

# 항 고 장

## 항 고 인 1. 이희범

서울 종로구 인사동5길 42, 종로빌딩 3층

## 2. 전민정

서울 종로구 인사동5길 42, 종로빌딩 3층

항고대리인 법무법인 가우

담당변호사 이경환

고양시 화정로 53번길, 701호(화정동, 새롬프라자)

(전화: 031-964-0291 Fax: 031-964-5214)

피항고인 문재인 (대한민국 대통령)

## 항 고 취 지

항고인은 피항고인의 내란선동(형법 제90조 제2항), 여적(동법 제93조), 일  
반이적(동법 제99조), 반국가단체 등 찬양고무 및 활동동조(국가보안법 제7조  
제1항, 제5항)에 관한 이 사건 각하처분에 불복하여 항고를 제기합니다.

## 항 고 이 유

### 1. 검사의 불기소처분 요지

#### 가. 내란선동 관련

검사는 피항고인이 “헌법재판소가 박근혜 전 대통령의 탄핵심판 사건에 대하여 기각 결정을 내린다면 혁명 밖에 없다” 라고 말함으로써 ‘혁명’ 을 언급하였다고 하더라도, 피항고인이 ‘혁명’ 을 언급한 발언만으로는 피항고인이 국헌을 문란하게 할 목적으로 내란에 이를 정도의 폭력적인 행위를 선동하였다고 보기 어렵다고 하여 피항고인의 행위가 내란선동에 해당하지 않는다고 하고 있습니다.

#### 나. 여적, 일반이적, 국가보안법위반(찬양·고무등) 관련

검사는 피항고인이 대통령의 지위에서 추진한 남북정상회담, 판문점 선언, ‘판문점 선언 이행을 위한 군사분야합의’ 는 대통령의 정당한 직무 집행이라고 봄이 상당하다면서 피항고인의 일련의 행위가 여적, 일반이적, 국가보안법 위반에 해당하지 않는다고 보고 있습니다.

#### 다. 국가보안법위반(찬양·고무등) 관련

검사는 피항고인이 대통령으로서 제주 4.3추념사 내지 광복절 기념사에서 한 발언이 국가보안법 위반 구성요건에 해당하지 않는다고 보아 이 사건 불기소처분을 하였습니다.

## 2. 항고인의 주장 요지

### 가. 내란선동 관련

피항고인은 국헌문란의 목적을 가지고 ‘헌법재판소가 탄핵 기각결정을 내린

다면, 혁명밖에 없다’ 는 발언을 하여 그 자체로 폭력적 상황과 위협성을 내포하는 ‘혁명’ 을 언급하는 방법으로 불특정 다수인에게 자극을 주었고, 이를 통해 청와대, 국회, 헌법재판소 등을 강압하여 국가기관의 정상적인 기능을 사실상 불가능하게 하였으므로 내란선동죄로 처벌되어야 합니다.

#### **나. 여적, 일반이적, 국가보안법위반(찬양·고무등) 관련**

피항고인은 남북정상회담, 판문점 선언, ‘판문점 선언 이행을 위한 군사분야 합의’ 를 하여 대통령 직무 수행의 한계를 벗어나 대한민국의 이익에 반하고 북한을 이롭게 하였으므로 여적, 일반이적, 국가보안법 위반으로 처벌되어야 합니다.

#### **다. 국가보안법위반(찬양·고무등) 관련**

피항고인은 제주 4.3사태 등에 관하여 반국가단체인 북한 및 공산주의자 등의 활동과 일치하는 내용의 발언을 하여 반국가단체의 활동에 동조하였으므로 국가보안법 위반으로 처벌되어야 합니다.

### **3. 피항고인의 내란선동**

#### **가. 형법 제90조 제2항 내란선동의 구성요건과 법리**

내란선동은 국헌문란을 목적으로 하는 폭동에 대하여 고무적인 자극을 주는 일체의 행위를 말하며(74도3510), 형법 제90조 제2항은 내란죄를 범할 것을 선동 또는 선전하는 경우, 예비·음모와 같은 형으로 처벌하고 있습니다.

위 구성요건 중 ‘국헌문란의 목적’은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명사항에 속하나, 확정적 인식임을 요하지는 아니하며, 다만 미필적 인식이 있으면 족합니다.

그리고 ‘선동’은 불특정 다수인에게 자극을 주어 내란행위의 실행을 촉구하는 행위를 의미합니다. 이때 선동을 처벌하는 근거는 선동행위 자체의 위험성과 불법에 있는 것이며, 내란 실행행위의 구체적 내용이 제시되거나 실행행위로 나아갈 개연성이 요구되는 것은 아닙니다(2014도10978).

나아가 내란선동죄는 내란이 실행되는 것을 목표로 선동함으로써 성립하는 독립한 범죄이고, 선동으로 말미암아 피선동자들에게 반드시 범죄의 결의가 발생할 것을 요건으로 하지 않습니다.

## 나. 관련 판례

“내란선동죄는 내란이 실행되는 것을 목표로 선동함으로써 성립하는 독립한 범죄이고, 선동으로 말미암아 피선동자들에게 반드시 범죄의 결의가 발생할 것을 요건으로 하지 않는다. 즉 내란선동은 주로 내란행위의 외부적 준비행위에도 이르지 않은 단계에서 이루어지지만, 다수인의 심리상태에 영향을 주는 방법으로 내란의 실행욕구를 유발 또는 증대시킴으로써 집단적인 내란의 결의와 실행으로 이어지게 할 수 있는 파급력이 큰 행위이다. 따라서 내란을 목표로 선동하는 행위는 그 자체로 내란예비·음모에 준하는 불법성이 있다고 보아 내란예비·음모와 동일한 법정형으로 처벌되는 것이다. 내란선동죄에서 ‘국헌을 문란할 목적’이란 ‘헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것(형법 제91조 제1호)’ 또는 ‘헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것(같은 조 제2호)’을 말한다. 국헌문란의 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에

요구되는 초과주관적 위법요소로서 엄격한 증명사항에 속하나, 확정적 인식임을 요하지 아니하며, 다만 미필적 인식이 있으면 족하다. 그리고 국헌문란의 목적이 있었는지 여부는 피고인들이 이를 자백하지 않는 이상 외부적으로 드러난 피고인들의 행위와 그 행위에 이르게 된 경위 등 사물의 성질상 그와 관련성 있는 간접사실 또는 정황사실을 종합하여 판단하면 되고, 선동자의 표현 자체에 공격대상인 국가기관과 그를 통해 달성하고자 하는 목표, 실현방법과 계획이 구체적으로 나타나 있어야만 인정되는 것은 아니다. 또한, 형법상 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행·협박을 말하는 것으로서, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이며, 그 정도가 한 지방의 평온을 해할 정도의 위력이 있음을 요한다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 판결).”

#### 다. ‘혁명’의 문언적 의미

피항고인이 언급한 ‘혁명’이라는 단어는 문어적으로 이전의 관습이나 제도, 방식 따위를 단번에 깨뜨리고 질적으로 새로운 것을 급격하게 세우는 일, 또는 헌법의 범위를 벗어나 국가 기초, 사회 제도, 경제 제도, 조직 따위를 근본적으로 고치는 일을 의미합니다.

역사적으로 지금까지 발생한 여러 혁명들은 기존 체제의 붕괴, 국가기관이 전복, 정부의 소멸과 권력집단의 교체, 행정시스템의 급격한 변화와 사회 혼란을 야기하였으며, 시간이 지난 후 역사적 평가에 따라 혁명이 아닌 쿠데타 또는 반란으로 인정되기도 하였습니다.

#### 라. 이 사건 피항고인의 내란선동

이처럼 혁명은 그 의미 자체로 국가 체제의 붕괴와 사회적 혼란을 유발하는 내란을 포함하고 있으며, 정치적 상황에서 일반적으로 쉽게 쓰일 수 있는 단어가 아닙니다.

특히 피항고인이 위와 같이 언급하였던 2017년의 상황은 박근혜 전 대통령에 대한 탄핵심판이 진행 중인 상황으로 대한민국 역사상 유례가 없는 초유의 위기 사태였기 때문에, 피항고인의 ‘혁명’ 언급은 국민들에게 미치는 영향력이 매우 크고 더욱 부적절한 것이었습니다.

그럼에도 불구하고 피항고인은 그 자체로 폭력적 상황과 위험성을 내포하는 ‘혁명’을 언급하는 방법으로 불특정 다수인에게 자극을 주어 촛불정국을 강화시킴으로써, 청와대, 국회, 헌법재판소까지 겁박하고 국가기관의 정상적인 기능활동을 사실상 불가능하게 하였습니다.

따라서 피항고인은 헌법재판소의 탄핵심판이 이루어지는 와중에 ‘헌법재판소가 탄핵 기각결정을 내린다면, 혁명밖에 없다’는 발언을 하여 대중의 심리상태에 영향을 주어 국민들을 선동하였으므로 내란선동죄로 처벌되어야 합니다.

#### 4. 피항고인의 여적, 일반이적, 국가보안법위반(찬양·고무등)

##### 가. 대통령의 직무범위의 한계

헌법 제66조 제2항은 ‘대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다.’고 하여 대통령의 영토보전 및 헌법수호 의무를 규정하고 있으며, 헌법 제84조는 ‘대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다.’고 하여 재직 중에

도 내란 또는 외환의 죄로 처벌받을 수 있음을 규정하고 있습니다. 이와 같은 헌법의 규정을 종합하여 볼 때, 현행 헌법은 대통령의 직무수행 한계로 영토보전 및 헌법수호의 의무에 반하여 내란 또는 외환의 죄에 해당할 수 있는 직무를 수행할 수 없다고 규정하고 있다고 해석되어야 할 것입니다.

그러므로 피항고인이 수행한 남북정상회담, 판문점 선언, 판문점 선언 이행을 위한 군사분야합의는 헌법상 대통령의 평화통일을 위한 성실의무, 영토의 보전 및 국가의 계속성 수호책무에 기반하여 남북(한반도) 평화를 정착시키기 위한 대통령의 정치적 활동의 일환으로 수행된 것이라 하더라도 위와 같은 헌법적 한계 내에서 수행되어야 합니다.

#### 나. 피항고인의 헌법적 한계를 벗어난 직무수행

피항고인은 2018년 국방부장관 송영무로 하여금 북한과 9.19 남북군사분야합의를 체결하게 하는 방법으로 국가안보를 위협에 빠뜨렸습니다. 위 합의는 고정익 항공기, 무인기 등에 대한 비행금지구역 설정을 한국군의 정보능력과 정밀타격능력을 제약하고, NLL 남쪽 85km까지 평화수역을 설정하고 수역 내 포격훈련을 중지하도록 하여 한국군의 전쟁대비능력을 약화하였습니다. 그리고 한강과 임진강 하구를 공동이용수역으로 설정하여 북한군 특수부대에 의한 침입 위협을 증가시키고, 비무장지대에 감시초소, 대전차장애물, 지뢰, 해안 철조망을 제거하도록 하여 북한군의 기습공격에 대한 대비능력을 약화하였습니다.

피항고인은 국가안보를 해치지 않는 한계 내에서 평화통일을 위한 일련의 직무를 수행하여야 함에도 불구하고, 위와 같이 대한민국 국군의 군사능력을 약화시키는 합의를 진행함으로써, 6.25전쟁 이후 휴전 상황 속에서 70년간 대치중이며 현실적으로 대한민국을 상대로 군사적 위협을 가하고 있는 적국 북한에게 유·무형의 군사적 이익을 제공하고, 북한과 합세하여 대한민국에 항적하였

습니다.

#### 다. 피항고인의 여적, 일반이적, 국가보안법위반(찬양·고무등)

따라서 피항고인이 추진한 남북정상회담, 판문점 선언, ‘판문점 선언 이행을 위한 군사분야합의’는 위와 같이 헌법이 규정하고 있는 대통령 직무 수행의 한계를 벗어나 대한민국의 이익에 반하고 현실적으로 군사적 위협 등을 가하고 있는 북한을 이롭게 하는 행위이므로, 피항고인은 여적, 일반이적, 국가보안법 위반으로 처벌되어야 합니다.

### 5. 피항고인의 국가보안법위반(찬양·고무등)

#### 가. 국가보안법 제7조 제1항의 구성요건

국가보안법 제7조 제1항은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조한 자를 처벌하고 있으며, 여기에서 말하는 ‘동조행위’라고 함은 반국가단체 등의 선전·선동 및 그 활동과 동일한 내용의 주장을 하거나 이에 합치되는 행위를 하여 반국가단체 등의 활동에 호응·가세하는 것을 말합니다(2013도12276).

우리 대법원은 북한을 대한민국의 자유민주주의 체제를 전복하고 적화통일노선을 추구하는 반국가단체로 보고 있으며, 따라서 반국가단체인 북한 또는 공산주의자들의 활동과 동일한 내용의 주장을 하거나 이에 합치되는 행위를 하여 반국가단체의 활동에 호응하는 것은 명백히 국가보안법 위반에 해당하는 행위입니다.



## 나. 관련 판례

“지금의 현실로는 북한이 여전히 우리 나라와 대치하면서 우리 나라의 자유민주주의 체제를 전복하고자 하는 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있고, 그들 내부에 뚜렷한 민주적 변화도 보이지 않고 있는 이상, 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다고 보아야 하고, 남북정상회담의 성사 등으로 바로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다거나 국가보안법의 규범력이 상실되었다고 볼 수는 없다(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도7281 판결).”

## 다. 제주 4.3사태의 성격

제주 4.3 사태는 해방 이후 남북이 분단되고 대립하는 과정에서 제주도에서 남로당원들이 일으킨 무장소요사태입니다. 남로당원들은 공산주의 사상에 기반하여 대한민국 정부수립을 부정하고, 자신들의 목적을 이루기 위하여 무장을 한 채로 제주도 내 공공기관과 민간주택을 습격하였습니다. 미군정 측은 당시 남로당원들의 무장봉기를 치안상황으로 간주하였으며, 경찰 및 국방경비대가 제주도 내 혼란스러운 상황을 안정화시키기 위해 이들을 진압한 것입니다. 이러한 과정 속에서 무고한 제주도민들이 희생되었으나, 이 사건의 본질은 자유민주주의 대한민국 정부수립에 반하고 북한의 지령을 받은 공산주의 세력의 폭거입니다.

## 라. 피항고인의 국가보안법위반(찬양·고무등)

피항고인은 2018년 및 2020년 제주 4.3 사건 추념사에서 “이념은 단지 학살을 정당화하는 명분에 불과했습니다. ... 아직도 낡은 이념의 굴절된 눈으로

4.3을 바라보는 사람들이 있습니다. ... 낡은 이념의 틀에 생각을 가두는 것에서 벗어나야 합니다.” 라는 취지로 발언하고, 2017. 8. 15. 광복절 행사에서 “1948년 8월 15일은 건국일이 아니다.” 라는 취지로 발언을 하여, 북한 및 공산주의자들이 선전하는 내용에 합치하는 발언을 하였습니다.

따라서 피항고인이 제주 4.3사태 등에 관하여 발언한 내용들은 대한민국 정부 수립에 반하여 무장봉기를 일으킨 남로당을 비롯하여 북한, 공산주의자 등 반국가단체의 활동에 동조한 것으로 보아야 하며, 피항고인은 국가보안법 위반으로 처벌되어야 합니다.

## 6. 결론

위와 같이 피항고인의 행위들은 모두 내란선동, 여적, 일반이적, 국가보안법위반(찬양·고무등)의 구성요건에 해당하므로 이 사건 불기소처분은 부당하오니 재수사를 명하여 주시기 바랍니다.

2021. 1. 6.

위 항고인들의 항고대리인  
법무법인 가우  
담당변호사 이경환

**서울고등검찰청 귀중**