

## 미국의 법정조언자 제도에 관한 연구 -구체적인 소송절차 및 우리나라에의 시사점을 중심으로-

현낙희\*

### 【목 차】

I. 들어가며	1. 법정조언자의 소송법상 지위
II. 미국의 법정조언자 제도 개관	2. 개정 연방대법원 규칙 제37조의 절차
1. 법적근거	3. 연방항소법원 규칙 제29조의 절차
2. 제도의 연원 및 발전	4. 공개(Disclosure) 관련 개정 논의
3. 참여주체 및 목적	IV. 우리나라에의 시사점
4. 제도의 기능	1. 현행 제도
5. 제도 운영의 현황	2. 시사점
6. 제도에 대한 평가	V. 마치며
III. 법정조언자 관련 구체적인 소송 절차	

### 【국 문 요 약】

미국의 법정조언자란 소송의 당사자는 아니나 소송과 관련된 이해관계를 가진 자로서 법원에 소송과 관련된 의견서를 제출하는 자를 말한다. 미국 연방대법원에서는 20세기 후반에 들어 법정조언자 활용률이 크게 증가하였으며, 법정조언자 제도는 법원에 당사자들이 간과한 법적 관점이나, 특정 분야에 관한 전문지식, 판결의 파급효 등 정책적인 문제에 관한 의견을 전달하는데 유용한 수단으로 평가받고 있다.

우리나라도 미국의 제도를 참고하여 2002년에 상고심에서 변론을 열

\* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수

어 참고인의 진술을 들을 수 있는 제도를 도입하였고, 2015년에는 변론이 열리지 않는 상고심 사건에서도 참고인 의견서를 제출받을 수 있는 제도를 마련하였다. 최근 들어 참고인 진술제도는 활성화되고 있는 추세이나 참고인 의견서 제출제도는 그 활용도가 높지 않다.

법정조언자 제도는 당사자주의의 한계를 극복하고 법원이 판결의 과급효에 대한 사회의 다양한 의견을 반영할 수 있는 공식적이고 투명한 소통의 창구를 마련함으로써 법원이 보다 완전한 판단을 할 수 있게 도움을 준다. 한편, 법정조언자는 소송 당사자가 아닌 제3자이므로 소송절차에서 의견을 피력하기 위해서는 명확한 요건과 절차를 따라야 하고, 그 의견의 신뢰성을 판단할 수 있도록 법정조언자의 이해관계도 공개되어야 한다. 우리나라 참고인 제도가 이러한 법정조언자 제도로서의 기능을 최대한 발휘하면서도 남용을 방지하여 상고심의 업무 부담을 최소화하기 위해서는 미국의 제도를 참고하여 참고인 제도의 요건과 절차를 명확하고 세밀하게 규정할 필요가 있다.

## I. 들어가며

법정조언자(Amicus Curiae, 이하 법정조언자)는 라틴어로 법정의 친구(friend of the court)를 뜻하며, 미국법상 “소송의 당사자는 아니나 소송과 관련된 이해관계를 가진 자로서 본인 또는 법원의 요청으로 법원에 의견서를 제출하는 자”를 의미한다.<sup>1)</sup>

우리나라도 미국의 법정조언자 제도를 참고하여 2002년 민사소송법 개정을 통해 상고심에서 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있는 참고인 진술제도를 도입하였고, 2015년 개정 민사소송규칙에서는 변론이 열리지 않는 상고심 사건에 대하여도 참고인 의견서를 제출받을 수 있는 근거를 마련하였다. 최근 들어 참고인 진술제도는 활성화되고 있는 추세이나 참고인 의견서 제출제도는 그 활용도가 높지 않다.

한편, 미국에서는 1821년 연방대법원에서 법정조언자가 최초로 등장한 이래 연방대법원 및 연방항소법원에서 법정조언자 제도가 널리 활용되고

1) <https://thelawdictionary.org/amicus-curiae> (2024. 3. 31. 최종방문).

있으며, 연방대법원 규칙 및 연방항소법원 규칙에서도 상세한 절차 규정을 두고 있다. 특히나 법정조언자 제도에 관한 연방대법원 규칙이 최근의 실무를 반영하는 내용으로 개정되어 2023. 1.부터 발효되었고, 법정조언자의 의견서 제출에 재정적 기여를 한 자를 공개(disclosure)하는 것에 대한 조항의 개정 논의도 진행 중이다.

법정조언자 제도는 당사자주의의 한계를 극복하고 판결이 미칠 사회적 영향 등을 고려하는데 도움을 줄 수 있는 반면, 법정조언자는 당사자가 아닌 제3자이므로 소송절차에서 의견을 피력하기 위해서는 명확한 요건과 절차가 정비되어 있어야 할 것이다. 이 글에서는 미국의 법정조언자 제도를 소송실무적 관점에서 살펴보면서 우리나라 대법원의 참고인 제도를 개선·발전시키는데 시사점을 얻고자 한다. 먼저 미국의 법정조언자 제도를 전반적으로 개관하고, 현재 시행 중인 연방대법원 규칙 및 연방항소법원 규칙에 따른 소송절차 및 최근의 개정 논의를 살펴봄으로써 우리나라 현행 참고인 제도의 문제점, 제도 개선 시 고려할 사항 등에 관하여 고찰해본다.

## II. 미국의 법정조언자 제도 개관

### 1. 법적근거

#### 가. 연방대법원 규칙 제37조

연방대법원을 비롯하여 연방항소법원과 주 상급법원은 각 법원 규칙으로 법정조언자에 대한 사항을 규정하고 있다. 연방대법원은 1821년 법정조언자의 참여를 허용한 이래 약 한 세기 동안 명문 규정 없이 운영하여 오다가, 1939년 연방대법원 규칙(Rules of the Supreme Court of the United States) 제27조 제9항에 처음으로 법정조언자에 관한 규정을 두었다. 이 규정은 그 후 수 회 개정되었고, 가장 최근에는 2022. 12. 5. 개정(2023. 1. 1. 발효)되어 현재 연방대법원 규칙 제37조와 같은 모습을 갖추게 되었다. 위 규칙 제37조 제1항은 “당사자가 제기하지 않은 관련 쟁점을 본 법원에 알리는 법정조언자 의견서는 본 법원에 상당한 도움을 줄 수 있다. 이러한 목적에 기여하지 못하는 의견서는 법정에 부담을 지우며 또한 바람직하지

않다. (중략)” 이라고 규정하여 법정조언자의 의견서 제출을 허용하면서도 동시에 법정조언자의 역할과 기능에 대하여 이중적인 입장을 표명하고 있다.

#### 나. 연방항소법원 규칙 제29조

연방항소규칙(Federal Rules of Appellate Procedure) 제29조에서는 연방항소법원에 법정조언자 의견서를 제출할 경우의 요건 및 절차에 대하여 규정한다. 법정조언자의 의견서 형식과 내용에 관한 요건이 조금 더 구체적이라는 점을 제외하고는 연방대법원 규칙 제37조와 대체로 유사하나, 2023년 연방대법원 규칙의 개정으로 당사자 동의 및 법원의 허가 요부 등과 관련하여 차이가 생기게 되었다.

## 2. 제도의 연원 및 발전

법정조언자의 기원은 로마법으로 거슬러 올라간다. 로마법 하에서 법정조언자는 법원의 재량 하에 해당 법원의 전문분야가 아닌 법률분야에 대한 정보를 제공하는 역할을 하였다.<sup>2)</sup> 과거 보통법(common law)에서 법정조언자의 역할은 중립적인 조언자로서 법정에 여러 법 영역에 대한 정보를 제공하고 오판을 하지 않지 않도록 돕는 것에 한정되었으며, ‘법정의 친구’라는 명칭이 이러한 법정조언자의 실제적인 역할과 기능을 잘 반영하고 있었다.<sup>3)</sup> 즉, 법정조언자는 해당 소송에서 대립적인 이익을 취하지 않고, 그 누구를 위해서도 행동하지 않으며 법정의 보조자로서 단순히 법정에 정보를 제공하는 자였다. 영국에서는 17세기에 법정조언자 의견서가 처음 등장하는데, 주된 역할은 판사가 오류를 범하지 않도록 돕는 것이었다. 가령, 특정한 조항에 대하여 의회의 의원이 입법 연혁과 관련한 자신의 개인적인 지식을 기초로 의견을 제출하였다.<sup>4)</sup>

2) Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *The Amicus Brief: Answering the Ten Most Important Questions About Amicus Practice*, 1, (4th ed. 2015).

3) John Harrington, *Amici Curiae in the Federal Courts of Appeals: How Friendly Are They?*, 55 *Case Western Reserve Law Review* 667, 673(2005); Editorial Note, *Amici Curiae*, 34 *Harvard Law Review* 773, 773-774(1920).

4) Nancy Bage Sorenson, *The Ethical Implications of Amicus Briefs: A Proposal for Reforming Rule 11 of the Texas Rules of Appellate Procedure*, 30 *St. Mary's L.J.* 1219, 1225(1999).

미국에서는 1821년 켄터키 주의 토지소유권이 문제가 된 *Green v. Biddle* 사건에서 연방대법원이 당시 하원의장을 법정조언자로 지명하면서 최초로 등장하게 되었다.<sup>5)</sup> 개념상으로는 전통적인 형태의 법정조언자가 20세기 전반에 걸쳐 유지되었으나, 실질적인 미국 내 법정조언자 제도는 오랜 기간 이와는 다른 양상을 보여 왔다. 초반에는 법정조언자가 사건과 이해관계를 갖는 특정 단체나 집단과 동일시되지 않았으나, 1930년대 들어서는 많은 단체가 의견서 제출을 후원하기에 이르렀으며, 1960년에는 ‘이익집단 사이에서 전개되는 경쟁에서의 적극적인 참여자’로 그 역할이 변화하였다. 그 결과 미국에서 법정조언자는 이제 단순한 법정의 친구가 아니며, 상황에 따라 로비스트로, 변호인으로, 최근에는 정치적 소수자의 옹호자로 활동하는 등 다양한 역할을 수행하고 있다.<sup>6)</sup>

### 3. 참여 주체 및 목적

법정조언자는 크게 비(非)정부와 정부로 나눌 수 있고, 전자에는 개인, 자선 단체, 지역단체, 공익로펌, 정책연구기관, 시민 단체, 공익 단체, 기업체, 산업협회, 전문가집단, 노동조합 등이 해당되며, 후자에는 연방 정부, 주 또는 지방정부 등이 포함된다. 또한, 오늘날의 법정조언자를 (i) 특별한 이익 단체 또는 무역기구, (ii) 다른 유사사건에서의 당사자, (iii) 정부, (iv) 당사자는 아니지만 해당 사건으로 잠재적으로 영향을 받는 자, (v) 법학 교수 또는 해당 분야의 실무자, (vi) 변호사협회, (vii) 해당

5) *Green v. Biddle*, 21 U.S. (8 Wheat.) 1 (1823). 켄터키 주정부를 위한 법정대리인 없이 판결이 내려지자 연방대법원은 켄터키 정부를 대신하여 법정조언자가 재심신청서를 제출하는 것을 허용하고 이후 절차에서 변론하도록 허용하였다. 즉, 재심신청을 통한 판결의 오류 등을 지적하여 법원을 조력하고자 하는 목적도 있었지만, 대리인이 없는 켄터키 주 정부의 이익을 보호하기 위해 법정조언자의 참여가 있었다는 점에서 미국법체계에서 법정조언자 제도는 초기부터 전통적인 중립적 형태의 법정조언자와는 다른 양상을 띤 것으로 평가되고 있다. 또한 당시에는 현행법에서 법정조언자에게 허용되는 권한보다 더 넓은 범위의 권한행사가 허용된 것이라는 점에서 이는 보통법상의 전통적인 법정조언자보다는 소송참가인(intervenor)에 가까운 형태였던 것으로 분석되고 있다. Michael K. Lowman, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*, 41 *American University Law Review*, 1243, 1254-1255 (1992).

6) 김지영, 미국 연방대법원의 법정조언자(Amicus Curiae) 제도, *비교헌법재판연구* 2013-B-1, 헌법재판소 헌법재판연구원(2013), 6면.

사건의 일부 단계에 어떠한 방식으로든 관여한 바 있는 준(準)당사자 등으로 나누기도 하고, (i) 진정으로 무관한 법정조언자, (ii) 당사자를 지지하는 법정조언자, (iii) 이익 단체인 법정조언자로 나누기도 한다.<sup>7)</sup>

가장 영향력이 큰 법정조언자는 연방송무차관(United States Solicitor General)<sup>8)</sup>이다. 연방송무차관에 대하여는 상고허가신청(petition for a writ of certiorari)의 허부 판단에 앞서 연방대법원에서 먼저 의견서 제출을 요구하기도 한다. 왜냐하면 연방 기관이 관련된 규정 또는 규제 체계에 관한 사건이 다수이므로, 연방송무차관의 의견을 통해 해당 쟁점의 파급효 등에 관하여 보다 정확하게 판단할 수 있고, 개정 내지 수정 계획 등에 관한 정보를 통해 문제된 사건이 다툼의 실익이 없어지는지에 관하여도 판단할 수 있기 때문이다.<sup>9)</sup> 의회(상·하원 의원이 개별적으로 또는 다른 의원이나 이익집단과 연합하기도 함)의 참여도 점차 증가하고 있는바, 연방송무차관이 제시하는 헌법 또는 연방법의 해석에 대하여 이의를 제기하거나 선거 관련 사건에서 의회의 입장을 표명하기 위한 경우가 많다.<sup>10)</sup> 그 밖에 당해 사건의 결론으로 미칠 파급효를 예상하여 의견서를 제출하는 자도 있고, 이익단체의 경우 판결의 결론 자체에 영향력을 행사하려는 목적<sup>11)</sup>뿐만 아니라 단체의 위상 확립과 활동에 활용하기 위해 의견서를 제출하기도 한다.<sup>12)</sup>

7) Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 3-7.

8) 연방 송무차관은 연방대법원 송무업무를 전담하는 연방정부 측 소송대리인이다. 송무차관은 대통령이 임명하며 사법체제 내에서 대통령의 정책을 실현하는 임무를 수행한다고 평가되고 있다.

9) Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 34-35.

10) Joseph Kearney & Thomas Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court* 148 U. Pa. L. Rev. 743, 825.; Judithanne Scourfield Mclauchlan, *Congressional Participation as Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court*, 39 (2005).

11) 특히 이익단체의 경우 해당 단체의 이익보호 및 추구를 목적으로 법정조언자 의견서를 제출하는 경우가 많다. 가령, *Jaffee v. Redmond* 사건에서 연방증거법상 심리치료사의 증거제출거부특권이 인정될 수 있는지 문제된 사건에서 미국정신의학회 등 다수의 단체가 상담 내용은 민감하고 비밀스러운 사항이며 추후 공개될 수 있다는 사실만으로도 성공적인 치료를 위한 신뢰관계를 쌓는 것을 방해할 수 있다는 취지의 법정조언자 의견서를 다수 제출하였다. 반대의견을 낸 스칼리아 대법관은 해당 단체들의 이기주의를 비난하면서 그와 같은 참여 동기로 인해 제시되는 의견서가 편향될 수 있다는 우려를 표명하였다. *Jaffee v. Redmond*, 518 U.S. 1(1996).

#### 4. 제도의 기능

##### 가. 정책적인 이슈에 대한 분석 및 잠재적 이해관계와 판결의 파급효에 관한 정보 제공

당사자는 당해 사건의 사실관계 및 하급심의 판단의 오류에 국한되어 주장할 수밖에 없지만, 법정조언자는 이에 국한되지 않고 보다 광범위한 맥락에서 판결이 사회 전체적으로 미칠 영향력 및 관련 이해관계에 대하여 법원에 알릴 수 있다.<sup>13)</sup> 가령 정부기관은 공익이 무엇인지 정의하고 이를 주장할 수 있는 특수한 위치에 있기에 이미 당사자 중 일방이 정부기관인 경우에 다른 정부기관이 제출한 법정조언자 의견은 당사자인 정부기관의 주장의 신뢰도를 높일 수도 있고, 해당 쟁점을 다른 공익적 차원에서 살펴보는 데 기여할 수도 있다.<sup>14)</sup> 또한 법정조언자 의견을 통해 해당 판결이 다른 개인이나 법인에 대하여 어떠한 영향을 미칠 수 있는지에 관하여 정보를 제공하는 것은 법정조언자의 주요하고도 유의미한 기능이다. 특히 다양한 인종과 문화 등이 혼재한 미국 사회에서 적극적인 평등실현조치 등 교육 관련 사건에서 법정조언자의 의견이 중요한 역할을 하였다고 평가받고 있다.<sup>15)</sup>

##### 나. 재량적 판단에의 기여

연방상소법원이나 주 대법원 판결에 대하여 해당 사건의 당사자가 상고허가신청을 하면 연방대법원이 직접 심사할 사건을 선별한다. 연방대법원 규칙 제10조에서는 상고허가신청에 대한 판단을 받을 권리는 없으

12) 이익단체의 경우 그 의견서가 연방대법원의 판결에 인용된다는 것 자체가 그 집단에 정당성을 부여하는 것이 될 수 있고, 단체 홍보 및 구성원 모집에도 활용될 수 있으며, 의견서 제출만으로도 단체의 지도층이 구성원의 이익실현을 위해 노력하고 있음을 입증하는 기능을 할 수 있다. Joseph Kearney & Thomas Merrill, *supra*, at 825.

13) Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 25.

14) Bruce L. Ennis, *Effective Amicus Briefs*, 33 Catholic University Law Review, 603, 608 (1984).

15) Eugene Gressman et. al., *Supreme Court Practice*, 742(9<sup>th</sup> ed, 2007); Jonathan Alger & Marvin Krislov, *You've Got to Have Friends: Lessons Learned from the Role of Amici in the University of Michigan Cases*, 30 Journal of College and University Law(2004), 503, 507-513, 520-527.

며 사법적 재량권 행사의 영역임을 명시하고 매우 설득력 있는 경우에만 받아들여질 수 있다고 규정하면서, 판단 시 고려요소들(가령, 연방 법원 간 또는 주 법원간의 판단에 상호 모순이나 충돌이 존재하는지 여부, 중요한 법적 쟁점을 제시하는지 여부)을 예시적으로 열거하고 있다. 연방대 법원은 매우 소수의 사건만을 심리하기에 법정조언자의 의견서는 당사자가 그 문턱을 넘는 데 도움을 줄 수 있다(가령, 다수의 법정조언자 의견서가 제출되었다는 사실만으로도 그 사건이 중요한 것이고 상고허가신청이 인용되어야 한다는 쪽으로 설득력이 있을 수 있다).<sup>16)</sup>

#### 다. 당사자의 주장에 대한 보충·지지 또는 보다 매력적인 변론의 제공

법정조언자가 특정 당사자를 지지하는 경우가 더 흔한 형태인바, 다수의 사건에 있어서 법정조언자는 당사자의 서면을 보충하는 역할을 한다. 가령 중요한 쟁점이 있는 사건을 경험이 부족한 소송대리인이 대리하여 서면의 질이 떨어지거나 해당 쟁점을 보다 분명하게 법원에 제시하지 못할 때 법정조언자가 이를 보완할 수 있다. 양질의 서면이 제출된 경우에도 분량제한으로 충분한 관련 자료를 제출하지 못하는 경우가 있어 법정조언자가 이를 보충하거나, 상대방 측 법정조언자의 의견을 반박하기도 한다. 또한 특정 쟁점에 관하여 당사자가 정치적 이유 또는 전략적 이유로 일부 주장을 할 수 없는 경우에 법정조언자가 이를 대신하여 제시하기도 한다.<sup>17)</sup> 나아가 당해 사건의 당사자가 문제된 쟁점에 관하여 가장 매력적인 자가 아니기 때문에 강하게 변론하지 못하는 경우에 법정조언자가 보다 강력한 목소리를 내며 설득력 있는 변론을 할 수도 있다.<sup>18)</sup> 그 밖에도 단순히 당사자의 입장에 대한 지지를 표명하기 위해서

16) Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 26-27. 한편, 피상고신청인측이나 상고허가신청이 받아들여지는 것을 반대하는 입장에서는 법정조언자의 참여가 오히려 사건의 중요성과 결정의 파급력을 강조하는 역효과를 낼 수도 있다. Eugene Gressman, et. al., *supra*, at 513.

17) Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 26, 28.

18) 가령 지정구역에 옥외광고를 설치하는 것을 금지한 샌디에고 시 조례가 위헌인지 여부가 문제된 사안에서 원고 측은 옥외광고주들로서 공간을 임대하는 사업을 할 뿐이고 상업적 광고가 주를 이루었는데, 미국시민자유연맹(America Civil Liberties Union)에서 해당 조례가 상업적 표현의 자유뿐만 아니라 정치적 표현의 자유 측면을 금한다는 점을 강조하는



법정조언자 의견서가 제출되기도 한다.<sup>19)</sup>

#### 라. 역사적 또는 기술적 분야에서 전문지식 제공

분쟁의 유형이 점점 복잡해지고 기술적으로 변화하면서 특히 과학기술과 관련한 쟁점에 관하여 법관에게 그 배경지식 및 현황을 파악할 것이 요구되고<sup>20)</sup>, 또 일부 사건들은 분쟁의 역사적 맥락에 대한 이해가 필요한 경우<sup>21)</sup>도 있는바, 이에 따라 주로 역사, 생명과학, 의학 등 분야에 있어 이러한 전문지식을 제공할 수 있는 법정조언자의 조력을 받을 필요성이 커지게 되었다.<sup>22)</sup>

#### 마. 기타

법원은 법정조언자의 의견을 통해 해당 사건의 쟁점 또는 논의의 향방을 결정하는데 도움을 받을 수도 있다. 또한 법정조언자는 당사자가 주장의 근거로 삼은 판결과 관련한 오류를 시정할 수도 있고(가령, 판결의 추후 확정 여부), 간행되지 않은 판례나 선례들에 대한 간행 내지 인용 필요성을 피력할 수도 있다.

### 5. 제도 운영의 현황<sup>23)</sup>

#### 가. 법정조언자 의견서 제출 추이

---

법정조언자 의견서를 제출하였다. *Metromedia, Inc. v. San Diego*, 453 U.S. 490(1981).

19) Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 29, 30.

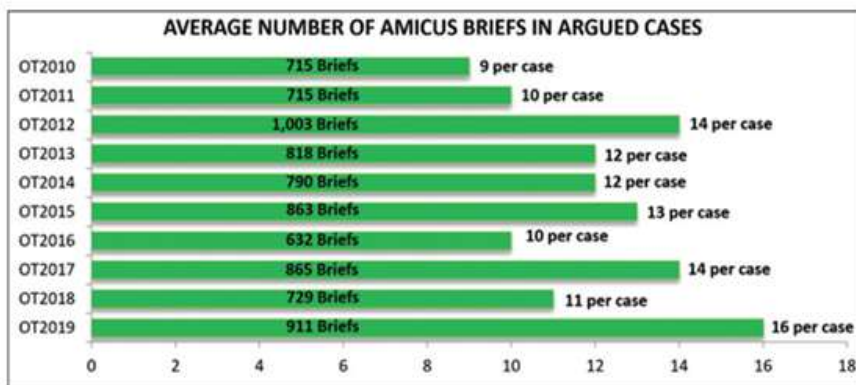
20) 가령 낙태 관련 소송(*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215) 등이다.

21) 가령, 담배소송 또는 교육의 평등에 관한 사건(*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483) 등이다.

22) 사실심리 단계에서는 과학적, 기술적 또는 기타 전문적 지식이 사실심리자에게 도움이 될 경우 전문가 증언(*expert testimony*)을 들을 수 있고, 심리과정에서 당사자는 전문가 증인의 연구방법이나 결론에 이의를 제기할 수 있다. 또한 그 증거는 상소심 법원의 판단 근거가 되는 소송기록의 일부가 된다. 연방증거규칙(*Federal Rules of Evidence*) 제702조.

23) 본 항에서 인용된 표는 Anthony J. Franze & R. Reeves Anderson, *Amicus Curiae at the Supreme Court: Last Term and the Decade in Review*, *The National Law Journal*, Nov. 18, 2020, [https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2020/11/amicuscuriae-at-the-supreme-court.pdf?rev=3d5f6c33bb6c4a86bb99eb6ee8e910ee&sc\\_lang=en&hash=13B0E591D9883DA2000487EA43DDC068](https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2020/11/amicuscuriae-at-the-supreme-court.pdf?rev=3d5f6c33bb6c4a86bb99eb6ee8e910ee&sc_lang=en&hash=13B0E591D9883DA2000487EA43DDC068) 에서 인용함.

19세기까지만 해도 법정조언자 의견서의 제출이 비교적 많지 않았으나, 20세기 후반에 이르면서 사건 수는 비교적 일정하게 유지됨에도 불구하고 법정조언자 의견서의 제출 빈도는 크게 증가하였다.<sup>24)</sup> 아래 표와 같이 구체적인 수치를 보면, 2010년부터 2019년까지 본안 변론을 거친 사건들 중 제출된 법정조언자 의견서의 수는 총 8,041건(사건 당 평균 12건)으로 과거에 비해 크게 증가하였다.<sup>25)</sup> 특히 2019년에는 본안 변론을 거친 사건들에서 총 911건(사건 당 평균 16건)의 법정조언자 의견서가 제출되었다. 이는 1945년부터 1955년 사이에는 사건 당 평균 1건 이하(위 기간 동안 제출 건수 총 531건)의, 1986년부터 1995년까지는 사건 당 평균 5건의 법정조언자 의견서가 각 제출되었던 것과 대비된다.<sup>26)</sup>



법정조언자의 관여 비율로 보아도 아래 표와 같이 2010년부터 2019년 사이에는 본안 변론을 거친 사건들에 있어서 평균 96%의 사건에서 법정조언자가 관여하여 이제 법정조언자가 관여하지 않는 사건이 이례적인 것이 되었다. 반면, 1946년부터 1955년 사이에서는 관여 비율이 23%에 그쳤고, 1986년부터 1995년 사이에는 관여 비율이 85%였다.<sup>27)</sup>

24) Joseph D. Kearne & Thomas W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, 148 U. Pa. L. Rev. 743, 744, 749, 754 (2000).

25) Anthony J. Franze & R. Reeves Anderson, *Amicus Curiae at the Supreme Court: Last Term and the Decade in Review*, The National Law Journal, Nov. 18, 2020, [https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2020/11/amicuscuriae-at-the-supreme-court.pdf?rev=3d5f6c33bb6c4a86bb99eb6ee8e910ee&sc\\_lang=en&hash=13B0E591D9883DA2000487EA43DDC068](https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2020/11/amicuscuriae-at-the-supreme-court.pdf?rev=3d5f6c33bb6c4a86bb99eb6ee8e910ee&sc_lang=en&hash=13B0E591D9883DA2000487EA43DDC068).

26) Joseph Kearney & Thomas Merrill, *supra*, at 743, 752-53, 765 n.71.

Amicus Participation in Argued Cases, 2010-20				
	Number of cases	Total amicus briefs filed	Briefs per case	Participation rate
OT 2010	78	715	9	94%
OT 2011	69	715	10	94%
OT 2012	74	1,003	14	96%
OT 2013	69	818	12	96%
OT 2014	67	790	12	98%
OT 2015	68	863	13	93%
OT 2016	64	632	10	98%
OT 2017	61	865	14	100%
OT 2018	69	729	11	96%
OT 2019	57	911	16	97%
<b>Totals</b>	<b>676</b>	<b>8,041</b>	<b>12</b>	<b>96%</b>

한편, 위 통계수치는 본안 변론 사건에 국한된 것인바, 위 통계에서 본안 변론이 완료되기 전에 사건 목록에서 제외된 사건들, 계속 늘어나고 있는 상고허가단계에서 법정조언자 의견서가 제출된 사건들까지 포함하면 사실상 법정조언자의 관여 정도는 훨씬 더 크다고 할 수 있다.

참여 주체를 기준 분류한 통계에 의하면, 2019-2020년 회기에 제출된 총 911건의 법정조언자 의견서 중 연방 정부가 제출한 것은 27건(2%), 주/지역 정부가 제출한 것은 54건(6%), 그 이외는 830건(91%)이었다.

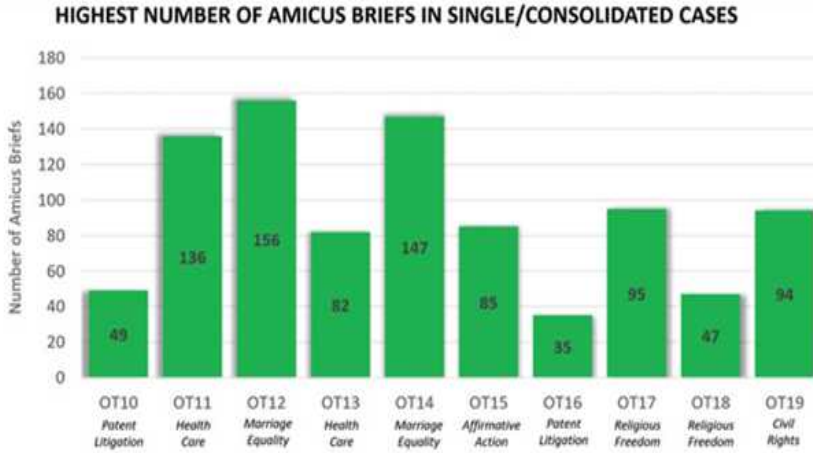
Amicus Participation in Argued Cases, 2019-20				
	Number of cases	Nongovernment amicus briefs	U.S. amicus briefs	State/local gov. amicus briefs
Signed decisions	53	768	24	51
Per curiam opinions	3	52	2	2
Dismissed	1	10	1	1
<b>Totals</b>	<b>57</b>	<b>830</b>	<b>27</b>	<b>54</b>

#### 나. 쟁점별 분석

2010-2019년 사이에 각 연도별로 가장 법정조언자 의견서 제출이 많았던 단일/병합 사건의 주제에 관한 표는 아래와 같다. 주로 동성결혼, 건강보험 등 사회적으로 민감한 사건들 또는 특허사건이 그 대상이었다. 한편, 이러한 중요 사건들에 있어서 법정조언자 의견서 제출이 지나치게 많아지는 점에 대한 우려의 시각도 있다.<sup>28)</sup>

27) Joseph Kearney & Thomas Merrill, *supra*, at 753.

28) Aaron-Andrew P. Bruhl & Adam Feldman, *Separating Amicus Wheat from Chaff*, 106 Geo.



#### 다. 법정조언자 의견서의 영향력

법정조언자의 의견이 법관의 판단에 어느 정도의 영향력이 있는지 판단할 수 있는 지표 중 하나로 연방대법관들이 법정조언자 의견서를 판결문(다수의견, 별개의견 또는 반대의견)에 인용한 비율이 있다. 2010년부터 2020년 사이에 연방대법관별로 인용비율이 적게는 14%에서 많게는 46%까지 이르렀다.

2019-2020년 회기를 기준으로 한 통계에 의하면, 법정조언자가 참여하고 본안 변론을 거친 사건들의 다수의견 중 65%<sup>29)</sup>가 법정조언자 의견서를 인용하고 있다. 또한 참여 주체별로 보면, 연방 정부(연방송무차관)의 의견서의 인용비율은 63%<sup>30)</sup>(24건 중 15건)로 높은 편인 반면, 비정부 의견서는 10%<sup>31)</sup>(768건 중 76건)에 불과하였다. 한편, 위 수치만으로 연방대법원이 항상 연방 정부의 의견에 동의한다고 볼 수는 없는 것이 판결문에 연방 정부의 의견에 대하여 분석하거나 배척하는 경우에 의견서가 인용되기도 하기 때문이다. 학자가 제출한 법정조언자 의견서는 최소한 초기 단계에는 보다 주목을 받는 편이나(2019-2020 회기에 모든 연방대

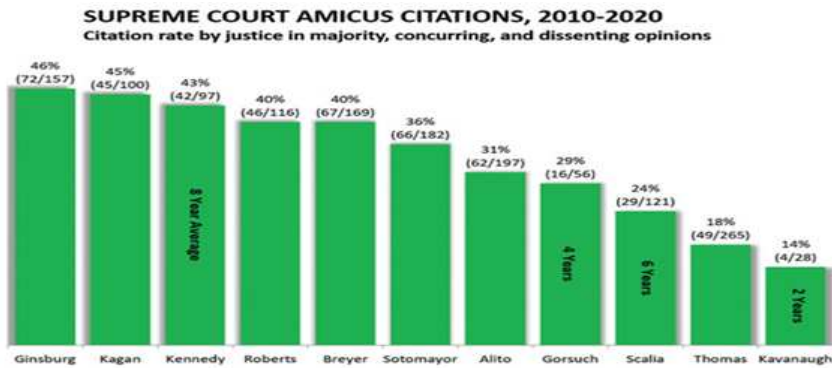
L.J. Online 135, 135(2017).

29) 이는 그 이전 9개년도 회기(46 내지 63%)에 비해 가장 높은 인용비율이다.

30) 이는 그 이전 9개년도 회기(44 내지 81%)의 중간 정도였다.

31) 이는 그 이전 9개년도 회기(5 내지 12%)와 유사한 정도이다.

법관이 최소 1번씩은 교수들의 의견서를 인용함)<sup>32)</sup>, 이 역시 항상 학자의 의견에 동의함을 의미하지는 않는다. 내용적인 측면에 있어서 당사자의 주장을 단순히 반복하는(소위 “me too” 의견서) 의견서는 거의 인용되지 않은 반면, 구체적인 사건에 국한되지 않은 일반적인 사실인 입법적 사실(legislative facts)<sup>33)</sup>에 관하여는 의견서 내용을 기초로 판단한 것이 다수 있다. 나아가 양질의 의견서를 제출하는 것으로 알려진 법률사무소와 법정조언자의 의견서가 상대적으로 더 주목받는 것으로 나타났다.<sup>34)</sup>



32) Kelly J. Lynch, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, 20 J.L. & Pol. 33, 52(2004). 2019-2020 회기에 교수 의견서가 인용된 분야로는 형사법, 이민법, 인신보호청원, 교회법 등이 있다.

33) 입법적 사실은 하나의 분쟁 사건에 있어서 분쟁의 주체, 대상, 장소, 시간 등에 관한 구체적인 사실인 사법적 사실(adjudicative fact)과 구별되는 개념으로, 입법적 사실은 상소심 법원이 법을 해석하고 법을 형성하는 기능을 할 때 사용되는 사회적 상황이나 현상에 관한 일반적인 주장사실을 말한다. Brenda C. See, *Written in Stone? The Record on Appeal and the Decision-Making Process*, 40 Gonz. L. Rev., 157, 191(2005).

입법적 사실로서 인용된 예로는 국경에서 피살된 사람의 수(Hernandez 사건), 운전면허 정지 사유에 관한 통계(Glover 사건), 소비자 설문조사가 얼마나 효과적인지에 관한 자료(Booking.com 사건), 효과적인 피임으로 인한 건강상 및 기타 이익에 관한 통계(Little Sisters of the Poor 사건) 등이 있다. 그 밖에도 각종 법령 모음, 입법 연혁 자료, 주법에 관한 설문조사 등이 있다.

34) Allison Orr Larsen & Neal Devins, *The Amicus Machine*, 102 Va. L. Rev. 1901, 1922. 23 (2016); Adam Feldman, *A Lot at Stake: Amicus Filers 2017/2018*, Empirical SCOTUS (Jan. 16, 2018), <https://empiricalsctus.com/2018/01/16/at-stake/>.

2019-20년 회기에는 비정부 제출 의견서의 약 40%는 연방대법원 소송에 특화된 법률사무소에서 제출된 것들이 인용되었다.

## 6. 제도에 대한 평가

법정조언자의 의견서가 판결에 미치는 영향에 대해 아직 논쟁이 끝난 것은 아니지만, 전문적인 지식을 제공하여 법원의 사실인식의 갭(gap)을 메우는 것이라면 사실상 최선의 제도라는데 대부분 동의하고 있다.<sup>35)</sup> 연방대법관들은 법정조언자의 전문성에 대해 대체로 긍정적인 평가를 해왔으며,<sup>36)</sup> 연방대법원 로클러 출신들은 법정조언자에 의해 제공된 비법률적(non-legal) 정보가 가장 유용하다고 설명한다.<sup>37)</sup> 법관의 판단에 있어서 전문가의 권위 있는 사실적 지식은 중요한 역할을 한다. 이것은 오늘날의 사법 시스템에서 하나의 흐름이 되고 있으며 미국 연방대법원은 법정조언자의 권위를 인용하고 있는 것이다. 연방대법원이 인용한 사실적 주장은 하급심 법원으로 흘러들어가 새로운 당사자에게 영향을 미치고 새로운 법을 형성할 수 있다.<sup>38)</sup>

한편, 다음과 같은 측면에서는 법정조언자의 참여가 문제가 될 수도 있다.<sup>39)</sup> 먼저, 근거가 없거나 불충분한 의견이 제출된 경우가 있을 수 있다. 가령, 저자만 알고 있는 자료 혹은 공개되지 않은 연구를 근거로 작성된 의견서라거나, 사실에 관한 주장이 틀린 경우가 그러하다. 다음으로, 소송을 목적으로 만들어진 데이터를 활용하는 경우도 있을 수 있다. 소송을 예상하고 생성된 기록은 평소의 상태를 정확히 반영하지 않을 수 있고, 어떠한 이유로 하나의 사건을 염두에 두고 만들어진 사실은 신뢰

35) Ruben J. Garcia, *A Democratic Theory of Amicus Advocacy*, 35 Fla. St. U. L. Rev., 315, 317, 334, 337(2008); Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 75-76.

36) 가령, 브라이어(Breyer) 대법관은 법정조언자의 의견서들이 “잠재적으로 관련된 기술적 문제들에 대해 판사들을 교육하고, 전문가가 아닌 일반인을 돕고, 우리의 결정의 질을 향상 시키는데 도움을 주는 중요한 역할을 하고 있다”고 말한 바 있다. Justice Breyer Calls for Experts to Aid Courts in Complex Cases, N.Y. Times, Feb. 17, 1998, p. A17. 알리토(Alito) 대법관도 이전에 순회법원 판결에서 “당사자의 소송대리가 잘 이루어지고 있는 경우에도 법정조언자는 법원에 알려지는 것이 유익한 배경이나 사실관계를 수집함으로써 법원에 중요한 도움을 준다.”고 언급한 바 있다. *Neonatology Associates, P.A. v. C.I.R.*, 293 F.3d 128 (3d Cir. 2002).

37) Kelly J. Lynch, *supra*, at 66.

38) Allison Orr Larsen, “*Factual Precedents*”, 162 U. Pa. L. Rev. 59, 81-97(2013).

39) 정영수, “미국 연방대법원 Amicus Curiae 제도에 관한 소고”, 원광법학 제34권 제3호 (2018. 9.), 34-37면 참조.

하기 어렵다. 마지막으로, 소수견해에 근거를 둔 법정조언자 의견서가 제출될 수 있다. 인터넷의 발달로 방대한 양의 정보가 넘쳐나는데 소송절차의 시간적 제약 속에서 대법관들은 다수견해와 소수견해의 구별이 힘들 수 있다. 만약 어느 대법관이 소수견해를 신뢰한다면 해당 주제를 연구하는 분야에서는 논쟁이 발생할 수도 있다.

### III. 법정조언자 관련 구체적인 소송절차

#### 1. 법정조언자의 소송법상 지위

##### 가. 제3자로서의 제한적 지위

법정조언자는 법원에 도움이 되기 위해 참여할 뿐이므로 그 참여는 법원의 재량권 행사에 달려있고, 소송절차상 매우 제한적인 권한만을 갖는다. 즉, 법정조언자는 당사자가 아니고, 당사자의 소송대리인의 역할을 할 수도 없다.<sup>40)</sup> 따라서 법정조언자의 출석이 당사자의 출석으로 되지 아니하고,<sup>41)</sup> 법정조언자가 참여하더라도 소송의 주도권은 당사자에게 있으며 법정조언자는 당사자들이 제시한 쟁점에 관하여 단지 의견을 밝힐 뿐이다.<sup>42)</sup>

법정조언자는 의견서를 제출하거나 변론에 참여한 이후에도 당사자적격(standing)이 인정되지 않으며, 이러한 점에서 소송참가인(intervenor)과 구분된다. 소송참가는 제3자가 자신의 이익을 보호하기 위해 이미 진행 중인 다른 사람간의 소송에 당사자로 편입하는 것을 허용하는 절차로서 일정 요건을 충족하면 참가가 반드시 허용되는 권리로서의 참가(intervention of right)와 법원의 재량에 따라 참가여부가 결정되는 허가에 의한 참가(permissive intervention)로 나뉘고,<sup>43)</sup> 두 경우 모두 참

40) Evans v. Georgia Regional Hosp., 138 S. Ct. 557, 199 L. Ed. 2d 446 (2017); Briggs v. U.S., 597 A.2d 370 (D.C. 1991); Hyde Corp. v. Huffines, 158 Tex. 566, 314 S.W.2d 763 (1958).

41) Brown v. Wright, 137 F.2d 484 (C.C.A. 4th Cir. 1943); In re Ohlhauser's Estate, 78 S.D. 319, 101 N.W.2d 827 (1960).

42) Evans v. Georgia Regional Hosp., 138 S. Ct. 557, 199 L. Ed. 2d 446 (2017).

43) Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, Civil Procedure, 3, 385-386(4th ed, 2005).

가허가와 동시에 소송의 당사자로 편입된다. 반면, 법정조언자는 여전히 당사자가 아닌 제3자로서 지위를 갖는데 불과하므로 판결의 기판력을 받지 않는다. 따라서 후소에서 동일한 사항에 대하여 당사자로서 다룰 수 있으며 다시 법정조언자로 참여할 수도 있다. 또한 법정조언자는 판결에 대하여 항소하거나 상고허가신청을 할 수도 없다.<sup>44)</sup>

한편, 법정조언자는 당사자는 아니지만 법정조언자와 그 변호인간의 의사소통은 일반적인 변호인과 의뢰인 사이의 의사소통과 동일하게 비밀 유지특권에 의한 보호를 받는다.<sup>45)</sup>

#### 나. 당해 사건에 관한 새로운 사실의 주장 또는 증거제출 불가

일반적으로 법정조언자는 사건을 있는 그대로 받아들여야 하지 당사자가 제기하지 않은 주장을 할 수 없고, 법원도 법정조언자만이 제기하는 주장에 대하여는 고려할 필요가 없다.<sup>46)</sup> 다만, 법원이 직권으로 고려할 수 있는 사항들(가령, 관할, 연방주의, 예양 등)이거나 당사자가 법정조언자의 주장을 인용하였거나, 오직 법률적 문제에 관한 것이고 중요한 정책과 관련된 경우에는 법원의 재량으로 법정조언자의 주장을 고려할 수 있다.<sup>47)</sup>

나아가 법정조언자의 의견서는 새로운 증거나 사실관계를 제출하는 수단이 되어서는 안 된다.<sup>48)</sup> 법정조언자 제도는 당사자가 제기한 주장을 증폭시키거나 상술하여 법원이 법률적 문제를 해결하는데 도움을 주기

44) 한편, 하급심에서 어떠한 방식으로든 소송에 관하여지 않았던 제3자가 연방대법원 단계에서 비로소 소송참가를 하거나, 그 밖에 방법으로 당사자로 편입되고자 하는 경우는 매우 드물며, 이를 허용하는 것도 극히 예외적이므로, 법정조언자의 의견서를 제출하는 것이 소송참가에 대한 대안이 될 수도 있다. Eugene Gressman, et. al., *supra*, at 427-428.

45) *Gannett New Jersey Partners, LP v. County Of Middlesex*, 379 N.J. Super. 205, 877 A.2d 330 (App. Div. 2005).

46) *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 189 L. Ed. 2d 675 (2014); *F.T.C. v. Phoebe Putney Health System, Inc.*, 568 U.S. 216, 133 S. Ct. 1003, 185 L. Ed. 2d 43 (2013).

47) *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288, 109 S. Ct. 1060, 103 L. Ed. 2d 334 (1989); *Genova v. Banner Health*, 734 F.3d 1095 (10th Cir. 2013); *Neilson v. City of California City*, 133 Cal. App. 4th 1296, 35 Cal. Rptr. 3d 453 (5th Dist. 2005).

48) *State v. Quantex Microsystems, Inc.*, 809 So. 2d 246 (La. Ct. App. 1st Cir. 2001).



위한 목적이므로 당해 사건에 관한 새로운 사실을 주장할 수 없다.<sup>49)</sup>

## 2. 개정 연방대법원 규칙 제37조의 절차

### 가. 제출자격

법정조언자 의견서는 반드시 연방대법원 규칙 제5조에 따라 연방대법원에서 소송대리를 할 수 있는 자격이 있는 변호사에 의해서만 제출될 수 있다(연방대법원 규칙 제37조 제1항). 따라서 연방대법원은 법정조언자가 개인적으로 또는 위와 같은 자격이 없는 변호사에 의해 제출된 의견서는 받아들이지 아니한다.

### 나. 당사자의 동의 또는 법원의 허가 요부

1939년에 처음 연방대법원 규칙에 법정조언자 의견서 관련한 규정이 제정되었을 당시에는 그 요건을 매우 엄격하게 규정하여 정부 제출 법정조언자 의견서 이외에는 해당 사건의 모든 당사자들의 동의를 받아야 하는 것을 요건으로 하였다. 그 후 당사자가 부당하게 동의를 하지 않는 상황을 고려하여, 1949년 개정 연방대법원규칙에서는 법원에 의견서 제출허가신청(motion for leave to file an amicus curiae brief)을 하여 허가를 받아 제출이 가능한 것으로 변경하였다. 이에 따라 법정조언자 의견서 제출을 희망하는 자는 양 당사자의 서면동의를 얻거나 법원의 허가를 받아야 의견서의 제출이 가능하였다. 반면, 연방송무차관, 연방 정부, 주 정부 등을 대리하여 법정조언자 의견서를 제출하는 경우에는 별도의 규정을 두어 당사자의 동의나 법원의 허가 없이도 법정조언자 의견서를 바로 제출할 수 있도록 하였다.

그 후 조문의 위치는 변경되었으나 그 내용은 대체로 동일하게 유지되어 오다가, 2022. 12. 5.(2023. 1. 1. 발효)자 연방대법원 규칙의 개정으로 당사자의 동의 및 법원의 허가에 관한 내용이 변경되었다. 다른 연방법원과 달리 연방대법원은 극히 예외적인 경우가 아닌 한 법정조언자의 의견서 제출허가신청을 받아들여주는 입장이었고, 그 결과 당사자들도

---

49) *Ciba-Geigy Ltd. v. Fish Peddler, Inc.*, 683 So. 2d 522 (Fla. 4th DCA 1996); *U.S. v. Mullet*, 868 F. Supp. 2d 618 (N.D. Ohio 2012).

사전에 포괄적 또는 개별적으로 법정조언자의 의견서 제출에 대한 동의를 해왔었다. 따라서 더 이상 당사자의 동의 또는 법원의 허가 요건이 게이트키퍼 기능을 하지 못하게 되고 당사자와 법원에 불필요한 부담만을 주는 상황이 되었으므로 위 동의 내지 허가 요건을 폐지하기에 이른 것이다.<sup>50)</sup> 즉, 2023. 1. 1. 이후로는 제출시기 및 형식에 관한 연방대법원 규칙의 내용을 준수하는 한 법정조언자 의견서는 참여주체가 누구인지 불문하고<sup>51)</sup> 어떠한 경우에도 제출이 가능하게 되었다.<sup>52)</sup>

#### 다. 제출시기 및 제출의사 통지

##### 1) 허가 단계(Cert. Stage, 연방대법원 규칙 제37조 제2항)

상고허가신청 단계에서 상고허가신청인 또는 항소인을 지지하기 위해 법정조언자 의견서의 제출기한은 사건이 접수된 때(the case is placed on the docket) 또는 연방대법원이 답변서 제출을 요구한 때 중 더 늦은 시점으로부터 30일 이내이다. 또한 연방대법원이 1심 관할권을 갖는 사건에 관하여 신청인의 소장 제출 허가신청을 지지하기 위한 법정조언자 의견서는 사건이 접수된 때로부터 60일 이내에 제출되어야 한다. 위 두 경우 모두 기한 연장은 불가하다.

피신청인 또는 피항소인을 지지하기 위한 법정조언자 의견서는 반박서면(brief in opposition) 또는 기각 신청(motion to dismiss or affirm)을 위해 허용된 기간 내에 제출하여야 한다. 따라서 위 기간이 연장되면 법정조언자 의견서 제출기한도 함께 연장된다.

이처럼 허가여부를 심리하는 단계에서 법정조언자 의견서를 제출하는

50) Amy Howe, Court drops consent requirement for filing of amicus briefs, makes other tweaks to rules, SCOTUSblog (2022. 12. 6.) <https://www.scotusblog.com/2022/12/court-drops-consent-requirement-for-filing-of-amicus-briefs-makes-other-tweaks-to-rules/> (2024. 3. 31. 최종 방문).

51) 개정 연방대법원 규칙은 법정조언자가 누구인지 불문하고 당사자의 동의나 법원의 허가를 요하지 아니하므로 종전에 동 규칙 제37조 제4항에 정부기관의 경우에 법원의 허가를 요하지 아니한다는 규정 부분을 삭제하였다.

52) Scott S. Harris, *Memorandum to those Intending to File an Amicus Curiae Brief in the Supreme Court of the United States*, 1 (Jan 2023). <chrome-extension://efaidnbmnnpbpcjpcjgclclefindmkaj/https://www.supremecourt.gov/casehand/AmicusGuide2023.pdf>.

경우, 의견서 제출기한으로부터 적어도 10일 전에 모든 당사자의 소송대리인에게 법정조언자 의견서를 제출하겠다는 의사(notice of intention to file an amicus curiae brief)를 통지하여야 한다. 또한 법정조언자 의견서에는 각 소송대리인이 그러한 통지를 수령하였다는 것을 적시하여야 한다(통상 각주로 표시).

## 2) 본안 단계(Merits Stage, 연방대법원 규칙 제37조 제3항)

본안 변론이 예정된 사건(a case before the Court for oral argument)에 관하여 법정조언자 의견서를 제출하는 경우의 제출기한은 지지하는 당사자가 서면을 제출한 때로부터 7일 이내이다. 만일 여러 당사자를 지지하는 경우에는 마지막으로 서면을 제출한 당사자를 기준으로 7일 이내에 법정조언자 의견서를 제출하여야 한다. 법정조언자가 아무 당사자도 지지하지 않는 경우에는 제출기한은 신청인 또는 항소인에게 서류 제출을 위해 허용된 기한으로부터 7일 이내이다(실제로 당사자가 서류를 제출하였는지 여부와는 무관함). 위 각 기한의 연장은 불가하다. 허가 단계에서 요구되던 제출의사 통지 관련 규정은 본안 단계에서는 적용되지 않는다.

또한 2022. 12. 5.자 개정으로 연방대법원 규칙 제37조 제3항에서는 1심 관할권을 갖는 사건에서 특별보좌관(Special Master)의 보고서에 대한 반박과 관련하여 법정조언자 의견서를 제출하는 경우도 추가하여 제출기한을 본안 변론이 예정된 사건과 동일하게 규정하였다.

### 라. 의견서의 내용

연방대법원 규칙에 의하여 법정조언자 의견서의 본문 중 기재가 요구되는 항목은 (i) 법정조언자의 이해관계, (ii) 주장의 요지, (iii) 주장 내용, (iv) 결론이다(연방대법원 규칙 제37조 제5항). 각 항목은 목차를 개별적으로 달아 별도의 항목으로 기술하여야 한다. 법정조언자 의견서에서는 당해 사건의 쟁점에 관하여 기술할 필요는 없다.

연방대법원 규칙 제33조 및 제34조는 연방대법원에 제출하는 서면의 외형적인 형태(편철 형식 및 크기, 종이의 무게, 표지의 색상, 글자 크기, 줄 간격, 여백, 단어 수 제한 등) 및 형식적인 기재사항까지도 매우 구체

적이고 상세하게 규정하고 있는바, 법정조언자 의견서도 그 밖의 다른 책자 형식의 서면에서 요구되는 형식을 갖추어야 한다.

### 1) 표지, 목차

허가 단계에서 제출되는 법정조언자 의견서는 크림색 표지를, 본안 단계에서 제출되는 법정조언자 의견서는 신청인 또는 항소인을 지지하거나 아무도 지지하지 않는 경우에는 연녹색 표지를, 피신청인을 지지하는 경우에는 진한 녹색 표지를 갖추어야 한다.

표지에 기재되는 제목에는 해당 의견서를 함께 제출하는 법정조언자들이 너무 많아서 현실적으로 불가능하지 않는 한, 위 의견서를 함께 제출하는 모든 법정조언자의 이름이 기재되어야 하고, 일단 의견서가 제출되면 추후에 법정조언자의 이름을 추가할 수 없다. 법정조언자는 한 사건에서 각 단계(허가, 본안)별로 각 한 개의 의견서에만 이름을 올릴 수 있다. 또한 제목에 법정조언자가 어느 당사자 쪽을 지지하는지 또는 원심 판결의 유지 또는 번복을 희망하는지를 나타내야 한다.

표지 하단에는 담당 소송대리인(counsel of record)의 이름, 사무실 주소 및 전화, 이메일 주소를 기재하여야 한다. 한편, 한 명의 변호사가 여러 개의 법정조언자 의견서 제출에 관여하는 것은 무방하다.<sup>53)</sup>

1,500 단어를 초과하는 법정조언자 의견서는 반드시 목차 및 참고판례, 문헌 목록을 포함시켜야 한다.

### 2) 법정조언자의 이해관계

‘법정조언자의 이해관계’는 의견서 본문 중 단어 수 제한에 들어가는 첫 번째 부분이다. 흔히 이 부분은 중요하지 않다고 생각하는 경향이 있지만, 매우 중요한 부분으로 여겨질 수도 있다.<sup>54)</sup> 법정조언자 이해관계 부분에 들어갈 내용으로는 (i) 법정조언자가 누구인지에 관한 설명(가령

53) Scott S. Harris, *supra*, at 4.

54) 법관마다 시각의 차이가 있으나, 연방대법관 중에는 의견서에서 먼저 당사자들의 이해관계와 법정조언자의 이해관계가 어떻게 다른지 파악하고 싶다고 밝힌 경우도 있고(Roberts 대법관), 법정조언자의 이해관계를 보고 나머지 의견서 본문을 읽을 것인지를 판단한다고 한 경우도 있었다고 한다. Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 45.

단체라면 형성 시기 및 목적, 구성원, 활동 내역, 종전에 법정조언자 의견서를 제출하였는지 여부 등), (ii) 법정조언자의 이해관계(최근의 법정조언자는 당사자 일방을 지지하기 위한 경우가 많으나, 이해관계가 명확하지 않으면 간단히 설명하는 것이 바람직함), (iii) 법정조언자가 어떻게 법원을 조력할 수 있는지(가령, 법정조언자가 제시할 수 있는 특별한 시각, 판결이 당사자 이외의 자에게 어떠한 영향을 미치는지 등) 등이 있다.<sup>55)</sup>

### 3) 공개(Disclosure)에 관한 사항

법정조언자 의견서에는 의견서 작성에 당사자가 관여한 정도를 밝혀야 한다(연방대법원 규칙 제37조 제6항). 즉, (i) 당사자의 소송대리인이 법정조언자 의견서의 전부 또는 일부를 작성하였는지, 또는 (ii) 당사자의 소송대리인 또는 당사자가 의견서의 준비 및 제출을 지원하기 위해 금전적으로 기여하였는지를 밝히고, 법정조언자와 그 구성원, 또는 법정조언자의 소송대리인 이외에 금전적 기여를 한 모든 자의 이름을 기재하여야 한다. 다만, 정부기관이 법정조언자 의견서를 제출할 때에는 이러한 공개요건이 적용되지 않는다.

이러한 공개에 관한 내용은 법정조언자 의견서 본문 첫 페이지 첫 번째 각주에 기재하여야 한다. 만일 아무 관여가 없었다면, 그러한 사실을 명확하게 기재해주는 것이 실무상 바람직하다고 한다.<sup>56)</sup> 예를 들어 다음과 같은 문구를 각주에 명시한다.

“Pursuant to this Court’s Rule 37.6, amici state that no counsel for a party authored this brief in whole or in part and that no person other than amici or their counsel made a monetary contribution to its preparation or submission.”

이와 같이 당사자 개입여부에 대한 공개요건은 1997년 연방대법원 규칙 개정 시 신설되고 2007년에 개정되어 현재와 같은 내용에 이르게 되었다.<sup>57)</sup> 연방대법원은 이와 같은 공개요건의 취지가 무엇인지에 관하여

55) Randy S. Parlee, *A Primer on Amicus Curiae Briefs*, Wis. Lawyer, 15 (1989. 11.).

56) Scott S. Harris, *supra*, at 4.

57) 2022년 개정은 공개요건에 관한 내용은 동일하되 연방대법원 규칙 제37조 제4항을 개정

직접적으로 밝힌 바는 없지만, 이는 단순히 당사자가 작성에 참여했거나 금전적 지원을 하였는지를 인지함으로써 더 적절한 내용판단을 하고자 하는 것일 수도 있고, 다른 한편으로 재력이 있는 당사자가 법정조언자를 확보하여 당사자 제출서면의 분량제한을 회피하기 위한 수단으로 활용하는 경우가 종종 있다는 것을 연방대법원이 인식하고 있거나 우려하고 있다는 반증일 수도 있다는 분석도 있다.<sup>58)</sup>

#### 4) 분량 제한

상고허가신청, 관할에 관한 서면, 소장 제출 허가 신청 등과 관련한 법정조언자 의견서는 6,000 단어로 제한되고, 본안 단계에서 정부 기관 등이 제출하는 법정조언자 의견서는 9,000 단어로, 그 이외의 개인이나 단체는 8,000 단어로 제한된다(연방대법원 규칙 제33조 제1항(g)). 각주는 단어 수에 포함된다(연방대법원 규칙 제33조 제1항(d)).

#### 마. 긴급신청(Emergency Application) 관련한 법정조언자 의견서

최근 몇 년간 소위 “그림자 기록(*shadow docket*)”이라 칭해지는 긴급신청 사건이 증가하고 있는바, 2022년 12월 개정 연방대법원 규칙에서는 긴급신청과 관련하여 법정조언자 의견서를 제출하는 경우를 규율하는 규정을 연방대법원 규칙 제37조 제4항에 추가하였다. 긴급신청 사건이란 연방대법원에 즉각적인 조치를 요하는 신청으로, 신속하게 진행되고 서면 공방도 제한적으로 이루어지며 구술변론도 이루어지지 않는다. 긴급신청 사건에 대한 결정은 정식의 서명된 형태가 아니고, 이유기재가 없거나 매우 간략하다. 긴급신청 사건은 절차적이거나 부수적인 것도 있지만, 최소한 잠정적으로라도 논란이 있는 중요한 정책적 문제를 해결하는 경우가 많기에(가령, 코로나 바이러스 관련 정책, 이민 관련 제한, 사형 제도, 낙태 관련, 인구조사나 선거 관련 결정 등) 이에 대한 관심이 점점 증가하고 있다. 이러한 긴급신청 사건은 소송당사자들로 하여금 잠재적인 지름길을 제공한다는 점<sup>59)</sup>과 절차의 투명성을 저해하고 신중한 판단

하면서 그에 따른 수정만이 이루어졌을 뿐이다.

58) Joseph Kearney & Thomas Merrill, *supra*, at 766-767.

59) 연방대법원으로부터 긴급 정지(*emergency stay*)를 받기 위해서는 충족시켜야 하는 기준이

을 하지 못하게 한다는 점이 우려사항으로 지적되고 있다.<sup>60)</sup>

필요한 구제책의 긴급성 등 기타 긴급신청이 필요한 이유를 고려하건대, 긴급신청과 관련한 법정조언자 의견서를 제출하는 경우에는 최대한 신속하게 제출하여야 한다. 또한 긴급신청 사건은 시간적 제약이 있으므로 법정조언자 의견서를 제출하는 것이 권장되지 않으며, 당사자들이 이미 제기하지 않은 관련 문제에 대하여 법원의 주의를 환기하여 법원에 상당한 도움을 줄 수 있는 경우에만 제출하여야 한다. 제출 시에는 원본 및 사본 2부가 제출되어야 하고, 분량은 25면으로 제한된다. 연방대법원 규칙 제37조 제2항에 따른 당사자에 대한 사전 통지 규정은 적용되지 않으나, 제출 시에 당사자에 대한 전자적 송달(동 규칙 제29조 제3항)은 완료되었어야 한다.

## 바. 기타

### 1) 법정조언자 의견서 제출이 불가능한 경우

연방대법원은 법정조언자의 반박 의견서(reply brief)는 제출받지 아니한다. 또한 재심신청을 지지하거나 반대하는 법정조언자의 의견서도 제출받지 아니한다(연방대법원 규칙 제37조 제3항).

### 2) 비공개 제출

2022년 12월 개정 연방대법원 규칙에서는 제34조 제7항에 비공개(under seal)로 문서를 제출하는 방식에 관한 기존의 실무절차를 명시적인 규정으로 제정하였다. 이에 따라 법정조언자 의견서도 연방대법원에 제출되는 다른 문서들과 마찬가지로 상황에 따라 필요한 경우 비공개 제출허가(motion to file material under seal) 신청을 할 수 있다.<sup>61)</sup> 허가 신청서에는 비공개로 되어야 되는 부분이 왜 제출 대상 문서에 포함되어

---

매우 높다. 또한 일반적인 절차로 연방대법원의 판단을 받기 위해서는 수개월 또는 수년이 걸리기도 한다.

60) James Romoser, *Symposium: Shining a light on the shadow docket*, SCOUTUSblog (2020. 10. 22.) <https://www.scotusblog.com/2020/10/symposium-shining-a-light-on-the-shadow-docket/>(2024. 3. 31. 최종 방문)

61) 가령 정부 측이 법정조언자 의견서를 제출하면서 수사기밀이 기재된 경찰조서를 별지로 첨부하고, 별지의 비공개 제출에 대한 허가신청을 하는 경우 등이 있었다.

야 하는지를 설명하여야 하고, 가능한 경우에는 해당 부분이 삭제된 일반 공개본을 함께 제출하여야 하며, 불가능한 경우에는 그 사유를 설명하여야 한다.

### 3) 전자적 제출

법정조언자 의견서도 연방대법원에 제출되는 다른 문서들과 마찬가지로 종이문서로 제출하는 것이 원칙이나<sup>62)</sup>, 이에 더하여 전자문서제출 시스템으로도 제출되어야 한다.<sup>63)</sup>

## 사. 구술변론의 참여

### 1) 법정조언자의 소송대리인의 구술변론 참여

연방대법원에서의 구술변론에 관한 사항은 연방대법원 규칙 제28조에서 정하고 있으며, 동조 제7항은 법정조언자의 구술변론 참여에 대하여 규정하고 있다. 연방대법원에서 구술변론은 원칙적으로 당사자 쌍방에 대해 각 1인의 소송대리인이 변론하는 것을 원칙으로 한다. 또한 법원이 달리 정하지 않는 한 각 당사자에게 허용된 변론시간은 30분이고, 변론시간 연장에 대하여는 허가신청을 하여야 하나, 이는 거의 허용되지 않는다고 연방대법원 규칙에 명시되어 있다(동조 제3항). 만일 구술변론을 2인 이상이 분할하여 담당하고자 할 경우 이에 대한 허가신청을 하여야 하나, 연방대법원 규칙은 이와 같은 분할변론(divided argument)은 바람직하지 않다고 정한다(동조 제4항). 분할변론을 하게 되면 시간적 측면에서나 쟁점에 대한 집중도 측면에서나 모두 불리하고, 여러 소송대리인 사이에 쟁점을 잘 배분한다고 하더라도 법관이 어떤 쟁점에 관한 질문을 해당 쟁점을 맡은 소송대리인에게 정확히 할 것인지를 장담할 수 없기 때문이다.<sup>64)</sup>

연방대법원 규칙 제37조에 따라 법정조언자 의견서를 제출한 법정조언자의 소송대리인은 법정조언자가 지지하는 당사자 측의 동의가 있고, 구

62) 연방대법원 규칙 제29조 제1항.

63) 연방대법원 규칙 제29조 제7항은 소송대리인이 있는 경우에는 추가로 전자적 제출을 요한다.

64) Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, *supra*, at 66.



술변론 참여에 대하여 법원의 허가를 얻은 경우 그 당사자 측에서 구술 변론에 참여할 수 있다. 연방대법원에서는 문서 제출에 대한 소송대리인 자격 요건과 마찬가지로 변론 역시 연방대법원 사건의 소송대리 자격을 취득한 변호사만이 맡을 수 있으므로, 법정조언자의 구술변론이 허용되는 경우에도 자격을 갖춘 법정조언자의 소송대리인이 변론을 해야 한다. 만일 당사자가 동의하지 않는 경우에는 법정조언자의 소송대리인은 법정조언자 측의 구술변론 없이는 법원이 받을 수 없는 도움을 줄 수 있다는 점을 구체적으로 간결하게 적시하여 구술변론 허가신청을 하여야 한다. 이와 같은 신청은 극히 예외적인 경우에만 허용된다(연방대법원 규칙 제 28조 제7항).<sup>65)</sup> 법정조언자의 소송대리인이 구술변론에 참여하는 경우에도 각 당사자별로 허용된 시간 내에 구술변론을 마쳐야 하므로 당사자의 소송대리인과 법정조언자의 소송대리인 사이에 할당된 변론시간을 나누어야 한다.<sup>66)</sup>

## 2) 법정조언자의 구술변론 참여 추이

법정조언자의 구술변론 참여는 1950년대 이전까지는 매우 드물다가 20세기 후반에 이르면서 사건 수 측면에서나 비율적인 측면에서나 모두가파르게 증가하기 시작하여 2010년대 후반에는 해당 년도 회기의 사건 중 40~60%(30 내지 40건)를 차지하기에 이르렀다.

법정조언자의 구술변론 참여 증가 추세는 법정조언자 의견서 제출의 증가 추세와 궤를 같이 한다.<sup>67)</sup> 한편, 의견서 제출과 구술변론 참여에 있어 각 제도의 활용 주체는 큰 차이를 보인다. 법정조언자 의견서의 경우에는 다양한 개인 및 단체가 제출하는 반면 구술변론 참여의 경우는 연방송무차관이 압도적으로 많이 차지하고 있다(아래 표<sup>68)</sup> 참조). 가령

65) 1954년 연방대법원 규칙에는 정부기관의 경우에는 예외라는 내용이 있었으나, 1980년 개정으로 그 부분을 삭제하여 당사자의 동의가 없는 경우에 구술변론 허가신청에 관하여 신청 주체가 누구인지 불문하고 극히 예외적인 경우에만 허용하는 것으로 규정하고 있다.

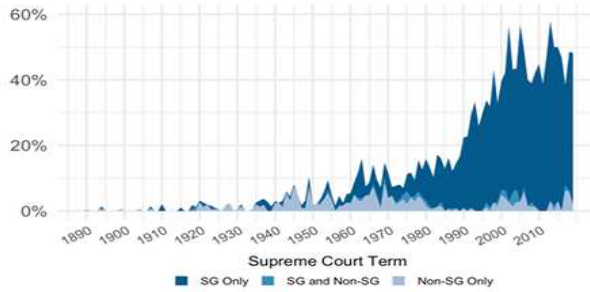
66) Mathew M.C. Roberts, *Oral Arguments and Amicus Curiae*, 22 (2011).

67) Darcy Covert & Annie J. Wang, *The Loudest Voice at the Supreme Court: The Solicitor General's Dominance of Amicus Oral Argument*, 74 *Vanderbilt Law Review* 681, 696-698(2021).

68) Darcy Covert & Annie J. Wang, *supra*, at 697에서 인용된 표(Figure 4)를 인용함.

2019년 회기를 보면 연방대법원이 변론을 열고 법정조언자의 구술변론 참여가 있었던 27건의 사건들 중 1건을 제외하고는 구술변론을 한 법정조언자는 모두 연방송무차관이였다. 이와 같이 최근에 연방대법원이 연방송무차관의 경우에는 연방 정부와 관련성이 적은 사안에 있어서도 신청만 하면 구술변론을 쉽게 허용해주는 추세에 대하여, 연방대법원이 구조적으로 편향된 의견만을 듣게 되고 이는 곧 적법절차의 원칙 및 대립 당사자주의를 약화시킬 우려가 있다는 비판이 있다.<sup>69)</sup>

FIGURE 4: PERCENTAGE OF CASES WITH ARGUMENT BY AMICI, BY AMICUS TYPE



### 3. 연방항소법원 규칙 제29조의 절차

항소심에서의 법정조언자의 참여에 관하여 규정하는 연방항소규칙 제 29조는 2022년 12월 개정되기 전의 연방대법원 규칙 제37조와 유사한 내용을 규정하고 있다. 즉, 법정조언자 의견서를 제출하기 위해서는 정부 기관 이외의 법정조언자는 모든 당사자의 동의를 얻거나 법원의 허가를 받아야 한다. 정부 기관의 경우에는 위 요건이 적용되지 않는다. 연방대법원 규칙의 개정으로 위 부분은 차이가 생겼으나 나머지 내용은 대체로 동일하다.

그 이외에도 다소 차이가 나는 부분은 법정조언자가 회사인 경우 연방항소규칙 제26조 (a) 제1항에 따른 공개 진술(disclosure statement)<sup>70)</sup>

69) Darcy Covert & Annie J. Wang, *supra*, at 681-682, 698.

70) 가령, “정부가 아닌 회사의 경우에 모회사와 해당 회사의 10% 이상의 주식을 보유하는 주식회사를 특정하고, 그러한 회사들이 없는 경우에는 없다는 취지를 기술할 것”이다. 연방대법원 규칙 제29조 제6항에서도 연방대법원에 서류를 제출하는 자가 회사인 경우

을 의견서에 포함시켜야 하는 점(연방항소법원 규칙 제29조 (a) 제4항 (A)), 법정조언자 의견서의 분량은 당사자 본인의 주된 서면에 적용되는 분량의 절반을 초과하지 못하는 점(동 규칙 제29조 (a) 제5항), 법정조언자가 구술변론에 참여하기 위해서는 법원의 허가를 얻어야 한다고 규정하고 있는 점(동 규칙 제29조 (a) 제8항) 등이다.

#### 4. 공개(Disclosure) 관련 개정 논의

미국 상원의원 Sheldon Whitehouse와 하원의원 Hank Johnson이 2019년경부터 법정조언자 의견서에 대한 자금 지원의 공개에 관한 연방 대법원 규칙 제37조 제6항 및 연방항소법원 규칙 제29조 (a) 제4항 (E)가 지나치게 협소하게 규정되어 있음을 비판하며 그 개정을 촉구하여, 연방항소법원 규칙에 관한 자문위원회(Advisory Committee on Appellate Rules) 등에서 이에 관한 논의가 진행 중이다.<sup>71)</sup> Whitehouse와 Johnson 의원이 지적하는 주된 문제점은 다음과 같다.<sup>72)</sup>

첫째, 현행 규정은 해당 사건의 “법정조언자 의견서의 준비 및 제출에 대한 재정 지원을 하기 위해 금전을 기여한(contributed money that was intended to fund preparing or submitting the brief)” 경우만을 공개 대상으로 규정하고 있는바, 실무상 법정조언자의 일반적인 활동을 지원하는 자가 있더라도 위 조항에 따른 공개대상이 아니므로 그러한 지원자를 공개하지 않는 경우가 대부분이다. 그리하여 당사자로부터 직접 후원을 받아온 법정조언자가 그러한 사항을 공개하지 아니한 채 의견서를 제출하기도 하고,<sup>73)</sup> 배후의 밝혀지지 않은 후원자가 당사자와 로펌

---

위와 같은 취지의 공개 규정을 두고 있으나, 법정조언자는 그 대상에서 제외하고 있다.

71) Meaghan McCabe, Whitehouse Johnson Urge Judicial Conference to Finalize Strong Rules Governing Amicus Brief Disclosure(Press Release) (2023. 10. 30.) <https://www.whitehouse.senate.gov/news/release/whitehouse-johnson-urge-judicial-conference-to-finalize-strong-rules-governing-amicus-brief-disclosure> (2024. 3. 31. 최종 방문).

72) Sheldon Whitehouse and Hank Johnson, Letter to Judge John Bates, Chair, Judicial Conference Committee on Rules of Practice and Procedure (2021. 2. 23.) 의 내용 참조. <https://www.whitehouse.senate.gov/imo/media/doc/2021-02-23%20SW%20HJ%20Letter%20to%20JC.pdf> (2024. 3. 31. 최종 방문).

73) 가령, Google LLC. v. Oracle America Inc 사건에서 Internet Accountability Project(IAP)라는

및 여러 법정조언자들을 지원하며 “Amicus Project”를 계획하기도 한다.<sup>74)</sup>

둘째, 현행 규정은 법정조언자가 단체인 경우 그 단체의 구성원이 자금의 지원자라면 공개 대상에서 제외하고 있는바, 이러한 점을 이용하여 구성원을 통해 법정조언자에게 자금을 지원하는 경우도 있다.<sup>75)</sup>

셋째, 현행 규정은 오히려 클라우드 펀딩 등을 통해 법정조언자 의견서 제출을 지지하는 일반 시민들에게 불합리한 결과를 초래하고,<sup>76)</sup> 재력이 있고 노련한 repeat player 등 기득권에게 유리한 구조이다.

한편, 연방대법원은 현재의 규정이 특정한 입장을 직접적으로 지지하

단체가 오라클을 지지하는 법정조언자 의견서를 제출하였는데, 오라클은 2019년에 IAP에 25,000~ 99,999 달러를 기부했던 것으로 드러났다. IAP는 해당 사건의 법정조언자 의견서의 준비 및 제출과 관련하여 당사자나 그 소송대리인으로부터 자금 지원을 받은 사실이 없다고 기재하였다. Naomi Nix & Joe Light, *Oracle Reveals Funding of Dark Money Group Fighting Big Tech*, Bloomberg (2020. 2. 25.). <https://www.bnnbloomberg.ca/oracle-reveals-it-s-funding-dark-money-group-that-s-fighting-big-tech-1.1395665> (2024. 3. 31. 최종방문).

74) 가령, 노조의 권리 약화를 도모하는 보수 재단인 Bradley Foundation은 관련 소송에서 원고가 될 당사자, 원고를 대리할 소송대리인, 법정조언자 의견서를 제출할 여러 단체를 직, 간접적으로 후원하였는데, 법정조언자들은 의견서에 그러한 내용을 공개하지 않았으며, 법원도 미공개를 이유로 의견서 제출을 반려하지 아니하였다. Whitehouse and Johnson Letter, *supra*, at 4-5; Mary Bottari, *Behind Janus: Documents Reveal Decade-Long Plot to Kill Public-Sector Unions*, In *These Times* (2018. 2. 22.) <https://inthesetimes.com/features/janus-supreme-court-unions-investigation.html> (2024. 2. 19. 최종방문).

75) 가령 미국 상공회의소는 종종 대법원의 소송에 매우 영향력 있는 법정조언자 의견서를 제출하면서 법정조언자 이외의 자로부터 의견서의 준비 및 제출에 자금 지원을 받은 사실이 없음을 공개하여 왔다. 그런데, 상공회의소는 그 회원을 일반 대중에 공개하지 않는 바, 상공회의소가 지지하는 입장에 누가 영향을 실질적으로 미치고 있는지를 알기 어렵다. 따라서 공개 규정은 무의미해지고, 사실상 재력이 있어 상공회의소에 큰 기여를 하는 회사들이 완전한 익명성을 누리며 법정조언자의 활동으로 인한 혜택을 받고 연방대법원 및 연방항소법원에 영향력을 미칠 수 있는 것이다. Whitehouse and Johnson Letter, *supra*, at 6.

76) 가령, 2018년에 연방대법원은 U.S. Alcohol Policy Alliance라는 단체가 클라우드 펀딩을 통해 자금을 모아 법정조언자 의견서를 제출하였는데, 위 단체가 익명으로 후원한 사람들의 이름을 공개하지 않았다고 하여 의견서를 반려하였다. 이에 위 단체는 익명 후원자들에게 후원금을 반환하고 실명 후원자들만을 적시하여 법정조언자 의견서를 제출하였다. 후원자들은 모두 25~500달러 사이의 소액 후원자들이었다. Tony Mauro, “*Supreme Court Rule Crimps Crowd-Funded Amicus Briefs*”, *The National Law Journal* (2018. 12. 10.).

기 위한 자금 출연에 관한 정보를 제공하면서도 동시에 단체의 구성원에 관한 정보나 일반적인 후원자 목록 등 보다 광범위한 공개를 요구하는 것은 결사의 자유나 표현의 자유를 침해할 우려가 있다는 점을 인식하여 조화점을 찾은 것이라는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.<sup>77)</sup>

2023. 10. 19. 기준으로 연방항소법원 규칙에 관한 자문위원회에서 논의 중인 연방항소법원 규칙 제29조의 개정안의 주요 내용은 다음과 같다. 물론 여전히 다양한 견해가 존재하며 공개로 인한 이익과 그로 인한 부담의 조화점을 찾는 방향으로 논의가 이루어지고 있다.<sup>78)</sup>

(i) 법정조언자와 당사자와의 관계에 대한 공개와 관련하여, 법정조언자는 ① 당사자 또는 당사자의 소송대리인이 의견서의 전부 또는 일부를 작성하였는지, ② 당사자 또는 당사자의 소송대리인이 의견서의 준비, 작성 및 제출에 관한 재정 지원 또는 보상으로 금전적 기여를 하였거나 기여를 하기로 약속하였는지, ③ 당사자 또는 당사자의 소송대리인 또는 양자의 조합이 의견서를 제출하는 법인에 대하여 다수 지분을 소유하거나 다수의 지배력을 가지고 있는지, ④ 당사자 또는 당사자의 소송대리인 또는 양자의 조합이 의견서 제출일로부터 12개월 이내에 법정조언자의 직전 회계연도 총 예산의 25%이상에 해당하는 금액을 기여하였거나 기여하기로 약속하였는지를 공개하여야 한다. 위 공개에 있어서는 당사자 및 소송대리인의 이름을 기재하여야 한다. 만일 법정조언자가 이를 공개하지 않는 경우에는 당사자나 소송대리인이 하여야 한다.

(ii) 법정조언자와 당사자 아닌 자와의 관계에 대한 공개와 관련하여, 법정조언자는 자신 및 법정조언자의 소송대리인 이외에 법정조언자 의견서의 준비, 작성 및 제출에 대한 재정 지원 또는 보상으로 1천 달러 이상을 기여하였거나 기여하기로 약속한 자의 이름을 기재하여야 한다. 다만, 직전 12개월 간 법정조언자의 구성원이었던 자의 이름은 공개하지 아니하여도 된다. 법정조언자가 설립된 지 12개월이 안 되는 경우에는 기여한 구성원의 이름을 공개하지 않아도 되나, 법정조언자의 설립일은 공개하여야 한다.

77) Whitehouse and Johnson Letter, *supra*, at 1에 기재된 연방대법원 서기인 Hon. Scott Harris와의 서신내용을 인용함.

78) Advisory Committee on Appellate Rules - October 2023, Agenda Books, pp. 168-175.

## IV. 우리나라에의 시사점

### 1. 현행 제도

#### 가. 참고인 진술제도

##### 1) 입법취지 및 연혁

상고사건에서 법리상 치열한 공방이 벌어지거나 특히 이해관계가 첨예하고 국가 전체에 영향을 미치는 중요하고도 사회적 이목이 집중되는 사건에 관하여는 소송관계를 분명하게 하기 위해 전문가 등 참고인의 진술을 듣는 절차가 필요하다고 보아 2002년 민사소송법 전면 개정 시 제 430조 제2항이 신설되었다. 이는 미국의 법정조언자 구술변론 제도를 모델로 한 것이다. 대법원에서는 변론을 열더라도 직권조사사항 등 예외적인 경우를 제외하고는 구체적 사실조사를 할 수 있는 것은 아닌바, 오히려 문제된 법률적 쟁점과 관련된 사항에 관하여 사회 각계의 전문가의 진술을 듣는 것이 사안의 해결에 도움이 된다고 보아 도입한 것이다.

##### 2) 제도의 성격

상고심은 법률심이므로 상고인이 새로운 주장이나 증거를 제출할 수 없고 법원도 직권조사사항이나 직권탐지사항 이외에는 사실조사를 할 수 없으므로 위와 같이 참고인으로부터 진술을 청취하는 것은 증거조사의 취지는 아니고,<sup>79)</sup> 특정 분야의 전문가 의견을 들어 심증형성에 도움을 받고자 하는 석명처분의 성격을 갖는다.<sup>80)</sup>

##### 3) 구체적인 절차

#### 가) 참고인의 지정

대법원은 (i) 전문적 식견을 가지고 있거나, (ii) 공공의 이해관계에 대하여 진술하는 것이 적합하다고 인정되는 사람을 참고인으로 지정하여

79) 증인과 달리 참고인에게는 수당을 지급하고 여비나 일당은 따로 지급하지 아니하며, 증거조사비용이 아니므로 수당은 예산의 범위 내에서 재판부가 금액을 정하여 국고에서 지급하고, 소송비용에는 산입하지 아니 한다. 그 밖에 기일통지 등 참고인의 진술에 필요한 절차비용도 국고에서 지급한다. 대법원에서의 변론에 관한 규칙 제4조 제5, 6항.

80) 편집대표 민일영, 주석 민사소송법 제8판 VI, 한국사법행정학회, 481면(박영호 집필부분).

그 진술을 들을 수 있고, 참고인을 지정하기에 앞서 그 지정에 관하여 당사자, 이해관계인 또는 관련 학회나 단체의 의견을 들을 수 있다(대법원에서의 변론에 관한 규칙, 이하 “변론규칙” 제4조 제1항). 종래에는 (i) 전문적 식견을 가진 사람(가령 대학교수 등)만 참고인으로 지정될 수 있었으나 2017. 12. 27. 위 규칙이 개정되면서 (ii)에 까지 대상자를 확대하여 소송결과가 국가·사회에 미치는 공공의 이해관계에 관하여 진술할 수 있는 사람(가령, 노동사건의 근로자 및 사용자, 정부의 이해관계를 대변하는 자, 공익단체, 전문가 단체, 이익단체 등)도 참고인으로 지정될 수 있도록 확대한 것이다. 또한 참고인을 지정하기에 앞서 그 지정에 관하여 당사자뿐만 아니라 이해관계인 또는 관련 학회나 단체의 의견을 들을 수 있다.

#### 나) 참고인의 의견서 제출

참고인이 지정되면 법원은 참고인에게 참고인 지정결정 등본과 의견서 작성에 관한 안내문, 의견서 작성에 필요한 소송서류를 송달한다(변론규칙 제4조 제2항). 참고인은 대법원으로부터 의견요청을 받은 사항에 관하여 대법원이 정한 기한까지 의견서를 제출하여야 하고(변론규칙 제4조 제3항), 제출된 의견서는 즉시 그 사본을 당사자에게 송달하여야 한다(변론규칙 제4조 제4항).

#### 다) 변론기일에서 참고인의 진술

변론기일에서 참고인의 진술은 제출된 의견서의 주요한 내용을 강조하고 명확하게 하는 것이어야 한다(변론규칙 제5조 제1항). 재판장 및 관여 대법관은 필요한 경우 언제든지 참고인에게 질문을 할 수 있으며(변론규칙 제5조 제2항), 재판장은 참고인의 진술시간을 적절한 범위에서 제한하거나 필요한 경우 제한된 시간을 연장할 수 있다(변론규칙 제5조 제3항). 또한 재판장은 쟁점별·사항별로 당사자의 변론과 참고인의 진술을 하게 할 수 있고, 그 순서를 정할 수 있다(변론규칙 제5조 제4항). 참고인이 법정에 직접 출석하기 어려운 특별한 사정이 있거나 외국에 거주하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 대법원은 당사자의 의견을 들어 법정 밖에서 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설 또는 인터넷 화상

장치를 이용하여 진술하도록 할 수 있다(변론규칙 제8조).

참고인의 진술을 들을 때에는 당사자를 참여하게 하여야 하고(민사소송규칙 제134조 제1항), 당사자는 참고인의 진술에 대하여 의견을 진술할 수 있다(변론규칙 제5조 제6항). 참고인의 진술 청취는 석명처분의 일종으로 그 성질상 진술내용을 밝혀두는 것이 상당한바, 참고인의 진술의 요지를 조서에 기재하도록 하였다(민사소송규칙 제134조 제2항).<sup>81)</sup>

#### 라) 변론의 생중계를 통한 참고인 진술의 공개

변론규칙 제7조의2에서는 누구든지 대법원 변론 또는 선고에 대한 녹음, 녹화, 촬영 및 중계방송을 하고자 하는 때에는 재판장의 허가를 받아야 하고(제1항), 재판장은 필요하다고 인정하는 경우 대법원 변론 또는 선고를 인터넷, 텔레비전 등 방송통신매체를 통하여 방송하게 할 수 있고, 변론 또는 선고에 관한 녹음, 녹화의 결과물을 인터넷 홈페이지 등을 통해 공개할 수 있다고 규정하고 있다(제2항). 위 조항은 2013. 2. 28. 투명하고 열린 사법을 통해 국민의 사법부에 대한 신뢰를 확보하고, 대법원이 정책법원으로서의 역할과 기능을 확대하기 위한 취지에서 신설되었다.<sup>82)</sup> 대법원은 2013. 3. 21. 최초로 공개변론 사건을 중계한 이래로 공개변론 사건들은 모두 변론 과정을 인터넷 등을 통해 생중계하고, 변론녹화 영상을 대법원 홈페이지에 공개하고 있다. 다만 생중계라 해도 실시간(real time) 중계는 아니고 당사자의 인격권, 사생활 침해 등 돌발 상황에 대처하기 위해 20분 지연 생중계를 하고 있다.<sup>83)</sup> 이와 같이 변론 기일에서의 참고인의 진술은 일반에 공개되고 있다.

#### 나. 참고인 의견서 제출제도

##### 1) 입법취지 및 연혁

2015. 1. 28.자 개정 민사소송규칙은 상고심 심리의 충실화를 위해 대

81) 다만 대법원 변론의 모든 과정을 속기 또는 녹음하고 녹화하도록 하므로, 민사소송규칙 제134조 제2항에 따른 조서 기재는 참고인 진술에 대한 속기록 또는 녹취서를 조서에 붙이는 것으로 갈음할 수 있다.

82) 사법정책실 보도자료, -양승태 대법원장 법원 사상 최초로 공개변론 사건에 대한 중계방송을 실시한다고 밝혀- (2013. 3. 13.자)

83) 박영호, 앞의 책, 489면.



법원이 심리 중인 사건의 중요한 사항에 관하여 국가기관이나 공공단체, 그 밖의 참고인의 의견을 청취할 수 있도록 근거규정을 마련하기 위해 제134조의 2를 신설하였다. 이 제도 역시 영미의 법정조언자 의견서 제출제도를 참고한 것이다. 참고인 의견서 제출 제도는 대법원에서 변론이 열리지 않는 사건에서도 활용이 가능하므로 대법원 사건 전반으로 그 범위가 확대되었고,<sup>84)</sup> 참고인의 지정이 없이도 참고인으로서 의견서를 제출할 수 있으므로 참고인 진술 제도보다 그 활용범위가 넓다.<sup>85)</sup>

## 2) 구체적 절차

참고인 의견서 제출제도에 관한 규율은 아래 두 개의 조문뿐으로 아직 제출 요건에 관하여도 명확하지 않은 부분이 있고, 구체적인 제출 절차에 관하여도 보다 상세한 정비가 필요하다.

### <민사소송규칙>

제134조의2(참고인 의견서 제출) ① 국가기관과 지방자치단체는 공익과 관련된 사항에 관하여 대법원에 재판에 관한 의견서를 제출할 수 있고, 대법원은 이들에게 의견서를 제출하게 할 수 있다.

② 대법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 공공단체 등 그 밖의 참고인에게 의견서를 제출하게 할 수 있다.

### <대법원에서의 변론에 관한 규칙>

제4조의2(참고인의 의견서 제출 절차) ① 대법원은 민사소송규칙 제134조의2(제9조에 의하여 형사소송절차에 준용하는 경우에는 형사소송규칙 제161조의2)에 따라 의견서를 제출하게 하는 경우 기한을 정하여 관련 자료의 제출과 정보의 제공을 요청할 수 있고, 의견서 작성에 필요한 소송서류를 송달할 수 있다.

② 제1항의 의견서 또는 자료의 제출 등에 필요한 수당 또는 비용의 지급에 관하여는 제4조제5항 및 제6항을 준용한다.

민사소송규칙 제134조의 2는 참고인이 누구이고, 어떠한 사항에 관하여 의견서를 제출하는지에 따라 달리 규정하고 있다. 즉, 동조 제1항전

84) 대법원 보도자료, 대법원 참고인 의견서 제출제도 도입(2015. 1. 30.자) 참조.

85) 박영호, 앞의 책 483면.

문은 “국가기관과 지방자치단체”는 “공익과 관련된 사항”에 관하여 대법원에 재판에 관한 참고인 의견서를 제출하려고 하는 경우, 대법원으로부터 별도로 허가를 받거나 대법원으로부터 의견서 제출을 명받지 않은 경우에도 의견서를 제출할 수 있다는 취지로 보이고, 제1항 후문은 대법원이 국가기관이나 지방자치단체에 대하여 의견서 제출을 명할 수 있다는 것으로 해석된다. 동조 제2항은 제1항 이외의 참고인(공공단체는 예시로 보인다)에 대해서도 대법원이 소송관계를 분명히 하기 위해서 참고인 의견서 제출을 명할 수 있다는 취지로 보인다. 추측건대, 위 민사소송규칙 규정은 2022. 12. 개정 전 미국 연방대법원 규칙과 연방항소법원 규칙 등에서 정부 기관과 그 이외의 법정조언자를 구별하여, 전자의 경우에는 당사자의 동의나 법원의 허가 없이도 의견서 제출이 가능하게 하고, 후자의 경우에는 당사자의 동의나 법원의 허가를 얻을 것을 요건으로 한 것에 착안하여 제정된 규정으로 생각된다. 다만, 위 규정이 미국과 같이 의견서를 제출하고자 하는 참고인이 대법원에 계속 중인 특정 사건에 관하여 선제적으로 의견서 제출허가 신청을 하고 대법원이 이를 허가하여 의견서를 제출하게 할 수도 있다는 것인지, 아니면 대법원이 참고인 진술제도처럼 특정 개인이나 단체를 참고인으로 지정하여 의견서를 제출하게 하는 것인지 명확하지 않다. 변론규칙 제4조의2에서는 대법원이 참고인에게 의견서를 제출하게 하는 경우 기한을 정하여 관련 자료의 제출과 정보의 제공을 요청할 수 있고, 의견서 작성에 필요한 소송서류를 송달할 수 있으며, 필요한 수당 또는 비용과 관련하여 참고인 진술제도에서 규정된 내용(제4조 제5, 6항)을 준용한다는 내용만 규율하고, 달리 참고인의 지정에 관한 내용은 준용하지 않고 있기에, 실제로 구체적인 절차가 어떻게 운용될 것을 예상하고 만든 제도인지 정확히 알기 어렵다.

현재 대법원 소송실무 상으로도, 정부기관은 민사소송규칙 제134조의 2 제1항에 따라 참고인 의견서를 제출한 사례가 있으나,<sup>86)</sup> 정부기관 이

86) 외교부는 2016. 10. 강제동원 제상고심 사건에서 대법원에 의견서를 제출한 바 있고, 2022. 8. 미쓰비시 중공업에 대한 상표권, 특허권 특별현금화 명령 사건에서 대법원에 의견서를 제출한 바 있다.

‘의견서’ 파장 어디까지...“외교부가 강제동원 피해자 손발 묶어” (2022. 8. 17.자) <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5534485&ref=A>

외교부, 대법원에 ‘강제징용’ 의견서...“해법모색 외교노력중” (2022. 7. 29.자)

외의 자(가령, 계류 중인 사건에 관하여 법적 견해를 밝히는 교수 등)는 통상 위 규칙 제2항에 따른 절차가 아니라 당사자의 소송대리인이 상고심에 제출하는 서면에 참고자료 형태로 의견서를 첨부하여 제출하고 있다. 정부기관 이외의 자가 선제적으로 참고인 의견서 제출을 하는 것이 가능한지 명확하지 않기에 위와 같은 형태로 실무가 이루어지고 있는 것으로 생각된다. 또한 하급심에서도 위와 같이 교수 등 정부기관 이외의 자가 의견서를 제출하는 경우도 있는 것으로 보이는바,<sup>87)</sup> 현재 민사소송법 또는 민사소송규칙에서 하급심에서의 참고인 의견서 제출에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 위 대법원의 실무처럼 당사자의 소송대리인이 참고자료의 형태로 교수 등의 의견서를 제출하는 것이 아닐까 추측한다.

## 2. 시사점

### 가. 참고인 의견서 제출의 요건 및 구체적 절차 규정의 정비 필요

앞서 살핀 바와 같이 민사소송규칙 및 변론규칙의 현재 규정들만으로는 참고인 의견서 제출을 위한 요건이나 구체적인 절차를 명확하게 파악하기 어렵다. 대상 사건을 대법원 사건 전반으로 확대하여 사회 각계각층의 다양한 의견을 들음으로써 상고심 심리를 충실하게 하고자 한 제도의 도입 취지를 살리려면, 미국 연방대법원 규칙이나 연방 항소법원 규칙과 같이 제출 절차를 명확하고 상세하게 규정하여야 할 것이다.

소송 외의 제3자인 참고인의 의견을 들을 것인지, 어떠한 방식으로 들을 것인지는 전적으로 대법원의 재량에 달린 문제라고 할 것이다. 그러나 법정조언자 제도가 갖는 장점, 즉, 법원이 당사자들의 주장과 증거만으로는 파악하기 어려운 사실인식의 간극을 채우고, 판결이 사회 각계각층에 미칠 수 있는 영향력을 투명하고 확립된 제도를 통해 파악할 수 있다는 점을 최대한 활용하기 위해서는 참고인의 의견서

---

<https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5521287>

87) 김혜리, “권영준 ‘고액 의견서’ 입수해보니…학술분석 넘어 일방 당사자 옹호 위주”, 경향신문 (2023. 7. 13.자) <https://m.khan.co.kr/national/court-law/article/202307131220001#c2b>

제출을 보다 활성화하는 것이 바람직할 것이다. 이를 위해 대법원이 특정한 사건에 관하여 참고인을 지정하여 의견서를 제출하게 하는 것 이외에도 참고인(특히 국가기관이나 지방자치단체가 아닌 참고인)이 선제적으로 의견서 제출을 하는 것도 가능하도록 명확하게 규정할 필요가 있고, 이러한 경우 제출을 위한 요건은 어떻게 정할 것인지도 고민하여 규정할 필요가 있다. 가령, 항상 대법원의 허가를 받아야 하는지, 대법원의 허가 대신 양 당사자의 서면동의를 받으면 가능하게 할 것인지(개정 전 연방대법원 규칙의 입장), 또는 대법원의 허가 내지 양 당사자의 서면동의 조차 불필요한 것으로 할 것인지(개정 연방대법원 규칙의 입장) 등이다. 참고인 의견서 제출 제도가 도입된 지는 약 8년이 되었으나 아직 크게 활성화되고 있지는 않은 상황임을 고려하면, 제도의 활성화를 위해 최근 개정된 연방대법원 규칙과 같은 방향으로의 개정을 검토해볼 수도 있고, 반대로 제도가 정착되지 않은 만큼 게이트키퍼 역할이 요구되고, 의견서 제출에 대한 사회적 관심도 큰 만큼 당사자의 동의 또는 대법원의 허가 요건을 두는 것도 유의미할 수 있다.

한편, 참고인은 사건의 당사자가 아닌 제3자이고, 무분별하고 정리되지 않은 참고인 의견서의 제출은 오히려 심리에 부담을 줄 수 있다. 따라서 제도의 남용을 막기 위해서는 참고인 의견서의 분량 및 형식, 제출 시기, 필수적 기재 내용(가령, 참고인이 누구인지, 당사자 중 어느 쪽을 지지하는지, 아니면 아무도 지지하지 않는지 등) 등 형식적인 요건과 제출 절차에 있어서도 일정한 제한 내지 기준을 정하여 두는 것이 필요하다.

나아가 현재 변론규칙 중에서는 어떠한 내용이 참고인 의견서 제출 제도에 까지 적용되는지 명확하지 아니한바, 참고인 진술 제도와 참고인 의견서 제출 제도를 통합하여 규정하는 형식을 취하거나, 현행 조문의 형식을 유지한다면 균형상 참고인 의견서 제출 제도에도 적용되어야 하는 조문들은 준용규정을 두어야 한다(가령, 대법원이 참고인을 지정하여 의견서를 제출하게 하는 경우에는 참고인 지정에 관련된 제4조 제1 내지 4항이 준용되어야 함).

#### 나. 변호사 강제주의 검토

우리나라의 제도가 미국과 다른 점 중 하나는 참고인이 직접 의견서를 제출하는 것을 전제하고 있다는 것이다. 미국의 경우에는 연방대법원에서 소송대리를 할 수 있는 자격이 있는 변호사를 통해서만 법정조언자의 의견서 제출이 가능하다. 우리나라도 무분별한 의견서의 난립 또는 정제되지 않은 의견서의 제출 등을 막기 위해서 참고인 의견서 제출에 한해 변호사 강제주의를 취하는 것을 고려해볼 수도 있다(특히나 참고인이 선제적으로 의견서 제출 신청을 할 수 있도록 한다면, 그 필요성이 더 커질 수 있다).

#### 다. 정부 기관과 그 이외의 자에 대한 차별적 취급 재검토

대법원에 계속 중인 사건 중 국가 전체적으로 영향력을 미치고 사회적 이목이 집중되는 사건들은 공익과의 조화가 문제되는 경우가 많아 공익에 관한 정부 측의 의견을 듣는 것이 심리에 도움이 된다. 이러한 점을 감안하여 민사소송규칙 제134조의 2도 참고인 의견서 제출을 국가기관과 지방자치단체 및 그 이외의 참고인으로 나누어 달리 규정하고 있으나, 자칫하면 대법원에 전달되는 의견이 편향될 수 있고 이를 통해 정부 측이 대법원의 판단에 더 큰 영향력을 미칠 수 있다고 오인될 소지도 있으므로 이러한 차별적 취급 방식에 대하여도 재고해볼 필요가 있다. 2022. 12. 개정된 연방대법원 규칙도 법정조언자의 의견서 제출에 있어서는 제출 주체가 누구인지와 관계없이 요건을 동일하게 규정하였다(당사자의 동의 내지 법원의 허가 불요).

#### 라. 당사자에 대한 참고인 의견서의 송달 및 의견서의 일반에 대한 공개 관련

사건 당사자 이외의 제3자가 대법원에 사건과 관련하여 제출한 의견은 당사자에게 당연히 알려줄 필요가 있다. 변론규칙 제4조 제4항은 참고인 진술제도에 있어 작성된 동조 제3항의 의견서(대법원에서 의견요청을 받은 사항에 관하여 작성하여 제출한 의견서)를 제출 즉시 당사자에게 송달하도록 규정하고 있으나, 위 조항이 참고인 의견서 제출제도에도 준용된다는 규정은 두고 있지 아니하다. 참고인 진술제도와는 균형상 참고인이 민사소송규칙 제

134조의2에 따라 의견서를 제출한 경우에도 즉시 당사자에게 의견서를 송달하도록 하는 규정을 마련하여야 한다.

나아가 참고인 진술 제도는 공개변론의 경우에 이용되므로 인터넷 등을 통해 생중계되거나 녹화영상이 대법원 홈페이지에 공개됨으로써 참고인의 진술이 일반에 공개되고 있는데, 참고인 의견서 제출제도에 따라 제출된 참고인의 의견에 대하여는 공개규정이 마련되어 있지 않다. 참고인은 해당 사건의 당사자로서 변론하는 것이 아니라 해당 사건에서 문제되는 있는 법률적인 쟁점 내지 해당 사건의 판결로 인해 미칠 사회적 파급효 등에 대하여 의견을 진술하여 대법원의 판단에 도움을 주려는 것이므로 일반에 공개되어도 큰 문제가 없을 것이고 오히려 공개되는 것이 대법원 절차의 투명성 확보 및 신뢰도 제고에 도움이 될 것이다. 다만, 경우에 따라 국가안보, 개인의 프라이버시, 영업비밀 등 비공개로 제출해야 할 필요가 있는 경우에는 해당 부분에 대한 비공개처리 신청 절차를 따로 마련해두는 방안이 바람직 할 것이다.

#### 마. 관련 이해관계의 공개(Disclosure) 요건 추가 필요

참고인 진술 제도 및 참고인 의견서 제출 제도 모두에 있어서, 미국과 같이 참고인이 해당 사건에 관하여, 또는 당사자와 어떠한 이해관계를 가지고 의견서를 제출하는지에 관한 공개 규정을 마련할 필요가 있다. 참고인이 의견 진술 또는 의견서 제출과 관련하여 당사자 또는 그 이외의 자로부터 금전적 지원을 받았거나, 당사자 등 누군가가 의견서의 내용을 일부라도 작성해주었는지 등은 참고인의 의견을 어느 정도 신뢰할 수 있는지를 판단하는데 중요한 요소가 된다.

앞서 살핀 바처럼 미국은 이를 공개 사항을 협소하게 규정하여 사실상 공개하도록 한 취지를 달성하지 못한다는 비판이 있으나, 우리나라도 최소한 미국 연방대법원 규칙 내지 연방항소법원 규칙에서 요구하는 정도로라도 관련 이해관계를 공개하도록 규정하여 진술 내지 의견서를 제출하는 참고인을 둘러싼 이해관계를 파악할 필요가 있다. 나아가 보다 적극적인 입장을 취한다면, 미국의 개정 논의를 지켜보며 좀 더 폭넓은 수준으로 관련 이해관계를 공개하도록 규정하는 방안도 고려해볼만 하다.

## V. 마치며

현대 사회에서 법원의 판단의 대상이 되는 분쟁들은 단지 그 사건 하나의 해결에 지나지 않는 것이 아니라 그와 관련된 여러 다른 소송들 또는 아직 소송화되지는 않았더라도 이해관계인들에게 파급적으로 영향을 미치게 되는 경우가 많아지고 있다. 이러한 사회적 맥락에서 법원이 사회의 다양한 의견을 반영할 수 있는 공식적이고 투명한 소통의 창구를 마련하여 문제된 쟁점을 공론화하고, 이를 통해 법원의 판단을 보다 완전하게 할 수 있도록 도와 줄 수 있는 법정조언자 제도가 갖는 의의는 더욱 커질 것이다.<sup>88)</sup> 우리나라의 참고인 제도가 이러한 법정조언자 제도로서의 기능을 최대한 발휘하게 하면서도 상고심의 업무 부담을 최소화하기 위해서는 참고인 제도를 이용하기 위한 요건과 구체적인 절차를 명확하게 세밀하게 규정할 필요가 있다. 또한 법원이 참고인의 의견의 신뢰성을 정확히 판단할 수 있도록 참고인의 당사자 또는 해당 사건과의 이해관계에 관한 공개 규정도 마련되어야 한다.

(논문투고일: 2024.2.19., 심사개시일: 2024.3.5., 게재확정일: 2024.3.27.)



### 현 나 회

법정조언자, 미국 연방대법원 규칙 제37조, 미국 연방항소법원 규칙 제29조, 공개, 참고인

88) 정영수, “사회적 영향을 고려하는 법원에서 법정조언자의 역할”, 연세법학 제38호(2021. 12), 481-482면.

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 김지영, 「미국 연방대법원의 법정조언자(Amicus Curiae) 제도」, 비교헌법재판연구 2013-B-1, 헌법재판소 헌법재판연구원(2013).
- 편집대표 민일영, 「주석 민사소송법 제8판 VI」, 한국사법행정학회(2018).
- Eugene Gressman, et. al., 「Supreme Court Practice, 9th ed.」, Bna Books(2007).
- Mathew M.C. Roberts, 「Oral Arguments and Amicus Curiae」, Lfb Scholarly Pub Llc(2011).
- Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, 「Civil Procedure, 4th Ed.」, West Academic Publishing(2005).
- Judithanne Scourfield Mclauchlan, 「Congressional Participation as Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court」, Lfb Scholarly Pub Llc(2005).
- Reagan W. Simpson & Mary R. Vasaly, 「The Amicus Brief: Answering the Ten Most Important Questions About Amicus Practice, 4th ed.」 American Bar Association(2015).

### II. 논문

- 정영수, “미국 연방대법원 Amicus Curiae 제도에 관한 소고”, 원광법학 제34권 제3호(2018. 9.).
- 정영수, “사회적 영향을 고려하는 법원에서 법정조언자의 역할”, 연세법학 제38호(2021. 12.).
- Aaron-Andrew P. Bruhl & Adam Feldman, Separating Amicus Whe at from Chaff, 106 Geo. L.J. Online(2017).
- Allison Orr Larsen & Neal Devins, The Amicus Machine, 102 Va. L. Rev.(2016).
- Allison Orr Larsen, Factual Precedents, 162 U. Pa. L. Rev. (2013).



- Anthony J. Franze & R. Reeves Anderson, *Amicus Curiae at the Supreme Court: Last Term and the Decade in Review*, *The National Law Journal* (2020. 11. 18.).
- Bruce L. Ennis, *Effective Amicus Briefs*, *33 Catholic University Law Review* (1984).
- Brenda C. See, *Written in Stone? The Record on Appeal and the Decision-Making Process*, *40 Gonz. L. Rev.* (2005).
- Darcy Covert & Annie J. Wang, *The Loudest Voice at the Supreme Court: The Solicitor General's Dominance of Amicus Oral Argument*, *74 Vanderbilt Law Review* (2021).
- Editorial Note, *Amici Curiae*, *34 Harvard Law Review*(1920).
- John Harrington, *Amici Curiae in the Federal Courts of Appeals: How Friendly Are They?*, *55 Case Western Reserve Law Review* (2005).
- Joseph Kearney & Thomas Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, *148 U. Pa. L. Rev.* (2002).
- Jonathan Alger & Marvin Krislov, *You've Got to Have Friends: Lessons Learned from the Role of Amici in the University of Michigan Cases*, *30 Journal of College and University Law*(2004).
- Michael K. Lowman, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*, *41 American University Law Review* (1992).
- Nancy Bage Sorenson, *The Ethical Implications of Amicus Briefs: A Proposal for Reforming Rule 11 of the Texas Rules of Appellate Procedure*, *30 St. Mary's L.J.* (1999).
- Kelly J. Lynch, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, *20 J.L. & Pol.* 33, 52(2004).
- Randy S. Parlee, *A Primer on Amicus Curiae Briefs*, *Wis. Lawyer* (1989. 11.).

Ruben J. Garcia, A Democratic Theory of Amicus Advocacy, 35 Fla. St. U. L. Rev. (2008).

Tony Mauro, Supreme Court Rule Crimps Crowd-Funded Amicus Briefs, The National Law Journal (2018. 12. 10.)

### Ⅲ. 기타 자료

사법정책실 보도자료, -양승태 대법원장 법원 사상 최초로 공개변론 사건에 대한 중계방송을 실시한다고 밝혀- (2013. 3. 13.자)

대법원 보도자료, 대법원 참고인 의견서 제출제도 도입(2015. 1. 30.자) 참조.

‘의견서’ 파장 어디까지...“외교부가 강제동원 피해자 손발 묶어” (2022. 8. 17.자)

<https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5534485&ref=A>  
외교부, 대법원에 ‘강제징용’ 의견서...“해법모색 외교노력중” (2022. 7. 29.자)

<https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5521287>  
김혜리, “권영준 ‘고액 의견서’ 입수해보니...학술분석 넘어 일방 당사자 옹호 위주”, 경향신문 (2023. 7. 13.자)

<https://m.khan.co.kr/national/court-law/article/202307131220001#c2b>

Adam Feldman, A Lot at Stake: Amicus Filers 2017/2018, Empirical SCOTUS (Jan. 16, 2018).

Advisory Committee on Appellate Rules - October 2023, Agenda Books.

Amy Howe, Court drops consent requirement for filing of amicus briefs, makes other tweaks to rules, SCOTUSblog (2022. 12. 6.)

<https://www.scotusblog.com/2022/12/court-drops-consent-requirement-for-filing-of-amicus-briefs-makes-other-tweaks-to-rules/>

James Romoser, Symposium: Shining a light on the shadow docket,

SCOUTUSblog (2020. 10. 22.)

<https://www.scotusblog.com/2020/10/symposium-shining-a-light-on-the-shadow-docket/>

<https://www.whitehouse.senate.gov/news/release/whitehouse-johnson-urge-judicial-conference-to-finalize-strong-rules-governing-amicus-brief-disclosure>

Sheldon Whitehouse & Hank Johnson, Letter to Judge John Bates, Chair, Judicial Conference Committee on Rules of Practice and Procedure (2021. 2. 23.).

<https://www.whitehouse.senate.gov/imo/media/doc/2021-02-23%20SOW%20HJ%20Letter%20to%20JC.pdf>

Naomi Nix and Joe Light, Oracle Reveals Funding of Dark Money Group Fighting Big Tech, Bloomberg (2020. 2. 25.)

<https://www.bnnbloomberg.ca/oracle-reveals-it-s-funding-dark-money-group-that-s-fighting-big-tech-1.1395665>

Mary Bottari, Behind Janus: Documents Reveal Decade-Long Plot to Kill Public-Sector Unions, In These Times (2018. 2. 22.)

[https://inthesetimes.com/features/janus\\_supreme\\_court\\_unions\\_investigation.html](https://inthesetimes.com/features/janus_supreme_court_unions_investigation.html)

Scott S. Harris, Memorandum to those Intending to File an Amicus Curiae Brief in the Supreme Court of the United States (Jan 2023).

<https://thelawdictionary.org/amicus-curiae.>

Abstract

A Study on the Amicus Curiae System in the  
United States –Focusing on procedural aspects and  
takeaway for the Supreme Court of Korea–

Nak Hee Hyun\*

Amicus curiae is a non party to a lawsuit who provides relevant information or advice to the court. In the United States, the amicus practice is prevalent in the Supreme Court, and the number of amicus brief has increased highly especially in the late 20 century. The amicus is regarded as a useful vehicle to supply legal opinions that the parties may have overlooked, or particular expertise on an issue or broader policy issues.

In the Supreme Court of Korea, modelling the U.S. system, in 2002, a system where amicus could give opinion during a Supreme Court hearing was adopted, and in 2015, a system which enables the Supreme Court to accept amicus brief in any Supreme Court case was also introduced. While the former has been utilized quite often recently, the latter is seldom used.

Amicus curiae system can overcome the shortcomings of the adversarial system, and provide an official and transparent window through which court can hear various perspectives of the society about the case. On the other hand, it should be kept in mind that amicus curiae is a third party, and therefore in order to express an opinion about the case, there must be a clear rule and guideline about the requirement and procedure under which amicus to participate. Also, an amicus must disclose his/her relationship with the party and whether he/she has received any financial assistance from the party or anyone else. In order for the amicus curiae system in the Supreme

---

\* SungKyunKwan University, Associate Professor.

Court of Korea to be effective and helpful, the provision should be amended more specifically and clearly to set out the requirements and procedures.



---

**Nak Hee Hyun**

Amicus Curiae, Rules of the Supreme Court of the United States Rule 37, Federal Rules of Appellate Procedure Rule 29, Disclosure, Amicus Curiae in the Supreme Court of Korea