

## 변호사시험 공법 기록형 문제의 출제방향에 대한 고찰

### Review on Direction to Set Drafting Legal Document Type Essay Questions of Public Law in the National Bar Examination

장혜진\*  
Jang, Hye-Jin

#### 목 차

- I. 서론
- II. 변호사시험과 공법 기록형의 필요성
- III. 기 출제된 변호사시험 공법 기록형 문제에 대한 검토와  
출제방향에 대한 제언
- IV. 결론

#### 국문초록

2012년 제1회 변호사시험이 시작된 후, 벌써 총 제7회의 변호사시험이 진행되었다. 변호사시험법은 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위함이 변호사시험의 목적이고(제1조), 변호사시험이 법학전문대학원의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되도록 함을 기본원칙으로 삼고 있음을 천명하고 있기에(제2조), 실제 진행되는 변호사시험의

논문접수일 : 2018.10.25.

심사완료일 : 2018.11.20.

게재확정일 : 2018.11.20.

\* 제주대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

문제들도 이러한 변호사시험법의 목적에 부합하여야 할 것이다.

한편, 기록형 시험과목의 경우 변호사시험법 제8조 제1항에서 규정한 실무능력평가를 포함한 논술형의 문제에 해당하게 되는데, 현재처럼 변호사시험에서 논술형 문제를 사례형 문제와 실무능력 평가를 포함하는 기록형 문제로 구별하여 시험을 치르게 한다면, 양자가 추구하는 목적이 분명히 달라야 하며, 평가의 대상이 되는 요소도 달라야 할 것이다.

그러나 현재까지 진행된 총7회의 변호사시험 공법 기록형 문제들은 끊임없이 변화를 시도하면서 실무능력 평가를 포함하고자 하고 있으나, 실무에서 실제 작성이 요구되고, 작성되는 서면들과 비교해보면, 변호사시험 공법 기록형 문제 내에서 쟁점을 지나치게 자세히 제시해 주거나, 관련 대법원 판결과 헌법재판소 결정을 직접적으로 문제로 만드는 경향 등이 있어 아직까지는 실무능력 평가라는 요소와는 거리가 있어 보인다.

실무에서 기대하는, 그리고 요구하는 실무능력이란 단순히 기존에 있는 대법원 판례와 헌법재판소 결정을 얼마나 잘 알고 빨리 찾는가 하는 부분이 아니라, 실무자에게 주어진 100% 동일한 사례가 있기 어려운 문제에 대하여 얼마나 법리적 논리성과 설득력을 갖춘 서면을 작성할 수 있는가라는 점을 고려한다면, 기록형 문제의 경우 시험을 위한 문제가 아닌 실제 발생하는 문제의 형태, 실제 정말 문제가 될 수 있는 문제의 형태를 갖춘 문제가 되어야 할 것이고, 특히 이러한 요청은 시험용 법전만을 가지고 문제를 만들기 어려운 공법 기록형 과목의 경우 특히 고민되어야 할 것이다.

**주제어** : 변호사시험, 공법 기록형, 실무능력 평가, 로스쿨, 변호사시험 기록형, 변호사시험 사례형

## 1. 서론

종래의 사법시험 제도 하에서 사법시험 최종 합격자들은 2년의 사법연수원 과정을 마친 후 변호사의 자격을 취득하게 되었다. 종래의 사법시험은 선택형 문제

만이 출제되는 1차 시험 합격자만이 논문형으로 출제되는 2차 시험에 응시할 수 있고,<sup>1)</sup> 2차 시험 합격자만이 면접으로 진행되는 최종 3차 시험을 거쳐<sup>2)</sup> 사법연수원에 입소하게 되었다. 한편, 사법연수원에 입소한 사법시험 합격생들은 약 2년간 실무능력 향상을 위하여 다양한 기록을 전제로 각종 서식작성방법을 배우게 되고, 실제 각 법원, 검찰, 변호사 직역에 투입되어 2개월 정도의 실무수습기간을 갖게 된 후 사법연수원을 수료하게 됨으로써 변호사의 자격을 갖게 되기 때문에 비교적 실무능력을 향상시킬 수 있는 시간적인 충분한 기회가 있었다고 볼 수 있다.

이에 반해 현재의 법학전문대학원 학생들은 변호사시험에 합격하면 변호사의 자격을 취득하게 된다.<sup>3)</sup> 그러나 시험의 준비와 관련하여서는 각 문제마다 특징이 전혀 다른 선택형, 사례형, 기록형 과목을 매년도 1회 진행되는 변호사시험에 동시에 응시하여야 하여야 하는 막대한 부담을 갖게 된다. 법학전문대학원 학생들은 입학과 동시에 3년이라는 시간 동안 위 각 과목들에 대한 모든 특징을 파악하고 대비하여야 한다는 막대한 어려움이 있을 뿐만 아니라, 실제 법학전문대학원 학생의 신분으로서 실무수습을 할 수 있는 시간적 제약과, 각 기관별 실무수습 과정에서 배분되는 시간 등을 고려할 때, 사실상 현실 경험을 통해 실무에서 요구하는 실무능력을 향상시킬 수 있는 시간적 여유가 현저히 적다 할 것이다.

실무가로서 법학전문대학원에서 공법기록을 연습할 수 있는 과목을 개설하여 진행한지도 수년이 지났다. 그 사이 수업 시간에 실제 진행 중이거나, 실제 진행 완료된 사건들을 정리하여 학생들에게 실무 감각을 키워줄 수 있는 형태로도 진행하였으나, 시간이 지날수록 학생들의 변호사시험에 대한 부담감이 느껴져 수업의 방향이 변호사시험 내지는 법학전문대학원 협의회에서 출제된 모의

- 
- 1) 사법시험에서의 논문형 문제는 변호사시험에서의 논술형 중 사례형 문제의 방식이라 할 수 있다.
  - 2) 구 사법시험령(대통령령 제10632호) 제5조  
 제5조 (시험방법) ①시험은 제1차 시험·제2차 시험과 제3차 시험으로 구분하여 실시하고, 최종합격 결정을 한다.  
 ②제1차 시험은 선택형으로 과하는 것을 원칙으로 하되, 기입형을 혼용할 수 있다.  
 ③제2차 시험은 논문형으로 과한다.  
 ④제3차 시험은 면접시험으로 하되, 다음 각호의 사항을 평정한다.
  - 3) 변호사법 제4조(변호사의 자격) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사의 자격이 있다.
    1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 과정을 마친 자
    2. 판사나 검사의 자격이 있는 자
    3. 변호사시험에 합격한 자

시험 기록을 작성하고 채점, 강평하는 방식으로 불가피하게 많이 변화되었다.

그러나 위와 같이 수업을 진행하는 과정에서 변호사시험이나 법학전문대학원 협의회에서 출제하는 모의시험의 공법 기록형 문제와 실제 실무에서 작성되고, 요구되는 공법 관련 서면의 간극을 계속적으로 느끼게 되었다. 변호사시험법에 따른 변호사시험에서의 기록형 문제가 실무능력 평가를 포함하는 문제일 것이 요구되고 있기에, 실무가이면서도 학생들을 가르치는 필자의 입장에서는 변호사 시험 공법 기록형의 출제방향에 대한 고민을 계속하게 되었고, 이에 실제 출제된 변호사시험 공법 기록형 기출문제들을 살펴보면 실무가로서 공법 기록형 문제의 출제방향으로 고려되었으면 하는 사항들을 제안해보고자 한다.

## II. 변호사시험과 공법 기록형의 필요성

### 1. 변호사시험의 목적과 문제 출제의 기본 원칙

변호사시험법은 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력을 검정하기 위한 변호사시험에 관하여 규정함을 목적으로 하면서(제1조), 변호사시험은 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」에 따른 법학전문대학원의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 함을 변호사시험 시행의 기본원칙으로 삼고 있다(제2조).

결국, 변호사시험과 법학전문대학원 교육은 밀접 불가분의 관계에 있으며, 변호사시험의 출제와 채점은 법학전문대학원을 바람직하게 운영하는데 지장이 없어야 할 것이다.<sup>4)</sup> 더불어 변호사에게 필요한 직업윤리와 법률지식 등 법률사무를 수행할 수 있는 능력에 대한 평가의 요소도 포함되어야 함을 변호사시험법 자체에서 명확하게 하고 있으므로 실제 진행되는 변호사시험 문제들 역시 이러한 변호사시험법의 목적과 기본원칙을 준수하여야 할 것이다.

4) 구상진, “새 법학교육체제의 운영방안”, 「저스티스」 통권 제117호, 한림법학원, 2010, 275면.

## 2. 변호사시험의 과목과 시험 방법

변호사시험법에서는 시험과목으로 공법(헌법 및 행정법 분야의 과목), 민사법(민법, 상법, 민사소송법 분야의 과목), 형사법(형법 및 형사소송법 분야의 과목), 전문적 법률분야에 관한 과목으로 응시자가 선택하는 1개의 과목을 두고(제9조 제1항), 시험방법과 관련하여서 선택형 및 실무능력 평가를 포함한 논술형 필기시험과 별도의 법조윤리시험으로 실시하도록 하고 있으며(제8조 제1항), 이에 따라 실제 변호사시험에서는 선택형, 논술형 중 사례형, 논술형 중 기록형의 문제가 출제되고 있다.

한편, 공법, 형사법의 경우 각 선택형 시험에 100점을 배정하여 110분의 시험시간을, 각 사례형 시험에 200점을 배정하여 2시간의 시험시간을, 각 기록형 시험에 100점을 배정하여 2시간의 시험시간을 두고 있다. 민사법의 경우에는 선택형 시험에 175점을 배정하여 2시간의 시험시간을, 사례형 시험에 350점을 배정하여 3시간 30분의 시험시간을, 기록형 시험에 175점을 배정하여 3시간의 시험시간을 두고 있다.

변호사시험법 제8조에 따라 변호사시험에서 논술형의 문제로 사례형과 구별되는 기록형 문제를 출제하는 이유는 변호사로서의 실무능력을 측정하기 위한 것이라 할 것이다. 또한, 법학전문대학원의 교육과정이 법과대학과 사법연수원의 요소를 동시에 요구받고 있기 때문에, 이에 따라 법학전문대학원 과정을 평가하는 변호사시험에서는 사례형과 기록형을 동시에 활용함으로써 양 측면을 각기 평가하고자 하는 것이라 할 것이다.<sup>5)</sup> 그런데, 이러한 실무능력평가를 위해서는 실제 의뢰인과의 상담과정에서 정리되는 사실관계, 제공받는 증거 관련 서류 등은 물론 문제와 관련하여 변호사시험용 법전에 포함되지 않은 다양한 법 및 하위규정들을 문제 내에 포함할 필요성이 있기 때문에 기록형의 경우는 문제 자체의 분량이 사례형에 비해 매우 많고, 이러한 제공 문제 및 자료 분석에 필요한 시간으로 인해 사례형에 비해 배점 대비 시간이 많이 배정되어 있는 특징이 있다.

5) 차진아, “변호사시험에 있어서 헌법 기록형 문제의 출제방향에 대한 연구”, 「인권과 정의」 제 421호, 대한변호사협회, 2011, 90면.

### 3. 공법 기록형 문제의 특징과 필요성

논술형 중 기록형 문제는 사법시험 제도 하에서도 출제되지 않았으나, 사법시험 합격 후 사법연수원에 입소할 경우 집중적으로 연습하고 시험을 치를 기회가 부여되었다. 즉, 종래의 사법시험 제도 하에서는 사법시험 합격자들은 사법연수원에서 민사법 및 형사법과 관련된 다양한 기록들을 검토하고, 실제 변호사들이 작성하는 서식은 물론, 법원과 검찰에서 요구하는 서식들까지 기록의 형태로 제공받은 자료들을 기초로 2년 동안 연습하는 시간을 가져왔다.

그러나 지금 현재와 같은 유형의 공법 기록형 문제에서 주로 요구하는 행정소송이나 헌법소송의 형태와 관련된 서식은 종래의 사법연수원 제도 하에서도 별도의 시험이나 서식 작성 기회를 거치지 않았기 때문에 사법연수원 내에도 충분한 문제 자료가 있지 않고, 사법연수생들도 연습할 기회가 부족하였다.

종래 사법연수원에서 공법 분야에 해당하는 기록들을 민사법이나 형사법과 달리 충분히 연습하지 않았던 이유라면, 행정소송사건은 판사들 중에서도 일정 경력 이상의 법관을 배치하고, 기본적으로 민·형사 재판실무를 중심으로 업무를 시작하는 것이 일반적이며, 헌법사건은 헌법재판소가 있기 때문에 사법연수원에서 헌법적 분쟁처리에 크게 관심을 두지 않았기 때문으로 볼 수 있다.<sup>6)</sup>

현재도 변호사시험에서의 민사법의 비중이 형사법과 공법에 비해 훨씬 높기는 하지만, 사법시험과 사법연수원 제도 하에서의 공법에 대한 시험 방법론적 접근과 비교하면 사법연수원에서도 충분한 연습 또는 시험의 대상으로 편입되지 않았던 공법 기록 분야에 대하여 변호사시험에서 기록형 시험을 도입한 점은 다양한 사회 분야에 변호사의 자격을 가진 법률전문가의 양성과 진출을 도모하고자 하는 법학전문대학원 설립취지와 부합한다고 볼 수 있을 것이다.

현재 사기업은 물론 국가기관, 행정부처 등 공공기관의 경우에도 종래에 비하여 증가되는 변호사 수 등을 고려하여 법무와 관련된 인력을 변호사의 자격을 소지한 자로 채용하려는 경우가 많다. 이러한 기관들에 취업하여 법조인으로서의 역할을 충실히 수행하기 위해서도 공법 실무에 대한 충분한 이해가 필요

6) 김용섭, “변호사시험 공법 기록형 문제의 바람직한 출제방향”, 「법학연구」 제53권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2012, 288면.

하고, 이를 위해서라도 공법 기록형 문제의 출제가 필요하다고 본다.<sup>7)</sup>

결국, 종래 사법연수원 시스템과 비교하여 공공기관 등에 대한 변호사의 진출이 늘어나는 추세라는 점에서 공법 관련 소송 실무능력 향상에 도움이 되기 위해서는 사전적인 공부 및 평가의 대상으로 공법 기록형이 필요하다 할 것이며, 따라서 이러한 공법 기록형 문제를 만드는 과정에는 반드시 실무에서 주요하게 다루어지는 내용들이 포함되어야 할 것이다.

### Ⅲ. 기출제된 변호사시험 공법 기록형 문제에 대한 검토와 출제 방향에 대한 제언

#### 1. 중요 쟁점의 직접적 제시의 필요성 여부에 대한 재고(再考)

##### 가. 문제 자체에서의 쟁점의 직접적 제시

총 7회 이루어진 변호사시험에서 공법 기록형 문제가 다른 기록형 문제와 구별되는 가장 큰 차이점은 문제 자체에서 내부회의록을 통해 학생들에게 사실상 쟁점을 직접적으로, 그리고 자세히 제시하고 있다는 것이다.

아래의 실제 변호사시험 공법 기록형 문제들의 해당 부분을 살펴보기로 한다.

「제1회 변호사시험」 내부회의록 발췌(8면)

나 변호사: 처분의 근거조항인 음악진흥에 관한 법률 시행령 조항의 위헌성 여부 이외에 법률조항의 위헌성 여부도 소장에 포함시키려 하는데 괜찮겠습니까?<sup>8)</sup>

「제2회 변호사시험」 내부회의록(7~8면 발췌)

7) 법학전문대학원에서 공법교육에 대한 소홀함은 경계되어야 하며, 공법의 경시는 법학전문대학원 졸업생들이 법조인뿐만 아니라 공무원, 정치인, 언론인 등 다양한 분야로 진출할 가능성 및 현실에 눈을 감는 우를 범하는 것이라는 견해도 같은 취지라 할 것이다(이은기, “공법교육에서의 이론교육과 실무교육의 조화”, 『서강법학』 제10권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2008, 59면).

김 변호사: 저도 그 점에 착안해서 검토하고 전화랑씨와 서대문구청에 확인했습니다만, 절차상의 하자는 없는 것 같습니다. 처분에 관한 사전 통지도 했고, 공중위생관리법 제12조에서 요구하는 청문도 실시한 것으로 확인되었습니다. 처분의 방식이나 이유제시에 관해서도 별다른 하자가 발견되지 않았습니다.<sup>9)</sup>

...중략...

김 변호사: 의뢰인의 경우 아직 위반행위를 하지 않아 행정처분을 받은 바 없고, 형사처벌 규정은 없습니다. 그래서 공중위생관리법이나 하위 규정 중 점빼기나 깃불 뚫기를 할 수 없게 하는 근거규정을 심판대상으로 삼아 기본권 침해를 주장하는 헌법소원이 될 것 같습니다. 그런데 헌법재판소의 주류적 판례에 비추어보면 상위법인 공중위생관리법 규정보다는 보건복지부 고시의 해당 규정을 심판대상으로 삼아 헌법소원으로 청구하는 것이 타당할 것 같습니다.<sup>10)</sup>

「제3회 변호사시험」 내부회의록(16~17면 발췌)

이 변호사: 혹시 서면사과명령과 퇴학처분 사전통지절차에 관해서 문제가 없던가요?

김 변호사: 그렇지 않아도 그 부분에 대하여 검토를 해 보았습니다. 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제5조 제1항에서는 가해학생에 대한 조치에 대하여 그 법률에서 정한 절차를 다른 법률에 우선하여 적용하게 되어 있습니다. 그리고 의뢰인에게 알아본 결과 사전통지 절차에 관해서는 별다른 법적인 문제점을 찾지 못했습니다.<sup>11)</sup>

...중략...

이 변호사: 행정법원이 위헌제청 신청을 받아들이지 않을 것에 대비해서 다른 구제수단이 있는지도 생각해 보시기 바랍니다.<sup>12)</sup>

「제4회 변호사시험」 내부회의록(8~9면 발췌)

정 변호사: 의뢰인은 2008년도에 국무총리표창도 받았는데 공무원 징계요구시 확인서에 공적사항의 기재가 누락되어 억울하다고 하니 이 부분을 주장해야 할 것 같습니다. 또한 처분의 근거가 된 복무규정에도 문제가 많은 것 같습니다.<sup>13)</sup>

...중략...

정 변호사: 사전신고제 자체는 문제가 없는 것 같습니다. 그런데 의뢰인의 경우처럼 법정시한 내 신고할 여지가 없이 촉박하게 이루어지는 집회에 대해서까지 사전신고를 의무화하고 이를 위반한 경우 형사처벌까지 하는 것은 문제의 소지가 있습니다.

...중략...

정 변호사: 이와 같이 아무런 위험성이 없는 집회까지 단지 미신고였다는 이유만



으로 해산명령의 대상으로 볼 수 있는지 검토해 봐야 할 것 같습니다.<sup>14)</sup>

「제5회 변호사시험」내부회의록(12~13면 발췌)

김 변호사: 우선 체류기간 연장 불허 결정에 대해서는 검토해 보았나요?

성 변호사: 출입국관리법 시행령 [별표 1] 28의 4. 다목에 규정된 “국민의 배우자와 혼인한 상태로 국내에 체류하던 중 그 배우자의 사망이나 실종, 그 밖에 자신에게 책임이 없는 사유로 정상적인 혼인관계를 유지할 수 없다고 인정되는 사람”이라는 조항의 해석이 쟁점이 될 것 같습니다.

김 변호사: 일단 문언상으로는 의뢰인의 주장처럼 이혼소송의 종료방식 자체는 직접적인 연관이 없는 것 같은데 어떤가요?

성 변호사: 네, 자신에게 책임이 없다는 사정의 입증문제로 보입니다.<sup>15)</sup>

김 변호사: 그렇군요. 또 다른 문제는 없습니까?

성 변호사: 법리적으로 소의 이익이 있는지가 걱정입니다. 현재 의뢰인의 당초 결혼이민 체류자격은 3년의 기간이 만료되었고, 연장허가도 불허된 상태이므로 불허결정을 취소하더라도 체류자격이 부여될 수 없다고 관할 행정청이 항변할지 모르겠습니다.<sup>16)</sup>

「제6회 변호사시험」내부회의록 1(9~10면 발췌)

김 변호사: 의뢰인이 관할 행정청에 미리 의견을 개진할 기회가 없었나요?

나 변호사: 의뢰인은 금지해제결정 취소처분에 대하여 미리 의견을 제출할 수 있는 기회를 제공받지 못하였습니다. 의뢰인은 관할 행정청에 청문을 실시해 달라는 신청서를 제출하였으나 관할 행정청은 학교보건법에 청문에 관한 규정이 없다는 이유로 받아들이지 않았습니다.<sup>17)</sup>

...중략...

김 변호사: 금지해제결정에 부가된 조건에 문제가 있다는 이유로 그 결정 전체를 다투게 되면 오히려 의뢰인에게 불리하게 되는 점을 고려하기 바랍니다. 정보 공개와 관련하여서는 의견이 없나요?

나 변호사: 정보 비공개결정의 경우, 일부패소의 위험을 감안하여 반드시 필요한 부분만 다투는 것이 좋겠습니다.<sup>18)</sup>

내부회의록 2(12~13면 발췌)

나 변호사: 의뢰인은 어떠한 강제력도 행사하지 않은 성매수자의 성매매 자체를 금지하고 이를 위반하면 징역형으로까지 처벌할 수 있도록 한 관계 법령이 부당하다고 생각하고 있습니다.<sup>19)</sup>

...중략...

김 변호사: 관계법령을 살펴보다 보니 최근 사회문제로 되고 있는 스폰서 계약의

경우에도 성매매처벌법에 의해 처벌되는지 여부가 궁금해지더군요.

나 변호사: 관계법령에 비추어 보면, 성행위 대가로 일정 기간 금품이나 재산상의 이익을 주기로 하는 내용의 소위 스폰서 계약의 경우 성매매처벌법으로는 처벌되지 않습니다.<sup>20)</sup>

「제7회 변호사시험」내부회의록(9~10면 발췌)

한 변호사: 구체적인 사정이 다 다를텐데 단속 경찰을 폭행하였다고 하여 무조건 운전면허를 취소하도록 법률에서 규정하고 있는 것은 문제가 있다고 생각하는데요.

최 변호사: 네, 저도 그렇게 생각합니다. 그럼 그 부분에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하도록 하겠습니다.

한 변호사: 기왕 위헌법률심판제청을 신청하는 것이라면 취소의 다른 근거조항에 대하여도 신청하는 것이 어떨까요?

최 변호사: 그렇지 않아도 공동위험행위금지규정의 내용이 너무 모호하지 않은가 하는 생각을 했습니다. 그 외에는 다른 쟁점은 딱히 없을 것 같습니다.

한 변호사: 그럼 그 조항에 대해서는 모호성 부분만 다루어 보기로 합시다.<sup>21)</sup>

...중략...

한 변호사: 또, 면허취소처분을 한 행정처분기준에 따르면 김정비에 대하여는 면허취소가 아니라 면허정지가 되어야 할 것 같은데, 왜 면허취소가 되었나요?

김 변호사: 그렇지 않아도 그 부분을 경찰에 알아보았는데, 처분기준대로만 하면 김정비는 공동위험행위로 입건만 되었지 구속된 것이 아니기 때문에 면허정지 처분이 내려져야 합니다. 처분청도 지금까지는 처분기준대로 해 왔습니다. 그런데 이번에는 위 기준과 달리 김정비에겐 면허취소처분을 한 것입니다.<sup>22)</sup>

8) 이 사건 “근거법령의 위헌성”을 기재하도록 문제를 출제한 후, 문제되는 근거법령의 대상이 법과 시행령 조항임을 문제에서 명백히 정리해 주고 있다.

9) 처분의 위법성과 관련하여 절차상 하자는 쟁점이 아님을 문제에서 명백히 밝혀주고 있다.

10) 점빠기, 깃불뚝기와 관련된 공중위생관리법이나 하위 규정 중에서 특히 고시가 헌법소원의 대상이 됨을 문제에서 밝혀주고 있다.

11) 처분의 위법성과 관련하여 절차상 하자는 쟁점이 아님을 문제에서 명백히 밝혀주고 있다.

12) 수험생이 기재하여야 할 서식이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원임을 알려주고 있다.

13) 징계절차상 반드시 고려되어야 할 공적조서 기재 사항이 누락되었음을 수험생에게 알려주고 있으며, 제시된 법령 중 문제되는 것이 복무규정임을 알려주고 있다.

14) 집회 및 시위에 관한 법률의 위헌성을 주장함에 있어 위헌성의 요소가 무엇인지, 출제자의 의도가 한정위헌청구를 할 수 있는지 여부를 확인하는 것임을 알려주고 있다.

15) 체류기간 연장 불허 처분의 취소와 관련하여 제시된 법령 중에서도 특별히 문제되는 법령을 특정하고 있고, 어떠한 이유로 문제되는지를 문제에서 제시해 주고 있다.

16) 행정소송에서 소의 이익이 문제된다는 점을 “소의 이익”이라는 표현 그대로를 써서 수험생들

나. 문제 자체에서의 쟁점의 직접적 제시가 반드시 필요한가에 대한 검토의 필요성

사례형 문제의 경우에는 적법요건이 구비되는지, 결론이 어떻게 나오는지 여부에 대하여 시험에 응시하는 학생들이 스스로 판단하고 결론을 내려야 하며, 그러한 결론이 맞는지 틀리는지 여부도 중요한 채점기준이 된다.

이에 반해 기록형 문제의 경우, 수험생들도 “의뢰인을 대리”한 “변호사”의 입장에서 서식을 완성하는 것이므로, 주장의 방향이 이미 결정되어 있다. 즉, 적법요건은 문제가 없어야 하고, 처분은 위법해야 하며, 근거법령 등은 위헌성이 있어야 한다는 주장의 방향은 이미 정해져있고, 이러한 주장을 뒷받침하는 방향성을 얼마나 제대로 된 논리성과 설득력을 가지고 완성해 나가는지 여부가 배점의 포인트가 될 수밖에 없는 구조이다.

실제 실무에서도 변호사의 입장에서 작성하는 서면들은 모두 변호사의 의뢰인이 유리한 내용을 주장하는 방식이기 때문에 이미 주장의 결론이 정해져 있는 것은 동일하다. 즉, 이는 사례형과 기록형의 근본적인 차이이면서 실제 실무에서 작성되는 서식과 변호사시험 기록형에서 요구되는 서식의 동일성이라 할 것이다.

에게 제시하고 있다.

- 17) 처분의 위법성과 관련하여 절차상 하자 중 “청문”절차가 문제된다는 점을 직접적으로 제시하고 있다.
- 18) 수험생이라면 기록을 보고 스스로 청구취지에서 다투고자 하는 처분의 범위를 특정할 수 있어야 실무능력에 대한 평가를 할 수 있고, 관련 판례와 법리에 비추어보면 이러한 내용 파악이 어려운 것이 아님에도 불구하고 수험생이 다투어야 하는 처분의 범위를 문제에서 특정해 주고 있다.
- 19) 위헌성을 주장하여야 하는 심판대상이 되는 법령의 범위를 특정하여 제시하고 있다.
- 20) 스폰서 계약과 성매매의 경우를 비교하여 평등원칙 위반 여부를 주장하여야 함을 제시하고 있다.
- 21) 도로교통법 중 위헌법률심판제청 신청의 대상이 되는 조항과 위헌성을 주장하여야 하는 사유(최소침해성 원칙 위반 여부) 등을 제시하고 있고, 심지어 모호성만 다투어 보자고 함으로써 수험생이라면 대부분 명확성 원칙을 쉽게 떠올릴 수 있도록 직접적인 제시를 하고 있다.
- 22) 처분기준이 무엇인지를 문제에서 먼저 밝히고 처분기준과 다른 처분이 나오게 된 이유도 자세히 문제에서 제시해 줌으로써 학생들이 자기구속의 원칙 위반 여부 등의 쟁점을 쉽게 파악할 수 있게 하고 있다.

따라서 사례형의 결론에 해당하는 부분이 기록형의 경우에는 이미 정해져 있으므로, 사례형과 차별화되기 위해서는 쟁점을 추출하고, 그러한 쟁점을 얼마나 효과적으로 기술할 수 있는지 여부를 채점자가 볼 수 있어야 기록형 문제를 통해 실무능력을 평가하는 시험이 될 수 있을 것임에도 지금 현재의 변호사시험에서는 이러한 쟁점의 상당부분을 문제 자체에서 친절하게 안내해 주고 있는 문제가 있다.

물론 이러한 쟁점 제시는 학생들이 한정된 2시간의 범위 내에서 제공되는 약 40~50면 사이의 문제<sup>23)</sup>들을 정리하고 답안을 기술함에 있어 현실적으로 기제가 가능한 범위를 설정하고, 출제자가 궁금해하는 배경의 포인트를 정확히 학생들이 기술하는지 여부를 확인하며, 난이도 조절에 용이한 측면은 분명히 있다 할 것이다.

그러나 위와 같이 쟁점을 직접적으로 제시하면서도, 기록형의 경우 결론이 정해져 있기 때문에 학생들의 입장에서는 공법 기록형은 의뢰인의 상담일지와 내부회의록에서 언급되는 내용만 잘 정리해도 우수답안은 아니어도 면과락은 할 수 있다는 근거 없는 자신감을 갖게 함으로써 시험을 통해 실질적인 기록 작성 능력이나 실무능력향상을 시킬 수 있는 기회에 도움이 되지 못한다는 우려가 있다는 점이다. 난이도와 시험시간 등의 현실적 여건을 고려한다 하더라도 쟁점을 지금 현재처럼 직접적으로 정리하지 말고, 학생들이 스스로 문제를 보면서 정리할 수 있는 방향으로 공법 기록형 문제가 출제되는 것이 바람직하다고 본다.

법조인의 실무수행능력은 일생을 통하여 연마해야 하므로, 실무수행능력에 관한 법학전문대학원의 역할은 졸업생이 실무수행능력의 가장 기본적인 사항을 갖추 수 있도록 하는데 있고, 실무와 관련하여 법적으로 의미 있는 사실관계의

23) 변호사시험 공법 기록형 문제의 경우 제1회 시험에서는 43면, 2회 시험에서는 45면, 3회 변호사시험에서는 39면, 4회 시험에서는 44면, 5회 시험에서는 45면, 6회 시험에서는 46면, 7회 시험에서는 44면 등 평균 43.71(소수점 3자리 이하 버림) 면이 답안 작성을 위한 기록 문제 분량으로 제공되고 있다. 학생마다 개인 편차는 있겠으나, 학생을 지도하는 입장에서는 답안 작성에 필요한 기본적인 시간을 고려하면 기록 파악 시간으로 30~40분 정도가 이상적일 것이라고 안내하고 있으나, 대부분의 학생들은 이러한 시간보다 훨씬 더 시간이 많이 걸리고, 결국 1문과 2문 중에 나중에 작성하는 서면의 경우 시간이 부족하여 작성 중간에 멈추는 경우가 많다고 한다.

파악과 법적인 쟁점의 파악·분석 및 해결책 강구가 법학전문대학원이 행할 가장 중요한 부분이라는 지적<sup>24)</sup>은 공법 기록형에 있어 쟁점을 제시하는 형태의 문제의 적절성에 대한 부분을 고려함에 있어 반드시 참고 되어야 할 것이다.<sup>25)</sup>

## 2. 완결된 형태의 서식의 출제의 필요성에 대한 검토

### 가. 서식 중 기재 대상의 생략 경향

제1회 변호사시험에서는 행정소송의 취소소송 소장만을 쓰는 문제가 출제되었고, 그 중 20점이 처분의 근거법령의 위헌성을 주장하는 문제였다. 참고로 제1회 변호사시험 이후에는 1개의 서식만을 작성하도록 하는 문제는 전혀 출제되지 않고 있다. 당시 제1회 변호사시험 공법 기록형 문제에서는 소장 전체를 작성하도록 하면서 “1. 처분의 경위, 2. 이 사건 소의 적법성(제소기간, 피고적격), 3. 처분의 위법성, 4. 처분의 근거법령의 위헌성”을 기재하도록 하고, 입증방법이나 첨부서류, 작성날짜, 작성자, 제출법원 등을 전부 기재하도록 함으로써 완결된 소장의 형태를 작성할 수 있는지를 수험생들에게 물었다.

그러나 제1회 변호사시험 이후에는 공법 기록형의 경우 수험생들이 작성하여야 하는 서식을 최소 2개 이상 요구함으로써 완결된 형태의 서식이 아닌 서식 중 일부를 발췌하여 작성하도록 하는 형태의 문제들이 주로 출제되고 있다.<sup>26)</sup>

24) 박준, “법학전문대학원에서의 이론교육과 실무교육”, 「저스티스」 통권 제151호, 한국법학원, 2015, 322면.

25) 한편, 실무교육에서의 강조점이 법해석 능력 나아가 입법 정책적 분석능력과 보고서 작성능력을 증대하는 것에 초점이 맞추어 질 필요성이 있다는 취지의 견해(김용섭, “법학전문대학원에서의 송무 교육과 법이론 교육”, 「저스티스」 통권 제99호, 한국법학원, 2007, 178면, 김용섭, “법학전문대학원 공법교육에서의 이론교육과 실무교육의 조화 토론문”, 「서강법학」 제10권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2008, 67면)를 고려해 보아도 쟁점을 제시하는 형태의 문제는 기록형으로써 적합하지 않아 보인다.

26) 2, 3회 변호사시험에서는 공법 기록형 문제 중 헌법소원심판청구서의 경우 첨부서류를 포함한 완결된 서식의 형태를 작성하도록 하였으나, 소장의 경우에는 필요 서식의 일부만을 특정하여 기재하도록 하였고, 4회부터 7회까지 공법 기록형 문제는 작성이 요구되는 서식 전체에 대하여 일부만을 특정하여 기재하도록 하였다.

## 나. 빈번한 기재 생략의 출제 경향이 바람직한지 여부에 대한 검토의 필요성

주로 변호사시험 공법 기록형에서 문제에서 작성을 생략하도록 하는 부분은 이 사건 처분의 경위, 원고나 청구인 또는 신청인의 특정, 입증방법 또는 첨부서류, 결론에 해당하는 부분이다. 그러나 이들 부분에 대한 생략이 배점 관리 측면에서 필요한 것인지는 재고되어야 한다. 이들 생략 대상이 되는 부분들은 배점이 1~3점 미만으로 높지 않은 것은 사실이다.

그러나 이들 부분이 (기재의 필요성이 있음에도 불구하고) 생략되어 법원이나 헌법재판소 등에 제출되는 경우는 전혀 없고, 도리어 실수로 생략하여 법원에 제출한다면 보정명령의 대상 등이 될 수 있다는 점에서 지금 현재의 변호사시험 처럼 빈번하게 생략되는 것이 적절한지에 대해서는 근본적인 고민이 필요하다.

학생들에게 가끔 이 사건 처분의 경위나 헌법소원에 이르게 된 경위를 쓰도록 하면, 학생들은 마치 사례형 문제처럼 이 사건의 쟁점만을 기술하거나, 경우에 따라서는 결론에 들어갈 이 사건 처분은 위법하다거나 이 사건 근거법령은 위헌이라는 내용을 적는 경우가 흔히 있다. 이 사건 처분의 경위나 이 사건 헌법소원에 이르게 된 경위란 처분이나 헌법소원에 이르게 된 사실관계와 이유 등을 정리함으로써 해당 법원이나 헌법재판소로 하여금 사건에 대한 이해를 돕기 위한 역할을 하기 위해 필요한 기재 사항이 된다는 것을 학생들이 모르고 있다는 것이다.

그 외 입증방법과 첨부서류 등은 반드시 필요한 모든 것을 시험에서 적도록 요구할 필요는 없지만 제1회 변호사시험 공법 기록형 문제처럼 최소 3개를 쓰도록 하거나, 제7회 변호사시험의 형태처럼 이러한 구별 없이 쓰도록 하되, 반드시 필수적으로 들어가야 할 자료가 누락되면 감점하는 방식으로 지속적인 출제가 필요하다고 보인다.

실무에서도 의뢰인들은 사건과 관련하여 무수히 많은 자료를 가지고 오고, 변호사 스스로도 많은 자료를 찾게 된다. 이 중에서 무엇이 반드시 필요하고, 무엇이 도움이 될 것이라는 판단은 궁극적으로 변호사가 하게 되는데, 시험에서 제공되는 문제 40~50면 중 입증방법 내지는 첨부서류로 쓰일 수 있는 자료의 수가 한정되어 있다는 점을 고려하면 이마저도 적절히 기재하지 못하는 답안은

기록에 대한 최소한의 이해도 하지 못하는 답안이라 할 것이기 때문이다. 또한 제7회 변호사시험의 형태처럼 최소한의 기재 개수 제한을 하지 않는다면 해당 부분에 대한 배점을 도리어 높여 최소 3~4점 정도는 배정하여야 한다고 본다.

### 3. 사례형 기출 문제와의 중복, 대법원 판결 또는 헌법재판소 결정의 준 직접적 응용문제에 대한 검토

#### 가. 변호사시험 내 출제가 중복되는 문제

제7회 변호사시험 공법 기록형 문제에서는 한 건의 교통사고로 수개의 면허가 취소된 사안에서 운전면허취소처분취소소송을 제기하고, 필요적 면허취소 조항 등을 규정한 도로교통법 관련 조항에 대하여 위헌법률 심판제청신청서를 작성하는 문제가 출제되었다. 그러나 이 문제는 제3회 변호사시험 공법 사례형의 제2문에서 1개의 처분으로 수개의 자동차 운전면허가 취소된 사례가 출제되었기 때문에, 해당 사례의 쟁점과 사실상 큰 차이가 없다. 즉, 기출문제로 제3회 변호사시험 공법 사례형 문제를 충실히 대비한 학생이라면 고득점이 가능한 문제였고, 또한 제7회 변호사시험 공법 기록형 문제는 자동차를 훔친 경우에는 면허를 필요적으로 취소하도록 규정한 구 도로교통법 제93조 제1항 제12호에 대한 위헌 결정(헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌가 6)을 공부한 학생이라면 쉽게 논리적 접근을 할 수 있는 문제였다고 보인다.

특히 현재의 변호사시험을 공부하는 학생이라면 종래의 사법시험 내지는 사법연수원 학생들이 공부하는 방식처럼 시험을 목전에 두고 최신 3개년 내지는 5개년 판례들을 집중적으로 공부하는 추세이기 때문에 해당 문제에 대한 헌법재판소 결정을 숙지한 학생들의 비중이 높았을 수 있다.

한편, 변호사시험 3회 공법 기록형 문제의 경우 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 서면사과와 퇴학처분과 관련하여 헌법소원 및 취소소송의 소장을 작성하는 문제였는데, 해당 문제에서 쟁점이 되었던 양심의 자유, 학생의 교육을 받을 권리, 부모의 자녀교육권 부분이 제7회 변호사시험 사례형 제1문에서 출제되었다.

#### 나. 대법원 판결 또는 헌법재판소 결정의 준 직접적 응용문제

2015년도 제4회 변호사시험 공법 기록형 문제는 공무원의 복무규정 위반에 따른 징계처분 취소소송 소장과, 공무원의 업무 시간 외의 집회 참가와 관련하여 집회 및 시위에 관한 법률 조항의 사전신고조항과 해산명령조항의 위헌성을 주장하는 헌법소원심판청구서 작성 문제가 출제되었다. 먼저 공무원의 복무규정과 관련한 쟁점에서는 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌마705, 2010헌마90(병합) 결정을, 집회 및 시위에 관한 법률 관련 조항의 위헌성과 관련해서는 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바22, 헌법재판소 2014. 1. 28. 자 2011헌바174 결정 등이 준 직접적으로 응용되었다고 보인다.

2017년 제7회 변호사시험 공법 기록형 문제에서는 청구인의 성매매행위가 문제되었는데, 자발의사에 기한 성매수의 경우에도 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률에 따라 처벌을 받게 되는 조항에 대한 위헌법률심판제청신청을 구하는 서식을 작성하도록 함으로써 헌법재판소 2016. 3. 31. 자 2013헌가2 결정이 준 직접적으로 응용되었다고 보인다.

#### 다. 출제의 중복 회피 필요성과 대법원 판결 및 헌법재판소 결정의 준 직접적 활용의 제한 필요성

변호사시험이 7회까지 진행되었기 때문에 공법 기록형 문제도 역사상 총 7번 출제되었다. 공법의 경우 헌법과 행정법 분야의 과목을 평가의 대상으로 하고 있고, 헌법과 행정법 사례형은 종래 사법시험에도 출제 및 평가의 대상이어서 소위 기출문제가 풍부한 편이지만, 공법 기록형의 경우 종래 사법시험에서도 사법연수원에서도 다루지 않았기 때문에 문제은행의 방향설정을 위해 포함시킬 수 있는 기출문제도 없고, 학생들은 변호사시험에 대비하기 위해 오로지 변호사시험과 법학전문대학원 협의회에서 공동모의시험의 형태로 총 3회 치러지는 시험 문제를 기출 문제로 공부하고 있다.

공법 기록형의 경우 위와 같이 기출문제가 없음으로 인해 아이디어를 창출하는 등의 출제상의 어려움이 더 분명히 존재할 수 있을 것이다. 그러나 이러한



출제상의 어려움으로 인해 헌법이나 행정법 사례형의 변호사시험 기출문제와 겹치는 일은 지양되어야 한다고 본다.<sup>27)</sup>

또한 헌법재판소에서 실제 판단받은 결정에 근거하여 헌법재판에 관련된 문제가 출제되면, 해당 헌법재판소 결정을 숙지한 학생과 그렇지 않은 학생들이 받을 수 있는 배점에 있어 상당한 영향을 미치게 된다. 특히 현재의 헌법재판에 있어 배점의 중요부분은 해당 법령 등의 위헌성에 해당하는 본안 판단에 집중되게 되는데, 이 경우 위헌성 심사의 기준과 문제되는 기본권을 얼마나 잘 찾았는지 여부, (대부분의 경우) 기본권 침해시 과잉금지원칙 위반에 따른 논리적 기술을 얼마나 세심하게 잘하고 있는지 여부가 평가요소가 된다. 그러나 헌법재판소 결정을 알지 못하는 상황에서 학생들이 기술할 수 있는 부분은 동어반복에 가까울 정도로 차별화 되고 있지 못하고, 특히 기본권과 관련된 부분은 헌법에 기술된 기본권이 아닌 경우에는 해당 결정을 아는지 여부에 따라 기재 여부 자체가 갈림으로써 기록형 문제의 경우에는 도리어 판례나 헌법재판소 결정에 대한 의존도가 높아지게 되는 문제가 있는 것이다.

이러한 점에서 기존 변호사시험 제3회 문제처럼<sup>28)</sup> 학계나 실무에서 특정 사안에 관하여 많은 법적 문제점들이 지적되고 있지만 아직 법원이나 헌법재판소의 결정이 나오지 않은 사안들을 상정할 필요성에 대해 좀 더 고민을 할 필요가 있다고 본다.

변호사들이 실무에서 요구되는 기록을 작성할 때 유사사안에 대한 법원의 판결이나 헌법재판소 결정을 검색하여 찾을 수 있다면 이는 어려운 사건이 아니다. 변호사들조차도 문제된 사안과 이미 선행 판단이 되어있는 사건의 유사성을

27) 김대희, “로스쿨에서의 기록형 시험에 대비한 교육방법론”, 「법학연구」 제55권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2014, 217면에서도 변호사시험 기록에 관련된 판례 1~1개를 어느나 모르냐에 따라서 시험의 당락이 좌우된다는 것은 변호사시험의 기본 취지와 어울리지 않는다고 비판하고 있다.

28) 앞서 설명한 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 서면사과 처분이 헌법상 양심의 자유를 침해하는지 여부가 문제의 큰 쟁점 중 하나였는데, 문제 출제 당시에는 학계에서 해당 조항의 위헌성에 대하여 많은 지적이 있는 상태였지만, 명시적인 법원이나 헌법재판소의 판단은 없었다. 참고로 제3회 변호사시험 출제 이후인 2015. 2. 6. 서울고등법원에서는 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률상의 서면사과 처분 관련 조항이 양심의 자유와 인격권을 침해하지 않는다는 판단을 하였다(서울고등법원 2014카기589 판결).

설명하는 것에 집중하게 되어 이 경우에는 실무능력에 대한 평가라는 것이 큰 의미가 없다고 판단된다. 도리어 선례는 없지만 누구나 보아도 법률적으로 문제가 많다고 보이는 이슈들을 찾아내어 적극적으로 학생들의 논리전개를 보면서 실무능력을 키우는 형태의 문제 출제가 바람직하지 않은지에 대하여도 검토할 필요가 있다고 생각한다.<sup>29)</sup>

판례 학습은 그 요지 암기가 아니라 그 배경이 되는 실정법 법리가 어떻게 판례 속에서 작용하는지를 이해하는 것이라는 점을 고려한다면,<sup>30)31)</sup> 출제의 어려움 때문에 반드시 판례나 헌법재판소 결정을 기초로 사안을 구성할 이유는 없고, 도리어 현실에서 발생 가능한 사안들에 대하여 법리적 논리성을 갖추도록 함으로써 실무능력 향상에 도움이 될 필요가 있을 것이다.

#### 4. 관련 법령의 발췌 제시 필요성에 대한 재고

##### 가. 변호사시험에서의 법령 제시 형태

29) 일례를 들어 2018년도 10월에 진행된 법학전문대학원협의회 제3차 공법기록형 문제에서는 단말기 보조금 지급의 상한선을 규정한 이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률 사건을 문제화하였다. 이 사건은 소위 단통법 사건이라 하여 해당 규정이 시행되기 직전 시점에 서부터 많은 논란을 불러 일으켰고, 실제 2014. 10. 4. 헌법소원심판이 청구되었다. 필자는 2015년도 1학기 학교 공법 기록형 기말시험에서 헌법소원심판청구서를 작성하는 문제를 출제하였으며, 2017년도 공법 기록형 특강 등에도 해당 문제를 활용하였었는데, 실제 헌법재판소에서는 2017. 5. 25. 합헌으로 결정하였다(헌법재판소 2017. 5. 25.자 2014헌마844 결정). 해당 결정이 나온 이후에 치뤄진 2018년도 10월 법학전문대학원 협의회 제3차 공법기록형 문제의 경우에는 학생들이 대부분 해당 헌법재판소 결정을 공부하였을 가능성이 높았을 것으로 보인다. 혹시 최신 헌법재판소 결정이기 때문에 뒤늦게 공부하려 하였던 학생이 있었을 수도 있을 것인데, 이러한 경우에는 공부하거나 또는 공부한 학생과 하지 않은 학생 사이에 우연히 해당 판결을 보았는지 여부에 따라 고득점 여부가 달라질 가능성이 있게 된다. 이러한 점에서 공법 기록형 문제만이라도 사회적으로 논란이 되거나 관심이 있는 사건들 중 실제 판단이 나오지 않은 부분에 대하여 관심을 기울여서 출제할 필요성에 대하여 고민을 해보자는 것이다.

30) 김동호, “법학전문대학원에서의 이론교육과 실무교육의 조화 및 변호사시험”, 「인권과 정의」 제406호, 대한변호사협회, 2010, 61면.

31) 로스쿨 교육에 있어서 판례 학습은 필수 불가결하지만, 판례의 기계적 암기가 아니라, 판례의 이해, 활용, 비판 그리고 창조적 전개가 필연적으로 요청된다는 견해로는 김용섭, “법조직역 진출의 관점에서 본 법실무교육의 내실화와 지향점”, 「인권과 정의」 제428호, 대한변호사협회, 2012, 112면.

변호사시험 공법 기록형은 다른 기록형 과목과 달리 관련 법령을 굉장히 상세히 발췌하여 문제의 별첨자료로 제공하는 방식으로 문제가 출제되고 있다. 이는 변호사시험 1회부터 7회까지 일관되게 유지되고 있는 방식이다. 다만, 제7회 변호사시험에서는 변호사시험용 법전 내에 문제되는 도로교통법 조항이 있음을 적절히 활용하여 도로교통법 시행령 등의 하위규정만을 별도로 제시하였다.

총래 학생들 사이에서는 제시된 발췌법령 중 일부만을 활용해도 충분히 답안을 작성할 수 있다는 생각들이 있었을 것이다. 그렇기에, 제7회 변호사시험처럼 시험용 법전을 보아야만 해당 법을 볼 수 있고, 사실상 법에 대해서는 발췌의 형태가 아니어서 학생들이 초반에 당황했다는 이야기를 많이 들을 수 있었다.

제1회 변호사시험을 앞두고 법무부 법조인력과는 기본과목인 공법, 민사법, 형사법의 경우 각 과목별 문제유형 연구위원회에서 논의된 법령 및 기타 기본과목 해당 법률과 실질적 관련이 있는 법령을 대상으로 변호사시험을 출제할 예정이며, 각 과목별 문제유형 연구위원회에서 논의된 법령을 밝힌 바 있다. 당시 법무부 법조인력에서는 공법 중 헌법부속법령에 대하여는 국적법 등의 법령을 정리하였으나, 행정법의 경우에는 각론 법령 전 범위라고만 정리를 한 바 있다.<sup>32)</sup> 그러나 실제 진행된 변호사시험 공법 기록형에서는 법무부 법조인력 과에서 밝힌 법이 아닌 곳에서 대거 출제되었고, 이러한 논란을 피하기 위하여 참고 법령을 상세히 발췌하여 문제를 제시하였을 것으로 보인다.

#### 나. 법령을 상세히 발췌하여 제공하여야 하는지 여부에 대한 검토

헌법, 행정법 등의 공법 분야에서 변호사들이 가장 많이 살펴보는 것은 과연 이 사건 처분 등에 있어 정확한 법률이 적용된 것인지, 근거법률이 무엇인지 여부를 확인하는 절차에 해당하게 된다. 공무원들 역시 공무집행의 전문가로서 관련 공무에 대한 법령에 대하여 숙지하고 있기는 하지만 가끔씩 법령 적용의 적법성 자체가 실제로 문제되는 경우가 있기 때문에 변호사들은 처분의 근거법령으로 제시된 조문에 한정하지 않고 다른 조문들까지 꼼꼼하게 살

32) 박순철(법무부 법조인력과장), “변호사시험의 출제기준과 방향”, 「저스티스」 통권 제124호, 한국법학원, 2011, 14면.

펴보게 된다.<sup>33)</sup>

그런데 변호사시험에서 실무처럼 모든 법을 변호사로 하여금 찾도록 하는 형태의 공법 기록형 문제는 출제도 어렵지만, 2시간의 제한된 시간 내에서 학생들에게 요구하기에는 너무 어려운 형태의 문제가 될 것이다. 그렇다고 해서 지금 현재처럼 문제되는 법령을 발췌해주는 것이 맞는지 변호사시험법 제9조 제1항 4호의 전문적 법률분야에 관한 과목처럼 시험 대상이 되는 법을 미리 지정하도록 하여(변호사시험법 제9조 제3항, 동법 시행령 제7조 제2항, 별표 2) 학생들이 시험장에서 태어나서 처음 보는 발췌 법령을 분석하고 답안을 작성하는 경우를 최소화 할 필요가 없는지 여부에 대하여도 비교할 필요가 있다고 생각한다.

변호사들 역시 모든 법령을 알고 있지 않지만, 본인이 잘 알지 못하는 법령에 대하여 충분히 숙지할 시간적 여유가 있는 상태에서 각종 서식을 작성할 수 있는 반면, 학생들에게는 태어나서 처음 보는 법령을 (대략 현실적으로 2시간의 시험 시간 중 투입이 가능한) 30~40분 내의 기록검토 시간에 이해하고 기록을 써보라고 하는 것은 무리가 있다. 따라서 공법 기록형 문제에 있어서도 학생들이 “공법” 분야에 대한 법을 알고 시험에 응시할 수 있도록 적어도 기록형 분야에서 문제되는 법의 범위를 설정할 필요성에 대해 강조하는 것이다.

한편, 이와 같은 참조 법령조문에 대하여 이를 너무 넓게 제시함으로써 관련 법령조문을 찾는데 시간이 소요되게 하기 보다는 제시되는 법령조문을 좀 더 줄여줌으로써 적정시간 내에 제대로 기록능력이 갖추어졌는지를 측정할 수 있도록 하는 것이 필요하다고 하는 견해도 있는바,<sup>34)</sup> 공법 기록형과 관련하여 출제 범위에 해당하는 법의 특징이 곤란할 경우에는 이러한 방식도 고민할 수 있을 것으로 본다.

33) 의뢰인이 농지 내에서의 건축과 관련하여 농지법 적용 여부만을 물어보았지만, 해당 토지가 농지이나 호텔 사업용 건축물을 목적으로 하는 경우에는 관광기본법, 관광진흥법 등 호텔 관련 법령을 별도로 보아야 하고, 제주도의 경우라면 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법에 따라 다른 규정이 적용되는 것은 아닌지 여부 등을 확인할 의무는 변호사에게 있는 것이다.

34) 정재황, “변호사시험 공법형의 개선방안”, 「세계헌법연구」 제21권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2015, 27면.

## IV. 결론

공법 기록형 과목은 앞서 살펴보았듯 문제에서 직접적으로 쟁점을 제시해주는 것이 적절한지 여부에 대한 검토가 필요하다고 본다. 직접적으로 내부회의록 등을 제시함으로써 쟁점을 제시하기 보다는 기록의 분량을 다소 줄이더라도 학생들이 기록을 통해 스스로 쟁점을 찾아가야 한다. 그래야만 사실상 이미 의뢰인이 요구하는 바와 같이 처분의 위법성을 주장하고, 관련 법령 등의 위헌성을 주장하는 방식으로 결론이 정해져 있는 기록형 시험이 사례형과 차별화 되어 학생들에게 실무능력이 있는지 여부를 평가할 수 있게 된다.

기록형 문제가 기록 작성 능력을 보는 문제가 되기 위해서는 가급적 완결된 형태의 서식을 작성하도록 하는 문제를 출제하여야 한다. 지금처럼 서식의 일부에 번호를 붙여서 해당 번호에 해당하는 내용만을 기재하도록 하는 형태의 문제가 빈번하게 나온다면 학생들이 느끼기에는 기록형이 아닌 마치 정답이 정해져 있는 사례형처럼 느껴질 수 있다. 가급적 서식의 전체를 완성하도록 하는 것이 문제에서 제공되는 각종 자료의 의미와 역할에 대한 최소한의 이해를 담보하며, 실제 실무에 나가서도 필요한 자료의 준별을 할 수 있는 역할을 할 수 있다. 이는 배경의 높낮이와는 무관하다고 생각한다.

또한 기존의 사례형 문제들에서 유독 많이 출제되었던 쟁점이나 기존 대법원 판결 및 헌법재판소 결정 등을 공법 기록형 문제 내에서 직접적으로 활용하는 것은 단순히 기존 쟁점을 아는지, 판결이나 헌법재판소 결정을 아는지 묻는 것과 다른 질문이 아니다. 실제 실무에서는 본인이 인터넷을 기반으로 하여 충분한 검색이 가능하고, 그러한 판결이나 결정을 미리 숙지하지 못했다 할지라도 검색을 통해 보완하여 서면을 작성하는 것이 통상적이라는 점에서 단순히 기존 쟁점을 아는지, 판결이나 헌법재판소 결정을 아는지 묻는 것은 엄격한 의미의 실무능력평가와는 거리가 있다고 판단된다. 도리어 판결이나 헌법재판소에서 이미 판단을 받은 사안은 아니지만, 문제될 수 있거나 문제되는 중요한 사안에 대한 법 논리적 구성과 판단 등을 물어보는 것이 더 적절한 것은 아닌지를 고민할 필요가 있다. 만약, 출제상의 어려움 때문이라면 적어도 판결이나 헌법재

판소 결정의 사실관계를 사실상 그대로 응용하는 것을 최소화하는 방안에 대한 검토를 더욱 심도 있게 하여야 할 것이다. 마지막으로 현재처럼 문제에서 문제 되는 법령을 자세히 발췌하는 형태로 제공하는 것이 적절한지 여부에 대하여도 검토되어야 한다고 본다.

이러한 검토 사항에 대한 고민은 현재 공법 기록형 과목이 수험생들에게는 급히 준비하면 면과락은 할 수 있는 과목으로 인식되는 경향에 대한 경종을 울리면서 본래의 기록형이 시험으로 요구되는 진정한 목적인 “공법”관련 “실무능력 평가”에 도움이 되어 보고자 제안하는 것으로, 향후 필자 스스로도 이러한 기준에 부합하는 형태의 문제를 만드는데 더욱 노력을 기울여 봄으로써 공법 기록형 문제의 출제 방향 설정에 미약한 일조를 하고자 한다.

## 참고문헌

- 구상진, “새 법학교육체제의 운영방안”, 「저스티스」 통권 제117호, 한림법학원, 2010.
- 김동호, “법학전문대학원에서의 이론교육과 실무교육의 조화 및 변호사시험”, 「인권과 정의」 제406호, 대한변호사협회, 2010.
- 김대희, “로스쿨에서의 기록형 시험에 대비한 교육방법론”, 「법학연구」 제55권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2014.
- 김용섭, “법학전문대학원에서의 송무교육과 법이론 교육”, 「저스티스」 통권 제 99호, 한국법학원, 2007.
- 김용섭, “법학전문대학원 공법교육에서의 이론교육과 실무교육의 조화 토론문”, 「서강법학」 제10권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2008.
- 김용섭, “변호사시험 공법 기록형 문제의 바람직한 출제방향”, 「법학연구」, 제 53권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2012.
- 김용섭, “법조직역 진출의 관점에서 본 법실무교육의 내실화와 지향점”, 「인권과 정의」 제428호, 대한변호사협회, 2012.
- 박순철, “변호사시험의 출제기준과 방향”, 「저스티스」 통권 제124호, 한국법학

- 원, 2011.
- 박준, “법학전문대학원에서의 이론교육과 실무교육”, 「저스티스」 통권 제151호, 한국법학원, 2015.
- 이은기, “공법교육에서의 이론교육과 실무교육의 조화”, 「서강법학」 제10권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2008.
- 정재황, “변호사시험 공법형의 개선방안”, 「세계헌법연구」 제21권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2015.
- 차진아, “변호사시험에 있어서 헌법 기록형 문제의 출제방향에 대한 연구”, 「인권과 정의」 제421호, 대한변호사협회, 2011.

[Abstract]

## Review on Direction to Set Drafting Legal Document Type Essay Questions of Public Law in the National Bar Examination

Jang, Hye-Jin

*Professor, Jeju National University Law School*

Since the first National Bar Examination (the “Examination”) was tested in 2012, the Examination has been made seven (7) times already. The National Bar Examination Act (the “Act”) declares in Article 1 the purpose of the Act is to provide for matters concerning the Examination which tests abilities to practice law, such as professional ethics and legal knowledge, necessary to legal professionals; and requires in Article 2 to administrate the Examination in close connection with the curricula of professional law schools. Therefore, the actual questions of the Examination must be consistent

with the purpose of the Act.

Examination subjects related to drafting legal document are part of essay subjects including skills evaluation as stipulated in Article 8 (1) of the Act. If the Examination continues testing in “essay” by distinguishing (x) case-law type essay and (y) drafting legal document type essay including skills evaluation, the purpose of each (x) and (y) and items to evaluate each (x) and (y) need to be different. Although the questions of drafting legal documents tested in the past seven (7) Examinations have developed and varied to reflect skills evaluation, it still has a long way to go in evaluating skills applying to practice of law comparing with actual documents using and requiring in the practice of law.

The skills expected and required in the practice of law are not like a contest of how many cases of the Supreme Court and the Constitutional Court an examinee knows or how fast an examinee finds them out. It evaluates how logical and persuasive from a principle of law in legal document an examinee drafts at test because it would not encounter a 100% identical case in the practice of law. For that reason, questions on drafting legal document type essay need to be tested for cases likely to be occurred or can be happened, not to be tested for the test. In particular, public law subjects testing by drafting legal document are more concerned about real-world questions, because public law subjects would have a limit in setting Examination questions with a code book for testing only.

**Key words** : National Bar Examination, Drafting Legal Document Type Essay in Public Law, Law School, Drafting Legal Document Type Essay in National Bar Examination, Case-law Type Essay in National Bar Examination