

# 형법 일부개정법률안에 대한 입법 의견

정부제출 형법개정안(의안번호 11304)에 대한  
국회법사위의 의견제시요청에 따른 회신

## 차례

---

요약	3
의견 제시 배경	4
개정안에 대한 검토의견	
1. 보호감호(보호수용)의 재도입	5
2. 작량감경 사유의 구체화(정상감경)	6
3. 벌금형에 피고인의 경제적 사정을 고려하도록 규정	7
기존 형법에서 수정되어야 할 조항에 대한 검토의견	
1. 징역형의 상한 상향조정	8
2. 사형제의 존치	9

### 형법 개정안에 대한 참여연대 의견 요약

- 본 보고서는 2011년 5월 17일 국회 법제사법위원회의 “형법 일부개정법률안(의안번호 11304호)”(이하 ‘개정안’)에 대한 의견제시 요청으로, 2011년 5월 30일 동 위원회에 제출된 입법의견서입니다.
- 참여연대는 개정안에 대해 다음과 같은 의견을 제출합니다.
  - 개정안 제83조 이하에 규정된 ‘보호수용’은 2005년에 폐지된 구 사회보호법상 보호감호를 재도입하는 것으로, 과거 이 제도가 가진 문제점이 여전히 상존하므로 도입에 반대함.
  - 개정안 제49조 제1항에 ‘정상감경’을 규정하고 그 사유를 구체화한 것은, 법관의 자의적인 작량감경을 제한한다는 취지에서는 긍정적이기는 함. 그러나 기존 각종 특별형법들의 매우 높은 법정형 및 형의 하한을 조정하지 아니한 채 작량감경의 사유만을 제한하는 것에는 반대함.
  - 개정안 제46조 제3항에 벌금형에 피고인의 경제적 사정을 고려하도록 규정한 것은 바람직하나, ‘일수벌금제도’와 같은 획기적인 제도를 도입하지 못한 점은 아쉬움.
- 또한 참여연대는 이번 개정안이 심사되는 과정에서 기존 형법에서 지적되었던 다음 사항들이 함께 논의되기를 요청합니다.
  - 작년 4월 개정된 형법에 따라 유기징역의 상한이 30년, 가중 시 50년까지로 상향되었음. 이는 일부 흉악범죄에 대한 처벌 강화를 목적으로 하고 있으나, 실제로는 모든 범죄에 대한 법정형을 가중하는 것으로 ‘중형주의로의 회귀’이며, ‘형법개정의 난맥상’을 초래함. 유기징역형의 상한은 재검토되어야 하며, 일부 범죄에 대한 형의 상향은 필요하다면 특별법이나 형법 각칙의 개정을 통해 이루어져야 함.
  - 사형제도는 헌법상 보장된 인간의 존엄과 가치를 근본적으로 부인하는 형벌로서, 상존하는 판결의 오판가능성에 비춰보더라도 폐지되어야 마땅함. 이번 개정안이 형법제정 이후 처음으로 형법총칙 전반에 대한 전반적 개정과 형벌의 재정비를 담고 있다는 점을 감안할 때, 사형제의 폐지가 포함되지 않은 것은 매우 유감스러움. 오랫동안 학계·종교계·인권시민단체가 사형제의 폐지를 요청해왔으며, 이미 국회에 여러 건의 사형폐지특별법안이 상정되어 심사 중이므로 이번 형법 개정 과정에 이 같은 내용이 반영되어야 할 것임.

### 정부의 형법 일부개정법률안 제출과정에 대한 검토

- 1953년 형법이 제정된 이래 몇 차례에 걸쳐 일부개정이 있었으나 형법의 적용범위나 죄의 성립, 형의 종류 등을 규정한 총칙 부분은 큰 변화 없이 유지되어 왔음. 법무부는 2007년 6월 실무계와 학계 인사들로 구성된 형사법개정특별분과위원회를 확대개편하면서 형법총칙 등 개정작업을 진행해왔으며, 지난해 개정시안을 발표한 바 있음. 이번에 정부가 제출한 개정안은 이 시안의 내용을 거의 그대로 담고 있음.
- 개정안은 형법총칙 전반에 대한 변화된 내용을 담고 있어 형벌규범에 근본적인 변화를 가져올 수 있는 내용으로 사회적으로 충분한 검토와 논의가 필요함. 이미 형사법학회 등 학계를 중심으로 개정안이 담고 있는 몇 가지 문제점이 지적된 바 있음. 뿐만 아니라 국가인권위원회 또한 이번 개정안에 대해 유기징역 상한규정의 하향조정 및 보호수용 규정의 삭제, 사형제 폐지 등이 보완되어야 한다는 의견을 표명한 바 있음.
- 참여연대 역시 지난 2010년 10월 법무부가 같은 내용으로 입법예고한 ‘형법 일부개정법률(안)’(법무부 공고 제2010-216호)에 대해서 이와 같은 배경에서 우려를 밝힌 바 있음. 그러나 이번에 제출된 정부안은 이러한 문제점이 전혀 보완되지 않은 채 개정시안의 내용을 그대로 담고 있어, 참여연대는 당시 지적됐던 문제점들을 다시 한 번 의견으로 제출하여 국회 논의 과정에 반영될 수 있기를 요청함.

# 개정안에 대한 검토의견

## 1. 보호감호(보호수용)의 재도입

### 1) 주요 내용

- 개정안 제83조 이하 ‘보안처분’에 ‘보호수용’을 규정. 보호수용은 방화·살인·상해·강간·강도 등의 범죄에 대해 ‘재범의 위험성이 있다고 인정되는 자’에 대하여 부과.
- 보호수용 기간은 7년을 초과할 수 없다고 규정하고, “보호수용시설에 수용하여 교화하고, 사회복귀에 필요한 직업훈련과 근로를 부과”(제83조의4)한다고 되어 있음(구 사회보호법과 거의 동일<sup>1</sup>).
- 개정안은 제83조의5에 ‘보호수용의 집행유예’를 두고 징역형의 집행 종료 6개월 전에 보호수용 집행여부를 법원의 판결로 심사하도록 함.

### 2) 참여연대 의견

- 2005년에 폐지된 구 사회보호법상 보호감호를 ‘보호수용’으로 형법에 재도입하겠다고 밝힘. 그러나 과거 보호감호를 폐지할 당시 제도가 가진 문제점이 여전하므로 재도입에 반대함.
- 국회는 2005년 사회보호법을 폐지하면서 “사회보호법상 보호감호처분은 피감호자 입장에서는 이중처벌적인 기능을 하고 있을 뿐만 아니라 그 집행실태도 구금위주의 형벌과 다름없이 시행되고 있어 국민의 기본권을 침해하고 있고, 사회보호법 자체도 지난 권위주의시대에 사회방위라는 목적으로 제정한 것으로 위험한 전과자를 사회로부터 격리하는 것을 위주로 하는 보안처분에 치중하고 있어 위헌적인 소지가 있”<sup>2</sup> 라고 보았음. 이에 따라 사회보호법을 폐지하고 치료감호법을 대체입법하였음.
- 법무부는 개정안이 누범과 상습범에 대한 형벌가중규정을 폐지하여 이중처벌 문제를 해결하였다고 주장함. 한편 구 사회보호법상 보호감호가 사회보호위원회에서 가출소와 보호감호면제결정을 내리도록 하여 ‘법관에 의해 재판받을 권리’를 침해하는 요소가 있었던 반면 개정안은 법원에 의한 집행유예제도를 도입하는 등 일부 위헌성 문제를 해소한 측면이 있음<sup>3</sup>.
- 그러나 개정안은 여전히 대상자의 개선보다 보안 내지 격리에 중점을 두고 있는 처분의 성

1 구 사회보호법 제7조 제1항은 “보호감소시설에 수용하여 감호·교화하고, 사회복귀에 필요한 직업훈련과 근로를 부과”한다고 규정

2 사회보호법폐지법률안, 최용규 의원 발의(2005.8.4. 공포)

3 신양균, “보호감호 처분의 재도입 및 보안처분 제도의 형법편입”, 법무부 주최 <형법 총칙 개정 공청회> 자료집(2010.8.25)

격이 강함. 제83조의4의 보호수용의 내용은 수용시설이 보호감호시설인 점을 빼면 교정시설과 아무런 차이가 없음.

- 보안처분은 “형벌과 달리 단순 구금을 넘어서서 행위자의 위험성을 개선하고 치료를 함으로써 사회에 대한 위해가능성의 수준을 낮추는 데 그 목적”이 있음. 과거 사회보호법을 폐지하면서 치료감호제도만 존치하고, 범죄재발을 위한 치료목적과 전혀 상관없이 인신을 장기간 구속하는 보호감호는 정당성이 없다고 하여 폐지했던 것과 본질적으로 달라진 것이 없음.
- 아마도 개정안의 모델이었을 독일의 보안감호제도에 대해서는 2009년 유럽인권재판소가, 보안감호를 유죄판결과 함께 부과하지 않고 형기 복역 중에 이를 결정하는 사후적 처분에 대해 유럽인권협약 위반이라는 판결을 내린 바 있음. 이에 따라 개정된 제도에 대해서도 독일연방헌법재판소가 지난 5월 초 “보안감호가 교도소 수용과 분명한 차이가 있지 않고 따라서 수용자의 자유권을 침해한다”는 이유로 위헌결정을 내린 바 있음.
- 특히 2005년 사회보호법 폐지 당시에 비해 전혀 개선되지 않고 있는 보호감호 집행(경과규정에 의한 피보호감호자)의 문제를 볼 때, 보호감호제도의 도입에 대한 사회적 논의가 필요하다면 이들에 대한 교화와 치료프로그램을 개발하여 시범적 프로그램을 운영한 후에 해도 늦지 않을 것임.
- 또한 누범·상습범 가중규정을 폐지한다고 하면서도, 형의 가중에 의해 유기형의 상한을 최고 50년까지로 상향조정하고 있는데 이는 보호감호의 도입방향과는 상반된 논리를 취하고 있어 개정안의 각 내용들 간의 부조화가 있다고 볼 것임.

## 2. 작량감경 사유의 구체화(정상감경)

### 1) 주요 내용

- 기존 제53조 작량감경 규정<sup>4</sup> 을 없애고, 개정안 제49조 제1항 각호에서 정상감경의 사유를 구체화하여 ▲범행의 동기에 참작할 만한 사유가 있거나 ▲피해자가 처벌을 원하지 않는 경우 ▲피고인의 노력에 의하여 피해자의 피해의 전부 또는 상당 부분이 회복된 경우 ▲피고인이 자백한 경우로 제한함.

### 2) 참여연대 의견

- 법관의 자의적인 작량감경을 막기 위하여 그 사유를 구체화 한 것은 긍정적인 면이 있음.
- 다만, 200여개가 넘는 각종 특별형법들이 매우 높은 법정형을 규정해 놓고 있고, 특히 하한을 매우 높게 설정해 놓고 있는 상황에서, 법관의 작량감경은 입법자의 횡포로부터 피고인

---

4 형법 제53조(작량감경) 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있다.

을 보호하는 긍정적인 기능을 가지고 있었음.

- 따라서 형법에서 작량감경 사유를 구체화 한 것은 찬성하되, 특별형법의 높은 법정형, 특히 하한을 적정하게 재조정하는 작업이 반드시 함께 논의되어야 함.

### 3. 벌금형에 피고인의 경제적 사정을 고려하도록 규정

#### 1) 주요 내용

- 개정안 제46조 제3항에 ‘벌금액은 범인의 경제적 사정을 고려하여 정해야 한다’는 규정을 넣음.

#### 2) 참여연대 의견

- 벌금형의 선고 시 피고인의 경제적 사정을 고려하도록 한 점은 타당하지만, 기대에 미치지 못하는 수준임. 이미 실무에서도 경제적 사정은 벌금형의 양형에 고려되고 있음.
- 벌금형이 경제력이 없는 자들에 대해서는 지나치게 가혹한 형벌이 되고, 경제력이 있는 자들에 대해서는 사실상 무죄방면의 효과가 나타나는 소위 형벌효과의 불평등을 예방하기 위해서는 유럽의 국가들에서 시행하고 있는 ‘일수벌금제도<sup>5</sup>’가 도입되어야 함. 이러한 개혁으로까지 진일보하지 못한 점은 아쉬움.

---

5 법을 위반한 사람의 재산 상태를 고려해 벌금액을 다르게 부과하는 제도

# 기존 형법에서 수정되어야 할 조항에 대한 검토의견

## 1. 징역형의 상한 상향조정

### 1) 주요 내용

- 2010.4.15 개정된 형법에 따라 유기징역의 상한을 30년, 가중시 50년까지로 상향조정함. 개정안은 제41조 징역의 기간 규정에서 이 내용을 그대로 존치함.

### 2) 참여연대 의견

- 종래 15년, 가중시 25년까지로 되어 있었던 유기형의 상한을 30년과 50년으로 2배로 끌어올림. 형벌에 대한 종합적 균형을 무시한 채, 일부 아동성범죄에 대한 처벌을 강화하기 위해 형법의 유기형 상한을 높이는 방식을 사용하여 “형법개정의 난맥상”<sup>6</sup> 을 초래함. 형법 개정이 논의된다면 반드시 이 부분에 대한 개정이 이루어져야 함.
- 법무부 형사법개정특위 또한 이번 형법 개정안을 준비하는 과정에서 유기형의 상향조정을 검토했으나 “유기징역형의 상한을 상향조정할 경우 각칙 상 모든 범죄에 대한 법정형을 가중하는 결과를 초래하여 ‘중형주의에로의 회귀’라는 비판이 제기될 수 있어 현행 규정을 유지하기로 결정”<sup>7</sup> 했음. 법무부 형법총칙개정공청회 자료<sup>8</sup> 를 보면 국회의 돌출적인 법 개정이 이루어지자, 개정안에 이 내용을 포함시켜야 된다는 의견이 있었음을 알 수 있음.
- 아동·여성 등 사회적 약자를 대상으로 한 일부의 극악한 범죄에 대한 대책 마련은 꼭 필요함. 그러나 이 문제는 단순히 형량을 늘리는 것만으로 해결될 수 없으며 국가가 범죄예방을 위해 보다 근본적인 대책을 마련할 것을 요구함. 재소자의 재사회화 효과를 거두기 위한 노력을 포기하고 범죄자를 장기적으로 사회로부터 격리시키는 손쉬운 방법을 택하여 엄벌주의·중형주의 일변도로 나가는 것은 근본적 대책이라 할 수 없음. 특히 우리나라는 중형을 규정하고 있는 특별형법들이 많은데, 징역형의 상한이 현저히 높아짐에 따라 책임원칙에 어긋나게 중형이 선고되는 사례들이 늘어날 것으로 우려됨.<sup>9</sup>
- 일부 범죄에 대한 형의 상향이 필요하다면 특별법이나 형법 각칙의 개정을 통해서도 충분

6 한인섭, “유기징역의 상한-근본적인 재조정 필요하다”, 서울대학교 공익인권법센터 주최 「형법개정안과 인권」 토론회 자료집(2010.11.5)

7 형사법개정특별분과위원회 제1소위 제8차 회의(2008.6.)

8 김성돈, “형벌제도의 정비”, 법무부 주최 <형법 총칙 개정 공청회> 자료집(2010.8.25)

9 법무부 형사법개정특위는 형법 각칙에 대한 개정 또한 추진 중이었는데, 유기징역형의 상한이 갑자기 상향됨에 따라 별도의 법정형조정소위원회를 구성하고 각 구성요건에 대한 법정형을 높이는 작업도 하고 함께 있다고 밝혔음. (2010.8.25자 법무부 보도자료)

히 효과를 거둘 수 있음. 그럼에도 불구하고 모든 범죄에 대하여 일률적인 인상효과를 가져오는 일반 형법의 개정방식을 취한 것은 매우 잘못된 접근이며, 형기인상으로 인한 수용 인원의 폭증으로 일어날 교정행정의 부담 등 실제적 고려 또한 전혀 하지 않은 입법이었음. 이번 국회의 형법 개정 논의에서 이 부분에 대한 법 개정이 반드시 이루어져야 함.

## 2. 사형제의 존치

### 1) 주요 내용

- 개정안 제40조에서 형의 종류를 규정하면서 기존에 있던 금고, 자격상실, 자격정지, 과료, 몰수는 제외하였으나 사형은 그대로 존치시킴. 정부는 “자격상실, 자격정지 등 형벌로 볼 수 없는 내용들이 형벌의 종류로 규정되어 있고, 실제로 활용되지 않는 형벌들도 있어 이를 존치할 필요성이 있는지 등에 대하여 체계적으로 재검토”하여 형벌제도를 정비하였다고 밝혔으나, 오랫동안 학계·종교계·인권시민단체 등이 주장해온 사형제 폐지는 넣지 않았음.

### 2) 참여연대 의견

- 우리나라는 1997년 이후 만 13년 넘게 사형을 집행하지 않고 있어 ‘사실상 사형폐지국가’로 분류되고 있음. 그러나 최근 발생하고 있는 강력범죄의 대책으로 사형의 집행이 거론되기도 함. 특히 2010.3.16. 이귀남 법무장관은 “청송교도소 내 사형집행 시설 설치를 검토”하라고 지시하기도 했음.
- 사형은 “야만적이고 비정상적인 형벌로, 헌법상 보장된 인간의 존엄과 가치를 근본적으로 부인하는 형벌”<sup>10</sup> 로서, 사형폐지는 범세계적 추세임. 사형제와 범죄 억지력 사이의 객관적 상관관계가 없으며, 사형제가 종신형보다 범죄억지력이 높다는 근거 또한 찾을 수 없다는 연구결과가 있음(UN인권위, 1988·2002년 연구결과). 2010년 4월 현재 전 세계 197개국 중 139개국이 법률상 또는 사실상 사형제 폐지국가임<sup>11</sup>.
- 모든 판결에는 오관가능성이 존재하며, 살인죄에 대한 유죄확정자 중에서도 사법부의 재심을 통해 무죄판결이 확정된 사례가 있으며, 사법역사상 사형을 정치적 도구로 남용한 사례가 적지 않음. 장기자유형은 실제로 사형에 대한 대체효과가 있음을 각국의 사례를 통해 알 수 있으며, 현재 국회에 계류되어 있는 ‘사형폐지에 관한 특별법안’<sup>12</sup> 이 제안하고 있는 ‘가석방 없는 종신형’ 등이 대안으로 검토될 수 있을 것임.

10 “우리는 사형집행의 재개를 강력하게 반대합니다”, 전국 형사법교수 132명 공동성명 (2009.3.13)

11 허일태, “법무부 형법개정안의 사형제에 대한 대안으로서 절대적 종신형의 도입필요성”, 서울대학교 공익인권법센터 주최 「형법개정안과 인권」 토론회 자료집(2010.11.5)

12 18대 국회에 계류 중인 법안은 박선영 의원안(의안번호 180928, 2008.9.12 제안), 김부겸 의원안(의안번호 1806259, 2009.10.8), 주성영 의원안(의안번호 1809976, 2010.11.22 제안) 등이 있음

---

참여연대 보고서 제2011-10호 JWr2011053000

**형법 일부개정안에 대한 입법 의견**

발행일 2011. 05. 30

발행처 참여연대 사법감시센터 (소장 : 하태훈 교수)

담당 이진영 간사 02-723-0666 regina@pspd.org

Copyright ©참여연대, 2011 ※본 자료는 참여연대 웹사이트에서 다시 볼 수 있습니다.



세상을 바꾸는 시민의 힘! 정부보조금 0%, 회원의 회비로 운영됩니다

대표전화 02-723-5300

회원가입 02-723-4251

ARS후원 060-800-5300

주소 110-043 서울시 종로구 통인동 132번지

홈페이지 [www.peoplepower21.org](http://www.peoplepower21.org)

---