

현행 변호사시험의 문제점과 과제*

- 형사법에 착안하여 -

Problems and Improvements of Bar Examination

- Focusing on criminal law -

이 승 준**
Lee, Seung-Jun

목 차

- I. 들어가며
- II. 현행 변호사시험의 문제점
- III. 변호사시험의 개선 방안
- IV. 나가며

국문초록

충분한 준비 없이 개원한 법학전문대학원(이하 ‘로스쿨’이라 함)이 출범 10주년을 맞이하였다. 개원 당시 법조계와 교육계 모두의 우려 섞인 목소리가 터져 나왔으나, 법학전문대학원은 지난 10년간 사법시험과 기존 법과대학의 폐해를 극복하고 적지 않은 성과를 보여 왔다. 이 과정에서 1기 입학생부터 7기 입학생들이 제7회의 변호사시험을 치루었다.

변호사시험은 로스쿨 교육의 내용과 깊이, 교육방법 등 다방면에 영향을 미

논문접수일 : 2018.10.30.

심사완료일 : 2018.11.20.

게재확정일 : 2018.11.20.

* 이 논문은 2018년 10월 25일 제주대에서 개최된 “로스쿨제도 개선 및 지역로스쿨 발전 방향을 위한 거점 국립대 연합세미나”에서 발표한 글을 수정한 글임을 밝히며, 이 자리에서 좋은 토론을 해주신 전지연, 오성근, 이윤정 교수님께 감사의 말씀을 드린다.

** 법학박사·충북대 법학전문대학원 교수

쳐 결국 로스쿨의 내실화와 정상화를 결정짓는다. 그러나 7회에 걸쳐 시행된 변호사시험이 좋은 전문가가 될 수 있는 법조인을 양성하는 교육에 기여하는가에 대해서는 의문을 가지지 않을 수 없다. 변호사시험 합격과 이후 취업경쟁은 로스쿨 재학생들 간에 감정적이고 소모적이고 기회주의적 경쟁주의의 팽배를 초래하는 원인으로 지목되고 있기 때문이다.

현행 변호사시험 문제의 문제점을 구체적으로 살펴보면, 지나치게 광범위한 시험범위, 복잡하지만 차별성이 사라진 문제 유형, 판례 위주의 단순 암기형 문제, 인위적이고 부자연스러운 통합형 문제, 지나치게 긴 지문과 쪼개진 소문, 평가 의미를 상실한 전문적 법률분야 과목의 시험 등을 꼽을 수 있다.

선진적 변호사시험이 선진적 로스쿨을 이끌어 낸다는 점에서 교육을 통한 법조인의 양성이라는 로스쿨의 취지와 목표를 실현하기 위해서는 현행 변호사시험의 개선이 불가피하다. 우선 변호사시험 문제는 선택형, 사례형, 기록형으로 구분된 시험유형별 고유의 기능과 취지를 회복해야 하며, 다음으로 속독속기 경쟁이 되지 않도록 문항 수를 축소하고 지문의 단순화가 이뤄져야 한다. 그리고 단순 암기위주로 출제되는 판례 문제를 축소하고 과목별 판례의 출제 범위를 한정하여 사법시험의 폐해를 극복해야 한다. 또한 통합형 출제의 의무감이나 강박감으로 인한 부자연스러운 통합형 문제는 지양하여야 한다. 아울러 기록형 문제의 출제 유형을 제한하고 법률실무능력을 측정할 수 있도록 실질적인 기록형 문제가 출제되도록 해야 한다. 마지막으로 평가의 의미가 퇴색된 선택법 과목은 폐지 후 과목 이수 체제로 전환할 필요가 있다.

변호사시험은 결코 과거 사법시험처럼 떨어뜨리는 시험이 아니며, 통상적인 교육과정을 이수하였는지를 검증하고 그 결과가 로스쿨의 법학교육에 충실히 환류될 수 있어야 한다. 이때 가장 중요한 점은 변호사시험이 ‘변시낭인’이라는 새로운 고시낭인을 양산하지 않아야 하며 법학교육을 다시 황폐화하도록 만들어서는 안 된다는 것이다. 변호사시험 합격률이 로스쿨 교육의 모든 면을 집어삼키는 블랙홀이 되는 것을 방지해서는 안 된다.

주제어 : 변호사시험, 변호사시험의 문제점, 개선방안, 로스쿨 교육의 내실화와 실질화, 변호사시험 합격률

1. 들어가며

급작스러웠던 법 통과로 충분한 준비 없이 개원한 법학전문대학원(이하 ‘로스쿨’이라 함)이 출범 10주년을 맞이하였다. 개원 당시 법조계와 교육계 모두의 우려 섞인 목소리가 터져 나왔으나, 이런 우려를 채찍 삼아 법학전문대학원은 지난 10년간 적지 않은 성과를 보여 왔다.

사법시험 시절 법학전공의 합격률과 비교해 로스쿨 출범 이후 법학이 아닌 타 학부 전공자들의 변시 합격률이 50%에 이르렀으며, 사법시험 합격자의 출신대학 통계의 경우 상위 5개 대학이 71%, 합격자 배출교가 50개교이던 것이 로스쿨 체제 이후 상위 5개 대학은 59%, 출신대학도 102개교로 대전환이 이루어졌다. 또한 다양한 전공자의 입학은 결과적으로 변시 합격 이후 과거 법무법인 진출 일색에서 지방자치단체, 사내변호사, 공익변호사 그룹으로의 진출 등 진로의 다양화를 가져왔다. 이와 더불어 합격률이 보장되던 초기 로스쿨생들의 경우 학교의 학원화나 학교 수업의 포기 없이 로스쿨 교육과정의 충실한 이수만으로도 합격하여 정상적인 학교 교육을 가능하게 하였다. 입학생들의 분포 면에서도 사회적 취약계층의 로스쿨 입학도 꾸준히 늘어 2018학년도에 경우 정원의 6.5%가 입학하였으며, 취약계층의 장학금 수혜율은 2017년 기준 77.5%이고 전체 장학금지급률은 34.9%에 이른다.¹⁾

그러나 이러한 성과에도 불구하고 로스쿨은 운영과정에서 많은 문제점을 드러냈고, 낮은 변호사시험 합격률이라는 구조적 장애물에 봉착하여 교육을 통한 법조인력의 양성이라는 이상과 목표에 미치지 못하고 있음을 부정할 수 없다.

이하에서는 지면의 한계와 필자의 능력 부족으로 인해 변호사시험 제도 전반의 평가를 다루지는 못하였다. 그보다는 로스쿨생들의 가장 현실적인 문제이자 로스쿨 교육의 정상화와 내실화를 결정짓는 가장 큰 요인인 변호사시험의 문제점을 찾아보고 개선 방안을 소략하게나마 제시해 보고자 하였다. 다행히 법무부도 최근 변호사시험 제도개선위원회를 구성한 것으로 알려져 있어,²⁾ 다양한 의견이 표

1) 교육부, 제43차 법학교육위원회 자료(<https://blog.naver.com/moeblog/221366913583>), 2018.9.10. 접속.

출되고 반영되면 향후 로스쿨의 교육에 긍정적으로 환류될 수 있을 것이다.

II. 현행 변호사시험의 문제점

1. 개관 : 상반된 평가

로스쿨 개원 초기 재학생들은 개방적이고 자유로운 면학태도를 보였다. 그러나 10기 입학생들이 들어온 지금 재학생들은 학점 경쟁과 유급 위기에 내몰려 신입생 휴학, 수험정보의 소수 독점 등은 물론, 학점 세탁과 쇼핑 등 교육적으로 바람직하다고 볼 수 없는 ‘꼼수’에 물든 모습들을 보이고 있다. 로스쿨 개원 10년이 지났으나 비변시 과목은 여전히 폐강을 걱정해야 하는 상황에서 로스쿨 별 특성화와 국제화는 잊혀진지 오래이며, 다양한 학부전공을 바탕으로 한 법률 인력의 양성은 수험 중심의 수업에 묻혀 도달하기 요원한 목표가 되어버렸다. 이 같은 비정상적 교육현장을 초래한 것은 결과적으로 사법시험처럼 변질된 변호사시험의 합격률임을 부인할 교육자는 찾기 어려울 것이다.

그럼에도 불구하고 변호사업계는 제1회 변호사시험 결과에 대한 논평 등을 통해 엄혹한 평가를 내놓았다.³⁾ 주요 내용을 살펴보면 “변호사로서의 자격을 평가하기에는 난이도가 낮아 부적합하였으며, 변호사시험의 합격만으로는 변호사로서의 지식과 능력 그 어느 것도 보장될 수 없을 것으로 보이며, 난이도가 낮은데다가 경쟁률(1.13:1)까지 낮아서 법에 대한 기본적인 이해조차 되어 있지 않아 매우 낮은 점수를 낮더라도 변호사시험에 충분히 합격할 수 있는 문제점

2) 올해 상반기 관련 전문가들로 구성된 ‘변호사시험 제도개선위원회’ 구성하고 3월 가동에 들어갔다. 위원회에는 법무부·교육부·법원행정처 실무 담당자 각 1명, 로스쿨 출강 검사 1명, 법학전문대학원협의회(법전협) 추천 로스쿨 교수 3명, 대한변호사협회 추천 변호사 3명 등이 참여하고 있는 것으로 알려져 있다. 머니투데이, “변호사시험 전면 제도개선 착수”, 2018년 4월 3일자 기사(<http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2018040216358239404>) 참조.

3) 나승철, 제1회 변호사시험에 대한 평가보고서, 2012, 3면 이하 참조. 이 보고서는 법조경력 3년 이상의 현직 변호사 6명이 평가위원회를 구성하고 사법연수원 수료예정자 1명, 사법연수원 입소예정자 2명의 도움으로 작성되었으며 2012년 1월 30일 법무부에 제출된 내용을 수정·보완한 것이라고 한다.

이 있다.”, “전체적인 난이도가 변호사로서의 자격을 측정하기에는 현저히 낮아 사법시험 응시생과의 형평성 문제를 야기하며, 기존 법과대학의 교육만으로도 충분하여 법학전문대학원의 존재이유에 의문을 낳고 오히려 경제적 약자들의 법조계 진입을 막는 진입장벽이 된다”고 평하였다. 일부 선택형 문제에 대해서는 법무사시험 문제, 심지어 수능 ‘법과 사회’ 시험 문제 정도의 난이도 밖에 되지 않는 문제들의 출제되었다고 혹평했다.⁴⁾ 사례형과 기록형에 대해서도 사실상 쟁점 및 목차를 알려주어, 쟁점을 찾아내고 이에 대해 논리적으로 서술하는 능력을 평가하는 사례·기록형의 출제목적에 전혀 부합하지 못했으며, 기록형의 경우 사법연수원에 막 입소한 1년차 3월의 과제 수준에도 미치지 못하는 난이도였다고 평가하였다.

이러한 평가는 경쟁률이 높지 않아 합격률이 보장되던 초기에 변호사 배출인원을 두고 로스쿨과 대립각을 세우던 변호사 업계의 일부 변호사들이 참여한 결과물로 사법시험이나 변호사시험의 출제방식과 채점기준 등을 모른 무지의 산물이라고 치부할 수 있으나,⁵⁾ 나름 의미 있는 지적들도 있음을 부정할 수 없다.

이와 달리 일선 로스쿨에서는 변호사시험의 출제과목과 시험문제 및 유형에 대해 대체로 로스쿨의 현실을 도외시하여 교육적으로 순기능보다는 역기능을 초래하고 있다는 평가이다.⁶⁾ 변호사시험 합격과 이후 취업경쟁은 로스쿨 재학생들 간에 감정적이고 소모적이고 기회주의적 경쟁주의의 팽배를 초래하는 원인으로 지목되고 있다.⁷⁾

이 같은 상반된 평가가 존재하는 것은 변호사시험 평가자의 의도, 지위와 주변상황은 물론 법률가와 법률시장을 바라보는 가치관에 기인하는 바가 클 것이다. 그럼에도 불구하고 7회까지 치러진 변호사시험은 지나치게 복잡하고 어려

4) 나승철, 앞의 보고서, 13면.

5) 실제 변호사시험의 해가 합격기준 점수(1660점 만점에 1회의 경우 720.46에서 7회의 경우 889.91)가 상향하고 있다는 점은 결국 이런 주장이 1회 내지 2회 변호사시험에 해당될 과도 기적 주장임을 보여준다.

6) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, “로스쿨 10년의 성과와 개선방향” 보고서, 2018, 2면 이하; 이창현, “변호사시험 형사법 기록형시험에 대한 분석과 개선방안 연구”, 『외법논집』 제40권 제4호, 2016, 325면 이하; 정재황, “변호사시험 공법형의 개선방안”, 세계헌법연구 제21권 제3호, 2015, 11면 이하 등.

7) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 24면.

위 기본적 법률지식을 갖추도록 하는 교육을 통한 법조인 양성이라는 목표에 부합하지 않으며 시험 전과 시험 이후 로스쿨의 내실화를 위해 환류되는 측면이 미약하여 개선이 필요하다는 점을 부인할 수 없다.

2. 지나치게 광범위한 시험범위

주지하다시피 사법시험은 제1차 시험에서 헌법, 민법, 형법의 필수과목과 형사정책, 법철학, 국제법 등 법률선택과목 1과목, 어학선택으로 영어를 선택형으로 실시하였다. 이 중 영어과목은 대체시험제도를 실시하였다. 1차 시험 통과 후 2차 시험에서는 헌법, 행정법 등 7법을 논술형으로 실시하였으며 3차 시험은 면접시험으로 치뤄졌다. 그런데 시험의 일부 면제제도가 있어 전회의 시험 제1차 시험에 합격한 자는 1차 시험의 면제가, 전회의 시험 중 제2차 시험을 면제받지 않고 제3차 시험에 불합격하거나 미응시한 자는 본인의 신청에 따라 1차 시험 또는 1·2차 시험의 면제가 인정되었다. 영어 시험의 경우에도 토익, 토플, 텡스에서 일정 점수 이상을 받으면 2년에 가까운 유효기간이 인정되었다. 이러한 면제 제도로 인해 수험생들은 대체로 동차보다는 다음 해에 2차와 3차 시험을 합격하는 경향이였다.⁸⁾

이와 달리 현행 변호사시험은 4박 5일간(휴식일 1일) 3가지 유형의 시험이 한꺼번에 실시된다. 공법, 민사법, 형사법과 전문적 법률분야를 시험 범위로 하는데, 이는 과거 사법시험 시절 7법이 그대로 담겨 있는 것이다. 통합형을 자처 하면서도 시험과목은 7법을 그대로 답습하였으며 선택형 시험과 시험면제로 인해 다음 해 논술형 시험이 분리되어 있던 사법시험과 달리 선택형, 논술형 중 사례형, 논술형 중 기록형을 하루에 보는 시험 유형은 같은 7법이라도 수험생에게 체감 시험범위를 확대한 것과 동일한 결과를 가져오고 있다. 구체적으로 보면, 형사법의 경우 특별형사법이 대거 출제됨으로써 사법시험보다 실제 출제 범위가 확대되었으며,⁹⁾ 동일한 ‘논술형’의 범주지만 실무능력 평가인 기록형 문

8) 2016년 제58회 사법시험에서 1차 시험 비면제 비율은 20.1%였으며, 2007년 제49회 사법시험에서 1차 시험 비면제 비율은 23%였다.

9) 법무부가 공표한 특별형사법령은 도로교통법, 교통사고처리 특례법, 성폭력범죄의 처벌 등에

제로 인해 수험생이 준비해야 할 범위는 늘어났으며 평가의 수준도 올라갔다고 할 수 있다.¹⁰⁾ 본래 기록형 문제의 도입취지에 비춰본다면 법률실무능력의 검증에 통과하기 위해서는 법률가로서의 문장력은 물론 단순히 법률적인 쟁점에서 벗어나 사실인정, 증거판단 등도 대비하여야 하므로 시험범위는 과거 사법시험 시절 형법과 형사소송법 대비 늘어났다. 통합형으로 인해 새로이 부각된 민사집행법의 중요성도 민사법 과목의 경우 범위를 증가시킨 결과를 가져왔다.

지금까지의 출제경향을 살펴보면 변호사시험 초기 논술형 문제는 실무상 빈발하는 사례 중심으로 출제하며, 기록형 시험은 변호사로서의 실무능력 측정을 위해 필수적인 서식에 한정한다던 방침¹¹⁾은 공허해지고 시험의 횟수가 거듭할수록 수험생이 준비하여야 할 범위만 늘어나는 것처럼 보인다.

3. 복잡하지만 차별성이 사라진 문제 유형

변호사시험에서 선택형 문제를 보는 이유는 기초적인 법률이론과 판례 등에 관한 지식을 보유하고 있는가를 측정하기 위함이며, 사례형을 보는 이유는 주어진 사실관계에 법리를 적용하고 결론을 도출하여 문제를 해결하는 능력을 보기 위함이라고 할 수 있다. 반면 변호사시험에서 기존에 없던 새로운 유형인 기록형은 최소한의 법률실무능력 검증하기 위해 도입의 필요성이 인정되었다고 볼 수 있다.

그런데 근래 변호사시험은 지나치게 장문과 소문으로 문제가 출제되고 있으

관한 특례법, 소년법, 여신전문금융업법, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률, 법원조직법, 검찰청법, 경찰관직무집행법, 즉결심판에 관한 절차법, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률, 소송촉진 등에 관한 특례법과 형사소송규칙은 물론 부정수표 단속법, 부동산등기 특별조치법, 변호사법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 통신비밀보호법 등 21개였다. 사례형의 경우 제1회 변시에서는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률과 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률이 부차적 논점이었으며, 제2회 변시에서는 도로교통법, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 교통사고처리 특례법이 주 쟁점이었다.

10) 서울대 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 13면도 기록형과 관련해 형사특별법과 민사집행법의 중요성이 강조되어 시험범위가 더 늘어났다고 분석했다.

11) 법무부의 변호사시험 문제유형 연구 TF에서 정한 기본방향이라고 한다(박순철, “변호사시험의 출제기준과 방향”, 법무부·한국법학원 심포지엄 자료집, 2011, 14면 이하).

며, 대체로 사례형으로 수렴하는 현상을 보여주고 있다. 형사법의 경우 제7회 변호사시험 선택형에서는 통합형 사례를 포함하여 사례 문제가 30%를 넘었다.¹²⁾ 기록형의 경우에도 주로 사례형 쟁점을 심어 놓은 문제가 출제되었다.

이처럼 사례형으로 수렴할 경우 애초에 선택형과 기록형 유형의 취지, 즉 보유지식을 바탕으로 법률지식을 측정한다는 취지, 기초적이며 기본적인 법률실무 능력을 검증한다는 취지가 몰각되고 오로지 쟁점 위주의 문제해결능력에만 매몰될 수 있다. 형사법의 경우 기록형 문제의 답안 양식에 피고인의 죄책을 미리 적시하여 주고, ‘본론 I, II 부분¹³⁾만 작성하시오’라는 형식으로 이뤄져 있는데, 이는 기록형 시험이 소송 서류를 보고 쟁점을 파악하고 사실인정과 증거 가치를 판단하여 결론을 도출하는 능력을 검증하는 시험이라는 점을 무색하게 만든다.¹⁴⁾ 이미 형사법의 경우 2011년에 치러진 기록형 모의고사 문제에 대해 쟁점이 다소 실무적이라는 점을 제외하고는 대부분 법적 판단이어서 사례형 문제의 쟁점과 크게 차별성이 없다는 지적이 있었으나 법리중심의 문제는 변화가 끌어내기가 쉽지 않다.¹⁵⁾ 민사법의 경우에도 소장 작성요령으로 ‘증명방법과 첨부서류란의 기재는 생략하고 관련 증거자료를 제시하여 기술할 필요는 없다’¹⁶⁾, ‘기재된 사실관계는 모두 진실한 것이며 첨부된 서류는 모두 진정하게 성립된 것으로 간주하라’고 적시하여 동일한 비판이 가능할 것이다. 피고가 여러 명임에도 ‘1건의 공동소송으로 제기한다’는 전제를 두고 사실판단의 문제는 배제된 채 ‘소 각하나 청구기각 부분이 발생하지 않도록’ 작성을 요구하여 소송실무와

12) 40문제 중 비사례형 문제는 27문제로, 사례형 문제는 13문제(이 중 형법과 형사소송법의 통합 사례는 8문제)로 분류할 수 있었다.

13) 예컨대 제7회 변시의 경우 1문의 검토의견서는 I.피고인 김갑동에 대하여 1. 모욕의 점 2. 절도교사의 점, 3. 장물취득의 점 등이며, 2문의 변론요지서는 II.피고인 이을남에 대하여 1. 준특수강도의 점 2. 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동폭행)의 점 3. 야간주거침입절도의 점이었다.

14) 이러한 취지의 비판으로는 김태명, “변호사시험제도의 개선방안 - 형사법 시험내용과 방법을 중심으로-”, 『연세 공공거버넌스와 법』 제3권 제1호, 2012, 71면 이하; 이창현, 앞의 논문, 326면 이하 등.

15) 노수환, “형사기록형 시험의 출제방향에 대한 토론”, 『형사법연구』 제23권, 2011, 456면 이하. 예컨대 제5회 변시 1문의 검토의견서의 경우 사기와 절도, 범인도피 등의 벌리검토 문제로 사례형과의 차이를 찾기 어렵다.

16) 공법형의 경우 이와 달리 입증방법 및 첨부서류를 각각 3개씩을 요구하기도 한다(제7회 변호사시험).

달리 변호인으로서 항변이나 재항변은 배제하고 판결서에 가까운 소장을 요구하는 것은 적절하지 않다.¹⁷⁾ 공법형의 경우에도 위헌법률심판제청신청서나 취소소송 등의 소장 형식을 미리 다 제시해 주고 의뢰인과의 법률상담일지는 물론 법무법인의 내부 회의록을 통해 쟁점을 안내하여 주는 것은 사례형과의 차이점을 더욱 희박하게 만든다.

결국 문제 유형간의 이러한 차별성의 소멸은 결국 기록형의 폐지라는 극단적인 의견¹⁸⁾마저 등장하도록 만들고 있다.

4. 판례 위주의 단순 암기형 문제

종래 사법시험 문제의 폐해로 지적된 것이 판례의 암기를 요구하는 문제가 주를 이루었다는 점이였다. 그런데 제7회 변호사시험을 기준으로 형사법 선택형의 경우 판례 문제라고 볼 수 있는 문항이 전체 40문항 중 형법 13문항, 형사소송법 5문항 등이었다.¹⁹⁾ 그러나 설문에서 “다툼이 있는 경우 판례에 의함”이라는 문구가 빠져 있는 문제는 2문제에 불과했으며, 95%인 38문항의 경우 판례를 기초로 했거나 판례의 결론이 지문으로 포함되어 있었다. 공법의 경우도 판례에 기초하지 않은 문제가 2문에 불과하였으며 민사법의 경우에도 이러한 경향에서 크게 벗어나지 않고 있다. 그런데 최근 한 연구에 따르면 학생들이 주로 선택하는 과목별 수험서에 등장하는 판례의 수가 12,500개 가량이라고 한다.²⁰⁾ 3년간의 로스쿨 정규 교육과정을 수료하면서 이 정도의 판례를 익히는 것이 가능하며 의미 있는 것인가?

제1회 변호사시험에 대한 변호사업계의 평가 중 유의미한 것은 “선택형 시험 문제는 문제해결능력을 묻기보다는 판례의 결론만 암기하면 풀 수 있는 문제가 다수 출제되었다.”는 지적이었다. 지적대로 법조문과 판례의 암기를 사법시험의

17) 유사한 취지로, 천경훈, “변호사시험이 법학전문대학원 교육에 미치는 영향”, 『상사법연구』 제36권 제1호, 2017, 253면.

18) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 19면.

19) 이론적인 지문이 들어있거나 사례형 문제로 종합적 사고와 판단이 들어 있어 판례와 이론, 판례와 사례가 결합된 경우에는 판례형 문제에서 제외하였다.

20) 천경훈, 앞의 논문, 248면.

폐해라고 여겨 왔으나 변호사시험에서도 이러한 한계가 극복되지 못한 것은 뼈아픈 지적이라고 하지 않을 수 없다.

4차 산업혁명 시대, 인공지능 변호사가 등장하는 시점에 아무리 선택형 시험 유형이 보유지식을 측정하는 것임을 감안하더라도, 중요하고 기본적인 판례를 벗어나 일반적인 교과서에도 등장하지 않는 지엽적인 판례들까지 포함하면서도 대부분 판례의 결론을 암기하면 풀 수 있는 문제로 출제를 하는 것은 바람직하지 않다. 판례의 논리구조와 결론을 분석할 수 있는 종합적 문제가 아닌 판례의 단순 결과만으로 문제를 풀 경우 수험생들의 ‘소거법’과 결합할 경우 판례학습의 취지는 더욱 반감될 수밖에 없다. 판례 암기 위주의 학습편향은 학생들에게 심지어 복잡하고 다양한 관점의 판례 분석이 수험대비에 혼란을 초래하며 부담을 가중한다는 생각을 심어주고 있다.

사례형에서도 수험생의 요행을 우려하여 하나의 판례를 심층적으로 묻는 것이 아니라 여러 쟁점을 결합하다보니, 중요도가 높은 편장 위주로 판례에 근거한 문제들이 끊이지 않고 있다.²¹⁾ 기록형에서도 동일한 지적이 가능하다. 판례를 기초로 사례나 기록을 구성하였으므로 판례의 요지를 묻거나 판례에 기반한 답안의 작성을 요구하고 있다. 이러한 유형이 지속되다보면 판례를 무비판적으로 수용하게 되어 복잡다기한 분쟁을 전문적이면서도 ‘창의적으로’ 해결하는 능력이 결여된 법률가가 될 우려를 지울 수 없다.

5. 인위적이고 부자연스러운 통합형

변호사시험은 사법시험과 달리 통합형을 문제의 기본형태로 하고 있다. 변호사시험의 출제 기준에 의하면 각 분야간 유기적 문제해결 능력의 측정을 위해 통합형 문제유형의 도입이 결정되었다.²²⁾ 그로 인해 선택형의 경우 과목별로

21) 2017년 제6회 변호사시험 1문의 경우 공사대금리베이트와 관련된 업무상 횡령죄의 쟁점에서 크게 갑, 을, 병, 정의 죄책이 문제되었는데, 이들의 죄책을 크게 8개의 쟁점으로 분류할 경우 이들 쟁점 모두 판례에 기반한 문제라고 해도 과언이 아니며, 특히 업무상 횡령죄와의 경우 2015년 12월 판례(대판 2015.12.10., 2013도13444)를 기초로 하였으며, 정의 유기치사죄(살인죄)의 죄책과 관련해서도 2015년 11월의 판례(대판 2015.11.12., 2015도6809 전합)를 그대로 냈다고 할 수 있다.

20%±5%, 사례형의 경우 1문 정도(형사법은 2문)의 통합형 출제가 요구된다.

형사법의 경우 타 과목에 비해 통합형이 비교적 자연스러운 편이다. 그럼에도 불구하고 통합형이 25% 가량 출제되는 선택형의 경우, 반대의 경우도 있지만 대체로 형법 문제의 사실관계에 형사소송법상의 절차적 쟁점이 결합되다 보니 정답은 구성하기 쉬운 형사소송법 부분에 집중되는 경우도 엿보인다.²³⁾ 사례나 기록형의 경우에도 위법수집증거가 문제되어야 하나 실제 사건에서 발생하는 사례는 많지 않으며, 비록 인정된다고 하더라도 문제에서는 증거분리가 인정됨에도 증거능력이 없는 증거를 증거조사가 이루어졌다고 전제하거나, 형법의 중요 판례와 형사소송법의 중요 판례를 결합시킴으로 인해 발생 가능성이 희박한 사례가 등장하기도 한다.

통합형의 출제의 의무감이나 강박감이 어색하고 현실성이 떨어지는 문제의 출제를 야기하고 있는 것이다. 반면 형법총론 부분에서 형법의 해석이나 죄형법정주의와 관련하여 매우 중요한 쟁점임에도 불구하고 통합형으로 출제될 수 없는 영역은 문제에서 배제될 수밖에 없다. 이로 인해 초기 변호사시험 문제유형 결정 단계에서 통합형 문제와 형법과 형사소송법의 개별 문제로 실시하자는 의견²⁴⁾도 있었다.

공법형의 경우에도 헌법과 행정법이 통합된 기록형의 출제가 요구되고 있으나, 사례형으로 물을 수 있는 사실관계를 공문 등으로 가공한 정도에 그치고 그것도 의뢰인 상담일지 등을 통해 쟁점을 일일이 제시해 주어 동일한 문제점이 지적되고 있다.²⁵⁾ 예컨대 헌법은 최근 민사법이나 형사법 등 헌법적 적용을 판단하는 사정이 늘어나고 있으나, 수험생들 사이에는 “행정법 허가가 어찌하였는데 직업의 자유라는 헌법상 기본권 침해 여부 문제가 발생하면 위헌제청신청하면 되는 바 위헌제청신청의 적법요건을 재판 전제성, 법률일 것, 행정소송의 대상으로서 처분성 등을 알아두면 기본점수는 받는다. 그러니 3학년 2학기에

22) 박순철, 앞의 글, 14면.

23) 예컨대 제6회 변호사시험 1책형 29번 문항이나 32번 문항이다.

24) 근래에도 공법 기록형의 경우, 헌법과 행정법이 각각 절차법을 포함하고 있어 헌법 내, 행정법 내에서 통합형을 출제할 수 있다는 의견이 있다(정재황, 앞의 논문, 16면).

25) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 18면.

몰아서 공부하면 된다”는 이상한 기류까지 없지 않은데, 이는 헌법과 행정법이 어색하게 결합되어 출제되나 보니 위와 같이 한정될 수 있는 유형의 문제가 주로 출제될 수 있기 때문이다.²⁶⁾

6. 지나치게 긴 지문과 쪼개진 소문

판례에 경도된 시험문제는 지문의 글자 수를 늘이는 현상을 가져왔다. 형사법 선택형의 경우 2012년 9.8면 정도, 2013년 11면, 2014년 11.4면 정도, 2015년 10면, 2016년 10.5면 정도, 2017년 10.6면 정도, 2018년 11면 정도로 변화의 추이를 보였다. 10면이 채 안 되는 1회 변시의 분량이 적정하였으나 2회와 3회를 거치면서 늘어났다가 글자 수가 지나치게 늘어났다는 이런저런 지적에 4회부터 10면 정도로 줄었다가 7회까지 다시 늘고 있다. 가장 분량이 많았던 2014년의 경우 글자 수는 28,312자로 원고지로는 160매 정도였다. 최근 치러진 제7회 변호사시험에서는 단순한 지식측정형 문제²⁷⁾임에도 원고지 900자에 이르고 있다.

아울러 사실관계의 부가를 통해 외관상 융합된 형태로 보이게 만든 부자연스러운 통합형 문제는 과목별로 지나치게 세세한 소문제의 형식을 가져왔다. 그런데 이는 정상적인 수험생이 답안을 작성하는 시간만 고려했을 때 시험시간 내에 작성을 완료하는 것이 가능한 것인지 의문이 들게 만든다. 사례형 문제를 살펴보면 형사법의 경우 크게 1문과 2문으로 구성되어 2문제가 출제되나 소문이 잘게 쪼개져 실제 문항수가 10여 개에 달하고 있다. 이런 경향은 다른 과목의 경우에도 동일하여 본래 문제는 공법 2문, 형사법 2문, 민사법 3문으로 7문에 불과하지만 매년 시행된 소문항의 숫자를 보면 2012년 37개, 2013년 36개, 2014년 39개, 2015년 41개, 2016년 48개, 2017년 41개, 2018년 37개에 이르렀다. 대체적으로 보면 사례형의 경우 2016년 6회 변시까지 문제수가 계속 늘어나다 최근 7회와 8회 들어 문항 수가 줄어들면서 고정되는 모습을 보이고 있

26) 정재황, 앞의 논문, 11면.

27) 6면 문항으로 “부작위에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?”을 묻은 문제였는데, 이는 법무부가 초기 밝힌 문항당 560자를 훨씬 넘긴 분량이다.

다. 이 중 민사법의 경우 2012년 15개, 2013년 17개, 2014년 19개, 2015년 20개, 2016년 25개, 2017년 21개, 2018년 17개로 출제되었으며 1회 변시 대비 문항수가 많아졌다는 지적에 따라 2017년부터 다시 줄어들고 있다. 형사법의 경우 2012년 8개, 2013년 9개, 2014년 11개, 2015년 12개, 2016년 10개, 2017년 10개, 2018년 10개로 변화였다. 이 같은 소문의 확대는 결과적으로 사례형의 지문도 지나치게 길게 만들었다.²⁸⁾

소문은 쟁점을 제시하여 수험생으로 하여금 답안지 작성에 대한 부담을 덜 느끼게 할 수도 있다. 그러나 지나치게 많은 소문은 오히려 답안작성시간과 분량 배분을 어렵게 만들 가능성이 크다. 2016년 6회 변호사 시험의 경우 소문이 무려 48개로 민사법 25개와 형사법 10개였다. 수험생들 사이에 출제자가 써도 완벽한 답안지는 시간 내에 작성이 불가능하며 어차피 표준점수로 돌리면 수험생들 간에는 큰 차이가 없다는 풍문이 그냥 나오는 것이 아니다.

7. 평가 의미를 상실한 전문적 법률분야 과목의 시험

현재 변호사시험에는 전문적 법률분야(이하 ‘선택법’이라 칭함)라는 명칭 하에 국제법, 국제거래법, 노동법, 조세법, 지적재산권법, 경제법, 환경법의 과목명으로 2시간 동안 치러지는 사례형 시험이 포함되어 있다.

예초 선택법 과목을 시험유형에 포함시킨 것은 사법시험 시절 1차 시험과목의 효용성과 객관식 시험의 한계를 해결하고자 대체로 기존의 과목군을 유지한 채 시험범위와 문제유형을 조정한 것을 추측된다. 물론 선택법 과목 실시의 이상적 목적과 목표는 재학기간 중 전문법 분야의 다양하고 심화된 교과목의 수강을 통해 글로벌 시대에 변화하는 시대적 요구에 부응할 수 있는 법조인의 양성이라고 할 수 있으나, 전문적 법률분야를 포함한 로스쿨 선택과목들의 담당교수는 항상 폐강을 두려워해야 하는 것이 현실이다.

전문적 법률분야를 포함한 선택과목에 대한 로스쿨에서의 자화상은 재학생들이 1학년 때부터 관심을 가지고 교과목을 접근하는 것이 아니라, 수강정원이

28) 형사법 사례의 경우 변시 1회 2,148자에서 6회에는 3,045자로 늘어났다. 과목별 구체적인 분석은 천경훈, 앞의 논문, 244면 이하 참조.

적어 학점취득에 유리한 과목 위주로 수강을 하고 선택법 과목을 수강하지 않은 채 3학년에 와서 학원강의를 들으며 벼락치기 식으로 공부하여 면과하는 상황이다.²⁹⁾ 그리고 선택법 과목을 선택하는 기준은 각 로스쿨의 특성화 분야나 재학생들의 개인적 관심이 반영되는 것이 아니라 학습범위가 좁거나 문제유형이 정형화되어 있어 최소한의 노력으로 시험을 합격할 수 있는가라는 ‘준비의 용이성과 효율성’이 기준이 되고 있다.

각 로스쿨마다 국제거래법과 환경법이 가장 많은 비율을 차지하고 있으며 수험생들이 이들 과목을 선택하는 비중은 늘고 있는 반면, 조세법이나 국제법이 거의 선택을 받지 못하는 것은 로스쿨별로 수험생들이 ‘대세를 거르지 말자’는 묵시적 공감대가 형성되어 있기 때문으로 보인다.³⁰⁾ 국제거래법과 환경법이 65%에 이르는 반면 지적재산권법과 조세법은 3%에 그치고 있다. 법무부가 홈페이지에 공개한 제7회 변호사시험 통계를 보면 다음과 같다.

구 분	전 체	국제 거래	환경	노동	경제	국제	지적 재산권	조세
응 시 자	3,240	1,404	695	415	309	241	95	81
합 격 자	1,599	636	353	237	173	113	39	48

일부 과목의 이 같은 편중현상은 선택법 과목이 향후 법률실무에서 얼마나 활용될 수 것인가라는 문제를 차치하더라도 교육을 통한 법조인의 양성이라는 이상과는 너무나 괴리가 크다. 실제 일부 로스쿨의 경우 시험의 합격을 위해서는 필수라고 할 수 있는 지적재산권법 ‘연습’마저 폐강이 되며 타 로스쿨에 비해 개설율이 매우 높음에도 불구하고 수강인원이 4명 이하의 경우가 50%에 가깝다는 현실³¹⁾은 전문적 법률과목의 운영도 결국 변호사시험의 합격률에 종속

29) 이 점은 여러 글에서 지적되고 있다. 특히 임성권/이미현, “변호사시험 선택과목의 적정성”, 인하대학교 『법학연구』 제18집 제3호, 2015, 135면 이하 참조.

30) 소수 인원 학교인 인하대 추세를 보면 2012년 1차 모의고사의 경우 국제거래법(17명), 지적재산권법(12명), 노동법(11명) 순이었으나 2015년 1차의 경우 국제거래법(30명), 노동법(14명), 환경법(7명) 순이었으며, 지적재산권법은 1명에 불과했다(임성권/이미현, 앞의 논문, 133면). 여타 로스쿨에도 비슷한 상황이다.

31) 임성권/이미현, 앞의 논문, 124면 이하에서 심층적으로 분석하고 있다. 이러한 분석 결과는

되어 있음을 보여주고 있다.

Ⅲ. 변호사시험의 개선 방안

1. 전제 상황

로스쿨은 그동안 우리 법학교육과 법조인 배출시스템에서 문제시되던 법학교육과 법조인선발제도의 유리 및 괴리, 실무와 단절된 수입이론 중심의 강단법학, 결과적으로 법과대학생을 학원가로 내몰고 고시낭인을 양산하던 현실의 개선을 목표로 하였다. 그리고 2012년 드디어 3년의 정규 교육과정을 마친 졸업생들이 제1회 변호사시험에 응시하였으며, 2018년 7기 입학생들이 제7회 변호사시험을 치렀다. 변호사시험이 과연 로스쿨 도입의 목표와 취지를 실현하고 있는가? 로스쿨 교육에 바람직한 방향으로 발전하고 있는가?

여기서 의미를 두어야 할 사건이 발생하였다. 제1회 변호사시험이 치러진 이후 2개의 법원 판결로 인해 로스쿨을 둘러싼 상황에 중대한 변화가 있었기 때문이다. 헌법재판소는 2015년 6월 변호사시험 성적 비공개를 규정한 변호사시험법 제18조 제1항에 대해 입법목적의 정당성은 인정하면서도 위헌임을 선언하였다.³²⁾ 2018년에 3월에는 서울고등법원이 로스쿨별 합격률 정보에 대한 정보공개거부처분취소에서 정보공개를 결정하였다.³³⁾

변호사시험의 성적 비공개 내지 합격률 비공개의 취지는 성적 서열화에 따른 사법시험의 병폐를 극복하고 로스쿨 간의 과다경쟁 및 서열화를 막으며, 로스쿨의 교육과정이 충실하게 이행될 수 있도록 하여 다양한 분야에서 전문성을 갖춘 양질의 법조인력을 양성하기 위한 것이었다. 반면 변호사시험 성적의 공개나 로스쿨별 합격률 공개 측의 주장은 변호사시험 성적의 비공개로써 법학전문대학원의 서열화를 더욱 고착화하고 있는 것이 현실이며, 오히려 변호사시험 성적

입학정원이 100명을 넘어서지 않는 대학의 경우 대체로 유사한 모습을 보일 것이다.

32) 헌법재판소 2015. 6. 25. 선고 2011헌마769 결정 등.

33) 서울행정법원 2017. 11. 2. 선고 2017구합70342 판결.

공개가 법학전문대학원 서열화 내지 그 고착현상을 깨는데 기여할 것으로 보인다는 것이었다.

그런데 구체적으로 논거들을 살펴보면, 우선 사법시험이 2012년부터 2016년까지 대학별 합격자 통계를 공개한 것을 변호사시험 합격률 공개의 근거로 삼은 것은 변호사시험이 사법시험의 병폐를 극복하기 위해 도입되었다는 기본적인 전제조차 무시한 주장이다. 변호사시험 성적의 비공개로 합격자의 능력을 평가할 수 있는 객관적 자료가 없어 오히려 대학의 서열에 따라 평가할 수밖에 없으며 합격 후 변호사 채용 과정에서 학교성적이 가장 비중 있는 요소가 되어 다수의 학생들이 학점 세탁을 하고 로스쿨별 특성화 교육이 제대로 시행되지 않는다는 주장도 로스쿨의 현실을 모르는 공허한 주장에 불과하다. 로스쿨은 6년째 이미 엄정한 상대평가를 시행해 오고 있으며, 법무법인 등 고용시장에서의 채용시스템을 살펴보면 채용예정자를 단순히 학점만으로 평가하는 것이 아니라 구술면접 등 객관적이면서도 다양한 선발기법을 활용하고 있다. 검찰이나 법원만 하더라도 신규 임용시 3학년 2학기에 복잡한 별도 전형을 통해 선발하고 변호사시험의 성적은 P/F로만 반영하고 있다. 아울러 선택법 과목이나 특성화 과목 등 로스쿨의 일부 교육과정이 제대로 이행되지 않는 이유는 1기 졸업생 이후 지속적으로 하락한 변호사시험의 합격률이 가장 근본적 원인이다. 로스쿨들도 재학생들이 어떤 과목이 취약한지 파악하게 되어 교육에 도움이 된다는 주장도 이미 법학전문대학원 협의회 의 모의고사 등을 통해 실행되고 있는 상황에서 궁색한 지적이라고 하겠다.

변호사시험 성적의 공개나 로스쿨별 합격률의 공개는 로스쿨 교육 정상화의 핵심이 아니다.³⁴⁾ 그보다는 변호사시험에서의 합격률의 차이는 이미 기존의 수능성적에 따라 공고히 이뤄진 로스쿨의 서열에 따른 결과³⁵⁾임을 파악하고, 그

34) 이미 수도권 로스쿨부터 합격자가 차곡차곡 채워지는 기울어진 운동장인 상황에서 비수도권 로스쿨이 지역인재 전형 등으로 고전하고 있는 상황을 외면하는 것은 구조적 문제는 외면한 편면적·단편적 고찰에 불과하다.

35) 법학전문대학원협회의 비공개 자료에 따르면 수도권 소재 로스쿨과 비수도권 소재 로스쿨의 입학자의 LEET 성적, 출신대학에 실질적인 차이가 있으며, 비수도권 대학의 지역균형 선발자와 특별전형 입학자의 변호사시험 합격률까지 보면 비수도권 로스쿨의 낮은 합격률은 처음부터 '기울어진 운동장'에서 경기를 하기 때문이라고 해도 과언이 아니다.

러한 상황에서 변호사시험이 교육을 통한 법조인 선발이라는 최종 목표를 달성하는데 어떻게 기여할 것인가가 판단의 핵심이라고 할 것이다. 변호사시험은 로스쿨에서의 교육의 결과물이며 전체 25개 로스쿨의 내실화와 선진화를 결정짓는다. 그리고 로스쿨의 도입을 통해 목표로 삼은 교육이념은 ‘국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의를 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성’이다. 따라서 어떠한 경우에도 교육을 통한 법조인의 양성과 자격시험이라는 본질을 살려야 하며, ‘변시의 사시화’를 초래해서는 안 된다.³⁶⁾ 주지하다시피 우리의 로스쿨은 미국과도 다르며 일본의 로스쿨 체제와도 다르다. 그리고 로스쿨의 시작은 법학교육의 황폐화에 있었다. 그럼에도 불구하고 일본의 변호사 배출 숫자 제한을 근거로 우리나라도 변호사 시험의 합격률을 50%대로 방치하자는 것은 이미 막대한 정부지원³⁷⁾에도 불구하고 신사법시험의 병존으로 인해 실패로 귀결되고 있는 로스쿨을 답습하자는 것으로,³⁸⁾ 로스쿨을 소수 기득권층의 배출통로로 변질시켜 결과적으로는 교육을 통한 법조인의 양성을 포기하는 것과 같다. 선진적 법학교육은 선진적 변호사시험을 통해서 완성된다는 점을 잊어서는 안 된다.

아래에서는 변호사시험이 애초의 목표와 취지를 달성하기 위해 개선되어야 할 점들을 구체적으로 살펴보기로 한다.

- 36) 평면적 비교는 어렵지만, 전문대학원 체제를 취하면서 자격시험을 두고 있는 지역의 경우 의사 93.8%, 치과 의사 97.9%, 한의사 94.2%의 합격률을 보임에도 이들의 질적 저하나 자격 시비에 대한 논쟁은 크게 없다.
- 37) 일본의 경우 로스쿨 도입초기인 2006년도 기준 국립 대학 법인 운영비 교부금은 물론 사립 로스쿨의 경상비 보조 및 학생에 대한 장학금 지원, 교육추진 프로그램 등에 193억엔을 지원하였다(文部科学省, 法科大学院への財政支援(平成18年度予算)(http://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/houka/04012301.htm, 2018년 10월 1일 접속).
- 38) 일본의 경우 역설적이게도 변호사 배출 규모를 증원해야 한다는 주장의 논거로 아시아의 인접국으로 경제규모가 1/3에도 불구하고 한국의 변호사 배출 수가 과거 사법시험 시절 대비 대폭 늘어났다는 점을 근거로 내세운다(일본 법무성 게재자료, 로스쿨과 법曹의 未来を創る会代表理事名の「司法試験の合格者決定についての要請」 참조). 일본의 법과대학원제도가 낮은 합격률과 사법시험을 의식한 커리큘럼으로 인해 당초 이념이 후퇴하고 있다는 지적으로는 箱井崇史, “日本における法科大学院制度の12年”, 『法學論叢』 제23권 제2호, 2016, 30面 이하.

2. 시험유형별 고유의 기능과 취지 회복

변호사시험의 시험문제를 개선함에 있어 첫 단계는 시험유형별 고유의 기능과 취지를 회복하는 것이다. 변호사시험은 새로운 교육시스템을 반영할 수 있도록 사법시험과 다른 새로운 문제유형의 개발과 연구를 통해 차별화된 포맷이 제시되었다. 그런데 이러한 근본적이면서도 중요한 목표와 달리 과목에 따라 다소 차이는 있겠으나, 최근에 선택형, 사례형, 기록형 구분할 것 없이 법리 중심의 사례형 문제로 수렴하고 있다. 그러나 이 같은 변화는 애초 변호사시험을 선택형과 논술형(사례형/기록형)으로 구분한 취지를 몰각시키는 것이다.

이러한 문제점을 해결하기 위해 다양한 방안이 있을 수 있으나 현실적인 방안으로는 우선 선택형 과목에서 통합 사례형³⁹⁾을 삭제하는 방안을 검토할 수 있다. 이미 사례형에서 형법과 형사소송법이 결합된 유형을 심층적으로 평가하므로 1문제당 100여초가 주어지는 선택형에서 통합 사례를 출제할 필요는 없다. 형사법의 경우 통합 사례가 8문제 정도에 해당되나 전체적으로 문항 수의 조절이 이루어진다면 선택형 40문제 중, 각각의 과목에서 실무관련성이 높으면서도 이론적으로 중요한 문제의 비중을 늘려 수험생의 지식을 측정할 수 있을 것이다.

그리고 사례형 문제는 실제 빈발하면서도 다양한 이론의 적용가능성을 물을 수 있는 문제들로 대체하여 본질적인 분야에 집중해야 할 것이며, 소문으로 쪼개어 개별 법리와 적용 결과만을 묻거나 판례의 논거와 결론을 묻는 문제는 지양해야 할 것이다. 그렇다면 현재 부속법령 21개 중 변호사법, 부정수표단속법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률, 부동산등기 특별조치법 등의 경우처럼 특수분야의 개별법리나 판례가 중심이 되거나 특수영역의 의무이행을 담보로 하여 형법의 개별 구성요건과의 관련성이 떨어지고 실무상 빈발 가능성이 낮은 법령들을 제외하여⁴⁰⁾ 로스쿨 재학 중 집중해서 준비할 수 있도록 범위

39) 7회 변시 37번 문제의 경우 “甲이 공무원 乙에게 뇌물 4,000만 원을 제공하였다는 범죄사실로 甲과 乙이 함께 공소제기되어 공동피고인으로 재판을 받으면서 甲은 자백하나, 乙은 뇌물을 받은 사실이 없다고 주장하며 다투고 있다. 이에 관한 설명 중 옳지 않은 것은?”이라고 출제되었으나 이는 사례형으로의 출제가 더욱 바람직하다고 생각된다.

40) 전지연, “변호사시험의 바람직한 방향 : 형사법”, 변호사시험의 바람직한 방향 토론회 자료

를 줄이는 것이 필요하다.

아울러 사례형과 구분되는 기록형 시험의 고유한 기능과 취지를 살리기 위해서는 단순히 법리 판단으로 결론이 도출되는 사건들만 출제되어서는 안 된다. 법률가가 갖추어야 할 실무능력이 법률을 바르게 해석하고 적용하며, 논리적으로 사고하여 합리적으로 추론하며, 분석력과 분별력을 바탕으로 종합적으로 판단하며, 증거의 가치를 판단하여 취사선택할 수 있고 정확한 사실인정능력을 가져야 하며, 이러한 법적 문제에 대한 자신의 주장을 표현할 수 있는 문장력을 가지는 것이려면,⁴¹⁾ 기록형 문제는 단순한 법리 문제에서 그치지 않고 사실관계의 다툼으로 최소한 피고인의 일부 무죄가 가능한 사건 내지 공소장 변경이 가능한 사건 등에서 출제될 필요가 있다.

이러한 관점에서 본다면 공법 기록형의 경우 존속 필요성을 검토하여야 한다. 인위적으로 행정법의 열개에 헌법적 쟁점을 부가하는 형식으로 출제되다 보니 출제범위나 형식이 정해져 있으며, 결과적으로 수험생들 사이에서는 사례형을 기록형으로 전환시켜 놓은 것에 불과해 기록형을 특별히 준비할 필요가 없다는 의견이 우세하다. 헌법소송은 행정법적 문제에만 기반하는 것이 아니며 향후 헌법소송은 실무 진출 이후에 민형사사건에 대한 실무능력이 향상된 이후 자연스레 훈련하더라도 기록형시험을 둔 취지에 반하지 않을 것이다. 그렇다면 공법기록형을 폐지하되 공법 기록형의 배점 100점은 형사법 기록형과 민사법 기록형에 배분하거나, 공법 사례형에 50점 가량의 배점을 추가하는 방안⁴²⁾이 있을 수 있겠으나, 기록형 시험의 취지와 공법 사례형이 타 과목과 비중을 달리할 필요가 적다는 점에서 전자가 타당하다고 생각된다. 사례형 문제를 조금 변형하여 기록형에 낼 것이 아니라 공법 선택형의 사례문제와 차별되는 헌법과 행정법의 진정한 사례형을 개발하는 것이 요구된다.

한편 각 문제유형별로 제 기능을 발휘하고 이후 수험생들에게 교육적 효과를

집, 법학전문대학원협의회, 2014, 100면은 선택형 범위에서 형사특별법을 제외하자고 한다. 김태명 교수도 앞의 논문, 50면에서 도로교통법과 여신전문금융업법, 통신비밀보호법도 제외 대상으로 언급하고 있으나, 이는 교통법과 특가법, 형법 및 형사소송법과의 관계를 고려할 때 준치시키는 것이 타당하다고 하겠다.

41) 임성권·이미현, 앞의 논문, 119면.

42) 서울대 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 19면.

가져다 주기 위해서는 사례형 문제와 기록형 문제의 경우 채점 가이드라인의 공개가 필요하다. 현재는 몇몇 로스쿨 교수들의 개인적 저작물에 기출문제가 풀이되고 있는 반면, 수험가에서는 매년 다양한 기출문제 풀이집이 등장하고 있다. 그러나 교수들의 문제 풀이는 지나치게 상세하며 교수 개인의 답안 작성법이 강하게 표출되어 있으며, 수험가의 기출 풀이집은 변호사시험 채점을 한번이라도 경험해 본 사람이라면 수용하기 어려운 답안작성 형식을 보이고 있다. 합격률 저하로 번시 재수생이 늘고 로스쿨이 의미 없이 비용만 지불하는 또 다른 사교육시장을 양산해내지 않기 위해서는 기술적 어려움이 있을 수 있으나 법무부 또는 법학전문대학원협의회 차원의 변호사시험 채점기준의 공개가 이뤄져야 할 것이다.

3. 문항수 축소 및 지문의 단순화

변호사시험의 복잡한 유형에 대해 의문을 제기하는 견해들이 있다. 특히 선택형 문제에 근본적 의문을 제기하는 견해⁴³⁾가 있다. 즉 선택형은 암기를 강요하는 시험유형이며, 필연적으로 지엽적인 문제를 출제하게 되는 경향이 있으며, 선택형, 사례형, 기록형 등 다양한 형태의 시험이 수험생에 대하여 필요 이상의 부담을 가중시킬 수 있다는 점을 들어 폐지를 주장한다. 비슷한 맥락에서 사실상 실무능력 함양의 의미가 별로 없는 공법 기록형 시험의 폐지를 검토해야 한다는 견해⁴⁴⁾도 있다.

그런데 법학전문대학원 협의회가 실시한 설문조사 결과에 의하면 선택형 문제를 폐지해야 한다는 의견은 교수 26%, 학생 19%에 불과하다.⁴⁵⁾ 아마도 교수들의 경우 선택형 문제의 차별성 부각 실패를 이유로 폐지를 주장하나, 학생들은 선택형에서 다른 시험 유형의 부족한 점수를 만회하려는 의도가 있기 때문으로 추측된다. 이러한 현실에서 선택형 문제의 문항 수 축소나 폐지를 결정

43) 정재황 교수의 “변호사시험 공법형의 개선방안” 발표문에 대한 서울시립대 김대환 교수의 토론 내용이다(법학전문대학원협의회, 변호사시험의 바람직한 방향 토론회 자료집, 2014, 35면 이하).

44) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 19면.

45) 정재황, 앞의 글, 13면에서 재인용.

하기란 쉽지 않다. 그보다는 선택형이 수험생이 알고 있는 기반지식을 측정하는 유형으로 본래의 목적을 충실히 수행할 수 있도록 통합형 사례를 배제하여 유형을 단순화하는 방법이 대안이 될 수 있다.⁴⁶⁾ 형사법의 경우 형법이 18문항 내외, 형사소송법이 12문항 내외, 형법과 형사소송법의 통합 문제가 10문항 내외로 출제되고 있으나, 이 중 형법과 형사소송법의 통합 문제 중 사례형 문제와 사례형의 소쟁점이나 기록형으로 출제하는 것이 오히려 바람직한 형사소송법의 문제를 제외함이 바람직하다. 이 경우 반드시 수반되어야 할 사항은 지문을 단순화하고 시험 지문의 길이를 축소하는 것이다. 하나의 보기에 대해 다른 보기를 연결하는 수준을 넘어 보기2와 보기3까지 제시하여, 보기1-보기2-보기3의 지문을 서로 연결짓도록 하는 문제⁴⁷⁾와 같이, 문제 내용은 쉽지만 문제 형식이 어려운 경우와 같은 문제들은 단순화하여야 한다. 문제당 1분에서 3분씩 배정되어 있다는 점에서 문제 내용의 난이도는 높지 않으면서 형식만 꼬여 있고 복잡하여 3분을 투입해야 되는 문제의 출제는 지양해야 한다. 가장 지문이 길었던 2014년 형사법 객관식 시험문제의 총 글자수는 28,312자로 이는 원고지 160매 정도이며 통상 교과서 1면이 원고지 5매로 이뤄진다고 보면 70분에 교과서 30면을 읽는 것과 같다.⁴⁸⁾ 이 정도 수준은 완벽한 이해와 분석보다는 사법시험 시절 속독시험을 초래한 문제와 별반 차이가 없다. 지문의 길이를 줄여 번잡하지 않게 해야 한다.

사례형의 경우 형사법은 타 과목과 달리 통합형 2문제가 1문과 2문으로 출제되나, 소문이 잘게 쪼개져 실제 문항수가 10여개를 넘고 있다. 이런 경향은 사법시험에서 소문으로 문던 경향이 통합형 문제 이후에도 유지된 것으로 보이니 심도 있는 문제해결능력 검증을 위해서는 바람직하지 않다. 실제 수험생의 답안지를 보면 시험시간 60분 100점 만점에 136행의 90% 정도 수준으로 작성한다. 이 경우 배점이 10점인 네 번째나 다섯 번째 소문의 경우 5분여의 시간에

46) 법무부는 이 글이 발표된 이후인 11월 28일 14차 변호사시험 관리위원회를 열고, 법학전문대학원 교육 정상화의 토대를 마련하기 위해 선택형 시험 과목을 헌법, 민법, 형법의 3과목으로 축소하는 방안을 추진하기로 결정하였다.

47) 예컨대 원인에 있어 자유로운 행위의 가벌성의 근거를 물으면서 그 주장의 내용을 보기2에 제시하고, 그에 대한 비판을 보기3에 연결지어 놓은 문제유형이다(제3회 변시 17번 문항).

48) 오영근, “변호사시험의 바람직한 출제방향”, 『로스쿨窓』, 법학전문대학원협의회, 2014, 4면.

12행 내외의 답안을 작성해야 하는데, 여기서 문제의 쟁점과 결론을 빼면 8행 정도로 심도 있는 답안을 작성하기에는 빠듯하다고 생각된다. 그런데 번잡할 정도로 많은 문항 수는 다른 과목의 경우에도 동일하게 나타났다. 민사법의 경우 특히 심했던 2016년의 경우 사례형의 문항수가 25개에 이르렀다. 생각건대 민사법의 과목 수와 배점을 고려하더라도 20여개를 넘는 소문으로 부자연스럽고 인위적으로 통합하여 출제하기 보다는 문항 수를 줄이고 추가적인 사실관계의 부가를 줄여, 하나의 사실관계 내에서 소문을 출제하는 것을 원칙으로 하여야 할 것이다. 그 결과 200점 만점인 형사법과 공법의 경우 소문을 8개, 배점이 1.75배인 민사법의 경우 15개 이내로 제한할 필요가 있다. 문항의 수를 줄여 번잡하고 난해한 문제에서 벗어나 보다 깊이 있는 질문으로, 속기 경쟁이 아니라 충분하게 생각한 후에 심도 있는 답안을 작성하도록 유도할 필요가 있는 것이다.

민사 기록형의 경우에도 그나마 청구취지와 요건사실 기재를 통해 기록형 고유의 의미를 유지하고 있다고 평가되지만 통합형으로 인해 인위적으로 쟁점이 과다하게 삽입된 ‘인위적 쟁점 과다형’은 시간 내에 작성이 어렵게 출제되는 문제점이 있다.⁴⁹⁾ 따라서 민사 기록형의 경우에도 과거 사법시험처럼 수많은 논점을 많이 쓰도록 요구하는 방향을 지양하고 실제 발생하는 사례를 중심으로 단순화되 중요 쟁점을 충분히 작성하도록 하여 3년간의 로스쿨 교육과정을 충실히 이수하지 못한 자를 걸러내는 형태가 되어야 할 것이다.

4. 판례 문제의 축소와 출제 범위 한정

판례 문제가 모든 시험 유형을 도배하게 된 현상이 발생한 데에는 매년 수험가를 통해 제기되는 사법시험과 변호사시험의 출제 오류에 대한 이익과 행정소송의 증가가 자리 잡고 있음을 부정할 수 없다.⁵⁰⁾ 형사법의 경우 형사소송법상 기본적인 문제라고 할 수 있는 공소장 변경의 필요성에 대해 선택형 지문으로 “단독정범으로 기소된 것을 공동정범으로 인정하는 경우 공소장 변경을 요

49) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 18면.

50) 같은 취지로, 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 15면 이하.

하지 않는다”는 보기⁵¹⁾가 출제될 경우 출제의 시비에 휘말릴 수밖에 없다. 이 경우 학설은 이론(異論)의 가능성을 배제할 수 없으며, 판례의 기준은 ‘피고인에게 불의의 타격을 중 방어권의 행사에 실질적 불이익을 줄 우려가 있느냐’인데 이런 식의 이의제기를 우려할 경우 판례의 판결 이유를 그대로 옮긴 판례 문제가 출제될 수밖에 없는 것이다. 그렇지만 판례 위주의 학습 편향이 지속된다보면 판례를 무비판적으로 수용하게 되어 복잡다기한 분쟁을 전문적이면서도 ‘창의적으로’ 해결하는 능력이 결여된 법률가가 될 가능성이 높다.

그러므로 선택형의 경우에도 판례의 결론만 암기하는 것이 아니라 “OO한 견해에서는 OO한 결론이 도출되고 피고인에게는 OO죄가 성립한다”는 식⁵²⁾의 비판적 관점에서도 문제에 출제될 수 있어야 한다. 법무부는 2009년 밝힌 출제 방침에서 학설상 논의에 대한 출제를 완전히 배제하는 것은 아니며 실무상 문제와 연관이 있는 이론들에 대해서는 출제의 대상이 된다고 하였으므로 실무와 유리되어 이론으로서만 존재하는 문제가 아니라면 판결요지만을 옮겨 놓는 문제보다는 바람직하다고 할 것이다. 다만 ‘실무상 연관성’의 해석이 문제될 수 있으나 실제 판례에서 부작위에 의한 업무방해죄의 성립⁵³⁾은 물론 부진정부작위범에 있어 작위의무와 동가치성⁵⁴⁾ 등의 법리구성이 구체적으로 문제되는 상황이므로, 이제 이론과 실무의 일도양단적 판단이 과거처럼 용이하지 않다는 점은 고려되어야 한다. 외국법학의 산물이나 한국적 법현실과 결합되어 판례의 도출 및 방향성 제시에 관련이 있다면, 이미 한국적 형법학이 정립된 상황에서 수입이론이라는 미명하에 출제에서 배제되어야 할 상황⁵⁵⁾은 아니라고 생각된다. 로스쿨이 목표로 하고 있는 법조인상은 과거 사법시험시절 법과대학의 교육은 내팽개친 채 ‘소년급제’한 사람이 아니라 국제화, 전문화된 법률가이므로 수입된 이론의 원류나 한국에서의 접목과 발전 과정, 향후 나아가야 할 방향에 대한 고민 없이 우리의 판례만 달달 외워서 반복하는 법조인은 이상적인 모습이

51) 2015년 변시 제4회 형사법 선택형 문제이다.

52) 제7회 변시 선택형 13문의 보기로 “미수범 처벌근거에 대한 학설 중 주관설에 의할 경우 미수와 기수는 동일하게 처벌되어야 한다.”가 이러한 예라고 하겠다.

53) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도13211 판결.

54) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결.

55) 이러한 주장으로는 김태명, 앞의 논문, 57면 이하.

라고 할 수 없다.

사례형의 경우 판례의 결론에 대해 논증과정을 묻는다거나, “변호인이 갑의 위 법정 진술에 대해 법률상 주장할 수 있는 논점에 대해 쓰시오”⁵⁶⁾와 같이 변호인이 제시할 수 있는 주장과 당부를 검토하는 문제, 전원합의체 판결의 경우 반대의견의 관점에서 결론을 도출하라거나 그 논거의 타당성을 검증하라는 문제 위주로 출제되어야 할 것이다.

법률가의 기본 법리적용능력을 평가함에 있어 실제사건의 판단인 판례를 이해하고 있느냐를 부정할 수 없다는 점과 그럼에도 불구하고 판례를 절대적인 것으로 암기하여 풀도록 하여서는 안 된다는 점에 대해서는 대체로 동의한다.⁵⁷⁾ 그런데 법률가의 실력과 자질이 다양한 판례와 그 판례의 결론을 암기하고 있느냐인 시대는 종결되었다. 판례검색시스템만 활용하면 나아가 인공지능 판례검색 시스템을 활용하면 쟁점별로 관련 판례를 찾는 것은 매우 쉬운 일이다. 판례의 결론만 암기하고 대법원 판례가 절대적인 것으로 여기는 것은 법관을 선발할 때에 유용한 기준이다. 그러므로 사회 다양한 분야에 진출할 법조인력으로서 종합적이고 체계적인 판례 분석능력을 키워 법률현상을 비판적으로 분석하는 실력을 키워주기 위해서는 변호사시험에서 출제되는 판례의 범위를 축소하여 공표하고 이를 철저히 지키는 작업이 필요하다고 하겠다. 예컨대 현재 형사법의 경우 형사판례연구회에서 발간한 형법 판례백선의 경우 150여개의 판례를 주요 판례로 선정하였으며 형사소송법의 경우 한국형사소송법학회에서 110여개의 판례를 주요 판례로 선정하여 판례백선집을 출간하였으며 활용하고 있다. 이 같은 주요 판례에 최신 전원합의체 판결 등을 최소한으로 포함시켜 형사법의 경우 500여개 정도의 판례(판례 백선집의 참고 판례를 포함한 숫자임)⁵⁸⁾로 압축하고 이 범위에서 법률실무에 필요한 중요 쟁점을 바탕으로 한 지문을 출제하는 것이 바람직하다고 생각한다.⁵⁹⁾

56) 제2차 변호사시험 모의시험 1문의 문제이다.

57) 예컨대, 정재황, 앞의 논문, 22면.

58) 이에 대해 필수과목당 1,000개 이내의 기본판례를 선정하고 기본 판례의 범위를 넘는 판례는 매회 30개 이내로 출제하는 방법을 제시하는 의견도 있다(서울대, 17면). 그러나 필수과목당 1,000개로 할 경우 공법, 민사법, 형사법의 경우를 합하면 7,200여개의 판례가 된다.

59) 이러한 문제의식을 가진 글로는 천경훈, 앞의 논문, 264면.

또한 바람직한 판례 문제의 출제를 위해서는 문제 풀(Pool) 단계에서부터 양질의 문제가 출제될 수 있도록 문항샘플 개발사업이 이뤄져야만 한다. 이를 위해서는 단기적으로는 법학전문대학원 협의회 차원에서 공법, 민사법, 형사법 별로 문항개발 사업을 다시 추진하여 로스쿨 교수들에게 제공하고, 장기적으로는 이를 바탕으로 법무부의 문제 풀 보완 작업시 법무부와 협력하여야 할 것이다.

5. 부자연스러운 통합형 문제의 출제 지양

논술형 중 사례형 문제의 경우 통합형 사례 문제로 출제될 가능성이 있는 문제가 한정되어 있어 수험생들이 이 부분만 학습할 수 있으므로 논술형(비사례형) 문제의 과감한 출제가 필요하다는 견해⁶⁰⁾도 있다. 그러나 과거 사법시험처럼 2차에서 사례 시험 문제를 보는 경우에는 가능한 지적이나 3가지 유형을 한번에 보는 변호사시험의 경우 타당한 지적이라고 볼 수는 없다. 사례형이 가지는 실력 검증의 의미가 있기 때문이다. 법무부의 출제지침으로 인해 과목별로 헌법과 행정법, 민법과 민사소송법 및 상법, 형법과 형사소송법의 통합형이 출제되고 있다. 그러나 형사법을 제외하고 최소 1문제가 통합형으로 출제될 것이 요구되는 과목간 결합은 억지스럽거나 부자연스러운 통합형의 문제를 만들어내고 있다. 그럼에도 불구하고 통합형은 과거 약술형으로 대체되어야 할 유형이 아니라 본래 평가 취지에 맞도록 문제가 개선되어야 한다.

민사법의 경우 1문과 2문이 전혀 다른 별개의 사실관계에 의해 출제되는 경향이 크며 소문의 경우에도 추가적인 사실관계에 따라 작은 소문으로 문항을 구성하고 있다. 이러한 경우 통합형 문제를 통해 융합적·실제적·실전적 문제해결 능력을 측정할 수 있는지, 그리고 기출문제를 통해 수험생들에게 교육적 효과를 달성할 수 있는지 의문이 제기되지 않을 수 없다. 민사법의 경우 형사법과 달리 화학적 결합이 어려워 물리적 결합에 그칠 수밖에 없는 한계가 있으므로⁶¹⁾ 기록형과 사례형의 적절한 상보관계를 정립하여 통합의 한계를 극복해야 할 것이다.

60) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 19면.

61) 지원림, “변호사시험의 방법과 범위 : 민사법의 경우”, 『연세 공공거버넌스와 법』 제3권 제1호, 2012, 8면.

형사법의 경우에도 민사법과 마찬가지로 소문이 많아지고 1문과 2문의 구별이 점점 미약해지면서 논점추출형, 쟁점제시형, 주장제기형 등이 구분 없이 출제되고 있다. 그러나 사례형 문제에서 제대로 된 통합형이 출제된다면 1문과 2문도 유형 구분을 통해서 사례형의 의미를 살리면서 리절마인드 측정에 효과적인 문제들로 구분할 수 있어야 한다. 즉 1문에서는 논점추출형과 쟁점제시형이 결합되고, 2문에서는 논점추출형과 주장제기형이 결합되는 형태 내지 논점추출형과 쟁점제시형 및 주장제기형이 결합되는 형태가 될 필요가 있다. 이러한 관점에서 본다면 “검사는 甲에 대한 구속영장을 청구하였는데, 지방법원 판사가 구속영장청구를 기각한 경우 검사가 취할 수 있는 형사소송법상의 조치”를 논하라는 문제⁶²⁾는 부자연스러운 통합형 문제로 사례형 문제로의 출제가 지양되어야 한다.

6. 기록형 문제의 출제 유형 제한 및 실질화

형사사건에서 변호사가 실무상 주로 작성하는 문서는 합의서, 변호인의견서, 검토의견서, 검토보고서, 구속적부심사청구서, 보석허가청구서, 변론요지서, 상소이유서 등이다. 현재 치러지고 있는 형사법 기록형 문제들의 경우 주로 변론요지서가 출제되고 검토의견서도 덧붙여 출제되고 있다. 형사법의 경우 기출문제를 살펴보면, 2012년 변론요지서, 2013년 변론요지서, 2014년 변론요지서, 검토의견서, 2015년 변론요지서, 검토의견서, 2016년 변론요지서, 검토의견서, 2017년 검토의견서, 2018년 변론요지서, 검토의견서가 출제되었다.

형사소송의 서면의 경우 사실관계 및 정상도 검토할 수 있어야 한다. 그런데 지금까지 출제된 변론요지서나 검토의견서의 경우 명시적으로 ‘정상관계’를 평가제외사항으로 적시하고 있으며, 쟁점을 인위적으로 심어 놓다 보니 실제 발생하는 분쟁 사례와 거리가 있다. 공법형의 경우에도 헌법과 다양한 법률이 결합된 실제 사례와 달리 헌법과 행정법만을 결합함으로써 전술한 대로 사실상 실무능력 함양의 의미가 없다는 지적도 있다.

62) 2018년 제7회 변호사시험 1문에서 10점 문제로 출제되었다.

인위적 쟁점과다형의 기록형 문제는 사법연수원 체제하에서 위에서부터 아래까지 등위를 철저히 구분하기 위해 활용되는 문제임을 부정할 수 없다.⁶³⁾ 그러므로 기본적인 실무능력을 검증하기 위한 기록형 문제에서 평가만을 위해 부자연스럽게 실무상 발생하지 않는 사례군을 끼워 맞추거나 보편적이지 않은 문제가 출제되어서는 안 된다. 그렇다면 형사법의 경우 검토의견서와 같은 문제유형은 의문을 제기하지 않을 수 없다. 공범 중 진술이 상반되고 이해관계가 충돌되는 상황에서 변호인도 달라 서로 다른 주장을 하게 되므로 이러한 점을 반영하여 제3회 변시부터 검토의견서의 작성 문제가 출제되고 있다. 그러나 검토의견서는 법무법인 등의 내부 검토문서로서 훈련 내용에 따라 정해진 양식과 내용을 찾기 어려우며, 통일하기도 어렵고 그렇게 할 필요도 없다고 까지 지적된다.⁶⁴⁾ 실제 형사법 기록형 문제집의 경우 검토의견서를 다루지 않거나 극히 미미한 분량에 불과한 책도 있다.⁶⁵⁾ 이러한 상황에서 검토의견서를 기록형 문제로 고집하는 것은 통일된 채점기준과 그 보편타당성에 대한 검증 없이 수험생에게 부담과 혼란을 줄 우려가 크다. 이러한 내부문건은 변호사시험 합격 이후 수습과정에서 훈련하더라도 문제되지 않을 것이다. 그렇다면 로스쿨에서 주로 강의시간에 접하고 통상의 기록형 문제집에서 다루고 있는 보석허가청구서, 변론요지서, 상소이유서 등으로 변론문서의 유형을 제한하는 것이 타당하다고 하겠다.⁶⁶⁾ 각 서류의 유형에 따라 평가시 장단점이 있으나, 실무의 형사재판에서 주로 발생하여 수험생들이 로스쿨의 교육과정에서 직접 작성하고 검토해 본 사례들로 출제하여 변호사로서의 실무능력을 검증할 수 있는 일반적이고 통상적인 수준의 문제가 되어야 한다.

63) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 19면.

64) 이창현, 앞의 논문, 325면.

65) 예컨대 장연화 교수의 형사소송실무(피앤씨미디어, 2013)와 양동철 교수의 형사소송실무(박영사, 2013)는 보석허가청구서와 변론요지서만을 다루고 있으며, 차정인 교수의 형사소송실무(신조사, 2015)는 3판(2015)에서 검토의견서 문제를 1문제 추가하였다.

66) 같은 취지로 이창현, 앞의 논문, 326면. 실제 보석허가청구서는 법무부가 실시한 제2회 모의시험에서 출제된 바 있으나, 실제 변호사 시험에서는 출제되지 않고 있다. 이와 반대로 검토의견서의 경우 가장 기본적인 법문서로 전혀 이상한 문제가 아니며, 보석청구서의 출제에 신중하여야 한다는 입장으로는 윤태석, “변호사시험 형사법 기록형의 출제 방향에 관하여”, 『법조』 Vol. 719, 2016, 332면.

아울러 기록형 문제의 본지에 비취 현행처럼 본문에 ‘I.피고인 김갑동에 대하여 1.특수절도의 점’처럼 쟁점을 구체적으로 제시하며 법리판단이 주가 되는 문제에서 벗어나야 한다. 변론문서의 유형을 제한한다면 굳이 쟁점까지 일일이 적시하여 기록형 시험의 의미를 퇴색하게 하는 유형을 고집할 필요가 없기 때문이다. 기술적 어려움이 있겠지만 “증거능력 판단은 피고인 갑에 대해서는 기재하지 말 것”과 같은 출제지시⁶⁷⁾는 바람직하지 않다. 사례형과 구분되는 기록형 시험의 고유한 기능과 취지를 살리기 위해서는 단순히 법리 판단으로 결론이 도출되는 사건이 아니고 사실관계의 다툼으로 피고인이 전부 무죄를 주장하거나 일부 무죄가 가능한 사건 또는 공소사실의 축소사실이 인정될 수 있는 사건 등이 출제될 필요가 있다.⁶⁸⁾ 제공되는 기록에서 변호인으로서 쟁점을 찾는 것이야말로 소송실무의 가장 기본적 능력이기 때문이다.

같은 맥락에서 민사법의 경우도 쟁점을 줄이면서 실무의 기준에 부합하는 문제로 변화되어야 할 것이다. 기록형 문제라는 것이 소장을 포함한 법문서의 형식적 측면도 중요하나 ‘이하 작성요령의 실무의 기준과 다를 수 있음’과 같은 전제를 달고, 사실판단의 문제는 배제되고 ‘소 각하나 청구기각 부분이 발생하지 않도록’ 작성을 요구하여 판결서에 가까운 소장이 되는 것은 적절하지 않다고 생각된다. 또한 상법상의 쟁점을 인위적으로 삽입하다 보니 현실과 거리가 있는 사례를 불가피하게 만들게 되나, 이렇게 해서 상법적 쟁점에 대한 실무능력을 기록형으로 측정하는 것이 유의미한 것인지 의문이 든다. 이 경우 과감하게 상법을 제외한 기록형의 출제가 이뤄져야 할 것이다.

이러한 점들의 개선과 더불어 선결되어야 할 문제가 있다. 현재 기록형 문제는 시험 시간에 비해 기록의 양과 쟁점이 너무 많다는 지적이 있다. 쟁점의 확대를 위한 것이겠지만 수험생들은 물론 채점 교수들 사이에서도 ‘충실한 답안의 작성이 원시적 불능에 가깝다’는 말이 나올 정도의 분량을 줄이고 기본적인 법률문장의 작성력, 법적 사고의 전개와 논리의 검증에 충실할 수 있도록 과다한 쟁점을 줄이고 필수 쟁점 위주로 기록을 조절하는 것이 필요하다고 하겠다. 유죄, 무죄, 형면제, 면소 등 다양한 주문을 정답으로 요구하면서 검토의견서와 변론요지서를

67) 2016년 제7회 변시 기록형의 출제지시사항이다.

68) 이창현, 앞의 논문, 327면.

합쳐 10개 내외의 쟁점을 2시간에 서술하도록 수험생들에게 강요할 것이 아니라, 사례형으로 검증할 수 있는 법리문제는 과감히 제외할 필요가 있다.⁶⁹⁾ 애초 법무부가 제시했던 출제지침과 방향성을 하루 빨리 회복해야 할 것이다.

여러 이유로 로스쿨에서 충분히 교육받지 못한 부분을 기록형 문제로 출제하는 것은 수험생에게 불가능을 강요하는 것과 같다. 그러므로 변호사시험의 기록형이 모든 유형을 망라할 필요는 없으며, 가장 필요한 범위와 서식형태로 한정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

7. 선택법 과목의 폐지 후 과목 이수 체제로의 전환

현재 주로 논의되고 있는 시험의 단순화는 예컨대 필수 과목을 헌법, 민법, 형법으로 한정하는 등⁷⁰⁾ 유형의 통폐합을 전제로 하나, 본고에서는 점진적 해법으로 전문적 법률과목의 시험의 폐지를 중심으로 논의하기로 한다. 선택법 과목의 폐지 논의는 2015년 즈음에 제시된 여러 문헌들의 검토 결과 최근 급물살을 타고 있으며, 올해에도 법학전문대학원 협의회에서 각 로스쿨에 설문조사와 의견조화를 실시한 바 있다. 선택법 과목의 폐지는 이수제에 편입되는 과목을 기초법학과목까지 확대할 것인지 여부, 이수해야 할 선택법 과목을 6학점으로 할 것인지 여부, Fail의 기준을 어느 정도로 할 것인지의 문제가 구체적으로 논의되어야 하는데, 최근 실시된 설문조사는 이러한 내용까지 포함하고 있다.

교육을 통한 법률가의 양성에서 선택법 과목을 듣지 않고 합격가능성이 높은 과목을 선택하는 것은 사법시험 시절, 매년 수험생들의 합격률에 따라 스페인어나 경제법이 활황을 보이던 춘극과 달라지지 않았음을 부정할 수 없다. 전문 법률과목의 시험 실시가 법조인의 전문화와 국제화에 도움을 준다는 순진함은 커리큘럼에 있는 전문 법률과목도 수강하지 않고 수강을 하더라도 엄정한 상대 평가를 피해가는 방향으로 수강생이 조절되는 상황에서 용인될 수 있는 한계를

69) 예컨대 제5회 변호사시험 기록형의 검토의견서와 변론요지서의 쟁점을 합친 숫자인데, 자백 사건으로 특히 피고인 김갑동의 검토의견서 부분에서 범인도피교사와 피고인 이을남의 변론요지서 부분에서 범인도피의 경우 사례형 문제와의 차이점을 찾기 어렵다.

70) 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, 앞의 보고서, 13면.

넘어섰다. 선택법 과목 나아가 로스쿨 선택과목의 정상화와 다양화를 위해서는 선택법 과목군 중 특정 과목을 3과목 이상 수강하고 평균학점이 B이상으로 통과를 정할 수 있을 것이다.⁷¹⁾ 평가를 위한 평가, 구색맞추기식 억지 시험보다는 체계적인 교육을 통해 전문적 법률과목에 대한 역량을 길러주는 것이 나올 수 있다. 아울러 선택법 과목과 연결되어 있는 기초과목(법철학 등)의 경우에도 학교별로 '3+1'의 형태 등 다양한 형태의 운용이 가능할 것이다.

IV. 나가며 : 법무부의 역할을 기대하며

변호사시험 제도 전반을 논의할 경우, 가장 첨예한 문제인 합격자 수는 물론 학사일정의 종결을 위해 시험일자를 2월로 연기하고 지방 로스쿨 수험생들을 위해 시험장소를 확대하는 등 작지만 의미 있는 여러 문제들도 있다. 그러나 변호사시험에서 가장 중요한 점은 변호사시험이 '변시낭인'이라는 새로운 고시 낭인을 양산하지 않아야 하며 법학교육을 다시 황폐화하도록 만들어서는 안 된다는 것이다. 이제 변호사는 법과대학 졸업자들의 독점의 대상도 아니며 '개천에서 용이 나는' 출세의 지름길도 아니다. 로스쿨은 우리 사회에 만연해 있던 법조인의 인플레이 현상을 바로잡고 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 하는 공익적 변호사를 배출하는 곳이다.

우려대로 변호사시험의 합격률 공개는 로스쿨 서열화를 고착시킨다는 연구⁷²⁾도 제시되고 있다. 이러한 상황에서 변호사시험은 결코 과거 사법시험처럼 떨어뜨리는 시험이 아니라 통상적인 교육과정을 이수하였는지를 검증하고 그 결과가 로스쿨의 법학교육에 환류될 수 있어야 한다는 점을 다시 한 번 되돌아보아야 한다. 합격 경쟁으로 말뿐인 전인교육이 로스쿨에서 조차 공허한 구호에 그쳐서는 안 된

71) 충북대의 경우에도 설문조사에서 선택법 과목 교수들은 대체로 이러한 의견에 동의하였다. 설문조사 이전에 작성된 여러 논문에서도 이러한 취지의 의견을 표명하였다. 예컨대, 김인재, “전문법률과목의 정상적 교육을 위한 변호사시험제도 개선방안”, 인하대학교 『법학연구』 제 18집 제2호, 2015, 286면 이하와 임성권·이미현, 앞의 논문, 138면 이하 등.

72) 예컨대 2018년 경북대 법학연구원의 법학논고에 실린 백경희 교수의 “변호사시험의 합격률 공개가 법학전문대학원에 대해 미치는 영향에 관한 소고”이다.

다. 더욱이 로스쿨의 교육은 변호사시험의 합격만으로 끝나는 것이 아니라 학문 후속세대의 양성과 고등교육의 심화 등 또 다른 목적과 가치도 그 속에 존재한다.

교육은 수요자와 공급자 모두 만족시키기 어려우며 더더욱 일반 국민들의 눈높이를 만족시키기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 변호사시험이 로스쿨 교육의 선진화에 있어 가장 중요한 원인이자 결과임을 부정하는 사람들은 없을 것이다. 그렇기 때문에 백가쟁명식 해결법이 도출될 가능성도 높다.⁷³⁾ 따라서 변질되어 가는 변호사시험 문제에 상당 부분 책임이 있는 교수들부터 자각하고, 우선 로스쿨에서만이라도 바람직한 변호사시험 문제의 개발에 힘써야 할 것이다. 그 다음은 변호사시험을 관장하고 있는 법무부의 몫이다. 초기비용이 더 들더라도 양질의 문제 풀(Pool)을 확보하고 이후 선제 및 출제과정에서도 이러한 양질의 문제가 유지되어 수험생의 제대로 된 실력 검증이 가능하도록 유도해야 하기 때문이다. 그렇다면 법무부의 현재 변호사시험 출제와 관리에는 많은 변화가 요구된다고 하겠다. 전년도 기출문제의 차년도 출제 반영 방법 등 법무부의 신선한 변호사시험 개선안이 나오기를 기대해 본다.

그리고 그 과정에서 핵심은 “변호사시험이 좋은 전문가가 될 수 있는 법조인을 양성하는 교육에 기여하는가?”가 되어야 한다. 로스쿨은 법학전문대학원⁷⁴⁾이 아니며 로스쿨에서의 실무교육은 ‘소송실무’만이 아니라 현실에서의 법 적용 전반을 의미하기 때문이다. 변호사시험은 이제 진정 ‘한국형 법학전문대학원’ 안착에 기여하여야 한다.

참고문헌

<논문>

김인재, “전문법률과목의 정상적 교육을 위한 변호사시험제도 개선방안”, 『법학연구』 제18집 제2호, 2015.

73) 로스쿨의 교육과 변호사시험은 상호 유기적으로 연계되어야 한다는 점은 인정하면서도 로스쿨에서의 교육은 판례가 중심이 되어야 하고, 실무와 유리된 관념적 이론은 배제되어야 한다는 주장도 있다(김태명, 앞의 논문, 50면 이하).

- 김태명, “변호사시험제도의 개선방안 -형사법 시험내용과 방법을 중심으로-”, 『연세 공공거버넌스와 법』 제3권 제1호, 2012.
- 노수환, “형사기록형 시험의 출제방향에 대한 토론”, 『형사법연구』 제23권, 2011.
- 윤태석, “변호사시험 형사법 기록형의 출제 방향에 관하여”, 『법조』 Vol. 719, 2016.
- 이창현, “변호사시험 형사법 기록형시험에 대한 분석과 개선방안 연구”, 『외법논집』 제40권 제4호, 2016.
- 임성권·이미현, “변호사시험 선택과목의 적정성”, 『법학연구』 제18집 제3호, 2015.
- 정재황, “변호사시험 공법형의 개선방안”, 『세계헌법연구』 제21권 제3호, 2015.
- 지원림, “변호사시험의 방법과 범위 : 민사법의 경우”, 『연세 공공거버넌스와 법』 제3권 제1호, 2012.
- 천경훈, “변호사시험이 법학전문대학원 교육에 미치는 영향”, 『상사법연구』 제36권 제1호, 2017.
- 箱井崇史, “日本における法科大学院制度の12年”, 『法學論叢』 제23권 제2호, 2016.

<기타>

- 나승철, 제1회 변호사시험에 대한 평가보고서, 2012.
- 박순철, “변호사시험의 출제기준과 방향”, 법무부·한국법학원 심포지엄 자료집, 2011.
- 법학전문대학원협의회, “변호사시험의 바람직한 방향” 토론회 자료집, 2014.
- 서울대학교 법학전문대학원 법학연구소·아시아태평양법연구소, “로스쿨 10년의 성과와 개선방향” 보고서, 2018.
- 오영근, “변호사시험의 바람직한 출제방향”, 『로스쿨窓』, 법학전문대학원협의회, 2014.
- 전지연, “변호사시험의 바람직한 방향 : 형사법”, 변호사시험의 바람직한 방향 토론회 자료집, 법학전문대학원협의회, 2014.

[Abstract]

Problems and Improvements of Bar Examination

- Focusing on criminal law -

Lee, Seung-Jun

Chungbuk National University Law School, Ph.D in Law

The law school, which was opened without sufficient preparation, celebrated its 10th anniversary. At the time of the opening of the school, the voices of both the lawyers and the education professions burst out, but the law school has achieved remarkable achievements over the past decade.

Bar examinations affect many aspects of law school education, such as content, depth, and education methods, which ultimately determine the normalization and strengthening of law school. However, I have to wonder if the seven-time Bar examinations contribute to the training of law students who can become good experts. This is because the passing of the bar exam and the subsequent competition for employment are pointed out as causes of emotional, exhaustive and opportunistic competition among students.

The problem of the current bar examination problem can be seen in detail as follows : an overly broad range, problem type with no differentiation, precedent-oriented problem, artificial and unnatural integrated problem, overly long fingerprint and cleaved problem, And examinations of specialized legal field subjects.

Because the advanced bar examination leads to the advanced law school, it is inevitable to improve the current bar examination in order to realize the purpose and goal of law school education through education. First, the bar exam questions should be restored to the function and purpose specific

to each type of test. Next, the number of questions should be reduced and fingerprints should be simplified. In addition, it is necessary to narrow down the precedent cases focused on simple memorization and limiting the scope of the cases. In addition, the unnecessary integration problems due to the sense of responsibility of the integration type should be avoided. In addition, it is necessary to limit the types of questions of practical problems and to make practical problems. Finally, it is necessary to switch to a form in which the meaning of the evaluation is faded and the elective course is taken after the abolition.

Bar examination is never a test to drop like past bar examination. It should be verified that the examinee has completed the normal course and the result should be faithfully returned to the legal education of the law school. The most important point is that the bar exam should not produce a new “bar exam retakers” and should not make law education devastate again. It should not be neglected that the passing rate of the bar exam becomes a black hole that swallows all aspects of law school education.

Key words : Bar examination, problems of bar examination, improvement plan, normalization and strengthening of law school, pass rate of bar examination