

## 상해·공무집행 방해·도로교통법 위반(음주측정 거부)

[서울남부지방법원 2012. 7. 19. 2011노1816]



### 【전문】

#### 【피 고 인】

#### 【항 소 인】 쌍방

#### 【검 사】 나의엽(기소), 김윤선(공판)

#### 【변 호 인】 변호사 기윤도(국선)

#### 【원심판결】 서울남부지방법원 2011. 12. 12. 선고 2011고단2078 판결

### 【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 벌금 3,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

이 사건 공소사실 중 공소외 1, 5에 대한 각 공무집행방해의 점, 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점 및 도로교통법 위반(음주측정거부)의 점은 각 무죄.

### 【이유】

#### 】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인(양형부당)

원심의 형(벌금 300만 원)이 너무 무겁다.

나. 검사

##### 1) 사실오인 및 법리오해

##### 가) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

경찰관 공소외 1, 3, 5가 피고인의 여자친구와 실랑이를 하는 행인을 향해 달려가는 피고인을 저지한 행위는 경찰관직무집행법 제2조 제6호, 제6조 제1항에 근거한 적법한 직무집행으로서 위와 같이 직무를 수행하던 경찰관 공소외 1을 폭행한 피고인의 행위는 공무집행방해의 구성요건을 충족한다.

##### 나) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 공무집행방해 및 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위 가)항에서 본 바와 같이 피고인의 행위가 공무집행방해죄에 해당하고, 위 경찰관은 피고인에게 범죄사실, 체포이유 및 변호인선임권 등을 고지하였으며, 가사 고지하지 않았다고 하더라도 피고인이 외국인으로서 그 고지내용을 알아들을 수 없으므로 위 현행범체포 이후에 행하여지는 경찰관들의 직무집행이 형법상 보호될 수 없는 직무집행이라고 볼 수 없다.

##### 다) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 적법하고, 가사 위 체포가 위법하다고 하더라도 이 사건은 음주측정요구를 위하여 체포한 상황이 아니라 공무집행방해 혐의로 체포되었던 것이므로 체포행위의 적법여부와 음주측정요구의 적법여부

는 개별적으로 평가함이 상당하다.

2) 양형부당

위 원심의 형이 너무 가볍다.

2. 직권판단

검사는 당심에서 아래 제3의 가항 기재와 같은 내용으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로 이 점에서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그럼에도 불구하고 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 항을 달리 하여 살펴본다.

3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관하여

가. 변경된 공소사실의 요지

1) 피고인은 2011. 7. 8. 02:00경 서울 영등포구 대림동 1050의 57에 있는 대림역 12번 출구 앞 도로에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 후진하여 가던 중 남구로역 방면에서 신풍역 방명으로 진행하고 있던 공소외 2가 운전하는 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받았다.

공소외 2가 사고 처리를 위해 112에 신고하자, 피고인은 경미한 사고인데 왜 신고를 하나며 공소외 2에게 시비를 걸다가 공소외 2의 뺨을 때렸다.

신고를 받고 현장에 출동한 서울 영등포경찰서 대림파출소 소속 경사 공소외 1, 경장 공소외 3 등은 공소외 2와 피고인을 분리한 후 공소외 2로부터 사고내역과 함께 피고인이 공소외 2를 폭행하였다는 사실을 청취하였다.

경장 공소외 3은 피고인의 입에서 술 냄새가 나는 등 피고인이 술을 마시고 운전한 것으로 의심되자 음주감지기로 음주여부를 확인하고자 하였으나 피고인은 이를 거부하였다.

이에 경장 공소외 3과 경사 공소외 1이 피고인에게 음주운전에 의한 교통사고로 의심되니 교통사고조사반으로 함께 가자고 하였으나 피고인은 이를 거부하고 “잡아가려면 잡아가라”며 머리로 경사 공소외 1의 가슴을 2회 들이받았다.

그러다가 피고인은 계속된 경찰관의 설득에 응하여 순찰차에 탑승하려고 가던 중 피고인의 여자친구가 “당신들이 뭔데 목격자라고 하느냐”며 교통사고 목격자들과 말다툼을 하여 시비가 붙은 것을 보고는 갑자기 이들을 향해 달려가며 발길질을 하려 하였다.

피고인이 목격자들을 폭행하기 위해 달려가는 것으로 판단한 경장 공소외 3, 경사 공소외 1, 순경 공소외 5가 피고인의 팔을 붙잡고 제지하자 피고인은 반항하면서 발로 경사 공소외 1의 정강이를 1회 걷어찼다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 1을 폭행하여 범죄수사 및 범죄예방에 관한 공소외 1의 정당한 직무집행을 방해하였다.

2) 피고인은 2011. 7. 8. 02:30경 위 1)항 장소에서 경사 공소외 1에 대한 공무집행방해로 현행범 체포되어 위 대림파출소에 인치 후 공무집행방해 및 음주운전 혐의 등에 대한 조사를 위해 순경 공소외 5(34세) 등과 함께 호송차량에 탑승하던 중 호송차량 유리창에 2~3회 가랑 머리를 들이받고 위 공소외 5가 피고인을 호송차량에 태우자 갑자기 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받고, 서울 영등포구 서울영등포경찰서에 도착하여 교통사고조사계로 이동하던 중 또다시 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받았다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 5의 현행범인 호송에 관한 공소외 5의 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 5에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부좌상을 가하였다.

- 3) 피고인은 2011. 7. 8. 03:08경 위 서울영등포경찰서 교통사고조사계에서 피고인이 1함과 같이 입에서 술 냄새가 나는 등 술에 취한 상태에서 운전하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있어 경사 공소외 9로부터 그때부터 같은 날 03:43경까지 4회에 걸쳐 음주측정 요구를 받았으나 정당한 이유 없이 측정에 응하지 아니하였다.
- 4) 피고인은 2011. 7. 8. 04:00경 위 서울영등포경찰서 형사과 사무실 앞에서 위 경찰서 교통사고조사계 소속 경장 공소외 8(36세)과 함께 형사계 건물로 이동하던 중, 피고인의 어머니가 경찰서에 도착한 것을 확인하고 갑자기 이동하던 중, 갑자기 땅바닥에 주저앉아 자해를 하려 하였고, 이에 위 공소외 8이 자해 방지를 위해 피고인을 일으켜 세우려 하자 입으로 위 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 8의 피고인의 신체를 보호하기 위한 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 8에게 약 3주간의 치료를 요하는 좌슬관절부인간교상을 가하였다.

#### 나. 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 피고인은 공소사실 기재 일시·장소에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 운전하다가 공소외 2 운전의 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받은 사고를 일으켰다.
- 2) 공소외 2가 사고처리를 하기 위하여 112에 신고하자, 피고인이 '사고가 경미한데 왜 경찰에 신고를 하느냐'고 항의하면서 피고인과 공소외 2 사이에 말다툼이 벌어졌다.
- 3) 112 신고를 받고 현장에 출동한 경찰관 공소외 1, 3은 피고인과 공소외 2를 격리한 후 이들로부터 사건 경위를 청취하는 한편 피고인에게 신분증의 제시를 요구하였고, 피고인은 경찰관 공소외 3에게 외국인등록증과 임시운전면허증을 교부하였다.
- 4) 경찰관 공소외 3은 피고인의 입에서 술냄새가 나자 피고인에게 음주감지기에 의한 음주측정을 요구하였고, 피고인이 이를 거부하자 피고인에게 '음주측정을 위하여 경찰서 교통사고조사반으로 함께 가자'고 하면서 임의동행을 요구하였다.

이 때 경찰관 공소외 3은 피고인에게 동행을 거부하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음을 고지하지 않았다.

- 5) 피고인은 경찰관 공소외 3의 임의동행 요구를 받고 순찰차에 타기 위하여 순찰차 쪽으로 가던 중 순찰차 인근 4-5m 지점에서 피고인의 여자친구가 성명불상의 남자 2명과 서로 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가고 하다가 차도와 인도의 경계턱에 발이 걸려 넘어졌다(공소외 1과 공소외 3은 피고인이 욕설을 하며 달려가고 행인들을 향해 발길질을 하면서 넘어졌다고 진술하였으나 공소외 5의 원심법정 진술에 의하면 위 각 진술은 믿기 어렵다).
- 6) 이에 경찰관 공소외 3과 공소외 5는 피고인을 뒤따라가 피고인의 두 팔을 잡고 피고인이 여자친구가 있는 쪽으로 가지 못하도록 제지하였고, 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위하여 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항하였다.
- 7) 경찰관들의 위와 같은 제지에도 불구하고 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위해서 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항을 하다가 경찰관 공소외 1의 정강이를 차게 되었고, 이에 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하였다.
- 8) 경찰관 공소외 1, 3, 5는 피고인을 수갑을 찬 상태로 순찰차에 태워 대림파출소로 데려갔다가, 다시 교통사고 및 음주운전 혐의 등에 대해 조사하기 위하여 영등포경찰서 교통사고조사계로 호송하기 위하여 피고인을 호송차량에 태웠

으며, 피고인은 경찰관들의 위와 같은 행위에 저항하면서 위 가의 2)항 기재와 같이 머리로 경찰관 공소외 5의 안면을 들이받았다.

9) 피고인은 영등포경찰서 교통조사계에서 경찰관 공소외 9로부터 음주측정요구를 받았으나, 경찰관들이 자신을 때렸다고 하면서 위 음주측정요구에 불응하였다.

10) 그 후 피고인은 위 가의 1), 2)항 기재 공무집행방해 혐의에 대한 조사를 받기 위하여 영등포경찰서 형사계 건물로 이동하던 중 피고인을 붙들고 있는 경찰관과 함께 바닥에 넘어졌고, 경찰관 공소외 8이 피고인을 붙잡아 일으켜 세우려 하자 입으로 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

다.

판단

1) 각 공무집행방해의 점 및 피해자 공소외 5에 상해의 점에 관하여

가) 일반론

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 현행범인을 연행하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인이 그 경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로써 폭행을 하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니고(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결 등 참조), 현행범이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결 등 참조).

나) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

(1) 먼저 검사가 경찰관들이 여자친구와 실랑이를 하는 행인들을 향하여 달려가는 피고인을 붙잡은 행위가 경찰관직무집행법 제2조 제6호에 근거한 행위라고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고, 그 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서는 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결 등 참조).

위와 같은 법리와 경찰관직무집행법 제3조 내지 8조에 경찰관의 불심검문, 보호조치, 위험발생의 방지, 범죄의 예방과 제지, 위험방지를 위한 출입, 사실의 확인 등의 권한 및 이로 인하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취할 수 있는 요건과 권한이 명시되어 있고, 형사소송법 제199조 제1항은 "수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다.

다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

"고 규정하고 있는 점을 고려하면 위 경찰관직무집행법 제2조 제6호는 경찰관이 수행할 수 있는 직무의 목적에 해당하고 이를 위하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취하는 경우에는 경찰관직무집행법, 형사소송법 기타 관계법령의 개별규정에 정한 요건을 충족하여야 할 것이다.

(2) 이 사건에 관하여 보건대, 경찰관 공소외 3은 피고인에게 음주측정을 위한 임의동행을 요구하면서 '동행을 거절하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음'을 피고인에게 고지하지 아니하였고, 순찰차로 이동하던 중 자신의 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 서로 말다툼 하는 것을 발견한 피고인이 동행과정에서 이탈하여 그 쪽으로 가는 것을 제지하였는바, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 보면 경찰관들이 피고인의 장소 이동을 물리적으로 저지한 것은 사실상의 강제 처분에 해당한다고 할 것이다.

(3) 경찰관의 위와 같은 제지행위는 형사소송법상 체포, 긴급체포, 현행범체포에 해당하지 아니함은 명백하므로, 경찰관 직무집행법 제6조 제1항의 요건에 해당하는지 살펴본다.

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 "경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

"고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.

행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.

따라서 경찰관은 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태일 때에만 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 의하여 적법하게 그 행위를 제지할 수 있고, 그 범위 내에서만 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있는 것이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 등 참조).

그런데 이 사건에서는 피고인이 경찰관의 요구에 따라 순순히 순찰차에 탑승하던 도중 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가려고 하였음에 불과하므로 위와 같은 피고인의 행위를 가리켜 경찰관직무집행법 제6조 제1항에서 정하는 "범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있는" 상황으로 보기는 어렵다.

따라서 경찰관들이 피고인이 장소 이동을 하지 못하도록 피고인을 제지한 것은 경찰관직무집행법 제6조 제1항 소정의 적법요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

(4) 결국 경찰관들이 피고인을 제지한 행위는 법률상 아무런 근거 없이 행한 위법한 강제처분으로서 피고인이 위 1항 기재와 같이 경찰관 공소외 1을 폭행한 행위는 이에 대항하기 위한 행위로서 적법한 공무집행을 요건으로 하는 공무집행방해죄가 성립할 수 없다.

다) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 각 공무집행방해의 점

(1) 경찰관 공소외 1의 현행범 체포의 적법성

다음과 같은 이유로 경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위법하다.

(가) 피고인의 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해죄가 성립할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

(나) 또한 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포할 때 이른바 범죄사실, 체포 이유 및 변호인 선임권 등을 고지하였다고 진술하고 있고, 경찰관 공소외 3도 이에 부합하는 진술을 하고 있으나, 위 현행범체포에 관한 현행범인체포서와 변호인 선임권 등의 고지 확인서가 작성되지 않아 서류상 아무런 근거가 없어 위 각 진술을 믿기 어렵고 달리 경찰관 공소외 1이 현행범체포 시 위와 같은 고지를 하였다고 인정할 증거가 없다.

(다) 헌법 제12조 제1항에서는 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다.

누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

"고 헌법 제12조 제5항에서는 "누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.

"고 각 규정하고 있고 형사소송법 제213조의 2에서 준용하는 같은 법 제200조의 5에서는 "검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

"고 규정하고 있으므로 이를 위반하여 경찰관이 피고인을 체포할 당시 변호인 선임권 등을 고지하지 않았다면 그 체포행위는 헌법과 실정법을 정면으로 위반한 행위로서 형법상 보호가치 있는 직무집행이라고 할 수 없다.

이 사건에서 경찰관들은 체포 당시 현장에서 피고인보다 우리말을 잘 이해하고 통역을 해 줄 수 있는 한국어 능력을 갖춘 피고인의 여자친구를 통하여 위 원칙을 고지할 수 있었고, 현장에서 고지할 수 없었다고 하더라도 파출소나 경찰서에서 통역인을 통하여 사후에라도 고지할 수 있었음에도 기록상 위와 같은 시도를 하였다는 증거가 전혀 없다.

(2) 이처럼 경찰관 공소외 1의 현행범 체포행위가 위법한 이상 피고인이 위와 같은 경찰관들의 위법한 체포에 대항하기 위하여 위 가의 2), 4)항 기재 행위를 하였다고 하더라도, 이 역시 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(특히 경찰관 공소외 8에 대한 공무집행방해의 점과 관련하여 위 경찰관의 직무집행이 자해를 하는 피고인의 신체를 보호하려는 행위로서 적법한 공무집행으로 볼 수 있는지 문제되나 이 또한 결국 경찰관 공소외 1의 위법한 현행범 체포로 인하여 피고인의 신체적 자유가 제한된 상황에서 발생한 것이므로 위 직무집행만 적법하다고 볼 수 없다).

라) 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

피고인이 경찰관들에 의해 위법하게 체포되어 순찰차로 호송되는 과정 중에 그 체포에서 벗어나기 위하여 위 가의 2)항 기재와 같이 피해자 공소외 5에게 상해를 입혔다고 하더라도 이는 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다고 할 것이다.

2) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위한 수사절차로서의 의미를 가지는 것인데, 도로교통법상의 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측

정을 위하여 당해 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당한다.

이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 그 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구에 대해서까지 그에 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도8404 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰관들이 음주측정을 위하여 피고인에게 임의동행을 요구하였고, 피고인이 동행과정에서 이탈하기 위하여 저항을 하는 과정 중에 공소사실 기재와 같은 행위를 하자, 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하여 경찰서로 호송을 한 후 음주측정요구를 하였던 점에 비추어 보면 위 경찰관들은 전체적으로 보아 음주운전 여부 조사 목적으로도 피고인을 체포한 것으로 볼 수 있고, 경찰관은 위와 같은 위법한 체포상태를 이용하여 피고인에게 음주측정을 요구한 것이다.

따라서 위와 같은 음주측정 요구는 절차적 적법성을 갖추지 못한 위법한 음주측정 요구이므로 이에 응하지 아니한 피고인의 행위는 도로교통법상의 음주측정거부죄에 해당하지 않는다.

라. 결국 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

#### 4. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있으므로 피고인과 검사의 양형부당주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이를 파기하고 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인(양형부당)

원심의 형(벌금 300만 원)이 너무 무겁다.

나. 검사

##### 1) 사실오인 및 법리오해

가) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

경찰관 공소외 1, 3, 5가 피고인의 여자친구와 실랑이를 하는 행인을 향해 달려가는 피고인을 저지한 행위는 경찰관직무집행법 제2조 제6호, 제6조 제1항에 근거한 적법한 직무집행으로서 위와 같이 직무를 수행하던 경찰관 공소외 1을 폭행한 피고인의 행위는 공무집행방해의 구성요건을 충족한다.

나) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 공무집행방해 및 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위 가)항에서 본 바와 같이 피고인의 행위가 공무집행방해죄에 해당하고, 위 경찰관은 피고인에게 범죄사실, 체포이유 및 변호인선임권 등을 고지하였으며, 가사 고지하지 않았다고 하더라도 피고인

이 외국인으로서 그 고지내용을 알아들을 수 없으므로 위 현행범체포 이후에 행하여지는 경찰관들의 직무집행이 형법상 보호될 수 없는 직무집행이라고 볼 수 없다.

다) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 적법하고, 가사 위 체포가 위법하다고 하더라도 이 사건은 음주측정요구를 위하여 체포한 상황이 아니라 공무집행방해 혐의로 체포되었던 것이므로 체포행위의 적법여부와 음주측정요구의 적법여부는 개별적으로 평가함이 상당하다.

## 2) 양형부당

위 원심의 형이 너무 가볍다.

## 2. 직권판단

검사는 당심에서 아래 제3의 가항 기재와 같은 내용으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로 이 점에서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그럼에도 불구하고 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 항을 달리 하여 살펴본다.

## 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관하여

가. 변경된 공소사실의 요지

1) 피고인은 2011. 7. 8. 02:00경 서울 영등포구 대림동 1050의 57에 있는 대림역 12번 출구 앞 도로에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 후진하여 가던 중 남구로역 방면에서 신풍역 방명으로 진행하고 있던 공소외 2가 운전하는 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받았다.

공소외 2가 사고 처리를 위해 112에 신고하자, 피고인은 경미한 사고인데 왜 신고를 하나며 공소외 2에게 시비를 걸다가 공소외 2의 뺨을 때렸다.

신고를 받고 현장에 출동한 서울 영등포경찰서 대림파출소 소속 경사 공소외 1, 경장 공소외 3 등은 공소외 2와 피고인을 분리한 후 공소외 2로부터 사고내역과 함께 피고인이 공소외 2를 폭행하였다는 사실을 청취하였다.

경장 공소외 3은 피고인의 입에서 술 냄새가 나는 등 피고인이 술을 마시고 운전한 것으로 의심되자 음주감지기로 음주여부를 확인하고자 하였으나 피고인은 이를 거부하였다.

이에 경장 공소외 3과 경사 공소외 1이 피고인에게 음주운전에 의한 교통사고로 의심되니 교통사고조사반으로 함께 가자고 하였으나 피고인은 이를 거부하고 "잡아가려면 잡아가라"며 머리로 경사 공소외 1의 가슴을 2회 들이받았다.

그러다가 피고인은 계속된 경찰관의 설득에 응하여 순찰차에 탑승하려고 가던 중 피고인의 여자친구가 "당신들이 뭔데 목격자라고 하느냐"며 교통사고 목격자들과 말다툼을 하여 시비가 붙은 것을 보고는 갑자기 이들을 향해 달려가며 발길질을 하려 하였다.

피고인이 목격자들을 폭행하기 위해 달려가는 것으로 판단한 경장 공소외 3, 경사 공소외 1, 순경 공소외 5가 피고인의 팔을 붙잡고 제지하자 피고인은 반항하면서 발로 경사 공소외 1의 정강이를 1회 걷어찼다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 1을 폭행하여 범죄수사 및 범죄예방에 관한 공소외 1의 정당한 직무집행을 방해하였다.

2) 피고인은 2011. 7. 8. 02:30경 위 1)항 장소에서 경사 공소외 1에 대한 공무집행방해로 현행범 체포되어 위 대림파출소에 인치 후 공무집행방해 및 음주운전 혐의 등에 대한 조사를 위해 순경 공소외 5(34세) 등과 함께 호송차량에 탑



승하던 중 호송차량 유리창에 2~3회 가량 머리를 들이받고 위 공소외 5가 피고인을 호송차량에 태우자 갑자기 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받고, 서울 영등포구 서울영등포경찰서에 도착하여 교통사고조사계로 이동하던 중 또다시 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받았다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 5의 현행범인 호송에 관한 공소외 5의 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 5에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부좌상을 가하였다.

3) 피고인은 2011. 7. 8. 03:08경 위 서울영등포경찰서 교통사고조사계에서 피고인이 1함과 같이 입에서 술 냄새가 나는 등 술에 취한 상태에서 운전하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있어 경사 공소외 9로부터 그때부터 같은 날 03:43경까지 4회에 걸쳐 음주측정 요구를 받았으나 정당한 이유 없이 측정에 응하지 아니하였다.

4) 피고인은 2011. 7. 8. 04:00경 위 서울영등포경찰서 형사과 사무실 앞에서 위 경찰서 교통사고조사계 소속 경장 공소외 8(36세)과 함께 형사계 건물로 이동하던 중, 피고인의 어머니가 경찰서에 도착한 것을 확인하고 갑자기 이동하던 중, 갑자기 땅바닥에 주저앉아 자해를 하려 하였고, 이에 위 공소외 8이 자해 방지를 위해 피고인을 일으켜 세우려 하자 입으로 위 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 8의 피고인의 신체를 보호하기 위한 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 8에게 약 3주간의 치료를 요하는 좌슬관절부인간교상을 가하였다.

#### 나. 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 피고인은 공소사실 기재 일시·장소에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 운전하다가 공소외 2 운전의 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받은 사고를 일으켰다.
- 2) 공소외 2가 사고처리를 하기 위하여 112에 신고하자, 피고인이 '사고가 경미한데 왜 경찰에 신고를 하느냐'고 항의하면서 피고인과 공소외 2 사이에 말다툼이 벌어졌다.
- 3) 112 신고를 받고 현장에 출동한 경찰관 공소외 1, 3은 피고인과 공소외 2를 격리한 후 이들로부터 사건 경위를 청취하는 한편 피고인에게 신분증의 제시를 요구하였고, 피고인은 경찰관 공소외 3에게 외국인등록증과 임시운전면허증을 교부하였다.
- 4) 경찰관 공소외 3은 피고인의 입에서 술냄새가 나자 피고인에게 음주감지기에 의한 음주측정을 요구하였고, 피고인이 이를 거부하자 피고인에게 '음주측정을 위하여 경찰서 교통사고조사반으로 함께 가자'고 하면서 임의동행을 요구하였다.

이 때 경찰관 공소외 3은 피고인에게 동행을 거부하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음을 고지하지 않았다.

- 5) 피고인은 경찰관 공소외 3의 임의동행 요구를 받고 순찰차에 타기 위하여 순찰차 쪽으로 가던 중 순찰차 인근 4-5m 지점에서 피고인의 여자친구가 성명불상의 남자 2명과 서로 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가고 하다가 차도와 인도의 경계턱에 발이 걸려 넘어졌다(공소외 1과 공소외 3은 피고인이 욕설을 하며 달려가고 행인들을 향해 발길질을 하면서 넘어졌다고 진술하였으나 공소외 5의 원심법정 진술에 의하면 위 각 진술은 믿기 어렵다).
- 6) 이에 경찰관 공소외 3과 공소외 5는 피고인을 뒤따라가 피고인의 두 팔을 잡고 피고인이 여자친구가 있는 쪽으로 가지 못하도록 제지하였고, 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위하여 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항하였다.

- 7) 경찰관들의 위와 같은 제지에도 불구하고 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위해서 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항을 하다가 경찰관 공소외 1의 정강이를 차게 되었고, 이에 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하였다.
- 8) 경찰관 공소외 1, 3, 5는 피고인을 수갑을 찬 상태로 순찰차에 태워 대림파출소로 데려갔다가, 다시 교통사고 및 음주운전 혐의 등에 대해 조사하기 위하여 영등포경찰서 교통사고조사계로 호송하기 위하여 피고인을 호송차량에 태웠으며, 피고인은 경찰관들의 위와 같은 행위에 저항하면서 위 가의 2)항 기재와 같이 머리로 경찰관 공소외 5의 안면을 들이받았다.
- 9) 피고인은 영등포경찰서 교통조사계에서 경찰관 공소외 9로부터 음주측정요구를 받았으나, 경찰관들이 자신을 때렸다고 하면서 위 음주측정요구에 불응하였다.
- 10) 그 후 피고인은 위 가의 1), 2)항 기재 공무집행방해 혐의에 대한 조사를 받기 위하여 영등포경찰서 형사계 건물로 이동하던 중 피고인을 붙들고 있는 경찰관과 함께 바닥에 넘어졌고, 경찰관 공소외 8이 피고인을 붙잡아 일으켜 세우려 하자 입으로 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

다.

판단

- 1) 각 공무집행방해의 점 및 피해자 공소외 5에 상해의 점에 관하여

가) 일반론

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 현행범인을 연행하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인이 그 경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로써 폭행을 하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니고(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결 등 참조), 현행범이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결 등 참조).

- 나) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

- (1) 먼저 검사가 경찰관들이 여자친구와 실랑이를 하는 행인들을 향하여 달려가는 피고인을 붙잡은 행위가 경찰관직무집행법 제2조 제6호에 근거한 행위라고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고, 그 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서는 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결 등 참조).

위와 같은 법리와 경찰관직무집행법 제3조 내지 8조에 경찰관의 불심검문, 보호조치, 위험발생의 방지, 범죄의 예방과 제지, 위험방지를 위한 출입, 사실의 확인 등의 권한 및 이로 인하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취할 수 있는 요건과 권한이 명시되어 있고, 형사소송법 제199조 제1항은 "수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한

조사를 할 수 있다.

다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한의 범위 안에서만 하여야 한다.

"고 규정하고 있는 점을 고려하면 위 경찰관직무집행법 제2조 제6호는 경찰관이 수행할 수 있는 직무의 목적에 해당하고 이를 위하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취하는 경우에는 경찰관직무집행법, 형사소송법 기타 관계법령의 개별규정에 정한 요건을 충족하여야 할 것이다.

(2) 이 사건에 관하여 보건대, 경찰관 공소외 3은 피고인에게 음주측정을 위한 임의동행을 요구하면서 '동행을 거절하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음'을 피고인에게 고지하지 아니하였고, 순찰차로 이동하던 중 자신의 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 서로 말다툼 하는 것을 발견한 피고인이 동행과정에서 이탈하여 그 쪽으로 가는 것을 제지하였는바, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 보면 경찰관들이 피고인의 장소 이동을 물리적으로 저지한 것은 사실상의 강제 처분에 해당한다고 할 것이다.

(3) 경찰관의 위와 같은 제지행위는 형사소송법상 체포, 긴급체포, 현행범체포에 해당하지 아니함은 명백하므로, 경찰관 직무집행법 제6조 제1항의 요건에 해당하는지 살펴본다.

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 "경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

"고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.

행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.

따라서 경찰관은 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태일 때에만 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 의하여 적법하게 그 행위를 제지할 수 있고, 그 범위 내에서만 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있는 것이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 등 참조).

그런데 이 사건에서는 피고인이 경찰관의 요구에 따라 순순히 순찰차에 탑승하던 도중 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가려고 하였음에 불과하므로 위와 같은 피고인의 행위를 가리켜 경찰관직무집행법 제6조 제1항에서 정하는 "범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있는" 상황으로 보기는 어렵다.

따라서 경찰관들이 피고인이 장소 이동을 하지 못하도록 피고인을 제지한 것은 경찰관직무집행법 제6조 제1항 소정의 적법요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

- (4) 결국 경찰관들이 피고인을 제지한 행위는 법률상 아무런 근거 없이 행한 위법한 강제처분으로서 피고인이 위 가의 1)항 기재와 같이 경찰관 공소외 1을 폭행한 행위는 이에 대항하기 위한 행위로서 적법한 공무집행을 요건으로 하는 공무집행방해죄가 성립할 수 없다.

다) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 각 공무집행방해의 점

(1) 경찰관 공소외 1의 현행범 체포의 적법성

다음과 같은 이유로 경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위법하다.

(가) 피고인의 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해죄가 성립할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

(나) 또한 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포할 때 이른바 범죄사실, 체포 이유 및 변호인 선임권 등을 고지하였다고 진술하고 있고, 경찰관 공소외 3도 이에 부합하는 진술을 하고 있으나, 위 현행범체포에 관한 현행범인체포서와 변호인 선임권 등의 고지 확인서가 작성되지 않아 서류상 아무런 근거가 없어 위 각 진술을 믿기 어렵고 달리 경찰관 공소외 1이 현행범체포 시 위와 같은 고지를 하였다고 인정할 증거가 없다.

(다) 헌법 제12조 제1항에서는 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다.

누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

"고 헌법 제12조 제5항에서는 "누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.

"고 각 규정하고 있고 형사소송법 제213조의 2에서 준용하는 같은 법 제200조의 5에서는 "검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

"고 규정하고 있으므로 이를 위반하여 경찰관이 피고인을 체포할 당시 변호인 선임권 등을 고지하지 않았다면 그 체포행위는 헌법과 실정법을 정면으로 위반한 행위로서 형법상 보호가치 있는 직무집행이라고 할 수 없다.

이 사건에서 경찰관들은 체포 당시 현장에서 피고인보다 우리말을 잘 이해하고 통역을 해 줄 수 있는 한국어 능력을 갖춘 피고인의 여자친구를 통하여 위 원칙을 고지할 수 있었고, 현장에서 고지할 수 없었다고 하더라도 파출소나 경찰서에서 통역인을 통하여 사후에라도 고지할 수 있었음에도 기록상 위와 같은 시도를 하였다는 증거가 전혀 없다.

(2) 이처럼 경찰관 공소외 1의 현행범 체포행위가 위법한 이상 피고인이 위와 같은 경찰관들의 위법한 체포에 대항하기 위하여 위 가의 2), 4)항 기재 행위를 하였다고 하더라도, 이 역시 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(특히 경찰관 공소외 8에 대한 공무집행방해의 점과 관련하여 위 경찰관의 직무집행이 자해를 하는 피고인의 신체를 보호하려는 행위로서 적법한 공무집행으로 볼 수 있는지 문제되나 이 또한 결국 경찰관 공소외 1의 위법한 현행범 체포로 인하여 피고인의 신체적 자유가 제한된 상황에서 발생한 것이므로 위 직무집행만 적법하다고 볼 수 없다).

라) 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

피고인이 경찰관들에 의해 위법하게 체포되어 순찰차로 호송되는 과정 중에 그 체포에서 벗어나기 위하여 위 가의 2)항 기재와 같이 피해자 공소외 5에게 상해를 입혔다고 하더라도 이는 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다고 할 것이다.

## 2) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위한 수사절차로서의 의미를 가지는 것인데, 도로교통법상의 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측정을 위하여 당해 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당한다.

이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 그 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구에 대해서까지 그에 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도8404 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰관들이 음주측정을 위하여 피고인에게 임의동행을 요구하였고, 피고인이 동행과정에서 이탈하기 위하여 저항을 하는 과정 중에 공소사실 기재와 같은 행위를 하자, 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하여 경찰서로 호송을 한 후 음주측정요구를 하였던 점에 비추어 보면 위 경찰관들은 전체적으로 보아 음주운전 여부 조사 목적으로도 피고인을 체포한 것으로 볼 수 있고, 경찰관은 위와 같은 위법한 체포상태를 이용하여 피고인에게 음주측정을 요구한 것이다.

따라서 위와 같은 음주측정 요구는 절차적 적법성을 갖추지 못한 위법한 음주측정 요구이므로 이에 응하지 아니한 피고인의 행위는 도로교통법상의 음주측정거부죄에 해당하지 않는다.

라. 결국 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

## 4. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있으므로 피고인과 검사의 양형부당주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이를 파기하고 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인(양형부당)

원심의 형(벌금 300만 원)이 너무 무겁다.

나. 검사

#### 1) 사실오인 및 법리오해

가) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

경찰관 공소외 1, 3, 5가 피고인의 여자친구와 실랑이를 하는 행인을 향해 달려가는 피고인을 저지한 행위는 경찰관직무집행법 제2조 제6호, 제6조 제1항에 근거한 적법한 직무집행으로서 위와 같이 직무를 수행하던 경찰관 공소외 1을 폭행한 피고인의 행위는 공무집행방해의 구성요건을 충족한다.

나) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 공무집행방해 및 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위 가)항에서 본 바와 같이 피고인의 행위가 공무집행방해죄에 해당하고, 위 경찰관은 피고인에게 범죄사실, 체포이유 및 변호인선임권 등을 고지하였으며, 가사 고지하지 않았다고 하더라도 피고인이 외국인으로서 그 고지내용을 알아들을 수 없으므로 위 현행범체포 이후에 행하여지는 경찰관들의 직무집행이 형법상 보호될 수 없는 직무집행이라고 볼 수 없다.

다) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 적법하고, 가사 위 체포가 위법하다고 하더라도 이 사건은 음주측정요구를 위하여 체포한 상황이 아니라 공무집행방해 혐의로 체포되었던 것이므로 체포행위의 적법여부와 음주측정요구의 적법여부는 개별적으로 평가함이 상당하다.

2) 양형부당

위 원심의 형이 너무 가볍다.

2. 직권판단

검사는 당심에서 아래 제3의 가항 기재와 같은 내용으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로 이 점에서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그럼에도 불구하고 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 항을 달리 하여 살펴본다.

3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관하여

가. 변경된 공소사실의 요지

1) 피고인은 2011. 7. 8. 02:00경 서울 영등포구 대림동 1050의 57에 있는 대림역 12번 출구 앞 도로에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 후진하여 가던 중 남구로역 방면에서 신평역 방명으로 진행하고 있던 공소외 2가 운전하는 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받았다.

공소외 2가 사고 처리를 위해 112에 신고하자, 피고인은 경미한 사고인데 왜 신고를 하나며 공소외 2에게 시비를 걸다가 공소외 2의 뺨을 때렸다.

신고를 받고 현장에 출동한 서울 영등포경찰서 대림파출소 소속 경사 공소외 1, 경장 공소외 3 등은 공소외 2와 피고인을 분리한 후 공소외 2로부터 사고내역과 함께 피고인이 공소외 2를 폭행하였다는 사실을 청취하였다.

경장 공소외 3은 피고인의 입에서 술 냄새가 나는 등 피고인이 술을 마시고 운전한 것으로 의심되자 음주감지기로 음주여부를 확인하고자 하였으나 피고인은 이를 거부하였다.

이에 경장 공소외 3과 경사 공소외 1이 피고인에게 음주운전에 의한 교통사고로 의심되니 교통사고조사반으로 함께 가자고 하였으나 피고인은 이를 거부하고 "잡아가려면 잡아가라"며 머리로 경사 공소외 1의 가슴을 2회 들이받았다.

그러다가 피고인은 계속된 경찰관의 설득에 응하여 순찰차에 탑승하려고 가던 중 피고인의 여자친구가 "당신들이 뭔데 목격자라고 하느냐"며 교통사고 목격자들과 말다툼을 하여 시비가 붙은 것을 보고는 갑자기 이들을 향해 달려가며 발길질을 하려 하였다.

피고인이 목격자들을 폭행하기 위해 달려가는 것으로 판단한 경장 공소외 3, 경사 공소외 1, 순경 공소외 5가 피고인의 팔을 붙잡고 제지하자 피고인은 반항하면서 발로 경사 공소외 1의 정강이를 1회 걷어찼다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 1을 폭행하여 범죄수사 및 범죄예방에 관한 공소외 1의 정당한 직무집행을 방해하였다.

2) 피고인은 2011. 7. 8. 02:30경 위 1)항 장소에서 경사 공소외 1에 대한 공무집행방해로 현행범 체포되어 위 대림파출소에 인치 후 공무집행방해 및 음주운전 혐의 등에 대한 조사를 위해 순경 공소외 5(34세) 등과 함께 호송차량에 탑승하던 중 호송차량 유리창에 2~3회 가랑 머리를 들이받고 위 공소외 5가 피고인을 호송차량에 태우자 갑자기 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받고, 서울 영등포구 서울영등포경찰서에 도착하여 교통사고조사계로 이동하던 중 또다시 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받았다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 5의 현행범인 호송에 관한 공소외 5의 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 5에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부좌상을 가하였다.

3) 피고인은 2011. 7. 8. 03:08경 위 서울영등포경찰서 교통사고조사계에서 피고인이 1항과 같이 입에서 술 냄새가 나는 등 술에 취한 상태에서 운전하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있어 경사 공소외 9로부터 그때부터 같은 날 03:43경까지 4회에 걸쳐 음주측정 요구를 받았으나 정당한 이유 없이 측정에 응하지 아니하였다.

4) 피고인은 2011. 7. 8. 04:00경 위 서울영등포경찰서 형사과 사무실 앞에서 위 경찰서 교통사고조사계 소속 경장 공소외 8(36세)과 함께 형사계 건물로 이동하던 중, 피고인의 어머니가 경찰서에 도착한 것을 확인하고 갑자기 이동하던 중, 갑자기 땅바닥에 주저앉아 자해를 하려 하였고, 이에 위 공소외 8이 자해 방지를 위해 피고인을 일으켜 세우려 하자 입으로 위 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 8의 피고인의 신체를 보호하기 위한 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 8에게 약 3주간의 치료를 요하는 좌슬관절부인간교상을 가하였다.

#### 나. 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 피고인은 공소사실 기재 일시·장소에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 운전하다가 공소외 2 운전의 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받은 사고를 일으켰다.
- 2) 공소외 2가 사고처리를 하기 위하여 112에 신고하자, 피고인이 '사고가 경미한데 왜 경찰에 신고를 하느냐'고 항의하면서 피고인과 공소외 2 사이에 말다툼이 벌어졌다.
- 3) 112 신고를 받고 현장에 출동한 경찰관 공소외 1, 3은 피고인과 공소외 2를 격리한 후 이들로부터 사건 경위를 청취하는 한편 피고인에게 신분증의 제시를 요구하였고, 피고인은 경찰관 공소외 3에게 외국인등록증과 임시운전면허증을 교부하였다.
- 4) 경찰관 공소외 3은 피고인의 입에서 술냄새가 나자 피고인에게 음주감지기에 의한 음주측정을 요구하였고, 피고인이 이를 거부하자 피고인에게 '음주측정을 위하여 경찰서 교통사고조사반으로 함께 가자'고 하면서 임의동행을 요구하였다.

이 때 경찰관 공소외 3은 피고인에게 동행을 거부하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음을 고지하지 않았다.

- 5) 피고인은 경찰관 공소외 3의 임의동행 요구를 받고 순찰차에 타기 위하여 순찰차 쪽으로 가던 중 순찰차 인근 4-5m 지점에서 피고인의 여자친구가 성명불상의 남자 2명과 서로 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가고 행하다가 차도와 인도의 경계턱에 발이 걸려 넘어졌다(공소외 1과 공소외 3은 피고인이 욕설을 하며 달려가고 행인들을 향해 발길질을 하면서 넘어졌다고 진술하였으나 공소외 5의 원심법정 진술에 의하면 위 각 진술은 믿기 어

럽다).

- 6) 이에 경찰관 공소외 3과 공소외 5는 피고인을 뒤따라가 피고인의 두 팔을 잡고 피고인이 여자친구가 있는 쪽으로 가지 못하도록 제지하였고, 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위하여 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항하였다.
- 7) 경찰관들의 위와 같은 제지에도 불구하고 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위해서 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항을 하다가 경찰관 공소외 1의 정강이를 차게 되었고, 이에 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하였다.
- 8) 경찰관 공소외 1, 3, 5는 피고인을 수갑을 찬 상태로 순찰차에 태워 대림파출소로 데려갔다가, 다시 교통사고 및 음주운전 혐의 등에 대해 조사하기 위하여 영등포경찰서 교통사고조사계로 호송하기 위하여 피고인을 호송차량에 태웠으며, 피고인은 경찰관들의 위와 같은 행위에 저항하면서 위 가의 2)항 기재와 같이 머리로 경찰관 공소외 5의 안면을 들이받았다.
- 9) 피고인은 영등포경찰서 교통조사계에서 경찰관 공소외 9로부터 음주측정요구를 받았으나, 경찰관들이 자신을 때렸다고 하면서 위 음주측정요구에 불응하였다.
- 10) 그 후 피고인은 위 가의 1), 2)항 기재 공무집행방해 혐의에 대한 조사를 받기 위하여 영등포경찰서 형사계 건물로 이동하던 중 피고인을 붙들고 있는 경찰관과 함께 바닥에 넘어졌고, 경찰관 공소외 8이 피고인을 붙잡아 일으켜 세우려 하자 입으로 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

다.

판단

- 1) 각 공무집행방해의 점 및 피해자 공소외 5에 상해의 점에 관하여

가) 일반론

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 현행범인을 연행하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인이 그 경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로써 폭행을 하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니고(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결 등 참조), 현행범이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결 등 참조).

- 나) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

- (1) 먼저 검사가 경찰관들이 여자친구와 실랑이를 하는 행인들을 향하여 달려가는 피고인을 붙잡은 행위가 경찰관직무집행법 제2조 제6호에 근거한 행위라고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고, 그 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서는 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판



단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결 등 참조).

위와 같은 법리와 경찰관직무집행법 제3조 내지 8조에 경찰관의 불심검문, 보호조치, 위험발생의 방지, 범죄의 예방과 제지, 위험방지를 위한 출입, 사실의 확인 등의 권한 및 이로 인하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취할 수 있는 요건과 권한이 명시되어 있고, 형사소송법 제199조 제1항은 "수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다.

다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

"고 규정하고 있는 점을 고려하면 위 경찰관직무집행법 제2조 제6호는 경찰관이 수행할 수 있는 직무의 목적에 해당하고 이를 위하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취하는 경우에는 경찰관직무집행법, 형사소송법 기타 관계법령의 개별규정에 정한 요건을 충족하여야 할 것이다.

(2) 이 사건에 관하여 보건대, 경찰관 공소외 3은 피고인에게 음주측정을 위한 임의동행을 요구하면서 '동행을 거절하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음'을 피고인에게 고지하지 아니하였고, 순찰차로 이동하던 중 자신의 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 서로 말다툼 하는 것을 발견한 피고인이 동행과정에서 이탈하여 그 쪽으로 가는 것을 제지하였는바, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 보면 경찰관들이 피고인의 장소 이동을 물리적으로 저지한 것은 사실상의 강제 처분에 해당한다고 할 것이다.

(3) 경찰관의 위와 같은 제지행위는 형사소송법상 체포, 긴급체포, 현행범체포에 해당하지 아니함은 명백하므로, 경찰관 직무집행법 제6조 제1항의 요건에 해당하는지 살펴본다.

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 "경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

"고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.

행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.

따라서 경찰관은 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태일 때에만 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 의하여 적법하게 그 행위를 제지할 수 있고, 그 범위 내에서만 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있는 것이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 등 참조).

그런데 이 사건에서는 피고인이 경찰관의 요구에 따라 순순히 순찰차에 탑승하던 도중 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가려고 하였음에 불과하므로 위와 같은 피고인의 행위를

가리켜 경찰관직무집행법 제6조 제1항에서 정하는 "범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있는" 상황으로 보기는 어렵다.

따라서 경찰관들이 피고인이 장소 이동을 하지 못하도록 피고인을 제지한 것은 경찰관직무집행법 제6조 제1항 소정의 적법요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

- (4) 결국 경찰관들이 피고인을 제지한 행위는 법률상 아무런 근거 없이 행한 위법한 강제처분으로서 피고인이 위 1항 기재와 같이 경찰관 공소외 1을 폭행한 행위는 이에 대항하기 위한 행위로서 적법한 공무집행을 요건으로 하는 공무집행방해죄가 성립할 수 없다.

다) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 각 공무집행방해의 점

- (1) 경찰관 공소외 1의 현행범 체포의 적법성

다음과 같은 이유로 경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위법하다.

- (가) 피고인의 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해죄가 성립할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

- (나) 또한 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포할 때 이른바 범죄사실, 체포 이유 및 변호인 선임권 등을 고지하였다고 진술하고 있고, 경찰관 공소외 3도 이에 부합하는 진술을 하고 있으나, 위 현행범체포에 관한 현행범인체포서와 변호인 선임권 등의 고지 확인서가 작성되지 않아 서류상 아무런 근거가 없어 위 각 진술을 믿기 어렵고 달리 경찰관 공소외 1이 현행범체포 시 위와 같은 고지를 하였다고 인정할 증거가 없다.

- (다) 헌법 제12조 제1항에서는 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다.

누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

"고 헌법 제12조 제5항에서는 "누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.

"고 각 규정하고 있고 형사소송법 제213조의 2에서 준용하는 같은 법 제200조의 5에서는 "검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

"고 규정하고 있으므로 이를 위반하여 경찰관이 피고인을 체포할 당시 변호인 선임권 등을 고지하지 않았다면 그 체포행위는 헌법과 실정법을 정면으로 위반한 행위로서 형법상 보호가치 있는 직무집행이라고 할 수 없다.

이 사건에서 경찰관들은 체포 당시 현장에서 피고인보다 우리말을 잘 이해하고 통역을 해 줄 수 있는 한국어 능력을 갖춘 피고인의 여자친구를 통하여 위 원칙을 고지할 수 있었고, 현장에서 고지할 수 없었다고 하더라도 파출소나 경찰서에서 통역인을 통하여 사후에라도 고지할 수 있었음에도 기록상 위와 같은 시도를 하였다는 증거가 전혀 없다.

- (2) 이처럼 경찰관 공소외 1의 현행범 체포행위가 위법한 이상 피고인이 위와 같은 경찰관들의 위법한 체포에 대항하기 위하여 위 1항 2), 4)항 기재 행위를 하였다고 하더라도, 이 역시 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(특히 경찰관 공소외 8에 대한 공무집행방해의 점과 관련하여 위 경찰관의 직무집행이 자해를 하는 피고인의 신체를 보호하려는 행위로서 적법한 공무집행으로 볼 수 있는지 문제되나 이 또한 결국 경찰관 공소외 1의 위법한 현행범 체포로 인하여 피고인의 신체적 자유가 제한된 상황에서 발생한 것이므로 위 직무집행만 적법하다고 볼 수 없다).

라) 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

피고인이 경찰관들에 의해 위법하게 체포되어 순찰차로 호송되는 과정 중에 그 체포에서 벗어나기 위하여 위 가의 2)항 기재와 같이 피해자 공소외 5에게 상해를 입혔다고 하더라도 이는 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다고 할 것이다.

2) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위한 수사절차로서의 의미를 가지는 것인데, 도로교통법상의 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측정을 위하여 당해 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당한다.

이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 그 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구에 대해서까지 그에 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도8404 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰관들이 음주측정을 위하여 피고인에게 임의동행을 요구하였고, 피고인이 동행과정에서 이탈하기 위하여 저항을 하는 과정 중에 공소사실 기재와 같은 행위를 하자, 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하여 경찰서로 호송을 한 후 음주측정요구를 하였던 점에 비추어 보면 위 경찰관들은 전체적으로 보아 음주운전 여부 조사 목적으로도 피고인을 체포한 것으로 볼 수 있고, 경찰관은 위와 같은 위법한 체포상태를 이용하여 피고인에게 음주측정을 요구한 것이다.

따라서 위와 같은 음주측정 요구는 절차적 적법성을 갖추지 못한 위법한 음주측정 요구이므로 이에 응하지 아니한 피고인의 행위는 도로교통법상의 음주측정거부죄에 해당하지 않는다.

라. 결국 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있으므로 피고인과 검사의 양형부당주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이를 파기하고 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인(양형부당)

원심의 형(벌금 300만 원)이 너무 무겁다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

경찰관 공소외 1, 3, 5가 피고인의 여자친구와 실랑이를 하는 행인을 향해 달려가는 피고인을 저지한 행위는 경찰관직무집행법 제2조 제6호, 제6조 제1항에 근거한 적법한 직무집행으로서 위와 같이 직무를 수행하던 경찰관 공소외 1을 폭행한 피고인의 행위는 공무집행방해의 구성요건을 충족한다.

나) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 공무집행방해 및 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위 가)항에서 본 바와 같이 피고인의 행위가 공무집행방해죄에 해당하고, 위 경찰관은 피고인에게 범죄사실, 체포이유 및 변호인선임권 등을 고지하였으며, 가사 고지하지 않았다고 하더라도 피고인이 외국인으로서 그 고지내용을 알아들을 수 없으므로 위 현행범체포 이후에 행하여지는 경찰관들의 직무집행이 형법상 보호될 수 없는 직무집행이라고 볼 수 없다.

다) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 적법하고, 가사 위 체포가 위법하다고 하더라도 이 사건은 음주측정요구를 위하여 체포한 상황이 아니라 공무집행방해 혐의로 체포되었던 것이므로 체포행위의 적법여부와 음주측정요구의 적법여부는 개별적으로 평가함이 상당하다.

2) 양형부당

위 원심의 형이 너무 가볍다.

2. 직권판단

검사는 당심에서 아래 제3의 가항 기재와 같은 내용으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로 이 점에서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그럼에도 불구하고 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 항을 달리 하여 살펴본다.

3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관하여

가. 변경된 공소사실의 요지

1) 피고인은 2011. 7. 8. 02:00경 서울 영등포구 대림동 1050의 57에 있는 대림역 12번 출구 앞 도로에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 후진하여 가던 중 남구로역 방면에서 신풍역 방명으로 진행하고 있던 공소외 2가 운전하는 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받았다.

공소외 2가 사고 처리를 위해 112에 신고하자, 피고인은 경미한 사고인데 왜 신고를 하나며 공소외 2에게 시비를 걸다가 공소외 2의 뺨을 때렸다.

신고를 받고 현장에 출동한 서울 영등포경찰서 대림파출소 소속 경사 공소외 1, 경장 공소외 3 등은 공소외 2와 피고인을 분리한 후 공소외 2로부터 사고내역과 함께 피고인이 공소외 2를 폭행하였다는 사실을 청취하였다.

경장 공소외 3은 피고인의 입에서 술 냄새가 나는 등 피고인이 술을 마시고 운전한 것으로 의심되자 음주감지기로 음주여부를 확인하고자 하였으나 피고인은 이를 거부하였다.

이에 경장 공소외 3과 경사 공소외 1이 피고인에게 음주운전에 의한 교통사고로 의심되니 교통사고조사반으로 함께 가자고 하였으나 피고인은 이를 거부하고 "잡아가려면 잡아가라"며 머리로 경사 공소외 1의 가슴을 2회 들이받았다.

그러다가 피고인은 계속된 경찰관의 설득에 응하여 순찰차에 탑승하려고 가던 중 피고인의 여자친구가 “당신들이 원데 목격자라고 하느냐”며 교통사고 목격자들과 말다툼을 하여 시비가 붙은 것을 보고는 갑자기 이들을 향해 달려가며 발길질을 하려 하였다.

피고인이 목격자들을 폭행하기 위해 달려가는 것으로 판단한 경장 공소외 3, 경사 공소외 1, 순경 공소외 5가 피고인의 팔을 붙잡고 제지하자 피고인은 반항하면서 발로 경사 공소외 1의 정강이를 1회 걷어찼다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 1을 폭행하여 범죄수사 및 범죄예방에 관한 공소외 1의 정당한 직무집행을 방해하였다.

2) 피고인은 2011. 7. 8. 02:30경 위 1)항 장소에서 경사 공소외 1에 대한 공무집행방해로 현행범 체포되어 위 대림파출소에 인치 후 공무집행방해 및 음주운전 혐의 등에 대한 조사를 위해 순경 공소외 5(34세) 등과 함께 호송차량에 탑승하던 중 호송차량 유리창에 2~3회 가랑 머리를 들이받고 위 공소외 5가 피고인을 호송차량에 태우자 갑자기 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받고, 서울 영등포구 서울영등포경찰서에 도착하여 교통사고조사계로 이동하던 중 또다시 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받았다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 5의 현행범인 호송에 관한 공소외 5의 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 5에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부좌상을 가하였다.

3) 피고인은 2011. 7. 8. 03:08경 위 서울영등포경찰서 교통사고조사계에서 피고인이 1항과 같이 입에서 술 냄새가 나는 등 술에 취한 상태에서 운전하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있어 경사 공소외 9로부터 그때부터 같은 날 03:43경까지 4회에 걸쳐 음주측정 요구를 받았으나 정당한 이유 없이 측정에 응하지 아니하였다.

4) 피고인은 2011. 7. 8. 04:00경 위 서울영등포경찰서 형사과 사무실 앞에서 위 경찰서 교통사고조사계 소속 경장 공소외 8(36세)과 함께 형사계 건물로 이동하던 중, 피고인의 어머니가 경찰서에 도착한 것을 확인하고 갑자기 이동하던 중, 갑자기 땅바닥에 주저앉아 자해를 하려 하였고, 이에 위 공소외 8이 자해 방지를 위해 피고인을 일으켜 세우려 하자 입으로 위 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 8의 피고인의 신체를 보호하기 위한 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 8에게 약 3주간의 치료를 요하는 좌슬관절부인간교상을 가하였다.

#### 나. 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 피고인은 공소사실 기재 일시·장소에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 운전하다가 공소외 2 운전의 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받은 사고를 일으켰다.
- 2) 공소외 2가 사고처리를 하기 위하여 112에 신고하자, 피고인이 ‘사고가 경미한데 왜 경찰에 신고를 하느냐’고 항의하면서 피고인과 공소외 2 사이에 말다툼이 벌어졌다.
- 3) 112 신고를 받고 현장에 출동한 경찰관 공소외 1, 3은 피고인과 공소외 2를 격리한 후 이들로부터 사건 경위를 청취하는 한편 피고인에게 신분증의 제시를 요구하였고, 피고인은 경찰관 공소외 3에게 외국인등록증과 임시운전면허증을 교부하였다.
- 4) 경찰관 공소외 3은 피고인의 입에서 술냄새가 나자 피고인에게 음주감지기에 의한 음주측정을 요구하였고, 피고인이 이를 거부하자 피고인에게 ‘음주측정을 위하여 경찰서 교통사고조사반으로 함께 가자’고 하면서 임의동행을 요구하였다.

이 때 경찰관 공소외 3은 피고인에게 동행을 거부하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음을 고지하지 않았다.

5) 피고인은 경찰관 공소외 3의 임의동행 요구를 받고 순찰차에 타기 위하여 순찰차 쪽으로 가던 중 순찰차 인근 4-5m 지점에서 피고인의 여자친구가 성명불상의 남자 2명과 서로 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가고 하다가 차도와 인도의 경계턱에 발이 걸려 넘어졌다(공소외 1과 공소외 3은 피고인이 욕설을 하며 달려가고 행인들을 향해 발길질을 하면서 넘어졌다고 진술하였으나 공소외 5의 원심법정 진술에 의하면 위 각 진술은 믿기 어렵다).

6) 이에 경찰관 공소외 3과 공소외 5는 피고인을 뒤따라가 피고인의 두 팔을 잡고 피고인이 여자친구가 있는 쪽으로 가지 못하도록 제지하였고, 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위하여 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항하였다.

7) 경찰관들의 위와 같은 제지에도 불구하고 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위해서 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항을 하다가 경찰관 공소외 1의 정강이를 차게 되었고, 이에 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하였다.

8) 경찰관 공소외 1, 3, 5는 피고인을 수갑을 찬 상태로 순찰차에 태워 대림파출소로 데려갔다가, 다시 교통사고 및 음주운전 혐의 등에 대해 조사하기 위하여 영등포경찰서 교통사고조사계로 호송하기 위하여 피고인을 호송차량에 태웠으며, 피고인은 경찰관들의 위와 같은 행위에 저항하면서 위 가의 2)항 기재와 같이 머리로 경찰관 공소외 5의 안면을 들이받았다.

9) 피고인은 영등포경찰서 교통조사계에서 경찰관 공소외 9로부터 음주측정요구를 받았으나, 경찰관들이 자신을 때렸다고 하면서 위 음주측정요구에 불응하였다.

10) 그 후 피고인은 위 가의 1), 2)항 기재 공무집행방해 혐의에 대한 조사를 받기 위하여 영등포경찰서 형사계 건물로 이동하던 중 피고인을 붙들고 있는 경찰관과 함께 바닥에 넘어졌고, 경찰관 공소외 8이 피고인을 붙잡아 일으켜 세우려 하자 입으로 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

다.

판단

1) 각 공무집행방해의 점 및 피해자 공소외 5에 상해의 점에 관하여

가) 일반론

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 현행범인을 연행하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인이 그 경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로써 폭행을 하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니고(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결 등 참조), 현행범이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결 등 참조).

나) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

- (1) 먼저 검사가 경찰관들이 여자친구와 실랑이를 하는 행인들을 향하여 달려가는 피고인을 붙잡은 행위가 경찰관직무집행법 제2조 제6호에 근거한 행위라고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고, 그 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서는 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결 등 참조).

위와 같은 법리와 경찰관직무집행법 제3조 내지 8조에 경찰관의 불심검문, 보호조치, 위험발생의 방지, 범죄의 예방과 제지, 위험방지를 위한 출입, 사실의 확인 등의 권한 및 이로 인하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취할 수 있는 요건과 권한이 명시되어 있고, 형사소송법 제199조 제1항은 "수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다.

다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

"고 규정하고 있는 점을 고려하면 위 경찰관직무집행법 제2조 제6호는 경찰관이 수행할 수 있는 직무의 목적에 해당하고 이를 위하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취하는 경우에는 경찰관직무집행법, 형사소송법 기타 관계법령의 개별규정에 정한 요건을 충족하여야 할 것이다.

- (2) 이 사건에 관하여 보건대, 경찰관 공소외 3은 피고인에게 음주측정을 위한 임의동행을 요구하면서 '동행을 거절하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음'을 피고인에게 고지하지 아니하였고, 순찰차로 이동하던 중 자신의 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 서로 말다툼 하는 것을 발견한 피고인이 동행과정에서 이탈하여 그 쪽으로 가는 것을 제지하였는바, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 보면 경찰관들이 피고인의 장소 이동을 물리적으로 저지한 것은 사실상의 강제 처분에 해당한다고 할 것이다.

- (3) 경찰관의 위와 같은 제지행위는 형사소송법상 체포, 긴급체포, 현행범체포에 해당하지 아니함은 명백하므로, 경찰관직무집행법 제6조 제1항의 요건에 해당하는지 살펴본다.

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 "경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

"고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.

행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.

따라서 경찰관은 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태일 때에만 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 의하여 적법하게 그 행위를 제지할 수 있고, 그 범위 내에서만 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있는 것이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 등 참조).

그런데 이 사건에서는 피고인이 경찰관의 요구에 따라 순순히 순찰차에 탑승하던 도중 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가려고 하였음에 불과하므로 위와 같은 피고인의 행위를 가리켜 경찰관직무집행법 제6조 제1항에서 정하는 "범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있는" 상황으로 보기는 어렵다.

따라서 경찰관들이 피고인이 장소 이동을 하지 못하도록 피고인을 제지한 것은 경찰관직무집행법 제6조 제1항 소정의 적법요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

(4) 결국 경찰관들이 피고인을 제지한 행위는 법률상 아무런 근거 없이 행한 위법한 강제처분으로서 피고인이 위 1항 기재와 같이 경찰관 공소외 1을 폭행한 행위는 이에 대항하기 위한 행위로서 적법한 공무집행을 요건으로 하는 공무집행방해죄가 성립할 수 없다.

다) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 각 공무집행방해의 점

(1) 경찰관 공소외 1의 현행범 체포의 적법성

다음과 같은 이유로 경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위법하다.

(가) 피고인의 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해죄가 성립할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

(나) 또한 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포할 때 이른바 범죄사실, 체포 이유 및 변호인 선임권 등을 고지하였다고 진술하고 있고, 경찰관 공소외 3도 이에 부합하는 진술을 하고 있으나, 위 현행범체포에 관한 현행범인체포서와 변호인 선임권 등의 고지 확인서가 작성되지 않아 서류상 아무런 근거가 없어 위 각 진술을 믿기 어렵고 달리 경찰관 공소외 1이 현행범체포 시 위와 같은 고지를 하였다고 인정할 증거가 없다.

(다) 헌법 제12조 제1항에서는 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다.

누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

"고 헌법 제12조 제5항에서는 "누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.

"고 각 규정하고 있고 형사소송법 제213조의 2에서 준용하는 같은 법 제200조의 5에서는 "검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

"고 규정하고 있으므로 이를 위반하여 경찰관이 피고인을 체포할 당시 변호인 선임권 등을 고지하지 않았다면 그 체포행위는 헌법과 실정법을 정면으로 위반한 행위로서 형법상 보호가치 있는 직무집행이라고 할 수 없다.

이 사건에서 경찰관들은 체포 당시 현장에서 피고인보다 우리말을 잘 이해하고 통역을 해 줄 수 있는 한국어 능력을 갖춘 피고인의 여자친구를 통하여 위 원칙을 고지할 수 있었고, 현장에서 고지할 수 없었다고 하더라도 파출소나



경찰서에서 통역인을 통하여 사후에라도 고지할 수 있었음에도 기록상 위와 같은 시도를 하였다는 증거가 전혀 없다.

- (2) 이처럼 경찰관 공소외 1의 현행범 체포행위가 위법한 이상 피고인이 위와 같은 경찰관들의 위법한 체포에 대항하기 위하여 위 가의 2), 4)항 기재 행위를 하였다고 하더라도, 이 역시 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(특히 경찰관 공소외 8에 대한 공무집행방해의 점과 관련하여 위 경찰관의 직무집행이 자해를 하는 피고인의 신체를 보호하려는 행위로서 적법한 공무집행으로 볼 수 있는지 문제되나 이 또한 결국 경찰관 공소외 1의 위법한 현행범 체포로 인하여 피고인의 신체적 자유가 제한된 상황에서 발생한 것이므로 위 직무집행만 적법하다고 볼 수 없다).

라) 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

피고인이 경찰관들에 의해 위법하게 체포되어 순찰차로 호송되는 과정 중에 그 체포에서 벗어나기 위하여 위 가의 2)항 기재와 같이 피해자 공소외 5에게 상해를 입혔다고 하더라도 이는 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다고 할 것이다.

2) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위한 수사절차로서의 의미를 가지는 것인데, 도로교통법상의 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측정을 위하여 당해 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당한다.

이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 그 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구에 대해서까지 그에 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도8404 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰관들이 음주측정을 위하여 피고인에게 임의동행을 요구하였고, 피고인이 동행과정에서 이탈하기 위하여 저항을 하는 과정 중에 공소사실 기재와 같은 행위를 하자, 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하여 경찰서로 호송을 한 후 음주측정요구를 하였던 점에 비추어 보면 위 경찰관들은 전체적으로 보아 음주운전 여부 조사 목적으로도 피고인을 체포한 것으로 볼 수 있고, 경찰관은 위와 같은 위법한 체포상태를 이용하여 피고인에게 음주측정을 요구한 것이다.

따라서 위와 같은 음주측정 요구는 절차적 적법성을 갖추지 못한 위법한 음주측정 요구이므로 이에 응하지 아니한 피고인의 행위는 도로교통법상의 음주측정거부죄에 해당하지 않는다.

라. 결국 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있으므로 피고인과 검사의 양형부당주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이를 파기하고 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인(양형부당)

원심의 형(벌금 300만 원)이 너무 무겁다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

경찰관 공소외 1, 3, 5가 피고인의 여자친구와 실랑이를 하는 행인을 향해 달려가는 피고인을 저지한 행위는 경찰관직무집행법 제2조 제6호, 제6조 제1항에 근거한 적법한 직무집행으로서 위와 같이 직무를 수행하던 경찰관 공소외 1을 폭행한 피고인의 행위는 공무집행방해의 구성요건을 충족한다.

나) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 공무집행방해 및 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위 가)항에서 본 바와 같이 피고인의 행위가 공무집행방해죄에 해당하고, 위 경찰관은 피고인에게 범죄사실, 체포이유 및 변호인선임권 등을 고지하였으며, 가사 고지하지 않았다고 하더라도 피고인이 외국인으로서 그 고지내용을 알아들을 수 없으므로 위 현행범체포 이후에 행하여지는 경찰관들의 직무집행이 형법상 보호될 수 없는 직무집행이라고 볼 수 없다.

다) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 적법하고, 가사 위 체포가 위법하다고 하더라도 이 사건은 음주측정요구를 위하여 체포한 상황이 아니라 공무집행방해 혐의로 체포되었던 것이므로 체포행위의 적법여부와 음주측정요구의 적법여부는 개별적으로 평가함이 상당하다.

2) 양형부당

위 원심의 형이 너무 가볍다.

2. 직권판단

검사는 당심에서 아래 제3의 가항 기재와 같은 내용으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로 이 점에서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그럼에도 불구하고 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 항을 달리 하여 살펴본다.

3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관하여

가. 변경된 공소사실의 요지

1) 피고인은 2011. 7. 8. 02:00경 서울 영등포구 대림동 1050의 57에 있는 대림역 12번 출구 앞 도로에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 후진하여 가던 중 남구로역 방면에서 신풍역 방명으로 진행하고 있던 공소외 2가 운전하는 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받았다.

공소외 2가 사고 처리를 위해 112에 신고하자, 피고인은 경미한 사고인데 왜 신고를 하나며 공소외 2에게 시비를 걸다가 공소외 2의 뺨을 때렸다.

신고를 받고 현장에 출동한 서울 영등포경찰서 대림파출소 소속 경사 공소외 1, 경장 공소외 3 등은 공소외 2와 피고인을 분리한 후 공소외 2로부터 사고내역과 함께 피고인이 공소외 2를 폭행하였다는 사실을 청취하였다.

경장 공소외 3은 피고인의 입에서 술 냄새가 나는 등 피고인이 술을 마시고 운전한 것으로 의심되자 음주감지기로 음주여부를 확인하고자 하였으나 피고인은 이를 거부하였다.

이에 경장 공소외 3과 경사 공소외 1이 피고인에게 음주운전에 의한 교통사고로 의심되니 교통사고조사반으로 함께 가자고 하였으나 피고인은 이를 거부하고 “잡아가려면 잡아가라”며 머리로 경사 공소외 1의 가슴을 2회 들이받았다.

그러다가 피고인은 계속된 경찰관의 설득에 응하여 순찰차에 탑승하려고 가던 중 피고인의 여자친구가 “당신들이 원데 목격자라고 하느냐”며 교통사고 목격자들과 말다툼을 하여 시비가 붙은 것을 보고는 갑자기 이들을 향해 달려가며 발길질을 하려 하였다.

피고인이 목격자들을 폭행하기 위해 달려가는 것으로 판단한 경장 공소외 3, 경사 공소외 1, 순경 공소외 5가 피고인의 팔을 붙잡고 제지하자 피고인은 반항하면서 발로 경사 공소외 1의 정강이를 1회 걷어찼다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 1을 폭행하여 범죄수사 및 범죄예방에 관한 공소외 1의 정당한 직무집행을 방해하였다.

2) 피고인은 2011. 7. 8. 02:30경 위 1)항 장소에서 경사 공소외 1에 대한 공무집행방해로 현행범 체포되어 위 대림파출소에 인치 후 공무집행방해 및 음주운전 혐의 등에 대한 조사를 위해 순경 공소외 5(34세) 등과 함께 호송차량에 탑승하던 중 호송차량 유리창에 2~3회 가랑 머리를 들이받고 위 공소외 5가 피고인을 호송차량에 태우자 갑자기 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받고, 서울 영등포구 서울영등포경찰서에 도착하여 교통사고조사계로 이동하던 중 또다시 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받았다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 5의 현행범인 호송에 관한 공소외 5의 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 5에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부좌상을 가하였다.

3) 피고인은 2011. 7. 8. 03:08경 위 서울영등포경찰서 교통사고조사계에서 피고인이 1항과 같이 입에서 술 냄새가 나는 등 술에 취한 상태에서 운전하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있어 경사 공소외 9로부터 그때부터 같은 날 03:43경까지 4회에 걸쳐 음주측정 요구를 받았으나 정당한 이유 없이 측정에 응하지 아니하였다.

4) 피고인은 2011. 7. 8. 04:00경 위 서울영등포경찰서 형사과 사무실 앞에서 위 경찰서 교통사고조사계 소속 경장 공소외 8(36세)과 함께 형사계 건물로 이동하던 중, 피고인의 어머니가 경찰서에 도착한 것을 확인하고 갑자기 이동하던 중, 갑자기 땅바닥에 주저앉아 자해를 하려 하였고, 이에 위 공소외 8이 자해 방지를 위해 피고인을 일으켜 세우려 하자 입으로 위 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 8의 피고인의 신체를 보호하기 위한 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 8에게 약 3주간의 치료를 요하는 좌슬관절부인간교상을 가하였다.

#### 나. 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 피고인은 공소사실 기재 일시·장소에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 운전하다가 공소외 2 운전의 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받은 사고를 일으켰다.
- 2) 공소외 2가 사고처리를 하기 위하여 112에 신고하자, 피고인이 ‘사고가 경미한데 왜 경찰에 신고를 하느냐’고 항의하면서 피고인과 공소외 2 사이에 말다툼이 벌어졌다.

3) 112 신고를 받고 현장에 출동한 경찰관 공소외 1, 3은 피고인과 공소외 2를 격리한 후 이들로부터 사건 경위를 청취하는 한편 피고인에게 신분증의 제시를 요구하였고, 피고인은 경찰관 공소외 3에게 외국인등록증과 임시운전면허증을 교부하였다.

4) 경찰관 공소외 3은 피고인의 입에서 술냄새가 나자 피고인에게 음주감지기에 의한 음주측정을 요구하였고, 피고인이 이를 거부하자 피고인에게 '음주측정을 위하여 경찰서 교통사고조사반으로 함께 가자'고 하면서 임의동행을 요구하였다.

이 때 경찰관 공소외 3은 피고인에게 동행을 거부하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음을 고지하지 않았다.

5) 피고인은 경찰관 공소외 3의 임의동행 요구를 받고 순찰차에 타기 위하여 순찰차 쪽으로 가던 중 순찰차 인근 4-5m 지점에서 피고인의 여자친구가 성명불상의 남자 2명과 서로 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가고 하다가 차도와 인도의 경계턱에 발이 걸려 넘어졌다(공소외 1과 공소외 3은 피고인이 욕설을 하며 달려가고 행인들을 향해 발길질을 하면서 넘어졌다고 진술하였으나 공소외 5의 원심법정 진술에 의하면 위 각 진술은 믿기 어렵다).

6) 이에 경찰관 공소외 3과 공소외 5는 피고인을 뒤따라가 피고인의 두 팔을 잡고 피고인이 여자친구가 있는 쪽으로 가지 못하도록 제지하였고, 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위하여 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항하였다.

7) 경찰관들의 위와 같은 제지에도 불구하고 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위해서 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항을 하다가 경찰관 공소외 1의 정강이를 차게 되었고, 이에 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하였다.

8) 경찰관 공소외 1, 3, 5는 피고인을 수갑을 찬 상태로 순찰차에 태워 대림파출소로 데려갔다가, 다시 교통사고 및 음주운전 혐의 등에 대해 조사하기 위하여 영등포경찰서 교통사고조사계로 호송하기 위하여 피고인을 호송차량에 태웠으며, 피고인은 경찰관들의 위와 같은 행위에 저항하면서 위 가의 2)항 기재와 같이 머리로 경찰관 공소외 5의 안면을 들이받았다.

9) 피고인은 영등포경찰서 교통조사계에서 경찰관 공소외 9로부터 음주측정요구를 받았으나, 경찰관들이 자신을 때렸다고 하면서 위 음주측정요구에 불응하였다.

10) 그 후 피고인은 위 가의 1), 2)항 기재 공무집행방해 혐의에 대한 조사를 받기 위하여 영등포경찰서 형사계 건물로 이동하던 중 피고인을 붙들고 있는 경찰관과 함께 바닥에 넘어졌고, 경찰관 공소외 8이 피고인을 붙잡아 일으켜 세우려 하자 입으로 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

다.

판단

1) 각 공무집행방해의 점 및 피해자 공소외 5에 상해의 점에 관하여

가) 일반론

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 현행범인을 연행하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인이 그 경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로써 폭행을 하

였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니고(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결 등 참조), 현행법이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결 등 참조).

#### 나) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

- (1) 먼저 검사가 경찰관들이 여자친구와 실랑이를 하는 행인들을 향하여 달려가는 피고인을 붙잡은 행위가 경찰관직무집행법 제2조 제6호에 근거한 행위라고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고, 그 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서는 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결 등 참조).

위와 같은 법리와 경찰관직무집행법 제3조 내지 8조에 경찰관의 불심검문, 보호조치, 위험발생의 방지, 범죄의 예방과 제지, 위험방지를 위한 출입, 사실의 확인 등의 권한 및 이로 인하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취할 수 있는 요건과 권한이 명시되어 있고, 형사소송법 제199조 제1항은 "수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다.

다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

"고 규정하고 있는 점을 고려하면 위 경찰관직무집행법 제2조 제6호는 경찰관이 수행할 수 있는 직무의 목적에 해당하고 이를 위하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취하는 경우에는 경찰관직무집행법, 형사소송법 기타 관계법령의 개별규정에 정한 요건을 충족하여야 할 것이다.

- (2) 이 사건에 관하여 보건대, 경찰관 공소외 3은 피고인에게 음주측정을 위한 임의동행을 요구하면서 '동행을 거절하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음'을 피고인에게 고지하지 아니하였고, 순찰차로 이동하던 중 자신의 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 서로 말다툼 하는 것을 발견한 피고인이 동행과정에서 이탈하여 그 쪽으로 가는 것을 제지하였는바, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 보면 경찰관들이 피고인의 장소 이동을 물리적으로 저지한 것은 사실상의 강제 처분에 해당한다고 할 것이다.

- (3) 경찰관의 위와 같은 제지행위는 형사소송법상 체포, 긴급체포, 현행범체포에 해당하지 아니함은 명백하므로, 경찰관 직무집행법 제6조 제1항의 요건에 해당하는지 살펴본다.

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 "경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

"고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.

행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.

따라서 경찰관은 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태일 때에만 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 의하여 적법하게 그 행위를 제지할 수 있고, 그 범위 내에서만 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있는 것이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 등 참조).

그런데 이 사건에서는 피고인이 경찰관의 요구에 따라 순순히 순찰차에 탑승하던 도중 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가려고 하였음에 불과하므로 위와 같은 피고인의 행위를 가리켜 경찰관직무집행법 제6조 제1항에서 정하는 "범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있는" 상황으로 보기는 어렵다.

따라서 경찰관들이 피고인이 장소 이동을 하지 못하도록 피고인을 제지한 것은 경찰관직무집행법 제6조 제1항 소정의 적법요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

(4) 결국 경찰관들이 피고인을 제지한 행위는 법률상 아무런 근거 없이 행한 위법한 강제처분으로서 피고인이 위 1항 기재와 같이 경찰관 공소외 1을 폭행한 행위는 이에 대항하기 위한 행위로서 적법한 공무집행을 요건으로 하는 공무집행방해죄가 성립할 수 없다.

다) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 각 공무집행방해의 점

(1) 경찰관 공소외 1의 현행범 체포의 적법성

다음과 같은 이유로 경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위법하다.

(가) 피고인의 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해죄가 성립할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

(나) 또한 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포할 때 이른바 범죄사실, 체포 이유 및 변호인 선임권 등을 고지하였다고 진술하고 있고, 경찰관 공소외 3도 이에 부합하는 진술을 하고 있으나, 위 현행범체포에 관한 현행범인체포서와 변호인 선임권 등의 고지 확인서가 작성되지 않아 서류상 아무런 근거가 없어 위 각 진술을 믿기 어렵고 달리 경찰관 공소외 1이 현행범체포 시 위와 같은 고지를 하였다고 인정할 증거가 없다.

(다) 헌법 제12조 제1항에서는 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다.

누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

"고 헌법 제12조 제5항에서는 "누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.

"고 각 규정하고 있고 형사소송법 제213조의 2에서 준용하는 같은 법 제200조의 5에서는 "검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

"고 규정하고 있으므로 이를 위반하여 경찰관이 피고인을 체포할 당시 변호인 선임권 등을 고지하지 않았다면 그 체포행위는 헌법과 실정법을 정면으로 위반한 행위로서 형법상 보호가치 있는 직무집행이라고 할 수 없다.

이 사건에서 경찰관들은 체포 당시 현장에서 피고인보다 우리말을 잘 이해하고 통역을 해 줄 수 있는 한국어 능력을 갖춘 피고인의 여자친구를 통하여 위 원칙을 고지할 수 있었고, 현장에서 고지할 수 없었다고 하더라도 파출소나 경찰서에서 통역인을 통하여 사후에라도 고지할 수 있었음에도 기록상 위와 같은 시도를 하였다는 증거가 전혀 없다.

- (2) 이처럼 경찰관 공소외 1의 현행범 체포행위가 위법한 이상 피고인이 위와 같은 경찰관들의 위법한 체포에 대항하기 위하여 위 가의 2), 4)항 기재 행위를 하였다고 하더라도, 이 역시 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(특히 경찰관 공소외 8에 대한 공무집행방해의 점과 관련하여 위 경찰관의 직무집행이 자해를 하는 피고인의 신체를 보호하려는 행위로서 적법한 공무집행으로 볼 수 있는지 문제되나 이 또한 결국 경찰관 공소외 1의 위법한 현행범 체포로 인하여 피고인의 신체적 자유가 제한된 상황에서 발생한 것이므로 위 직무집행만 적법하다고 볼 수 없다).

#### 라) 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

피고인이 경찰관들에 의해 위법하게 체포되어 순찰차로 호송되는 과정 중에 그 체포에서 벗어나기 위하여 위 가의 2)항 기재와 같이 피해자 공소외 5에게 상해를 입혔다고 하더라도 이는 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다고 할 것이다.

#### 2) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위한 수사절차로서의 의미를 가지는 것인데, 도로교통법상의 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측정을 위하여 당해 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당한다.

이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 그 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구에 대해서까지 그에 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도8404 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰관들이 음주측정을 위하여 피고인에게 임의동행을 요구하였고, 피고인이 동행과정에서 이탈하기 위하여 저항을 하는 과정 중에 공소사실 기재와 같은 행위를 하자, 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하여 경찰서로 호송을 한 후 음주측정요구를 하였던 점에 비추어 보면 위 경찰관들은 전체적으로 보아 음주운전 여부 조사 목적으로도 피고인을 체포한 것으로 볼 수 있고, 경찰관은 위와 같은 위법한 체포상태를 이용하여 피고인에게 음주측정을 요구한 것이다.

따라서 위와 같은 음주측정 요구는 절차적 적법성을 갖추지 못한 위법한 음주측정 요구이므로 이에 응하지 아니한 피고인의 행위는 도로교통법상의 음주측정거부죄에 해당하지 않는다.

라. 결국 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

#### 4. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있으므로 피고인과 검사의 양형부당주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이를 파기하고 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인(양형부당)

원심의 형(벌금 300만 원)이 너무 무겁다.

나. 검사

##### 1) 사실오인 및 법리오해

가) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

경찰관 공소외 1, 3, 5가 피고인의 여자친구와 실랑이를 하는 행인을 향해 달려가는 피고인을 저지한 행위는 경찰관직무집행법 제2조 제6호, 제6조 제1항에 근거한 적법한 직무집행으로서 위와 같이 직무를 수행하던 경찰관 공소외 1을 폭행한 피고인의 행위는 공무집행방해의 구성요건을 충족한다.

나) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 공무집행방해 및 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위 가)항에서 본 바와 같이 피고인의 행위가 공무집행방해죄에 해당하고, 위 경찰관은 피고인에게 범죄사실, 체포이유 및 변호인선임권 등을 고지하였으며, 가사 고지하지 않았다고 하더라도 피고인이 외국인으로서 그 고지내용을 알아들을 수 없으므로 위 현행범체포 이후에 행하여지는 경찰관들의 직무집행이 형법상 보호될 수 없는 직무집행이라고 볼 수 없다.

다) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 적법하고, 가사 위 체포가 위법하다고 하더라도 이 사건은 음주측정요구를 위하여 체포한 상황이 아니라 공무집행방해 혐의로 체포되었던 것이므로 체포행위의 적법여부와 음주측정요구의 적법여부는 개별적으로 평가함이 상당하다.

##### 2) 양형부당

위 원심의 형이 너무 가볍다.

##### 2. 직권판단

검사는 당심에서 아래 제3의 가항 기재와 같은 내용으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로 이 점에서 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그럼에도 불구하고 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 항을 달리 하여 살펴본다.

##### 3. 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관하여

가. 변경된 공소사실의 요지



1) 피고인은 2011. 7. 8. 02:00경 서울 영등포구 대림동 1050의 57에 있는 대림역 12번 출구 앞 도로에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 후진하여 가던 중 남구로역 방면에서 신풍역 방명으로 진행하고 있던 공소외 2가 운전하는 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받았다.

공소외 2가 사고 처리를 위해 112에 신고하자, 피고인은 경미한 사고인데 왜 신고를 하나며 공소외 2에게 시비를 걸다가 공소외 2의 뺨을 때렸다.

신고를 받고 현장에 출동한 서울 영등포경찰서 대림파출소 소속 경사 공소외 1, 경장 공소외 3 등은 공소외 2와 피고인을 분리한 후 공소외 2로부터 사고내역과 함께 피고인이 공소외 2를 폭행하였다는 사실을 청취하였다.

경장 공소외 3은 피고인의 입에서 술 냄새가 나는 등 피고인이 술을 마시고 운전한 것으로 의심되자 음주감지기로 음주여부를 확인하고자 하였으나 피고인은 이를 거부하였다.

이에 경장 공소외 3과 경사 공소외 1이 피고인에게 음주운전에 의한 교통사고로 의심되니 교통사고조사반으로 함께 가자고 하였으나 피고인은 이를 거부하고 "잡아가려면 잡아가라"며 머리로 경사 공소외 1의 가슴을 2회 들이받았다.

그러다가 피고인은 계속된 경찰관의 설득에 응하여 순찰차에 탑승하려고 가던 중 피고인의 여자친구가 "당신들이 뭔데 목격자라고 하느냐"며 교통사고 목격자들과 말다툼을 하여 시비가 붙은 것을 보고는 갑자기 이들을 향해 달려가며 발길질을 하려 하였다.

피고인이 목격자들을 폭행하기 위해 달려가는 것으로 판단한 경장 공소외 3, 경사 공소외 1, 순경 공소외 5가 피고인의 팔을 붙잡고 제지하자 피고인은 반항하면서 발로 경사 공소외 1의 정강이를 1회 걷어찼다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 1을 폭행하여 범죄수사 및 범죄예방에 관한 공소외 1의 정당한 직무집행을 방해하였다.

2) 피고인은 2011. 7. 8. 02:30경 위 1)항 장소에서 경사 공소외 1에 대한 공무집행방해로 현행범 체포되어 위 대림파출소에 인치 후 공무집행방해 및 음주운전 혐의 등에 대한 조사를 위해 순경 공소외 5(34세) 등과 함께 호송차량에 탑승하던 중 호송차량 유리창에 2~3회 가랑 머리를 들이받고 위 공소외 5가 피고인을 호송차량에 태우자 갑자기 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받고, 서울 영등포구 서울영등포경찰서에 도착하여 교통사고조사계로 이동하던 중 또다시 머리로 위 공소외 5의 안면을 들이받았다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 5의 현행범인 호송에 관한 공소외 5의 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 5에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부좌상을 가하였다.

3) 피고인은 2011. 7. 8. 03:08경 위 서울영등포경찰서 교통사고조사계에서 피고인이 1항과 같이 입에서 술 냄새가 나는 등 술에 취한 상태에서 운전하였다고 인정할만한 상당한 이유가 있어 경사 공소외 9로부터 그때부터 같은 날 03:43경까지 4회에 걸쳐 음주측정 요구를 받았으나 정당한 이유 없이 측정에 응하지 아니하였다.

4) 피고인은 2011. 7. 8. 04:00경 위 서울영등포경찰서 형사과 사무실 앞에서 위 경찰서 교통사고조사계 소속 경장 공소외 8(36세)과 함께 형사계 건물로 이동하던 중, 피고인의 어머니가 경찰서에 도착한 것을 확인하고 갑자기 이동하던 중, 갑자기 땅바닥에 주저앉아 자해를 하려 하였고, 이에 위 공소외 8이 자해 방지를 위해 피고인을 일으켜 세우려 하자 입으로 위 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.

이로써 피고인은 공무원인 경찰관 공소외 8의 피고인의 신체를 보호하기 위한 정당한 직무집행을 방해함과 동시에 피해자 공소외 8에게 약 3주간의 치료를 요하는 좌슬관절부인간교상을 가하였다.

## 나. 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 피고인은 공소사실 기재 일시·장소에서 (차량번호 1 생략) 쏘나타 승용차를 운전하다가 공소외 2 운전의 (차량번호 2 생략) 택시를 들이받은 사고를 일으켰다.
  - 2) 공소외 2가 사고처리를 하기 위하여 112에 신고하자, 피고인이 '사고가 경미한데 왜 경찰에 신고를 하느냐'고 항의하면서 피고인과 공소외 2 사이에 말다툼이 벌어졌다.
  - 3) 112 신고를 받고 현장에 출동한 경찰관 공소외 1, 3은 피고인과 공소외 2를 격리한 후 이들로부터 사건 경위를 청취하는 한편 피고인에게 신분증의 제시를 요구하였고, 피고인은 경찰관 공소외 3에게 외국인등록증과 임시운전면허증을 교부하였다.
  - 4) 경찰관 공소외 3은 피고인의 입에서 술냄새가 나자 피고인에게 음주감지기에 의한 음주측정을 요구하였고, 피고인이 이를 거부하자 피고인에게 '음주측정을 위하여 경찰서 교통사고조사반으로 함께 가자'고 하면서 임의동행을 요구하였다.
  - 이 때 경찰관 공소외 3은 피고인에게 동행을 거부하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음을 고지하지 않았다.
  - 5) 피고인은 경찰관 공소외 3의 임의동행 요구를 받고 순찰차에 타기 위하여 순찰차 쪽으로 가던 중 순찰차 인근 4-5m 지점에서 피고인의 여자친구가 성명불상의 남자 2명과 서로 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가고 하다가 차도와 인도의 경계턱에 발이 걸려 넘어졌다(공소외 1과 공소외 3은 피고인이 욕설을 하며 달려가고 행인들을 향해 발길질을 하면서 넘어졌다고 진술하였으나 공소외 5의 원심법정 진술에 의하면 위 각 진술은 믿기 어렵다).
  - 6) 이에 경찰관 공소외 3과 공소외 5는 피고인을 뒤따라가 피고인의 두 팔을 잡고 피고인이 여자친구가 있는 쪽으로 가지 못하도록 제지하였고, 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위하여 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항하였다.
  - 7) 경찰관들의 위와 같은 제지에도 불구하고 피고인은 여자친구가 있는 쪽으로 가기 위해서 경찰들의 팔을 뿌리치면서 거세게 저항을 하다가 경찰관 공소외 1의 정강이를 차게 되었고, 이에 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하였다.
  - 8) 경찰관 공소외 1, 3, 5는 피고인을 수갑을 찬 상태로 순찰차에 태워 대림파출소로 데려갔다가, 다시 교통사고 및 음주운전 혐의 등에 대해 조사하기 위하여 영등포경찰서 교통사고조사계로 호송하기 위하여 피고인을 호송차량에 태웠으며, 피고인은 경찰관들의 위와 같은 행위에 저항하면서 위 가의 2)항 기재와 같이 머리로 경찰관 공소외 5의 안면을 들이받았다.
  - 9) 피고인은 영등포경찰서 교통조사계에서 경찰관 공소외 9로부터 음주측정요구를 받았으나, 경찰관들이 자신을 때렸다고 하면서 위 음주측정요구에 불응하였다.
  - 10) 그 후 피고인은 위 가의 1), 2)항 기재 공무집행방해 혐의에 대한 조사를 받기 위하여 영등포경찰서 형사계 건물로 이동하던 중 피고인을 붙들고 있는 경찰관과 함께 바닥에 넘어졌고, 경찰관 공소외 8이 피고인을 붙잡아 일으켜 세우려 하자 입으로 공소외 8의 왼쪽 무릎을 1회 깨물었다.
- 다.

판단

1) 각 공무집행방해의 점 및 피해자 공소외 5에 상해의 점에 관하여

가) 일반론

형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 현행범인을 연행하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인이 그 경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로써 폭행을 하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니고(대법원 2000. 7. 4. 선고 99도4341 판결 등 참조), 현행범이 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결 등 참조).

나) 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해의 점

(1) 먼저 검사가 경찰관들이 여자친구와 실랑이를 하는 행인들을 향하여 달려가는 피고인을 붙잡은 행위가 경찰관직무집행법 제2조 제6호에 근거한 행위라고 주장하므로 이에 관하여 살펴본다.

경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고, 그 직무의 원활한 수행을 위하여 경찰관직무집행법, 형사소송법 등 관계 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서는 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 가지 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이고, 그러한 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이다(대법원 2004. 9. 23. 선고 2003다49009 판결 등 참조).

위와 같은 법리와 경찰관직무집행법 제3조 내지 8조에 경찰관의 불심검문, 보호조치, 위험발생의 방지, 범죄의 예방과 제지, 위험방지를 위한 출입, 사실의 확인 등의 권한 및 이로 인하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취할 수 있는 요건과 권한이 명시되어 있고, 형사소송법 제199조 제1항은 "수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다.

다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

"고 규정하고 있는 점을 고려하면 위 경찰관직무집행법 제2조 제6호는 경찰관이 수행할 수 있는 직무의 목적에 해당하고 이를 위하여 대인적 또는 대물적 강제조치를 취하는 경우에는 경찰관직무집행법, 형사소송법 기타 관계법령의 개별규정에 정한 요건을 충족하여야 할 것이다.

(2) 이 사건에 관하여 보건대, 경찰관 공소외 3은 피고인에게 음주측정을 위한 임의동행을 요구하면서 '동행을 거절하거나 동행과정에서 언제든지 이탈할 수 있음'을 피고인에게 고지하지 아니하였고, 순찰차로 이동하던 중 자신의 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 서로 말다툼 하는 것을 발견한 피고인이 동행과정에서 이탈하여 그 쪽으로 가는 것을 제지하였는바, 이러한 일련의 과정을 전체적으로 보면 경찰관들이 피고인의 장소 이동을 물리적으로 저지한 것은 사실상의 강제 처분에 해당한다고 할 것이다.

(3) 경찰관의 위와 같은 제지행위는 형사소송법상 체포, 긴급체포, 현행범체포에 해당하지 아니함은 명백하므로, 경찰관 직무집행법 제6조 제1항의 요건에 해당하는지 살펴본다.

경찰관직무집행법 제6조 제1항은 "경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

"고 규정하고 있는데, 위 조항 중 경찰관의 제지에 관한 부분은 범죄의 예방을 위한 경찰 행정상 즉시강제 즉, 눈앞의 급박한 경찰상 장애를 제거하여야 할 필요가 있고 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 의무를 명하는 방법으로는 그 목적을 달성하기 어려운 상황에서 의무불이행을 전제로 하지 아니하고 경찰이 직접 실력을 행사하여 경찰상 필요한 상태를 실현하는 권력적 사실행위에 관한 근거조항이다.

행정상 즉시강제는 그 본질상 행정 목적 달성을 위하여 불가피한 한도 내에서 예외적으로 허용되는 것이므로, 위 조항에 의한 경찰관의 제지 조치 역시 그러한 조치가 불가피한 최소한도 내에서만 행사되도록 그 발동·행사 요건을 신중하고 엄격하게 해석하여야 하고, 그러한 해석·적용의 범위 내에서만 우리 헌법상 신체의 자유 등 기본권 보장 조항과 그 정신 및 해석 원칙에 합치될 수 있다.

따라서 경찰관은 형사처벌의 대상이 되는 행위가 눈앞에서 막 이루어지려고 하는 것이 객관적으로 인정될 수 있는 상황이고, 그 행위를 당장 제지하지 않으면 곧 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 상황이어서, 직접 제지하는 방법 외에는 위와 같은 결과를 막을 수 없는 절박한 사태일 때에만 경찰관직무집행법 제6조 제1항에 의하여 적법하게 그 행위를 제지할 수 있고, 그 범위 내에서만 경찰관의 제지 조치가 적법한 직무집행으로 평가될 수 있는 것이다(대법원 2008. 11. 13. 선고 2007도9794 판결 등 참조).

그런데 이 사건에서는 피고인이 경찰관의 요구에 따라 순순히 순찰차에 탑승하던 도중 여자친구와 성명불상의 남자 2명이 말다툼을 하고 있는 것을 발견하고 그 쪽으로 뛰어가려고 하였음에 불과하므로 위와 같은 피고인의 행위를 가리켜 경찰관직무집행법 제6조 제1항에서 정하는 "범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있는" 상황으로 보기는 어렵다.

따라서 경찰관들이 피고인이 장소 이동을 하지 못하도록 피고인을 제지한 것은 경찰관직무집행법 제6조 제1항 소정의 적법요건을 갖추었다고 볼 수 없다.

(4) 결국 경찰관들이 피고인을 제지한 행위는 법률상 아무런 근거 없이 행한 위법한 강제처분으로서 피고인이 위 1항 기재와 같이 경찰관 공소외 1을 폭행한 행위는 이에 대항하기 위한 행위로서 적법한 공무집행을 요건으로 하는 공무집행방해죄가 성립할 수 없다.

다) 경찰관 공소외 5, 8에 대한 각 공무집행방해의 점

(1) 경찰관 공소외 1의 현행범 체포의 적법성

다음과 같은 이유로 경찰관 공소외 1의 현행범 체포는 위법하다.

(가) 피고인의 경찰관 공소외 1에 대한 공무집행방해죄가 성립할 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

(나) 또한 경찰관 공소외 1은 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포할 때 이른바 범죄사실, 체포 이유 및 변호인 선임권 등을 고지하였다고 진술하고 있고, 경찰관 공소외 3도 이에 부합하는 진술을 하고 있으나, 위 현행범체포에 관한 현행범인체포서와 변호인 선임권 등의 고지 확인서가 작성되지 않아 서류상 아무런 근거가 없어 위 각 진술을 믿기 어렵고 달리 경찰관 공소외 1이 현행범체포 시 위와 같은 고지를 하였다고 인정할 증거가 없다.

(ㄷ) 헌법 제12조 제1항에서는 "모든 국민은 신체의 자유를 가진다.

누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

"고 헌법 제12조 제5항에서는 "누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.

"고 각 규정하고 있고 형사소송법 제213조의 2에서 준용하는 같은 법 제200조의 5에서는 "검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.

"고 규정하고 있으므로 이를 위반하여 경찰관이 피고인을 체포할 당시 변호인 선임권 등을 고지하지 않았다면 그 체포행위는 헌법과 실정법을 정면으로 위반한 행위로서 형법상 보호가치 있는 직무집행이라고 할 수 없다.

이 사건에서 경찰관들은 체포 당시 현장에서 피고인보다 우리말을 잘 이해하고 통역을 해 줄 수 있는 한국어 능력을 갖춘 피고인의 여자친구를 통하여 위 원칙을 고지할 수 있었고, 현장에서 고지할 수 없었다고 하더라도 파출소나 경찰서에서 통역인을 통하여 사후에라도 고지할 수 있었음에도 기록상 위와 같은 시도를 하였다는 증거가 전혀 없다.

(2) 이처럼 경찰관 공소외 1의 현행범 체포행위가 위법한 이상 피고인이 위와 같은 경찰관들의 위법한 체포에 대항하기 위하여 위 가의 2), 4)항 기재 행위를 하였다고 하더라도, 이 역시 공무집행방해죄가 성립하지 않는다(특히 경찰관 공소외 8에 대한 공무집행방해의 점과 관련하여 위 경찰관의 직무집행이 자해를 하는 피고인의 신체를 보호하려는 행위로서 적법한 공무집행으로 볼 수 있는지 문제되나 이 또한 결국 경찰관 공소외 1의 위법한 현행범 체포로 인하여 피고인의 신체적 자유가 제한된 상황에서 발생한 것이므로 위 직무집행만 적법하다고 볼 수 없다).

라) 피해자 공소외 5에 대한 상해의 점

피고인이 경찰관들에 의해 위법하게 체포되어 순찰차로 호송되는 과정 중에 그 체포에서 벗어나기 위하여 위 가의 2)항 기재와 같이 피해자 공소외 5에게 상해를 입혔다고 하더라도 이는 불법체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다고 할 것이다.

2) 도로교통법위반(음주측정거부)의 점

교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유만으로 이루어지는 음주측정은 이미 행하여진 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위한 수사절차로서의 의미를 가지는 것인데, 도로교통법상의 규정들이 음주측정을 위한 강제처분의 근거가 될 수 없으므로 위와 같은 음주측정을 위하여 당해 운전자를 강제로 연행하기 위해서는 수사상의 강제처분에 관한 형사소송법상의 절차에 따라야 하고, 이러한 절차를 무시한 채 이루어진 강제연행은 위법한 체포에 해당한다.

이와 같은 위법한 체포 상태에서 음주측정요구가 이루어진 경우, 음주측정요구를 위한 위법한 체포와 그에 이은 음주측정요구는 주취운전이라는 범죄행위에 대한 증거 수집을 위하여 연속하여 이루어진 것으로서 개별적으로 그 적법 여부를 평가하는 것은 적절하지 않으므로 그 일련의 과정을 전체적으로 보아 위법한 음주측정요구가 있었던 것으로 볼 수밖에 없고, 운전자가 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다 하더라도 그 운전자에게 경찰공무원의 이와 같은 위법한 음주측정요구에 대해서까지 그에 응할 의무가 있다고 보아 이를 강제하는 것은 부당하므로 그에 불응하였다고 하여 음주측정거부에 관한 도로교통법 위반죄로 처벌할 수 없다(대법원 2006. 11. 9. 선고

2004도8404 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 살펴본 바와 같이 경찰관들이 음주측정을 위하여 피고인에게 임의동행을 요구하였고, 피고인이 동행과정에서 이탈하기 위하여 저항을 하는 과정 중에 공소사실 기재와 같은 행위를 하자, 피고인을 공무집행방해죄의 현행범으로 체포하여 경찰서로 호송을 한 후 음주측정요구를 하였던 점에 비추어 보면 위 경찰관들은 전체적으로 보아 음주운전 여부 조사 목적으로도 피고인을 체포한 것으로 볼 수 있고, 경찰관은 위와 같은 위법한 체포상태를 이용하여 피고인에게 음주측정을 요구한 것이다.

따라서 위와 같은 음주측정 요구는 절차적 적법성을 갖추지 못한 위법한 음주측정 요구이므로 이에 응하지 아니한 피고인의 행위는 도로교통법상의 음주측정거부죄에 해당하지 않는다.

라. 결국 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

#### 4. 결론

그렇다면 원심판결에는 위와 같은 직권파기 사유가 있으므로 피고인과 검사의 양형부당주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이를 파기하고 다시 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.