creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

중국 '일국양제'의 홍콩특별행정구 적용에 대한 법적 연구

- 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 중심으로 -

2023년 2월

서울대학교 대학원

헌법(통일법) 전공

전 령 현

중국 '일국양제'의 홍콩특별행정구 적용에 대한 법적 연구

- 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 중심으로 -

지도교수 이 효 원

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 대학원

법학과 헌법(통일법) 전공

전 령 현

전령현의 박사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원 장	전 종 익	(인)
부위원장	강 광 문	(인)
위 원	전 상 현	(인)
위 원	김 병 기	(인)
위 원	이 효 원	(인)

국문초록

중국 '일국양제'의 홍콩특별행정구 적용에 대한 법적 연구
- 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 중심으로-

일국양제란, '일국(사회주의-중화인민공화국)'이라는 하나의 국가 안에서 '두 제도(사회주의 제도와 자본주의 제도)'가 공존하는 것을 의미한다. '일국양제' 통일원칙이 처음으로 제기된 것은 대만과의 통일문제를 해결하기 위함이였는데, 중국공산당 정부는 이론적 및 추상적인 단계에서 이를 평화통일정책으로 확정하였다. 그러나 현실적인 이유로 일국양제는 결국 홍콩(1997)지역에 가장 먼저 적용 및 실시되었다. 그 과정에서 일국양제 정책은 이론에만 그치지 않고 최종 법제화로 이어졌으며, 그 결과 중국헌법 제31조에 근거하여 홍콩특별행정구가 설치되었다. 또한「홍콩특별행정구기본법」도 중국 최고입법기관인 전국인민대표대회에서 통과 및 시행되었다. 여기서 홍콩기본법은 홍콩특별행정구의 헌법성적 격을 가진 법률이라고 할 수 있으며 홍콩특별행정구에서 발생되는 모든 사무는 본 기본법을 근거로 처리한다고 규정되었다. 이로써 중앙은 홍콩에 고도의 자치권한(행정관리권, 입법권과 사법권 및 종심권)을 부여하였고, 이로 인해 홍콩은 기존 자본주의 제도와 법체계를 50년 동안 그대로 유지할 수 있게 되었다. 그러나 홍콩의 외교권과 국방권 등 '하나의 중국' 원칙을 명확히 하기 위한 권한은 모두 중앙에 귀속된다. 그러므로 일국양제 하에서 홍콩특별행정구는 어디까지나 고도의 자치권을 가지고 있는 중국의 특수한 지방행정구역 중 하나라고 할 수 있다.

모든 권력이 중앙에 집중되어 있는 단일제 국가인 중국에 있어 홍콩 특별행정구 설치와 기본법의 제정은 중국의 전통적인 헌법이론에 큰 변화를 주었다고 볼 수 있다. 무엇보다 홍콩특별행정구는 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받은 특수한 지위에 있는 지방정부이며, 홍콩특별행정구의 권한범위는 중국대륙의 일반 지방정부보다 크고 중앙정부의 권한보다 작다. 일국양제 나아가 홍콩기본법의 안정적인 실행을 보장하려면, 중앙이 가지고 있는 권한과 홍콩특별행정구가 가지고 있는 권한을 어떻게 배분할 것인지가 가장 중요한 문제라고 할 수 있다. 이에 대한 답을 찾으려면 우선, '일국양제'로 인해 중국 헌법상 국가구조에 어떤 변화가 나타났는지, 헌법과 홍콩기본법의 관계는 어떠한지를 보아야 할 것이다. 따라서 홍콩기본법상 중앙의 권한 및 홍콩특별행정구의 권한에 대한 규정을 정리 및 검토할 필요성이 있다고 보았다.

이 논문을 총 5개 장으로 구성하였다. 제2장에서는, 중국과 특구별행정구의 규범적 의미를 명확히 하기 위하여 먼저 '일국양제' 정책의 형성과 그 주요내용을 자세히 정리하였다. 제3장에서는, 홍콩과 마카오가 중국으로 반환되는 과정에서 '일국양제' 정책이 법제화로 이어졌고, 그 결과 헌법에 근거하여 중국에 특별행정구가 설치되었으며 잇따라 특별행정구기본법이 제정되면서 홍콩 및 마카오의 헌법적 지위가 형성되는 제반 과정에 대해 설명하였다. 이런 헌법적 변화는 중앙과 특별행정구의 관계에 변화를 주었으므로 중국헌법과 특별해정구기본법의 관계를 살펴볼 필요성이 있다고 판단하였다. 제4장에서는 중앙과 홍콩특별행정구의 권한 구분의 기준을 살펴보았고, 해당 기준과 원칙을 바탕으로 중앙의 권한과 홍콩특별행정구의 권한을 분석 및 평가하였다.

본 논문은, ‘일국양제’ 하에 제정된 ‘홍콩기본법’상 중앙과 홍콩특별행정구 간의 관계를 구체적으로 분석 및 평가하면서 아래와 같은 문제점들이 발견되어 정리하였다. 첫째, 중국헌법의 홍콩특별행정구에서의 적용문제이다. 헌법학적으로 보았을 때, 홍콩특별행정구가 중국헌법으로부터 배제되는 것은 아닌데, 만약 중국헌법의 모든 조항이 홍콩특별행정구에 적용 된다면 결국 일국양제의 의미를 상실할 것이다. 이문제를 해결하기 위해 결국 헌법의 홍콩특별행정구에서의 적용여부에 대한 헌법상 근거규정이 필요하다고 보여지는데, 현재로써는 이에 대한 규정이 없다. 이와 같은 상황에서 법리적으로만 보았을 때 홍콩기본법은 위헌의 소지도 있기 때문에 문제점으로 보여 지며 이에 대한 검토가 필요할 것으로 보았다.

둘째, 홍콩기본법상 중앙과 홍콩의 권한 배분 문제이다. 홍콩기본법에 따르면 외교권, 군사권 등은 중앙에 귀속된다고 명료하나 해당 기본법에 대한 해석권한의 배분은 이처럼 명확하게 규정되지 않았다. 따라서 지금까지 기본법 해석권한 문제를 둘러싼 분쟁들이 수차례 발생했고 앞으로도 발생할 가능성이 있기 때문에 중앙과 홍콩의 권한 배분 문제 중에서도 기본법에 대한 해석권한 문제가 가장 중요한 문제점으로 드러났다.

그러나 분명한 것은 홍콩특별행정구에서의 일국양제 실행은 긍정적인 측면도 있다. 첫째, 중앙은 홍콩특별행정구가 기본법에 따라 대외사무를 독자적으로 처리할 수 있도록, 즉 단독으로 세계 각국 또는 관련 국제조직과 협정을 체결하고 이행할 수 있도록 권한을 위임하였다. 이것은 자본주의 시장경제를 바탕으로 하고 있는 홍콩특별행정구의 지속적인 번영과 경제발전을 위한 규정이라 할 수 있다. 둘째, 홍콩이 중국으로 반환된 이후에도 홍콩의 법정화폐를 계속 사용하도록

하고 홍콩의 화폐 발행 권한을 기본법에 규정하였다. 이는 홍콩특별행정구가 계속하여 아시아의 금융중심지로 그 위상과 지위를 유지할 수 있도록 보장하기 위한 규정이므로, 이러한 측면에서도 긍정적이라 할 수 있다.

앞으로의 대만통일에 있어서도 통일정책은 분명히 '일국양제'로 추진될 것이다. 따라서 홍콩에서 나타난 문제점들이 그대로 대만에 투영될 것으로 예측된다. 그러므로 대만통일에 '일국양제'를 제대로 적용하려면 본 논문에서 분석하고 평가하여 제기한 문제점들을 연구할 필요성이 있다. 더 나아가 생각해 볼 수 있는 것은, 남북한의 통일방안도 구체적인 상황에 맞게 변화될 수 있다는 것이다. 이런 모든 가능성을 열어 놓고 볼 때 남한은 중국이 일국양제를 실시하는 과정에서 나타난 법적 문제들을 숙지하여 앞으로 남북한의 통일방안 수립과 통일정책의 추진에 참고할 수 있을 것으로 본다.

주요어: 일국양제, 홍콩특별행정구, 기본법, 중화인민공화국 전국인민대표대회, 중앙정부, 고도자치, 행정권, 입법권, 독립된 사법권, 종심법원, 해석권.

학 번: 2010-31358

목 차

제1장 서론 ····· 1

제1절 문제의 제기 ····· 1
제2절 연구의 목적 ····· 5
제3절 논문의 구성 ····· 9

제2장 일국양제의 형성과 발전 ····· 11

제1절 일국양제의 형성 배경 ····· 11
1. 국내적 배경 ····· 11
(1) 마오쩌둥 정부의 통일정책 ····· 13
가. 무력통일정책 ····· 13
나. 일강사목 통일정책 ····· 16
(2) 덩샤오핑 정부의 통일정책 ····· 18
가. 1979년「대만동포에게 고하는 글」 ····· 18
나. 예지엔잉의「평화통일, 9개조항 방침」 ····· 21
다. 덩샤오핑의「평화통일, 6개조항 구체적구상」 ····· 22
2. 국제적 배경 ····· 24

제2절 일국양제의 주요내용 ····· 27
1. 기본 개념 ····· 27
2. 일국양제의 기본원칙 ····· 29
(1) 일국은 중화인민공화국 ····· 29
(2) 사회주의제도 견지 ····· 31
(3) 자본주의제도 불변 ····· 32

3. 일국양제의 법적함의 ····· 34
(1) 특수한 단일제 국가형태 ····· 34
(2) 상이한 법률과 제도의 병존 ····· 36
(3) 고도의 자치권을 보유한 특수한 지방 ····· 37
4. 일국양제와 남북한특수관계론의 비교 ····· 38
(1) 동서독의 특수관계 ····· 38
(2) 남북한특수관계론 ····· 40
가. 이론 등장 배경 ····· 40
나. 구체적 내용의 논의 ····· 43
(3) 일국양제와 비교 ····· 46
가. '국가' 인정 여부 비교 ····· 47
나. 일국양제와 남한헌법 제3조 및 제4조 관계 ····· 48

제3절 소결 ····· 50

제3장 일국양제 법제화와 특별행정구 ····· 53

제1절 일국양제 이론의 법제화 ····· 53
1. 일국양제 이론의 법제화 ····· 53
(1) 중화인민공화국 1954년, 1975년, 1978년 헌법 ····· 54
(2) 중화인민공화국 1982년 헌법 ····· 56
가. 서언 ····· 57
나. 제31조 및 제62조 제14항 ····· 58
2. 홍콩 및 마카오에 관한 공동연합성명 ····· 60
(1) 홍콩 문제에 관한 중국과 영국의 공동연합성명 ····· 60
(2) 마카오 문제에 관한 중국과 포르투갈의 공동연합성명 ····· 65
3. 중화인민공화국 특별행정구기본법 제정 ····· 67
(1) 특별행정구기본법 제정 과정 ····· 68
가. 홍콩특별행정구기본법 ····· 68

나. 마카오 특별행정구기본법 ····· 70
(2) 특별행정구기본법의 법적 지위 ····· 72
가. 국가의 기본법률 ····· 72
나. 전국성 법률 ····· 74
(3) 특별행정구기본법의 법적 효력 ····· 76
(4) 중국헌법과 특별행정구기본법의 관계 ····· 77
가. 특별행정구기본법의 합헌성 문제 ····· 79
나. 특별행정구에 대한 헌법의 적용 ····· 81

제2절 특별행정구의 설치와 법적 지위 ····· 85
1. 특별행정구의 설치 ····· 85
(1) 특별행정구의 기본 함의 ····· 85
(2) 특별행정구가 중국 국가구조에 미치는 영향 ····· 86
2. 특별행정구의 법적 지위 ····· 88
(1) 중국의 지방행정구역 ····· 88
(2) 중앙정부에 직할되는 지방행정구역 ····· 89
(3) 고도의 자치권을 가지고 있는 지방행정구역 ····· 91
3. 중앙정부 각 부문 및 일반지방정부와 특별행정구의 관계 ····· 94
(1) 중앙정부 각 부문과 성·자차구·직할시의 관계 ····· 94
가. 중앙정부의 각 부문 ····· 94
나. 중국의 성·자치구·직할시 ····· 95
(2) 중앙정부의 각 부문과 특별행정구의 관계 ····· 96
(3) 일반지방정부와 특별행정구의 관계 ····· 98
(4) 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구의 관계 ····· 100
4. 북한 신의주기본법과 홍콩기본법의 관계 비교 ····· 104
(1) 신의주특별행정구 설치 배경 및 법제화 ····· 104
가. 배경 ····· 104
나. 법제화 ····· 106
(2) 신의주특별행정구기본법의 내용 ····· 107

가. 신의주특별행정구의 법적 지위 ····· 107
나. 북한의 중앙정부와 신의주특별행정구의 관계 ····· 108
다. 신의주특별행정구기본법의 주요 내용 ····· 112
(3) 신의주기본법과 홍콩기본법의 비교 분석 ····· 115
가. 두 기본법의 입법 근거 ····· 116
나. 중앙정부의 통제권한 및 자치권한 ····· 116
다. 특별행정구 기본법 해석권 ····· 117

제3절 중앙과 특별행정구의 정치체제 및 그 관계 ····· 120
1. 중앙의 정치체제 ····· 120
(1) 최고권력기관, 전국인민대표대회 및 상무위원회 ····· 121
(2) 최고행정기관, 국무원 ····· 122
(3) 최고사법기관, 최고인민법원과 최고인민검찰원 ····· 123
2. 홍콩 반환 前의 정치체제 ····· 124
3. 홍콩 반환 後의 정치체제 ····· 130
(1) 홍콩특별행정구 정치체제의 개념 ····· 133
(2) 홍콩특별행정구 정치체제 설립원칙 ····· 134
(3) 홍콩특별행정구 정치체제의 특징 ····· 136
가. 행정주도의 정치체제 ····· 136
나. 입법과 행정의 협력·견제·균형의 정치체제 ····· 139
다. 사법권 독립의 정치체제 ····· 142

제4절 소결 ····· 143

제4장 중앙과 홍콩특별행정구의 관계 ····· 146

제1절 중앙과 홍콩특별행정구의 관계 설정의 기본원칙과 기준 ····· 146
1. 중앙과 홍콩특별행정구의 성격 ····· 146
(1) 중앙의 함의 ····· 146

(2) 홍콩특별행정구의 함의 ····· 147
2. 중앙과 홍콩특별행정구의 관계 설정의 기본원칙 ····· 149
(1) 일국양제 원칙 ····· 149
(2) 항인치항 원칙 ····· 150
(3) 법치원칙 ····· 151

제2절 중앙의 권한 ····· 155
1. 홍콩특별행정구 설치권 ····· 155
2. 홍콩특별행정구에 대한 입법관치권 ····· 157
(1) 홍콩기본법의 제정권 및 개정권 ····· 157
가. 홍콩기본법 개정 제안권 ····· 158
나. 홍콩기본법 개정 심의 및 통과 ····· 159
다. 홍콩기본법 개정시 금지사항 ····· 160
(2) 홍콩기본법 해석권 ····· 161
가. 홍콩기본법 해석권 주체 ····· 161
나. 홍콩기본법 해석권 제한 ····· 162
3. 홍콩특별행정구에 대한 외교권 ····· 163
4. 홍콩특별행정구에 대한 국방권 ····· 165
5. 홍콩특별행정구 인사임면권 ····· 166
6. 홍콩특별행정구 입법에 대한 심사권 ····· 167
7. 중대 사항 결정권 ····· 169
(1) 전국성 법률 실시를 결정 ····· 170
(2) 전쟁상대 및 비상사태 돌입 결정 ····· 171
(3) 홍콩특별행정구 전국인민대표대회 대표 선거 결정 ····· 172
8. 소결 ····· 173

제3절 홍콩특별행정구의 권한 ····· 176
1. 홍콩특별행정구의 고도의 자치권 함의 ····· 176
(1) 자치와 고도의 자치 ····· 176

(2) 고도자치의 성격 및 범위 ····· 177
가. 고도자치의 성격 ····· 177
나. 고도자치의 범위 ····· 178
2. 홍콩특별행정구의 행정권 ····· 180
(1) 행정권의 개념 ····· 180
(2) 행정권의 권한범위 ····· 182
가. 행정 의사결정권 ····· 182
나. 입법제안권 ····· 183
다. 인사임면권 ····· 183
라. 사회질서관리권 ····· 184
마. 경제관리권 ····· 184
(3) 평가 ····· 187
3. 홍콩특별행정구의 입법권 ····· 188
(1) 입법권의 개념 및 특징 ····· 188
(2) 입법기관의 법적지위 및 구성 ····· 192
(3) 입법권의 범위 ····· 193
가. 법률제정권 ····· 194
나. 입법회의 기타 권한 ····· 197
(4) 중앙과 홍콩특별행정구 입법권의 관계 ····· 198
가. 중앙의 홍콩특별행정구에 대한 '입법권' ····· 198
나. 중앙 '입법권'의 확장 및 홍콩국가안전법의 제정 ····· 200
(5) 평가 ····· 204
4. 홍콩특별행정구의 독립된 사법권과 종심권 ····· 207
(1) 홍콩특별행정구 사법제도의 개념 ····· 207
(2) 홍콩특별행정구 사법제도의 내용 ····· 209
가. 홍콩특색의 법원체계 ····· 209
나. 홍콩특별행정구 법원의 심판근거 ····· 212
다. 홍콩특별행정구 법원의 사건 심리범위 ····· 212
(3) 평가 ····· 213

5. 소결 ····· 215

제4절 홍콩기본법에 대한 해석권 ····· 218
1. 중국대륙과 홍콩특별행정구의 법률해석제도 ····· 219
(1) 중국대륙의 법률해석제도 ····· 219
가. 입법해석 ····· 219
나. 사법해석 ····· 220
다. 행정해석 ····· 221
(2) 홍콩특별행정구의 법률해석제도 ····· 221
2. 홍콩기본법에 대한 해석권 문제 ····· 223
(1) 홍콩기본법 해석권의 귀속권 문제 ····· 223
가. 홍콩기본법제정위원회 제3차 회의 ····· 225
나. 홍콩기본법제정위원회 제6차 회의 ····· 226
다. 홍콩기본법의견수렴안 개정 ····· 227
라. 홍콩기본법 제158조 제정과정에 대한 평가 ····· 228
(2) 홍콩기본법 해석권 관련 내용 ····· 229
가. 중앙의 시원적 해석권한 ····· 229
나. 홍콩특별행정구에 대한 해석권한 부여 ····· 230
다. 홍콩기본법에 대한 중앙의 해석권한 범위 ····· 231
라. 홍콩특별행정구기본법위원회의 역할 ····· 231
(3) 평가 ····· 232
3. 관련 사례 및 분석 ····· 235
(1) 사건개요 ····· 235
(2) 홍콩특별행정구 법원 판결 ····· 238
가. 1심 판결 ····· 238
나. 2심 판결 ····· 239
다. 종심판결 ····· 239
라. 홍콩 종심법원의 판결 논리 ····· 242
(3) 전국인민대표대회의 해석 ····· 245

(4) 분석 및 평가 ····· 248
가. 헌법 및 법률해석 제도 ····· 248
나. 전국인민대표대회 홍콩특구 법원의 판결 번복 여부 ····· 251
다. 전국인민대표대회 기본법 해석 행위의 성격 ····· 253
라. 홍콩특별행정구 행정장관의 기본법 해석 요청 권한 ····· 255

제5장 결론 ····· 257

참고문헌 ····· 262

Abstract ····· 279

<표 차례>

[표1] 신의주특별행정구기본법 내용 ····· 113
[표2] 신의주특별행정구기본법 및 홍콩특별행정구기본법 비교 ····· 119
[표3] 1997년 7월1일 반환 전 홍콩의 정치체제구조 ····· 129
[표4] 1997년 7월1일 반환 후 홍콩의 정치체제구조 ····· 133
[표5] 홍콩기본법에 대한 중앙의 해석권 행사 사례 ····· 234

제1장 서 론

제1절 문제의 제기

중국[1]의 역사는 통일과 분단이 반복되어 온 역사이다. 19세기 말 서구 열강들의 영토확장으로 인해 중국 청나라는 영국, 포르투갈 정부와 불평등조약을 체결하면서 홍콩, 마카오를 각 침탈당하였다. 1949년 10월 1일 창건된 중화인민공화국은 과거 청나라가 영국, 포르투갈과 체결한 모든 조약이 불평등조약이므로 무효라고 주장하면서 홍콩과 마카오의 주권을 반드시 회수하고자 하는 노력을 시작하였다. 이와 동시에 중국정부는 대만과의 통일문제 해결 또한 민족적 과제로 선포하면서 정책적인 통일방안을 모색하였다. 그러나 중국정부의 입장에서 사회주의 체제인 중국대륙과 장기간 자본주의 체제를 유지해 오면서 이에 익숙해진 홍콩과 마카오, 대만이 통일된다면 통일 이후 그 전까지 자본주의를 실시하던 지역에 대해 어떠한 관리 및 통치를, 어떻게 실행해야 할 지 여부가 당면 과제가 되었다.

1982년 덩샤오핑 정부는 통일과제에 대한 해결책으로 하나의 국가 안에 서로 다른 두 개의 제도가 평화롭게 공존할 수 있는 방안을 제시하였다. 이것이 소위 말하는 '일국양제' 통일방안이다. 다시 말하면, 중국은 '하나의 국가, 두 개의 제도'라는 방침으로 홍콩과 마카오, 대만의 통일문제를 해결하고자 하였으며 이후 이 방침은 중국의 統一大業을 이루는 기본국책으로 자리를 잡는다.

---

1) 본 논문에서는 문장의 내용에 따라 '중국', '중국대륙', '중국내지', '중화인민공화국' 등 용어를 각각 달리 사용하고 있는데, 이는 모두 1949년 10월 1일에 설립된 사회주의 중화인민공화국을 의미한다. 즉, '지금의 중국'으로 생각하면 되겠다.

정치학적 시각에서 보면 중국의 '일국양제'는 이질적인 두 제도를 평화적인 방법으로 통합시킨 성공적인 통일정책이라 할 수 있다. 그러나 법학적 시각에서 보면 통일은 인민의 자유와 권리를 보장하고 국가가 새로운 공동체로 다시 구성되는 작업이기 때문에 가장 근본이 되는 헌법에서부터 새로운 변화가 시작된다고 할 수 있다. 그러므로 통일방안의 수립과 통일정책의 법제화 및 그 집행과 관련되는 국가기관의 작용은 인민 생활의 최고 가치 규범인 헌법 규범에 바탕을 두고 이에 부합되도록 해야 한다. 덩샤오핑 정부는 일국양제에 대하여 단순한 이론적·정책적 구상을 넘어 실제 법률로서 활용하여 홍콩과 마카오의 법적지위[2]를 구체화하였는데 그 근거를 「중화인민공화국 헌법」[3] 제31조[4]에 두었다. 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구는 중국의 특별행정구로서의 법적지위를 부여받아 중국 지방정부 중 하나로서 중앙인민정부에 직속(直屬)되었다. 그러나 일국양제에 의해 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구는 기존의 자본주의제도와 생활방식을 그대로 유지하게 되었고, 중국대륙의 사회주의제도를 실행하지 않는다는 전제 하에서 중화인민공화국이라는 하나의 국가 안에서 서로 다른 두 개의 체제가 평화 공존하는 특수한 지위가 형성되었다.

중국은 일국양제 정책에 따라 중국헌법 제31조에 근거하여 「중화

2) 중국은 대만을 하나의 독립된 국가로 보지 않는다. 「중화인민공화국 헌법」序言에서 "대만은 중화인민공화국의 신성한 영토의 일부분이다"라고 규정하고 있어 중국정부는 대만을 중국의 하나의 성급지방으로 보아 대만성(臺灣省)으로 칭하고 있다. 향후, 중국은 '일국양제' 통일방안에 따라 홍콩과 마카오를 회수했던 방식대로 대만의 대만특별행정구로서의 지위를 보장할 것으로 보인다.周建閩, "一國兩制方針与台湾及兩岸關系新聞報道研究", 新聞与傳播研究 (1995.01) , 62-66면 참조.

3) 본 논문에서「중화인민공화국 헌법」을 이하 「중국헌법」으로 약칭하겠다.

4) 중국헌법 제31조: 국가는 필요한 경우 특별행정구를 설립할 수 있다. 특별행정구 내에서 실행되는 제도는 구체적 상황에 따라 전국인민대표대회에서 법률로 정한다(國家必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具体情況由全國人民代表大會以法律規定).

인민공화국 홍콩특별행정구기본법(中華人民共和國香港特別行政區基本法)」과 「중화인민공화국 마카오특별행정구기본법(中華人民共和國澳門特別行政區基本法)」[5]을 각각 제정하여 홍콩과 마카오에 중국의 특수한 지방정부로서의 지위를 보장하였다. 이로써 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구는 중국의 일반 지방정부와 달리 「특별행정구기본법」에 따라 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받아 외교권과 군사권을 제외한 나머지 행정관리권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권(終審權)을 직접 행사하게 되었다.[6] 이는 평화공존의 "양제"에 대한 내용을 법률로 구체화한 것이었다고 할 수 있다.

단일제 국가인 중국의 입장에서 홍콩과 마카오 특별행정구의 설치는 사회주의 중국 국가구조에 대한 새로운 도전이자 변화이며, 또 특별행정구기본법의 제정은 중국의 헌법학적 이론에 대한 변화라고도 할 수 있다. 傳統的 헌법학에서는 국가를 그 국가형태에 따라 단일국가와 연방제국가, 복합제(複合制)국가로 구분하고 있다. 그 구분기준은 대체로 중앙정부와 지방정부의 상호권한관계에 따라 판단할 수 있다. 다시 말하면 중앙과 지방의 직권분할(職權分割) 여부에 따라 국가형태가 결정된다는 것이다. 지방정부의 권한이 중앙정부의 권한보다 크면 그 국가는 연방제 국가이고, 반대로 중앙정부 권한이 지방정부 권한보다 크면 그 국가는 단일국가이다. 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구는 중국의 지방행정구역으로서 중앙에 직속(直屬)되어 있지만 특별행정구가 가지고 있는 고도 자치의 권한은 일반 연방제국가의

---

5) 본 논문에서 「중화인민공화국 홍콩특별행정구기본법」을 이하, 「홍콩기본법」으로 약칭하고, 「중화인민공화국 마카오특별행정구기본법」을 이하, 「마카오기본법」으로 약칭하겠다.

6) 홍콩(마카오)기본법 제2조: 전국인민대표대회는 홍콩(마카오)특별행정구에 본법의 규정에 따라 고도자치를 시행하고, 행정관리권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권을 향유하는 권한을 부여한다.(全國人民代表大會授權香港特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權).

지방국(支邦國)의 권한보다 크다고 할 수 있다. 따라서 이는 전통적 헌법학 이론에 대한 도전이자 변화로 평가되고 있다.[7]

본 논문은 주로 홍콩특별행정구를 중심으로 일국양제 정책 하에서 중앙[8]과 홍콩특별행정구 간의 법적 관계에 대해 논의한다. 중국정부는 홍콩이 중국으로 반환된 이후 25년 동안 일국양제 정책을 시행하고 이를 법제화하면서 홍콩기본법을 제정하여 홍콩특별행정구를 다스렸는데, 그 기간 동안 중앙과 홍콩특별행정구 간에 다양한 법적 쟁점들이 제기되었다. 중국 입장에서 보면, 종래 중국은 모든 권한이 중앙에 집중되는 단일제 국가형태를 취하고 있었으므로 특별행정구의 설치와 특별행정구기본법의 제정은 중국 사회주의 헌법 이론에 변화를 주었다고 할 수 있다. 홍콩과 마카오의 입장에서 보면, 홍콩과 마카오 특별행정구는 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받은 특수한 지위에 있는 지방정부이기 때문에 그 권한 범위는 중국대륙의 일반 성, 자치구, 직할시보다는 크고 중앙정부보다는 작다. 결국, 일국양제 하에서의 특별행정구기본법이 안정적으로 시행되기 위해서는 중앙이 가지고 있는 권한과 홍콩특별행정구가 가지고 있는 권한을 어떻게 배분할 것인지가 가장 중요한 핵심 문제라 할 수 있다. 이에 대한 답을 찾기 위해서는 우선, 일국양제로 인해 중국 헌법상 국가구조에 어떤 변화가 나타났는지, 특별행정구의 법적 지위는 어떠한지, 다시 말해, 특별행정구와 중국대륙의 각 성, 자치구, 직할시와의 법적 관계는 어떻게 규정되어 있는지, 헌법과 특별행정구기본법의 관계가 어떠한지를

---

7) 王振民, 中央與特別行政區關係, 淸華大學出版社, 2002. 3-4면 참조.

8) 중앙이란, 중앙국가기구(中央國家機構)를 말한다. 여기에는 ① 최고권력기관인 전국인민대표대회(중국헌법 제57조) ② 최고입법기관인 전국인민대표대회 및 그 상무위원회(중국헌법 제58조) ③ 최고행정기관인 국무원 즉, 중앙정부(중국헌법 제85조) ④ 최고사법기관인 최고인민법원(중국헌법 제128조)과 최고인민검찰원(중국헌법 제134조) ⑤ 최고법률감독기관인 감찰위원회(監督机關)이 포함되어 있다. 본 논문에서는 최고재판기관인 최고인민법원과 최고인민검찰원을 제외한 나머지 기구를 중앙이라고 말하기로 한다.

보아야 할 것이다.

이하에서 위와 같은 문제의식을 가지고 일국양제 하에서 제정된 특별행정구기본법상 중앙과 특별행정구의 권한을 자세히 정리, 분석하여 쟁점을 찾아내는 것은, 향후 일국양제에 의한 대만통일 실현에 시사점을 줄 수 있다는 점에서 가장 근본적인 과제라고 할 수 있겠다.

제2절 연구의 목적

일국양제 통일정책은 처음에는 중국이 대만과의 통일문제를 해결하기 위한 통일방안의 일환으로 제시되었으나 역사적 시간순서에 따라 부득이 홍콩에 우선 적용되었고 이어서 마카오에 적용되었다. 비록 일국양제 통일정책의 시작 자체는 대만통일 문제를 해결하기 위한 것이었으나, 이는 결과적으로 중국이라는 '큰 우산' 아래에서 대만만이 아니라 홍콩, 마카오까지 모두 다 포함하여 하나의 국가를 전제로 '양제'를 실행하고자 한 통일방안이 된 것이다. 애당초 중국은 일국양제를 향후 대만과의 통일방안으로만 제시했을 뿐으로 이를 실시하기 위한 구체적인 법제도가 마련되어 있지는 않았다. 그럼에도 불구하고 홍콩의 경우 대만과 달리 급박하게 통일을 해야 하는 상황에 놓였기 때문에 일국양제 통일정책이 적용된 최초의 사례가 되었고 그 과정에서 홍콩기본법이 제정되는 등 법제화가 이루어졌다.

중국정부는 오랜 기간 자본주의 체제 하에서 살아 온 홍콩주민들의 정서와 홍콩의 특수한 역사, 반환 당시의 현실적 상황을 고려하여 제반 홍콩 사회체제에 혼란을 주지 않는 조건으로 홍콩을 반환받기로 했다. 이를 전제로 중국정부는 일국양제 정책에 따라 영국정부와 「홍

콩문제에 관한 중국과 영국공동연합성명(中華人民共和國政府和英國政府關與香港問題的聯合聲明)」[9]합의서를 체결하였다. 「중·영공동연합성명」은 중국과 영국, 즉 국가 대 국가의 공동연합성명으로 조약으로서 법적 효력을 가진다고 볼 수 있다. 중·영공동연합성명은 주로 중화인민공화국 정부의 홍콩에 대한 기본방침과 정책에 대한 것이었다. 그 핵심내용은 중국정부가 홍콩의 현실적인 여건을 고려하여 1997년 7월 1일자로 홍콩이 중국으로 반환될 시기에 맞추어 중국헌법 제31조의 규정에 근거하여 홍콩특별행정구를 설치하고, 홍콩기본법을 제정하며, 본 기본법에 따라 홍콩특별행정구에서는 중국대륙의 사회주의제도와 정책을 시행하지 않고, 홍콩이 원래 가지고 있는 자본주의 제도와 방식을 50년간 유지한다는 것이었다.[10]

1997년 7월 1일, 홍콩이 중국으로 반환되면서 최고입법기관인 전국인민대표대회가 제정한 홍콩기본법에 따라 홍콩특별행정구가 운영되기 시작했다. 여기서 홍콩기본법은 홍콩특별행정구에서 헌법적 성격을 가진 법률이라고 할 수 있으며 홍콩특별행정구에서 발생하는 모든 사무는 홍콩기본법을 근거로 처리되었다.[11] 특히 홍콩특별행정구는 중앙으로부터 외교권과 국방권을 제외한 나머지 권한, 즉 행정권, 입법권, 독립된 사법권과 종심권을 모두 부여받았기 때문에 이러한 권

9) 「홍콩문제에 관한 중국과 영국의 연합성명(中華人民共和國政府和英國政府關與香港問題的聯合聲明)」을 이하,「중·영연합성명」으로 약칭한다.

10) 홍콩기본법 제5조: 홍콩특별행정구에서는 사회주의 제도와 정책을 시행하지 아니하고, 기존의 자본주의 제도와 생활방식을 50년간 변화시키지 않는다(香港特別行政區不實行社會主義制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變).

11) 홍콩기본법 제11조 제1항: 중화인민공화국 헌법 제31조에 따라 사회·경제제도를 포함한 홍콩특별행정구의 제도와 정책, 주민의 기본권리와 자유의 보장에 관한 제도, 행정관리·입법과 사법방면의 제도 및 이와 관련된 정책은 모두 본법의 규정을 근거로 한다(根据中華人民共和國憲法第三十一條，香港特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定爲依据).

한을 자체적으로 행사할 수 있게 되었다. 한편으로는 홍콩특별행정구도 중국대륙 내의 일반 성, 자치구, 직할시와 같이 중국의 국가구조 범주에 속하기 때문에 최고행정기관인 중앙정부의 통일적인 통치 및 관리도 받는다고도 할 수 있었다. 하지만 특별행정구에 부여한 고도의 자치권은 중국대륙에 속한 다른 지방정부의 권한과는 명확히 구별된다. 중국은 하나의 헌법을 가지고 있는 단일제 국가이다. 그러나 홍콩기본법상 홍콩특별행정구가 가지고 있는 고도자치 권한의 내용에 비추어 볼 때 중앙과 홍콩특별행정구의 관계는 전통적인 단일제 국가 안에서 형성되는 권한 배분과는 다른 양상을 보인다. 그러므로 이는 전통적 헌법학 이론에 대한 변화이자 도전이었다고 볼 수 있다.

무엇보다도 통일 이후 중앙과 홍콩특별행정구의 권한 설정 측면에서 많은 변화가 발생하였다. 그러므로 우선 일국양제에 의해 국가구조에 어떠한 변화가 나타났고, 기존 중국헌법 이론은 홍콩특별행정구의 설치 및 기본법 제정 등에 대해서 어떻게 해석하고 있는지를 살펴보고, 특별행정구 설립의 법리적 근거는 무엇이고, 중앙과 특별행정구의 관계를 어떻게 확정해야 하며, 그 권한을 어떻게 배분해야 하고 그 기준은 무엇인지에 대해 논의해 보아야 한다. 더 나아가 홍콩기본법상 중앙이 가지고 있는 권한과 홍콩특별행정구가 가지고 있는 권한은 각각 어떻게 구분되어 있는지에 대해 살펴보아야 할 것이다. 이와 같은 흐름으로 연구를 해보면 결국 위 문제의식은 모두 중앙과 특별행정구의 관계로 귀결됨을 알 수 있다. 따라서 이런 문제의식을 가지고 중앙과 홍콩 사이의 관계 전반을 정리, 분석해보면, 25년이라는 시간 동안 일국양제를 시행하고 있는 중앙과 홍콩특별행정구 사이에서 나타난 중요한 법적 문제들을 발견할 수 있을 것이다.

본 논문에서는 위와 같은 문제의식을 가지고 일국양제를 시행하고

있는 홍콩을 중심으로 연구를 진행할 것이다. 특히 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 있어서 가장 핵심인 홍콩기본법상 중앙의 권한과 홍콩특별행정구의 권한을 구체적으로 분석하고 평가하여 문제점을 도출하고자 하는 것이 본 연구의 목적이라고 할 수 있다. 일국양제는 비록 대만통일을 염두에 두고 중국에서 내세워 표방한 것인 만큼 당초 평화통일정책을 제시할 때에는 홍콩과 마카오를 겨냥한 것은 아니었으나, 일국양제 이론을 실제로 적용하여 법제화한 최초의 사례가 홍콩이라는 점에서 위와 같은 분석은 독자적인 의미가 있다. 또한 홍콩에서의 일국양제 적용이 잇따른 마카오와의 통일과 법제화 과정에도 영향을 미쳤을 뿐만 아니라 나아가 그 실험적 결과 자체가 최초의 사례로서 추후 대만과의 통일을 논의할 때에도 중요한 경험이 될 것이라고 본다. 무엇보다도 홍콩의 사례에서 나타난 법적 문제들이 그대로 대만의 경우에도 투영될 가능성을 배제할 수 없다는 점을 고려할 때 본 논문에서 분석하고 평가하여 제기한 쟁점들이 앞으로의 연구에 의미가 있다고 본다.

더 나아가 남북한의 통일문제가 앞으로 어떠한 방향으로 어떻게 변화되어 나아갈 지는 지켜봐야겠지만, 남북한 역시 통일이 되더라도 경우에 따라 잠정적으로 과도기를 보내거나 남북한의 체제가 공존하는 과정을 거칠 수 있기 때문에 모든 가능성을 열어놓고 본다는 측면에서 일국양제가 홍콩에서 시행된 모든 과정이 참고가 될 수 있다고 본다. 따라서 본 논문은 향후 남북한 통일방안의 수립과 통일정책의 추진 과정에 대한 참고자료로써의 의미도 있지 않을까 생각한다.

제3절 논문의 구성

본 논문에서는 위에서 제기한 문제점을 바탕으로 하여 '일국양제'에 대한 법적인 내용을 정리하였다. 특히 홍콩기본법에서 규정하고 있는 중앙과 홍콩특별행정구의 권한을 비교 분석하여 그에 관한 문제점을 찾고자 하였다. 본 논문을 총 5장으로 나뉜다. 각 장·절은 아래와 같다.

제2장에서는 일국양제의 형성과 발전에 관한 장이다. 본 장에서는 일국양제 형성배경과 일국양제의 개념 요소 및 주요내용을 정리하였다. 특히 일국양제의 법적함의를 서술하였는데 이는 뒷장에서 서술하고자 하는 내용에 대한 뒷받침 되는 개념을 총론적 의미로 제기하였다. 더 나아가 일국양제와 남북한특수관계론을 비교를 통해 공통점과 차이점을 찾는것에 의미를 두었다.

제3장에서는 일국양제 법제화 과정과 특별행정구 설치에 대한 내용을 구체적으로 서술하였다. 홍콩과 마카오가 중국으로 반환되는 과정에서 일국양제 정책이 법제화되었고, 그 결과 헌법에 근거하여 중국에 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구가 설치되었으며 이어 홍콩특별행정구기본법과 마카오특별행정구기본법이 제정되면서 홍콩과 마카오의 특수한 헌법적 지위가 형성되었다. 본 장에서는 이러한 제반 과정에 대해 서술하였다. 제1절에서는 일국양제의 법제화 실현과정에 대해 논의한다. 일국양제의 법제화는 주로 중국헌법, 공동연합성명 특별행정구기본법에서 나타나므로 그 주요내용을 분석하여 일국양제의 헌법적 특징을 정리하였다. 제2절에서는 중국헌법 제31조에 근거하여 설립된 특별행정구의 법적 지위에 대해서 분석한다. 후술할 중앙과 특별행정구 간의 관계를 정리하기 위한 논리적 전제로서 우선 특별행정구의 법적 지위를 명확히 할 필요가 있기 때문이다. 제3절에서는

중앙과 특별행정구의 정치체제와 그 관계에 대해 분석하며, 제4절에서는 앞서 서술한 내용을 종합하여 검토한다.

제4장에서는 제3장에서 정리 및 논의한 내용을 기초로 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 전반적으로 분석한다. 제4장은 본 논문의 핵심 장이라 할 수 있다. 제1절에서는 중앙과 홍콩특별행정구의 관계 설정의 기본원칙과 그 기준에 대해 설명한다. 제2절과 제3절에서는 홍콩기본법에서 규정되어 있는 중앙과 홍콩특별행정구의 권한을 구체적으로 정리한 다음 분석과 평가를 통해 문제점을 제기하고자 한다. 제4절에서는 홍콩기본법에 대한 전국인민대표대회와 홍콩특별행정구 법원의 해석권 충돌문제에 대한 사례를 분석함으로써, 결론에 대한 시사점을 도출하는 것에 목표를 두었다.

본 논문의 구성에 있어 기존의 다른 논문들과 비교했을 때 가장 큰 차이점이라고 한다면 아래의 두 가지로 볼 수 있다. 첫째, 기존의 일국양제에 관한 연구는 중국과 대만이 통일을 할 경우 이를 어떻게 적용할 것인지에 대한 정치적 또는 이론적인 내용에 관한 것이었다. 헌법학적 시각에서 일국양제를 중심으로 중앙과 홍콩특별행정구 간의 법적 관계를 체계적으로 분석하고 평가한 논문은 현재 국내에는 없는 것으로 보이는데, 이러한 점에서 본 논문이 시사하는 바가 크다고 볼 수 있다. 둘째, 일국양제를 법제화하여 현실적으로 적용한 최초의 사례가 바로 홍콩이다. 중국은 일국양제 정책에 따라 헌법을 개정하고 홍콩기본법을 제정하였는데, 일국양제가 헌법과 홍콩기본법에서 어떻게 실현되고 중앙과 홍콩에서 법제도가 어떻게 구축되었는지 등에 대해 홍콩을 중심으로 체계적으로 분석한 논문은 없는 것으로 보인다. 그러므로 법제화된 일국양제가 홍콩특별행정구에서 25년간 실행되어온 과정과 문제점들을 정리한다면 향후 일국양제 통일 방안을 더 깊이 검토하는 데에 밑거름의 역할을 할 것으로 기대된다.

제2장 일국양제의 형성과 발전

제1절 일국양제의 형성 배경

1. 국내적 배경

무릇 '통일국가'를 국가적 과제로 삼고 있는 나라라면 어떠한 법적 근거를 바탕으로 어떠한 방식과 절차에 따라 통일을 이룰 것인지에 대해서 깊은 고민을 하게 될 것이다. 이는 국가 통일의 실현이 경제발전과 국력증강을 통해 국민들에게 국가적 안보와 행복한 생활을 누릴 수 있게 하는 전제 조건이기 때문이다. 대만과의 통일을 국정과제로 삼고 있는 중국도 마찬가지이다. 중국은 예로부터 외세의 침략을 받으면서 갖은 고통을 겪었고 분단과 통일을 반복했던 국가이다. 그러므로 예로부터 중국인은 국가의 통일을 갈망하며 하나의 중화민족을 꿈꿔왔던 민족이라 할 수 있다.

1949년 10월 1일자로 중국대륙에는 공산당이 정권을 잡은 중화인민공화국이 설립되었다. 하지만 이전부터 중국의 영토였던 홍콩과 마카오, 대만은 조국의 품으로 돌아오지 못하였다. 비록 각 지역별 분단의 배경은 다를 수 있으나 중국이 '하나의 국가'로 통일을 이루려는 뜻 자체에는 변함이 없었다. 중국정부는 중국헌법 서언(序言)에 "조국통일을 실현하는 것은 국가의 신성한 과제"라고 규정하였으며[12] '평화통일의 원칙'과 '대립통일의 원칙'을 통일 원칙의 기준으로 두고 통일

12) 중국헌법 서언: (전략) 대만은 중화인민공화국의 신성한 영토의 일부분이다. 조국통일의 대업을 이루는 것은 대만 동포를 포함한 모든 중국인민이 마땅히 져야할 신성한 책임이다(후략).(台湾是中華人民共和國的神圣領土的一部分。完成統一祖國的大業是包括台湾同胞在內的全中國人民的神圣職責).

정책을 모색하기 시작하였다.[13] 그 결과 덩샤오핑은 '일국양제', 즉 "하나의 국가, 두 개의 체제"라는 평화적 통일방안을 제기하였다. 이는 비록 대만통일을 목표로 두고 제기한 정책이었으나, 시기적으로 홍콩과 마카오의 주권반환 문제가 먼저 대두되면서 그 해결방안으로 홍콩과 마카오에 '일국양제' 평화통일정책이 먼저 적용되었고, 그 과정에서 '일국양제'가 단순히 이론의 수준에 머무르는 것이 아니라 법제도적으로 법제화되는 단계에까지 발전하였다.[14] 즉 중국은 1982년 헌법개정을 통해 '특별행정구' 설치의 근거를 마련하였고, 1984년 12월 19일 중화인민공화국과 영국은 홍콩 반환에 관한 합의인 '중·영공동연합성명'[15]을 체결하였으며, 1990년 4월 4일 제7기 전국인민대표대회 제3차 회의에서 '홍콩기본법'을 통과시키고 난 이후인 1997년 7월 1일에 비로소 홍콩을 반환받았다. 마카오의 경우도 마찬가지로 1987년 4월 13일 '중·포공동연합성명'의 체결에 이어 1993년 3월 31일 제8기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 '마카오기본법'을 통과시킨 이후 1999년 12월 20일에 마카오를 반환받았다. 비록 아직까지는 대만과의 통일문제가 미해결 국정과제로 남아 있으나 중국은 이 문제에 대해서도 여전히 '일국양제' 평화통일 정책을 고수하고 있고, 단지 여러 가지 정치적, 국제적인 원인으로 정책실현 및 통일이 다소 늦춰지고 있을 뿐이다.[16]

---

13) 文俊朝, "中國의 「一國兩制論」과 1997年이후 홍콩法制", 硏究報告, 1992-6, 3-4면 참조.

14) 吳俊輝, "一國兩制法制實踐對法律發展的促進作用", 法制与社會, 2019-8, 1-2면 참조. 陳林, "論鄧小平對1982年修憲的歷史貢獻", 天津商業大學, 碩士論文, 2018. 23-26면 참조.

15) 영문명칭: Joint Declaration on the question of Hong Kong United Nations Treaty Collections: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800d4d6e
방문날짜: 2022.12.22.

16) 田飛龍, "一國兩制的香港樣本、法理要義与發展前景－－對習近平總書記在香港回歸25周年大會上重要講話的理論解讀", 統一戰線學硏究, 2022-6, 84-86면 참조. 張仕榮, "堅持和完善"一國兩制"推進祖國統一大業", 中國党政干部論壇, 2022-11, 123-129면 참

‘일국양제’ 평화통일 정책의 제정은 현대 중국 정치사에서 중요한 역사적 의의를 가지는 사건이면서 동시에 중국의 법제사에서도 하나의 창조적 사건으로 평가되고 있다.[17] 다시 말하면 일국양제는 이전까지 중화인민공화국 사회주의 법질서에 의해 운용되고 있는 단일제 국가에서, 자본주의 법질서를 수용하여 이를 함께 하나의 국가 안에서 병존시키는 체제로 만들어간다는 점에서 중국만의 특색을 가진 제도로 받아들여진다. 그러므로 일국양제에 의한 법제 통합은 통일국가의 형성에 있어서 국내·외적으로 항구적인 의의가 있음은 물론 기존의 중국 헌법학 이론에도 상당한 변화를 일으키고 영향을 주었다고 할 수 있다. 특히 일국양제는 중국의 특별행정구 설치에 대한 이론적 근거가 되었을 뿐만 아니라 실제 중화인민공화국 중앙인민정부와 특별행정구의 관계를 규율하는 기본적 이념이었다고도 할 수 있다.

(1) 마오쩌둥 정부의 통일정책

가. 무력통일정책

1949년 10월 1일 중화인민공화국이 성립되면서 중국은 두 가지 국가적 과제에 직면하게 되었다. 하나는 국가경제를 회복하여 발전시키는 것이었고, 다른 하나는 완전한 통일을 이룩하는 것이었다. 조국통일 문제와 관련하여 마오쩌둥 정부는 반드시 무력통일로 대만을 해방할 것을 선언하면서 무력통일정책을 제시하였다. 특히 마오쩌둥 정부

조.

17) 劉歡,陳舒,周文其, "對“一國兩制”香港實踐規律性特征的科學認識(權威專家談深入學習領會習近平主席重要講話)", 新華每日電訊(中央級), 2022-7, 1-2면 참조. 劉林波 (國務院港澳事務辦公室 港澳研究所) , “論“一國兩制”下香港民主發展的評价標准”, 統一戰線學研究, 2022-6, 116면 참조.

는 국·공내전(國共內戰)에서 패배한 국민당 정부에 대해서는 대만을 점령하고 있는 불법단체로 인식하였고, 또 미국이 대만을 비롯하여 중국의 다른 영토를 침범할 것에 대한 방위정책으로써 무력통일을 강조하였다.[18] 마오쩌둥 정부는 제1차 중국인민정치협상회의(中國人民政治協商會議)에서 헌법적 성격을 띤 임시헌법인 「중화인민정치협상회의 공동강령(共同綱領)」을 제정하여 대만을 비롯한 해남도, 티베트 등 지역에 대한 영토주권 및 통일의 의지를 무력통일정책으로 규범화하였다.[19] 헌법적 근거로는「공동강령」제2조“중화인민공화국 중앙인민정부는 반드시 인민해방전쟁을 철저히 수행하여 전체 중국의 영토를 해방시켜 중국통일을 완성해야 한다”는 규정이 있다.[20]

---

18) 蔡定劍, 憲法精講, (北京, 法律出版社, 2006) , 43면 참조.

19) 비록 1949년 중화인민공화국이 성립된 이후 초대 헌법(1954년헌법)이 제정되기까지 5년이라는 시간 동안 신중국에는 헌법이 없었다고 하지만 憲法典 형태의 법률이 없었을 뿐 헌법 기능을 수행하는 규범으로서「공동강령」과 「중앙인민정부조직법(中央人民政府組織法)」이 존재하였다. 「공동강령」은 대체로 헌법의 서문과 총칙으로 볼 수 있는데 그 내용으로는 중화인민공화국의 국가성격, 정권기구(政權機關), 군사제도, 경제, 문화교육 및 민족과 외교에 관해 규정하였으며, 「중앙인민정부조직법」은 주로 국가기구(國家機構)에 관한 규정이었다고 할 수 있다. 蔡定劍, 憲法精講, (北京, 法律出版社, 2006) , 18면 참조.

20) 공산당 정부는 1951년 무력으로 티베트(西藏) 지역을 해방시켰고 이어서 대만을 비롯한 홍콩 및 마카오 등 지역도 함께 통일하려고 하였다. 1951년 5월 23일, 중앙인민정부와 서장지방정부는 북경에서 「서장지역의 평화적 해방에 대한 중앙인민정부와 서장지방정부 협의(中央人民政府和西藏地方政府關於和平解放西藏辦法的協議)」를 제정하였다. 「협의(協議)」는 전체 17개 조항으로 규정되었다. 내용을 보면, 서장인민은 단결하여 제국주의 침략세력을 서장에서 추방하고 조국인 중화인민공화국으로 돌아간다. 서장 지방정부는 인민해방군의 서장에 대한 진입을 적극 협조하여 국방을 공고히 한다. 중앙인민정부의 통일지도 하에 서장 인민은 민족구역 자치를 실행할 권리를 가진다. 서장의 현행 정치제도를 변경하지 않고 달라이라마의 고유의 지위와 직권을 그대로 하며 서장인민들의 종교신앙과 풍속습관을 존중한다. 서장민족의 언어와 문자 및 교육을 그대로 두어 발전시키며 서장의 각급 관리인들은 평상시대로 공직에 종사하고, 해방군은 서장 지역에서 상술한 정책을 준수하며 중앙인민정부는 서장지역의 모든 대외사무를 일괄적으로 관리 및 처리한다. 본 「협의」 내용에 따라 1951년 10월 26일 중국 공산당 정부는 서장지역을 완전히 중국에 귀속시켰다. 中華人民共和國國務院新聞辦公室,「西藏的主權歸屬與人權狀況」, (北京: 1992.9), 1-10면 참조.

그 후 중화인민공화국 최초의 사회주의 헌법이 1954년 9월 20일 전국인민대표대회 제1차회의에서 정식으로 통과되었다. 비록 '54년 헌법에서 '무력통일'이라는 용어를 직접 사용한 것은 아니나 헌법 서언에서 "(전략) 대·내외의 적들에 대한 반대투쟁을 하는 과정에서 인민민주통일전선은 지속적으로 그 기능을 발휘할 것이다"라고 규정하였는데 이는 국민당과 투쟁 중이라는 점을 간접적으로 표현한 것으로 이해되고 있다.[21] 또한 제4조에서는 "중화인민공화국은 사회주의 공업화 및 사회주의적 개조를 통하여 사회주의 사회를 건설한다"는 것을 국가목표로 규정하였다. 이는 대만지역을 무력으로 해방하여 중국을 하나의 사회주의 국가로 만든다는 것을 의미한다. 제19조의 "(전략) 반역·반혁명 활동을 진압하며, 모든 매국노와 반혁명자를 처벌한다"라는 규정은 마오쩌둥 정부가 대만을 반혁명적 단체, 즉 불법단체로 인식하여 무력통일만이 대만을 해방시킬 수 있는 유일한 방법이라고 보았고 동시에 통일 중국은 반드시 사회주의 국가이어야 함을 강조한 것이다. 중국의 대만 금문도(金門島, 1954), 마주도(馬祖島, 1955), 팽호열도(澎湖列島, 1958) 폭격 사건이 무력통일정책의 예시였다. 이와 같이 중국은 몇 번의 군사적 전쟁을 벌여 대만해방을 시도하였으나 결국 실패하였고 무력해방에 대한 인식도 점차 변화되기 시작하였다.

한편, 이후 세계는 평화 시대에 진입하였고 각 나라는 자국의 경제회복과 발전에 집중하기 시작하였다. 新중국도 '제1차 5개년계획(第一個五年計劃)'을 실시하면서 사회주의 개조에 착수하였다. 마오쩌둥 정부도 이와 같은 현실적 상황을 고려하여 무력통일에서 평화통일로 정책방향을 바꾸기 시작하였는데, 그 첫 번째 시도가 대만에 통일전담기구 설치함으로써 대만과의 평화적 우호 관계를 적극적으로 강화하

21) 蔡定劍, 憲法精講, 法律出版社, 2006, 43면 참조.

는 것이었다.[22] 하지만 공산당 정부 내부의 정치투쟁이 1966년부터 10년간의 문화대혁명으로 이어지면서 그 기간 동안은 대만해방 정책에 별다른 진전이 없었다. 중국 헌법은 문화대혁명의 소용돌이 속에서 1975년에 좌편향의 바람을 타고 개정되었으나 통일과 관련하여 특별히 신설, 수정된 조항은 없었고 '54년 헌법'에서부터 규정된 내용이 동일하게 '75년 헌법' 제14조에도 그대로 유지되면서 사회주의 국가만을 통일국가로 허용하겠다는 헌법상의 통일원칙이 견지되었다.[23]

나. 일강사목(一綱四目) 통일정책

중국정부는 여러 가지 대내·외 요인으로 인해 무력으로 대만을 해방하고자 했던 종전의 무력통일정책에서 평화적 통일정책으로 노선을 바꾸었다. 1950년대 중반부터 1960년대 초반까지 마오쩌둥을 핵심으로 하는 제1대 중앙 지도자들은 평화적 방식으로 하나의 국가 안에 두 개의 제도가 동시에 공존할 수 있는 체제에 대한 구상을 논의하기 시작하였다.[24] 1955년 중국의 제1대 총리 저우언라이(周恩來)는 미국 군대가 대만 및 대만해협에서 철수하는 것을 전제로 대만과의 평화적 해방 가능성 원칙을 제기하면서 처음으로 평화적 방식으로 대만문제

---

22) 1957년 4월, 마오쩌둥 공산당 정부와 장제스 국민당 정부는 회의에서 구체적인 통일정책에 대해 발표를 하면서 '대만의 평화적 해방' 방침을 제시하였는데 핵심내용으로 ① 양당은 대등한 자격으로 평화통일 협상을 진행한다. ② 중국은 단일제 국가이며 대만은 중국정부가 통괄하는 자치구이다. ③ 장제스가 대만 자치구의 정무(政務)를 맡는다. ④ 국민당은 대표를 선출하여 중앙 정치지도자회의 및 기타 국정회의에 참석한다 등이 있다. 中共中央統一戰線工作部編.毛澤東同志論統一戰線. 北京 : 中共中央統一戰線工作部編印, 1961.

23) 75헌법 제14조는 "국가는 사회주의제도를 보위하고, 일체의 반역적·반혁명적 활동을 진압하며, 일체의 매국자와 반혁명분자를 징계한다."고 규정되어 있다. 75헌법은 1975년 1월 17일 제4기 전국인민대표대회 제1차회의에서 통과되었다.

24) 潘鈜, "從'一綱四目'到'一國兩制' - 毛澤東和平解放臺灣戰略和鄧小平對它的發展 -", 上海交通大學黨史校史研究室, 2009.11, 5-6면 참조. 法務部, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003, 20면 참조.

를 해결하고자 하는 입장을 표명하였다.[25] 마오쩌둥 정부는 1958년 10월 6일 대만에 「대만동포에게 고하는 글(告臺灣同胞書)」을 보내어 새로운 통일방안을 공식적으로 발표하였는데, 그 내용을 보면 지구상에는 오직 하나의 중국만 존재할 뿐 두 개의 중국은 존재할 수 없다는 것, 조국통일을 완수함은 중국의 신성한 임무이기에 공산당과 국민당은 협상을 통해 대만해방에 대한 평화적인 방법을 모색해야 할 것, 그리고 대만문제 해결에 있어서 내정(內政)과 외교(外交)는 확실하게 구별해야 할 것을 강조하였다. 특히 중국 정부는 미국이 대만해협을 점령한 이후부터 중화민족 간의 문제를 격화시키고 갈등을 초래한 장본인으로 대륙과 대만의 공공의 적임을 강조하였다.[26] 마오쩌둥 정부의 「대만동포에게 고하는 글」의 공표는 대만통일 문제를 해결하기 위한 시도로써 첫 번째 전환점으로 평가되고 있다.

그 후 1960년 저우언라이 총리는 마오쩌둥이 발표한 「대만동포에게 고하는 글」의 내용을 바탕으로 강령의 성격을 가진 첫 번째 평화통일정책인 '일강사목(一綱四目)'을 발표하였다. 일강(一綱)이란 대만은 반드시 중국에 통일되어야 한다는 것이다. 이는 '하나의 중국' 원칙에 근거하여 대만은 중국의 일부분이고 대만의 주권 역시 중화인민공화국에 있다는 점을 명확히 하여, 결국 중국은 '하나의 중국'이어야만 함을 강조한 것이다. 사목(四目)이란 '하나의 중국' 원칙을 기본으

25) 1956년 6월 28일, 중국 정부는 제1차 전국인민대표대회 제3차회의에서 "대만의 평화적 해방"에 대해 발표하였다. 그 내용으로는 ① 대만의 국민당 군정인사(軍政人員)들은 언제라도 대륙의 친척과 자유롭게 연락·방문할 수 있으며, 대륙의 각 급 인민정부는 그들의 친척방문에 대한 편의와 협조를 보장한다. ② 대만의 국민당 인사들 중에 대만평화통일을 원하는 사람이라면 과거의 잘못을 묻지 않고 관대하게 받아주고, 평화통일을 위해 공을 세운 자에게는 상응하는 보장과 지위를 부여한다. ③ '愛國一家, 즉 '하나의 중국'은 변함없다. ④ 대만이 조국의 품으로 돌아온다면 대만의 체제는 그대로 둘 것이나 중국 정부의 관할 하의 자치구로서 고도의 자치권을 향유한다 등이 있다. 王鳳超,「一國兩制的理論與實踐」, (經濟科學出版社, 1998), 19면 참조.

26) 김옥준, "마오저둥 시기의 통일정책", 사회과학연구 제21권 제4호(2010), 132면 참조. 中共中央文獻研究室, 毛澤東文集 (第七卷) , 人民出版社, 1999, 120면 참조.

로 하는 구체적인 통일정책 추진방안으로, 그 내용은 다음과 같다. 첫째, 대만이 중국에 통일된 이후 외교는 반드시 중국의 중앙정부에 귀속되며 국민당 장제스 정부는 그 외의 대만의 모든 군사·정치·인사 등을 결정한다. 둘째, 중국의 중앙정부는 대만의 군사·정치 및 경제건설에 필요한 경비를 지원한다. 셋째, 대만에 대한 사회주의 개혁은 뒤로 미루되 개혁에 관해서는 장제스의 의견에 따라 협상 후 결정한다. 넷째, 쌍방은 서로 상대방을 파괴하는 행동을 하지 않는다.[27] 일강사목의 통일정책은 '하나의 중국' 원칙에 근거하여 일국일제(一國一制)의 통일중국을 만들려는 것이었다. 즉, 일국일제를 전제로 대만에 대해서는 중국의 지방정부로서의 자치권을 보장한다는 취지였다. 하지만 대만정부의 입장에서 이 정책은 다소 일방적인 것이었으므로 이를 수용함에 있어 분명한 한계가 있었다. 그러나 일강사목 통일정책은 종래 무력통일만을 고집했던 중국 정부가 평화통일정책을 제정하고 그 내용을 구체화했다는 점에서는 큰 변화로 이해되고 있으며, 나아가 추후 덩샤오핑의 일국양제의 통일정책의 기초가 되었다는 점에서도 정책적 가치를 가졌다고 평가되고 있다.[28]

(2) 덩샤오핑 정부의 통일정책

가. 1979년 「대만동포에게 고하는 글」

중국정부는 덩샤오핑이 정권을 잡은 이후인 1978년부터 개혁개방정책을 수립하여 경제건설을 핵심노선으로 지정하면서 기존의 무력에

27) 김옥준, "마오저둥 시기의 통일정책", 사회과학연구 제21권 제4호 2010, 132면 참조. 張亞中・李英明, 中國大陸與兩岸關係概論, 生智文化事業有限公司, 2003, 208면 참조.

28) 薛冠儒, "淺析鄧小平國家統一理論", 商業文化, 2011-10, 295-296면 참조. 周恩來, 周恩來選集 (下卷) 人民出版社, 1984. 中共中央文獻研究室, 周恩來年譜 (1949-1976) (上卷), 中央文獻出版社, 1977.

의한 대만해방정책을 버리고 평화적 수단에 의한 통일정책을 추진하였다.[29] 1979년 1월 1일 전국인민대표대회 상무위원회는 「대만동포에게 고하는 글(告臺灣同胞書)」을 발표하였는데 그 핵심은 평화통일을 위해 양안의 군사대결 및 분열상황을 평화적으로 해결할 것과 대만의 현존 사회 경제체제를 존중함을 강조하면서 '3통4류(3通4流)'를 통한 대만과의 평화통일을 실행하고자 한 것이었다.[30] 3통(3通)은 중국대륙과 대만 사이에 우편, 상업, 교통이 자유롭게 통하도록 하기 위한 통우·통상·통항(通郵·通商·通航)을, 4류(4流)는 학술·문화·체육·과학기술의 네 영역에서의 교류(交流)를 말한다. 대만동포에게 고하는 글의 3통4류는 중국이 당시 국내·외의 정세 변화의 흐름에 맞추어 대

29) 덩샤오핑 정부가 들어서면서 중국에는 대내외적 정책은 물론 경제 및 정치적인 면에서 많은 변화가 생겨났다. 덩샤오핑은 국가의 평화는 경제발전과 갈라놓을 수 없는 것이라 공언하면서 국가가 발전하고, 사회가 진보하며, 경제가 번영하고, 국민의 생활의 질을 높이는 것이 제2대 중국공산당 지도부의 목표라고 명시하였다. 덩샤오핑은 중국이 경제를 발전시키려면 반드시 시장이 개방되어야 하고, 이를 위해 개방의 전제조건으로써 중국인민들의 사상에 먼저 변화를 가져와야 한다고 보았다. 또한 덩샤오핑은 중국이 오랫동안 정치권력의 우선주의를 강조해 왔으나 지금은 중국이 있는 그대로의 현실을 직시하고 이익을 추구하는 등 모든 것은 실제로부터 출발해야하는 '실사구시(實事求是)' 사상을 제시하였다. 이것은 중국이 마오쩌둥 정부의 극좌사상의 지배에서 벗어나 실제를 기반으로 경제발전을 하기 위한 정책으로 평가된다. 특히 중국은 현대화 건설의 정책을 성공적으로 이루기 위해서는 對內적으로는 정치적 안정과 대외개방을 통한 서방국가들과의 경제협력 활성화가 필요하다고 인식하였기 때문에 기존의 적대적인 대만정책을 유지할 수가 없었다. 그러므로 중국은 농업·공업·국방·과학기술의 4개 부문을 현대화 건설의 최우선 정책으로 확정하고 개혁개방 정책을 추진하면서 자연스럽게 자본주의적 요소들을 받아들이기 시작하였다. 또한 자본주의에 대한 의식형태도 과거 적대적인 의식으로부터 수긍하는 의식으로의 변화를 가져왔다. 김옥준, "등소평의 일국양제 통일방안 확립과정과 함의", 중국학논총 제32기,2011, 126-127면. 문흥호, 대만문제와 양안관계, 폴리테이아, 2007, 90면 참조.

30)「대만동포에게 고하는 글」 내용은 다음과 같다. 첫째, 중국은 변함없이 '하나의 중국' 원칙을 고수하며 대만이 독립하는 것에 대해서 반대한다. 중국 정부는 모든 현실을 고려하여 중국의 통일문제를 해결할 것이며 그 과정에서 대만의 각 계층 인사들의 의견을 수렴하고 존중하여 합리적인 정책과 방법으로 대만 주민에게 해가 되지 않는 통일을 달성할 것이다. 둘째, 대만국민과 대만 정부는 중화민족 이익에 초점을 두고 통일과업에 힘쓸 것을 바라며, 셋째, 금문도(金門島)에서의 지난 20년간의 전쟁을 중지하고 양안의 군사적 대치 상태를 종식시키기 위한 협상을 할 것이며, 넷째, '3통4류'를 통한 평화통일을 진행한다.. 中華人民共和國全國人大常委會, 告臺灣同胞書 ,新華月報 1979年11月號, 第411期, 10-17면 참조.

만과의 통일에 대해 새로이 제시한 중요한 선언이었고 중국과 대만의 교류가 시작되는 전환점이었다고도 말할 수 있다.[31] 이런 변화는 1978년 헌법에 근거한 것으로 이해된다. '78년 헌법'은 서언에서 "대만은 중국의 신성한 영토이고 반드시 대만을 해방시켜 통일조국의 대업을 완성한다"라고 규정하면서 대만이 중국의 영토임을 헌법에 명문화하였다. 다만 '대만을 해방시킨다'라는 표현을 여전히 유지하였다.[32] 한편, 서언에 "중국은 주권과 영토완정의 상호존중·상호불침·상호내정불간섭·호폐평등·평화공존 등 5개 원칙 기초를 토대로 여러 국가와의 관계를 건립하고 발전시킨다"라고 하여 영토조항과 국제평화주의를 종합한 평화통일원칙을 규정하였다. 이는 대만과의 통일문제는 중국의 내정(內政)문제이므로 중국내정에 대한 불간섭을 헌법에 명문화한 것으로 볼 수 있다. 이외에 '78년 헌법도 "종전의 헌법 규정과 마찬가지로 통일중국은 사회주의만을 허용한다"라고 규정하였다.

1979년 1월 1일 중국 정부가 '대만동포에게 고하는 글'을 발표한 이후 2월, 덩샤오핑은 미국 방문 중 국회 회견에서 중국은 더는 '대만해방'이라는 용어를 사용하지 않을 것을 선언하였고 대만이 중국으로 복귀하면 대만의 현실과 현행 제도를 존중할 의사를 밝혔으며 대만이 사용하고 있는 '중화민국(中華民國)' 국호를 '중화인민공화국의 지방자치정부'로 바꿀 것이라고 표명하였다. 이는 중국정부가 대만 특별행정구 수립에 대한 희망사항을 제시한 것으로 평가되고 있다.[33] 하지만

---

31) 손한기, "중국의 통일정책과 법제고찰", 법과정책 제23권 제3호(2017), 12면 참조.

32) 대만지역을 통일대상으로 명시하면서 대만지역을 중국의 영토임을 명확히 헌법에 규정한 것은「78헌법」이 처음이라 할 수 있다. 이것은 기존의「54헌법」,「75헌법」과 비교해 보면 큰 차이점이라 볼 수 있겠다. 그러나 '해방'이라는 용어는 1982년 헌법에서 비로소 삭제된다.

33) 全國人大常委會《告台湾同胞書》(1979年1月1日), 全國人大常委會《告台湾同胞書》(1979年1月1日) (www.gov.cn), 楊親華, "叶劍英有關和平統一台湾的九條方針政策是這樣誕生的 (中) ", 統一論壇, 2022-01, 77-7면 참조.

이때까지만 해도 대만에 특별행정구를 설치하는 구체적인 방안이나 '일국양제' 정책 구상 등은 제기되지 않았다. 그럼에도 덩샤오핑 정부의 이와 같은 정책은 홍콩·마카오, 대만의 통일문제를 해결하고 통일방안을 모색하는데 중요한 작용을 하였다고 평가되고 있다.[34]

나. 예지엔잉의 「평화통일, 9개조항 방침」

1981년 9월 30일 전국인민대표대회 상무위원회 위원장 예지엔잉(**葉劍英**)은 중국공산당과 국민당 간의 상호평등을 기초로 하는 제3차 국공합작을 제의하면서 통일문제에 관한「조국의 평화통일을 위한 9개 조항 방침(關於臺灣迴歸祖國實現和平統一的方針政策)」을 발표하였다.[35] 본 방침은 「대만동포에게 고하는 글」에서 제시한 '3통4류'의 내용과 과거에 중국 정부가 제시한 통일방안 내용을 통합한 것으로, 통일방안을 보다 구체적으로 체계화하였고 처음으로 '특별행정구' 라는 용어를 사용하기 시작하였다.[36] 본 방침의 핵심내용은 통일이 이루어지면 대만은 중국의 특별행정구로서 고도의 자치권을 향유하고 현재 대만이 보유하고 있는 자본주의 제도는 변함없이 유지한다는 것이다.[37] 이 방침은 실질적으로 '하나의 중국과 두 개의 제도'를 설명

---

34) 宦國蒼, "北京調整對臺灣政策", 九十年代, 1986.3. 44-47면 참조.

35) 中國中共党史學會編. 中國共産党歷史系列辭典, 中共党史出版社, 2019. 85면 참조.

36) 大公報, "葉劍英向臺灣當局提九點方案對等談判實行第三次國共合作", 1981-01.

37) 예지엔잉의 「평화통일, 9조방침」의 내용은 다음과 같다. ① 중화민족이 분열된 불신한 국면을 하루 빨리 청산하기 위하여 중국공산당과 국민당은 대등한 입장에서 담판을 거행하고 제3차 합작을 실행하여 조국통일의 대업을 공통으로 완성할 것을 건의한다. 제3차 국공합작을 위하여 쌍방에서 대표를 파견한다. ② 양안의 인민들을 위하여 서신교환, 가족상봉, 무역교류 등을 통해 상호간의 이해를 촉진한다. 따라서 학술교류, 문화교류, 체육교류의 편의제공을 위해 협의할 것을 건의한다. ③ 통일이 실현된 이후 대만은 중국의 '특별행정구'로서 고도의 자치권을 향유하고 군사권을 보유하며 중앙정부는 대만지방정부의 사무를 간섭하지 않는다. ④ 대만의 현행 사회체제·경제체제를 그대로 유지하고, 국민들의 생활방식을 그대로 보장하며, 외국과의 경제·문

한 것으로 이해할 수 있는데, 즉 주권국가인 중국 대륙에서 사회주의 제도를 시행하고 대만은 중국의 특별 지방정부로서 자본주의 제도를 시행한다는 의미로 "일국양제"의 이론적 근거를 제공하였다고도 볼 수 있다. 중국 정부는 본 방침을 통해 결과적으로, 대만은 중국의 일부분이라는 헌법 규정을 바탕으로 대만문제는 중국의 내부문제이며 그 어떤 국가도 중국 내정에 간섭하지 말 것을 강조하면서 대외적으로 확고한 통일 의지를 보여주고자 하였다. 특히 미국을 비롯한 서방국가들에 대하여 대만과 무기매매 등 교류를 확대하지 말 것을 표명하면서 '하나의 중국론(一個中國論)'을 인식시키고자 하는 목적이 있었다.[38] 예지엔잉의 「평화통일 9개조항 방침」은 대만문제를 해결하는 데 있어서 기본방침으로 확정되었고 동시에 '특별행정구' 명칭을 처음으로 등장시켰으며 간접적으로 '일국양제' 개념 역시 언급하였다.

다. 덩샤오핑의 「평화통일, 6개조항 구체적구상」

1982년 12월 전국인민대표대회 제5기 제5차회의에서 헌법이 개정되면서 '82년 헌법이 시행되었다. 덩샤오핑은 예지엔잉의 「9개조항 방침」의 골자를 바탕으로 하여 1983년 6월「중국대륙과 대만의 평화통일 실현을 위한 6개조 구체적 구상(實現臺灣和祖國大陸和平統一的六條具體構想)」을 제시하였다. 덩샤오핑의 '6개 구체적 구상'은 대만과의 통일 이후에 적용될 통일원칙이라 할 수 있었다.[39] 그 핵심내용을

화교류를 허용한다. ⑤ 대만당국자(臺灣當局者) 및 각계 대표인사들이 중앙정부에 참여하는 것을 허용한다. ⑥ 대만의 재정 곤란시 중앙정부가 재정을 지원할 것을 보장한다. ⑦ 대만주민의 대륙이주와 자유왕래를 허용한다. ⑧ 대만기업의 대륙투자 허용 및 합법적인 權益·利潤을 보장한다. ⑨ 조국을 통일하는 것은 모든 중국인들의 책임이고 대만의 각 민족·각계 인사 및 민중단체들의 각종 建議와 國是에 관한 논의를 환영한다. 大公報, "葉劍英向臺灣當局提九點方案對等談判實行第三次國共合作", 1981-01. 楊親華, "叶劍英有關和平統一台湾的九條方針政策是這樣誕生的 (上) ", 統一論壇, 2021-12, 74-76면 참조.

38) 劉相平, "對一國兩制台湾方案几个問題的思考", 台海研究. 2019-04, 30면 참조.

보면, 대만은 중국의 특별행정구로서 완전한 자치권을 향유하고 대만의 체제는 여전히 자본주의 체제로 하며 대만이 독립된 입법권과 사법권을 가지고 스스로 군대를 보유하는 것을 허용한다는 등의 내용이 구체화되었다. 이때까지만 해도 '일국양제'라는 용어가 명시적으로 사용되지 않았지만 그 내용을 자세히 살펴보면 나중에 제시될 "일국양제" 통일정책의 기본내용이 모두 포함되어 있었다.

그 후 1984년 2월 덩샤오핑은 미국 조지 워싱턴 대학 전략 및 국제문제연구소 대표와의 회견 자리에서 중국과 대만의 통일 이후 중국에는 두 개의 체제가 공존할 것이라고 선언하면서, 중국대륙에서는 여전히 사회주의 제도가 작동될 것이지만 대만은 중국의 특별행정구로서의 지위를 가지면서 그 안에서 기존의 자본주의 제도가 변함없이 유지될 것이므로 상호 간 존중하고 해치지 않을 것을 명확히 한다고 선포하였다.[40] 따라서 덩샤오핑의 미국 회견에서의 발언은 "일국양제(一國兩制)"라는 개념을 비교적 완전하게 천명하였다고 할 수 있다.[41]

이러한 변화는 덩샤오핑의 개혁개방정책을 뒷받침하고자 개정된 1982년 헌법에서도 나타났다. '82년 헌법은 개혁개방과 함께 국가통

---

39) 덩샤오핑의 「6개 구체적 구상」의 내용은 다음과 같다. ① 통일 이후 중국정부는 대만에 軍事·정부요원을 대만에 파견하여 대만의 내부사무를 건섭 및 감독하지 않는다. ② 통일 이후 대만은 독립적인 立法權 및 현행 법률·司法機構를 유지한다. ③ 통일 이후 대만이 중국대륙을 위협하지 않는 전제 하에 대만이 군대를 보유하는 것을 허용한다. ④ 통일 이후 대만은 독립된 외교권을 보유하며 독립된 대외경제관계를 유지할 수 있고 외국과 협정을 체결할 수 있으며 외국인에게 비자를 발급할 수 있다. ⑤ 통일 이후 대만은 자신의 국기를 사용할 수 있고 '中國臺灣'이라는 칭호를 사용한다. ⑥ 통일 이후 대만은 특별행정구로써의 완전한 자치권을 향유하고 기존의 三民主義와 資本主義는 그대로 실시할 수 있다. 陽力宇, "鄧小平對和平統一的最新構想", 香港 七十年代, 第163號, 1983, 17-19면 참조.

40) 藍天, '一國兩制' 法律問題研究, 法律出版社, 1997. 6면 참조.

41) 張炳玉, "中國의 「一國兩體制」 統一政策의 形成背景 및 理論根據에 關한 研究", 中國學報, 1992, 10-20면 참조.

일을 위한 정책을 규범화하면서 제31조에 그 근거를 신설하였다. 종전까지만 하여도 중국은 정치의 측면에서 통일방식을 언급하였을 뿐 헌법에 근거를 두지 않았으므로, 위와 같은 통일정책의 법제화는 통일정책에 대한 획기적인 변화로 평가되고 있다.[42] 특히, 대만 주민은 물론 홍콩과 마카오 주민들이 오랜 기간 자본주의 제도 및 그 생활에 익숙해져 있다는 점을 감안한다면 그들에게 대륙의 사회주의 체제를 그대로 적용하는 것은 사실상 불가능한 일이었다는 점을 고려해보면, 덩샤오핑이 당시 중국의 현실 상황에 맞게 통일정책을 헌법적으로 제시한 것으로 볼 수 있다. 즉 덩샤오핑은 상이한 제도를 시행하고 있는 지역의 상황을 고려할 때 통일 이후의 중국이 사회주의만을 고집해서는 분단된 국토를 회복할 수 없으므로 사회주의 제도를 자본주의 제도와 병행하여 보장하는 것이 최고의 방법이라고 판단하였다.

이에 따라 1984년 5월 제6기 전국인민대표대회 제2차 회의에서는 중국의 정부문건(政府文件)에 “하나의 국가, 두 개 종류의 제도”라는 용어를 처음으로 기록하였고, 다음 해인 1985년 3월 제6기 전국인민대표대회 제3차 회의에서 평화통일의 기본국책으로서 “일국양제(一國兩制)”를 공식화하였다.[43]

2. 국제적 배경

1949년 중화인민공화국의 성립과 함께 중국은 절대다수의 영토가 수복(收復)하였으나 대만지역과 홍콩·마카오 지역은 여전히 분단상태에 머물러 있었다. 국·공내전의 여파로 대만지역은 여전히 국민당 정

42) 藍天, ‘一國兩制’ 法律問題研究, 法律出版社, 1997. 8면.

43) 一國兩制”在香港特別行政區的實踐 白皮書(全文) 中華人民共和國國務院新聞辦公室. http://www.scio.gov.cn/index.htm

부의 점거 하에 있었고, 홍콩과 마카오도 영국과 포르투갈의 통치 하에 있었다. 즉, 중국은 완전한 통일을 이루지 못한 상태에 있었다. 중국정부는 이러한 분단상황을 '일국양제'라는 특수한 통일방식으로 해결하려고 하였다. 비록 일국양제의 발단은 대만문제를 해결하기 위한 것이었으나 실제로는 홍콩문제를 해결하는 것에 먼저 적용되었다. 홍콩은 영국의 식민지로써 오랫동안 영국의 통치하에 있었으므로 홍콩 반환문제는 중국 국내의 문제일 뿐만 아니라 영국과의 합의가 필요한 국제적 문제로도 대두되었다.

홍콩지역의 분단 역사를 거슬러 올라가 보면, 1898년 6월 9일 청나라와 영국이 「중·영전척홍콩계지전조(The Convention Between Great Britain and China Respecting an Extension Of Hongkong Territory)」를 체결하면서 그 조건으로 영국이 홍콩과 인접한 '신계(新界)'지역을 1997년 6월 30일까지 99년간 조차(租借)하기로 하였다.[44] 그 후 영국 정부는 홍콩에 대한 계속적인 통치 및 지배연장을 목적으로 홍콩문제를 먼저 제기하였다. 그러나 덩샤오핑 정부는 1979년 홍콩총독 매클레호스(Muray Machlehose)와의 회견 자리에서 홍콩은 중국의 고유한 영토이므로 중국의 홍콩에 대한 주권 회복은 반드시 이루어야 한다는 입장을 취했다. 즉, 중국정부는 홍콩을 중국에 속한 특수지구로 분류하여 특별한 방식으로 처리할 것에 관한 입장을 표명하였다.[45]

그러나 영국정부는 홍콩섬(香港島)과 구룡반도(九龍半島)는 조약에 따라 할양받은 영토이기 때문에 반환하기 어렵고 99년의 조차계약에 따라 신계지역만 반환하겠다는 입장을 취하였다.[46] 하지만 중국정부

44) 李亞東, "割讓香港 骨肉分离(香港百年之一)", 求知, 1997-2, 43-44면 참조.

45) 鄧小平, 建設有中國特色的社會主義, 共中央黨校出版社, 1993, 68면.

는 청나라와 영국이 체결한 모든 조약은 불평등 조약으로 무효이므로 홍콩 전체 지역을 모두 반환할 것을 요구하였다.[47] 양국은 홍콩반환 문제에 대한 입장 차이를 좁히기 위해 제1차와 제2차로 단계를 나누어 협상을 추진하였다. 중국정부는 제1단계(1982.9.23.-1983.6.30)에서는 주로 홍콩 주권에 대한 중국의 입장을 분명히 천명하였고, 제2단계(1983.7.13.-1984.9.6.)에서는 홍콩문제 해결에 대한 협상단계로 주로 홍콩을 반환한 이후의 홍콩의 지위에 대해 협상하였다.[48]

제1단계로 1982년 8월, 영국의 마거릿 대처(Margaret Hilda Thatcher) 수상이 북경을 방문하였을 때 덩샤오핑은 홍콩문제에 관련하여 아래와 같은 내용을 제시하였다. 첫째, 중국은 청나라가 영국과 체결한 홍콩의 지위와 관련되는 3개의 조약을 인정하지 않는다는 것[49], 둘째, 중국은 청나라와 영국이 체결한 「중·영전척홍콩계지전조」에 따라 1997년 7월 1일에 홍콩을 회수할 것, 셋째, 회수한 이후의 홍콩의 안정과 번영을 위하여 중국은 '일국양제'의 원칙에 따라 홍

---

46) 홍콩섬은 제1차 아편전쟁 이후에 체결한 「남경조약(1842)」에 의해 할양되었고, 구룡반도는 제2차 아편전쟁 이후에 체결한 「북경조약(1860)」에 의해 할양되었다. 李亞東, "割讓香港 骨肉分离(香港百年之一)", 求知, 1997-2, 43-44면 참조.

47) 중국과 영국의 입장차이로 인해 1980년부터 양국 간 갈등이 시작되었다. 특히 중국은 개혁개방을 시작한 단계에서 중국경제 성장을 위해서는 홍콩의 선진기술 등이 필요했으며 홍콩이 중국의 발전과 미래를 위해 투자할만한 가치가 있는 지역이라 생각했다. 그러나 사회주의 길만이 살 길이라고 생각했던 중국공산당원들이 홍콩의 자본주의제도를 받아들인다는 것은 중국 내에 있어서 한 차례 큰 혁명과도 같았다.祝志男, "簡論香港迴歸20年的輝煌成就及其原因", 形式政策, 思想理論教育導刊, 2017-7. 88-93면 참조. 박광득, "홍콩반환 20년의 회고와 전망에 관한 연구", 대한정치학회보, 제25집, 2017. 216-217면 참조.

48) 鄧小平, 建設有中國特色的社會主義, 共中央黨校出版社, 1993, 68면 참조.

49) 3개의 조약은, 제1차 아편전쟁을 인해 체결된 「남경조약(南京條約.1842)」, 제2차 아편전쟁으로 인해 체결된 「북경조약(北京條約.1860)」, 그 후 1898년 6월 영국정부와 청나라 정부가 체결한 「중·영전척홍콩계지전조(中英展拓香港界址專條)」를 말한다. 劉存寬, "評駱克《香港殖民地展拓界址報告書》", 广東社會科學, 2008-2, 92-100면 참조.

콩의 자본주의 제도와 생활방식을 그대로 유지하여 50년간 변화시키지 않는 것을 제도화하여 실시한다는 것이었다. 덩샤오핑은 이러한 점을 명확히 하면서 '일국양제' 통일방안을 정식으로 제안하였다.[50]

1983년 7월 중국정부와 영국정부의 제2단계 협상에서 영국정부는 홍콩에 대한 통치 연장을 포기하는 대신에 홍콩에 대한 자국의 간섭의 확대를 위한 방편으로 홍콩의 최대한의 자치보장을 요구하면서 중국군대가 홍콩에 주둔하지 않을 것을 요구하였다. 하지만 중국정부는 이에 대한 반대의견을 제시하면서 홍콩 반환문제에 대한 9가지 원칙을 제기하였다.[51] 참고로, 이 원칙은 나중에 중국과 영국이 체결한 '중·영연합성명'의 내용으로 보충되었다. 결국 영국정부는 중국의 일국양제 통일정책을 받아들이면서 1984년 12월 19일에「중·영연합성명」을 체결하여 홍콩을 중국에 반환하기로 결정하였다.[52]

제2절 일국양제의 주요내용

1. 기본 개념

'일국양제'는 글자 그대로 '한 개 국가와 두 개 종류의 제도 또는 체제'를 말한다. 즉 1국가 2제도 또는 1국가 2체제이다. 이는 중국정부가 조국통일을 위하여 대만과 홍콩, 마카오에 통일정책으로써 제시한 방안이다.

---

50) 王凱, "中英香港問題談判的日日夜夜",團結報中央級, 2017-5, 1-3면 참조. 劉金田, "香港回歸中的鄧小平", 世紀風采, 2018-07, 3-7면 참조.

51) 鄧小平, 建設有中國特色的社會主義, 共中央黨校出版社, 1993, 72면 참조.

52) 郭永虎 閆立光, "英國政府關于中英香港問題談判決策過程初探 (1982～1984年－基于英國解密外交檔案的解讀", 当代港澳研究, 2019-01, 4-6면 참조.

‘일국’의 개념에 대해 중국정부는 세계에는 오직 하나의 중국, ‘중화인민공화국’만이 존재하며 홍콩과 마카오 및 대만은 중국의 일부분으로써 불가분의 관계에 있는 것으로 보고 있다. 즉 중국정부는 홍콩과 마카오가 영국과 포르투갈이 불평등조약에 근거하여 점령한 지역으로 중국 고유의 영토이고, 대만 역시 국·공내전이 남긴 문제로서 중국의 일부분임은 변함이 없다는 것으로 일국의 개념을 정의하고 있다.[53] 이는 결국 중국에는 하나의 국가만이 존재한다는 뜻으로, 중국에는 하나의 최고권력기관과 행정기관인 중앙정부가 존재하며 홍콩과 마카오, 대만은 중국헌법에 따라 설치된 중국의 특수한 지역이 된다.

중국에서 ‘양제(兩制)’란 중국 대륙의 사회주의 제도와 대만·홍콩·마카오의 자본주의 제도를 말한다. 중국정부는 ‘두 제도 공존’의 의미를 ‘하나의 중국’을 전제로 하여 대륙의 사회주의 제도와 대만, 홍콩, 마카오의 자본주의 제도가 장기간 함께 공존하고 발전하며 서로 상대방을 파멸시키지 않는 것으로 설명하고 있다.[54] 다시 말하면, ‘하나의 중화인민공화국’이라는 통일된 사회주의 국가 안에 자본주의 제도를 실시하는 지역을 두고 있다는 것이다. ‘하나의 국가’ 안에서 양제를 공존시키는 이유는 오랫동안 자본주의 체제에 의해 운용되어 온 대만, 홍콩 및 마카오의 정치·경제적 현실과 지역 주민들의 실제 이익을 고려했기 때문이다.[55] 또 대만, 홍콩, 마카오가 가지고 있는 정치·경제적 역량의 손실을 최대한 방지하고자 하는 것에도 그 이유가 있다.[56] 여기서 중국정부는 중화인민공화국 안에서 자본주의 제도를 운

53) 王邦佐 王滬宁, "從“一國兩制”看主權与治權的關系", 政治學研究, 1985-02, 12-13면 참조. 鄧小平, 一個國家, 兩種制度, 鄧小平文選(第三卷), 1993, 22면 참조.

54) 鄧小平, 一個國家, 兩種制度, 鄧小平文選(第三卷), 1993, 58면 참조.

55) 鄧小平, 一個國家, 兩種制度, 鄧小平文選(第三卷), 1993, 66면 참조.

행하고 있는 몇 개 지역이 함께 공존한다는 것을 의도한 것이지 두 개의 독립된 정부로 공존한다는 취지로 강조한 것이 아니다.[57]

중국정부는 일국양제 원칙에 따라 중국헌법 제31조에 근거하여 특별행정구를 설치하고 특별행정구에 고도의 자치권한을 부여하였다. 고도의 자치권이란 자본주의 제도를 실행하고 있는 홍콩과 마카오, 대만이 중앙으로부터 행정권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권을 부여받아 특별행정구 내에서의 정치, 군사, 경제, 재정 등 사무를 자체적으로 관리 및 집행할 수 있는 권한을 말한다. 이 외에도 외국과 상무(商務), 문화 등에 관한 협정을 체결할 수 있게 독립적인 외사권도 부여했으며 나아가 대륙의 군대는 홍콩과 마카오 지역에 주둔할 수는 있으나 특별행정구의 어떠한 사무에도 간섭하지 않도록 하였다.[58]

2. 일국양제의 기본원칙

(1) 일국은 중화인민공화국

일국양제 이론에서 가장 뼈대를 이루는 기본원칙은 중국은 '하나의 국가' 즉 '하나의 중화인민공화국'이라는 것이다. 중국헌법 서언은 중화인민공화국이 전국 각 민족 인민이 공동으로 만든 통일된 다민족 국가라고 규정하면서, 동시에 대만은 중화인민공화국의 신성한 영토의 일부로서 대만동포를 포함한 중국인민 모두는 중국의 통일완수를

56) 문흥호, 중국·대만의 통일정책 비교연구, 민족통일연구원, 1994, 25-26면 참조.

57) 嚴家期, "一國兩制和中國統一的途經", 政治學研究 1985-02, 1-7면 참조. 김옥준, "덩샤오핑의 일국양제 통일방안 확립과정과 함의", 중국학논총 제32집, 2011, 134면 참조.

58) 嚴家期, "一國兩制和中國統一的途經", 政治學研究 第2期(1985), 1-7면 참조.

위한 신성한 사명을 부여받았다고 하였다. 중국정부는 국제사회에서도 '하나의 중국'은 곧 '중화인민공화국'이라고 공표하여 대만이 중화인민공화국의 일부분으로서 불가분적인 지방행정구라는 점을 명확히 하였다.[59]

이와 같이 '하나의 중국' 개념은 조국의 평화통일을 실현하는 기본 전제이자 일국양제 통일방안을 시행하는 기초가 된다고 할 수 있다. 그러나 통일에 대한 중국과 대만의 입장 차이가 있어 '하나의 중국'이라는 개념에 대해서도 의견을 달리하는 것으로 보인다.[60] 대만은, 대만과 중국은 서로 독립된 국가이므로 일반적인 국제법원칙인 민족자결주의 원칙에 따라 민족 간에 스스로 의사와 결정을 내리는 것을 존중하여야 함을 전제로 통일문제, 일국 문제를 논해야 할 것을 강조하였다. 이에 따라 대만은 중국대륙의 주장이 유엔헌장과 1960년 규정된 '식민지국가와 인민독립선언' 제7조에 반한다는 입장도 내놓았다. 즉 대만은 '하나의 중국'이라는 개념에 대하여 주권국가가 반드시 중화인민공화국이여야 한다는 것에 반대하는 입장이다.[61] 반면 중국은, 대만을 국가로 승인하는 것이 아니므로 '다른 국가'로 볼 수 없고, 1971년 10월 25일 UN에서 중국(중화인민공화국) 정부가 대만(중화민국) 정부를 대신하여 중국을 대표하는 정부로 인정받았으므로 국제사회에서 중국정부가 절대우세의 외교적 지위를 확보하였으므로 '일국'

59) 1971년 중국은 UN의 상임회원국으로 복귀하였고 대만은 유엔에서 축출되었다. 이로써 중화인민정부가 중국의 유일한 합법정부로 되었음을 국제적으로 인정받았다. 그러나 중화인민공화국 정부가 중국의 유일한 합법 정부라는 원칙을 고수하는 것은 결코 홍콩, 마카오, 대만이 중국에 귀속된 후 대외교류를 제한하기 위한 것이 아니라 오히려 그들이 중국의 특별행정구로서 국제적인 각종 교류활동에 참여하도록 하기 위한 것이었다. 丁志遠, "1971年美國与台湾当局在聯合國中國代表權問題上的有限"合作"", 台湾研究集刊, 2021-01, 60-63면 참조.

60) 鄭昱, "台湾問題的國際法辨析", 中山大學學報論叢, 2004-06, 144-150면 참조.

61) 解誠誠, "從國際視角看民族自決与台湾前途", 法制博覽, 2015(08), 148-149면 참조.

은 중화인민공화국이라 점을 강조하였다. 즉, 국제법적 규범영역에서 대만의 국가성이 부인되므로 중국의 '하나의 중국'에 대한 주장은 대만이 이의를 제기한 민족자결원칙에는 반하지 않는다고 보고 있다.[62]

이에 따라 중국은 일국양제 원칙에 따라 대만을 포함하여 홍콩과 마카오 모두 중국의 일부분으로 중국 영토에 속해 있다고 해석하고 있고, '일국'의 개념을 '하나의 중국' 즉 중화인민공화국으로 정의하고 있다. 그러므로 홍콩과 마카오를 포함한 중국의 모든 지방정부는 모두 하나의 중앙정부를 가지고, 그 최고국가권력기관은 전국인민대표대회가 된다.

(2) 사회주의제도 견지

일국양제 이론에 있어서 '하나의 국가'인 중화인민공화국은 사회주의 국가임을 당연한 전제로 한다. '하나의 국가' 안에서 사회주의제도와 자본주의제도가 병존한다는 것은 주권국가인 사회주의 중화인민공화국의 틀 안에서 자본주의 제도를 시행하는 홍콩과 마카오, 대만지역이 공존한다는 것을 의미한다. 그러므로 사회주의제도를 견지하지 않는 일국양제란 존재할 수 없다.[63] 즉 두 제도의 병존이란 기본적으로 사회주의제도를 견지한다는 전제에서 출발한 것이라 할 수 있다. 덩샤오핑은 "홍콩, 마카오, 대만에 대한 정책은 국가의 주체인 사회주의제도를 견지하는 바탕 위에서 가능하고 사회주의가 없다는 가정 하에서는 '일국양제'의 정책이 무용지물이 되므로 수립할 수 없다"라고 명확히 밝히면서 "10억 인구의 대륙은 사회주의제도를 시행하고, 홍콩과 대만은 자본주의제도를 실행한다"라고 말한 바 있다.[64] 즉 이에

62) 吉晶, "民族自決權 中國的立場与實踐", 上海交通大學, 碩士論文 (2018), 17-20면 참조.

63) 可人, "淺談"一國兩制"和堅持社會主義原則", 法學評論, 1985-02, 10-13면 참조.

따르면 중국의 통일은 중국대륙의 사회주의제도가 불변한다는 전제하에 이룩되어야 한다.

중국헌법 제1조에 따르면 “중화인민공화국은 노동자계급이 영도하고 노농연맹을 기초로 하는 인민민주독재(프롤레타리아 독재)의 사회주의 국가이다. 사회주의제도는 중화인민공화국의 근본제도로 어떠한 조직이나 개인도 사회주의제도를 파괴하는 것을 금지한다”라고 규정하고 있다.[65] 이는 통일 이후의 주권국가는 사회주의 중화인민공화국임을 헌법에 규정함으로써 그 지위를 보장한 것으로 볼 수 있다. 그러나 사회주의 헌법적 기본원칙을 견지한다고 하여 홍콩, 마카오, 대만에 반드시 사회주의를 강요하는 것은 아니고, 사회주의 국가인 중화인민공화국 안에서 50년간 자본주의 제도를 유지하면서 대륙의 사회주의제도와 특별행정구의 자본주의제도가 서로 평화공존 및 공동발전하도록 하는 것을 의미하였다.[66]

(3) 자본주의제도 불변

일국양제에 따르면 홍콩, 마카오는 물론 통일을 전제로 하는 대만

---

64) 鄧小平, 一個國家, 兩種制度, 鄧小平文選(第三卷), 1993, 68면 참조. 法務部, 홍콩・마카오 특별행정구기본법 해설 2003, 30-31면 참조.

65) 중국헌법 제1조: 중화인민공화국은 노동자 계급이 지도하고 노동자·농민 연맹을 기초로 하여 인민민주 전제 청치를 하는 사회주의 국가이다. 사회주의 제도는 중화인민공화국의 근본제도이다. 중국 공산당의 영도는 중국특색 사회주의의 가장 본질적인 특징이다. 어떠한 조직이든지 또는 어떠한 개인이든지 사회주의 제도를 파괴하는 것은 금지된다(中華人民共和國是工人階級領導的.以工農聯盟爲基礎的人民民主專政的社會主義國家。社會主義制度是中華人民共和國的根本制度。禁止任何組織或者個人破壞社會主義制度).

66) 홍콩기본법 제5조: 홍콩특별행정구에서는 사회주의 제도와 정책을 시행하지 아니하고, 기존의 자본주의 제도와 생활방식을 유지하여 50년간 변화시키지 않는다(香港特別行政區不實行社會主義制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變).「마카오특별행정구기본법」제5조 위 조문과 동일)

의 자본주의 제도는 대륙의 사회주의 제도와 장기적으로 공존하며 그 시행 기간인 50년이라는 장기간 동안은 제도를 변화시키지 않는 것으로 한다. 바로 이것이 '하나의 중국', '사회주의 제도의 견지'를 전제로 하는 일국양제 이론의 기본원칙이자 핵심내용이다. 자본주의 체제에 익숙해진 홍콩, 마카오, 대만 국민들의 역사적 현실을 고려했을 때 중국정부가 통일을 이유로 이들 지역의 체제를 무작정 사회주의로 만드는 것은 오히려 통일 이후 통일중국의 경제가치 전반을 떨어뜨리고 오히려 지속적인 경제 발전과 안정에 방해가 될 수 있었다.[67] 따라서 중국정부는 자본주의를 실행하는 이들 지구(地區)의 이익을 충분히 고려하여 두 제도의 장기간 공존을 내용으로 하는 '양제'라는 이름의 통일정책을 가동하였다. 그러므로 '일국양제'의 통일방안은 평화롭게 통일을 이룩하기 위한 독창성 있고 특수한 통일방안이라 할 수 있다.

1985년 덩샤오핑은 홍콩 회수 문제에 관한 영국정부와의 담화에서 회수 이후의 홍콩의 운명에 대해 아래와 같은 견해를 제시하였다. 하나는 홍콩에 대해 중국의 특별행정구로서 지위를 주고 독립적인 사법권과 종심권을 부여하여 자기만의 독립성을 보장하는 것을 약속하는 것이었다. 다른 하나는 홍콩특별행정구에 자본주의 제도를 50년간 유지하게 하는 것이었다. 이는 오랜 식민지배 과정에서 자본주의 제도에 익숙해진 홍콩의 역사적 현실을 고려한 결정이었다. 마카오 지역에 대한 회수도 마찬가지로 진행되었다.[68] 이어서 덩샤오핑은 '일국양

67) 宋小庄, 論"一國兩制"下中央与香港特區的關系, 中國人民大學出版社, 2003, 15면 참조.

68) 덩사오핑은 「홍콩특별행정구기본법」 제5조에서 규정한 50년간 자본주의제도 불변의 의미를 설명한 바가 있다. 그에 따르면 이는 당시 중국의 사회주의 경제발전과 불가분의 관계가 있다. 개혁개방을 실시한 지 얼마 되지 않는 중국은 발전도중의 과정에 있는 국가였고 중국대륙이 선진국에 진입하기 위해서는 앞으로 50년의 시간이 필요하다고 하였다. 홍콩은 오래전부터 이미 국제 무역항구이자 금융도시로 경제발전을 가져왔었기에 개혁개방을 시작한 대륙 경제 발전에 필요한 존재로 여겼다. '일국양제' 정책에 의한 홍콩 회수와 50년간 자본주의 제도를 변함없이 시행하는 것은 중국 사회주의 경제 건설에 객관적으로 요구되는 시간이라 할 수 있다. 비록 덩샤오핑은 50년

제' 이론에 의한 법제화 실시를 공표하였다. 중국정부는 우선 영국정부와의 논의를 거쳐 중·영공동연합성명을 체결하였고 연합성명의 내용을 바탕으로 중국헌법 제31조에 근거하여 홍콩기본법을 제정하였다. 즉, 홍콩기본법을 통해 자본주의 제도의 50년간 장기불변의 원칙을 법률로써 보장하였다.

3. 일국양제의 법적 함의

일반적으로 하나의 국가 안에는 한 가지 법질서만이 존재하나, 일국양제는 하나의 국가에 두 개의 법제도가 시행되는 것을 의미한다. 법제 관점에서 양제는 '사회주의 법질서와 자본주의 법질서'를 의미한다. 즉 중국은 일국양제를 통해 하나의 중화인민공화국을 유지하면서 그 안에서 사회주의 법질서와 자본주의 법질서를 병존시키고 있는데, 그 결과 하나의 중국임에도 불구하고 서로 다른 정치, 경제, 사회제도를 시행할 수 있게 된다. 일국양제를 법적 시각에서 본다면 아래와 같은 세 가지 측면에서 그 함의를 이해할 수 있다.

(1) 특수한 단일제 국가형태

국제법상 국가형태는 크게 단일제 국가형태와 연방제 국가형태로 나뉜다. 연방제 국가는 각 구성국들이 연합하여 구성된 통일된 국가구조형태이고 단일제 국가는 지방행정구역으로 구성된 단일 주권의 국가형태이다.[69] 중국정부의 일국양제 통일정책은 중국 특유의 제도

불변이라고 했으나 그 시간은 50년보다 더 필요할 수도 있으니 양제의 공존은 50년을 넘을 수도 있다고 하였다. 法務部,「홍콩・마카오 특별행정구기본법 해설」2003년. 36면 참조.

69) 黃昌保, ""一國兩制"是具有中國特色的國家結构的新形式", 求實, 1985-03, 63면 참조.

라고 할 수 있는데 그 이유는 이 제도가 불가피하게 단일제 국가형태를 유지하기 위해 시행된 특수한 통일정책이기 때문이다.[70] 실제 연방제 국가연합 등 다양한 통일 내지 통합 방식을 살펴보아도 이질적인 두 제도를 단일제 국가 안에서 수용하는 방식은 중국의 일국양제가 유일한 것으로 보인다.[71]

중국은 일국양제에 따라 통일을 이루기 위해서 홍콩과 마카오, 대만에 대해 법률에 근거하여 특수한 지방정부의 지위를 가지는 특별행정구로써 고도의 자치권을 부여하여 중국대륙과 다른 정치, 경제, 사회 및 법률제도를 시행할 수 있게 하였다. 다시 말하면 특별행정구는 기본법에 따라 행정권, 입법권 및 독립적인 사법권과 종심권을 가지고 중앙에서 관리하는 국방 및 외교사무 외에 특별행정구가 관리하는 사무에 대해서 관할권을 갖는다. 이러한 측면에서 특별행정구의 권한은 일반적으로 연방제 국가의 구성국들이 가지지 않는 권한이다.[72]

반면, 특별행정구는 연방제 국가에서의 구성국의 지위와는 달리 중국 지방행정구역으로서의 지위를 갖는다. 이는 특별행정구가 성, 자치구, 직할시와 같이 중국헌법 규정에 따라 전국인민대표대회에 의해 설립된다는 점에서도 명확히 드러난다.[73] 특별행정구는 중국헌법과

---

70) 董立坤, 중국 내지와 홍콩의 법률충돌 및 조정 , 법무부 특수법령과 편역, 2006, 55면 참조.

71) 鄧小平, “穩定世界局勢的新辦法”, 鄧小平文選 (第三卷), 人民出版社, 2008, 49-50면 참조.

72) 董立坤, 중국 내지와 홍콩의 법률충돌 및 조정 , 법무부 특수법령과 편역, 2006, 48면 참조.

73) 董立坤, 중국 내지와 홍콩의 법률충돌 및 조정 , 법무부 특수법령과 편역, 2006, 56면 참조.

특별행정구기본법에 따라 어떠한 방식으로도 중국과 분리될 수 없는 중국의 일부에 해당하므로 자본주의제도를 실행하고 있는 홍콩, 마카오 특별행정정구의 존재에도 불구하고 중국은 여전히 단일제 국가형태를 유지하고 있다고 볼 수 있다.[74]

다만 특별행정구는 중국 중앙정부로부터 고도의 자치권을 부여받아 중국과 상이한 법률과 제도를 시행하고 있으므로, 중국은 특별행정구를 포함하고 있다는 점에서 일반적인 단일제 국가와는 다른 특수한 형태의 단일제 국가형태를 띠고 있다.[75]

(2) 상이한 법률과 제도의 병존

과거 중국정부는 영국과의 홍콩반환 협상 과정에서 자본주의 시장경제가 중국의 사회주의 계획경제체제 하에 귀속됨에 따라 발생할 수 있는 여러 문제들에 대해 가장 우려하였다.[76] 즉 홍콩주민들의 삶과 생활 방식의 근간에 대한 염려가 있었다. 일국양제 정책은 바로 이러한 문제를 해결하기 위한 유연한 방책이었으므로 홍콩이 중국에 반환되더라도 50년간 자본주의 체제를 그대로 유지한다는 점을 법률로 규정하였다. 그러나 그 이면에는 일국양제에서 모든 주권은 중화인민공화국에 있으며 일국 즉 '하나의 국가'는 사회주의 제도를 실행하고 있는 중국이라는 고정불변의 사상이 존재하였다. 결국 일국양제 하에서로 다른 제도뿐만 아니라 서로 다른 법률체계도 병존하게 되었다.

---

74) 黃昌保, ""一國兩制"是具有中國特色的國家結构的新形式", 求實, 1985-03, 64면 참조.

75) 董立坤, 中國內地与香港地區法律的冲突与協調, 法律出版社, 2004, 31면 참조.

76) 董立坤, 中國內地与香港地區法律的冲突与協調, 法律出版社, 2004, 31-32면 참조.

중국이 홍콩과 마카오에 대한 주권을 회복한 후 기존 홍콩과 마카오에 적용되었던 법률은 특별행정구기본법에 저촉되는 경우를 제외하면 계속하여 특별행정구의 법률로써 효력을 유지한다.[77] 또한 특별행정구는 상대적으로 독립적인 입법권이 있고 계속하여 기존 법률의 전통에 따라 새로운 법률을 제정할 수 있는 권한을 가진다.[78] 나아가 특별행정구는 독립적인 사법권과 종심권을 가지고 있고 특별행정구 법원은 외부로부터 어떠한 간섭도 받지 아니하며 독립적으로 재판을 진행한다. 따라서 일국양제는 하나의 헌법체계 내에서 상이한 법률제도를 병존시키는 이론이라고 할 수 있다.

(3) 고도의 자치권을 보유한 특수한 지방

일국양제에 근거하여 전국인민대표대회는 특별행정구기본법을 통해 특별행정구로 하여금 고도의 자치를 실시할 수 있도록 하고 특별행정구에 행정권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권을 부여하였다.

---

77) 董立坤, 中國內地与香港地區法律的冲突与協調, 法律出版社, 2004, 25면 참조.

78) 홍콩기본법 제17조: 홍콩특별행정구는 입법권을 향유한다. 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법률은 반드시 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하고 등록해야한다. 이 등록은 해당 법률의 효력발생에 영향을 미치지 않는다. 전국인민대표대회 상무위원회가 만약 홍콩특별행정구의 입법기관에서 제정한 법률이 중아이 관리하는 사무 및 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 규정에 부합되지 않는다고 인정할 경우 전국인민대표대회 상무위원회 산하의 홍콩특별행정구기본법위원회에 의견을 물은 후 관련 법률을 반송할 수는 있으나 당해 법률을 수정하지는 않는다. 전국인민대표대회 상무위원회에 의하여 반송된 법률은 즉시 그 효력을 상실한다. 당해 법률의 효력상실은 홍콩특별행정구의 법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 소급력이 없다(香港特別行政區享有立法權。香港特別行政區的立法机關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生效。全國人民代表大會常務委員會在征詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會后，如認爲香港特別行政區立法机關制定的任何法律不符合本法關于中央管理的事務及中央和香港特別行政區的關系的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立卽失效。該法律的失效，除香港特別行政區的法律另有規定外，无溯及力). - 마카오기본법 제17조 내용과 동일.

행정권 측면에서 홍콩과 마카오 특별행정구는 독립적인 재정과 독립적인 조세제도를 시행하며 자체적으로 화폐금융정책을 수립한다. 또한 국방, 외교 기타 반드시 중앙이 처리하여야 하는 행정사무를 제외하고 특별행정구 자치 범위 내에 속하는 모든 행정사무는 특별행정구가 관리한다.[79] 앞서 살펴본 바와 같이 중국대륙과 특별행정구는 서로 다른 법률제도를 시행하고 있고 특별행정구에는 중국대륙으로부터 독립된 입법권뿐만 아니라 국가사무와 대외사무를 관리하는 권한도 부여되었다. 이 외에도 특별행정구는 독립된 사법권과 종심권을 가지고 있으며 특별행정구의 모든 사건에 대하여 종국적인 심판을 할 권한이 있다. 따라서 일국양제는 중국대륙의 제한된 간섭을 받는 고도의 행정권, 입법권 및 완전히 독립된 사법권이 부여된 특별행정구를 설립하여 운영하는 것이 그 법적 실질이라고 할 수 있다.

4. 일국양제와 남북한특수관계론의 비교

(1) 동서독의 특수관계

동서독의 특수관계 문제는 1972년 체결된 동서독기본조약을 체결하기 이전인 1969년 서독이 동독을 국가로 인정할 지 여부에 관하여 전개되었던 정치논쟁에서부터 촉발되었다.[80] 동서독 특수관계이론은 동

---

79) 홍콩기본법 제62조: 홍콩특별행정구 정부는 다음과 같은 직권을 행사한다. (1) 정책을 수립하고 집행한다. (2) 각종 행정사무를 관리한다. (3) 본법 규정의 중앙인민정부가 수권한 대외사무를 처리한다. (4) 재정예산과 결산을 편성하고 제출한다. (5) 법안·이안·부속법규의 초안을 작성하고 제출한다. (6) 공무원을 입법회에 파견하여 참석시키고 정부를 대표하여 발언하게 한다(香港特別行政區政府行使下列職權: (一) 制定幷執行政策； (二) 管理各項行政事務； (三) 辦理本法規定的中央人民政府授權的對外事務； (四) 編制幷提出財政預算、決算； (五) 擬定幷提出法案、議案、附屬法規； (六) 委派官員列席立法會幷代表政府發言). - 마카오기본법 제64조 내용과 동일.

80) 이효원, "남북특수관계론의 헌법학적 연구", 2006.2. 박사학위논문, 73면. 김철수, 독일

서독의 통일과정에서 바로 서독이 견지한 입장이다. 1969년 10월 서독은 동독을 국제법상의 국가로 승인할 수 없으며 설사 독일이라는 큰 지붕에 두 개의 국가가 존재한다고 해도 이들 사이는 국제관계가 아니므로 특수한 관계일 수밖에 없다는 취지의 성명서를 발표하여 동서독의 두 관계를 특수한 관계로 표현하였다.[81]

동서독은 1969년 10월 21일 브란트가 서독 수상으로 취임한 이후 1972년 12월 21일, 10개 조문으로 구성된 "독일연방공화국과 독일민주공화국간의 관계의 기본원칙에 관한 조약", 즉 "동서독기본조약"을 체결하였다. 동서독기본조약의 내용을 보면 서문 규정에서는 "국가의 지위문제를 포함하여 양독의 기본문제에 대한 양국간의 견해 차이에도 불구하고"라고 하여 지위문제에 대한 동서독의 의견 차이를 명시적으로 규정하였다. 이는 기존의 '동서독의 특수관계'라는 용어를 사용하지 않고 "동서독 양국은 동등권의 바탕 위에서 상호 정상적인 선린관계(normale gutnachbarliche Beziehungen)"(제1조)라고 동서독의 관계를 규정한 것이었다. 즉, 동서독은 대외문제에 있어서 상호간의 독립과 주권을 존중할 것을 선언하였던 것이다.[82]

동서독기본조약의 법적 성격에 대해서는 여러 가지 의견이 있다. 일단 동 조약은 잠정협정으로써 현상을 유지하고 전쟁을 예방하기 위한 불가침 협정의 성격을 가지므로, 결론적으로는 서독은 동독을 국제법 주체가 아닌 독일 내의 지방국가로 승인하였고 동서독 관계를 국제관계가 아닌 것으로 보았다. 그러나 이는 사실상 서독이 동독의

통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004, 137-159면 참조.

81) 이효원, "남북특수관계론의 헌법학적 연구", 2006.2. 박사학위논문, 74면. R. Bernhardt, Die Rechtslage Deutschlands, JuS 1986, Heft 11, SS, 839-842면 참조.

82) 김철수, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004. 151면 참조.

국가성(國家性)과 그 실체를 인정한 것이라고 평가되었다.[83] 한편, 양독의 법적지위에 대하여 독일연방헌법재판소는 "동서독의 관계에 대하여는 전체국가 내에 부분질서로서의 두 개의 국가가 존재한다는 '지붕이론(Dachtheorie)'에 바탕을 두고, 동독에 대하여 사실상의 국가성을 인정하는 것을 전제로 독일 내에 두 개의 국가가 존재한다고 하더라도 그 상호관계는 외국간의 관계가 아니고 특수한 성격의 관계"라고 판시하였다.[84]

이와 같이 동서독간 특수한 선린관계는 서독이 동서독기본조약을 체결한 이후 통일을 달성할 때까지 동서독간 각종 법률관계를 규율하는 '법정책 및 독일문제 정책상의 기준(rechtspolitisches und deutschlandpolitisches Postulat)'을 제시한 것이라고 평가된다.[85] 이는 독일국가 내에서의 동서독관계가 일반적 국제법적 관계가 아닌 민족적 내부관계라고 파악하는 것이 법적으로 가능하다는 점에 근거를 둔 것이었다.

(2) 남북한특수관계론

가. 등장배경

---

83) H, Mahnke, die besondere Beziegungen zwichen den beiden deutschen Staaten, in: Gottfried Zieger(Hg), Fünf Jahre Grundvertragurteil des Bundesverfassungsgerichts, Köln, 1979, 주독대사관 역, 1993.7, 4면. 이효원, "남북특수관계론의 헌법학적 연구", 2006.2. 박사학위논문, 78면. 각주 128 참조.

84) A. Bleckmann, a.a.O. S. 81.; R. Bernhardt, a,a,O. S. 92; 김철수, 독일통일의 정치와 헌법, 박영사, 2004, 165-167면. 이효원, "남북특수관계론의 헌법학적 연구", 2006.2. 박사학위논문, 79면 참조.

85) 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006. 80면 참조.

일제로부터의 광복 이후 한반도 이남과 이북에는 남북한정부가 각각 수립되었다.[86] 1948년 12월 제3차 UN총회는 대한민국을 합법정부로 승인한 반면에 북한은 UN의 승인을 받지 못했다. 당시 유엔총회는 결의문에서 대한민국 정부가 한반도 전체에 유효한 지배와 관할권을 갖는 유일한 정부라는 선언을 한 것은 아니고 다만 당시 선거가 가능한 지역에 대한 합법정부라는 내용만을 밝혔을 뿐이었다. 그러나 남북관계 및 북한의 국가성 인정문제와 관련하여 당시 유엔의 결의문에 따라 대한민국 정부승인의 효력범위를 한반도 전역으로 보는 것이 현재의 다수의견이다.[87]

냉전체제의 해체와 국제정세의 변화 속에서 평화공존과 경제발전이 중심이 되는 국제환경이 조성되었고, 남북관계에도 변화가 생기기 시작하면서 남북한특수관계론이 등장하였다. 1991년 남한과 북한은 동시에 유엔에 가입하였고 이어서 1991년 12월에 남북기본합의서를 체결하였다. 특히 남북기본합의서는 남북한 대표가 공식적으로 체결한 합의서로 남북한 통일과정에서 남북관계의 개선을 꾀함과 함께 남북관계를 규율하는 가장 중요한 규범체계가 되었다. 본 합의서는 서문에서 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는

86) 당시 미국은 국제연합(UN)을 통해 한반도의 문제를 해결하기로 하였으며 1947년 11월 유엔은 남북한 전 지역에서 인구비례에 의해 자유선거를 실시하여 제헌국회를 구성하고 통일정부가 구성되면 완전히 철수하기로 하였으나, 소련의 거부로 북한지역에 들어가지 못하면서 한반도 전체에서 총선거를 실시하지 못하게 되었고 총선거가 가능한 남한지역에서만 이를 실시하였다. 이에 따라 1948년 5월 10일 국회의원 총선거를 실시하여 총 198명으로 구성된 제헌국회가 만들어졌고, 제헌국회는 7월 17일 제정헌법을 공포하여 이는 이 날부터 시행되었으며 1948년 8월 15일 남한에는 대한민국 정부가 수립되었다. 한편, 북한지역에서는 1946년 2월 북한의 소련군과 북조선공산당이 중앙행정기관으로 북조선인민위원회를 설립하여 헌법이 아닌 토지개혁법령, 선거법령, 노동법령, 국유화법령 등 이른바 ‘민주기지건설’을 위한 법령을 발표하였다. 이에 따라 1948년 9월 8일 조선최고인민회의는 조선민주주의인민공화국 헌법을 채택하였으며, 9월 9일 북한에는 조선민주주의인민공화국이 수립되었다. 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2006. 50-53면 참조.

87) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2018. 51-53면 참조.

과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계"라고 규정하였다.[88]

1988년 남한이 대북한 경제개방조치를 취하면서 1990년대 이후로 남북교류가 급속히 증가하였다. 특히 개성공단사업이 추진되면서 남북 간의 교역이 본격적으로 개시되었고 인적·물적 교류가 확대됨에 따라 남북한 주민 사이에도 제반 법률문제가 발생하였다. 그러나 기존에 남북관계에 적용되었던 '남북교류협력에 관한 법률' 등 국내 법률과 각종 남북합의서는 남북한관계를 규율하기 위한 법규범체계로써는 양적, 질적으로 내용상 매우 미흡한 편이었다. 1990년대에 들어서면서 이러한 규범적 부재상황을 타개하기 위해 일부 학자들이 동서독의 사례를 참고하여 남북한관계에 적용할 수 있는 범규범적 이론인 남북한특수관계론을 제시하기 시작하였다.[89]

남북한특수관계론은 남북관계에서 발생하는 법률의 충돌과 모순을 해결하는 이론적 도구이며, 헌법규범과 헌법현실, 그리고 남북한의 국내법적 지위와 국제법적 지위 사이의 모순을 합리적으로 설명할 수 있는 유용한 규범적 분석 틀이라 할 수 있다.[90] 즉, 남북한특수관계론은 향후 평화통일과정에서 발생할 수 있는 여러 가지 법적 문제들을 유형화하여 어떠한 경우에, 어떠한 범위에서, 어떠한 기준과 원리에

---

88) "남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서(남북기본합의서)" 전문: 남과 북은 분단되 조국의 평화적 통일을 염원하는 온 겨레의 뜻에 따라 7.4남북 공동성명에서 천명된 조국통일 3대원칙을 재확인하고, 정치군사적 대결상태를 해소하며 민족적 화해를 이룩하고, 무력에 의한 침략과 충돌을 막고 긴장완화 평화를 보장하며, 다각적인 교류·협력을 실현하여 민족공동의 이익과 번영을 도모하며, 쌍방사이의 관계가 나라와 나라사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계라는 것을 인정하고 평화통일을 성취하기 위한 공동의 노력을 경주할 것을 다짐하면서 다음과 같이 합의하였다.

89) 이효원, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006. 80면 참조.

90) 이효원, "남북한특수관계론의 국제법적 활용방안", 북한법연구 제9호, 2006, 81면 참조.

따라 국내법 또는 국제법원칙을 적용할 것인지에 대해 보다 구체적인 법리를 제공하여 남북한관계의 현실을 고려한 법해석을 가능하게 함으로써 이를 기초로 평화통일을 달성하기 위한 시도로 이해할 수 있을 것이다.

나. 구체적 내용의 논의

남북한특수관계론은 규범적 측면에서 남북관계의 특수성을 설명하는 헌법이론이다. 이는 남북관계에서 발생하는 법률의 충돌과 모순을 해결하는 이론적 도구이자, 헌법규범과 헌법현실, 그리고 남북한의 국내법적 지위와 국제법적 지위 사이의 모순을 합리적으로 설명하려는 규범적 분석 틀이다. 지금까지 논의된 남북한특수관계론의 구체적인 내용은 아래와 같다.

1990년대부터 2000년대까지는 남북관계를 “현실적으로 분단되어 형성된 남한과 북한의 관계로서 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수한 관계이며, 남북한간 발생하는 구체적인 사안에 따라서 달리 적용되는 북한의 이중적 지위를 바탕으로 국내법 또는 국제법원칙이 상이하게 적용되는 관계”라고 하여 다소 일반론적으로 설명해 왔다.[91] 그러나 이러한 통설적 견해에 대해서, 남북한특수관계론이 남북관계에 관한 유용한 법해석을 제공하는 기초이론으로써 기능하기 위해서 일정한 규범적 원리에 따라 구체적인 판단기준을 제시할 수 있어야 한다고 하여 그 문제점을 지

91) 최대권, “남북합의서와 관련 제반 법문제-특히 특수관계의 의미를 중심으로”, 법학통권 93호, 서울대 법학연구소, 1993, 12, 7-35면 참조. 제성호, 남북한특수관계론, 한울아카데미, 1995, 22-23면 참조. 김승대, “남북한간 특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰”, 법조통권, 462호, 1995.3 28-45면 참조. 이효원, "남북한특수관계이론의 국제법적 활용방안", 북한법연구 제9호, 2006, 81면 참조.

적하는 견해 역시 존재한다.[92]

한편, 남북한특수관계론 중에는 남북한 모두 스스로만을 한반도의 유일한 합법정부라고 주장하면서 규범적으로 상호 간의 국가적 실체를 인정하지 않는다는 점을 고려하여 남한의 입장에서 북한의 법적 지위를 어떻게 인정할 것인지 여부가 가장 중요하다고 보기도 하였다.[93] 동 견해는 다음과 같이 3가지 측면에서 당해 쟁점을 설명한다. 첫째, 남북한 관계가 국내법적 규범영역에 적용될 경우 그 소극적 의미는, 남북관계가 나라와 나라의 관계가 아니라는 것이다. 따라서 남북한관계에 대해서 국제법원칙을 적용할 수 없게 된다. 그러나 현실에서 남북한은 이미 분단되었고, 정치적으로 '우리는 하나의 민족이다'라고 선언을 할 뿐 상호 간에 직접적인 법규범을 제시하지 않고 있으며, 더욱이 남북한은 서로 상이한 이념과 체제를 바탕으로 서로 다른 법률체계를 가지고 있어, 현실적으로 남한 또는 북한 어느 일방의 법률만을 적용해서는 남북문제를 해결하기 어렵다. 둘째, 남북관계가 국내법적 규범영역에 적용될 경우의 적극적 의미는 북한이 이중적 지위를 갖는다는 것이다. 이에 따르면 북한이 반국가단체로서 활동하는 규범영역에서는 남한 헌법 제3조에 따라 국가보안법 등 국내법이 적용되고, 북한을 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로 보는 규범영역에서는 남한이 북한의 독자적 실체를 인정하고 국제법원칙을 적용해야 한다는 것이다. 그러나 이 경우에도 법률상 근거 없이 국제법원칙을 그대로 적용한다면 남북한관계가 국가 간 관계가 아니라는 대원칙에 반하게 되므로, 남북관계의 특수성을 반영하여 국제법원칙을 탄력 있게 적용할 수 있도록 법률에 법적 근거를 명시해야 할 것

92) 이효원, "남북한특수관계론의 국제법적 활용방안", 북한법연구 제9호, 2006, 80-81면 참조.

93) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2018. 91면 참조.

이라는 입장이다.[94] 즉, 북한의 지위와 역할을 보다 적극적으로 규정하자는 것에 초점을 두었다고 할 수 있다. 셋째, 남북한관계가 국제법적 규범영역에 적용될 경우라고 한다면, 남한과 북한은 국제사회에서 각각 국제법의 주체로 활동하고 있으므로 국내법을 이유로 국제법의 적용을 배제할 수 없다는 것이다. 따라서 남북한이 제3국가와 법률관계를 형성할 경우에는 국제법원칙이 적용된다.[95]

이 외에도 남북한특수관계론에 대해 대법원 판례, 헌법재판소 결정례 등을 근거로 다음과 같이 설명하기도 한다. 남북한특수관계론은, 남북관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계라는 기본원리로부터, 이를 구체적인 법률관계에 적용할 수 있도록 하기 위해 도출된 법이론이라는 것이다.[96] 따라서 구체적 적용에 있어 남북한 관계가 국내법적 규범영역에서 적용될 경우에는 북한의 이중적 지위에 따라 북한이 반국가단체로서 활동하는 영역과 평화통일의 동반자로 활동하는 영역으로 구분하여 전자는 남한헌법을 후자는 국제법을 적용한다고 설명하였다.[97]

종합해보면 남북한특수관계론은 남한헌법이 규범적으로 북한을 국가로 인정하고 있지 아니하여 남북관계에 국제법을 적용할 수 없는 한편, 분단으로 인해 한반도 전체에 단일한 국내법도 적용하기 어렵다는 현실을 고려하여, 구체적인 사안에서 적절하게 법을 적용하기 위해 새롭게 연구, 창설된 이론이다. 하지만 이를 위해서는 실제 사안

94) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2018, 93-95면 참조.

95) 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2018, 93면 참조.

96) 송진호, “남북한 특수관계에서 국가면제이론의 유추적용 문제에 대한 고찰”, 통일과 법률 2021.2. 15면 참조.

97) 송진호, “남북한 특수관계에서 국가면제이론의 유추적용 문제에 대한 고찰”, 통일과 법률 2021.2. 15면 참조.

에 대한 법적용과정에서 해당 사례가 국내법적 규범영역에 속하는지 혹은 국제법적 규범영역에 속하는지를 구분해야 할 뿐만 아니라, 설령 국내법적 규범영역에 속하는 경우라 할지라도 북한이 반국가단체로 활동하는 영역인지 아니면 평화통일을 위한 동반자의 지위로 활동하는 영역인지를 구분할 수 있어야 한다. 이론적으로는 이와 같은 구분이 가능할 수도 있겠으나 실제 사건을 처리할 때에는 국내법과 국제법 문제가 혼재되어 있거나 북한을 바라보는 시각에 따라 반국가단체 아니면 평화통일을 위한 동반자로 볼 것인지에 대한 판단기준과 적용범위가 달라질 수 있으므로, 실제 남북한특수관계론의 적용에 대해서는 여전히 명확히 규명해야 할 점들이 많다고 볼 수 있다.[98] 이에 따라 남북한특수관계론은 일시적, 잠정적인 이론이 될 수밖에 없다는 의견도 제기되고 있다. 즉 남북관계에 있어 교류와 협력이 전면화될 시기에는 남북한특수관계론이 한계를 드러낼 수밖에 없는데, 이를 통해 결국 특수관계가 정상관계로 나아갈 수 있다는 것이다.[99]

(3) 일국양제와의 비교

중국은 국가통일에 대해서 일국양제의 입장을 취하고 있다. 일반적으로 하나의 국가는 하나의 제도에 의해 운영된다고 할 수 있겠으나 중국은 일국양제 통일방안을 통해 하나의 국가 안에 두 개의 이질적인 제도가 동시에 공존하는 방식으로 국가를 운영하고 있다. 다시 말하면, 중국은 오로지 하나의 중국임에도 불구하고 여러 지역에서 서

98) 국가보안법 관련 형사사건에서 특수관계론이 설시된 사례가 있다고 보는 견해로, 송진호, “남북한 특수관계에서 국가면제이론의 유추적용 문제에 대한 고찰”, 통일과 법률 2021.2. 43면. 이러한 견해에 따르면 대부분의 민형사 사건에서 법원이 일관되게 헌법 제3조에 따라 북한이 반국가단체의 지위에 있음을 전제로 하여 판단하여 남북한특수관계론의 법리가 충분히 반영되었다고 보기는 어렵다고 하였다.

99) 권은민, “남북한 특수관계론에서 정상관계론으로 변화가능성 연구”, 헌법논총 제32집, 2021. 39-45면 참조.

로 다른 정치·경제·법률·사회제도를 시행하고 있는 것이다. 지금까지 다른 분단국가들에서 연방제나 국가연합 등 다양한 통합 방식을 취한 바 있으나, 일국양제와 같이 하나의 국가가 서로 다른 제도를 수용하여 통일국가를 만드는 방식을 취한 것은 중국의 경우가 유일하다고 할 수 있다. 무엇보다 일국양제는 1984년 중국이 홍콩을 반환받기 위해 영국에 제시한 통합정책으로 첫 스타트를 끊었지만 미래의 대만과의 통일에 적용하기 위한 정책으로서의 의미도 상당할 것이다.

가. '국가' 인정 여부 비교

중국의 일국양제는 이질적인 제도를 인정하면서도 주권국은 중화인민공화국이라는 점을 헌법에 명확히 규정하고 있다. 즉, '일국'은 중화인민공화국인 한편, 일부 특수한 지역의 경우 통일 후에도 50년간 이질적인 자본주의 체제를 그대로 유지, 시행할 수 있는 중국의 지방정부로 보는 것이다. 이에 따라 중국은 홍콩과 마카오에 대해 중국의 지방정부로서의 지위를 부여하였고, 특히 대만에 대해서는 중국헌법 서문의 영토조항을 근거로 국가로 인정하지 않고 있다. 물론 이는 어디까지나 중국의 일방적인 입장이라 할 수 있다.

동서독의 사례를 보면, 1972년에 체결된 동서독기본조약은 독일연방공화국(서독)과 독일민주공화국(동독)으로 분명하게 서로를 구분하여 지칭하고, 상호 간에 주권과 영토를 인정함을 전제로 하고 있어 동서독의 특수한 선린관계를 유지하였다. 남북한의 경우를 보면, 남북기본합의서는 남한이 북한을 국가로 인정하지 않고 있다는 것을 전제로 하고 있다. 특히 본 합의서는 합의 당사자들을 남한과 북한이라고 애매하게 지칭하고 있는데, 전체적으로 남북한을 하나의 국가라고 명하는 것이 아닌 동시에 상호 간 지역이 아닌 일종의 관계로 규정하고

있기 때문에 서로 국가로서의 실체를 인정하고 있다고 단언하기도 어렵다. 따라서 본 합의서는 남북한특수관계론의 내용과 같이 북한의 지위를 이중적 지위로 보는 것에 그치고 있는 것으로 해석된다.

나. 일국양제와 남한헌법 제3조 및 제4조 관계

중국 일국양제는 그 헌법적 기초를 중국헌법 전문에서 규정한 대만에 대한 영토조항 및 조국통일 조항에 두고 있다.[100] 그러나 일국양제를 실현하기 위한 보다 직접적인 헌법적 근거는 헌법 제31조[101]에 명시되어 있다. 반면, 남한의 경우 무력통일을 추구한다면 남한헌법 제3조[102]와 제4조[103]가 서로 충돌할 수도 있겠으나 기본적으로 평화적 통일정책을 지향하고 있으므로, 결국 제3조와 제4조를 규범적으로 조화롭게 해석하는 것이 가장 중요하다. 제3조는 북한지역도 대한민국의 주권이 미치는 영토라고 규정하고 있지만, 제4조는 분단국가의 현실을 인정하고 평화통일을 추구하도록 규정하여 헌법규정 상호 간의 모순 내지 부조화가 발생하게 된다. 다만 이 부분은 중국헌법 전문 역시 대만에 대한 영토주권과 대만과의 통일의 미래상에 대해 동시에 규정하고 있다는 점에서 중국 헌법문제와 유사한 측면이 있다.

이외에도 남한헌법 제3조 영토조항은 대한민국 주권이 북한지역에

---

100) 중국헌법 서언: "(전략) 대만은 중화인민공화국의 신성한 영토의 일부분이다. 조국통일의 대업을 이루는 것은 대만동포를 포함한 모둔 중국 인민이 마땅히 져야할 신성한 책임이다.(후략)".

101) 중국헌법 제31조: 국가는 필요한 경우에 특별행정구를 설립할 수 있다. 특별행정구내에서 시행하는 제도는 구체적인 상황에 따라 전국인민대표대회가 법률로 정한다.

102) 남한헌법 제3조: 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.

103) 남한헌법 제4조: 대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.

도 미친다고 규정하는 점에서 중국헌법의 영토조항과 매우 유사하다. 즉, 동 조항은 남북한이 대외적으로는 서로 다른 실체 내지 모습을 갖추고 있을 수 있으나, 적어도 대내적으로는 '하나의 민족'이라는 관계성을 보존하여 잠정적으로 분단된 특수한 관계로 본다. 중국도 마찬가지로 중국과 대만은 '하나의 중화민족'으로 잠정적으로 분단되어 있는 특수한 관계로 보았다. 이 상황에서 중국은 대만과의 통일방안을 '일국양제'로 구축했는데, 여기서 '일국'이란 당연히 중화인민공화국를, '양제'는 서로 다른 체제인 사회주의와 자본주의를 말한다.[104]

중국헌법은 사회주의 헌법이기 때문에 중국의 근본제도는 사회주의 제도라고 명시적으로 규정하고 있는데, 문언만 놓고 보면 일국양제 이론이 헌법에 반하는 통일방안으로 해석될 여지가 있다. 이는 사회주의 국가 안에서 자본주의제도의 시행을 허용하는 것은 사회주의헌법에 반하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 중국정부는 이러한 상황에서 '특별행정구'를 설치할 수 있다는 헌법조항의 신설을 통해 충돌문제를 조화롭게 해결하였다. 남한정부 역시 남북한의 통일방안으로 '일국양제'와 같은 방식을 취하여 북한에 특별행정구를 설치한다고 가정해 본다면, 현행 남한헌법상 중국헌법 제31조와 유사한 조항은 남한헌법 제117조 제2항으로 볼 수 있다. 그러나 남한헌법 제117조 제2항의 문언상 지방자치단체의 설치가 가능하다고 규정하고 있으나, 동 조항이 남한헌법 제4조 '자유민주적 기본질서에 입각하여 통일을 지향한다'는 규정과 부합하기 위해서는 현재의 북한제도를 그대로 수용할 수는 없다는 문제가 발생한다. 그러므로 지금도 제3조 영토조항과 제4조 통일조항에 따라 북한의 성격을 어떻게 보아야 할 것인지가 가장 중요한 논점이라 할 수 있다. 따라서 통일한국으로 가는 과정에서 일국양제 통일방안을 수용할 수 있을지에 대한 문제를 논의하기 전

104) 정연부, "중국 일국양제의 법제적 특징과 한국 법제에서의 수용가능성", 중국법연구 제25집, 2016. 28-40면 참조.

에, 남한헌법의 체계 하에서 북한이 대한민국의 일부분인지 아니면 독립국가인지 등 남북한특수관계를 어떻게 해석할 것인지의 문제를 우선적으로 해결, 명확히 할 필요가 있다.

제3절 소결

예로부터 외래의 침략으로 인해 분단의 고통을 겪어야만 했던 중국 인민들의 입장에서는 나라가 통일되고 안정되는 것이 중국인들의 공통된 염원이었다. 그러므로 한 나라가 통일을 실현하는 것은 그 나라의 경제발전과 국력의 발전에 유리할 뿐만 아니라 국민들이 안정된 행복을 누릴 수 있는 기본 조건이라고 할 수 있다. 1949년 중국대륙에서 新중국이 건립되면서 중국의 국정 과제 중 하나가 조국의 품으로 돌아오지 못한 홍콩과 마카오를 회수하는 것이었고 나아가 내전으로 인해 분단 된 대만을 통일하는 것이었다. “조국통일과업을 실현해야 한다”는 문구가 중국헌법 서언에 규정 될 만큼 중화인민공화국은 반드시 통일을 이루려는 것을 목표로 하고 있음을 알 수 있다.

일국양제에 함축된 내용을 보면 중국의 통일과업의 방식은 반드시 평화적이어야 한다는 것이 전제 조건이다. 여기서 중국정부는 ‘하나의 국가’는 중화인민공화국이며 오직 주권국가는 중국대륙이라고 보고 있다. 무엇보다 일국양제 통일정책은 국가의 정치적 통일전략으로 만들어진 정책이기 때문에 중국정부는 분리 독립을 반대하는 입장을 취하고 있다. ‘양제도’에 대해 중국대륙은 홍콩, 마카오, 대만과 서로 다른 제도를 인식하고 현재 적용하고 있는 제도를 그대로 인정하는 것을 전제로 하여 두 제도가 공존해야 할 것을 강조하였다. 더 나아가 중국정부는 대만에 대한 일국양제는 홍콩 및 마카오에 적용한 방식과

는 달리 적용하겠다는 뜻도 표명하였다. 이것은 어디까지나 중국의 정치특색을 나타내는 개념 및 원칙으로 볼 수 있겠다. 결국 新중국 정부가 발표한 '평화통일 일국양제' 통일정책은 실사구시의 원칙에 따라 당시 중국의 정치·경제 및 사회 현황을 고려하여 제기한 대륙 현황에 가장 적합한 통일방안이었다고 볼 수 있겠다. 즉, 일국양제 통일방안은 자본주의 체제 하에 오랫동안 익숙해져 온 대만, 홍콩, 마카오의 경제번영과 사회안정을 보장하기 위한 것이고 동시에 중국대륙의 사회주의 경제 발전에도 유리한 밑거름이 된다고 평가된다.

일국양제 통일방안은 처음에는 대만과의 통일문제를 해결하기 위하여 마오쩌둥 정부에서부터 착안하여 일강사목에 이어 일국양제 통일방안을 확정하였다. 하지만 신계(新界)'지역을 1997년 6월 30일까지 99년간 조차(租借)하기로 한 청나라와 영국간의 조약이 만료되면서 홍콩은 중국으로 반환되어야 했고 그 방안으로 일국양제 통일방안을 적용하였다. 이것은 일국양제 통일방안이 처음으로 적용된 사례이며 그것이 홍콩이 첫 번째 사례로 역사에 남았다. 이와 같은 성공모델을 토대로 2년 뒤 마카오도 일국양제 통일방안에 따라 중국으로 반환되었다.

그러나 홍콩의 중국으로의 반환 과정에서 중국정부는 일국양제가 단지 이론적 또는 정칙적 개념에만 머물 수 없다는 의견을 제기하였고 이에 따라 일국양제의 법제화 정책을 펼치기 시작했다. 그 결과 중국은 홍콩과 마카오를 중국의 특별행정구로 그 법적지위를 헌법에 부여하였고, '양제' 즉 두 개의 제도의 공존 원칙에 따라 홍콩과 마카오 특별행정구에 특별행정구기본법을 제정하여 특별행정구에서 시행할 제도를 규정하였다. 서로 이질적인 정치, 경제, 법률체계를 '통일'이라는 이름 하에 강압적으로 동일하게 통합하는 것은 오히려 갈등과

모순만을 야기할 뿐 진정한 의미의 통일이라고 보기 어렵기 때문에 서로 다른 제도를 존중하는 의미에 양제의 공존은 통일을 위한 해결 방안으로 보았다. 중국의 일국양제 통일정책은 지금까지 세계적으로 전례가 없었던 통일방안이지만 사회주의 제도를 실행하고 있는 중국에 있어서 중국특색의 통일방안으로 평가할 수 있다.

제3장 일국양제 법제화와 특별행정구

제1절 일국양제의 법제화

1. 일국양제 이론의 법제화

앞서 살펴본 것과 같이 중국은 일국양제 구상의 성공적인 시행을 통해 평화적인 방법으로 홍콩과 마카오에 대한 주권을 회복하고, 궁극적으로 대만과의 통일을 평화적으로 성취하려는 의도를 가지고 있었다. 동시에 중국정부는 사회주의 현대화 건설을 목표로 하고 있었는데, 중국대륙 안에 특구(特區)의 형식으로 자본주의제도를 시행하는 지역을 설치하여 이를 장기간 대륙의 사회주의 제도와 공존시킴으로써, 선진 기술과 자금을 받아들여 이를 중국 경제발전에 투입하는 방향으로 경제를 발전시키려고 하였다.

이러한 배경에서 중국정부는 '일국양제' 통일정책이 단지 정치이론 내지 한시적인 정부정책에만 그치지 않도록 이를 법적으로 보장할 필요성이 있다고 보았다. 일국양제의 궁극적인 적용대상인 대만과의 통일문제뿐만 아니라, 홍콩과 마카오의 주권 회수 문제를 해결하기 위해서도 '일국양제'의 법제도화가 필요했던 것이다. 이에 따라 1982년 12월 4일, 제5기 전국인민대표대회 제5차 회의에서 '중국헌법'이 개정이 되면서 제31조에 '특별행정구' 설치의 근거조항이 신설되었고, 제62조 제14호에 전국인민대표대회의 직권행사에 의한 특별행정구 설립 및 그 제도 결정 조항이 마련되었다. 이후 중국정부는 헌법 제31조와 제62조 제14호에 근거하여 특별행정구의 헌법성 법률(憲法性法律)[105]

인「중화인민공화국　홍콩특별행정구기본법(1990)」과「중화인민공화국 마카오특별행정구기본법(1993)」을 각각 제정하였는데, 이로써 '일국양제'의 헌법적 근거가 마련되었다.

(1) 중화인민공화국 1954년, 1975년, 1978년 헌법

1949년 10월 1일 중화인민공화국의 성립이 공포된 이후 중국정부는 1954년 9월 20일 제1기 전국인민대표대회에서 건국헌법인 '54년 헌법'을 제정하였다.[106] 당시 마오쩌둥 정부는 대만지역을 중국의 반동정부로 인식하였기 때문에 통일방안으로 '대만무력통일방침(臺灣武力統一方針)'을 제기하였다. 그러나 이 방안은 어디까지나 마오쩌둥 정부가 정치적으로 선택한 통일방안이었을 뿐 '54년 헌법'에 바탕을 둔 것은 아니었다. 중국의 임시헌법인 '공동강령(共同綱領)'에는 "인민해방전쟁을 통해 중국의 전 영토를 해방하고 통일중국의 사업을 완성한다"라는 규정[107]이 있었으나, 건국헌법(54년헌법)에서는 오히려 그 조

105) 1999.4.23. 전국인민대표회 법률위원회 주임위원 왕웨이청(王維澄)은 제9기 전국인민대표대회 상무위원회 법제강좌 제8강 "중국 특색이 있는 사회주의 법률체제에 관한 몇 가지 문제"에서 중국의 법률을 크게 7가지로 분류하였는데, '헌법 및 헌법관련법'을 그 첫 번째로 열거하면서, '헌법관련법'에는 국가기관의 조직과 행위 관련 법률, 민족구역 자치 관련 법률, 특별행정구에 대한 기본법률, 국민의 정치권한 보장 및 규범 관련 법률, 국가영토 관련 법률, 국가주권 관련 법률 등이 포함된다고 설명하였다. 여기서 '헌법관련법'이라는 용어에 대해 학계에서는 적절치 않다는 비판과 함께 대부분 '헌법성 법률'로 사용하고 있는 현황이다. 일부 중국대륙의 법학자와 대부분의 홍콩 법학자들은 특별행정구기본법을 '헌법성 법률' 대신 '소헌법'으로도 부르는데, 이 논문에서는 '헌법성 법률'로 용어를 통일한다. 馬岭, "憲法性法律的性質界定", 法律科學(西北政法學院學報), (2005-1) 28-35면 참조.

106) 1954년 9월 20일 제1기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 초대 헌법이 통과, 공포되었다. 동 헌법은 모두 4개장에 총 106개 조문으로 이루어졌다. 서언에 이어 제1장은 총강, 제2장은 국가기구, 제3장은 공민의 기본권리 및 의무, 제4장은 국기(國旗)·국장(國徽)·수도이다.

107) 공동강령 제2조: 인민해방전쟁을 통해 중국의 전 영토를 해방하고 통일 중국의 사업을 완성한다.

항을 삭제하였다. 1975년 헌법에도 대만통일 관련 조항이 없었다.[108] 이는 중국이 오로지 사회주의 경제발전, 향상에만 목표를 두어 대만을 해방하는 작업은 잠시 미룬 상태였기 때문이다. 그러나 1958년에 시작된 '대약진(大躍進)'운동 등으로 국가경제는 더욱 침체되고 전반적으로 균형을 잃었으며 특히 마오쩌둥이 실시한 '문화대혁명'이 시작되면서 중국사회 전체가 극심한 혼란에 빠지게 되었다.[109]

10년간 지속된 '문화대혁명'이 끝난 뒤, 1978년 3월 5일에 개최된 제5기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 비로소 다시 대만통일문제가 헌법화될 수 있었다. 78년헌법 서언에 "대만은 중국의 신성한 영토이

108) '54년 헌법'과 '75년 헌법' 적용 당시의 배경으로, 당시 중국은 농촌사회를 기반으로 사회주의혁명을 거쳐 건국되었는데 오랜 기간 일본과의 전쟁 및 국민당과의 내전 등으로 경제가 낙후한 상태였으므로, 중국정부의 입장에서 신중국이 성립되고 나서 가장 시급한 해결이 필요했던 임무 중 하나가 경제를 발전시키는 것이었다. 중국정부는 1957년 국민경제발전 제1차 5개년 계획이 완료되고 1958년 '대약진(大躍進)'운동을 전개하면서 오직 중국의 경제발전 목표에만 집중하였다. 하지만 경제발전이나 국가경제 운영에 대한 충분한 이해가 안 된 상태에서 고속성장이라는 목표나 가시적 성과의 달성에만 집중하다 보니, 사회 전체적으로 달성지표를 과도하게 설정하고(高指標), 지휘체계가 일사불란하지 못하며(瞎指揮), 허위보고가 만연하고(虛報風), 실속없이 성과를 부풀리는 풍토(浮誇風)가 만연하였다. 이러한 노동의 비효율과 자원 낭비 등으로 인해 국민경제가 혼란에 빠지면서 전국적으로 아사(餓死) 등 비자연적인 이유로 사망하는 사람들이 많아지기 시작했다. 결국 1960년부터 모택동 정부를 비판하는 목소리가 커지기 시작했다. 이에 모택동 정부는 '우경화에 반대(反右傾)'한다는 명목 하에 정치적 반격을 가하여 대규모 숙청을 진행하였다. 모택동은 실추한 정치적 입지를 되찾기 위해 '문화대혁명(文化大革命)'이라는 정치적 운동을 전개하였다. 법무부, '중국의 공법분야 법제 변천 연구', 2012, 11-13면 참조.

109) 문화대혁명은 당·정부·군대·문화 등 각 영역에 자본주의사상이 침투해 있으므로, 문화대혁명을 통하여 모든 대중이 공개적이고 전면적으로 이들과 투쟁을 벌여 자본주의 계급으로부터 권력을 탈취하고 무산계급(프롤레타리아)독재를 건설하여야 한다는 것을 내용으로 하였다. 문화대혁명은 1966년 5월부터 1976년 10월까지 약 10년 넘게 지속되었다. 그러나 문화대혁명은 진정한 의미의 혁명도 아니었고 사회진보를 이룩하지도 못했으며, 자본주의와의 투쟁 구호 역시 사실상 근거가 부족한 것에 불과하였고, 적법한 법과 제도에 따른 대응을 하지 않고 군중을 통한 대중적 투쟁을 이용함으로써 원칙과 기준이 없이 극단적인 군중심리에 좌우되어 극심한 사회적 혼란을 야기하였다. 법무부, '중국의 공법분야 법제 변천 연구', 2012, 13-14면 참조.

다.[110] 우리는 반드시 대만을 해방하여 조국통일의 대업을 완성하여야 한다"라는 내용을 추가한 것이다. 이는 중국이 처음으로 대만통일과 그 영토에 대한 내용을 헌법에 반영한 것으로, 규범적으로 중국의 통치권이 대만지역에까지 미친다는 사실과, 대만과의 분단 현실을 인정하였다는 점에서 의미가 있다. 또한 대만은 중국 국토의 일부이며, 수복되어야 할 대상이라고 규정함으로써 중국에서 유일한 합법정부는 중화인민공화국이라는 점을 명확히 선언하였다. 나아가 78년헌법 규정에도 여전히 '통일'이 아닌 '해방'이라는 용어를 사용하였는데 이는 대만통일이 평화통일 외에 무력통일로도 이루어질 가능성이 있다는 점을 내포하였던 것이다.[111] 한편, 78년헌법 제56조에서는 "국민은 반드시 중국공산당의 영도를 지지하고, 사회주의제도를 옹호하며, 조국통일 및 각 민족의 단결을 유지·보호하고, 헌법과 법률을 준수하여야 한다"라고 규정하였다. 즉 78년헌법은 대만과의 통일을 포함하여 조국통일을 국민의 기본의무로 정하였던 것이다.

(2) 중화인민공화국 1982년 헌법[112]

---

110) '78년헌법' 서문에서는 '대만은 중국의 신성한 영토의 일부분이다'라고 규정하였는데 '82년헌법' 서문에서 '중국'을 '중화인민공화국'으로 개정하면서 '하나의 중국'은 중화인민공화국임을 강조하였다. 이 규정은 영토에 관한 근거규정으로 '하나의 중국'이란 대만을 포함한 중화인민공화국임을 헌법으로 명문화한 것으로 해석된다. 2005년 3월 14일에 제정된 「반분열국가법(反分裂國家法)」도 현행헌법의 서언을 근거로 제정되었다.崔文華,"試論《反分裂國家法》的立法依据及其現實影響",遼宁行政學院學報, 2008-12. 73-74면 참조.

111) 중국에서 흔히 사용하는 '해방'이라는 용어는 이데올로기적 요소를 의미하는 것뿐만 아니라 무력 등의 강제성을 포함하는 경우가 많다. 이데올로기적 요소로서는 자본가계급에 착취당하는 노동자 즉 프롤레타리아(proletariat)의 해방을 의미한다. 나아가 이러한 해방을 실현하기 위한 방법으로서 무력으로 자본주의를 실행하는 대만을 통일해야 한다는 의미도 있다. 손한기, "중국의 통일정책과 법제고찰" 법과정책 제23기호, 2017, 170면 참조.

112) 1982년 12월 4일 제5기 전국인민대표대회 제5차 전체회의에서 공포 및 시행.

가. 서언(序言)

1982년에 개정된 '82년헌법'에는 "대만은 중화인민공화국의 신성한 영토의 일부분이다. 조국 통일 완성 대업은 대만 동포를 포함한 모든 중국인민의 신성한 책임이다"라고 규정되어 있다. 82년헌법의 통일조항을 78년헌법의 그것과 비교해 보았을 때 가장 큰 특징은 '대만해방'이라는 용어를 삭제한 것이다.[113] 이는 대만통일이 무력이 아닌 평화적인 수단과 방법에 의해야 한다는 것으로 해석된다.[114] 그러나 정작 서언에서는 '평화적 통일'이라는 용어를 찾아 볼 수 없는데 이는 상황에 따라 중국정부가 대만에 대해 무력을 사용할 가능성을 배제하지 않겠다는 의미로 볼 수 있다. 더 나아가 대만통일을 방해하는 제3자와 대만독립을 도모하는 단체에 대해서도 무력사용이 충분히 가능하다는 것을 의미하기도 한다. 이는 마오쩌둥 정부 시기부터 일관되게 계승된 정치적 약속이다.[115] 서언의 "대만은 중화인민공화국의 신성한 영토의 일부분이다"라는 규정은 '하나의 중국', 즉 분단되어 있는 대만지역도 중화인민공화국의 일부라는 의미로 이해할 수 있다. 82년헌법 개정 당시 덩샤오핑 정부는 '하나의 중국'은 사회주의 중화인민공화국이고 대만 지역을 비롯한 분단 지역은 중화인민공화국 영토의 일부분이기 때문에, 헌법은 결코 중국대륙에만이 아니라 고유의 영토 전체에 시행되는 것이라고 하였다.[116]

---

113) 1978년 3월 5일 제5기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 78년헌법이 개정되었다. 통일 규정에 대해 '78년헌법' 서문에 "대만은 중국의 신성한 영토이다. 우리는 반드시 대만을 해방시켜 조국통일의 대업을 완성한다"라고 규정되어 있다.

114) 1980년 덩샤오핑은 공산당 중앙 위원회 회의에서 개혁개방을 시작한 중국이 반드시 해야 할 임무에 대해 언급하였는데 하나는 사회주의 시장경제 건설을 강화할 것, 다른 하나는 '평화통일, 일국양제' 통일방안에 따라 종국통일을 반드시 실현할 것, 마지막으로는 패권주의를 반대하고 세계평화에 기여하는 것이었다. 鄧小平, 前的形勢和任務, 鄧小平文選 (第二卷), 人民出版社, 2007, 239-240면 참조.

115) 唐德華, 憲法及配套規定新釋新解, 人民出版社, 2004, 23면 참조.

다만, 서언에서는 대만과 대만동포에 대한 통일만을 규정했을 뿐 홍콩과 마카오 통일에 대해서는 별도 규정을 두고 있지 않다는 견해가 있다.[117] 그러나 덩샤오핑이 제시한 '평화통일, 일국양제(平和統一, 一國兩制)' 정책에 따르면 서언의 '조국통일완성 대업'은 대만 통일 문제만이 아니라 오랫동안 분단되어 온 홍콩과 마카오 지역도 함께 고려한 것이라고 보는 것이 합당하다고 판단된다.[118] 따라서 서언의 규정에서 '통일과업' 용어는 대만만이 아니라 분단되어 있는 홍콩과 마카오 지역도 모두 포함하는 적용되는 것이라고 할 수 있다.

나. 제31조 및 제62조 제14항

중국정부는 '일국양제' 이론에 따른 통일에 대한 내용을 구체화하면서 그 법적 근거를 헌법에 두었는데 그것이 바로 헌법 제31조와 헌법 제62조 제14호이다.

헌법 제31조는 "국가가 필요한 경우 특별행정구를 설치해야 한다. 특별행정구 내에서 시행하는 제도는 구체적인 상황에 기초하여 전국인민대표대회가 법률로 정한다"라고 규정하였다. 여기서 '특별행정구 설치'는 '일국양제' 이론을 지도이념으로 삼아 도입된 것이므로 결국 일국양제가 헌법상의 근거를 갖추어 제도적으로 실현된 것이다. 또한

116) 蔡定劍, 憲法精解, 法律出版社, 2006, 145-148면 참조.

117) 蔡定劍, 憲法精解, 法律出版社, 2006, 148면 참조.

118) 덩샤오핑은 1982년 9월, 영국수상을 만나는 자리에서, 홍콩을 수복하는 방식은 대만과의 통일 방식으로 한다고 하면서 하나의 중국 안에서 두 개의 제도를 병존시키는 '일국양제'의 적용을 제시하였다. 덩샤오핑은 10억 인구를 가진 사회주의가 국가의 주된 제도가 되며 홍콩은 중화인민국의 영토의 일부분으로서 그 범위 내에서 기존의 자본주의제도를 시행한다고 한 것이다. 鄧小平, 前的形勢和任務, 鄧小平文選 (第二卷), 人民出版社, 2007, 49면 참조.

헌법 제31조에 따라 사회주의를 시행하고 있는 중화인민공화국이라는 일국 안에서 기존의 자본주의를 시행하고 있는 대만, 홍콩, 마카오에 대한 '양제'의 공존도 법률로 보장된다.

중국헌법 제31조 전문의 "국가는 필요한 경우 특별행정구를 설치해야 한다" 부분은, 중국이 대륙의 사회주의를 유지하면서도 대만, 홍콩, 마카오 지역을 자본주의 제도가 시행될 수 있는 특수한 지역으로 운영할 필요가 있는 경우, 법률의 규정 하에 특별행정구를 설립한다는 취지로 이해된다. 해당 조항 후문의 "특별행정구 내에서 실행되는 제도는 구체적인 상황에 기초하여 전국인민대표대회가 법률로 정한다" 부분은, 특별행정구 내에서 시행되는 법률은 특별행정구가 자체적으로 정하는 것이 아니라 중국의 최고입법기관인 전국인민대표대회가 정한다는 것을 헌법에 규정한 것으로 볼 수 있다. 헌법 제62조 제14호 역시 이와 같은 맥락에서 "전국인민대표대회는 특별행정구의 설립 및 그 제도를 결정한다"라고 규정하였다.

제31조 후단 규정의 "(전략) 구체적인 상황에 대해서는 전국인민대표대회가 법률로 정한다"라는 부분은, 특별행정구 제도에 대한 결정권한이 최고권력기관인 전국인민대표대회에 있다는 것이므로 '일국'의 핵심내용을 법제화한 것으로 볼 수 있다. 또한 제31조 전단 규정 즉 "국가는 필요한 경우 특별행정구를 설치해야 한다"라는 것은 결국 사회주의를 근본제도로 하는 중국 안에서 특별행정구를 설치하여 자본주의 제도를 시행할 수 있는 법적근거를 마련한 것으로써 '양제'의 법제화라고 볼 수 있다. 그러나 제31조를 포함한 중국 현행 헌법 전체에서 사실상 '일국양제'라는 용어는 찾아 볼 수 없고, 특별행정구 내에서 기존의 자본주의 제도를 유지한다는 명확한 규정도 없다.[119]

119) 許崇德, 一國兩制 理論助讀, 中國民主法治出版社, 2010, 20-21면 참조.

2. 홍콩 및 마카오에 관한 공동연합성명

(1) 홍콩 문제에 관한 중국과 영국의 공동연합성명

중국정부와 영국정부는 홍콩에 관한 「남경조약(南京條約. 1842)」, 「북경조약(北京條約. 1860)」, 「중영전척홍콩계지전조(中英展拓香港界址專條. 1898)」의 유효성 문제를 놓고 이견을 보였다.[120] 영국정부는 국제법에 따라 국제법 주체인 주권 국가 간에 체결한 조약인 이상 주권을 양도하는 조약 역시 합법적이고 유효하다는 입장이었다. 즉 3개 조약 모두 주권 국가 간에 합법적으로 체결한 조약임을 강조한 것이다. 그러나 중국정부는 1969년에 채택된 「조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)」 제52조[121]에 의해

120) 홍콩은 자고로부터 중국의 영토로서 중국 광동성(廣東省) 남해안, 주강 삼각주(珠江三角州)의 중남부, 주강구(珠江口) 동쪽에 있는 항구도시로서 예로부터 금융 중심도시, 국제무역 도시로 알려져 있다. 우리가 통상적으로 부르고 있는 홍콩은 크게 '홍콩섬(香港島)', '구룡반도(九龍半島)', '신계(新界)'지역으로 이루어져 있으며 총면적은 1,104㎢이고, 인구수는 7,500만 명(2019년 기준)이다. 역사적으로 볼 때 중국과 홍콩의 분단은 제1차 아편전쟁으로 인해 체결된 「남경조약(南京條約. 1842)」과 제2차 아편전쟁으로 인해 체결된 「북경조약(北京條約. 1860)」, 그리고 1898년 6월 청나라가 영국과 체결한 「중영전척홍콩계지전조(中英展拓香港界址專條)」로부터 시작되었다고 할 수 있다. 서양제국주의 국가들이 중국을 침략하기 시작한 것은 16세기 초부터이다. 포르투갈, 스페인, 네덜란드, 영국 등 국가들이 중국 광동성 일대와 복건성의 팽호, 대만까지 수시로 침략전을 벌였다. 포르투갈이 최초로 광동에 도착하여 침략을 한 국가였으며 그 후 중국과의 왕래를 시작하여 처음으로 중국과 무역하였다. 그 다음으로는 스페인, 네델란드가 침략해왔고, 영국은 17세기부터 중국에 대해 침략을 시도하였다. 특히 1760년 산업혁명을 시작한 영국은 유럽에서 가장 부유한 나라로 성장하면서 본국의 경제를 더욱 발전시키기 위해 중국에 대한 침략을 본격화하였다. 영국은 무엇보다도 중국과의 통상(通商) 편의를 위하여 해안에 있는 홍콩섬을 할양받기를 원했으나 청나라가 이를 거절하고 당시 청나라의 군사력이 영국에 폭로되면서 청나라는 대규모의 침략을 마주하게 되었다. 遠邦健, 香港史略, 流出版社有限公司, 1993, 25면 참조. 류동원, 中國의 統一과 一國兩制, 부산대학교 출판부, 2001, 31면 참조.

121) 「조약법에 관한 비엔나협약」 제52조: 국제연합 헌장에 구현된 국제법의 제 원칙을 위반하여 힘의 위협 또는 사용에 의하여 조약의 체결이 감행된 경우에 그 조약은 무효이다(Article 52: A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations).

3개 조약 모두 무효라고 주장하면서[122], 3개 조약 모두 19세기 영국이 청나라를 침략하여 강제로 체결한 불평등조약이며 그 결과 청나라가 영국에 의해 강제로 인해 영토를 내준 것이었기 때문에 3개 조약이 합법적이지 않음은 물론 무효라고 주장하였다.[123]

중국정부는 '일국양제' 통일정책을 원칙으로 하여, 1982년 8월 영국정부와 홍콩지역의 반환문제에 대한 협상을 시작하였다. 덩샤오핑은 영국의 마거릿 대처 수상과의 회견에서 3개의 조약 모두 불평등 조약이므로 무효라고 주장하면서 홍콩지역을 회수하려는 입장을 보였다. 또한 덩샤오핑은 홍콩 반환방식으로써 '일국양제' 통일방안을 제시하였는데, 이는 사회주의체제의 중국대륙이 오랫동안 영국의 통치 하에 익숙해져 온 홍콩을 중국대륙과 동일한 체제로 회수하는 것은 정치, 경제, 법률 등 여러 면에서 여간 어려운 일이 아니었기 때문이었다. 특히 홍콩의 경제 번영과 사회 안정을 그대로 유지하기 위해서는 '일국양제'를 적용할 수밖에 없었다고 보았다. 덩샤오핑은 대만문제, 홍콩문제 해결에 있어서 비평화적인 방식도 배제할 수 없는 것은 아니나 당시의 국제형세 등을 고려해볼 때 평화적인 방식으로 통일을 실현하는 것에 더 무게를 둔다고 하면서, '일국양제' 통일방안은 중국정부가 일방적·강제적으로 시행하는 방안이 아니라 영국, 홍콩 그리고 대륙의 인민들까지 모두 받아들일 수 있는 방안이라는 점을 언급하였

122) 중국정부는 합법적인 조약은 마땅히 준수되어야 하지만 상대방의 위약이나 사정변경원칙 외에도 불평등한 내용 역시 일방적인 폐지의 사유에 해당한다고 보고 있다. 그러므로 강제적으로 일국의 주권과 영토를 침해하고, 호혜평등조약의 원칙을 위반하여 체결된 조약은 모두 불평등조약이며 따라서 피해당사국은 이러한 조약을 폐지할 법률적 권리를 가진다는 입장이다. 중국 측은 이러한 논리에 근거하여 홍콩에 관한 19세기의 조약들은 모두 불평등조약이므로 중국이 이러한 조약을 일방적으로 폐지할 권리가 있다고 한다. 한국법제연구원, '중국의 「一國兩體制論」과 1997년 이후 홍콩법제' 연구보고92년, 11면 참조.

123) 文俊朝, "중국의 '一國兩體制論'과 1997년 이후 홍콩法制", 한국법제연구원, 1997. 10면 참조.

고, 당시 상황으로서는 '일국양제' 통일방안만이 홍콩문제를 해결할 수 있는 가장 적합하고 유일한 방안이라는 점을 강조하였다.[124]

한편, 영국정부는 홍콩을 중국대륙에 반환하는 대신 여전히 홍콩에 대한 통치권을 행사할 의향을 표명하였으나 중국정부가 이를 수락하지 않았다. 이어 1984년 9월 26일 홍콩문제에 대한 논의가 본격적으로 진행되었으며 결국 영국은 중국정부의 '일국양제' 통일정책을 받아들이는 것을 조건으로 홍콩지역을 중국에 완전히 넘겨주기로 하였다. 1984년 12월 19일, 제6기 전국인민대표대회 상무위원회 제8차 회의를 거친 뒤 중국과 영국은 홍콩의 번영을 유지·보호하는 것에 최선을 다한다는 내용으로 홍콩문제에 관한 '중·영공동연합성명'을 체결하고, 1985년 6월 12일 유엔 사무처에 '중·영공동연합성명'을 등록하였다.[125]

한편, '중·영공동연합성명(Joint Declaration on the question of Hong Kong)'은 중화인민공화국과 영국이 평화적 방법으로 홍콩문제를 해결하기 위하여 체결한 국제법상의 조약이었다.[126] '중·영공동연

---

124) 文俊朝, 중국의 '一國兩體制論'과 1997년 이후 홍콩法制, 한국법제연구원, 1997. 15면 참조.

125) United Nations Treaty Collections:
https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800d4d6e
방문날짜: 2022.12.22.

126) 국제적으로는 중·영연합성명의 법적 성격에 대해 이를 조약으로 보는 것에 일치된 인식을 갖고 있다. 반면, 중국 국내의 경우, 중국정부는 중·영연합성명이 국제법상 조약이 아닌 단순 '성명(聲明)'에 불과하다는 주장을 하고 있으나 학계에서는 이와 반대로 중·영연합성명을 조약으로 보아야 한다는 쪽으로 의견이 모여지고 있다. '조약법에 관한 비엔나 협약' 제2조 및 국제법원에서 판결한 Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey) 사건 등에 따르면, 문서의 형식과 명칭에 상관없이 국제법을 기준으로 국가 간에 체결한 서면협의를 조약이라고 보고 있고, 또한 중·영연합성명 체결 이후 연합국헌장 제102조 및 조약법에 관한 비엔나 협약 제80조 따라 유엔 조약집에 등록하였다는 점 등을 고려할 때 필자 역시 중영연합성명이 조약이라는 의견에 동

합성명'의 주요내용을 다음과 같이 크게 4개 부분으로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 1997년 홍콩정권의 양도 및 양수(제1조 및 제2조), 둘째, 1997년 이후 홍콩에 대한 중국의 기본 방침 및 정책(제3조, 제1부속서 및 제3부속서제1절, 제2절), 셋째, 양도기간의 조정(제4조, 5조, 6조 및 제2부속서, 제3부속서의 제3-8절), 넷째, 연합성명 및 그 부속서의 법적효력과 발효일자(제7조, 제8조)이다.[127] '중·영공동성명'의 핵심내용인 제1조와 제2조는 각각 "중국정부는 1997년 7월 1일부터 홍콩에 대한 주권을 회복한다", "영국정부는 1997년 7월 1일 홍콩을 중국에 반환한다"고 규정하였다.[128] 이와 같은 조항은 중국의 홍콩 주권 귀속 문제와 홍콩의 법적지위(定位) 문제는 물론, 홍콩지역에 대한 영국의

의한다. Thomas Boasberg,"One Country, One-and-A-Half System: The HongKong Basic Law and Its Breaches of the Sino-British Joint Declaration, "Wisconsin International Law Journal, Vol. 10, No. 2, 1991-1992 p.294: Chiu Hungdah, "The 1984 Sino-British Agreement on HongKong and Its Implications on China's Unification," Occasional Papers/ Reprints Seriesin Contemporary Asian Studies, Vol. 1985, No. 3, 1985, p.72; "Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatarand Bahrain," Judgment, I.C.J. Reports 1994 ,p.120; "Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), "Judgment ,I.C.J. Reports 1978, p.39.

127) 1984년 9월 26일 중·영 쌍방정부는 가서명(假署名)으로 「중·영공동연합성명」을 협의하면서 홍콩주민의 여론을 살펴보기 위해 합의백서(合意白書)를 발표하였다. 합의서에는 중·영공동연합성명의 전문과 1997년 6월 30일 이후의 홍콩주민의 지위와 기타 제반문제에 대한 질문이 포함되었다. 이 조사는 18세 이상의 6124명을 대상으로 행하여 졌는데 공동연합성명의 내용을 설명한 다음 "당신은 홍콩인의 입장에서 이 공동선언 전체를 보고 어떻게 느끼는가?"에 대한 응답으로서 10%가 '매우 좋다', 71% '대체로 좋다', 14% '대체로 좋고 대체로 좋지 않다', 1% '매우 좋지 않다', 4%는 '모르겠다'로 확인되었다. Y.C,Jao and Yuan-LiWu(eds,), The Future of HongKong: Toward 1997 and Beyond, (Westpost, Connecticut: Guorum Books, 1987), 1-12면. 한국법제연구원, '중국의 「一國兩體制論」과 1997년 이후 홍콩법제' 연구보고92년, 12면 참조.

128) '중·영공동연합성명' 제1조: 중국의 홍콩지역(홍콩섬, 구룡, 신계를 포함하며 이하 '홍콩'이라 칭한다) 회수는 모든 중국 인민의 공통 염원으로서 중국정부는 1997년 7월 1일을 기해 홍콩에 대한 주권행사를 회복하기로 결정하였다(中華人民共和國政府聲明：收回香港地區（包括香港島、九龍和"新界"，以下称香港）是全中國人民的共同愿望，中華人民共和國政府決定于一九九七年七月一日對香港恢夏行使主權).
'중·영공동연합성명' 제2조: 영국정부는 1997년 7월 1일 중국에 홍콩을 반환한다(聯合王國政府聲明：聯合王國政府于一九九七年七月一日將香港交還給中華人民共和國).

관할권 문제도 전체적으로 해결하였다는 점에서 홍콩문제 해소에 각별한 법적 의미를 가졌다고 볼 수 있다. 홍콩은 1997년 7월 1일 전까지는 영국의 식민지 통치 하에 있었으나, 1997년 7월 1일부터는 중화인민공화국의 주권 하에 복귀하게 되었다.

'중·영공동연합성명' 제3조는 "중국의 홍콩에 대한 기본방침과 정책"에 대한 규정이었다.[129] 제3조 제1항은 "국가의 통일과 영토의 완전성을 수호하고 홍콩 역사의 현실적 상황을 고려하여, 중국은 홍콩에 대한 주권행사를 회복할 때 중화인민공화국 헌법 제31조에 의거하여 홍콩특별행정구를 설치하기로 결정한다"라고 규정하였다. 제3조 제2항은 "홍콩특별행정구는 중국 중앙인민정부에 직할된다. 외교와 국방사무를 중앙인민정부가 관리하는 것 외에는 홍콩특별행정구는 고도의 자치권을 갖는다"라고 규정하였는데 이와 같은 내용은 추후 홍콩기본법의 모태가 되었다. '중·영공동연합성명' 제4조부터 제6조까지

---

129) 「중영공동연합성명」 제3조: 중화인민공화국 정부는 홍콩에 대한 기본방침과 정책에 대해 다음과 같이 성명한다.
① 국가의 통일과 영토보전을 위하여 홍콩을 회수할 때 중화인민공화국 헌법 제31조의 규정에 의거하여 홍콩특별행정구를 설치한다.
② 홍콩특별행정구는 중국의 중앙정부에 속하며 외교·국방은 중앙정부가 관리하고 홍콩특별행정구는 고도의 자치권을 향유한다.
③ 홍콩특별행정구는 행정관리권, 입법권, 사법독립권을 향유하며 현행 법률은 불변한다.
④ 홍콩특별행정구 정부는 홍콩인이 설립 및 관리한다. 행정장관은 홍콩인이 선출하여 중국 중앙정부가 임명한다.
⑤ 홍콩의 현행사회 및 경제제도와 생활방식 모두는 불변한다.
⑥ 홍콩특별행정구는 자유항과 독립관세지역의 지위를 계속 유지한다.
⑦ 홍콩특별행정구는 국제금융중심지의 지위를 계속 유지한다.
⑧ 홍콩특별행정구는 재정은 중앙정부로부터 독립되어 자율적으로 관리된다. 중앙정부는 홍콩특별행정구에 대하여 세금을 징수하지 않는다.
⑨ 홍콩특별행정구는 기타국가들과 경제적인 이익을 위하여 상호연합할 수 있다.
⑩ 홍콩특별행정구는 '홍콩 중국'이라는 명칭으로 단독으로 세계 각각 및 국제조직과 경제문화관계를 유지하기 위한 협정을 체결할 수 있다.
⑪ 홍콩특별행정구의 사회치안은 홍콩특별행정구의 책임 하에 유지된다.
⑫ 이러한 규정은 향후 50년간 불변한다.

는 연합성명의 발효일로부터 1997년 6월 30일까지의 과도 기간 중에 발생하는 구체적인 문제를 해결하기 위한 규정이었다. 제7조는 양국이 공동으로 서명한 각 내용을 실행하는 것에 대한 확인 규정이었다.

'중·영공동연합성명'의 핵심내용은 홍콩 반환 후 중국 정부가 홍콩 지역에서 시행하는 제도를 주도하여 결정한다는 것이었다.[130] 그러나 중국이 중영연합성명상의 의무를 실질적으로 이행하기 위해서는 중국 헌법 제31조뿐만 아니라 홍콩지역의 실제 상황에 부합되는 「홍콩특별행정구기본법」을 별도로 제정하여 시행할 필요가 있었다. 따라서 '중·영공동연합성명'의 체결은 홍콩 반환문제를 해결함과 동시에 반환 이후의 중국과 홍콩 간의 문제 해결을 위해 중국정부가 취해야 할 각종 정책제정 등 사항을 규정하기 위한 것이었다고 할 수 있다.

(2) 마카오 문제에 관한 중국과 포르투갈의 공동연합성명

중국은 1984년 12월 19일자로 영국과 홍콩문제에 관한 '중·영공동연합성명'을 체결한 이후, 1987년 4월 13일 포르투갈과도 '중·영연합성명'과 유사한 맥락으로 '중·포공동연합성명'을 정식 체결하였다. 특히, 1979년 2월 중국은 포르투갈과 수교하면서 '마카오는 중국영토의 일부분이다'라고 공표하여 가장 핵심문제였던 영토주권문제를 해결한 바 있다. 이후 양국 정부는 총 3차례의 회의를 통해 마카오 반환 문제를 논의하였는데 특히 중국은 1986년 6월 마지막 협상회의에서 다음과 같이 마카오문제에 대한 3가지 기본방침을 제시하였다. 첫째, 마카오지역은 반드시 2000년까지 중국으로 반환되어야 한다. 둘째, 마카오지역에서는 중국에 반환된 이후부터 '일국양제' 정책에 따라 헌법

130) 郭永虎 閆立光, "英國政府關于中英香港問題談判決策過程初探 (1982～1984年) 基于英國解密外交檔案的解讀", 当代港澳研究, 2019-01, 20-22면 참조. 伍俐斌, "試論《中英聯合聲明》的法律效力", 中外法學, 2021-33, 1445-1453면 참조.

제31조에 근거하여 마카오특별행정구를 설치하며 50년 동안 자본주의 제도를 시행한다. 셋째, 중국정부는 자본주의 경제체제 하에서 유지되고 있는 마카오의 경제발전과 사회번영을 법으로 보호한다.[131]

이후 양국은 1986년 6월 30일부터 1986년 9월 23일까지 총 4차례의 회의를 거친 후 1987년 4월 13일 북경에서 마카오문제에 관한 연합성명을 체결하였다. 양국이 순조롭게 '중·포공동연합성명'을 체결할 수 있었던 이유는 다음과 같다. 첫째, 중국 정부와 포르투갈 정부 사이에는 마카오의 주권문제에 대한 분쟁이 없었다. 둘째, 홍콩 관련 문제 해결에 대해 「중·영공동연합성명」을 체결한 선례가 있어 마카오가 중국으로 반환되는 과정에 많은 참고가 되었다. '중·포공동연합성명'은 총 7개 조항의 본문과 2개의 부속서로 구성되었으며[132] 역시 국제법상 조약의 성격을 가지고 있었다.[133] 홍콩의 경우와 마찬가지로 '중·포공동연합성명' 제2조에는 마카오가 중국에 반환된 이후 중국정부가 '일국양제' 정책에 의거하여 마카오를 다스린다고 규정되어 있었다.[134] '중·포공동연합성명'에서 핵심 조항인 제2조 제1항과 제2항에

---

131) 江華, '淺析聯合聲明與基本法的關係', 一國兩制研究 第4期, 2013. 30면 참조.

132) 부속서Ⅰ은 「중화인민공화국 정부의 마카오에 대한 기본방침과 정책에 관한 구체적 설명(中華人民共和國政府對澳門的基本方針政策的具体說明)」으로 본문 제2조의 규정을 구체화 하였다. 부속서Ⅱ는 「과도시기에 관한 안배(關與過渡時期的安排)」로 본문 제3조, 제4조, 제5조의 규정을 구체화하였다.

133) Thomas Boasberg, "One Country, One-and-A-Half System: The HongKong Basic Law and Its Breaches of the Sino-British Joint Declaration, "Wisconsin International Law Journal, Vol. 10, No. 2, 1991-1992 p.294: Chiu Hungdah, "The 1984 Sino-British Agreement on HongKong and Its Implications on China's Unification," Occasional Papers/ Reprints Seriesin Contemporary Asian Studies, Vol. 1985, No. 3, 1985, p.72; "Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatarand Bahrain," Judgment, I.C.J. Reports 1994 ,p.120; "Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), "Judgment ,I.C.J. Reports 1978, p.39.

134) 「중·포연합성명」 제2조: 중화인민공화국은 일국양제 방침에 의거하여 마카오에 대하여 다음과 같은 기본정책을 시행할 것을 성명한다.
① 중화인민공화국은 중화인민공화국 헌법 제31조의 규정에 근거하여 마카오특별행정구

서는 중국헌법 제31조 및 제62조 제14호에 근거하여 마카오특별행정구를 설치할 것이고, 마카오특별행정구는 중국 중앙정부에 직할되며, 외교와 국방사무를 중앙정부가 관리하는 것을 제외하고 마카오특별행정구는 고도의 자치권을 가진다고 규정하였다. 이어 1993년 3월 31일 중국은 '중·포공동연합성명'의 이행을 위해 중국헌법 제31조에 근거하여 「마카오특별행정구기본법」을 통과시켰다. 중·영공동연합성명과 중·포공동연합성명은 홍콩과 마카오가 완전히 중국으로 반환된 후 특별행정구의 설립 및 특별행정구기본법 제정 등에 대한 기본방침으로 작용하였다.

3. 중화인민공화국 특별행정구기본법 제정

중국정부는 중·영공동연합성명과 중·포공동연합성명을 토대로 하여 헌법 제31조에 근거하여 홍콩기본법과 마카오기본법의 제정에 착수하

를 설치한다.

② 마카오특별행정구는 중국 인민정부에 직할되고, 외교와 국방사무를 제외하고 마카오특별행정구는 고도의 자치권을 가진다.

③ 마카오특별행정구 정부는 마카오 현지인이 관리한다. 행장장관은 현지에서의 선고 또는 협의를 통하여 선출하며, 중앙인민정부가 임명한다.

④ 마카오의 현행 사회제도와 경제제도, 생활방식은 불변하고 법률은 기본적으로 불변한다.

⑤ 마카오특별행정구는 문화, 교육 및 과학기술과 관련된 정책을 자체적으로 수립하고, 법에 의거하여 마카오문화재를 보호한다.

⑥ 마카오특별행정구는 포르투갈 및 기타 국가와 호혜적인 경제관계를 수립할 수 있다.

⑦ 마카오특별행정구는 정부는 '중국 마카오'의 명의로 단독으로 각국, 각 지역 및 관련 국제기구와 경제, 문화관계를 유지 및 발전시킨다.

⑧ 마카오특별행정구는 계속 자유항 및 독립적 관세지구로서의 경제활동을 할 것이다. 자금의 진출은 자유이고, 파타가는 마카오특별행정구의 법정화폐로서 계속 유통되고 자유로이 태환된다.

⑨ 마카오특별행정구는 재정의 독립을 유지하고, 중앙인민정부는 마카오특별행정구로부터 세금을 징수하지 아니한다.

⑩ 마카오특별행정구의 사회치안은 마카오특별행정구 정부가 책임지고 유지한다.

⑪ 마카오특별행정구는 중국 국기와 국장을 게양하는 외에 마카오특별행정구의 구기와 구장을 사용할 수 있다.

⑫ 이러한 규정은 향후 50년간 불변한다.

였으나 당시로써는 아직 참고할 만한 선례가 없었기 때문에 의견수렴 과정에 상당한 시간과 노력을 들일 수밖에 없었다. 중국 정부는 특별행정구기본법 제정을 위해 기본법기초위원회(基本法起草委員會)를 소집하였는데 해당 위원들은 중국대륙과 홍콩, 마카오의 각계각층 주요 인사들로 구성되었다. 특히 홍콩과 마카오 주민들의 의견을 충분히 수렴, 반영하면서 「특별행정구기본법」 제정에 돌입하였고 「특별행정구기본법」 초안 작성 과정은 언론매체를 통해 대외적으로 공개되었다. 1990년 4월 4일, 제7기 전국인민대표대회 제3차 회의에서 「중화인민공화국 홍콩특별행정구기본법」이 통과되었고, 1993년 3월 31일 제8기 전국인민대표대회 제1차 회의에서「중화인민공화국 마카오특별행정구기본법」이 통과되었다.

(1) 특별행정구기본법 제정 과정

가. 홍콩특별행정구기본법

'중·영공동연합성명' 제3조 제12항에서는 "중화인민공화국의 홍콩에 대한 상기 기본방침 정책과 본 공동연합성명 부속서I의 상기 기본방침 정책에 대한 구체적인 설명에 관하여 중화인민공화국 전국인민대표대회는 중화인민공화국 홍콩특별행정구기본법으로 이를 규정하고 동시에 50년간 변화시키지 않을 것이다"라고 규정하였다. 이에 따라 '중·영공동연합성명'의 내용은 모두 홍콩기본법으로 구체화, 실제 시행이 가능한 법률로 제정되었다. '중·영공동연합성명'의 핵심내용은 다음과 같다. 첫째, 1997년 7월 1일 중국이 홍콩에 대한 주권행사를 회복한 후 홍콩특별행정구를 설치하나 홍콩특별행정구 지역은 사회주의 제도와 정책을 실시하지 않고 홍콩 원래의 자본주의 제도와 생활방식을 50년간 변함없이 그대로 유지한다. 둘째, 홍콩특별행정구는 중화인

민공화국 중앙인민정부에 직할되고, 고도의 자치권을 향유한다. 셋째, 홍콩특별행정구가 설립된 이후 홍콩특별행정구기본법과 저촉되거나 홍콩특별행정구의 입법기관이 수정한 것을 제외하고는 홍콩의 기존 법률인 보통법(普通法), 형평법(衡平法), 조례(條例), 부속입법(付屬立法) 및 관습법(慣習法)은 그대로 유지한다. 이와 같은 내용들은 모두 전국인민대표대회가 제정한 「홍콩특별행정구기본법」에 규정되면서 법적 보장을 받게 되었다.[135]

1985년 4월 10일 제6차 전국인민대표대회 제3차회의에서는 '홍콩기본법 초안작성위원회'와 '홍콩기본법 자문위원회'를 설치하여 홍콩기본법의 초안 작성 작업에 도입하였다. '홍콩기본법 초안작성위원회'는 홍콩주민을 포함하여 각 분야의 주요 인사와 전문가 등 총 59명으로 구성되었다. 그 중 중국대륙의 위원은 36명, 홍콩 위원은 23명인데 중국대륙의 위원은 정부 부서의 책임자 15명과 각계의 저명인사 10명, 법조계 인사 11명으로 구성되었고, 홍콩 위원은 상공, 교육문화, 법률, 노동조합, 종교단체 등의 인사들로 구성되었다. 특히 홍콩의 상공업계는 홍콩의 안정 및 번영 유지와 밀접한 관계가 있기 때문에 홍콩의 공업, 상업, 금융, 부동산, 항운업계의 저명 인사 8명을 초빙하였다.[136] 이 외에도 홍콩인의 「홍콩특별행정구기본법」 초안에 대한 의견을 광범위하게 수렴하기 위하여 홍콩 각 분야의 대표인사들로 구성한 '홍콩기본법 자문위원회'를 설립하였다.[137]

1985년 7월 1일 초안작성위원회 제1차 회의를 시작으로 1990년 4월

135) 법무부, 中國內地와 홍콩의 法律衝突 및 調整, 2006. 42면-44면 참조.

136) 焦洪昌, 姚國建, 香澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009. 12면 참조.

137) 焦洪昌, 姚國建, 香澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009. 13면 참조.

4일 「홍콩특별행정구기본법」 초안이 통과될 때까지 총 4년 8개월의 시간이 소요되었다. 1986년부터 1987년까지 약 1년 동안 기본법 각 장별(章別) 초안작성 작업을 진행하였으며, 1988년 초 한차례 기본법 초안관련 토론을 거쳐 같은 해 4월 「홍콩특별행정구기본법」의견수렴 초안을 공포하여 5개월의 기간 동안 홍콩 전문인사들과 중국 대륙의 각 성, 자치구, 직할시 및 관련 부서의 의견을 수렴하였다. 그 후 1988년 2월부터 1990년 2월까지 홍콩기본법 초안에 대해 여러 차례 의견수렴 및 심의 등 절차를 거쳤고, 결국 1990년 4월 4일 무기명 투표방식을 통해 3분의 2 이상의 찬성으로 「중화인민공화국 홍콩특별행정구기본법」[138] 및 관련 부속서를 통과시켰는데, 본 법률은 1997년 7월 1일부터 시행한다고 결정하였다.[139] 관련 부속서는 총 3개이며 각각 부속서Ⅰ 「홍콩특별행정구 행정장관의 선출방법(香港特別行政區行政長官的選出方法)」, 부속서Ⅱ 「홍콩특별행정구 입법회의 구성방법 및 표결절차(香港特別行政區立法會的構成方法與表決節次)」, 부속서Ⅲ 「홍콩특별행정구에서 시행하는 전국성 법률(香港特別行政區實行的全國性法律)」이었다.

나. 마카오특별행정구기본법

「중화인민공화국 마카오특별행정구기본법」은 1993년 3월 31일 제8기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 통과되어 1999년 12월 20일자

---

138) 「중화인민공화국 홍콩특별행정구기본법」은 서론과 9개 장절(章節). 160개의 조항으로 구성되었다. 제1창 총칙(제1조-제11조), 제2장 중앙과 홍콩특별행정구의 관계(제12조-23조), 제3장 주민의 기본권리와 의무(제24조-제42조), 제4장 정치체제(제1절 행정장관, 제2절 행정기관, 제3절 입법기관, 제4절 사법기관, 제5절 구역조직, 제6절 공무원), 제5장 경제(제1절 재정 금융 무역 및 상공업, 제2절 토지계약, 제3절 해운, 제4절 민간항공), 제6장 교육, 과학, 문학, 체육, 종교, 노동 및 사회봉사(제136조-제149조), 제7장 대외사무(제150조-제157조), 제8장 본법의 해석과 개정(제151조-제159조), 제9장 부칙(제160조)로 규정되었다.

139) 焦洪昌, 姚國建, 香澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009. 15면 참조.

로 시행되었다. 「마카오특별행정구기본법」의 제정과정은 크게 준비단계(1988년 9월 - 1989년 11월), 의견수렴단계(1989년 12월 - 1991년 7월), 기본법 초안 형성단계(1991년 8월 - 1992년 3월), 기본법 초안 형성 후 본 법이 통과될 때까지의 단계(1992년 3월 - 1993년 3월) 총 4개 단계로 나눌 수 있다.

1988년 4월 13일 제7기 전국인민대표대회 제1차회의에서는 '마카오특별행정구기본법 초안작성위원회'를 소집하여 「마카오특별행정구기본법」을 제정할 것을 논의하였다. '마카오특별행정구기본법 초안작성위원회'는 중국대륙 위원과 마카오 지역 위원 총 48명으로 구성되었다. 그 중 마카오 지역을 대표하는 위원수는 총 22명으로 2명의 포르투갈인이 포함되었다. 이외에도 마카오 주민들의 의견 수렴을 위해 각 분야의 인사와 전문가 총 90명이 모여 '마카오특별행정구기본법 자문위원회'를 구성하였다.[140] 마카오기본법기초위원회의 작업은 4년 4개월 동안 계속되었고 결국 1993년 1월에 「마카오특별행정구기본법」 초안이 통과되었고, 같은 해 3월 31일 제8기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 「중화인민공화국 마카오특별행정구기본법」을 공식적으로 발표하였다. 마카오특별행정구기본법 초안작성위원회가 설립되어 기본법이 통과되기까지 총 9차례의 전체회의와 70회의 전문가회의가 진행되었으며 마카오 지역 각 분야의 전문인사들과 중국 대륙의 각 성, 자치구, 직할시 및 관련 부서 인사들을 상대로 총 2차례 의견수렴을 진행하였다.[141] 1999년 12월 20일부터 시행된 마카오기본법은 총 9개 장절(章節)로 구성되었는데,[142] 그 부속서에는 부속서 I 「마카

140) 韓大元, "論憲法在澳門基本法制定與實施中的作用", 港澳研究, 2020年第1期, 34-35면.

141) 焦洪昌, 姚國建, 香澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009. 16-17면 참조.

142)「중화인민공화국 마카오특별행정구기본법」은 서론과 9개 장절(章節). 145개의 조항으로 구성되었다. 제1장 총칙(제1조-제11조), 제2장 중앙과 마카오특별행정구의 관계(제12조-제23조), 제3장 주민의 기본권리와 의무(제24조-제44조), 제4장 정치체제(제1

오 특별행정구 행정장관의 선출방법(澳門特別行政區行政長官的生産辦法)」, 부속서Ⅱ 「마카오특별행정구 입법회의 구성방법(澳門特別行政區立法會的産生辦法)」, 부속서Ⅲ 「마카오특별행정구에서 실시되는 전국성법률(在澳門特別行政區實施的全國性法律)」이 포함되었다.

중국대륙과 마카오 지역의 위원들은 「중·포공동연합성명」이 체결될 때부터 이미 마카오 주권 반환문제 해결에 대해 공통된 인식을 공유하고 있었기 때문에 「마카오기본법」은 「홍콩기본법」과는 달리 그 제정과정에서 특별한 의견충돌 없이 비교적 순탄하게 진행되었다.

(2) 특별행정구기본법의 법적 지위

가. 국가의 기본법률

중국대륙의 입법제도는 중국헌법 및 중국입법법(立法法)에 의해 규율되는데 그 법령 형식으로는 주로 법률(法律), 행정법규(行政法規), 지방성법규(地方性法規), 자치조례 및 단행조례(自治條例和單行條例), 국무원부문규장(國務院部門規章), 지방정부규장(地方政府規章) 등이 있다.[143]

이 중 법률은 제정 주체, 규제 대상 및 범위에 따라 기본법률(基本法律)과 일반법률(一般法律)로 나뉜다. 기본법률은 전국인민대표대회에서 제정하는 기본적이고 전면적인 사회관계를 규율하는 법률을 의

절 행정장관, 제2절 행정기관, 제3절 입법기관, 제4절 사법기관, 제5절 시정기구(市政機構), 제6절 공무원, 제7절 충성선언(忠誠宣誓)), 제5장 경제(제103조-제120조), 제6장 문화와 사회사무(제121조-제134조), 제7장 대외사무(제135조-제142조), 제8장 본법의 해석과 개정(제143조-제144조), 제9장 부칙(제145조)로 규정되었다.

143) 蔡定劍, 中國人民代表大會制度(第四版), 法律出版社, 2003, 261면 참조.

미하는데, 민법, 형법, 민사소송법, 형사소송법 등이 그 예라고 할 수 있다. 일반법률은 위 기본법률의 규율 대상 외 사회관계를 규율하는 법률로써 전국인민대표대회 상무위원회에서 제정된 것을 의미하며, 그 예로는 상표법, 제품품질법, 국가배상법 등이 있다.[144]

행정법규는 국가 최고 행정기관인 국무원이 헌법 및 법률에 따라 제정하는 국가행정관리에 관한 규정이며, 헌법 및 법률 다음의 효력을 가진다. 지방법법규는 성(省), 자치구(自治區), 직할시(直轄市) 및 구(區)가 설치된 시(市)와 자치주(自治州)의 인민대표대회 및 그 상무위원회가 수권 범위 내에서 제정하는 규정인데, 이는 해당 관할구역 내에서만 적용되며 헌법, 법률 및 행정법규보다 효력의 우선순위가 낮을 뿐만 아니라 그 내용이 헌법, 법률, 행정법규에 저촉되어서도 아니 된다.[145]

자치조례 및 단행조례는 민족자치지역의 인민대표대회가 해당 민족지역의 자치 특징을 구현하기 위하여 그 수권 범위 내에서 제정하는 규정으로써 역시 해당 관할구역 내에서만 적용된다. 국무원부문규장은 국무원의 각 부(部), 위원회, 중국인민은행 등 행정관리기능을 수행하는 직속기관이 법률, 행정법규 및 국무원의 각종 결정 및 명령에 따라 해당 부문의 관할범위 내에서 제정하는 규정을 말한다. 지방정부규장은 성(省), 자치구(自治區), 직할시(直轄市) 및 구(區)가 설치된 시(市)와 자치주(自治州)의 정부가 수권 범위 내에서 법률, 행정법규 및 그 지역의 지방성법규에 따라 제정하는 규정이다. 이와 같이 중국 대륙의 각종 법령은 제정 주체와 규율 대상에 따라 그 효력의 순위뿐만 아니라 적용 범위도 서로 다르게 정해져 있다.[146]

---

144) 蔡定劍, 中國人民代表大會制度(第四版), 法律出版社, 2003, 261-265면 참조.

145) 蔡定劍, 中國人民代表大會制度(第四版), 法律出版社, 2003,265-267면 참조.

특별행정구기본법은 헌법 제31조에 근거하여 전국인민대표대회에서 제정한 법률로써 중국의 법률체계 중 기본법률에 속한다. 그러므로 기본법의 법적지위는 중국의 전체 법률체계 중 헌법 다음에 위치하여 행정법규, 지방성법규 및 자치조례와 규정보다 그 지위가 높다. 그러나 특별행정구기본법의 특별행정구 내에서의 지위만 살펴보면, 특별행정구기본법은 최고의 법적지위 및 효력을 가진 법률이라고도 할 수 있다. 홍콩 및 마카오특별행정구기본법 제11조는 “중화인민공화국 헌법 제31조에 따라 사회·경제제도를 포함한 특별행정구의 제도와 정책, 주민의 기본권리와 자유의 보장에 관한 제도, 행정관리·입법과 사법방면의 제도 및 이와 관련된 정책은 모두 본법의 규정을 근거로 한다. 또 특별행정구 입법기관이 제정한 어떠한 법률도 본법에 저촉되어서는 아니된다”라고 규정하고 있다.

‘일국양제’ 이론에 따르면 특별행정구 내에는 중국대륙과 다른 자체적인 법률체계가 존재하는바, 특별행정구기본법은 특별행정구의 법률체계에서 최고의 법적지위를 가지는 것이다.

나. 전국성 법률

특별행정구기본법은 법명 앞에 ‘홍콩’ 또는 ‘마카오’라는 명칭이 붙어 일종의 지역 특화 법률로써 오로지 국가에서 지정한 특정구역에서만 효력을 갖고 실시되는 것으로 오해할 수도 있겠으나, 법리적(法理的)으로 엄밀하게 본다면 전국적 범위에서 적용되는 것이다.[147] 그러나 동시에 본 법은 다른 전국성 법률과 비교했을 때 여러 효력상의

146) 蔡定劍, 中國人民代表大會制度(第四版), 法律出版社, 2003, 265면 참조.

147) 焦洪昌, 姚國建, 港澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009. 26-27면 참조.

차이점이 있다. 일단 특별행정구기본법을 전국성 법률로 보는 것은 다음의 두 가지 이유에 기인한 것이다.

첫째, 특별행정구기본법은 전국인민대표대회가 헌법 제31조에 근거하여 제정한 법률이다. 헌법 제31조에서는 "국가는 필요할 때에 특별행정구를 설립해야하고 특별행정구 내에서 시행하는 제도는 구체적인 상황에 따라 전국인민대표대회가 법률로 정한다"라고 규정하고 있는데, 최고입법기관인 전국인민대표대회는 동 조항에 근거하여 특별행정구기본법을 제정하였다. 최고권력기관이자 입법기관인 전국인민대표대회에서 제정한 모든 법률은 원칙적으로 국가주권이 미치는 전체 관할 영역 내에서 효력을 가지므로 특별행정구기본법도 마찬가지로 전국 범위에서 그 법적 효력이 미친다.[148]

둘째, 특별행정구기본법은 그 내용상 특별행정구가 가지고 있는 고도의 자치권만 규정한 것이 아니라 중앙과 특별행정구의 관계 나아가 특별행정구와 기타 성, 자치구, 직할시의 관계 등 관련 규정도 포함하고 있다. 이와 같은 내용은 특별행정구에만 효력이 있는 것이 아니라 중앙정부 및 기타 지방에 대해서도 그 효력이 미친다.[149] 예를 들면, 홍콩기본법 제13조, 제14조는 중앙정부가 홍콩특별행정구와 관련 있는 외교사무 및 국방사무를 책임지고 관리한다고 규정하고, 부속서I에서는 중앙정부가 행정장관과 기타 고위 공무원을 임명한다고 규정하고 있다. 또한 홍콩기본법 제22조는 중앙정부 산하의 각 부문, 각 성, 자치구, 직할시도 홍콩특별행정구가 스스로 관리하는 사무에 대하여 간섭하여서는 아니 된다고 규정하였다. 해당 규정들은 중앙정부뿐만 아니라 각 지방정부에도 홍콩 자치범위 사무에 대한 부작위 의무를

148) 王禹, "論全國性法律的概念和分類", '一國兩制'研究, 2010, 57면 참조.

149) 金克勝, 論中央和香港特別行政區的法律聯繫 外交學院學報 1997-3, 14면 참조.

부과한 것으로써 반드시 준수되어야 한다.

그러나 특별행정구기본법이 비록 형식상 전국성 법률이기는 하지만 동시에 일반적인 전국성 법률과는 구별되는 효력상의 차이점이 있기도 하다. 첫째, 특별행정구기본법은 전국성 법률로써 전국범위에서 법적 효력이 있기 때문에 중앙정부뿐만 아니라 각 지방정부도 해당 규정에 따라 특별행정구와의 관계를 처리해야 하지만, 기본적으로 특별행정구기본법은 일국양제 이론의 법제화의 일환으로써 각 특별행정구의 실제 상황에 맞추어 제정된 것이므로, 특별행정구 내에서 시행될 대부분의 제도 및 정책 관련 규정은 특별행정구 범위 내에서만 적용될 뿐 중국의 다른 지역에 적용될 수 없다. 따라서 특별행정구기본법의 형식적 효력 범위와 달리 실제 운용에 있어 주요 적용대상은 특별행정구 내의 사회관계이다.[150]

(3) 특별행정구기본법의 법적 효력

특별행정구기본법의 법적 효력은 그 법적 지위와 불가분하므로 이를 고려한 분석이 필요하다. 앞서 논술했듯이 특별행정구기본법은 중화인민공화국의 법률로써 기본법률이자 전국성 법률이며, 헌법보다는 효력의 우선순위가 낮다. 그러나 동시에 특별행정구기본법은 전국인민대표대회에서 제정한 법률이므로 그 효력의 우선순위가 국무원에서 제정한 행정법규, 각 지방의 인민대표대회에서 제정한 지방성 법규, 자치조례보다는 높다. 그러므로 행정법규, 지방성법규, 자치조례 등은 모두 특별행정구기본법에 저촉되어서는 아니 된다.

한편, 특별행정구기본법은 특별행정구 내에서 헌법성 법률의 효력

150) 焦洪昌, 姚國建, 港澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009. 27면 참조.

을 갖는다. 홍콩 및 마카오 특별행정구기본법 제11조에 따르면 특별행정구 내에서 시행하는 제도와 정책에는 사회·경제 제도, 주민의 기본권 및 자유 보장제도, 행정관리, 입법 및 사법관련 제도 등이 포함되는데 이는 모두 특별행정구기본법의 규정에 따라 제정되어야 하고 그 제도의 적법성도 동 법에 의해 판단된다. 즉, 특별행정구기본법은 특별행정구 내에서 실질적으로 최고 수준의 법적 효력을 갖고 특별행정구 입법기관의 입법도 이에 저촉되어서는 아니되므로, 이는 사실상 한 국가에 있어 최고규범성을 갖는 헌법의 성격과 같다고 할 수 있다.[151]

(4) 중국헌법과 특별행정구기본법의 관계

중국정부가 홍콩을 회수하면서 '일국양제' 통일방안을 적용함에 따라 홍콩과 중국대륙은 하나의 중화인민공화국 안에서 서로 다른 제도를 시행하며 공존하는 시스템으로 운영되었다. 법학 연구의 관점에서 일국양제의 시행은 법제분야 중 헌법이론에 가장 큰 영향을 미쳤다. 중국은 체제가 다른 홍콩을 회수하면서 '일국양제'를 시행하였으나 그 국가형태는 변함없이 단일제 국가로써 하나의 헌법만을 유지하고 있다. 즉, 중국헌법의 적용범위는 홍콩특별행정구를 포함한 전국의 모든 지역이다. 홍콩 회수에 불구하고 여전히 통일중국의 최고국가권력기관은 전국인민대표대회 및 그 상무위원회이고, 최고행정기관은 국무원이며, 최고군사기관은 중앙군사위원회인바, 이들은 중국의 중앙권력기관이자 국가를 대표하는 기관으로써 반드시 전국적 범위 내에서 그 권한을 행사한다. 홍콩특별행정구도 결국 중국헌법 제31조에 근거하여 설립된 특별행정기관이므로, 법리상 중앙권력기관의 권한은 홍콩

151) 焦洪昌, 姚國建, 港澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009. 29면 참조. 肖蔚云,"論中華人民共和國憲法与香港特別行政區基本法的關系", 北京大學學報, 1990, 7-15면 참조.

특별행정구에도 미친다. 홍콩기본법 또한 헌법 제31조에 근거하여 제정된 기본법률로써 중국헌법에 그 법적 근거를 두고 있다.

중국헌법과 홍콩기본법의 관계 문제는 결코 새롭게 나타난 이슈가 아니고, 홍콩기본법을 제정하면서부터 나타난 오래된 문제이다. 비록 중국헌법과 홍콩기본법 모두 홍콩특별행정구를 설립하는 데 있어서 헌법적 기초가 되었으나 헌법학적으로 두 법의 정확한 관계에 대해서는 여전히 추가적인 규명이 필요하다. 홍콩법학계에서는 중영연합성명을 체결하기 전부터 중국헌법을 홍콩에 적용하는 문제에 대해 여러 가지 논쟁이 있었다. 홍콩기본법을 제정하는 과정에서 홍콩학자들은 홍콩에 적용하는 헌법성 법률은 오직 홍콩기본법이라는 견해를 보였으나, 이와 다른 입장이었던 중국대륙의 헌법학자와 의견 충돌이 시작되었던 것이다. 대륙의 헌법학자들의 입장은, 첫째, 홍콩기본법은 중국헌법을 근거로 제정되었고, 둘째, 홍콩기본법은 중국대륙의 입장에서 특수한 법적지위를 가지고 있으며, 셋째, 홍콩기본법 역시 중국헌법에 부합하는 즉, 합헌성을 가진 기본법이어야 한다는 것이었다. 결국, 홍콩기본법의 모든 조항은 중국헌법을 근거로 제정되었고, 만약 홍콩기본법이 헌법에 근거하여 제정된 법률이 아니라면 그 법적 효력은 없다는 것이다.[152]

이에 따라 헌법과 홍콩기본법의 관계는 일응 '모법(母法)'과 '자법(子法)' 관계로 볼 수 있다. 그러나 홍콩기본법 제11조에서 "홍콩에서 시행하는 관련 제도 및 정책에 대해서는 중국헌법을 적용하는 것이 아닌 홍콩기본법에 의한다"라고 규정하고 있는 것은, 양자의 관계를 일반적인 경우가 아닌 특수한 성격을 가진 '모법'과 '자법'의 관계로 볼 수 있다는 것이다. 중국헌법은 국가의 근본법으로 홍콩특별행정구

152) 顧敏康, "憲法與基本法共同構成香港特別行政區的憲制基礎", 港澳研究, 2018-1, 3-5면 참조.

를 포함하여 중화인민공화국 영토 범위 내에서 최고의 법적 지위와 효력을 가진다. 반면, 홍콩기본법은 헌법에 근거하여 제정된 법률이며 홍콩특별행정구의 제반 제도는 홍콩기본법에 근거하여 제정되므로, 결국 중국헌법과 홍콩기본법은 모두 홍콩특별행정구에서 헌법적 지위를 가진다.

중국헌법과 홍콩기본법의 관계에 대한 여러 법적인 문제들은 홍콩기본법의 기초를 만드는(起草) 과정에서부터 제기되었다. 특히 홍콩인들은 사회주의헌법이 홍콩특별행정구에서 시행하는 자본주의제도에 어떤 영향을 줄 것인지, 즉 헌법과 홍콩기본법 간의 관계를 어떻게 보아야 할 것인지에 대해 의문을 제기하였다. 이에 따라 법적인 관점에서 양자의 관계는 첫째 중국헌법이 홍콩기본법의 법적 근거가 될 수 있는지, 둘째 홍콩기본법이 합헌인지, 셋째 특별행정구에서 헌법의 효력이 있는지 등의 문제로 구체화되었다.

가. 특별행정구기본법의 합헌성 문제

중국헌법 서언에서는 헌법이 최고의 법적 효력을 가지고 있고 국가의 근본법임을 규정하고 있다. 중국헌법 제5조에서도 법률, 행정법규, 지방성 법규는 모두 헌법과 저촉되어서는 아니 된다고 규정하고 있다. 그러나 특별행정구기본법상 기존의 자본주의제도와 생활방식을 그대로 유지하는 내용은 중국헌법에서 규정하고 있는 '4개 기본원칙', 즉 사회주의 노선 견지 원칙, 인민민주독재 견지 원칙, 공산당의 영도와 마르크스 레닌주의 모택동 사상 견지의 원칙에 반(反)한다고 볼 여지가 있다. 중국헌법에 저촉되는 법률은 모두 무효라는 헌법 제5조의 규정에 따르면 특별행정구기본법이 헌법에 저촉되어 즉시 그 효력을 상실하는 것은 아닌지 의문이 생길 수 있다.

중국헌법은 사회주의 헌법이다. 하지만 특별행정구 설치에 관한 헌법 제31조와 제62조 제14호의 규정이 있어 일국양제의 시행에 필요한 헌법적 근거가 존재한다. 비록 특별행정구기본법에 따라 특별행정구에서 시행되는 제도와 정책이 헌법에서 규정하는 국가의 근본 제도와 다르지만, 이는 헌법상 허용하였거나 또는 헌법에 의해 수권된 것이기 때문에 헌법에 저촉되지 않는다는 것이 중국학계의 통설이다.[153] 다만 중국헌법 제31조만으로는 특별행정구기본법 시행에 대해 헌법적 보장을 제공할 수 없다는 견해가 여전히 존재했기 때문에 특별행정구기본법의 합헌성을 보다 명확히 확인하기 위해서 전국인민대표대회는 1990년 4월 4일, 홍콩기본법을 통과시킴과 동시에 「'중화인민공화국 홍콩특별행정구기본법'에 관한 결정(關於'中華人民共和國香港特別行政區基本法'的決定)」을 함께 통과시켰다. 동「결정」은 "홍콩기본법은 중화인민공화국 헌법에 근거하여 홍콩특별행정구의 구체적인 상황에 따라 제정된 것으로 합헌이다. 홍콩특별행정구가 설립된 이후 시행되는 제도, 정책 및 법률은 홍콩특별행정구에 근거를 두고 있다"라고 규정하였다. 중국헌법 제67조에 따라 전국인민대표대회는 헌법의 시행을 감독할 권한이 있으므로 전국인민대표대회의 「결정」은 사실상 특별행정구기본법의 합헌문제를 해결하여 홍콩특별행정구에서 홍콩기본법의 법적 효력을 보장하였다고 볼 수 있다.[154] 다만 이와 같은 「결정」자체는 헌법 규정이 아니기 때문에 근본적으로 홍콩기본법의 합헌성 여부를 해결할 수 없다는 문제점이 여전히 남아 있다.

153) 焦洪昌, 姚國建 '香澳基本法概論' 中國政法大學出版社, 2009. 20면 참조.

154) 關於《全國人民代表大會關於中華人民共和國香港特別行政區基本法的決定（草案）》的說明. 1990년 4월 4일 공표.

나. 특별행정구에 대한 헌법의 적용

일국양제에서 '일국'은 중화인민공화국이다. '일국양제' 중 '일국', 즉 하나의 주권국가인 중화인민공화국을 제외하고는 '양제(兩制)'를 논의할 수 없다. 특별행정구는 일국양제 방침에 기초하여 중국헌법 제31조에 의해 설치된 것이고, 특별행정구기본법도 중국헌법 제31조에 근거하여 전국인민대표대회에서 제정되었으므로, 특별행정구도 중국의 지방행정구역 중 하나라고 할 수 있다. 중국의 법률체계 전반에 비추어 볼 때 헌법의 효력은 특별행정구역을 포함하여 중국 전체에 적용된다. 그러나 중국헌법은 사회주의 헌법인 반면, 특별행정구기본법은 홍콩, 마카오와 같은 자본주의제도를 보유하고 있는 지역을 전제로 제정된 법률이므로, 특별행정구기본법을 제정하는 과정에서 중국헌법과 특별행정구기본법의 관계에 대한 법이론적 문제들이 나타날 수밖에 없다. 특히 특별행정구에 대한 헌법의 적용 문제가 핵심 문제가 되었고 이에 대한 다양한 견해들이 제기되었다.[155]

우선 중국헌법 제31조와, 서언, 제1조 및 제5조는 서로 충돌하므로 중국헌법은 특별행정구에 적용되지 않는다는 견해가 있다. 헌법 서언서는 "중화인민공화국은 사회주의 노선을 견지하고, 인민민주독재를 견지하며, 공산당의 영도와 마르크스 레닌주의 모택동 사상을 견지한다"라는 4개 기본원칙을 규정하고 있다. 또한, 중국헌법 제1조에서는 "사회주의제도는 중화인민공화국의 근본 제도이다"라고, 제5조에서는 "모든 법률은 헌법에 저촉되지 않아야 한다"라고 각 규정하고 있다. 반면, 중국헌법 제31조는 일국양제 방침과 정책의 헌법적 근거로써 이에 따라 특별행정구기본법이 제정되었다. 이러한 맥락에서 중국헌법 제31조와, 서언, 제1조 및 제5조는 내용상 서로 모순된다고 본 것

155) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990, 91면

이다. 이와 같은 모순, 충돌 상황을 고려할 때 중국헌법이 특별행정구에도 적용된다면 특별행정구기본법은 이에 저촉되어 그 효력을 상실할 것이므로 이에 적용되서는 아니된다고 본 것이다.[156]

그러나 반대의견은 다음과 같다.[157] 중국의 입장에서 통일은 국정과제이며 국가의 통일 및 영토완정(領土完整)을 수호하기 위해서는 홍콩, 마카오 및 대만의 역사적 사실과 현실 상황을 고려할 필요가 있어 1982년 헌법개정을 통해 제31조에 근거규정을 신설하였다. 이는 일국양제 통일방안을 기초로 하는 중화인민공화국, 즉 일국 안에서 홍콩, 마카오, 대만은 기존의 자본주의제도를 시행할 수 있도록 법적 근거를 두려는 것에 그 목적을 두고 있으므로, 중국헌법 제31조의 규정을 합리적으로 해석하면 일국양제를 전제로 홍콩, 마카오, 대만을 중화인민공화국의 하나의 특수한 지방정부, 즉 특별행정구로 지칭하여 설립하고, 특별행정구 내에서 시행하는 모든 제도는 최고입법기관인 전국인민대표대회에서 기본법률을 제정한다는 것이 된다. 관련 헌법규정에 따라 특별행정구에 중국대륙의 사회주의제도와 정책이 아닌 기존의 자본주의제도를 시행하는 것을 예정한 것이다. 즉 중국 대륙의 기존 행정구역은 여전히 사회주의제도와 생활방식을 실시하고, 홍콩, 마카오, 대만은 중국의 특수한 부분지역(部分地域)으로써 자본주의제도를 실시하는데, 이러한 관계는 전체(整體)와 일부분(局部), 일반(一般)과 특수(特殊)의 관계로 설명할 수 있다. 중국은 전체적으로, 그리고 일반적으로 사회주의국가이다. 그러나 일부 특수지역에서는 50년 동안 자본주의제도를 실시할 수 있고, 이와 같은 특수지역의 자본주의제도가 중국의 사회주의제도에 영향을 미치지는 않는다. 이러한 맥락에서 중국헌법 제31조를 제외한 헌법의 내용 전반과 중국헌법 제

156) 李靜輝、李祥琴, 港澳基本法比較研究, 北京大學出版社, 1997, 150면 참조.

157) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990, 95-98면 참조.

31조는 서로 모순되거나 충돌하지 않고, 오히려 제31조의 특수규정을 통해 특별행정구 설치 및 특별행정구기본법 시행에 대한 헌법적 근거가 갖추어져 특별행정구기본법을 합헌으로 보아야 할 것이다.[158]

한편, 중국헌법 중 오로지 제31조만이 특별행정구에 적용되며 다른 헌법조항은 적용되지 않는다는 견해도 있다. 즉 특별행정구에 대해서 제31조 외의 다른 조항은 모두 효력을 가지지 않는다고 본 것이다[159]. 하지만 이는 헌법의 최고규범성에 반하는 것이므로 현실적으로는 부적절하다는 비판을 받았다.[160] 예를 들면, 중국헌법 제3장은 '국가기구(國家機構)' 관련 규정으로 제1절은 전국인민대표대회, 제2절은 중화인민공화국 주석, 제3절은 국무원에 대해 것으로, 주로 국가기관의 탄생, 구성, 직권과 임기 등을 규정하고 있다. 이러한 기구는 모두 특별행정구에 대한 직권을 행사할 수 있다고 해석해야 하므로, 중국헌법 조항이 특별행정구에 적용될 수 없다는 주장은 타당하지 않다. 중국헌법 제4장 국기, 국장, 수도에 대한 규정도 마찬가지로 특별행정구에 적용된다.

---

158) 중국헌법을 전체와 일반, 부분과 특수의 성격으로 볼 때, 헌법 제31조 조항 외에도 중국의 특수한 성격에 따른 조항들이 있다. 예를 들면, 헌법 제19조는 "전국적으로 중국어를 통용어로 한다"라고 규정하고 있으나, 제4조에서는 "각 민족은 모두 자기 언어 및 문자를 사용할 자유가 있다"라고 규정하고 있다. 또한 헌법서문에서는 "중국은 마르크스 레닌주의와 모택동 사상을 지도사상(指導思想)으로 한다"라고 하나, 제5조에서는 "중화인민공화국 공민은 종교 신앙의 자유를 가진다"라고 규정하고 있다. 헌법 제5조 역시 "국가는 사회주의 법제의 통일과 존엄을 수호한다"라고 규정하나, 제115조에서는 "민족자치구 또는 민족차치주에서 민족자치의 현황에 따라 국가의 법률 및 정책을 집행한다"라고 규정하고 있다. 이상의 헌법조문들은 얼핏 서로 모순되는 것으로 보이나 헌법이 동일한 문제에 대한 특수한 상황에서의 예외를 허용한 것으로 이해할 수 있다. 즉, 위와 같은 특수한 예외조항이 국가의 사회주의 성격에 영향을 미치지 않으면서도 중국의 각 소주민족의 권리와 공민의 종교자유를 보장하기 위한 것인 것처럼, 자본주의 제도를 시행할 수 있도록 하는 특별행정구 설치 문제도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990, 92면 참조.

159) 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990, 93면 참조.

160) 王振民, "一國兩制"下國家統一觀念的新變化", 环球法律評論, 2007-5, 37-38면 참조.

위와 같은 검토를 전제로, 특별행정구에 중국헌법의 어떤 조항이 적용되는지 여부를 보다 명확하게 규정할 필요가 있어 이에 대한 문제제기가 있었다.[161] 이 역시 헌법과 특별행정구기본법 관계 문제라고 할 수 있다. 헌법은 국가의 근본법인바, 중국헌법 제67조 제1항에서는 "전국인민대표대회 상무위원회에서 헌법을 해석한다"라고 규정하고 있다. 하지만 만약, 특별행정구기본법의 규정 자체 또는 그 해석만으로 중국헌법의 어떠한 조항을 특별행정구에 적용하거나 적용하지 않을 수 있다고 한다면 이는 헌법 제67조의 문언에 위배될 수 있고, 나아가 헌법이 한 국가의 근본법이라는 헌법학의 기본원리와도 모순될 것이다.[162]

특별행정구도 중국의 지방정부 중 하나이므로 당연히 중국헌법이 적용된다. 그러나 특별행정구는 중국헌법 제31조 및 특별행정구기본법 제5조의 규정에 의해 설치된 특수한 행정구역으로써 중국대륙의 일반 지방정부와 다른 정치, 경제, 사회제도를 실행하고 있으므로, 이와 같은 규정에 의해 적어도 50년간은 한시적, 예외적으로 그 정치, 경제, 사회제도와 모순되는 중국헌법 조항의 적용대상에서 제외되었다고 보는 것이 타당하다. 만약 50년의 시간이 경과하고 예외적 상황이 더 이상 연장되지 않는다면 특별행정구에 일국양제의 원칙이 적용되지 않을 것이고, 결국 일국일제(一國一制)로 인해 특별행정구에 대해서도 역시 동일하게 중국헌법의 모든 조항이 적용될 수밖에 없다.

---

161) 王振民, "一國兩制"下國家統一觀念的新變化", 环球法律評論, 2007-5, 40-42면 참조.

162) 참고로, 최고권력기관인 전국인민대표대회에서는 처음부터 홍콩특별행정구기본법기초위원회가 특별행정구에 적용되는 헌법조항을 선택할 수 있는 권한을 부여하지 않았다. 만약 홍콩기본법기초위원회가 헌법상 특정 조항의 적용 여부를 결정할 권한을 부여받았다고 하더라도, 이는 기술적으로 대단히 어려운 문제이다. 이는 헌법의 조항 중에서는 경우에 따라 절반 내지 일부만이 적용되는 등 어떠한 조항이 적용되는지 여부가 확실하지 않은 경우가 존재하기 때문이다.「基本法與憲法的關係（最後報告）」, 香港特別行政區基本法諮詢委員會中央與特別行政區的關係轉租小組 1987.

제2절 특별행정구의 설치와 법적 지위

1. 특별행정구의 설치

(1) 특별행정구의 기본 함의

중국헌법 제30조에 따라 중국의 행정구역은 전국적으로 성, 자치구, 직할시로 나뉜다. 성, 자치구는 다시 자치주·현·자치현으로 나뉘고, 현, 자치현은 향·민족향·진으로 나뉜다.[163] 중국헌법 제31조에 의하면 특별행정구는 국가의 필요에 의해 설치된 특수한 행정구역이다. 여기서 특별행정구는 일응 중국 전체의 행정구역 중에서 성급(省級)지방으로 분류되나, 다음의 이유로 중국의 일반 성, 자치구, 직할시와는 명백히 구별되는 특수한 법적 지위를 가진다.[164] 첫째, 특별행정구의 행정구역은 중앙인민정부에서 공포한 특별행정구지도를 기준으로 하고 특별행정구 지역은 임의로 변경하거나 축소되지 않는다.[165] 이는 '일국양제'의 구체적인 실현으로써 사회주의 제도를 시행하고 있는 일반 지방을 염두에 둔 것이라고 할 수 있다. 둘째, 특별행정구의 설치 및 시행에 관한 제도는 국가최고권력기관인 전국인민대표대회 및 그 상무위원회와 국무원가 아닌 전국인민대표대회가 결정한다.[166] 셋째, 중국에는 민족자치(民族自治)구역과 특별행정구자치(特別行政區自治)구역의 2개의 자치구역이 존재하고 이들은 특별한 지위를 갖는다. 민

---

163) 중화인민공화국의 성급지방은 23개의 성과 4개 직할시, 5개 민족자치구, 2개 특별행정구로 구성되어 있다.

164) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002,, 102면 참조.

165) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 101면 참조.

166) 중국헌법 제62조 제14호: 전국인민대표대회는 다음과 같은 직권을 행사한다. 제14호 특별행정구의 설립 및 그 제도 결정(全國人民代表大會行使下列職權. (十四) 決定特別行政區的設立及其制度).

족구역 자치는 소수민족의 자결권을 인정함으로써 주로 소수민족이 거주하는 지역에서 나타나는 문제를 해결하기 위한 것으로, 각 민족의 평등을 보장하고 공동으로 국가발전을 할 수 있도록 하는 중국 특유의 제도이다. 반면, 특별행정구자치는 중국의 통일을 실현하기 위한 제도라는 점에서 차이가 있다.[167] 넷째, 특별행정구 설치는 중국과 홍콩, 마카오 등에 대한 주권회수를 위한 것으로 특수한 역사적 성격 및 목적성을 갖는다. 즉 특별행정구 설치는 통일 이후 자본주의 제도를 실행할 수 있는 특수한 지역에 대해 그 지역의 안정과 번영을 유지하기 위한 것이므로, 중국의 일반 행정구역 및 경제특구와 달리 특별행정구를 임의로 신설, 확대할 수 없다.

그러나 특별행정구는 중국의 일반 지방과 마찬가지로 중화인민공화국의 일부분이자 단일제 국가 체제하의 지방정부에 불과하므로, 독자적으로 국가 주권을 행사하거나 독립된 국가로 분리될 수도 없고 그 권한 내지 권력은 오로지 최고 권력기관인 중앙에 근거하고 있다. 따라서 특별행정구의 권한은 중앙으로부터 부여받은 이른바 파생권력(派生權力)이라 할 수 있다.

(2) 특별행정구가 중국 국가구조에 미치는 영향

특별행정구의 설치는 독자의 고도의 자치권을 인정하여 중국 고유의 국가구조에도 영향을 미치는 것으로 평가된다. 특히 중국이 단일제 국가임에도 불구하고 중화인민공화국이라는 하나의 국가 안에서 서로 다른 제도가 공존할 수 있도록 헌법에 근거 규정을 두었다는 점에서, 특별행정구의 설치 및 서로 다른 제도의 시행을 위한 법률화는 소위 우리가 말하는 고유의 단일제 국가 구조에 대한 도전이자 변화

167) 王振民, 中央與特別行政區關係, 淸華大學出版社, 2002, 103-104면 참조.

라고 평가되고 있다.[168]

과거 중국은 단일제의 의미를 편면적으로 이해하여, 오로지 중앙의 고도 집권제(中央高度集權制)만이 이에 해당한다고 보아 반드시 지방의 모든 권력을 중앙에 집중시켜야 하는 것으로 이해하였다. 이와 같은 중앙의 고도 집권제에는 외교권과 국방권 외에도 지방정부 조직권, 화폐 발행권 등이 포함되었고, 중앙이 국가의 경제, 사회, 문화 등 아주 구체적인 사무에 대해서도 집중적으로 관리하려 하였다. 그 결과 중앙정부의 각 부서의 권한은 끝없이 팽창되어 "대 중앙, 소 지방(大中央, 小地方)"의 형태를 보이게 되었고, 지방은 어디까지나 중앙정부의 파견기관(派出機關)으로만 작용할 뿐이었다. 민족자치구 역시 결국 중앙으로부터 수직적으로 영도를 받아 사실상 그 어떠한 자주권도 행사하기 어려웠다고 할 수 있다. 이에 대해 1980년 덩샤오핑은 중앙에 과도하게 집중된 권력 구조를 개선하여 중앙과 지방의 관계를 조정(調整)하고 중앙의 권력을 하급기관에 분산함으로써 지방의 자주권을 확대하고자 하였다.[169] 이는 '일국양제' 이론에 밑바탕이 되어 대만 통일문제 해결의 밑바탕이 되었을 뿐만 아니라 과거 중국이 인식했던 단일제 국가에 대한 이해를 더 한층 변화시킴으로써 중화인민공화국 안에서 자본주의 제도를 시행할 수 있는 '특별행정구'를 설치하는 단초를 제공해주었다.

여기서 단일제는 정확히 중화인민공화국에는 하나의 헌법과 하나의 중앙정권만이 있고 원시권력(元始權力)은 중앙정권에 의해 유지되며 지방정부의 권한은 중앙에서 부여한 수권에 의해 합법적으로 확정된

168) 王振民, 中央與特別行政區關係, 淸華大學出版社, 2002, 107면 참조.

169) 鄧小平, 黨和國家領導制度的改革, 鄧小平文選 (1975-1982), 北京人民出版社, 1983. 280-302면 참조.

다는 것을 의미한다. 그러므로 중앙과 지방 간의 권한 관계는 보다 다양하게 나타날 수 있고 지방 권력의 크기도 경우에 따라 다를 수 있다.[170] 바로 이것이 소위 중국 특색이 있는 단일제 국가 구조 형태로의 변화라고 할 수 있다. 이 점에서 중국의 일반 성(省)과 직할시(直轄市), 소수민족 지역에 설치한 민족자치구, 고도의 자치권을 향유하고 있는 특별행정구의 권한과 중앙의 권한을 비교해보면 그 차이점을 발견할 수 있다.

2. 특별행정구의 법적 지위

(1) 중국의 지방행정구역

특별행정구는 다른 중국의 일반행정구역과 마찬가지로 중화인민공화국에 속한 일부분으로서 단일제 국가인 중화인민공화국 내 하나의 지방정부이고, 중국의 행정구역 중 성급에 해당하는 행정구역이다. 홍콩 및 마카오 특별행정구기본법 제1조에서 규정한 바와 같이 특별행정구는 중화인민공화국으로부터 분리될 수 없는 일부분이다.[171] 이는 즉 특별행정구는 중국에 귀속되어 독자의 국가주권을 향유하거나 이로부터 독립된 자기결정권을 행사할 수 없는 행정구역이라는 말이다.

중화인민공화국은 단일제 사회주의 국가로서 중앙이 모든 권력을 행사하는 국가이므로 오로지 하나의 헌법과 하나의 최고권력기관과 최고행정기관을 가진다. 그러므로 단일제 국가구조 형태에서 중앙과 홍콩, 마카오 특별행정구의 관계는 중앙과 지방간의 관계이다.[172]

---

170) 王振民, 中央與特別行政區關係, 淸華大學出版社, 2002, 108면 참조.

171) 홍콩기본법 제1조: 홍콩특별행정구는 중화인민공화국의 분할할 수 없는 일부이다(香港特別行政區是中華人民共和國不可分离的部分). - 마카오기본법 제1조 내용 동일.

중화인민공화국 전국인민대표대회는 홍콩과 마카오 지역에 대한 주권을 회복한 이후 그 지역에 고도의 자치권을 부여하였다. 그러나 이는 어디까지나 중앙에서 부여한 권력이므로 고도의 자치권을 행사하고 있는 특별행정구는 중앙정부의 관할 하에 있게 된다.[173]. 따라서 특별행정구는 중국의 각종 특별행정구역 중의 특수한 행정구역으로써 중앙정부에 속해 있는 지방행정구역이라는 법적 지위를 가진다.

(2) 중앙정부에 직할되는 지방행정구역

홍콩과 마카오 특별행정구는 중화인민공화국 중앙정부에 직할되는 지방행정구역이다. 여기서 '직할'이란 직접 관리한다는 의미이다. 중국에서 홍콩과 마카오 특별행정구에 대한 '직할'은 국가최고권력기관인 전국인민대표대회와 국가최고행정기관인 중앙정부(국무원)가 특별행정구를 직접 관할하는 권력을 갖고 있다는 것을 의미한다.[174] 홍콩과 마카오 특별행정구는 국가기관의 법적 지위와 권한을 존중하고 받아들여야 할 뿐만 아니라 중앙이 헌법과 특별행정구기본법에 의해 상응한 권력을 행사할 때 반드시 그에 순응하여야 한다. 이는 특별행정구가 일국양제를 전제로 하여 '일국(一國)'이라는 중화인민공화국 안에서 '양제'를 시행하여 특별행정구 역시 중앙정부의 관할 하에 있다는 것을 의미한다.

전국인민대표대회는 헌법에 의해 설치된 최고국가권력기관으로서

---

172) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990, 124면 참조.

173) 王振民, 中央與特別行政區關係, 淸華大學出版社, 101-105면 참조.

174) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990, 128면 참조.

중국의 국가기관 체계에서 가장 높은 지위에 있다. 전국인민대표대회 상무위원회는 전국인민대표대회 폐회기간 동안 최고 국가권력을 행사하는 전국인민대표대회의 상설기관이다. 국무원, 즉 중앙정부는 최고 국가권력기관의 집행기관으로써 중국의 최고행정기관이다. 무릇 최고 국가권력기관이나 최고국가행정기관은 모두 특별행정구기본법의 규정에 따라 홍콩과 마카오 특별행정구에 상응하는 권한을 행사한다. 예를 들면, 이들은 특별행정구에 대한 관리권와 감독권은 물론 특별행정구기본법의 해석과 개정권한을 가지고 있다. 이 역시 중앙인민정부의 특별행정구에 대한 관할권의 실현방식이다.[175] 즉 이는 '일국양제'에서 제기된 '일국'의 요구이기도 하지만, 동시에 특별행정구가 직접 중앙정부의 관할을 받는 필연적인 결과이기도 하다.

한편, 홍콩과 마카오 특별행정구는 중앙정부의 직접적인 관할 하에 있고 그 권한의 원천은 중앙에 있으므로 이를 본연의 권한이라고 할 수는 없다. 이에 따라 홍콩과 마카오 특별행정구는 중앙으로부터 부여받은 권한 범위 내에서 이를 행사할 수 있음을 표명하였다. 특히, 중국은 단일제 사회주의 국가이고 홍콩과 마카오특별행정구는 그 관할 하에 있는 지방행정구역에 불과하기 때문에, 특별행정구의 권한과 연방제 국가의 각 성원국의 권한은 다르다. 홍콩과 마카오 특별행정구의 권한은 중앙이 부여한 것이나, 연방제 국가의 각 성원국의 권한은 연방정부로부터 부여받은 권한이 아니라 연방국가가 성립될 때부터 자체적으로 가지고 있던 고유권한이기 때문이다.[176]

따라서 홍콩과 마카오특별행정구의 입장에서 '수권(授權)'이란 중앙정부가 특별행정구기본법을 통해 자신이 행사하는 권한을 홍콩과 마

175) 陳道華, "一國兩制"与國家理論, 中共中央党校出版社, 2002, 128면 참조.

176) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990, 124면 참조. 肖蔚云, 論香港基本法, 北京大學出版社, 2003, 46면 참조.

카오에 부여한 것으로 이해할 수 있겠다. 이러한 시각에서 중앙과 특별행정구의 관계는 수권과 피수권의 관계로 볼 수 있다. 수권의 범위는 전국인민대표대회에서 제정한 특별행정구기본법에서 규정한다. 그러나 중앙은 홍콩과 마카오특별행정구에 권력을 위임하지 아니한 부분에 대해서는 여전히 그 권한을 보유한다. 그러므로 중앙과 특별행정구 사이의 권한배분에서 '잉여권력(剩餘權力)'[177]의 문제는 존재하지 않고 홍콩과 마카오특별행정구는 오직 특별행정구기본법에서 제정한 규정에 따라 중앙이 부여한 수권 범위 내에서만 권력을 행사한다.

(3) 고도의 자치권을 가지고 있는 지방행정구역

홍콩과 마카오특별행정구는 중앙정부로부터 부여받은 고도의 자치권을 가지고 있는 지방행정구역으로써 중국 내에서 특수한 법적 지위를 가진다. 여기서 '자치(自治)'란 법에 의해 설치된 지방권력기관이 헌법과 특별행정구기본법에서 규정된 권한 범위에 따라 지방사무를 관리하는 것을 말한다.[178] 홍콩과 마카오가 향유하고 있는 고도의 자치권은 중국의 일반 지방의 자치와는 구별된다. 여기서 '고도의 자치'란 홍콩과 마카오특별행정구가 특별행정구기본법 규정에 따라 행정권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권, 그밖에 중앙정부가 부여한 기

177) 잉여권력설이란 중앙과 홍콩특별행정구 각자가 향유하는 권리는 반드시 홍콩기본법에 자세하게 규정되어야 하고 명백하게 규정되지 아니 하였거나 또는 쌍방이 협상하여 해결하라고 규정된 사무, 즉 잉여권력에 대해서는 중앙이 일국양제 기본원칙에 의해 홍콩특별행정구가 향유하도록 해야 한다는 논의이다. 예를 들면, 중앙은 외교와 국방 등 국가 주권에 관한 사무에 대해 책임을 지며, 홍콩특별행정구는 홍콩특별행정구의 사무에 대해 책임을 지는 것이다. 이 외에도 쌍방의 사무 즉, 사법협조(司法協助), 경제문화교류, 홍콩으로의 이주 등 사무에 대해서는 쌍방이 협상하여 처리한다. 그러나 중앙과 홍콩특별행정구의 권한이 명백하게 규정되지 아니한 부분에 대해서는 특별행정구가 잉여권력을 향유한다. 張定淮、孟 東, 是"剩余權力"還是"保留性的本源權力"中央与港、澳特區權力關系中一个値得關注的提法, 当代中國政治研究報告, 2009-7, 246-250면 참조.

178) 法務部, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003, 50-51면 참조.

타 권리를 말한다.[179]

홍콩과 마카오특별행정구의 고도의 자치권은 중국의 각 성, 자치구, 직할시 내지 민족자치 지역의 권한보다 큰 편이다. 그 권한을 구체적으로 비교해 보면 다음과 같다. 특별행정구의 고도의 자치권은 중국의 각 성, 자치구, 직할시, 민족자치구가 향유하고 있는 권한보다 그 범위가 비교적 넓다. 중국은 단일제 국가구조를 가진 국가로 민주집중제 원칙에 따라 국가관리체제는 하급이 상급에 복종하고, 지방이 중앙에 복종하는 방식에 의한다. 중국의 일반적 지방의 각급 인민정부는 반드시 이중의 영도(兩重領導) 내지 지도를 받아야 하는데, 동급 인민대표대회에 대해 책임을 지고 업무보고를 해야 할 뿐만 아니라, 상급 인민정부에도 책임을 지고 업무를 보고해야 한다.[180] 반면, 특별행정구는 중앙정부에 직할되므로 그 법적 지위가 일반행정구와 달리 특수하다. 특별행정구가 가지고 있는 행정권(외교권과 국방권 제외)과 입법권은 중국의 일반적 성(省), 시(市)의 권한과 비교할 수 없을 정도로 크다. 첫째, 행정권의 측면에서 홍콩과 마카오특별행정구는 독립적인 재정과 독립적인 조세제도를 시행하고 자체적으로 화폐금융정책을 수립할 수 있다.[181] 반면 중국의 각 지방정부는 특별행정

179) 홍콩기본법 제2조: 전국인민대표대회는 홍콩특별행정구에 본법의 규정에 따라 고도자치를 시행하고, 행정관리권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권을 향유하는 권한을 부여한다(全國人民代表大會授權香港特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權). - 마카오기본법 제2조 내용 동일.

180) 李元起、張若谷，"論特別行政區制度下的'剩余權力'問題"，2008-2, 95면 참조.

181) 홍콩기본법 제106조: 홍콩특별행정구는 재정의 독립을 유지한다. 홍콩특별행정구의 재정수입은 모두 자체수요에 충당하고, 중앙인민정부에 상납하지 아니한다. 중앙인민정부는 홍콩특별행정구로부터 세금을 징수하지 아니한다(香港特別行政區保持財政獨立. 香港特別行政區的財政收入全部用于自身需要，不上繳中央人民政府. 中央人民政府不在香港特別行政區征稅)제. 제108조: 홍콩특별행정구는 독립적인 조세제도를 시행한다. 홍콩특별행정구는 홍콩에서 시행하던 기존의 저세율정책을 참조하여 자체적으로 세금의 종류, 세율, 세금의 감면 및 기타 세무사항을 법으로 제정하여 시행한다(香港特別行政區實行獨立的稅收制度. 香港特別行政區參照原在香港實行的低稅政策，自行立法規定稅种、稅率、稅收寬免和其他稅務事項). 제110조: 홍콩특별행정구의 화폐금융제도는

구와 달리 독립적인 조세제도와 화폐제도를 결정, 실시하는 권한을 갖지 않는다. 둘째, 입법권의 측면에서 각 성(省), 시(市) 인민대표대회에서는 지방성법규(地方性法規)를 제정할 권리만 가지고 있고, 민족자치구 지방인민대표대회는 자치조례(自治條例) 및 단행조례(單行條例)를 제정할 권한만을 가질 뿐이다. 「중화인민공화국민족구역자치법」 제5조에서는 "민족자치지방의 자치기관은 반드시 국가의 통일을 수호하며 헌법과 법률을 준수하여 집행한다"고 규정하여, 자치조례든 단행조례든 또는 지방성법규든 모두 중국의 헌법과 법률에 저촉되어서는 아니 된다. 반면, 홍콩, 마카오특별행정구의 입법기관에서는 특별행정구에서 시행하는 자체 법률을 제정할 수 있을 뿐만 아니라 특별행정구기본법에 따라 고도의 자치권 범위 내의 법률을 제정할 때에는 헌법과 기타법률의 구속을 받지 않는다.[182]

법으로 규정한다. 홍콩특별행정구 정부는 자체적으로 화폐금융정책을 수립하고, 금융기업 및 금융시장의 경영자유를 보장하며, 법에 따라 이를 관리 및 감독한다(港元爲香港特別行政區法定貨幣, 繼續流通. 港幣的發行權屬于香港特別行政區政府。港幣的發行須有百分之百的准備金。港幣的發行制度和准備金制度, 由法律規定. 香港特別行政區政府, 在确知港幣的發行基础健全和發行安排符合保持港幣穩定的目的的條件下, 可授權指定銀行根据法定權限發行或繼續發行港幣). - 마카오기본법 제104조(재정권), 제106조(조세제도), 제107조(화폐금융제도).

182) 홍콩기본법 제18조: 홍콩특별행정구에서 시행하는 법률은 본법 및 본법 제8조에서 규정하는 홍콩 기존의 법률과 홍콩특별행정구 입법기관에서 제정한 법률이다. 전국성법률은 본법 부속서Ⅲ에서 열거한 것 외에는 홍콩특별행정구에서 시행되지 않는다. 본법 부속서Ⅲ에서 열거한 법률은 홍콩특별행정구가 이 지역에 공포하거나 또는 입법화하여 시행한다. 전국인민대표대회 상무위원회는 그 산하에 있는 홍콩특별행정구기본법위원회와 홍콩특별행정구 정부의 의견을 물은 후 본법 부속서Ⅲ에서 열거한 법률을 증감할 수 있으며, 부속서Ⅲ에 열거한 어떠한 법률도 국방·외교와 관련되는 법률 및 기타 본법의 규정에 따른 홍콩특별행정구 자치범위에 속하지 않는 법률로 한정한다. 전국인민대표대회 상무위원회가 전쟁상태의 선포를 결정하거나 홍콩특별행정구내에 홍콩특별행정구 정부의 통제가 불가능할 정도로 국가의 통일 또는 안전을 위협하는 동란이 발생하여 홍콩특별해정구가 비상사태에 돌입하였다고 결정할 경우 중앙인민정부는 관련 전국성법률을 홍콩특별행정구에 시행할 것을 명령할 수 있다(在香港特別行政區實行的法律爲本法以及本法第八條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法机關制定的法律. 全國性法律除列于本法附件三者外, 不在香港特別行政區實施。凡列于本法附件三之法律, 由香港特別行政區在当地公布或立法實施. 全國人民代表大會常務委員會在征詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會和香港特別行政區政府的意見后, 可對列于本法附件三的法律作出增減, 任何列入附件三的法律, 限于有關國防、外交和其他按本法規定不屬于香港特別行政區自治范圍的法律. 全國人民代表大會常務委員會決定宣布戰

3. 중앙정부의 각 부문 및 일반지방정부와 특별행정구의 관계

(1) 중앙정부의 각 부문(各部門)과 성·자치구·직할시의 관계

가. 중앙정부의 각 부문

중앙정부의 각 부문이란 중앙정부(국무원)에 소속된 각 부, 각 위원회, 각 직속부서와 주무부처(辦事机构)를 말한다. 여기서 각 부서와 각 위원회의 법적 지위는 동일하며 모두 중앙정부의 관리와 감독을 받는다. 중앙정부에는 총 29개의 부와 위원회가 있고[183] 또한 중앙정부에 속해 있는 10개의 직속기구[184]와 1개의 직속특수기구인 국무원 국유자산감독관리위원회가 있다. 이 외에도 홍콩마카오사무처와 국무원연구실 2개가 중앙정부 직속의 주무부처로 속해 있고, 8개의 중앙정부 직속의 사업단위[185]가 있다. 또한 6개의 전문적 성격을 가진 부

爭狀態或因香港特別行政區內發生香港特別行政區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定香港特別行政區進入緊急狀態，中央人民政府可發布命令將有關全國性法律在香港特別行政區實施). - 마카오기본법 제18조와 동일.

183) 중앙정부에 속해 있는 부와 위원회는 총 29개인데, 그 중에서 부(部)는 23개로 아래와 같은 부서들로 구성되어 있다. 외교부, 국방부, 교육부, 과학기술부, 공업과 정보화부, 공안부, 국가안전부, 민정부(民政部), 사법부, 재정부, 인력자원과 사회보장부, 자연자원부, 생태환경부, 거주와 성향건설부, 교통운수부, 수리부, 농업농촌부, 상무부, 문화와 여행부, 은퇴군인인사부, 긴급대처부, 중국인민은행, 국영 기업의 재무 수지의 감사를 실행하는 심계서(審計署)가 있다. 위원회는 초 6개 부서들로 구성되어 있는데, 국가발전개혁위원회, 국가민족사무위원회, 국가위생건강위원회, 증권감독관리위원회, 중국은행보험감독관리위원회 이다. 國務院組織机构_中國政府网 www.gov.cn 방문날짜 2022.12.24.

184) 중앙정부에 속해 있는 10개의 직속기구에는 해관총서(海關總署), 국가시장감독관리총국, 국가체육총국, 국가국제발전합작서, 국가세무총국, 국가매체국, 국가통계국, 국가의료보장국, 국가기관사무관리국, 정부사무를 관리하는 국무원참사실(國務院參事室)이 있다.

185) 중앙정부에 속해 있는 8개의 사업단위는 신화통신사(新華通訊社), 중국과학원, 중국사회과학원, 중국공정원(中國工程院), 발전연구중심, 중앙방송국총국, 중국기상청국이 있다.

서로 국무원외사판공실(國務院外事辦公室), 국무원교민판공실(國務院僑務辦公室), 국무원홍콩마카오사무판공실(國務院港澳事務辦公室)[186], 국무원법제판공실(國務院法制辦公室), 국무원경제체제개혁판공실(國務院經濟体制改革辦公室)과 국무원연구실(國務院研究室)이 있다. 여기서 국무원홍콩마카오사무판공실(국무원홍콩마카오사무업무사무실)이 특별행정구를 직접적으로 관리한다.

나. 중국의 성·자치구·직할시

중국의 각 성, 자치구, 직할시도 모두 중앙의 통일적 관리와 감독을 받는다. 중국헌법 제89조에서 국무원은 각 부(部)와 각 위원회의 임무와 직책(職責)을 규정하고, 각 부와 위원회를 중앙정부에서 통일적으로 관리하며, 각 부와 각 위원회에 속하지 않는 전국성 행정업무도 지도한다. 중앙과 성, 자치구, 직할시 국가행정기관의 직권도 구체적으로 나누어 규정하고, 또한 전국 지방 각급 국가행정기관의 업무도 통일적으로 지도한다고 규정하고 있다.[187] 중국헌법 제110조는 지방각급인민정부는 소속되어 있는 인민대표대회에 대해 책임을 지고 업무를 보고한다고 규정하고 있다. 따라서 전국 지방 각급 지방정부는

---

186) 국무원홍콩마카오사무판공실은 「국무원홍콩마카오사무판공실 직무배치, 내부기관 및 인원 편제 규정」에 따라 설치된 일국양제 방침 및 홍콩마카오에 대한 정책 규정을 집행하고 홍콩 및 마카오기본법을 집행하며 홍콩마카오에 대한 상황을 파악하여 관련 정책을 제안하는 등 기능을 수행하는 국무원 산하의 직속기관이다. 國務院港澳事務辦公室 https://www.hmo.gov.cn/ 방문날짜 2022.12.24.

187) 중국헌법 제89조: 국무원은 다음과 같은 직권을 행사한다. (제1항, 제2항 생략) 제3항 각 부·각 위원회의 임무와 직책을 규정하고, 각부와 각 위원호의 업무를 통일적으로 지도하고, 각 부·각 위원회에 속하지 않는 전국성 행정업무를 지도. 제4항 전국 지방 각급 국가행정기관의 업무를 통일정긍로 지도하고, 중앙과 성·자치구·직할시 국가행정기관 직권의 구쳊거인 구분을 규정(제5항-제18항 생략). (憲法第89條：國務院行使下列職權： (三) 規定各部和各委員會的任務和職責，統一領導各部和各委員會的工作，并且領導不屬于各部和各委員會的全國性的行政工作； (四) 統一領導全國地方各級國家行政机關的工作，規定中央和省、自治區、直轄市的國家行政机關的職權的具体划分).

모두 국무원으로부터 통일적으로 지도를 받는 국가행정기관으로 모두 국무원에 복종해야한다.[188] 그밖에 「지방각급인민대표대회와 지방각급인민정부조직법」 제66조도 성, 자치구, 직할시의 인민정부의 각 부서는 모두 동급 인민정부의 통일적 관리감독을 받으며 동시에 국무원 주관부처의 관리감독을 받는다고 규정하고 있다.[189]

위 내용을 종합하면 행정등급상 성, 자치구, 직할시 정부, 그리고 국무원의 각 부와 위원회는 모두 국무원의 통일된 관리감독을 받는 행정기관으로서 같은 등급을 가지나 직무에 대한 책임은 다소 다르다. 성, 자치구, 직할시 정부는 일급 지방정부이고, 국무원의 각 부와 위원회는 일급 정부의 부문이기에 가지고 있는 책임은 다르다고 할 수 있다. 또한 성, 자치구, 직할시 인민정부의 각 업무부처는 이중적인 영도체계(双重領導体制)를 실행한다. 즉, 국무원의 지도를 받을 뿐만 아니라 동시에 해당 행정구역(동급) 인민대표대회의 지도도 받는다.

(2) 중앙정부의 각 부문과 특별행정구의 관계

---

188) 중국헌법 제110조: 지방 각급 인민정부는 소속 급의 인민대표대회에 대해 책임지고 업무를 보고한다. 현급 이상의 지방 각급 인민정부는 소속 급의 인민대표대회 상무위원회에 대해 책임지고 업무를 보고한다. 지방 각급 인민정부는 하나 위급의 국가행정기관에 대해 책임지고 업무를 보고한다. 전국 지방 각급 인민정부는 모두 국무원으로부터 통일적으로 지도받는 국가 행정기관이고, 모두 국무원에 복종한다(憲法第110條：地方各級人民政府對本級人民代表大會負責幷報告工作。縣級以上的地方各級人民政府在本級人民代表大會閉會期間，對本級人民代表大會常務委員會負責幷報告工作. 地方各級人民政府對上一級國家行政机關負責幷報告工作. 全國地方各級人民政府都是國務院統一領導下的國家行政机關，都服從國務院).

189) 중국 조직법 제66조: 성·자치구·직할시의 인민정부의 각 부문은 인민정부의 통일된 지도를 받고, 동시에 법률과 행정법규의 규정에 따라 국무원 주관무문의 업무 지도 및 영도를 받는다(組織法第66條： 省、自治區、直轄市的人民政府的各工作部門受人民政府統一領導，幷且依照法律或者行政法規的規定受國務院主管部門的業務指導或者領導).

특별행정구는 일단 중국의 성급 지방행정구역에 속하므로 중앙정부의 각 부문과는 어떠한 관계를 이루고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 홍콩 및 마카오기본법 규정에 따르면, 중앙과 특별행정구의 관계는 감독과 피감독의 관계, 수권과 피수권의 관계, 관리와 피관리의 관계인 동시에 중앙정부에 소속되어 있는 각 부서들은 특별행정구와 관계되는 자치범위 내의 사무에 대해서는 관여할 수 없도록 제한을 두고 있다[190]. 이들은 모두 중앙정부 산하의 일급행정기관으로서 상호 간섭할 수 없고 오히려 상호 존중해야 하는 관계로 관할 영역과 구역을 나누어 업무를 수행하면서 그에 따른 책임을 지는 관계이다.

따라서 중앙정부의 각 부문과 위원회는 홍콩과 마카오특별행정구의 내부 사무에 대해 관여할 수 없고, 만약 중앙정부의 각 부문과 위원회에서 특별행정구에 업무집행사무기구를 설치할 필요성이 있는 경우라면 반드시 특별행정구 정부의 동의와 중앙정부의 비준을 받아야 한다.[191] 또한 이와 같이 설치된 기구는 특별행정구의 사무에 대해 관여할 권한이 없다. 만약 업무상의 연계가 필요하다면 서로 협상하는 방식을 택하여야 하는데, 이는 특별행정구의 고도의 자치권을 보장하기 위한 것이다.

이 외에도 중앙정부 산하의 각 부문(部, 委, 署, 辦)과 특별행정구의

.190) 홍콩기본법 제22조 제1항: 중앙님니정부 산하의 각 부문, 각 성, 자치구, 직할시는 홍콩특별행정구가 본법에 따라 스스로 관리하는 사무에 대하여 간섭하여서는 아니된다(中央人民政府所屬各部門、各省、自治區、直轄市均不得干預香港特別行政區根据本法自行管理的事務) - 마카오기본법 제22조 내용 동일.

191) 홍콩기본법 제22조 제2항: 중앙의 각 부문, 각 성, 자치구, 직할시가 홍콩특별행정구에 기구를 설립하는 것이 필요할 경우 홍콩특별행정구 정부의 동의와 중앙인민정부의 비준을 받아야 한다(中央各部門、各省、自治區、直轄市如需在香港特別行政區設立机构，須征得香港特別行政區政府同意幷經中央人民政府批准) - 마카오기본법 제22조 제2항 내용 동일.

각 부문 간의 관계는 중앙정부의 각 부문과 성급 인민정부의 각 부문의 관계와 다르다. 중앙정부의 각 부문과 성급 인민정부의 관계는 종속관계로써 후자는 전자의 지도와 감독을 받는다. 그러나 중앙정부의 각 부문과 특별행정구의 관계는 관리의 관계 또는 감독의 관계가 아니라 상호 독립되어 있는 관계에 있기 때문에 행정상의 종속 관계가 아니다. 따라서 특별행정구 정부의 각 부문은 이중적인 관리감독을 받지 않고 오로지 특별행정구 정부에 대해서만 책임을 지며 특별행정구의 행정장관만이 중앙정부와 특별행정구에 대해 책임을 진다.[192] 예를 들면, 국가재정부(財政部)와 특별행정구의 재정사(財政司) 간에는 아무런 행정상의 종속관계가 없다. 국가재정부는 특별행정구의 재정사에 대해 어떠한 명령 또는 지도도 가하지 못한다. 특별행정구의 재정사는 오로지 자신에 속해 있는 중앙정부와 특별행정구 정부에 책임을 질뿐이다. 따라서 중앙정부의 각 부문에서 제정, 시행하는 각종 정책은 특별행정구에 대해 구속력을 가지지 못하며, 특별행정구 정부의 각 부문은 당해 행정구역의 상황에 근거하여 정책을 시행한다.

(3) 일반지방정부와 특별행정구의 관계

중국의 성, 자치구, 직할시는 중국의 일반 지방행정구역으로써 모두 중앙정부의 통일적인 지도를 받는다. 다시 말해, 중국헌법 규정에 의하면, 중국의 일반행정구역인 성, 자치구, 직할시의 정부는 중국의 통일적인 지도체제에 따라 이중적 관리·감독을 받는다.[193] 따라서 성,

192) 홍콩기본법 제43조 제2항: 홍콩특별행정구의 행정장관은 본법의 규정에 따라 중앙인민정부와 홍콩특별행정구에 대하여 책임을 진다(香港特別行政區行政長官依照本法的規定對中央人民政府和香港特別行政區負責) - 마카오기본법 제45조 제2항와 내용 동일.

193) 중국헌버 제89조 제4항: 국무원은 전국 지방 각급 국가행정기관의 업무를 통일적으로 지도하고, 중앙과 성, 자치구, 직할시 구가행정기관 지권의 구체적인 구분을 규정한다(統一領導全國地方各級國家行政机關的工作，規定中央和省、自治區、直轄市的國家行政机關的職權的具体划分).

자치구, 직할시 일반 행정구역과 특별행정구의 관계는 중화인민공화국을 주권국가로 하고 있는 하나의 국가 안에서 지방과 지방 간의 관계일 뿐 그 어떤 행정상의 종속 관계나 관리 감독의 관계가 아니다. 양자는 오히려 독립적으로 각자 자기의 관할구역 내에서 정책을 제정, 집행하면서 중앙정부에 대해 책임을 진다. 그러므로 일반 지방행정구역 성, 자치구, 직할시와 특별행정구역의 관계는 평등한 지방 대 지방의 관계로 되어, 자치구, 직할시는 특별행정구 내의 사무에 대해서 간섭하지 않게 된다.

한편, 중국의 성, 자치구, 직할시는 필요한 경우 특별행정구에 사무기구를 설립할 수 있지만 절차적으로 특별행정구 정부의 동의와 중앙정부의 비준을 받아야 한다. 이에 따라 설치된 사무기구 및 그 인원들은 반드시 특별행정구의 법률을 준수해야 하며 만약 위법행위를 했을 때에는 반드시 특별행정구의 사법절차에 따라 처리된다.[194] 따라서 중국의 일반 행정구역과 특별행정구의 관계는 상호 간의 불간섭 및 평등 관계에 있다고 할 수 있다. 다만 양자 간에는 두 지역의 주민들의 출입경(出入境), 변방통제 및 이민(移民)문제에 있어 특수성이 있다. 홍콩이 중국으로 반환되기 전과 비교해보면 홍콩주민의 중국대륙으로의 이동은 자유로워 졌으나, 대륙인민들이 특별행정구로 출입하는 경우에는 특별행정정구출입절차를 거쳐야 한다. 이 외에도 홍콩 및 마카오지역에 거주(定居)하는 문제에 대해서 중앙정부의 주관부서는 특별행정구 정부의 의견에 따라 처리하도록 법적으로 규정되었다.

중앙정부의 각 부문, 일반 행정구역인 각 성, 자치구, 직할시와 특

194) 홍콩기본법 제22조 제3항: 중앙의 각 부문, 각 성, 자치구, 직할시가 특별행정구에 설립한 모든 기구 및 그 인원들은 특별행정구의 법률을 준수하여야 한다(中央各部門、各省、自治區、直轄市在香港特別行政區設立的一切机构及其人員均須遵守香港特別行政區的法律). - 마카오기본법 제22조 제3항 내용 동일.

별행정구의 관계를 함께 고려해보면 모두 '일국양제' 원칙을 준수하였다고 할 수 있다. 특히 특별행정구는 '고도자치' 원칙, '현지주민에 의한 통치 '항인치인(港人治港) 항오치오(港澳治澳)'원칙에 의해, 특별행정구기본법에 따라 통치한다. 여기서 '고도자치'는 다른 의미로 보면 중앙정부의 관리권한에 대한 제한이면서도 중앙정부의 각 부서와 중국대륙의 성, 자치구, 직할시 정부가 특별행정구의 사무에 대해 간섭할 권한이 없다는 것으로도 이해할 수 있다. 이에 따라 일국양제 하에서 중앙정부의 각 부문과 특별행정구의 관계, 중국의 성, 자치구, 직할시와 특별행정구의 관계에 대해 종합해 보면 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 중국헌법 규정에 의해 모두 '하나의 중국'이라는 주권국가 안에서 중앙정부가 부여한 권한에 따라 서로 종속되지 않는 평등한 지위에 있다. 둘째, 특별행정구기본법에 의해 특별행정구는 전국인민대표대회로부터 고도 자치권을 부여 받았으므로 중앙정부 산하에 있는 각 부문과 중국대륙의 성, 자치구, 직할시는 특별행정구의 자치범위 내의 사무에 대해 간섭할 수 없다.

(4) 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구의 관계

홍콩은 1997년 7월 1일 중국으로 반환되면서 특별행정구로서의 법적 지위를 가지게 되었다. 마카오도 마찬가지로 1999년 12월 20일자로 중국의 특별행정구로서의 법적 지위를 확보하였다. 이와 같이 미래에 대만과 통일이 이루어진다면 대만 역시도 홍콩, 마카오와 마찬가지로 대만특별행정구라는 법적 지위를 가지게 될 것으로 예상된다.

홍콩과 마카오의 관계는 홍콩과 마카오가 중국으로 반환되기 전까지만 하더라도 국가 對 국가의 관계, 즉 국제관계의 원칙에 의해 처리되었다.[195] 그러나 두 지역은 중국으로 반환된 이후 중국의 일개의

지방이자 중앙정부에 소속된 관계가 되어 그 법적 성격에 근본적인 변화가 나타났다. 첫째, 홍콩과 마카오가 중국으로 반환되어 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구가 된 이후 두 지역은 더 이상 국제적인 요소를 가지지 아니하여 국제법원칙을 적용하지 않아도 되는 관계로 변화했다. 즉, 하나의 주권 국가 내에서 특별행정구 간의 협의를 통해 문제를 처리한다. 둘째, 두 지역은 모두 중앙에 귀속되는 지방정부로서의 법적지위를 가지게 되었다. 그러나 이들의 관계는 중국 대륙의 일반적 성(省)과 성(省)의 관계나, 특별행정구와 일반지방행정구역의 관계도 아닌 자본주의 제도를 실행하는 두 지역 간의 관계이므로 특수한 정치적, 경제적 요인들을 고려할 필요가 있다. 예를 들면, 마카오특별행정구는 정치, 경제, 법률 등 여러 가지 면에서 홍콩특별행정구와 대등한 법적 지위에 있다. 그러나 경제 교류의 측면에서 마카오는 예로부터 홍콩과 경제적으로 밀접한 관계를 가졌으므로, 이에 따라 두 지역 간의 분쟁이 권한배분의 문제이거나 또는 정치적 성격의 문제라면 원칙적으로 중앙정부에서 이를 해결해야 하고, 설령 일반적으로 민간에서 발생하는 법률분쟁이라고 하더라도 이에 대해 국제사법원칙(國際私法原則)을 적용할 수는 없으므로 두 지역 간의 협상을 통해 해결하여야 한다. 그러나 두 지역의 협상으로 분쟁이 해결할 수 없는 경우에는 「섭외 민사관계의 법률적용법(涉外民事關系法律适用法)」 등 국제(區際)법률충돌에 관한 특별법에 의해 이를 해결하여야 할 것이다.[196]

한편, 홍콩특별행정구와 마카오특별행정구는 대만과의 관계에 대한 제반 규정을 발표한 바 있다. 국무원 부총리이자 홍콩특별행정구 준

195) 袁古洁, "條約在中國內地与港澳台适用之比較", 法學評論, 2002-5, 129면 참조.

196) 丘志喬, "論香港、澳門特別行政區的條約締結及适用", 福建政法管理干部學院學報, 2000-4, 37면 참조.

비위원회 책임자는 1995년 6월 22일 “홍콩특별행정구의 대만에 대한 7개항 기본원칙 및 정책(中央人民政府确定的處理“九七”后香港涉台問題的基本原則和政策)”을 발표하였고, 1999년 1월 16일에도 “마카오특별행정구의 대만에 대한 7개항 기본원칙 및 정책 (中央人民政府确定的處理“九九”后澳門涉台問題的基本原則和政策) ”을 발표하였는데 그 실제 내용은 동일하다.[197] 이는 모두 ‘일국양제’의 기본정책과 ‘하나의 국가’의 방침에 근거하여 제시된 것으로, 향후 홍콩특별행정구정부와 마카오특별행정구정부가 대만문제를 처리함에 있어서의 기본 근거가 되었다. 다시 말하자면 홍콩특별행정구와 대만, 마카오특별행정구와 대만의 관계는 중앙과 특별행정구 내에서의 특수한 관계 내지 양안관계의 특수한 구성부분으로 볼 수 있다는 것이다. 따라서 홍콩 및 마카오특별행정구의 성립 이후 홍콩, 마카오와 대만과의 관계 내지 양안관계에서의 국가주권 행사에 관한 모든 사무에 대해서는 중앙정부가 주선하여 처리하거나 혹은 홍콩 및 마카오특별행정구 정부는 중앙정부의 지도하에서 처리하게 되었다.[198]

그밖에도 중앙정부는 1997년과 1999년 홍콩특별행정구와 대만, 마카오특별행정구와 대만간의 민간 교류 및 홍콩 동포, 마카오 동포, 대만동포의 정당한 권익보호를 위해 홍콩과 마카오가 중국으로 반환된 이후 대만과의 관계에서 발생하는 문제에 관한 기본원칙과 정책을 제시하였는데 그 내용은 다음과 같다. 첫째, 홍콩과 대만, 마카오와 대만 사이에서 발생하는 각종 민간교류 관계에 대해서는 기본적으로 홍콩, 마카오의 회수 이전과 동일하게 변함없이 유지한다. 예를 들면 경

197) 羅祥喜,"香港特區政府處理涉台問題的法律与政策依据探析",台湾研究, 97-3, 23-29면 참조. “九九”后澳門涉台問題的基本原則和政策, 中州統戰, 1999-10, 27면 참조.《中央人民政府确定的處理“九七”后香港涉台問題的基本原則和政策》, 1995年6月23日《人民日報》. 링크: 中央人民政府駐香港特別行政區聯絡辦公室 (locpg.gov.cn)

198) 黃文放, 中國對香港恢復行使主權的決策歷程與執行, 香港浸會大學, 1997. 80면.

제문화교류, 주민 이동 등이 이에 해당한다. 둘째, 대만주민과 대만자본이 홍콩과 마카오에 투자 기타 상업활동을 하는 것을 장려한다. 셋째, '하나의 중국' 원칙에 의하여 홍콩 및 마카오특별행정구와 대만 간의 항공 및 해상운수노선을 '특수지구노선(特殊地區路線)'으로 관리한다. 넷째, 대만주민은 홍콩 및 마카오특별행정구기본법에 근거하여 취직, 거주할 수 있다. 다섯째, 홍콩 및 마카오특별행정구의 교육, 과학, 기술, 문화, 예술, 체육, 의료, 사회복리 등 민간단체와 종교단체는 서로 존중하는 원칙에 따라 대만지역과 발전적인 관계를 맺는다. 여섯째, 홍콩 및 마카오특별행정구가 대만과 공적인 교류, 상담, 협의, 기구설립 등을 하는 경우 반드시 중앙정부의 비준을 받아야 한다. 일곱째, 대만이 홍콩 및 마카오특별행정구에 이미 유지하고 있는 기구는 그대로 남겨둘 수 있으나 이들은 모두 특별행정구기본법에 엄격히 따라야 하고, '하나의 중국' 원칙에 위배되거나 홍콩과 마카오의 안정과 발전에 손해를 야기해서는 아니 된다.[199]

홍콩 및 마카오특별행정구와 대만 간의 관계 처리는 '하나의 중국' 원칙과 '일국양제' 기본방침에 근거한 것이라 할 수 있다. 미래의 대만통일의 경우에도 홍콩과 마카오의 경우와 마찬가지로 일관되게 일국양제 통일방안이 적용될 것이라고 사료된다. 즉, 중앙은 일국양제 정책에 따라 '대만특별행정구'를 설치하여 홍콩과 마카오 두 특별행정구와의 관계 해결에서와 같이 일국양제 원칙에 따라 대만의 특수성을 고려하여 대만특별행정구기본법을 제정할 것으로 예상된다. 결국, 중국 대륙의 중앙정부의 각 부서 및 성, 자치구, 직할시와 특별행정구 간의 관계, 또는 특별행정구 대 특별행정구 간의 관계를 처리함에 있어서 법률화, 제도화가 기본적으로 반드시 선행될 것이다.

---

199) 聞好,"中央處理"九七"后香港涉台問題的基本原則和政策",黃埔, 1997-1, 12면 참조. "九九"后澳門涉台問題的基本原則和政策, 中州統戰, 1999-10, 27면 참조. 《中央人民政府确定的處理"九七"后香港涉台問題的基本原則和政策》, 1995年6月23日《人民日報》.

4. 북한 신의주특별행정구기본법과 홍콩특별행정구기본법의 비교

(1) 신의주특별행정구 설치 배경 및 법제화

가. 배경

신의주는 북한의 4대 도시로 평안북도 서북부 압록강 하구 남안에 위치하고 있는 시(市)이다. 이 도시에는 북한에서 가장 많은 기업들이 있는데 특히 유일하게 원유를 정제, 처리하는 화학공장과 광산기계제조공장, 선박공장 그밖에 여러 수공업 공장들이 줄지어 존재하고 있다. 신의주는 경의선 및 동해선의 도로, 철도 등을 통해 중국 단동과 심양, 북경과 연결되어 있어 중국과의 교류가 특히 빈번한 편이다.[200] 김정일 전 위원장은 2002년 1월 중국 상해 푸둥(浦東)을 방문한 이후 신의주를 홍콩과 같은 자본주의 섬으로 건설하려는 의향으로 신의주를 특정하여 신의주특별행정구 설치를 표명하였다.[201] 그 이유는 아래와 같은 몇 가지 요인에서 알 수 있다.

첫째, 북한에서는 오랜 기간 심각한 수준의 경제침체가 지속되면서 국가경제가 위태로워졌고 이를 극복하기 위해서는 일련의 경제 활성화 조치가 필요했다. 둘째, 1998년 김대중 정부의 등장과 2000년

200) 북한은 중국과 북한의 경제교류를 더 한층 활발하게 하기 위하여 중국측의 지원으로 1943년에 완공된 낡고 좁은 압록강철교를 대신하여 2014년 10월 6차선 도로의 차량전용 신압록강대교(新鴨綠江大橋)를 완공한 바 있다. 그러나 북한이 중국측에 지역도로와 관세 등 기반시설 공사비 지원을 요청하면서 실제 개통이 지연되었으나 시진핑 중국 국가주석이 2019년 6월 방북했을 때 김정은의 대교개통비용 요구를 수용하면서 2023년에는 대교가 개통될 것으로 예측하고 있다. 조선일보, “시진핑, 북에 신압록강대교 황금평 경제특구 비용부담 약속”, 2019.07.29., 연합뉴스, “중국 신압록강대교 정부활발 완공 8년만에 개통하나”, 2022.09.26.

201) 김병기, "신의주특벽행정구기본법의 내용과 법적 문제점", 토지공법연구, 제17집, 2003.02. 139면 참조.

'6.15 남북공동선언'에 따라 남북간 경제협력 활성화의 일환으로 북한에 경제특구를 설치하는 것이 필요했다. 셋째, 중국의 경제특구정책 성공 사례가 북한에 영향을 주었다.[202] 중국의 경제발전이 경제특구에서부터 시작되었다고 해도 과언이 아닐 만큼 외국투자의 확대와 대외무역의 활성화, 외국선진기술 도입 및 국제사회 지위 향상 등의 과거 중국의 성과가 북한에 영향을 주었다고 볼 수 있다.[203] 이 외에도 북한이 미국으로부터 불량국가로 낙인이 찍히면서 각종 불이익을 받자 이를 극복하기 위한 하나로써 신의주행정특별구 정책을 발표하였다고도 할 수 있다. 특히 북한의 체제존립 위기를 극복하기 위해서는 경제적인 측면에서의 대전환이 반드시 필요했던 것이다.[204]

따라서 신의주특별행정구의 설치는 북한이 직면한 일련의 문제를 해결하기 위한 대전환의 계기가 될 가능성이 있었다. 또한 북한은 이를 통해 자국경제를 회생시키는 것은 물론이고 미국을 포함한 국제사회에서의 인지도를 높이기 위한 발판으로 삼고자 하였다. 이에 북한은 2002년 9월 신의주를 특별행정구로 지정하였고 같은 해 9월 12일

---

202) 2022년 기준 중국의 경제특구는 총 7개이다. 중앙정부인 국무원은 1979년 7월 광동성의 심천, 주해, 산두와 복건성의 하문을 특구(特區)로 지정하여 설치하였으나, 1980년 5월에 4개의 지역의 이름을 특구에서 경제특구(經濟特區)로 변경하였다. 또한 중안은 1988년 4월 해남도(海南島)를 경제특구로 설정하였다. 이후 1992년 중국의 개혁개방 정책에 발맞추어 경제특구의 방식(模式)을 상해 푸둥에도 유사하게 적용하여 상해 경제를 발전시켰으나 상해 자체는 중국의 경제특구는 아니었다. 2010년 5월 중앙은 신강자치구(新疆自治州)의 훠얼궈쓰(霍爾果斯)지역과 카스(喀什)지역을 경제특구로 설립하였다. 결국 현재 중국에는 ① 심천경제특구(深圳經濟特區), ② 주해경제특구(珠海經濟特區), ③ 산두경제특구(汕頭經濟特區), ④ 하문경제특구(厦門經濟特區), ⑤ 해남경제특구(海南經濟特區), ⑥ 신강훠얼궈쓰경제특구(新疆霍爾果斯經濟特區), ⑦ 신강카스경제특구(新疆喀什經濟特區) 등의 경제특구가 존재한다. 麗紅棉, 李胜會 "中國經濟特區建立的理論背景及啓示", 特區經濟 專稿, 2010.08, 13-14면 참조.

203) 김병기, "신의주특별행정구기본법의 내용과 법적 문제점", 토지공법연구, 제17집, 2003. 2. 140면 참조.

204) 김병기, "신의주특별행정구기본법의 내용과 법적 문제점", 토지공법연구, 제17집, 2003. 2. 141면 참조.

자로 '신의주특별행정구기본법'[205]을 제정하였으며 신의주특별행정구의 초대행정장관으로는 네덜란드 국적의 화교인 양빈(楊斌)이 임명되었다.

나. 법제화

지금까지 연구되어 있는 북한의 자료상으로는 북한의 입법체계상 절차와 실체적 효력 양쪽 모두 명확하게 알기 어렵기 때문에 이를 토대로 신의주기본법의 법제화 과정을 파악하기에는 한계가 있다는 평가가 있다.[206] 다만 신의주기본법 제정의 배경 중 하나로 우선 라진·선봉경제무역지대가 기대했던 경제개방과 외자유치의 성과를 거두지 못하였다는 점도 지적해볼 수 있는데, 이를 고려할 때 신의주기본법은 1993년 1월 31일에 제정된, 북한헌법에서 명시한 첫 번째 '특수경제지대'이자 자유경제무역지대에 관한 최초의 법률인 "자유경제무역지대법"과 "라선경제무역지대법(1999.2 수정)"을 참고하여 법제화하였을 것으로 판단된다.[207]

라진·선봉경제무역지대와 같은 경제특구의 경우에는 북한헌법 제37조에 근거하여 설립되었다고 볼 수 있으나, 신의주특별행정구 역시 북한헌법에 근거하여 설립되었다거나, 그 제정과정이 헌법적 절차에 따른 것이라고 보기 어려워 그 헌법적 근거가 존재하지 않는다고도 할 수 있다.[208]

---

205) 본 논문에서 「신의주특별행정구기본법」을 이하, 「신의주기본법」으로 약칭하겠다.

206) 박정원, "북한의 입법이론과 체계분석", 법학논총, 제26권 제2호, 245면.

207) 김동하, "홍콩특별행정구기본법과 신의주특별행정구기본법 비교연구", 한중관계연구, 제4권 제3호, 82면.

208) 김병기, "신의주특별행정구기본법의 내용과 법적 문제점", 토지공법연구, 제17집,

(2) 신의주특별행정구기본법의 내용

가. 신의주특별행정구의 법적 지위

신의주기본법은 북한 최고인민회의 상임위원회의 정령으로 발표된 법으로, 북한의 입법체계(헌법, 중요부문법, 정령, 법령, 명령, 결정, 지시)상 헌법의 하위에 있는 법률이지만 신의주특별행정구 내에서는 최고규범으로서 지위를 가진다고 볼 수 있다. 신의주기본법 부칙 제2조를 보면, 특별행정구 내에서 중앙정부의 일정 법규를 제외한 다른 법규들의 적용을 배제시키는 것으로 볼 수 있는데 이 역시 간접적으로 신의주특구법의 최고규범성을 나타낸다고 볼 수 있다.[209]

신의주기본법에 따르면 신의주특별행정구는 북한의 특수한 지방행정구역이다.[210] 즉 신의주특별행정구는 북한 주권이 행사되는 특수행정단위로, 특별행정구의 자치권은 모두 중앙정부의 수권에 의하여 인정된다.[211] 따라서 특별행정구는 직접 국가통치권을 행사할 수 없고 대외관계에 있어서도 중앙정부만이 국가를 대표하며 특별행정구는 중앙정부로부터 위임을 받지 아니하고는 대외사무를 처리할 수 없다. 또한 국적, 국장, 국기, 국가, 수도, 영해, 영공, 국가안전에 관한 법규는 신의주특별행정구에서도 그대로 적용한다.[212]

2003. 2. 147면 참조.

209) 김병기, "신의주특별행정구기본법의 내용과 법적 문제점", 토지공법연구, 제17집, 2003. 2. 147면 참조.

210) 신의주기본법 제1조: 신의주특별행정구는 조선민주주의인민공화국 주권이 행사되는 특수행정단위이다. 국가는 신의주특별행정구를 중앙에 직할시킨다.

211) 신의주기본법 제2조: 국가는 신의주특별행정구의 립법권, 행정권, 사법권을 부여한다.

212) 신의주기본법 제8조: 신의주특별행정구와 관련한 외교사업은 국가가 한다. 신의주특

이 외에도 북한은 경제난을 극복하기 위하여 신의주특별행정구에 북한의 사회주의 체제와 반대되는 시장경제원리를 시행하였으나, 이로 인해서 북한의 기본체제가 흔들리거나 분열이 야기되어서는 안 된다고 보았다. 이 점을 고려하여 중앙정부가 방위사업을 책임지며 필요에 따라 특별행정구에 군사인원을 배치 또는 주둔시킬 수 있다.[213] 또한 특별행정구 안에서는 다른 국가의 정치조직 활동을 허용하지 않으며[214] 전쟁, 무장반란과 같은 사유가 발생할 시 국가는 특별행정구에 비상사태를 선포할 수 있다.[215]

나. 북한의 중앙정부와 신의주특별행정구의 관계

신의주특별행정구는 북한의 지방행정조직의 하나로 중앙정부가 특별행정구를 직접 관할한다. 이에 따라 최고인민회의 상임위원회가 특별행정구기본법을 제정하여 특별행정구의 설치여부 및 시행할 제도를 결정하고, 특별행정구 장관의 임명과 해임은 최고입법기관에서 결정한다.[216] 여기서 최고입법기관이란 최고인민회의가 휴회중일 때 최고주권기관이 되는 최고인민회의 상임위원회를 말한다.[217] 이에 따라

별행정구는 국가가 위임한 법위에서 자기의 명의로 대외사업을 하며 신의주특별행정구 려권을 따로 발급할 수 있다. 신의주기본법 제83조 제15호: 행정부의 임무와 권한은 다음과 같다. 15 국가가 위임한데 따라 대외사무를 처리한다.

213) 신의주기본법 제7조: 신의주특별행정구의 방위사업은 국가가 한다. 국가는 필요에 따라 신의주특별행정구에 군사인원을 주둔시킬 수 있다. 신의주특별행정구는 주둔부대에 사회질서유지, 재해구조의 협조를 요구할 수 있다.

214) 신의주기본법 제10조: 국가는 신의주특별행정구에서 다른 나라 정치조직의 활동을 허용하지 않도록 한다.

215) 신의주기본법 제11조: 국가는 전쟁, 무장반란 같은 사유의 발생시 신의주특별행정구에 비상사태를 선포할 수 있다. 이 경우 전국적으로 적용하는 법규를 실시한다.

216) 신의주기본법 제77조: 장관의 임명과 해임은 최고립법기관이 한다.

장관은 자기 사업에 대하여 최고립법기관 앞에 책임을 지고,[218] 조선민주주의인민공화국과 신의주특별행정구에 충실할 것을 선서를 하도록 하고 있다.[219] 또한 특별행정구의 입법의회에서 제정한 법규는 신의주기본법에 반해서는 아니 되고[220] 입법회의에서 결정한 최고입법기관에 등록을 하여야 하며 최고입법기관에서 등록하지 않고 돌려보낸 결정은 효력을 가지지 못한다.[221]

신의주기본법이 신의주특별행정구의 특수성을 규율하고 있기는 하나, 북한의 중앙정부와 신의주특별행정구의 관계는 중앙과 지방간의 관계로 신의주특별행정구는 어디까지나 조선민주주의인민공화국 주권이 행사되는 특수한 행정단위라고 할 수 있다. 즉 그 관계는 지도와 피지도의 관계, 수권과 피수권의 관계로 볼 수 있겠다.[222]

1) 신의주기본법상 중앙정부의 권한

신의주기본법상 북한 중앙정부의 권한에 속하는 사항은 다음과

---

217) 북한헌법 제88조: 최고인민회의는 립법권을 행사한다. 최고인민회의 휴회 중에는 최고인민회의 상임위원회도 립법권을 행사할 수 있다.

218) 신의주기본법 제76조: 장관을 신의주특별행정구를 대표한다. 장관은 자기 사업에 대하여 최고립법기관 앞에 책임진다.

219) 신의주기본법 제78조: 장관은 조선민주주의인민공화국과 신의주특별행정구에 충실할 것을 선서한다. 선서는 최고인민회의 상임위원회 전원회의에서 한다.

220) 신의주기본법 부칙 제3조: 국가는 신의주특별행정구의 법률제도를 50년간 변화시키지 않는다.

221) 신의주기본법 제74조: 립법회의에서 채택한 결정은 1개월안으로 최고립법기관에 등록한다. 최고립법기관은 제출된 결정에 대하여 등록하거나 돌려 보내여 수정시킬 수 있다. 등록하지 않고 돌려보낸 결정은 효력을 가지지 못한다.

222) 법무부 법무실 특수법부과, '신의주특별행정구기본법 분석', 법무부, 2002.12. 15-19면.

같다.

첫째, 중앙정부는 독립적인 외교업무를 가지고 있다. 즉 신의주특별행정구와 관련한 외교사업은 중앙정부가 담당한다. 다만 특별행정구는 중앙정부가 위임한 범위에서 자기의 명의로 대외사업을 진행할 수 있으며 신의주특별행정구의 여권을 직접 발급할 수 있을 뿐이다.[223]

둘째, 중앙정부는 특별행정구에 대해 방위업무를 책임지고 있다. 신의주특별행정구도 북한영토의 일부이므로 국토방위의 의무는 중앙정부에 있는 것은 마땅하다. 이에 따라서 신의주특별행정구의 방위사업은 중앙정부가 하며 필요에 따라 특별행정구 내에 군사인원을 주둔시킬 수도 있다. 한편 신의주특별행정구는 주둔하고 있는 군사인원에 사회질서유지, 재해구조의 협조를 요구할 수 있다.[224]

셋째, 중앙정부는 특별행정구 장관을 임명 또는 해임할 수 있다. 특별행정구 장관의 임명과 해임은 최고입법기관인 최고인민회의 상임위원회에서 한다. 중앙정부가 직접 특별행정구 장관을 임명 또는 해임할 수 있도록 하나 임기의 기한에 대해서 별도의 규정을 두고 있지 않으므로 언제든지 해임은 가능하다고 볼 수 있다. 따라서 이는 중앙정부의 특별행정구에 대한 통제라고 할 수 있다.

넷째, 중앙은 특별행정구 내의 비상사태 여부에 대해 결정한다. 중

223) 신의주기본법 제8조: 신의주특별행정구와 관련한 외교사업은 국가가 한다. 신의주특별행정구는 국가가 위임한 범위에서 자기의 명의로 대외사업을 하며 신의주특별행정구 려권을 따로 발급할 수 있다.

224) 신의주기본법 제7조: 신의주특별행정구의 방위사업은 국가가 한다. 국가는 필요에 따라 신의주특별행정구에 군사인원을 주둔시킬 수 있다. 신의주특별행정구는 주둔부대에 사회질서유지, 재해구조의 협조를 요구할 수 있다.

앙정부는 특별행정구에 비상사태를 선포할 수 있고 이 경우 전국적으로 적용하는 법규를 실시한다.[225] 즉 비상사태여부의 결정권은 조선인민민주주의 공화국에서 보유하도록 하는 것이다.

다섯째, 신의주기본법에 대한 해석권은 오로지 최고인민회의 상임위원회에 있다.[226] 그러나 신의주기본법의 개정권에 대해서는 별도의 규정은 없다. 이는 북한 헌법에 의하여 최고인민회의 및 휴회시 최고인민회의 상임위원회가 법률의 개정권도 가지므로 별도의 규정을 두지 않은 것으로 볼 수 있다. 북한 헌법상 법률 개정권은 원칙적으로 최고인민회의에 있으므로[227] 신의주기본법에 대한 개정권도 마찬가지로 최고인민회의 상임위원회에 있다고 추측해볼 수 있겠는데, 이는 결국 개정권한에 대한 불명확성으로 인해 발생하는 문제라고 할 수 있다. 신의주기본법에서는 이에 대하여 단지 50년간 변화시키지 않는다고 규정만을 두고 있을 뿐 정확한 내용을 알기 어렵다.

2) 신의주특별행정구의 권한

신의주특별행정구의 권한은 크게 두 가지로 볼 수 있다. 첫째, 중앙정부는 특별행정구에 독자적인 입법권, 사법권, 행정권을 부여하였다. 이는 특별행정구가 자체적으로 권한을 행사할 수 있도록 중앙정부의 개입범위를 최소화한 것이다. 둘째, 특별행정구는 중앙정부의 위임에 따라 대외사무를 처리하도록 하였다. 즉 특별행정구는 국가가 위임한

---

225) 신의주기본법 제11조: 국가는 전쟁, 무장반란 같은 사유의 발생시 신의주특별행정구에 비상사태를 선포할 수 있다. 이 경우 전국적으로 적용하는 법규를 실시한다.

226) 신의주기본법 부칙 제4조: 국가는 신의주특별행정구에서 주민과 비주민의 합법적 권리와 리익을 보장하도록 한다.

227) 북한 헌법 제91조제2호: 최고인민회의는 다음과 같은 권한을 가진다. 제2호 부문법을 제정 또는 수정, 보충한다.

범위에서만이 자기의 명의로 대외사업을 할 수 있다는 것이다. 셋째, 특별행정구는 특별행정구의 행정사업에 대해서 자치권한의 범위에서 이를 행사하도록 하고, 중앙정부의 내각, 위원회, 성, 중앙기관은 국방과 외교를 제외한 신의주특별행정구사업에 관여하지 않으며, 기타 경제, 문화, 주민의 권리의무에 관하여 북한의 사회주의제도와 근본적으로 다른 고도의 자본주의 제도의 도입을 가능케 하였다. 넷째, 특별행정구의 법률제도를 50년간 변화시키지 않는다고 규정하였다. 이는 특별행정구가 토지와 생산수단 이용권을 50년간 가지고 있으며 사유재산권을 보장한다는 것으로 해석해볼 수 있다.[228] 이 외에도 특별행정구는 특혜관세제도를 제정할 수 있고, 외국인의 요직 취임 허용하며, 자유로운 외화유통 등에 대해 자체적으로 권한을 행사할 수 있다고 규정하였다.[229]

다. 신의주특별행정구기본법의 주요 내용

북한은 2002년 9월 12일 조선민주주의인민공화국 최고인민회의 상임위원회에서 '조선인민민주의인민공화국 신의주특별행정구기본법'을

228) 신의주기본법 제15조: 신의주특별행정구의 토지임대기간은 2052년 12월 31일까지이다. 국가는 토지임대기간이 끝난 다음에도 기업의 신청에 따라 그 기간을 연장하여 준다. 이 경우 기업에 주던 유리한 경영활동조건을 그대로 보장한다. 신의주기본법 제17조: 국가는 신의주특별행정구에서, 개인소유의 재산을 보호하며 그에 대한 상속권을 보장하도록 한다. 국가는 신의주특별행정구에서 개인소유의 재산을 국유화하지 않는다. 나라의 안전과 관련하여 개인소유의 재산을 거두어 들이려 할 경우에는 그 가치를 보상하여 준다.

229) 신의주기본법 제25조: 국가는 신의주특별행정구에서 특혜관세제도를 세우도록 한다. 관세률은 신의주특별행정구가 정한다. 신의주기본법 제42조: 신의주특별행정구의 주민으로 되는 조건은 다음과 같다. 1. 신의주특별행정구가 조직되기 이전에 거주한 자. 2. 공화국공민으로서 신의주특별행정구의 요구에 따라 구안의 기관 또는 기업에 취직한 자. 3. 다른 나라 사람으로서 합법적인 직업을 가지고 구에 7년 이상 거주한 자. 4. 최고립법기관 또는 장관이 추천한 자. 신의주기본법 제23조: 국가는 신의주특별행정구에서 자체로 화폐금융시책을 실시하도록 한다. 신의주특별행정구에서는 외화를 제한없이 반출입할 수 있다.

채택하였다. 동 법은 정치, 경제, 문화, 주민의 기본권리와 의무, 기구, 국장·구기 등 6장 101조로 구성되어 있다. 또한 동 법은 신의주를 최소한 50년 동안 독자적인 입법·행정·사법권을 행사하는 특별행정구로 지정하여 국제적인 금융·무역·상업·공업·첨단과학·관광지구로 개발하는 것을 주요내용으로 하고 있다. 신의주기본법의 내용은 아래와 같이 표로 정리하였다.[230]

[표1] 신의주특별행정구기본법 내용

구분	주요 내용
제1장 정치	- 주권(제1조, 제7-8조, 제10조, 제11조) - 자치권(제2조, 제3조, 제6조, 제8조) - 주민 보호 의무(제4조, 제5조) - 공식어(제9조)
제2장 경제	- 토지소유 및 이용(제12조, 제14조, 제15조, 제16조) - 사유재산 보호(제17조) - 중요산업정책(제13조, 제29조, 제30조, 제31조) - 노동(제18조, 제19조, 제20조, 제21조, 제22조) - 화폐금융제도(제23조) - 조세제도(제24조) - 관세제도 및 회계제도(제25조, 제26조) - 예산제도(제27조) - 무역제도(제28조)
제3장 문화	- 문화정책 기본방향(제32조) - 교육제도와 정책(제33조, 제34조) - 첨단과학정책(제35조) - 예술 및 문화보호정책(제36조, 제37조) - 의료정책 및 체육활동정책(제38조, 제39조) - 언론정책 및 환경보호정책(제40조, 제41조)

230) 법무부 법무실 특수법부과, '신의주특별행정구기본법 분석', 법무부, 2002. 12. 19-38면 참조.

제4장 주민의 법적 권리의무	- 특별행정구 주민의 조건(제42조) - 주민의 권리(제43-56조) - 주민의 의무(제58조, 제59조) - 비주민의 권리와 의무(제57조)
제5장 기구	- 장관(제73조, 제76조, 제77조, 제79조) - 입법회의(제60-제75조) - 행정부(제81-84조) - 검찰소(제85-90조) - 재판소(제91-제97조)
제6장 구장·구기	-국장과 구기에 관한 규정(제99-101조)
부칙규정	- 기본법 시행일시(부칙 제1조) - 전국적으로 적용되는 법률의 열거(부칙 제2조) - 기본법의 특별행정구내 최고규범성(부칙 제3조) - 기본법의 해석권(부칙 제4조)

위의 내용들을 종합해 보면 우선, 북한의 입장에서 신의주기본법 제정의 취지는 특정 지역에 외자유치를 위해 시장경제질서가 적용될 수 있는 법적 제도를 마련하고자 하는 것에 있었다. 이러한 맥락에서 볼 때 신의주기본법의 특징을 아래와 같이 볼 수 있다. 첫째, 신의주특별행정구의 독립성 인정이다. 북한의 중앙기관은 신의주특별행정구에서 국방과 외교를 제외한 다른 사업에 대하여 관여하지 않고 신의주특별행정구에 독자의 입법권, 행정권 및 사법권을 부여하여 신의주행정구 자체의 자율성을 보장하였다. 이를 통해 북한에서 사회주의 제도와 근본적으로 다른 고도의 자본주의 제도의 도입을 가능케 하였다고 할 수 있고, 그 결과 신의주특별행정구는 다른 경제특구와는 다른 입법, 행정, 사법체계를 갖추었다고 할 수 있다. 둘째, 토지와 생산수단 이용권의 50년간 보호를 통한 사유재산권의 보장이다. 예컨대 2052년 12월 31일까지의 장기 토지임대를 규정한 부분은 장래 신의주특별행정구의 운영에 대한 안정성을 제공하기 위한 것으로 이해된다.

이 외에도 사유재산권 보장, 개인상속권의 인정, 무제한의 외환반출입 허용, 특혜적인 세금제도, 특혜관세제도 등의 내용은 모두 신의주기본법의 제정을 통한 시장경제질서의 도입의 가능성을 염두에 둔 것으로 일응 평가할 수 있다.[231]

(3) 신의주기본법과 홍콩기본법의 비교 분석

신의주기본법과 홍콩특별행정구기본법은 내용 및 용어 면에서 상당한 부분이 동일하다. 특히 행정특구에 국방과 외교권을 제외한 입법권, 행정권, 사법권을 부여하고 50년간 토지임대를 보장하며 사유재산 인정, 재정의 독립, 자체 화폐금융정책 실시, 독자적인 세금 및 관세제도 실시 등 각종 제도 내용 및 법률체계 등에 비추어 보면, 신의주기본법이 일국양제를 기본방침으로 하는 중국의 홍콩기본법의 내용을 사실상 거의 그대로 모방한 것으로 보인다. 이 외에도 중국의 심천, 하문 등 경제특구와 상해 푸둥의 경제개방지역의 제도 역시 선별적으로 수용하였다는 것도 확인 가능하다.

그러나 양자 간에는 근본적인 차이점도 있다. 중국의 경우에는 중국대륙의 기존 체제에 이미 자본주의 시장경제질서 하에 있던 홍콩을 통합하기 위해 '일국양제'라는 논리에 기초하여 헌법적 근거를 두고 관련 제도를 개시한 것인 반면, 북한의 경우에는 이전부터 사회주의 체제 하에 있던 일부 지역에 새로이 시장경제체제를 도입한 것이다. 이미 오랜 기간에 걸쳐 자본주의 시장경제질서가 자연스럽게 정착되어 있었던 홍콩과 비교해 보면, 시장경제질서를 운영해본 경험이 없는 신의주특별행정구의 경우 여러 난점이 발생할 수밖에 없었다. 신의주기본법과 홍콩기본법을 비교하여 가장 뚜렷하게 드러나는 차이점

231) 김병기, "신의주특별행정구기본법의 내용과 법적 문제점", 토지공법연구, 제17집, 2003. 2. 144-145면 참조.

을 위주로 평가해보도록 한다.

가. 두 기본법의 입법 근거

홍콩기본법의 경우 중국헌법에서 그 법적 근거를 명확히 규정한 반면, 신의주기본법의 경우 상위법 등 입법적 근거가 미비하였다. 홍콩 특별행정구의 설치와 기본법의 제정은 중국헌법 제31조의 규정에 근거하였고 나아가 '일국양제'의 원칙에 의하여 사회주의 체제와 정치가 홍콩에 적용되지 않음도 명백하게 규정하고 있다.[232] 그러나 북한 헌법상으로는 신의주특별행정구 설치와 그에 대한 법률제정에 관한 명시적인 법적 근거는 두고 있지 않다. 또한 신의주기본법에서도 일국양제에 대응되는 이론적 근거를 찾을 수 없다. 즉 북한 신의주특별행정구는 중국의 일국양제와 같은 원칙에 근거하여 설치된 것이 아닐 뿐만 아니라 기본법 그 자체로도 사회주의 체제와 정치가 신의주특별행정구에 적용되지 않는다고 명확히 규정하지 않았기 때문에 원칙적으로 신의주특별행정구에 북한의 사회주의 체제가 적용될 수도 있다는 가능성을 열어놓고 있다 할 수 있다.

나. 중앙정부의 통제권한 및 자치권한

두 기본법을 비교해보면 신의주기본법이 홍콩기본법보다 보다 엄격한 중앙정부의 통제 권한을 규정하고 있다. 신의주기본법에 따르면 북한 중앙정부는 외교권과 국방권, 비상사태 선포권, 토지 소유권, 특구 건설 총계획 승인권, 수상·항공 운수업의 승인권 등 방대한 범위의 통제권을 가지고 있다. 이 외에도 북한 중앙정부는 특별행정구 장

232) 중국헌법 제31조: 국가는 필요한 경우 특별행정구를 설립할 할 수 있다. 특별행정구 내에서 실행되는 제도는 구체적 상황에 따라 전국인민대표대회 상무위원회에서 법률로 정한다.

관에 대한 임명 및 해임권을 직접 행사할 수 있다. 이는 중앙정부가 언제든지 특별행정구 장관을 직접 통제하여 신의주특별행정구에 대해 강력한 지배력을 발휘할 수 있도록 하려는 의도로 해석된다. 반면 홍콩기본법의 경우에는 일국양제 틀 안에서 제정되어 '홍콩'의 국제법상 지위를 '준정부'로 격상시켜 놓은 것으로 볼 수 있는 규정들이 있다. 홍콩기본법 중 독립된 장(章)으로 규정된 '중앙정부와 특별행정구의 관계'와 '대외사무' 부분이 그와 같다.

이 외에도 특별행정구 자치권한 규정에서도 다소 간의 차이가 있다. 신의주기본법에서는 일단 신의주특별행정구가 자체적으로 입법권, 행정권, 사법권을 행사할 수 있도록 자치권을 부여한다고 규정하기는 하였으나 정작 동 법 제1조에서부터 제41조를 자세히 살펴보면 각 조항의 적용주체는 '국가'이다. 즉 이는 국가가 주도권을 가지고 있음을 전제로 신의주특별행정구에 자치권을 부여한 것으로 해석할 수 있다.

다. 특별행정구 기본법 해석권

두 기본법은 당해 법률의 개정권 및 해석권에 관해서도 기술적인 차이를 보인다. 홍콩기본법에서는 명시적으로 기본법의 개정권은 전국인민대표대회에 있다고 규정하였다.[233] 그러나 신의주기본법에는 개정권 관련 규정이 없으며 오로지 '특구의 법률제도를 50년간 변화시키지 않는다'는 정도의 규정만을 두고 있는데, 이는 명문상 향후 50년간 법개정을 진행하지 않겠다는 의미로 해석하거나, 또는 사회주의 법체계상 신의주기본법의 제정권자인 최고인민회의 상임위원회가 당연히 개정권자라는 의도에서 규정하지 않은 것으로도 해석할 수 있

233) 홍콩기본법 제159조 제1항: 본법의 개정권은 전국인민대표대회에 있다(本法的修改權屬于全國人民代表大會). - 마카오기본법 제144조 제1항 내용 동일.

다.[234]

그밖에 특별행정구기본법 해석권에 관하여, 신의주기본법 부칙 제4조에서는 해석권이 최고인민회의 상임위원회에 있다고 규정하였다. 즉 신의주 재판소가 아닌 중앙의 최고인민회의 상임위원회가 법률 해석권을 가지고 있다고 규정하여 신의주 재판소의 기능은 단지 상임위원회 법해석 결과의 기계적인 법적용 에만 국한되는지가 문제될 수 있다. 홍콩의 경우에도 홍콩기본법 제158조 제1항이 홍콩기본법의 해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 있다고 규정하고 있다는 점은 신의주의 경우와 유사하다. 그러나 홍콩기본법은 홍콩법원에 대하여 사건을 심리함에 있어 홍콩자치범위 내의 문제와 관련되는 조항에 대해서는 자체적으로 해석할 수 있는 권한을 부여함으로써 명문규정으로 중앙의 개입에 한계를 두었다. 또한 홍콩법원은 사건을 심리함에 있어서 '중앙정부가 관리하는 사무' 또는 '중앙과 홍콩특구의 관계에 관한 조항'에 대해 해석할 필요가 있고 그 해석이 판결에 영향을 미칠 경우에는 종국판결을 내리기 전에 전국인민대표대회 상무위원회에 해석할 것을 요청해야 하는데 이 역시 종국판결에 영향을 미치는 경우에 한정된다. 다만 전국인민대표대회 상무위원회에서는 홍콩기본법에 대한 해석을 내리기 전에 전국인민대표대회 상무위원회 산하에 있는 홍콩특별행정구기본법위원회의 의견을 청취하고 있다.

물론 중국대륙과 홍콩과의 관계에서 아직까지도 홍콩기본법상 해석권의 배분 문제에 대한 논의가 진행 중이기도 하다. 반면, 신의주기본법은 그 해석권이 최고인민회의 상임위원회에 있다는 것 외에는 구체적인 규정을 두지 아니하였는데, 입법론적으로 이와 같은 해석권의 내용 내지 기준을 보다 구체적으로 설정할 필요가 있고 더 나아가 해석의 기준으

234) 김병기, "신의주특별행정구기본법의 내용과 법적 문제점", 토지공법연구, 제17집, 2003. 2. 155면 참조.

로 삼을 수 있는 독립기관과 같은 기관이 있어야 할 것으로도 보인다.

[표2] 두 기본법 비교

구분	신의주특별행정구기본법	홍콩특별행정구기본법
설립취지	- 기존 자유무역지대의 한계 - 새로운 경제체제도입을 통한 북한의 경제발전 추구	- 국가 통일과 영토완정 - 홍콩특구의 경제 번영과 안전을 유지
제정원칙	- 없음	- 일국양제
법적근거	- 없음	- 중국헌법 제31조
기본법의 법적 지위	- 헌법과의 관계 불명확 - 북한헌법의 하위법 - 신의주특구 내의 최고 법규	- 헌법과의 관계 명확 - 홍콩특구 내의 최고 법률
중앙과 특구 관계	- 국가가 개입되는 특수행정단위 - 중앙정부에 직할	- 고도의 자치권을 향유하는 지방행정구역 - 중앙정부에 직할
중앙의 권한	- 외교권 - 국방권 및 방위권 - 특구 장관 임명·해임권 - 비상사태선포권 - 기본법 해석권 - 건설총계획 승인권 - 수상 및 해상운송업 승인권 - 입법회의결정 등록거부권	- 외교권 - 국방권 및 방위권 - 특구수장(首長) 및 주요관원 임명권(수장 현지 선거 또는 투표로 선출, 중앙에서 임명) - 비상사태선포권 - 기본법해석권 - 기본법개정권 - 입법기관 제정 법률 반송권
	- 입법권·행정권·사법권	- 입법권·행정권·사법권

특구 자치권	- 중앙정부 위임으로 대외사무 처리권	- 중앙정부 위임으로 대외사무 처리권
경제제도	- 사유재산제도 보장	-사유재산권 보장 -독자적금융 및 화폐제도
사회제도	- 사회보장제도	- 독자적인 사회보장제도
대외제도	- 외교권: 국가 - 대외사무 처리권: 국가 위임	- 외교권: 국가 - 대외사무 처리권: 국가 위임

제3절 중앙과 특별행정구의 정치체제 및 그 관계

1. 중앙의 정치체제

중국대륙은 중앙과 성, 자치구, 직할시를 중심으로 통일적인 정치체제, 즉 인민대표대회제도를 실행하고 있다. 인민대표대회제도는 중국공산당 지도의 인민민주제도로, 중국의 기본 정치제도이다. 인민대표대회제도의 함의는 주로 아래와 같은 측면에서 살펴볼 수 있다. 첫째, 인민대표대회는 전국인민대표대회, 성·시·자치구의 인민대표대회, 현·시의 인민대표대회, 향·진의 인민대표대회 등 4단계로 구분되어 있다. 둘째, 최하급 인민대표대회로서 현·향·진급 인민대표는 인민의 직접선거로 선출되며 상급 인민대표대회는 한 급 아래인 인민대표대회에서 간접선거로 선출된다. 셋째, 지방 각급 인민대표대회는 지방 각급 최고권력기관으로 그 지역 내에서 인민을 대표하여 지역 내의 중대한 문제를 논의하고 결정한다. 또한 지방 각급 인민대표대회는 해당 지역 내 인민정부와 행정, 사법기관을 조직하고 감독하며 동시에 상급 인민대표대회의 지도와 감독을 받는다.[235]

홍콩이 중국으로 반환됨에 따라 중국에서는 일국양제가 본격적으로 시행되었는데, 사회주의 중화인민공화국 내에서 자본주의 홍콩특별행정구가 존재한다는 점에서 양자의 정치체제에도 명확한 차이가 있을 수밖에 없다. 이러한 차이는 홍콩특별행정구가 번영과 안정을 유지하고, 고도의 자치권을 실질적으로 행사하는 데에도 큰 도움을 주었다. 그러나 이와 같은 차이점으로 인해 발생하는 법적 문제들도 적지 않으므로, 중앙과 홍콩특별행정구의 정치체제의 상이한 점을 분석하고 그와 같은 차이로 인하여 발생하는 법적 갈등에 대한 해결방법을 살펴볼 실익이 있다.

일국양제가 실행된 이후에도 중국은 인민대표대회제도로 '일부양원(一府兩院)'의 정치체제를 시행하고 있다. '일부양원(一府兩院)'이란 최고권력기관이자 입법기관인 전국인민대표대회 및 그 상무위원회 아래 행정부인 중앙정부-국무원과 사법기관인 최고인민법원과 최고인민검찰원으로 구성된 정치체제이다. 즉, 전국인민대표대회 아래 국가주석과 국무원(一府), 최고인민법원과 최고인민검찰원(兩院)이 놓여있는 체제이다.[236]

(1) 최고권력기관, 전국인민대표대회 및 그 상무위원회

중국은 인민대표대회를 전국인민대표대회와 지방각급인민대표대회로 나누고 있다. 전국인민대표대회는 최고권력기관이자 입법기관으로 헌법과 법률을 제정 및 개정하고, 헌법과 법률의 시행을 감독하며, 헌법과 법률을 해석하는 등의 권한을 가지고 있다. 국가주석, 국무원,

235) 강광문, 김영미, 중국법 강의, 박영사, 2017. 35면 참조.

236) 이러한 방식은 사회주의 국가체제의 일반적인 특징으로써 이는 입법, 행정, 사법기관의 상호독립과 상호제약을 요구하는 근대 서양의 삼권분립 체제와는 다소 차이가 있다.

중앙군사위원회, 최고인민법원, 최고인민검찰원 모두는 전국인민대표대회에 의해 선출되나 전국인민대표대회에 대해 책임을 지고 그의 감독을 받는다.[237] 지방각급인민대표대회 역시 지방각급국가권력기관으로 성, 직할시의 인민대표대회 및 그 상무위원회에서 지방성 법규(地方性法規)를 제정한다. 지방각급인민정부, 법원, 검찰원은 지방각급인민대표대회에 의해 선출되나 역시 지방각급인민대표대회에 대해 책임을 지고 그 감독을 받는다. 민족구역자치지방의 인민대표대회도 마찬가지로 민족자치지방의 국가권력기관으로, 민족자치지방(자치구, 자치주, 자치현)의 인민대표대회 및 그 상무위원회에서 자치조례(自治條例)를 제정한다. 최종적으로 위 모든 지방각급인민대표대회는 통일적으로 모두 전국인민대표대회의 감독을 받는다.[238]

(2) 최고행정기관, 국무원

중화인민공화국 국무원, 즉 중앙인민정부는 최고국가권력기관의 집행기관이자 최고국가행정기관으로 행정법규를 제정하고, 법률의안을 제출하는 등의 행정권한을 가지고 있다. 또한 국무원은 전국인민대표대회 및 그 상무위원회에 대하여 책임을 지고 업무보고를 한다.[239]

---

237) 중국헌법 제3조 제2항: 전국인민대표대회와 지방 각급 인민대표대회는 모두 민주선거로 선출되며, 인민에 대하여 책임을 지고, 인민의 감독을 받는다(全國人民代表大會和地方各級人民代表大會都由民主選擧産生，對人民負責，受人民監督).

238) 중국헌법 제3조 제3항: 국가 행정기관·감찰기간·재판기관·검찰기관은 모두 인민대표대회에 의하여 구성되며, 인민대표대회에 대한 책임을 지고, 인민대표대회의 감독을 받는다(國家行政机關、監察机關、審判机關、檢察机關都由人民代表大會産生，對它負責，受它監督).

239) 중국헌법 제89조: 국무원은 다음과 같은 직권을 행사한다.①헌법과 법률에 의하여 행정조치를 규정하고, 행정법규를 제정하고, 결정과 명령을 발포; ②전국인민대표대회나 전국인민대표대회 상무위원회에 의안을 제출; ③각 부·각 위원회의 임무와 직책을 규정하고, 각부와 각 위원회의 업무를 통일적으로 지도하고, 각 부·각 위원회에 속하지 않는 전국성 행정업무를 지도; ④전국 지방 각급 국가행정기관의 업무를 통일적으로 지도하고, 중앙과 성·자치구·직할시 국가행정기관 직권의 구체적인 구분을 규정; ⑤국민경제와 사회발전계획과 국가예산의 편성 및 집행; ⑥경제 업무와 농촌·도시 건

(3) 최고사법기관, 최고인민법원과 최고인민검찰원

중국에서 사법권은 일반적으로 법원이 행사하는 재판권만을 가리키는 것이 아니라 인민검찰원이 행사하는 검찰권(공소권, 법률감독권)까지도 포함한다. 각급 인민법원은 국가의 재판기관으로 독립된 재판권을 행사한다.[240] 최고인민법원은 국가의 최고재판기관으로 사법해석권(司法解釋權)을 가지고 있는데, 여기서 사법해석권은 주로 재판과정

설생태문명 건설의 지도 및 관리; ⑦교육·과학·문화·위생·체육·산아 제한 계획의 지도 및 간리; ⑧민정·공안·사법 행정 등의 업무 지도 및 관리; ⑨외국과 체결한 조약 및 협정과 같은 대외사무의 관리; ⑩ 국방 건설의 사업의 지도 및 관리; ⑪민족 사무의 지도 및 관리, 소수민족의 평등한 구너리와 민족 자치지방의 자치권리 보자; ⑫외국에 거주하는 교포의 정당한 권리와 이익을 보호하고, 귀국한 교포와 교포 가족의 합리적 권리와 이익을 보호; ⑬각 부·각 위원회가 발포하는 부당한 명령·지시·규칙의 개정 및 철회; ⑭지방 각급 국가행정기관의 부당한 결정과 명령의 개정 및 철회; ⑮성·자치구·직할시의 구역 부문을 비준, 자치구·현·자치현·시의 설치 및 구역 구분을 비준; ⑯법률을 정하는 바에 따라 성·자치구·직할시의 범위 안 부문 지역의 비상사태 진입; ⑰행정구의 편제를 심사하고 결정하며, 법률이 정하는 바에 따라 행정인원을 임명 및 해임, 양성, 심사, 표창 및 처벌; ⑱전국인민대표대회와 전국인민대표대회 상무우이권회가 부여한 그 밖의 직권(中國憲法 第89條：國務院行使下列職權: (一) 根据憲法和法律，規定行政措施，制定行政法規，發布決定和命令；(二) 向全國人民代表大會或者全國人民代表大會常務委員會提出議案；(三) 規定各部和各委員會的任務和職責，統一領導各部和各委員會的工作，并且領導不屬于各部和各委員會的全國性的行政工作；(四) 統一領導全國地方各級國家行政机關的工作，規定中央和省、自治區、直轄市的國家行政机關的職權的具体划分；(五) 編制和執行國民經濟和社會發展計划和國家預算；(六) 領導和管理經濟工作和城鄉建設、生態文明建設；(七) 領導和管理教育、科學、文化、衛生、体育和計划生育工作；(八) 領導和管理民政、公安、司法行政等工作；(九) 管理對外事務，同外國締結條約和協定；(十) 領導和管理國防建設事業；(十一) 領導和管理民族事務，保障少數民族的平等權利和民族自治地方的自治權利；(十二) 保護華僑的正当的權利和利益，保護歸僑和僑眷的合法的權利和利益；(十三) 改變或者撤銷各部、各委員會發布的不适当的命令、指示和規章；(十四) 改變或者撤銷地方各級國家行政机關的不适当的決定和命令；(十五) 批准省、自治區、直轄市的區域划分，批准自治州、縣、自治縣、市的建置和區域划分；(十六) 依照法律規定決定省、自治區、直轄市的范圍內部分地區進入緊急狀態；(十七) 審定行政机构的編制，依照法律規定任免、培訓、考核和奬惩行政人員；(十八) 全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會授予的其他職權).

240) 인민법원은 행정등급에 따라 네 개의 등급으로 나눈다. ① 최고인민법원, ② 고급인민법원(성급), ③ 중급인민법언(시급), ④ 기층인민법원(현급)이다. 이 외에도 일부 전문 인민법원이 설치되어 있다. 군사법원, 해양(海事)법원, 철로운서(鐵路運輸)법원 등이 있다.

중에 적용되는 법률·법령의 구체적 적용에 대한 해석을 말한다. 각급 인민검찰원은 국가의 법률 감독기관으로서 독립적으로 법률 감독권을 행사한다.[241] 최고인민검찰원은 지방 각급 인민검찰원과 전문 인민검찰원의 업무를 감독하고, 하급(下級)인민검찰원은 상급(上級)인민검찰원의 감독 및 업무지도를 받는다.[242]

위와 같이 중국은 인민대표대회 제도를 핵심으로 하는 정치체제를 취하고 있다. 전국인민대표대회 및 그 상무위원회는 중국의 최고권력기관이자 입법기관으로서 입법권을 행사하고, 중앙인민정부는 중국의 최고행정기관이자 집행기관으로서 행정권을 행사하며, 최고인민법원과 최고인민검찰원은 중국의 최고사법기관으로서 즉, 재판기관과 법률감독기관으로 사법권을 행사한다. 따라서 '일부양원(一府兩院)'은 모두 전국인민대표대회에 책임을 지고, 그에 업무를 보고하고 감독을 받는다. 따라서 중화인민공화국의 정치체제는 민주집중제원칙(民主集中制原則)과 의행합일원칙(議行合一原則)의 구현으로 볼 수 있다.

2. 홍콩의 반환 前의 정치체제

홍콩은 영국의 식민지로써 오랫동안 그 지배와 통치를 받아왔다. 즉 홍콩은 영국에서 임명한 총독의 통치를 받아왔으므로 홍콩인 자신

241) 중국헌법 제134조: 중화인민공화국 인민검찰원은 국가의 법률감독기관이다(中華人民共和國人民檢察院是國家的法律監督机關).

242) 중국헌법 제137조: 최고인민검찰원은 최고 검찰기관이다. 최고인민검찰원은 지방 각급 인민검찰원과 전문 인민검찰원의 업무를 지도하고, 상급 인민검찰원은 하급 인민검찰원의 업무를 지도한다(最高人民檢察院是最高檢察机關. 最高人民檢察院領導地方各級人民檢察院和專門人民檢察院的工作, 上級人民檢察院領導下級人民檢察院的工作). 인민검찰원은 행정등급에 따라 네 개의 등급으로 난눈다. ① 최고인민검찰원, ② 성급(省級)인민검찰원, ③ 시급(市級)인민검찰원, ④ 현급(縣級)인민검찰원이다. 이외에도 군사검찰원과 철로운수검찰원 등 전문인민검찰원이 있다.

들의 민의(民意)에 의한 정치활동 참여의 기회가 없고 영국이 허용한 범위에서 제한된 자유만을 누릴 수밖에 없었다.[243] 영국은 영국의 정치체제의 기본형태(基本模式)에 따라 홍콩의 정치체제를 수립하였는데 홍콩이 중국으로 반환되기 전의 홍콩의 정치체제의 특징에 대해 보면 아래와 같다.

첫째, 1840년 아편전쟁의 결과로 홍콩이 영국의 식민지로 전락되면서 영국은 식민지 통치의 기본유형에 따라 홍콩에 대한 정치체제를 구성하였다.[244] 총독의 권한에 따라 행정의국(行政議局)과 입법의국(立法議局) 두 개의 의국(議國)을 설치하여 총독의 직무를 보좌하게 하고 의국의 모든 구성원들은 권한을 위임받은 총독에 의해 선출되었다. 홍콩 정치체제의 법적 근거는 1843년 4월 5일에 공포한 「영왕제고(英王制誥)」와 1843년 4월 6일에 공포한 「왕실훈령(王室訓令)」이다. 두 법률은 영국의 영황회(英皇會)와 추밀원(樞密院)에서 제정한 것으로 홍콩의 헌법성 법률문건에 속한다.[245]

홍콩의「영왕제고」의 규정에 따르면, 홍콩 총독은 홍콩의 수장(首長)으로써 총독의 책임 하에 행정의국과 입법의국을 설치할 수 있고, 또 총독은 홍콩에 대한 입법권을 행사할 수 있으나 홍콩에서 제정된 법률은 식민지부(Colonial Office)의 훈령(訓令)에 위배되어서는 아니

243) 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003, 116-117면 참조.

244) 식민지를 통치하는 기본유형으로는 모두 세 가지가 있다. 하나는 식민지에 총독을 파견하고 총독은 수장(首長)으로써 그 지역의 모든 사무를 책임지나 의국(議局)은 설립하지 않는 것이다. 두 번째는 총독의 권한으로 하나의 의국을 설립하거나 또는 행정과 입법 두 개의 의국을 설치하여 총독의 직무를 보좌하게 하고 의국의 구성원들은 모두 위임에 의해 선출되는 것이다. 셋째, 총독 아래 행정과 입법 두 개의 의국을 설치하며 의국의 구성원들은 선거에 의해 선출되는 것이다. 鄭宇碩, 香港政制及政治, 天地圖書有限公司 1987.

245) 文俊朝, “中國의一國兩制論과1997年이후 홍콩법제”, 연구보고92-6, 49-52면 참조.

된다. 또한 총독은 주요 관료(官僚)와 법관(法官)에 대해 임명권을 가지며 동시에 토지처분권도 행사하였다. 이 외에도 총독 외에 영국의 회인 영황회와 추밀원에서도 홍콩의 법률을 제정할 권한을 가졌다. 이에 따라 영국 국왕은 홍콩에서 제정한 법률에 대해 감독권과 거부권 등을 행사할 수 있었다.[246]

1843년 4월 6일에 제정된「왕실훈령(王室訓令)」은 행정국과 입법국의 조직 및 운영체제와 양국에서 총독이 행사할 수 있는 권한을 규정하였다. 그 주요 내용을 보면 다음과 같다. 행정국과 입법국의 구성원은 각 3인으로 총독이 지명하고 영국 국왕이 임명한다. 총독은 행정국과 입법국 양국 회의의 의장으로써 회의의 소집과 의제(議題)를 결정할 수 있고 입법국 회의에서 구성원이 제기한 의견을 수락하지 않을 권리가 있음은 물론 행정국 회의의 의견을 거부할 권리도 있다. 결론적으로 상술한「영왕제고(英王制誥)」와「왕실훈령(王室訓令)」의 규정의 내용에서 알 수 있듯이 중국으로 반환되기 전의 홍콩의 정치체제는 식민지 색채가 농후한 정치구조를 가지고 있었다.[247]

---

246) 焦洪昌, 姚國建 '香澳基本法概論' 中國政法大學出版社, 2009. 136면 참조. 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003. 116면.

247) 「영왕제고」와 「왕실훈령」은 식민지주의적 특색을 지닌 규범으로써 그 구체적인 내용은 다음과 같다. 첫째 홍콩에서 총독의 권한은 독점적 권한이었다. 따라서 행정국과 입법국의 권한은 어디까지나 총독의 직무수행을 협조하는 국으로써의 역할에 그쳤다. 둘째, 홍콩에 대한 최종 결정권은 영국 런던 왕실에 집중되어 있었다. 「영왕제고」의 규정은 총독에게 홍콩에 대한 모든 권리는 부여하고 있지만 총독은 영국 정부의 지시에 따라 그 권리를 행사하였다. 셋째, 행정국과 입법국의 구성원은 총독의 권한에 따라 구성되었고 영국의 총상회에서 파견하는 등의 형식으로 임명되었으며 선거제도에 의해 선출되는 것이 아니었다. 넷째, 영국이 홍콩을 식민지로 다스렸던 초기에는 입법국과 행정국에 중국인 없이 오직 영국인으로만 구성되었으나 1884년 입법국에서 먼저 중국인을 구성원으로 선출하였고, 1926년에 행정국에서도 중국인을 구성원으로 선출하였다. 그 후 1985년부터는 중국인의 구성원 수가 증가되도록 법이 바뀌면서 홍콩의 정치체제는 전과 비교하여 많이 변화하였다. 그러나 식민주의적 정치체제의 성격은 여전히 남아있었다. 焦洪昌, 姚國建 '香澳基本法概論' 中國政法大學出版社, 2009. 137면 참조.

둘째, 홍콩정치체제의 또 다른 특징으로는 모든 권력이 총독에게만 집중되어 있었다는 것이다.「영왕제고」와 「왕실훈령」의 규정에 따르면, 총독은 영국왕실에서 부여한 모든 권력을 행사할 수 있는데 여기서 모든 권력에는 입법권, 행정권, 제한된 사법권과 병권(兵權)이 포함되었다. 동 규정에 따르면 총독은 홍콩에서 영국 국왕을 대표하는 직위에 있으므로 홍콩의 정무(政務)에 대해 책임을 지는 최고의 권력기관이면서도, 또한 정부의 수장(首長)으로서 행정회의와 입법회의를 주관하는 권력을 행사할 수 있었는데, 주로 총독이 행정국의 업무에 대한 보고를 받고 이를 근거로 정무를 지시하는 것과 입법국에서 통과된 법안은 총독의 비준을 받은 후에 법률로써 효력을 가진다는 것이 이에 해당하였다. 즉, 홍콩에서 총독은 영국국왕과 영국의 고위급 관원들을 대표하는 지위에 있어 총독의 독점적 권한행사 앞에서 홍콩의 입법국은 완전한 입법권을 행사할 수가 없었고 행정국 역시 총독의 권력에 따라 기계적으로 업무를 처리할 뿐이었다.[248]

셋째, 홍콩의 정치체제는 전형적인 식민주의 정치제도로 민의(民意)을 반영한 민주제도가 아니었다는 것이다. 선거제도는 민주주의 국가를 대표하는 정치제도 중 하나이다. 하지만 영국은 홍콩을 다스리는 140여년 동안 단 한 번도 홍콩에 선거제도와 대의제를 시행하지 않았고, 홍콩이 중국으로 반환되는 문제를 논의하는 과정에서 중국과 영국이 '중·영공동연합성명'을 체결하기 앞선 1984년 4월 20일에야 비로소 홍콩에 대의제를 실행할 것을 선포하였다.[249] 따라서 식민지 시기 홍콩의 정치체제에서 총독의 지위, 직권 및 기타 기관과의 상하관계를 보면 모두 민주제의 핵심요소가 결여되었다고 볼 수 있다.

---

248) 焦洪昌, 姚國建 '香澳基本法概論' 中國政法大學出版社, 2009. 136-138면 참조. 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003, 120면 참조.

249) 焦洪昌, 姚國建 '香澳基本法概論' 中國政法大學出版社, 2009. 138면 참조. 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003, 121면 참조.

넷째, 영국은 홍콩에 영국식 공무원제도를 적용하였다. 영국의 공무원 제도는 일명 '상임문관제도(常任文官制度)'라고 한다. 영국은 홍콩에서 능력과 재능을 기준으로 공무원을 선발하고 전문화를 강조하기 위하여 공무원에 대한 선발과 임용, 심사, 대우 승진 및 퇴직 등에 관련한 규정을 상세하게 규정하였다. 홍콩에 적용되었던 영국의 공무원 제도는, 공무원시험과 엄격한 심사를 통해 인재를 채용하는 것을 기본으로 하여, 법령에 의거하여 공무원의 지위, 직책, 권리와 의무에 대해 규정하였는데, 공무원의 정치적 중립을 유지하는 것과 정치활동 및 경제활동 참여를 금지하는 것, 공무원의 임금, 복지 등에 대한 규정 등이 이에 해당한다.[250] 이는 영국식 공무원제도를 계수받은 것으로 홍콩정부의 운영에 적합하면서도 홍콩 공무원들에게 친숙한 제도가 되었다. 중국으로 반환되기 전 영국의 통치 하에 있었던 홍콩의 정치체제는 위에서 상술한 몇 가지 특징을 보였다.[251]

그럼에도 불구하고 반환 전의 홍콩은 영국의 통치 하에 소정의 사회·경제적 안정과 질서를 보장받았고 경제적인 측면에서도 자유를 갖고 있었다. 영국은 조차계약으로 인해 99년의 시간동안 홍콩을 다스릴 것이라고 기대했기 때문에 홍콩에 '고도의 식민주의' 정책을 시행하거나 완전한 영국화를 기도하지 않았고,[252] 단지 영국의 지배 하에서 홍콩인들이 일상 사회생활을 영위할만한 일정한 수준의 '자치성'을 부여하였다.[253] 그러나 홍콩은 아시아 지역에 있으면서도 오랫동

250) 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003, 122면 참조.

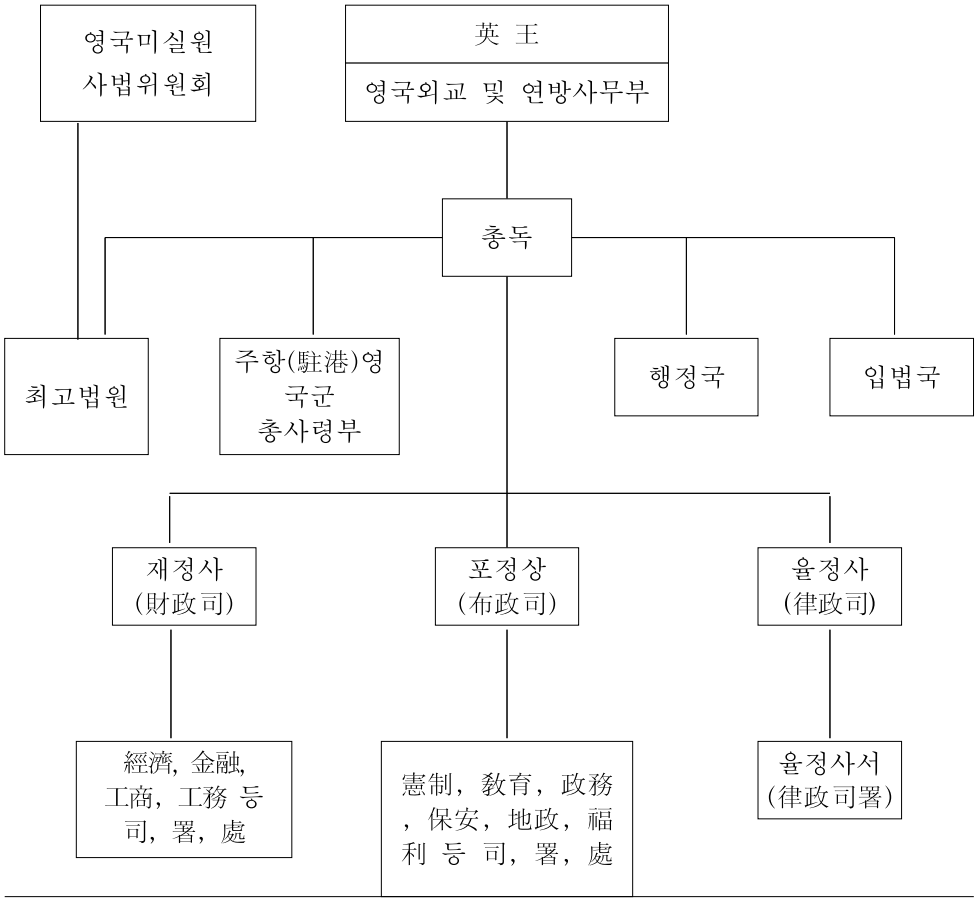
251) 焦洪昌、姚國建, 港澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009, 138면 참조. 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003, 123면 참조.

252) 샹뱌오, "홍콩을 직면하다 - 대중운동의 민주화 요구와 정당정치" 역사비평사, 2019. 391면 참조.

253) 샹뱌오, "홍콩을 직면하다 - 대중운동의 민주화 요구와 정당정치" 역사비평사, 2019. 392면 참조.

안 자본주의 체제 하에 있었던 영국으로부터 경제 측면에서는 간섭을 받지 않았기 때문에, 서방이 통제하는 세계시장체제에서 북한과 베트남 등 사회주의 국가들이 배제되고, 특히 중국이 고립된 가운데 국제적으로 눈부신 경제적 발전을 실현할 수 있었다.[254]

[표3] 1997년 7월1일 반환 前 홍콩의 정치체제구조



254) 샹뱌오, "홍콩을 직면하다 - 대중운동의 민주화 요구와 정당정치", 역사비평사, 2019. 395면 참조.

3. 홍콩의 반환 後의 정치체제

중국은 1997년 7월 1일 자로 홍콩에 대한 주권을 회복하였다. 홍콩의 반환은 다른 의미로 보면 기존 홍콩의 정치체제에 근본적인 변화가 생겼다는 것을 뜻한다. 홍콩이 중국에 반환되면서 기존 식민지 정치체제가 폐지되고 홍콩에 주둔하고 있던 영국 군대가 모두 철수하였으며 입법국(立法局)과 행정국(行政局)이 완전히 폐지되었고, 새로운 홍콩특별행정구 정치체제가 확립되기 시작하였다.[255] 홍콩의 주요한 실정에 맞추어, 중·영공동연합성명과 홍콩기본법 규정에 근거하여 홍콩특별행정구 정치체제가 성립되는 것이었다.

일국양제 방침의 주요내용 중 하나가 홍콩은 반환된 이후에도 기존의 자본주의 제도를 실시한다는 것이었다. 위 방침에 따라 중·영공동연합성명의 기본방침 및 정책도 홍콩이 기존의 사회·경제제도를 그대로 유지하고, 생활방식도 변함이 없는 것으로 하며, 홍콩의 기존법률도 홍콩기본법에 저촉되거나 특별행정구 입법기관에 의하여 개정된 것을 제외하고는 그대로 유지하는 것으로 규정하였다.[256] 하지만 위

---

255) 중국은 영국정부의 대의제 제도 개혁 등 기존 홍콩의 정치체제에 대한 개혁이 중국과 영국이 체결한 「중·영공동연합성명」 위반이라고 보아 크게 반발하였다. 영국은 홍콩에 대한 계속적인 식민통치의 어려움을 인식한 시기부터, 홍콩에 대해 비식민지화 정책을 채택했다. 이 정책은 홍콩의 정치제도를 대의제로 개조하는 것이었다. 이전 영국은 홍콩 통치에서 홍콩에 민주주의를 보장하는 고려를 해본 적이 없고, 홍콩의 정치체제에 변혁을 가져올 만한 모든 개혁조차 거절했다. 하지만 영국정부는 홍콩이 중국으로 반환될 즈음에 이르러 오히려 홍콩의 정치체제 개혁을 크게 시도하여 홍콩인에게 민주주의를 부여하려고 시도하였다. 특히 「중·영공동연합성명」을 발표하고 미래의 특별행정구 정치제도를 설계하는 시점에서, 영국정부는 미래의 홍콩특별행정구 정치체제 개혁계획을 미리 실현하여 일석이조의 목적 즉, 홍콩에 대한 영국의 덕치를 표출하여 홍콩인의 광범위한 호감과 지지를 얻는 것뿐만 아니라 홍콩 정치권력체계에 진입할 수 있는 기회를 제공하여 영국이 1997년 이후에도 직접적인 통치 없이도 영국의 대리인을 통해 홍콩을 계속 통제할 수 있는 국면을 만들어 내는 것을 달성하고자 하였다. 류영하, 중국 민족주의와 홍콩 본토주의, 산지니출판사, 2020. 266면 참조.

256) 홍콩기본법 제11조: 중화인민공화국 헌법 제31조에 따라 사회·경제제도를 포함한

중·영공동연합성명 중에 홍콩 기존의 정치체제 유지에 대한 규정은 없었다. 그 이유는 종래 홍콩이 실시하였던 정치체제가 총독제로서 식민주의 제도 하의 정치체제였기 때문에 홍콩이 중국으로 반환된 이후에는 당연히 이를 유지할 수 없었기 때문이다. 그러나 일국양제 원칙에 의해 홍콩특별행정구에서 중국의 사회주의 제도를 시행하지 않기로 하였기 때문에 중국본토에서 시행되는 인민대표대회 정치제도를 시행할 수도 없었다. 반면 덩샤오핑 정부는 일국양제 하에서 홍콩특별행정구의 정치체제로써 서방국가의 삼권분립 제도를 그대로 수용하는 것은 홍콩의 실정에 부합되지 않을 것이라는 의견을 내세웠다.[257] 결국 홍콩특별행정구는 서방의 삼권분립의 제도는 채택하지 않았고, 홍콩기본법의 규정에 의해 홍콩의 실정에 맞는 홍콩특별행정구만의 정치체제를 설립하였다. 그것이 바로 '행정주도(行政主導)'의 정치체제이다. 즉 행정을 주도로 하되 행정기관과 입법기관 간의 상호 협력 및 견제에 의해 서로 감독 및 보완하며 독립적인 사법기관을 두는 정치체제를 확립하였다.

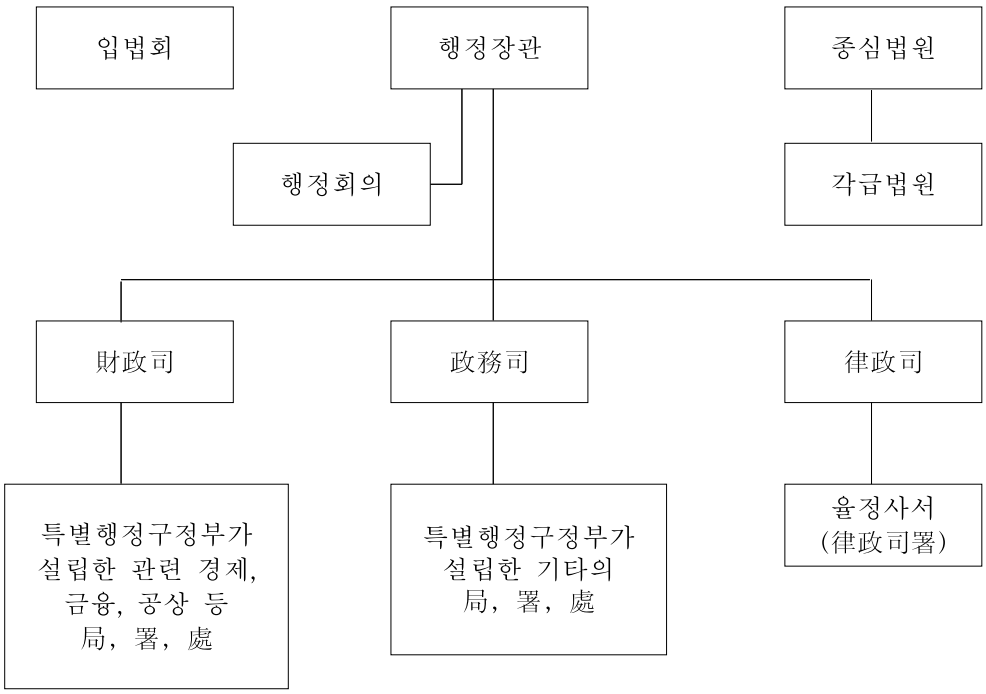
그러나 홍콩특별행정구의 이러한 정치체제는 식민지 홍콩정부 시절의 정치체제의 일부 특징을 유지하였으면서도 동시에 서방국가의 정치체제의 일부 장점을 흡수하였다. 당시 식민지 홍콩정부의 정치체제는 크게 총독(總督), 입법국(立法局), 행정국(行政局), 정부, 법원, 구역조직(區域組織)과 공무원으로 구성되었다. 여기서 총독제는 폐기하는

홍콩특별행정구의 제도와 정책, 주민의 기본권리와 자유의 보장에 관한 제도, 행정관리·입법과 사법방면의 제도 및 이와 관련 된 정책은 모두 본법의 규정을 근거로 한다. 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 어떠한 법률도 본법에 저촉되어서는 아니된다(根据中華人民共和國憲法　第三十一條, 香港特別行政區的制度和政策, 包括社會、經濟制度, 有關保障居民的基本權利和自由的制度, 行政管理、立法和司法方面的制度, 以及有關政策, 均以本法的規定爲依据.　香港特別行政區立法机關制定的任何法律, 均不得同本法相抵触).

257)　鄧小平：《會見香港特別行政區基本法起草委員會時的講話》, 《鄧小平文選》第　3卷, 人民出版社, 1993年, 220면 참조.

대신 행정장관을 두었으며 행정국의 명칭을 행정회의(行政會議)로 하여 주로 행정장관의 자문기구로 하였다. 입법국(立法局)의 명칭은 입법회(立法會)로 하여 기존의 자문성격의 입법기관을 실질적으로 운영되는 입법기관으로 변경하는 형태로 입법구조를 구성하였다. 또한 영국의 사법기관인 추밀원사법위원회(Judicial Committee of the Privy Council)를 폐기하고 종심권을 행사할 수 있는 종심법원을 설립하여 독립된 사법기관을 마련하였다. 홍콩특별행정구 정치체제는 기존 식민주의 정치체제에서 가장 효과적이었던 '행정주도'의 메커니즘을 채택하여 유지하였고 동시에 서방국가의 정치체제에서 분권(分權)과 견제(制衡)의 특징을 선별적으로 채택하였다. 따라서 홍콩특별행정구의 정치체제는 식민지 시기의 홍콩정부의 정치체제와 다르고, 또 서방국가의 삼권분립의 정치체제와도 다르며, 중국대륙의 정치체제와도 다르다고 할 수 있다.

[표4] 1997년 7월 1일 반환 後 홍콩의 정체체제구조



(1) 홍콩특별행정구 정치체제의 개념

정치체제란 정권의 조직 형태와 활동 원칙으로 주로 행정제도, 입법제도, 사법제도의 설립 및 그 관계를 말한다. 중국의 특별행정구의 정치체제 역시 특별행정구에 설치된 각 정권기관(행정장관 및 행정기관, 입법기관, 사법기관)의 조직·지위·직권·작용 및 그 상호관계를 결정하였다고 볼 수 있다. 이와 같은 정치체제, 즉 정권기관의 조직 형태와 그 활동 원칙은 국가권한의 배분과 권력구조의 문제, 사회의 안정과 조화, 건전한 발전, 인민의 자유, 권리의 실현과 보장에 관계되기 때문에 국가 정치제도 중 가장 중요하고 근본적인 내용이 된다.

홍콩의 정치체제 역시 홍콩특별행정구를 통치 및 관리하고 사회적 안정과 번영을 유지한다는 점에서 중요한 의미를 가진다.[258]

홍콩특별행정구는 중국의 특수한 문제를 해결하기 위해 설치된 행정구로, 홍콩특별행정구 내에서 시행되는 정치체제는 당연히 중국대륙의 정치체제와 같을 수 없고 오히려 특수성을 가진다고 보아야 한다. 중국정부는 하나의 국가 안에 서로 다른 정치체제를 운영하기 위한 정책으로 일국양제 통일방안을 제시하였고 이에 따라 특수한 정치체제를 가진 홍콩특별행정구가 설치되었다. 그러나 어떠한 정치체제에 따라 홍콩특별행정구를 설치할 것인가는 중요한 법적이론과 실천의 문제였으므로, 특별행정구기본법제정초위원회는 이 문제를 해결하기 위하여 3년간의 노력을 통해 결국 홍콩특별행정구기본법을 제정하였다.[259] 홍콩기본법은 홍콩특별행정구의 정치체제에 관한 별도 장(章)을 두었는데 이로써 홍콩특별행정구의 정치체제에 대한 규정의 확립되었다고 할 수 있다.

(2) 홍콩특별행정구 정치체제 설립원칙

중국은 홍콩에 대한 주권을 회복한 이후 홍콩과 중국대륙의 관계의 안정을 위한 정책으로 '일국양제'를 시행하기로 하였고, 이와 같은 '일국양제'의 방침을 구체화하기 위하여 홍콩기본법을 제정하였다. 그러나 당시 홍콩기본법을 제정하는 과정에서 핵심 쟁점인 홍콩특별행정구의 정치체제의 결정문제에 대해 여러 논의가 있었는데, 결과적으로 아래의 건립원칙을 기준으로 하여 홍콩특별행정구의 정치체제의 모델을 결정하게 되었다.

---

258) 焦洪昌, 姚國建 '香澳基本法概論' 中國政法大學出版社, 2009. 134면 참조.

259) 郝鐵川, "香港特別行政區政治体制是一种獨特的地方政治体制", 江漢大學學報, 2018-2, 5-14면 참조.

첫째, 홍콩특별행정구의 정치체제는 '중·영공동연합성명'과 '일국양제' 방침에 부합하여야 한다. 중국과 영국은 홍콩의 반환에 관하여 체결한 '중·영공동성명'은 "중국정부는 '일국양제'의 구체적인 방침을 장차 제정하게 될 특별행정구기본법에 규정할 것을 승인한다"라고 하였다. 이와 같은 '일국양제' 방침에 의한 법률화는 첫째, 중국정부가 국가주권의 통일과 영토의 완전성을 궁극적 목적으로 하였고, 둘째, 중국정부가 오랫동안 자본주의 제도 하에 생활해 온 홍콩 주민에 대한 존중, 즉 홍콩기본법상 기존 홍콩의 정치, 경제, 문화에 관한 사항을 규율하여 홍콩에 고도의 자치권을 부여하는 방식으로 '일국양제' 통일방안을 실현하고자 하는 것이었음을 알 수 있다. 때문에 홍콩기본법에서 규정하고 있는 홍콩특별해정구 정치제도는 반드시 '일국양제' 방안과 정신에 부합되어야 한다고 보았다.[260]

둘째, 홍콩특별행정구의 정치체제에서 홍콩의 경제번영과 사회안정은 유지되어야 한다. 중국정부는 홍콩을 회수한 이후 홍콩의 정치체제의 이중적인 특징을 유기적으로 결합함으로써, 홍콩의 경제 번영과 사회적 안정 및 자본주의 경제발전에 도움이 되면서도 동시에 사회 전반에 이익이 되어야 함을 강조하였다. 이는 홍콩기본법을 제정한 목적 중의 하나로 이와 같은 원칙은 '중·영공동연합성명'에도 규정되었다.[261] 이에 따라 홍콩특별행정구의 정치체제의 확립은 '일국양제' 원칙을 기준으로 하는 동시에 홍콩의 경제 번영과 안정을 유지하는

---

260) 郝鐵川, "從國家主權与歷史傳統看香港特區政治体制", 法學, 2015-11, 69-79면 참조.

261) '중·영공동연합성명' 제4조: 연합성명의 발효일로부터 1997년 6월30일까지의 과도기 기간 중에 영국정부가 홍콩의 행정관리에 대하여 책임을 짐으로써 홍콩의 경제적 번영과 사회적 안정을 수호 및 유지하고, 중국정부는 이에 협력할 것이다 (中華人民共和國政府和聯合王國政府聲明：自本聯合聲明生效之日起至一九九七年六月三十日止的過渡時期內，聯合王國政府負責香港的行政管理，以維護和保持香港的經濟繁榮和社會穩定；對此，中華人民共和國政府將給予合作).

것도 중요한 원칙 중 하나로 보았다. 즉 홍콩의 경제번영과 사회안정을 원칙으로 둔 것은 결국은 종전의 정치, 경제 이익을 보호하고, 정치권력을 적절히 분배하며 특정 계층의 이익만을 위해 다른 계층의 이익을 소홀히 하는 것을 막기 위한 것으로 이해할 수 있다.[262]

셋째, 홍콩 기존의 정치체제 중에서는 홍콩특별행정구에 긍정적인 시너지를 주는 정치체제만을 유지한다. 홍콩은 영국의 식민지로 장기간 자본주의 정치체제를 유지하였는데 이러한 현실을 고려할 때 중국정부는 홍콩을 회수하고 홍콩특별행정구를 설치하면서 오랫동안 시행해 왔던 기존의 자본주의 제도를 단번에 끊어 낼 수는 없었다. 오히려 홍콩의 실제상황에 부합될 수 있도록 정치체제를 효과적으로 운영하기로 결정하였다.[263] 따라서 홍콩특별행정구에서는 당시 식민주의 색채를 띤 정치제도를 제외하고 홍콩특별행정구에 긍정적인 역할을 할 수 있는 제도만 그대로 유지시켰는데, 이는 궁극적으로는 홍콩의 경제발전 및 사회안정을 도모하기 위한 것이었다.

(3) 홍콩특별행정구 정치체제의 특징

가. 행정주도의 정치체제

행정주도란 행정기관과 입법기관의 상호관계 및 권력운영에 있어서 행정권력이 지배적인 지위를 갖는 것을 말한다. 홍콩기본법에 의하면 홍콩특별행정구 정부는 홍콩특별행정구의 행정기관의 역할을 수행하고, 행정장관이 홍콩특별행정구 정부 수장으로서 행정권을 가지고 책

262) 張定淮,王夢旸, "如何理解香港的政治体制特征?", 國外理論動態, 2016-1, 98-104면 참조. 陳端洪, "理解香港政治", 中外法學, 2016-5, 1125면 참조.

263) 陳端洪, "理解香港政治", 中外法學, 2016-5, 1125면 참조.

임을 진다. 동시에 행정장관은 홍콩기본법에 따라 중앙정부와 홍콩특별행정구에 대하여 책임을 진다. 결국 홍콩특별행정구 행정장관은 홍콩특별행정구 내에서 최고의 법적지위를 가지고 행정기관, 입법기관의 운영에 지대한 영향을 미친다.[264]

홍콩특별행정구 행정장관의 권한을 보면 구체적으로 아래와 같다. 첫째, 행정장관은 홍콩특별행정구의 수장으로서 홍콩특별행정구에 대해 책임을 진다. 행정장관의 지도 하에 홍콩특별행정구 정부는 홍콩기본법, 특별행정구 내 기타 법률 및 중앙의 관련 지침을 집행하고, 정부 정책을 결정하며, 행정명령을 발표하고, 중앙정부에 주요 공무원을 추천하여 보고, 임명하거나 직무를 해제할 것을 건의한다. 또한 행정장관은 홍콩특별행정구 정부를 대표하여 중앙이 수권한 대외사무와 기타 사무를 처리하고, 청원과 항소 사항 처리 등에 대해서도 권한을 행사할 수 있다.[265] 둘째, 홍콩특별행정구 행정장관은 입법기관에도 소정의 권한을 행사한다. 행정장관은 입법회에서 통과된 법안이나 재정예산안에 서명하고 이를 공포하는데 이와 같은 절차를 거쳐야만 그 효력이 발생한다.[266] 즉 행정장관은 입법기관을 통과한 법안에 대해

---

264) 田恒國, 論一國兩制條件下中央与特別行政區正字体制的關系, 博士論文, 2002, 65면 참조. 王磊, "香港政治体制應当表述爲'行政長官制'", 政治与法律, 2016-12, 53면 참조.

265) 홍콩기본법 제43조: 홍콩특별행정구의 행정장관은 홍콩특별행정구의 수장으로서 홍콩특별행정구를 대표한다. 홍콩특별행정구의 행정장관은 본법의 규정에 따라 중앙인민정부와 홍콩특별행정구에 대하여 책임을 진다(香港特別行政區行政長官是香港特別行政區的首長, 代表香港特別行政區。香港特別行政區行政長官依照本法的規定對中央人民政府和香港特別行政區負責). 홍콩기본법 제44조: 홍콩특별행정구 행정장관은 40세 이상의 자로 홍콩에서 통상 연속해서 20년 이상 거주하고 외구겡 거류권이 없는 홍콩특별행정구 영주민 중의 중구공민이 담임한다(香港特別行政區行政長官由年滿四十周歲, 在香港通常居住連續滿二十年幷在外國无居留權的香港特別行政區永久性居民中的中國公民担任). 홍콩기본법 제48조 제13항: 홍콩특별행정구 행정장관은 다음과 같은 직책을 행사한다. 청원 또는 항소(申訴)사항을 처리한다((十三) 處理請愿、申訴事項).

266) 홍콩기본법 제48조 제3항: 홍콩특별행정구 행정장관은 다음과 같은 직권을 행사한다. 입법회에서 통과된 법안에 서명하고, 법률을 공포한다. 입법회를 통과한 재정예산안에 서명하고, 재정예산 및 결산을 중앙인민정부에 보고하고 등록한다(簽署立法會通

부결권을 가지고 나아가 입법회의를 해산시킬 권한도 가지고 있다.[267] 이 외에도, 행정장관은 사법기관의 운영에도 영향을 미치는데 대표적으로 홍콩특별행정구 법원의 판사는 독립위원회가 추천하나 행정장관이 임명한다.[268]

過的法案，公布法律；簽署立法會通過的財政預算案，將財政預算、決算報中央人民政府備案).

267) 홍콩기본법 제49조: 홍콩특별행정구의 행정장관은 입법회에서 통과된 법안이 홍콩특별행정구의 전체 이익에 부합하지 않는다고 인정될 경우 3개월 이내에 법안을 입법회에 반송하여 재의결을 요구할 수 있다. 만약 입법회가 전체의원 3분의2 이상의 다수결로 원 법안을 다시 통과시킬 경우 행정장관은 1개월 이내에 서명하여 공포하거나 또는 본법 제50조의 규정에 따라 처리하여야 하다(香港特別行政區行政長官如認爲立法會通過的法案不符合香港特別行政區的整体利益，可在三个月內將法案發回立法會重議，立法會如以不少于全体議員三分之二多數再次通過原案，行政長官必須在一个月內簽署公布或按本法第五十條的規定處理). 홍콩기본법 제50조: 홍콩특별행정구의 행정장관이 만약 입법회가 재의결한 법안에 서명을 거부하거나 또는 입법회가 정부에서 제출한 재정예산안 또는 기타 중요 법안의 통과를 거부하고, 협상을 하였으나 여전히 의견일치를 보지 못한 때에는 행정장관은 이법회를 해산할 수 있다. 행정장관은 입법회를 해산하기 전에 반드시 행정회의의 의견을 물어야 한다. 행정장관은 매 임기내에 1차에 한하여 입법회를 해산할 수 있다(香港特別行政區行政長官如拒絶簽署立法會再次通過的法案或立法會拒絶通過政府提出的財政預算案或其他重要法案，經協商仍不能取得一致意見，行政長官可解散立法會。行政長官在解散立法會前，須征詢行政會議的意見。行政長官在其一任任期內只能解散立法會一次).

268) 홍콩기본법 제88조 및 제90조에 따르면 홍콩특별행정구 법원의 법관은 행정장관이 임명하는데 그 중 종심법원과 고등법원의 수석법관에 대한 임명과 면직은 행정장관이 입법회의 동의를 얻어야 할 뿐 아니라 전국인민대표대회 상무위원회에 보고 및 등록해야하는 보다 복잡한 절차를 거쳐야 한다. 홍콩기본법 제88조: 홍콩특별행정구 법원의 법관은 현지 법관과 법조계 및 기타 방면의 지명도가 높은 인사들로 구성된 독립위원회의 추천을 받아 행정장관이 임명한다(香港特別行政區法院的法官，根据当地法官和法律界及其他方面知名人士組成的獨立委員會推荐，由行政長官任命). 홍콩기본법 제90조: 홍콩특별행정구 종심법원과 고등법원의 수석법관은 외국에 거류권이 없는 홍콩특별행정구 영주민인 주국공민이 담임한다. 본법 제88조와 제89조에 규정된 절차 이외에 홍콩특별해정구 종심법원의 법관과 고등법원의 수석법관의 임명 또는 면직은 행정장관이 입법회의 동의를 얻어야 하고, 또 전국인민대표대회 상무위원회에 보고 및 등록하여야 한다(香港特別行政區法院的法官只有在无力履行職責或行爲不檢的情况下，行政長官才可根据終審法院首席法官任命的不少于三名当地法官組成的審議庭的建議，予以免職。香港特別行政區終審法院的首席法官只有在无力履行職責或行爲不檢的情况下，行政長官才可任命不少于五名当地法官組成的審議庭進行審議，并可根据其建議，依照本法規定的程序，予以免職).

홍콩특별행정구 행정주도의 정치체제와 총독 독재를 핵심으로 하는 여타 행정주도 정치체제는 그 본질이나 형식 및 내용 등 모든 면에서 전혀 다르다. 홍콩특별행정구 정치체제는 정치권력의 운용에 있어서 민주주의에 기초한 행정주도 체제이다. 행정기관, 입법기관, 사법기관의 3자 관계상 특히 행정기관과 입법기관 간의 협력과 상호 견제 및 균형이 갖추어져 있다.[269] 이는 홍콩특별행정구 독재의 출현을 방지하기 위한 것임과 동시에 홍콩특별행정구의 권한행사를 효과적으로 보장하여 홍콩특구의 번영과 안정을 도모하기 위한 것으로 사료된다.

나. 입법과 행정의 협력·견제·균형의 정치체제

홍콩특별행정구의 정치제도 역시 권력분립과 견제 및 균형의 원칙을 채택하고 있다.[270] 즉 입법권은 입법회(立法會)에 속하고, 행정권은 행정장관이 책임지는 정부에 속하며, 사법권은 법원에 속한다. 앞서 행정주도의 특성은 주로 행정기관의 입법기관에 대한 견제이기는

---

269) 田恒國, 論一國兩制條件下中央与特別行政區正字体制的關系, 博士論文, 2002, 7-13면 참조.

270) 권력분립과 견제 및 균형의 원칙은 초기 부르주아 계급이 봉건 전제주의를 반대하는 투쟁에서 제시한 것이다. 그들은 국가권력이 군주 한사람의 손에 집중되는 것을 반대하면서 시민의 자유를 보장하기 위해서는 국가권력이 분리되어야 한다고 주장하였다. 대표적 인물로는 영국의 사상가 J.로크와 프랑스의 계몽사상가 몽테스키외가 있다. J.로크는 영국의 소브르주아의 급진적 평등주의 집단의 지도자 릴번의 사상을 계승하여 입법권과 행정권의 권렵분립을 옹호하는 사상으로 삼권분립론을 제기하였다. 몽테스키외는 J.로크의 권력분립의 사상을 이어 전면적으로 발전시켰으며 더 나아가 분권과 견제 및 균형 이론을 명확히 설명하였다. 몽테스키외는 세계의 어느 국가든지 모두 입법권, 행정권, 사법권 이 세 가지 권력이 존재한다고 하면서 권력의 분립은 군주의 독단적인 통치를 막기 위한 가장 현명한 방법이라고 하였다. 영국, 프랑스 부르주아 사상가들이 고안한 분권사상(分權思想)은 봉건군주제의 권력분립을 요구하는 것으로 시작하였다고 할 수 있겠으나 실제로는 입헌군주제에 대한 주장이라고 보았고, 객관적으로는 봉건 군주통치에 반대하고 부르주아 공화국을 건설하기 위한 이론적 토대에 대한 제공이라 보았다. 이후 이 사상은 많은 근대국가에서 수용되고 발전되었다. 미국의 현행 정치체제는 정치실천 과정에서 삼권분립을 연방헌법의 원칙으로 한 것이다. 비록 계급의 권력분립을 요구하는 것으로 시작되었으나 실제로는 부르주아 계급의 입헌군주제에 대한 주장이라고 볼 수 있다.

하나, 입법기관도 행정기관에 대해 견제를 통해 균형을 맞출 수 있도록 제도가 설계되었다. 즉, 행정기관과 입법기관이 상호 제한적이기 때문에 행정주도라는 전제 하에도 불구하고 입법기관이 행정기관에 대해 제한적 수준의 영향력을 행사할 수 있고, 반대의 경우에도 마찬가지이다. 예를 들면, 입법회는 전체 의원 3분의 2의 다수로 의결하여 행정장관에 대한 탄핵안을 제출, 중앙정부에 보고하여 결정을 내릴 수 있고,[271] 나아가 행정장관의 시정 보고서를 청취, 변론을 실시하고, 정부의 업무에 대하여 질의를 진행하며, 정부의 제안에 따라 재정예산을 심사, 의결하고, 세수(稅收)를 비준하며 지출을 공개할 수 있다.[272] 반대로 행정장관은 입법회에서 통과된 법안이 홍콩특별행정구의 전반적인 이익에 부합하지 않는다고 판단할 경우 다시 입법회에 반려하여 재의결을 요구할 수 있고[273] 만약 입법회가 재의결한 법안에 다시 서명을 거절하거나 중요한 법안의 통과를 거부한다면 입법회

271) 홍콩기본법 제73조 제9항: 홍콩특별행정구 입법회는 다음과 같은 직권을 행사한다. (9) 입법회 전체의원 4분의 1이상의 공동발의로 행정장관이 엄중한 위법행위 또는 독직행위가 있다고 고발하였는데도 그가 사임하지 않을 경우 입법회의 조사를 거쳐 입법회는 종심법원 수석법관에게 독립정인 조사위원회를 책임지고 구성하고, 종심법원 수석법관이 당해 위원회의 주석을 담임하라고 위탁할 수 있다. 조사위원회는 책임지고 조사를 진행하고, 조사결과를 입법회에 보고하여야 한다. 위 조사위원회가 상술한 고발혐의를 구성할 만한 충분한 증거가 있다고 인전하면 입법회 전체의원 3분의 2이상의 다수결 찬성으로 탄핵안을 제출하여 중앙인민정부에 보고하여 결정하여 줄 것을 신청할 수 있다(香港特別行政區立法會行使下列職權: (九) 如立法會全体議員的四分之一聯合動議，指控行政長官有嚴重違法或瀆職行爲而不辭職，經立法會通過進行調查，立法會可委托終審法院首席法官負責組成獨立的調查委員會，幷担任主席。調查委員會負責進行調查，幷向立法會提出報告。如該調查委員會認爲有足够証据构成上述指控，立法會以全体議員三分之二多數通過，可提出彈劾案，報請中央人民政府決定).

272) 홍콩기본법 73조 제2항-제6항: 홍콩특별행정구 입법회는 다음과 같은 직권을 행사한다. (2)정부가 제출한 재정예산안을 심의·통과시킨다. (3)세수와 공공지출을 비준한다. (4)행정장관의 시정보고를 청취하고 토론을 행한다. (5)정부의 업무에 대하여 질의한다. (6)공공이익과 관련된 문제에 대하여 토론한다(香港特別行政區立法會行使下列職權: (二) 根据政府的提案，審核、通過財政預算； (三) 批准稅收和公共開支； (四) 听取行政長官的施政報告幷進行辯論； (五) 對政府的工作提出質詢； (六) 就任何有關公共利益問題進行辯論).

273) 홍콩기본법 제49조. 위 각주267 참조.

를 해산할 수 있다.[274]

그러나 홍콩특별행정구의 정치체제에서 권력분립을 통한 견제 및 균형은 서방 국가의 삼권분립과는 근본적으로 다른 것으로 보인다. 홍콩특별행정구의 입법기관과 행정기관의 상호협력은 주로 행정회의(行政會議) 설치, 구성과 기능에 관한 규정에서 구현된다. 행정회의는 행정장관의 의결을 보좌하는 기구로서, 그 구성원은 행정기관의 주요 관원(官員), 입법회 의원 및 외부 인사 중에서 행정장관이 임면한다.[275] 행정회의 구성원에 입법회 의원과 행정기관의 관원(공무원) 등이 모두 포함되어 있기 때문에, 행정장관이 결정을 내리는 사안 또는 사건에 대해서 행정과 입법이 함께 논의하는 방식으로 용이하게 갈등을 해소할 수 있다. 이 외에도 행정기관과 입법기관 간의 상호협력에 관한 법제도가 있다. 입법기관이 수행하는 업무의 질을 높이기 위해 행정기관인 특별행정구 정부는 입법회에 참석하여 의견을 청취할 행정대표를 임명한다. 또한 정부는 입법회에 대해 책임을 지며, 입법회가 통과시켜 발표한 법률을 집행한다.[276]

---

274) 特別行政區設立行政會議，作爲協助行政長官進行決策的机构，其成員由行政長官從行政机關的主要官員、立法會議員和社會人士中委任。

275) 홍콩기본법 제55조: 홍콩특별행정구의 행정회의의 구성원은 행정장관이 행정기관의 주요공무원·입법회 의원과 사회인사 가운데서 선임하여, 그 임면은 행정장관이 결정한다. 행정회의 구성원의 임기는 임명권자인 행정장관의 임기를 초과할 수 없다. 홍콩특별행정구 해정회의 구성원은 외국에 거류권이 없는 홍콩특별햇어구의 영주민인 중국공민이 담임한다. 행정장관은 필요한 경우 관계 인사를 초청하여 회의에 참석시킬 수 있다(香港特別行政區行政會議的成員由行政長官從行政机關的主要官員、立法會議員和社會人士中委任，其任免由行政長官決定。行政會議成員的任期應不超過委任他的行政長官的任期。香港特別行政區行政會議成員由在外國无居留權的香港特別行政區永久性居民中的中國公民担任。行政長官認爲必要時可邀請有關人士列席會議).

276) 홍콩기본법 제64조: 홍콩특별행정구 정부는 반드시 법률을 준수하고, 홍콩특별해정구 입법회에 대하여 책임을 지며, 입법회가 통과시켜 발표한 법률을 집행하고, 정기적으로 입법회에 시정보고를 하며, 입법회 의원의 질문에 답변하고, 세금징수와 공공지출은 반드시 입법회의 비준을 받아야 한다(香港特別行政區政府必須遵守法律，對香港特別行政區立法會負責：執行立法會通過幷已生效的法律；定期向立法會作施政報告；答夏立法會議員的質詢；征稅和公共開支須經立法會批准).

이를 통해 홍콩특별행정구의 정치체제에서는 행정기관과 입법기관이 서로 견제할 뿐만 아니라 서로 협력하고 있다는 것을 알 수 있다. 즉, 견제를 통해 홍콩특별행정구 정부의 의사결정에 관한 실수 및 권위주의를 최소화할 수 있고, 협력을 통해 의견의 마찰과 충돌을 줄이고 홍콩특별행정구 정부의 업무 효율성을 높여 홍콩특별행정구역의 번영과 안정을 보장하여 궁극적으로 주민의 행복권 향유라는 목표를 달성할 수 있게 된다.

다. 사법권 독립의 정치체제

사법권 독립이란 사법기관이 다른 기관 및 단체와 개인의 간섭을 받지 않고 독립적으로 재판권을 행사하는 것을 말한다. 홍콩특별행정구의 각 법원은 홍콩특별행정구의 사법기관으로 재판권을 행사한다.[277] 법원은 홍콩특별행정구 정부, 입법기관, 사회단체 및 개인 등의 어떠한 간섭도 받지 아니하고 독립적으로 재판을 진행한다. 마찬가지로 홍콩특별행정구 종심법원에서도 종심권을 행사하는 것으로 사법제도의 독립성을 유지하고 있다.[278] 따라서 홍콩특별행정구의 사법기관은 중국대륙의 사법기관, 즉 최고인민법원과 최고인민검찰원과 상호 종속 관계에 있지 아니하고, 일종의 상호 불간섭 관계로 어떠한 간섭도 받지 않는다.

다만 특별행정구 법원의 판사는 현지 판사와 법조계 및 기타 분야

---

277) 홍콩기본법 제2조. 위 각주179 참조.

278) 홍콩기본법 제19조 제1항: 홍콩특별행정구는 독립된 사법권과 종심권을 향유한다(香港特別行政區享有獨立的司法權和終審權).

의 지명도가 높은 인사로 구성된 독립위원회에서 추천하여 행정장관이 임명한다.[279] 특별행정구 종심법원의 판사와 고등법원의 수석판사의 면직 또한 행정장관이 입법회의 동의를 얻어 전국인민대표대회 상무위원회에 보고 및 등록한다.[280] 요컨대 특별행정구의 사법적 독립성은 상대적이며 행정기관과 입법기관에 의해 제약받는다는 것을 알 수 있다.

제4절 소결

일국양제 통일정책은 중국과 대만의 통일 후 대만의 법적 지위를 보장하기 위한 것으로 제시된 방침이다. 그러나 홍콩과 마카오의 반환문제가 시급히 대두되면서 중국정부는 헌법적으로 '특별행정구'를 설치할 필요성을 제기하였다. 이에 따라 중국정부는 1982년 중국 헌법에 일국양제의 구상을 법제화하였는데 바로 그것이 헌법 제31조이다. 즉, 일국양제 구상 아래 특별행정구라는 제도는 중국 헌법을 통해 최종적으로 탄생, 실현되었다고 할 수 있다. 중국정부는 헌법 제31조에 의거하여 특별행정구를 설립하였을 뿐만 아니라 특별행정구기본법에 특별행정구와 중앙정부 간의 관계 등을 모두 규정하였다. 따라서 특별행정구기본법은 중국 헌법 제31조를 법률적 차원에서 구체화함으로써 일국양제 이론의 법제화를 완성한 결과물이라고 할 수 있다.[281]

중국 헌법 제31조의 규정에 따라 설립된 특별행정구는 중국의 다른

279) 홍콩기본법 제88조. 위 각주268 참조.

280) 홍콩기본법 제90조. 위 각주268 참조.

281) 여기서 한 가지 중요한 것은, 중국이 헌법 제31조에 '일국양제'의 내용을 신설한 것은 통일 후 대만이 중국의 특별행정구로서 강력한 자치권을 행사한다는 특수한 상황에 대비하기 위한 것이라는 점이다.

행정지역과 마찬가지로 중국으로부터 분리될 수 없는 하나의 지방정부이다. 그러나 특별행정구는 중앙으로부터 수권 받아 고도의 자치권을 행사하고 있으므로 특수한 행정구로서의 법적 지위를 가진다. 즉 이와 같은 권한은 일반 행정구역의 것과는 구분되는 특수한 권한으로 보므로, 특별행정구의 법적 지위도 일반 행정구역과는 다르다.

특별행정구의 법적 지위를 3가지 측면에서 종합해 보면 아래와 같다. 첫째, 특별행정구는 중국의 특수한 지방정부로 하나의 중국에 귀속되는 일부분이다. 그러므로 특별행정구는 독자적인 국가 주권을 향유하거나, 국가로부터 완전히 독립된 결정권을 행사할 수 없다. 둘째, 특별행정구는 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받은 지방행정구역이다. 여기에서 '고도자치'는 최고국가권력기관인 전국인민대표대회가 특별행정구에 부여한 권한을 의미하는 것으로, 특별행정구가 본래부터 가지고 있던 고유한 권력을 의미하는 것이 아니다. 그러나 여기서 분명히 집고 넘어가야 할 것은, 이와 같은 권한이 중앙으로부터 부여받은 권한이라고 하더라도 중앙이 임의로 그 권한을 회수할 수 없다는 점이다. 이는 고도의 자치권이 특별행정구기본법으로 보장되어 있고, 특별행정구기본법이 '일국양제' 원칙 하에 중국 헌법을 근거로 제정된 법률이기 때문이다. 마지막으로 특별행정구는 중앙정부에 직할된다. 여기서 알아야 할 것은, 특별행정구가 중앙정부에 직할된다고 하더라도 중앙정부가 임의로 특별행정구 내부의 사무에 간섭할 수는 없다는 점이다. 오히려 고도의 자치권을 보장 받은 특별행정구는 행정권, 입법원, 독립적인 사법권 및 종심권의 행사에 있어 중앙정부의 관리, 감독으로부터 일정 수준의 자유재량을 보장받는다. 하지만 특별행정구가 어디까지나 중앙정부에 직할되는 이상 양자의 관계는 지휘와 감독, 수권과 피수권의 관계로 볼 수밖에 없다.

위와 같은 일국양제 통일정책의 법제화 과정에서 중앙과 특별행정구 간의 입장에는 다소 차이가 있었다. 일국양제 통일정책의 구체적인 실시에 있어 중앙정부는 '일국'을 강조했던 반면 특별행정구, 특히 홍콩특별행정구는 '양제'에 초점을 두고 해석하고자 하였다. 이에 대해 중앙정부는 '일국'과 '양제'를 대등한 관계로 보아서는 안 된다고 하면서 '일국'은 '양제'의 전제조건이므로 '일국' 없이는 '양제'를 논의할 이유가 없다는 입장을 취했다. 나아가 특별행정구에 대한 관할권 전반은 중앙정부가 보유하고, 특별행정구의 고도의 자치권은 중앙정부가 부여한 범위 내에서 행사할 수 있다고 강조하였다. 따라서 특별행정구기본법상 중앙과 특별행정구 간의 관계, 특히 중앙과 특별행정구 간의 권한 배분을 명확히 정리하는 것이 '일국양제' 통일정책을 전면적으로 올바르게 실행하기 위한 핵심 과제라 할 수 있겠다.

앞서 설명한 바와 같이 일국양제 통일정책은 역사의 흐름 속에서 불가피하게 홍콩 반환 문제에 최초로 적용되었고, 결국 홍콩특별행정구의 설치 및 홍콩특별행정구기본법의 제정은 일국양제 통일정책의 시금석이 되었다. 그 후 마카오 반환 시 중국은 마카오에 홍콩에서의 경험을 그대로 적용하였는데 이에 따라 마카오특별행정구기본법도 일부 마카오 현황에 맞게 조정한 사항 외에는 홍콩특별행정구기본법과 그 구성면에서 거의 동일하였다. 일국양제 통일방안의 법제화가 완료된 이후, 마카오특별행정구보다는 홍콩특별행정구에서 기본법 시행 관련 문제점이 더 많이 드러났고 지금까지도 해결해 나가야 할 숙제들이 남아있는 상황이다. 따라서 비록 현재 중국에 특별행정구가 2개 설치되어 있지만, 그 중 향후 대만통일 내지 남북한통일에 더 많은 시사점을 줄 수 있는 홍콩특별행정구를 표본으로 중앙과 특별행정구의 관계에 대해 체계적으로 정리하도록 하겠다.

제4장 중앙과 홍콩특별행정구의 관계

제1절 중앙과 홍콩특별행구의 관계 설정 기본원칙과 기준

1. 중앙과 홍콩특별행정구의 성격

(1) 중앙의 함의

홍콩기본법상의 '중앙(中央)'은 중국대륙에서 사용하고 있는 '중국공산당이 영도하는 조직기구(党組織机构)'이 아니라 중국헌법에 의해 설치된 특별행정구에 대해 권한을 행사하는 '중앙국가기관'을 의미한다.[282] 보다 구체적으로는 국가 최고권력기관인 전국인민대표대회 및 그 상무위원회, 국가원수(國家元首)인 국가주석(國家主席), 국가 최고행정기관인 국무원(國務院), 전국무장(全國武裝)을 영도하는 중앙군사위원회,최고감찰기관인 국가감찰위원회(國家監察委員會), 국가 최고사법기관인 최고인민법원과 최고인민검찰원이 이에 포함된다.[283] 여기

---

282) '중국공산당 장정(中國共産党章程)'에 따르면 중국공산당이 영도하는 조직기구를 공산당조직구가라고 칭한다. 당의조직기구에는 중앙조직(中央組織), 지방조직(地方組織)과 계층조직(基層組織)이 포함되어 있다. 한편, '중앙기구(中央机构)'는 중국 공산당이 영도하는 중국의 최고 영도기구로써 중국인민정부만 포함되어 있는 것이 아니라 통상 말하는 '당중앙(党中央)'을 포함하고 있다. '중국공산당이 영도하는 조직기구'는 중공중앙위원회조직기구(中共中央委員會組織机构)로 볼 수 있다. 주로 중국공산당전국대표대회(中國共産党全國代表大會), 중국공산당중앙위원회(中國共産党中央委員會), 중국공산당중앙정치국 및 상무위원회(中國共産党政治局及其常務委員會), 중국공사당중앙서기처(中國共産党中央書記處), 중국공산당중앙규율감열위원회(中國共産党中央紀律檢查委員會), 중국공산당중앙군사위원회(中國共産党中央軍事委員會)가 포함되어 있다. 위와 같은 중국공산당이 영도하는 위원회는 중국헌법에 규정되어 있는 국가기구(國家机构)와는 구별되며 당중앙기구는 국가기구의 상위개념으로 이해할 수 있다. 즉, 국가기구를 다스리는 것은 당중앙기구과 갈라놓을 수 없다.

283) 焦洪昌、姚國建，港澳基本法概論，中國政法大學出版社，2009, 48면 참조. 李龍、周叶中，憲法學基本范疇簡論，中國法學，1996-6, 70-73면 참조.

서 최고인민법원과 최고인민검찰원은 중앙의 국가기관이지만 홍콩기본법에서 말하는 '중앙' 개념에는 포함되지 않는다.[284] 이는 특별행정구가 독립된 사법권을 가지고 있기 때문에 사법종심원칙(司法終審原則)에 따라 종심법원(終審法院)에서 자체적으로 최종 판결을 내릴 수 있기 때문이다. 즉, 홍콩특별행정구는 독립된 재판권을 가지고 있고 홍콩종심법원은 최고인민법원과 종속관계에 있지 않으므로 재판당사자가 불복 판결에 대해 최고인민법원에 상소(上訴)하는 구조가 아니다. 즉 최고인민법원과 최고인민검찰원은 홍콩기본법에 따라 특별행정구 내에서 권한을 행사할 수 없으므로, 홍콩기본법상 '중앙'의 범위에는 포함되지 아니 한다.

(2) 홍콩특별행정구의 함의

'특별행정구'는 일국양제 구상에 의해 생겨난 개념으로, 1982년 헌법 개정을 통해 중국헌법 제31조 특별행정구 설치에 관한 규정이 신설되면서 명문으로 그 헌법적 지위가 보장되었다. 홍콩특별행정구는 바로 '일국양제' 이론 및 그 법제화의 결과물인 홍콩기본법에 근거하여 설치된 중국의 지방행정구역이다. 그러나 홍콩특별행정구에서 시행하는 제도는 중국의 일반행정구역에서 실시하고 있는 제도와 다르므로 일반 행정구역과 다른 특수한 성격을 가지고 있다.[285]

첫째, 단일제 국가형태를 취하고 있는 중화인민공화국 내에서 홍콩은 중국으로 반환된 이후 중국헌법 제31조에 근거하여 특별행정구로 설립되었고, 홍콩기본법의 규정에 따라 중앙정부의 관할 하에 있는

284) 王振民, 一國兩制"与基本法 二十年回顧与展望, 江蘇人民出版社, 2017. 137면.

285) 田恒國, 論"一國兩制"條件下中央与特別行政區政治体制的關系, 博士學位論文, 中共中央党校研究生院, 2002, 20면 참조.

지방행정구역으로서의 지위를 부여받았다. 따라서 홍콩특별행정구는 중국의 특수한 행정구역으로서 중국 대륙의 여타 지방 정부와 같이 중앙정부의 통일적인 지도를 받는다.[286]

둘째, 중앙과 홍콩특별행정구의 관계는 중앙과 지방의 관계로 홍콩특별행정구는 중앙에 직할된다. 다시 말해 홍콩특별행정구는 비록 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받았으나 중앙정부에 직할되는 지방행정구역으로서의 지위를 가지기 때문에 완전히 독립된 정치적 실체를 가질 수는 없다.[287] 따라서 홍콩특별행정구의 권한은 중앙의 수권에서 기인한 것이므로 홍콩특별행정구는 중앙정부가 부여한 수권 범위 내에서 그 권한을 행사해야 한다.

셋째, 홍콩특별행정구는 고도의 자치권을 가지고 있는 중국의 특수한 행정구역으로서 중앙과 구별되는 행정관리권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권을 가지고 있으며 이 외에도 중앙으로부터 대외사무권과 독립적인 재정권, 화폐 발행권, 출입국 통제권 등을 부여받았다.[288] 그러므로 홍콩특별행정구의 이러한 권한은 중국의 일반 지방행정구역 및 민족자치지방의 권한보다 크다고 할 수 있겠다.

'중앙'과 '홍콩특별행정구'의 함의에서 알 수 있다시피 중앙과 홍콩특별행정구 관계의 본질은 그 권한배분에서 찾아보아야 할 것이다. 우선 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 설정함에 있어 기본원칙은 무엇이고, 그 권한 배분의 기준을 어떻게 볼 것이며 더 나아가 실제로

---

286) 焦洪昌、姚國建，港澳基本法概論，中國政法大學出版社，2009, 50면 참조.

287) 王振民，一國兩制"与基本法 二十年回顧与展望，江蘇人民出版社，2017. 138면 참조. 焦洪昌、姚國建，港澳基本法概論，中國政法大學出版社，2009, 51면 참조.

288) 董立坤, 中央管治權与香港特區高度自治權的關系，法律出版社，2014, 89면 참조.

중앙과 홍콩특별행정구의 권한은 어떻게 규정되어 있는지를 살펴보는 것이 중요하다.

2. 중앙과 홍콩특별행정구의 관계 설정의 기본원칙

홍콩특별행정구의 설치는 중국의 국가구조 형태에 새로운 변화를 가져왔다. 기존 중국의 국가구조 형태를 그대로 적용할 수 없는 상황에서 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 어떻게 획정(界定)하고 처리할 것인지가 가장 중요한 문제로 대두되었다.[289] 이를 판단하기 위한 기본원칙은 중앙과 홍콩특별행정구 간의 관계를 정확하게 처리할 때는 물론 홍콩기본법을 제정, 시행하고 해석할 때에도 반드시 필요하다.

(1) 일국양제 원칙

홍콩, 마카오, 대만 문제를 처리하는 가장 기본적인 방침이자 원칙은 일국양제이다. 특히 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 처리함에 있어서는 일국을 가장 우위에 놓고 국가 통일과 영토 및 주권의 완전성을 수호하는 것이 중요하다.[290] 홍콩기본법에 따르면 홍콩특별행정구는 스스로 국가를 분열시키는 행위 등을 금지하는 입법을 할 의무가 있는데, 이는 국가 통일과 주권 수호에 필요한 규정이다.[291] 이러한

289) 田恒國, 論"一國兩制"條件下中央与特別行政區政治体制的關系, 博士學位論文, 中共中央党校研究生院, 2002, 16-20면 참조.

290) 焦洪昌, 姚國建, 香澳基本法概」, 中國政法大學出版社, 2009, 54면 참조.

291) 홍콩기본법 제23조: 홍콩특별행정구는 자체적으로 국가배반, 국가분열, 반란선동, 중앙인민정부의 전복 및 국가기밀 절취행위를 금지하고, 외국의 정치조직 또는 단체가 홍콩특별행정구 내에서 정치활동을 전개하는 것을 금지하며, 홍콩특별행정구의 정치조직 또는 단체가 외국의 정치조직 또는 단체와 연계하는 행위를 금지하는 법을 입법하여야 한다(香港特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顚覆中央人民政府及窃取國家机密的行爲, 禁止外國的政治性組織或團体在香港特別行政區進行政治活動, 禁止香港特別行政區的政治性組織或團体与外國的政治性組織或團体建立聯系).

맥락에서 홍콩기본법상 중앙의 권한 관련 규정 역시 통일국가의 주권 수호에 필요한 규정이라고 볼 수 있다. 즉 홍콩기본법은 중앙의 권한과 관리에 관한 사항을 국가 주권과 통일을 구현하는 데 절대적으로 필요한 범위로 엄격히 한정하고 있고, 그와 같은 필요가 없는 범위 밖의 권한을 중앙에 부여하고 있지는 아니하다.

'일국'과 '양제'는 상호 의존적인 관계에 있기 때문에 '일국'에만 집중하고 '양제'에 대해 소홀히 한다면 사회주의 제도를 시행하고 있는 중국 대륙의 방식대로 홍콩특별행정구 내의 모든 사무를 처리하게 될 것이나, 이는 '일국일제(一國一制)'에 불과할 뿐 '일국양제'는 아니다. 일국양제는 중앙과 특별행정구 쌍방이 서로 존중하고 협력하며 간섭하지 않을 것을 요구한다. 따라서 쌍방은 자기의 법정 권한 범위 내에서 권한을 행사해야 하고, 상대방의 법정 권한을 침범하거나 간섭해서는 아니 된다.

(2) 항인치항(港人治港) 원칙

홍콩기본법에 입각하여 홍콩특별행정구는 고도의 자치를 보장받고 있다. 우선, 중앙정부는 홍콩특별행정구 자치의 범위 내에 속하는 사항에 대해 간섭하지 않는다. 또한 홍콩특별행정구는 홍콩기본법에서 규정한 자치 범위 내에서 최종 결정을 내릴 수 있는 권한을 갖는다.[292]

'일국양제' 원칙에 따른 고도의 자치에는 홍콩 및 마카오특별행정구 주민 자신에 의한 통치를 보장하는 것도 포함되어 있는데, 이는 홍콩

---

292) 胡林輝, "論'港人治港'", 理論導刊, 1997-7, 33면 참조.

의 경우 '항인치항(港人治港)', 마카오의 경우 '오인치오(澳人治澳)'의 원칙이라고 불린다. 영국은 150여 년 동안 홍콩을 통치하면서 영국인을 홍콩총독으로 내세워 홍콩을 다스렸다. 그러나 중국정부는 홍콩에 대한 주권을 회복하면서 홍콩특별행정구에 중앙정부 사람을 파견하여 다스리는 방식을 채택하지 않았고, 오히려 중국헌법 제114조에서[293] 규정한 것과 같은 맥락으로 홍콩은 홍콩인이 다스리는 '항인치항(港人治港)'의 원칙을 세웠다.[294] 이 또한 '일국양제' 이론의 정책화 및 법률화의 일환이자, 홍콩 현지인들에 대한 국가의 신뢰로 볼 수 있다.[295]

(3) 법치원칙(法治原則)

신(新)중국이 설립되면서 중앙과 지방 간의 관계는 법보다는 정부 정책에 더 의존하여 처리되었다. 이는 단일제 국가에서 중앙이 지방을 다스리고 국가사무를 결정하는 데 있어 법률보다는 유연한 정책에 의거하는 것이 보다 필요했기 때문이다.[296] 그러나 만약 정책적으로만 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 처리한다면 정책 본연의 가변성

---

293) 중국헌법 제114조: 자치구 주석·자치주 주장·자치현 현장은 구역 자치를 시행하는 민족의 공민이 맡는다(自治區主席、自治州州長、自治縣縣長由實行區域自治的民族的公民担任).

294) 1984년 국무원보고서에 따르면 홍콩주민 98%는 중국동포로 그들의 절대 다수는 조국과 홍콩을 사랑하였고, 홍콩의 경제번영과 발전의 원인으로는 여러 가지가 있겠으나 대다수 홍콩동포의 총명함과 지혜, 근면성이 중요했는데, 그들은 현지환경과 자본주의 관리방식에 익숙하므로 스스로 홍콩을 완전히 잘 관리할 능력을 지니고 있으므로 중앙에서 사람을 보내어 관리하지 않고 홍콩 동포가 주인의식을 발휘하게 하면 충분하다고 하였다. 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003, 55면 참조.

295) 張少鵬, "《香港特別行政區基本法》与"港人治港"原則", 華僑大學學報, 1997-3, 93-94면 참조.

296) 焦洪昌, 姚國建, 香澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009, 56면 참조.

으로 인하여 홍콩에 확실성과 안정성을 보장할 수 없고, 홍콩의 발전 전반에 제약요소가 될 가능성이 있었다. 그러므로 정책을 바탕으로 한 법치주의 즉, 법치원칙에 따라 중앙과 특별행정구 간의 관계를 처리하는 것이 중요한데, 홍콩의 사례에서 법치원칙의 구체적인 요구사항은 아래와 같았다.

첫째, 중앙과 홍콩특별행정구의 관계는 홍콩기본법에 의해 규율되어야 한다. 홍콩기본법은 일국양제의 법제화인 동시에 홍콩특별행정구의 근본이 되는 법률이다. 홍콩기본법은 주로 홍콩특별행정구의 성격, 법적 지위, 중앙과의 관계, 홍콩특별행정구 주민(居民)의 기본권리와 의무, 홍콩특별행정구의 정치체제, 경제 제도와 교육, 과학, 문화, 종교 등의 사회제도 및 대외사무 등에 대한 규정으로서 홍콩특별행정구의 헌법성 법률로 작용하며, 동시에 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 처리하는 기본준칙(基本準則)이 된다. 따라서 중앙과 홍콩특별행정구 간의 관계는 홍콩기본법에 의해 규율되며, 홍콩기본법에 규정되어 있지 않거나 규정이 불명확한 경우에는 '일국양제'의 원칙과 홍콩기본법의 입법 취지에 따라 별도의 단행법률(單行法律)을 제정하여 그에 따라 해결되어야 할 것이다.[297]

둘째, 홍콩특별행정구에 대한 중앙의 권한은 법률이 제정한 범위 내에서 행사되어야 한다. 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 있어 중앙은 비록 국가 주권을 행사하는 지위에 있으나 엄격히 법치원칙을 준수해야 하며 당연히 홍콩기본법도 따라야 한다. 중앙의 권한은 국가 주권과 통일 수호의 목적으로 행사되는 것이 마땅하고, 또 그렇게 해야만 홍콩기본법의 취지에 부합된다.[298] 비록 중국은 단일제 체제에

297) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 119면 참조.

298) 焦洪昌, 姚國建, 香澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009, 57면 참조.

서 예외적으로 홍콩특별행정구에 고도의 자치 권한을 부여하였지만, 그렇다고 하여 중앙이 홍콩의 권한을 자의적으로 철회할 수 있는 것은 아니다.

셋째, 홍콩기본법의 개정 절차는 매우 엄격하게 준수되어야 하며 임의로 그러한 절차가 집행되어서는 아니 된다. 헌법에 법률 개정 절차를 까다롭게 규정하는 것은 법률의 강행성을 높이고 해당 법률에 대하여 안정적이고 막강한 권위를 부여하기 위함이다.[299] 만약 법률이 쉽게 개정된다면 법률이 가지고 있는 고유의 성격 또한 쉽게 사라질 것이다. 이런 이유로 홍콩기본법은 본문에 스스로 엄격한 개정 절차를 규정하였는데 제159조가 바로 그 예라고 할 수 있다. 해당 조항에 따르면, 홍콩기본법에 대한 개정권은 전국인민대표대회에 있고, 개정 제안권은 전국인민대표대회 상무위원회, 국무원과 홍콩특별행정구에 있으며, 홍콩기본법 개정안을 제출하기 위해서는 홍콩특별행정구의 전국인민대표대회 대표 3분의 2 이상 및 홍콩특별행정구 입법회 전체 의원 3분의 2 이상 다수의 동의와 홍콩특별행정구 행정장관의 동의를 거쳐야 하고, 그 후 전국인민대표대회에 출석한 홍콩특별행정구 대표단을 통하여 전국인민대표대회에 이를 제출하여야 한다. 또한 홍콩기본법 개정안은 전국인민대표대회의 의안으로 상정되기 전에 홍콩특별행정구기본법위원회가 먼저 이를 연구하고 의견을 제출해야 한다.[300] 이처럼 홍콩기본법은 자체적으로 개정 제안권에 대해 엄격히

---

299) 焦洪昌, 姚國建, 香澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009, 60면 참조.

300) 홍콩기본법 제159조: 본법의 개정권은 전국인민대표대회에 있다. 본법의 개정 제안권은 전국인민대표대회 상무위원회, 국무원과 홍콩특별행정구에 있다. 홍콩특별행정구의 개정안은 홍콩특별행정구의 전국인민대표대회 대표 3분의 2 이상 및 홍콩특별행정구 입법회 전체의원 3분의 2이상 다수의 동의와 홍콩특별행정구 행정장관의 동의를 거친 후 전국인민대표대회에 출석하는 홍콩특별행정구 대표단을 통하여 전국인민대표대회에 제출하여야 한다. 본법의 개정안은 전국인민대표대회의 의사일정에 상정되기 전에 먼저 홍콩특별행정구기본법위원회가 이를 연구하고 의견을 제출한다. 본법의 어떠한 개정도 홍콩에 대한 중화인민공화국의 기존에 정한 기본방침정책에 저촉되어서

규정되어 있을 뿐만 아니라 중국헌법에 의해 제정된 기본법률로써 개정안에 대한 심의(審議)의 과정 역시 엄격하다고 볼 수 있다. 즉 개정안에 대해서는 반드시 전국인민대표대회의 심의를 거쳐야 하고, 전국인민대표대회 상무위원회 및 기타 중앙기관은 홍콩기본법에 대한 개정권을 가지고 있지 않다.

홍콩기본법에 대한 개정 절차 뿐만 아니라 개정 내용도 엄격히 제한된다. 홍콩기본법 제159조 제3항은 "본 법의 어떠한 개정도 홍콩에 대한 중화인민공화국의 기존에 정한 기본방침·정책에 저촉되어는 아니 된다"라고 규정하였다. 즉, '기본법'의 개정은 기본법 입법취지에 위배되어서는 아니 된다. 여기서 말하는 기본법의 입법취지란 '일국양제(一國兩制)', '항인치항(港人治港)'과 '고도자치(高度自治)'를 의미하는바, 그 개정 또한 반드시 법치원칙에 의해 이루어져야 한다.

위 논의를 종합하자면, 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 처리함에 있어 상술한 세 가지 원칙은 반드시 지켜져야 한다. 해당 원칙들은 상호 의존성이 깊은 필수불가결한 조건이라 할 수 있다. 국가 통일과 영토, 주권의 완전성을 보호하고, 홍콩특별행정구의 번영과 발전을 보호하기 위해서는 홍콩특별행정구에 대한 고도의 자치권을 존중하며 홍콩특별행정구의 기존 제도를 최대한 유지해야 할 것이다.

는 아니 된다(本法的修改權屬于全國人民代表大會. 本法的修改提案權屬于全國人民代表大會常務委員會、國務院和香港特別行政區。香港特別行政區的修改議案，須經香港特別行政區的全國人民代表大會代表三分之二多數、香港特別行政區立法會全体議員三分之二多數和香港特別行政區行政長官同意后，交由香港特別行政區出席全國人民代表大會的代表團向全國人民代表大會提出。本法的修改議案在列入全國人民代表大會的議程前，先由香港特別行政區基本法委員會研究幷提出意見. 本法的任何修改，均不得同中華人民共和國對香港既定的基本方針政策相抵触).

제2절 중앙의 권한

앞서 언급한 바와 같이 '중앙'의 개념에는 최고인민법원과 최고인민검찰원을 제외한 나머지 기관, 즉 최고입법기관인 전국인민대표대회 및 그 상무위원회와 최고행정기관인 국무원 즉 중앙정부, 최고군사기관과 국가원수가 포함된다.[301] 이는 일국양제 방침에 의해 나타난 중앙과 특별행정구의 특수한 관계, 즉 홍콩기본법에 근거하여 중앙과 홍콩특별행정구의 권한배분에 대한 규정에서 나타난 개념이다. 즉 대륙과 홍콩의 관계는 일국양제 원칙 및 홍콩기본법에 의해 생겨난 것이므로 동 법에 의해 다시 설정된 것이고, 특히 중앙의 권한은 중국헌법이 아닌 홍콩기본법에 근거한 것으로 보아야 한다.[302]

위와 같은 논의를 전제로 홍콩기본법에서 규정하고 있는 중앙의 권한에는 홍콩특별행정구 설치권을 포함하여 외교권, 국방권, 인사임면권, 긴급사태선포권(非常狀態宣布權) 등이 있다. 여기서 설치권은 모든 권력의 기초가 된다고 할 수 있는데 홍콩특별행정구에 대한 입법관치권(立法管制權. 자세한 내용 후술)에는 홍콩기본법의 제정권 및 개정권과 해석권이 포함된다.

1. 홍콩특별행정구 설치권

중국 지방정부의 권한은 모두 중앙으로부터 이를 수권 받아 행사하는 것이므로, 지방정부는 중앙의 파생기관으로써 지방정부의 설치, 지방정부 관련 법률 및 개정, 해석까지 모두 중앙의 관리를 받게 된다.

---

301) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 143면 참조.

302) 王振民, "一國兩制"与基本法－－二十年回顧与展望", 江蘇人民出版社, 2017, 137면 참조.

홍콩특별행정구 역시 중국헌법에 근거하여 제정된 중국의 일급 지방행정구역이므로 홍콩에 대한 설립제정권, 즉 조직권은 중앙이 가지고 있다.[303]

홍콩기본법 서언에 따르면 “국가의 통일과 영토완정을 수호하고 홍콩의 번영과 안정을 유지하기 위하여 홍콩의 역사와 현 상황을 고려하여 국가는 홍콩에 대한 주권행사를 회복하였을 때 중국헌법 제31조의 규정에 근거하여 홍콩특별행정구를 설립하고 ‘하나의 국가, 두 개의 제도’의 방침에 따라 홍콩에서 사회주의 제도와 정책을 시행하지 아니할 것을 결정하였다”라고 규정하였다. 이어서 “중국헌법에 근거하여 전국인민대표대회에서는 특별히 홍콩기본법을 제정하여 홍콩특별행정구에서 시행할 제도를 규정함으로써 홍콩에 대한 국가의 기본방침과 정책의 시행을 보장한다”라고 규정하였다. 따라서 홍콩특별행정구 설치의 결정권과 홍콩특별행정구에서 시행하는 정치, 경제, 사회, 문화 등 제도에 대한 권한은 오직 전국인민대표대회가 가지고 있다. 즉, 홍콩에 대한 주권을 회복하고 홍콩특별행정구를 설치하며 홍콩특별행정구에서 시행하는 제도를 규정할 권한은 모두 전국인민대표대회에 있다.[304]

중국헌법 제31조와 홍콩기본법 규정과 같이 오로지 중앙만이 홍콩특별행정구의 설치 권한과 홍콩특별행정구에서 시행하는 제도 제정권을 가지게 된다. 이러한 맥락에서 보면 홍콩특별행정구에 대한 폐지권 역시 중앙이 가지고 있다고 해석할 수 있다.

---

303) 王振民, "一國兩制"与基本法－－二十年回顧与展望", 江蘇人民出版社, 2017, 140면 참조.

304) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 149면 참조.

2. 홍콩특별행정구에 대한 입법관치권(立法管制權)[305]

(1) 홍콩기본법의 제정권 및 개정권

홍콩의 주권 반환문제에 대해 중국과 영국은 1984년에 중·영공동연합성명을 체결하였고 동시에 전국인민대표대회는 '중화인민공화국 홍콩기본법 초안작성위원회'를 설립하였다.[306] '홍콩기본법 초안작성위원회'는 전국인민대표대회 산하에 있는 임시 전문위원회로서 전국인민대표대회에 의해 설립된 기관이다. 따라서 '홍콩기본법 초안작성위원회'의 작업은 국가최고권력기관인 전국인민대표대회의 지도를 받아 진행된 것이라고 할 수 있다.

위와 같이 설립된 홍콩기본법 초안작성위원회에 의해 제정된 홍콩기본법은 중국헌법 제31조에 따라 정치, 경제, 문화 제도를 포함하여 특별행정구의 제도와 정책, 주민의 권리와 의무, 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 규정한 홍콩특별행정구의 근본법이자, 홍콩특별행정구 정부와 주민들이 지켜 행하여야 할 기본법률이다. 즉 홍콩기본법은 특별행정구 내에서 최고의 지위와 법적 효력을 가지고 있는 법률이므로 홍콩의 기존법률인 보통법, 형평법, 조례, 부속입법, 관습법은 모두 기본법에 저촉되지 말아야 한다.[307]

---

305) 입법관치권이란 특별행정구기본법에 대한 중앙의 제정권과 개정권 내지 해석권을 통합하여 아우르는 용어로써 중앙이 특별행정구에 대해 갖고 있는 특수한 권한을 말한다. 王振民, "一國兩制"与基本法－－二十年回顧与展望", 江蘇人民出版社, 2017, 150-151면 참조.

306) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 150면 참조.

307) 홍콩기본법 제8조: 홍콩의 기존 법률, 즉 보통법·형평법·조례·부속입법과 관습법은 본법에 저촉되거나 홍콩특별행정구의 입법기관에 의하여 개정된 것을 제외하고는 그대로 유지한다(香港原有法律, 即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法, 除同本法相抵触或經香港特別行政區的立法机關作出修改者外, 予以保留).

상술한 바와 같이 중국헌법과 홍콩기본법의 규정을 살펴보면 홍콩특별행정구의 기본법률이 되는 홍콩기본법의 제정 권한은 오로지 전국인민대표대회 즉 중앙에 있다는 것을 알 수 있다. 그러나 중앙이 홍콩기본법에 대해 제정권을 가지고 있다 하여 전국인민대표대회가 특별행정구에 적용할 법률을 임의로 제정할 수 있는 것이 아니다.

중국헌법 제62조 제3항에 따르면 전국인민대표대회는 국가의 기본법률을 제정할 권한이 있을 뿐만 아니라 개정권한도 가지고 있다.[308] 즉 홍콩기본법에 대한 개정권도 오로지 전국인민대표대회에만 있고 전국인민대표대회 상무위원회를 포함하여 중앙의 다른 기관은 법률개정권한을 가지고 있지 않다. 그러나 홍콩기본법은 홍콩특별행정구의 헌법성법률이기 때문에 그 안정성을 보장할 필요가 있어 다른 일반법률보다 엄격한 개정절차 및 방식에 대해 규정하고 있다. 아래에서 그 몇 가지 특징을 살펴보도록 하겠다.

가. 홍콩기본법 개정 제안권

홍콩기본법 제159조 제2항에서 “홍콩기본법의 제안권은 전국인민대표대회 상무위원회, 국무원, 홍콩특별행정구에 있고 기타 부문과 기관 및 단체는 법률개정 제안권을 가지고 있지 않다”라고 규정하고 있다. 해당 규정에 의하여 홍콩기본법 제안권의 주체를 전국인민대표대회 상무위원회와 국무원, 홍콩특별행정구로 제한되었다.[309]

---

308) 중국헌법 제62조 제3항: 전국인민대표대회는 다음과 같은 직권을 행사한다. (3) 형사·민사·국가기구 및 그 밖의 기본법률 제정 및 개정(全國人民代表大會行使下列職權: (三) 制定和修改刑事、民事、國家机构的和其他的基本法律).

309) 王振民，中央与特別行政區關系，清華大學出版社，2002, 151면 참조.

중국 입법체계에서는 「전국인민대표대회조직법(全國人民代表大會組織法)」이 일반 법률에 대한 개정안을 제기할 수 있는 주체를 규율한다. 위 조직법 제9조와 제10조의 규정에 의하면 전국인민대표대회 개회 기간 동안 전국인민대표대회 주석단(主席團), 전국인민대표대회 상무위원회, 전국인민대표대회 각 전문위원회, 국무원, 중앙군사위원회, 최고인민법원, 최고인민검찰원, 전국인민대표대회 대표단 등은 모두 전국인민대표대회에 법률개정 의안을 제기할 수 있다. 그러나 홍콩기본법 개정의 경우 홍콩기본법 제159조의 규정과 같이 전국인민대표대회 상무위원회, 국무원, 홍콩특별행정구의 3개 기관으로 제안권 행사의 주체 범위를 제한하고 있고, 여기서 전국인민대표대회 상무위원회와 국무원은 각각 전국인민대표대회의 상설기관 및 집행기관으로써 중앙부처 중 홍콩기본법의 집행과 직접적인 관련이 있는 기관이다. 홍콩특별행정구에 홍콩기본법에 대한 개정 제안권을 부여한 것은 홍콩특별행정구가 홍콩기본법의 직접적인 관할 하에 있을 뿐만 아니라 구체적으로 홍콩기본법을 집행하는 기관이기도 하기 때문이다. 홍콩특별행정구가 실제 법집행 과정에서 홍콩기본법의 일부 조항이 홍콩의 현실과 부합되지 않음을 발견할 경우 관련 절차에 따라 전국인민대표대회에 그 개정을 제안할 수 있다.[310]

나. 홍콩기본법 심의 및 통과

홍콩기본법 제159조 제3항의 규정에 따르면 전국인민대표대회에 홍콩기본법 개정안을 상정되기 전에 먼저 홍콩기본법위원회가 개정안에 대해 연구하고 의견을 제출해야 한다. 여기서 홍콩기본법위원회는 전국인민대표대회 상무위원회 산하에 설치된 전문기관으로써, 개정 필

310) 王振民, 中央与特別行政區關系--一种法治結构的解析-, 清華大學出版社, 151면 참조.

요성이 있는 조항에 관하여 실제 집행과정에서 나타난 문제점을 선제적으로 연구하여 전국인민대표대회 상무위원회에 의견을 제시해야 할 의무가 있다.[311]

전국인민대표대회는 개정안에 대해 관련 보고와 홍콩특별행정구의 주민 및 각 인사들의 의견을 충분히 청취, 검토한 이후 전국인민대표대회 법률제정절차에 따라 심의를 진행한다. 홍콩기본법 개정안은 전국인민대표대회 전체 대표의 과반수에 의해 통과되어야만 법적 효력을 가진다.

다. 홍콩기본법 개정시 금지사항

홍콩기본법 제159조 제4항에 따르면 본법에 대한 어떠한 개정도 홍콩에 대한 중국의 기본방침 즉 일국양제에 저촉되어서는 아니 된다.[312] 홍콩기본법의 서문과 총칙에 규정된 '일국양제' 원칙 관련 내용에 따르면 홍콩특별행정구 내에서 중국의 사회주의 제도와 정책은 시행하지 않고, 중앙은 홍콩특별행정구에 고도의 자치권을 시행할 수 있는 권한을 부여하며, 홍콩 기존의 자본주의 제도와 생활방식은 50년간 보존한다. 본 기본방침과 정책에 반하는 홍콩기본법 개정안이 상정된다면 이는 통과될 수 없으므로 본 규정은 홍콩기본법을 개정함에 있어 반드시 지켜야 할 근본원칙이라고 할 수 있다.[313]

---

311) 王振民, 中央与特別行政區關系-一种法治結构的解析-, 清華大學出版社, 152-153면 참조.

312) 王振民, 中央与特別行政區關系-一种法治結构的解析-, 清華大學出版社, 153면 참조.

313) 王振民, 中央与特別行政區關系-一种法治結构的解析-, 清華大學出版社, 153면 참조.

(2) 홍콩기본법 해석권

가. 홍콩기본법 해석권 주체

중국헌법 제67조 제4항에 따르면 전국인민대표대회 상무위원회는 법률을 해석하는 권한을 가지고 있다. 홍콩기본법 제158조 제1항에서도 홍콩기본법에 대한 해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 있다고 규정하고 있다. 즉 법률에 대한 해석권은 오로지 전국인민대표대회 상무위원회만 가지고 있기 때문에 전국성 법률로써의 홍콩기본법에 대해서도 전국인민대표대회 상무위원회가 그 해석권을 갖고 있다는 것이다.

홍콩의 법률해석제도와 중국 대륙의 법률해석제도는 근본적으로 차이가 있다. 중국의 법률해석을 크게 사법해석과 입법해석, 행정해석으로 나눈다. 중국의 사법해석은 최고인민법원과 최고인민검찰원에 있다. 입법해석은 최고입법기관인 전국인민대표대회 상무위원회에서 그 권한을 가지고 있다. 행정해석의 경우는 국무원 및 그 부처에서 한다.[314]

홍콩의 법률해석제도는 영국 보통법의 영향을 받아 입법기관은 입법권만 향유하고 법률에 대한 해석권은 오로지 홍콩법원이 가지고 있다. 그러므로 홍콩의 법률해석제도와 중국 대륙의 법률해석 제도에는 상당한 차이가 있다고 할 수 있다. 이와 같은 상황에서 홍콩특별행정구에서 실시하는 법률해석제도는 홍콩 기존의 법률해석제도와 중국대륙의 법률해석제도 중에서 하나를 선택하는 것이 아니라 일국양제 원

314) 强世功, "司法主權之爭－－從吳嘉玲案看人大釋法"的憲政意涵", 淸華法學, 2009-5 177면 참조. 朱世海, "香港基本法中的權力結构探析－－以中央与香港特別行政區關系爲視角", 浙江社會科學, 2016-6, 65-66면 참조.

칙에 따라 경우를 나누어 해석권한을 홍콩법원 또는 전국인민대표대회 상무위원회에 부여하였다.[315] 즉 홍콩기본법 제158조 제2항은 "전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리함에 있어 본법의 홍콩 자치범위 내의 문제와 관련된 조항을 자체적으로 해석할 수 있는 권한을 부여한다"라고 규정하였다.

나. 홍콩기본법 해석권 제한

전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩기본법에 대한 해석권을 가지고 있으나 홍콩기본법의 해석상 그 적용범위가 제한되어 있다.[316] 홍콩기본법 제158조 제3항에 따르면 홍콩특별행정구 법원은 사건을 심리할 때 홍콩기본법의 조항에 대해 해석할 수 있으나, 이와 같이 사건을 심리함에 있어 중앙정부가 관리하는 사무 또는 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 조항을 해석할 필요가 있고 만약 그 해석이 판결에 영향을 미칠 수 있는 경우라면, 홍콩종심법원은 종국판결을 내리기 전에 전국인민대표대회 상무위원회에 해당 조항에 대한 해석을 요청하여야 한다. 이는 기존 중국헌법상 본래 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩기본법의 모든 조항에 대해 해석권을 가지고 있어야 하나, 홍콩특별행정구의 자치범위 내의 조항에 관한 해석권의 경우 이를 홍콩특별행정구 법원에 위임하여 예외적인 경우가 아니라면 사건 심리시 홍콩특별행정구 법원이 관련 조항에 대해 자체적으로 해석하도록 한 것이다.[317]

---

315) 王振民, 中央与特別行政區關系--一种法治結构的解析-, 清華大學出版社, 2007, 154면 참조.

316) 楊曉楠, "中央与地方關系視角下的香港基本法解釋", 浙江社會科學, 2020-10, 45-46면 참조.

317) 焦洪昌、姚國建, 港澳基本法概論, 中國政法大學出版社, 2009, 201면 참조. 王金龍, "論《香港特別行政區基本法》的解釋提請主体", 法律方法, 2017-2, 344면 참조.

다른 한편, 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩 기존 법률인 보통법, 형평법, 조례, 부속입법 등에 대해서는 해석권을 가지고 있지 않고 그 해석권 역시 홍콩특별행정구 법원에 부여된다.[318] 이는 일개 중국의 지방법원에 불과한 홍콩특별행정구 법원이 법률해석권을 행사할 수 있도록 한 것으로, 결국 '일국양제' 원칙에 따라 하나의 국가 안에서 서로 다른 법률해석제도가 병존할 수 있도록 하는 특수한 법률해석제도라고 할 수 있다.

3. 홍콩특별행정구에 대한 외교권

외교란 주권국가가 대외정책을 실현하기 위해 국가 간에 맺는 일체(一切)의 대외관계를 말하는바, 바로 주권국가가 외교사무의 주체가 된다. 여기서 외교사무는 국가 간의 교류와 협력을 촉진하고 국가 간의 분쟁 및 그 해결하는 것이다. 구체적으로 국가 지도자의 상호방문, 외교협상, 교섭(交涉), 조약 및 협정체결, 국제기구 및 국제회의 참석 등이 외교사무에 포함된다.[319] 즉, 외교사무의 처리는 일종의 주권국가의 내정행위로서 국가행위이므로 타인의 수권이 필요로 하지 아니한다. 따라서 외교는 그 개념상 원칙적으로 주권국가의 행위에 대한 것으로 외교활동에 참여하는 주체는 반드시 주권국가이며, 지방정부가 국가를 대표하여 외교사무를 행사할 수 없다. 통상적인 상황에서는 국가원수(元首), 정부수반(首腦), 외교부 등이 국가 이름으로 외교활동을 수행한다.

---

318) 陳新, "中央与香港關系法治化之思考", 理論月刊, 2014-4, 114-115면 참조.

319) 王振民, 中央与特別行政區關系--一种法治結构的解析-, 清華大學出版社, 2007, 166면 참조.

홍콩이 중국으로 반환된 이후, 홍콩기본법 제13조의 규정에 따라 홍콩특별행정구의 외교사무는 중앙정부가 책임지고 관리하게 되었다. 여기서 홍콩특별행정구의 외교사무는 국가원수·정부수반·외교부 등 국가이름으로 진행되는 외국정부와의 외교회담·조약체결·외교문서의 발송·국제회의나 국제조직에 참여하는 등의 사무를 말한다. 이에 따라 중국 외교부는 홍콩특별행정구에 중국외교부 대표기관인 중화인민공화국 외교부 홍콩특별행정구 특파원 관공서(特派員公署)를 설치하고, 중앙인민정부를 대표해 홍콩특별행정구와 관련된 외교사무를 처리하게 되었다.[320] 중국 외교부가 특별행정구의 외교사무를 처리하는 것은 중국의 주권을 행사하는 행위이자 중앙인민정부가 홍콩특별행정구에서 행사하는 국가권력행위 중의 하나로 볼 수 있다.

특파원 관공서는 중앙정부가 관리하는 홍콩특별행정구와 관련된 외교사무를 모두 처리할 뿐만 아니라, 홍콩특별행정구의 국제조직 및 국제회의 참가에 관한 사항, 국제조직과 국제기구가 홍콩특별행정구에 사무소를 설치하는 문제 및 홍콩특별해정구의 정부 간 국제회의 개최에 관한 사무 등을 조정하여 처리한다. 또한 특파원 관공서는 홍콩특별행정구에 대한 국제조약(國際公約)의 적용문제를 처리하고, 홍콩특별행정구는 중앙인민정부가 외교회담을 통해 체결한 협정 사항에 대하여 정부로부터 부여받은 권한에 따라 이를 처리할 수 있도록 지원한다.[321] 그 외에 특파원 관공서는 외국이 홍콩특별행정구에 영사

320) 홍콩기본법 제13조 제2항: 중화인민공화국의 외교부는 홍콩에 기구를 설치하여 외교사무를 처리한다(中華人民共和國外交部在香港設立机构處理外交事務).

321) 홍콩기본법 제153조: 중화인민공화국이 체결한 國際協定은 중앙인민정부가 홍콩특별행정구의 상황과 필요에 따라 홍콩특별행정구 정부의 의견을 물은 후 홍콩특별행정구에 그것을 적용할 것인지 여부를 결정한다(中華人民共和國締結的國際協議，中央人民政府可根据香港特別行政區的情况和需要，在征詢香港特別行政區政府的意見后，決定是否适用于香港特別行政區.中華人民共和國尙未參加但已适用于香港的國際協議仍可継續适用。中央人民政府根据需要授權或協助香港特別行政區政府作出适当安排，使其他有關國際協議适用于香港特別行政區).

기구(領事機構) 또는 관영(官方), 반관영(半官方)의 기구를 설립에 관련된 사항을 처리한다.[322]

4. 홍콩특별행정구에 대한 국방권

홍콩기본법 제14조는 주둔군(駐軍)과 국방사무(國防事務)에 대하여 규정하였다. 즉, 중앙정부는 홍콩특별행정구의 국방사무를 책임지고 관리하며[323], 홍콩특별행정구에 주둔군을 파견하여 방위사무를 책임진다.[324] 중앙정부는 홍콩특별행정구에 주둔군 파견과 관련하여 1996년 12월 30일 제8차 전국인민대표대회 상무위원회 회의에서 「홍콩특별행정구주둔군법(香港特別行政區駐軍法)」을 제정하였다. 주둔군법은 홍콩특별행정구 내에서 실시하는 전국성 법률 중 하나로 홍콩기본법 부속서Ⅲ의 내용을 포함하였다.

---

322) 홍콩기본법 제157조: 외국이 홍콩특별행정구에 영사기구 또는 기타 관영, 반(半)관영의 기구를 설립할 경우 중앙인민정부의 비준을 받아야 한다. 중화인민공화국과 이미 정식 외교관계를 수립한 국가가 홍콩에 설립한 영사기구와 기타 관영기구는 계속 유지시킬 수 있다. 중화인민공화국과 아직 정식 외교관계를 수립하지 아니한 국가가 홍콩에 설립한 영사기구와 기타 관영기구는 상황에 따라 유지하도록 허용하거나 또는 반관영기구로 변경할 수 있다. 중화인민공화국의 승인을 받지 못한 국가는 홍콩특별행정구에 민간기구만을 설립할 수 있다(外國在香港特別行政區設立領事机构或其它官方、半官方机构，須經中央人民政府批准。已同中華人民共和國建立正式外交關系的國家在香港設立的領事机构和其他官方机构，可予保留。尙未同中華人民共和國設立正式外交關系的國家在香港設立的領事机构和其他官方机构，可根据情况允許保留或改爲半官方机构。尙未爲中華人民共和國承認的國家，只能在香港特別行政區設立民間机构).

323) 홍콩기본법 제14조 제1항: 중국인민정부는 홍콩특별행정구의 방위사무를 책임지고 관리한다(中央人民政府負責管理香港特別行政區的防務).

324) 홍콩기본법 제14조 제3항: 중앙인민정부가 홍콩특별행정구에 파견하여 방위사무를 책임지는 군대는 홍콩특별행정구의 지방사무에 간섭해서는 아니 된다. 홍콩특별행정구 정부는 필요한 경우 중앙인민정부에 주둔군의 사회치안 유지와 재해구조에 관한 협조를 요청할 수 있다(中央人民政府派駐香港特別行政區負責防務的軍隊不干預香港特別行政區的地方事務。香港特別行政區政府在必要時，可向中央人民政府請求駐軍協助維持社會治安和救助灾害).

홍콩기본법 제14조 제1항은 “중앙정부는 홍콩특별행정구의 국방사무를 책임지고 관리한다”라고 규정하였다. 중앙정부는 홍콩특별행정구에 정부 대신 주둔군을 파견하여 그 방위사무를 책임지고 관리하는 방식을 택하였다. 즉 홍콩특별행정구의 국방사무는 주둔군의 직무라고 할 수 있다. 주둔군법 제5조에 따르면 주둔군의 직무는 외군의 침략에 대비하고 저항하여 홍콩특별행정구의 안전을 책임지는 것과 홍콩특별행정구의 군사시설을 관리하는 것, 섭외(涉外) 군사업무에 대해 책임을 지는 것이다.

한편, 홍콩의 국방사무를 책임지고 있는 주둔군은 홍콩특별행정구의 지방사무에 대해 간섭하여서는 아니 된다.[325] 예를 들면, 홍콩특별행정구의 사회질서는 홍콩특별행정구 경찰의 관할에 속하므로, 주둔구은 이에 간섭하여서는 아니 된다. 그러나 만약 홍콩특별행정구 정부가 중앙정부에 홍콩특별행정구의 사회질서 유지와 재해 구조에 필요한 요청을 할 경우에는 우선 중앙정부의 명령에 따라 주둔군이 출동한다. 그 과정에서 주둔군은 전국성 법률 외에 홍콩특별행정구의 법률도 함께 준수해야 한다.[326]

5. 홍콩특별행정구 인사임면권

홍콩기본법 제15조에 따라 중앙정부는 홍콩특별행정구의 행정장관과 행정기관의 주요 공무원을 임명한다. 즉 홍콩특별행정구의 행정장

325) 홍콩기본법 제14조 제3항. 위 각주324 참조.

326) 홍콩기본법 제14조 제4항: 주둔군은 전국성법률을 준수하는 외에 홍콩특별행정구의 법률도 준수하여야 한다(駐軍人員除須遵守全國性的法律外，還須遵守香港特別行政區的法律).

관은 중앙정부에 의해 임명되고 중앙정부에 대해 책임을 지는 것이다.[327] 중앙이 임명할 수 있는 홍콩특별행정구 행정기관의 주요 공무원에는 각 사(司)의 사장(司長), 부사장(副司法), 각 국(局)의 국장(局長), 염정전원(廉政專員), 심계서서장(審計署署長), 경무처처장(警務處處長), 입경사무처처장(入境事務處處長), 해관관장(海關關長)이 포함된다.[328] 중앙정부가 특별행정구의 행정장관 및 행정기관의 주요 공무원을 임명할 때에는 우선 각 후보자가 홍콩기본법에 규정된 요건에 부합되는지 여부를 심사한 후 최종 임명 여부를 결정할 수 있다.[329]

6. 홍콩특별행정구 입법에 대한 심사권

중국헌법 제67조에 따르면 전국인민대표대회 상무위원회는 중국의 최고권력기관으로서 입법 감독권과 심사권을 가진다. 홍콩기본법의 제11조 제2항에 의하면 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩특별행정구 입법기관에서 제정한 법률이 홍콩기본법에 부합되는지 여부에 대해서도 심사권을 가진다. 즉 전국인민대표대회 상무위원회의 홍콩특

327) 홍콩기본법 제43조 제2항. 위 각주192 참조.

328) 홍콩기본법 제48조 제5항: 홍콩특별행정구 행정장관은 다음과 같은 직권을 행사한다. (5) 중앙인민정부가 임명하는 다음의 주요공무원을 추천하고, 해임을 건의한다. 각 사(司)의 사장(司長), 부사장(副司長), 각 국(局)의 국장(局長), 염정전원(廉政專員), 심계서서장(審計署署長), 경무처처장(警務處處長), 입경사무처처장(入境事務處處長), 해관관장(海關關長) (香港特別行政區行政長官行使下列職權: (五) 提名幷報請中央人民政府任命下列主要官員：各司司長、副司長，各局局長，廉政專員，審計署署長，警務處處長，入境事務處處長，海關關長；建議中央人民政府免除上述官員職務).

329) 홍콩기본법 제44조. 위 각주265 참조. 홍콩기본법 제99조: 홍콩특별행정구 정부의 기관에 재직 중인 공무원은 홍콩특별행정구의 영주민이어야 한다. 본법 제101조가 규정한 외국국적을 보유한 공무원으로 별도의 규정이 있거나 또는 법률이 규정하는 어떤 직급 이하의 경우에는 이 제한을 받지 않는다. 공무원은 직무에 충실하여야 하고 홍콩특별행정구 정부에 대하여 책임을 진다(在香港特別行政區政府各部門任職的公務人員必須是香港特別行政區永久性居民。本法第一百零一條對外籍公務人員另有規定者或法律規定某一職級以下者不在此限。公務人員必須盡忠職守，對香港特別行政區政府負責).

별행정구 입법에 대한 심사권은 본래 중앙정부의 관할에 속하는 사항을 구현한 것이라고 할 수 있다.

홍콩기본법 제17조 제2항에 의하면 홍콩특별행정구 입법회가 제정한 법률은 반드시 전국인민대표대회 상무위원회에 보고(報告)하고 등록(備案)하여야 한다. 이와 같은 보고, 등록는 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩특별행정구의 입법회에서 제정한 법률에 대한 내용과 관련 정황을 파악하여 필요한 준비를 할 수 있도록 하기 위함이다. 홍콩기본법 제17조 제2항이 등록 여부가 해당 법률의 효력의 발생에 영향을 미치지 않는다고 에서 규정하므로 이는 홍콩특별행정구 법률의 효력발생의 필수 절차가 아니다. 홍콩특별행정구 입법회가 의결한 법안은 행정장관이 서명하고 공포하는 것으로 효력이 발생한다.[330]

등록 여부가 해당 법률의 효력발생에 영향을 미치지 않는다면 중앙정부의 감독권은 어떻게 실현될 수 있을 것인가? 이에 대해서 홍콩기본법 제17조 제3항은 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩특별행정구의 입법회에서 제정한 법률이 중앙이 관리하는 사무 또는 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 규정에 부합되지 않는다고 인정할 경우 전국인민대표대회 상무위원회의 산하의 홍콩특별행정구기본법위원회에 의견을 물은 후 관련 법률을 반려할 수 있으나 해당 법률을 수정하지는 않는다고 규정하고 있다. 전국인민대표대회 상무위원회에 의하여 반려된 법률은 즉시 그 효력을 상실하며 해당 법률의 효력상실은 홍콩특별행정구의 법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 소급효(遡及力)가 없다.[331] 위 규정에 따라 전국인민대표대회 상무위

330) 홍콩기본법 제76조: 홍콩특별행정구의 입법회가 의결한 법안은 행정장관이 서명하고 공포하여야 효력을 발생할 수 있다(香港特別行政區立法會通過的法案，須經行政長官簽署、公布，方能生效).

331) 홍콩기본법 제17조 제3항. 위 각주78 참조.

원회는 홍콩특별행정구 입법회가 제정한 법률의 근거가 홍콩기본법에 한정되고, 그 범위는 홍콩기본법에서 규정한 중앙이 관리하는 사무이며, 중앙과 홍콩특별행정구 관계에 관련된 사항에 한하여 심사 및 감독권을 행사하게 된다.[332]

한편, 전국인민대표대회는 홍콩특별행정구에 입법권을 향유할 수 있도록 권한을 부여하였다. 그러므로 홍콩특별행정구의 자치범위 내의 사무에 대해서는 홍콩특별행정구가 자체적으로 입법활동을 수행할 수 있고, 중앙은 관련 입법 사항에 대한 심사권을 가지지 않는다.[333] 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩특별행정구 입법회에서 제정한 법률이 홍콩기본법상 관련 규정에 비추어 고도의 자치권 범위 내에 해당하지 않는다고 판단하여도 해당 법률을 반려하지 않고 홍콩특별행정구 입법회가 자체적으로 처리하도록 한다.[334] 이렇게 하는 것은 '일국양제'의 정신에 따라 홍콩특구의 고도의 자치권을 보호 및 존중하기 위한 것이라 할 수 있다.

7. 중대사항 결정권

홍콩기본법 규정에 따르면 국방, 국가통일과 안전 그리고 주권범위 내의 사무에 대해서는 모두 중앙에서 관리하고 책임진다. 이는 특히 주권범위 내의 중대한 사항에 대해서는 중앙이 결정하도록 한다는 점에서 중앙정부 권한의 핵심적인 사항이 된다.

---

332) 王禹, "一國兩制下中央對特別行政區的全面管治權", 港澳研究, 2016-4. 8-10면.

333) 홍콩기본법 제17조 제1항. 위 각주78 참조.

334) 范宏云, ""一國兩制"下的中央全面管治權", 特區實踐与理論, 2014-5, 49면 참조.

(1) 전국성 법률의 실시 결정

홍콩기본법 제18조는 홍콩특별행정구에서도 국가 주권과 관련된 특정 전국성 법률은 반드시 시행한다고 규정하면서, 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 홍콩특별행정구에서 시행되는 전국성 법률을 나열하였다. 홍콩기본법 동 조에 따르면, 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 열거된 전국성 법률을 변경(증감)할 수 있는 권한을 가진다. 통상 최고입법기관인 전국인민대표대회는 국방, 외교 등 국가 주권과 관련된 법률을 부단히 제정하게 되는데, 위 홍콩기본법 규정을 통해 국방·외교 등 국가 주권과 관련되거나 기타 홍콩기본법의 규정에 따른 홍콩특별행정구 자치 범위에 속하지 않는 새로운 법률이 제정되더라도, 이를 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 열거하여 홍콩특별행정구에서 시행되도록 할 수 있다.[335]

1997년 7월 1일부터 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 열거되어 홍콩특별행정

335) 홍콩기본법 제18조: 홍콩특별행정구에서 시행하는 법률은 본법 및 본법 제8조에서 규정하는 홍콩기본의 법률과 홍콩특별행정구 입법기관에서 제정한 법률이다. 전국성 법률 본법 부속서Ⅲ에서 열거한 것 외에는 홍콩특별행정구에서 시행되지 않는다. 본법 부속서Ⅲ에서 열거한 법률은 홍콩특별행정구가 이 지역에 공포하거나 또는 입법화하여 시행한다. 전국인민대표대회 상무위원회는 그 산하에 있는 홍콩특별행정구기본법위원회와 홍콩특별행정구 정부의 의견을 물은 후 본법 부속서Ⅲ에서 열거한 법률을 증감할 수 있으며, 부속서Ⅲ에 열거한 어떠한 법률도 국방·외교와 관련되는 법률 및 기타 본법의 규정에 따른 홍콩특별행정구 자치범위에 속하지 않는 법률로 한정된다. 전국인민대표대회 상무위원회가 전쟁상태의 선포를 결정하거나 홍콩특별행정구내에 홍콩특별행정구 정부의 통제가 불가능할 정도로 국가의 통일 또는 안전을 위협하는 동란이 발생하여 홍콩특별행정구가 비상사태에 돌입하였다고 결정할 경우 중앙인민정부는 관련 전국성법률을 홍콩특별행정구에 시행할 것을 명령할 수 있다(在香港特別行政區實行的法律爲本法以及本法第八條規定的香港原有法律和香港特別行政區立法机關制定的法律。全國性法律除列于本法附件三者外，不在香港特別行政區實施。凡列于本法附件三之法律，由香港特別行政區在当地公布或立法實施。全國人民代表大會常務委員會在征詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會和香港特別行政區政府的意見后，可對列于本法附件三的法律作出增減，任何列入附件三的法律，限于有關國防、外交和其他按本法規定不屬于香港特別行政區自治范圍的法律。全國人民代表大會常務委員會決定宣布戰爭狀態或因香港特別行政區內發生香港特別行政區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定香港特別行政區進入緊急狀態，中央人民政府可發布命令將有關全國性法律在香港特別行政區實施).

구에서 시행되는 전국성 법률에는「중화인민공화국 수도·기념일·국기에 관한 결의(關于中華人民共和國國都、紀年、國歌、國旗的決議）」,「중화인민공화국 국경일에 관한 결의(關于中華人民共和國國慶日的決議)」,「중앙정부가 공포한 중화인민공화국국장 명령(中央人民政府公布中華人民共和國國徽的命令)」,「영해에 관한 중화인민공화국 성명(中華人民共和國政府關于領海的聲明)」,「중화인민공화국 국적법(中華人民共和國國籍法)」,「중화인민공화국 외교특권 및 면제조례(中華人民共和國外交特權与豁免條例)」등 총 6개가 포함된다.

(2) 전쟁상태 및 비상사태 돌입 결정

홍콩특별행정구의 전쟁상태 및 비상사태 돌입에 대한 중앙의 결정권에 대해, 홍콩기본법 제18조 제4항에서는 전국인민대표대회 상무위원회가 전쟁상태의 선포를 결정하거나 홍콩특별행정구 내에 홍콩특별행정구 정부의 통제가 불가능할 정도로 국가의 통일 또는 안전을 위협하는 동란이 발생하여 홍콩특별행정구가 비상사태에 돌입하였다고 결정할 경우 중앙정부는 관련 전국성 법률을 홍콩특별행정구에 시행할 것을 명령할 수 있다고 규정하였다.[336]

따라서 중앙은 홍콩특별행정구가 긴급사태에 돌입하였음을 선포하고 관련 법률을 홍콩에 적용할 권한이 있다. 즉, 중국이 전쟁상태에 진입하였다고 선포할 경우, 홍콩특별행정구 역시 중화인민공화국의 일부분으로써 이에 포함되므로, 전국성 법률의 효력 범위가 홍콩특별

336) 홍콩기본법 제18조 제4항: 전국인민대표대회 상무위원회가 전쟁상태의 선포를 결정하거나 홍콩특별행정구 내에 홍콩특별행정구 정부의 통제가 불가능할 정도로 국가의 통일 또는 안전을 위협하는 동란이 발생하여 홍콩특별행정구가 비상사태에 돌입하였다고 결정할 경우 중앙인민정부는 관련 전국성법률을 홍콩특별행정구에 시행할 것을 명령할 수 있다(全國人民代表大會常務委員會決定宣布戰爭狀態或因香港特別行政區內發生香港特別行政區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定香港特別行政區進入緊急狀態，中央人民政府可發布命令將有關全國性法律在香港特別行政區實施).

행정구까지 미칠 수 있다는 것이다. 나아가 만약, 홍콩특별행정구 내에서 홍콩특별행정구 정부가 통제할 수 없을 정도의 국가 통일 및 안전을 위협하는 시위 또는 동란이 발생하면, 중앙은 홍콩특별행정구가 긴급사태에 돌입하였음을 선포할 권한을 가지고, 명령을 발하여 홍콩특별행정구에서 전국성 법률이 실시되도록 할 권한도 가지고 있다. 결론적으로 홍콩특별행정구의 비상 처리에 관한 규정은 국가의 주권적 지위를 법적으로 구현한 것으로, 이는 홍콩특별행정구가 중국의 주권 범위 내에 있음을 보여준다.[337]

(3) 홍콩특별행정구 전국인민대표대회 대표 선거 결정

중국헌법 제59조에서는 전국인민대표대회의 대표가 성, 자치구, 직할시, 특별행정구, 군대에서 선출한 대표로 구성된다고 규정되어 있고[338], 홍콩기본법 제21조에서도 역시 홍콩특별행정구 주민 중 중국공민은 법에 따라 국가사무의 관리에 참여할 수 있다고 규정되어 있다.[339] 이에 따라 홍콩특별행정구의 전국인민대표대회의 대표는 선거

337) 王禹, "一國兩制下中央對特別行政區的全面管治權", 港澳研究, 2016. 4-6면 참조. 鄒平學 劉海林, "論人大重大事項決定權的規范內涵及制度完善", 四川師范大學學報, 218-1, 55면 참조. 田自勇, "人民代表大會重大事項決定權制度研究", 河北師范大學, 博士論文, 12면 참조.

338) 중국헌법 제59조: 전국인민대표대회는 성·자치구·직할시·특별행정구·군대에서 선출한 대표들로 구성된다. 각 소수민족은 모두 마땅히 적당한 수의 대표가 있어야 한다. 전국인민대표대회의 대표 선출은 전국인민대표대회 상무위원회가 주관한다. 전국인민대표대회 대표 수와 대표 선출 방법은 법률이 정하는 바에 따른다(全國人民代表大會由省、自治區、直轄市、特別行政區和軍隊選出的代表組成。各少數民族都應当有适当名額的代表。全國人民代表大會代表的選擧由全國人民代表大會常務委員會主持。全國人民代表大會代表名額和代表産生辦法由法律規定).

339) 홍콩기본법 제21조: 홍콩특별행정구의 주민 중 중국공민은 법에 따라 국가사무의 관리에 참여할 수 있다. 전국인민대표대회에서 확정한 대표의 수와 대표선출방법에 따라 홍콩특별행정구 주민 중 중국공민이 홍콩에서 선출한 홍콩특별행정구의 전국인민대표대회 대표는 국가최고권력기구의 업무에 참여할 수 있다(香港特別行政區居民中的中國公民依法參与國家事務的管理。根据全國人民代表大會确定的名額和代表産生辦法，由香港特別行政區居民中的中國公民在香港選出香港特別行政區的全國人民代表大會

로 선출되고 선출된 대표는 국가최고권력기구의 업무에 참여할 수 있다.

「중화인민공화국 전국인민대표대회와 지방 각급인민대표대회 선거법(中華人民共和國全國人民代表大會和地方各級人民代表大會選舉法)」에 따르면, "전국인민대표대회의 대표는 각 성, 자치구와 직할시의 인민대표대회에서 선출된다"라고 규정하고 있다. 그러나 홍콩특별행정구에서는 대륙의 인민대표대회제도를 시행하지 않기 때문에 별도 인민대표대회가 설립되어 있지 않다. 이에 홍콩특별행정구의 전국인민대표대회의 대표는 전국인민대표대회 상무위원회가 별도로 정하는 선출방법과 대표 인수에 관한 결정 즉, 별도의 '특별절차'[340]에 의해 선출된다.

8. 소결

본 절에서는 '일국양제' 정책 하에서 중앙의 홍콩특별행정구에 대한 권한, 즉 홍콩기본법에서 규정하고 있는 중앙의 권한에 대해 자세히 살펴보았다. 중앙이 홍콩특별행정구에 대해 향유하고 있는 권한을 종합해 보면 크게 외교권과 국방권 외에도 홍콩기본법 개정권 및 해석권과 행정장관에 대한 임명권 등이 있다.

홍콩기본법 규정에 따르면, 홍콩특별행정구 내의 사무(事務)는 주로 2가지로 나눌 수 있다. 첫 번째는 중앙에서 관리하는 사무이고 두 번

代表，參加最高國家權力机關的工作).

340) 2022년 3월 전국인민대표대회는 「중화인민공화국 홍콩특별행정구 제14기 전국인민대표대회 대표 선거 방법(中華人民共和國香港特別行政區選舉第14屆全國人民代表大會代表的辦法)」을 통과시킨 바가 있다. 全國人大网 www.npc.gov.cn 방문일자: 2022.12.25.

째는 홍콩특별행정구 자치 범위 내의 사무이다. '중앙이 관리하는 사무'에 대해서는 중앙이 결정권을 가지고 행사하는데, 대표적으로 외교권과 국방권이 그 예라고 할 수 있다. '홍콩특별행정구 자치 범위 내의 사무'에는 행정권, 입법권, 독립된 사법권과 종심권이 있다. 홍콩특별행정구의 행정권은 홍콩특별행정구의 정부에서 행사하고, 입법권은 홍콩특별행정구의 입법회에서 행사하며, 독립된 사법권과 종심권은 홍콩법원과 홍콩 종심법원에서 행사한다. 그러나 이와 같은 권한들은 홍콩특별행정구가 중앙으로부터 위임받은 권한이므로 결국 중앙으로부터 일정 수준의 감독은 불가피하다.[341]

행정권에 대해 살펴보면, 홍콩기본법 제48조 제3항에서는 행정장관은 입법회에서 통과된 재정 예산안, 재정 결산안을 중앙정부에 보고하고 등록한다고 함으로써 중앙의 홍콩특별행정구 재정에 대한 감독권을 규율한다. 입법권의 경우, 홍콩기본법 제17조 제2항은 홍콩특별행정구 입법회에서 제정한 법률은 반드시 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하고 등록해야 한다고 규정하였다. 본 조항 제3항에서는 만약 홍콩특별행정구의 입법기관에서 제정한 법률이 중앙이 관리하는 사무 및 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 규정에 부합되지 않는다고 인정될 경우 전국인민대표대회 상무위원회는 관련 법률을 반송하나 수정하지 않는다고 규정하였다. 즉 홍콩 입법회가 제정한 법률에 대해 중앙이 감독권을 가진다는 것이나, 이와 같은 감독 권한이 사전 감독(事前監督)이 아닌 사후 감독(事后監督)이라는 점에 유의해야 한다. 사법권의 경우, 홍콩기본법 제82조에서 "홍콩특별해정구의 종심권은 홍콩특별행정구 종심법원에서 행사한다"라고 규정하였다. 이에 따라 중앙은 종심법원의 종심판결 결과에 대해 간섭하거나 감독할 수 없다. 홍콩특별행정구가 완전한 사법권을 부여받기는 하였으나,

341) 王振民, 中央与特別行政區關系, 淸華大學出版社, 2002, 176-179면 참조.

중앙은 홍콩특별행정구기본법의 조항에 대한 해석권을 가진다. 즉 홍콩기본법 제158조 제2항과 제3항의 규정에 따라, 종심법원에서는 홍콩특별행정구 자치범위 내의 문제와 관련된 조항에 대해서는 자체적으로 해석할 수 있으나, 중앙정부가 관리하는 사무 또는 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 조항에 대해 해석할 필요가 있고, 그 해석이 판결에 영향을 미치는 것이라면 종심판결을 내리기 전에 전국인민대표대회 상무위원회에 조항에 대한 해석을 요청해야 한다는 것이다.

위와 같이 홍콩특별행정구 자치 권한에 대한 중앙의 감독권, 특히 홍콩기본법에 대한 중앙의 해석권에 대해 일부 학자들은 중앙의 권한이 사실상 무한대로 확대될 가능성이 있다는 지적을 한 바 있다[342]. 실제 2014년 중국 국무원 신문판공실에서 발표한 「'일국양제' 홍콩특별행정구에서의 실천」 백서[343]에서도 '중앙은 홍콩특별행정구에 대해, 즉 중앙이 직접 행사하는 권력뿐만 아니라 홍콩특별행정구가 법에 따라 행사하는 고도의 자치권에 대해서도 전반적인 관치권(管治權)을 갖고 있고, 홍콩특별행정구의 고도의 자치권에 대해서는 중앙이 감독권을 갖고 있다'고 기재한 바가 있다. 그러나 위 홍콩기본법상 중앙과 홍콩특별행정구 권한 배분에 관한 규정을 보면 비록 중앙이 입법권, 행정권, 사법권 등 홍콩특별행정구에 수권한 각 권한에 대해 감독할 수는 있으나, 일반적으로 이와 관련된 모든 사항(事項)에 대한 일률적인 감독권을 갖고 있다고 보기는 어려울 것이다. 만약 위 권한과 관련된 사항이 홍콩특별행정구 자치 사항에 해당되지 않는다면 중앙이 감독권한을 행사할 수 있으나, 그렇지 않을 경우에는 중앙이 감독권한을 행사할 수 없는 것으로 해석하는 것이 합리적이며 '일국양제' 통일정책에도 부합될 것이다.

---

342) Benny Y.T. Tai, Basic Law, Basic Polics: The Constitutional Game of Hong Kong, HONG KONG LAW JOURNAL, 2007, Vol 37 Part 2, 549면.

343) http://www.scio.gov.cn/tt/Document/1372801/1372801.htm 방문일자: 2022. 12. 25.

제3절 홍콩특별행정구의 권한

중앙은 국가의 통일과 주권 수호를 위해 반드시 행사해야 하는 권한을 갖는다. 그러나 홍콩특별행정구는 '일국양제' 원칙에 따라 '양제'를 충분히 보장하기 위해 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받았다. 즉 중앙은 국가의 통일과 주권을 수호하기 위하여 불가결한 범위 내에서만 권한을 행사하고, 그밖의 부분의 경우 홍콩특별행정구가 중앙으로부터 부여한 고도의 자치권을 행사하게 된다. 다른 한편, 홍콩특별행정구 주민도 다른 중국 주민들과 마찬가지로 전국성 (국가)사무 관리에 참여할 수 있고, 본래 중앙의 사무에 속하나 홍콩특별행정구에 위임된 권한 역시 행사할 수 있다. 즉, 홍콩특별행정구는 고도의 자치권 외에도 전국성 사무의 관리권과 중앙에서 부여하는 '기타 권한(其他權力)'도 행사할 수 있는데, 아래에 홍콩특별행정구가 갖고 있는 이와 같은 권한에 대해 살펴보도록 하겠다.

1. 홍콩특별행정구 고도의 자치권 함의

(1) 자치와 고도의 자치

헌법학에서 '자치'라 함은 자기 스스로 자신의 (지방)사무를 관리하는 것을 말한다.[344] 홍콩기본법상 자치는 홍콩특별행정구가 수권범위 내에서 그 지방의 사무를 스스로 처리할 수 있는 권한을 말한다. 홍콩기본법 제2조는, 전국인민대표대회는 본 기본법의 규정에 따라 홍콩특별행정구에서 고도의 자치를 시행하도록 하고, 홍콩특별행정구에 행정권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권(終審權)을 부여한다고 규

344) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 180면 참조.

정하였다. 또한 홍콩기본법 제20조에서도 홍콩특별행정구는 전국인민대표대회와 전국인민대표대회 상무위원회 및 중앙정부가 부여하는 기타 권한을 가지고 있다고 규정하였다.[345]

그러나 홍콩특별행정구가 고도의 자치권을 부여받았다고 하더라도 이는 어디까지나 중국이라는 단일제 국가의 지방정부에 불과하므로, 홍콩특별행정구의 자치권의 실행은 국가 통일과 국가 주권에 악영향을 미쳐서는 아니 되고, 만약 지방자치가 국가 통일과 주권에 해를 끼친다면 중앙은 부여한 자치권을 취소할 수 있다. 홍콩특별행정구를 포함하여 어떠한 지방의 자치권도 모두 중앙의 제한(限制)을 받는다고 할 수 있다.[346] 이러한 맥락에서 중앙이 지방에 부여한 자치권에는 한계가 있을 수밖에 없으므로, 소위 말하는 '완전자치(完全自治)'가 단일제 국가에서 존재하기는 어려울 것이다.[347]

(2) 고도자치의 성격 및 범위

가. 고도자치의 성격

홍콩특별행정구가 가지고 있는 고도의 자치권은 그 자체의 본래적 권한이 아니라 중앙으로부터 부여받은 권한이다. 홍콩기본법 제12조는 먼저 홍콩특별행정구는 중국의 단일 국가 구조 하의 특별지방행정구역으로 중앙정부에 직할된다고 규정하였으므로 이를 통해 단일제

---

345) 홍콩기본법 제20조: 홍콩특별행정구는 전국인민대표대회와 전국인민대표대회 상무위원회 및 중앙인민정부가 受與하는 기타 권한을 향유한다(香港特別行政區可享有全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會及中央人民政府授予的其他權力).

346) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 180-181면 참조.

347) 王叔文, 香港特別行政區基本法導論, 中共中央党校出版社, 1990. 107-108면.

원칙(單一制原則), 즉 원시권력(原始權利)은 중앙에 속하고 홍콩특별행정구의 권력은 중앙정부에 의해 수권되는 것으로 부차적 권력임을 알 수 있다.[348]

'고도자치'의 성격상 홍콩특별행정구의 고도자치 역시 국가주권에 귀속되는 지방자치권이다. 주권은 국가의 불가분적 속성이므로 어느 국가든 주권 범위 즉, 그 영토 내에서는 어떠한 외부적 권리도 모두 배제할 수 있는 권력을 가진다.[349] 주권국가는 국제교류의 영역에서도 독립·자주적으로 대외사무를 처리하는 권한을 가진다. 반면 지방자치권은 지방정부가 법률에 따라 일정한 지역 범위 내에서 중앙정부로부터 부여받은 권력에 의해 자체적으로 행정권을 행사한다는 것을 의미한다. 홍콩특별행정구 역시 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받았다고 하더라도 국가주권 범위의 사무를 처리할 수는 없으며, 헌법과 홍콩기본법에 따라 중앙정부로부터 부여받은 권한 범위 내에서만 관련 사무를 처리할 수 있을 뿐이다.[350]

나. 고도자치의 범위

홍콩기본법에 따르면 전국인민대표대회는 홍콩특별행정구에 고도의 자치권을 부여하였는데, 이러한 고도의 자치권에는 행정권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권이 포함된다.[351] 즉 홍콩특별행정구는 중앙

348) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990 138면 참조.

349) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990 142면 참조.

350) 郭天武; 陳雪珍 ,"論中央授權与香港特別行政區高度自治", 当代港澳研究, 2011-4, 3-4면 참조.

351) 홍콩기본법 제2조. 위 각주179 참조.

으로부터 해당 지역 전 영역에서 행정, 입법, 사법을 행사할 수 있는 자치권을 부여받았다.

통상 중앙정부가 홍콩특별행정구에 위임한 행정권이란 국가 행정기관이 법률을 집행하고, 국가사무와 사회사무를 관리하는 권한으로 이해된다.[352] 홍콩기본법의 규정에 따르면 국방, 외교 및 기타 반드시 중앙이 처리하여야 하는 행정사무를 제외한 홍콩특별행정구 자치 범위 내에 속하는 모든 행정사무는 모두 홍콩특별행정구가 관리하도록 할 뿐만 아니라[353], 홍콩특별행정구의 행정사무는 홍콩특별행정구의 영구주민이 담당하도록 되어 있다.[354] 또한 홍콩특별행정구의 입법권이란 홍콩이 계속하여 기존 법률의 전통에 따라 새로운 법률을 제정하고 형성할 수 있는 권한을 말한다.[355] 즉, 홍콩특별행정구 입법회에서는 기존과 같이 홍콩특별행정구에서 시행하는 법률을 모두 제정할 수 있다는 것이다. 다만 홍콩특별행정구 입법회가 독립기구로 홍콩특별행정구에서 시행되는 법률을 제정·개정·폐지하는 등의 독립적인 권한을 가지고 있다고 하더라도, 이와 같은 권한도 어디까지나 중앙으로부터 부여받은 권한이므로 홍콩특별행정구 입법회에서 제정한 법률은 반드시 중앙 즉, 전국인민대표대회 상무위원회에 보고, 등록해야 한다.[356] 이 외에도 독립적인 사법권과 종심권(終審權)이 있다. 홍콩

352) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 181면 참조.

353) 홍콩기본법 제62조. 위 각주79 참조.

354) 홍콩기본법 제44조. 위 각주265 참조. 홍콩기본법 제61조: 홍콩특별행정구의 주요공무원은 홍콩에서 통상 연속해서 15년 이상 거주하고, 외국에 거류권이 없는 홍콩특별행정구의 영주민이 중국공민이 담당한다(香港特別行政區的主要官員由在香港通常居住連續滿十五年幷在外國无居留權的香港特別行政區永久性居民中的中國公民担任).

355) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社, 1990, 138-142면 참조.

356) 홍콩기본법 제73조: 홍콩특별행정구 입법회는 다음과 같은 직권을 행사한다. ①본법의 규정과 법정절차에 따라 법률을 제정·개정·폐지한다. ②정부가 제출한 재정예산안을 심의·통과시킨다. ③세수와 공공지출을 비준한다. ④행정장관의 시정보고를 청취하

특별행정구 법원은 어떠한 간섭도 받지 않고 독립적으로 재판할 권한을 가지고 심판을 할 수 있다.[357]

2. 홍콩특별행정구의 행정권

(1) 행정권의 개념

행정권은 일반적으로 국가 행정기관이 국가사무와 사회사무를 관리하는 권한을 의미하는 것으로 국가권력의 중요한 일부분을 이룬다. 특히 중국 체계상 행정관리권은 국가의 통일적으로 관리를 위해 하급기관이 상급기관에 복종(服從)하고 지방은 중앙에 복종하는 시스템을

고 토론을 행한다. ⑤정부의 업무에 대하여 질의한다. ⑥공공이익과 관련된 문제에 대하여 토론한다. ⑦종심법원 법관과 고등법원 수석법관의 임면에 동의한다. ⑧홍콩주민의 항소를 접수받아 수리한다. ⑨입법회 전체의원 4분의 1이상의 공동발의로 행정장관이 엄중한 위법행위 또는 독직행위가 있다고 고발하였는데도 그가 사임하지 않을 경우 입법회의 조사를 거쳐 입법회는 종심법원 수석법관에게 독립정인 조사위원회를 책임지고 구성하고, 종심법원 수석법관이 당해 위원회의 주석을 담임하라고 위탁할 수 있다. 조사위원회는 책임지고 조사를 진행하고, 조사결과를 입법회에 보고하여야 한다. 위 조사위원회가 상술한 고발혐의를 구성할 만한 충분한 증거가 있다고 인전하면 입법회 전체의원 3분의 2이상의 다수결 찬성으로 탄핵안을 제출하여 중앙인민정부에 보고하여 결정하여 줄 것을 신청할 수 있다. ⑩ 상기 각 항의 직권을 행사할 때 필요한 경우에는 관련 인사를 출석시켜 증언하게 하거나 증거를 제공하도록 요구할 수 있다(香港特別行政區立法會行使下列職權: (一) 根据本法規定幷依照法定程序制定、修改和廢除法律 ; (二) 根据政府的提案, 審核、通過財政預算 ; (三) 批准稅收和公共開支 ; (四) 听取行政長官的施政報告幷進行辯論 ; (五) 對政府的工作提出質詢 ; (六) 就任何有關公共利益問題進行辯論 ; (七) 同意終審法院法官和高等法院首席法官的任免 ; (八) 接受香港居民申訴幷作出處理 ; (九) 如立法會全体議員的四分之一聯合動議, 指控行政長官有嚴重違法或瀆職行爲而不辭職, 經立法會通過進行調查, 立法會可委托終審法院首席法官負責組成獨立的調查委員會, 幷担任主席。調查委員會負責進行調查, 幷向立法會提出報告。如該調查委員會認爲有足够証据构成上述指控, 立法會以全体議員三分之二多數通過, 可提出彈劾案, 報請中央人民政府決定。 (十) 在行使上述各項職權時, 如有需要, 可傳召有關人士出席作証和提供証据).

357) 홍콩기본법 제85조: 홍콩특별행정구 법원은 어떠한 간섭도 받지 아니하고 독립하여 재판을 진행하며, 사법업무에 종사하는 자의 심판직무수행과 관련된 행위는 법적 추궁을 받지 아니 한다(香港特別行政區法院獨立進行審判, 不受任何干涉, 司法人員履行審判職責的行爲不受法律追究).

말한다.[358] 하지만 '일국양제' 원칙에 따라 중앙은 홍콩지역의 특수성을 고려하여 홍콩특별행정구에 자치권을 부여하여 홍콩특별행정구의 현지 주민이 스스로 홍콩특별행정구 지역의 사무를 관리 및 처리하도록 하였다. 홍콩기본법 제2조는 전국인민대표대회가 홍콩특별행정구에서 고도의 자치를 시행할 수 있도록 홍콩특별행정구에 행정 관리 권한을 부여한다고 규정하였다.

홍콩기본법에 따르면 국방·외교 기타 반드시 중앙이 처리해야 하는 행정사무를 제외하고 무릇 홍콩특별행정구의 자치 범위 내에 속하는 지방 행정사무는 모두 홍콩특별행정구가 관리한다고 규정되어 있다. 여기서 홍콩특별행정구 정부는 홍콩특별행정기관을 의미하고 수장(首長)인 행정장관이 홍콩특별행정구의 행정업무를 책임지고 처리한다.[359] 따라서 홍콩특별행정구 정부가 집행하는 행정권은 정책을 독립적으로 수립하고 집행하며, 각종 행정사무를 관리하고 중앙정부에서 부여한 대외사무를 처리하는 등 여러 권한을 말한다.

여기서 홍콩특별행정구의 행정권과 다른 일반 지방의 행정권에는 주로 아래와 같은 차이점이 존재한다. 첫째, 홍콩특별행정구의 주요 공무원은 홍콩에서 15년 이상 거주하고 외국에 거류권이 없는 홍콩특별행정구의 영주민(永住民)인 중국 공민이어야 한다.[360] 즉, 중국 대

358) 王叔文, 香港特別行政區基本法導論, 中國民主法制出版社, 2006, 208면 참조. 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 181-182면 참조.

359) 홍콩기본법 제59조: 홍콩특별행정구 정부는 홍콩특별행정구의 행정기관이다(香港特別行政區政府是香港特別行政區行政机關). 홍콩기본법 제60조: 홍콩특별행정구 정부의 수장은 홍콩특별행정구의 행정장관이다. 홍콩특별행정구 정부는 정무사(政務司), 재정사(財政司), 율정사(律政司), 각 국(局), 처(處), 서(屬)를 설치한다(香港特別行政區政府的首長是香港特別行政區行政長官。香港特別行政區政府設政務司、財政司、律政司和各局、處、署).

360) 홍콩기본법 제61조. 위 각주354 참조.

륙의 공민은 홍콩특별행정구의 직무를 담당할 수 없다는 것이다. 또한 홍콩특별행정구 정부는 홍콩기본법에 근거하여 스스로 홍콩에서의 행정사무를 관리하고 처리할 수 있는데 중앙의 각 부서, 각 성, 자치구, 직할시는 홍콩특별행정구의 관리사무에 대해 간섭하여서는 아니된다. 이는 중앙의 각 부서로부터 직접 또는 간접 영향을 받는 기타 일반 지방의 행정관리와는 다르다고 할 수 있겠다.

(2) 행정권의 권한 범위

위에서 서술했듯이 홍콩특별행정구의 행정권은 중앙이 홍콩기본법에 근거하여 홍콩특별행정구에 부여한 중요한 자치권의 일부이다. 홍콩특별행정구의 구체적인 행정권의 범위는 홍콩기본법 제5장과 제6장에 규정되어 있다. 경제 분야에는 재정, 금융, 무역과 상업, 토지, 해운, 민간항공이 포함되어 있으며 그 외에 교육, 과학, 문화, 체육, 종교, 노동 및 사회봉사 등도 포함되어 있다. 홍콩특별행정구 정부가 행사하는 구체적인 행정사무 권한은 아래와 같다.

가. 행정 의사결정권

홍콩특별행정구 행정장관은 특별행정구의 수장(首長)으로서 정부의 정책을 결정할 권한을 가지고 있다.[361] 여기서 정부의 정책이란 특별행정구 정부의 업무원칙과 규칙 및 준칙을 말한다. 행정장관은 정부 정책을 결정하고, 행정명령을 발하여 홍콩특별행정구의 정책을 수립할 수 있다. 예를 들면, 화폐 발행에 관한 의사결정권, 교육에 관한 정책 제정 및 실행에 관한 결정권 등이 이에 해당한다.

---

361) 홍콩기본법 제59조. 위 각주359 참조.

나. 입법제안권

홍콩특별행정구 정부는 입법회에 법안(法案)·의안(議案) 초안을 제출할 수 있는 제안권을 가지고 있다.[362] 홍콩특별행정구에서는 입법과 행정이 상호협조 및 견제를 하는 정치체제를 시행하고 있기 때문에 홍콩특별행정구 정부는 고유의 입법권을 가지지 않고 오직 법안 제안권과 입법회에서 통과된 법안에 대해 서명할 권리 및 법률의 공포 등과 같이 입법 절차와 관련된 권한만을 행사할 수 있다.

다. 인사임면권

홍콩특별행정구의 행정장관은 홍콩기본법에 근거하여 홍콩특별행정구 정부의 주요 공무원을 임명 또는 해임할 수 있는 권한을 가지고 있다. 즉, 행정장관은 행정회의 구성원 및 위원, 각급 법원의 수석판사 및 법관 그리고 공무원을 임명 또는 해임할 권한을 가진다.[363]

---

362) 홍콩기본법 제56조 제2항: 행정장관은 중요정책의 결정, 입법회에 대한 법안제출, 부속법규 제정 또는 입법회 해산 전에 반드시 행정회의에 의견을 물어야 한다. 다만 인사의 임면·기율위반에 대한 제재 및 긴급상황 하에서 취하는 조치는 그러하지 아니하다(行政長官在作出重要決策、向立法會提交法案、制定附屬法規和解散立法會前，須征詢行政會議的意見，但人事任免、紀律制裁和緊急情況下采取的措施除外). 홍콩기본법 제62조 제5항: 홍콩특별행정구 정부는 다음과 같은 직권을 행사한다: ⑤ 법안·의안·부속법규의 초안을 작성하고 제출한다(香港特別行政區政府行使下列職權: (五) 擬定幷提出法案、議案、附屬法規).

363) 홍콩기본법 제48조 제5항, 제6항, 제7항: 홍콩특별행정구 행정장관은 다음과 같은 직책을 행사한다. ⑤중앙인민정부가 임명하는 다음의 주요공무원을 추천하고, 해임을 건의한다. 각 사(司)의 사장(司長), 부사장(副司長), 각 국(局)의 국장(局長), 염정전원(廉政專員), 심계서서장(審計署署長),경무처처장(警務處處長), 입경사무처처장(入境事務處處長), 해관관장(海關關長); ⑥법정절차에 따라 각급 법원의 법관을 임면(任免) 한다; ⑦) 법정절차에 따라 공무원을 임면(任免)한다(香港特別行政區行政長官行使下列職權: (五) 提名幷報請中央人民政府任命下列主要官員：各司司長、副司長，各局局長，廉政專員，審計署署長，警務處處長，入境事務處處長，海關關長；建議中央人民政府免除上述官員職務； (六) 依照法定程序任免各級法院法官； (七) 依照法定程序任免公職人員).

라. 사회질서관리권

홍콩특별행정구 정부는 홍콩특별행정구의 사회질서를 자체적으로 유지 및 보호할 책임을 진다. 즉 홍콩특별행정구의 사회질서 사무, 예컨대 사회질서와 관련하여 발생하는 각종 범죄 기타 사건 처리는 홍콩특별행정구 자치 범위 내의 행정사무에 속하기 때문에 홍콩특별행정구 정부가 책임지고 유지한다. 이는 국가의 통일 또는 안전을 위협하는 동란과는 다른 성격의 문제라고 할 수 있다.

마. 경제관리권

'일국양제' 원칙에 의해 홍콩특별행정구가 자본주의 시장경제를 운영함에 있어 중앙은 '적극적인 불간섭(積极不干涉)' 정책을 시행하고 있다. 홍콩특별행정구 정부 관할 하의 경제관리권과 본토 대륙에서 중앙 관할 하의 경제관리권은 서로 구별되어 중앙은 홍콩특별행정구의 경제관리에 간섭하지 아니 한다.[364] 이에 따라 홍콩특별행정구 정부가 자체적으로 행사하는 경제관리권의 내용은 아래와 같다.

첫째, 홍콩특별행정구 정부는 독립적인 재정권을 가지고 있다. 홍콩기본법상 홍콩특별행정구의 재정수입은 모두 자체 수요에 충당하고, 중앙정부에 상납하지 않는 것으로 규정되어 있다.[365]

---

364) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 183면 참조.

365) 홍콩기본법 제106조 제1항, 제2항:홍콩특별해정구는 재정의 독립의 유지한다. 홍콩특별행정구의 재정수입은 모두 자체수요에 충당하고, 중앙인민정부에 상납하지 아니한다(香港特別行政區保持財政獨立。香港特別行政區的財政收入全部用于自身需要，不上繳中央人民政府).

둘째, 홍콩특별행정구 정부는 독립적인 세수권(稅收權)을 가지고 있다. 홍콩특별행정구는 독립적인 세수 제도를 실시하고 있으므로 중앙정부는 홍콩특별행정구로부터 세금을 징수하지 않는다.[366] 따라서 홍콩특별행정구는 홍콩에서 시행하던 기존의 저세율정책을 참조하여 세금의 종류, 세율, 세금의 감면 및 기타 세무사항에 대하여 자체적으로 법을 제정, 시행한다.[367]

셋째, 홍콩특별행정구 정부는 독립적인 금융관리권을 가지고 있다. 홍콩특별행정구 정부는 자체적으로 화폐금융제도를 제정, 시행하고, 금융기업 및 금융시장의 경영 자유를 보장하며, 법에 따라 이 모든 제도를 관리 및 감독한다.[368] 또한 홍콩특별행정구 정부는 원칙적으로 외환규제정책을 시행하지 않는다. 홍콩화폐는 자유롭게 환전(兌換)되며, 종전과 같이 계속하여 외환, 황금, 증권, 선물시장을 개방하고 자금의 유동과 입출의 자유를 보장한다.[369] 유의해야 할 점은, 통상적으로 하나의 국가에는 하나의 화폐제도만 존재하지만 '일국양제'를 실시하고 있는 중국에 있어서 홍콩특별행정구 정부는 자체적으로 홍

366) 홍콩기본법 제106조 제3항: 중앙인민정부는 홍콩특별행정구로부터 세금을 징수하지 아니 한다(中央人民政府不在香港特別行政區征稅).

367) 홍콩기본법 제108조: 홍콩특별행정구는 독립적인 조세제도를 시행한다. 홍콩특별행정구는 홍콩에서 시행하던 기존의 저세율정책을 참조하여 자체적으로 세금의 종류, 세율, 세금의 감면 및 기타 세무사항을 법으로 제정하여 시행한다(香港特別行政區實行獨立的稅收制度。香港特別行政區參照原在香港實行的低稅政策，自行立法規定稅种、稅率、稅收寬免和其他稅務事項).

368) 홍콩기본법 제110조: 홍콩특별행정구의 화폐금융제도는 법으로 규정한다. 홍콩특별행정구 정부는 자체적으로 화폐금융정책을 수립하고, 금융기업 및 금융시장의 경영자유를 보장하며, 법에 따라 이를 관리・감독한다(香港特別行政區的貨幣金融制度由法律規定。香港特別行政區政府自行制定貨幣金融政策，保障金融企業和金融市場的經營自由，幷依法進行管理和監督).

369) 홍콩기본법 제112조: 홍콩특별행정구는 외환통제정책을 시행하지 아니한다. 홍콩화폐는 자유롭게 태환된다. 외환・황금・증권・先物市場을 계속해서 개방한다(香港特別行政區不實行外匯管制政策。港幣自由兌換。繼續開放外匯、黃金、証券、期貨等市場).

콩화폐를 발행할 수 있는 법률상의 권한을 가지고 있는데, 이 또한 일국양제의 '특색'으로 볼 수 있다.

넷째, 홍콩특별행정구는 독립적인 관세징수권을 가지고 있다. 홍콩특별행정구는 독립된 관세 지구이다.[370] 이에 따라 홍콩특별행정구는 자유항의 지위를 그대로 유지하고, 법률에 따라 규정한 경우를 제외하고는 관세를 징수하지 않는다.[371]

다섯째, 홍콩특별행정구는 무역관리권을 행사한다. 홍콩특별행정구는 '중국홍콩'의 이름으로「관세와 무역에 관한 일반협정」,「국제방직품에 관한 부속협정」등 특혜무역 관련 협정을 포함한 국제조직과 국제무역협정에 참가할 수 있다.[372]

여섯째, 홍콩특별행정구는 토지관리권을 행사한다. 홍콩특별행정구는 홍콩특별행정구 내의 토지와 자연자원의 개발관리권을 가지고 있다. 홍콩특별행정구의 경내(境內)에 있는 토지와 자연자원은 국가의 소유이다.[373] 그러나 홍콩특별행정구가 토지와 자연자원에 대한 책임

---

370) 홍콩기본법 제116조 제1항: 홍콩특별행정구는 독립된 관세지구이다(香港特別行政區爲單獨的關稅地區).

371) 홍콩기본법 제114조: 홍콩특별행정구는 자유항의 지위를 그대로 유지하고, 법률이 따로 규정한 경우를 제외하고는 관세를 징수하지 아니한다(香港特別行政區保持自由港地位，除法律另有規定外，不征收關稅).

372) 홍콩기본법 제116조 제2항: 홍콩특별행정구는 중국홍콩의 명의로 관세와 무역에 관한 일반협정 , 국제 방직품에 관한 부속협정 등 특혜무역 관련협정을 포함한 국제조직과 국제무역협정에 참가할 수 있다(香港特別行政區可以"中國香港"的名義參加《關稅和貿易總協定》、關于國際紡織品貿易安排等有關國際組織和國際貿易協定，包括优惠貿易安排).

373) 홍콩기본법 제7조: 홍콩특별행정구 境內의 토지와 자연자원은 국가의 소유에 속하고, 홍콩특별행정구 정부가 책임지고 관리・사용・개발・임대하거나 또는 개인・법인 및 단체의 사용 또는 개발을 허가해 주고, 그 수입은 전부 홍콩특별행정구 정부의 지배에 귀속된다(香港特別行政區境內的土地和自然資源屬于國家所有，由香港特別行政區

을 지고 이를 사용, 관리, 개발, 임대하거나 이에 대한 개인 혹은 법인, 단체의 사용 또는 개발을 허가해 준다. 그 수입은 전부 홍콩특별행정구에 귀속, 사용된다.[374] 이 외에도 홍콩특별행정구는 해운관리권, 민간항공관리권 등 권한을 가지고 있다.

(3) 평가

일국양제 통일정책에 따라 고도의 자치권을 가지고 있는 홍콩특별행정구는 자체적으로 홍콩특별행정구의 행정사무를 처리할 수 있는 행정권 역시 갖고 있다. 즉 행정권은 중앙이 홍콩기본법을 통해 홍콩특별행정구에 부여한 중요한 자치권 중 하나이다. 홍콩기본법 규정에 따라 국방, 외교 기타 중앙이 반드시 처리하여야 하는 행정사무를 제외하고, 홍콩특별행정구 자치 범위 내에 속하는 행정사무와 중앙정부가 수권한 대외사무는 홍콩특별행정구가 책임을 지고 관리한다.

여기서 주의 깊게 보아야 하는 것은, 홍콩특별행정구의 대외사무란 외교사무와 구별되는 개념이라는 점이다. 외교사무의 실행 주체는 주권국가인 중화인민공화국이 되겠지만 홍콩기본법에서 규정하고 있는 대외사무의 실행 주체는 중화인민공화국의 관할 하에 있는 홍콩특별행정구 정부이다. 또한 중화인민공화국이 외교사무를 처리하는 행위는 국가행위로서 타의 수권을 필요로 하지 않지만 홍콩기본법에 규정된 대외사무는 중앙의 수권에 의해서만 행사할 수 있다. 외교권은 주권국가가 갖는 고유한 권력의 일부분이며 홍콩특별행정구가 행사하고 있는 대외사무는 중앙이 부여한 고도 자치권의 일부분이다. 중앙의 수권을 받아 행사하는 대외사무의 구체적인 예시로는 위에서 언급한

政府負責管理、使用、開發、出租或批給个人、法人或團体使用或開發，其收入全歸香港特別行政區政府支配).

374) 홍콩기본법 제7조. 위 각주373 참조.

홍콩특별행정구의 경제, 사회, 해운 등 분야에서 '중국홍콩' 명의로 국제협정을 체결하는 등 경우가 포함된다.

홍콩특별행정구의 위와 같은 자치 권한이 중앙으로부터 수권받은 것이기는 하지만 중앙정부의 각 부서는 물론 각 성, 자치구, 직할시는 홍콩기본법에 따라 홍콩특별행정구가 자체적으로 관리하는 사무에 대해 간섭할 권한이 없다. 비록 홍콩기본법에서 홍콩특별행정구가 중앙정부에 직할된다고 규정하고 있지만 이는 홍콩특별행정구가 직접 중앙정부에 업무보고를 하며 중앙정부가 홍콩특별행정구에 감독권을 행사할 수 있다는 의미이지, 중앙의 다른 부서가 홍콩특별행정구에 대해 감독권을 행사할 자격이 있다는 의미는 아니다. 그 외 홍콩특별행정구는 중국 헌법과 홍콩기본법의 규정에 따라 국가 중대사항, 특히 국가 주권의 통일과 안전성을 유지 및 보호하기 위해 중앙정부의 명령을 따라야 한다. 예를 들면 중앙에서 전쟁상태나 비상사태에 대한 선포를 하면 중국의 다른 전국성 법률을 홍콩특별행정구에도 적용할 것을 명할 수 있는데, 홍콩특별행정구는 이에 따라야 한다.

3. 홍콩특별행정구의 입법권

(1) 입법권의 개념 및 특징

홍콩기본법 제17조에 따르면 홍콩특별행정구는 입법권을 갖는다. 홍콩특별행정구 입법회는 입법권력을 행사하는 입법기관으로 법률을 제정, 개정, 폐지하는 권한을 가지고 있다. 홍콩특별행정구의 입법권은 중국 최고권력기관인 전국인민대표대회에서 부여한 고도의 자치권의 구현이라고 할 수 있다.

중국헌법 제58조에서는 전국인민대표대회와 전국인민대표대회 상무위원회는 국가의 입법권을 행사한다고 규정하고 있다. 이는 오로지 중국의 최고권력기관이자 입법기관인 전국인민대표대회 및 그 상무위원회만이 전국적 범위 내에서 실행하는 기본법률 및 법률을 제정하는 권한을 가지고 있다는 뜻이다. 성급 지방인민대표대회 및 그 상무위원회에서는 헌법과 법률 및 행정법규에 저촉되지 않는 선에서 각 성, 자치구, 직할시의 법률을 제정할 권한이 있다. 단 제정한 법률에 대해 최고입법기관인 전국인민대표대회에 보고해야 한다.[375]

그러나 홍콩특별행정구는 중앙에서 부여한 고도의 자치권을 가지고 있는 특수한 행정구역으로 중앙과 별개로 입법권을 행사한다. 물론 홍콩특별행정구 역시 제정된 법률을 반드시 전국인민대표대회 상무위원회에 보고 및 등록해야 한다. '등록'은 홍콩특별행정구 입법회에서 제정한 법률이 전국인민대표대회에 보내져 기록된다는 것이고 전국인민대표대회에서 별도 통과되어야 한다는 의미는 아니다. 홍콩기본법 제17조 역시 등록은 해당 법률의 효력 발생에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다. 즉, 홍콩특별행정구 입법기관이 입법 절차에 따라 제정한 법률은 중앙에서의 등록 여부와 상관없이 모두 효력을 갖는다.[376]

한편, 홍콩기본법에서는 홍콩특별행정구에서 적용되는 법령을 '법률'의 형식으로 규정하고 있는데 홍콩특별행정구의 입법권을 보다 잘 이해하기 위해서는 먼저 이 '법률'의 개념 및 적용범위에 대해 살펴볼 필요가 있다. 우선 홍콩기본법 제8조은 홍콩 기존의 보통법·형평법·조례·부속입법과 관습법은 홍콩기본법에 저촉되거나 홍콩특별행정구 입

375) 王叔文, 香港特別行政區基本法導論, 中共中央党校出版社, 1990, 266-269면 참조.

376) 朱力宇, 立法學, 中國人民大學出版社, 2001. 214-215면 참조.

법기관에 의해 개정된 것을 제외하고는 그대로 유지된다고 규정하면서 해당 법령들을 '홍콩의 기존 법률'이라고 명시하고 있다. 또한 위에서 언급한 바와 같이 홍콩기본법 제17조 역시 홍콩특별행정구 입법기관이 제정하여 전국인민대표대회 상무위원회에 등록해야 할 법령을 '법률'이라고 표현하고 있다. 앞서 제3장 제1절 중국의 입법제도 관련 내용에서 살펴보았듯이 '법률'이란 전국인민대표대회에서 제정하여 전국 범위에서 적용되는 것으로 중국 대륙에서 사용되는 법령 유형의 명칭이다. 홍콩특별행정구의 경우 홍콩기본법 외에는 법령 유형에 '법률'이라는 명칭을 직접 사용하지 않으나[377] 홍콩기본법은 홍콩 법률시스템상 각 조례, 규례 및 형평법 등을 '법률'로 통칭하였다. 따라서 홍콩기본법상 홍콩특별행정구의 '법률'이란 홍콩 반환 이전에 제정되었으나 홍콩기본법과 저촉되지 않는 보통법·형평법·조례·부속입법과 관습법 및 홍콩 반환 이후 홍콩특별행정구 입법회에서 제정한 각종 조례, 규례 등이 포함된다고 할 수 있다.

홍콩특별행정구가 고도의 자치권을 갖는다고 해도 그 실질은 중국의 지방행정구역이기 때문에 홍콩기본법 초안작성 단계에서 일부 위원들은 제17조에 '홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법령은 전국 법률제도 내에서 지방성 법규의 지위를 갖는다'는 조항을 설치할 것을 제안하였다[378]. 그러나 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법령을 지방성 법규와 동등한 지위에 놓는다면 홍콩특별행정구의 입법권과 일반 지방의 자치입법권이 사실상 동일하다고 해석될 수 있고, 이는 홍콩특별행정구가 고도의 자치권을 갖는다는 일국양제의 기본이념과 배치될 우려가 있었다.[379] 또한, 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법

377) Hong Kong e-Legislation: https://www.elegislation.gov.hk/ 방문일자: 2022.12.25.

378) 周子欣, 香港特區法律備案審查制度研究, 广東財經大學, 碩士論文, 2019, 9면 참조.

379) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2002, 185면 참조.

령이 지방성 법규와 동등하다고 볼 경우 중국의 입법체계상 홍콩특별행정구의 입법 역시 중국 헌법에 저촉되어서는 아니될 뿐만 아니라 모든 전국성 법률과도 저촉되어서는 아니 되는데, 중국 대륙과 달리 보통법계를 따르고 있는 홍콩의 법률에 대해 이와 같은 입법체계 내지 심사기준을 적용하기에는 어려움이 따랐다. 이와 같은 이유로 홍콩특별행정구 입법기관에서 제정한 법령은 지방성 법규가 아닌 '법률'로 규정되었고, 홍콩과 중국 대륙의 법제도가 다르다는 점을 감안하여 전국성 법률의 경우 특수한 경우에 한하여 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 수록되어야만 홍콩특별행정구에서 적용될 수 있도록 규정하였다[380].

다른 한편, 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법률과 중국 일반 지방행정구역에서 제정한 지방성 법규 모두 심사·등록절차를 진행해야 하나, 다음과 같은 차이점이 존재한다. 우선 입법법 및 「법규·사법해석 등록심사업무방법(法規、司法解釋備案審查工作辦法)」에 따르면 지방성 법규에 대해서는 전국인민대표대회 법률위원회, 관련 전문위원회, 상무위원회업무기관이 심사할 수 있으나, 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법률에 대해서는 오직 전국인민대표대회 상무위원회만이 심사를 할 수 있다. 또한 심사기준의 측면에서 지방성 법규의 경우 헌법 및 법률에 저촉되어서는 아니 되지만 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법률은 중앙이 관리하는 사무의 범위 및 중앙과 홍콩특별행정구 관계에 관한 규정에 저촉되지만 아니하면 된다. 심사결과의 측면에서 지방성 법규의 심사기관은 그에 대한 취소결정뿐만 아니라 수정의견도 제시할 수 있는 반면 홍콩특별행정구 법률에 대해서 심사기관은 이를 수정할 수 없고 오로지 반려할 수 있을 뿐이다.[381]

---

380) 周子欣，香港特區法律備案審查制度研究，广東財經大學，碩士論文，2019，10면 참조.

이와 같은 차이점에서도 알 수 있다시피 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법률은 중국 일반 지방행정구역에서 제정한 지방성 법규보다 높은 법적 효력과 지위를 갖고 있는데, 이 또한 일국양제에 따라 홍콩특별행정구에 부여한 고도자치권의 구현이라고 할 수 있다.

(2) 입법기관의 법적 지위 및 구성

일국양제 정책을 시행함에 따라 홍콩특별행정구 입법기관인 입법회의 역할은 기존 홍콩 입법국이 가지고 있었던 입법권한과는 상당히 달라졌다. 영국이 통치하던 시기의 홍콩은 독립적인 입법권이 없었고 영국정부가 홍콩 최고의 입법권을 행사하였다. 홍콩 자체는 물론, 홍콩과 다른 지역 또는 국가와 관계되는 모든 근본적인 제도에 관한 법률은 영국이 제정하였다.[382] 「영왕제고」의 규정에서[383] 알 수 있다시피 영국 식민지였던 홍콩의 입법국은 독립적인 입법기관이 아니고 오로지 총독에 대한 법률 제정 자문기관에 불과하였다. 또한 홍콩 입법국의 구성원은 선거로 선출되지 않고 총독이 임명하여 결정한 사람들이었다.[384] 입법 절차에 있어서도 홍콩총독이 홍콩법률의 제정과정을 지배하였다.[385]

---

381) 周子欣, 香港特區法律備案審查制度研究, 广東財經大學, 碩士論文, 2019, 11면 참조.

382) 姚魏, 論香港特別行政區立法權的性質与特征, 地方立法研究, 2017-5, 5-6면 참조.

383) 「영왕제고」는 "홍콩은 반드시 입법국(立法局)을 설립하여야 한다", 또한 "홍콩총독은 입법국의 건의 및 그 동의를 근거로 치안유지, 사회질서 및 정부관리 분야의 법률을 제정할 수 있다"라고 규정하였다.

384) 총독이 임명한 사람들은 두 부류로 나누어 졌다. 하나는 관수의원(官守議員)이고 다른 하나는 비관수의원(非官守議員)이다. 관수의원은 홍콩정부의 고위관료를 핵심의원으로 선임하고, 비관수의원은 사회에서의 현명한 사람들 중에서 선임한 것인데 모두 총독의 명령을 따랐다. 그렇기 때문에 입법국에서 제정하는 어떠한 입법도 영국의 통치를 대표하는 총독의 의지를 거스를 수 없었고, 홍콩의 입법국은 법률제정 자문기구의 지위에 있었다.

385) 법률규정상 입법안(立法動議)은 입법국의 의원들이 제출하지만 이들은 모두 총독에

홍콩은 중국으로 반환되면서 중국의 특별행정구로서의 지위를 가지게 되었는데, 홍콩특별행정구는 중앙의 수권을 받아 자체 입법기구인 입법회를 설립하고 홍콩특별행정구 내에서 실시하는 법률을 제정하였다.[386] 입법회의 구성원은 홍콩의 영주민 중 선거로 선출되는데, 홍콩기본법 제67조에 따르면 홍콩특별행정구 입법회의 자격요건으로 외국 거류권이 없는 홍콩특별행정구의 영주민인 중국공민임을 요한다. 다만, 非중국국적의 홍콩특별행정구 영주민과 외국에 거류권이 있는 홍콩특별행정구 영주민도 홍콩특별행정구의 입법회의 의원으로 당선될 수 있고, 그 비율은 전체 의원수의 20%를 초과할 수 없다.

(3) 입법권의 범위

홍콩특별행정구 입법회는 홍콩기본법이 규정한 입법 절차에 따라 국방, 외교와 관련되거나 홍콩기본법에서 규정한 홍콩특별행정구의 자치 범위 내에 속하지 않는 사무를 제외한 모든 법률을 제정, 개정 및 폐지할 수 있는 권한을 행사한다.[387] 즉, 홍콩특별행정구의 입법회는 새로운 법률을 제정하는 권한을 가지고 있고 이미 제정한 법률에 대해서도 개정권을 가지며 현 시점에서 더 이상 효력이 발생하지 않도록 법률을 폐지할 수 있는 권한을 가지고 있다. 그러나 홍콩특별행

의해 선임된 사람들이었기 때문에 정부의 입장과 일치하지 않는 의안을 제출하기를 원하지 않았다. 또 입법국 의원이 제출한 의안은 반드시 사전에 서면형식으로 입법국 사무처에 제출되어 심사 및 동의를 거쳐야만 회의 의사일정에 상정되는데 대다수의 경우에 있어 이러한 의안은 사전에 총독의 동의를 받아야 하며 총독은 의안(議案)에 대한 철회를 명령할 권한도 가지고 있었다. 뿐만 아니라 입법국을 통과한 법안이라고 하여 효력이 발생하는 것이 아니고, 이를 위해 총독의 비준이 필요하였다.

386) 홍콩기본법 제66조: 홍콩특별행정구 입법회는 홍콩특별행정구의 입법기관이이다(香港特別行政區立法會是香港特別行政區的立法机關).

387) 홍콩기본법 제73조 제1항. 위 각주356 참조.

정구가 향유하고 있는 입법권은 중앙으로부터 부여받은 권한이므로 중앙으로부터 일정한 제약을 받는다. 즉, 홍콩특별행정구 입법회에서 제정한 법률은 반드시 전국인민대표대회 상무위원회에 보고 및 등록을 하여야 한다.[388] 홍콩특별행정구가 입법권을 행사하여 제정한 법률은 홍콩기본법의 각 규정에 부합되어야 하고, 홍콩특별행정구는 자치권 범위 내의 사항에 대하여 자체적으로 법률을 제정할 수 있으나, 홍콩특별행정구 자치권 범위 외의 사항에 대해서는 자체적으로 법률을 제정할 수 없고, 오로지 전국성 법률에 근거하여 그에 해당하는 법률을 제정할 권한만 가지고 있다. 홍콩특별행정구 입법회의 권한은 구체적으로 아래와 같다.

가. 법률제정권

홍콩특별행정구의 입법기관에서 제정하는 법률은 반드시 홍콩기본법이 규정한 절차에 따라 제정되어야 하고 그 내용도 홍콩기본법의 규정에 저촉되어서는 아니 된다.[389] 홍콩특별행정구 입법회가 입법권을 행사하는 절차는 다음과 같다.

첫째, 법안(法案)은 홍콩특별행정구 입법회 의원이 제출하거나 홍콩특별행정구 정부가 입법회에 제출할 수 있다.[390] 그러나 입법회의 의

388) 홍콩기본법 제17조. 위 각주78 참조.

389) 홍콩기본법 제11조 제2항: 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 어떠한 법률도 본법에 저촉되어서는 아니 된다(香港特別行政區立法机關制定的任何法律，均不得同本法相抵触).

390) 홍콩기본법 제74조: 홍콩특별행정구 입법회 의원이 본법의 규정과 법정절차에 따라 제출한 법률안이 공공지출 또는 정치체제 또는 정치운영과 관련되지 않는 경우에는 의원이 개별적으로 또는 연명(聯名)으로 제출할 수 있다. 정부정책과 관련이 있는 법안은 제출하기 전에 행정장관의 서면동의를 얻어야 한다(香港特別行政區立法會議員根据本法規定幷依照法定程序提出法律草案，凡不涉及公共開支或政治体制或政府運作者，可由立法會議員个別或聯名提出。凡涉及政府政策者，在提出前必須得到行政長官的書面

원은 외교 및 국방사무 관련 법안을 제출할 권한을 가지지 아니 한다. 홍콩특별행정구 정부는 정부의 운영과 관련된 공공지출, 정치제도에 관한 법안을 제출할 수 있으나, 입법회의 의원이 정부의 정책과 관련된 법안을 개별적으로 제출하는 경우에는 제출 전에 반드시 홍콩특별행정구 행정장관의 서면 동의를 받아야 한다.[391]

둘째, 홍콩기본법은 홍콩특별행정구 입법회의 법률에 대한 심의 및 통과에 대해서 규정하고 있다.[392] 홍콩특별행정구는 홍콩특별행정구 정부가 제출한 법안에 대해 삼독(三讀) 절차를 거친 후 이를 통과시킨다.[393] 여기서 일독(一讀)은 홍콩특별행정구 입법회의 서기(書記)가 전체 입법회 의원들에게 법안의 명칭을 선언하고 논의를 개시하는 것이다. 이독(二讀)은 입법회에서 법안에 대해 논의를 진행하여 법안의 통과 여부를 심사하는 단계이다. 삼독(三讀)에서는 충분한 논의를 전제로 입법회에서 법안을 표결하는 것이다. 예컨대 2021년 홍콩특별행정구 정부는 「2021년 선거제도 초안(2021年完善選舉制度條例草案)」을 입법회에 제출하여 홍콩특별행정구 입법회의 삼독 절차를 통해 이를 통과시켰다.[394]

셋째, 홍콩특별행정구 입법회에서의 의결 법안이 삼독(三讀)을 마쳤

同意).

391) 홍콩기본법 제73조 제3항. 위 각주356 참조.

392) 홍콩기본법 제73조 제2항. 위 각주356 참조.

393) 홍콩이 중국으로 반환되기 전 홍콩 입법국이 법률초안을 심의할 때에는 영국회의의 삼독절차를 채택하여 법률초안을 심의하였다. 이 제도는 홍콩이 중국으로 반환된 이후에도 계속 유지되고 있다.

394) http://www.npc.gov.cn/npc/kgfb/202105/0feafc69c8cf49258af3f19d41a7666b.shtml 全國人大网. 방문일자: 2022.12.25.

다고 하더라도 그 즉시 법적 효력이 발생하는 것은 아니고, 행정장관이 이에 대해 서명하고 공포하여야만이 효력이 발생한다.[395] 이후 해당 법안은 홍콩기본법에 따라 전국인민대표대회 상무위원회에 보고, 등록되어야 하나 이 절차는 해당 법률의 효력 발생에 영향을 미치지 않는다. 다만, 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩특별행정구 입법기관에서 제정한 법률이 중앙이 관리하는 사무 및 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 규정에 부합되지 않는다고 판단할 경우 전국인민대표대회 상무위원회 산하의 특별행정구기본법위원회에 의견을 물은 후 관련 법률을 반송할 수 있고 전국인민대표대회 상무위원회에 의하여 반려된 법률은 즉시 그 효력을 상실한다. 한편, 법률의 효력상실은 홍콩특별행정구의 법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 소급효가 없다.[396]

전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩기본법 제17조에 따라 홍콩특별행정구 입법기관이 제정한 법률에 대해 심사 후 반려할 권한을 갖고 있기는 하나 그 구체적인 절차에 관한 규정은 결여된 상태이다. 즉, 홍콩기본법 제17조는 전국인민대표대회 상무위원회가 관련 법률을 반려할 경우 해당 법률은 즉시 효력을 상실한다고 규정할 뿐 반려방법, 반려기한, 반려 후의 후속 절차 등에 대해서는 규정하고 있지 않다. 한편, 해당 조항에 따르면 전국인민대표대회 상무위원회는 반려권한만 갖고 있고 관련 법률을 수정할 수는 없다고 규정하고 있는데, 실제로 반려되는 경우 비록 전국인민대표대회 상무위원회가 직접 당해 법률을 수정하지는 않더라도 보통 홍콩기본법에 위반되는 구체적인 이유와 근거는 제시할 것이므로, 반려결정 및 반려이유를 전달받

395) 홍콩기본법 제76조:홍콩특별행정구의 입법회가 의결한 법안은 행정장관이 서명하고 공포하여야 효력을 발생할 수 있다(香港特別行政區立法會通過的法案，須經行政長官簽署、公布，方能生效).

396) 홍콩기본법 제17조 제3항, 제2항: 위 각주78 참조.

은 홍콩특별행정구 입법기관의 입장에서는 당해 법률이 홍콩기본법에 부합되도록 하기 위해 해당 의견들을 반드시 수용해야 하는지 등의 의문을 가질 수 있다.[397] 그러나 홍콩 반환 후 현재까지 홍콩특별행정구 입법회가 제정하여 전국인민대표대회 상무위원회에 등록 신청한 법률이 반려된 사례가 없어 이와 같은 문제는 학술적 수준에서 논의되고 있을 뿐 실무상 대안이 제시되고 있지는 아니한 상황이다.[398]

나. 입법회의 기타 권한

홍콩특별행정구 입법회는 법률제정, 개정 또는 폐지 권한뿐만 아니라 정부가 제출한 의안에 따라 재정예산을 심의하고 통과시키는 권한도 갖고 있다. 그 외 홍콩특별행정구 행정장관의 시정 보고를 청취하고 이에 대한 토론을 진행하며 종심법원의 판사와 고등법원의 수석판사에 대한 임면권을 행사하고 홍콩주민의 소원(申訴)을 처리할 권한도 가지고 있다.[399] 또한 입법회는 행정장관에 대한 조사 및 탄핵 등에 대해서도 권한을 가지고 있는데, 입법회 전체 의원 4분의 1 이상의 공동발의로 행정장관이 엄중한 위법행위 또는 독직행위가 있다고 고발하였는데도 행정장관을 사임하지 않을 경우, 입법회의 조사를 거쳐 종심법원 수석판사로 하여금 독립적인 조사위원회를 조직하도록 하고 당해 위원회의 책임 하에 관련 업무를 위탁하여 조사하라고 명령할 수 있는 것이다. 이에 따라 조사위원회는 행정장관에 대한 조사를 진행하며 조사 결과를 입법회에 보고한다. 입법회는 조사위원회가

---

397) 張晋邦, "中央立法審查權与香港司法審查權的潛在冲突芻議", 江漢大學學報, 2017-6, 7-10면 참조.

398) 周子欣, 香港特區法律備案審查制度研究, 广東財經大學, 碩士論文, 2019年, 9면; 전국인민대표대회 상무위원회 법률공작위원회 업무브리핑 언론보도: http://www.xinhuanet.com/gangao/2021-01/21/c_1210988155.htm 방문날짜: 2022.12.25.

399) 홍콩기본법 제73조 제4항, 제6항, 제7항, 제8항. 위 각주356 참조.

보내온 조사 결과에 따라 고발 혐의를 구성할 만한 충분한 증거가 있다고 인정하면 입법회의 3분의 2 이상의 찬성으로 탄핵안을 중앙정부에 제출, 보고하여 결국 중앙정부의 결정에 따라 처리하도록 한다.

(4) 중앙과 홍콩특별행정구 입법권의 관계

가. 중앙의 홍콩특별행정구에 대한 '입법권'

앞서 제3장 제1절 중국대륙의 입법제도 관련 내용에서 살펴보았듯이 중국의 법령 형태로는 주로 법률, 행정법규, 지방성법규, 자치조례 및 단행조례, 국무원부문규장, 지방정부규장이 포함된다. 그러나 '일국양제' 원칙에 따라 고도의 자치권을 부여받은 홍콩특별행정구에 대하여 중국대륙의 입법제도를 그대로 적용할 수 없었다. 따라서 중앙은 홍콩기본법 제8조, 제17조, 제18조를 통해 홍콩의 기존 법률을 유지함과 동시에 홍콩특별행정구에 입법권을 부여하였다. 그러나 홍콩특별행정구에 부여된 입법권은 완전히 독자적인 입법권이 아니고 중앙은 여전히 아래와 같은 일정한 '입법권'을 보유하고 있다.

첫째, 중앙은 중국헌법 제31조에 따라 홍콩특별행정구 내에서 시행할 제도에 대해 법률을 제정할 권한이 있는데, 홍콩기본법이 바로 중앙이 위 조항을 근거로 입법권을 행사한 결과물이라고 할 수 있다. 사회제도, 경제제도, 주민 기본권 및 자유보장제도 등이 이에 해당되는데 이는 모두 홍콩기본법에 의해 규정되고 홍콩특별행정구는 홍콩기본법에 위반되는 어떠한 법률도 제정해서는 아니 된다.

둘째, 중앙은 홍콩기본법 제18조에 따라 홍콩에서 시행할 전국성 법률(全國性法律)을 결정할 권한이 있다. '전국성 법률'은 홍콩기본법

및 마카오기본법에서만 사용되는 용어로써 위에서 살펴보았듯이 중국 대륙의 입법체계에는 이와 같은 개념이 존재하지 않는다. 홍콩기본법 제18조를 살펴보면 전국성법률은 크게 부속서Ⅲ[400]에 포함된 법률과 비상사태 발생 시 중앙의 결정에 의해 홍콩특별행정구에 적용되는 법률 두 가지 경우가 존재한다[401]. 전자의 경우, 평상시에서도 부속서Ⅲ에 추가될 수는 있으나 반드시 국방, 외교 기타 홍콩특별행정구 자치범위 외의 법률로 제한되어야 하고, 절차상 중앙은 홍콩특별행정구기본법위원회와 홍콩특별행정구 정부의 의견을 물은 후에야 부속서Ⅲ에 다른 법률을 추가할 수 있다. 또한 다른 법률이 부속서Ⅲ에 포함되더라도 홍콩특별행정구가 해당 법률을 홍콩에 공포하거나 별도 입법화 절차를 거쳐야만 최종 적용될 수 있다. 후자의 경우, 중앙이 전쟁상태를 선포하거나 홍콩특별행정구 내에서 홍콩특별행정구 정부가 통제할 수 없는 국가 통일 또는 안전을 위협하는 동란이 발생하여 홍콩특별행정구가 비상사태일 때에만 중앙정부가 관련 전국성 법률을 홍콩특별행정구에 적용하도록 명령할 수 있다. 이때 절차상 첫 번째 경우와 다른 점은 홍콩특별행정구기본법위원회 및 홍콩특별행정구 정부의 의견을 묻지 않아도 된다는 것인데, 해당 조항의 입법취지를 생각해보면 그 이유를 이해하기 어렵지는 않을 것이다.

셋째, 중앙은 홍콩기본법의 제정기관으로써 이에 대한 해석권뿐만

400) 홍콩기본법 제정 당시 부속서Ⅲ에 포함된 법률은 아래와 같다: 「중화인민공화국의 수도, 기년, 국가, 국기에 관한 결의」(關于中華人民共和國國都、紀年、國歌、國旗的決議), 「중화인민공화국의 국경일에 관한 결의」(關于中華人民共和國國慶日的決議), 「중화인민정부가 공포한 중화인민공화국 국장에 관한 명령」 첨부: 국장 도안, 설명, 사용방법(中央人民政府公布中華人民共和國國徽的命令, 附：國徽圖案、說明、使用方法), 「중화인민공화국 정부의 영해에 관한 선언」(中華人民共和國政府關于領海的聲明), 「중화인민공화국 국적법」(中華人民共和國國籍法), 「중화인민공화국 외교특권과 면제조례」(中華人民共和國外交特權与豁免條例)

401) 王禹 “論全國性法律的概念、 實施及其解釋”, “‘一國兩制’ 研究” 2009년(1), 澳門理工學院一國兩制研究中心, 121-122면 참조.

아니라 개정권도 갖고 있다. 전국인민대표대회 상무위원회, 국무원과 홍콩특별행정구는 홍콩기본법의 개정을 제안할 수 있으나 최종 개정권은 전국인민대표대회에 있다. 홍콩기본법 해석에 대해서는 지금까지 많은 논란이 있었고 아직도 해결되지 못한 문제점들이 있는 관계로 아래 제4절 '홍콩기본법에 대한 해석권'에서 별도로 자세히 다루도록 하겠다.

나. 중앙 '입법권'의 확장 및 홍콩국가안전법의 제정

위에서 살펴본 바와 같이 중앙은 제한된 범위에서 홍콩특별행정구에 대한 '입법권'을 갖고 있다. 그러나 엄밀한 의미에서 이와 같은 권한은 중국대륙에서 중앙이 행사하는 직접적인 입법권 개념이 아니라, 일정한 절차를 거쳐 중국대륙에서 이미 실행하고 있는 법률을 홍콩특별행정구에도 적용되도록 하거나, 기존 홍콩기본법을 개정 또는 해석하는 행위를 의미한다. 다만, 2020년 6월 30일에 발표된 「중화인민공화국 홍콩특별행정구 국가안전 유지법」(中華人民共和國香港特別行政區維護國安法)(이하 '홍콩국가안전법')은 중앙의 '입법권' 행사에 새로운 변화를 가져다주었다.

2020년 5월 28일, 전국인민대표대회는 홍콩 반환 이후 최초로 홍콩특별행정구에서 실행되는 제도에 대해 별도의 결정 즉 「홍콩특별행정구에서 국가안전 유지 관련 법률제도 및 집행체제 수립에 관한 결정」(關于建立健全香港特別行政區維護國家安全的法律制度和執行机制的決定)[402](이하 '결정')을 통과시켜 전국인민대표대회 상무위원회로 하여금 홍콩국가안전법을 제정하도록 수권하였다. 중앙은 최근 몇 년 동안 홍콩특별행정구에서 홍콩독립 등 국가 분열을 선동하는 활동이 활

402) 전국인민대표대회 결정문 링크:
http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202005/a1d3eeecb39e40cab6edeb2a62d02b73.shtml

발하게 진행되어 국가 주권의 통일 및 영토 완정에 엄중히 위협된다고 판단하였고 이에 '일국양제' 원칙에 근거하여 본 결정을 통과시켰는데, 결정문의 내용상 본 결정의 근거를 중국헌법 제31조, 제62조 제2항, 제14항, 제16항 및 홍콩기본법의 관련 규정으로 열거하였다. 이 중 중국헌법 제31조와 제62조 제14호는 '일국양제' 원칙 및 특별행정구 제도에 관한 가장 주요한 조항이다. 전국인민대표대회는 앞의 두 조항에 따라 특별행정구 설립 및 특별행정구 제도 설계권을 부여받았는데 이는 전국인민대표대회가 본 결정을 통과시킬 수 있는 가장 근본적인 근거이기도 하다. 그 외 제62조 제2항과 제16항은 각각 헌법 시행에 관한 전국인민대표대회의 감독권 및 최고권력기관으로써 기타 권한에 관한 일반 규정으로, 본 결정 통과에 대한 보완적 근거로 볼 수 있다. 한편, 홍콩기본법의 경우 본 결정에서 구체적인 근거 조항을 명기하지는 않았다.

홍콩국가안전법이 전국인민대표대회 및 그 상무위원회, 즉 중앙에 의해 헌법을 근거로 제정된 만큼 해당 법률과 홍콩기본법의 관계가 학계의 가장 큰 논점이 되었다. 특히 홍콩기본법은 전국인민대표대회가 특별행정구 제도 설계권을 행사하여 제정된 법률인데, 이로써 해당 권한은 이미 모두 소진된 것인지 아니면 반복하여 행사 가능한 것인지가 논란이 되었으나, 본 결정의 내용을 보면 중복 행사가 가능한 것으로 보는 것이 합리적일 것이다. 그러나 중앙정부가 홍콩특별행정구 제도 설계권을 반복하여 행사할 수 있다고 하더라도 이를 통해 제정된 법률이 새로운 헌법성 법률로 간주되어 홍콩기본법과 동등한 효력을 갖는다거나 심지어 '新法 우선 원칙'에 따라 홍콩기본법과 충돌 시 홍콩국가안전법을 적용해야 한다고 해석해서는 아니 된다[403].

403) 曹旭東, "'港區安全法'与香港原有法律体系的關系", 法學論壇, 2021-7. 28-31면 참조. 王振民, ""一國兩制"實施中的若干憲法問題淺析", 法商研究, 2000-4, 3면 참조. 陳端洪, "論港澳基本法的憲法性質", 中外法學, 2020-1, 41면 참조.

특별행정구 제도의 안정성을 보장하기 위해 홍콩기본법 제11조 제1항은 중국헌법 제31조에 따라 홍콩특별행정구에서 실시되는 제도는 모두 홍콩기본법의 규정을 근거로 하여야 한다고 규정하였다. 일부 학자들은 해당 조항을 홍콩기본법의 자족성(自足性) 조항으로 분석[404]하였고, 이를 배타성 조항으로 해석하는 학자[405]들도 있다. 그러나 어떠한 방식으로 접근하든, 결국 이러한 견해는 모두 홍콩기본법을 중국헌법 외 홍콩특별행정구 제도에 관한 유일한 근거로 해석하기 위함이라고 할 수 있다. 따라서 중국헌법에 규정된 홍콩특별행정구 제도 설계권의 중복 행사로 홍콩기본법이 형해화되는 것을 방지하는 것이 홍콩기본법 제11조 제1항의 입법 목적이라고 할 수 있다. 이와 같은 맥락에서 홍콩특별행정구 제도 설계권과 홍콩기본법 제11조 제1항의 관계를 정리해보면, 제도 설계권이 중복으로 행사될 수는 있으나 홍콩기본법을 우회하여서는 아니 되고 반드시 홍콩기본법의 내용과 체제에 따라 진행되어야 하므로, 홍콩기본법 제11조 제1항이 특별행정구 제도 설계권에 우선한다고 보는 것이 합리적일 것이다.

홍콩기본법 제정 이후 전국인민대표대회는 제도 설계권을 총 2회 행사하였는데, 그 첫 번째는 임시입법회의 설립 승인이고 두 번째가 홍콩국가안전법의 제정 결정이다. 임시입법회의 경우 임시입법회가 전국인민대표대회 홍콩특별행정구 준비위원회에 의해 설립된 이후 전국인민대표대회가 「전국인민대표대회 홍콩특별행정구 준비위원회 업

404) 黃明濤, “論‘香港特別行政區基本法’的自足性－－對基本法第11條第1款的一种解讀, 學習与探索”, 2015-1, 67면 참조.

405) Yash Ghai,Litigating the Basic Law: Jurisdiction, Interpretaton and Procedure, in Johannes MM Chan, HL Fu and Yash Ghai (eds), Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict over Interpretation (Hong Kong's University Press, 2000) p44; HL Fu, "Supremacy of a Different Kind: The Constitution, the NPC and the Hong Kong SAR" in Chan, Fu and Ghai (ibid) p102

무보고」[406]를 사후적으로 승인하면서 사실상 임시입법회의 적법성을 소급하여 인정한 것이다. 전국인민대표대회는 해당 결의에서 임시입법회의 설립 근거가 홍콩기본법 및 중앙의 '일국양제', '고도의 자치' 및 '항인치항(港人治港)' 방침임을 강조하였는데, 이는 전국인민대표대회가 제도 설계권을 갖고 있고 중복 행사도 가능하나 홍콩기본법을 우회할 수는 없고 반드시 홍콩기본법을 기준으로 행사하여야 한다는 점에 대한 근거가 된다.

홍콩국가안전법 제정 결의도 마찬가지로 전국인민대표대회가 헌법에 의해 부여된 권한을 행사한 결과물이지만, 그 권한은 무제한적인 자유재량의 범위에서 실시된 것이 아니라 홍콩기본법의 틀 안에서 진행된 것이다. 따라서 홍콩국가안전법 제정 결의가 홍콩특별행정구 기존 법률제도에 큰 변화를 가져온 것은 사실이지만 해당 법률이 홍콩기본법을 대체하거나 이에 우선하는 것은 아니며, 오히려 이를 홍콩기본법을 비롯한 홍콩 기존 법률제도에 대한 보충으로 보는 것이 합리적일 것이다. 또 한 가지 유의해야 할 점은, 홍콩국가안전법이 제정되더라도 본 결의 이후 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 추가되어 홍콩특별행정구가 현지에서 공포한 후에야 비로소 시행된다는 것이다.[407] 즉, 이번 홍콩국가안전법 제정 결정의 근거, 내용 및 제반 절차를 살펴보면 여전히 홍콩기본법의 틀을 벗어나지는 않았다고 할 수 있겠다.

그러나 종래 중앙의 '입법권'이 기존 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 추가하

406) 전국인민대표대회 홍콩특별행정구 준비위원회 업무보고에 관한 제8기 전국인민대표대회 제5차회의 결의(第八届全國人民代表大會第五次會議關于全國人民代表大會香港特別行政區籌備委員會工作報告的決議), 1997년 3월 14일 제8기 전국인민대표대회 제5차회의에서 통과함.

407) 田飛龍; 薛皓元, "香港國安法与"一國兩制"的法治鞏固", 青年探索, 2020-9, 5면 참조. 周璋, "總体國家安全觀下的國家安全立法研究", 西南政法大學, 2015, 碩士論文, 7-12면 참조.

는 방식 또는 비상사태 등 발생 시 홍콩특별행정구에서 시행되도록 결정하는 방식을 통해 실현해 왔던 것과 달리 이번 홍콩국가안전법의 제정으로 그 권한의 범위가 확장된 것은 사실이다. 비록 위에서 살펴본 바와 같이 홍콩국가안전법의 제정 과정이 홍콩기본법의 틀을 벗어나지는 않았으나, 이 과정을 통해 중앙이 홍콩특별행정구 제도 설계권을 중복으로 행사할 수 있다는 점이 확인되어 향후 중앙이 재차 이를 행사할 수 있는 가능성은 열려져 있다. 홍콩기본법상 홍콩특별행정구와 중앙의 '입법권'이 명확하게 구분되더라도 홍콩특별행정구 제도 자체의 설계권이 중앙에게 귀속되고 해당 설계권이 홍콩기본법의 제정으로 완전히 소진된 것이 아니라 중앙에 의해 재차 행사될 수 있는 것이라면, 홍콩특별행정구가 부여받은 '고도의 자치'는 사실상 불확실한 상태에 놓여질 수도 있다.

(5) 평가

'일국양제' 원칙에 따라 홍콩특별행정구는 홍콩기본법에 저촉되지 않는 선에서 기존 법률을 그대로 유지할 수 있다. 또한 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 열거되어 있는 전국성 법률을 제외하고는 홍콩특별행정구 입법회는 스스로 법률을 제정, 시행할 수 있다. 이는 다른 중국 일반 지방정부의 입법권한과 비교했을 때 큰 차이점이 있다고 할 수 있다. 다른 일반 지방의 입법 근거는 중국 헌법과 법률, 행정법규이지만, 홍콩특별행정구는 홍콩기본법을 근거로 법률을 제정한다. 즉, 국방과 외교를 제외한 홍콩특별행정구 자치 범위 내의 각종 사무에 대하여 홍콩 입법회는 자체적으로 입법할 수 있는 고도의 권한을 가지고 있다.

그러나 홍콩특별행정구가 향유하고 있는 입법권은 중앙으로부터 부여받은 권한이며 역시 중앙의 감독을 받는다. 따라서 홍콩기본법 제

17조에서 홍콩특별행정구의 입법기관이 제정한 법률은 반드시 전국인민대표대회에 보고하고 동시에 등록해야 한다고 규정하였다. 만약 홍콩특별행정구가 제정한 법률이 중앙이 관리하는 사무 및 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 규정에 부합되지 않는다고 판단할 경우 전국인민대표대회는 전국인민대표대회 상무위원회 산하의 홍콩특별행정구기본법위원회에 의견을 물은 후 관련 법률을 반려할 수 있으나, 해당 법률을 수정할 권한은 없다. 또한 전국인민대표대회 상무위원회에 의해 반려된 법률은 즉시 효력을 상실하며 홍콩특별행정구의 법률에 별도의 규정 없는 한 해당 법률은 소급효를 갖지 아니 한다. 이와 같이 전국인민대표대회는 홍콩특별행정구의 입법권에 대해 감독권을 가지고 있으나 그 행사 요건과 절차는 다음과 같이 홍콩기본법에 의해 엄격히 제한된다.

첫째, 전국인민대표대회의 홍콩특별행정구 입법권에 대한 감독은 관련 입법이 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 규정에 부합되는지 여부를 감독하는 것에 한한다. 둘째, 전국인민대표대회는 홍콩특별행정구의 입법이 홍콩기본법 관련 규정을 위반하였다고 인정할 경우 관련 법률을 반려할 수 있으나 반려하기 전에 반드시 홍콩특별행정구기본법위원회의 의견을 먼저 청취하여야 한다. 셋째, 전국인민대표대회는 홍콩특별행정구 입법회에서 제정한 법률이 홍콩기본법에 저촉되었다고 판단할 경우 해당 법률을 다시 홍콩특별행정구에 반려할 수는 있으나 이를 직접 개정할 수 있는 권한은 가지고 있지 않다. 이는 중앙이 홍콩특별행정구의 입법권을 존중하고 보장하기 위한 것이다. 즉 홍콩특별행정구 입법에 대한 개정권과 철회권은 오직 홍콩특별행정구 입법회만이 가지고 있다. 물론 홍콩특별행정구 입법회는 반려된 법률을 개정한 이후 다시 전국인민대표대회에 보고하고 등록하는 절차를 거쳐야 한다.

그러나 홍콩특별행정구 입법회가 제정한 법률을 전국인민대표대회에 등록해야 하는 기간과 등록 담당부서 기타 구체적인 절차에 대해서는 홍콩기본법 등에 규정이 없어 입법 공백 상태이다. 현재 실무에서는 주로 전국인민대표대회의 법제위원회에서 이를 담당하고 있으나 결국 입법을 통해 보완할 필요가 있겠고, 향후 전국인민대표대회에서 홍콩기본법 개정을 통해 관련 규정을 추가할 것으로 본다.

중앙의 홍콩특별행정구에 대한 '입법권'을 보면 기존 홍콩기본법에 따라 부속서Ⅲ의 개정 또는 비상사태 발생 시의 결정을 통해 이루어지던 것이 홍콩국가안전법의 제정으로 그 범위가 확대되었다고 할 수 있다. 비록 홍콩국가안전법의 제정 과정을 보면 홍콩기본법의 틀을 벗어나지는 않았으나 중앙이 홍콩특별행정구 제도 설계권을 반복하여 사용할 수 있다는 점이 조명되어 실질적으로 홍콩의 입법시스템에는 결코 작지 않은 충격이 가해졌다. 만약 홍콩특별행정구 내의 잦은 불안정 정세가 지속된다면 중앙이 홍콩국가안전법을 제정하듯이 재차 제도 설계권을 행사할 가능성이 존재한다. 그러나 '일국양제' 원칙을 고수하고 홍콩특별행정구의 안정적인 사회 및 경제 제도를 보장하려면 결국 헌법을 통해 중앙의 '입법권'에 대해 제한을 가할 필요가 있을 것으로 판단된다. 특히 중국헌법 제31조에 따른 홍콩특별행정구 제도 설계권에 대해 그 행사 조건을 한정할 필요가 있으며 보다 엄격한 절차를 마련하는 것이 바람직할 것이다.

4. 홍콩특별행정구의 독립된 사법권과 종심권

(1) 홍콩특별행정구 사법제도의 개념

사법권은 국가권력의 일부이다. 사법기관은 법률의 적용 및 법률해석, 민·형사 사건 및 행정사건에 대하여 법에 따라 재판과 법률감독을 실시하는 기관이다. 보통 자본주의 국가는 삼권분립을 원칙으로 사법권과 입법권, 행정권이 서로 견제 및 균형을 이루고, 사법권은 주로 법원에서 행사한다. 그러나 중화인민공화국은 인민대표대회제도를 시행하고 하여 중국의 사법권은 주로 인민법원에서 재판권을 행사하고, 주로 인민검찰원에서 법률감독권을 행사하고 있다.[408]

영국이 통치하던 시기 홍콩의 사법권에 대해서는 행정권 및 입법권과는 달리 영국정부의 직접적인 통제는 없었으나, 홍콩법원의 종심권에 대해서는 영국 법률에 의해 추밀원 사법위원회가 홍콩의 종심권을 장악하는 것으로 결국 홍콩의 사법권을 통제하였다. 하지만 홍콩법원의 재판제도, 재판절차, 법관의 선발, 법원 체계 등에 대해서는 홍콩법원에서 독립적으로 시행하도록 하였다.[409] 그 후 1997년 7월 1일자로 홍콩이 중국으로 반환되면서 일국양제의 원칙에 따라 중국정부는 홍콩의 기존 자본주의 사법체계를 그대로 유지하게 하였으나 영국정부와 달리 중앙에서 홍콩특별행정구에 종심법원을 설치하여 홍콩특별행정구 종심법원이 독립적으로 종심권을 행사하도록 하였다.[410] 중앙

---

408) 王振民，中央与特別行政區關系，清華大學出版社，2002, 188면 참조.

409) 鄒平學，"論特別行政區制度的內容、特征和實施條件"，法學評論，2014, 5면 참조. 王振民，中央与特別行政區關系，清華大學出版社，2002, 189-190면 참조.

410) 홍콩기본법 제81조: 홍콩특별행정구에는 終審法院, 高等法院, 區域法院, 裁判署法廷과 각급 전문법정을 설립한다. 고등법원에는 上訴法廷과 原訟法廷을 둔다. 홍콩에서 기존에 시행된 사법체계는 홍콩특별행정구에 종심법원을 설치하는 것 외에는 그대로 유지한다(香港特別行政區設立終審法院、高等法院、區域法院、裁判署法庭和其他專門法

에서 홍콩특별행정구에 종심법원을 설치하도록 규정한 것은 홍콩특별행정구의 사법체제 역시 중국 사법체제의 구성 부분이라는 점을 보여주기 위한 것이다.[411] 홍콩특별행정구에 설치된 종심법원은 사건에 대한 최종 재판권한을 가지고 있는 재판기관으로서 사건 당사자는 종심법원의 판결에 대해서 더 이상 상소를 제기할 수 없게 되었다. 다시 말하자면, 홍콩특별행정구 최종법원에서 심리한 사건을 다시 중국의 최종심 법원인 최고인민법원에 상소하여 최종 판결을 거칠 필요가 없다는 것이다.

따라서 홍콩특별행정구의 독립된 사법권과 종심권은 중앙에서 홍콩특별행정구에 수권한 고도 자치권 중의 가장 핵심적인 권력이라 할 수 있다. 여기서 '독립된 사법권'이란 홍콩특별행정구에서는 각급(各級) 법원이 법에 의해 독립된 심판권을 행사한다는 것을 의미한다. 즉, 홍콩특별행정구의 각급 법원은 홍콩특별행정구의 사법기관으로 어떠한 간섭도 받지 않고 독립적으로 홍콩특별행정구 지역에서의 심판권을 행사하여 재판하는 권력을 말한다.[412] '독립(獨立)'은, 홍콩특별행정구 내의 행정기관, 입법기관을 포함한 모든 기관과 독립되어 자체적으로 심판권을 행사하는 것 외에도, 중국대륙의 사법기관인 인민법원과 인민검찰원의 간섭을 받지 않는다는 것을 말한다. 따라서 홍콩기본법 제19조에서는 홍콩특별행정구 법원이 홍콩의 기존 법률이 심판권에 가하는 제한을 제외하고는 홍콩의 기존 법률제도와 원칙을 계속적으로 유지하면서 홍콩특구 내에서 독립된 사법권을 향유한다고

庭。高等法院設上訴法庭和原訟法庭。原在香港實行的司法体制，除因設立香港特別行政區終審法院而産生變化外，予以保留).

411) 법무부, 中國 內地와 홍콩의 法律衝突 및 調整, 법무부, 2006, 42면 참조.

412) 홍콩기본법 제80조: 홍콩특별행정구의 각 급(級) 법원은 홍콩특별행정구 사법기관으로 홍콩특별행정구의 심판권을 행사한다(香港特別行政區各級法院是香港特別行政區的司法机關，行使香港特別行政區的審判權). 홍콩기본법 제85조. 위 각주357 참조.

규정하였다.[413]

홍콩특별행정구의 사법권은 많은 부분에서 중앙정부의 간섭을 받지 않아 특히 독립성이 부각된다. 즉 홍콩특별행정구의 종심법원의 설치 및 이에 따라 부여된 월등한 권한은 중국의 다른 지역과 비교하기 어려운 것임이 분명하다. 아래에서는 홍콩특별행정구의 사법권 및 사법제도에 관련된 내용을 자세히 보도록 하겠다.

(2) 홍콩특별행정구의 사법제도의 내용

가. 홍콩특색의 법원체계

홍콩기본법의 규정에 따르면 홍콩특별행정구는 종심법원, 고등법원, 구역법원(區域法院), 재판서법정(裁判屬法廷), 각급 전문법원을 설치하고, 고등법원에는 상소법정(上訴法廷)과 원송법정(原訟法廷)을 둔다.[414] 또한 홍콩특별행정구의 각급 법원의 직권에 대해서는 별도의 법률로 정한다고 규정하고 있다.[415]

---

413) 홍콩기본법 제19조: 홍콩특별행정구는 독립된 사법권과 종심권을 향유한다. 홍콩특별행정구 법원은 홍콩 기존의 법률제도 및 원칙의 계속적인 維持가 법원의 심판권에 가하는 제한을 제외하고는 홍콩특별행정구의 모든 사건에 대하여 심판권이 있다. 홍콩특별행정구 법원은 국방·외교 등 국가행위에 대하여는 관할권이 없다. 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리함에 있어 국방·외교 등 국가행위와 관련된 사실문제에 직면하게 되는 경우 행정장관이 그 문제에 관하여 발급한 증명문건을 득하여야 하고, 상기문건은 법원에 구속력을 갖는다. 행정장관은 증명문건을 발급하기 전에 반드시 중앙인민정부의 증명문건을 득하여야 한다(香港特別行政區享有獨立的司法權和終審權。香港特別行政區法院除繼續保持香港原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對香港特別行政區所有的案件均有審判權。香港特別行政區法院對國防、外交等國家行爲无管轄權。香港特別行政區法院在審理案件中遇有涉及國防、外交等國家行爲的事實問題，應取得行政長官就該等問題發出的証明文件，上述文件對法院有約束力。行政長官在發出証明文件前，須取得中央人民政府的証明書).

414) 홍콩기본법 제81조. 위 각주410 참조.

415) 홍콩기본법 제83조: 홍콩특별행정구의 각 급 법원의 조직과 권한은 법률로 정한다

첫째, 홍콩특별행정구의 종심법원은 기존 홍콩에는 없었던 법원이다. 즉 홍콩특별행정구가 중국에서 설치되면서 함께 새로운 권한을 부여받았다. 종심법원은 자체적으로 소송사건을 처리할 수 있는 권한을 가지며 종심법원의 판결은 최종 판결이기 때문에 그 판결에 대해서는 중국의 최고인민법원과 최고인민검찰원이 간섭하지 않는다. 종심법원의 직권행사에 관한 사항에 대해서는 단행법률을 제정하여 규율하는데 주로 행정기관에서 작성한 법안에 대해 입법회의 의결을 거쳐 다시 행정장관의 서명과 함께 효력이 발생하는 방식을 취한다.[416] 이 외에도 종심법원의 판사 임명에 대해서는 홍콩기본법과 「홍콩종심법원조례(香港終審法院條例)」에서 규정하고 있다. 이에 따르면 종심법원의 법관은 독립위원회의 추천을 받아 행정장관이 임명하며, 특히 종심법원의 수석법관은 외국거류권이 없는 홍콩특별행정구의 영주민인 중국공민이 담당해야 하며 주로 행정장관은 입법회의 동의를 얻어야 하며 그 결과를 전국인민대표대회 상무위원회에 보고 및 등록하여야 한다.[417] 여기서 홍콩의 종심법원에 대한 입법 및 판사의 임명은 절차적으로 홍콩특별행정구의 행정기관 및 입법기관의 감독을 받지만 홍콩특별행정구의 사법권 독립에 대해서 영향을 주지 않는다.

(香港特別行政區各級法院的組織和職權由法律規定).

416) 홍콩기본법 제76조. 위 각주330 참조.

417) 홍콩기본법 제90조: 홍콩특별행정구 종심법원과 고등법원의 수석법관은 외국에 거류권이 없는 홍콩특별행정구 영주민인 중국공민이 담임한다. 본법 제88조와 제89조에 규정된 절차 이외에 홍콩특별행정구 종심법원의 법관과 고등법원 수석법관의 임명 또는 면직은 행정장관이 입법회의 동의를 얻어야 하고, 또 전국인민대표대회 상무위원회에 보고 및 등록하여야 한다(香港特別行政區終審法院和高等法院的首席法官，應由在外國无居留權的香港特別行政區　永久性居民中的中國公民担任。除本法第八十八條和第八十九條規定的程序外，香港特別行政區終審法院的法官和高等法院首席法官的任命或免職，還須由行政長官征得立法會同意，幷報全國人民代表大會常務委員會備案).「홍콩종심법원조례(香港終審法院條例)」 제1부 제7조(1).

둘째, 홍콩특별행정구의 고등법원은 주로 상소법정과 원송법정으로 구성되어 있다. 이 두 법원은 홍콩특별행정구 내에서 발생하는 모든 민사 또는 형사 상소사건 처리 권한을 가지고 있다. 고등법원의 판사 임명도 종심법원 판사 임명과 같은 절차를 거쳐 고등법원의 수석법관은 외국 거류권이 없는 홍콩 영주민인 중국공민이 담당한다. 즉 행정장관이 입법회의 동의를 얻어 임명을 선포하고 그 결과를 전국인민대표대회 상무위원회에 보고 및 등록한다.[418]

셋째, 홍콩특별행정구의 구역법원은 기존 홍콩의 지방법원에 해당하는 기관이다. 구역법원은 민사 및 형사 문제에 관련해서는 지역적인 관할권 제한을 받는데, 민사사건 금액 제한에 따라 민사사건을 심리 여부를 결정하고, 형사사건에 관하여서는 중대한 범죄, 예를 들면 구역법원에서는 살인 등과 같은 범죄를 제외한 사건을 심리한다. 이외에도 재판서법정이 있는데 여기는 주로 공소범죄와 간이절차범죄 등에 대해 관할권을 가지고 있다. 재판서법정의 판사는 주로 상당한 법조 실무경력을 가진 사람들이다. 따라서 재판서의 재판권한을 보면, 첫째 경미한 형사사건을 수리하고, 둘째, 민사사건 관련 관할권이 제한되어 있어 극히 적은 액수의 민사채무 사건을 수리하며, 셋째, 관리위반조례 또는 치안조례 관련사건을 심사한다.

넷째, 홍콩특별행정구에서는 종심법원 등 외에도 별도 전문법정을 설립한다고 홍콩기본법에 규정하고 있다.[419] 여기서 전문법원은 한 종류의 사건을 전문적으로 심리하는 법정인데 예를 들면, 아동법정(儿童法廷), 사인재판법정(死因裁判法廷), 토지심재처(土地審裁處), 노자심재처(勞資審裁處), 소액금전채권심재처(小額錢債審裁處), 음란문품

418) 홍콩기본법 제90조. 위 각주417 참조.

419) 홍콩기본법 제81조. 위 각주410 참조.

심재처(淫褻物品審裁處) 등이 있다.[420] 각 사건의 성격과 범위에 따라 전문법정과 심재처를 설립하여 이를 심의하고 처리한다. 이는 전문법정을 두어 경미한 형사사건 또는 민사사건에 대한 심리를 진행하여 법원의 업무부담을 경감하기 위한 것이다. 그러나 만약 판결에 대해 불복한다면 고등법원의 원송법정에 상소할 수 있다.[421] 종합하여 볼 때, 이러한 전문법정은 절차가 간이하고 신속하며 소송비용을 절약할 수 있는 장점이 있다.

나. 홍콩특별행정구 법원의 심판근거

홍콩특별행정구의 각급 법원은 독립된 사법권과 종심권을 향유하면서 홍콩기본법과 홍콩특별행정구 입법기관에서 제정한 모든 법률을 심판의 근거로 한다. 여기서 홍콩기본법은 중국의 최고권력기관이자 입법기관인 전국인민대표대회가 제정한 법률이고 그 성격은 전국성 법률로서 홍콩특별행정구의 헌법성 법률로 작용한다. 이 외에도 홍콩의 기존 법률인 보통법, 형평법, 조례, 부속입법과 관습법도 사건의 심판근거로 작용한다.

다. 홍콩특별행정구 법원의 사건 심리범위

홍콩특별행정구의 법원은 어떠한 간섭도 받지 않고 독립적으로 재판을 진행한다. 이는 홍콩특별행정구는 홍콩기본법에 따라 중앙이 수여한 고도자치의 권한으로 독립적으로 홍콩특별행정구의 사법권을 행사한다는 의미이다. 따라서 홍콩특별행정구의 법원과 판사는 사건을 심리함에 있어서 홍콩특구의 행정기관, 입법기관의 간섭을 받지 않을

420) 香港司法機構 - 司法機構便覽 (judiciary.hk)

421) 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003 296-300면 참조.

뿐만 아니라, 중앙인민정부 산하의 각 부문, 각 성, 자치구, 직할시도 어떠한 간섭도 할 수 없다고 규정되어 있다.[422]

비록 홍콩기본법상 홍콩특별행정구 법원은 독립된 사법권과 종심권을 가진다고 규정되어 있으나, 홍콩특별행정구 내에서 발생하는 모든 사건에 대해서 심판권을 가지는 것은 아니다. 비록 홍콩특별행정구는 중앙의 수권을 받아 사법권을 행사하나 어디까지나 중앙에 직할되는 행정지방구역으로서의 성격도 가지고 있기 때문에 법원의 사건 심리 및 관할 범위는 제한된다고 할 수 있다.[423] 홍콩기본법 제19조에서는 홍콩 기존의 법률제도 및 원칙의 계속적인 유지되어 홍콩특별행정구 법원은 본법상 법원의 심판권에 가하는 제한을 제외하고는 홍콩특별행정구의 모든 사건에 대하여 심판권이 있다고 규정하고 있으며, 다만 국방·외교 등 국가행위에 대하여는 관할권이 없다고 명시하였다. 동조에 따르면 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리함에 있어 국방·외교 등 국가행위와 관련된 사실문제에 직면하게 되는 경우 행정장관이 그 문제에 관하여 발급한 증명문건을 받아야 하고, 상기 문건은 법원에 구속력을 갖는다. 또한 행정장관은 증명문건을 발급하기 전에 반드시 중앙정부의 증명문건을 득하여야 한다고 규정하였다.

(3) 평가

홍콩특별행정구는 홍콩기본법 규정에 근거하여 고도의 자치권을 갖고 있는데 독립된 사법권 역시 이에 포함되며, 독립된 사법권에는 종심판결권도 포함된다. 즉, 홍콩특별행정구에는 자체적인 종심법원이 있고 종심법원은 최종 판결을 내릴 수 있는 사법종심권을 갖는다. 홍

422) 홍콩기본법 제85조. 위 각주357 참조.

423) 법무부, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003 287면 참조. 鄒平學, 憲法在香港特別行政區的效力和适用研究評述, 深圳大學學報, 2013-9, 58면 참조.

콩 종심법원이 내린 최종 판결에 대해 중국 최고인민법원과 최고인민검찰원은 감독권을 가지지 않는다.

특별히 지적할 부분으로, 독립된 사법권은 행정권 및 입법권과 달리 '독립'이라는 단어가 사용되었다는 점이 있다. 만약, 홍콩특별행정구에서 독립된 사법권과 같이 행정권과 입법권도 독립적으로 행사할 수 있다면, 이는 '고도의 자치'가 아닌, '완전자치(完全自治)'라고 해야 할 것이다. 그러나 이는 '일국양제'의 원칙은 물론 홍콩기본법의 입법취지에도 부합되지 않는다. 물론 홍콩특별행정구의 '고도의 자치권'은 중국 대륙 특유의 민족자치구의 자치권한보다 크고, 자본주의 국가의 일개 지방이 가지고 있는 권한보다도 크다. 그러나 이는 어디까지나 '완전자치'가 아닌 중앙으로부터 부여 내지 위임받은 권한을 행사하는 것에 불과하므로 홍콩특별행정구는 독립된 사법권을 제외한 다른 권한에 대해 중앙의 감독을 받아야 할 것이다.

이 외에 홍콩법원은 사건을 심리하는 과정에서 홍콩기본법의 관련 규정에 대해 해석할 수 있는 권한을 가진다. 다만, 중앙정부가 관리하는 사무에 관한 규정 또는 중앙과 홍콩특별행정구 간의 관계에 관한 홍콩기본법의 조항을 해석할 필요가 있을 경우, 홍콩의 종심법원은 전국인민대표대회 상무위원회에 관련 조항에 대한 해석을 요청해야 한다. 즉, 홍콩기본법상 이에 대한 해석권은 원천적으로 전국인민대표대회 상무위원회에 있으나, 홍콩특별행정구 자치 범위 내의 문제와 관련된 조항에 대해서는 홍콩법원에 그 해석권한을 부여한 것이다. 만약, 홍콩법원에서 전국인민대표대회 상무위원회에 해석을 요청해야 하는 상황임에도 불구하고 요청하지 않고 직접 해석을 한다면 중앙과의 관계에서 문제가 초래될 것이다.

홍콩특별행정구에 부여된 독립된 사법권의 특징을 종합해 보면 대체로 아래와 같다. 첫째, 홍콩특별행정구 내부관계에서 사법 독립은 '행정주도'를 특징으로 하는 정치체제 하에서 사법기관이 행사하는 독립된 사법권이다. 홍콩특별행정구는 비록 자본주의체제로 운영되기는 하나 정치체제는 서방과 같은 완전한 3권분립이 아니라 행정이 주도하되 입법과 행정이 서로 견제하며 그와 동시에 사법이 독립적으로 운영되는 체제이다. 둘째, 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에서 홍콩의 사법 독립은 여전히 중앙의 수권에 의한 것이나 자치 사무에 대해서는 독립적인 심판권을 가지며 중앙의 간섭을 받지 않는다. 셋째, 종심권 역시 중앙의 수권에 의한 것이나 홍콩특별행정구의 종심법원이 이를 행사한다. 따라서 홍콩특별행정구의 종심권에는 중앙에 의한 수권성(授權性)과 중앙으로부터 받는 제한성(限制性)이라는 두 가지 특징이 공존한다. 헌법학의 일반적인 논의상 최고 사법권은 국가주권의 일부분이기 때문에 지방행정구역으로서의 홍콩특별행정구는 종심권을 가질 수 없으나, 홍콩의 경우 '일국양제' 원칙 및 홍콩기본법에 따라 중앙의 수권이 이루어짐으로써 홍콩특별행정구 종심법원이 종심권을 행사할 수 있게 되었다. 따라서 홍콩 종심법원은 반드시 홍콩기본법 규정에 따라 해당 종심권을 행사해야 할 것이다.

5. 소결

이상의 내용을 종합해 보면, 홍콩특별행정구는 중국 헌법에 따라 설치된 특수한 지위를 가진 중국의 행정구역이다. 즉 홍콩특별행정구는 중국의 지방행정구역이지만 기타 일반 행정구역과는 다른 정치, 경제, 사회제도를 실행하고 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받은 특수한 행정구역이다. 홍콩특별행정구의 고도의 자치권에는 행정권, 입법권, 독립적인 사법권과 종심권이 포함되지만, 이와 같은 권한은

전국인민대표대회가 제정한 홍콩기본법을 통해 부여된 것이기 때문에 홍콩특별행정구의 시원적 권한은 아니다. 즉 중앙에서 부여한 홍콩특별행정구의 자치 권한은 어디까지나 한계를 가지고 있다. 홍콩기본법을 제정하게 된 정책적, 정치적 배경과 함께 홍콩특별행정구가 중국의 지방행정구역으로서 분리불가능한 일부이면서도 고도의 자치권이 부여된 점을 고려해 보면 홍콩특별행정구는 완전한 통합도 또 완전한 분리도 아닌 특수한 지방제도로서의 성격을 가진다고 볼 수 있다.

‘일국양제’ 통일정책의 법제화에 따라 홍콩기본법이 제정, 시행되었으나 이로 인하여 중국 헌법상 여러 가지 난제들이 나타나기 시작하였다. 그 중 하나가 중국의 국체(國體)에 관한 문제이다. 중국 헌법에 의하면, 중화인민공화국은 인민민주독재(人民民主專政)인 사회주의국가이다. 즉, 중국은 사회주의 시장경제체계와 공유제(公有制)를 시행하고 있는 사회주의 성격을 가진 국가로서 자본주의를 시행하는 국가와 다르다. 그러나 중국은 홍콩에 대한 주권을 회수하고 통일국가를 만들기 위해 ‘일국양제’ 통일방안을 제시하였고 이에 따라 헌법 제31조에 근거하여 홍콩기본법을 제정하였다. 홍콩기본법의 규정은 홍콩특별행정구 내에서는 대륙과 달리 인민민주독재, 사회주의 시장경제 및 사상을 시행하지 않고 계속하여 기존의 자본주의 정치, 경제, 문화를 유지할 것이라고 규정하였다. 그러나 이와 같은 홍콩기본법의 규정은 사실상 중국 헌법 제1조 국체 관련 규정과 완전히 상반되는 것이라 할 수 있다. 단일제 국가인 사회주의 중화인민공화국 안에서 홍콩특별행정구가 자본주의를 실시하는 것은 중국 헌법 규정만 놓고 보았을 때 헌법에 위반되는 것이고 나아가 ‘일국양제’ 통일방안 자체도 위헌의 소지가 있다고 문제 제기될 가능성이 존재한다고 본다.

또 다른 하나는 중국의 정체(政體)와 관련된 문제이다. 중국헌법 제

2조에 의하면 중국의 정체는 인민대표대회이기 때문에 행정기관과 사법기관은 모두 전국인민대표대회에 의해 선출되고 모두 전국인민대표대회에 책임을 진다. 그러나 홍콩특별행정구는 이와 같은 형식을 취하지 않고, 서방의 삼권분립이나 의회주권의 정치제체도 채택하지 않고 있다. 홍콩특별행정구는 오로지 홍콩기본법에 따라 홍콩특별행정구 사법기관의 독립성을 보장하고 행정기관과 입법기관이 서로 견제와 균형을 이루는 형태를 취한다. 즉, 이는 헌법에 따른 통일된 전국인민대표대회 아래 새로운 형태의 정부조직이 생겨났음을 의미한다. 중국의 국가구조가 여전히 단일제 국가형태의 성격을 유지한다는 시점에서 보았을 때 홍콩특별행정구의 이와 같은 정치체제는 중국 헌법의 규정과 완전히 일치하지는 않다고 할 수 있다.

세 번째로는 홍콩특별행정구에 대한 중앙의 '입법권' 범위와 관련된 문제이다. 홍콩특별행정구가 부여받은 고도의 자치권에는 입법권이 포함되므로 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 추가되거나 비상사태 발생으로 중앙의 결정에 의해 홍콩특별행정구에 적용되는 전국성 법률 외에는 홍콩이 스스로 입법 활동을 진행할 수 있다. 그러나 2020년 홍콩국가안전법의 제정 과정을 통해 중국헌법상 중앙의 홍콩특별행정구 제도 설계권이 홍콩기본법의 제정으로 소진된 것이 아니라 중복으로 행사 가능하다는 점이 강조되어, 사실상 중앙이 홍콩특별행정구에 적용되는 법률에 대해 제약 없는 결정권을 보유하고 있는 것으로 해석될 여지가 생긴 것이다. 비록 중앙이 제도 설계권을 재차 행사하더라도 홍콩기본법의 틀에서 벗어나서는 아니 되지만, 홍콩기본법 자체도 중앙이 제정했고 그에 대한 최종 해석권 역시 중앙이 갖고 있다는 점을 고려할 때 헌법을 통한 중앙 '입법권' 제약이 반드시 필요할 것이다.

마지막으로는 사법제도 관련 문제이다. 중국 헌법에 따르면 중국의

최고 재판기관은 최고인민법원이고 최고인민법원장은 전국인민대표대회에 의해 선출되며, 하급법원은 상급법원의 감독을 받는다. 최고인민검찰원장도 마찬가지로 전국인민대표대회에서 선출되고 상급 검찰기관은 하급검찰기관을 감독한다고 규정되어 있다. 그러나 홍콩특별행정구가 설립되면서 홍콩의 사법제도는 최고인민법원의 간섭을 받지 않는 독립된 재판권을 가지게 되었다. 즉, 홍콩특별행정구는 독립된 사법권을 보유하므로 대륙의 사법제도의 영향을 받지 않고 홍콩특별행정구 종심법원이 독립적으로 판결을 내리며 최고인민법원의 감독을 받지 않는다. 이것은 하나의 중국 내에서 두 개의 사법제도가 공존한다는 것을 의미하는데, 이 역시 앞으로 중국의 사법개혁으로 풀어나가야 할 문제로 지적되기도 하였다.

위 문제점들은 중국이 '일국양제' 통일정책을 실시하면서부터 나타나기 시작하였고, 중국 헌법이론에도 큰 도전이 되었다. 결국 중국 헌법이론에 나타난 문제점들을 해결하기 위해서는 중앙과 특별행정구 간의 관계를 이해해야 하는데, 그 중에서도 중앙과 특별행정구의 권한 배분을 연구하고 정리하는 것이 가장 핵심이 될 것이다.

제4절 홍콩기본법에 대한 해석권

홍콩기본법은 중국헌법 제31조에 근거하여 전국인민대표대회에서 제정한 기본법률이다. 홍콩특별행정구 내의 제도와 정책, 주민의 기본권리와 자유, 행정관리, 입법과 사법 등 제도는 모두 홍콩기본법을 근거로 실시되고 있기 때문에 홍콩기본법은 헌법성 법률이기도 하다. 따라서 홍콩기본법의 조항 해석과 관련된 문제가 생겼을 때 이를 중국대륙의 법률해석제도에 따라 해석할 것인지 아니면 홍콩의 법률해

석제도에 따라 해석할 것인지 여부가 중요한 문제로 대두되었다. 아래에서는 중국대륙과 홍콩특별행정구의 법률해석제도에 대한 개념을 간단히 정리한 다음, 중국대륙과 홍콩 간의 법률해석 관련 핵심 사례를 보도록 하겠다.

1. 중국대륙과 홍콩특별행정구의 법률해석제도

(1) 중국대륙의 법률해석제도

중국의 법률해석은 주로 입법해석, 사법해석과 행정해석으로 나뉜다. 입법해석은 최고입법기관인 전국인민대표대회에서 내리는 해석이고, 사법해석은 최고사법인관인 최고인민법원과 최고인민검찰원에서 내리는 해석이며, 행정해석은 최고행정기관인 국무원과 그 주관부서에서 내리는 해석이다. 중국의 법률해석 관련 내용은 중국헌법과 법률에서 규정하고 있다.[424]

가. 입법해석

중국헌법 제67조에서는 전국인민대표대회 상무위원회가 헌법과 법률에 대한 해석권을 행사한다고 규정하여 중국의 법률해석권의 주체에 대해 명확히 하였다. 이 외에도 1981년 제5기 전국인민대표대회 상무위원회 제19차 회의에서 통과된 「법률해석업무 강화에 관한 결의(關于加强法律解釋工作的決議)」는 국가 권력기관의 법률해석에 대해 규정하였다.[425] 2000년 제9기 전국인민대표대회 제3차 회의에서

---

424) 劉佳妮, "当代中國法律解釋的問題与對策", 黑龍江大學, 2020, 碩士論文, 5-11면 참조.

425) 첫째, 법률조항 자체에 대해서 (보다) 명확하게 해야 하거나 또는 보충 규정이 필요한 경우에는 전국인민대표대회 상무위원회에서 해석한다. 둘째, 법원이 재판과정 중에서 구체적으로 법률조항을 적용해야 하는 문제에 대해서는 최고인민법원이 해석을 한

통과된 「중화인민공화국 입법법(立法法)」에서는 입법해석의 내용, 절차와 해석기관에 대해 자세히 규정하였다. '입법법'의 규정에 따르면, 오직 입법기관만이 입법해석권한을 가지므로 전국인민대표대회 상무위원회가 제정법률에 대한 법률해석권을 가지고 있고 다른 기관은 입법해석권을 행사할 수 없다. 한편 중앙정부, 최고인민법원, 전국인민대표대회 각 전문위원회와 성, 자치구, 직할시의 인민대표대회 상무위원회는 전국인민대표대회에 법률해석을 요구할 수 있다.[426]

나. 사법해석

중국의 사법해석의 주체는 최고사법기관으로 최고인민법원과 최고인민검찰원이 이에 해당된다. 즉, 사법해석이란 최고인민법원과 최고인민검찰원이 재판업무와 검찰업무를 수행함에 있어 법률을 구체적으로 어떻게 적용할 것인가에 대한 해석을 의미한다. 따라서 사법해석과 입법해석을 비교해 볼 때 법적 효력과 해석 절차에 차이가 존재한다. 첫째, 법원의 심리 사건에 있어 법률적용 문제 발생 시 최고인민법원에서 사법해석을 진행한다. 이때 최고인민법원이 내린 사법해석은 법적 구속력을 가진다. 둘째, 사법해석은 최고인민법원 심판위원회(最高人民法院審判委員會)의 토론을 거친 후, '최고인민법원보(最高人

다. 그러나 최고인민법원의 해석이 원칙적인 의견이 있는 경우에는 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 그 해석을 받는다. 셋째, 재판업무와 상관없는 법률 적용 문제에 대해서는 국무원과 주관부서에서 해석한다. 넷째, 지방성 법률 조항을 보다 명확히 하거나 보충할 필요가 있을 때에는 당해 법규를 제정한 성, 자치구, 직할시의 인민대표대회가 해석을 하고, 지방성 법규의 적용문제에 관해서는 성, 자치구, 직할시 인민정부의 주관부서가 해석한다. 張千帆, 憲法學, 法律出版社, 2004, 103면 참조.

426) 입법법 제45조: 法律解釋權屬于全國人民代表大會常務委員會。法律有以下情況之一的, 由全國人民代表大會常務委員會解釋 : (一) 法律的規定需要進一步明确具体含義的; (二) 法律制定后出現新的情况, 需要明确适用法律依据的。 입법법 제46조: 國務院、中央軍事委員會、最高人民法院、最高人民檢察院和全國人民代表大會各專門委員會以及省、自治區、直轄市的人民代表大會常務委員會可以向全國人民代表大會常務委員會提出法律解釋要求.

民法院公報)'와 '인민법원보(人民法院報)'에 공개 발표되고 각 고급법원 또는 각급 인민법원, 전문법원에 하달(下達)된다. 셋째, 성, 자치구, 직할시의 고급인민법원(高級人民法院)이 사법해석에 관해 문의한 경우, 모두 최고인민법원이 정한 절차에 따라 해석한다.[427]

다. 행정해석

행정해석은 재판업무에 속하지 않는 다른 법률을 어떻게 적용할 것인지에 관한 문제로서 주로 중앙정부 및 그 관련 부서에서 담당한다. 행정해석은 앞서 언급한 입법해석 및 사법해석과 차이가 있으며 특히, 홍콩특별행정구 법률해석제도와의 차이가 크기에 홍콩기본법에서는 중국의 행정해석제도와 유사한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 본 논문에서는 중국의 행정해석제도에 대해 더 이상 언급하지 않겠다.

위에서 언급한 중국의 법률해석제도는 해석의 주체에 따라 입법해석, 사법해석, 행정해석으로 나뉜다. 중국헌법은 전국인민대표대회 상무위원회가 헌법을 해석, 감독하고 법률을 해석한다고 규정하고 있으므로 전국인민대표대회 상무위원회가 규범 통제권 및 법률해석권을 갖는다. 전국인민대표대회 상무위원회가 법률해석을 하고, 최고인민법원 및 최고검찰원이 사법해석을 하는 것이 중국 국가기관이 법률을 해석하는 기본 틀이라고 할 수 있다.

(2) 홍콩특별행정구의 법률해석제도

홍콩의 법률해석제도는 영국 보통법의 법률해석제도를 이어받은 것으로 법률에 대한 해석은 기본적으로 사법기관의 몫으로 되어 있다.

427)「최고인민법원의 사법해석에 관한 규정(最高人民法院關于司法解釋工作的規定)」제1조, 제25조, 제10조.

보통법계에서의 법률해석은 사법기관인 법원에만 있고 다른 기관은 법률해석권을 가지고 있지 않다.[428]

그러나 홍콩이 중국으로 반환되기 전까지만 해도 홍콩의 최고법원은 사법종심권 및 사법해석권을 가지고 있지 않았고, 홍콩의 최고해석기관인 영국추밀원 사법위원회에서 종심권과 최종해석권을 가지고 있었다. 또한, 그 당시 홍콩법원의 해석권은 상당히 제한된 권한이었고 홍콩법원은 오로지 사건 심사과정에서만 법률해석권을 행사할 수 있었다.[429]

1997년 홍콩이 중국으로 반환된 이후, 중국은 일국양제 통일정책 및 헌법과 홍콩기본법에 따라 홍콩이 기존 법률해석제도를 보류하되 자치범위 내에서는 홍콩기본법을 해석할 수 있다고 규정하면서 결국 홍콩에 기본법 조항을 해석할 권한을 부여하였다. 또한 홍콩특별행정구의 종심법원에도 사법종심권을 부여하였다. 단, '특정상황'에 대하여 홍콩법원으로 하여금 전국인민대표대회에 해석을 요청하도록 규정하였다.

이와 같이 중앙이 홍콩에 기본법에 대한 해석권을 부여한 것은 일국양제의 원칙을 확고히 하고자 하는 데 그 목적이 있었다. 중국 헌법은 전국인민대표대회 상무위원회가 법률해석권과 최종 해석권을 가진다고 규정하고 있는데, 홍콩기본법도 전국인민대표대회에서 제정한 기본법률이기 때문에 전국인민대표대회 상무위원회에서 해석하도록 하는 것 역시 '일국' 원칙의 구현이라 할 수 있다. 한편, 홍콩특별행정구에서 기존 보통법계의 해석제도를 계속하여 보유, 시행하게 하는

428) 劉佳妮, "当代中國法律解釋的問題与對策", 黑龍江大學, 2020, 碩士論文, 8-9면 참조. 李靜輝、李祥琴, 港澳基本法比較研究, 北京大學出版社, 1997.

429) 王振民, "一國兩制"與基本法：歷史、現實與未來[M].香港:三聯書店（香港）有限公司, 176-177면 참조.

것은 '양제'의 구현이라고 할 수 있다.

2. 홍콩기본법에 대한 해석권 문제

(1) 홍콩기본법 해석권의 귀속권 문제

중국 대륙에서는 입법기관이 헌법 및 법률을 해석하는 '입법해석' 제도를 실행하고 있다. 입법기관의 해석은 최종적인 유권해석이며 모든 행정기관이나 사법기관은 이를 준수하고 집행해야 한다.[430] 그러나 보통법 체제하에 있는 홍콩에서는 법원이 헌법과 법률에 대한 최종 해석권을 가지고 있으므로 두 개의 법률해석 시스템이 서로 충돌하고 이에 따른 해석권 귀속 문제가 나타났다.

해석권한 충돌 문제는 홍콩기본법을 제정하는 과정에서 다수 제기되었는데, 이는 주로 중앙과 홍콩특별행정구의 관계 즉 권한 배분에 대한 논의였다. 그 중에서도 가장 핵심이 되었던 것은 홍콩기본법에 대한 해석권 배분 문제였다. 무엇보다도 '일국양제' 원칙에 의해 중앙과 홍콩특별행정구의 관계를 유지되므로 이러한 해석권 문제를 해결하는 것이 결국 '일국'과 '양제'를 유기적으로 조화롭게 하는 과정으로 비추어졌다. 아래에서는 홍콩기본법 제정 중에서 제기되었던 해석권 귀속 문제에 대한 논의 중 세 가지 견해를 검토해 보겠다.[431]

첫 번째 견해는, 홍콩기본법의 해석권은 모두 홍콩특별행정구 법원

---

430) 楊曉楠, "中央与地方關系視角下的香港基本法解釋", 浙江社會科學, 2020-10, 44면 참조. 楊曉楠, "中央在特別行政區發出行政指令權：理論基础与制度建构", 社會科學, 2018-9, 122면 참조. 秦前紅、黃明濤, "文本、目的和語境－香港終審法院解釋方法的連貫性与灵活性", 現代法學, 2011-1, 189-192면 참조.

431) 國務院發展研究中心港澳研究所, 香港基本法讀本, 商務印書館 2009. 306면 참조.

에 귀속시켜야 한다는 의견이었다. 그 이유는 기왕 홍콩특별행정구를 설치하고 종심법원을 두었으며, 동시에 홍콩 기존의 사법체계 전통을 그대로 보유하기로 하였다면 홍콩기본법 조항과 관련된 모든 사건에 대해서는 홍콩법원이 해석권을 가져야 한다는 것이다. 특히, 홍콩은 보통법 체계 하에서 판사가 법률 조항에 대한 해석은 자유롭게 할 수 있었다. 사건을 판단함에 있어 법률 조항이 헌법에 부합되는지에 대한 해석을 할 수 있다는 것은, 심지어 법원이 헌법성 법률에 대해서도 해석권을 가지고 있다는 것으로도 해석된다. 따라서 홍콩의 학자들은, 만약 홍콩특별행정구 법원에 해석권을 주지 않는다면 이것은 '일국양제'의 원칙에 부합되지 않고, 홍콩 종심법원의 설립도 아무런 의미가 없게 된다고 지적하였다.[432]

두 번째 견해는, 법률해석권은 전국인민대표대회 상무위원회와 홍콩특행정구 법원이 함께 가져야 한다는 것이었다. 전국인민대표대회의 입장에서 홍콩기본법은 전국인민대표대회에서 제정한 법률이므로 전국인민대표대회는 당연히 기본법에 대한 법률해석권을 가진다. 만약 홍콩특별행정구 종심법원만 홍콩기본법 조항에 대한 해석권을 가지고 중앙의 해석권이 배제된다면 이 역시 '일국양제'의 '일국'에 어긋나는 행위로 간주되어야 한다. 다른 한편, 홍콩특별행정구는 중앙으로부터 고도의 자치권을 부여받은 행정구역이고 그 안에서 시행하는 법률체계는 중국대륙과 다르기 때문에 홍콩특별행정구에서의 홍콩기본법 시행은 특별한 취급을 필요로 한다. 그러므로 전국인민대표대회 상무위원회는 국방과 외교 및 기타 홍콩특별행정구 자치범위에 속하지 않는 조항에 대해 해석권을 가지는 한편, 홍콩특별행정구 자치범위 내의 조항에 대해서는 홍콩특별행정구 법원이 해석권을 가져야 한

---

432) 彭眞昨談香港基本法解釋權在人大常委會, 大公報, 1985.3.30. 基本法解釋修訂權理所当然屬于人大, 大公報, 1985.12.22. 王振民, 中央特別行政區關系, 淸華大學出版社, 2002. 154면 참조.

다고 보았다.[433]

세 번째 견해는, 홍콩특별행정구 종심법원이 홍콩기본법 조항에 대한 해석이 필요한 경우 종심판결을 내리기 전에 전국인민대표대회 상무위원회에 해석을 요청해야 한다는 것이었다. 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리할 때 홍콩기본법에서 규정한 홍콩 자치범위 내의 조항 및 기타 조항에 대해서는 해석할 수 있으나, 종심법원의 판결이 그 외의 홍콩기본법 조항에 대한 해석이 필요할 때 종심법원은 전국인민대표대회 상무위원회에 해당 조항에 대한 해석을 요청해야 한다는 것이다.

홍콩기본법을 제정하는 과정에서 해석권에 대한 의견은 위에서 살펴본 바와 같이 세 가지로 나뉘어졌다. 해석권 귀속 문제에 대한 논쟁은 결국 두 법률해석 제도의 충돌 문제로 귀결되어 이를 어떻게 조화롭게 할 것인가가 중요한 문제로 대두되었다. 이를 위해 중앙과 홍콩은 '일국양제' 원칙을 전제로 절충적 해결방안을 모색하였고, 해석권 문제는 결국 현행 홍콩기본법 제158조와 같이 확정되었다. 상술한 의견은 홍콩기본법의 제정과정에서 주로 아래와 같이 반영되었다.

가. 홍콩기본법제정위원회 제3차 회의: 홍콩법원의 제한된 해석권

1985년 7월 홍콩기본법 제정위원회는 북경에서 제1차 전체회의를 개최하여 홍콩기본법 자문위원회의 설립을 결정하였고, 이어 1986년 4월 제2차 전체회의를 통해 '홍콩특별행정구기본법체계(초안)'을 통과시켰다. 그 후 제3차 전체회의에서는 홍콩기본법 해석조항의 제정을 전담한 소조(小組)가 1차 초안을 제출하였는데, 그 내용은 다음과

433) 中央与香港特別行政區的關系專題小組的工作報告, 載香港基本法起草委員會秘書處編：香港基本法起草委員會第三次全体會議文件匯編, 15면. 참조.

같았다:

'(제1항) 기본법의 해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 있다. (제2항) 홍콩특별행정구법원은 사건을 심리할 때 기본법상 홍콩특별행정구 자치범위 내의 조항에 대해 해석할 수 있다. (제3항) 만약 전국인민대표대회 상무위원회가 기본법 조항에 대해 해석하고 홍콩특별행정구 법원이 해당 조항을 인용할 경우에는 전국인민대표대회 상무위원회의 해석을 기준으로 삼아야 한다. 단 그전에 이미 내린 판결은 그 영향을 받지 아니 한다.'[434]

이 중 제1항은 그대로 홍콩기본법 최종안에 채택되었지만, 제2항은 전담소조 내부의 입장 차이로 유보되었다. 그 후 제4차 및 제5차 전체회의가 개최되었지만, 기본법 해석조항에 대한 입장 차이가 여전히 좁혀지지 않아 해당 조항에 대해서는 추가로 수정된 사항이 없었다.

나. 홍콩기본법제정위원회 제6차 회의: 홍콩법원의 해석권한 확장

홍콩기본법제정위원회 제6차 전체회의에서 전담소조는 기존 해석조항 초안에 대해 아래와 같이 큰 폭의 수정을 하였다:

'(제1항) 기본법의 해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 있다. (제2항) 홍콩특별행정구법원은 사건을 심리할 때 기본법상 홍콩특별행정구 자치범위 내의 조항에 대해 해석할 수 있다. (제3항) 홍콩특별행정구 법원은 사건을 심리할 때 기본법의 조항에 대해 해석할 수 있다. 만약 사건이 기본법상 국방, 외교 및 기타 중앙이 관리하는 사무에 관한 조항을 해석해야 할 경우, 홍콩특별행정구 법원은 사건에 대한 최종판결을 내리기 전에 전국인민대표대회 상무위원회에 관련 조항에 대한 해석을 요청해야 한다. (제4항)

434) 《中央与香港特别行政區的關系專題小組的工作報告》, 載香港基本法起草委員會秘書處編：《香港基本法起草委員會第三次全体會議文件匯編》, 14-15면 참조.

전국인민대표대회 상무위원회는 기본법에 대하여 해석을 하기 전에 홍콩특별행정구 기본법위원회의 의견을 물어야 한다.'[435]

수정된 조항을 보면 제3항이 신설되었는데, 그 주요내용은 홍콩법원이 '자치범위 내의 조항'에 대해서만 해석할 수 있다는 제한을 삭제하고 그 해석권한의 범위를 확대한 것이었다. 단, 이와 동시에 홍콩법원이 '국방, 외교 및 기타 중앙이 관리하는 사무에 관한 조항'을 해석해야 할 경우, 최종판결을 내리기 전에 반드시 전국인민대표대회 상무위원회에 해석을 요청할 것을 규정함으로써 홍콩법원의 해석권한에 일정한 제한을 두었다. 그 후 1988년 4월 제7차 전체회의가 개최되었고 '홍콩기본법(초안)의견수렴안'이 발표되었으나, 해석조항을 보면 위 초안에서 추가로 수정된 사항은 없었다.

다. '홍콩기본법의견수렴안'에 대한 개정: 홍콩법원의 해석권에 대한 고도의 수권

'홍콩기본법의견수렴안'이 발표된 이후, 홍콩기본법제정위원회는 자문위원회의 협조로 전국에서 광범위한 의견을 수렴하였다. 그 후 중앙과 특별행정구 관계를 전담한 소조는 재차 기본법의 해석조항에 대해 중대한 개정을 하였는데, 개정된 조항은 아래와 같다:

'(제1항) 기본법의 해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 있다. (제2항) 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리함에 있어 본 법의 홍콩특별행정구 자치범위 내의 관련 조항을 자체적으로 해석할 수 있는 권한을 부여한다. (제3항) 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리함에 있어 중앙인민정부가 관리하는 사무 또는 중앙과 홍콩특별행정구의 관

435) 香港基本法起草委員會秘書處編：《香港基本法起草委員會各專題小組擬定的各章條文草稿匯編》，載香港基本法起草委員會秘書處編：《香港基本法起草委員會第六次全体會議文件匯編》，76면 참조.

계에 관한 조항을 해석할 필요가 있고, 그 해석이 판결에 영향을 미칠 경우에는 그 사건에 대하여 최종판결을 내리기 전에 홍콩특별행정구 종심법원은 전국인민대표대회 상무위원회에 해당 조항에 대한 해석을 요청하여야 한다. (제4항) 전국인민대표대회 상무위원회는 기본법에 대하여 해석을 하기 전에 홍콩특별행정구 기본법위원회의 의견을 물어야 한다'[436]

위 개정된 내용을 보면, 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩특별행정구 법원에 자치범위 내의 관련 조항을 해석할 수 있는 권한을 부여하여, 홍콩법원의 기본법 해석권한이 재차 확장됨으로써 고도의 수권이 실현되었다.[437] 한편, 홍콩법원이 전국인민대표대회 상무위원회에 해석을 요청해야 하는 사항은 '중앙이 관리하는 사무 또는 중앙과 홍콩특별행정구의 관계'에 관한 조항이어야 하고, 그에 대한 해석이 '사건의 판결에 영향을 주어야 한다'는 전제조건이 추가됨으로써 최종적으로 전국인민대표대회 상무위원회에 해석을 요청해야 하는 범위가 좁혀졌다.

라. 홍콩기본법 제158조 제정과정에 대한 평가

홍콩기본법 제정과정에서 홍콩기본법제정위원회에서는 홍콩기본법의 해석 관련 문제에 대해 장기간의 논의가 이어졌다. 그중 가장 핵심은 홍콩기본법 해석권한의 배분과 해석방법에 관한 문제었다. 즉, 전국인민대표대회 상무위원회와 홍콩법원이 홍콩기본법에 대한 해석권한을 갖는지, 각자의 해석권한의 범위를 어떻게 획정할 것인지, 해

436) 《中央与香港特别行政區關系專題小組對條文修改情况的報告（1989 年 1 月 9 日）》，載香港特别行政區基本法起草委員會秘書處編：《中華人民共和國香港特别行政區基本法起草委員會第八次全体會議文件匯編》，1989 年 1 月，8-9면 참조.

437) 劉海林，"《香港基本法》第158條:起草過程、規范含義与解釋實踐"，華東政法大學學報，2020-5，46면 참조.

석을 한다면 어떤 방식으로 해석을 할 것인지에 관한 문제들이었다. 홍콩기본법의 제반 제정과정을 살펴보면 제정위원회는 초반에 기본법에 대한 해석권한의 배분, 특히 홍콩법원의 해석권 범위를 주로 논의하였고, 후반부에서는 해석권에 대한 전국인민대표대회 상무위워회와 홍콩법원의 유기적인 연결과 협조에 대해 중점으로 논의하였다.[438]

홍콩기본법제정위원회는 여러 차례 회의와 반복적인 논의를 거쳐 홍콩기본법 제158조 최종안을 확정하였고, 결국 이는 1990년 전국인민대표대회에서 통과되었다. 제158조 최종안은 전국인민대표대회 상무위원회의 권력을 유지함과 동시에 홍콩특별행정구의 자치권 행사도 보장하였다는 점에서 홍콩특별행정구의 고도의 자치를 실현하였다고 할 수 있다.

(2) 홍콩기본법 해석권 관련 내용

가. 중앙의 시원적 해석권한: 제158조 제1항

홍콩기본법 제158조 제1항에서는 "홍콩기본법의 해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 있다"라고 규정하고 있다. 이는 홍콩기본법이 전국인민대표대회가 제정한 기본법률이라는 점[439]에서 그 해석권 역시 제정기관에 두는 것이 맞기 때문이다. 홍콩기본법은 전국인민대표대회에서 제정한 법으로 그 해석권이 오로지 전국인민대표대회 상무위원회에 있을 뿐, 다른 국가기관인 최고인민법원, 최고인민검찰원이

438) 肖蔚云, 香港基本法講座, 中國广播電視出版社 1996, 107면 참조.

439) 중국헌법 제67조 제2항: 전국인민대표대회 상무위원회는 다음과 같은 직권을 행사한다. ② 전국인민대표대회가 마땅히 제정해야할 법률 외에 그 빡의 법률을 제정 및 개정한다(全國人民代表大會常務委員會行使下列職權: (二) 制定和修改除應当由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律).

나 최고행정기관인 중앙정부조차도 해석권을 가지고 있지 않다.[440] 전국성 법률의 해석권이 오로지 전국인민대표대회 상무위원회에 있고 그 해석 결과는 보편적인 구속력을 가지고 있으므로 홍콩특별행정구의 행정기관, 입법기관, 사법기관을 포함한 전국의 모든 국가기관은 전국인민대표대회 상무위원회의 해석에 따라야 한다.

나. 홍콩특별행정구에 대한 해석권한 부여: 제158조 제2항

홍콩기본법 제158조 제2항에서는 "전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리함에 있어 본 기본법의 홍콩 자치범위 내의 문제와 관련된 조항을 자체적으로 해석할 수 있는 권한을 부여한다"라고 규정하였다. 즉, 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩특별행정구 법원에 자치범위 내의 조항에 대해 자체적으로 해석할 수 있는 권한을 부여한 것이다.[441] 다시 말해 이 조항은 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리함에 있어 홍콩특별행정구 자치범위 내의 기본법 조항에 대해 자체적으로 해석하고 별도로 전국인민대표대회 상무위원회에 해석을 요청하지 않아도 된다는 의미로 해석이 된다.

본 조항에 따르면 홍콩특별행정구 법원의 해석권과 전국인민대표대회 상무위원회의 해석권은 근본적으로 다르다. 첫째, 홍콩특별행정구 법원의 해석권은 전국인민대표대회 상무위원회로부터 부여받은 것이며 홍콩특별행정구 법원의 고유한 권한이 아니다. 즉, 홍콩특별행정구 법원이 중앙으로부터 부여받은 해석권은 이를 자체적으로 행사할 수 있는 일종의 '행사권(行使權)'일 뿐 법원이 본래부터 가지고 있던, '보유권(所有權)'은 아니라는 것이다. 둘째, 홍콩특별행정구 법원은 '사

440) 許崇德, 簡析香港特別行政區實行的法律, 中國法學, 1997, 23면 참조.

441) 肖蔚云, 一國兩制与香港基本法律制度, 北京大學出版社 1990, 88-90면. 참조.

건을 심리'함에 있어서 사건과 관련된 홍콩기본법 조항에 대해서 해석할 권한을 가지고 있다. 이는 홍콩특별행정구 법원이 기본법에 대하여 해석 時 불고불리(不告不理)의 원칙을 조건으로 한다는 의미이다.[442] 즉, 구체적인 사건이 있을 때 그 사건과 관련된 기본법 조항에 대해서만 해석할 수 있다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 홍콩기본법 조항에 대한 일반 해석권이 오직 전국인민대표대회 상무위원회에만 있기 때문이다. 셋째, 홍콩특별행정구 법원의 '해석 범위'에는 한계가 존재한다. 즉, 홍콩특별행정구 법원은 홍콩기본법 중 "홍콩특별행정구의 자치범위 내의 조항"에 대해서만 '자체 해석(自行解釋)'을 할 수 있다는 것이다. 이러한 맥락에서 본다면 "홍콩특별행정구의 자치범위 밖의 조항"에 대해서는 당연히 '자체 해석'할 수 없다.

다. 홍콩기본법에 대한 중앙의 해석권한 범위: 제158조 제3항

홍콩기본법 제158조 제3항의 규정을 보면, 홍콩특별행정구 법원이 사건을 심리함에 있어 중앙정부가 관리하는 사무 또는 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 조항을 해석할 필요가 있고, 그 해석이 판결에 영향을 미칠 경우에는 그 사건에 대하여 상소할 수 없는 종국판결을 내리기 전에 홍콩특별행정구 종심법원은 전국인민대표대회 상무위원에 해당 조항에 대한 해석을 요청하여야 한다.[443] 또한 만약 전국인민대표대회 상무위원회가 해석을 하고 홍콩특별행정구 법원이 해당 조항을 인용할 경우 전국인민대표대회 상무위원회의 해석을 기준으로 해야 하나, 이미 내린 판결에 대해서는 구속력이 없다고 규정하였다.

라. 홍콩특별행정구기본법위원회의 역할: 제158조 제4항

442) 饒戈平、王振民, 香港基本法澳門基本法論叢,中國民主法制出版社 2011. 19-22면 참조.

443) 胡錦光, 論香港基本法審查權及其界限, 武漢大學學報, 2017-2, 67면 참조.

홍콩기본법 제158조 제4항에서는 전국인민대표대회 상무위원회는 본 기본법에 대하여 해석을 내리기 전에 그 산하에 있는 홍콩특별행정구기본법위원회에 의견을 물어야 한다고 규정하였다. 이는 홍콩기본법 해석에 대한 절차 규정으로 보아야 한다. 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩기본법 해당 조항에 대해 해석을 하기 전에 홍콩시민의 의사를 충분히 청취하고 홍콩특별행정구의 현황에 대해 정확하게 판단한 후 해석을 진행해야 한다.

홍콩특별행정구기본법위원회는 전국인민대표대회 상무위원회 산하에 있는 위원회로써 중앙과 홍콩특별행정구 간에 발생하는 문제 또는 홍콩기본법 시행 시 발생하는 문제를 연구하고 의견을 제시하는 기능을 한다. 따라서 홍콩특별행정구기본법위원회는 중앙과 홍콩특별행정구 간의 충돌 문제 또는 애매모호한 문제의 해결을 담당하는 중요한 기구로 자리 잡고 있다.

(3) 평가

홍콩기본법에 대한 중앙과 홍콩특별행정구의 해석권 배분을 살펴보면 아래와 같은 두 가지 질문을 할 수 있다. 하나는 전국인민대표대회가 홍콩특별행정구 자치범위 내의 문제와 관련된 조항에 대해서도 해석할 권한을 가지는지 여부이고, 다른 하나는 '자치범위내의 조항'과 '자치범위 밖의 조항'에 대해 누가 판단권을 가지고 있는가이다.

우선 첫 번째 질문을 살펴보면, 홍콩기본법상 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩특별행정구 법원에 홍콩특별행정구 자치범위 내의 문제와 관련된 조항에 대한 해석권한을 부여하였다. 이를 문언 그대로

해석하면 전국인민대표대회 상무위원회는 더 이상 홍콩특별행정구 자치범위 내의 문제와 관련된 조항에 대해 간섭할 수 없을 것이다. 그러나 홍콩특별행정구가 가지고 있는 자치범위 내의 조항에 대한 해석권은 결국 전국인민대표대회 상무위원회의 수권으로 부여받은 것이기 때문에, 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩기본법 조항에 대한 해석권을 전부 상실한다고 볼 수 없다. 홍콩특별행정구 법원이 자치범위 내의 문제와 관련된 조항을 해석하더라도 그 해석이 '일국양제'의 원칙에 어긋나는 해석일 경우에는 법리적으로 볼 때 원시권력(原始權利)을 갖고 있는 전국인민대표대회 상무위원회에서 여전히 해석할 권한이 있는 것으로 보아야 할 것이다.

두 번째 문제, 즉 홍콩기본법에서 '자치범위 내의 조항'과 '자치범위 밖의 조항'을 누가 어떻게 판단할 것인지에 대해서는 중앙과 홍콩특별행정구가 서로 다른 의견을 갖고 있다. 또한 절차적으로 홍콩법원이 이미 선제적으로 판단하여 판결을 내렸으나 그 해석이 전국인민대표대회 상무위원회의 의견과 충돌된다면, 전국인민대표대회 상무위원회에서 직접 홍콩기본법 관련 조항에 대한 해석을 통해 이를 시정할 수 있는지, 아니면 반드시 별도의 해석요청 절차를 거쳐야 하는지도 명확하지 않은 상황이다. 따라서 현실적으로 사건을 처리하고 판단하는 과정에서 그 판단기준의 불명확성으로 인하여 충돌이 생길 여지가 있다.

지금까지 전국인민대표대회 상무위원회의 홍콩기본법에 대한 해석권 행사 사례는 총 5건이 있다. 첫 번째 사건은 1999년 6월 26일 홍콩주민 거주권 문제에 관한 해석사건이다. 두 번째 사건은 2004년 4월 26일 홍콩 정치발전 및 민주제도에 대한 해석사건이다. 동 사건에서는 홍콩의 1차 입법회 선거 개혁이 쟁점이었다. 세 번째는 2005년 3월 홍콩행정장관이 건강상의 이유로 임기를 채우지 못하고 사임한

후 후임 행정장관의 임기 관련 해석사건이다. 네 번째는 2011년 5월 원고 미국회사(FC)와 피고 콩고민주공화국의 소송에서 홍콩종심법원이, 중국의 중앙정부의 국가관할권 규정이 홍콩에 그대로 적용되는지, 아니면 이전 영국 식민지 시기 홍콩의 독자적인 국가관할권이 여전히 인정되는지에 대한 해석사건이다. 다섯 번째는 2016년 홍콩기본법 제104조의, 홍콩입법회 의원들의 홍콩특별행정구에 대한 충성 맹세 규정에 대한 해석요청 사건이다.

[표5] 홍콩기본법에 대한 중앙의 해석권 행사 사례

연도	쟁점	홍콩기본법	해석 근거
1999.06	홍콩영구주민의 자격	제22조제4항, 제24조제2항제3호.	헌법 제67조제4항, 홍콩기본법 제158조.
2004.04	홍콩 정치 발전 및 민주제도에 대한 해석	부속서I 제7조, 부속서II 제3조.	헌법 제67조제4항, 홍콩기본법 제158조.
2005.03	보궐행정장관의 임기	제53조제2항, 부속서I 제1조, 제2조, 제7조.	헌법 제67조제4항, 홍콩기본법 제158조.
2011.05	국가관할권의 규칙 및 정책	제13조제1항, 제19조.	헌법 제67조제4항, 홍콩기본법 제158조.
2016.10	홍콩 독립지지 입법회 의원들의 공직 임용	제104조.	헌법 제67조제4항, 홍콩기본법 제158조.

아래에서는 홍콩이 중국으로 반환된 이후 중앙이 홍콩기본법을 해석한 첫 번째 사례를 통해 홍콩기본법 해석권과 관련된 주요내용 및 문제점에 대해 살펴보도록 하겠다.

3. 관련 사례 및 분석

(1) 사건개요

중국 개혁개방 이후 대륙과 홍콩 간의 교역이 날로 활발해짐에 따라 홍콩인이 대륙에 장기간 체류하면서 적법한 혼인 아래 또는 혼외 자녀를 출산하는 경우가 적지 않게 발생하였다. 이와 같이 홍콩인-대륙인 자녀 출생과 더불어 기타 여러 가지 원인으로 홍콩이민을 희망하는 사람들이 증가하여 급기야 거대한 이민 붐을 일으켰고, 이는 홍콩 사회에 막대한 이민압력을 초래하였으며, 대륙과 홍콩 간 관계에서 골치 아픈 문제로 대두되었다. 이에 대해 홍콩기본법은 제22조 제4항[444]과 제24조[445]에 관련 규정을 두고 있는데, 제22조 제4항에 따르

444) 홍콩기본법 제22조 제4항 중국 기타 지역의 자가 홍콩특별행정구에 진입할 경우 반드시 비준 절차를 진행해야 하며, 그 중 홍콩특별행정구에 진입하여 정거(定居)할 인수는 중앙인민정부 주관부서가 홍콩특별행정구 정부의 의견을 구한 후 확정한다(中國其他地區的人進入香港特別行政區須辦理批准手續, 其中進入香港特別行政區定居的人數由中央人民政府主管部門征求香港特別行政區政府的意見后确定).

445) 제24조 홍콩특별행정구주민을 홍콩주민으로 약칭하며, 영구주민과 비영구성주민을 포함한다. 홍콩특별행정구 영구성주민은 아래를 포함한다: (1) 홍콩특별행정구 설립 이전 또는 이후에 홍콩에서 출생한 중국공민; (2) 홍콩특별행정구 설립 이전 또는 이후 홍콩에서 7년 이상 통상 거주한 중국공민; (3) 제(1)항, 제(2)항의 주민이 홍콩 이외에서 출산한 중국 국적의 자녀; (4) 홍콩특별행정구 설립 이전 또는 이후 유효한 여행증서를 지참하여 홍콩에 진입한 후 홍콩에서 7년 이상 통상 거주하고 홍콩을 영구거주지로 하는 중국국적이 아닌 자; (5) 홍콩특별행정구 설립 이전 또는 이후 제(4)항의 주민이 홍콩에서 출산한 21세 미만의 자녀; (6) 제(1)항부터 제(5)항까지주민 이외에 홍콩특별행정구 성립 이전에 단지 홍콩에서만 거류권을 가진 사람이상의 주민은 홍콩특별행정구에서 거류권을 향유하고 홍콩특별행정구의 법률에 따라 그 거류권이 명기된 영주민 신분증을 취득할 수 있는 자격이 있다(香港特別行政區居民, 簡称香港居民, 包括永久性居民和非永久性居民。香港特別行政區永久性居民爲: (一) 在香港特別行政區成立以前或以后在香港出生的中國公民 ; (二) 在香港特別行政區成立以前或以后

면 중국 대륙 기타 지역의 주민은 모두 홍콩특별행정구에 진입할 경우 입경할 목적 또는 원인을 불문하고 대륙에서 비준 절차를 진행해야 하며, 적법한 증서를 지참해야 한다. 여기에는 단기 방문뿐만 아니라 영구거주의 경우도 포함되므로, 해당 규정으로부터 홍콩 반환 후에도 대륙 주민은 홍콩을 자유롭게 오갈 수 없었음을 알 수 있다. 홍콩정착을 희망하는 사람들이 많아지자 중앙정부는 홍콩기본법에 따라 홍콩특별행정구 정부의 의견을 구한 후 합리적인 정거(定居)인수와 홍콩 입경 시간을 정할 수밖에 없었는데, 이러한 조치로 인하여 홍콩 입경을 희망하는 모든 사람들의 요구를 만족시킬 수 없었을 뿐만 아니라 홍콩에서의 정착 자격이 있는 사람들조차도 모두 같은 날에 홍콩에 입경할 수 없었으나, 홍콩기본법 제22조 제4항의 입법 자체가 홍콩과 중국대륙 양자의 선(善)과 이익을 위한 불가피한 규율이었다는 점은 비교적 명확하였다고 할 수 있다.

다만 홍콩기본법 제24조상 '영구주민'의 정의에 대해서는 다소 논란이 존재했다. 동조 제2항 제1호는 출생지 원칙에 따라 '홍콩특별행정구 설립 이전 또는 이후 홍콩에서 출생한 중국공민'은 홍콩특별행정구의 영구주민이라고 규정하는 한편, 제2호에서는 '홍콩특별행정구 설립 이전 또는 이후 홍콩에서 7년 이상 통상 거주한 중국공민' 역시 홍콩 영구주민에 해당된다고 규정하였다. 동조 제3호는 위 두 가지 경우에 해당되는 자가 '홍콩 이외에서 출산한 중국 국적의 자녀'도 홍콩특별행정구 영구주민이라고 규정하였으나, 중국 대륙에서 태어날

在香港通常居住連續七年以上的中國公民；（三）第（一）、（二）兩項所列居民在香港以外所生的中國籍子女；（四）在香港特別行政區成立以前或以后持有效旅行証件進入香港、在香港通常居住連續七年以上并以香港爲永久居住地的非中國籍的人;（五）在香港特別行政區成立以前或以后第（四）項所列居民在香港所生的未滿二十一周歲的子女；（六）第（一）至（五）項所列居民以外在香港特別行政區成立以前只在香港有居留權的人。以上居民在香港特別行政區享有居留權和有資格依照香港特別行政區法律取得載明其居留權的永久性居民身份証。香港特別行政區非永久性居民爲：有資格依照香港特別行政區法律取得香港居民身份証，但沒有居留權的人).

당시에는 부모 쌍방 또는 일방이 아직 홍콩 영구주민이 아니었지만 그 후 부모 쌍방 또는 일방이 홍콩에서 취직하는 등의 원인으로 홍콩 영구주민 자격을 취득하였다면, 해당 자녀에게는 홍콩거주권이 부여되는지 여부가 문제되었고, 이에 대한 홍콩기본법의 규정은 명확하지 않았다.

홍콩특별행정구 준비 단계에서 부각된 위 문제를 해결하기 위해 1996년 8월 전국인민대표대회 홍콩특별행정구 준비위원회 제4차 전체 회의에서 「중화인민공화국 홍콩특별행정구기본법 제24조 제2항 시행에 관한 의견」이 통과되었다. 해당 의견에 따르면 홍콩기본법 제24조 제2항 제3호에 규정된 홍콩 이외에서 출생한 중국 국적의 자녀란 본인 출생 시 부모 쌍방 또는 일방이 이미 홍콩기본법 제24조 제2항 제1호 또는 제2호에 따라 홍콩영구주민신분을 취득한 자이다. 따라서 자녀본인 출생 시 부모 중 누구도 아직 홍콩영구주민신분을 취득하지 못하였다면 그 자는 홍콩거주권의 부여대상에서 제외된다. 1997년 3월 14일 전국인민대표대회 제5차 회의는 「전국인민대표대회 홍콩특별행정구 준비위원회 업무보고에 관한 결의」를 통해 위와 같은 입장을 다시 한 번 확인하였다.

홍콩특별행정구 임시입법회는 홍콩 반환 후 「1997년인민입경(개정)(제2호)조례」와 「1997년입경(개정)(제3호)조례」 제정을 통해 홍콩영구주민의 대륙 출생 자녀가 홍콩영구거주권을 취득하고자 할 경우 해당 자녀 출생 당시 부모 쌍방 또는 일방이 이미 홍콩영구주민이었어야 한다는 점을 명확히 하였다. 또한 홍콩특별행정구 거주권이 있음을 주장하는 자녀는 반드시 거주권증명서 또는 기타 인증된 신분증명서류를 제출함으로써 거주권 여부를 증명하여 대륙 공안기관에서 발급하는 홍콩방문정거편도통행증(赴港定居單程通行証)을 받아야 했

다. 해당 조례는 같은 해 7월 1일부터 소급하여 효력이 발생하는 것으로 규정하였고, 홍콩특별행정구 임시입법회에 의해 전국인민대표대회 상무위원회 등록까지 완료했는데, 전국인민대표대회 상무위원회가 해당 조례가 기본법에 위반되거나 중앙 관할 범위 내 사무 및 중앙과 홍콩특별행정구간 관계에 관한 조항에 위반된다고 판단하지도 않았으므로 결국 모두 완전하게 효력 발생된 것으로 보아야 할 것이다.[446]

(2) 홍콩특별행정구 법원 판결

가. 1심 판결

위 사건의 영향을 받은 일천여 명 어린이들의 부모는 홍콩특별행정국 임시입법회가 제정한 <1997년인민입경(개정)(제2호)조례>와 <1997년입경(개정)(제3호)조례>가 기본법 위반이라고 주장하며 홍콩특별행정구 상대로 소송을 제기하면서 해당 입법 2건에 대한 사법심사를 요청하였는데, 이것이 바로 유명한 우쨔링, 우단단 v. 입경사무소소장 및 천찐야 사건[447] 등 일련의 관련 사건들의 시작이었다.

1998년 1월 26일, 홍콩특별행정구 고등법원은 사법심사권을 행사하여 임시입법회가 개정한 앞의 입경조례 2건상 '대륙에서 출생 시 그 부모가 아직 홍콩영구주민이 아니라면 해당 어린이는 홍콩거주권을 갖지 않는다'는 규정은 기본법의 관련 규정에 저촉된다고 하여 개정된 입법조례의 법적 효력을 부정하였다. 홍콩특별행정구는 패소 후

446) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2006, 263-266면 참조.

447) 홍콩특별행정구 고등법원 민사항소 1997년 제216호, 홍콩특별행정구 종심법원 민사항소 1998년 제14호. (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315(영문), 713(중문)

해당 판결로 인해 대륙으로부터 대량의 이민자가 홍콩으로 이주할 것을 우려하여 고등법원 항소법정에 항소를 제기하였다.

나. 2심 판결

같은 해 4월 2일, 항소법정은 홍콩정부가 실시한 거주권 증명서 계획은 적법하고, 부모가 홍콩영구주민인 대륙 어린이(혼외 자녀 포함)가 1997년 7월 1일 이전에 홍콩에 도달했다면 홍콩거주권을 갖는다고 판시하였다. 즉 항소법원은 원심법원의 판결을 뒤집어 출생 시 부모 중 한 명이 홍콩영구주민인 어린이만이 홍콩거주권을 취득할 자격이 있다고 판단하였던 것이다.[448] 이 사건은 즉시 홍콩특별행정구 최고법원 즉 종심법원에 상고 제기되었다.

다. 종심 판결

홍콩특별행정구 종심 법원은 심리를 거쳐 1999년 1월 29일 본 사건에 대한 최종 판결을 내렸는데, 우선 위 입경조례의 관련 규정은 기본법에 부합되지 않는다고 판단하였다. 기본법 제24조 제2항 제(3)호에서 말하는 홍콩주민이 출산한 자녀는 그의 父 또는 母가 홍콩영구주민이 되기 이전 또는 이후에 출산한 자녀를 의미하는데, 여기서 '자녀'에는 혼외 자녀도 포함된다고 보았다. 또한 기본법 제22조 제4항에서 규정한 '중국 기타 지역 사람'의 홍콩 입경에 대한 제한은 이들에게 적용되지 않는다고 보았다.

홍콩법원의 '헌법적 관할권' 즉 사법심사권에 대해, 종심 판결은 홍

448) 홍콩특별행정구 고등법원 민사항소 1997년 제216호, 홍콩특별행정구 종심법원 민사항소 1998년 제14호. (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315(영문), 713(중문)

콩 법원에게 아래와 같은 권한이 있다고 판시하였다. 첫째, 홍콩법원은 홍콩 현지 입법회가 통과한 법률과 행정기관의 행위가 홍콩의 신규 '헌법'인 기본법에 부합되는지 여부를 심사할 수 있으며, 기본법에 저촉됨을 발견했을 때에는 그 무효를 선포할 수 있다. 뿐만 아니라 전국인민대표대회 또는 전국인민대표대회 상무위원회의 입법이 홍콩 기본법에 부합되는지 여부까지도 심사할 수 있으며, 홍콩기본법 저촉 상황을 발견했을 때 역시 그 무효도 선언할 수 있다는 것이다.[449]

이 판결은 근본적인 헌법, 법리 문제뿐만 아니라 사회적인 문제와도 연관되므로 즉시 대륙과 홍콩에서 큰 논란을 일으켰다. 대륙 법조계의 가장 큰 관심사는 판결문 중 홍콩법원이 전국인민대표대회 또는 전국인민대표대회 상무위원회의 입법에 대해서도 심사할 수 있다는 부분인데, 대륙은 홍콩법원에 국가 최고 권력기관에 대한 위헌 심사 권한이 없다고 보았고 국가 최고 권력기관의 입법은 어떠한 사법기관에 의해서도 도전받을 수 없다는 견해를 제시하였다[450]. 대륙의 이와 같은 우려를 해소하기 위해 홍콩특별행정구 정부는 2월 24일 종심법원에 홍콩법원의 판결문 내용 중 전국인민대표대회 관련 부분이 헌법적 문제이므로 이를 명확히 해줄 것을 요청했다. 이에 종심법원은 2월 26일 청문을 거쳐 '홍콩특별행정구 법원의 사법 관할권은 기본법

449) 王振民, 中央与特別行政區關系：一种法治結构的解析, 淸華大學出版社, 2006, 267면; Hong Kong law reports & digest. (Practice directions) = 香港法律匯報與摘錄. (實務指示), Hong Kong : Sweet & Maxwell Asia [1999], 315면 참조.

450) 1999년 2월 6일. 주해에서 마카오특별행정구 설립 준비위원회 정무회의 및 법류소조회의에 참석했던 대륙의 법률전문가들은 본 사건을 위해 별도로 간담회를 열었는데, 홍콩법원의 '헌법적 관할권' 문제에 대해 아래와 같이 밝혔다: 헌법에 따르면 전국인민대표대회는 국가 최고 권력기관이고 전국인민대표대회의 입법행위와 결정은 어떠한 기관에 의해서도 도전되거나 부정되지 아니한다; 홍콩법률이 기본법에 부합되는지에 대한 심사는 전국인민대표대회 상무위원회의 권한이지 종심법원의 권한은 아니다. 「홍콩특별행정구 종심법원 관련 판결에 대한 대륙 법조계 인사들의 의견」, 인민일보, 1999.2.8.

에 의거한 것이고, 기본법 제158조 제1항에 따르면 기본법에 대한 해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 있으며, 법원의 사건 심리 시 기본법에 대한 해석권은 전국인민대표대회가 기본법 제158조 제2항 및 158조 제3항에 따라 수권한 것이다'라고 판결문에 보충 기재하였다. 또한, 홍콩 종심법원은, 1999년 1월 29일에 선고한 내용은 전국인민대표대회가 기본법 제158조에 따라 보유하는 기본법에 대한 해석권을 부정한 것이 아니고, 전국인민대표대회가 기본법에 대한 해석을 했을 때 특별행정구 법원이 반드시 이를 판결 근거로 삼아야 하는 점 역시 부정하지 않았다고 보충하였다.[451]

중국 사법역사상 지방법원이든 최고법원이든 국가 최고 권력기관이 제정한 법률에 대해 심사한 선례가 없었기 때문에 위 사건으로 인하여 중국 대륙의 법조계에서는 열렬한 논쟁이 일어날 수밖에 없었다. 한편 홍콩 종심법원의 위와 같은 보충설명은 비록 대륙 법조계의 우려를 불식시키고 추가적인 법적 충돌을 방지하기는 했으나 홍콩 현지에서는 해당 판결에 대한 논의가 여전히 지속되었다. 패소 측인 홍콩특별행정구 정부가 기본법의 관련 조항에 대해 홍콩 종심법원과 다른 이해를 하고 있었던 것은 분명했다. 홍콩특별행정부 정부는 이 판결로 인해 대륙으로부터 자격 있는 이민자 수가 급증할 것을 우려했는데, 그 당시 실제 통계에 따르면 최종 판결에 따라 홍콩거주권을 신규 취득할 수 있는 인원수는 최소 167만이었다.[452] 홍콩특별행정구의 평가에 따르면 이와 같은 수준으로 신규 이민자를 수용할 경우 홍콩은 막대한 인구 압력을 받게 될 것인데, 당시 홍콩의 토지와 경제, 사

451) 홍콩특별행정구 고등법원 민사항소 1997년 제216호, 홍콩특별행정구 종심법원 민사항소 1998년 제14호. (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315(영문), 713(중문)

452) 建華,《關于提請中央人民政府協助解決實施<中華人民共和國香港特別行政區基本法>有關條款所遇問題的報告》, 1999.5.20. 98면 참조.

회적 자원으로는 신규 이민자들의 교육, 거주, 의료, 사회복지 기타 여러 방면의 수요를 만족시킬 수 없고 이로 인하여 발생하는 사회문제가 홍콩의 안정적인 발전에 심각한 영향을 주어 홍콩이 감당할 수 없는 정도 일 것으로 보았다.

라. 홍콩 종심법원의 판결 논리

홍콩 종심 법원의 판결에서 알 수 있다시피 종심 법원은 비록 전국인민대표대회 상무위원회의 헌법적 역할, 즉 홍콩기본법 제158조에 따른 해석권을 충분히 인지하지만 이와 같은 해석이 유발되기를 원하지는 않았다. 따라서 홍콩 종심 법원은 전국인민대표대회 상무위원회에 홍콩기본법에 대한 해석을 요청해야 하는 경우와 그렇지 않은 경우에 대한 판단 규칙을 세웠는데 이에는 분류(classification), 우선지배조항(predominant provision), 필요성(necessity) 및 분쟁성(arguability)에 대한 네 가지 판단 과정이 포함된다[453].

우선 홍콩 종심 법원은 홍콩기본법상 분쟁이 되는 조항이 (1) 중앙정부가 관리하는 사무 또는 (2) 중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 사무와 연관된다면 이를 전국인민대표대회 상무위원회의 해석이 필요한 제외조항(excluded provisions)으로 분류하고, 그렇지 않다면 홍콩 종심 법원이 스스로 해석할 수 있는 非제외조항(non-excluded provisions)로 분류(classification)하는 절차를 진행하였다[454]. 홍콩기본법 제22조 제4항(홍콩 입경 비준 관련)과 제24조(홍콩 영구주민 정

453) Patrick Jiang, Gonzalo Villalta Puig, 'Article 158(3) of the Hong Kong Basic Law and the Preliminary Reference Procedure of the European Union', Chicago Journal of International Law, Volume 19, 2018.8.16. P 7.

454) (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315(영문) P 97.

의 관련)에 대한 해석이 필요한 본 사건에서 홍콩 종심 법원은 결국 제22조 제4항을 제외조항으로, 제24조를 非제외조항으로 분류하였다.

비록 위와 같은 분류 절차를 거쳤으나, 홍콩기본법 제24조에 대한 해석은 결국 제22조 제4항에 대한 해석을 바탕으로 해야 하므로 전국인민대표대회 상무위원회가 제22조 제4항에 대해서만 해석을 하더라도 이는 간접적으로 제24조에 대한 해석에까지 영향을 미칠 수 밖에 없었다. 이에 대해 홍콩 종심 법원은 '홍콩기본법 제158조 제3항의 취지는 홍콩특별행정구 자치 범위 내 사무와 관련된 조항의 경우 그에 대한 해석권한을 홍콩 종심 법원에 수여하는데 있다'고 설명하면서 전국인민대표대회 상무위원회가 간접적으로라도 非제외조항에 대한 해석을 할 수 있게 된다면 이는 홍콩특별행정구 자치권에 대한 침해에 해당된다고 판시하였다[455]. 이와 같은 문제를 해결하기 위해 홍콩 종심 법원은 우선지배조항(predominant provision)이라는 개념을 창설하였는데, 그 내용은 다음과 같다:

> *실질적으로 사건에 대한 판결에서 우선 지배적(predominantly)으로 해석되어야 할 조항이 제외조항이라면 재판정은 (전국인민대표대회 상무위원회에) 해석을 요청해야 할 의무가 있고, 반대로 그것이 非제외조항이라면 제외조항이 非제외조항과 관련이 있다고 해도 해석을 요청하지 않아도 된다.[456]*

홍콩 종심 법원은 우선지배조항에 대해서도 자세한 판시 사유를 명기하지는 않았으나 본 사건에서 제24조를 우선지배조항으로 판단하였고, 따라서 전국인민대표대회 상무위원회에 대한 해석 요청 없이 스

---

455) (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315(영문) P 102 - 104.

456) (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315(영문) P 103

스로 제22조 제4항 및 제24조를 모두 해석하기로 하였다.

세 번째 판단기준은 필요성(necessity)에 관한 것이다. 홍콩 종심 법원은 제외조항에 대한 해석이 반드시 필요한 것인지, 그리고 그에 대한 해석이 사건 판결에 영향을 미치는지를 따져본 후, 긍정적인 검토 결과가 나온다면 반드시 전국인민대표대회 상무위원회에 요청해야 한다고 판시하였다[457]. 그러나 홍콩 종심 법원은 결국 본 사건에서 필요성 판단 기준을 적용하지는 않았다[458].

분류 과정과 필요성 판단을 거쳐 모두 전국인민대표대회 상무위원회의 해석이 필요한 것으로 보여질 경우, 마지막으로 해당 조항이 명백하지 않고 분쟁성(arguable)이 존재하는지 여부에 대한 판단을 진행해야 한다[459]. 그러나 학계에서는 분쟁성 판단이 독립적으로 존재하는 것이 아니라 필요성 판단의 기준에 불과하다는 반대 의견[460]이 있었고, 본 사건에서 홍콩 종심 법원은 관련 조항의 분쟁성 유무에 대해 별도의 판시는 하지 않았다.

위 분류, 필요성 및 분쟁성에 대한 판단은 홍콩기본법 제158조의 규정과도 부합될 것이나 우선지배조항에 대한 판단은 홍콩 종심 법원이 독창적으로 내세운 절차인 것으로 보이며, 본 사건에서 종심 법원

457) (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315(영문) P 89

458) 홍콩 종심 법원은 Democratic Republic of Congo v FG Hemisphere Associates LLC 사건에서 최초로 필요성 판단 기준을 적용하였다. (2011) Hong Kong Law reports and Digest 41.

459) (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315(영문) P 22

460) Albert Chen, The Court of Final Appeal's Ruling in the 'Illegal Migrant' Children Case, in Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict Over Interpretation, Johannes M.M. Chan et al. eds., 2000, P 113, 116

은 결국 위 판단 기준에 근거하여 제22조 제4항과 제24조 모두 전국인민대표대회 상무위원회의 해석을 필요로 하지 않는다는 결론을 내렸다.

(3) 전국인민대표대회의 해석

홍콩특별행정구는 종심법원의 해당 판결이 기본법 이해에 관한 원칙적인 문제와 관련되고, 대륙 주민의 홍콩 입경 관리 방법은 중앙과 홍콩특별행정구 사이의 관계와도 연관된다고 판단하여, 국무원에 전국인민대표대회의 기본법 관련 조항 해석 안건을 공식적으로 상정할 것에 대한 협조를 요청하였다. 국무원은 홍콩특별행정구 정부의 협조 요청을 받아들여 공식 제안의 형태로 전국인민대표대회 상무위원회에 <중화인민공화국 홍콩특별행정구 기본법 제22조 제4항 및 제24조 제2항 제3호에 대한 해석 요청 안건>을 상정하였다. 전국인민대표대회는 우선 홍콩기본법 규정에 따라 전국인민대표대회 홍콩특별행정구 기본법위원회의 의견을 요청하였는데, 해당 위원회의 위원 12명은 전국인민대표대회 기본법 해석의 형식, 방법 및 내용에 대해 논의한 후 전국인민대표대회 상무위원회에 의견을 제출하였다. 전국인민대표대회 상무위원회는 1999년 6월 26일 국무원 안건에 대한 정식 심의를 거쳐 헌법 제67조 제4항 및 홍콩기본법 제158조 제1항에 따라 홍콩기본법 관련 조항에 대한 입법해석을 하기로 결정하였다.

전국인민대표대회 상무위원회의 해석에 따르면, 홍콩특별행정구 정부 및 국무원 안건은 홍콩특별행정구 종심법원의 1999년 1월 29일 판결문 중 기본법 관련 조항에 대한 해석으로, 해당 기본법상 조항은 중앙에서 관리하는 사무 및 중앙과 홍콩특별행정구 사이의 관계와 관련된다. 그러나 종심법원은 판결하기 전에 기본법 제158조 제3항에

따라 전국인민대표대회 상무위원회에 해석 요청을 하지 않았을 뿐만 아니라 해당 조항에 대한 종심법원의 해석은 입법 취지에 부합되지도 아니 하므로, 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩기본법 제22조 제4항 및 제24조 제2항 제3호에 대해 해석한다고 밝혔다. 해당 해석에 따르면, 기본법 제22조 제3항은 "중국 기타 지역 사람의 홍콩 입경 시 진행해야 할 절차"와 관련된 규정인데, 이는 홍콩영구민이 대륙에서 출산한 중국 국적 자녀를 포함하여 각 성, 자치구, 직할시 주민은, 홍콩 입경 사유를 불문하고 모두 국가 관련 법률, 행정법규에 따라 소재지 관할기관에 심사 비준을 신청한 후 해당 기관에서 발급한 유효한 증서를 지참해야만 홍콩에 입경할 수 있다는 것을 의미한다. 반대로 홍콩영구주민이 대륙에서 출산한 중국 국적 자녀라고 할지라도 이와 같은 심사 비준 절차를 거치지 않고 홍콩에 입경하면 위법하다는 것이다.[461]

또한 홍콩기본법 제24조 제2항 제3호, 즉 홍콩특별행정구 설립 이전 또는 이후에 홍콩에서 태어난 중국 공민과 홍콩특별행정구 설립 이전 또는 이후에 홍콩에서 7년 이상 거주한 중국 공민이 홍콩 밖에서 출산한 중국 국적 자녀란, 본인 출생 시 부모 쌍방 또는 일방이 반드시 홍콩기본법 제24조 제2항 제1호 또는 제2호 규정에 부합되는 사람이어야 한다고 해석하였다. 즉, 본인 출생 시 부모 쌍방 또는 일방이 반드시 홍콩특별행정구의 적법한 영구주민이어야 하며, 그 이후에 영구주민 자격을 취득한 자여서는 아니 된다는 것이다.

전국인민대표대회 상무위원회는 이번 해석에 기재된 홍콩기본법 제24조 제2항 및 기타 각 조항의 입법취지는 사실 1996년 8월 10일 전

461) 全國人民代表大會常務委員會關于《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第二十二條第四款和第二十四條第二款第(三)項的解釋電子版香港法例: https://www.elegislation.gov.hk/hk/A114!sc.assist.pdf 방문일자: 2022.12.25.

국인민대표대회 홍콩특별행정구 준비위원회 제4차 전체 회의에서 통과된 「중화인민공화국 홍콩특별행정구 기본법 제24조 제2항 실시에 관한 의견」에 명기되어 있었으나, 이에 대한 충분한 주목이 이루어지지 않았을 뿐이라고 추가 설명하였다. 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩기본법 관련 조항에 대해 입법해석을 함으로써 홍콩인의 대륙 자녀 홍콩거주권 문제가 최종 해결되었다고 보게 되었고, 이후 홍콩법원이 관련 사건 심리 시 기본법상 해당 조항을 인용해야 한다면 위 입법해석을 기준으로 적용해야 했다.[462]

한편, 홍콩법원이 전국인민대표대회 또는 전국인민대표대회 상무위원회의 입법이 홍콩기본법에 저촉되는지 여부에 대해서도 심사할 수 있고 홍콩기본법과의 저촉을 발견할 경우 그 무효를 선언할 수 있다고 판시한 종심판결에 대해서, 전국인민대표대회는 이번 해석에서 어떠한 언급도 하지 않았다. 홍콩기본법 제158조에 따르면 사건 관련 조항이 중앙에서 관리하는 사무 및 중앙과 홍콩특별행정구 사이의 관계와 관련된 조항일 경우 전국인민대표대회 상무위원회가 홍콩특별행정구 법원의 요청에 따라 해석할 권한이 있다고 규정할 뿐, 그 외 홍콩특별행정구 법원의 판시 사항에 대해서는 간섭할 권한은 없다. 앞서 홍콩특별행정구의 독립된 사법권과 종심권 관련 내용에서도 살펴보았듯이 홍콩특별행정구에 부여된 고도의 자치권 중 사법권과 종심권은 입법권 등 다른 권한과 달리 중앙으로부터 완전히 독립된 권한이기 때문에, 전국인민대표대회 상무위원회가 이번 해석에서 홍콩 종심법원의 기타 판시 내용에 대해 어떠한 의견도 제시하는 않은 것은 홍콩기본법 내지 일국양제 원칙에 부합되는 조치인 것으로 판단된다.

462) <중화인민공화국 홍콩특별행정구 기본법 제22조 제3항 및 제24조 제2항 제3호에 대한 전국인민대표대회 상무위원회의 해석>, 법제일보, 1999. 6. 27.

(4) 분석 및 평가

비록 전국인민대표대회 상무위원회의 기본법에 대한 해석으로 홍콩 거주권 관련 법률문제는 일단락되었으나, 유사한 소송이 계속하여 제기되었고 이에 대한 법조계의 논쟁도 끊임없이 지속되었다.

가. 헌법 및 법률해석 제도

중국 헌법은 전국인민대표대회 상무위원회에 헌법 및 법률에 대한 해석권을 부여하여 중국 대륙에서는 입법기관이 헌법 및 법률을 해석하는 '입법해석' 제도가 시행되었다. 입법기관의 해석은 최종적인 유권해석이므로 모든 행정기관 및 사회단체가 이를 준수하고 집행해야 할 뿐만 아니라 사법기관이 사건을 처리할 때도 역시 입법해석에 따라 판결해야 한다. 1981년 6월 10일 제5기 전국인민대표대회 상무위원회에서 통과된 <법률해석 업무 강화에 관한 결의>에 따르면, 법률 조항 자체에 대해 그 경계선을 명확히 하거나 보충 규정을 해야 할 경우 전국인민대표대회 상무위원회에서 해석을 하거나 법령 형태로 규정해야 하고, 법원 심판 업무에서의 구체적인 법률 적용 문제에 대해서는 최고인민법원이 해석하도록 하며, 검찰원 검찰 업무에서의 구체적인 법률 적용 문제에 대해서는 최고인민검찰원이 해석하도록 한다. 최고인민법원과 최고인민검찰원의 법률해석에 있어 견해가 대립될 경우 원칙적으로 전국인민대표대회 상무위원회에 해석 또는 결정에 대한 상정을 해야 한다. 즉, 최고인민법원이 법률 조문 자체에 의문이 있거나 그 해석이 최고인민검찰원의 것과 다를 경우 전국인민대표대회 상무위원회에 최종 법률해석을 요청해야 한다는 것이다.[463]

463) 胡錦光、劉海林, "論特別行政區憲制基础的變遷及其意義", 武漢大學學報, 2022-4, 8면 참조.

입법법 제43조에서도 국무원, 중앙군사위원회, 최고인민법원, 최고인민검찰원 및 전국인민대표대회 각 전문위원회, 각 성, 자치구, 직할시 인민대표대회 상무위원회 모두 전국인민대표대회 상무위원회에 법률해석을 요청할 수 있다고 규정하였다. 즉, 중국 대륙에서 사법기관이 사건을 심리할 때 법률 규정이 명확하지 않음을 발견할 경우, 즉시 심리를 중단하고 최고인민법원에 사법해석을 요청하고, 최고인민법원도 명확한 해석을 할 수 없을 경우 전국인민대표대회 상무위원회에 최종 입법해석을 하도록 하는 것이 법에 규정된 절차이다. 단, 전국인민대표대회 상무위원회의 법률해석은 사법기관을 대신하여 사건을 심리하는 것이 아니라, 법에 규정된 최종 해석권을 행사하는 것이므로 사건에 대한 최종 판결권을 갖고 있지 않다는 점은 명확히 해야 한다.[464] 즉, 중국 대륙에서는 전국인민대표대회 상무위원회가 법률에 대한 최종 해석권을 갖고 있다고 하여 최고인민법원의 사법 종심권을 침범하였다고 보지 않는다.

한편, 법원에서 사건을 심리할 때 법률의 구체적인 적용 문제에 의문이 있을 경우 최고인민법원에 해석 요청을 하는데 이와 같은 해석은 법적인 효력을 갖고 있다. 최고인민법원의 이와 같은 사법해석은 오직 심판 업무에서의 법률 적용 범위 내에서만 가능하고 관련 법률의 입법 취지에 위반되어서는 아니 된다. 즉, 입법해석과 비교했을 때 사법해석은 보조적이고 차요한 것이라고 할 수 있다.[465] 그럼에도 불구하고 입법해석은 중국에서 활발히 진행되고 있지 않는데, 특히 헌법에 대한 해석은 더욱 드물다. 최고인민법원이 구체적인 사건을 심리할 때 전국인민대표대회 상무위원회에 특정 법률 조항에 대한 해석

464) 田飛龍, "一國兩制、人大釋法与香港新法治的生成", 政治与法律, 2017-5, 23면 참조.

465) 張志銘, 中國的法律解釋体制, 法律出版社, 1998, 165면 참조.

을 요청한 사례는 아직 없다. 반대로 전국인민대표대회 상무위원회는 사건의 심리와 상관없이 주도적으로 법률에 대한 해석을 할 수 있는데, 이 점에서도 입법해석은 능동적인 권한이고 사법해석은 수동적인 권한이라는 차이점이 드러난다.

이와 반면, 보통법(common law) 체제 하에서는 법원이 사법 종심권과 헌법, 법률에 대한 최종 해석권을 모두 갖는다. 이와 같은 체제 하에서는 법률이 제정된 이후 입법기관은 더 이상 간섭할 수 없고 해당 법률의 운명은 전적으로 법원에 의해 결정된다고 볼 수 있다. 즉 엄격한 사법 독립으로 사법기관인 법원에서 사건을 심리할 때 법률에 대한 해석이 필요하다고 해도 입법기관 및 행정기관의 의견을 요청하지는 않는다. 만약 입법기관이 법원의 법률해석에 이견이 있다면 해당 법에 대한 개정 또는 폐지를 할 뿐 법률해석을 할 권한이 없다. 비록 영국 통치 시기에도 홍콩법원에 완전한 법률 해석권이 부여되지 않았고 어느 정도 제한이 존재하였으나 그 기본원칙은 보통법을 실행하고 있는 다른 나라 또는 지역과 동일했기 때문에, 이와 같은 특별 상황을 고려하여 홍콩 반환 이후에도 법률해석에 관한 기존 제도는 유지되었다.

위와 같은 배경 하에 중국 대륙과 홍콩이 직면한 문제는, 대륙법(civil law) 제도를 실행하고 있는 중국 대륙의 최고 입법기관 즉 전국인민대표대회가 홍콩 기본법을 제정하였으나, 정작 해당 기본법은 보통법(common law) 제도를 실행하고 있는 홍콩특별행정구에서 실제로 시행되어야 한다는 것이다. 기본법에 대한 해석에 있어, 입법기관은 중국 대륙의 법률해석 제도뿐만 아니라 홍콩의 법률해석 제도도 함께 고려해야 하는 곤경에 빠질 수밖에 없는데, 이를 해결하기 위해 기본법 제158조는 절충안을 수용하였다. 즉, 헌법에 따라 중국의 여타

모든 법률과 동일하게 홍콩기본법 역시 전국인민대표대회 상무위원에서 해석 권한을 갖고 있다고 규정함으로써 이를 중국 대륙의 법률해석 제도와 일치시켜 '일국'의 요구를 만족하였다. 이와 동시에 홍콩 보통법 체제 하의 법률해석 제도를 유지하기 위해 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩법원에 사건 심리 시 기본법 조항에 대한 해석 권한을 부여하였다. 다만, 홍콩법원이 해석하고자 하는 조항이 중앙정부가 관리하는 사무 또는 중앙과 홍콩 사이의 관계와 연관된다면, 홍콩법원은 최종 확정판결을 내리기 전에 전국인민대표대회 상무위원회에 해당 조항에 대한 해석을 요청해야 하고, 그 후 해당 조항을 인용할 때에는 반드시 전국인민대표대회 상무위원회의 해석을 기준으로 해야 한다. 단, 전국인민대표대회 상무위원회가 위와 같은 해석을 하기 전에 이미 확정된 판결은 영향을 받지 아니한다.[466] 즉 중국 대륙과 홍콩의 상이한 법률해석 제도를 융합하고 동시에 '일국'과 '양제'를 실현하기 위해 홍콩 기본법은 유례없는 독특한 헌법적 제도를 창설한 것이다.

나. 전국인민대표대회의 홍콩특별행정구 법원의 판결 번복

홍콩기본법에 대한 전국인민대표대회 상무위원회의 해석은 홍콩 종심법원이 1999년 1월 29일에 내린 판결에 영향을 주지 아니하며, 소송 당사자들이 해당 판결로 인해 취득한 홍콩거주권에 대해서도 영향을 주지 아니한다. 즉, 이와 같은 법률해석은 확정판결에 따라 당사자들이 이미 취득한 권리의무에 소급하여 적용되지 아니하고 오직 법률해석 이후에 발생한 사건 즉 본건 당사자 외 다른 대륙인들이 홍콩기본법 제24조 제2항 제3호의 조건에 따라 홍콩에 이주할 경우에만 효

466) 林穎璐, "《香港基本法》第158條法律适用問題研究", 广東外語外貿大學, 2014, 碩士論文, 12-18면 참조. 强世功, "司法主權之爭－－從吳嘉玲案看'人大釋法'的憲政意義", 清華法學, 200-5, 5면 참조.

력이 발생, 적용된다. 따라서 전국인민대표대회 상무위원회가 사후에 기본법을 해석하였다고 하여 홍콩 종심법원의 기존 판결 자체를 번복한 것은 아니다.

앞서 살펴보았듯이 보통법 체제 하에서 법률에 대한 최종 해석권(power of final interpretation)과 사법 종심권(power of final adjudication)은 하나로 통합된 것으로 모두 최고(종심)법원이 행사한다. 그러나 중국 대륙의 법률 체계 하에서 법률에 대한 최종 해석권과 사법 종심권은 별개의 것으로 하나의 기관이 아닌 두 개의 기관이 별도로 행사한다. 즉, 중국 헌법 규정에 따르면 법률에 대한 최종 해석권은 전국인민대표대회가 행사하고 사법 종심권은 최고인민법원이 행사한다.[467] 홍콩기본법에 대한 해석 문제에 있어서도 기본법 규정에 따르면 전국인민대표대회 상무위원회가 최종 해석권을 갖고, 최종 심판권은 홍콩법원이 갖는다. 이처럼 최종 해석권과 사법 종심권을 분리하는 것은 중국 대륙의 법률 체제에 부합될 뿐만 아니라 '일국'과 '양제'를 융합한 제도라고도 할 수 있다. 이런 시각에서 볼 때 전국인민대표대회 상무위원회는 홍콩특별행정구 법원의 종심권에 간섭한 것이 아니라 법에 따른 해석권을 행사한 것에 불과하다.

물론 보통법 체제 하에서는 대개 법원의 판결이 선례가 되어 향후 같은 사유에 의한 사건에서 선례를 따르도록 한다(stare decisis). 그러나 입법기관이 사건 관련 이슈에 대해 법률을 새로 제정하거나 기존 법률을 개정함으로써 확정판결 이후 규칙 자체가 변경되었다면, 법원은 후속 유사 사건에서 반드시 입법기관이 새로 제정했거나 개정한 법률을 적용해야 할 것이다. 이처럼 판례가 입법에 의해 대체되는

467) 중국헌법 제67조 제1항: 전국인민대표대회 상무위원회는 헌법을 해석하고, 헌법의 실시를 감독한다(全國人民代表大會常務委員 (一) 解釋憲法, 監督憲法的實施).

경우는 보통법 체제 하의 대부분의 국가 또는 지역에서 흔히 볼 수 있는 상황이다[468]. 따라서 전국인민대표대회가 국무원의 요구에 따라 기본법을 해석한 것 역시 대륙법 체제와 보통법 체제 모두에서 허용되는 것이라고 할 수 있다.

'일국양제'를 실시하는 중국의 현행 법률 제도 하에서 법률에 대한 최종 해석권을 행사할 수 있는 기관은 전국인민대표대회 상무위원회 한 곳이나, 사법 종심권을 행사할 수 있는 사법기관은 북경에 위치한 최고인민법원과 홍콩, 마카오에 위치한 특별행정구의 종심법원 총 3곳이 있다. 최고인민법원과 특별행정구 종심법원들 사이에는 종속관계가 없고 각자 관할구역 내에서 사법 종심권을 행사한다.

다. 전국인민대표대회 기본법 해석 행위의 성격

전국인민대표대회 상무위원회가 입법기관으로써 기본법을 해석하는 행위는, 보통법 체제를 따르는 입장에서는 그 자체로 낯선 제도일 뿐만 아니라 입법자가 법률을 해석하면서 입법 당시의 취지나 사용한 법률용어의 함의를 혼동 내지 왜곡할 우려가 큰 것은 아닌지 우려가 있을 수 있다. 그러나 입법해석은 중국의 헌법제도와 관련된 문제이다. 중국 헌법에 따르면 중국인민대표대회 상무위원회는 국가최고권력기관의 상설기관이자 입법권을 행사하는 기관이기도 하다. 중국의 헌법 이론상 법률에 대한 해석권은 입법권의 부속 권한이기 때문에, 법률해석은 전국인민대표대회 상무위원회가 입법기관으로써 이행해야 할 중요한 직무 중 하나이다. 이와 같은 이유로 기본법에 대한 해석은 입법의 성격을 가지므로 이를 일종의 특수한 입법행위로 보아야 한다.[469] 즉, 헌법과 헌법성 법률의 정치적 성격을 고려할 때 이에 대

468) Wesly-Smith P. The Sources of Hong Kong Law. Hong Kong University Press, 1994.33.

한 해석은 일반 법률의 해석과 달리 순수한 사법활동으로만 간주하여서는 아니 된다는 것이다.

본건에서 기본법의 해석 방법 및 절차 역시, 전국인민대표대회 상무위원회의 일반 입법 절차에 따라 진행되었음을 알 수 있다. 우선 국무원이 전국인민대표대회 상무위원회에 기본법 해석에 관한 요청을 하였고, 상무위원회 위원장회의에서는 국무원 안건을 심사한 후 기본법 실시를 보장하기 위해 전국인민대표대회 상무위원회의 해석이 필요하고 적절하다고 판단하여 이에 대해 논의할 것을 결정하였다. 이에 위원장회의는 1999년 6월 22일 해당 안건을 제9기 전국인민대표대회 상무위원회 제10차 회의에 상정하였고 이에 관한 보고도 진행하였다. 전국인민대표대회 상무위원회는 해당 회의에서 안건을 심리하였으며 홍콩특별행정구 기본법위원회의 의견도 받아 본 후 1999년 6월 22일 당일 기본법 관련 조항에 대한 해석을 통과시켰다[470]. 이와 같은 제반 과정을 보았을 때 전국인민대표대회 상무위원회가 기본법을 해석하는 행위는 일종의 특수한 입법행위로 보아야 할 것이다. 2000년 3월 15일 제9기 전국인민대표대회 제3차 회의에서 통과된 「입법법」에서도 법률해석의 절차와 효력에 대해 규정하고 있는데, 이에 따르면 전국인민대표대회 상무위원회의 법률해석은 법률과 동등한 효력을 갖는다.[471]

---

469) 王振民, 中央与特別行政區關系, 清華大學出版社, 2006, 277면 참조.

470) 인민일보, 1999-6-23, 1999-6-27

471) 중국 입법법 제50조: 전국인민대표대회상무위원회의 법률해석은 법률과 동등한 효력을 갖는다(全國人民代表大會常務委員會的法律解釋同法律具有同等效力).

라. 홍콩특별행정구 행정장관의 기본법 해석 요청 권한

홍콩기본법 제158조에 따르면 홍콩특별행정구 종심법원에만 법에 규정된 사유 발생 시 전국인민대표대회 상무위원회에 기본법 관련 조항에 대한 해석을 요청할 수 있는 권한이 부여되었고, 홍콩특별행정구 행정장관에게는 해당 권한이 부여되지 않았다. 그러나 본 건에서 홍콩특별행정구 행정장관이 국무원을 통해 전국인민대표대회 상무위원회의 기본법 해석을 요청하였는데, 이와 같은 절차는 실질적으로 기본법에 위반되지 않는다. 홍콩기본법 제43조에 따르면, 홍콩특별행정구 행정장관은 홍콩특별행정구의 수장이면서 동시에 홍콩특별행정구를 대표한다. 즉, 행정장관은 홍콩 정부의 행정적인 수장일 뿐만 아니라 홍콩 전 지역의 수장이고 홍콩의 어떠한 기관도 대표할 수 있다는 것이다. 이는 다른 중국 대륙 지방정부의 조직구조와 다른데, 대륙의 경우 성(省)장은 해당 성(省)정부의 행정적인 수장일 뿐 그 성(省)의 모든 기관을 대표할 수는 없다.[472]

홍콩기본법 제43조 또한 홍콩특별행정구 행정장관은 중앙인민정부와 홍콩특별행정구에 책임을 다해야 한다고 규정하였고, 제48조는 홍콩특별행정구 행정장관의 직권에 기본법 집행도 포함된다고 규정하였다. 이에 따라 홍콩 행정장관은 중앙인민정부에 업무보고를 할 때 기본법의 실시 상황도 함께 보고해야 한다. 이번 건의 경우에도 행정장관이 국무원에 홍콩에서의 기본법 실시 과정 중 발생한 중대한 사항에 대한 업무 보고를 한 것인데, 그 당시 보고서 제목인 '중앙인민정부에 「중화인민공화국 홍콩특별행정구 기본법」 조항 실시 관련 문제 해결 협조 요청에 관한 보고에서도 볼 수 있듯이, 이는 정상적인 업무보고로써 중앙정부에 대하여 홍콩특별행정구 수준에서 해결이 어려

472) 王振民, 中央与特別行政區關系：一种法治結构的解析, 清華大學出版社, 278면.

운 문제에 관한 요청을 한 행위로 보아야 한다. 홍콩특별행정구가 보고서에 기본법 해석을 제안한 것도 단지 제안일 뿐이지 실제로 이를 받아들일지 여부와 전국인민대표대회 상무위원회에 기본법 해석을 상정할지 여부는 전적으로 국무원에서 결정할 사항이다. 국무원은 홍콩특별행정구 행정장관이 상정한 보고서를 검토한 후 사건의 엄중성을 발견하여 주도적으로 전국인민대표대회 상무위원회에 기본법 관련 조항에 대한 해석 요청을 올렸다. 따라서 이번 홍콩기본법 해석은 국무원의 요청으로 전국인민대표대회 상무위원회가 능동적으로 진행한 것으로 볼 수도 있다.

엄밀히 말하면 홍콩특별행정구 행정장관의 기본법 해석 제안 여부는 전국인민대표대회의 기본법 해석에 결정적인 역할을 하지는 않는다. 홍콩특별행정구 행정장관의 보고와 제안이 없다고 해도 전국인민대표대회 상무위원회는 기본법 제158조 제1항에 따라 주도적으로 기본법을 해석할 권한이 있어, 반드시 법원을 포함한 그 어떤 기관이나 개인의 제안을 전제로 하지 않기 때문이다. 이에 대해 홍콩대학교 Yash Ghai 교수도 연구를 통해 같은 결론을 내린 바가 있다.[473]

473) Ghai Y. Hong Kong's New Constitutional Order. Hong Kong University Press, 1997. 193.

제5장 결 론

일국양제란, 중화인민공화국이라는 하나의 국가 안에 서로 다른 성격을 가진 두 개의 제도가 공존하는 것을 의미한다. 일국양제 제정은 대만과의 통일문제를 해결하기 위한 것에서 출발하였으나 현실적인 이유로 중국정부는 대만보다 먼저 홍콩에 이를 적용하여 실시하였다. 따라서 홍콩이 일국양제 시행의 최초의 사례가 되었다. 홍콩이 중국으로 반환되는 과정에서 일국양제 정책은 이론에만 그치지 않고 최종적으로는 법제화까지 이어졌다. 그 결과 '중국헌법' 제31조에 근거하여 홍콩특별행정구가 설치되었고, 중국 최고입법기관인 전국인민대표대회를 통해 '홍콩특별행정구기본법'이 제정되었다. 여기서 '홍콩기본법'은 홍콩특별행정구의 '헌법성 법률'의 성격을 띤 법률로 평가되며, 홍콩특별행정구 안에서 발생하는 모든 사무를 처리하는 근거 규정이 되었다.

그러나 여기서 분명히 짚고 넘어가야 할 것은, 홍콩특별행정구는 어디까지나 중국의 특수한 지방정부로서의 법적지위를 가지고 있는 행정구역이며 홍콩특별행정구 내에서 행사하는 모든 권한은 중앙으로부터 부여받은 권한이므로, 양자의 관계는 중앙과 지방 간의 관계라는 것이다. 하지만 '일국양제' 원칙에 근거하여 볼 때 중앙은 '일국'에 초점을 두고 있는 입장이고, 홍콩특별행정구는 '양제'에 초점을 두고 있는 입장이므로 양자 간에는 입장 차이가 있을 수밖에 없다. 이러한 입장 차이는 결국 홍콩기본법상 중앙과 홍콩특별행정구의 권한 배분의 문제를 명확히 규정하지 못한 데에서부터 발생하였다고 본다.

일국양제의 안정적인 시행을 보장하기 위해서는 중앙이 가지고 있

는 권한과 홍콩특별행정구가 가지고 있는 권한을 명확하게 정리하는 것이 가장 중요한 문제가 되었다. 이에 대한 답을 찾기 위해서 우선 일국양제 이론의 구성 배경과 그에 따른 법제화 과정에 대해 전반적으로 정리 및 분석을 해볼 필요가 있었으며, 더 나아가 홍콩기본법상 중앙의 권한과 홍콩특별행정구의 권한에 대한 규정을 체계적으로 분석 및 검토할 필요성이 있었다.

우선, 홍콩기본법상 중앙이 가지고 있는 권한을 보면 크게 외교권과 국방권 외에 홍콩기본법 개정권과 해석권 등이 있다. 홍콩기본법은 홍콩특별행정구 내의 사무를 2개 부분으로 나누는데, 하나는 '중앙에서 관리하는 사무'이고, 다른 하나는 '홍콩특별행정구 자치범위 내의 사무'이다. '중앙이 관리하는 사무'에 대해서는 중앙이 결정권을 가지고 행사한다는 것인데, 외교권과 국방권이 그 예라고 할 수 있다. 홍콩기본법상 사법권의 경우를 보면, 중앙은 모든 권한을 홍콩법원에 부여하였으므로 법원의 판결 결과에 대해서 간섭하거나 감독할 권한을 가지고 있지 않다. 그러나 중앙이 홍콩특별행정구에 완전한 사법권을 부여한 것과 달리 홍콩기본법 조항에 대한 해석권한은 일정 수준 유보하고 있다. 홍콩기본법 제158조의 규정에 따르면, 홍콩종심법원에서는 홍콩특별행정구 자치범위 내의 문제와 관련된 조항에 대해서는 자체적으로 해석할 수 있으나 '중앙정부가 관리하는 사무' 또는 '중앙과 홍콩특별행정구의 관계에 관한 조항'에 대해서 해석할 필요가 있을 때에는 전국인민대표대회 상무위원회에 관련 조항에 대한 해석을 요청할 수 있다. 그러나 홍콩기본법에 대한 중앙의 해석권은 그 범위가 무한대로 확장될 수 있는 여지가 있으므로 홍콩법원의 해석권과 충돌될 가능성이 크다.

홍콩기본법상 홍콩특별행정구의 권한을 보면, 고도의 자치권에는

행정관리권, 입법권, 독립적인 사법권 및 종심권이 포함된다. 그러나 이와 같은 권한은 전국인민대표대회가 제정한 홍콩기본법을 통해 부여된 것이기 때문에 홍콩특별행정구의 시원적 권한은 아니다. 즉, 중앙에서 부여한 홍콩특별행정구의 자치권한은 어디까지나 한계를 가진다.

'일국양제' 원칙하에 제정된 홍콩기본법 및 중앙과 홍콩특별행정구 간의 관계를 구체적으로 분석, 평가한 결과 아래와 같은 문제점들을 발견하였다.

첫째, 중국헌법과 홍콩기본법의 관계로부터는 두 가지 측면에서 문제점이 확인된다. 하나는 홍콩기본법의 합헌성 문제이다. 비록 중국헌법은 사회주의 헌법이지만 헌법 제31조와 제62조 제14호의 규정을 근거로 자본주의 제도를 시행하는 홍콩특별행정구가 설치되었고 이에 따라 홍콩기본법이 제정되었다. 그러나 헌법 제31조의 규정만으로는 홍콩기본법 시행에 대한 충분한 헌법적 보장을 제공하였다고 보기 어렵다. 이와 같은 문제를 해결하기 위해 중앙은 1990년 4월 '중화인민공화국 홍콩기본법에 관한 결정'을 통과시키면서 홍콩기본법이 중국헌법에 부합된다고 하여 그 합헌성을 명확히 확인하였다. 하지만 이 '결정'은 헌법 규정이 아닐 뿐만 아니라 법적 효력도 없으므로, 지금까지도 여전히 홍콩기본법의 합헌성 문제가 해결되지 않고 있다. 다른 하나는 중국 헌법이 홍콩특별행정구에 적용되는지 여부에 관한 문제이다. 이 문제도 아래와 같이 두 가지로 경우의 수를 나누어 접근해볼 수 있다. 첫째, 만약 헌법의 모든 조항이 홍콩특별행정구에 적용된다면 '일국양제'는 본연의 의미를 상실하게 될 것이다. 둘째, 만약 헌법 조항 중 제31조만 홍콩특별행정구에 적용된다면 이 역시 문제가 된다. 예를 들면, 헌법에 국기, 국장, 수도 관련 조항이 규정되어 있는

데 앞의 가정대로라면 이와 같은 조항은 홍콩특별행정구에 적용될 수 없다는 결론에 다다를 것이다. 이 문제를 해결하기 위해 홍콩기본법에서 홍콩특별행정구에 적용되는 헌법 조항을 직접 규정하는 방안도 고려해볼 수 있으나 이는 헌법이 한 국가의 근본법이라는 헌법의 핵심원리에 부합되지 않게 된다. 따라서 중국헌법과 홍콩기본법 사이의 관계를 명확하게 정리하는 것은 여전히 숙제로 남아있다.

둘째, 홍콩특별행정구에 대한 중앙의 '입법권'의 범위가 무한대로 확장되어 기존 홍콩특별행정구의 사회경제 제도가 불확실성에 노출될 위험이 존재한다. 홍콩기본법을 문언 그대로 해석하면 중앙은 홍콩기본법 부속서Ⅲ에 국방, 외교 등 홍콩특별행정구 자치범위에 해당되지 않는 전국성법률을 추가로 입법하거나 비상사태 발생 시 기존의 전국성법률을 홍콩특별행정구에도 적용되도록 함으로써 홍콩특별행정구에 대한 '입법권'을 행사할 수 있다. 그러나 2020년 홍콩국가안전법의 제정 과정을 살펴보면 중앙이 위 홍콩기본법에 따른 '입법권'뿐만 아니라, 중국헌법 제31조에 규정된 제도 설계권도 중복하여 행사하는 방식으로 사실상 홍콩특별행정구에 적용할 법률을 결정할 수 있다는 점이 강조되었다. 이러한 권한은 홍콩기본법에 규정된 중앙의 '입법권'보다 더 근본적인 권한으로써 사실상 명확한 헌법적 제한이 존재하지 않는 것이라고 볼 수 있다. 홍콩특별행정구의 안정적인 발전뿐만 아니라 향후 '일국양제' 통일정책을 통한 대만통일을 고려하더라도 이와 같은 중앙의 제도 설계권에 헌법상 제약을 설정하는 것이 바람직할 것이다. 따라서 헌법학의 시각에서 '일국양제' 원칙에 따른 고도의 자치, 그 중에서도 특히 특별행정구의 입법권을 어떻게 보장할 지에 관한 더 깊은 연구가 필요할 것이다.

셋째, 홍콩기본법상 해당 기본법에 대한 중앙과 홍콩특별행정구의

해석권한 배분이 명확하지 않다. 홍콩기본법 제158조는 크게 '자치범위 내의 조항'과 '자치범위 밖의 조항'으로 나누어 각각 중앙과 홍콩법원에 홍콩기본법에 대한 해석권한을 배분하였다. 그러나 '자치범위 내의 조항'과 '자치범위 밖의 조항'을 어떻게 판단할 것인지에 대한 명확한 기준이 마련되어 있지 않은데, 이에 대해서 중앙과 홍콩특별행정구는 서로 다른 의견을 가지고 있다. 또한 절차적인 측면에서 보면, 만약 홍콩법원이 이미 홍콩기본법 관련 조항에 대한 해석을 하여 판결을 내렸으나 그 해석이 중앙의 의견과 충돌된다면 중앙에서 직접 동일 조항에 대한 해석을 통해 홍콩법원의 판결을 시정할 수 있는지, 아니면 반드시 별도의 해석 절차를 거쳐야 하는지 여부도 명확하지 않다. 이와 같은 판단기준의 불명확성으로 인하여 현실적으로 사건을 처리하고 판단하는 과정에서 중앙과 홍콩법원 간의 해석권한의 충돌이 적지 않게 발생하고 있다.

상술한 문제점들은 앞으로 대만통일에 '일국양제'가 적용되는 과정에서 그대로 반복될 것이다. 이러한 상황을 사전에 대비하려면 무엇보다 중앙과 홍콩특별행정구 간에 발생한 법적 문제점들을 발견하고 정리하는 것이 의미가 있다고 본다. 더 나아가 향후 남북한의 통일문제가 어떠한 방향으로 어떻게 변화되어 나아갈지는 지켜봐야 할 것이다. 남북한 문제에 있어서도 경우에 따라 통일이 되더라도 잠정적으로 과도기를 거치거나 남북한의 체제가 공존하는 과정을 거칠 수 있는바, 이러한 모든 가능성을 열어놓고 볼 때 일국양제가 홍콩에서 시행된 모든 과정이 도움이 될 수 있다고 본다. 따라서 본 논문은 남북한 통일방안의 수립과 통일정책의 추진 과정에 대한 참고자료로써도 의미가 있다고 생각한다.

참 고 문 헌

1. 한국문헌

가. 단행본

- 김철수, 한국통일의 정치와 헌법, 시와진실, 2017.
- _____, 憲法과 法律이 지배하는 社會, 2016.
- 김승대, 통일헌법이론-동서독과 남북한 통일의 비교법론, 법문사, 1996.
- 강광문, 김영미, 중국법 강의, 박영사, 2017.
- 권은민, 북한을 보는 새로운 시선, 박영사, 2022.
- 류동원, 中國의 統一과 一國兩制, 부산대출판사, 2001.
- 문준조, 中國의 一國兩制論과 1997年 이후 홍콩法制, 한국법제연구원, 1992.
- 문흥호, 대만문제와 양안관계, 폴리테이아, 2007.
- 법무부, 中國 內地와 홍콩의 法律衝突 및 調整, 법무부, 2006.
- _____, 홍콩·마카오 特別行政區基本法 解說, 법무부, 2003.
- _____, 중국과 대만의 통일 및 교류협력법제, 1995.
- _____, 신의주특별행정구기본법 분석, 법무부, 2002.
- 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2018.
- _____, 통일헌법의 이해, 박영사, 2017.
- _____, 남북교류협력의 규범체계, 경인문화사, 2006.
- 제성호, 남북한특수관계론, 한울아카데미, 1995.
- 정연부, 중국법의 이해, 대학로, 2016.

- 정재호, 중국의 부상과 한만도의 미래, 서울대학교출판문화원, 2017.
- 정경환, 민족분단과 통일문제, 신지서원, 2002.
- 최대권, 통일의 법적 문제, 법문사, 1990.
- 최종고, 북한법, 박영사, 2001.
- 조영남, 중국 의회정치의 발전, 플리테니아, 2006.
- _____, 중국의 법원개혁, 서울대학교출판문화원, 2012.
- 허영, 독일통일의 법적 조명, 박영사, 1994.
- 한대원, 중국헌법 학설사 연구(상), 경지출판사, 2017.
- 한대원 외14인, 중국법개론, 박영사, 2002.
- 한명섭, 통일법 특강, 한울아카데미, 2016.

나. 논문

- 김준영, 중국 전국인민대표대회 입법권 확립 연구, 서울법학 제23권 제1호, 2015.
- _____, 중국 전국인민대표대회의 법률해석권과 홍콩 보통법계의 충돌과 과제, 中國硏究 第18卷, 2018.
- _____, 중국 2015년 '입법법'의 쟁점연구, 중국법연구 제26집, 2016.
- _____, 중국 국가안전법제의 체계 연구, 중국법연구 제32집, 2017.
- 김병기, 신의주특별행정구기본법의 내용과 법적 문제점, 토지공법연구 제17집, 2003.
- 권은민, 남북한 특수관계론에서 정상관계론으로 변화가능성 연구, 헌법논총 제32집, 2021.

- 김보훈, 중국 특별행정구에서 전국인민대표대회와 전국인민대표대회 상무위원회의 법적 지위, 法學硏究 제27권 제2호, 2016.
- 김옥준, 덩샤오핑의 일국양제 통일방안 확립과정과 함의, 중국학논총 제32집. 2011.
- _____, 마오저둥 시기의 통일정책: 하나의 중국 원칙 확립과정책 변화, 사회과학연구 제21권 제4호. 2010.
- 김윤실·김형민, 중국의 일국양제 통일방안이 한반도에 주는 시사점, 인문과학연구논총 제35권 제3호, 2014.
- 김승대, 남북한특수관계의 법적 성격에 관한 일고찰, 법조통권 제426호, 1995.
- 도회근, 헌법의 영토와 통일조항 개정론에 대한 비판적 검토, 헌법학연구 제12권 제4호, 한국헌법학회, 1999.
- 노영돈·최영춘, 홍콩기본법에 관한 연구-홍콩기본법상 고도자치권을 중심으로, 법학논총 제31권 제4호, 2014.
- 박광득, 일국양제로 본 신의주특구의 현황과 문제점, 통일전략 제2권 제2호, 2002.
- _____, 홍콩반환 20년의 회고와 전망에 관한 연구, 대한정치학보 제25집, 2017.
- 박영호, 중국에서의 의회와 행정부 간의 관계에 관한 연구, 의정연구 제3권 제2호, 1997.
- 박정원, 북한의 입법이론과 체계분석, 법학논총 제26권 제2호. 2013.
- _____, 중국 2018년 헌법 개정의 경과와 주요 내용 고찰, 외법논집 제43권 제1호, 2019.
- _____, 중국 국가안전법제의 체계 연구 - 신'국가안전법'을 중심으로-, 중국법연구 제32집, 2017.

- 손한기, 중국의 통일정책과 법제고찰, 법과정책 제23집 제3호, 2017.
- 송인호, 통일 시대를 대비한 법제정비의 주요쟁점, 저스티스 통권 제146권 제3호, 2015.
- 송진호, 남북한특수관계에서 국가면제이론의 유추적용 문제에 대한 고찰, 통일과법률 통권 제45호, 2021.
- 이효원, 남북한특수관계이론의 국제법적 활용방안, 북한법연구 제9호, 2006.
- _____, 통일 이후 북한의 체제불법에 대한 극복방안, 서울대학교 법학, 통권 제157호, 2010.
- _____, 남북합의서의 법적 성격과 효력, 북한법연구 제7권 제1호, 2004.
- 양 건, 남한의 통일을 어떻게 볼 것인가, 공법연구 제22집 제1호, 한국공법학회, 1994.
- 이규창, 남북법제통합의 기본원칙 및 방향과 과제, 저스티스 통권 제122호, 한국법학원, 2011.
- _____, 남북합의서의 법적 성격 및 효력에 관한 연구, 통일정책연구 제15권 제2호, 2006.
- 이건일, 중국 귀속이후 홍콩특별행정구의 권력구조, 국방연구 제40권 제1호.
- 이광수, 중국의 일국양제와 대안 모델에 관한 고찰, 아태연구 제27권 제2호, 2020.
- 장병옥, 중국의 일국양제론 통일정책의 형성배경 및 이론근거에 관한 연구, 중국학보, 1990.
- 정연부, 중국 일국양제의 법제적 특징과 한국법제에서의 수용가능성, 중국법연구 제25집, 한중법학회, 2016.
- _____, 한국형 일국양제의 특징 및 북한법제에의 적용 방안,

공법연구 제46집 제4호, 한국공법학회, 2018.
- 제성호, 남북한의 통일정책 비교, 한국보혼논총 제11권 제2호, 한국보훈학회, 2012.
- _____, 북단과 통일에 관한 법적 쟁점 - 헌법의 영토조항을 중심으로 -, 중앙법학 제6집 제2호, 중앙법학회, 2004.
- 정의근, 중국의 입법체계와 입법 간 충돌의 해결원칙, 중국법연구 제17집, 2012.
- 조동제, 중국 지역간법률충돌문제에 관한 소고, 동아법학 제68호, 2015.
- 장명봉, 통일관련 연구의 성찰과 방향, 국제법학회논총, 제49권 제3호, 2004.
- 최대권, 남북합의서와 관련 제반 법문제 - 특히 특수관계의 의미를 중심으로 -, 법학통권 제93호, 서울대법학연구소, 1993.
- 채영호, 중국헌법상의 전국인민대표대회의 헌법적 지위에 관한 고찰, 세계헌법연구 제17권 제1호, 국제헌법학회한국학회, 2011.
- 허숭덕, 일국양제와 중국의 통일방안, 공법연구 제22권 제1호, 공법학회, 1994.
- 허재철, 중앙국가안전위원회 신설과 중국 국가안보관의 변화, 한국동북아논총 제72호, 2014.

2. 중국문헌

가. 단행본

- 許崇德、胡錦光，憲法，中國人民大學出版社，2021.
- _____，一國兩制理論助讀，中國民主法制出版社，2010.
- 蔡定劍，憲法精講，法律出版社，2006.
- _____，中國人民代表大會制度，法律出版社，1998.
- 韓大元，新中國憲法發展 60年，广東人民出版社，2009.
- _____，新中國憲法發展 70年，广東人民出版社，2020.
- _____，比較憲法，中國人民出版社，2008.
- 焦洪昌，憲法學，北京大學出版社，2020.
- 王　禹，一國兩制憲法精神研究， 广東人民出版社，2008.
- 藍　天，“一國兩制”法律問題研究，法律出版社，1997.
- 焦洪昌、姚國建，港澳基本法概論，中國政法大學出版社，2009.
- 宋小庄，論“一國兩制”下中央与香港特區的關系，中國人民大學出版社，2003.
- 王叔文，香港特別行政區基本法導論，中國民主法制出版社，2006
- 王振民，中央与特別行政區關系，清華大學出版社，2002.
- _____，一國兩制与基本法－－二十年回顧与展望，江蘇人民出版社，2017.
- 張定淮，香港實踐“一國兩制”中的政治与法治，時事出版社，2018.
- 肖蔚云，一國兩制与香港基本法律制度，北京大學出版社，1990.
- _____，論香港基本法，北京大學出版社，2003.
- 郝建臻，香港特別行政區行政與立法的關係，法律出版社，2010.
- 李靜輝、李祥琴，港澳基本法比較研究，北京大學出版社，1997.
- 董立坤，香港法的理論與實踐，法律出版社，1990.

- _____，中國內地与香港地區法律的冲突与協調，法律出版社，2004
- _____，中央管治權与香港特區高度自治權的關系，法律出版社，2014.
- 陳道華，“一國兩制”与國家理論，中共中央党校出版社，2002
- 王鳳超，一國兩制的理論與實踐，經濟科學出版社，1998.
- 鄧小平，建設有中國特色的社會主義，共中央黨校出版社，1993.
- _____，穩定的世界局勢的新辦法，鄧小平文選(第3卷)，人民出版社，2008.
- 史深良，香港政制縱橫談，廣東人民出版社，1991.
- 黃志勇，香港基本法要論，暨南大學出版社，2012.
- 駱偉建，澳門特別行政區基本法新論，社會科學文獻出版社，2012.
- 張千帆，憲法學，法律出版社，2015.
- 林來梵，憲法學講義，法律出版社，2016.
- 王鳳超，香港政制發展歷程，三聯書店，2019.
- 蔣曉偉，一國兩制理論与特別行政區制度研究，上海社會科學院出版社，2013.
- 中共中央文獻研究室，毛澤東文集（第七卷），人民出版社，1999.
- 中共中央文獻編輯委員會，鄧小平文選(第3卷)，人文大報社，1993.
- 國務院發展研究中心港澳研究所，香港基本法讀本，商務印書館，2009.
- 中共中央文獻研究室，周恩來年譜（1949-1976）(上卷)，中央文獻出版社，1977.
- 張亞中，中國大陸與兩岸關係概論，生智文化事業有限公司，2003.
- 周恩來，周恩來選集（下卷）人民出版社，1984.
- 唐德華，憲法及配套規定新釋新解，人民出版社，2004.

나. 논문

- 周建閩，“一國兩制方針与台湾及兩岸關系新聞報道研究”，新聞与傳播研究 第一期，1995.
- 吳俊輝，“一國兩制法制實踐對法律發展的促進作用”， 法制与社會第23期，2019.
- 田飛龍，“一國兩制的香港樣本、法理要義与發展前景－－對習近平總書記在香港回歸25周年大會上重要講話的理論解讀”，統一戰線學研究 第5期，2022.
- 張仕榮，“堅持和完善“一國兩制”推進祖國統一大業”，中國党政干部論壇 第11期，2022.
- 劉林波，“論“一國兩制”下香港民主發展的評价標准”，統一戰線學研究 第6期，2022.
- 潘 鈺，“從‘一綱四目’到‘一國兩制’－ 毛澤東和平解放臺灣戰略和鄧小平對它的發展-”，党史博采 第11期，2009.
- 薛冠儒，“淺析鄧小平國家統一理論”，商業文化 第10期，2011.
- 楊親華，“叶劍英有關和平統一台湾的九條方針政策是這樣誕生的(上)”，統一論壇 第6期，2021.
- _____，“叶劍英有關和平統一台湾的九條方針政策是這樣誕生的(中)”，統一論壇 第1期，2022.
- _____，“叶劍英有關和平統一台湾的九條方針政策是這樣誕生的(下)”，統一論壇 第3期，2022.
- 劉相平，“對一國兩制台湾方案几个問題的思考”，台海研究 第4期，2019.
- 李亞東，“割讓香港 骨肉分离(香港百年之一)”，求知 第2期，1997.
- 祝志男，“簡論香港迴歸20年的輝煌成就及其原因”，思想理論教育導刊 第7期，2017.

• 劉金田, “香港回歸中的鄧小平”, 世紀風采 第7期, 2018.
• 王邦佐, “從一國兩制看主權与治權的關系”, 政治學研究, 1985.
• 嚴家期, “一國兩制和中國統一的途經”, 政治學研究 第2期, 1985.
• 丁志遠, “1971年美國与台湾当局在聯合國中國代表權問題上的有限‘合作’”, 台湾研究集刊 第1期, 2021.
• 鄭 昱, “台湾問題的國際法辨析”, 中山大學學報論叢 第6期, 2004.
• 張定貴, “一國兩制創建了有中國特色的國家結构新形式”, 安順師專學報 第3期, 2000.
• 可 人, “淺談“一國兩制”和堅持社會主義原則″, 法學評論 第2期, 1985.
• 黃昌保, “一國兩制”是具有中國特色的國家結构的新形式”, 求實 第3期, 1985.
• 馬 岭, “憲法性法律的性質界定”, 法律科學, 西北政法學院學報第1期, 2005.
• 郭永虎, “英國政府關于中英香港問題談判決策過程初探(1982～1984)基于英國解密外交檔案的解讀”, 当代港澳研究 第1期, 2019.
• 王振民, “一國兩制”下國家統一觀念的新變化, 环球法律評論, 第5期, 2007.
• _____, “香港法院适用中國憲法問題研究”, 政治与法律, 第4期, 2014.
• 王 禹, “一國兩制下中央對特別行政區的全面管制權″, 港澳研究, 第2期, 2016.
• 叶慶丰, “一國兩制”构想的時代背景和國際环境, 求知, 第6期, 1997.
• 韓大元, 論“一國兩制”的文明觀及其当代意義, 中國人民大學學報, 第3期, 2021.

• 田飛龍，"一國兩制、人大釋法与香港新法治的生成"，政治与法律，第5期，2017.
• 饒乏平，"一國兩制中的若干法律問題"，中外法學，第3期，1997.
• 王勇，“憲法与党章關系密切”，中國紀檢監察報，第002版，2018.
• 張定淮，“論一國兩制下中央對特別行政區授權的性質”，政治与法律，第5期，2017.
• _____，“如何理解香港的政治体制特征”，國外理論動態 第1期，2016.
• 周叶中，“論憲法与党章的關系”，中共中央党校學報，第21卷第3期，2017.
• 顧敏康，“《憲法》与《基本法》共同构成香港特別行政區的憲制基础”，港澳研究，第1期，2018.
• 金克胜，“論中央和特別行政區的法律聯系”，外交學院學報，第3期，1997.
• 鄒平學，“論特別行政區制度的內容、特征和實施條件”，法學評論，第183期，2014.
• _____，“憲法在香港特別行政區的效力和适用研究評述”，深圳大學學報，第5期，2013.
• 殷嘯虎，論憲法在特別行政區的适用，法學，第1期，2010.
• 夏引業，“一國兩制下香港終審法院的立場－－以吳嘉玲案終審判決爲中心的判決”，法制与社會發展，第4期，2015.
• 劉兆佳，“中央与香港特區關系的磨合与發展－－兼論近期香港事態的變遷”，港澳研究，第4期，2016.
• 馬 岭，“全國人大常委會對香港《基本法》解釋的三个問題”，中國法律評論，第3期，2016.
• 肖蔚云，“關于香港特別行政區基本法的几个問題”，法學雜志，第2期，2005.

• _____，“論一國兩制下中央与香港特別行政區的關系”，北京大學學報（哲學社會科學版），第4期，1991.
• _____，“論中華人民共和國憲法与香港特別行政區基本法的關系”，北京大學學報（哲學社會科學版），第3期，1990.
• 王　　磊，"憲法与基本法司法适用的香港經驗－－基于香港終審法院判決的分析"，广東社會科學，第3期，2019.
• _____，“香港政治体制應当表述爲“行政長官制”，
• 張文彪，“論《憲法》与《香港特別行政區基本法》的關系”，岭南學刊，第1期，1997.
• 駱偉建，“論特別行政區政治体制与現實政治的關系”，港澳研究，第3期，2017.
• 朱國斌，“香港基本法第158條与立法解釋”，法學研究，第2期，2008.
• 王鶴亭，“一國兩制台湾方案的理論与實踐探索”，台湾研究集刊，第3期，2020.
• 李元起、張若谷，“論特別行政區制度下的剩余權力問題”，第2卷第8期，2008.
• 饒乏平，“一國兩制中的若干法律問題”，中外法學，第3期，1997.
• 程　　洁，“香港新憲制治理的法理基础：分權還是授權”，中國法學，第4期，2017.
• 胡錦光、劉海林，“論特別行政區憲制基础的變遷及其意義”，武漢大學學報，第3期，2022.
• 田飛龍，“一國兩制、人大釋法与香港新法治的生成”，政治与法律，第5期，2017.
• 劉海林，“《香港基本法》第158條:起草過程、規范含義与解釋實踐”，華東政法大學學報，第5期，2020.
• 楊曉楠，"中央与地方關系視角下的香港基本法解釋"，浙江社會科

學, 2020.
• 張少鵬, “香港特別行政區基本法与港人治港原則”, 華僑大學學報 第3期, 1997.
• 江華, “淺析聯合聲明與基本法的關係”, 一國兩制研究 第4期, 2013.
• 胡林輝, “論港人治港”, 理論導刊 第7期, 1997.
• 伍俐斌, “試論 中英聯合聲明的法律效力”, 中外法學 第6期, 2021.
• 聞 好, “中央處理‘九七’后香港涉台問題的基本原則和政策”, 黃埔 第1期, 1997.
• 羅祥喜, “香港特區政府處理涉台問題的法律与政策依据探析”, 台湾研究 第3期, 1997.
• 郝鐵川, “香港特別行政區政治体制是一种獨特的地方政治体制”, 江漢大學學報 第2期, 2018.
• 馬 岭, “憲法性法律的性質界定”, 西北政法學院學報 第1期, 2005.
• 孫 成, “人大涉港決定的地位、效力与功能”, 蘇州大學學報 第2期, 2022.
• 范宏云, “一國兩制下的中央全面管治權”, 特區實踐与理論 第5期, 2014.
• 王 禹, “一國兩制下中央對特別行政區的全面管治權”, 港澳研究 第2期, 2016.
• 曹旭東, “論《港區國安法》与香港原有法律体系-解析《港區國安法》第11條和《港區國安法》第62條”, 法學論壇 第4期, 2021.
• 張晋邦, “中央立法審查權与香港司法審查權的潛在冲突芻議”, 江漢大學學報 第3期, 2017.

• 楊曉楠，“中央与地方關系視角下的香港基本法解釋”，浙江社會科學 第10期，2020.
• _____，“中央在特別行政區發出行政指令權_理論基础与制度建构”，社會科學 第9期，2018.
• 陳　新，“中央与香港關系法治化之思考”，理論月刊 第4期，2014.
• 田飛龍，“香港國安法与一國兩制的法治鞏固”，青年探索　第5期，2020.
• 朱世海，“香港基本法中的權力結构探析”，浙江社會科學　第6期，2016.
• 劉佳妮，“当代中國法律解釋的問題与對策”，黑龍江大學，碩士論文，2020.
• 周　璋，“總体國家安全觀下的國家安全立法研究”，　西南政法大學，
• 吉　晶，“民族自決權　中國的立場与實踐”，上海交通大學，　碩士論文，2018.
• 陳　林，“論鄧小平對1982年修憲的歷史貢獻”，天津商業大學，碩士論文，2018.
• 林穎璐，“《香港基本法》第158條法律适用問題研究”，广東外語外貿大學，　碩士論文，2014.
• 田恒國，“論一國兩制條件下中央与特別行政區政治体制的關系”，中國中央党校，博士論文，2002.

3. 외국문헌

가. 논문

- Harold Kang, Hongkong and China: Building Bridge Between Two Systems in One Country, 22 Cardozo J. Conflict Resol. 377 (2021)
- Jermain Lam, The Future of Hong Kong Under Communist, 10 J. of East Asian Affs. 116 (1996)
- William Roger Louis, Hong Kong: The Critical Phase, 1945-1949, 102 Am. Hist. Rev. 1052 (1997)
- .S.Lee, Chinese Perspective on North Korea and Korean Unification, On Korea Vol. 6, (2013)
- T.L. Tsim, China-Hong Kong Relations, China Rev. 8.1, 8.3 (1991)
- Timothy Ka-ying Wong & Shirley Po-san Wan, The China Factor In the Hong Kong Public's Changing Perceptions of "One Country, Two Systems, 31 Asian Persp. 127, 128 (2007)
- N.J, Miners, The Government and Politics of HongKong, Oxford: Oxford University Press, (1981)
- Thomas Boasberg, One Country, One-and-A-Half System: TheHongKong Basic Law and Its Breaches of the Sino-British JointDeclaration, Wisconsin International Law Journal, Vol. 10, No. 2, 1991-1992
- Chiu Hungdah, The 1984 Sino-British Agreement on

HongKongand Its Implications on China's Unification, Occasional Papers/Reprints Seriesin Contemporary Asian Studies, Vol. 1985, No. 3, 1985

- Y.C, Jao and Yuan-LiWu(eds,), The Future of HongKong: Toward1997 and Beyond, Westpost, Connecticut: Guorum Books, 1987
- Benny Y.T. Tai, Basic Law, Basic Polics: The Constitutional Game of Hong Kong, HONG KONG LAW JOURNAL, 2007
- HL Fu & Yash Ghai (eds), Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict over Interpretation, Hong Kong's University Press, 2000
- Patrick Jiang & Gonzalo Villalta Puig, Article 158(3) of the HongKong Basic Law and the Preliminary Reference Procedure of theEuropean Union, Chicago Journal of International Law, Volume 19, 2018.8.16.
- Albert Chen, The Court of Final Appeal's Ruling in the 'Illegal Migrant' Children Case, in Hong Kong's Constitutional Debate:Conflict Over Interpretation, Johannes M.M. Chan et al. eds., 2000
- Wesly-Smith P., The Sources of Hong Kong Law, Hong Kong University Press, 1994.

- Wing-Chuang Ho & Emile Tran, Hongkong-China Relations

over Three Decades of Change: Form Apprehension to Integration to Clashes, China: An International Journal, 17-1, 2019

• Ghai Y. Hong Kong's New Constitutional Order. Hong Kong University Press, 1997

나. 판결

• "Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatarand Bahrain," Judgment, I.C.J. Reports 1994.

• "Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), "Judgment, I.C.J. Reports 1978.

• Ng Ka Ling v Director of Immigration, (1999) Hong Kong Law reports and Digest 315.

• Democratic Republic of Congo v FG Hemisphere Associates LLC, (2011) Hong Kong Law reports and Digest 41

다. 사이트

• The State Council: http://www.gov.cn

• Chinese Association of Hongkong & Macao Studies : www.cahkms.org

• The United Front Work Department of CPC Central Committee: http://www.zytzb.gov.cn

• Taiwan Work Office of the CPC Central Committee, Taiwan

Affairs Office of the State Council: http://www.gwytb.gov.cn

- International Department. Central Committee of CPC: https://www.idcpc.org.cn
- The National People's Congress of the Peaple's Republic of China: http://www.npc.gov.cn/
- The Judiciary of the Hong Kong Special Administrative Region of the PRC China: https://www.judiciary.hk/zh_cn
- The State Council Information Office of the People's Republic of China: http://www.scio.gov.cn/index.htm
- Hong Kong and Macao Affairs Office of the State Council: https://www.hmo.gov.cn/
- Hong Kong e-Legislation: https://www.elegislation.gov.hk/

Abstract

A Legal Study on the Application of 'One Country, Two Systems' in the Hong Kong Special Administrative Region in China

- Focusing on the relationship between the Central Government and the Hong Kong Special Administrative Region -

Quan lingxian
College of Law
The Graduate School Seoul National University

'One country, two systems' means that two systems (socialist system and capitalist system) coexist within one country. The unification principle of 'One country, Two systems' was raised to solve the unification issue with Taiwan at the first, and the government ruled by the Chinese Communist Party confirmed it as a peaceful unification policy at the theoretical and abstract stage. However, for practical reasons, the principle of 'One Country, Two Systems' was applied and implemented in Hong Kong (1997) firstly. During the process, the 'One Country, Two Systems' was not just a theory but finally led to legislation, and as a result, the Hong Kong Special Administrative Region (Hong Kong SAR) was established based on Article 31 of the Constitution of China. In addition, the 「Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region」 was passed and implemented at the National People's Congress, which is the highest legislative body

in China. The Basic Law of Hong Kong is a law with the constitutional nature of the Hong Kong SAR, and it is stipulated that all affairs occurring in the Hong Kong SAR should be handled based on the Basic Law. As a result, the Central Government granted Hong Kong a high degree of autonomy (administrative management, legislative, judicial power, and power of final adjudication), which allowed Hong Kong to maintain its existing capitalist system and legal system for 50 years. However, all authorities to clarify the “One China” principle, including powers about diplomatic and defense affairs, belong to the Central Government. Therefore, under the 'One country, Two systems' principle, the Hong Kong SAR is still one of the special local administrative regions with a high degree of autonomy in China.

In China, which is a unitary country where all powers are concentrated in the Center, the establishment of the Hong Kong SAR and the enactment of the Basic Law can be seen as a major change in the traditional constitutional theory. Above all, the Hong Kong SAR is a local government with a special status granted a high degree of autonomy from the Central Government, and the scope of authority of the Hong Kong SAR is larger than that of general local governments in mainland China but smaller than that of the Central Government. To ensure the stable implementation of the 'One Country, Two Systems' and the Basic Law, the most important issue is how to allocate the powers of the Central Government and the Hong Kong SAR. To find an answer to this question, first of all, it is necessary to look at what changes have occurred in the state structure stipulated in the Constitution due to the ‘One country, Two systems’ in China, and it's also important to review the relationship between the Constitution and the Basic

Law of Hong Kong. Therefore, it was deemed necessary to review the provisions about the authorities of the Central Government and the Hong Kong SAR in the Basic Law.

This thesis consists of 5 chapters. To clarify the normative meaning of China and Special Administrative Regions, the formation of the 'One country, Two systems' policy and its main contents are explained in detail in Chapter 2. Chapter 3 discusses the legislation of 'One country, Two systems' in the process of the handover of Hong Kong and Macao, and the establishment of a Special Administrative Region based on the Constitution in China which created the constitutional status of Hong Kong and Macao. Since this constitutional change made the relationship between the Central Government and Special Administrative Regions, it's necessary to review the relationship between the Constitution of China and the Basic Law of the Special Administrative Regions. In Chapter 4, the criterias for allocating the power of the Central Government and Hong Kong SAR are reviewed, and the power of the Central Government and Hong Kong SAR is analyzed and evaluated based on the relevant standards and principles.

In this thesis, the following problems are discovered and summarized while the relationship between the Central Government and the Hong Kong SAR under the Hong Kong Basic Law enacted under the 'One country, Two systems' are analyzed and evaluated specifically. The first one is about the application of the Constitution in the Hong Kong SAR. From a constitutional point of view, the Hong Kong SAR is not excluded from the Constitution of China, but if all of the provisions of the Constitution are applied in Hong Kong, the 'One country, Two

systems' principle will lose its meaning. To solve this problem, it seems that there is a need for a constitutional basis for the application of the Constitution in Hong Kong, but there is no related provision at present. At this point, the Hong Kong Basic Law might be seen as an issue of unconstitutional, and there is a need to do some further review.

The second problem is about the issue of the allocation of authority between the Central Government and Hong Kong under the Basic Law of Hong Kong. According to the Basic Law of Hong Kong, it is clear that diplomatic and military powers belong to the Central Government, but the authority of interpretation for the Basic Law is not clearly defined. There have been several disputes over the issue of the interpretation right of the Basic Law, and the potential conflict still exists. Therefore, the issue of the interpretation right to the Basic Law has emerged as the most important problem among the issues of allocation of authority between the Central Government and Hong Kong.

However, it is clear that the implementation of 'One country, Two systems' in the Hong Kong SAR has positive aspects. First, the Central Government delegated authority to the Hong Kong SAR to handle foreign affairs independently in accordance with the Basic Law, which means that Hong Kong can independently conclude and implement agreements with other countries or international organizations. Second, even after Hong Kong was handed over to China, the legal currency was allowed to continue to be used, and the authority of Hong Kong to issue currency was stipulated in the Basic Law. This is a regulation to ensure that the Hong Kong SAR can continue to maintain its status as a

financial center in Asia.

As for the unification affairs with Taiwan in the future, the unification policy will certainly be pursued as 'One country, Two systems'. It is expected that the problems that appeared in Hong Kong will be reflected in Taiwan as they are. In order to properly apply 'One country, Two systems' to Taiwan, it is necessary to study the problems raised by analyzing and evaluating in this thesis. Further more, the plan for unification between the North and South Korea can also be changed to suit specific circumstances. Looking at all these possibilities, it is expected that South Korea will be able to familiarize itself with the legal issues that have arisen in the process of implementing 'One country, Two systems' in China, and refer to them in establishing plans for unification of Korea.

Keywords: One country, Two systems; Hong Kong Special Administration Region; Basic Law; National People's Congress of the People's Republic of China; Central Government; Hong Kong's autonomy ; executive power; legislative power; independent jurisdiction; court of final appeal; right of interpretation

Student Number: 2010 -31358