죄현장 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 자동 대조되면서 그간 미해결이었던 몇몇 강간사건 등의 유전자형과 일치하는 관련 대상자들의 유전자형이 발견되었다. 그리하여 서귀포경찰서는 주 범죄사건 외에도 별건으로 10여 건의 미해결 과거 범죄를 해결하는 쾌거(?)를 이뤘다.

라. 은행 강도살인사건¹⁷⁾

2001년 12월 21일 두 명의 은행강도가 대전 서구 둔산동 국민은행 지하 1층 주차장에서 현금수송 차량을 훔친 검은색 그랜저로 막아선 뒤 저항하던 은행 직원을 권총으로 쏘 숨지게 하고 현금 3억 원을 들고 달아났다. 경찰은 뒤늦게 발견된 범행 차량에서 마스크와 손수건을 확보했을 뿐 별다른 흔적을 찾지 못하였다. 이듬해 제보를 통해 용의자 3명을 검거했지만, 모두 증거불충분으로 풀려나면서 장기 미제사건으로 남게 되었다. 그러던 중 2017년 10월 국과수로부터 범인의 것으로 추정되는 DNA가 검출되었다는 통보를 받으면서 수사는 전환점을 맞았다. 유전자 증폭기술로 범행에 사용한 차량 내부에 있던 마스크와 손수건에 남아있던 극소량의 DNA를 채취해 디엔에이 감식했는데, 2년 전 충북의 한 불법 게임장에서 수거한 담배꽂초에서 나온 유전자형과 일치한다는 것이다. 이에 따라 경찰은 종업원과 손님 등 게임장에 출입했을 가능성이 있는 관련 대상자 그룹을 대상으로 수사를 벌였다. 2001년 당시 목격자 진술 등을 토대로 작성된 몽타주와 얼굴을 비교하고, 시동이 걸린 차량을 훔쳐 간 전력이 있는 전과자들을 추려 나갔다. 최종적으로 1만 5천여 명의 관련 대상자를 추려 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식을 하였고 여기서 얻어진 유전자형을 추정되는 범인의 유전자형과 대조한 끝에 5년 만에 유전자형의 주인을 찾았다.

17) 연합뉴스, 과학수사 발전으로 21년 만에 진실 밝혀진 대전 은행 강도살인, https://youtu.be/bP9LfL4_7E (=2022.8.30.).

2. 독일 사례

가. Telgte 연쇄 강간살해 사건¹⁸⁾

1989년 쾰른의 작은 도시 Telgte에서 독일에서 처음으로 DNA 집단테스트가 실행되었다. 1987년 12월 22세의 여점원이 자기 집에서 강간당하고 칼로 목과 배 등을 찔려 사망하였다. 질 속에서 범인의 정액이 발견되어 그 유전자형이 밝혀졌다. 그 후 1989년 2월 Telgte에서 또다시 19세 여학생이 살해되었다. 범인은 공원에서 그녀를 잠복하고 기다렸다. 사인은 이전과 마찬가지로 자상에 의한 사망이었다. 그리하여 경찰은 동일범 소행이라고 결론지었다. 경찰은 통상적인 수사 기준에 따라 - 남성, 초동수사 결과, 범행 장소 체류, 피해자와의 관계, 주거지역, 범행장소와의 근접성 등 - 92명의 남성을 추려 혈액샘플의 제공을 요구하였다. 그중 89명은 이에 동의하여 혈액샘플을 채취하였고, 이를 거부한 나머지 3명에 대해서는 형사소송법 제81a조에 의해 판사의 명령에 따라 강제로 혈액샘플을 채취하였다. 디엔에이감식 결과 23세의 Telgte 출신 군인의 유전자형으로 밝혀졌다. 그는 자백했고 1990년 종신형을 선고받았다.

나. 소방서 축제 사건¹⁹⁾

1992년 하노바의 작은 도시 Hänigsen에서 19세 소녀가 소방서 야간 축제에서 강간당한 후 살해되었다. 범죄현장 인근에서 범인의 유전자가 검출되었다. 경찰은 야간 축제에 참가한 방문객 중에 범인이 있을 것으로 판단하고, 축제에 참가한 138명의 남자들을 대상으로 혈액을 채취하였다. 범인은 34살의 마사지사로 밝혀졌다.

다. 포르샤 운전자 사건²⁰⁾

1992년 바덴뷔텐부르크 주의 Nehren에서 24세의 여인이 자택에서 살해되었다. 피해

18) Sauter, DNA-Massentests im Strafverfahren, Polizeiwissenschaftliche Analysen Band 3, 2003, S. 29 ff.

19) Sauter, 앞의 책, 31면 이하.

20) Sauter, 앞의 책, 32면.

자의 집에서 범인의 정액을 채취하여 그 유전자형을 알아냈다. 그러나 경찰은 오랫동안 범인을 찾을 수 없었다. 그러던 중 인근 주민으로부터 제보를 받았는데, 차량 번호판에 뒀던 표지가 부착된 포르샤를 범행현장에서 수차례 목격했다는 것이다. 그러자 수사는 범행 시간대에 뒀던 표지가 부착된 포르샤를 소유한 모든 남성으로 확대되었다. 경찰은 이들에게 설문지를 보냈는데, 거기에는 포르샤의 소유자, 그의 주소지 그리고 범행 시각 당시 알리바이 등을 묻는 사항이 적혀있었다. 그들 중 알리바이를 댈 수 있었던 사람들만 수사선상에서 배제되었다. 남아있는 사람들은 대략 750명이었다. 경찰은 이들에게 자발적으로 혈액샘플을 제공하지 않으면 형사소송법 제81a조에 따라 강제적으로 혈액샘플을 채취할 수 있다는 점을 고지하고, 동의한 사람들의 혈액을 채취하였다. 동의하지 않는 사람들은 법관의 명령에 따라 강제로 혈액을 채취하였다. 그러나 디엔에이감식 결과 범인의 유전자형과 일치하는 유전자형은 찾을 수 없었다. 이 사건은 2002년 중순에야 비로소 해결될 수 있었다. 경찰이 다시 한번 피해자의 주변 인물들로 눈을 돌렸다. 피해자가정부의 남편에게서 타액표본을 채취하였는데, 그의 유전자형이 범인의 유전자형과 일치하는 것으로 밝혀졌다.

라. Christina Nytsch 강간살해 사건²¹⁾

1998년 니더작센의 Strücklingen에서 11살 소녀 Christina는 친구와 함께 수영장에 갔다가 자전거를 타고 집으로 돌아오던 중 실종되었다. 며칠 후 인근 숲속에서 시신이 발견되었다. 그녀는 수차례 강간당했고 끈으로 목을 졸려 사망하였다. 범인은 총 17차례 칼로 그녀를 찔렀다. 그 칼은 다음 날 시체가 발견된 장소에서 2 킬로미터 떨어진 곳에서 발견되었다. 시신에 남겨진 정액을 채취해 범인의 유전자형을 알아냈다. 1996년 자전거를 타고 가던 9살 어린 아이를 유괴해 강간했던 범인과 동일인임이 밝혀졌다. 그를 검거하기 위하여 그 당시 독일에서 가장 큰 규모의 DNA 집단테스트가 시행되었다. 그 지역 인근 12개 도시에 살고 있는 18세에서 30살 사이의 18,000명의 남성이 DNA 집단테스트에 초대되었다. 35채의 공공건물에 채취장소가 마련되었다. 막대한 비용을 들어 작업한 끝에 마침내 성공하였다. 30세의 남성 Ronny가 살인범으로 체포되어 종신형을

21) Sauter, 앞의 책, 44면.

선고받았다.

Ⅲ. DNA 집단테스트의 법적 허용성 여부

1. 강제적인 DNA 집단테스트의 허용성

가. DNA 집단테스트의 법적 근거

DNA 집단테스트는 수사기관이 관련 대상자들에게서 디엔에이감식시료를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰하고 여기서 확인된 유전자형을 범죄현장에서 발견된 흔적 물질의 유전자형과 대조하는 방식으로 실행된다. 관련 대상자들이 디엔에이감식시료의 채취를 거부할 경우 수사기관은 강제로 이를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰할 수밖에 없는데, 이렇게 되면 관련 대상자들의 신체적 자유와 정보적 자기결정권이 침해된다. 이러한 기본권 침해는 상응하는 법적 근거가 존재하면 정당화된다.

일부 문헌에서는 DNA 집단테스트의 법적 근거를 『디엔에이법』에서 찾고 있다. 그리하여 관련 대상자들에게서 디엔에이감식시료를 강제로 채취하기 위한 법적 근거는 『디엔에이법』 제6조 또는 제7조이고, 채취한 감식시료에 대한 디엔에이감식에 관한 법적 근거는 『디엔에이법』 제10조 및 제11조라고 한다.²²⁾ 구체적으로 살펴보면 DNA 집단테스트의 관련 대상자들을 피의자로 본다면 법적 근거는 『디엔에이법』 제6조지만 구속된 피의자에 한하여 적용되는 반면, 관련 대상자들을 피의자가 아닌 제3자로 본다면 법적 근거는 『디엔에이법』 제7조 제1호 또는 제4호라는 것이다.²³⁾

그러나 이러한 견해는 DNA 집단테스트를 이용한 수사와 『디엔에이법』에 의한 수사는 본질적으로 엄격히 구별된다는 점을 간과한 것이다. DNA 집단테스트를 이용한 수사는 수사기관이 당해 형사절차에서 피의자의 유죄를 증명하기 위하여 그의 디엔에이감식시료를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰하는 통상의 수사와 매우 유사하다. 예컨대

22) 신상현, 주13의 논문, 16면 및 17면; 한면수 국과수 연구관은 『디엔에이법』 제11조 제1항 제2호를 확대해석하면 DNA 집단테스트의 법적 근거가 될 수 있을 것으로 본다. 주12의 논문, 37면.

23) 신상현, 앞의 논문, 16면.

수사기관이 어느 소녀의 강간살해 사건에서 유력한 용의자(피의자)를 발견하고 유죄를 입증하기 위하여 그의 디엔에이감식시료를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰하는 경우가 그러하다. DNA 집단테스트를 이용한 수사와 다른 것이 있다면 관련 대상자가 피의자가 아니라 경찰이 설정한 일정한 혐의표지를 충족한 사람들이라는 점뿐이다. 그에 반하여 디엔에이법에 의한 수사는 수사기관이 미래의 형사소추에 대비해 미리 재범의 위험성이 있는 특정범죄의 구속 피의자 또는 수형자의 디엔에이감식시료를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰하고 거기서 확인된 유전자형을 범죄자 DNA DB에 수록, 검색, 회보하는 것이다. 당연히 디엔에이감식시료의 수집목적, 관련 대상자, 유전자형의 처리방식이 다를 수밖에 없다. 특히 DNA 집단테스트에서는 규명하고자 하는 범죄가 이미 저질러진 데에 반하여, 『디엔에이법』에서는 범죄행위가 아직 불확실한 미래에 놓여있다는 점이 극명하게 다르다.²⁴⁾

이런 이유에서 독일 형사소송법은 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 또는 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식을 의뢰하는 경우(형사소송법 제81a조 및 제81c조 그리고 제81e조 및 제81f조), 미래의 형사절차에 대비하여 현저한 범죄의 피의자 또는 수형자의 유전자형을 범죄자 DNA DB에 수록, 검색, 회보하는 경우(형사소송법 제81g조) 그리고 DNA 집단테스트(형사소송법 제81h조)를 구분하여 별도로 규정하고 있다. 그리하여 DNA 집단테스트의 법적 근거를 『디엔에이법』에서 찾으려는 시도는 애당초 잘못된 것이다.

이상과 같이 살펴볼 때, DNA 집단테스트의 법적 근거는 일단 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 또는 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식을 의뢰하는 경우에서 찾아보아야 한다. 이때 한편으로는 관련 대상자가 피의자인지 아니면 피의자 아닌 자인지에 따라서, 다른 한편으로는 강제조치가 시료의 채취인지 아니면 채취된 시료에 대한 디엔에이감식인지에 따라서 DNA 집단테스트의 법적 근거가 달라지기 때문에 이를 세분화하여 살펴보기로 한다.

24) Wüsteney, Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat, Peter Lang, 2003, S. 265.

1) 피의자에 대한 강제조치의 법적 근거

우선 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 피의자라고 가정하고, 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자의 디엔에이감식시료를 채취하는 경우에 적용되는 형사소송법상 근거가 무엇인지 검토해 보자.

실무상 피의자의 디엔에이감식시료를 채취하는 방법은 두 가지다. 하나는 타액이나 모발을 채취하는 것이고, 다른 하나는 혈액을 채취하는 것이다. 참고적으로 『디엔에이법』 시행령 제8조 제1항에 의하면 디엔에이감식시료 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 때에는 구강점막에서의 채취, 모근을 포함한 모발의 채취, 그 밖에 디엔에이를 채취할 수 있는 신체부분, 분비물, 체액의 채취의 방법으로 하여야 한다. 타액이나 체액 또는 모발의 채취인지 아니면 혈액의 채취인지는 관련 대상자의 기본권 침해 정도와 관련하여 차이가 있다. 전자는 피부와 근육을 둘러싼 신체 내부로 진입하는 조치와는 관련이 없는 단순한 신체검사로서 신체적 완전성에 대한 침해는 거의 발생하지 않는다. 또한 채취할 때 특별한 지식이나 경험을 요구하지 않기 때문에 의사의 참여 없이도 실행할 수 있다. 반면에 후자는 피부와 근육을 둘러싼 신체 내부로 진입하는 조치로서 신체적 완전성을 침해하는(설사 경미한 침해의 경우라도) 신체적 침해행위(körperliche Eingriffe)이다. 그리하여 후자를 위해서는 의사의 참여가 필요하다.

전자는 당해 형사절차에서 범죄사실을 발견하기 위해 필요한 것으로서 단순한 신체검사에 해당하므로 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제140조 및 제219조)에 의하여 허용된다.²⁵⁾ 반면에 후자는 압수·수색영장에 의해 허용된다는 입장(형사소송법 제106조 및 제109조 그리고 제215조).²⁶⁾ 감정처분허가장에 의해 허용된다는 입장(형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제1항),²⁷⁾ 검증으로서 신체검사영장에 의해 허용된다는 입장(형사소송법 제140조 및 제219조)²⁸⁾으로 견해가 나누어진다. 우리 형사소송법은 독일의 경

25) 조성용, 주12의 논문, 125면.

26) 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원, 1994, 124면; 김형준, 형사절차상 혈액·노의 강제채취와 그 한계, 형사법연구, 1996, 314면 이하; 조균석, 과학수사와 영장의 요부, 검찰 93호, 1986, 257면.

27) 강구진, 형사소송법원론, 학원사, 1983, 227면 이하; 신치재, AIDS에 대한 형사법적 법리와 그 대책, 형사정책, 제7호, 1995, 142면.

28) 신체검사영장 및 감정처분허가장설의 입장으로는 이재상, 강제채혈과 강제채뇨, 고시계, 1998/8, 164면; 손기식, 음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰, 법조, 1995/10, 68면.

우와 달리 혈액 채취에 관한 규정을 두고 있지 않아 법적 근거와 관련해 논란의 여지가 있다.

우선 압수·수색영장설의 경우 디엔에이감식에 필요한 감식시료는 앞서 언급하였듯이 다양하므로 혈액의 채취를 반드시 증거물의 압수로 이해할 필요가 없으며, 체내를 순환하며 생체를 유지하는 인체의 구성요소인 혈액을 체외로 끄집어내는 것을 신체에 대한 수색으로 보기도 어렵다는 점에서 타당하지 않다.²⁹⁾ 또한 감정처분허가장설의 경우 혈액에 대한 분석에 초점을 맞추어 분석 자체를 감정처분으로 이해하고 혈액의 채취는 단지 감정에 필요한 처분으로 파악하고 있으나, 혈액의 채취와 채취된 혈액의 분석은 서로 다른 기본권을 침해하는 각각 별도의 강제처분이라는 점에서 타당하지 않다.³⁰⁾ 즉, 혈액의 채취는 관련 대상자의 신체적 완전성을 침해하는 조치인 반면, 혈액의 분석은 정보적 자기결정권을 침해하는 조치라는 점을 간과하고 있다.

생각건대 신체적 침해를 수반하는 혈액의 채취를 단순한 신체검사와 같은 범주에 포함시킬 수 있는지 의문이 있지만, 사회통념상 허용될 정도의 경미한 신체적 침해를 수반하는 혈액의 채취는 검증으로서 신체검사영장에 의해 허용하는 것이 타당하다.³¹⁾ 그리하여 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자의 타액, 체액, 모발 또는 혈액을 채취하는 것은 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제140조 및 제219조)에 의해 허용된다.

지금까지 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 피의자라고 가정하고 수사기관이 어떠한 법적 근거하에 감식시료를 채취할 수 있는지 검토해 보았다면, 이번에는 어떠한 법적 근거하에 채취한 시료에 대해 디엔에이감식을 할 수 있는지 살펴보기로 한다.

수사기관이 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 검증으로서 신체검사영장을 발부받아 피의자의 타액을 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰한 경우 타액에 대해 디엔에이감식을 하기 위하여 별도의 영장을 발부받아야 하는지 문제된다. 이를 부정하는 입장은 수사기관이 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 관련 대상자들의 감식시료를 채취할

29) 조성용, 형사소송법상 DNA 지문감식의 허용과 한계, 형사정책연구, 제15권 제2호, 2004/여름호, 80면 이하.

30) 조성용, 앞의 논문, 81면 이하.

31) 우리나라의 경우 신체검사와 신체적 침해를 명확히 구분하여 규정하고 있지 않으므로 이와 관련된 논의는 찾아볼 수 없으나, 독일의 경우 일부 견해는 신체검사에 신체적 침해가 포함된다고 보는데 반하여, 다른 견해는 사회통념상 허용될 정도의 경미한 신체적 침해가 아닌 한 신체검사에 포함시키지 않는다.

권한을 부여받았다면 이에 대한 디엔에이감식을 통해서 유전자형을 알아내는 것 또한 당연히 그러한 권한에 포함되는 것이며,³²⁾ 디엔에이감식은 디엔에이 중 유전정보가 포함되지 아니한 특정 염기서열 부분만 분석하기 때문에 전통적인 수사조치(예컨대 혈액검사)보다 질적으로 더 중대한 기본권 침해가 아닐 뿐만 아니라 남용가능성 또한 크지 않다는 근거를 들고 있다.³³⁾ 이에 반하여 긍정하는 입장은 감식시료의 채취와 채취된 감식시료에 대한 디엔에이감식은 서로 다른 기본권을 침해하는 완전히 독립된 수사조치이기 때문에 별도로 취급해야 마땅하고,³⁴⁾ 디엔에이감식은 통상적으로 승인되어 온 지문검사나 혈청검사와는 달리 관련 대상자의 기본권에 대한 새로운 침해 내지 위험을 초래할 수 있는 새로운 수사조치이므로³⁵⁾ 이를 고려하여 별도의 사법적 통제가 필요하다는 근거를 든다.

생각전대 긍정하는 입장이 더 설득력이 있다. 무엇보다 부정하는 입장은 감식시료의 채취는 관련 대상자들의 신체적 완전성을 침해하는 조치인데 반하여, 디엔에이감식은 정보적 자기결정권을 침해하는 조치라는 점을 간과하고 있다.³⁶⁾ 또한 디엔에이감식은 비록 유전정보가 포함되지 아니한 특정 염기서열 부분만 분석하는 것이지만, 오늘날 DNA 분석기술이 나날이 발전해 감에 따라 유전정보가 포함된 영역과 그렇지 않은 영역의 구분이 모호해지고 있는 실정이다. 더구나 일반인은 유전정보가 포함된 염기서열 부분과 그렇지 않은 부분과의 차이를 알기 어려울 뿐만 아니라, 디엔에이에는 유전정보가 포함된 염기서열 부분과 그렇지 않은 부분이 모두 함께 들어있어서 전문감정인이 마음만 먹으면 얼마든지 유전정보가 포함된 염기서열 부분을 분석할 수 있는 위험성이 항상 존재한다.

디엔에이감식은 전문적인 지식과 경험을 필요로 하는 감정의 성격을 띠고 있다는 점

32) LG Heilbronn, NJW 1990, S. 784; Ritter, Genomanalyse und Strafverfolgung, Diss. Tübingen, 1997, S. 95 ff; Oberwetter, Die DNA-Analyse als medizinisch kriminalistischer Sachverständigenbeweis, Hamburg 1997, S. 31.

33) LG Darmstadt, NJW 1989, S. 2338; Sternberg-Lieben, Genetischer Fingerabdruck und §81a StPO, NJW 1987, S. 1244; Lührs, Genomanalyse im Strafverfahren, MDR 1992, S. 929.

34) Keller, Die Genomanalyse im Strafverfahren, NJW 1989, S. 2295; Rademacher, Die Zulässigkeit genetischer Analysemethoden im Strafverfahren, Diss. Frankfurt a.M. 1992, S. 58.

35) Keller, 앞의 논문, 2295면; Rademacher, 앞의 책, 59면 이하.

36) 자세히는 Neuser, Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zwecke der DNA Identitätsfeststellungen in künftigen Strafverfahren, Nomos 2006, S. 78 ff.

을 고려할 때, 검사가 신청하고 지방법원 판사가 발부하는 감정처분허가장(형사소송법 제221의 4조 및 제173조 제1항)이 필요하다고 본다.³⁷⁾

2) 피의자 아닌 자에 대한 강제처분의 법적 근거

그 다음으로 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 피의자 아닌 자라고 가정하고, 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식을 의뢰하는 경우에 적용되는 형사소송법상 근거가 무엇인지 검토해 보자.

당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 아닌 자의 유전자형을 알려내야만 하는 경우가 있다. 우선 강간살해 사건에서 피해자의 질 분비액과 피의자의 정액이 서로 뒤엉켜 있어 피해자의 유전자형을 알아내지 않고는 피의자의 신원을 정확히 밝힐 수 없는 경우가 그러하다.³⁸⁾ 또한 피해자 이외에 증인의 유전자형이 필요한 경우도 있다. 예컨대 강간이 행해지기 전에 나중에 강간 피해자가 된 자와 성교를 한 파트너가 대표적이다. 이때 피해자의 질 분비액에는 피의자의 정액과 파트너의 정액이 서로 뒤엉켜 있어서 범인의 신원을 정확히 밝히기 위해서는 파트너의 유전자형을 알아낼 필요가 있다.³⁹⁾

이러한 경우에 적용되는 규정은 형사소송법 제141조 제2항이다. 거기에 의하면 피의자 아닌 자의 신체검사는 증거가 될만한 흔적을 확인할 수 있는 현저한 사유가 있는 경우에만 할 수 있다고 규정하고 있다. 물론 이 규정은 단순한 신체검사 외에 신체적 침해를 명시하고 있지 않지만, 사회통념상 허용될 정도의 경미한 신체적 침해를 수반하는 혈액의 채취는 형사소송법 제140조와 마찬가지로 신체검사에 포함된다고 볼 수 있다. 그리하여 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료를 채취하는 경우는 시료채취의 방법(타액 또는 혈액의 채취 등)과 관계없이 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제141조 제2항 및 제219조)에 의해 허용된다. 이때 여자의 신체를 검사하는 경우에는 의사나 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다(형사소송법 제141조 제3항).

물론 채취한 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료에 대하여 디엔에이감식을 하기 위해

37) 조성용, 주12의 논문, 130면.

38) 조성용, DNA 지문감식과 피해자의 권리보호, 비교형사법연구, 제6권 제1호, 2004, 253면.

39) 조성용, 주29의 논문, 92면.

서는 앞서 살펴보았듯이, 검사가 신청하고 지방법원 판사가 발부하는 감정처분허가장(형사소송법 제221의 4조 및 제173조 제5항)이 별도로 요구된다.

나. DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자인지 여부

앞서 살펴보았던 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항이 진정으로 DNA 집단테스트의 법적 근거이기 위해서는 관련 대상자들이 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자이어야 한다. 이하에서는 우선 형사소송법 제140조 및 제219조가 DNA 집단테스트의 법적 근거인지 검토해 보고자 한다.

형사소송법상 피의자의 개념을 어떻게 정의할 것인지 검토하기 전에 일반적으로 형사소송법에서 피의자로 인정되면 어떠한 장단점이 있는지 살펴볼 필요가 있다. 관련 대상자의 입장에서는 한편으로 가능한 빨리 피의자로 취급되는 것이 유리할 것이다. 왜냐하면 그에게 곧바로 피의자의 지위에서 나오는 법적 특권(예컨대 진술거부권)이 부여되기 때문이다. 그에 반하여 다른 한편으로는 가능한 늦게 피의자로 취급되는 것이 유리할 것이다. 왜냐하면 피의자에게는 수많은 형사소송법상의 강제처분을 감수해야 할 의무가 부여되기 때문이다. 이러한 상황에서 관련 대상자에게 유리하게 형사소송법상 피의자 개념을 이분화하여 정의하려는 시도⁴⁰⁾가 나오는 것도 놀라운 일은 아니다. 즉, 형사절차를 수사단계와 공판단계로 나누어 전자와 후자의 피의자 개념을 달리 정의하는 것이다. 다만 이러한 시도는 형사소송법상 피의자 개념이 당사자들의 이익을 극대화하기 위한 자의적인 도구로 이용될 수 있을 뿐만 아니라 피의자 개념의 명확성을 약화시킬 수 있다는 점에서⁴¹⁾ 동의하기 어렵다. 그리하여 통일적인 피의자 개념을 찾을 수밖에 없다.

형사소송법상 피의자 개념에 대해서는 주관설, 객관설 그리고 절충설이 대립한다. 객관설에 의하면 수사상황을 객관적으로 고찰하였을 때 수사절차를 개시할만한 범죄혐의가 존재하는 자가 피의자이다.⁴²⁾ 이때 범죄혐의는 수사단계에서 사용되는 다른 범죄혐

40) Satzger, DNA-Massentests – kriminalistische Wunderwaffe oder ungesetzliche Ermittlungsmethode?, JZ 2001, S. 643 ff.

41) Wüsteney, 주24의 책, 277면 이하.

의와 구분하여 ‘초기혐의’라고 부르는데, 수사기관의 수사학적 경험에 비추어 누군가가 특정한 범죄를 범하였다는 점에 대한 구체적 사실이 존재하면 인정된다. 주관설에 의하면 수사기관이 누군가를 피의자로 취급하고 그에 대하여 수사를 진행할 때, 그를 피의자로 본다.⁴³⁾ 여기서는 수사기관의 소추의사가 결정적으로 중요하다. 절충설에 의하면 피의자의 인정 여부는 일단 수사기관의 소추의사에 의하여 결정되는데, 그러한 의사는 외부적으로 인식가능한 수사행위(예컨대 피의자신문)에서 구체화되어야 한다.⁴⁴⁾ 즉, 피의자로 인정되기 위해서는 구체적 사실에 근거한 범죄혐의와 그러한 범죄혐의를 받고 있는 자에 대한 수사기관의 소추의사가 필요하다.

객관설은 객관적 관찰자의 입장에서 범죄혐의가 인정될 때에만 피의자의 지위를 부여하므로 수사기관의 단순한 혐의 추정이나 자의적인 혐의 인정으로부터 관련 대상자를 보호해 줄 수 있다는 장점이 있다. 또한 수사기관에 대하여 명확한 수사개시의 지침을 제공하므로 수사기관의 이익에도 기여한다. 다만 동적으로 진행되는 현실의 수사절차에서는 수사의 주체인 수사기관의 관점을 배제하고 순수하게 객관적인 관찰자의 입장에서 피의자의 지위를 부여할 수 없을 것이다.⁴⁵⁾ 그러한 한에서 수사기관의 소추의사가 보충적으로 요구된다. 그리하여 모든 상황을 고려할 때 절충설이 가장 무난한 것으로 보인다.

이제 이러한 절충설을 토대로 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자인지 검토해보자. 앞에서 살펴본 바와 같이 피의자로 인정되기 위해서는 무엇보다 구체적 사실에 근거한 범죄혐의가 존재해야 하는데, 이러한 구체적 사실이 항상 특정한 사람과 연결되는 것은 아니다. 그리하여 알려지지 아니한 자에 대해서도 종종 수사가 개시된다. 이는 피의자라고 말하기 위해서는 이러한 초기혐의 이외에 무언가 다른 것이 첨가되어야 한다는 것을 의미한다. 즉, 초기혐의는 개별화된 요소에 의해 보충되어야 한다. 다시 말해 피의

42) Peter, Strafprozess, 4. Aufl., Heidelberg, 1985, S. 200 ff; Grünwald, Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden, 1993, S. 78; Schulz, Normiertes Misstrauen, Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt a.M., 2001, S. 554 ff.

43) Arzt, Begründung der Beschuldigten-Eigenschaft, Kriminalistik, 1970, S. 380; Eigenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., München, 1999, Rn. 505.

44) Bannenber, Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, München, 2001, S. 97 ff; Beulke, Strafprozessrecht, 5. Aufl., Heidelberg, 2001, Rn. 111 ff; SK-StPO/Rogall, 1995, vor §133, Rn. 31 ff; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München, 1998, §25, Rn. 10.

45) Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sie selbst, Berlin, New York 1977, S. 26 ff.

자가 되기 위해서는 구체적 사실이 범죄와 연결되어 있을 뿐만 아니라(행위관련적 혐의) 어느 ‘특정한 사람’의 범죄와도 연결되어 있어야 한다(행위자관련적 혐의).⁴⁶⁾

이제 DNA 집단테스트와 관련하여 관련 대상자들의 피의자 속성에 대하여 의문이 제기된다. 앞서 DNA 집단테스트를 이용한 수사 사례에서 보듯이, 관련 대상자들은 대부분 일반적인 통계자료를 기초로 하여 설정된 일정한 혐의표지(예컨대 성, 나이, 주거지 등)를 충족하고 있는 어느 그룹의 구성원일 뿐이다. 그러한 한에서 혐의는 단지 그룹 관련적일 뿐이다.⁴⁷⁾ 이미 DNA ‘집단’ 테스트라는 개념이 말해 주고 있듯이, 관련 대상자들은 더 이상 그 윤곽이 명확하게 드러난 다수인이라고 말할 수 없다. 게다가 범인이 그러한 그룹의 구성원일 것이라는 보장도 없다. 그리하여 피의자로 인정되기 위하여 필요한 개별화된 요소, 즉 행위자관련적 혐의는 존재하지 않는다. 오히려 DNA 집단테스트는 관련 대상자 그룹으로부터 개별화된 혐의자를 찾아내기 위하여 실행되는 셈이다. 요컨대 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제140조 및 제219조의 의미에서 피의자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제140조 및 제219조는 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다.

그 다음으로 형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제1항이 DNA 집단테스트의 법적 근거인지 검토해 보자. 앞서 살펴보았듯이 관련 대상자들이 형사소송법 제140조 및 제219조의 의미에서 피의자가 아니라면, 형사소송법 제140조를 준용하는 형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제1항 또한 DNA 집단테스트의 법적 근거가 아니다. 왜냐하면 이때 검사가 신청하고 지방법원 판사가 발부하는 감정처분허가장은 피의자에 대하여 집행되기 때문이다.

46) Satzger, 주40의 논문, 644면.

47) DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 잠재적으로는 범죄를 저지를 수 있지만, 이들 모두가 범인으로 고려되지는 않는다. 여기에서 독일 연방헌법재판소는 ‘잠재적 범죄혐의자’라는 용어를 사용한다. BVerfG StV 1996, S. 647.

다. DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자인지 여부

앞서 살펴보았던 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항이 진정으로 DNA 집단테스트의 법적 근거이기 위해서는 관련 대상자들이 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자이어야 한다. 이하에서는 우선 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조가 DNA 집단테스트의 법적 근거인지 검토해 보고자 한다.

형사소송법 제141조 제2항에 의하면 피의자 아닌 자의 신체검사는 증거가 될만한 흔적을 확인할 수 있는 현저한 사유가 있는 경우에만 할 수 있다. 여기서 ‘증거가 될만한 흔적’이란 신체에 특정한 흔적이나 범행의 결과가 남아있는 것을 말한다.⁴⁸⁾ 흔적은 직접적으로 범행에 의해 야기된 신체의 변형을 의미하며, 범행이나 범인을 추정케 하는 단서가 된다. 예컨대 피해자 몸에 난 상처나 혈흔의 경우이다. 범행의 결과는 범행으로 인하여 신체에 객관적으로 인식가능한 증거물이 남겨져 있는 것을 의미한다.⁴⁹⁾ 예컨대 피해자의 질 속에 정액이 남아있거나 머리카락에 독극물 성분이 남아있는 경우이다. 또한 ‘현저한 사유’는 피의자의 신체검사(형사소송법 제140조)와 피의자 아닌 자의 신체검사(형사소송법 제141조 제2항)를 구분하고 그 요건을 달리 규정한 입법자의 취지에 비추어⁵⁰⁾ 피의자에 대한 신체검사보다 더 엄격한 해석이 필요하다. 왜냐하면 (범죄혐의가 없는) 피의자 아닌 자에게는 (범죄혐의가 있는) 피의자보다 신체검사나 신체적 침해에 대한 감수의무를 훨씬 더 적은 정도로만 기대할 수 있기 때문이다.⁵¹⁾ 우리 형사소송법 교과서에는 ‘현저한 사유’가 어떠한 경우인지 명확하게 적시하고 있지 않지만, 우리와 유사하게 규정하고 있는 독일 형사소송법 규정(제81c조 제2항 및 제4항)을 참조하면 다음과 같이 해석할 수 있다. 즉, 피의자 아닌 자에 대한 신체검사는 건강에 대한 불이익이

48) Beulke, 주44의 책, 옆면 번호(Rn) 244.

49) 조성용, 주12의 논문, 131면.

50) 피의자의 신체검사와 피의자 아닌 자의 신체검사를 구분하고 후자에 대해서만 ‘현저한 사유’를 요구하는 것은 입법자가 (혐의 없는) 피의자 아닌 자를 (혐의 있는) 피의자보다 더 낮게 취급하고 있다는 방증이다.

51) Hombert, Der freiwillige genetische Massentest, Cuvillier Verlag, Göttingen 2003, S. 107.

우려되지 않거나 그러한 조치가 진실발견을 위하여 불가피하고, 피의자 아닌 자에게 기대가능할 때에 허용된다.

위에서 언급한 형사소송법 제141조 제2항의 주된 내용을 자세히 살펴보면, 동조에서 규정하고 있는 ‘피의자 아닌 자’는 피해자나 증인과 같이 범행과 직접적 또는 간접적으로 관련이 있는 사람이라는 점을 쉽게 알 수 있다. 그렇다면 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니라라는 점이 명백하게 드러난다.

우선 피의자 아닌 자의 신체에 남아있는 특정한 흔적이나 범행의 결과를 확인하기 위한 조치는 DNA 집단테스트에는 해당되지 않는다. 물론 DNA 집단테스트는 범죄현장에서 발견된 흔적물질의 유전자형과 대조할 목적으로 관련 대상자들에게서 감식시료를 채취해 유전자형을 알아내는 것이 중요하다. 그러나 관련 대상자들의 감식시료를 채취해 유전자형을 알아내는 것이 특정한 흔적은 아니며, 범행의 결과는 더욱 아니다.⁵²⁾ 그들은 단지 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지를 충족하고 있는 자일뿐, 피해자가 아니다. 그리하여 그들의 신체에는 아무런 흔적도 없고 증거물 또한 남겨져 있지 않다. 또한 그들은 증인도 아니다. DNA 집단테스트의 목적에 비추어 볼 때 범인에서 배제될 수 있는 관련 대상자들은 전통적인 증인의 지위에 있지 않다. 왜냐하면 그들은 전형적으로 범행과 관련된 경험이나 인식을 전달하는 것이 아니라 오히려 디엔에이감식 결과에 따라 범인에서 배제되는 것이기 때문이다.⁵³⁾ 그리하여 그들은 증인이 아니라 피의자로 고려된다. 그들이 피의자가 아님에도 불구하고 말이다.

그 다음 건강에 대한 불이익이 우려되지 않거나 진실발견을 위하여 불가피하다는 요건은 그다지 문제되지 않는다. 타액이나 혈액의 채취 모두 건강에 불이익을 초래하지 않는다. 진실을 위해 불가피하다는 요건도 일반적으로 관대하게 해석된다. 반드시 다른 모든 수단이 소용없게 될 때에야 비로소 허용된다는 것을 의미하지 않는다. 그러한 조치가 없다면 진실은 추구될 수 없다는 것으로 충분하다. 그에 반하여 기대가능성의 요건은 다

52) Graalmann-Schreerer, DNA-Massentest de lege lata und de lege ferenda, NStZ 2004, S. 299.

53) Wüsteney, 주24의 책, 276면; DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 증인이 아니라 피의자로 고려된다는 사실은 ‘잠재적 범죄혐의자’라는 용어에서도 분명하게 드러난다. Vgl. Kerner/Trüg, DNA-Massentests zwischen Verbrechensbekämpfung und Rechtsstaatlichkeit, FS für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 466.

르다. 거기에 의하면 모든 상황을 종합해 판단해 볼 때 피의자 아닌 자에게 기대할 수 없는 조치는 허용되지 않는다.

형사소송법 제141조 제2항에서 요구하는 기대가능성은 비례성 원칙의 표현이다. 그리하여 DNA 집단테스트를 이용한 수사가 추구하는 공익(형사소추이익)과 관련 대상자들의 이익(신체적 자유 및 정보적 자기결정권) 사이에 교량이 이루어져야 한다. 그런데 이러한 교량은 대개 관련 대상자들의 이익보다는 범죄수사가 추구하는 공익에 유리하게 작용할 공산이 크다. 왜냐하면 타액이나 혈액의 채취와 디엔에이감식으로 인한 신체적 고통이나 정보적 자기결정권 침해는 경미한 반면, 살인죄와 같은 중대범죄를 규명해야 할 형사소추이익은 중대하기 때문이다. 그리하여 기대가능성은 항상 인정될 수 있다.

그러나 이러한 고찰방식은 DNA 집단테스트와 관련하여 상반되는 이익을 교량할 때에는 관련 대상자들의 범행과의 관련성을 고려해야 한다는 점을 간과하고 있다.⁵⁴⁾ 결정적인 물음은 DNA 집단테스트가 다음과 같은 자에게도 기대될 수 있는가에 있다. 즉, 범행과의 유일한 관련성은 아마도 범인도 속해 있을 수 있는 사람들 그룹에 속해 있다는 점뿐인 자 말이다. DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 범행과 직접적 또는 간접적으로 관련되어 있는 피해자 또는 증인과 달리, 범행과 관련이 없는 제3자다. 그럼에도 불구하고 그들을 대상으로 강제로 DNA 집단테스트를 실행한다면, 그들은 애당초 피의자로 취급되는 것이다. 그들이 범행이나 피해자와 아무런 관련이 없는데도 말이다. 이러한 경우 아무리 형사소추이익이 중대하다고 하더라도 이처럼 법치국가적으로 의문스러운 상황에서는 DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 이익을 상쇄시킬 수 없다.⁵⁵⁾ 이는 비례성 원칙에 반한다. 요컨대 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조는 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다.

그 다음으로 형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제5항이 DNA 집단테스트의 법적 근거인지 검토해 보자. 앞서 살펴보았듯이 관련 대상자들이 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니라면, 형사소송법 제141조를 준용하는 형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제5항 또한 DNA 집단테스트의 법적 근거가 아니다.

54) Hombert, 앞의 책, 105면.

55) Hombert, 앞의 책, 106면.

왜냐하면 이때 검사가 신청하고 지방법원 판사가 발부하는 감정처분허가장은 피의자 아닌 자에 대하여 집행되기 때문이다.

라. 소결론

DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 또한 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 221조의 4조 및 제173조 제5항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 요컨대 우리나라 현행법상 DNA 대중테스트의 법적 근거는 없다.

2. 동의에 의한 DNA 집단테스트의 허용성

가. 동의의 자의성 인정 여부

관련 대상자들의 의사에 반하여 강제적으로 DNA 집단테스트를 실행할 법적 근거가 없다면, 그들의 동의를 얻어 DNA 집단테스트를 실행하는 것은 허용되는지 문제된다. 앞서 DNA 집단테스트를 이용한 수사 사례에서 살펴보았듯이,⁵⁶⁾ 실무에서 DNA 집단테스트는 대부분 수사기관이 먼저 관련 대상자들에게 DNA 집단테스트에 참여할 것을 요구한 다음 이들의 동의를 얻어 실행된다. 만약 관련 대상자들 가운데 일부가 DNA 집단테스트에 참여하기를 거부한다면, 이들에 대해 강제적으로 DNA 집단테스트를 실행할 수 있는가? 우리나라 실무에서 이러한 사례는 아직까지 정확하게 알려진 바 없지만, 독일의 경우는 적어도 1990년대까지는 곧바로 형사소송법 제81a조에 의해 판사의 명령에 따라 강제로 DNA 집단테스트를 실행하였다.

여기에서 관련 대상자들이 만약 참여를 거부할 경우 자신이 혐의를 받을 수 있다는

56) I.1 및 2.

우려에서 마지못해 동의하였다면, 이를 과연 ‘자의적’ 동의라고 할 수 있는지 의문이 제기된다. 아시다시피 유효한 동의가 되려면 무엇보다도 관련 대상자들의 자유로운 의사에 기한 동의가 필수적이다. 위에서 언급한 독일의 경우와 같이 참여의 거부가 곧바로 범죄 혐의의 인정으로 이어진다면, 관련 대상자들은 범죄혐의에서 벗어나기 위해서라도 DNA 집단테스트에 응해야만 하는 강제 상황으로 내몰린다. 다시 말해 관련 대상자들은 범죄 혐의에서 벗어나 있다는 점(면책)을 입증해야 할 의무를 진다.⁵⁷⁾ 자신들은 DNA 집단테스트에 참여해야 할 법적 의무가 없는데도 말이다. 아마도 유일하게 잘못된 행위가 있다면 기껏해야 경찰을 도우려고 하지 않았다는 게 전부일 것이다.⁵⁸⁾

이러한 상황은 앞서 소개한 포르샤 운전자 사건⁵⁹⁾에서 극명하게 나타난다. 경찰은 포르샤 운전자들에게 일단 질문지를 보냈다. 거기에는 범행 당시 어디에 있었는지에 대한 물음이 적혀있었다. 그렇게 얻어낸 정보에 힘입어 경찰은 연로한 자나 알리바이를 증명할 수 있었던 자 등을 수사선상에서 배제시켰다. 그런 다음 경찰은 남아있는 포르샤 운전자들에게 자발적으로 혈액샘플을 제공할 것을 요구하였다. 여기에서 주목해야 할 것은 자발적인 참여를 요구하기 전에 경찰이 관련 대상자들에게 알리바이를 통해 그들의 무죄를 증명할 기회를 주었다는 점이다. 그리하여 관련 대상자들은 자신의 무죄를 증명하려고 시도한 것이다. 그러나 이는 사실상 무죄추정을 거꾸로 돌리는 결과를 초래한다.⁶⁰⁾ 관련 대상자들로서는 더 이상 선택의 여지가 없다. 범죄혐의에서 벗어나기 위해서 DNA 집단테스트에 응하던지 아니면 강제적인 DNA 집단테스트를 감수하던지 양자택일을 할 수밖에 없다.⁶¹⁾ 이러한 상황에서는 동의의 자의성을 말할 수 없다.

이는 우리나라의 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 앞서 소개한 해남 농촌 마을 사건에서 일부 주민들은 “범인 검거에 당연히 협조해야 하지만 의심을 받는 것 같아 찝찝하다”는 반응을 보였다. 적어도 그들은 범죄혐의에서 벗어나기 위해서 DNA 집단테스트에 응해야만 하는 강제 상황에 내몰린 것이다. 이 사건과 관련하여 동의의 자의성 여부가 논란이 되자 국가인권위원회는 “동의를 받아 구강세포를 채취하는 것은 법에서 허

57) Satzger, 주40의 논문, 647면.

58) Klumpe, Der genetische Fingerabdruck im Strafverfahren, Freiburg im Breisgau 1993, S. 177.

59) I.2.다.

60) Koriath, Ist das DNA-Fingerpinting ein legitimes Beweismittel?, JA 1993, S. 270 ff; Hother, Die DNA-Analyse, Diss. Gießen 1995, S. 51.

61) Klumpe, 위의 책, 189면.

락하고 있다”며 “구체적 상황을 확인해봐야 인권침해 소지가 있었는지 알 수 있다”며 말을 아꼈다.⁶²⁾ 이러한 국가인권위원회의 입장은 DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 참여 거부가 곧바로 범죄혐의의 인정으로 이어질 수 있음을 시사한 것이다.

그에 반하여 포르사 운전자 사건과 관련하여 독일 연방헌법재판소는 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 설사 범죄혐의에서 벗어나기 위하여 DNA 집단테스트에 응했다고 하더라도 이것은 동의를 하게 된 동기일 뿐, 동의의 유효성에 영향을 미치지 못한다고 결정하였다.⁶³⁾ 그 논거를 정리하면 다음과 같다. 관련 대상자들은 애당초 DNA 집단테스트에 참여할 의무가 없으므로 수사에 협조할 것인지 여부는 전적으로 그들의 결정에 달려있다. 만약 DNA 집단테스트에 참여하지 않기로 결정했다면, 그러한 참여 거부를 관련 대상자들의 범죄혐의를 근거지우거나 강화시키는 증표로 삼아서는 안 된다. 이제 DNA 집단테스트에 참여하지 않으면 범죄혐의를 받을 수 있다는 우려가 왜 동의의 유효성에 영향을 미치지 못하는지 이해할 수 있다. 왜냐하면 DNA 집단테스트에 응하지 않더라도 범죄혐의와 관련하여 아무런 법적 불이익을 받지 않는다고 믿고 있는 관련 대상자들은 사실상 자유로운 상태에서 DNA 집단테스트에 참여할 것인지 결정할 수 있기 때문이다.⁶⁴⁾

그러나 적어도 DNA 집단테스트와 관련하여 참여 거부가 범죄혐의에 중립적이라는 전제는 환상에 지나지 않는지 의문이다. 물론 중립적인 제3자인 판사에게 참여 거부로부터 부정적인 결론을 추론하지 않을 것을 기대할 수는 있으나, 효율적인 형사소추를 지향하는 수사기관에 대해서는 이러한 기대가 비현실적이다.⁶⁵⁾ 이점은 독일 연방헌법재판소 결정을 지지하는 일부 견해에서도 확인된다. 거기에 의하면 유일하게 거부한 자의 경우는 범죄혐의를 인정할 수 있다고 한다.⁶⁶⁾ 그 이유는 거부행위 그 자체에서 찾는 것이 아니라, 거부자 이외에 다른 관련 대상자들은 범인으로 고려되지 않는다는 사실에서 찾을 수 있다. 예컨대 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지를 충족한 관련 대상자들 가운데 한 사람만 DNA 집단테스트를 거부하고 나머지 사람들은 모두 동의하였는데, 디엔에이

62) 동아일보, 2012.9.13. A12면. 나아가 중국동포 피살사건과 관련하여 피검사자들의 동의가 자발적이었는지에 대해 의문을 제기한 견해로는 이상용, 주12의 논문, 133면 각주 12.

63) BVerG NJW 1996, S. 1588.

64) Satzger, 주40의 논문, 648면.

65) Amelung, Anmerkung zu BGH vom 17.Dezember 1988, 1 StR 156/98, JR 1999, S. 385.

66) Kühne, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 1999, Rn. 490.

감식 결과 불응자를 제외한 모든 사람들이 불일치 판정을 받았다면, 불응자는 피의자로 간주될 수밖에 없다는 것이다. 수사기관에게서 이러한 추론 가능성마저 빼앗는다면 DNA 집단테스트는 애당초 그 존재 의미를 상실하고 말 것이다.⁶⁷⁾

여기에서 참여 거부가 범죄혐의에 중립적이라는 전제는 DNA 집단테스트의 현실과 기능방식과는 정반대의 대척점에 서 있다는 사실을 확인할 수 있다. DNA 집단테스트는 특유의 기능방식을 지닌다. 이른바 ‘폐쇄적 시스템’에 기초하고 있다.⁶⁸⁾ DNA 집단테스트의 목적 내지 기능은 관련 대상자들 가운데에서 적극적으로 범인을 골라내 검거하거나 (적극적 선별작용) 아니면 소극적으로 범인이 아닌 자를 수사선상에서 배제하는 것이다 (소극적 선별작용). 특히 소극적 선별기능에는 DNA 집단테스트에 참여하길 거부하는 관련 대상자들에 대하여 적극적으로 추상적 범죄혐의를 강화시키는 작용이 내재해 있다.⁶⁹⁾ 그리하여 관련 대상자들 가운데 어느 한 사람의 혐의 약화는 곧바로 남아있는 다른 사람들에 대한 혐의 강화로 이어진다.⁷⁰⁾

요컨대 DNA 집단테스트와 관련하여 동의의 자의성을 말할 수 있기 위해서는 관련 대상자들이 참여를 거부하는 경우 그 거부행위 자체를 정당한 것으로 받아들이고 범죄혐의와 관련하여 어떠한 법적 불이익도 부과하지 않을 때에만 가능하다.⁷¹⁾ 그러나 DNA 집단테스트의 현실과 기능방식은 이와 반대로 작동한다. 그리하여 동의에 의한 DNA 집단테스트는 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다.

나. 국가 주도의 DNA 집단테스트와 사인 주도의 자발적 집단테스트의 구별

이상과 같이 살펴볼 때 국가가 주도하는 DNA 집단테스트는 설사 관련 대상자들의 동의를 얻어서 실행한다고 하더라도 허용되지 않는다. 그에 반해 수사기관의 참여 요구

67) Satzger, 앞의 논문, 648면.

68) Satzger, 앞의 논문, 648면.

69) Saliger, Der Massengentest nach §81h StPO, JuS 2008, S. 194.

70) Satzger, 앞의 논문, 648면.

71) 물론 참여 거부의 범죄혐의 중립성은 수사기관이 그 밖의 상황에 근거하여 초기혐의를 인정하고, 경우에 따라서는 법관의 영장을 받아 강제적으로 관련 대상자들에게서 디엔에이감식시료를 채취하는 것을 방해하지 않는다. BT-Dr. 15/5674, S. 14. 그러한 한에서 참여 거부의 범죄혐의 중립성으로부터 거부자에 대한 범죄혐의는 원칙적으로 오로지 DNA 집단테스트 외적인 상황에 힘입어서만 근거지워질 수 있다는 결론이 도출된다. Saliger, 앞의 논문, 198면.

와 관계없이 어느 지역의 다수인 그룹(예컨대 어느 마을 주민들이) 자진해서 상응하는 테스트를 통해 자신의 혐의를 벗으려는 의사를 표명한 경우 이를 허용해야 하는지 문제된다. 이들의 참여 동기가 순수한 사회적 압박이나 진정한 이타적 행위 등에서 비롯된 것이라면 동의를 자의성을 부정하기 어려울 것이다.⁷²⁾ 이와 같은 사인 주도의 자발적 집단테스트는 국가 주도의 DNA 집단테스트와 구별해야 한다. 왜냐하면 오직 국가 주도의 DNA 집단테스트의 경우에만 수사기관이 관련 대상자들에 대한 선택기준을 설정하고, 궁극적으로 국가가 야기한 강제상황에 이르는 폐쇄적 시스템을 만들어 내기 때문이다.⁷³⁾

관련 대상자들의 참여 동기에 따라 다음과 같은 두 가지 유형으로 나눌 수 있다.⁷⁴⁾ 하나는 기존의 혐의에서 벗어나기 위한 참여의 경우이다. 어느 마을에 상호불신 분위기가 만연하고 이러한 불신이 친밀한 영역에까지 미치는 지경에 이른 경우 마을 사람들이 만연된 기존의 혐의에서 벗어나기 위하여 자진하여 테스트에 응할 수 있다. 이는 자신에게 향해진 사회적 압박에서 벗어나기 위한 순수한 주관적 욕구로서 자유로운 선택의 표현이다. 이런 경우는 동의를 자의성을 말할 수 있다. 다른 하나는 범죄수사에 협조하기 위한 참여의 경우이다. 마을 사람들이 범죄수사에 협조해야 할 필요성을 느껴 이타적으로 사회적 행위를 통일한 것이다. 이러한 경우라면 아무런 문제 없이 동의를 자발성을 말할 수 있다.

그러나 수사기관의 입장에서는 이러한 사인 주도의 자발적 집단테스트는 DNA 집단테스트를 대체할 수 없을 것이다. 왜냐하면 수사기관은 DNA 집단테스트의 실행과 범위에 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문이다.⁷⁵⁾

다. 소결론

동시에 의한 DNA 집단테스트는 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다. 다만 사인 주도의 자발적 집단테스트는 국가 주도의 DNA 집단테스트와 달리 허용된다.

72) Hombert, 주51의 책, 168면 이하.

73) Satzger, 앞의 논문, 649면.

74) Hombert, 앞의 책, 162면 이하.

75) Satzger, 앞의 논문, 649면.

IV. DNA 집단테스트 입법론

1. DNA 집단테스트 규정 도입의 필요성과 신설 규정의 지향 목표

지금까지 살펴본 바와 같이 DNA 집단테스트에 대한 해석론상 강제적인 DNA 집단테스트뿐만 아니라 동의에 의한 DNA 집단테스트 또한 허용되지 않는다면, 입법론적으로 이에 대한 새로운 규정을 마련할 필요가 있는지 문제된다.

생명이나 신체적 완전성 또는 성적 자기결정권 등을 침해하는 중대한 범죄에 대한 투쟁수단으로서 DNA 집단테스트가 그동안 보여준 수사학적 성과와 일반인의 의식 속에 넓게 자리잡은 그러한 집단테스트에 대한 동참 의지 등에 비추어 볼 때, 그러한 법규정에 대한 현실적 필요성은 진정 의심하기 어려울 것이다.⁷⁶⁾ 게다가 우리 실무에서는 법적 근거도 없는 상태에서 주먹구구식으로 DNA 집단테스트를 실행해 온 결과, 관련 대상자들의 정보적 자기결정권과 관련하여 많은 문제점이 발생하고 있다. 이 또한 DNA 집단테스트에 대한 신설 규정이 시급한 이유이다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 DNA 집단테스트는 범죄혐의와 관련 없는 대상자 그룹을 마치 피의자처럼 취급하고 있으며, 자의적인 동의 또한 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다는 점을 고려할 때, DNA 집단테스트에 관한 규정을 신설하는 것은 이질적인 경찰법적 요소를 형사소송법에 이식시켜 자칫 우리 형사소송법 체계 전체를 망쳐놓을 수도 있을 것이다.

기본적으로 DNA 집단테스트를 이용한 수사를 허용할 것인지, 허용한다면 어떠한 범위까지 허용할 것인지 그리고 어떠한 방식으로 통제할 것인지 여부는 본질적으로 사회정책적 물음이다. 이는 우리가 앞으로 어떠한 형사소추의 문화를 지향할 것인지와 관련되어 있다.⁷⁷⁾ 여기에서 형사소추의 효율성을 높이기 위하여 어느 정도로 자유의 상실을 감수할 준비가 되어 있는지 그리고 범죄투쟁이라는 목적을 달성하기 위하여 어느 정도로 수사기관과 시민 사이에 연대성을 요구해야 할 것인지 결정해야 한다.⁷⁸⁾

현재의 법적 상황에 비추어 보면 신설되는 DNA 집단테스트 규정은 다음과 같은 목

76) Graal-Schreerer, 주52의 논문, 299면.

77) Kerner/Trüg, 주53의 논문, 474면; Satzger, 앞의 논문, 649면.

78) Satzger, 앞의 논문, 649면.

표를 지향해야 할 것이다. 첫째는 과학기술의 발전에 따라 가능하게 된 새로운 수사기법을 활용해 형사절차에서 효율적인 형사소추를 추구해야 한다. 설사 범죄에 대한 공포가 정치와 대중매체에 의해 과대 평가된다고 할지라도 범죄에 대한 시민의 우려는 분명 존재하며, 국가는 이에 대해 적절하게 대응해야 한다.⁷⁹⁾ 둘째는 DNA 집단테스트 규정 도입으로 인하여 발생하는 관련 대상자들의 기본권 침해를 최소화하는 보호장치(safeguard)를 마련해야 한다. 안전에 대한 욕구가 강하면 강할수록 자유의 토대는 무너지기 마련이다. 이러한 의미에서 DNA 집단테스트의 전제조건에 대해 높은 장벽을 세우고 관련 대상자들의 정보보호를 위해 만전을 기해야 한다. 셋째는 실무에서 나타나는 법적 불안정을 해소시켜야 한다. 그리하여 법 제정 이전부터 지적되어 온 실무적 폐단을 제거하는 규정을 마련해야 한다. 이러한 목표를 염두에 두고 이하에서는 독일 형사소송법 제81h조를 참조하여, DNA 집단테스트에 관한 규정을 어떻게 구성할 것인지 제안해 보고자 한다.

2. DNA 집단테스트의 실체적 전제조건

가. 목적 제한

DNA 집단테스트는 오로지 관련 대상자들의 유전자형이 범죄현장에서 발견되거나 피해자에게서 보전된 흔적물질의 유전자형과 일치하는지 확인하기 위한 것이다. 그리하여 DNA 집단테스트의 목적은 여기로 한정되어야 한다. 이는 비례성 원칙의 요청이다. 왜냐하면 비례성 원칙에 의하면 범죄혐의와 관련 없는 관련 대상자들에 대한 강제조치는 범죄수사를 위하여 필연적으로 요구되는 바로 제한되어야 하기 때문이다.⁸⁰⁾ 그러한 한에서 앞서 소개한 제주 서귀포 10대 미성년자 성폭행사건에서 관련 대상자들의 유전자형을 구축 중인 범죄현장 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 대조하는 실무 관행은 명백히 잘못된 것이다.⁸¹⁾ 왜냐하면 이는 수사 중인 범죄사건 이외에 다른 범죄를 확인하는 별건 수사이기 때문이다.

79) 조성용, 주12의 논문, 136면 이하.

80) Graal-Schreerer, 앞의 논문, 300면.

81) 한면수, 주12의 논문, 34면.

그에 반하여 2017년 개정된 독일 형사소송법 제81h조 제1항 제3문은 이른바 ‘부분 일치자’(Beinahetreffer)의 유전자형을 범죄수사에서 계속 활용할 수 있도록 DNA 집단테스트의 목적을 기존보다 확장하였다.⁸²⁾ 그리하여 흔적물질의 유전자형이 부분 일치자의 직계친족 또는 3촌 이내의 방계혈족의 유전자형과 일치하는지 확인하기 위해서도 DNA 집단테스트를 실행할 수 있게 되었다. 물론 범죄수사를 위하여 부분 일치자의 유전자형을 계속 활용해야 할 실무적 필요성은 진정 의심할 수 없을 것이다. 다만 DNA 집단테스트의 목적을 이와 같이 확장하기 위해서는 별도의 상세한 논의가 필요할 뿐만 아니라 그러한 논의는 일단 DNA 집단테스트 규정이 도입되고 난 이후에 더욱 의미가 있을 것이므로, 이 글에서는 다루지 않도록 한다.

나. 특정범죄군

DNA 집단테스트는 무엇보다 생명, 신체적 완전성, 성적 자기결정권 또는 개인의 자유를 침해하는 중대범죄를 수사하기 위해서만 고려된다. 명확성의 원칙을 고려할 때 DNA 집단테스트의 대상범죄는 불확정 법개념(예컨대 독일 형사소송법 제81g조 제1항의 ‘현저한 의미의 범죄’)을 사용하기보다는 형법 및 특별형법에 규정되어 있는 범죄유형을 열거하는 방식이 더 바람직할 것으로 보인다.⁸³⁾ 거기에 따라 DNA 집단테스트의 특정범죄군을 예시하면 다음과 같다.

- 형법 제24장 살인의 죄 중 제250조 내지 제253조
- 형법 제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조 내지 제299조, 제301조 내지 제303조 및 제305조
- 형법 제25장 상해와 폭행의 죄 중 제258조 내지 제259조
- 형법 제38장 절도와 강도의 죄 중 제336조 내지 제340조
- 형법 제13장 방화와 실화의 죄 중 제164조
- 성폭력의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 내지 제8조, 제8조의 2, 제9조

82) 이에 대해 자세히는 김성룡, 주13의 논문, 298면 이하; 신상현, 주13의 논문, 23면 이하; 허황, 주13의 논문, 215면 이하.

83) 조성용, 주12의 논문, 138면.

내지 제11조

- 청소년의 성보호에 관한 법률 제10조
- 군형법 제53조, 제59조, 제83조 및 제84조

다. 일정한 혐의표지

DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 수사기관이 설정한 ‘범인과 일치할 것으로 추정 되는’ 일정한 혐의표지를 충족한 자로 국한된다. 그리하여 일정한 혐의표지는 관련 대상자의 인적 범주를 제한하는 중요한 기준이 된다. 수사기관이 일정한 혐의표지를 설정하는 과정은 대개 다음과 같다. 우선 수사기관은 특정한 사실을 근거로 범인에 대한 단서를 최대한 확보한다. 이때 특정한 사실은 구체적인 수사 결과에서 나온 것이다. 예컨대 범행장소에서 발견된 증거물, 증인의 목격담, 사체 해부 소견, 피해자의 진술, 특별한 행위상황 등 말이다.⁸⁴⁾ 이를 통해 충분한 단서가 확보되면 수사기관은 범죄자 프로파일러의 도움을 얻어 일정한 혐의표지를 설정한다. 그러한 혐의표지는 가령 성, 나이, 특정한 지역, 특정한 차량의 운전자, 특정한 유니폼 착용자, 특정한 기업의 직원, 머리카락 및 눈의 색깔, 대머리, 사투리 말투 등일 수 있다.⁸⁵⁾

이해를 돕기 위해 앞서 소개했던 Christina Nytsch 강간살해 사건을 예로 들어 이러한 과정을 설명해 보고자 한다.⁸⁶⁾ 범인은 시신과 범행도구를 길에서 몇 미터 떨어지지 않은 곳에 니뭇가지로 덮여 놓았다는 사실이 밝혀졌다. 이로부터 범인은 통제되지 아니한 자로서 심한 스트레스에 놓여있다고 추정하였다. 그는 범행도구로 조그만 칼을 사용하였고, 범죄 장소 주변을 방황하였으며, 작은 소녀를 급습하였다는 사실로부터 수사기관은 범인은 책임을 떠맡을 처지에 있지 않다고 추정하였다. 범인은 피해자를 교살한 후 배와 가슴을 17차례에 걸쳐 찔렀다. 마치 범행을 미친 자의 소행으로 위장하기 위한 것이었다. 거기로부터 그리고 피해자에게서 발견된 정액의 유전자형과 2년 전 범행장소 주변 지역에서 발견해 보관 중인 정액의 유전자형이 일치한다는 사실로부터 범인은 범행장소 근처에 주거하고 있다고 추정하였다. 게다가 범인은 범행장소를 잘 알고 있는 자로

84) Graal-Schreerer, 주52의 논문, 300면.

85) KK-StPO/Senge, 6. Aufl., 2008, S. 411.

86) Hombert, 주51의 책, 170면 이하.

추정하였다. 왜냐하면 범인은 오로지 내부인만이 알 수 있는 외진 길을 사용하였기 때문이다. 범인이 거주하는 장소는 마을 주민들의 진술에 힘입어 범죄장소 주변 20~25 킬로미터 내로 좁힐 수 있었다. 마지막으로 피해자의 집에서 나온 정액의 활동성이 왕성하다는 사실로부터 18세에서 30세가량의 남자로 추정하였다. 그리하여 수사기관은 이러한 사실들을 토대로 혐의표지를 범죄현장에서 25 킬로미터 내 주변에 살고 있는 18세에서 30세까지의 남자로 설정하였다.

그러나 수사기관이 수사 결과를 토대로 일정한 혐의표지를 설정했다고 하더라도 아직 그것만으로는 DNA 집단테스트를 실행하기에 충분하지 않다. 오히려 관건은 그러한 혐의표지를 통해 관련 대상자의 인적 범주가 충분히 좁혀졌는가에 있다. 그리하여 수사의 성공 가능성을 높이기 위해서는 무엇보다 관련 대상자의 인적 범주를 최대한 좁힐 수 있는 혐의표지를 선택해야 한다.⁸⁷⁾ 또한 선택한 혐의표지가 많을수록 성공 가능성도 그만큼 높아진다.⁸⁸⁾ 예컨대 남자, 18세에서 30세, 범죄현장에서 25 킬로미터 내 거주라는 혐의표지보다는 남자, 키 170~175 센티미터, 25세에서 35세, 범죄장소 인근 마을 거주자, 화물차 번호판을 부착한 트럭 운전사라는 혐의표지가 더 성공 가능성이 높다. 왜냐하면 전자의 경우 혐의표지를 충족한 관련 대상자들은 18,000명이었던 반면, 후자의 경우는 286명으로 좁혀졌기 때문이다. 마찬가지로 소방서 축제 사건도 성공적인 케이스이다.⁸⁹⁾ 축제에 참가한 138명의 남자는 특정한 시간에 피해자와 같은 장소에 함께 있었다. 아마도 피해자와 얘기를 주고 받았거나 다른 식으로 접촉했을 것이다. 그들의 숫자는 확정되었고 다른 자의 추가 진입은 배제되었다.

나아가 범인이 혐의표지를 충족한 관련 대상자 그룹에 속해 있을 개연성이 높으면 수사의 성공 가능성도 그만큼 높아진다.⁹⁰⁾ 그리하여 앞서 소개한 포르샤 운전자 사건에서 포르샤 소유자를 혐의표지로 설정한 것은 잘못된 선택이다. 왜냐하면 범인이 반드시 포르샤 소유자는 아니기 때문이다. 즉, 포르샤 소유자의 가족이나 친구도 포르샤를 운전할 수 있다는 점을 간과한 것이다. 예컨대 어느 도시 남성 주민 전체라는 혐의표지도 마찬가지로. 물론 그러한 표지는 관련 대상자의 인적 범주를 어느 정도 좁히는데 기여할 수

87) Hombert, 앞의 책, 85면 이하; Saliger, 주69의 논문, 195면.

88) Saliger, 앞의 논문, 195면.

89) Busch, Zur Zulässigkeit molekulargenetischer Reihenuntersuchungen, NJW 2001, S. 1337.

90) Hombert, 앞의 책, 86면 이하.

있으나, 앞서 언급한 축제 참여자의 경우와는 달리 - 외부인의 출입이 자유로운 공간이므로 - 관련 대상자의 인적 범주가 유동성에 의하여 항시적으로 변경될 수 있다는 점을 고려하지 못한 것이다.⁹¹⁾

이상과 같이 살펴볼 때, 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지는 실제로 DNA 집단테스트를 실행하기에 충분하지 않은 경우가 많다. 그리하여 이와 관련된 규정을 마련하더라도 법관은 영장을 발부하기 전에 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지가 관련 대상자의 인적 범주를 충분히 좁힐 수 있는지 심사해 보아야 한다.

라. 보충성 및 비례성의 원칙

DNA 집단테스트는 기본적으로 표준적인 수사기법이어서는 안 된다. 이 점을 분명히 하기 위하여 DNA 집단테스트는 다른 모든 수사가 현저히 성공을 보장할 수 없거나 본질적으로 어렵게 된 경우에만 실행된다고 규정해야 한다. 이와 같은 보충성 조항을 둠으로써 범죄혐의와 관련 없는 자에 대한 강제조치가 수사상의 편의에 따라 남발되는 것을 방지하고, DNA 집단테스트가 최후수단으로서만 실행될 수 있도록 보장할 수 있을 것이다. 물론 실무에서는 재정적, 행정적, 인력상의 비용으로 인하여 DNA 집단테스트는 실제로 드물게 실행된다고 하지만,⁹²⁾ 효율적인 형사소추를 사명으로 하는 수사기관의 속성을 고려하면 우리 실무상 이러한 보충성 조항은 나름대로 의미가 있을 것이다.

또한 DNA 집단테스트는 특히 관련 대상자들의 수에 비추어 범죄행위의 중대성과 비례관계에서 벗어나서는 안 된다. 이는 비례성 원칙의 요청이다. 그러한 의미에서 앞서 소개한 대전 은행 강도살인 사건과 Christina Nytsch 강간살해 사건에 대해서는 비례성의 관점에서 의문이 제기된다. 전자의 경우 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 1만 5천 명이 넘었고, 후자의 경우는 1만 8천 명 정도 되었다. 설사 강도살인이나 강간살인과 같은 중범죄에 대한 수사라고 할지라도, DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 수가 1만 명을 넘었다는 것은 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지가 관련 대상자의 인적 범주를 충분히 좁히는데 그다지 기여하지 못했다고 볼 여지가 있다.

물론 DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 수가 몇 명 이상이 되어야 비례성의 원칙

91) Busch, 앞의 논문, 1337면.

92) MüKo-StPO/Trück, 1. Aufl., 2014, §81h, Rn. 7.

에 반하는지는 오픈되어 있다. 독일 문헌에서는 대략 1만 이상이면 비례성의 원칙에 반한다는 견해가 일부 존재한다.⁹³⁾ 반면 다수의 견해는 개별적인 사안에 따라 고려해야 할 상황이 달라질 수 있다는 이유에서 반대한다.⁹⁴⁾ 생각건대 DNA 집단테스트는 기본적으로 개별 사안에 따라 고려해야 할 상황이 달라질 수 있다는 점에서, DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 수를 몇 명부터 몇 명까지로 명시하는 것은 바람직하지 않다고 본다. DNA 집단테스트의 규모가 비례성 원칙에 반하는지 여부는 궁극적으로 법관이 판단해야 할 몫이다. 관련 대상자들이 극소수(예컨대 10명 이하)라면 구태여 DNA 집단테스트를 실행할 필요가 없을 것이다. 왜냐하면 수사기관은 그들을 대상으로 계속 수사하여 범죄혐의가 인정되는 자를 피의자로 보고 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항에 따라 디엔에이감식에 필요한 디엔에이감식시료를 채취할 수 있기 때문이다. 다만 DNA 집단테스트는 앞서 살펴본 바와 같이 범죄혐의와 관련 없는 자에 대한 강제조치로서 엄격한 해석이 요구된다는 점에 비추어 볼 때, 1만 명이라는 수치상의 제한은 대략적인 지향점으로 수용할 수 있다고 본다.

마. 서면 동의

DNA 집단테스트는 관련 대상자들의 서면 동의에 의해서만 허용된다. 앞서 살펴보았듯이 강제적인 DNA 집단테스트는 허용되지 않기 때문에, DNA 집단테스트를 실행하기 위해서는 관련 대상자들의 서면 동의가 필수적이다. 비록 동의의 자의성은 현재의 법적 상황에서는 인정되기 어렵지만 말이다. 서면 동의서는 DNA 집단테스트는 관련 대상자들의 사전 동의에 의해서만 실행될 수 있으며, 이때 동의는 서면으로 공증된다는 점을 보장한다.⁹⁵⁾ 대개 이러한 서면 동의서는 관련 법률이 정한 양식에 따른다. 그러나 현재 우리나라에는 DNA 집단테스트에 관한 법률이 없기 때문에, 실무에서는 생명윤리법⁹⁶⁾이나 실종아동법⁹⁷⁾의 동의서를 사용하거나 기타 임의의 채취동의서를 사용하고 있는 실정이다.⁹⁸⁾ DNA 집단테스트에 관한 법률이 제정되기 전까지는 차라리 잠정적으로나마

93) Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl, §81h, Rn. 5.

94) BeckOK-StPO/Goers, 35. Edition, §81h, Rn. 5.

95) Saliger, 주69의 논문, 197면.

96) 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 동 시행령 및 동 시행규칙 참조.

97) 실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률, 동 시행령 및 동 시행규칙 참조.

『디엔에이법』에서 정한 디엔에이감식시료 채취동의서를 사용하는 편이 나을 것이다.

서면 동의가 유효하기 위해서는 동의능력 이외에 DNA 집단테스트로부터 나오는 가능한 법적 귀결에 대한 포괄적인 고지를 전제로 한다. 이것은 관련 대상자들이 동의하기 전에 DNA 집단테스트의 목적, 유전자형의 자동 대조 및 결과의 사용 가능성 등을 신중하게 평가할 수 있도록 보장해 준다는 점에서 특별한 의미를 지닌다.⁹⁹⁾ 그러나 위에서 언급한 바와 같이 현재 DNA 집단테스트에 합당한 채취동의서는 존재하지 않기 때문에, 실무에서는 다른 법에서 정한 채취동의서에 따라 필수적인 고지사항은 생략한 채 피상적인 내용만 고지하고 동의를 받고 있다. 예를 들면 다음과 같다. “채취동의서 내용: 1. 저는 시료를 채취하는 이유, 채취할 시료의 종류, 채취하는 방법에 관하여 고지를 받았습니 다. 1. 저는 시료채취에 응하지 않을 수 있음을 고지받았습니다. 1. 저는 시료 채취에 동의합니다/동의하지 않습니다(부동의 사유: ?)”¹⁰⁰⁾ 이제 이러한 잘못된 실무 관행은 사라져야만 한다. 그러한 의미에서 DNA 집단테스트의 관련 대상자들에게 고지해야 할 사항을 다음과 같이 제시하고자 한다.

- 관련 대상자들에게서 감식시료를 채취한다는 점
- 유전자형을 확인하기 위하여 채취된 감식시료에 대해 디엔에이감식을 한다는 점
- 확인된 유전자형을 범죄현장에서 발견되거나 피해자에게서 보전된 흔적물질의 유전자형과 컴퓨터를 통해 자동으로 대조한다는 점
- 이러한 조치들은 오로지 관련 대상자들의 서면 동의를 받아야만 실행될 수 있다는 점
- 관련 대상자들이 동의하지 않는다고 하더라도 그러한 거부행위 자체로 인해 범죄 혐의와 관련하여 불이익을 받지 않는다는 점
- 채취한 감식시료는 유전자형의 수집목적을 위해서만 사용되고 이를 위해 더 이상 필요하지 않게 되면 지체없이 폐기된다는 점
- 확인된 유전자형은 흔적물질의 유전자형과 대조 결과 일치 판정을 받지 않는 한 지체없이 삭제된다는 점
- 확인된 유전자형은 『디엔에이법』상의 DNA DB에 저장되지 않는다는 점

98) 한면수, 주12의 논문, 44면.

99) Meyer-Goßner/Schmitt, 앞의 책, 옆면 번호 14.

100) 한면수, 앞의 논문, 48면, 각주 49.

3. DNA 집단테스트의 형식적 전제조건

가. 절대적 법관유보

DNA 집단테스트를 실행하려면 관련 대상자들의 서면 동의 이외에 법관의 영장을 필요로 한다. 일반적으로 강제조치의 관련 대상자가 서면 동의하면 법관의 영장은 필요하지 않다. 그리하여 『디엔에이법』 제8조 제3항은 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다고 규정하고 있다. 관련 대상자들의 서면 동의에도 불구하고 법관유보를 요구하는 것은 우리 형사소송법에서 선례를 찾아보기 힘들다.

그럼에도 불구하고 법관의 영장을 추가적으로 요구하는 이유는 자명하다. 앞서 살펴 보았듯이, DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 자의적인 동의가 사실상 배제되기 때문이다. 물론 국가 주도의 DNA 집단테스트의 경우에도 관련 대상자들의 참여 동기가 순수한 사회적 압박이나 진정한 이타적 행위 등에서 비롯된 것일 수 있다고 반박할 수는 있을 것이다. 특히 조그만 시골 마을의 주민들이 관련 대상자들인 경우에는 지역의 특성상 도시 거주자들에 비해 그러한 동기로 DNA 집단테스트에 참여할 가능성이 더 높을 수 있을 것이다. 그러나 DNA 집단테스트의 규모가 커질수록 이러한 동기에 의한 참여는 현저히 감소할 것이다. 왜냐하면 수사기관이 관련 대상자들에게 DNA 집단테스트에 참여할 것을 요구하는 것 자체가 많은 경우 관련 대상자들에게 그 어떠한 압력으로 작용하고 그 결과 사실상 강제조치의 범주에 근접할 수 있기 때문이다.¹⁰¹⁾ 즉, 관련 대상자들의 자발적 동의를 전제로 이루어지는 DNA 집단테스트가 실제로는 임의수사가 아닌 강제수사로 비추어질 수 있다는 말이다. 더군다나 현행법상 DNA 집단테스트의 법적 근거가 없는 상황에서 국가 주도의 DNA 집단테스트에서 일부 관련 대상자들의 참여 동기가 순수한 사회적 압박이나 이타적 행위 등에서 비롯된 것일 수 있다는 이유만으로 일괄적으로 관련 대상자들의 동의를 자의적인 것으로 간주한다면, 이는 법적 근거없는 DNA 테스트를 우회적으로 정당화시키는 통로로 작용할 수 있다.

나아가 절대적 법관유보는 DNA 집단테스트의 실체적 전제조건인 확인은 법관의 통제하에 놓여있다는 점을 보장한다. 그리하여 절대적 법관유보는 DNA 집단테스트의 예

101) Saliger, 앞의 논문, 194면.

외적 성격 내지 최후수단성의 보장에 기여한다.¹⁰²⁾

법관(지방법원 판사)은 영장을 발부하기 전에 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지가 관련 대상자의 인적 범주를 충분히 좁히는지 심사하고, 그 근거를 제시하여야 한다. 나아가 일정한 혐의표지를 충족한 관련 대상자들을 특정해야 한다. 이때 관련 대상자들의 사전 청문은 필요하지 않다. 왜냐하면 법관이 영장을 심사하는 시점에는 단지 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지만 기재되어 있을 뿐, DNA 집단테스트가 실행될 관련 대상자들의 이름까지 표기되지는 않기 때문이다.¹⁰³⁾ 이 점에서 관련 대상자들의 사전 청문을 허용하는 『디엔에이법』 제8조 제4항 및 제5항과 구별된다.

나. 항고와 상고

DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 지방법원 판사의 영장 발부에 대하여 항고할 수 없다. 왜냐하면 그들은 DNA 집단테스트의 실행에 대해 이미 서면 동의하였기 때문이다. 반면 검사는 형사소송법 제402조에 따라 항고할 수 있다. 또한 관련 대상자들은 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지에 대한 법관의 근거제시가 불충분하다는 이유로 상고할 수 없다.¹⁰⁴⁾ 그러나 수사기관의 불충분한 고지로 인해 동의가 무효라는 이유로는 상고할 수 있다. 법원의 판결이 디엔에이감식 결과를 토대로 해서 나온 것이라면 말이다.

4. 정보보호 조치

DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 정보적 자기결정권을 보호하기 위하여 마련해야 할 정보보호 조치는 다음과 같다.

우선 DNA 집단테스트를 실행하기 위하여 채취한 감식시료는 오로지 관련 대상자들의 유전자형이 범죄현장에서 발견되거나 피해자에게서 보전된 흔적물질의 유전자형과 일치하는지 확인하기 위해서만 사용하고, 이를 위해 더 이상 필요하지 않게 되면 지체없

102) Saliger, 앞의 논문, 197면.

103) Saliger, 앞의 논문, 196면.

104) KK-StPO/Senge, 주85의 책, 412면.

이 폐기하여야 한다. 그러나 우리 실무에서는 이러한 규정이 마련되어 있지 않아서, “통상적으로 국과수의 경우 감정기일(15일)동안 시료를 보관하고 있다가 반환 요구가 없으면 시료를 폐기하는” 실정이다.¹⁰⁵⁾

또한 디엔에이감식을 통해 확인한 관련 대상자들의 유전자형은 흔적물질의 유전자형과 대조 결과 일치 판정을 받지 않는 한, 지체없이 삭제하여야 한다. 검사는 삭제 과정을 지휘 감독하고 그 결과를 조서로 남겨야 한다. 그러나 우리 실무에서는 국과수의 경우 불일치 판정을 받은 관련 대상자들의 유전자형을 즉각 삭제하지 아니하고 “단지 시험한 근거로 남기는 수준에서 보관하고 있는” 실정이다.¹⁰⁶⁾

나아가 디엔에이감식을 통해 확인한 유전자형은 『디엔에이법』상의 DNA DB에 저장해서는 안 된다. 그에 반해 디엔에이감식 결과 일치 판정을 받은 관련 대상자의 유전자형은 『디엔에이법』 제5조 및 제6조의 요건을 충족한 경우에는 DNA DB에 저장할 수 있을 것이다.

V. 결론

DNA 집단테스트는 현행 형사소송법 해석상 허용되지 않는다. 우선 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 또한 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 요컨대 우리나라 현행법상 DNA 대중테스트의 법적 근거는 없다. 나아가 동의에 의한 DNA 집단테스트 또한 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다. 다만 사인 주도의 자발적 집단테스트는 국가 주도의 DNA 집단테스트와 달

105) 한면수, 앞의 논문, 43면.

106) 한면수, 앞의 논문, 43면.

리 허용된다.

입법론적으로 DNA 집단테스트를 이용한 수사를 허용할 것인지, 허용한다면 어떠한 범위까지 허용할 것인지 그리고 어떠한 방식으로 통제할 것인지 여부는 본질적으로 사회정책적 물음이다. 여기에서 형사소추의 효율성을 높이기 위하여 어느 정도로 자유의 상실을 감수할 준비가 되어 있는지 그리고 범죄투쟁이라는 목적을 달성하기 위하여 어느 정도로 수사기관과 시민 사이에 연대성을 요구해야 할 것인지 결정해야 한다.

현재의 법적 상황에 비추어 보면 신설되는 DNA 집단테스트 규정은 다음과 같은 목표를 지향해야 할 것이다. 첫째는 과학기술의 발전에 따라 가능하게 된 새로운 수사기법을 활용해 형사절차에서 효율적인 형사소추를 추구해야 한다. 둘째는 DNA 집단테스트 규정 도입으로 인하여 발생하는 관련 대상자들의 기본권 침해를 최소화하는 보호장치를 마련해야 한다. 이러한 의미에서 DNA 집단테스트의 전제조건에 대해 높은 장벽을 세우고 관련 대상자들의 정보보호를 위해 만전을 기해야 한다. 셋째는 실무에서 나타나는 법적 불안정을 해소시켜야 한다.

다른 선진국에서는 DNA 집단테스트가 지니는 법적 그리고 사실적 문제점에 대해 이미 오래전부터 논의가 시작되었고 이에 대한 법적 근거까지 마련하였다는 점을 상기할 때, 우리나라에서 DNA 집단테스트에 관한 논의는 아직 초보 단계이고 시기적으로도 너무 늦은 감이 있다. 앞으로 이에 대한 심도 있는 논의를 기대해 본다.

참고문헌

〈국내문헌〉

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1983
- 김성룡, DNA 집단검사, 가족 디엔에이 탐색과 디엔에이 표현형 검사의 적법성과 필요성, 『IT와 법연구』제8집, 2014
- 김형준, 형사절차상 혈액·뇨의 강제채취와 그 한계, 형사법연구, 1996
- 손기식, 음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰, 법조, 1995/10
- 신상현, 독일 형사소송법상 DNA 집단검사 규정의 도입 필요성에 대한 검토, 과학기술법연구, 제25집 제1호, 한남대 과학기술법 연구원, 2019
- 신치재, AIDS에 대한 형사법적 법리와 그 대책, 형사정책, 제7호, 1995
- 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원, 1994
- 이상용, 범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토, 형사정책연구, 제15권 제3호, 2004/가을호
- 이재상, 강제채혈과 강제채뇨, 고시계, 1998/8
- 조균석, 과학수사와 영장의 요부, 검찰 93호, 1986
- 조성용, 형사소송법상 DNA지문감식의 허용과 한계, 형사정책연구, 제15권 제2호, 2004/여름호
- 조성용, DNA지문감식과 피해자의 권리보호, 비교형사법연구, 제6권 제1호, 2004
- 조성용, 일반대중에 대한 유전자감식테스트의 법적 허용성, 저스티스, 통권 제107호, 한국법학원, 2008
- 조성용, 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 시행 10년에 대한 평가와 제언, 형사정책연구, 제32권 제1호, 2021
- 한면수, DNA 대량검색의 유용성 및 문제점 고찰, 경찰학연구, 제15권 제2호, 2015
- 허황, 독일 형사소송법상 DNA 검사, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 2020

〈외국문헌〉

- Arzt, Begründung der Beschuldigten-Eigenschaft, Kriminalistik, 1970

- Bannenberg, Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, München, 2001
- Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, Graf, Jürgen Peter(Hrsg.), 35. Edition
- Beulke, Strafprozessrecht, 5. Aufl., Heidelberg, 2001
- Busch, Zur Zulässigkeit molekulargenetischer Reihenuntersuchungen, NJW 2001
- Dix, Das genetische Personenkennzeichen, DuD 1989
- Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., München, 1999
- Graalmann-Schreerer, DNA-Massentest de lege lata und de lege ferenda, NStZ 2004
- Grünwald, Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden, 1993
- Hombert, Der freiwillige genetische Massentest, Cuvillier Verlag, Göttingen 2003
- Hother, Die DNA-Analyse, Diss. Gießen, 1995
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Hannich, Rolf(Hrsg.), 6. Aufl., München, 2008
- Keller, Die Genomanalyse im Strafverfahren, NJW 1989
- Kerner/Trüg, DNA-Massentests zwischen Verbrechensbekämpfung und Rechtsstaatlichkeit, FS für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004
- Klumpe, Der genetische Fingerabdruck im Strafverfahren, Freiburg im Breisgau 1993
- Koriath, Ist das DNA-Fingerprinting ein legitimes Beweismittel?, JA 1993
- Kühne, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 1999
- Lührs, Genomanalyse im Strafverfahren, MDR 1992
- Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl., 2019
- Münchener Kommentar zur StPO, Kudlich, Hans u.a.(Hrsg.), München, 2014
- Neuser, Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zwecke der DNA Identitätsfeststellungen in künftigen Strafverfahren, Nomos 2006
- Oberwetter, Die DNA-Analyse als medizinisch kriminalistischer

- Sachverständigenbeweis, Hamburg, 1997
- Peter, Strafprozess, 4 Aufl., Heidelberg, 1985
- Rademacher, Die Zulässigkeit genetischer Analysemethoden im Strafverfahren, Diss. Frankfurt a.M., 1992
- Ritter, Genomanalyse und Strafverfolgung, Diss. Tübingen, 1997
- Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sie selbst, Berlin, New York 1977
- Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München, 1998
- Saliger, Der Massengentest nach § 81h StPO, JuS 2008
- Satzger, DNA-Massentests - kriminalistische Wunderwaffe oder ungesetzliche Ermittlungsmethode?, JZ 2001
- Sauter, DNA-Massentests im Strafverfahren, Polizeiwissenschaftliche Analysen Band 3, 2003
- Schulz, Normiertes Misstrauen, Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt a.M., 2001
- Sternberg-Lieben, Genetischer Fingerabdruck und § 81a StPO, NJW 1987
- Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG und EMRK, Hans-Joachim Rudolphi(Hrsg.), Köln, 1995
- Wagner, Das genetische Fingerabdruckverfahren als Hilfsmittel bei der Verbrechensbekämpfung. Diss. Tübingen, 1993
- Wüsteney, Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat, Peter Lang, 2003

Rechtliche Zulässigkeit der DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat

Cho, Sung-Yong*

Schreckliche und aufsehenerregende Verbrechen, wie zuletzt der Sexualmord an einem Mädchen, rufen in der Bevölkerung wie in der Politik den verständlichen Wunsch nach einer schnellen und effektiven Ermittlung des Täters hervor. In den Vordergrund tritt dabei immer häufiger die Forderung nach DNA-Massentests, mittels derer die genetischen Fingerabdrücke einer Vielzahl von Personen gewonnen und anschließend mit dem Analyseergebnis des am Tatort aufgefundenen Spurenmaterials des mutmaßlichen Täters verglichen werden sollen. Derartige Massentests sind an und für sich nichts Neues. Vielmehr haben sie sich zu einem Standardverfahren kriminalistischer Ermittlungen entwickelt.

Wenn nun aber alle Betroffenen angeblich “freiwillig” an den DNA-Massentests teilnehmen, können dann überhaupt ernsthafte Zweifel an der Zulässigkeit dieser Ermittlungsmaßnahme auftreten? Wenn ein Betroffener die Teilnahme an den freiwilligen Massentests verweigert, darf die Polizei zwangsweise ihm Blutproben entnehmen und genetische Fingerabdrücke erstellen, um diese mit den Tatortspuren zu vergleichen? Und unter welchen Voraussetzungen? Obgleich DNA-Massentests mittlerweile schon zum Standardrepertoire strafprozessualer Aufklärungsmaßnahmen in schwierigen Fällen zu gehören scheinen, wurde die Frage ihrer Zulässigkeit bisher nicht ausreichend behandelt.

Die vorliegende Arbeit erörtert daher, ob die Rechtsordnung für zwangsweise DNA-Massentests eine Rechtsgrundlage zur Verfügung stellt und anschließend problematisiert die Bedeutung einer als “freiwillig” bezeichneten Teilnahme an den

* Professor, College of Law, Dankook University, Ph.D. in Law

DNA-Massentests. Schließlich wird erörtert, ob der Gesetzgeber einer gesetzlichen Regelung von DNA-Massentests in der Strafprozessordnung näher treten sollte.

Nach der Meinung des Verfassers sind DNA-Massentests *de lege lata* nicht zulässig. Wirkliche DNA-Massentests sind zuerst nicht auf §§ 140, 219 bzw. 221-4, 173 I StPO zu stützen, da der Teilnehmer an den DNA-Massentests noch nicht Beschuldigter ist. Zudem können §§ 141 II, 219 StPO bzw. 221-4, 173 V StPO keine Rechtsgrundlage für den DNA-Massentests sein, da er auch nicht Verletzter ist. Schließlich sind auch die auf angeblicher Freiwilligkeit basierenden DNA-Massentests nach derzeitiger Rechtslage unzulässig. Denn schon allein dadurch, dass eine bestimmte Ermittlungsmethode von den Strafverfolgungsbehörden eingesetzt wird, und dass sie sodann mit der Bitte an den Betroffenen herantreten, daran teilzunehmen, wird dessen autonomen Entscheidung ausgeschlossen. Die Verankerung einer rechtlichen Grundlage für diese Ermittlungsmethode in der StPO erscheint trotzdem nicht von vornherein ausgeschlossen. Dabei geht es darum, zu beurteilen, welche Einbußen an Freiheit wir bereit sind hinzunehmen, um die Effektivität der Strafverfolgung zu erhöhen, und welches Maß an Solidarität zwischen Bevölkerung und Strafverfolgern wir als Grundstock für die Verbrechensbekämpfung realistischerweise zugrundelegen können und wollen. Dies liegt aber auf einer anderen Ebene. Die weitere Diskussion über die Durchführung von DNA-Massentests muss daher in Zusammenhang der Erörterung der übergreifenden Thematik geführt werden, welche Kultur des Strafverfahrens wir hierzulande künftig wünschen.

❖ Key words: DNA-Massentests, Verdachtsmerkmale, Freiwilligkeit der Einwilligung, Absoluter Richtervorbehalt

