

음주측정불응죄에 대한 형사법적 검토

정 신 교*

목 차

- | | |
|---------------------|--------------------------|
| I. 서 론 | 2. 성립요건 |
| II. 도로교통법상 음주운전의 개념 | 3. 소 결 |
| 1. 음주운전의 의의 | IV. 판례에 나타난 음주측정불응죄의 문제점 |
| 2. 성립요건 | 1. 진술거부권의 침해 여부 |
| 3. 음주운전자에 대한 처벌 | 2. 영장주의 침해 여부 |
| III. 음주측정불응죄에 관한 검토 | 3. 법정형의 불균형 |
| 1. 의 의 | V. 결 론 |

I. 서 론

우리나라의 교통사고는 2000년을 기점으로 감소추세에 있다. 특히 교통사고 사망자는 2000년 1만 명을 초과하였으나 2007년 현재 6천여 명에 이른다.¹⁾ 그러나 이는 다른 선진국과 비교하면 월등히 높은 수치이다.²⁾ 특히 음주운전으로 인한 교통사고가 많이 발생하고 있으며,

* 김천대학 경찰행정과 전임강사

1) 교통사고 발생 추이를 보면 2000년 290,481건이 발생하여 사망 10,236명, 부상 426,984명이었다. 2001년 260,579건이 발생하여 사망 8,097명, 부상 386,539명이었다. 2002년 230,953건이 발생하여 사망 7,224명, 부상 348,184명이었다. 2003년 240,832건이 발생하여 사망 7,212명, 부상 376,503명이었다. 2004년 220,755건이 발생하여 사망 6,563명, 부상 346,987명이었다. 2005년 214,171건이 발생하여 사망 6,376명, 부상 342,233명이었다. 2006년 213,745건이 발생하여 사망 6,327명, 부상 340,229명이었다. 2007년 211,662건 발생하여 사망 6,166명, 부상 335,906명이었다(경찰청 <http://police.co.kr>).

2) OECD 회원국의 2006년도 자동차 1만대 당 교통사고 사망자수를 비교하면 우리나라는 3.34명으로 독일 0.93, 스위스 0.72명, 스웨덴 0.85명, 일본 0.88명, 영국 0.95명,

이로 인한 인명피해도 크다.³⁾ 음주운전은 교통사고의 주요원인일 뿐만 아니라 ‘뺑소니사고’의 주요동기를 제공한다.⁴⁾ 술을 마신 상태에서 운전을 하게 되면 운전조작의 둔화, 돌발상태 대처능력의 저하, 지각능력이 저하되면서 교통사고를 일으키기 쉽다. 세계 각국은 법과 제도를 정비하여 음주운전의 예방과 처벌에 노력을 기울이고 있다. 그러나 각국의 처벌방식에는 차이가 있다. 대체적으로 혈중알코올농도만 기준으로 하는 것과 구체적으로 운전불안의 상태가 초래되었는가를 고려하는 방식을 채택하고 있다.⁵⁾

우리나라에서도 음주운전에 대하여 경찰관에게 음주 단속과 음주 측정 권한을 부여하고 있고(도로교통법 제44조 제2항), 음주운전자는 처벌하며(동법 제150조 제1호), 나아가 음주측정을 거부한 자에게도 동일한 처벌(동법 제150조 제2호)을 하고 있다. 그러나 음주운전으로 인한

이탈리아 1.26명, 미국 1.74명, 아일랜드 1.85명, 프랑스 1.36명보다는 높게 나타나고 있다. 또한 OECD 평균인 1.53명의 2배가 넘는다. 지난해는 3.08명으로 약간 줄었으나 여전히 높은 수준이다(국토해양부 <http://mltm.or.kr>).

- 3) 2006년도 음주운전으로 인한 교통사고 발생 추세를 보면 총 28,074건이 발생하여 1,217명이 사망하였고, 47,155명이 부상한 것으로 나타났다. 음주운전자 중 사고발생이 가장 많은 것은 혈중알코올농도가 0.15% 이상 0.19% 미만의 상태로써 7,970건이 발생하여 356명이 사망하고 13,225명이 부상당하였으며, 다음으로 0.10% 이상 0.14% 이하의 상태에서 6,522건이 발생하여 311명이 사망하고 11,073명이 부상하였으며, 그 다음은 0.05% 이상 0.09% 이하의 상태에서 4,842건이 발생하여 232명이 사망하고, 8,053명이 부상하였으며, 0.2% 이상 0.25% 미만의 상태에서는 5,055건이 발생하여 176명이 사망하고 8,586명이 부상하였으며, 0.25% 이상 0.30% 미만에서는 1,524건이 발생하여 55명이 사망하였고, 2,596명이 부상하는 등 0.25% 이상에서는 음주 정도가 높을수록 오히려 사망자수, 부상자수가 현저히 낮아지는 것으로 나타났다. 이러한 이유는 극심한 음주 상태에서는 운전하고 있는 사람의 숫자가 매우 제한되어 있기 때문인 것으로 보여진다(도로교통공단, “교통사고요인분석 — 음주운전교통사고를 중심으로 —”, 도로교통공단 교통안전종합분석센터, 2007, 34면 이하).

- 4) H. Janiszewski, *Verkehrsstraftact*, 4. Aufl., C. H. Beck, 1994, 124면; 탁희성, 「도주차량의 실태와 양형 및 대책」, 한국형사정책연구원, 1999, 112면 이하.

- 5) 우리나라의 경우 혈중알코올농도 0.05%만을 기준으로 하고 있으나 대부분의 나라에서는 혈중알코올농도와 구체적인 운전불안상태의 초래 등 양자를 모두 고려하고 있다.

사고가 증가한다고 하여 헌법상, 형사소송법상 보장된 피의자의 인권과 적법절차를 무시해서는 안 될 것이다. 즉 목적이 정당하다고 하여 절차의 적법성을 위배해서는 안 될 것이다.

본고에서는 이러한 문제점을 중심으로 하여 다음과 같이 논하고자 한다. 현행 「도로교통법」상의 음주운전과 관련된 법규정과 판례를 살펴 보고, 음주측정의 적법성과 관련하여 음주측정거부자에 대해 음주측정 불응죄로 처벌되는데 이에 대해 헌법상 보장되어 있는 영장주의와 진술 거부권에 대해 위배되는지 여부에 대해서도 살펴보고자 한다. 그리고 음주운전은 「도로교통법」에 의한 도로에 한정하고 있는데, 도로의 기준이 무엇인가와 음주운전을 도로에 한정하는 것이 타당한지에 대해서도 고찰하고자 한다.

II. 「도로교통법」상 음주운전의 개념

1. 음주운전의 의의

음주운전이란 「도로교통법」 제44조 제1항의 규정에 위반하여 주취 중⁶⁾에 운전하는 경우를 말한다.⁷⁾ 현행 「도로교통법」상 주취 중에 자동

6) 「도로교통법」이 정한 수치(혈중알코올농도 0.05%) 이상의 혈중알코올농도에 이른 자가 자동차 등을 운전하면 본죄는 성립하고 실제 어느 정도 취해 있었는가는 고려되지 않는다. 동법은 음주운전자가 실제로 운전이 불안한 상태에 있을 때에 이를 처벌하는 것으로 규정하지 아니하고 주취의 상태를 일률적으로 혈중알코올농도가 0.05% 이상인 상태로 규정하고 있는바, 이에 대하여는 일본의 도로교통법 시행령을 무비판적으로 모방한 것이기 때문에 입법론상 재검토를 요한다.

7) 실무나 학계에서는 주취 운전, 주기 운전, 음주운전 등 특별한 기준이 없이 혼용되고 있다. 주취 운전은 용어의 의미 그대로 술에 취한 상태에서의 운전을 말하고, 주기 운전은 취기와는 상관없이 일정한 혈중알코올농도 이상의 상태에서 운전하는 것을 말한다. 음주운전은 술을 마신 상태에서 운전하는 것을 말한다. 현행 「도로교통법」 제44조 제2항은 술에 취한 상태에서의 운전을 처벌하고 있다.

차⁸⁾ 등을 운전하는 것은 금지되어 있는바, 이는 음주로 인하여 정상적인 운전을 하지 못할 염려가 있는 상태에서 일어날 수 있는 도로교통의 위험과 장애를 방지하기 위함이다. 혈중알코올농도란 “대뇌속의 혈관을 흐르고 있는 혈액이 녹아 있는 알코올의 농도”를 말한다. 혈중알코올농도는 대뇌 알코올농도와 거의 정비례하며, 호흡 중 알코올농도는 앞의 관계만큼 정확성을 보여주지 못하지만 혈중알코올농도와 상당히 안정된 비례관계를 보여준다.⁹⁾ 현재 호흡측정은 혈중알코올농도의 정황증거에 불과함에도 음주운전에 대한 증거수집의 수단으로 광범위하게 그 유효성을 인정받고 있다.

2. 성립요건

가. 행위주체

본죄의 주체는 자동차 등의 운전자이다. 자동차 등의 운전자란 자동차 등을 도로에서 본래의 용법에 따라 계속, 반복의 의사로 운전하는 사람을 말하고, 반드시 직업적으로 운전하는 자를 말하는 것은 아니다. 따라서 모든 사람이 본죄의 주체가 될 수 있다. 운전자이어야 하므로 술에 취한

8) 음주나 약물의 대상이 되는 차량은 자동차, 특수자동차, 원동기장치, 건설기계 등을 포함한다. 여기서 문제가 제기되는 운전은 운전면허가 요구되는 자동차 등이라 할 것이며 「도로교통법」 제2조 제17호에서 자동차란 철길 또는 가설된 선에 의하지 아니하고 원동기를 사용하여 운전되는 차(결인되는 자동차도 자동차의 일부로 본다)로서 「자동차관리법」 제3조의 규정에 의한 승용자동차·승합자동차·화물자동차·특수자동차·이륜자동차 및 「건설기계관리법」상의 건설기계를 말한다. 다만 배기량 125cc 이하의 이륜자동차는 자동차의 개념에서 제외된다고 하고, 동법 제2조 제15호는 원동기장치자전거란 배기량 125cc 이하의 이륜자동차나 50cc 미만의 원동기를 단 차를 의미한다고 한다. 그러므로 위 자동차의 개념에 속하는 것은 모두 「도로교통법」 제80조에 의하여 운전면허가 요구되는 것이며 동 조는 그 외에도 배기량 125cc 이하의 이륜자동차와 원동기장치자전거에 대하여도 운전면허를 요구하고 있으므로 이를 포함시키기 위해 ‘자동차 등’이라고 표기하였다.

9) 호흡측정기(0.134%)와 혈액검사에 의한 음주측정치(0.010%)가 서로 일치하지 않는 경우 혈액검사 결과를 더 신뢰해야 한다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003도6905 판결).

사람에게 자동차 키를 빌려주어 자동차를 운전함을 방조한 사람이나 운전자 옆 좌석에 앉아 음주운전을 교사한 사람 등은 행위주체에 포함되지 않는다.

나. 음주, 약물의 영향으로 심신상실 상태에서 운전한 경우

음주, 약물복용 등으로 심신상실 상태에서 운전하다가 교통사고를 낸 경우도 운전자를 처벌할 수 있느냐의 문제는 운전자가 음주할 때나 약물을 복용할 때는 의식이 있었고, 음주나 약물복용의 영향으로 교통사고를 야기할 것이라는 예견도 가능하므로 그 처벌근거는 충분하다 할 것이다.

형법은 ‘고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위’를 인정하고 있고 또한 ‘과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위’를 인정하고 있으므로 음주나 약물복용으로 교통사고를 내어 사람이 사상할 것을 예견하고도 그러한 결과의 발생을 의욕하거나 인용하였다면 상해죄나 살인죄로, 과실로 결과발생을 예견하지 못하였으면 특례법상의 음주운전사고로 처벌된다고 할 것이다.

다. 술 이외의 약물

음주운전을 처벌하는 기본취지는 음주로 인한 운전불안상태에서 운전을 할 경우 야기될 수 있는 도로교통법상의 안전에 대한 침해 또는 위험을 방지하고자 하는 데 있는바, 알코올 이외의 약물¹⁰⁾ 역시 운전불안상태를 야기할 수 있는 「도로교통법」상의 안전에 대한 침해 또는 위험을 초래할 수 있다. 이에 그 작용에 있어서 알코올과 비교될 수

10) 약물이란 운전자의 정신적·신체적 능력을 저하시키는 약제를 통틀어 말한다. 「도로교통법」 제45조는 마약, 대마, 향정신성의약품 그 밖의 행정안전부령이 정하는 것이라고 규정하고 있는데 실제 행정안전부에는 더 이상의 약물을 지정하고 있지 않다. 따라서 「도로교통법」에서 약물이란 「마약류관리에 관한 법률」상의 마약, 향정신성의약품 및 대마 등을 말한다.

있는 자제력의 침해, 지적 운동적 능력의 침해를 초래하는 약물이 포함된다. 예컨대 코카인, 모르핀, 헤로인, 마리화나, LSD, 대마 등 모든 종류의 약물이 여기에 속한다. 기타 환각제가 여기에 속하는지에 대해 마취작용이 전혀 없는 의약품은 여기에 포함되지 않는다.

라. 음주운전의 장소

(1) 도로의 개념

『도로교통법』 제2조 제1호는 도로를 “도로법에 의한 도로, 유료도로법에 의한 유료도로 그 밖의 일반교통에 사용되는 모든 곳”이라고 규정하고 있다.¹¹⁾ 여기서 그 밖의 일반교통에 사용되는 모든 곳이란 현실적으로 불특정 다수의 사람 또는 차량의 통행을 위하여 공개된 장소로서 교통질서 유지 등을 목적으로 하는 일반 교통경찰권이 미치는 공공성이 있는 곳을 의미하는 것으로¹²⁾ 특정인들만이 사용할 수 있고 자주적으로 관리되는 장소는 도로교통법상의 도로에 포함되지 않는다.¹³⁾ 따라서 건물부설주차장, 아파트 단지 내의 주차공간(주차구획선), 학교교정 등은 도로로 볼 수 없고 병원, 관공서, 대중음식점, 병원, 호텔 등의 통로부분¹⁴⁾ 등은 도로교통법상의 도로에 해당한다.

(2) 음주운전과 도로성 판단 여부

음주운전에 대한 장소적 적용을 도로에 한정할 것인가의 문제는 특히 교통사고가 발생했을 때에 문제된다. 『교통사고처리 특례법』은 ‘차의 교통’으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴하는 것으로만 정의하고 ‘교통’에 대한 정의 규정을 두고 있지 않아 ‘교통사고’의 개념을 어떻

11) 도로교통법상의 도로가 사회통념상의 도로와 거의 같은 의미라고 할 수 있는데 반하여, 도로법에서는 도로를 사회통념상의 도로보다 좁은 의미로 쓰고 있다

12) 대법원 1999. 12. 10. 선고 99도2127 판결.

13) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92도1662 판결.

14) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93도1574 판결.

게 해석할 것인가가 문제된다. 판례는 음주운전은 도로에서 이루어진 경우에만 처벌이 가능하다는 견해를 표명하고 있다. 이는 음주운전을 금지하고 있는 「도로교통법」 제44조 제1항의 구성요건 자체에는 명시적으로 규정되어 있지 않다. 따라서 음주운전을 도로가 아닌 곳에서 운전한 경우에도 처벌이 가능하지 않겠느냐는 견해도 있을 수 있다.

그러나 도로교통법의 입법취지, 앞서 본 바와 같이 공공의 위험이 보호법익이라는 점 및 동법 제2조 제24호가 ‘도로’에서 차마를 그 본래의 방법으로 사용하는 것을 운전이라고 정의하고 있다는 점 등을 고려하면 음주운전이 도로상에서 이루어질 것을 요건으로 한다고 보아야 할 것이다. 따라서 “부설주차장에서 단순히 주차된 차의 위치를 옮기기 위하여 자동차를 운행한 경우에는 도로에서 차를 사용했다고 보기 어렵고,¹⁵⁾ 여관 주차장도 도로에서 운전한 것이라고 볼 수 없다.”¹⁶⁾고 보았다. 그러나 건물시설에 경비원이 상주하고 불특정 다수의 출입이 허용되는 곳이라면 도로교통법상의 도로로서 음주운전으로 처벌할 수 있다는 것이다. 따라서 부설주차장도 이용대상이 불특정인이라면 도로로 인정해야 할 것이다.

3. 음주운전자에 대한 처벌

음주운전에 대한 법적 규정은 「도로교통법」 제44조, 제93조, 제150조와 동법 시행령 및 시행규칙, 「교통사고처리특례법」 제3조 제2항의 단서 제8호 등에서 규정하고 있다.

가. 도로교통법

「도로교통법」 제44조 제1항은 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차

15) 서울고등법원 1998. 9. 23. 선고 97노2324 판결.

16) 대법원 1993. 3. 12. 선고 92도3046 판결.

등을 운전하여서는 아니 되며 제2항 경찰공무원은 교통안전과 위험을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있을 때에는 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 측정할 수 있으며, 운전자는 이러한 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다고 규정하고 있다.

동법 제93조 제1항에 술에 취한 상태에서 운전을 하거나 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 음주측정에 응하지 아니한 때에는 행정안전부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 내에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 그리고 동법 제150조에서 제44조 제1항의 규정에 위반하여 술에 취해 운전하거나 제44조 제2항의 규정에 의하여 경찰공무원의 측정에 응하지 않는 사람은 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

나. 「도로교통법」 시행령 및 시행규칙

「도로교통법」 제44조 제4항은 “술 취한 상태의 기준은 혈중알코올농도 0.05% 이상으로 한다.”고 규정하고 있다. 그리고 동 시행규칙 제91조 제1항(별표 28) 면허행정처분 기준의 취소처분 개별기준은 다음과 같다.

① 술에 취한 상태(혈중알코올농도 0.05% 이상)에서 운전을 하다가 교통사고로 사람을 죽게 하거나 다치게 한 경우, ② 술에 만취한 상태(혈중알코올농도 0.1% 이상)에서 운전한 경우, ③ 2회 이상 술에 취한 상태의 기준을 넘어 운전하거나 술에 취한 상태의 측정에 불응한 사람이 다시 술에 취한 상태(혈중알코올농도 0.05% 이상)에 운전한 경우 등이다. 그리고 혈중알코올농도가 0.05% 이상~0.1% 미만의 경우 운전면허 100일의 정지처분이 내려진다.

다. 「교통사고처리 특례법」

「교통사고처리 특례법」 제3조 제2항 단서 제8호는 「도로교통법」 제44조 제1항의 규정에 위반하여 음주 중에 운전을 하거나 동법 제45조의 규정에 위반하여 약물의 영향으로 운전하지 못할 염려가 있는 상태에서 운전한 경우는 「교통사고처리 특례법」의 적용을 받을 수 없는 것을 예외로 규정하고 있다.

라. 수사기관의 음주운전자에 대한 처벌

2006년 대검찰청의 구속수사기준에 관한 지침을 보면 음주운전 피의자에 대한 구속 여부를 판단할 때에는 첫째, 주취 정도, 운전 거리와 시간, 운전 종료의 자발성 여부, 동종 범죄 전력, 재범의 위험성 등을 고려한다. 둘째, 주취 정도가 중한 음주운전으로 교통사고를 일으키거나 일으킬 위험성이 높은 피의자, 동종 범죄 전력이 있고 단기간 내 다시 음주운전을 하여 동종의 죄를 범할 우려가 현저한 피의자는 원칙적으로 구속대상으로 본다.¹⁷⁾

17) 단순 음주운전자의 처벌기준을 보면 혈중알코올농도 0.05~0.09% 형사입건(불구속), 벌금 50~100만원, 행정처분으로 벌점100점/면허정지 100일, 혈중알코올농도 0.1~0.15% 불구속입건, 벌금 100~150만원, 행정처분으로 면허취소, 혈중알코올농도 0.16~0.25% 불구속입건, 벌금 100~200만원, 행정처분으로 면허취소, 혈중알코올농도 0.26~0.30% 불구속입건, 벌금 200~300만원, 행정처분으로 면허취소, 혈중알코올농도 0.36% 이상 형사입건(구속), 2년 이하의 징역, 행정처분으로 면허취소, 음주측정불응은 형사입건과 면허취소이다. 음주교통사고 운전자의 처벌기준을 보면 0.0~0.09%는 형사입건(불구속)과 행정처분으로 대물사고는 면허정지 100일, 인사사고는 면허취소, 혈중알코올농도 0.1% 이상은 형사입건과 면허취소처분이 내려진다. 0.16% 이상은 중상 사고 시 영장청구, 경상 사고 시 불구속입건, 면허취소가 내려진다. 0.26% 이상에서 사고 시 영장이 청구되며 면허취소가 된다(대검찰청, “교통사범 인신구속지침” 참조).

III. 음주측정불응죄에 관한 검토

1. 의 의

음주측정거부는 경찰공무원의 음주측정에 거부하는 것이다.¹⁸⁾ 그리고 경찰공무원의 음주측정요구는 적법하여야 하나 그 적법성은 외관상 객관적으로 적법하도록 보이면 충분하다. 다만 경찰공무원이 교통안전과 위험방지를 위하여 필요하거나 혈중알코올농도 0.05% 이상의 주취상태에 있다고 의심되는 때에 한하여 음주측정을 요구할 수 있으므로 이러한 교통안전이나 위험방지를 위하여 필요하지 아니하거나 혈중알코올농도가 0.05% 이상의 주취상태에 있다고 보이지 아니할 경우에는 음주측정을 요구할 수 없으며 이를 거부하여도 본죄로 처벌할 수 없다고 본다.

음주측정거부는 음주운전자가 경찰의 음주측정을 명시적으로 거부하는 것뿐만 아니라 비협조적인 경우를 말한다.¹⁹⁾ 다만 호흡측정기에 의문을 가져 혈액채취를 요구하면서 측정을 거부하는 것은 음주측정거부에 해당하지 않는다. 또한 음주측정기 오차가 크면 면허취소의 근거로 삼을 수 없다. 판례는 두 차례의 음주측정결과 모두 운전면허취소기준을 크게 웃돌았다고 하더라도 두 수치 사이에 상당한 편차가 있다면 이중 낮은 수치라도 제재근거로 단정할 수 없다고 하였다.²⁰⁾

18) 음주운전을 하는 자동차의 운전자만이 행위주체가 되므로 경운기나 도로가 아닌 곳을 운전하는 자 등은 비록 술에 취하여 운전하고, 음주측정을 거부하여도 처벌되지 않는다.

19) 음주측정요구에 불응하는 행위는 반드시 명시적일 필요는 없고 음주측정요구를 받았음에도 묵살하고 그대로 가 버리거나 새로 술을 더 마셔 측정이 불가능하도록 하는 행위, 음주측정기에 입을 대고만 있는 행위, 경찰관에게 공연히 시비를 걸어 측정을 방해하는 행위 등도 음주측정에 불응하는 행위로 보아야 할 것이다.

20) 2분 사이에 음주측정치가 두 차례 모두 취소기준인 0.1%를 초과했지만 (첫 번째 0.121% 두 번째 0.146%), 호흡측정기 오차범위인 0.005%를 현저히 초과하는 차이가

우리나라의 경우 교통안전과 수사목적을 위하여 아무 곳에서나 차로를 막고 무차별 음주단속을 하는 것이 적법한가가 문제로 대두되고 있다. 이에 대해 헌법재판소는 “음주운전으로 인한 피해를 예방해야 하는 공익은 대단히 중대하고 무작위 음주운전단속 방식이 그 공익을 보호함에 효율적인 수단임에 반해 일제 단속식 음주단속으로 인해 받는 국민의 불이익은 경미하다.”고 판시하였다.²¹⁾ 따라서 교통사고 예방을 위하여 경찰공무원에게 음주를 측정할 수 있는 권리를 주고 이에 불응하는 자에 대하여 형사처벌하는 것은 당연한 것으로 받아들여지고 있다. 판례도 ‘음주운전으로 야기될 교통안전에 대한 침해 또는 위험을 미리 방지하는 예방적 행정행위’라고 판시하여 음주측정행위의 정당성을 인정하고 있다.²²⁾

2. 성립요건

우리나라 「도로교통법」 제44조 제2항의 규정에 따라 음주측정불응죄가 성립하기 위해서는 첫째, 교통안전과 위험방지를 위한 음주측정의 필요성이 있을 것, 둘째, 주취상태를 인정할 만한 상당한 이유, 셋째, 경찰공무원의 측정요구에 불응할 것 등을 요한다.

가. 교통안전과 위험방지의 필요성

음주운전을 제지하지 않고 방치할 경우 교통안전은 엄청난 위험을 야기할 수 있다. 교통안전과 위험방지의 필요성은 당해 운전자의 운전으로 인하여 발생할 구체적인 위험성을 의미하므로 음주측정을 요구받았

있는 점에 비추어보면 행위자의 혈중알코올농도가 0.121%라고 단정할 수 없다고 하였다(서울행정법원 2002. 3. 22. 선고 2001구51776).

21) 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌마293 전원재판부.

22) 대법원 1994. 10. 7. 선고 94도2172 판결.

을 당시에 존재해야 한다고 한다.²³⁾ 따라서 운전이 종료되어 교통안전과 위험방지의 필요성은 소멸하였다면 음주측정불응죄가 성립하지 않을 수도 있다.²⁴⁾

예컨대 대리운전을 시켜 집까지 왔으나 주차할 장소를 찾지 못해 시간을 끌던 중 대리운전자에게 미안한 생각이 들어서 그를 보내고 자신이 승용차를 운전하여 다른 사람의 집 앞에 주차를 하였다가 항의를 받고 서로 시비 끝에 다시 이를 운전하여 피고인의 집 앞에 주차시킨 후 걸어나오다가 신고를 받고 출동한 경찰에게 연행되어 파출소에서 음주측정을 요구받고서 이에 불응한 경우는 비록 음주운전 직후이긴 하나 음주상태에서 운전하지 않는 것이 명백하므로 음주운전죄는 별론으로 하더라도 음주측정불응죄는 성립하지 않는다.²⁵⁾

그러나 음주측정 장소에서 벗어나면 다시 운전을 계속할 위험성이 있으면 음주측정불응죄의 성립을 인정해야 한다. 판례도 피고인이 술을 마신 상태에서 운전을 하고 가다가 경찰관이 음주단속하고 있던 장소의 약 80미터 전방에 있는 공사장 주차장에 정차시키고 내리자 이를 발견한 경찰공무원이 따라와 음주측정을 요구한 사안에 대해 음주측정불응죄를 인정하고 있다.²⁶⁾ 생각건대 교통사고 등으로 인하여 운전이 중단된 경우에는 단순히 그러한 사고발생 사실 자체만으로 교통안전과 위험방지의 필요성을 판단할 것이 아니고 사고발생 이후의 제반 사정을 고려하여 구체적인 상황에서 더 이상 운전하지 아니할 것이 명백한 상황이 인정되는 경우에 한하여 ‘교통안전과 위험방지의 필요성’이 소멸되었다고 해석하여야 할 것이다.

23) 대법원 1994. 10. 7. 선고 92도2172 판결.

24) 운전자가 운전을 종료하여 더 이상 운전하지 않는 것이 명백한 경우라든가 도로교통법상 도로 이외의 장소에서 음주측정을 거부한 경우에는 운전으로 인한 교통안전과 위험방지의 필요성이 부정된다.

25) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92도3402 판결.

26) 대법원 1994. 9. 27. 선고 94도1562 판결.

나. 주취상태를 인정할 만한 상당한 이유

『도로교통법』 제44조 제4항에서 술에 취한 상태를 혈중알코올농도 0.05%로 규정하고 있다. 이러한 음주수치는 음주측정을 통해서만 알 수 있는 것임에 반해, 음주측정불응죄는 운전자가 이러한 음주측정에 불응하는 것을 원인으로 하고 있다. 이러한 한계를 극복하기 위하여 판례는 “운전자가 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는지의 여부는 음주측정 요구 당시 개별 운전자마다 그의 외관, 태도, 운전행태 등 객관적인 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이고, 특히 운전자의 운전이 종료한 후에는 운전자의 외관·태도 및 기왕의 운전행태, 운전자가 마신 술의 종류 및 양, 음주운전의 종료로부터 음주측정의 요구까지의 시간적, 장소적 접근성 등 객관적인 사정을 종합하여 신중하게 판단할 것이 요구된다.”고 판시하고 있다.²⁷⁾

그러나 이러한 방법에 대해 문제점은 첫째, 객관적 사정은 결국 경찰의 주관적 판단에 따라 좌우된다. 즉, 우리나라의 음주운전단속실무에서는 외국의 경우와 같이 언어장애, 보행실험, 직립실험 등을 통한 음주상태의 감정방법이 도입되어 있지 않는 현실에서는 경찰의 자의적인 판단에 의해 좌우될 수밖에 없다. 둘째, 도로교통법 제44조에서 음주상태를 혈중알코올농도 0.05% 이상으로 보고 있기 때문에 혈중알코올농도 0.05%는 음주측정불응죄의 구성요건으로 볼 수 있다.²⁸⁾ 그러나 혈중알코올농도 0.05%라는 수치는 처음부터 음주측정불응죄의 구성요건으로서 특별한 의미를 갖지 못한다. 왜냐하면 그 수치는 확인을 전제로 한

27) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001도5987 판결.

28) 대법원은 “운전자가 음주감지기에 음주반응이 나타났지만 당시의 객관적인 사정을 종합하여 볼 때 술에 취한 상태에 있었다고 인정할 만한 상당한 이유가 있었다고 볼 수 없고, 더구나 운전자가 음주측정 요구를 받은 25분 후에 실시한 채혈에서 혈중알코올농도 0.032%가 나왔다면 음주측정불응죄가 성립하지 않다.”고 판시하였다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2000도6632 판결).

것인 데 반해 음주측정불응죄에서는 이 수치를 확인할 수 없음을 내용으로 하기 때문이다. 따라서 운전자의 음주를 인정할 만한 상당하고 객관적인 이유가 확인되지 않으면 음주측정불응죄는 성립되지 않는다고 본다.

다. 경찰공무원의 음주측정에 불응

음주측정불응죄는 경찰공무원의 음주측정요구에 대하여 응하지 않음으로써 성립하는 진정부작위범이다. 따라서 음주측정의 요구를 받았을 때 이에 응하지 않으면 바로 기수가 성립한다. 판례는 ‘측정’의 의미를 “측정결과에 불복하는 운전자에 대하여 그의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있음을 규정하고 있고, 호흡을 채취하여 그로부터 주취의 정도를 객관적으로 환산하는 측정방법, 즉 호흡측정기에 의한 측정”이라고 판시하고 있다.²⁹⁾ 따라서 호흡측정기에 의한 측정에 대해 불응한 경우에만 음주측정불응죄가 성립한다.

이러한 호흡측정은 운전자가 호흡측정기에 숨을 크게 불어넣는 방식으로 행해지므로, 여기에는 운전자의 자발적인 협조가 필수적이다. 운전자가 명시적으로 경찰공무원으로부터 음주측정에 대한 거부의를 표명하는 것은 물론이고 운전자가 경찰공무원으로부터 음주측정 요구를 받고서도 호흡측정기에 숨을 내쉬는 시늉만 하는 등 형식적으로 음주측정에 응하여 경찰공무원의 거듭된 요구에도 불구하고 호흡측정기에 음주측정수치가 나타날 정도로 숨을 제대로 불어넣지 않는 경우라든가, 변호사의 참여를 주장하면서 그들과 연락이 되지 않거나 하여 불필요하게 장시간을 지체하여 음주측정을 사실상 어렵게 하는 경우에도 음주측정에 불응한 경우로 보아야 한다.³⁰⁾ 그러나 호흡측정기의 신빙성에 대해 의문을 제기하며 재측정을 요구하거나 혈액채취를 요구하는 것은 음주

29) 대법원 2000. 4. 21. 선고 99도5210 판결.

30) 조대환, “현행 음주운전처벌법규의 문제점 고찰”, 『법조』, 1997/7, 통권 514호, 61면 이하.

측정불응죄에 해당하지 않는다.

3. 소 결

음주측정불응죄의 구성요건은 ‘교통안전과 위험방지를 위하여 필요한 때’ 이외에 ‘술에 취한 상태에서 자동차를 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때’이다. 통설과 판례는 ‘교통안전과 위험방지의 필요성’의 내용을 음주운전을 방지할 경우에 초래될 도로교통의 안전에 대한 침해 또는 위험을 미리 방지하기 위한 위험’ 또는 ‘음주운전으로 인해 발생될 구체적 위험성’으로 이해하지만, 이것이 갖추어졌는지에 대해서는 전적으로 경찰공무원의 판단에 맡겨져 있으므로 실제로 이러한 구체적 위험성이 없음에도 불구하고 갖추어졌는지에 대한 기준은 『도로교통법』상의 혈중알코올농도 0.05% 이상으로 이해해야 할 것이다.

그런데 이러한 구성요건은 음주측정불응죄에서 무의미하게 된다. 왜냐하면 이 수치는 음주측정불응죄에서 확인을 전제로 한 것인 데 반해, 이 확인에 응하지 않는 문제로 생겨난 것이 바로 음주측정불응죄이기 때문이다. 이것은 죄형법정주의의 위반으로서, 어찌 보면 이것은 음주측정불응죄가 갖는 태생적 한계에 해당하는 문제라고 할 수 있다. 따라서 음주측정불응죄의 성립요건에 관한 문제는 넓게는 음주측정불응에 대한 불처벌, 즉 음주측정불응죄의 비범죄화에 관한 문제이지만, 문제는 음주측정불응죄의 성립요건을 음주운전의 목적과 조화할 수 있도록 해석하여야 할 것인가 하는 것이다.

IV. 판례에 나타난 음주측정불응죄의 문제점

1. 진술거부권의 침해 여부

음주측정불응죄는 운전자 자신이 음주운전으로 처벌받을 것을 감수하면서까지 불리한 조치에 응할 것을 요구하는 것이므로 헌법상 보장된 자기부죄금지의 원칙을 침해한 것이 아닌지 문제된다.

가. 위헌설

음주측정에 불응하는 자를 형사처벌하는 것은 헌법 제12조 제2항에 의하여 인정된 진술거부권의 침해로서 위헌이라는 견해이다. 헌법재판소 소수견해는 교통안전과 위험방지와 관계없이 운전자가 술에 취한 상태에서 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있지만 하여도 음주측정을 요구할 수 있도록 하고 그 측정을 거부하면 형벌로서 처벌하도록 한 음주측정불응죄는 이미 발생한 주취운전이라는 범죄행위에 대한 수사를 위한 음주측정권한을 경찰공무원에게 부여한 뒤 이에 불응할 경우 처벌하는 것은 법률이 범법자에게 자신의 범법상태를 수사기관의 요구에 따라 그대로 현출할 것을 규정하고 그 위반 시 처벌하는 벌칙을 규정하는 것은 결국 국민의 기본권인 진술거부권을 침해라는 것이다.³¹⁾

또한 「도로교통법」은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하기 위한 목적으로 제정된 법률이므로, 동법에 따라 국민의 기본권을 제한함에 있어서는 그 제정목적의 범위 내에서 필요한 최소한에 그쳐야 한다.³²⁾ 따라서 경찰공무원의 음주측정은 예방적 행정행위로서 교통안전과 위험방지의 필요성

31) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정, 전원재판부.

32) 손기식, “교통범죄에 관한 형사법적 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1985, 170면 이하.

이 있을 때 한하여 인정되어야 할 것인데 이를 초과하여 이미 발생한 주취운전행위에 대한 수사권한의 일환으로서의 음주측정권한까지 경찰 공무원에게 부여한 것은 헌법상 기본권에 반한다고 보는 견해이다.

나. 합헌설

「헌법」 제12조 제2항은 “모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여 진술거부권을 보장하고 있다. 그러나 헌법재판소의 견해는 주취운전의 혐의가 있는 운전자에게 음주측정을 요구할 수 있고 이에 대해 불응하는 운전자를 처벌하는 것은 위헌이 아니라는 것이다. 즉 「형사소송법」에서의 진술거부권은 진술에 불과한 데 여기에서 ‘진술’이라 함은 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미하는 데 반해, 「도로교통법」 제44조 제2항(구 제41조 1항)에 규정된 음주측정은 호흡측정기에 입을 대고 호흡을 불어 넣음으로써 신체의 물리적, 사실적 상태를 그대로 드러내는 행위에 불과하므로 이를 두고 ‘진술’이라고 할 수 없고, 따라서 주취운전의 혐의자에게 호흡측정기에 의한 음주 여부의 측정에 응할 것을 요구하고 이에 불응할 경우 처벌한다고 하여도 이는 형사상 불리한 ‘진술’을 강요하는 것에 해당한다고 할 수 없으므로 「헌법」 제12조 제2항의 진술거부권 조항에 위배되지 아니하는 것으로 보고 있다.³³⁾

다시 말해 호흡측정에 협력하는 행위나 그 측정결과 밝혀진 객관적인 혈중알코올농도는 진술이라 할 수 없으므로, 호흡측정을 요구하는 것이 직접강제에 해당하더라도 이는 진술에 해당하지 않는다는 것이다.³⁴⁾ 그러나 이 견해는 진술의 의미를 너무 제한적으로 해석함으로써 진술거부권의 범위가 지나치게 축소되었다는 비판을 받고 있다.

33) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정, 전원재판부.

34) 유남석, “1995. 1. 5. 개정된 도로교통법상 음주측정불응죄의 성립요건”, 『대법원판례해설(1997상반기)』, 1997, 717면 이하.

2. 영장주의 침해 여부

『도로교통법』 제44조 제2항은 “경찰공무원은 교통안전과 위협방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정에 위반하여 주취상태에서 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있을 때에는 음주운전 여부를 측정할 수 있으며, 운전자는 이에 응하여야 한다.”고 규정하여 경찰공무원이 영장 없이 운전자에게 음주측정을 요구할 수 있도록 하고 있다.

이에 대해 경찰공무원이 영장 없이 수사목적을 위한 음주측정을 요구하는 것은 영장주의에 반하지 않는가가 문제된다. 헌법재판소는 “『도로교통법』 제44조 제2항(구 제41조 제2항)에 규정된 음주측정은 성질상 강제될 수 있는 것이 아니며 궁극적으로 당사자의 자발적인 협조가 필수적인 것이므로 이를 두고 법관의 영장을 필요로 하는 강제처분이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 주취운전의 혐의자에게 영장 없는 음주측정에 응할 의무를 지우고 이에 불응한 사람을 처벌한다고 하더라도 『헌법』 제12조 제3항에 규정된 영장주의에 위배되지 않는다.”고 판시하였다.³⁵⁾

그런데 『헌법』 제12조 제3항에 규정된 영장주의는 검사의 청구에 의해 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고서는 수사에 필요한 강제처분을 못한다는 원칙을 말한다. 여기서 음주측정을 거부하면 2년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금에 처해지는데 음주측정이 ‘자발적인 협조’라 할 수 있는가가 문제된다. 여기서 자발적이라 함은 스스로 적극적으로 응하는 것을 말한다. 그러나 경찰의 음주측정 요구는 물리적 강제는 아니지만 심리적 강제라 하지 아니할 수 없다. 왜냐하면 이 경우에 운전자는 음주측정에 응하든지 음주측정불응죄로 형사처벌을 받는 것 이외에는 대안이 없기 때문이다.³⁶⁾ 따라서 음주측정요구는 외형상 운전자의

35) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정, 전원재판부.

36) 심희기, “음주측정불응죄의 성립요건과 계속운전의 의사”, 『형사판례연구』[6], 박영

협조에 의한 것처럼 보일지 모르나 심리적 강제에 해당하므로 강제처분으로 보아야 한다.

3. 법정형의 불균형

헌법재판소는 음주측정 불응 행위를 음주운전 행위와 동일한 형벌로 처벌하는 것은 형사정책적 측면에서 합목적성을 지닌다고 한다. 즉 “혈중 알코올농도 0.05% 이상의 상태에서 자동차를 운전한 사람 중 음주측정에 응한 사람은 「도로교통법」상의 음주운전죄 내지 「교통사고처리 특례법」(제3조의 제2항 단서 제8호)으로 처벌받게 되는 데 비하여 음주측정에 불응한 사람은 그로부터 면책되거나 보다 가벼운 처벌을 받는다고 한다 면 이는 형사사법상의 균형성이 심히 어긋날 뿐만 아니라, 심리적 강제효과도 기대할 수 없어 음주측정제도의 실효성을 거둘 수 없을 것이므로 음주측정 불응 행위와 음주운전 행위를 동일한 형벌로 처벌하는 것은 합목적성을 지니고 있다.”고 한다.³⁷⁾

그러나 이러한 헌법재판소의 논지는 법익침해의 위험성에 따른 가벌성의 정도의 차이를 무시한 것이라고 할 수 있다. 음주운전죄는 이미 ‘교통의 안전’에 대한 위험을 야기한 때에 성립하는 데 반하여, 음주측정 불응죄는 앞으로의 ‘교통의 안전과 위험의 방지’를 위하여 필요한 때에 성립하는 것이기 때문에 이것은 책임주의 원칙에 반하고 법정형에 있어서 형평을 잃은 것이라고 생각된다.³⁸⁾ 또 측정불응자는 단순히 측정에 응하는 자보다 가벼운 처벌을 받게 된다는 주장은 음주측정불응죄와 음주운전죄와의 관계를 법조경합관계로 보아서 한 개의 죄만 성립함을

사, 1998, 367면 이하; 박달현, “음주운전의 목적과 음주운전불응죄의 성립요건에 대한 재검토”, 『비교형사법연구』, 제2권 제2호, 2000, 232면 이하.

37) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정, 전원재판부.

38) 손기식, “음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰”, 『형사판례연구』[4], 박영사, 1996, 316면 이하.

염두에 두었을 때 가능한 주장일 뿐이다. 양자의 관계는 실체적 경합관계로서 음주측정불응죄 성립 후에도 호흡측정 외의 과학적 방법 등을 사용하여 운전자의 혈중알코올농도를 추정하여 음주운전죄의 입건이 가능하므로 타당한 논리라고는 할 수 없다.³⁹⁾ 따라서 양자의 법정형은 차등을 두는 것이 타당하다고 본다.

V. 결 론

교통의 안전과 타인에게 치명적인 손해를 끼칠 수 있는 위험의 제거를 위한 취지를 고려한다면 경찰의 음주운전단속은 당연하다. 현재는 도로교통법상 음주측정은 동법이 추구하는 목적의 중대성, 음주측정의 불가피성, 국민에게 부과되는 부담의 정도 등을 고려하여 합헌이라고 결정하였다.⁴⁰⁾ 그러나 음주측정불응죄는 주취상태 즉 혈중알코올농도 0.05%의 판단이 명확하지 않은 점, 주취운전자와 동일한 형으로 처벌하는 점, 헌법상 영장주의에 위배되지 않는가라는 점, 법규의 추상성 등으로 인한 운전자와 교통경찰관과의 분쟁 등 많은 문제점을 내포하고 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위한 법과 제도의 개선 그리고 많은 논의가 필요하다고 본다. 무엇보다도 음주운전을 방지하기 위해서는 엄격한 처벌에 의한 예방보다는 지속적인 홍보와 위험요소의 제거에 우선책을 두어야 할 것이다.

음주운전자의 인권과 적법절차를 논의하게 되면 음주운전자를 옹호하는 것처럼 보일 수 있다. 그러나 음주운전자에게 유죄가 확정된 후 엄한 형벌을 과하는 것과 유죄가 확정되기까지의 인권과 적법절차를

39) 김남현, “음주운전에 대한 형사법적 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2006, 223면 이하.

40) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정, 전원재판부.

보장하는 것은 별개의 문제일 것이다.

(투고일 2008년 7월 15일, 심사일 2008년 7월 23일, 게재확정일 2008년 8월 1일)

주제어 : 음주측정, 음주운전, 도로교통법, 교통사고, 음주측정불응죄

[Abstract]

Penal Examination of the Offense not to Respond to Take Breath Test

Shin-Kyo Jeong*

The existing Road Traffic Act gives police officers the right to do crackdown on drunk drivers and conduct a breath test for drunk drivers and inflicts punishment on them and further, also brings those who reject to take breath test to justice. But the offense not to respond to a breath test has many problems. Increasing accidents resulted from drunk driving should not lead to ignorance of suspects' human rights and due process of law which are secured under the constitutional law. Namely, if the purpose is fair, the legality of procedures should not be violated. It is judged that it does not violate the right to remain silent and warrant-requirement principle which the Constitutional Court guarantees under the constitutional law, but there is a variety of adverse criticism in interpreting. And there has been continuous contention between drivers and police officers due to abstractness of regulations.

Therefore, to avoid such criticism, when a driver rejects to take a breath test, the administrative punishment is desirable instead of criminal penalty: Namely, levying a fine or revocation of a driver's license, or the procedure should be prepared to make a compulsory investigation using compulsory blood-gathering etc after arresting the person who does not respond to take

* Instructor, Dept. of Police Administration, Gimcheon College

a breath test on the spot. Further, requirement of the offense not to respond to take breath test should be interpreted in more suitable way for the purpose of drunk driving.

Key Words : a breath test for drink, drunk driving, Road Traffic Act, traffic accident, the offense not to respond to take breath test

