

# 미국 형사사법 운영 대강\*

高 光 羽\*\*

## 1. 머 리 말

형사소송 절차에 있어서 그 구조가 대륙법제도와 영·미법제도로 크게 구분되고, 미국의 형사소송 절차가 후자에 속하는 것은 주지하는 바와 같다. 따라서 미국의 형사소송절차에서는 대륙법제도에서의 직권주의 대신에 당사자주의가 지배하고, 또한 그 소추 및 재판과정에서 비법률가인 배심이 관여하고 있다. 당사자주의는 피해자와 피고인에게 국가권력을 대표하는 검찰관과 대등한 위치를 가지게 하는 점에서 배심은 피의자의 소추, 피고인의 심판을 국가권력의 판단에 일임하지 않고 직접 시민이 그에 참여한다는 의미에서 다 같이 국가권력을 불신하고, 개인 내지 피의자 혹은 피고인의 자유와 권리보호에 만전을 기한다는 데 그 제도의 목적과의 의가 있다 할 것이다.

또 미국의 형사소송 절차는 보통법체제에 서 있다. 즉 대륙법 체제에서는 그 법원(法源)이 주로 성문법인데 반하여, 영·미법 체제에서는 그 법원이 주로 법원의 판결이다. 따라서 그 형사소송 절차도 일반적으로 법원의 판결에 의하여 형성·발달되어 온 것이다. 그리하여 미국의 형사소송절차의 이해는 우선 미국 법원의 그에 대한 판결의 이해에 의하여 달성되어 진다.

또 하나 미국의 형사소송 절차의 특징은 미국이 이중주권에 입각한 연방국가이기 때문에 단일주권국가에서 볼 수 없는 법절차의 다양한 차이를 가지고 있다는 점이다. 즉 연방에는 연방고유의 형사소송 절차가 있고, 50개주는 각 주대로 각각 특유한 절차를 가지고 있는 것이다. 따라서 미국법, 여기서는 미국의 형사소송법을 말함에 있어서는 그 연방과 주에 일반적으로 공통되는 절차를 뜻하는 것이며, 그것이 연방 혹은 특정 주에 반드시 타당한 것이라고는 단언할 수 없다. 오직 연방 대심원은 각 주의 판결이 연방헌법에 위배하였을 경우에는 이에 관여하게 되는 것이다.

그러면 미국의 형사사법은 실제 구체적으로 어떻게 운영되고 있는가? 이를 형사소송의 절차적 순서에 따라 그 특이점과 문제점을 따져 보기로 한다.

\* 이 글은 필자가 이미 「검찰」 1971년 1호에 발표했던 것임을 밝혀둔다.

\*\* 광주 고등검찰청 검사

## 2. 범죄수사의 개시와 그 방법

### ① 범죄수사의 개시

범죄수사는 경찰이 그 일차적 책임을 가지고 있다. 그러나 때로는 검찰관도 특별한 범죄에 대한 수사의 책임을 가지고 있으며, 이를 위하여 일단의 수사관을 검찰청에 소속시키고 있기도 하다.

범죄수사는 피해자 혹은 기타의 자의 고소, 고발 혹은 수사기관의 직접적인 인지에 의하여 개시된다. 그러나 고소, 고발 혹은 그 취소는 미국 형사소송절차에 소송조건과 친고죄등의 관념이 전혀없기 때문에 수사 혹은 공소제기와 아무런 관계가 없고 다만 범죄정상에 관계될 뿐이다.

범죄수사의 개시를 제어하는 기준에 관하여서는 수사가 개시되기 전에 범죄혐의에 대한 어떠한 기초가 있어야 한다는 법적 요건이 설정되어진 바 없다. 따라서 무행한 시민이 수사받는 고통을 감수해야 할 위험이 있다 할 것이다.

### ② 범죄수사의 방법

범죄수사의 방법에는 보통 감시(Surveillance), 비밀공작(Undercover Operation), 가두검문(Field Interrogation) 및 수색과 압수(Search and Seizure)가 있다.

(a) 먼저 감시는 사람, 가옥, 차량 기타 물건에 대하여 그 활동 동일성의 확인 그리고 그 접촉에 관한 구체적인 정보를 얻기 위하여 이를 관찰하는 절차이다. 따라서 감시는 비밀공작과 혼동되어서는 아니된다. 감시와 비밀공작은 경찰관이 자기의 신분을 은폐하려드는 점에 있어서는 같으나, 감시에 있어서는 경찰관은 대상과의 접촉을 피하는 반면, 비밀공작에 있어서는 경찰관은 감시에 의하여 얻어진 정보에 근거하여 대상과의 직접적 접촉을 시도하는 것이다.

감시는 흔히 특정의 범집행기관이 조직화된 범죄의 탐지를 위하여 행하여 지며 그것에는 단순한 미행과 엿듣기(Eavesdropping)를 포함하여 각종의 전기장치에 의한 극소의 혹은 가장된 도청확성기 및 와이어 태핑(Wire Tapping)에 이르기까지 사용된다.

통상적인 감시 즉 미행과 망보기는 별로 어떤 법적인 문제를 일으키지 않는다. 미행이 어떠한 정보를 위한 것이 아니고, 명백히 상대방을 괴롭히기 위한 것인 경우에는 허용되지 않는 것은 당연한 것이다. 그러나 그것이 범죄의 방지 혹은 그 증거수집을 위한 선의의 노력임이 증명되는 경우에는 허용되어 오고 있다.

연방대심원은 엿듣기에 있어 1966년 카트라이트(Cartwright) 사건에서 경찰관이 아편판매 혐의자의 아파트 바로 옆에 아파트를 얻어 그 벽 사이를 통하여 그 혐의자의 대화를 엿듣은

사안에 대하여 그것은 개인의 사생활의 비밀(Privacy)에 대한 위협인 전자적 장치의 사용과 비교될 수 없고, 경찰관은 그 아파트에 거주할 권리가 있기 때문에 그 벽 사이를 통하여 엿들은 정보는 수색영장 발부의 근거가 될 수 있다고 판시하였다.

와이어 태핑에 대하여 연방대심원은 1967년 캐츠(Katz) 사건에서 경찰관이 공중전화에 전자녹음장치를 설치하고 도청·녹음한 사안에 대하여 개인의 사생활의 비밀의 보장은 다만 일정한 구역의 물리적 침해 여부에 의존하는 것이 아니며, 따라서 경찰관의 전시 행위는 개인의 사생활을 침해하는 것으로서 헌법상 의미의 수색과 압수가 되는 것이며 그러므로 그러한 유의 감시는 극히 한정되어 정당한 권한이 부여된 판사가 그러한 수사의 필요성과 그 근거 및 그 수사범위를 알고 적절한 보장으로 제한된 범위에서 이를 허가하여야 하는 것으로, 이에 위반된 수색은 그 자체로서 헌법 위반이라고 판시하였다.

이에 대한 각 주의 입법사정을 살펴보면 1967년까지 캘리포니아 등 7개주는 기계 혹은 전자장치에 의한 은밀한 엿듣기를 금하고, 그 중 6개주는 법원에서 허가한 엿듣기를 허용하며, 약 36개주는 와이어 태핑을 금하나, 그 중 27개 주는 법원에서 허가한 엿듣기를 허용하고 있다. 이어 연방에서는 1968년 「총괄적 범죄단속과 가두안전에 관한 법률」(Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968)을 제정하여 원칙적으로 전자장치에 의한 엿듣기와 와이어 태핑을 금하고, 다만 예외적으로 특정류의 범죄 즉 중죄와 조직화된 범죄에 대하여 법원 허가에 의한 엿듣기와 와이어 태핑을 인정하고 있는 것이다.

#### (b) 비밀공작

이미 말한 바와 같이 비밀공작에 있어서는 감시에 있어서와는 달리 경찰관 혹은 그의 정보원은 혐의자와의 어느 정도의 연관, 관여 혹은 자료 형태의 공개적 접촉을 가진다. 그러나 그 비밀공작원의 신분은 밝혀지지 않기 때문에 이것 역시 비밀탐정 기술의 하나인 것이다.

비밀공작에는 경찰관 자신이 비밀공작원인 경우에 그들은 가장된 역할로서 어떤 범죄활동에 가담하는 것이 정당화 될 수 있는가, 들은 바를 비밀히 녹음할 수 있는가, 혐의자의 범의를 시험하기 위하여 그를 유혹할 수 있는가 혹은 범인 발견 후 즉시 범인을 체포하여야 할 의무가 있는가 등의 문제에 부딪치게 된다. 경찰관이 특별정보원을 쓸 경우에도 문제는 위와 같은 것이나 그 정보원이 혐의자의 범죄적 환경에서 이끌어 내어진 경우에는 복수 혹은 기타 동기로서 혐의자를 범죄에 연루시킬 위협성이 있기 때문에 그 정보원으로부터 얻은 정보가 신뢰성이 있는 것인가 하는 또 하나의 문제가 있다 할 것이다.

이 영역에는 증거의 배척, 함정수사(Encouragement)에 대한 피고인측의 방어(Defence) 그리고 판사의 경찰관의 비행을 이유로 한 그 사건의 기각등 이외는 이를 제어하는 법적 장치가 되어 있지 않고 있다. 다른 영역에서 영장수속을 통하여 이루어진 것과 같은 재판상의 허가 절차를 만들려는 노력도 없었고 경찰행정자들의 그 사용을 제어하는 기준을 설정하려는 시도

도 없었던 것이다.

연방대심원은 정보원 이용에 대하여 1966년 호파(Hoffa) 사건에서 혐의자가 스스로 그의 위법행위를 제 3자인 정보원에게 말한 경우 헌법은 그 정보원이 이를 누설하지 않을 것이라는 혐의자의 그릇된 신념을 보호하지 않으며, 비밀정보원의 사용은 그 자체로서 헌법위반이 아니라고 판시하였다.

그러나 함정수사는 연방과 거의 모든 주에서 하나의 인정되어 있는 피고인측의 방어로 되어 있다. 연방대심원은 이 문제에 대하여 유명한 소렐스(Sorrells) 사건과 셔만(Sherman) 사건에서 그 범죄가 경찰에 의하여 계획되고 피고인이 그러한 경찰의 계획이 없었으면 하등 그러한 범죄를 범하지 않았을 경우에는 법은 그러한 경찰에 의하여 사수된 사건에 적용되어지는 것으로 의도된 것이 아니라는 이론에 근거하여 위법성이 없는 것이라고 판시하였다. 그러나 연방 하급심법원은 아직도 함정수사가 피고인의 방어가 되려면 경찰관이 그 범죄를 사수하였을 뿐만 아니라 피고인이 그 범죄를 범하고 있거나 혹은 범하려 하였다는 합리적인 의심이 없어야 한다는 것을 요구하고 있는 것이다.

비밀공작에는 그 신뢰성을 확보하기 위하여 여러가지의 장치가 사용될 수 있다. 그러나 이에 대하여는 특별한 문제가 있는 것이다. 즉 비밀공작원이 혐의자와의 대화에서 알게 된 것을 보고할 때는 혐의자가 이에 이의를 제기할 하등의 이유가 없다는 것은 거의 의심할 여지가 없으나, 그 비밀공작원이 그러한 장치에 의하여 그 대화를 비밀로 녹음하거나 발신할 때는 엿듣기와 와이어 태핑과 같이 개인의 사생활의 비밀을 위협할 것은 틀림없으므로 문제가 일어난다. 연방대심원은 1963년 로프스(Lopes) 사건과 1966년 오스본(Osborn) 사건에서 그 대화의 한 당사자가 동의한 경우 기계적 혹은 전자적 장치를 사용하여 그 대화를 녹음하는 것은 적법한 것으로 판시하였으며, 더욱이 그 진술이 공중연설 같이 일반적으로 공중에게 전파시킬 목적으로 행하여진 경우에는 그러한 장치를 사용 이를 녹음하는 것은 위법이 아닌 것으로 인정되어 있다.

(c) 가두 검문

대체로 감시와 비밀공작이 경찰에 있어서의 특수 수사전문가의 과업인데 반하여 가두검문은 보통 일반 순찰 경찰관의 직무이다. 가두검문은 정지와 질문을 포함하며 경찰관은 수상한 정황에 있는 자를 정지시켜 그의 특정한 행위에 대하여 만족할 만한 설명을 요구하는 것이다. 따라서 때때로 가두검문은 피검문자를 체포하는데 충분한 정보를 가져오기도 하고 혹은 혐의가 그대로 계속되어 가두에서 해결되어 질 수 없는 경우도 있다. 그리고 가두검문에 통상 따르는 것은 경찰관이 자신의 신변을 보호하기 위하여 피검문자의 무기 소지여부를 검색하는 것이다.

가두검문은 그 성질에 있어 일반경찰관과 일반시민과의 중요한 접촉점이다. 따라서 일반준

법시민은 그것이 정중하게 행하여질 때는 이를 받아들이는 것이나, 빈민촌의 거주자들은 실제 그들의 인종 혹은 빈궁때문에 심한 차별취급을 받는다는 이유로 이에 대하여 강력한 적대감을 가지고 있다.

경찰관의 가두검문에 대한 권한의 한계는 뉴욕주등 소수의 주를 제외한 대부분의 주에서 다 같이 명백히 되어 있지 않다. 그 결과 그에 대한 경찰 자체의 지침도 거의 없는 것이다. 따라서 가두검문은 때때로 아무런 혐의의 근거도 없이 대대적 규모로서 행하여지고 때때로 소수의 유색중립한 그룹에 대하여 그들을 차별취급하는 방법으로 행하여 지기도 한다.

가두검색에서 발견된 증거물에 대하여 연방대심원은 1968년 테리(Terry) 사건에서 경찰관이 가두검문에서 흉기를 수색 압수한 사안에 대하여 그것은 경찰관이 가두검문 과정에서 수색하는 것이 정당한가의 문제라고 전제하고 경찰관이 상대방의 흉기를 가진 위험한 존재라고 믿을 만한 이유가 있는 경우에는 그를 범죄를 범하였다고 하여 체포할 상당한 이유가 있건 없건 간에 제한된 범위내에서 흉기를 소지하였는지를 확인하기 위하여 수색할 수 있는 권한을 가지고 있다고 하고, 그 수색에서 압수된 어떠한 흉기도 증거로서 허용될 수 있다고 판시하였다. 그러나 동 법원은 동년 씨브론(Sibron) 사건에서 경찰관이 가두순찰중 피고인이 아편 중독자등과 대화를 나누는 것을 보고 음식점에 따라 들어가 피고인에게 “내가 누구인지 알지” 하고 물은 후 피고인이 무어라고 중얼거리면서 호주머니에 손을 넣자 이에 경찰관은 그 호주머니에 재빨리 손을 넣고 봉투를 꺼냈던 바 그것이 헤로인 마약이었던 사안에 대하여는 연방대심원은 주법이 허용한 수색 혹은 압수의 정당성을 심사하였는데, 여기에 있어서의 문제는 그 수색 혹은 압수가 주법에 의하여 인정되었느냐 않았느냐의 것이 아니라, 오히려 그 수색이 헌법상 합리적이었느냐 아니었느냐의 것이라고 하면서 경찰관은 피고인이 흉기를 소지하였다고 믿을만한 하등 합리적인 근거도 갖지 않았고, 또한 그 수색도 제한된 권한의 범위를 넘어서 행하여진 것으로 그 수색에서 압수된 마약은 증거로서 허용될 수 없다고 판시하였다.

#### (d) 수색과 압수

수색은 어떤 사물, 장소 혹은 사람에 대한 물리적 조사의 기본관념이, 압수는 그 사물에 대한 물리적 지배의 기본관념이 오래동안 지배되어 왔기 때문에 수색 혹은 압수가 행하여 졌느냐 않았느냐의 문제는 주로 불법행위와 유형적 재물의 이론에 의존되어 왔었다. 그러나 연방대심원은 이미 말한 바와 같이 1967년 카츠(Katz) 사건에서 수색·압수의 관념에 이러한 제한을 배척하고 개인의 사생활의 비밀에 대한 합리적인 기대를 침해하는 것도 이에 포함시키기에 이르렀던 것이다.

수색은 판사의 사전 영장에 의하여 행하여지는 경우와 특정한 경우 그 영장없이 행하여지는 경우가 있다. 수색이 판사의 사전영장없이 허용되는 경우는 체포에 부수하여 행하여지는 경우, 범인의 발견 기타 긴급한 경우, 피수색자의 동의가 있는 경우 및 행정적 규제를 목적으로

로 하는 경우로 구별될 수 있다.

판사가 수색영장을 발부하는데 있어서나 혹은 경찰관이 영장없이 수색하는 경우에 있어서 는 범죄혐의에 대한 “상당한 이유”(Probable cause)가 있어야 한다. 그러나 그 상당한 이유가 전문증거의 사실로 구성되어도 무방한가에 대하여는 법원의 견해가 나누어져 있다. 연방 과 다수의 주에서는 그것이 전문사실로 구성되어 있을 경우에도 충분한 것으로 인정하나, 다수의 다른 주는 전문증거로서는 부족하고 선서공술서(Affidavit)에 선서하는 자의 직접지득(First-hand Knowledge) 사실을 요구하고 있다.

경찰관이 범죄수사하는 것이 아니고, 행정공무원이 행정적 목적을 위하여 일정한 시설을 정 규 검사하는 데 있어서 수색영장이 필요하느냐의 문제에 대하여 연방대심원은 1967년 카마 라(Camara) 사건에서 시 보건관계 주택검사관이 아파트의 정규검사를 위하여 피고인의 아파 트에 들어가 검사하려 하자 피고인이 수색영장이 없다고 이를 거부하여 피고인이 그 후 시 규 칙 위반으로 소추된 사안에 대하여, 대부분의 구역 정규검사의 경우에 있어서는 특정시 혹은 특정일에 이를 행하여야 할 긴급성이 없고, 더욱이 대부분의 시민은 영장없는 그러한 검사를 허용하는 것으로 실제문제로서 그리고 영장은 수색되는 사물을 특정하여야 한다는 헌법의 요 건에 비추어 그 검사관은 아파트에 들어가는 것이 거부된 후에는 즉각 들어가야 할 만족할만 한 이유가 없는 이상 통상 수색영장을 발부받아야 한다고 판시하였다.

경찰관은 수색영장을 집행하는데 있어서 그 수색구역에 들어가기에 앞서 별단의 긴급한 사 정이 없는 한 피수색자에게 그의 직무권한과 수색의 목적을 사전에 고지하여야 한다.

피수색자의 동의에 의하여 수색영장 없이 수색하는 경우에는 그 동의가 수색에 대한 이해 를 가지고 그리고 임의적으로 행하여져야 할 것은 물론이다. 따라서 경찰관은 영장없이 수색 하는 경우에 사전 피수색자에게 영장없는 수색을 거부할 수 있는 권리를 고지해야 하느냐의 문제가 있다. 연방대심원은 아직 이에 대한 판결이 없고 연방하급심법원은 그 견해가 갈라져 있다. 그 동의가 기망 혹은 위계에 의하여 얻어진 경우에는 어떻게 되는가? 연방대심원은 1966년 레이스(Lewis) 사건에서 연방 마약비밀공작원이 신분을 속이고 피고인에게 전화로 마리화나 마약 구입가능성을 묻고 피고인이 이를 응낙함과 동시에 자기집 위치를 설명하여 경찰관이 동 가에 찾아 들어가 그 마약을 구입한 후 피고인이 그 마약판매죄로 소추된 사안 에 대하여 피고인이 동 공작원에게 자기가 들어오는 것을 허용한 것은 기망에 의하였다는 주 장을 배척하여 경찰관은 범죄수사에 있어서 그의 신분을 은폐할 권리를 가지고 있으며 그에 의하여 증거를 수집할 수 있다고 판시하였다.

행정적 규제를 위한 수색 혹은 검사는 특정의 행정공무원이 특정한 활동에 종사하는 자의 신체 그의 시설 혹은 가옥에 대하여 특정의 행정적 목적을 위하여 영장없이 수색하는 경우이 다. 그러한 경우에는 피수색자에 대한 행정법규위반 혐의를 인정할 “상당한 이유”가 있을 것

을 요하지 않는다. 자동차대리상, 주류판매상, 입국하는 자, 가석방된 자 등에 대한 수색이 그러한 예에 속한다. 연방하급심법원은 1966년 리바스(Rivas) 사건에서 세관 검사는 특수하기 때문에 세관공무원은 입국자에 대하여 범죄의 단순한 의심이 있으면 수색할 수 있으며, 그 소위 상당한 이유가 있을 것을 요치 않는다고 판시하였다. 그러나 행정적 목적을 위한 “정규” 검사에 있어서는 연방대심원이 이와 달리 판결한 바 있음은 기술한 바와 같다.

그러면 위법한 즉 불합리한 수색에 의하여 수집된 증거의 효력은 어떠한가? 연방대심원은 이에 대하여 1914년 위크스(Weeks) 사건에서 위법한 수색에 의하여 수집된 증거는 증거로서 허용되지 않고 당연히 배척된다는 원칙을 세우고 있다. 이를 소위 증거배척의 법칙(The Exclusionary Rule)이라고 한다. 이 법칙에 의하면 위법한 수색에서 얻어진 증거가 배척될 뿐만 아니라 또한 “독 있는 나무의 과실”(The Fruits of the Poisonous Tree) 즉 위법으로 수색·압수된 증거를 이용하여 새로이 얻어진 증거까지도 배척되는 것이다. 그 법칙이 세워진 주된 취지는 경찰관이 수색과 압수과정에서 위법행위를 범하는 경우가 허다함으로 이를 제어 하자는 데 있다.

그러나 피고인이 특정의 죄를 범하였음이 명백할 때 그 증거가 경찰관의 절차적 과오로써 배척되고 피고인이 그 죄책을 면하게 된다는 것은 사회 안전유지의 점에 비추어 볼 때 불합리하다고 할 것이다. 경찰관의 위법행위는 그 증거배척 이외의 방법에 의하여 즉 행정부 자체의 조치 혹은 형사적 소추 등에 의하여 얼마든지 해결될 수 있는 것이다.

### 3. 범인의 체포와 소추(Charging)

#### ① 범인의 체포

체포는 영장없이 행하는 경우와 영장에 의하는 경우가 있다. 경찰관은 범죄를 발견하였을 때는 범인을 체포하는 것이 원칙으로 되어 있으며, 그 체포도 대부분 영장없이 즉시 행하여진다. 3분의 1의 주가 체포영장 대신 소환장의 사용을 허가한 법규를 제정하였으나, 그러나 그 법규도 경찰에게 가두에서 영장에 의하지 않는 체포 대신 소환장을 발부할 수 있는 권한을 부여한 것이 극히 드물기 때문에 제한된 효과 밖에 갖지 못하고 소환장은 교통범죄 이외의 다른 범죄에 있어서는 경찰의 통상적 방법이 되지 못하고 있다. 따라서 경찰관은 피의자가 자발적으로 출두할 것이 명백할 경우에 있어서도 체포하는 것을 관행으로 계속하고 있는 것이다.

그러나 유죄확정 전 무죄추정의 이론에서나 인권존중의 면에서 볼 때 체포는 피의자의 도망 혹은 증거인멸을 하지 못하게 하는 데 있으므로 그의 전력, 성격, 범죄의 경중, 사회와의 유대등이 고려되어야 할 것인 바 그러한 고려없이 언제나 피의자를 즉시 체포하는 것은 이해하기 어려운 것이다.

경찰관이 영장없이 범인을 체포하는 경우나 판사가 체포영장을 발부하는 데 있어서는 소위 상당한 이유가 있어야 한다. 연방과 다수의 주에서는 그 상당한 이유가 전문사실로 구성되었을 경우에는 충분한 것으로 인정하나, 다른 다수의 주에서는 선서공술서에 선서하는 자의 직접지득 사실을 요구하는 것은 수색에 있어서와 마찬가지로 마찬가지이다.

그리하여 중죄(Felony)에 대하여 경찰관은 피체포자가 중죄를 범하였다고 인정할 합리적인 신념을 가질 때는 언제든지 영장없이 체포할 수 있다. 경죄(Misdemeanor)에 대하여는 각 주의 법규는 경찰관은 그가 보는 자리에서 범해진 모든 경죄를 영장없이 체포하는 것을 허용하는 경향으로 나아가고 있고, 소수의 주는 그러한 법규없이 판결에 의하여 같은 결론에 이르고 있다. 그러나 몇개의 주는 경찰관은 그가 보는 자리에서 경죄가 범해지고 있다고 믿을만한 합리적인 근거가 있을 경우에는 영장없이 체포하는 것을 인정하며 소수의 주는 경찰관은 피체포자가 경죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있을 때 영장없이 체포하는 것을 허용하고 있다. 그러나 경찰관이 영장없이 범인을 체포하였을 경우에도 사후에 판사로부터 영장을 발부받을 필요가 없다.

경찰관이 판사로부터 체포영장을 발부받아 범인을 체포하는 경우, 검찰관은 그 체포영장 발부과정에서 어떠한 역할을 하느냐는 연방과 주에 따라 다르다. 일반적으로 법규상 혹은 실무상 경찰관은 사건기록을 검찰관에게 가지고 가서 그의 의견 혹은 동의를 얻어 판사에게 신청한다. 경찰관은 피구속자에 대하여 지문채취, 사진촬영, 필적채취 등 물리적증거 수집을 위한 강제를 할 수 있으며, 그것은 피의자의 자기 부채금지의 원칙에 위반되는 것이 아님은 불문이다. 그러나 재판전의 범인 확인을 위한 라인 업(Line-up)에 대하여 연방대심원은 1967년 웨이드(Wade) 사건에서 피의자 혹은 피고인은 모든 형사사건에 있어 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다는 헌법의 규정은 형사절차의 결정적 단계에 적용되는 것으로 해석하고 따라서 피의자 혹은 피고인과 그의 변호인은 미리 그러한 라인 업에 대하여 통지를 받아야 하고 변호인의 출석은 라인 업 수행에 있어서 그에 대한 포기가 없는 한 필수적인 것으로, 라인 업이 그러한 통지없이 그리고 변호인의 출석없이 행하여지고 판결이 그에 근거한 때는 파기를 면치 못한다고 판시하였다.

경찰관은 그가 피구속자를 신문할 수 있다는 하등 규정이 없음에도 불구하고 상당한 제한 내에서 그러한 신문권을 가진다는 강력한 전통이 계속되어 오고 있다. 피의자 자신의 진술은 그 사건 해결에 있어 절대적인 것이나 경찰관의 피의자신문에는 항상 강제유인·고문 등의 위험이 따르는 것이기 때문에 이를 허용하는 것이 타당하느냐에 대하여 논의가 많다.

경찰관이 구속된 피의자를 신문하는 데 있어서의 제한은 연방대심원이 1966년 미란다(Miranda) 사건에서 엄격히 규정하였다. 즉 경찰관은 사전 피의자에게 묵비권을 고지하여야 하고, 그의 진술은 재판에서 그에게 불리한 증거로 사용될 수 있고 또 사용될 것이라는 설명을 하



여야 하고, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알려야 할 뿐만 아니라, 그가 빈궁하여 변호인을 선임할 수 없을 때는 정부에서 이를 선임해 준다는 것도 알려 주어야 하며, 그리고 만약 피의자가 언제든지 어떠한 방법으로든지 묵비하겠다는 것을 표시하면 신문은 즉시 중지하여야 한다. 또한 그 신문이 변호인의 출석없이 행하여 졌을 경우에는 피의자가 자기 부채금지 특권과 변호인의 조력을 받을 권리를 알면서 이를 포기하였다는 거증책임은 검찰측에 있다. 그리고 이에 위반하여 얻어진 피의자의 여하한 진술도 재판에서 피고인에게 불리하게 사용될 수 없는 것이다.

피의자·피고인의 묵비권은 물론 자기 부채금지의 특권을 뜻하는 것이고 충분한 역사적 연유와 근거를 가지고 있는 것이나, 현하 재판에 있어서의 진실 발견의 입장에서 볼 때 시대착오적인 것이라 할 수 있다. 그러나 범죄 수사단계에 있어서의 국선변호인 선임과 경찰의 피의자 신문에 있어서의 변호인의 출석 강제 규정은 경찰이 고문·강압등을 행사하기 어렵게 하고 피의자의 진술을 정확하게 조서에 기재케 하는 중대한 의미가 있다 할 것이다. 더우기 연방과 각 주에서는 공적 변호인 사무소(Public Defender's Office)를 법원에 부치 상설하여 사법고시 합격자 혹은 그와 동등의 자격이 있는 자로 공적 변호인을 임명하고 그 밑에 서기를 두어 이를 구성하고 그들은 국선 변호업무만을 전담하여 완전한 당사자주의의 실현을 기하고 국선변호의 실효를 거두고 있는 것이다.

그러나 연방의 진술 「총괄적 범죄단속 및 가두안전에 관한 법률」은 그와 같은 “미란다”법칙을 무시하여 피의자의 자백은 임의로 진술되었으면 증거로 사용될 수 있으며, 사실심리의 판사는 자백의 임의성을 결정함에 있어 “미란다”법칙의 사항을 그 밖의 다른 사정과 함께 그 자백을 둘러싼 정황으로서 고려하도록 규정하고 있다. 따라서 앞으로 동법의 위헌성이 문제될 수 있을 것이다.

## ② 소 추

경찰이 혐의자를 체포하여 신문을 끝냈을 때는 그 피구속자에 대하여 앞으로 어떻게 처리할 것인가 하는 결정이 내려진다. 즉 그 자를 소추할 것인가, 소추하지 않을 것인가 하는 결정이 이 단계에서 내려지는 것이다(우리나라에서의 소위 사건의 입건). 그 결정은 때때로 경찰에 의하여 행하여지나 보통 검찰관이 그에 대한 결정을 내리며 그 결정은 검찰관의 주요 기능의 하나를 이루는 것이다.

특정의 경미한 범죄사건 예컨대, 교통범죄 등에 있어서는 그 소추의 전 책임이 경찰에 맡겨지며 그 이외의 중요 범죄사건에 대하여는 경찰은 검찰관에게 사건의 증거를 설명하여 소추에 대한 허가를 받으며 그것은 보통 경찰관이 범죄사실진술서(Complaint)를 검찰관에게 제출하고 검찰관이 이를 승인하는 형식을 취한다. 그러나 업무가 과다한 경우에 있어서는 중요한

범죄사건에 대한 시초의 소추 결정도 경찰에게 맡겨지며 검찰관은 후에 그 소추를 기각 혹은 수정하여 이를 제어하는 것이다.

특정한 범죄사건을 소추 결정하는데 있어서의 증거기준에 대하여는 일치된 견해가 없으나, 그것은 체포에 있어서의 “상당한 이유”보다 높은 수준의 것이어야 한다는 주장이 있다.

검찰관은 소추를 할 것인가, 아니할 것인가에 대하여 재량권이 부여되어 있다. 그 소추를 하지 않는 결정에 대하여 법원의 소추명령(Mandamus) 등에 의하여 이를 제어하려는 시도가 있었으나 연방 하급심법원은 시종 그것은 행정부의 정책적 재량에 속하는 문제라고 판시하여 왔다.

#### 4. 시초의 출두(The Initial Appearance)

경찰관은 혐의자를 체포하였을 때도 피구속자를 지체없이 구류판사(Magistrate)에게 인치하여야 한다. 이를 시초의 출두라고 한다(때로는 예비심리(Preliminary Hearing)라고 불리기도 한다). 대다수의 사건에 있어서는 더 이상의 수사가 필요없고 따라서 경찰은 체포당일 혹은 그 다음날 아침 혐의자를 판사에게 인치하는 것이다. 더 이상의 수사가 필요한 경우에는 경찰은 72시간까지 그 혐의자를 감금시키고 수사를 하며, 경찰은 그 기간중에 혐의자를 석방하든가, 혹은 판사에게 인치하든가 한다. 그러나 혐의자를 석방하는 예는 극히 드물다.

검찰은 여기 시초의 출두에서 범죄사실진술서를 판사에게 제출하고 판사는 이를 피의자에게 읽어주어 그 자에 대한 범죄사실을 알려주고 예비심리에 대한 권리, 묵비권 및 변호인의 조력을 받을 권리를 알려 주며 보석에 대한 결정을 한다. 다만 경미한 범죄사건에 대하여는 범죄사실 진술서가 기소장과 같은 효력을 가지고 시초의 출두에서 그대로 재판이 행하여진다.

극소의 중대한 범죄사건을 제외하고는 모든 피구속자는 헌법 혹은 법규에 의하여 합리적인 보석을 허가받을 권리를 가지고 있다. 경미한 범죄에 대하여는 보석금은 법원에서 설정한 보석금 일람표에 의하여 기계적으로 결정되어 피구속자는 판사앞에 출두할 필요조차 없이 일람표에 기재된 금액을 우송하고 경찰서에서 그대로 석방된다. 그리고 대부분의 피구속자는 그 보석금을 보석보증인(Bondsman)으로부터 구한다. 그리고 그에 대한 5내지 10%의 수수료를 지불하는 것이다.

그러한 보석제도는 문제점이 많다. 보통 사형에 해당하는 범죄사건 이외에는 모든 피구속자는 보석을 허가받을 권리가 있고, 따라서 그는 보석금을 지급하면 석방되는 것이기 때문에 상습범인들이 범죄를 되풀이 범한 후 재판확정 전까지 그대로 거리를 활보하면서 계속 재범할 기회를 가지게 되며 전술과 같은 확실적인 보석금일람표제도 즉 표준적 범죄결가제도

(Standard Crime-pricing System)는 피고인의 전과, 재산적 사정, 환경, 범죄의 성질, 죄상, 구속을 계속할 필요성 등이 전혀 고려되지 않고 보석금이 결정되는 것을 뜻하고 있다. 그 뿐만 아니라 피구속자는 보석보증인이 그 보석금을 대어주지 않는 경우에는 석방될 수 없으며, 그러한 의미에서 보석은 보석보증인의 전단적 자의에 달려있다고 말할 수 있는 것이다.

## 5. 예비심리(Preliminary Hearing)와 대배심(Grand Jury)

피의자는 시초의 출두에 이어 예비심리와 대배심제도(통상 중죄에 대해서만)가 있는 연방과 주에서는 대배심심리를 거치게 된다. 그러나 대부분의 피의자는 이를 포기하는 것이 보통이다.

예비심리와 대배심심리의 기능은 피의자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는가의 증거의 충분성을 조사하고 증거가 불충분한 경우, 혹은 정상 기타 정책적 사유가 있는 경우 그 소추를 기각하고, 혹은 그 소추 사실을 축소하며 피의자로 하여금 자기의 사건내용을 파악하게 하고, 그리고 재판시에 증언할 수 없는 증인의 증언을 미리 청취 보전하는 것 등이다.

그러나 증거의 충분성에 있어서는 체포시보다는 고도의 증거가 기대된다는 것 뿐이고 주에 따라 전문증거도 인정되며 예비심리판사 혹은 대배심의 소추기각 혹은 소추사실의 축소결정은 기관력이 없고 따라서 다시 심리에 붙여질 수 있으며, 그리고 검찰관은 예비심리에서 그 사건에 대한 모든 증거를 제출할 의무가 없고 스스로 필요하다고 인정하는 증인만을 소환하고 대배심의 심리는 비밀의 장막으로 가려지기 때문에 피의자가 자신의 사건 내지 그 증거를 파악하는 것도 쉬운 것이 아니다.

더욱이 대배심이 있는 연방과 주에서는 검찰관은 흔히 예비심리가 열리기 전에 대배심의 심리 결정을 받으며 그러한 경우에는 예비심리는 거치지 않게 된다.

대배심의 심리와 결정은 실제 검찰관에 의하여 제어되고, 따라서 대배심은 검찰관의 결정을 승인하는 역할 밖에 하지 못하고 있다. 따라서 대배심은 검찰관을 위한 고무도장(Rubber Stamp)이라는 비난을 받고 있는 것이다. 그리하여 그것은 소송절차의 복잡성과 사건처리의 지연을 가중시키는 결과만을 가져온다고 할 수 있을 것이다.

## 6. 공소사실인부절차(Arraignment)

정식소추는 대배심제도가 있는 연방과 주에서는 대배심의 결정과 검찰관의 서명에 의한 기소장(Indictment)이, 그밖의 다른 주에서는 검찰관만에 의한 기소장(Information)이 제출되어 성립된다.

검찰관은 증거가 불충분하거나, 증거가 충분한 경우에도 정상을 참작하여 불기소 할 수 있는 것은 물론이며, 대배심외의 기소 결정이 있다 하더라도 기소하지 않을 수 있다.

피고인은 이러한 기소사실에 대하여 시인 혹은 부인하는 절차를 가지며 이것이 바로 공소 사실인부절차이다.

판사는 여기에서 피고인에게 변호인이 없을 때는 변호인을 선임해 주고, 기소사실을 읽어주며, 피고인의 이에 대한 답변을 듣게된다. 피고인이 유죄의 답변(Plea Guilty)을 하면 판사는 재판절차를 거치지 않고 유죄의 판결을 하고 다만 유죄의 답변이 임의적이라고 인정할 수 없는 경우, 기타 예외적인 경우에 유죄의 답변을 받아드리지 아니할 수 있으며, 또 기소가 부당하다고 인정하는 경우에는 유죄의 답변에도 불구하고 즉석에서 시건을 기각할 수 있다.

그러나 유죄 답변 절차는 공식적인 절차로 인정되어 있지 않고 검찰관이 범죄를 소추하고 판사가 그에 대한 형을 선고하는데 있어서의 그들의 재량에 의존하고 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 형사소추사건의 약 85 퍼센트가 이에 의하여 처리되고 있는 것이다.

유죄의 답변은 피고인 스스로 자진해서 행할뿐만 아니라 검찰관 혹은 판사와 피고인과의 약정(Plea Bargain)에 의하여서도 이루어진다. 검찰관 혹은 판사는 증거가 충분하지 않는 경우등에 피고인에게 기소 혹은 선고에 있어서 어떤 혜택, 즉 소추된 죄명보다도 형이 가벼운 다른 죄명으로 바꾸어 기소해 준다거나, 혹은 형량을 가볍게 해주기로 약속하고 피고인이 이를 믿고 그 후 유죄의 답변을 하는 것이다. 그러나 특정 피의자에게 그러한 약정을 하느냐 않느냐의 문제는 물론 검찰관 혹은 판사의 재량에 달려 있다.

유죄의 답변제도는 형사소추 사건을 신속하게 처리하여 검찰과 법원의 부담을 격감시키는 장점이 있으나, 그것은 피고인 자신의 보다 중대한 범죄 혹은 타인의 범죄를 은폐하기 위하여 허위로 유죄의 답변을 할 염려가 있고, 피고인은 통상 법률에 무지하여 자신의 행위가 법률상 범죄를 구성하는가 않는가를 알지 못하고 범죄가 되지 않는 경우에도 유죄의 답변을 할 가능성이 있으며, 더욱이 검찰관 혹은 판사와 피고인간의 유죄의 답변에 대한 진술·약정이 있었을 경우, 그 약정은 지켜져야 하기 때문에 그러한 약정이 있었는가 혹은 그 조건은 무엇이었는가에 대하여 다툼이 있을 때는 이를 판가름하기 어렵고, 또한 모든 피고인에게 그러한 기회가 주어지지 않을 경우 불공평한 결과를 가져온다고 할 것이다.

### 7. 재판전의 신청(Presentence Motion)

① 피고인은 재판전에 여러 가지의 신청을 제기할 수 있는 바 그 중 중요한 것이 증거의 발견(Discovery)에 대한 요구와 증거의 배척(Suppression)에 대한 요구이다.

그러한 재판전의 신청과 그 결정은 양 당사자에게 재판전의 사건의 거의 전모를 파악하게

하여 검찰관으로 하여금 사건에 대한 증거를 충분히 수집하게 하고, 피고인으로 하여금 유죄의 답변을 할 것인가에 대하여 보다 빠른 그리고 보다 현명한 결정을 내리게 한다.

현재의 각 주의 경향은 절차의 복잡성을 덜기 위하여 위와 같은 재판전의 모든 신청을 하나의 총괄적 심리에서 취급해가는 경향이 있다 할 것이다.

② 당사자 주의에 의하면 전통적으로 각 당사자는 오직 재판에서만 각자의 증거를 제출하게 되어 있으나, 1930 년대에 연방형사소송규칙은 상대방이 경악을 제거한다는 의미에서 상당한 재판전 증거발견을 규정하였고 캘리포니아주가 이를 따랐다. 그러나 대부분의 주에 있어서는 증거 발견이 하나의 권리의 문제로서는 극히 제한되어 있는 것이다.

피고인이 재판전에 증거발견 신청에 의하여 얻을 수 있는 것은 보통 사건에 중요성이 없는 자료 즉 정부기관이 아닌 자의 수중에 있는 자료, 피고인의 자백, 총기, 탄환, 화학적 분석결과, 시체검안서 등이며 검찰측 증인의 진술은 얻을 수 없다. 연방에서는 젠크스(Jenks) 사건에서 변호인은 검찰측 증인이 재판에서 증언한 후에는 검찰수중에 있는 그의 이전의 진술을 얻을 수 있게 되어 있었으나, 그것도 그 후 법규에 의하여 폐지된 것이다.

예비심리 제도가 피고인에게 검찰의 증거에 대한 재판전 발견의 기회를 갖게 하는 것이나 그것은 영국의 예비심리제도와 달리 검찰측은 여기에서 모든 증거를 제출할 의무가 없고, 오직 피고인이 죄를 범하였다고 인정할 상당한 이유를 입증하는데 필요한 범위내에서 제출하면 되기 때문에 효과적인 증거발견의 기능을 하지 못하고 있다. 더욱이 사건이 대배심의 심리에 들어가면 그 심리는 비밀의 장막에 가려서 피고인은 거의 그러한 기회를 갖지 못한다.

그러나 실제에 있어서 검찰관이 스스로 자기 수중에 있는 정보 즉 증거를 피고인측에 제시하여 주는 예가 많으며, 다만 증인에 대하여서만은 피고인이 그에게 신체적 혹은 경제적 고통을 가할 우려가 있기 때문에 그의 신분을 밝히지 않는 것이다. 더욱 연방대심원은 1963년 Brady 사건에서 검찰관은 피고인의 유·무죄 혹은 형벌의 쟁점에 관하여 피고인에게 유리한 어떠한 증거의 요청에 대하여도 이에 응할 의무가 있다고 판시하였으며, 주와 연방하급심 법원에서는 검찰관은 피고인의 요청이 없는 경우에도 그에게 면책적 증거뿐만 아니라 탄핵적 증거도 제공해야 할 의무가 있다는 판결이 차츰 증가하고 있는 것이다.

피고인과 마찬가지로 검찰관도 피고인의 증거에 대하여 이를 얻을 수 있는 길이 막혀있다. 피고인은 그의 방어의 윤곽조차 들어낼 필요가 없고, 그의 묵비에 대하여 어떠한 질문이나 비평도 금지되어 있다. 다만 알리바이와 정신이상이라는 방어는 재판전에 특별히 주장되어야 하며 합정수사에 의한 것이라는 방어도 미리 주장되어야 한다는 논의가 있다. 따라서 검찰관은 그에 대한 증인의 신원을 재판전에 알 권리가 있다.

그러나 연방에서는 검찰관은 법원에 신청하여 피고인 수중에 있는 과학적 혹은 의학적 보고서, 서류, 기타 유형적 물건을 자기 수중에 있는 그러한 것과 교환조건적으로 열람 등을 할 수

있게 되어 있는 것이다.

③ 다음, 불법압수된 증거배척의 신청에 대하여 연방대심원은 전술과 같이 1914년 우익쓰(Weeks) 사건에서 증거배척의 법칙을 세움과 동시에, 동 문제의 재판전의 제기를 허용하였으며, 그 후 계속하여 그 신청은 그 압수가 피고인측에 알려져 있을 때는 재판전에 제기되어야 한다고 요구하였다. 다만 판사는 뒤늦은 신청을 취급할 재량을 가지는 것이나 반드시 이를 취급해야 할 필요는 없다.

증거배척의 신청에 대한 판사의 결정은 그 사건의 재판에 결정적인 것이기 때문에 피고인은 물론 검찰관도 그에 대한 항고를 할 수 있어야 한다는 주장이 계속되어 왔고 따라서 연방과 일부 주에서는 검찰관의 항고가 허용되어 있다.

최근의 판결의 경향은 불법 압수된 증거 배척의 신청뿐만 아니라 다른 증거 예컨대, 미란다 법칙을 무시하고 얻어진 피고인의 자백등에 대한 배척의 신청도 재판전에 이를 제기하는 것을 허용하고, 나아가 재판전에 제기되어야 한다고 주장하기에 이르고 있다.

## 8. 재 판

### ① 유·무죄의 판정(Adjudication)

형사사건의 재판은 그 전통적 형식에 있어 비교적 다양하다. 소추된 피고인의 대부분이 어떤 주에서는 거의 90 퍼센트가 유죄의 답변을 하고 나머지에 있어서도 그 소수의 사건은 판사에 의하여 기각(DDismiss)된다. 나머지 피고인 일부는 배심에 대한 권리를 포기하고 판사만에 의한 재판을 받으며, 오직 소수의 피고인만이 실제 배심에 의한 재판을 받게 된다. 경미한 범죄 즉 대다수의 경죄에 대한 재판은 피고인의 시초의 출두에서 행하여 진다는 것은 기술한 바와 같다.

판사는 피고인이 소추사실에 대하여 죄가 있음이 명백할지라도 유죄판결이 부적당하다고 인정하는 경우에는 무죄를 선고하거나 혹은 그 사건을 기각하고, 경우에 따라서는 피고인의 석방을 명하고 혹은 그 사건을 무기연기 한다. 그리하여 판사는 그 범죄 사실의 경중, 정상 등을 고려하여 피고인을 처벌할 가치가 없다고 인정하는 경우 혹은 심지어 형사절차의 다른 부문 예컨대 경찰의 조치등을 제어 혹은 협조하기 위하여 필요한 경우에도 그 사건을 기각하는 것이다(미국 형사소송 절차에는 소송조건외의 관념이 발달되지 않아 풍).  
(소기각의 결정 혹은 판결과 무죄판결의 구별이 없는 것 같다).

배심재판에 있어서는 배심원 전원(보통 12명)이 재판에 임석하여 검찰관과 피고인측의 증거와 주장을 듣고 판사의 설명(Instruction)에 따라 유·무죄의 평결을 한다. 배심재판은 배심이 일반시민으로 구성되어 일반사회의 생생한 정의감과 윤리감정을 재판에 반영시킬 수 있는 장점이 있으나, 배심원은 전혀 법률에 무지하여 증거의 채부 및 사실의 인정에 있어 오류를

법하기 쉽고, 소송절차가 복잡해지고, 사전처리가 지연되며 그리고 피고인측의 매수·위협 등을 받을 염려가 있다 할 것이다.

유죄의 평결에 대한 증거기준은 소위 합리적인 의심을 넘은(Beyond a Reasonable Doubt) 증거 혹은 모든 배심원에게 피고인이 유죄라는 윤리적 확실성을 확인시키는 증거라고 말해지고 있다.

## ② 양형과 선고(Sentencing)

형의 선고를 판사의 책임으로 생각하는 것은 당연하다. 그것은 판사가 형을 언도한다는 의미에서 그러한 것이다. 물론 형량 결정도 보통 판사에게 맡겨지는 것이다. 그러나 판사가 언제나 형량을 결정하는 것은 아니다. 때때로 법은 명령적(Mandatory) 형량을 규정하고 판사는 다만 그에 규정된 형량 그대로만 언도하는 경우도 있는 것이다. 또 보통 배심이 중대한 사건에 대하여 사형과 무기 징역을 선택하는 경우가 많다. 다른 주 특히 캘리포니아주에 있어서는 형량 결정의 책임이 행정부위원회에 주어지고 그 위원회는 법률가, 정신과의사, 활동가 및 기타 전문가로서 구성되는 것이다.

또한 뉴욕 같은 주에서는 판사는 형의 선고를 유예할 권한을 가지고 있으나, 다른 주 즉 위스칸신주에서는 판사는 형의 선고를 유예할 권한이 없고, 다만 집행유예를 선고할 권한만을 가지고 있다.

양형은 통상 한 사람의 판사에 의하여 결정되기 때문에 이를 조정 혹은 제어하는 조치가 필요하다고도 할 수 있다. 여기에서 고안된 것이 첫째로 연방지방법원의 양형자문회(Sentencing Councils)이다. 양형자문회는 그 법원소속의 판사 전원이 정기적으로 회합하여 계류중인 사건의 양형에 대하여 토의하고 의견을 제출·권고하는 것이다. 그러나 그 사건 담당 이외의 다른 판사는 그 사건 전모를 생생하게 알 수 없기 때문에 그 타당성이 의문시되고 있다.

그 둘째가 선고전 피고인에 대한 조사보고서(Presentence Investigation Report)이다. 그것은 집행유예 취급 공무원이 피고인의 출생·가정·성행·전과·교육 등 일체를 조사하여 검찰관에게 제출하여 검찰관이 이를 판사에게 제출하여 판사만이 이를 보고 양형의 참고로 하는 것이다. 그러나 그러한 보고서는 사실과 다른 점이 있을 수 있기 때문에 피고인은 적어도 그 사실 내용을 알 수 있고, 그 정확성을 다룰 수 있는 기회가 주어져야 한다고 제의되고 있다.

그 세째가 상소심의 심리다. 대다수의 주에 있어서는 양형 결정은 사실심리 판사의 재량에 맡겨져 있고 상소심법원은 사실심리의 재판이 법규에 위반된 경우에 한하여 이를 다시 심리 판단할 수 있게 되어 있으며, 소수의 주에서만 상급심법원이 사실 심리판사의 양형에 관여한다. 양형에 상급심의 심리를 허용한 주에 있어서도 어느 주에서는 일반 상소심 법원이 이를 심리·판단하고 있고 또 어느 주에 있어서는 경험이 많은 판사로서 특별히 설립된 법원이 그

양형의 심리만을 위하여 소집되기도 하는 것이다.

### 9. 맺 는 말

위에서 본 바와 같이 미국 형사소송법의 발달과정은 개인의 자유와 권리를 위한 투쟁의 역사, 그 승리의 역사라는 것이 그 하나 하나의 판결에서 역역히 엿볼 수 있다. 따라서 미국의 형사소송 절차의 체계와 그 운영은 개인의 자유와 권리 보호를 위한 장치로서만 그 기능을 발휘하는 것 같은 인상이자.

그러나 형사소송 절차가 개인의 자유 그리고 그 권리 보호에 만전을 기한다고 하여 그 형사소송법 본래의 목적을 다하고 있는 것은 결코 아니다. 무엇보다 형사소송법은 형법의 기능을 다 하기 위한 절차법이며, 형법의 기능은 개인의 자유보장과 함께 사회의 안전유지를 기하고 그리고 사람의 행위에 대한 가치 평가기준을 제공하는 데 있다. 이러한 형법의 기능과 형사소송법의 목적에 비추어 볼 때 미국의 형사소송절차와 운영은 결코 그 본래의 기능을 다한다고 말할 수 없는 것이다. 더욱이 현하 사회는 복잡다양해 가고, 다른 한편 범죄는 지능화·조직화 되어가는 이 때에 그 형사소송절차가 개인의 권리 보장에만 치우친다면 그것은 확실히 시대착오적이 아닌가 생각되는 것이다.

따라서 미국에서도 그 형사소송 절차는 차츰 국회의 입법으로써 개인의 자유보장과 함께 사회안전 유지를 보장하는 방향으로 나아가고 있는 것이다. 그것이 연방의 전술 총괄적 범죄 단속 및 가두안전에 관한 법률과 1970년의 조직화된 범죄단속에 관한 법(Organized Crime Control Act of 1970) 등이다.