형사정책연구 Korean Criminological Review
제22권 제3호(통권 제87호, 2011 · 가을호)

음주측정불응에 대한 합리적 대응방안

박 찬 걸*

국 | 문 | 요 | 약

주취운전은 암수성이 매우 높아서 대부분의 주취운전이 공식통계상에는 제대로 노출되지 않는데, 주취운전자의 적발확률이 0.0005%에 불과하다는 보고도 있다. 2010년 기준 우리나라의 자동차 등록대수는 17,941,356대로써, 이는 경제활동인구의 2분의 1가량이 차량을 소유하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이 중 과반수 이상이 여러 차례 주취운전을 하는 것으로 나타났다. 이렇게 우리 사회에 만연되어 있는 주취운전행위를 근절시키기 위해서 음주단속이 광범위하게 행해지고 있는데, 문제는 음주단속의 전제인 음주측정을 거부하는 행위에 대한 대응체계가 과연 합리적인가 하는 점이다. 수차례 개정된 도로교통법은 단속기관의 입장에서 음주측정거부행위에 대한 형사처벌의 성립범위와 처벌의 수위를 높이는데 급급할 뿐, 피검사자의 절차법적인 권리 보장은 상대적으로 소홀히 하고 있다고 보여 진다. 형사처벌이 정당성을 가지기 위해서는 처벌의 과정이 엄격한 요건하에서 누구에게나 납득할 만한 방법으로 진행되어야 한다. 그러므로 음주측정의 두 가지 요건에 해당하는 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하는 경우와 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우의 제한적인 해석이 필요하고, 요건인정의 전제가 되는 객관적인 사실에 대한 과학적인 판단이 요구된다. 또한 최초 측정의 방법으로 호흡검사를 하지 않은 상태에서 혈액검사를 독립적으로 요구할 수 있는 권리를 인정해 주어야 하며, 재측정의 방법으로 인정되고 있는 혈액검사도 정당한 이유가 있는 한 경찰관의 재량의 개입 없이 의무적으로 인정되어야 하겠다. 끝으로 음주측정불응죄의 법정형은 주취운전죄의 행위태양과 비교했을 때 상대적으로 과도한 것으로 보여 지는 바, 음주측정과 관련된 일련의 절차에서 강제채혈명령을 중간단계에 두는 조치를 통하여 불법성에 상응한 법정형의 조정이 필요하다고 본다.

❖ 주제어 : 음주측정불응죄, 음주운전, 주취운전죄, 도로교통법, 혈중알콜농도

* 대구가톨릭대학교 법정대학 경찰행정학과 전임강사·법학박사.

I. 들어가며

1. 최근의 도로교통법 개정

도로교통법[1] 제44조에 의하면 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하여서는 아니 되며(제1항), 경찰공무원(자치경찰공무원은 제외한다)은 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 운전자가 술에 취하였는지를 호흡조사로 측정할 수 있다. 이 경우 운전자는 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다(제2항). 만약 제2항에 따른 측정 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 받아 혈액 채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다(제3항). 이 중 제44조 제2항은 음주측정불응죄를 형사처벌의 대상으로 하고 있는 것인데, 동조를 위반할 경우, 기존에는 3년 이하의 징역[2]이나 1천만원 이하의 벌금에 처해졌다(제148조의2 제1호[3]).

도로교통법상 주취운전죄[4]로 처벌하기 위해서는 음주측정을 통하여 운전자의 혈중알콜농도가 0.05% 이상이라는 점에 대한 입증이 있어야 하는데, 만약 운전자가 음주측정을 거부한다면 주취운전죄로 처벌하기가 상당히 곤란한 상황이 발생한다. 또한 음주측정거부자를 달리 처벌하지 못하고 스스로 측정에 응한 자만을 처벌하게 된다면 이는 형사사법상 심히 불공평한 결과에 이르게 된다.[5] 음주측정 거부시 이용할 수 있는 다른 방법에는 채혈에 의한 측정이 있을 수 있으나, 호흡측정을 거부하는 운전자가 채혈에 동의한다는 것은 불가능에 가까운 일이고, 영장에 의한 채혈은 음주측정에 대한 긴급성의 요구에 반하게 된다. 이러한 제반상황을 고려할 때

1) 이하에서 단순히 법조문만 표기된 것은 도로교통법상의 규정을 의미한다.

2) 2009. 4. 1. 개정에서 음주측정불응죄와 주취운전죄의 법정형이 ‘3년 이하의 징역’으로 상향조정된 것은 ‘긴급체포’에 해당하는 범죄군에 속하게 되었다는 점에서 상당한 의미를 가진다. 즉 현행범체포의 요건을 갖추지 않더라도 강제연행을 할 수 있는 절차법적인 근거가 생긴 셈이다.

3) 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정되기 전의 도로교통법.

4) 주취운전죄와 관련된 최근의 논의로는 박찬걸, “주취운전죄와 관련된 최근의 입법과 판례의 동향”, 법학논총 제28집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2011. 9, 101면 이하 참조.

5) 봉 욱, “음주측정불응죄의 성립요건”, 형사판례연구 제3권, 형사판례연구회, 1995, 254면.

음주측정불응죄는 음주측정을 거부한 자에 대하여 혈중알콜농도 0.05% 이상의 상태에 있었음을 입증하기가 어려운 현실을 반영한 규정이라고 할 수 있는데, 음주측정요구에 불응하는 행위 자체를 처벌함으로써 음주측정을 간접적으로 강제하여 교통의 안전을 도모함과 동시에 주취운전죄에 대한 입증과 처벌을 용이하게 하려는 것이 음주측정불응죄의 입법목적이라고 하겠다.

한편 최근 국회는 2011. 6. 8. 도로교통법 제53차 개정(법률 제10790호; 2011. 12. 9. 시행)을 통하여 음주측정불응죄의 형벌을 상향조정하였는데, 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람으로서 제44조 제2항에 따른 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 사람(제148조의2 제1항 제2호)의 경우에는 1년 이상 3년 이하의 징역이나 500만원 이상 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 하여 법정형의 하한을 대폭 조정하였다. 또한 동 개정에서는 주취운전죄의 형벌을 세분화함과 동시에 법정형의 하한도 상향조정하여 전체적으로 형벌을 강화하였는데,[6] 그 내용을 살펴보면, 제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람으로서 다시 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람(제148조의2 제1항 제1호)의 경우에는 1년 이상 3년 이하의 징역이나 500만원 이상 1천만원 이하의 벌금에 처하고, 제44조 제1항을 위반하여 1. 혈중알콜농도가 0.2퍼센트 이상인 사람은 1년 이상 3년 이하의 징역이나 500만원 이상 1천만원 이하의 벌금, 2. 혈중알콜농도가 0.1퍼센트 이상 0.2퍼센트 미만인 사람은 6개월 이상 1년 이하의 징역이나 300만원 이상 500만원 이하의 벌금, 3. 혈중알콜농도가 0.05퍼센트 이상 0.1퍼센트 미만인 사람은 6개월 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금 등(제148조의2 제2항)으로 구분하여 처벌하고 있다.[7]

---

6) 주취운전죄의 법정형 변천사를 살펴보면 다음과 같다. 1961. 12. 31. 도로교통법 제정 당시에는 ‘6월 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료’, 1973. 3. 12.에는 ‘1년 이하의 징역 또는 15만원 이하의 벌금’, 1980. 12. 30.에는 ‘1년 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금’, 1990. 8. 1.에는 ‘2년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금’, 1999. 1. 29.에는 ‘2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금’, 2009. 4. 1.에는 ‘3년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금’으로 개정되었는데, 이는 약 10년을 주기로 형벌이 계속하여 상향조정되고 있는 형국이다.

7) 이와 같이 혈중알콜농도에 따라 법정형의 편차를 두는 것은 혈중알콜농도가 높으면 높을수록 관련사고로 인한 부상률 또는 사망률이 높기 때문이다.

이에 더하여 음주측정불응죄 성립의 전제라고 할 수 있는 주취운전의 장소적 범위와 관련된 법개정도 이루어졌는데, 먼저 2009. 12. 29. 도로교통법 제50차 개정(법률 제9845호)에서 도로의 범위를 확장하였다. 즉 기존의 규정에서 ‘농어촌도로 정비법에 따른 농어촌도로’(제2조 제1호 다목)와 ‘그 밖에 현실적으로 불특정 다수의 사람 또는 차마의 통행을 위하여 공개된 장소로서 안전하고 원활한 교통을 확보할 필요가 있는 장소’(제2조 제1호 라목)를 추가하였는데, 특히 제2조 제1호 라목의 경우는 기존에 대법원이 일관되게 판시해 온 사항을 입법화한 점에서 그 의미가 있다고 하겠다. 하지만 이에 그치지 않고 2010. 7. 23. 도로교통법 제52차 개정(법률 제10382호; 2011. 1. 1. 시행)에서는 주취운전죄를 범한 장소가 도로 이외의 곳인 경우에도 처벌할 수 있도록 하기 위한 조치로서, 도로를 해석함에 있어서 ‘제44조 · 제45조 · 제54조 제1항 · 제148조 및 제148조의2에 한하여 도로 외의 곳을 포함한다’는 문구를 삽입하였다. 기존의 제2조 제24호에 의하면 ‘운전’이라 함은 도로에서 차마를 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것을 말하였는데, 이러한 규정에 의하면 주취운전을 한 장소가 도로에 해당한다면 처벌이 되는 반면에, 도로가 아닌 곳에 해당한다면 처벌을 할 수 없는 입법적인 공백현상이 발생하였다. 이러한 논란으로 인하여 대법원에서는 주취운전의 장소로서 도로성 인정 여부에 대한 판결들을 수차

〈2010년도 음주정도별 주취운전 교통사고〉

주취운전	구분	2010년도 건수
합계	발생건수	28,641
	사망자수	781
	부상자수	51,364
0.05% - 0.09%	발생건수	5,727
	사망자수	153
	부상자수	10,251
0.10% - 0.14%	발생건수	10,916
	사망자수	227
	부상자수	19,693
0.15% - 0.19%	발생건수	8,146
	사망자수	217
	부상자수	14,800
0.20% - 0.24%	발생건수	2,636
	사망자수	129
	부상자수	4,555

출처: http://taas.koroad.or.kr/reportSearch.sv?s_flag=02#(도로교통공단)

례 하였는데, 특이한 점은 원심법원과 견해를 달리하는 판결이 유독 많았다는 점이다. 하지만 개정법에 의하면 이러한 논쟁은 더 이상 불필요하게 되었다.

2. 음주측정불응행위에 대한 형사처벌의 타당성 여부

우리나라의 경우 음주측정불응죄를 신설한 입법자와 법집행당국은 단속경찰관이 즉시 운전자의 혈액을 채취할 수 있는 법적 수단을 강구하고, 신속히 피의자의 행위당시의 혈중알콜농도를 측정할 수 있는 검사체계를 구축하려는 노력을 기울이기보다는 운전자가 호흡검사에 불응하면 음주측정불응죄의 현행범체포 또는 긴급체포를 통하여 형사처벌을 하는 방식을 취하고 있다. 이에 따라 헌법상 보장된 진술거부권과 영장주의에 대한 침해 여부가 논란이 되고 있는데, 먼저 음주측정결과에 따라 자신이 주취운전으로 형사처벌 받을 것을 감수하면서도 자신에게 불리한 조치에 응할 것을 요구하는 것은 법률로써 형사상 불리한 내용의 진술을 하도록 강요하는 것으로서 진술거부권을 침해하는지 여부가 문제된다. 이에 대하여 합헌설은 주취운전을 방임함으로서 발생하는 생명·신체·재산 등에 대한 중대한 침해 및 도로교통에 있어서의 공공위험의 발생을 미연에 방지하는데 필요하다는 점, 음주측정은 긴급성을 요하므로 이를 거부하는 행위를 처벌함에 따라 간접적으로 자기부죄거부권의 범위가 제한된다고 하더라도 그 정도는 공공의 복리에 의한 부득이한 제한이라는 점, 일본[8]·영국[9]·프랑스·스위스·미국[10] 등은 음주측정 내지 채혈명령에 불응한 운

8) 일본 도로교통법 제67조 제1항에서는 '경찰관은 차량 등의 운전자가 음주운전하고 있다고 인정될 때에는 그 차량 등을 정지하게 하고 운전면허증의 제시를 요구할 수 있다'고 규정하고 있으며, 이에 응하지 않은 자에 대하여는 3월 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처하도록 정하고 있다(동법 제118조의2). 이는 음주측정에 불응하거나 방해한 자에 대하여 처벌하지만 가벼운 벌금형에 처하고 있어(일본의 경우 주취운전죄는 5년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금, 주기운전죄는 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처해짐), 주취운전죄와 동일하게 처벌하고 있는 우리나라의 경우와 다르다. 보다 자세한 내용은 전영실·정진성, 「음주운전억제방안 연구」, 한국형사정책연구원(연구총서 10-09), 2010, 327-328면 참조.

9) 영국의 경우 경찰관의 합리적인 음주측정요구에 협조하지 않을 경우 천식과 같은 질병으로 인해 불가능한 등의 특별한 경우를 제외하고는 예비검사거부죄가 성립한다. 도로교통법 제6조에서 예비호흡검사에 대해 규정하고 있는데, 여기에서 운전자란 실제 운전을 하였거나 하려고 하거나 승차하고 있는 경우를 포함한다. 호흡측정을 요구받을 경우 혈액이나 소변을 대신 제출하겠다고 요구할 수는 없으며, 설령 기준치를 초과하지 않더라도 호흡측정을 거부하면 일단 측정거부죄가 성립한다.

전자에 대하여 처벌규정을 두고 있다는 점, 운전자에 대한 조치의 요부를 판정하기 위하여는 음주측정이 반드시 필요하다는 점, 음주측정을 위하여 운전자가 감수하여야 할 행위는 호흡측정기에 호흡을 불어 넣는 간단한 동작만이 필요할 뿐이라는 점[11) 등을 그 논거로 하고 있다. 반면에 위헌설은 사실상 범죄단서를 제공하는 결과를 가져온다는 점, 독일이나 오스트리아의 경우 음주측정에 불응한 자에 대한 처벌규정을 두고 있지 않으며 대신 법관에 의한 강제채혈명령제도로 음주측정을 강제할 수 있는 제도적 장치를 두고 있다는 점 등을 그 논거로 하고 있다.

다음으로 호흡측정기에 의한 음주측정이 영장주의에 위배되는가와 관련하여 헌법재판소는 첫째, 측정의 성질상 강제될 수 있는 것이 아니라는 점, 둘째, 실무상 숨을 호흡측정기에 한·두번 불어 넣는 방식으로 행하여지는 것이므로 당사자의 자발적 협조가 필수적인 것인데, 당사자의 협력이 궁극적으로 불가피한 측정방법을 두고 강제처분이라고 할 수 없다는 점,[12) 셋째, 적어도 인간의 존엄성을 훼손하지 아니하는 적법한 보편적 방법이라는 점 등을 이유로, 영장을 필요로 하는 강제처분이라고 할 수 없다고 한다. 하지만 강제수사와 임의수사의 구별기준과 관련하여 수사기관의 처분이 피처분자가 향유하는 기본권을 침해하느냐의 여부에 있다고 보는 입장에 따른다면 호흡측정기에 의한 음주측정이 강제수사가 될 수도 있다. 즉 호흡측정기에 의한 음주측정을 원칙적인 방법으로 규정하고, 음주운전의 여지가 있는 운전자에게 이를 의무로 부과하고 있는 상황과 운전자가 측정에 불응하면 음주측정불응죄로 처벌될 수 있는 상황을 고려해 보면, 최초의 음주측정 요구는 자발적인

측정거부죄로 유죄가 확정되면 구금형 없이 최대 1,000파운드의 벌금형이 부과되며 면허취소는 판사의 재량에 따라 12-36개월 사이에서 결정된다. 또한 도로교통법 제7조 제1항에 근거하여 운전자에게 두 번의 호흡검사를 요구하거나 혈액이나 소변 시료를 요구할 수 있다. 타당한 이유 없이 이에 응하지 않으면 증거시료 제출거부죄로 처벌된다.

10) New York 州의 경우 음주측정을 거부하면 300달러의 벌금이 부과되고 최소 6개월간 면호취소가 가능하며, 두 번째 거부의 경우 750달러의 벌금과 더불어 최소 1년간 면허가 취소된다. 이처럼 측정을 거부하는 행위에 대해 처벌하는 것은 ‘암묵적 동의법률(Implied Consent Law)’에 근거하는데, 미국의 모든 주에서 시행되고 있다(전영실·정진성, 위의 보고서, 246-247면).

11) 봉 욱, 앞의 논문, 262면.

12) 박상진, “음주측정불응죄에 관한 법률적 검토”, 실무연구자료 제4집, 대전지방법원, 2000, 333-334면; 유남석, “1995. 1. 5. 개정된 도로교통법상 음주측정불응죄의 성립요건”, 대법원판례해설 제28호, 법원도서관, 1997, 711면.

상황이 아니라 (반)강제적인 상황으로 판단된다.[13] 피검사자의 자발적인 협조 없이는 호흡검사가 불가능하다는 단점을 보완하기 위하여 음주측정불응죄를 두어 '형식적인' 협조라도 이끌어 내고 있다는 점에서, 음주측정은 물리적 강제는 아니지만 심리적 강제라고는 볼 수 있다. 그러므로 호흡측정기에 의한 음주측정을 전적으로 임의수사로 보는 것은 타당하지 않으며, 음주측정을 거부하면 강제처분보다 더 무거운 형사벌이 가하여질 수 있기 때문에 이러한 조치는 강제처분이라고 보아야 할 것이다.

하지만 음주측정행위를 강제처분이라고 판단하더라도 영장 없이 음주측정을 한다고 해서 필연적으로 영장주의에 위반된다고 말할 수는 없기 때문에 음주측정이 임의처분이냐 아니면 강제처분이냐 하는 것은 이제 더 이상 구별의 실익이 없다고 보아야 한다. 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유를 조건으로 행하는 경찰관의 음주측정은 수사의 일종으로 파악되고 있는 바, 이 때의 음주측정은 신체검사의 일종에 해당한다. 이는 원칙적으로 영장이 필요한 수사이지만, 예외적으로 형사소송법 제216조 제1항 제2호와 동조 제3항에 근거하여 긴급을 요하여 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 검증을 할 수도 있다. 운전자를 병원까지 이송하는데 소요되는 시간, 혈액검사에 소요되는 시간, 영장을 발부 받기 위한 시간 등을 고려하면 운전자에 대한 영장을 발부받아 혈액검사를 할 시간적인 여유는 없다. 또한 이러한 과정은 상당한 시간이 걸리기 때문에 운전자의 혈중알콜농도가 감소될 수 있는 문제점이 있다. 그러므로 적법한 체포가 있었다는 전제하에 영장을 발부 받을 시간적 여유가 없는 경우 체포에 수반하여 영장 없이 강제채혈을 할 수 있다고 보아야 한다. 결론적으로 음주측정행위는 헌법상 보장된 진술거부권과 영장주의에 위배되는 것이 아니기 때문에, 위반행위에 대하여 형사처벌을 부과하는 것 자체가 불합리한 것은 아니라고 판단된다.

13) 박달현, "음주운전의 목적과 음주운전불응죄의 성립요건에 대한 재검토", 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 232면; 신동운, "운전종료후의 음주측정불응죄와 영장주의", 저스티스 제30권 제4호, 한국법학원, 1997, 154면; 심희기, "음주측정불응죄의 성립요건과 계속운전의 의사 -음주측정불응죄에 관한 종전의 대법원판결과 최근의 헌법재판소 결정", 형사판례연구 제6권, 형사판례연구회, 1998, 367면; 한영수, "음주운전 수사방법인 음주측정의 형사절차법적 문제점과 입법론적 해결방안", 형사정책연구 제12권 제4호(통권 제48호), 한국형사정책연구원, 2001. 12, 23면.

하지만 음주측정불응죄의 처벌에 대한 위헌의 논란이 여전히 계속되고 있는 가운데 이루어진 도로교통법의 최근 3차례 개정은, 음주측정불응죄의 불법성의 정도와 성립범위에 대한 해석의 재검토를 요구하고 있다고도 볼 수 있다. 특히 개정법은 주취운전죄를 3회 이상 범한 경우 또는 혈중알콜농도가 0.2퍼센트 이상인 경우에 있어서의 불법성을 음주측정불응죄의 불법성과 동일하게 평가하고 있고, 주취운전죄의 장소적 적용범위를 확장함으로서 음주측정불응죄의 성립범위를 확장하려고 하는 태도도 엿보인다. 이와 같이 최근 입법의 태도와 해석의 입장이 상반되는 현 시점에서 음주측정불응죄의 성립요건을 통하여, 실무 및 법령의 문제점을 지적하고 개선방안을 제시하는 것은 유의미한 일이라고 하겠다. 아래에서는 음주측정의 2가지 조건에 대한 제한해석(Ⅱ), 측정방법으로서 ‘독립적인 채혈검사에 의한 측정’의 인정을 통한 음주측정 방법의 개선(Ⅲ), 채혈검사에 의한 재측정요구권의 명문화와 음주감지기에 의한 시험의 판단기준 구체화를 통한 음주측정 불응의 제한해석(Ⅳ), 강제채혈명령제도의 도입(Ⅴ) 등의 방안들을 중심으로 음주측정불응에 대한 합리적 대응방안을 검토해 보기로 한다.

Ⅱ. 음주측정 조건의 제한해석을 통한 대응방안

1. 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하는 때(제44조 제2항 본문 전단)

제44조 제2항 본문 전단의 사유에 따른 경찰공무원[14]의 음주측정은 주취운전을 제지하지 아니하고 방치할 경우에 초래될 도로교통의 안전에 대한 침해 또는 위험

14) 경찰공무원은 도로교통법 제5조 제1항에서 국가경찰공무원(전투경찰순경을 포함한다) 및 제주특별자치도의 자치경찰공무원이나 대통령령이 정하는 국가경찰공무원 및 자치경찰공무원을 보조하는 사람 등을 의미한다. 이에 따라 전투경찰순경도 음주측정을 할 수 있지만(同旨 대법원 1992. 4. 28. 선고 92도220 판결), 음주측정의 결과를 조서에 기재할 수 있는 자는 형사소송법상 검증의 결과를 기재할 수 있는 사법경찰관에 국한되므로, 전투경찰순경이 작성한 조서는 위법하게 수집한 증거로서 증거능력이 부인될 것이다. 한편 교통단속업무를 실제 맡고 있는 경찰공무원 뿐만 아니라 일반적으로 경찰공무원의 신분을 지닌 자는 모두 포함된다.

을 미리 방지하기 위한 필요성 즉, ‘교통의 안전과 위험방지의 필요성’이 있을 때에 한하여 그 주취운전의 혐의가 있는 운전자에 대하여 요구할 수 있는 ‘예방적인’ 행정행위이다. 또한 주취운전단속의 실효성을 높이기 위하여 불응시 처벌을 예정하고 있는 명령적 행정행위의 일종인 하명이라고도 할 수 있다. 여기서 ‘교통의 안전과 위험방지의 필요성’이란 당해 운전자의 운전으로 인하여 발생될 구체적인 위험성을 뜻하는 것이고,[15] 그와 같은 필요성은 음주측정을 요구받았을 당시에 존재하여야 한다. 그러므로 운전자가 운전을 종료하여 더 이상 자동차를 음주한 상태로 운전하지 아니할 것임이 명백한 경우에는 비록 그가 주취운전의 직후에 있었다는 점에서 도로교통법상 주취운전죄의 현행범에 해당된다 하더라도 운전으로 인한 교통의 안전과 위험방지의 필요성은 소멸되었다고 할 수밖에 없다.[16] 예를 들면 교통사고로

15) 하지만 헌법재판소는 ‘교통의 안전과 위험방지의 필요성’이란, 음주 측정을 요구할 대상자인 당해 운전자의 운전으로 인하여 야기된 개별적·구체적인 위험방지를 위하여 필요한 경우뿐만 아니라, 잠재적 음주운전자의 계속적인 음주운전을 차단함으로써 그렇지 않았을 경우 음주운전의 피해자가 되었을지도 모를 잠재적인 교통관련자의 위해를 방지할 가능성이 있다면 그 필요성이 충족되는 것으로 넓게 해석하여야 한다고 한다(헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정).

16) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92도3402 판결(‘피고인이 공소사실 기재의 시각 이전에 음주하였기 때문에 타인으로 하여금 대리운전을 시켜 자신의 집까지 왔으나, 주차할 장소를 찾지 못하여 시간을 끌던 중 대리운전자에게 미안한 생각이 들어 그를 보내고 자신이 승용차를 운전하여 공소외 김상욱의 집 앞에 주차하려다가 그의 항의를 받고 서로 시비 끝에 다시 이를 운전하여 피고인의 집 앞에 주차시킨 후 걸어오다가 위 김상욱의 신고를 받고 출동한 경찰관에게 연행되어 파출소에서 음주측정을 요구받았으나 이에 불응하였다는 사실을 인정하고서, 피고인은 이미 운전을 종료하였으므로 도로교통법 제41조 제2항에서 정한 교통의 안전과 위험방지를 위한 음주측정의 필요성이 없고, 경찰관의 측정요구는 이미 저지른 음주운전의 증거확보를 위한 것으로서 위 법 소정의 요건이 결여된 상태에서 한 부적법한 것이므로 이에 불응한 피고인에게는 같은 법 제107조의2 제2호의 죄책이 없다’); 대법원 1994. 10. 7. 선고 94도2172 판결(‘피고인이 공소사실 기재의 시각 이전에 약간의 소주를 마신 상태에서 진주시 칠안동에 있는 행복예식장 인근에서 열리고 있는 개천예술제를 구경하는 등 바람을 쏘이며 쉬기 위하여 자신의 승용차로 약 500m 정도를 운전하여 위 예식장 앞까지 진행한 후 도로가에 위 승용차를 주차시켰는데 곧 바로 최철주가 피고인에게 동인의 차량이 빠져 나올 수 있도록 피고인에게 위 승용차를 비켜줄 것을 요구하였고 피고인이 이를 거부하여 상호간에 주차문제로 시비가 되자, 위 최철주가 경찰에 피고인이 음주운전을 하였다고 신고를 함으로써 출동한 경찰관이 피고인을 진주경찰서로 동행한 후 그 곳에서 피고인에게 음주측정을 요구하였으나 피고인이 이에 불응하였다는 사실을 인정하고서, 피고인으로서는 당시 이미 운전을 종료하였다고 봄이 상당하고, 피고인이 이 후 단시간 내에 도로교통법 제41조 제1항에 규정된 정도로 술이 취한 상태에서 다시 운전을 하리라고 볼 만한 사정을 엿볼 수 없는 이 사건에 있어서 경찰관의 음주측정요구는 그 요구경위에 비추어 교통안전과 위험방지의 필요성을 위한 것이 아니라 이미 저지른 음주운전의 증거확보를 위한 것으로서 도로교통법 제41조 제2항 소정의 요건이 결여된 부적법한 것이라 할 것이므로 피고인이 이에 불응하였다고 하여 도로교통법 제107조의2 제2호를

인한 운전자의 부상정도가 심각한 경우, 교통사고로 인하여 차량이 심하게 파손된 경우, 교통사고 후 도주하였다가 체포된 경우[17] 등과 같이 더 이상의 운전이 현실적으로 불가능한 경우에는 '운전의 종료'로 판단될 수 있다. 하지만 당해 장소에서 벗어나면 다시 운전을 계속할 가능성이 있는 상황, 즉 잠시 주취운전을 중단한 상태에 있다고 판단된다면 교통의 안전과 위험방지의 필요성이 인정되므로 예외적으로 음주측정불응죄가 성립할 수 있다.[18]

한편 제44조 제2항 본문 전단의 사유에 의하여 경찰관에게 이미 발생한 도로교통상의 범죄행위에 대한 수사를 위한 음주측정권한이 부여된 것이라고는 볼 수 없으므로, 이러한 범죄수사를 위한 경찰관의 음주측정 요구에 불응한 경우에는 다른 증거에 의하여 주취운전죄로 처벌할 수 있음은 별론으로 하고 음주측정불응죄는 성립하지 아니한다.

2. 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때(제44조 제2항 본문 후단)

가. 1995년 개정 전의 논의

1961. 12. 31. 도로교통법이 제정될 당시에는 음주측정불응죄가 규정되지 않았고, 이후 1980. 12. 31. 개정시 처음으로 입법화되었는데, 당시 도로교통법 제39조 제2항의 '경찰관은 교통안전의 위험방지를 위해 필요하다고 인정하는 경우 운전자의 주취여부를 측정할 수 있고, 운전자는 이에 응하여야 한다'가 그것이었다. 하지만 이 당시의 규정은 운전자가 주취상태에 있었는지의 여부 및 주취상태를 인정할 만한 이유가 있었는지의 여부 등을 불문하고 음주측정을 거부한 사실만으로 주취운전자와 동일한 형벌을 가할 수 있도록 되어 있어, 책임주의 원칙의 위배 여부가 논란이 되었다. 이후 1984. 8. 4. 개정을 통하여 '술에 취한 상태에 있는 자'가 음주측정

위반한 것으로 볼 수는 없다').

17) 이러한 경우의 운전종료는 운전자 스스로 그만 둔 경우가 아니므로 음주측정불응죄가 성립한다는 견해(박상식, "음주운전에 대한 형사법적 고찰", 법학연구 제13집, 경상대학교 법학연구소, 2005, 165-166면)도 있다.

18) 대법원 1994. 9. 27. 선고 94도1562 판결.

을 거부한 경우에 한하여 이를 처벌하도록 하였다. 그러나 이 경우 술에 취한 상태에 있다는 것은 혈중알콜농도 0.05% 이상의 상태에 있음이 입증되어야 하는 것인데, 음주측정을 거부하는 경우에 이를 입증하는 것은 불가능하다는 문제점이 지적되었다. 그리하여 1990. 8. 1. 개정을 통하여 ‘술에 취한 상태에 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 것’, 1992. 12. 8. 개정을 통하여 ‘술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있을 것’ 등으로 입증의 요건을 완화하여 책임주의와 조화를 모색하고자 하였는데, 1992년 개정을 통해 상당한 이유의 여부에 대한 심사가 종전보다 더욱 엄격하게 판단되었다. 이는 주취운전의 가능성이 없거나 극히 희박한 사람들까지도 음주측정에 불응하였다 하여 주취운전자와 동일하게 처벌한다면 책임주의에 어긋날 수 있기 때문에 행위의 주체를 엄격히 제한하여 ‘술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람’으로 규정한 것이다.[19] 만일 ‘술에 취한 상태’를 단순한 음주 상태를 의미하는 것으로 본다면 조금이라도 운전을 불안전하게 하는 경우, 운전자의 얼굴에 취기가 있다거나 보행·어투·행동 등에서 이상이 있는 경우, 음주감지기가 반응하는 경우 등에서 모두 상당성을 인정할 수 있을 것이지만, ‘술에 취한 상태’를 혈중알콜농도 0.05% 이상을 의미하는 것으로 본다면 어느 정도 이상의 취기가 객관적으로 나타난 경우에 한하여 상당한 이유를 인정할 수 있을 것이다.[20]

나. 1995년 개정 후의 논의

1995. 1. 5. 도로교통법 개정을 통하여 ‘교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우’라고 하였는데, 이는 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정되지 않는 경우라고 하더라도 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 해당한다면 음주측정불응죄가 성립할 수

19) 하지만 이러한 규정 자체를 가지고서 주취운전자로 처벌될 상당한 개연성이 있는 사람들에 대하여만 음주측정불응죄가 적용될 수 있다고 보는 것은 금물이다. 책임주의에 보다 부합하기 위해서는 ‘술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람’으로 판단할 수 있는 객관적인 기준의 정립이 절실히 요구되기 때문이다.

20) 최상열, “음주측정불응죄의 성립요건”, 대법원판례해설 제41호, 법원도서관, 2002, 689면.

있는 가능성을 열어 둔 것이다. 기존 음주측정불응죄의 성립요건에 있어서 관건은 ‘교통의 안전과 위험방지를 위한 필요성’을 인정할 수 있느냐 하는 것이었는데,[21] 1995년 개정은 이와 같은 종전의 관행을 크게 탈피한 것이라고 평가할 수 있다. 또한 제44조 제2항 본문 전단이 사전 음주단속[22]의 법률상의 근거조문임에 반하여, 제44조 제2항 본문 후단은 사후적 음주측정, 즉 수사행위[23]로서 음주측정을 의미하기 때문에, 음주측정불응죄에서 말하는 음주측정의 조건이 이원화되었다고도 볼 수 있다. 기존에는 도로교통법상의 근거 없이 현행범인 체포의 일환으로 사후적 음주측정이 수사행위로서 행해졌으나, 제44조 제2항 본문 후단의 부분이 삽입되어 그 법적인 근거가 생긴 것이다.[24] 1995년 이전의 대법원은 ‘교통안전과 위험방지의 필요성’이 없는 상황, 예를 들면 ‘계속운전의 의사가 없는 음주운전 피의자’에게 경찰관에 의한 음주측정이 요구된 경우 음주측정불응죄의 성립을 부정하여 음주측정불응죄의 성립범위를 제한함으로써 음주측정불응죄를 자의적으로 신설한 입법자에게 제동을 가하는 한편 음주단속을 하는 소추기관에게 음주측정 요구행위를 남용하거

21) 1995년 개정은 직전에 선고된 대법원 판결(대법원 1993. 5. 27. 선고 92도3402 판결, 대법원 1994. 10. 7. 선고 94도2172 판결)에서 ‘교통의 안전과 위험방지를 위한 필요성’이 없음을 이유로 음주측정불응죄의 성립을 부정한 것에 기인한다고도 볼 수 있다.

22) 경찰관이 도로를 막고 운전 중인 차량을 일일이 정차시켜 운전자의 음주 여부를 단속하게 되면, 운전자는 그 의사에 반하여 차량을 정지시켜야 하고, 이로 인하여 교통체증이 발생할 수 있으며, 특히 음주하지도 않았고 아무런 구체적인 교통위험을 야기하지도 않은 채 정상적으로 운전 중인 운전자로서는 잠재적 범죄자로 취급된다고 느껴 불쾌감을 가질 수 있다. 이러한 무작위 음주단속은 행정경찰작용에 속하는데, 음주운전으로 인한 위험을 사전에 방지하려는 위험예방의 목적을 지닌 행정행위인 것이다. 일반적인 무작위 음주단속의 과정을 살펴보면, 모든 차량을 일단 정지시킨 후 음주여부를 외관상 또는 음주감지기로 탐지한 후(행정행위단계인 음주단속), 음주운전의 혐의를 포착하고 운전자를 차에서 내리게 한 후 음주측정을 실시한다. 그리고 음주측정의 결과 운전자의 혈중알콜농도가 0.05% 이상인 경우 형사입건한다(수사단계인 음주측정). 음주단속 결과 음주의 인지 후 음주측정을 실제로 하는 시점까지의 단계는 사실상 내사활동에 준하는 성격을 지니고 있는 것으로 판단된다(한영수, 앞의 논문, 15면). 그러므로 차로를 가로막고 불특정 다수의 운전자를 대상으로 무차별적으로 음주단속을 실시하기 위하여서는 우선 법률상의 근거가 있어야 한다. 무작위 음주단속은 도로교통법 제44조 제2항 전단에 근거를 둔 적법한 경찰작용이며, 헌법재판소의 입장(헌법재판소 2004. 1. 29. 선고 2002헌마293 결정)이기도 하다. 일반적인 무작위 음주단속은 ‘교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하는 경우’에 행해지기 때문이다.

23) 사전 음주단속의 경우와 달리 교통사고가 발생한 이후, 뺑소니 운전자의 체포 후 등의 경우에 음주혐의가 있는 운전자에 대한 사후 음주측정은 수사의 성격을 가지고 있다.

24) 음주측정불응죄가 실무상 처벌기준치를 넘은 주취운전자를 발견하고자 하는 수사목적의 달성을 위하여 운영되고 있음을 동 개정이 분명히 말해주고 있는 것이다.

나 남발하지 말 것을 당부[25]하는 판결들을 계속하여 선고해 왔다. 하지만 1995년 개정은 음주측정불응죄 구성요건의 이원화를 통하여 개정법 이전 대법원 판결들의 취지를 몰각시키는 결과를 낳았으며, 음주측정불응죄 처벌규정이 헌법재판소의 심판대에 오르게 된 계기가 되기도 하였다.[26]

개정법에 의하면 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요한 경우가 아니라고 하더라도 음주측정 요구 당시의 객관적 사정을 종합하여 볼 때 운전자가 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있고 운전자의 음주운전 여부를 확인하기 위하여 필요한 경우에는 (운전 종료 후 상당한 시간이 경과한 경우와 같이) 사후의 음주측정에 의하여 음주운전 여부를 확인할 수 없음이 명백하지 않는 한 경찰공무원은 당해 운전자에 대하여 음주측정을 요구할 수 있고, 당해 운전자가 이에 불응한 경우에는 음주측정불응죄가 성립한다.[27] 이러한 상황에서의 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거수집을 위한 음주측정으로서의 의미를 가지는데, 이는 경찰관의 음주측정권한을 이미 발생한 범죄행위에 대한 수사를 위하여 경찰관에게 부여된 권한, 즉 형사소송법상의 수사권[28]으로 보게 되므로 진술거부권과 정면으로 배치되는 결과를 초래할 수 있다는 점에 주의해야 한다. 또한 개정법에 의하면 경찰공무원은 전단의 요건을 전혀 고려하지 않고 후단의 요건만을 고려하더라도 음주측정불응죄의 성립을 인정할 수 있기 때문에, 전단의 규정은 더 이상의 존재가치를 가지지 않게 되었다고도 평가할 수 있다.

---

25) 심희기, 앞의 논문, 360면.

26) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정: 청구외 반○○는 주취상태로 승용차를 운전하다가 주택가 골목길에 주차된 차량을 들이받고 귀가한 뒤, 집으로 찾아온 경찰관으로부터 음주측정을 요구받았으나 이에 응하지 아니하였다는 혐의로 도로교통법 제107조의2 제2호, 같은법 제41조 제2항 위반으로 제청법원에 기소되었다(대전지방법원 95고단3580 도로교통법위반). 제청법원은 도로교통법 제41조 제2항 중 “경찰공무원은 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 측정할 수 있으며, 운전자는 이러한 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다.”는 부분과 그 경우의 음주측정거부로 처벌하도록 한 같은 법 제107조의2 제2호의 규정에 대하여 직권으로 위헌여부의 심판을 제청하였다.

27) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96도3069 판결; 대법원 1999. 12. 28. 선고 99도2899 판결.

28) 헌법재판소는 이를 ‘수사상 증거확보를 목적으로 사람의 신체를 직접적인 대상으로 하는 신체검사로서의 성질’로 파악하고 있다.

다. 제44조 제2항 본문 후단의 해석

1) 술에 취한 상태에서

'술에 취한 상태'에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있어야 하므로, 술에 취한 상태는 음주측정불응죄의 구성요건이라고 할 수 있다. 여기서 술에 취한 상태란 주취운전죄의 경우와 마찬가지로 혈중알콜농도 0.05% 이상을 의미한다고 보아야 한다.[29] 그 이유는 첫째, 단순히 술에 취한 상태이기만 하면 음주측정불응죄의 구성요건을 충족시킨다고 보는 것은 처벌의 범위를 너무 확장하는 해석이기 때문에 죄형법정주의에 어긋난다는 점, 둘째, '제1항의 규정을 위반하여' 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때라고 한 것은 술에 취한 상태의 정도가 제44조 제1항의 규정을 위반하는 정도에 이르러야 한다는 것인데, 제44조 제1항의 규정(주취운전죄)은 혈중알콜농도 0.05% 이상을 요구하므로 음주측정불응죄의 경우도 마찬가지의 수치를 요구한다고 보아야 한다는 점, 셋째, 제44조 제2항 본문 전단의 '교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나'의 경우에도 후단의 경우와 마찬가지로 제한해석하는 것이 형평에 어긋나지 않는 해석방법이므로, 동일하게 혈중알콜농도 0.05% 이상이 요구된다는 점, 넷째, 주취운전죄는 교통의 안전과 위험방지를 위하여 예방적인 차원에서의 개입을 의미하는데, 이는 음주측정불응죄에서의 두 가지 개입조건 중 하나와 일치한다. 한편 주취운전죄는 혈중알콜농도 0.05% 이하인 경우에는 교통의 안전과 위험방지를 위하여 개입하는 것을 자제하고 있는 바, 이러한 개입의 자제는 음주측정불응죄에서도 요구된다고 하겠다.

2) 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때

음주측정불응죄가 성립하기 위해서는 음주측정 요구 당시 운전자가 반드시 주취

---

29) 김형준, "음주측정불응죄의 몇 가지 문제점", 중앙법학 창간호, 중앙법학회, 1999, 434면; 최상열, 앞의 논문, 686면. 하지만 혈중알콜농도 0.05% 이상이라는 수치는 음주측정을 통해서만 알 수 있는 것임에 반해, 음주측정불응죄는 운전자가 이러한 음주측정에 불응하는 것을 내용으로 하는 범죄유형이기 때문에, 실제로 음주측정불응죄에서 아무런 의미를 가지지 못한다는 견해(박달현, 앞의 논문, 241면)가 있다.

운전죄로 처벌되는 음주수치인 혈중알콜농도 0.05% 이상의 상태에 있어야 하는 것은 아니고 혈중알콜농도 0.05% 이상의 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 된다.[30] 왜냐하면 음주측정불응죄의 구성요건은 '술에 취한 상태'를 요구하는 것이 아니라 '술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때'를 요구하고 있기 때문이다. 대법원에 의하면 운전자가 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는지의 여부는 음주측정 요구 당시 개별 운전자마다 그의 외관·태도·운전 행태 등 객관적 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이며, 특히 운전자의 운전이 종료한 후에는 운전자의 외관·태도 및 기왕의 운전 행태, 운전자가 마신 술의 종류 및 양, 음주운전의 종료로부터 음주측정의 요구까지의 시간적·장소적 근접성 등 객관적 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 한다.[31]

하지만 '운전자의 외관·태도 및 기왕의 운전 행태, 운전자가 마신 술의 종류 및 양, 음주운전의 종료로부터 음주측정의 요구까지의 시간적·장소적 근접성 등 객관적 사정'을 경찰관이 객관적으로 판단하기는 여간 어려운 일이 아니다. 먼저 운전자의 외관이나 태도는 궁극적으로 경찰관의 주관적 판단에 맡겨져 있다고도 할 수 있다.[32] 이와 같이 음주측정불응죄는 술에 취한 상태를 혈중알콜농도 0.05% 이상이어야 한다고 하면서도 다시 이것의 객관적인 확인을 요건으로 하지 않는 모순을 범하고 있다. 특히 외국의 경우와 같이 언어장애실험, 보행실험, 직립실험 등을 통한 음주상태의 감정기법이 도입되어 있지 않은 우리나라의 현실에서 이러한 판단은 자의적이 될 수밖에 없다.[33] 혈중알콜농도 0.05%의 상태에 이르는 음주량은 성인 남자(63.5kg 기준)의 경우 소주 2잔을 약간 넘는 정도, 성인 여자(54.5kg 기준)의 경

---

30) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2004도5249 판결; 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4789 판결.

31) 대법원 1999. 12. 28. 선고 99도2899 판결.

32) 또한 운전자가 음주측정에 불응하였다는 사실에 대한 입증방법이 문제될 수 있는데, 현장에 있었던 경찰관의 법정증언, 음주운전자적발보고서, 단속경위서 등으로 이를 증명하는 것은, 피검사자의 의향이 개입될 여지가 적어 당사자가 이를 받아들이기가 힘든 경우가 생길 수 있다.

33) 다만 교통단속처리지침 제37조 제4항에 의하면 '주취운전자를 단속하는 때에는 음주측정기에 의한 측정 외에 운전자의 정황을 별지 제16호 서식에 의거 상세히 작성 첨부하여 공소유지 등 수사자료 확보에 만전을 기하여야 한다'고 규정하고 있다. 이에 별지 제16호 서식에는 적발당시상황판단 자료로서 언행상태, 보행상태, 혈색 등을 기재하도록 하고 있다.

우 소주 2잔에 약간 못 미치는 정도라고 하는데,[34] 이러한 자료에 의하면 혈중알콜농도 0.05%의 상태는 정상과 거의 다름이 없다는 점을 반증하는 것이기도 하다. 결국 음주측정을 하지 않고 외관상 혈중알콜농도 0.05%의 상태에 이르렀는지를 판단하는 것은 매우 어려운 일이다.

다음으로 대법원은 운전이 종료한 후라고 할지라도 객관적인 사정을 고려하여 운전 종료 전 주취상태에서의 운전을 파악하려고 하는데, 운전자의 외관이나 태도는 앞에서 본 바와 같이 다소 주관적인 판단이 개입될 여지가 있음은 마찬가지이다. 하지만 더 큰 문제는 '기왕의 운전 행태, 운전자가 마신 술의 종류 및 양, 음주운전의 종료로부터 음주측정의 요구까지의 시간적·장소적 근접성 등'의 판단이라고 할 수 있는데, 이러한 전제사실은 적극적인 참고인이 존재하지 않고서야 입증이 거의 불가능하다. 음주측정 자체를 거부하는 자가 이와 같은 전제사실을 진실대로 진술하리라고 보는 것은 예상하기 힘든 경우이기 때문이다.[35] 또한 운전이 종료한 후 음주측정을 요구할 수 있는 시간적·장소적 제한에 관해서도 그 기준이 불명확하다고 할 수 있는데, 이러한 애매모호한 기준으로 말미암아 피고인이 운전행위를 종료한 후 5시간 가량이 경과하였고 귀가하여 잠을 자고 있는 상황의 경우에도 음주측

---

34) 박상철, "음주와 건강 그리고 문제점", 음주운전추방을 위한 세미나 자료집, 도로교통안전협회, 1998, 44면.

35) 음주측정불응죄로 입건된 자가 사후에 위드마크공식에 의하여 혈중알콜농도 0.05% 이상으로 판단된 경우의 죄수관계가 문제될 수 있다. 이에 대하여 주취운전죄와 음주측정불응죄의 실체적 경합범으로 보는 견해(김남현, "음주운전에 관한 형사법적 연구 -음주운전죄 및 음주측정불응죄를 중심으로-", 연세대학교 법학박사학위논문, 2006, 244면; 봉 욱, 앞의 논문, 272면; 정신교, "음주측정불응죄에 대한 형사법적 검토", 일감법학 제14호, 건국대학교 출판부, 2008, 51-52면)와 음주측정불응죄가 성립한 경우에는 별도로 주취운전죄가 성립하지 않는다는 견해(심희기, 앞의 논문, 371면; 조대환, "현행 음주운전처벌법규의 문제점 고찰", 법조 제48권 제7호, 법조협회, 1999. 7, 86-90면)의 대립이 있다. 생각건대 실체적 경합범으로 보는 견해는 음주측정불응죄 성립 후에도 호흡측정 등의 과학적 방법 등을 사용하여 운전자의 혈중알콜농도를 판단할 수 있다는 것을 전제로 하고 있는 견해인 바, 이는 현실적으로 불가능하다고 판단된다. 그 이유로는 첫째, 음주측정을 거부하던 자가 일정한 시간이 경과된 후에 음주측정에 응하여 주취운전죄가 성립되는 사실관계의 발생은 거의 일어나지 않는다는 점, 둘째, 2011. 6. 8. 개정으로 음주측정불응죄의 법정형이 주취운전죄의 세분화된 법정형 중에서도 가장 높은 법정형과 동일하게 되었기 때문에 측정불응이 확정된 이후의 단계에서 측정을 통한 별도의 처벌을 감수하고자 하는 경우는 더더욱 희박할 수밖에 없다는 점, 셋째, 시간경과 후에 측정에 응하는 경우가 음주측정을 끝까지 거부하는 경우보다 비난가능성이 낮다고 할 수 있음에도 불구하고 그 법정형은 경합범 가중으로 인하여 더 높아지므로 형평성에 어긋난다는 점 등을 들 수 있다.

정을 요구한 사안이 등장하기에 이르렀다.[36] 이와 같이 운전종료시점과 음주측정요구시점간의 시간차가 커서 경찰관이 음주측정요구시점에 피측정자의 외관이나 태도 등에서 음주의 증상을 인지할 수 없는 경우에 측정을 요구할 수 있는가가 문제될 수 있는데, 이러한 경우에는 목격자의 증언이나 경찰의 조사 등에 의하여 피측정자의 음주 및 운전 당시의 상황이 음주상태였음을 추측할 수 있는 구체적인 정보를 가지고 있고 호흡측정에 의하여 일정량의 혈중알콜농도를 얻을 수 있다고 판단되는 경우에 한하여 측정요구를 할 수 있다고 보아야 한다.[37] 결국 주취상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있음을 입증하는 것은 결국 처음에는 음주측정을 거부하다가 나중에 측정에 응함으로서 그 결과 주취상태의 입증이 소급하여 이루어지게 되는 경우, 운전자가 그 전에 마신 술의 종류와 양, 음주시간 등을 조사하여 위드마크공식 등에 의하여 측정불응 당시 주취정도를 추정할 수 있는 경우 등 극히 제한적인 범위내에서만 가능하게 된다.[38]

36) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000도6026 판결(‘경찰관이 피고인에게 음주측정을 요구할 당시 식당주인과 종업원이 피고인의 음주, 취중행위로 볼 수밖에 없는 각종 소란행위, 음주 후 화물차 운전행위 등을 목격하였다고 진술하고 있었고, 음주측정을 요구한 경찰관이 조사 당시 피고인의 외관, 태도 등에서 취기를 느낄 수 있었다고 증언하고 있는 점에 비추어 보면, 피고인이 운전행위를 종료한 후 5시간 가량이 경과하였고 귀가하여 잠을 자고 있다가 연행되었다고 하더라도 피고인이 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 할 것이다. 또한, 운전행위 종료 후 위와 같은 시간이 경과하고 피고인이 당시 귀가한 후 집에서 술을 마셨다고 진술하고 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로 음주측정에 의하여 음주운전 여부를 확인할 수 없음이 명백한 경우에 해당한다고 할 수도 없다. 그렇다면 경찰관은 도로교통법 제41조 제2항에 의하여 피고인에게 음주측정을 요구할 수 있었고, 피고인이 이에 불응한 이상 같은 법 제107조의2 제2호 소정의 음주측정불응죄가 성립한다’).

37) 김남현, 앞의 논문, 209면.

38) 그러나 이러한 경우에는 오히려 음주측정불응죄가 아니라 주취운전죄로 기소하여 처벌함이 마땅할 것이다(손기식, “음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰”, 형사판례연구 제4권, 형사판례연구회, 1996, 315면).

III. 음주측정 방법의 개선을 통한 대응방안

1. 기존의 측정방법 : 호흡측정기에 의한 측정

판례에 의하면 음주측정불응죄에서 말하는 ‘측정’이란 측정결과에 불복하는 운전자에 대하여 그의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있음을 규정하고 있는 제44조 제3항과의 체계적 해석상, 호흡을 채취하여 그로부터 주취의 정도를 객관적으로 환산하는 측정방법, 즉 호흡측정기에 의한 측정이라고 이해하여야 한다고 한다. 즉 채혈이나 채뇨 등은 제44조 제2항의 측정방법이 아니라 제44조 제3항의 측정방법이라고 할 수 있다는 것이다. 또한 우리나라의 음주운전 단속의 실제에 있어서도 대부분 호흡측정기에 의한 측정방법에 의존하고 있으며, 다른 측정방법은 사용되고 있지 아니한다는 점에서도 음주측정불응죄에서 말하는 ‘측정’은 곧 ‘호흡측정기에 의한 측정’이라고 한다. 그러므로 운전자가 정당한 사유 없이 호흡측정기에 의한 음주측정에 불응한 이상 그로써 음주측정불응의 죄는 성립하는 것이며, 그 후 경찰공무원이 혈액채취 등의 방법으로 음주여부를 조사하지 아니하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.[39] 한편 도로교통법은 운전자가 과연 알콜의 영향하에 운전하였는지 혹은 알콜로 인한 운전불안 상태에서 운전하였는지를 실질적으로 판단하는 것이 아니라 혈중알콜농도의 형식적 수치만을 기준으로 음주운전 여부를 판단하는 방법을 택하고 있기 때문에 주취의 정도를 혈중알콜농도로 환산할 수 있는 객관적이고 과학적인 측정만이 여기에서 말하는 ‘측정’에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 보행검사 · 필기검사 · 언어검사와 같은 것은 측정을 위한 예비적 검사방법에 불과하며 ‘측정’에 해당하지 아니한다.

2. 개선방안: 측정방법으로서 ‘독립적인 채혈검사에 의한 측정’의 인정

현행법에 의하면 피검사자가 호흡검사방법에 의한 측정결과에 불복하는 경우 혈액검사를 요구할 수 있으나, 혈액검사를 시행할 것인지의 여부가 임의적으로 규정

39) 대법원 2000. 4. 21. 선고 99도5210 판결.

되어 있어 결국 담당 경찰관에게 전적으로 의존하고 있는 실정이다. 판례는 제44조 제3항이 음주측정의 결과에 불복하는 운전자에 대하여 그의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 재측정할 수 있는 길을 열어놓고 있기 때문에, 음주측정기의 정확성을 신뢰하지 아니하는 사람이라든가 자신의 추측과 실제 측정치간에 상당한 차이가 있다고 느끼는 사람은 채혈 등에 의한 재측정을 함으로써 보다 정확한 결과를 얻을 수 있으며 그만큼 정확성의 문제도 제도적으로 보완·해결하여 놓고 있다고 하나, 재측정의 절차가 필수적인 것이 아닌 임의적이라는 점에서 그 미흡함이 상당히 큰 것으로 판단된다. 음주측정의 방법으로서 先 호흡검사(측정) 後 혈액검사(재측정)의 순서는 제44조 제2항이 측정의 방법으로 '호흡조사'만을 상정하고 있기 때문인 바, 이와 같이 측정의 방법을 '호흡조사'에 의한 측정으로 국한시킨 것은 2005. 5. 31. 도로교통법 개정에서부터이다. 이는 우리나라 음주운전 단속의 실무가 대부분 호흡측정기에 의한 측정방법에 의존하고 있기 때문이라고 한다. 하지만 이러한 검사순서의 명문화는 호흡측정이 혈액검사와 비교했을 때 단속의 측면에서 편리하다는 발상에서 나온 것임이 오히려 더 정확한 원인이라고 볼 수 있다. 현행법에 따르면 처음부터 호흡검사를 원하지 않고 혈액검사를 원하는 운전자라고 할지라도 음주측정불응죄로 처벌할 수 있는 여지를 두고 있는데, 이러한 경우는 (실질적으로) 음주측정에 불응하려는 의사가 전혀 없기 때문에 호흡검사와 혈액검사 두 가지 방법 모두에 불응하는 자와 동일하게 가벌성을 평가할 수는 없다.

이와 관련하여 교통단속처리지침[40] 제38조 제6항에 의하면 '피측정자가 채혈을 요구하거나 측정 결과에 불복하는 때에는 주취운전자 적발보고서를 작성한 후 즉시 피측정자의 동의를 얻어 가장 가까운 병원 등 의료기관에서 … 채혈한 혈액을 … 반드시 국립과학수사연구소에 감정의뢰 하여야 한다'고 규정하여, 도로교통법의 하위법령에서는 측정방법으로서 '채혈검사에 의한 측정'을 인정하고 있다. 즉 채혈검

40) 주취운전 단속에 관한 중요사항이 경찰청 내부지침으로 운영된다는 것은 문제가 있다. 그런데 이마저도 외부에 전적으로 공개되어 있지 않고, 정보공개청구를 통해서만 제한적으로 공개되고 있는 것이 현실이다. 필자도 2011. 8. 10. 정보공개청구(접수번호: 1425188)를 통하여 당해 지침을 받아보았다. 궁극적으로는 현재 실무에서 음주단속의 실질적인 지침으로 활용하고 있는 교통단속처리지침을 보완하여 도로교통법 시행령 또는 시행규칙에 규정하여 법률유보의 원칙에 맞도록 입법화하여야 한다(황현락, "음주운전 관련 법제의 문제점과 개선방안 고찰", 한양법학 제22권 제3집, 한양법학회, 2011. 8, 215면.).

사에 의한 측정을 요구할 수 있는 상황으로 첫째, 피측정자가 채혈을 요구한 경우, 둘째, 측정 결과에 불복하는 경우 등이 있는데, 이 중 전자의 경우가 재측정이 아닌 측정의 방법으로 채혈검사요구권을 인정한 것으로 볼 수 있는 것이다. 왜냐하면 제44조 제3항은 '측정 결과에 불복하는 경우'에만 재측정의 방법으로 혈액 채취 등을 인정하고 있는데, 교통단속처리지침에 의하면 측정 결과가 나오지 않은 상황, 즉 불복의 전제조건인 (호흡)측정이 없더라도 바로 피측정자가 채혈을 요구할 수 있다는 점을 인정하고 있기 때문이다. 또한 교통단속처리지침 제38조 제8항은 '음주정도 측정시 처음부터 채혈을 원하는 운전자에 대하여는 주취운전자 적발보고서 측정결과란에 '채혈요구×'로 기재하여 작성하고 전산입력하며, 감정결과에 따라 주취운전자 적발보고서를 별도 작성하여 합철·처리한다'고 규정하고 있는데, 이는 처음부터 호흡검사를 원하지 않고 채혈을 원하는 운전자가 있을 경우를 대비한 조항이라고 볼 수 있다. 이상과 같은 상위법(도로교통법)과 하위법(교통단속처리지침)의 괴리현상은 바로 잡을 필요가 있는 바, 2005. 5. 31. 개정 전과 같이 단순히 '… 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 측정할 수 있으며 …'라고 회귀하는 것이 운전자의 입장을 보다 충실히 반영하는 것이라고 본다.

IV. 음주측정 불응의 제한해석을 통한 대응방안

1. 기존의 음주측정불응 판단방법 및 사유

음주측정불응죄는 경찰공무원의 음주측정요구에 대하여 응하지 아니하면 바로 기수가 되는 진정부작위범에 해당한다. 그러므로 일단 경찰공무원의 음주측정 요구에 응하지 아니한 것으로 판단된 이상 그 후 피고인이 스스로 경찰공무원에게 호흡검사 또는 혈액채취의 방법에 의한 음주측정을 요구하였다고 하더라도 음주측정불응죄의 성립에는 영향이 없다. 그러므로 음주측정 불응의 판단방법 내지 정당한 음주측정의 불복방법 등이 중요한 문제로 등장하는데, 이는 처음부터 음주측정에 응하지 않으면서 불응하는 경우와 음주측정에는 응하면서 불복하는 경우로 나누어 살

펴 볼 수가 있다.

먼저 처음부터 음주측정에 응하지 않으면서 불응하는 경우에 대하여는, 측정불응의 전제로서 측정요구의 방식 및 횟수[41] 등을 규율하고 있는 절차법적인 규정인 교통단속처리지침 제38조 제11항을 통해 살펴 볼 수 있다. 이에 의하면 '음주측정 요구에 불응하는 운전자에 대하여는 음주측정 불응에 따른 불이익을 10분 간격으로 3회 이상 명확히 고지하고, 이러한 고지에도 불구하고 측정을 거부하는 때(최초 측정요구시로부터 30분 경과)에는 측정결과란에 '측정거부×'로 기재하여 주취운전자 적발보고서를 작성한다'고 규정되어 있다. 즉 음주측정요구는 적어도 10분 간격으로 3회 이상을 명확히 하여야 한다는 것이 동 규정의 핵심이라고 할 수 있기 때문에, 최초 측정요구시로부터 30분 내에 측정에 응하게 되면 적어도 음주측정불응죄로 처벌될 수는 없다. 이와 같은 처리지침에 비추어 보면 측정결과의 확인을 구하는 때로부터 30분이 경과하기까지를 일응 상당한 시간 내의 기준으로 삼을 수 있을 것이다. 또한 측정거부 또는 음주운전으로 주취운전자 적발보고서 작성이 완료된 이후에는 당해 운전자의 요구가 있더라도 호흡측정하여서는 아니 된다(교통단속처리지침 제38조 제13항 본문). 하지만 운전자가 경찰공무원의 요구로 주취운전자 적발보고서에 서명을 하였다고 하더라도 그 직후 혈액채취의 방법에 의한 측정을 요구한 이상, 음주측정기에 의한 측정 결과를 시인한 것이라고 보기는 어렵다.[42]

---

41) 경찰공무원의 반복적인 음주측정요구일지라도 이에 불응하면 곧 음주측정불응죄가 성립한다는 판례(대법원 1992. 4. 28. 선고 92도220 판결('경찰공무원이 음주여부나 주취정도를 측정함에 있어서는 그 측정방법이나 측정횟수에 있어서 합리적인 필요한 한도에 그쳐야 하겠지만 그 한도 내에서는 어느 정도의 재량이 있다고 하여야 할 것이다. 따라서 비록 피고인이 술을 마시지 않았고 가족들이 같이 있는 자리라 하더라도 의경 이철희가 음주 여부를 확인하려고 피고인으로 하여금 후렛쉬봉에 입김을 불게 했으나 잘 모르겠다고 하면서 공소외 1에게 확인해 줄 것을 부탁하였고 공소외 1이 위와 같은 방법으로 다시 확인하려 했으나 역시 알 수 없어 보다 정확한 음주측정기로 검사받을 것을 피고인에게 요구했다면 다른 사정이 없는 한 위와 같은 상황에서의 음주 여부의 확인을 위하여 한 공소외 1의 행위는 합리적인 필요한 한도를 넘은 것이라고 할 수 없어 적법한 공무집행에 해당한다고 하지 않을 수 없다'))까지 등장하고 있다. 하지만 원심판결인 부산지방법원 1991. 12. 20. 선고 91노2271 판결에서는 지나친 단속에 화가 난 피고인이 차에서 내려 공소외 1의 뺨을 때리고 멱살을 잡고 밀어 그에게 전치 10일 간의 전경부찰과상을 입게 한 사실에 대하여, 술을 마시지 않은 피고인에게 세 차례에 걸쳐 음주 여부를 확인하였음에도 또 다시 음주측량기로 확인하자는 것은 공무집행의 한계를 벗어난 적법하지 못한 행위라 할 것이어서 그에 대항하기 위하여 폭행을 한 피고인의 행위는 공무집행방해죄를 구성하지 아니한다고 판단하였다.

42) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002두6330 판결('원고가 음주운전 사실 자체나 단속기준인 혈중알콜

구체적으로 음주측정의 불응이란 명시적인 거부뿐만 아니라 비협조적인 행위를 포함하는데, 예를 들면 음주측정요구를 묵살하는 행위, 현장에서 경찰관 앞에서 술을 더 마시는 행위, 숨을 충분히 내쉬지 않음으로써 측정이 불가능하게 하는 행위 등이 포함된다. 하지만 호흡측정기의 신빙성에 대하여 이의를 제기하면서 재측정을 요구하거나 혈액측정을 요구하는 경우는 불응에 해당하지 않는다고 보아야 하는데, 첫째, 이러한 경우에는 불응에 대한 정당한 이유가 있다는 점, 둘째, 제44조 제3항에서 측정결과에 대한 불복방법으로 동의에 의한 혈액채취 등의 방법이 인정되고 있다는 점 등을 그 근거로 들 수 있다. 또한 경찰공무원이 운전자의 신체 이상에도 불구하고 호흡측정기에 의한 음주측정을 요구하여 운전자가 음주측정수치가 나타날 정도로 숨을 불어넣지 못한 결과 호흡측정기에 의한 음주측정이 제대로 되지 아니하였다고 하더라도 음주측정에 불응한 것으로 볼 수는 없다.[43] 이와 같은 상황이라면 경찰공무원으로서는 호흡측정기에 의한 측정의 절차를 생략하고 운전자의 동의를 얻거나 판사로부터 영장을 발부받아 혈액채취에 의한 측정으로 나아가야 할 것이다. 또한 음주측정불응죄에서 규정한 경찰공무원의 측정은 제44조 제2항 소정의 호흡조사에 의한 측정만을 의미하는 것으로서 제44조 제3항 소정의 혈액채취에 의한 측정을 포함하는 것으로 볼 수 없음은 법문상 명백하다. 따라서 신체 이상 등의 사유로 인하여 호흡조사에 의한 측정에 응할 수 없는 운전자가 혈액채취에 의한 측정을 거부하거나 이를 불가능하게 하였다고 하더라도 이를 들어 음주측정에 불응한 것으로 볼 수는 없다.[44]

농도 0.05%를 초과한 점에 대하여는 다투고 있지 아니하므로, 벌금 70만 원의 약식명령을 고지받고도 이에 불복하지 않았다고 하여 원고가 그 범죄사실에 기재된 혈중알콜농도 0.115%의 주취정도를 인정한 것으로 단정할 수는 없다’).

43) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002도4220 판결; 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도7125 판결(‘피고인이 교통사고로 약 8주간의 치료를 요하는 좌쇄골 분쇄골절, 다발성 늑골 골절, 흉골 골절 등의 상해를 입은 사실, 위와 같은 상해로 인한 피고인의 골절부위와 정도에 비추어 깊은 호흡을 하게 되면 흉곽용적을 많이 늘려야 하므로 골절편의 움직임으로 인해 심한 통증이 유발되는 사실, 피고인은 사고 직후 처음 응급실에 도착했을 때부터 수련의에게 가슴 통증을 호소하였고, 그 후 음주측정을 요구하는 경찰관에게도 계속 가슴과 어깨의 통증을 호소한 사실, 피고인은 3시간 동안 20여 회에 걸쳐 음주측정기를 불었으나 끝내 음주측정이 되지 아니한 사실을 인정한 다음, 피고인은 이 사건 음주측정 당시 통증으로 인하여 깊은 호흡을 하기 어려웠고 그 결과 음주측정이 제대로 되지 아니하였던 것으로 보이므로, 피고인이 음주측정에 불응한 것이라고 볼 수는 없다’).

44) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도2935 판결(‘피고인이 척추장애로 인하여 지체장애 3급의 장애인

다음으로 음주측정에는 응하면서 불복하는 경우에 대하여는, 제44조 제3항을 통해 살펴 볼 수 있다. 즉 제44조 제2항의 측정 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 받아 혈액 채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다(제3항). 운전자가 음주측정기에 의한 측정 결과에 불복하면서 혈액채취 방법에 의한 측정을 요구한 때에는 경찰공무원은 반드시 가까운 병원 등에서 혈액을 채취하여 감정을 의뢰하여야 하고, 이를 위하여 채취한 혈액에 대한 보존 및 관리 등을 철저히 하여야 하는데, 만일 채취한 혈액이 분실되거나 오염되는 등의 사유로 감정이 불능으로 된 때에는 음주측정기에 의한 측정 결과가 특히 신빙할 수 있다고 볼 수 있는 때에 한하여 음주측정기에 의한 측정 결과만으로 음주운전 사실 및 그 주취 정도를 증명할 수 있다.[45] 그리고 이와 같이 채혈하여 감정의뢰 한 경우 감정결과는 음주측정기 측정결과에 우선하며(교통단속처리지침 제38조 제10항), 혈액채취에 의한 음주측정 결과 피고인을 주취운전으로 처벌할 수 없는 혈중알콜농도 수치가 나왔다고 하여 이를 이유로 음주측정 불응 당시 피고인이 혈중알콜농도 0.05% 이상의 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 없었다고 볼 수는 없다고 한다.[46]

한편 운전자가 경찰공무원에 대하여 호흡측정기에 의한 측정 결과에 불복하여 그 즉시 또는 2차, 3차 호흡측정을 실시하여 그 재측정 결과에도 불복하면서 혈액채취의 방법에 의한 측정을 요구할 수 있다. 하지만 이러한 요구에는 일정한 한계가 있는데, 첫째, 경찰공무원이 운전자에게 호흡측정의 결과를 제시하여 확인을 구하는 때로부터 상당한 정도로 근접한 시점에 한정될 것, 둘째, 약물 기타 혈중알콜농도에 영향을 주는 행위가 없을 것 등의 요건이 충족되어야 한다.[47] 음주로 인하여 올라간

으로 등록되어 있는 점, 정상인에 비하여 피고인의 폐활량은 약 26.9%에 불과하고 1초간 노력성 호기량은 약 33.5%에 불과한 점, 경찰공무원이 피고인에게 제시한 음주측정기가 작동하기 위하여는 최소 1.251 *l* 의 호흡유량이 필요하나 피고인의 폐활량은 0.71 *l* 에 불과하여 그 조건을 충족하지 못하는 점 등에 비추어 볼 때 피고인이 음주측정기에 숨을 불다가 끊는 방법으로 음주측정에 응하지 아니하였다고 볼 수는 없다’).

45) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002두6330 판결.

46) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004도4789 판결.

47) 하지만 교통단속처리지침 제38조 제13항 단서 후단에 의하면 ‘상당한 시간 경과 등으로 혈중알콜농도에 영향을 미칠 수 있는 행위가 있을 경우 채혈하되 그 내용을 상세히 기록하는 등 수사보고서를 작성 보강증거로 활용한다’고 하고 있는데, 이러한 경우에는 채혈을 하지 않는 것이 타당하다고 본다.

혈중알콜농도는 시간이 경과함에 따라 내려가게 되어 있음을 감안하면, 운전자가 정당한 이유 없이 위 시점으로부터 상당한 시간이 경과한 후에야 호흡측정 결과에 이의를 제기하면서 2차 호흡측정 또는 혈액채취의 방법에 의한 측정을 요구하는 경우에는 이를 정당한 요구라고 할 수 없다. 이와 같은 경우에는 경찰공무원이 2차 호흡측정 또는 혈액채취의 방법에 의한 측정을 실시하지 않았다고 하더라도 1차 호흡측정기에 의한 측정의 결과만으로 음주운전 사실을 증명할 수 있다.[48]

2. 개선방안

가. 채혈검사에 의한 재측정요구시 의무적 시행의 명문화

음주측정을 함에 있어 호흡측정기 사용자에게 명백한 잘못이 있는 경우, 그 측정 결과는 증거능력이 없음이 명백하다. 하지만 호흡측정기의 오류 및 경찰공무원의 사용상 미숙함이 있음에도 불구하고 그 잘못이 분명하게 드러나지 않는 경우에는 그 부담이 운전자에게 고스란히 돌아간다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소에 의하면 '도로교통법 제41조 제3항은 음주측정의 결과에 불복하는 운전자에 대하여 그의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 재측정할 수 있는 길을 열어놓고 있다. 따라서 음주측정기의 정확성을 신뢰하지 아니하는 사람이라든가 자신의 추측과 실제 측정 치간에 상당한 차이가 있다고 느끼는 사람은 채혈 등에 의한 재측정을 함으로써 보다 정확한 결과를 얻을 수 있으며 그만큼 정확성의 문제도 제도적으로 보완·해결하여 놓고 있다'고 한다. 하지만 혈액검사를 통한 음주측정은 임의적인 것으로 되어 있어, 경찰공무원이 이를 행하지 않더라도 무방하다. 이는 혈액채취 등의 방법으로 재측정할 수 있는 길을 제한하고 있는 것이므로 호흡검사를 통한 음주측정결과에 불복하여 혈액검사를 요구하는 운전자가 있을 경우 혈액검사를 통한 음주측정을 반드시 행하도록 하는 강행규정으로의 개정이 필요하다.[49] 이 경우 혈액검사를 요구

48) 대법원 2008. 5. 8. 선고 2008도2170 판결; 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도7121 판결.

49) 채혈검사에 의한 재측정요구시 의무적 시행을 인정하는 듯한 판례가 등장한 것은 상당히 고무적인 일이다. 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도7121 판결('운전자가 호흡측정기에 의한 측정의 결과에 불복하고 혈액채취의 방법에 의한 측정을 요구하는 경우에 경찰공무원은 이에 응하여야 하며, 경찰공무원이 운전자의 정당한 요구에도 불구하고 혈액채취의 방법에 의한 측정을 실시하지 않았다면

받은 경찰관에게는 검사를 받게 할 의무가 주어지는데, 이는 호흡측정에 대한 불신을 상쇄시킴과 동시에 호흡측정에 대한 신뢰를 강화하기 위한 경찰관의 자구노력을 유도하는 기능도 가진다.

나. 음주감지기에 의한 시험의 판단기준 구체화

1) 음주감지기의 활용이유

음주감지기란 음주 여부를 간편하게 확인하기 위하여 고안된 것으로 흡입구 가까이에 입을 대고 호흡을 불어 넣으면 호흡 중 알콜성분을 감지하여 반응하도록 되어 있다. 이 때 혈중알콜농도 0.02% 이상, 0.05% 이상, 0.1% 이상에 따라 3단계로 LED 반응표시가 나타난다. 실무에서는 음주감지기가 반응하는 모든 운전자에 대하여 음주측정기에 의한 측정을 요구하고 있다. 하지만 도로교통법이 말하는 음주측정은 과학적인 방법에 의한 ‘측정’만을 의미하므로, 단순히 혈중알콜농도의 유무만을 감지하여 판단하는 음주감지는 측정을 위한 예비적 검사방법에 그치는 것으로 법적 강제력이 없는 사실행위(비권력적 사실행위)에 불과하다는 점에서 명령적 행정행위(하명)로서의 음주측정과 엄격하게 구분된다.[50] 이와 같이 음주감지기에 의한 시험은 음주측정을 위한 요건(특히 ‘술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상황’)을 객관적으로 확인하기 위한 하나의 수단으로 사용되고 있기 때문에, 음주감지기에 의한 시험은 운전자의 동의에 의하여 행하여져야 하며, 이를 거부하는 것만으로는 음주측정불응죄가 성립하지 아니한다. 다만 음주감지기 시험 거부 자체가 음주측정을 요구할 수 있는 요건을 충족하였음을 인정하는데 있어서 유력한 근거의 하나로 될 수는 있을 것이다.[51]

2) 음주감지기에서 혈중알콜농도 ‘0.02% 이상’이 표시된 경우

호흡측정기에 의한 음주측정을 요구하기 전에 사용되는 음주감지기 시험에서 음

호흡측정기에 의한 측정의 결과만으로 운전자의 주취운전 사실을 증명할 수는 없다고 할 것이다’).

50) 김남현, 앞의 논문, 211-212면.

51) 최상열, 앞의 논문, 690면.

주반응이 나왔다고 할지라도 현재 사용되는 음주감지기가 혈중알콜농도 0.02%인 상태에서부터 반응하게 되어 있는 점을 감안하면 그것만으로 바로 운전자가 혈중알콜농도 0.05% 이상의 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 볼 수는 없다.52) 즉 음주감지기에서 혈중알콜농도 '0.02% 이상'이 표시된 경우에는 다른 정황증거가 추가되어야만 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 존재하는 것으로 평가할 수 있다. 그 이유는 첫째, 술에 취한 상태는 혈중알콜농도 0.05% 이상을 말하는데, 음주감지기가 혈중알콜농도 0.02% 이상으로 표시되는 것은 적어도 술에 취한 상태는 아니라고 자체적으로 판단하고 있다는 점, 둘째, 과거와 달리 술에 취한 상태에 있다고 '의심'할 만한 상당한 이유라고 규정하지 않고, 술에 취한 상태에 있다고 '인정'할 만한 상당한 이유라고 규정하고 있는 취지는 음주측정불응죄의 성립에 있어서 보다 엄격한 해석을 요구하고 있다는 점, 셋째, 음주감지기 반응이 나온 모든 운전자가 음주측정에 응하여야 한다고 본다면, '술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유'를 피고인에게 불리하게 확대해석 한다는 점 등을 들 수 있다.

52) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도6632 판결('피고인은 사건 당일인 2001. 8. 15. 22:16경 음주운전 일제단속과정의 음주감지기에 의한 시험에서 음주반응이 나왔음에도 경찰관의 호흡측정기에 의한 음주측정 요구에 불응한 사실은 인정되나, 당시 피고인을 단속한 경찰관인 이석재의 진술에 의하더라도 음주감지기 시험에서는 음주반응이 나왔기 때문에 피고인이 음주운전을 하였다는 의심을 하였을 뿐이지 여기에 더 나아가 피고인의 입에서 술냄새가 나거나 걸음걸이에 특이한 점은 없었다고 진술하고 있을 뿐만 아니라, 피고인이 최초로 음주측정을 요구받은 시점으로부터 약 25분이 경과한 22:41경 음주측정에 응한 결과에 의하더라도 피고인이 당시 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준에 미달하는 0.032%의 혈중알콜농도가 나왔다고 하는 사후적인 사정까지 아울러 고려하여 볼 때, 이 사건에서 음주감지기 시험에서 음주반응이 나왔다고 하여 피고인이 음주측정을 요구받을 당시 음주운전죄로 처벌되는 음주수치인 혈중알콜농도 0.05% 이상의 음주상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있었다고 보기는 어렵다'); 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001도5987 판결('피고인은 사건 당일 22:48경 음주운전 일제단속과정의 음주감지기에 의한 시험에서 음주반응이 나타났음에도 경찰관의 호흡측정기에 의한 음주측정 요구에 불응한 사실이 인정되나, 피고인은 당일 14시에서 15시 사이에 소주 2잔 정도를 마셨다고 주장하였고, 단속경찰관도 피고인이 별로 취해 보이지 않았으며 음주측정기를 불더라도 낮은 수치가 나올 것으로 생각되어 음주측정거부스티커를 발부하면서 안타까운 마음이 들었다고 진술하고 있는 점, 피고인에 대한 주취운전자 정황진술보고서에는 음주측정요구 당시 피고인의 언행상태, 보행상태, 혈색이 모두 정상이었다고 기재되어 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건에서 음주감지기 시험에서 음주반응이 나왔다고 하여 피고인이 음주측정을 요구받을 당시 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있었다고 보기는 어려우므로, 원심이 같은 취지에서 음주측정불응죄가 성립하지 않는다고 판단한 것은 정당하다').

3) 음주감지기에서 혈중알콜농도 ‘0.05% 이상’ 또는 ‘0.1% 이상’이 표시된 경우

음주감지기에서 혈중알콜농도 ‘0.05% 이상’ 또는 ‘0.1% 이상’이 표시된 경우에는 다른 정황증거가 추가되지 않더라도 그 자체만으로 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 존재하는 것으로 평가할 수 있다. 그 이유는 첫째, 술에 취한 상태는 혈중알콜농도 0.05% 이상을 말하는데, 음주감지기가 혈중알콜농도 0.05% 이상 또는 0.1% 이상 등으로 표시되는 것은 적어도 술에 취한 상태라고 자체적으로 판단하고 있다는 점, 둘째, 음주감지기 이외의 정황증거에 의한 판단은 매우 주관적이어서 경찰관의 자의가 개입되기 쉽기 때문에, 음주감지기에 의한 반응을 기준으로 하는 것은 가장 객관적이고 합리적이라고 평가된다는 점, 셋째, 음주감지기 이외에 다른 정황증거를 별도로 요구한다면 대규모의 무작위 단속이 행해지는 상황에서 단속의 비효율성 및 피단속자의 불편함이 가중될 수 있다는 점 등을 들 수 있다.

V. 강제채혈명령제도의 도입을 통한 대응방안

1. 과도한 법정형의 문제

음주측정불응죄의 형벌은 2011년 개정으로 인하여 1년 이상 3년 이하의 징역이나 500만원 이상 1천만원 이하의 벌금으로 법정형의 하한이 대폭적으로 상향조정되었는데, 이는 주취운전자 중에서도 제44조 제1항을 2회 이상 위반한 사람으로서 다시 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람과 동일하게 불법성을 평가하는 것이다. 하지만 음주측정요구에 단순히 불응하였다는 불법성과 주취운전죄의 불법성은 엄연히 다른 것임에도 불구하고 불법성이 제일 강한 유형의 주취운전죄에서 정한 형벌과 동일하게 처벌되고 있는 것은 비례성의 원칙에 부합하지 않는다. 특히 혈중알콜농도가 0.1% 미만인 경우의 행정제재가 면허정지인데 반하여, 음주측정불응죄가 성립하면 필수적인 면허취소의 제재가 가해지는 것도 문제가 있다. 그러므로 이러한 법체계는 법정형에 있어 형평을 잃은 것으로서

형사법상의 책임주의원칙에 반한 것이라고 판단된다.[53)] 이의 논거를 들자면, 첫째, 혈중알콜농도가 0.05% 이상 0.1% 미만인 상태에서 운전한 사람은 6개월 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금(제148조의2 제2항 제3호)에 처해지고 있는데, 이는 주취운전을 ‘실제로 행한 자’에게 부과되는 형벌이라는 것에 주의해야 한다. 반면에 음주측정불응죄는 혈중알콜농도가 0.05% 이상인 상태에서 운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 처벌되는 것으로서, 실제로 혈중알콜농도가 0.05% 이상인 상태에서의 운전행위가 판정되지 않은 경우라고 할 수 있다. 이와 같이 ‘실제로 주취운전을 행한 자’와 ‘주취운전을 하였을 가능성이 있는 자’에게 동시에 형벌을 가하고자 한다면, 전자의 경우를 더 높은 법정형으로 규율하여야 함에도 불구하고 법규정은 그렇게 되어 있지 않다. 둘째, 음주측정불응죄는 측정불응의 정당한 사유가 없는 한 형사처벌을 하고 있는데, 여기서 정당한 사유를 상당히 좁게 해석하는 문제점이 있다. 예를 들어 음주측정을 요구하는 경찰관의 거친 행동과 말투가 싫어서 불응한 경우, 반복적인 측정요구에 화가 나서 불응한 경우, 실제로 혈중알콜농도가 0.05%이하 임에도 불구하고 겁을 먹어 불응한 경우 등을 상정해 볼 수 있다. 이러한 경우는 주취운전 사실을 적극적으로 은폐하기 위한 불응이 아니라 다른 의도에 기한 불응임에도 불구하고 전자의 목적을 위한 불응으로 일응 추정해 버리는 것이다. 이는 음주측정불응죄의 본래 입법목적과 괴리가 있는 것으로서 법익침해의 위험성에 따른 가벌성의 차이를 무시한 것이다. 셋째, 헌법재판소에 의하면 혈중알콜농도 0.05% 이상의 상태에서 자동차를 운전한 사람 중 음주측정에 응한 사람은 도로교통법상의 주취운전죄 내지 교통사고처리특례법(제3조 제2항 제8호)으로 처벌받게 되는데 비하여 음주측정에 불응한 사람은 그로부터 면책되거나 보다 가벼운 처벌을 받는다고 한다면 이는 형사사법상의 형평성에 심히 어긋난다고 하는데, 이는 원천적으로 문제가 많은 체제를 구축해 놓고 그 체제의 운용에서 발생하는 반형평적 결과발생의 가능성을 이유로 원천적으로 문제가 있는 체계를 밀고 나아가야 한다는 식의 이상한 논변이라고 할 수 있다.[54)]

53) 同旨 손기식, 앞의 논문, 316면.

54) 심희기, 앞의 논문, 370면.

2. 형사처벌을 하기 위한 전제로서 '강제채혈명령의 거부'

앞에서 살펴 본 바와 같이 음주측정불응행위에 대한 형사처벌 자체가 정당성을 가진다고 하더라도 형사처벌의 정도에 따른 정당성 판단은 별도로 하여야 한다. 이러한 관점에서 보았을 때 현행 음주측정불응죄 성립요건하에서의 법정형은 과도한 것으로 보여 진다. 그러므로 법정형의 하향조정과 함께 성립요건의 엄격화 작업이 요구된다고 하겠다. 성립요건의 엄격화 측면에서 음주측정의 거부시 형식적이든 실질적이든 운전자의 자발적인 측정을 강요하지는 아니하되 법관 등의 명령에 따라 강제적·직접적 채혈을 실시하는 방법이 있을 고려할 수 있다. 대표적으로 독일의 경우 음주측정 불응에 대한 처벌규정이 존재하지 않는 대신에, 측정불응의 문제를 법관의 채혈명령제도로서 해결하고 있는데, 독일에 있어서는 주취운전의 의심이 있는 경우 호흡검사 또는 혈액채취를 명할 것인지 여부를 심사해야 한다. 경찰관은 자동차 운행상태 등 외관이나 사전정보에 의하여 운전불능상태에서 운전하고 있다는 혐의가 있으면 운전자에 대하여 호흡을 측정할 수 있다. 이 때 호흡식 음주측정기는 단속현장에서 경찰관과 혐의자 사이에 벌어질 수 있는 상당성 판단시비를 예방하고 완화시키기 위한 준비행위로서 활용되고 있는 것이다. 호흡검사는 혈액채취에 대한 결정을 하기 위하여 그 준비로서 원칙적으로 현장에서 행해지기 때문이다.[55] 또한 호흡검사는 자기부죄금지의 원칙상 협력할 의무가 없기 때문에 강제적이지 않으며, 이에 응하지 않더라도 불가벌이다. 자신 있는 혐의자는 측정에 응함으로서 자신의 혐의를 간단히 벗길 수 있고, 자신 없는 혐의자는 측정을 거부함으로서 주취운전을 하였다는 강한 혐의를 받게 된다.[56] 특히 거부의 경우 원칙적으로 채혈명령이 부과되기 때문에,[57] 호흡검사의 거부는 흔한 일이 아니라고 한다.

우리나라에 있어서도 이와 같은 강제채혈명령의 도입은 음주측정불응죄의 적용범위를 축소해 주는 역할을 할 것이다. 하지만 강제채혈명령은 원칙적으로 법관의 영장을 요구하는데, 긴급성을 요하는 음주측정과 배치되는 측면이 있기 때문에 영

55) 김남현, 앞의 논문, 194면.
56) 심희기, 앞의 논문, 371면.
57) 보통 호흡측정으로 0.08% 이상의 수치가 나타날 때 혈액채취를 하게 된다.

장의 예외를 엄격하게 인정하여 현장에서의 긴급강제채혈권한을 경찰관에게 인정할 수도 있겠다. 이러한 경찰관의 권한에는 엄격한 제한이 가해져야 할 것인데, 먼저 교통단속처리지침에 따라 10분의 간격을 둔 3회의 음주측정요구를 거친 다음 강제채혈을 할 수 있음을 명확히 고지하여야 한다. 이후에도 바로 강제채혈을 실시하는 것이 아니라 병원으로 이동하는 과정 등에서 채혈의 이유 및 거부시의 불이익 등을 고지하여야 하고, 피검사자에게 자신의 상황을 제대로 판단할 수 있도록 충분히 시간적인 여유를 주어야 한다. 특히 30분간의 호흡검사 요구시간은 숙고의 시간으로는 부족한 것으로 판단되는 바, 강제채혈 요구시간이 이를 보충해 줄 수 있을 것이다. 이 때 경우에 따라서는 가족 등의 자에게 연락을 하여 전화통화를 연결해 주거나 현장에 직접 오게 하는 조치 등으로 피검사자를 설득시키는 방법도 유용할 것이다. 이러한 숙고의 시간은 판례가 인정하고 있는 위드마크공식이 있기 때문에 피검사자를 철저한 감시하에 둔다는 전제하에서는 허용될 수 있다. 하지만 숙고의 시간이 지났다고 하더라도 강제채혈을 무리하게 시행하는 것은 피검사자에게 불측의 신체침해를 야기할 수 있기 때문에 주의를 기해야 한다. 최종적으로 강제채혈을 하였다면 이를 통해 주취여부를 판단할 수 있고, 만약 피검사자의 완강한 거부 등으로 강제채혈마저도 이루어지지 못하였다면 그 때 음주측정불응죄의 성립을 인정할 수 있다. 이 경우는 호흡검사의 요구 → 강제채혈 내지 긴급채혈의 요구 등 수사기관이 할 수 있는 방법을 모두 동원한 상황이므로, 이마저도 응하지 않은 것은 정당한 공무의 집행을 방해하는 성격을 동시에 지니고 있는 것이다. 따라서 단순한 음주측정의 거부에 대하여 가벌성을 인정하는 기존의 태도와 비교할 때 불법성이 다소 높아진다고 평가할 수 있고, 기존의 과도한 법정형을 다소 낮춘다면 적정한 형사처벌이 될 수 있다고 본다.

VI. 글을 마치며

주취운전은 암수성이 매우 높아서 대부분의 주취운전이 공식통계상에는 제대로 노출되지 않는데, 주취운전자의 적발확률이 0.0005%에 불과하다는 보고도 있다.[58] 2010년 기준 우리나라의 자동차 등록대수는 17,941,356대로써, 이는 경제활동인구의 2분의 1가량이 차량을 소유하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이 중 과반수 이상이 여러 차례 주취운전을 하는 것으로 나타났다. 이렇게 우리 사회에 만연되어 있는 주취운전행위를 근절시키기 위해서 음주단속이 광범위하게 행해지고 있는데, 문제는 음주단속의 전제인 음주측정을 거부하는 행위에 대한 대응체계가 과연 합리적인가 하는 점이다. 수차례 개정된 도로교통법은 단속기관의 입장에서 음주측정거부행위에 대한 형사처벌의 성립범위와 처벌의 수위를 높이는데 급급할 뿐, 피검사자의 절차법적인 권리 보장은 상대적으로 소홀히 하고 있다고 보여 진다. 형사처벌이 정당성을 가지기 위해서는 처벌의 과정이 엄격한 요건하에서 누구에게나 납득할 만한 방법으로 진행되어야 한다. 그러므로 음주측정의 두 가지 요건에 해당하는 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하는 경우와 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우의 제한적인 해석이 필요하고, 요건인정의 전제가 되는 객관적인 사실에 대한 과학적인 판단이 요구된다. 또한 최초 측정의 방법으로 호흡검사를 하지 않은 상태에서 혈액검사를 독립적으로 요구할 수 있는 권리를 인정해 주어야 하며, 재측정의 방법으로 인정되고 있는 혈액검사도 정당한 이유가 있는 한 경찰관의 재량의 개입 없이 의무적으로 인정되어야 하겠다. 끝으로 음주측정불응죄의 법정형은 주취운전죄의 행위태양과 비교했을 때 상대적으로 과도한 것으로 보여 지는 바, 음주측정과 관련된 일련의 절차에서 강제채혈명령을 중간단계에 두는 조치를 통하여 불법성에 상응한 법정형의 조정이 필요하다고 본다.

58) 박기범, “음주운전 억제를 위한 실효적 정책 구성”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 86-88면 참조.

참고문헌

김남현, “음주운전에 관한 형사법적 연구 -음주운전죄 및 음주측정불응죄를 중심으로-”, 연세대학교 법학박사학위논문, 2006.

김형준, “음주측정불응죄의 몇 가지 문제점”, 중앙법학 창간호, 중앙법학회, 1999.

박기범, “음주운전 억제를 위한 실효적 정책 구성”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008.

박달현, “음주운전의 목적과 음주운전불응죄의 성립요건에 대한 재검토”, 비교형 사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.

박상식, “음주운전에 대한 형사법적 고찰”, 법학연구 제13집, 경상대학교 법학연구소, 2005.

박상진, “음주측정불응죄에 관한 법률적 검토”, 실무연구자료 제4집, 대전지방법원, 2000.

박상철, “음주와 건강 그리고 문제점”, 음주운전추방을 위한 세미나 자료집, 도로교통안전협회, 1998.

박찬걸, “주취운전죄와 관련된 최근의 입법과 판례의 동향”, 법학논총 제28집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2011. 9.

봉 욱, “음주측정불응죄의 성립요건”, 형사판례연구 제3권, 형사판례연구회, 1995.

손기식, “음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰”, 형사판례연구 제4권, 형사판례연구회, 1996.

신동운, “운전종료후의 음주측정불응죄와 영장주의”, 저스티스 제30권 제4호, 한국법학원, 1997.

심희기, “음주측정불응죄의 성립요건과 계속운전의 의사 -음주측정불응죄에 관한 종전의 대법원판결과 최근의 헌법재판소 결정”, 형사판례연구 제6권, 형사판례연구회, 1998.

유남석, “1995. 1. 5. 개정된 도로교통법상 음주측정불응죄의 성립요건”, 대법원판례해설 제28호, 법원도서관, 1997.

전영실 · 정진성, 「음주운전억제방안 연구」, 한국형사정책연구원(연구총서 10-09),

2010.
정신교, “음주측정불응죄에 대한 형사법적 검토”, 일감법학 제14호, 건국대학교출판부, 2008.
조대환, “현행 음주운전처벌법규의 문제점 고찰”, 법조 제48권 제7호, 법조협회, 1999. 7.
최상열, “음주측정불응죄의 성립요건”, 대법원판례해설 제41호, 법원도서관, 2002.
한영수, “음주운전 수사방법인 음주측정의 형사절차법적 문제점과 입법론적 해결 방안”, 형사정책연구 제12권 제4호(통권 제48호), 한국형사정책연구원, 2001. 12.
황현락, “음주운전 관련 법제의 문제점과 개선방안 고찰”, 한양법학 제22권 제3집, 한양법학회, 2011. 8.

Reasonable Countermeasure on Sobriety Test Disobedience Offense Application

Park, Chan-Keol*

Since the hidden propensity of the DUI (driving under the influence of alcohol) is very high, most DUIs are not reflected on the official statistics and there is a report that the exposure probability of DUI drivers is less than 0.0005%. As of year 2010, the number of motor vehicle in Korea is 17,941,356. It means that more than half of economically active population own cars. And, it is believed that substantial number of them does DUI more than once.

In order to eradicate the DUI that became a serious issuein our society, DUI crackdowns are done widely. An issue in this regard is whether the penalty toward the sobriety test disobedience is reasonable enough as the premise of DUI crackdown. The Road and Traffic Act had been revised several times; however, the past revisions focused on elaborating the establishment scope of sobriety test disobedience for its criminal punishment and heightening the penaltylevel. Meanwhile, it is believed that the warranty of human right who is subject to the sobriety test is relatively neglected. In order for the criminal penalty to have a justification, the penalty process should be acceptable to everybody and it should be practiced under strictly defined conditions.

Therefore, a limited interpretation is required on the two conditions for the sobriety test; which are (1) when it is recognized that a sobriety test is required for the sake of traffic safety and the prevention of danger, and, (2) when there is a substantial reason that the person has driven the car under DUI state. In addition, a scientific judgment is also required on the objective facts which are

* Full-time Lecturer, Catholic University of Daegu, Ph.D. in Law.

the premise for the recognition of above two conditions. Furthermore, a right to independently demand a blood test before the breathing test should be recognized as the first test method and the blood test, which is recognized as a re-test method, should be recognized as an obligation without the intervention of the police officer's discretion when there is a justifiable reason. As last, the penalty on the sobriety test disobedience seems relatively too heavy compared to the penalty on DUI. It is suggested to adjust the penalty corresponding to its illegality by establishing the Mandatory Blood-drawing Order in the interim stage of sobriety test procedure.

❖ Key words : Sobriety Test Disobedience Offense, drunk driving, the crime of drunken driving, Road and Traffic Act, Blood Alcohol Concentration

투고일 : 8월 25일 / 심사(수정)일 : 9월 26일 / 게재확정일 : 9월 26일