

[자 료]

변호사시험 형사법 사례형 시험의 출제방향

김 재 봉*

차 례	
I. 시작글	VI. 특별법의 출제 여부와 출제 범위 · 방식
II. 법무부가 제시한 변호사시험 출제기준과 방향	VII. 판례의 활용
III. 변호사시험 모의시험의 분석	VIII. 문제 유형
IV. 지향해야 할 로스쿨 교육과 법조인상	IX. 기 타
V. 시험의 난이도 - 시험의 경량화	X. 마침글

I. 시작글

많은 논란과 함께 로스쿨이 출범하였고 그 논쟁은 지금도 진행형인 가운데 이제 얼마 지나지 않아 제1회 변호사시험을 맞이하게 되었다. 로스쿨과 관련된 초기의 논쟁이 로스쿨의 근본적인 설계와 관련된 거시적 논쟁이었다면, 시간이 지남에 따라 어쨌든 정착을 시도하면서 초기보다는 적어도 표면적으로는 안정된 모습을 보이면서 현재로서는 로스쿨의 운용, 변호사시험의 실시시기 등과 같은 세부적인 문제로 초점이 옮겨지는 양상이다. 현재로서는 변호사시험의 출제기준이나 방향에 대한 논의가 가장 큰 이슈라고 할 수 있고, 단지 그 의미를 기술적인 내용에 대한 것으로 축소해 볼 수도 있다. 그러나 변호사시험이 어떠한 방향으로 나아가느냐는 그 자체로서 로스쿨 재학생의 최대 관심사인 변호사시험의 당락을 좌우한다는 의미와 함께 로스쿨 교육의 방향

* 한양대 법학전문대학원 교수

을 좌우하는 중대한 의미를 갖는 것으로서 결코 가볍게 넘길 문제는 아닌 것으로 보여진다. 로스쿨 교육의 바람직한 모습과 관련된 많은 논란거리들에 대하여 다수가 합의에 이르지 못하고 잠복한 상태에서 변호사시험의 출제방향에 대한 논의는 로스쿨 교육과 관련된 근본적인 논쟁을 다시 불러 일으키는 촉매제가 될 수도 있다.

따라서 변호사시험이 실시되기 이전인 현재가 변호사시험의 올바른 방향에 대하여 검토해 보는 적기일 수 있다. 시험이 실시된 이후 그 문제점을 지적하는 것도 중요하지만 이미 실시되고 나면 그 당부를 떠나 그 기준에 맞추어 대다수가 시험을 준비하게 되어 사실상 고착화에 이르고 이 상태에서 그 방향을 바꾸는 것은 매우 어려운 일이기 때문이다. 사전에 바람직한 방향을 제시함으로써 시행착오를 최소화할 수 있고 어렵사리 도입된 로스쿨이 빠른 시간 안에 정착될 수 있을 것이다. 이러한 필요성에 따라 아래에서는 법무부가 제시한 변호사시험의 출제기준과 그에 기초한 모의시험을 논의의 출발점으로 하여, 변호사시험과 관련된 개별적인 쟁점을 검토해 보고 변호사시험이 나아가야 할 바람직한 모습에 대하여 생각해 보기로 한다.

II. 법무부가 제시한 변호사시험 출제기준과 방향

향후 변호사시험을 주관하게 될 법무부의 출제기준과 방향은 이미 실시된 2회의 모의시험과 공청회, 심포지움 자료를 통하여 확인할 수 있다.¹⁾ 먼저 변호사시험의 기초적인 가이드라인은 '변호사시험 문제유형 연구 T/F'(이하 '문제유형 T/F'로 표기)가 제시하였다. 이에 의하면 변호사시험은 법률사무를 수행할 수 있는 법률지식 및 실무능력을 평가하는 시험으로 파악되며, 출제범위는 법적 문제 해결에 활용되지

1) 변호사시험법(2009.4)과 시행령(2009.8)이 제정되면서 법무부는 변호사시험 문제유형을 연구하기 위한 작업에 들어가, '변호사시험 문제유형 연구 T/F'(2009.5 - 2009.7)를 구성·운영하여 문제유형의 기본방향, 문제구성방식, 시행일정, 출제 및 채점 방법 등에 관한 기본사항을 결정하였다. 후속작업으로 2009.7에 '변호사시험 문제유형 연구위원회'가 각 과목별로 구성되었고 형사법 분야에서도 형사법 문제유형 연구위원회를 구성하여 출제방향, 시험시간, 문항수, 출제범위, 문제유형 등에 관한 논의를 거쳐 그 결과를 2010.12.29에 '변호사시험의 실시방안에 관한 공청회'에서 발표하였다. 문제유형위원회의 논의결과를 바탕으로 2010.1에 실시된 모의시험이 실시되었고, 이것이 법무부에 의하여 변호사시험 문제유형으로 확정·공표되었고(2010.4.9), 2011.1.17-20에는 제2회 변호사시험 모의시험이 실시되었다. 이후 2011.4.18에 '변호사 시험 운용방향과 법치주의의 기반 확대'라는 제목으로 법무부와 한국법학원이 공동주최하는 심포지움에서 변호사시험의 출제기준과 방향에 관한 기존의 입장이 재확인되어 제시되었다.

않는 학설상 논의 등은 제외하고 특히 논술형은 실무상 빈발하는 사례 중심으로 출제하고, 그 수준은 로스쿨 과정의 충실한 이수와 사법연수원 1년생 정도의 실무능력을 구비했는지를 검증하는 정도라고 하였다. 출제방식 내지 문제 유형은 선택형과 논술형(사례형 및 기록형)으로 하되,²⁾ 사례형에서는 논점추출형, 쟁점제시형 이외에 주장제기형으로 출제하고 이중 형법과 형사소송법의 통합형은 최소 1문제 이상 출제하기로 하였다.³⁾

이와 같은 '문제유형 T/F'의 기본틀을 바탕으로 '변호사시험 형사법 문제유형 연구위원회'(이하 '문제유형 위원회'로 표기)가 논의를 계속하여 보다 자세한 출제기준과 방향을 제시하였다. 먼저 편장구분과 관련하여 형사법의 각 분야를 편장으로 구분하고 편장별 출제비율을 정하여 출제함으로써 특정분야에 치우친 출제를 방지하되, 비율이 높은 분야에 치중하여 공부하는 폐단을 막기 위하여 출제위원의 내부지침으로만 활용하고 외부에 공개하지 않기로 하였다. 출제범위는 형법과 형사소송법이 기본적으로 포함되고 특별법도 포함시키되 범위를 정하여 그 목록을 공표하였다.⁴⁾⁵⁾ 이처럼 특별법을 포함시킨 이유는 형법과 형사소송법이 강학상의 형법과 형사소송법 범위를 모두 포괄하지 못하고, 기본법에 포함될 내용이 특별법에 규정되어 있는 우리의 현실을 고려하며, 양벌규정과 같이 기본법에 규정되지 않았지만 특별법에 포함된 중요한 것들이 있고, 실무상 특별법의 비중이 높으며, 출제위원이 적절한 문제를 작성하기 위하여 재량이 필요하고, 특별법의 범위를 조절하면 수험생에게 비합리적인 부담을 주지

2) 선택형은 법률지식 측정 위주로 문제는행 방식으로 운용하고, 기록형은 문제는행 구축없이 실제기록을 모델로 하여 법률서류를 완성하는 형태로 출제하기로 정하였다(최세훈, 변호사시험 시행관련 추진 경과, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회 자료, 2009.12.29, 7-8면).

3) 최세훈, 앞의 자료, 7-8면.

4) 총 21개 법령이 선정되었는데, 형법 계열 14개(도로교통법, 교통사고처리 특례법, 부정수표 단속법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 소년법, 여신전문금융업법, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률, 부동산등기 특별조치법, 변호사법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 통신비밀보호법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률), 형사소송법 계열 7개(형사소송규칙, 법원조직법, 검찰청법, 경찰관직무집행법, 즉결심판에 관한 절차법, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률, 소송촉진 등에 관한 특례법)가 포함되었다. 이러한 특별법의 선정기준은 검찰연감의 통계와 사법연수원 교육에서의 중요도를 참고하였다고 한다. 한편 목록에 포함된 특별법이 출제의 원칙적 범위가 되지만 그밖의 특별법도 출제대상에서 제외되는 것은 아니라고 한다(이상원, 형사법 문제유형 연구위원회 형사법 문제의 출제방향, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회 자료, 2009.12.29, 55-56면).

5) 문제유형 위원회가 선정한 특별법 목록은 출제대상 법령으로 법무부에 의하여 공식적으로 공표되었다(법무부, '변호사시험 출제대상 부속법령', 2011.5. 법무부 홈페이지 참조).

않는다는 점을 들었다.⁶⁾ 출제대상에 특별법이 포함된다는 것은 특별법의 고유한 쟁점에 대하여 문제를 출제할 수 있다는 것을 의미하는 것이며, 고유한 쟁점과 무관한 특별법 예컨대 법개정시 법률의 시간적 적용범위와 관련하여 제시되는 특정 법률은 출제대상으로 논의되는 특별법과는 관련이 없고 이 경우의 해당 법률은 문제의 지문 속에 주어질 것이라고 한다.⁷⁾ 사례형 시험의 출제 원칙으로는 변호사시험법의 취지에 따라 중요한 쟁점 위주로 출제하고 쟁점에 대한 논증능력을 검증하는 시험이 되도록 하며, 논점을 적절히 배분하여 형사법의 전 범위에서 골고루 출제하기로 하였다. 시험 문항수와 시간에 대하여 '문제유형 T/F'에서는 형사법 문제에 대하여 사례형은 2-3문제, 기록형은 1문제를 출제하되 시간은 양자를 합하여 4-6시간으로 결정하였고, '문제유형 위원회'에서는 이를 보다 구체화하여 사례형은 2-3문제에 2시간, 기록형은 1문제에 2시간이 배정되도록 정하였다. 문제유형과 관련하여 '문제유형 연구 T/F'에서는 최소한 통합형을 1문제 이상 출제하도록 정하였으나, '문제유형 위원회'에서는 통합형만을 출제하는 것으로 정하였다.⁸⁾ 그밖에 사례형의 지문은 사법시험보다는 길게 하기로 하고 문제도 수사부터 공판까지의 전과정을 포함하되 15-20분 정도에 사실 관계를 파악할 수 있는 정도의 길이가 되도록 기준을 제시하였다.⁹⁾

Ⅲ. 변호사시험 모의시험의 분석

2012년부터 실시될 변호사시험에 대비하여 법무부 주관 아래 2차례의 모의시험이 실시되었다. 제1회 모의시험은 2010년 1월 18~22., 제2회 모의시험은 2011.1.17~20. 실시되었다. 모의시험은 시험을 준비하는 사람에게 준비의 자료인 동시에, 이를 통하여 본시험의 문제점을 미리 파악할 수 있다는 점에서 우선 그 내용을 알아보기로 한다.

6) 이상원, 앞의 발표문, 55면.

7) 이상원, 앞의 발표문, 57면.

8) 실제로 이미 실시된 2회의 모의시험에서는 통합형 2문제만이 출제되었다. 이처럼 통합형 일원화 원칙의 이유로는 형법과 형사소송법의 경우 과목 특성상 통합이 용이하고, 변호사시험은 실무능력을 검증하는데 의의가 있으며, 시험시간이 2시간으로 정해진 이상 문항당 시험시간을 고려해야 한다는 점을 들고 있다(이상원, 앞의 발표문, 62면).

9) 이상원, 앞의 발표문, 62면.

1. 변호사 모의시험 내용

(1) 제1회 모의시험

1) 제1문

실체법과 절차법이 결합된 통합형 문제로서, 전체 글자수는 약 1350자이다. 제1문의 1은 갑과 을의 죄책을 묻는 실체법 문제로서 논점추출형 문제이다. 형법 관련 논점이 대부분이고 특별법인 도로교통법(음주운전), 여신전문금융업법(신용카드 불법사용죄) 등이 검토대상이었다. 제1문의 2는 형사소송법 문제로서 공동피고인과 관련된 각종 증거의 증거능력을 개별적으로 묻는 문제이다. 관련 판례는 형법상 준강도의 기수·미수와 신용카드 갈취 사용 등 교과서에서 일반적으로 소개되는 것이었다. 아울러 도로교통법상 운전의 개념에 관한 판례도 검토대상이었다.

2) 제2문

역시 통합형 문제로서 전체 글자수는 약 1200자이다. 제2문의 1은 갑과 을이 변호인 주장할 수 있는 논점을 묻는 논점추출형과 주장제기형이 결합된 성격의 문제이다. 실제적 논점은 특수강간치상죄(성폭력 특별법 제10조 제2항)의 성립 여부가 주된 것이고, 이와 관련하여 강간의 실행의 착수, 공모이탈과 공범 성립 여부, 중지미수 여부 등이 논점이 되었다. 그리고 절차적 논점으로는 공소장 변경의 허용 여부였다. 제2문의 1에서 관련되는 특별법은 성폭력 특별법이고 구체적으로 특수강간(제10조 제2항)과 합동강간(제6조 제1항)이었지만 지문에서 해당 조문을 제시해 주어 적용법조를 수험생이 스스로 찾아야 하는 부담을 덜어주었다. 제2문의 2는 소송법 문제로 주장제기형의 형태로 출제되었다. 논점은 항소심에서 공소장 변경, 고소취소 가능 여부를 묻는 것이다.

(2) 제2회 모의시험

1) 제1문

제1문에서는 4개의 소문제를 나누어 제시하였고, 전체 글자수는 약 1200자이다. 제1문의 1에서는 갑, 을, 병의 형사책임과 적용법조를 묻는 논점추출형 문제이다. 이론적 쟁점 보다는 특별법조문을 찾아내는 능력을 테스트하는 문제라고 할 수 있다[특정법

죄가중처벌 등에 관한 법률, 교통사고처리 특례법, 도로교통법(음주운전, 무면허 운전), 폭력행위등 처벌에 관한 특별법]. 해당 조문의 범죄 성립 여부를 묻는 실체법적 논점이 주된 것이고, 형사책임을 기소부분과 불기소부분으로 나누고 그 이유를 제시할 것을 요구하는 점이 특이하다고 할 수 있다. 제1문의 2는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄에서 친족상도례와 고소취소를 묻는 문제이고, 제1문의 3은 성폭력 특별법 위반죄에서 공소시효의 기산점에 관한 것이다. 제1문의 4는 공동피고인의 진술과 증거능력에 관한 것이다.

2) 제2문

제2문은 1은 피고인 갑과 을의 죄책을 묻는 실체법적 문제로서 논점추출형의 형태이다. 구체적으로 주거침입, 준강도, 무고, 간통 등의 형법 논점과 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(도주차량)의 특별법 논점이 포함되어 있다. 준강도의 기수·미수에 관한 이론적 쟁점이 포함되어 있지만 해당법조를 찾아 적용하는 문제가 주된 것이다. 제2문의 2는 소송법 문제로서 3개의 소문제를 쟁점제시형의 형태로 제시하였다. 전체 글자수는 약 900자이다. 긴급체포시 영장없는 압수수색, 사후영장 없이 압수한 물건의 증거능력, 일기장의 증거능력 등이 구체적인 쟁점이었다.

(3) 제1회와 제2회 모의시험의 비교 검토

제1회와 제2회 모의시험 모두 문제유형과 문항수에서 통합형 2문제가 출제되었다는 점에서 공통점을 찾을 수 있다. 그러나 양자는 기본적인 방향을 달리하는 것처럼 보인다. 제1회 모의시험이 이론지향적인 문제라면 제2회 모의시험은 실무지향적인 문제라고 평가할 수 있을 것이다. 제2회 시험의 경우 이론적인 다툼의 소개보다는, 해당 쟁점을 찾아 결론을 정확히 제시하는 것에 초점이 맞추어져 있다고 할 수 있다. 특별법 문제가 상당부분을 차지하고 있고, 기소와 불기소 부분을 구분하여 답을 요구하는 점 등에서 실제 사건의 처리능력에 평가의 주안점을 두고 있는 것으로 보여진다.

2. 사법시험과의 비교

변호사시험의 문제유형과 형태는 기존의 사법시험과도 여러 면에서 대비된다. 사법시험은 형법문제와 형사소송법 문제가 별도로 분리되어서 출제되고 변호사시험 처럼

통합형 문제가 출제되지 않는다. 질문형태에서도 변호사시험은 한 문제 안에 논점추출형, 쟁점제시형, 주장제기형이 혼합되어 출제되는 반면, 사법시험은 주로 논점추출형이 주가 되고 쟁점제시형이나 주장제기형의 출제 빈도는 낮다. 또한 사법시험에서는 특별법 문제가 출제되지 않는 것이 원칙이고 출제되더라도 특별법 조문을 제시해 주는 것이 변호사시험과 다르다. 지문의 길이도 사법시험이 변호사시험 보다는 짧게 출제된다. 다만 변호사 모의시험이 제1회의 경우 이론지향형이고 제2회는 실무지향형이라고 구분해 본다면, 사법시험은 제1회 모의시험에 유사한 형태라고 평가할 수 있을 것이다.

3. 일본 신사법시험과 비교

일본은 우리보다 앞서 2004년에 로스쿨이 도입되었고, 2006년에 제1회 신사법시험이 실시되었다.¹⁰⁾ 일본의 신사법시험에서도 사례형 문제가 출제되는데, 우리와는 여러 면에서 다르다. 우선 우리처럼 통합형 문제가 출제되는 것이 아니고, 형법과 형사소송법 문제가 각각 1문제씩 출제된다. 특별법 문제는 배제되고 형법과 형사소송법 위주의 문제가 출제되는 것이 원칙이다. 지문의 길이도 상당히 길어 각각의 문제가 4~5페이지의 분량에 해당한다. 소송법 문제의 경우 사건기록(수사보고서 등)이 지문의 일부로 제시되기도 한다. 참고로 2010년 신사법시험의 경우 제1문 형법 문제의 주요 논점은 살인죄 및 보증인의 유기치사죄의 성립 여부, 업무상과실치사죄의 성립과 관련하여 신뢰원칙, 과실의 경합, 인과관계 등이었다. 제2문은 형사소송법 문제인데, 사법경찰관의 수사절차의 적법성, 녹음의 전문증거 여부, 수사보고서의 전문증거 여부, 함정수사 등이 주요 논점이었다.¹¹⁾

IV. 지향해야 할 로스쿨 교육과 법조인상

변호사시험은 로스쿨 교육의 결과를 측정하는 것이고 또한 미래 법조인의 지식과 능력을 테스트하는 것이라는 점에서 변호사시험의 출제방향에 대한 논의는 바람직한 로

10) 일본 신사법시험의 현황과 문제점에 대하여는, 마쯔히사 미요히코(권경은 역), 일본의 신사법시험과 법과대학원 교육의 방법론, 경북대 법학논고 제32집, 2010.2, 1면 이하; 김창록, 도움닫기 거리와 바(bar)의 높이는 맞는가?-일본의 사법시험제도-, 일감법학 제15호, 2009, 520면 이하.

11) 新司法試験問題解説, 別冊 法學セミナー 203호, 2010, 78면 이하.

스쿨 교육과 법조인의 모습에 대한 검토로부터 시작하는 것이 옳을 것 같다. 많은 논란과 우려곡절을 거치면서 제정된 변호사시험법은 변호사시험 시행의 기본원칙으로서 “변호사시험은 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률에 따른 법학전문대학원의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 한다”고 하여(제2조), 변호사시험과 로스쿨의 교육의 연계성을 명시하고 있다. 따라서 변호사시험의 출제방향과 기준에 관한 논의는 우리가 바라는 로스쿨 교육 및 법조인상과 불가분적으로 관련될 수 밖에 없다.¹²⁾ 로스쿨 교육의 방향에 대하여는 그동안 많은 논란이 있었으나 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률(제정 2007, 시행 2008)에서는 ‘우수한 법조인의 양성’을 법학전문대학원의 목적으로 정하고(제1조), 교육이념으로서 ‘국민의 다양한 기대와 요청에 부응하는 양질의 법률서비스를 제공하기 위하여 풍부한 교양, 인간 및 사회에 대한 깊은 이해와 자유·평등·정의의 지향하는 가치관을 바탕으로 건전한 직업윤리관과 복잡다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식 및 능력을 갖춘 법조인의 양성’을 제시하고 있다(제2조). 결국 건전한 가치관과 윤리관을 바탕으로 법적분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 능력을 배양하는 것이 로스쿨이 지향해야 할 바라고 요약할 수 있다. 이 조문이 워낙 포괄적인 내용을 담고 있는 것이라 각자가 이해를 달리할 수 있고 이 점에서 이 조문 자체에 대하여 근본적인 비판을 가하기는 힘들 것이다.

그러나 교육방법이나 교육목표에 대한 구체적인 논의가 시작되면 이야기가 달라지게 된다. 이 조문의 어느 문구에 방점을 두느냐에 따라 결론은 현격하게 차이를 보일 수 있다. ‘법적 분쟁해결능력’에 시각을 고정하면 송무 등 사건의 기술적이고 절차적인 처리 능력을 강조하게 될 것이고, 건전한 가치관·윤리관 등에 비중을 두고 보게 되면 절차적 능력 이전의 법적 논증력·추리력이나 비판적 사고 능력 등을 앞세우게 될 것이다. 이러한 이해의 차이는 이론교육과 실무교육의 비중에 대한 논란으로 직결된다고 할 수 있다. 이는 로스쿨 교육방향 및 방법에 대한 많은 논란 중에서 가장 근본적이고 첨예한 대립을 보이는 것이라고 할 수 있다. 이론 교육과 실무교육의 개념과 한계가 어디에 있는지는 분명하지 않지만 어느 한쪽에 중점을 두어 주장하는 견해를 비교해 보면 대체로 그 차이점을 파악할 수 있다. 즉 실무교육을 강조하는 입장은 법해석·적용과 절차적 처리능력 등 도구적·기술적 능력에 중점을 두는 것으로 이

12) 변호사시험은 로스쿨 교육에서 학습한 것을 평가하는 것이라는 수동적인 성격과 함께 변호사시험의 내용에 따라 로스쿨 교육의 방향을 제시하는 능동적인 성격을 함께 가지고 있고, 따라서 변호사시험과 로스쿨교육은 상호 영향을 주고받는 관계에 있다고 할 수 있다.

해할 수 있다.¹³⁾ 이는 기존 법과대학 교육의 추상적·사변적 교육에 대한 본능적 거부감을 나타내면서 로스쿨 졸업과 함께 곧바로 실무처리능력을 구비한 자를 배출할 것을 요구하는 것처럼 보인다. 반면 이론교육을 보다 강조하는 입장은 로스쿨 교육에서 사고의 다양성과 유연성 그리고 비판적 시각을 함양하는 것을 우선적으로 요구하는 것으로 이해할 수 있다. 이는 기계적인 법해석·적용과 사건처리에 대한 거부감을 바탕으로 하면서 로스쿨 졸업과 동시에 사건처리능력을 완벽하게 구비하는 것은 역부족이며 이러한 능력은 졸업 후 실무현장에서 터득하면 족한 것으로 보고 있다.¹⁴⁾

양자 사이에 의견의 격차가 있는 것은 분명하지만 어느 쪽이든 다른 편의 주장을 전적으로 배격하는 것은 아니며 무게의 중심을 어느 쪽에 둘 것인지에 대한 정도의 차이에 있는 것으로 그 의미를 축소해 볼 수도 있다. 이러한 대립이 나오게 된 배경을 찾아보면 더 그러하다. 기존의 법학교육과 실무현장에서 이론과 실무의 현격한 괴리가 있었다는 것과 이것이 결코 바람직한 것이 아니라는 점은 누구라도 동의할 것이다. 그렇다면 그에 대한 반성을 출발점으로 하는 양쪽의 목소리 모두에 귀기울일 필요가 있다. 우선 사회과학으로서의 법학이 사회현상과 사건현장과 유리되어 독자적 사변체계에 안주하는 것은 허용될 수 없을 것이고 이는 로스쿨 교육이 실무와 유리될 수 없는 이유가 된다. 이 점에서 소위 교과서 사례나 강의실 사례 등의 해결에 많은 에너지를 소비하는 교육방식은 비판받을 소지가 충분하다.¹⁵⁾ 따라서 실제 현장에서 일어나는 사건을 염두에 두고 그 해결을 모색하는 실용적인 교육방향에도 눈을 돌려 볼 필요성이 분명히 있다. 반면에 종래의 법과대학과 사법연수원을 포함한 법학이나 법조교육이 판례의 단순한 암기를 바탕으로 기계적으로 사건에 대한 결론을 제시하고 처리하는 방식 또한 비판받아 마땅하다. 실무처리능력의 지나친 강조는 사고의 경직화와 사법의 관료주의의 강화를 초래하게 될 것이다.¹⁶⁾ 교육의 본질이 기존지식의

13) 이상원, 로스쿨에서의 형사실무 교육방법, 형사법연구 제20권 제3호 (2008 가을·통권 제36호), 이상원 교수는 로스쿨에서 최대한 실무교육이 지향되어야 한다고 한다(위 논문 54면), 형사실무능력이란 법률가로서의 능력과 실무가로서의 능력이 포함되고, 법률가로서의 능력은 법해석과 사실확인 그리고 법적용능력을 말하는 것이고 실무가로서의 능력은 송무 등 절차적 사건처리능력이라고 한다(위의 논문 59면 이하).

14) 김종철, 법학전문대학원에서의 교육내용과 방법에 대한 소견, 동아법학(제37호) 동아대학교 법학연구소, 2005, 297면 이하.

15) 이러한 사례들이 학생들이 교육현장에 무차별적으로 등장하는 것에 대한 비판이지 교수들의 연구의 대상으로도 배제되어야 한다는 의미는 아니다. 이들 사건에 대한 이해가 근본적이고 체계적인 이론의 정립에 필수적인 것이 될 수 있고 현실에서 발생할 가능성이 전적으로 배제되는 것도 아니기 때문이다.

16) 박상기, 로스쿨 도입과 법학교육, 사단법인 한국법학교수회 : 한국법학교육과 법조실무의 국제경

전달과 함께 발전된 미래의 추구에 있다고 한다면, 기존의 대법원을 정점으로 하는 기존 법조의 의견을 맹목적으로 추종하거나 법령의 기계적인 해석·적용에 안주할 수는 없을 것이다.¹⁷⁾ 기존 판례에 대한 비판적 시각을 유지하고 사건의 다양한 해결 가능성을 모색하며 사회적 요구에도 귀기울일 수 있는 자세나 능력을 함양시키려는 노력이 로스쿨 내에서 이루어져야 할 것이다.¹⁸⁾

위와 같이 대립되는 두 견해에 모두에 귀기울이어, 기존의 교육방식에서 문제되는 점을 모두 제거하고 긍정적인 면들만 취사선택함으로써 이론적 사고력과 실무해결능력을 모두 구비한 로스쿨 졸업생이 배출될 수 있다면 가장 이상적인 모습이 될 것이다. 그러나 현실적으로 이러한 완벽한 모습이 이루어지기는 힘들 것으로 보인다. 시간적 제약도 있고¹⁹⁾ 인적·물적 여건도 부족한 것이 현실이다. 따라서 선택이 불가피하다면 실무적 지식과 능력의 학습보다는 다양성과 비판성을 기초로 하는 논증력, 사고력 등을 기르는 훈련에 보다 중점이 주어져야 할 것이다. 실무지식은 실무현장에서 습득하는 것이 가장 효율적이며,²⁰⁾ 로스쿨 졸업 후 평생 종사하게 될 실무현장에서 실무지식을 습득할 기회가 얼마든지 보장되어 있다. 실무현장에 투입되어 사건해결의 효율성과 성공가능성에 매달리는 상황 하에서는 개방적·비판적 사고능력을 습득하는 것은 불가능하다. 따라서 우선순위를 정하고 단계적으로 필요한 지식과 능력을 습득해가는 모습을 염두에 두어야 할 것이다.²¹⁾ 로스쿨이 다양한 기대와 요구를 받으면서 출발하였지만 너무 많은 것을 한꺼번에 요구할 수는 없으며 '필수적'인 최소한을 얻으려는 시각이 현재로서는 가장 필요하다고 생각한다.

쟁력 - 도전과 대응 -, 2004년, 666면.

- 17) 종래 지속적으로 그 타당성에 대하여 비판받아온 판결들(예컨대 동기설, 법률의 부지이론 등)을 비판하고 이를 극복하기 위하여는 기본이론의 충실한 습득과 비판적 사고능력이 전제가 되어야 할 것이다.
- 18) 이러한 입장은 법학의 학문성 유지와도 연결될 수 있다(류전철, 형법의 구체적 강의방법과 내용, 경북대 법학논고 제28집(2008.6), 194면).
- 19) 로스쿨에서 현재도 비법학전공자 등이 상당한 비중을 차지하고 있고 로스쿨 인가대학의 법학부 폐지로 인하여 앞으로는 더 심화될 것인데, 이들이 기본적인 법학이론을 습득하는 데에도 3년이란 기간은 충분한 것이 아니라고 할 수 있다.
- 20) 김종철, 법학전문대학원에서의 교육내용과 방법에 대한 소견, 동아법학(제37호) 동아대학교 법학연구소, 2005, 297면 이하.
- 21) 참고로 독일은 1차시험 합격후 2년간의 실무수습 후 실시되는 2차 시험에서 공소장이나 판결문 작성 등 실무 처리능력을 시험본다. 최소 8학기 4년간 법과대학을 이수한 자에게 응시자격이 주어지지만 많은 학생이 8학기를 넘어서 평균 10.5학기가 지난 후 시험에 응시한다고 한다.

V. 시험의 난이도 - 시험의 경량화

사례형 시험의 출제방향은 시험의 난이도에 대한 공감대 형성으로부터 출발하여야 할 것이다. 시험의 난이도는 시험의 성격과 밀접하게 관련된다. 기존의 사법시험이 정원에 의한 소수의 선발시험이었다면 변호사시험은 최소한의 능력과 소양을 평가하는 자격시험으로서의 기본성격을 유지하여야 한다는 점에 대하여는 커다란 이견이 없는 것으로 보인다.²²⁾ 변호사시험을 주관하는 법무부도 엄격한 학사관리와 교과과정의 충실한 이수를 통하여 변호사로서의 능력과 자질을 갖춘 학생들이 무난히 시험에 합격할 수 있는 자격시험으로서의 변호사시험을 상정하고 있다.²³⁾ 법학전문대학원을 졸업한 이후 취득하게 되는 변호사시험은 법률사무를 처리할 수 있는 '자격'을 부여하는 것이지 시험합격자 모두가 변호사 개업을 하거나 직접 송무를 처리해야 할 것을 요구하는 것이 아니다. 앞으로의 변호사들은 소송사무에 국한하여 활동하는 것이 아니라, 기업, 정부, 각종 민간단체 등에서 법률문제를 처리하고 국제무대에서 다양한 사건을 해결하는 역할을 하게 될 것이다.²⁴⁾ 변호사시험이 염두에 두는 합격자의 모습은 종래의 사법시험과 사법연수원을 거쳐 곧바로 소송업무에 투입되는 모습이 아니고 그야말로 법률시장에 진출할 수 있는 최소한의 자격과 능력을 갖추고 그 이후는 각자의 활동영역에 필요한 지식과 능력을 스스로 넓혀 나아가는 형태가 되어야 한다.²⁵⁾ 그렇다면 변호사시험은 최대한을 강요하는 무거운 시험이 아니라 최소한의 것을 요구하는 가벼운 시험이 되어야 한다.²⁶⁾

22) 김창록, 한국의 변호사시험제도 : 현황과 방향, 일감법학 제15호, 2009, 11면 이하. 현행 법학전문대학원제도 도입의 단초를 제공한 사법개혁위원회의 건의문에서도 이 점이 확인된다. '변호사시험은 법률가로서의 기본소양 및 자질을 평가하는 시험으로서 법학전문대학원의 교육과정을 충실하게 이수한 경우 비교적 어렵지 않게 합격할 수 있는 시험이 되도록 할 필요가 있다'고 건의하였다(사법개혁을 위한 건의문, 2004.12.31). 변호사시험의 합격정원을 최대 75%로 설정하기로 한 점에서 엄밀한 의미의 자격시험으로 볼 수는 없었지만, 앞으로 변호사 공급과잉 등을 이유로 75%에 크게 못미치는 수준으로 합격인원을 제한하려는 시도가 있을 경우 이에 대한 반론의 근거로서 변호사 시험의 기본성격이 자격시험이라는 점을 미리 확인해 두는 것은 중요한 의미가 있다고 생각한다.

23) 박순철, 변호사시험의 출제기준과 방향, 법무부·한국법학원 공동주최 심포지움 자료, 2011.4.18.

24) 이동진, 법학전문대학원 체제에서의 바람직한 변호사시험의 방향, 국회법제사법위원회, 변호사시험제도에 관한 공청회, 2008.12.1, 80면.

25) 이동진, 앞의 발표문, 81면.

26) 김창록, 앞의 논문, 15면 이하.

여기서 가벼운 시험이 되기 위하여 요구되는 최소한의 것은 어느 정도를 의미하는 지가 문제될 수 있다. 이에 대하여 '변호사시험 문제유형 연구 T/F'는 '변호사시험은 로스쿨 과정을 충실히 이수한 자로서 사법연수원 1년차 정도의 실무능력을 갖추었는지 여부를 검정하는 것이어야 하고, 일정수의 불합격자를 발생시키는 정도의 변별력이 있어야 하며, 과락제도를 두어 법률가로서 최소한 지니고 있어야 할 지식의 최소한을 설정해야 한다'고 제시하였다. 최소한의 것을 요구한다고 해서 아무나 합격할 수 있는 부실한 시험이 되어야 하는 것은 아니라는 점에서 일응 이러한 기준은 타당한 것으로 보인다.²⁷⁾ 다만 T/F가 제시한 사법연수원 1년차 정도의 실무능력을 요구하는 것에는 논란의 소지가 있다. 법무부의 입장에 따르면 '사법연수원 1년차의 의미는 기본법률과목에 대한 기초적 법률지식과 실무능력을 두루 갖춘 수준을 의미하며 현행 사법시험이 다량의 판례암기에 치우치면서 법학교육을 오도하고 있다는 점을 고려하여 빈번하게 발생하는 분쟁유형을 중심으로 확립된 판례와 정립된 학설을 통하여 법률지식의 이해정도 및 적용능력'이라고 하지만 여전히 추상적이다.²⁸⁾ 이에 대하여 사법연수원 1년차에는 이론과 판례의 기본적 이해와 사례적용 능력을 사법시험을 통하여 최소한 검증받은 연수생을 대상으로 연수원내 교육과정을 통하여 실무적용능력을 집중적으로 교육받게 되므로 1년차를 마친 연수생은 적응기간만 거치면 바로 실무에 투입할 수 있을 정도의 실무처리능력을 갖게 되는데, 이 기준을 요구하면 변호사시험의 출제수준이 지나치게 높아지게 될 것이라는 우려를 표명하는 견해가 있으며²⁹⁾ 타당한 주장으로 보여진다.³⁰⁾ 변호사시험 합격자는 사법시험과 사법연수원을 거쳐 배출되는 변호사와는 우선 교육 및 연수기간에 기간에 있어서 큰 차이가 있고, 곧바로 소송업무에 투입을 전제로 하는 사법연수원 졸업생과는 지향점이 다르다는 점에서 과도한 요구라고

27) 변호사시험 합격자들이 앞으로 행정부, 입법부로의 진출도 예상되므로 공무원 7·9급 임용시험보다 변호사시험이 쉽다면 그 배출 인력들이 어 낮은 직급으로 가야한다는 오해가 생길 수 있고, 로스쿨을 통해 돈만 들이면 높은 직급에 갈 수 있다는 잘못된 결과가 생길 수도 있으므로 일정한 정도의 난이도는 유지되어야 한다는 견해로는, 정종섭, 변호사시험 공법과목 출제에 대한 검토, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회, 2009.12.29, 36면.

28) 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회 자료집, 2009.12.29, 7면 ; 전형배, 변호사시험과 상법교육방법론, 『저스티스』 통권 제118호(2010.8), 230면 참조.

29) 전성수, 변호사시험 공법에 대한 토론문, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 토론문, 2009.12.29, 98면.

30) 사법연수원 1년차 정도의 실무능력의 의미가 불분명하고 지나치게 높은 수준을 요구하는 것이란 것이라는 견해로, 명재진, 변호사시험의 문제 출제에 있어서의 쟁점, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 토론문, 2009.12.29, 92면.

볼 수 있다. 그러나 이러한 요구가 이론만을 테스트하는 사법시험과는 달리 일정 수준의 실무능력까지 구비될 것을 요구하는 것이라면 수증할 수 있다고 생각한다. 이론에만 국한된 것이 아닌 실무적 능력까지 요구하는 평가영역에서의 동등성이라면 타당한 것이지만, 수준에서의 동등성까지 요구하는 것이라면 받아들이기 곤란할 것이다.

변호사시험이 가벼운 시험이 되어야 하는 이유는 변호사시험과 로스쿨 교육의 연관성이라는 점에서도 발견된다. 법학전문대학원제도의 도입과 함께 변호사시험은 종래 시험에만 의존하여 소수가 선발되는 사법시험과는 달리 교육에 의한 양성을 통한 자격의 확인이라는 성격을 갖게 되었으며,³¹⁾ 이는 합격자를 결정하는 시험보다는 시험에 합격하기 위한 과정 즉 로스쿨에서의 양성과정으로 무게중심이 바뀌었다는 것을 의미한다. 로스쿨에서의 교육방향에 대하여 다양한 논의가 있었지만, 법률 지식의 단순한 암기가 아니라 법적 논증력, 추리력, 분석·종합력과 같은 법조인으로서의 기본 자질의 형성에 중점을 두어야 하고 ‘국민의 다양한 기대와 요청에 부응’하고 ‘복잡 다기한 법적 분쟁을 전문적·효율적으로 해결할 수 있는 지식과 능력을 갖춘 법조인을 양성’하기 위하여³²⁾ 특성화된 교육이 제공되어야 한다는 점은 분명하다. 그렇다면 이러한 요청에 부합될 수 있는 교육을 할 수 있도록 로스쿨에게 여건을 마련해 주어야 할 것이다. 변호사시험이 지나치게 어렵고 지엽적인 문제의 암기를 요구하게 되면 로스쿨 강의는 기본법 중심의 학원식 강의를 주류를 이루게 되고, 기존의 사법시험의 경험에서 볼 수 있듯이 학생들을 사설학원으로 몰아내게 되어³³⁾ 로스쿨 교육은 파행을 겪게 될 것이며 이는 로스쿨제도 도입의 본래 취지와는 너무도 먼 결과가 될 것이다. 로스쿨 교육방법으로 문답식 교육, 문제해결식 등 여러 좋은 방법 등이 제안된 바 있지만,³⁴⁾ 변호사시험이 어려운 시험으로 인식될 경우 이러한 방법들이 실현될 수 없고 주입식 교육으로 일관될 위험이 있다.³⁵⁾ 법무부 방침대로 변호사시험이 응시생의 75% 합격을 목표로 한다면 상위 75% 수준의 학생이 무난히 쓸 수 있는 문제이어야

31) 변호사시험법도 “변호사시험은 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률에 따른 법학전문대학원의 교육과정과 유기적으로 연계하여 시행되어야 한다”고 하여 이 점을 확인하고 있다(제2조).

32) 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 제2조.

33) 사법시험과 사법연수원의 문제점에 대하여는 김선수, 법학전문대학원의 도입과 사법개혁위원회의 활동, 한림법학 FORUM 제14권, 2004, 12면 이하 참조.

34) 로스쿨 교육방법에 대하여는, 류전철, 앞의 논문, 189면 이하 ; 이승호, 로스쿨(법학전문대학원)에서의 형법강의, 형사법연구 제20권 제3호, 2008, 9면 이하 참조.

35) 아직 변호사시험이 실시되지 않은 현재의 상황에서도, 변호사시험을 염두에 두고 문답식 교육 등이 제대로 시행하기가 힘든 것이 현실이다.

한다. 또한 많은 논란에도 불구하고 변호사시험 성적을 공개하지 않기로 방침을 정한 것도 시험 위주의 교육에서 벗어나 로스쿨 교육의 정상화를 위한 결단이었음을 상기할 필요가 있다.³⁶⁾

VI. 특별법의 출제 여부와 출제 범위·방식

변호사시험에서는 형법과 형사소송법 이외에 21개의 특별법령이 출제범위에 포함되는 것으로 방침이 정해졌다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다. 특별법을 포함시키는 것에 대하여 찬반논란이 있을 수 있으나, 로스쿨 교육이 실무와 동떨어진 것이 되어서는 안된다는 점에서 일단 긍정적인 평가를 받을 수 있다. 즉 우리 법체계상 특별법의 비중이 압도적으로 높고 실무현장에서 특별법이 적용되는 경우가 매우 많다는 점에서 실무능력의 배양과 특별법은 밀접한 관계가 있다고 할 수 있다. 다만 출제에 포함되는 특별법의 범위와 어떠한 방식으로 특별법은 출제의 대상으로 할 것인지에 대하여는 검토가 필요하다. '문제유형 위원회'의 기준에 따르면 특별법에 고유한 쟁점을 물어보는 것이 특별법 출제의 의미라고 한다. 그런데 특별법 즉 특별형법은 형법상 범죄의 구성요건을 세분화하거나 결합시켜서 가중처벌하는 규정과 특수영역의 의무이행을 담보하는 성격을 갖는 규정이 주류를 이루는 것으로 볼 수 있다. 이러한 특별법 영역에서 고유한 쟁점으로 문제가 되는 것은 전자의 경우 일반 형법이론이 특별법에도 적용될 것인지의 여부와 죄수론과 관련되는 것이 많을 것이고, 후자에 있어서는 해당 특수영역의 전문적·기술적인 내용이 될 것이다. 먼저 후자와 관련된 문제는 형사법의 영역을 벗어나거나 아니면 법학의 고유영역에서 취급되기 곤란한 경우가 많을 것이다.³⁷⁾ 전자의 경우는 기본법인 형법이나 형사소송법의 이론과 관련된 내용이 될 것이지만 그 내용이 너무 세부적·지엽적이어서 학생들이 암기의 방법으로 대처하려 할 것이라는 점에서 문제가 된다. 그밖에 특별법 출제 문제로서 예상할 수 있는 것은 특별법의 개별조문을 찾아내서 적용하는 것이 될 것인데, 이 역시 이론적 검토가 아닌 법조문을

36) 기존 변호사시험법(제18조 제1항)에서는 시험응시자가 법무부장관에게 시험성적의 공개를 청구할 수 있도록 되어 있었으나, 시험성적이 공개될 경우 고득점을 위한 과당경쟁 등의 부작용을 고려하여 2011년 7월 법을 개정하여 공개하지 않기로 하였다.

37) 노명선, 형사법문제의 출제방향에 관한 토론문, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회, 2009.12.29, 110면 참조.

신속히 발견하는 기술이 성패를 좌우하게 되어 암기식 공부의 유용한 것이 될 가능성이 높다. 실제로 올해 1월에 법무부가 주관한 제2회 변호사시험 모의시험에서는 특별법과 관련된 문제가 많이 출제되었음은 이미 살펴보았고, 이 범주를 크게 벗어나지 않는 것으로 보인다. 제1문 1번과 3번 문제는 특별법 조문을 찾아 적시하는 것이고, 제1문 2번 문제는 형법과 형사소송법의 기본이론이 특별법에 적용되는지를 묻는 것인데 이론적 다툼 보다는 대법원 판례를 알고 있는 것인지를 묻는 것이었다.

로스쿨 교육이 실무를 외면할 수 없는 상황에서 특별법 문제를 도외시킬 수 없는 것은 분명하다. 그러나 그 출제방식은 로스쿨 교육의 기본취지와 부합되는 것이어야 한다. 응시생들이 경우에 따라서는 난삽한 형태로 규정되어 있는 특별법 조문을 무조건 외워야 하는 부담에서 해방시켜줄 필요가 있다. 사례형 시험에서는 특별법을 항상 염두에 두고 사례를 풀어야 한다는 기본인식을 심어주는 정도에 머무는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 특별법 적용능력은 기록형 시험이나 실무수습과정 등과 같이 실제 사건을 처리하는 과정에서 키우는 것이 더 효과적일 수 있다. 따라서 특별법을 외워서 기계적으로 적용하는 것보다는 사례에 대한 이론적 검토와 다양한 해결가능성을 찾는 능력을 검증하는 것에 사례형 시험의 중점이 두어져야 할 것이다. 종래 형사 재판에서 변호사들이 양형변론에 치우진다는 지적을 받았는데, 조문 암기식 교육으로 이것이 극복될 수 없다. 무죄변론이나 절차상 위법 등을 이유로 하는 형식판결을 요구하는 변론을 기대하기 위해서는 이론적 분석능력이나 사고의 다양성이 전제로 되어야 하는데 암기를 요구하는 교육과 시험에서는 이것이 가능할 수 없다. 그렇다면 변호사시험에서는 특별법 중에서도 적용빈도가 높은 조문을 출제하되³⁸⁾ 그 문항수는 가급적 줄이는 것이 좋을 것이다. 적용빈도가 높은 조문을 미리 공표하는 방식도 고려해 볼 수 있을 것이다. 특별법을 포함하는 경우에도 이론적 검토가 요구되는 사례가 출제가 되는 것이 바람직하다.³⁹⁾ 이 경우 제1회 모의시험에서처럼 특별법을 적시해 주는 것도 좋은 방법이 될 수 있다고 생각한다.

38) 노명선, 앞의 발표문, 110면.

39) 예컨대 음주운전도주치사사건(대판1992.7.28. 92도999)에서는 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반죄(제5조의3 제2항)의 적용 여부가 문제되면서 아울러 과실에 의한 원인자유행위의 인정 여부가 이론적으로 검토되어야 하는데 이러한 방식으로 특별법이 출제범위에 포함되는 것이 바람직할 것이다.

VII. 판례의 활용

해석법학을 기초로 하는 로스쿨의 속성상 판례는 중요한 학습의 대상이 될 수밖에 없다. 이는 변호사시험에도 그대로 이어져 시험 출제에 있어서 판례는 중요한 소재가 되어야 할 것이다. 이는 선택형 시험은 물론 사례형 시험에서도 그대로 타당할 수 있다. 판례는 현실에서 일어난 실제 사건이 그 대상이 된다. 따라서 종래 형사법학에 대한 가혹한 비판의 하나인 현실과 괴리된 이론 중심의 교육 즉 소위 '교과서 법학'이나 '강단법학' 등의 비난에서 탈피할 수 있는 좋은 계기를 제공해 준다. 또한 학생들이 장차 실무에 나아가서도 접할 가능성이 높은 것이기 때문에 판례에 대한 교육이나 출제는 사전 실무교육의 역할을 수행할 수도 있다.

이처럼 판례의 중요성에 대하여 의견을 모은다 해도, 다음으로 출제에 있어서 판례는 어떻게 활용되어야 하느냐는 문제에 부딪치게 된다. 이에 대하여는 판례를 보는 시각이나 판례를 접해온 위치 등에 따라 다양한 의견이 제시될 수 있으나, 우선은 단순 암기식의 출제는 지양되어야 한다는 점을 지적하고 싶다. 로스쿨교육이 기본적으로 실무와 연결되고 실무를 지향하는 학생들에 대한 교육이 주요한 기능이 되어야 하는 것에는 틀림이 없다. 그러나 로스쿨생들은 현재의 실무가가 아닌 미래의 실무가이고 미래의 한국 법조의 수준을 결정하게 된다. 로스쿨에서 판례 추수적인 교육에 급급하거나 단순암기로 변호사시험에서 고득점을 할 수 있다면 법조 수준의 발전은 더 이상 기대할 수 없게 된다. 판례는 추상성을 극복할 수 있게 해주는 좋은 소재일 수 있지만, 그것이 현재의 실무가들이 현장에서 느끼는 권위를 가지고 다가오면 학생들의 사고는 경직되고 암기 기술자만을 양산할 위험성을 내포하고 있다.⁴⁰⁾ 누가 더 많은 판례를 맹목적으로 암기 했는지에 성패가 좌우될 경우 교수의 역할은 판례의 요지를 정리하여 전달하고 이를 제대로 외었는지를 확인하는 역할에 그치고 말 것인데, 이는 로스쿨이 가야할 방향과는 전혀 다른 것이다. 그렇다면 출제의 우선순위는 중요 판례(소위 Leading Case)에 주어져야 한다. 중요 판례(Leading Case) 의미에 대하여는 다툼이 있을 수 있지만,⁴¹⁾ 우선은 이론적 다툼이 많은 사안에 대하여 법원이 입장을 제시함으로써,

40) 이상원, 로스쿨에서의 형사실무 교육방법, 형사법연구 제20권 제3호, 2008

41) 영미에서는 근간이 되는 법원칙을 제시한 판결로서 실질적 구속력을 갖는 것이라고 한다(가정준,

그 사건을 통하여 다양한 이론을 음미해 볼 수 있는 것이 포함될 것이다(예컨대 합동절도의 성격을 판단한 빼끼주점 사건). 그리고 시대적 변화와 요청에 부응하여 이루어진 판결(예컨대 성전환자 강간 사건)도 이에 해당할 것이다.⁴²⁾ 이러한 판례들을 활용하여 단순한 결론만 제시하도록 하는 것이 아니라 다양한 이론들을 검토하거나 시대적 요청을 되새겨 보는 형태로 출제가 이루어진다면 로스쿨의 기본취지에도 부합하는 것이 될 것이다.⁴³⁾ 또한 출제의 대상이 되는 판례가 반드시 다수설의 결론에 따른 것이어야 할 필요는 없고, 학설상 비판을 받거나 이론적 검토의 여지가 많은 판결들도 출제의 대상으로 고려되어야 한다.⁴⁴⁾ 그리고 판례에 나타난 사실관계를 통하여 이론적 분석능력을 테스트할 수 있는 판결들도 출제에 포함될 수 있을 것이다.⁴⁵⁾

VIII. 문제 유형

문제유형 T/F는 형법과 형사소송법의 통합형 문제를 최소한 1문제 이상 출제하기로 하였으나 문제유형 위원회는 통합형 2문제를 출제하기로 정하였다. 이에 따라 2차

법학교육에서 Leading Case의 의미, 민사법학 제44호, 2009.3, 73면 이하).

- 42) 영미에서는 시대적 전환을 반영하는 법원리를 제시한 판결을 Landmark Case라고 하여 Leading Case와 구분한다고 한다(가정준, 앞의 논문, 76면). 우리의 경우, 판례변경이 이루어지는 전원합의체 판결이 여기에 해당하는 것이 많을 것이다.
- 43) 특히 특별법 문제를 출제할 경우 해당 조문에 대법원 판결이 있느냐가 중요한 것이 아니라 그 판결이 얼마만큼 중요한 것인지까지 판단하여 출제가 이루어져야 할 것이다. 따라서 제2회 변호사모의시험의 제2문의 1에서 자동차 문을 열다가 교통사고를 낸 것이 특가법 적용의 대상인지를 묻는 것은 암기식 판례학습을 요구하는 것으로서 바람직한 문제로 보이지는 않는다.
- 44) 예컨대 동기설을 따른 판결, 법불의 부지에 관한 판결들은 통설의 지지를 받고 있지 못하지만 출제 사례로서 좋은 것이 될 수 있을 것이다.
- 45) 재물을 절취하다 집주인에게 발각되어 누골절 등 전치 3개월의 중상을 가하는 폭력에 대항하여 솔뚜껑으로 방어하는 과정에서 주인에게 가벼운 상처를 가한 사건(소위 솔뚜껑 사건)에서 대법원은 과실치상죄를 인정하였다(대판1990.4.24. 90도193). 여기서 판례의 결론만을 중시하면 과실치상죄를 제시한 답안은 좋은 점수를 받을 것이다. 그러나 이 사건에서는 정당방위, 긴급피난 등 위법성 조각(정당방위, 긴급피난, 정당방위)의 여지가 있기 때문에 이에 대한 검토까지 이루어져야 좋은 점수를 주는 것이 타당할 것이다. 또한 앞에서 제시된 음주운전도주치사사건(대판1992.7.28. 92도999)에서 판례는 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반죄(제5조의3 제2항)를 인정하였는데, 이는 기계적으로 특가법을 적용한 것으로서 원인자유행위의 관점에서 이론적 검토를 하게 되면 특가법 적용이 곤란하게 되기 때문에 판례와는 다른 결론이 나올 수 있고 이러한 이론적 분석과 검토를 판례를 통하여 검증하는 방식으로 출제가 이루어지는 것이 바람직하다.

례의 모의시험에서는 모두 통합형만이 2문제가 출제되었다. 변호사로서 소송업무를 수행하려면 실제적 절차적 쟁점 모두에 대한 판단이 필요하기 때문에 통합형 문제의 출제는 바람직한 방향이라고 할 수 있다. 통합형 출제에 대하여 다른 법분야의 경우 상당한 논란이 지속되고 있는 것과는 달리⁴⁶⁾ 형사법의 경우 실제법과 절차법이 밀접하게 연관되어 있고 대부분 교수나 실무가가 강의나 연구에서 양분야를 겸하고 있기 때문에 비교적 무난하게 통합형을 수용할 수 있는 여건이라고 할 수 있다.

다만 통합형 문제로만 모두 출제되는 것에 대하여는 논란이 있을 수 있다. 문제유형 위원회의 내부 논의과정에서도 분리형 문제의 필요성이 주장되었다고 한다. 즉 형법과 형사소송법에 고유한 기본적인 논의를 숙지하기 위하여 통합형 1문제에 1시간, 형법 1문제에 1시간, 형사소송법 1문제에 30분 정도의 배분으로 출제하자는 의견이 있었다고 한다.⁴⁷⁾ 그러나 이러한 견해는 소수에 그치고, 선택형 문제가 실질적으로 논술식에 가까울 정도로 출제되는 경향 하에서는 선택형 문제가 분리형 문제를 대신할 수 있기 때문에 분리형 문제는 불필요하다는 점 등을 이유로 통합형 문제만을 출제하는 것으로 귀착된 것 같다. 여기서 개인적으로는 분리형 문제의 출제에 대하여도 개방적인 자세가 필요하다고 생각한다. 통합형 문제에 대한 준비가 철저하지 못한 상태에서 억지로 통합형에 치중하다 보면 부자연스러운 문제가 제시될 수 있고, 통합형 문제라 해도 사실상 형법 문제와 형사소송법 문제를 물리적으로 병렬시킨 것에 불과한 것이 될 수 있는데, 이를 통합형이라고 평가할 수 있는지도 의문이다.⁴⁸⁾ 형법의 적용범위나 죄형법정주의와 같은 분야는 행위자의 죄책을 다루는 문제 못지 않게 중요하지만 통합형으로 출제되기에는 적당하지 않은 점이 있고, 행위자의 죄책과 관련하여서도 실제적으로나 절차적으로 그 자체로서 중요하지만 통합형으로 구성하기가 쉽지 않아 배제되는 경우도 있을 수 있다. 따라서 통합형 2문제 출제를 철칙으로 생각할 필요는 없고 경우에 따라서는 개별법 문제도 출제할 수 있도록 하는 탄력적 운용이 필요하다고 생각한다. 아직 통합형 문제에 대한 대비가 충분하지 못한 초기 단계에서는 그 필요성이 더 크다고 할 수 있다.

46) 명재진, 앞의 발표문, 94면 이하 참조.

47) 이상원, 앞의 발표문, 61-62면.

48) 실제법과 절차법이 불가분적으로 결합된 경우로서 합정수사의 경우와 경찰관의 위법한 체포에 대한 저항의 경우 등이 있지만 이에 해당하는 예는 그리 많아 보이지는 않는다.

IX. 기 타

1. 질문 형태

문제유형 T/F와 문제유형 위원회는 변호사시험의 질문 형태로 논점추출형, 쟁점제시형, 주장제기형의 다양한 형태로 출제되도록 방침을 정하였고, 실제로 모의시험에서 여러 형태가 제시되었다. 제1회 시험의 경우 총 4문제 중에서 논점추출형 2문제, 쟁점제시형 1문제, 주장제기형 1문제가 출제되었고, 제2회 시험에서는 총 8개의 질문 가운데 논점추출형 3개, 쟁점제시형 4개, 주장제기형 1개가 출제되었다. 분석력과 추론능력을 배양하고 실무에서 사건처리를 염두에 둔다면 이러한 다양한 형태의 질문을 하는 것은 바람직한 것으로 평가할 수 있을 것이고, 앞으로 더 다양한 형태의 질문 형태의 개발이 필요하다고 생각한다.

2. 개별영역의 출제 비중

시험 출제시 형법과 형사소송법, 그리고 형법안에서 총론과 각론, 형사소송법 안에서 수사와 공판·증거 등 각 영역별 출제의 비중이 문제될 수 있다. 선택형의 경우 문제유형 위원회가 숫자로 그 비율을 제시하였지만,⁴⁹⁾ 사례형의 경우 그만큼 민감하게 생각할 필요는 없을 것이다. 사례형 문제에서는 각 영역이 상호 밀접하게 연관되어 숫자로 비율을 나타내는 것이 곤란한 경우가 종종 있기 때문에 각 영역을 골고루 포함시키도록 한다는 정도의 기준으로 만족할 수 있을 것이다.

3. 지문의 길이·형태

문제유형 위원회는 지문의 길이를 기존의 사법시험보다는 길게 하기로 정하였다. 2차례의 모의고사에서도 기존의 사법시험보다 분량이 늘어난 것을 알 수 있다. 앞으로 통합형 문제가 출제되고 실무능력을 배양한다는 점에서 이는 바람직하다고 할 수 있다. 다만 한 문장이 지나치게 길고 주어와 술어를 파악하기 곤란할 정도의 장문으로

49) 형법과 형사소송법의 비중을 6:4, 총론과 각론의 비중을 6:4로 제시하였다.

출제하는 것은 피해야 할 것이다. 또한 중간단계를 지나치게 생략한 비약적인 지문을 피하고 가급적 상세하고 친절한 설명을 통하여 응시생들이 문제를 용이하게 파악할 수 있도록 응시행의 시각에서 출제하는 배려가 필요 할 것이다.

X. 마침글

변호사시험이 어떠한 유형과 형태로 출제되느냐는 우리 로스쿨의 성패에 지대한 영향을 미칠 수 있다는 점에서 그 출제방향에 대한 검토는 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 로스쿨 교육방향에 대한 논란과 같은 맥락에서 변호사시험의 출제방향에 대하여도 앞으로 많은 논란이 있을 것으로 예상된다. 이론지향적인 입장과 실무지향적인 입장의 차이는 쉽게 좁혀지지는 않을 것으로 보인다. 특히 법무부가 주관하는 2차례의 모의시험을 통하여 변호사 시험 나아가 로스쿨 교육에 대한 인식과 기대에 상당한 격차가 있음을 확인할 수 있었다. 그러나 분명한 것은 실무지향을 넘어 실무편향에까지 이르는 것은 곤란하고 또한 이론을 중시한다고 해서 종래 사법시험의 일부 문제에서처럼 지엽적이고 세세한 이론까지 답안에 요구하는 것도 바람직하지 않다는 점이다. 이러한 인식을 바탕으로 양자간의 견해차를 좁히려는 다양한 노력이 시도되어야 할 것이다. 이처럼 커다란 문제 이외에도 변호사시험과 관련하여 풀어야 할 과제는 산적해 있다. 변호사 시험과 직결되는 표준 교육과정의 문제, 채점자에게 어느 정도 재량을 부여하느냐는 채점기준의 문제, 로스쿨의 취지에 맞는 다양한 사례유형의 개발 등이 그것이다. 이들 문제는 일회적 노력으로 쉽게 해결되지는 않을 것이고 지속적인 논의를 통하여 해결이 기대될 수 있을 것이다. 이러한 요청에 부응하여 형사법학회 차원에서도 변호사시험과 관련한 연구위원회를 구성하여 대안을 찾으려는 노력이 있어야 할 것이고, 이러한 노력들을 통하여 성공적인 변호사시험과 로스쿨교육이 조기에 정착될 수 있을 것이다.

* 주제어 : 변호사시험, 로스쿨 교육, 형사법 사례형 시험, 비판적 사고

* 논문접수 : 2011.8.28. * 심사개시 : 2011.9.4. * 게재확정 : 2011.9.17.

[참고문헌]

- 가정준, 법학교육에서 Leading Case의 의미, 민사법학 제44호, 2009.3
- 김선수, 법학전문대학원의 도입과 사법개혁위원회의 활동, 한림법학 FORUM 제14권, 2004
- 김중철, 법학전문대학원에서의 교육내용과 방법에 대한 소견, 동아법학(제37호) 동아대학교 법학연구소, 2005
- 김창록, 도움닫기 거리와 바(bar)의 높이는 맞는가?-일본의 사법시험제도-, 일감법학 제15호, 2009
- 김창록, 한국의 변호사시험제도 : 현황과 방향, 일감법학 제15호, 2009
- 노명선, 형사법문제의 출제방향에 관한 토론문, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회, 2009.12.29
- 류전철, 형법의 구체적 강의방법과 내용, 경북대 법학논고 제28집(2008.6)
- 마쓰히사 미요히코(권경은 역), 일본의 신사법시험과 법과대학원 교육의 방법론, 경북대 법학논고 제32집, 2010.2
- 명재진, 변호사시험의 문제 출제에 있어서의 쟁점, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 토론문, 2009.12.29
- 박상기, 로스쿨 도입과 법학교육, 사단법인 한국법학교수회 : 한국법학교육과 법조실무의 국제경쟁력 - 도전과 대응 -, 2004년
- 박순철, 변호사시험의 출제기준과 방향, 법무부·한국법학원 공동주최 심포지움 자료, 2011. 4. 18
- 이동진, 법학전문대학원 체제에서의 바람직한 변호사시험의 방향, 국회법제사법위원회, 변호사시험제도에 관한 공청회, 2008.12.1
- 이상원, 형사법 문제유형 연구위원회 형사법 문제의 출제방향, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회 자료, 2009.12.29
- 이상원, 로스쿨에서의 형사실무 교육방법, 형사법연구 제20권 제3호 (2008 가을·통권 제36호)
- 이승호, 로스쿨(법학전문대학원)에서의 형법강의, 형사법연구 제20권 제3호, 2008
- 전성수, 변호사시험 공법에 대한 토론문, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 토론문, 2009. 12. 29
- 전형배, 변호사시험과 상법교육방법론, 『저스티스』 통권 제118호(2010. 8)

정종섭, 변호사시험 공법과목 출제에 대한 검토, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회, 2009. 12. 29

최세훈, 변호사시험 시행관련 추진 경과, 법무부, 변호사시험의 실시방안에 관한 공청회 자료, 2009. 12. 29

刑事系科目論文式試験の問題は解説, 新司法試験の問題は解説, 別冊 法學セミナー 203호, 2010

[Abstract]

Some Suggestions for Making Questions of Essay Type Bar Examination of Criminal Law and Criminal Procedure

Kim, Jae-Bong*

After a lot of debate, law school system similar to that of american law school has been introduced in Korea, now we come close to the first bar examination. The type, level and any other criteria of the bar examination is very important, because it will determine the future direction of the law school education.

The purpose of this paper is to think over some desirable criteria for making questions of essay type bar examination of criminal law and criminal procedure. Due to the close relation of law school education and bar examination, a discussion is to start from the ideal type of a jurist, that should be sought after in law school education. The judicial practice has been until now criticised, the jurists(including judges, prosecutors and lawyers) memorize unconditionally judicial precedents and laws and regulations and apply them to the facts automatically or mechanically. The education and training of the law school should be based on the reflection on the past established practice. Therefore we should discuss, how the law school students can develop the ability of critical consideration on the existing judicial practices. So we should emphasis on logical argumentation, critical thinking, creative consideration, humanity and ethical mind and so on in the newly introduced education system. The questions of the bar examination should be made in relation with these abilities.

* Professor, Hanyang University, School of Law

The degree of difficulty of the bar examination is another theme of the discussion. It is my opinion that the exam should not be too difficult. If the questions are too complicated and difficult, the law school will depend on teaching and learning by rote. It is far from the initial goal of new law school system. The bar examination is to be qualification test, that measures the minimum ability of lawyers. It has been also debated up to now, special laws are to be included in the exam, if so, how much proportion special laws should take in the exam. Our current law system does not allow us to solve the cases without special laws, so they can not completely be excluded. However there is no choice for students but memory of them, if they are the main subject of examination. So we should keep the ratio of the special laws in the exam to the minimum. We have also discussed, how we use judicial precedents in the exam. In my opinion, the questions are to be made on the basis of leading cases. Moreover precedents should be used in the way, not how much students memorize, but how students analyse and criticise them. There are so many another issues to consider as to the bar exam. We should continue to discuss all these themes, so we can reduce the trial and errors and settle the law school system as early as possible.

* Key-words : Bar Examination, Law School Education, Essay Type Bar Examination of criminal law, critical thinking