

中國法研究(II)

中國의 「一國兩體制論」과 1997年 이후 홍콩法制

研究責任者：文俊朝(책임연구원)

共同研究者：金明淵(연구조원)

한국법제연구원

1. Introduction

2. Methodology

3. Results

4. Discussion

5. Conclusion

Abstract

The purpose of this study is to investigate the effects of... The results show that... The findings suggest that...

References

1. Smith, J. (2010). The effects of...
2. Jones, A. (2012). The impact of...

Copyright © 2010-2012

發 刊 辭

中國의 統一政策은 1949년 中華人民共和國 政府 수립 이후 「一定要解放臺灣」이라는 口號에서 엿볼 수 있듯이 社會主義體制로의 완전한 吸收統合을 지향하는 것이었습니다. 그러나 中國은 1978년 對外開放政策 및 國內經濟改革政策과 더불어 새로운 統一政策으로서 一國兩體制論을 제시한 바 있습니다.

中國의 통일정책의 法的 表現이라고 할 수 있는 一國兩體制論은 처음 제시될 당시만 하더라도 그 애매성과 추상성으로 인하여 외부세계에 대해 그 본질과 목적에 대한 疑懼心을 불러 일으킨 것도 사실입니다.

그러나, 그 후 一國兩體制論은 점진적으로 그 概念과 實現方法이 구체화되었는 바, 「對立과 矛盾의 統一」과 「平和共存」을 理論的 兩軸으로 하고 있으며, 鄧小平의 實用主義路線으로부터 연유한다는 점에서는 대외개방정책과 그 뿌리를 같이 한다고 할 수 있습니다.

一國兩體制論은 資本主義를 시행하고 있는 홍콩, 마카오 및 臺灣을 社會主義체제로 흡수함으로써 그 지역의 경제발전성과를 잃는 대신에 資本主義體制를 유지하도록 하여 그 장점을 배우고 또한 그로부터 경제적 이득을 얻는다는 취지를 가지고 있습니다.

中國은 이러한 一國兩體制論을 홍콩과 마카오에서 실현하기 직전에 있습니다. 즉, 영국과는 홍콩문제에 관한 共同宣言, 또한 포르투갈과는 마카오문제에 관한 共同宣言이라는 國際條約을 체결하고 이를 토대로 1990년 각각 홍콩特別行政區 基本法을 제정하고 1992년 마카오特別行政區 基本法의 초안을 마련한 바 있습니다.

홍콩은 1997년 7월 1일부터 고도의 자치권을 향유하는 中國의 特別行

政區로서의 國內法上의 지위를 가질 뿐만 아니라 國際法上으로도 독특한 地位를 갖게 되며 一國兩體制論의 최초의 실험장이 될 것입니다. 또 다른 한편으로는 中國은 北韓과는 사회주의적 혈맹의 관계를 유지하여 왔으나 금년 9월 우리나라와 정식으로 대사급 외교관계를 수립한 분단 국이라는 점에서 그들의 통일정책에 관한 研究의 當爲性을 찾을 수 있을 것입니다.

이러한 점에 착안하여, 이 研究書는 홍콩의 法的 地位에 관한 법적 근거인 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法의 條文을 중심으로 1997년 이후 홍콩의 法的 地位와 法制를 검토하고 있습니다. 그 주요 내용을 간략하게 소개한다면, 法的·經濟的·社會的 制度, 自治權의 範圍와 구체적인 행사 등 政治制度, 住民의 權利·義務 그리고 國際法上의 地位와 國際責任의 歸屬問題 등입니다.

아무쪼록, 이 研究書가 中國의 一國兩體制論, 보다 구체적으로 말해 그들의 實用主義的 統一政策을 이해하는데 一助할 수 있기를 기대하며, 아울러 이 研究書의 작성에 참여한 韓國法制研究院의 研究陣의 勞苦를 치하하는 바입니다.

1992년 10월

韓國法制研究院
院長 李世薰

目 次

第1章 中國의 一國兩體制論의 理論的 根據와 그 背景	1
第1節 序說	1
第2節 一國兩體制論의 理論的 根據	3
1. 平和共存의 原則	3
2. 對立統一의 原則	4
第3節 一國兩體制的 概念	5
第2章 홍콩問題에 관한 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法	9
第1節 英·中共同宣言	9
1. 英·中共同宣言의 締結經過와 英國, 中國 및 홍콩住民의 立場	9
2. 英·中共同宣言의 主要 內容과 法的 性質	16
第2節 홍콩特別行政區 基本法	22
1. 홍콩特別行政區 基本法의 內容에 대한 英國과 中國의 立場	22
2. 홍콩基本法의 起草方法과 過程	25
3. 홍콩特別行政區 基本法의 構造와 主要 內容	27
第3節 홍콩特別行政區 基本法, 英·中共同宣言 및 中華人民共和國 憲法의 關係	28
1. 홍콩特別行政區 基本法과 英·中共同宣言의 關係	28
2. 홍콩特別行政區 基本法과 中華人民共和國 憲法과의 關係	30
3. 中華人民共和國 憲法과 英·中共同宣言과의 關係	32
第3章 1997年 以後 홍콩法制	41
第1節 홍콩特別行政區와 中央政府와의 關係	41

1. 홍콩特別行政區의 法的 地位	41
2. 홍콩特別行政區 基本法上 中央最高國家機關의 權限에 속하는 分野	47
第2節 홍콩의 適用法律	49
1. 意義	49
2. 홍콩特別行政區의 適用法律	50
第3節 홍콩特別行政區의 政治制度	55
1. 英·中共同宣言上의 政治制度에 관한 規定	55
2. 홍콩特別行政區 基本法上의 홍콩特別行政區의 政治制度	57
第4節 홍콩特別行政區 住民의 權利와 自由	66
1. 英·中共同宣言과 홍콩基本法上의 規定	66
2. 中國憲法上의 公民의 權利 및 自由와 基本의 人權의 本質的 差異	67
3. 홍콩特別行政區 基本法의 몇 가지 立法上의 欠缺	73
第5節 홍콩特別行政區 基本法의 解釋權과 기타 홍콩法律에 대한 解釋	78
1. 中國의 公式的 法律解釋制度	78
2. 中國과 홍콩特別行政區의 法律解釋制度의 差異	79
3. 홍콩基本法의 解釋과 改正權	81
4. 홍콩法院의 司法審查權	83
第6節 홍콩特別行政區 基本法上의 其他 問題	89
1. 國籍과 旅行證書의 問題	89
2. 土地契約	96
3. 民間航空	97
 第4章 中國 內地와 홍콩의 法律衝突問題	 99
第1節 問題의 所在	99
第2節 홍콩의 現行 衝突法	100
1. 民事事件에 대한 衝突法	100

2. 刑事事件에 관한 衝突法과 司法共助	103
第3節 中國의 衝突法	104
1. 民事事件에 관한 衝突法	104
2. 刑事事件에 관한 衝突法과 司法共助	106
第4節 一國兩體制의 施行에 따른 中國 內地와 香港間의 司法共助	107
1. 中國 內地와 香港特別行政府間의 法律衝突	107
2. 中國 內地와 香港과의 司法共助의 必要性	109
3. 香港駐在 中國公務員과 中國軍의 地位	114
第5章 香港의 國際條約上의 法的 地位 變化	117
第1節 香港의 條約締結權	117
1. 香港의 現行 條約關係	117
2. 1997年 以後 香港의 條約締結權	118
第2節 香港의 條約類型에 따른 適用方式	131
1. 香港의 國際條約의 現行 適用方式	131
2. 1997年 以後 香港의 條約適用方式	132
第3節 香港의 責任能力과 國際責任의 歸屬	137
1. 中央政府와 地方政府間의 國際責任의 歸屬	137
2. 香港에 적용되는 條約類型에 따른 國際責任	140
3. 香港이 독자적으로 가입·체결한 國際的 合意에 대한 法律適用問題	144
第4節 1997年 以後 香港의 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」의 適用	147
1. 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」上의 香港의 地位	147
2. 中國의 一般協定 復歸後 香港과의 關係	149
3. 香港의 地位變化後 몇 가지 問題	155

第6章 結論	159
* 資料	
○ 홍콩問題에 관한 英·中共同宣言	167
○ 홍콩特別行政區 基本法	191
* 參考文獻	225

第 1 章 中國의 一國兩體制論의 理論的 根據와 그 背景

第 1 節 序說

一國兩體制論은 1978년 이후 中國이 홍콩, 마카오 및 臺灣 지역의 통일문제를 처리하기 위하여 점진적으로 발전시켜 온 하나의 구상이다. 中國은 1978년 12월 개최된 第 11 期 三中全會를 계기로 새로운 역사적 전환기를 맞게 되었다. 1979년 초, 全國人民代表大會 常務委員會는 「臺灣同胞에 告하는 글」(告臺灣同胞書)을 발표, 새로운 臺灣統一政策을 제시하였다.¹⁾ 中國은 「三通四流」, 「對等談判」의 구호를 제시하고, 中國統一問題가 北京政府의 80년대 3대 임무의 하나임을 표명하였다.²⁾ 홍콩, 마카오 및 臺灣의 통일과 관련하여, 中國指導層은 1978년 中國 共產黨 第11期 三中全會 以後, 기획있을 때마다 “一國兩體制”論을 제기하였으며, 이러한 구상에 따라 1984년 12월 19일과 1987년 4월 13일 각기 《홍콩問題에 관한 英·中共同宣言》과 《마카오問題에 관한 中

1) 一國兩體制論은 中國의 臺灣統一政策의 원칙이기도 하며, 최근 북경의 지도층이 대륙을 방문한 대만의 민간단체대표들에게도 이러한 원칙을 표명하기도 하였다. 鄧幸未, “對「香港基本法」的分析”, 『中國大陸』, 第23卷 第5期(1990.5), p.52.

2) 1981년, 葉劍英은 9가지로 구성된 平和案을 제시, 中華民國(臺灣)을 地方政府로 보고 대화를 기도하였고 이에 대만이 거절함으로써 성사되지 못하였다. 이후 中國은 계속적으로 양보, 「一國兩體制」論에 의한 統一方案을 제시하였으나 역사 臺灣에 의해 거절되었다. 1984년 9월 26일 영국과 中國간에 가조인된 「홍콩문제에 관한 共同宣言」은 「一國兩體制」論을 홍콩을 모델로 구체화한 것이다. 郭瑞華, “中共「一國兩制」產生的背景分析(上)”, 『共產問題研究』, 第40卷 第8號, p.12.

2 中國의 「一國兩體制論」과 1997年 이후 홍콩法制

· 포르투갈共同宣言》에 서명하였다. 이 兩 條約에는 1997년과 1999년 각각 홍콩과 마카오의 주권이 中國에 반환된다는 규정을 두고 있다. 이러한 一國兩體制論은 “國家統一”과 “經濟近代化”라는 두가지 목적을 가진 것이다.

중국과 영국간의 홍콩문제에 관한 共同宣言이 발표된 후, 1990년 4월 홍콩特別行政區 基本法の 제정, 1992년 마카오特別行政區 基本法草案³⁾의 작성에 이르는 과정에서 一國兩體制論은 더욱 구체화되었다. 그러나 후술하다시피 中國內地와 特別行政區간의 권한배분문제 등 아직도 명확하지 아니한 부분이 남아있다.

이 研究報告書는 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法の 條文을 분석함으로써 中國의 一國兩體制論이 홍콩에서 어떠한 내용과 형태로 실현되는가, 또한 그에 따른 문제점은 무엇인가를 검토하고 있다.

이러한 중국의 일국양체제론은 그들의 ‘慢慢的’한 경향이 반영된 점도 부인할 수 없지만 지극히 실용주의적인 측면이 강하며, 또한 완충기 내지 조정기를 거치지 아니한 단기간의 흡수통합으로 몸살을 앓고 있는 독일의 통일방식과는 그 본질, 목적 그리고 영향면에서 완전히 상반되는 것임은 두말할 여지가 없다. 뿐만 아니라, 우리나라의 통일방안과는 양립할 수 없는 한계성을 지닌 것임은 부인할 수 없으나 과도기적인 완충장치를 마련하였다는 점에서는 우리나라의 통일헌법 마련과 관련해서도 충분한 참고가치가 있다고 말할 수 있을 것이다.

3) 마카오特別行政區 基本法(草案)은 1992년 3월 8일 마카오특별행정구 기본법기초 위원회 제8차 전체회의에서 통과되었다. 『人民日報』, 1992. 3. 17日字 참조.

4) 郭瑞華, “中共「一國兩制」的理論與實際”, 『共產問題研究』, 第40卷 第24期 (1988), p.1.

第2節 一國兩體制論의 理論的 根據

1. 平和共存의 原則

一國兩體制論은 鄧小平이 최초로 제시할 당시만 해도 구체적인 이론에 바탕을 둔 것은 아니었다. 그 후 中國의 학자들과 공산당간부들에 의하여 「平和共存」과 「對立의 統一」이라는 이론적 근거가 제시되기 시작하였다.⁴⁾ 「平和共存」은 레닌이 최초로 제시한 개념으로 소련에 수립된 스탈린 정부 초기에 공산주의 정권의 출현에 대하여 의구심을 가지고 있던 西方世界를 안심시키고 내부적인 혁명을 마무리하기 위한 戰略으로서 제시한 것이다.

中國은 1954년 레닌의 平和共存戰略을 원용하여 소위 「平和共存 5原則」을 적극적으로 주창하여 「세계 각국은 대소강약과 그 사회제도의 여하를 불문하고 平和共存할 수 있다. 각국 인민의 민족독립과 자주권은 반드시 존중되어야 하고 각국 인민은 자신의 국가제도와 생활방식을 선택할 권리를 가지며 다른 국가의 간섭을 받지 아니한다」는 것을 강조하였다.⁵⁾ 이와 같이 中國의 平和共存論은 대외관계에 관한 기본원칙으로 제시된 것이었으나, 1979년 부터는 一國內의 社會主義制度和 資本主義制度의 共存可能性을 그 內包로 포함하기 시작하였다. 鄧小平은 平和共存의 原則이 國際關係問題의 처리에서 뿐만 아니라 一國의 自國內政問題의 처리에서도 좋은 방법이 됨을 인정하고 「중국 자신의

5) 이에 관하여는 槐敏, “和平共處五項原則在現代國際法上的意義,” 『中國國際法年刊』, (1985), pp.237~252.; 邵川任, “和平共處五原則：現代國際法的基礎,” 『中國國際法年刊』, (1985), pp.334~345. 參照.

6) 보다 최근의 발언에 대하여는 “鄧小平關於「一國兩制」方針的講話(摘要),” 『中國國際法年刊』, (1988), pp.245~257.; 謝榮鎮, “香港特別行政區基本法出台記,” 『人民日報』 1990. 4. 10日字 참조.

4 中國의 「一國兩體制論」과 1997年 이후 홍콩法制

실천에 근거하여 우리는 「1國家 2體制」의 방법으로 中國統一問題를 해결할 것을 제안하는 바, 이것도 일종의 平和共存이다」라고 주장하였다.⁶⁾ 또한 1984년 7월 15일 「中國社會科學院」의 顧問인 錢俊瑞는 「중앙정부의 방침은 장차 祖國을 통일한 후, 大陸은 社會主義를 실행하고 홍콩, 臺灣, 마카오는 資本主義를 장기적으로 변함없이 유지함으로써, 두가지 제도는 공존하면서 서로 돕고, 서로 촉진하며 평화적으로 경쟁한다는 것이다. 中國은 이러한 국면의 到來를 준비하기 위한 실험 단계로서 經濟特區를 설치하고 14개 沿岸都市를 開放하여 資本主義의 長點을 학습하여 社會主義制度를 개량하고자 한다」라고 지적하였다.

2. 對立統一의 原則

일부 中國學者들은 哲學的 觀點에 입각하여 一國兩體制의 근거를 찾고자 한다. 吳元慶과 武剛은 「홍콩문제는 역사가 남긴 문제이며, 그것은 주로 中國과 英國의 관계 문제이다. 그러나 홍콩은 자유항이고 오늘날 세계경제발전에서 상당히 중요한 지위를 차지하고 있다. 그러므로 홍콩에 대한 주권을 회복하는 것은 영국과의 관계와 관련되어 있을 뿐만 아니라 세계의 발전된 資本主義國家 특히 아시아·태평양 지역의 각국과의 관계와도 관련되어 있다. 더욱 중요한 것은 홍콩의 안정과 번영이 中國의 경제건설에 대하여 미치는 독특한 작용은 다른 어떠한 지역도 갈음할 수 없는 것이다. 그러므로 홍콩문제는 단순히 사회주의 中國과 자본주의 英國간의 矛盾問題에 그치는 것이 아니며 이 보다 훨씬 더 복잡하다」라고 주장하였다.

그러므로 중국학자들은 마르크스주의 철학원리에 근거하여 「어떠한 사물과 그 발전과정은 모두 矛盾을 내포한 존재이자 矛盾의 對立統一이다. 矛盾의 同一性 또는 統一性은 矛盾의 대립적 측면이 상호간에 내재적 유기적인 불가분의 연계를 맺고 있음을 말하는 것이라는 전제하에 중국의 「4大現代化」建設은 홍콩의 자본주의를 이용할 필요가 있고, 홍콩의 진보, 발전 및 번영도 中國의 적극적인 지원을 필요로 한다고

주장한다.⁷⁾

다시 말해서 본래 대립적인 이 두가지 사회제도는 외부에 대해서는 대항적인 형식으로 나타나 보이면서도 하나의 統一的인 母體속에서 존재한다고 한다. 그러므로 이러한 관점에 의하면 「一國兩體制」의 실행은 矛盾·對立되는 쌍방의 同一性 또는 統一을 실현하는 것이며 그러한 통일은 쌍방 모두 번영과 발전을 얻게 된다. 蕭蔚云의 “一國兩體制(一個國家兩種制度)의 방침은 홍콩特別行政區 基本法이 통과됨으로써 법제화·구체화되었다. 이것은 공산당이 영도하는 中國人民이 획득한 중대한 승리이자 마르크스·레닌주의와 모택동사상의 중대한 발전이다”라는 지적에서도 一國兩體制論이 마르크스레닌주의의 실용주의적 해석에 입각한 것임을 알 수 있다.⁸⁾

第 3 節 一國兩體制的 概念

중국의 설명에 의하면 「一國兩體制」의 概念은 1978년 말 「第1次三中全會」 이후 점진적으로 형성되어 왔지만 실제적으로는 鄧小平이 1984년 2월 “통일후 臺灣은 계속하여 자신의 자본주의를 유지하고 大陸은 사회주의를 유지하지만 하나의 통일된 中國이 될 것이다. 홍콩문제도 마찬가지로 「하나의 中國, 2가지 制度」의 방식으로 해결할 것이다”라고 지적한 후 비로소 「一國兩體制」의 의미가 규명되었다고 할 수 있다.

그 후에야 일부 중국학자들이 다투어 「一國兩體制」의 概念에 대해 해석을 붙이기 시작하였다. 復旦大學의 國際政治學科의 王邦佐, 王扈寧

7) 閔韋延, “按照 “一國兩制” 原則促進祖國和平統一,” 『人民日報』, 1992. 7. 24. 참조.

8) 蕭蔚云, “論一國兩制下中央與香港特別行政區的法律關係.” 『北京大學學報』, (1991年 第4期), p.18.

은 「一國兩體制」의 「一國」의 概念에 대해 해석을 하였다. 그들은 「一國」은 다름 아닌 國家主權의 不可分性和 中華民族의 統一性を 말하는 것이라고 설명하였다. 따라서 민족분단문제를 해결할 때에 주권문제를 회피하여 주권의 통일을 거론하지 아니한다면 오히려 민족통일은 불가능해지고 따라서 어떠한 (통일)모델도 그 존재의 전제와 기초를 상실하게 된다고 한다. 그들은 바로 이러한 관점에 입각하여 「2개의 中國」 또는 「하나의 中國, 하나의 臺灣」모델을 배척하고 「一國」은 「一國兩體制」의 출발점이라고 주장하였다.⁹⁾

그 후 「社會科學院」의 政治研究所 所長 嚴家其는 “「一國兩體制」의 과학적 의미는 어떠한 국가가 자신의 헌법과 법률의 규정에 의거하거나 당해 국가의 일부 지역이 다른 지역과 상이한 정치·경제·사회를 시행하되, 이러한 地域政府는 하나의 國家의 地方行政單位 또는 地方政府이므로 國家主權을 行使할 수 없다”라고 지적하였다. 그의 解釋에 의하면 一國兩體制論은 다음 4가지의 기본요소로 구성된다.

첫째, 一國兩體制는 國家의 憲法과 法律의 규정에 의해 보증되며 따라서 일시적이고 불안정한 양체제가 공존하는 것이 아니다.

둘째, 一國兩體制는 상이한 지역에서 실행되는 것이지 동일한 지역에서 두가지 체제가 실행되는 것이 아니다.

셋째, 一國兩體制는 여러 가지 면에서 명확히 구별되고 중요한 부분이 상이한 두 가지 제도가 병존하는 것이기 때문에 개별적이고 불명확하거나 중요하지 아니한 부분만이 상이한 것이 아니다.

넷째, 一國兩體制에 의하여 허용된 상이한 제도를 시행하는 지역은 통일국가의 구성부분이며 대외적으로 국가를 대표하여 외교·국방·선전포고·강화를 전면적으로 수행하는 권력을 갖지 아니한다.

그러므로 현재 中國이 경제제도면에서 공유제를 기초로 하여 다양한 경제형식이 병존하는 소유제를 실행하고 있고 연안지역의 경제특구는 경제분야에서 中國대륙의 다른 지역과 크게 구별되지만 이러한 것들은

9) 閔韋延, *supra* note 7.

「一國兩體制」의 실현을 위한 것은 아니다.

嚴家其는 「一國兩體制」는 새로운 國家構造모델인 바, 單一國家(unitary state)構造下에서 실행되고 복합적인 몇 가지 특징을 가지고 있다고 주장하였다. 일반적으로 單一制의 國家構造의 특징은 中央政府는 국가를 대표하며, 地方政府의 권력 또는 자치권은 中央政府에 의하여 부여된다. 또한 聯邦制國家에서 聯邦政府和 구성원인 州政府의 존재와 권력범위는 모두 憲法에 규정되는 바, 聯邦政府의 권력은 州가 양여한 것이며, 쌍방간의 권력관계를 변경하려면 반드시 헌법개정절차를 거쳐야 한다. 일반적으로 單一國家의 地方政府의 권력은 聯邦國家의 州政府의 권력에 비해 왜소하다. 그러나 一國兩體制下의 單一國家의 地方政府의 권력은 聯邦國家의 州의 권한보다 훨씬 광범하다. 바꾸어 말해서 單一國家制를 포기하지 않고 聯邦制의 장점만을 도입한다는 것도 「一國兩體制」의 특징중의 하나이다.

중국이 상정하고 있는 「一國兩體制」下에서 特別行政區는 立法權, 行政權, 司法權 등의 분야에서 광범한 自治를 향유한다. 立法權分野에서 特別行政區의 立法機關이 제정하는 법률은 中國內地의 다른 지역의 법률과 불일치할 수 있으며, 特別行政區 基本法과 法定節次에만 부합되면 모두 유효하다. 聯邦國家에서는 聯邦의 立法權限과 各州의 立法權限의 配分은 일반적으로 헌법에 명문규정을 두며 各州는 일정한 立法權만 갖지만 헌법상 各州의 법률은 반드시 聯邦의 법률에 부합되어야 하며 그러하지 아니한 경우에는 무효이다. 「一國兩體制」하에서는 特別行政區는 계속하여 자본주의적 경제제도와 사회제도, 사유재산제를 시행하며 이러한 제도들은 법률에 의해 보호를 받는다.

對外的 權限은 두가지가 있는 바, 그 하나가 外交權이다. 單一國家에서는 外交權은 완전히 中央政府가 장악한다. 聯邦國家에서도 聯邦政府가 배타적인 外交權을 가진다. 一國兩體制下에서는 外交業務는 중앙인 民정부가 통일적으로 관리하고 국제적으로 중국을 대표하지만 中央人民政府는 特別行政區에 대단히 큰 對外的 權限을 부여한다.

재정·군사·화폐·관세 등의 업무에 대한 관리에 대해서도 單一國

가와 마찬가지로 聯邦國家의 聯邦政府가 막대한 권한을 가진다. 예컨대, 美國 憲法은 州政府는 화폐를 주조하거나 군대를 보유할 권한을 갖지 아니함을 규정하고 있다. 화폐의 鑄造, 자국화폐와 외국화폐간의 환율결정에 관한 권한은 聯邦政府의 專屬的인 權限이다. 그러나 特別行政府는 聯邦國家의 構成員과는 비교할 수 없을 정도의 財政的 獨立을 향유하는 바, 독자적으로 貨幣를 발행하고 화폐금융정책을 시행한다. 다만 독자적인 군대는 보유할 수 없다.

司法權의 分野에서도 미국 등 聯邦國家의 聯邦最高法院의 判決은 그 효력이 전국에 미치므로 各州의 行政府, 法院 및 住民은 그러한 판결의 구속을 받는다. 그러나 1997년 이후의 香港特別行政區의 法律은 中國內地의 다른 지역과는 다르므로 司法權의 獨立이 보장되고 終審權도 特別行政區 終審法院에 속하게 된다.

第 2 章 홍콩問題에 관한 英·中 共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法

第 1 節 英·中共同宣言

1. 英·中共同宣言의 締結經過와 英國, 中國 및 홍콩住民의 입장

가. 英·中共同宣言의 締結經過

영국과 중국은 1984년 9월 26일 英·中共同宣言¹⁾에 假調印하였고, 동년 12월 19일 中國의 趙紫陽 總理와 英國의 대처 首相이 북경에서 정식 조인하였다.²⁾ 그 후 1985년 5월 28일 양국이 북경에서 비준서를 교환함으로써 동 宣言이 발효하게 됨에 따라 홍콩은 1997년 7월 1일 중국에 귀속되어 高度의 自治權을 향유하는 特別行政區가 될 때까지의 과도기에 진입하게 되었다고 할 수 있다. 동년 6월 12일 共同宣言은 국제연합 사무국에 등록되었다.³⁾ 조약의 등록 유무는 당해 법적 효력

1) 中文本의 명칭은 「中英兩國關於香港問題的聯合聲明」이며, 英文本의 명칭은 「Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong」이다. 英文本텍스트는 *International Legal Materials*, Vol.23(1984), pp.1366-87. 참조.

2) 중국에서는 1984년 11월 14일 第6期 全國人民代表大會 常務委員會 第8次會議에서 동의를 의결하였고, 1985년 4월 10일 第6期 全國人民代表大會 第3次會議에서 비준을 결정하였다. 또한 영국에서는 1984년 12월 5일 및 10일 下院 및 上院에서 각기 동의를 의결하였다.

3) 이와 같이 登錄한 이유는 다음 두가지이다. 첫째, 유엔憲章 第102條 第1項에 의

과는 무관하지만 미등록조약은 유엔의 제기관에서 원용될 수 없다. 중국으로서는 유엔에 英·中共同宣言을 등록함으로써 중국의 對香港政策에 대한 신뢰감을 주고자 하였을 것이다.⁴⁾

나. 英·中의 立場과 그 調整

홍콩의 장래에 대한 회담 초기에는 英·中 쌍방은 홍콩에 관한 南京條約, 英·中北京條約, 展拓香港界址專條의 유효성 문제를 놓고 異見을 보였다. 영국의 대처 수상이 1982년 9월 중국을 방문했을 때만 하더라도 19세기 영국이 중국 滿清政府에게 강요하여 체결하였던 홍콩과 관련된 3개 條約, 즉 1842년 ‘南京條約’, 1860년 ‘北京條約’ 및 1898년 ‘拓展香港界址專條’는 여전히 國際法上 유효하며 따라서 이들 조약은 개정대상이 될 수 있을 뿐이라는 전제하에 영국은 홍콩市民들에게 도의적 책임을 져야 하며 중국이 홍콩에 대해 주권을 갖는다는 중국의 주장을 거부한다는 입장을 명확하게 표명하였다. 전통적인 近代國際法에 의하면 국제법의 주체인 주권국가간에 조인한 조약은, 주권을 양도하는 조약을 포함하여, 합법적이며 유효하다는 점을 근거로 영국은 「英·中사이에 홍콩을 割讓하고 九龍以北地區를 租借하는 위의 3개 조약은 주권국가간에 조인된 것이므로 그 합법성 및 그 유효성은 부인될

하여 유엔 회원국이 체결한 모든 條約 및 國際協定은 신속히 事務局에 등록하여야 하기 때문이다. 둘째, 英·中共同宣言의 내용이 홍콩의 중요 경제정책 및 그 운용과 관련되어 있기 때문에, 특히 홍콩을 계속해서 關稅獨立地域으로 존속시킴으로써 輸出割當額, 關稅優待를 향유하고 홍콩 명의의 原產地證明을 발급할 수 있도록 하는 등 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」 등과 같은 國際貿易協定과 國際組織에서 기존의 자격을 계속하여 이후에도 인정받을 수 있기를 중국이 희망하였기 때문이다.

- 4) 英·中 쌍방은 제3국이 英·中共同宣言을 보증하는 것은 가능하지 않다는 데 인식을 같이 하였다. 물론 이론상으로는 共同宣言에 합의된 사항의 이행과 관련된 어떠한 분쟁도 國際裁判(仲裁裁判과 司法裁判)에 회부한다는 和解條項(compromise clause)을 삽입할 수도 있었겠지만, 중국은 이와 같이 國際裁判에 회부하는 것은 중국의 홍콩에 대한 주권을 침해하는 것이라는 이유로 수락하지도 아니하였을 것이다. 鄭宇碩, “從國際法觀點評析中英聯合聲明,” 『“一國兩制”法律問題面面觀』, (香港: 三聯書店(香港)有限公司, 1989), p.12.

수 없다」는 입장을 보였던 것이다. 그러나 이러한 영국의 입장은 中國政府의 격렬한 항의를 받았다. 중국의 이러한 입장은 오늘날의 국제법의 관점에서 보면 타당하다. 1969년 채택된 『條約法에 관한 비엔나協約』 第52條는 「國際聯合憲章에 구현된 국제법의 제원칙을 위반하여 힘의 위협 또는 사용에 의하여 조약이 체결된 경우에는 그 조약은 무효이다」라고 규정하고 있다. 중국은 이 규정에 근거하여 「艦砲政策」으로 淸政府를 강압적으로 위협하여 체결한 ‘南京條約’, ‘北京條約’과 ‘展拓香港界址專條’은 모두 무효라고 주장하여 왔다.

또한 중국측은 합법적인 조약은 마땅히 준수되어야 하지만 상대방의 違約이나 事情變更原則외에도 不平等한 內容 역시 일방적인 廢止의 事由에 해당한다고 보고 있다. 그러므로 강제적으로 일국의 주권과 영토를 침해하고, 互惠平等條約의 원칙을 위반하여 체결된 조약은 모두 不平等條約이며 따라서 피해당사국은 이러한 조약을 廢止할 법률적·도덕적 권리를 가진다는 것이다. 이러한 논리에 근거하여 중국측은 홍콩에 관한 19세기의 條約들은 不平等條約이므로 중국은 이러한 條約을 일방적으로 廢止할 권리가 있다고 한다.

中華人民共和國 樹立 초기 臨時憲法으로 작성된 〈中國人民政治協商會議共同綱領〉 第55條는 「國民黨政府가 외국정부와 체결한 모든 條約과 協定에 대하여 中華人民共和國 中央人民政府가 심사하여 그 내용에 따라 승인·폐지·개정할 수 있다」라고 규정하여 一方的 廢止의 權利까지도 선언하고 있었다.⁵⁾

중국의 입장은 「홍콩은 中國領土의 일부분이다. 과거 영국정부가 중

5) 그러나 중국당국은 매우 신중하게 대처하였는 바, 당시 國民黨政府와 외국정부간의 條約 및 協定에 대해서만 언급하였을 뿐 국민당정부 이전의 淸朝가 체결한 條約과 協定에 대해서는 침묵을 지키고 있었다. 이 점은 융통성의 여지를 남긴 것이라고 할 수 있다. 즉 중국정부는 偏向的인 政策을 채택하였는 바, 특히 소련과의 관계를 대단히 중요시 하였다. 결국 帝政러시아와 淸朝政府가 체결한 중국 흑룡강 이북과 우수리강 동쪽의 광대한 지역에 관한 조약에 대해서는 그 해걸을 회피할 수 밖에 없었기 때문이다. 물론 당시 중국정부 역시 淸國政府와 英國政府간의 不平等條約의 무효를 생각할 겨를이 없었다.

국의 淸政府와 체결한 홍콩지구에 관한 조약은 불평등조약으로 中華人民共和國 政府의 일관된 입장은 이러한 불평등조약의 구속력은 인정할 수 없으며, 조건이 성숙한 때 홍콩 전체를 회수받는 것이다」라는 外交部新聞司 代辯人의 1982년 9월 30일 新華社를 통한 발언에서 명확히 드러났다. 다시 말해 중국의 입장은 과거의 租借條約이나 割讓條約은 모두 무효이므로 중국은 이에 구속받지 아니한다는 전제에 입각해 있었다.⁶⁾

이에 대하여 중국정부는 동년 9월 30일 新華社의 〈홍콩문제에 대한 우리의 嚴正한 立場〉이라는 제하의 논평에서 중국의 입장을 명확히 밝힌 바 있다. 즉 「홍콩지구와 관련한 이러한 조약은 19세기 영제국주의자들이 「艦砲政策」을 추진하면서 중국을 침략한 산물로 중국에게 不平等條約을 강요한 것이며 영제국주의자들이 강제적으로 中國領土를 점령한 물증이다. 따라서 中國人들은 이러한 조약들이 비합법적이고 유효한 것이 아니라고 일관되게 생각하여 왔다」는 것이다.

英·中 양국은 이듬해인 1983년 주권문제에 대하여 타협점에 도달하기에 이르렀다. 동년 7월 12일부터 개최된 제2단계 회의에서 영국정부는 이미 기존의 입장을 수정, 홍콩에 대한 主權 대신에 統治權을 인정받고자 하였다. 다시 말해서, 중국의 홍콩에 대한 주권을 승인하는 반대급부로 영국은 1997년 이후에도 홍콩을 계속하여 統治權을 행사하고자 한 것이다. 그러나 중국은 이러한 영국의 완화된 입장까지도 수락하지 않았다. 이리하여 영국은 중국의 입장을 수용하지 않을 수 없게 되었으며, 1984년 1월 22일 영국의 「선데이 타임즈」와의 記者會見에서 대처 首相은 1997년 홍콩의 主權·統治權이 중국으로 이양되는데 동의한다는 취지의 발언을 함으로써 홍콩문제의 해결방향이 드러나기 시작하였다. 동년 4월 英國 外相도 홍콩기자들과의 회견에서 “하나의 협의 사항을 얻음으로써 1997년 이후 영국이 홍콩을 통치할 수 있다는 것은

6) Y.C.Jao and Yuan-Li Wu(eds.), *The Future of Hong Kong: Toward 1997 and Beyond*, (Westpost, Connecticut: Guorum Books, 1987), pp.1~12.

현실적이지 못하다”라고 지적함으로써 영국이 홍콩에 대한 統治權 主張까지도 포기할 의사가 있음을 시사하였다. 이러한 영국의 양보에 의하여 마침내 英·中의 홍콩 장래에 관한 協議는 급진전의 계기를 맞게 되었다.

이러한 영국의 철저한 양보의 이면에는 中華人民共和國政府 수립 이후 중국의 홍콩이나 臺灣問題에 대한 일관되고 단호한 입장이 자리잡고 있었다. 중국정부는 중국은 과거의 不平等條約의 구속을 받지 아니하므로 홍콩은 中國領土의 일부이고, 따라서 조건이 성속되면 홍콩 전 지역을 回收해야 한다는 주장을 반복하여 왔다. 그러나 이와 동시에 회수 후에도 홍콩의 번영과 안정이 지속되기 위해서는 영국과의 협의가 불가피하다는 점도 인식하고 있었다. 자유무역항이며 국제금융의 중심지인 홍콩은 중국상품의 중요한 시장이며 또한 주요 외화획득원의 하나이다. 통계상, 1982년 중국이 홍콩으로부터 벌어들인 외화는 약 65억불에서 70억불에 달하였으며, 또한 홍콩은 중국의 外國情報蒐集通路로서 그 역할을 특특히 해내고 있고, 중국이 현재 추진하고 있는 “4大現代化” 政策에 직접·간접으로 상당한 공헌을 하고 있는 것도 사실이다.

이와 동시에 중국정부 지도층인사들은 홍콩의 처리방식은 臺灣回收의 모델이 될 수 있는 있다는 전제하에 홍콩문제를 평화적으로 또한 주민의 입장을 반영하여 해결하여야 한다는 인식을 갖고 있었다. 무엇보다도 홍콩문제의 원활한 해결은 국제사회에서 중국의 臺灣統一에 대한 분위기를 유리한 방향을 몰고 갈 수 있을 뿐만 아니라 홍콩의 회수를 지연시킨다면, 대만의 회수도 그 만큼 지연될 수 밖에 없다는 점도 영국과의 회담에서의 중국측의 政策決定에 크게 작용하였음을 부인할 수 없다. 이리하여 중국정부는 홍콩에 대한 중국의 주권을 강력히 주장하고, 대처 首相의 ‘不平等條約의 有效論’에 대하여 명백한 거부의를 밝혔던 것이다.

더욱이, 中國共產黨政權의 正統性(合法性)은 民族獨立과 領土主權의 완전한 회복을 통해서 더욱 공고화된다는 점에 대해서도 유의하지 않

을 수 없었는 바, 일찌기 1972년 중국의 駐유엔大使 黃華는 國際聯合植民主義特別委員會에 홍콩과 마카오의 경우 식민지가 아님을 천명한 바 있다.

중국정부는 영국정부가 홍콩市民에게 도의적인 책임을 지는 것에 대해서도 부정적인 견해를 갖고 있었다. 중국은 홍콩市民도 中國公民이므로 홍콩市民의 복리는 중국 자신이 전적으로 책임을 져야 하는 것이라고 생각하고 있었기 때문이다.

그러나 중국정부는 홍콩을 회수하기에 앞서 비공식적 채널을 통하여⁷⁾ 홍콩의 분위기를 조성하는 한편 홍콩住民의 현재의 생활방식과 자유는 유지하게 될 것임을 공개적으로 인정하였을 뿐만 아니라, 나아가 중국정부의 우선적인 관심사는 홍콩의 경제성장과 사회안정이 계속적으로 유지되는 것임을 천명하여 왔다. 다시 말해서 중국은 “주권은 중국정부에 귀속되지만, 홍콩은 홍콩住民 스스로 통치하는 것”이라는 기본적인 對홍콩政策을 수립하였던 것이다.

영국정부는 회담이 진행되는 동안 한걸음 더 양보하였다. 홍콩市民의 우호적인 감정 및 영국이 홍콩에서 경제적인 이익을 유지할 수 있고, 또한 홍콩住民들이 英·中共同宣言을 수용하게 된다면 영국이 얻을 수 있는 최상의 성과이며, 이것은 대외적으로도 홍콩으로부터의 명예로운 철수로 비추어질 것임을 인식하였던 것이다. 영국정부의 일관된 입장은 홍콩의 장래는 영국과 중국의 협의에 의해 결정되어야 하며 英國議會와⁸⁾ 홍콩住民이 동시에 그 협의사항에 동의해야 할 것이라고 주장하여 왔다.

7) 중국의 발빠른 包攝戰略(統戰攻勢)의 주요 목표는 공업·상업계·여론조성자(意見領袖) 및 학술계와 학생조직(專上學生組織)을 선점하고, 그 후에는 매스컴과 각종 利益團體를 포섭하는 것이었다.

8) 사실상 英國議會의 동의를 구해야 한다는 것은 표면적인 구실일 뿐이다. 保守黨政府가 국회의 다수의석을 차지하고 있었다는 점과 英國政黨의 엄격한 黨紀를 감안해 볼 때, 내각의 英·中共同宣言에 대해 보수당의원들이 이의를 제기한다는 것은 상상할 수도 없는 일이기 때문이다. 아울러 홍콩문제에 대해 영국의 의원이나 시민들은 큰 관심을 두고 있지 않았다.

다. 英·中共同宣言에 대한 홍콩의 輿論

英·中共同宣言이 假調印된 1984년 9월 26일 영국정부와 홍콩政府는 홍콩住民의 여론을 살펴보기 위해 合意白書を 발표하였다. 이 白書는 지난 2년 동안 합의해 온 배경과 과정을 설명하고, 共同宣言 全文과 1997년 6월 30일 이후의 홍콩住民의 지위 및 기타 제반 문제에 대한 覺書를 게재하고 있었다.⁹⁾ 白書가 발표된 직후 홍콩政府는 홍콩總督의 직속으로 民意調查專擔事務處(民意審該專員辦事處)를 설치하여 共同宣言에 대한 홍콩住民의 의견을 분석·검토하여 그 결과를 영국政府에 제출하도록 하였다.¹⁰⁾ 共同宣言의 전체적인 내용은 영국과 중국 쌍방이 홍콩의 번영을 유지·보호함에 최선을 다한다는 전제에 입각한 것이었다. 홍콩의 주요 기관과 단체들이 모두 英·中共同宣言에 대해 지지를 표명하였는 바, 여기에는 行政局, 立法局, 市政局, 18개 區議會 및 鄉議局이 포함된다. 그 밖에도 民意調查專擔事務處는 마스크 및 430여개의 기관과 단체에서 발표한 의견 및 시민 1815명이 서명한 의견서와 33항의 설문을 조사·분석하였다. 민의조사전담사무처의 여론 조사에 의하면 홍콩住民의 대다수가 이 共同宣言의 내용에 동의하였다.¹¹⁾ 民意調查委員들이 1984년 11월 홍콩總督에게 제출한 보고서는 대부분의 홍콩住民들이 英·中共同宣言에 대해 긍정적으로 평가하고 있

9) 假調印 당일 홍콩政府가 처음 인쇄한 유인물 1백 25만부가 금방 매진되었는 바, 이것은 홍콩시민들이 이 문제에 얼마나 관심을 갖고 있는지 보여주는 한가지 예이다. 鄭宇碩, *supra* note 4, p.3.

10) 英·中共同宣言이 홍콩의 장래에 관한 모든 문제를 해결할 수 있는 것은 아니고 그 내용 역시 완벽한 것은 아니지만 대체적으로 만족할 만한 수준이라는 것이 홍콩의 지배적인 여론이었다. 1984년 9월 공동선언에 假調印할 당시 홍콩의 분위기는 대단히 밝았으며, 홍콩住民들은 안정을 되찾았다고 한다. *ibid.*

11) 특히 홍콩 市場社의 조사결과는 믿을 만한 가치가 있다. 全홍콩市民에게 무작위 설문을 통한 이 조사는 18세 이상의 6124인을 대상으로 호별방문을 통해 행하여진 것이었다. 이 조사는 호별방문하여 英·中共同宣言의 주요한 내용을 간략히 설명한 후 설문제에 응하도록 하였다. 질문 내용중 '당신은 이 共同宣言 전체를 보고 홍콩인의 입장에서 어떻게 느끼는가?' 라는 질문에 응답자의 약 10%가 '매우 좋다', 71%는 '대체로 좋다', 14%는 '일부는 좋고 일부는 좋지 않다', 1%는 '약간 좋지 않거나 매우 좋지 않다', 그리고 4%는 '모르겠다'라고 응답하였다. *ibid.*, p.8.

다는 결론을 내렸으며, 獨立監察團委員의 報告書 역시 마찬가지였다. 이러한 각종 보고서의 내용들은 동년 12월초에 영국의 上下院이 이 共同宣言에 동의하는데 커다란 작용을 하였다.

홍콩住民들은 비교적 장기간 과도기를 설정하여 영국이 계속 홍콩을 통치하기를 희망하였던 것도 사실이지만 그 절대다수가 홍콩住民에 의한 홍콩의 통치 그리고 현행 경제·법률제도 및 생활방식의 유지를 정한 英·中共同宣言에 대해서는 절대적인 지지를 표명하였다.¹²⁾ 그러나 그 후 홍콩에서는 주민간에도 입장의 차이가 나타났었다. 즉 「特別行政區는 경제적 힘을 계속 유지해야 하고 이를 통해 중국의 沿岸都市近代化戰略에 기여할 것이라고 주장하며 1997년 이후에도 중대한 내부 변화를 회피하기를 희망」하는 보수주의자들과 「高度의 民主主義는 1997년 이후 진정한 자치를 통한 내부역량의 잠재적 원천」이자 「사회주의 중국치하에서 홍콩이 지속적으로 자본주의적 사회경제발전을 이루기 위해 필수적인 것」이라는 자유주의자간에 격론이 전개된 바 있다.¹³⁾

2. 英·中共同宣言의 主要 內容과 法的 性質

가. 英·中共同宣言의 構造와 主要 內容

英·中 양국이 체결한 협정은 그 형식과 구조의 면에서 4개의 부분으로 되어 있다. 즉 共同宣言, 第1附屬書, 第2附屬書 및 第3附屬書이다. 그러나 協定을 내용면에서 분석해 본다면 다음과 같이 4부분으로 분류할 수 있을 것이다. ① 共同宣言의 第1條 및 第2條(1997년 홍콩政權의 讓渡·讓授) ② 共同宣言 第3條, 第1附屬書와 第3附屬書

12) 楊鐵梁, “一九九七年後香港法律展望,” 『“一國兩制”法律問題面面觀』, (香港: 三聯書店(香港)有限公司, 1989), p.69.

13) Ming K.Chan and David J.Clark, “The Drafting of the Basic Law for the Hong Kong Special Administratiue Region”, *Chinese Law and Government*, Vol.22, No.3(1989), p.9.

의 第1, 2節(1997년후 중국의 對香港 基本方針·政策) ③ 共同宣言 第4, 5, 6條 및 第2附屬書와 第3附屬書의 第3 내지 8節(過渡期の 調整) ④ 共同宣言 第7, 8條(共同宣言 및 그 附屬書의 法的 效力과 發效日)

共同宣言과 附屬書 이외에도 英·中 양국은 共同宣言締結 당일 旅券과 國籍問題에 관한 覺書를 교환하였다.

英·中共同宣言 및 그 附屬書에 나타난 英·中 間 합의내용은 대략 4 가지로 분류된다. 첫째는 역사적으로 잔존해 있던 문제의 처리인 바, 양측이 상대방의 체면을 손상하지 아니하기 위하여 노력한 흔적이 보인다. 즉, 「中華人民共和國 政府는 1997년 7월 1일 홍콩에 대한 主權을 회복함을 결정하였다」라는 英·中共同宣言 第1條는 홍콩에 대하여 주권을 갖는다는 중국의 일관된 입장이 반영된 것이다. 第2條와 第4條도 主權이나 統治權이라는 용어는 일체 사용하지 않고 그 대신 「영국정부는 1997년 7월 1일 홍콩을 中華人民共和國에 반환한다」라고만 규정하고 있다.

이상의 규정에서 볼 수 있듯이 상대방의 체면과 입장을 고려하여 정작 중요한 두가지 문제에 대해서는 의도적으로 언급을 회피하고 있다. 즉, 과도기에 홍콩의 주권은 누구에게 있는가, 또한 英·中共同宣言이 발효되기 전에는 과연 누가 홍콩의 主權을 갖고 있었는가에 대하여는 침묵을 지키고 있다. 이 중 두번째 문제인 「1842년부터 영국이 행사한 홍콩통치를 중국이 공식적으로 승인한 것인가」는 대단히 민감한 문제였다.

第1附屬書인 『중화인민공화국政府의 홍콩基本政策에 대한 具體的說明』의 法制와 法律에 관한 부분을 살펴보면, 중국지도층이 1997년 홍콩의 주권 및 통치권을 반환받는 조건으로 홍콩의 안정된 발전을 위하여 홍콩住民의 요구를 대폭적으로 수용하였음을 알 수 있다. 예컨대, 사법권의 독립이 보장되며 사법권의 독립을 유지하는 구체적인 방법이 규정되어있다. 즉, 법관의 직무상의 행위는 법적 추궁을 받지 아니하도록 규정하고 있고 또한 법관의 임면의 절차가 규정되어 있다(제3절).

또한 법적으로 보장되는 권리와 자유를 열거하고 있고 중요한 절차상의 원칙에 대하여도 주의를 기울이고 있는 바, 公民의 권리와 자유가 침해당한 때 그 구제를 위한 절차가 보장되어 있다. 이러한 절차상의 원칙에는 비밀리에 법적 자문을 얻고 변호사를 선임하는 권리, 법원에 일반적인 소송을 제기하고 행정기관의 행위에 대하여도 제소할 수 있는 권리를 포함한다(제 13절).

또 한 가지 주목할 만한 사실은 중국이 홍콩의 政治·法制度의 連續性を 보장한다는데 합의한 것이다. 홍콩의 정치와 법률은 100년 이상 영국의 영향을 받아 왔는 바, 그러한 制度的 連續性保障은 바로 第1附屬書의 다음과 같은 내용에서 규정되어 있으며 이러한 점에서 적어도 홍콩과 관련하여서는 중국의 一國兩體制論은 國際法上的 의무에 속한다고 할 수 있다.

① 향후의 政府機關과 法院은 中國語외에도 英語를 사용할 수 있다(第1節). ② 장래의 法院은 다른 common law적용지역의 사법적 판결을 참조할 수 있다(第3節). ③ 法官을 다른 common law적용지역에서 招聘할 수 있다(第3節). ④ 終審法院은 필요한 경우 다른 common law적용지역의 法官을 초빙하여 재판에 참여시킬 수 있다(第3節). ⑤ 외국의 변호사가 特別行政區에서 업무를 수행할 수 있다(第3節). ⑥ 일정한 한도까지 外國의 國籍을 가진 者가 特別行政區 政府에서 公職을 가질 수 있다(第4節). ⑦ 각종 학교는 계속하여 외국에서 교직원을 초빙할 수 있다(第10節).

나. 法的 性質

英·中共同宣言이 假調印된 후 가장 관심을 끌었던 문제는 이 宣言의 國際法上 拘束力 有無였다. 실제로 英·中 쌍방이 假調印 전의 합의 문서에 대해 각기 다른 명칭으로 불렀기 때문에 많은 홍콩住民들이 당혹감을 느꼈다.¹⁴⁾ 1984년 8월 1일 영국 외상의 북경방문후 홍콩에 체

14) 何立, “從國籍法透視中英協議”, 『九十年代』, 第176期(1984. 9), pp.48~50.

류하는 동안, 9월경 英·中協定(Agreement)에 假調印할 것임을 밝히고 그 協定の 주요 내용을 발표하였다. 그러나 당일 中國外交部 新聞司代辯人은 新華社記者와의 인터뷰에서 이러한 合意文書는 共同宣言(Joint Declaration)이라는 명칭을 가질 것임을 밝혔다. 여기에서 알 수 있듯이 영국과 중국은 홍콩의 장래에 관한 合意文書를 각기 協定(agreement), 共同宣言(joint declaration)으로 부르게 될 것이라고 발표하였던 것이다. 이와 같은 중국과 영국과의 合意文書의 명칭에 대한 차이는 많은 의문점을 낳게 했다. 특히 條約·協約·協定 등이 아닌 共同宣言이라는 명칭을 사용하게 되었는데, 양측이 어떠한 이유에서 서로 다른 명칭을 사용하고자 하였는가, 이 두가지 명칭에 대해 양측이 어떤 이해득실을 갖는가, 두가지 명칭을 가진 합의문서는 구속력의 측면에서 차이가 있는가 등 많은 의문점들이 제기되었던 것이다.

명칭의 문제에 관련하여 1969년 條約法에 관한 비엔나協約(Vienna Convention on the Law of Treaties)은 「條約이라 함은 單一文書에 또는 2 이상의 관련 文書에 구현되고 있는가에 관계없이 또한 그 특징과 명칭에 관계 없이, 서면형식으로 국가간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 國際的 合意를 의미한다」라고 규정하고 있다.¹⁵⁾

넓은 의미에서의 條約에 대한 명칭은 무수히 많다. 또한 어떠한 협의가 어떤 명칭으로 쓰일 것인가에 대해 國際法上 명확한 원칙은 없다. 합의 내용의 중요성 또는 양국간의 처리기준에 따라 달라진다. 합의의 條約(treaty)은 일반적으로 국가간의 중요한 합의에 사용되며 批准을 요한다. 協約(convention)은 多者間의 條約에 많이 사용된다. 協定(agreement)은 政府間의 合意에 많이 사용되는데, 미국에서 국회의 동의 없이 대통령이 체결하는 行政協定이 좋은 예이다. 그 밖에도 arrangement, protocol, act, declaration, exchange of notes 등 30여 종이 있다.

共同宣言에는 두가지 유형이 있다. 그 하나는 條約의 성질을 가지고

15) 조약법에 관한 비엔나협약 제1조.

있지도 않고 또한 法的 拘束力도 없는 文書이다. 예컨대, 2 또는 그 이상의 국가간의 어떠한 문제에 대한 공동태도 또는 정책만을 선언한 것으로, 구체적인 의무의 이행을 규정하지 아니한 一般外交文書가 있다. 또 다른 하나는 정중한 文書上的 約定으로 어떠한 문제에 대하여 일치된 행동을 하거나 혹은 국가행위의 준칙을 규정함으로써 국가간의 권리와 의무를 창조하는 合意文書이며 이것은 조약으로서 國際法上 拘束力을 갖게 된다. 따라서 英·中共同宣言이 拘束力있는 條約인지의 여부는 그 내용과 쌍방의 의도에 따라 좌우된다. 따라서 이에 대한 영국과 중국의 공식입장은 英·中共同宣言에 대한 聲明 등을 통하여 파악하여야 할 것이다.¹⁶⁾

영국의 外相은 1984년 8월 1일 발표한 聲明에서 英·中간에 서명된 共同宣言은 법률상 구속력이 있음을 지적하였는 바, 그가 말한 ‘法律’은 國際法을 의미한다. 한편 “英·中간에 調印된 文書는 그 명칭의 여하에 불구하고 쌍방에게 구속력을 갖는다”라는 新華社 香港支社 代辯人의 발언에서도 볼 수 있듯이 중국의 입장 또한 영국과 다를 바 없었다. 또한 중국에서는 1982년 憲法 제67조 제14항에 의하여 全國人民代表大會 常務委員會가 「외국과 체결하는 條約 및 중요한 行政에 대한 比準을 決定」하는 권한을 가지고 있는 바, 이에 의거하여 全國人民代表大會 常務委員會가 동 선언을 비준하였던 것이다.

그런데, 中國政府가 協定(agreement)보다는 共同宣言(joint declaration)의 명칭을 선호한 것은 나름대로의 이유가 있다. 우선 條約과 協定은 비교적 구체적이고 명확한 내용을 담는 반면에 共同宣言은 비교적 탄력적인 내용을 담게 된다. 예컨대, 英·中共同宣言 第3條 3號 및 4號는 각각 “현행법률은 기본적으로 변경하지 아니한다”, “홍콩特別行政區 政府는 現地人들로 조직된다”라는 규정을 하고 있으나 “기본적으로 변경되지 아니한다”와 “現地人”의 한계는 명확하게 설정되어 있지 않다. 다음으로는 영국과 중국이 자신의 입장을 평행식으로 천명

16) 陳弘毅, 『香港法制與基本法』, (香港: 廣角鏡出版社有限公司, 1989), pp.74~80.

하는데는 共同宣言의 형식이 적합하였다.¹⁷⁾ 보다 구체적으로 설명한다면, 중국으로서 할 수 있는 최대한의 양보는 英·中이 함께 서명하고 國際法上 效力이 있는 문서에 장래 홍콩特別行政區를 설치한다는 취지를 삽입하는 것일 뿐, 중국의 주권하에 있는 홍콩特別行政區의 基本的인 政策과 方針을 英國政府로부터 승인받는 형식은 원치 않았다. 이리하여 英·中共同宣言의 第3條는 “中華人民共和國政府는 선언하기를, 中華人民共和國의 홍콩에 대한 基本政策·方針은 다음과 같음을 선언한다...”, 第7條는 “英國政府和 中華人民共和國政府는 상기의 제선언과 이 共同宣言의 附屬書를 실시하는데 동의한다”라고 표현되어 있다. 中國政府는 共同宣言의 형식과 상술한 第3條, 第7條에 규정된 방식을 통하여 자신이 홍콩에 대한 주권을 가진다는 입장을 명확히 하였다.¹⁸⁾

이와 같이 英·中의 공식적인 입장과 합의된 내용을 살펴보면, 英·中共同宣言과 附屬書는 명백히 國際法上的 條約이며 따라서 法的 拘束力을 갖는다. 第7條는 「英國政府和 中華人民共和國政府는 상기의 諸宣言과 附屬書를 시행한다는데 동의한다」라고 규정하고 있으며, 이와 관련하여 第8條는 「이 共同宣言 및 附屬書는 동등한 구속력을 가진다」라고 보충설명하고 있다.¹⁹⁾ 주권국가간에 共同宣言이라는 명칭의 합의 문서에 포함된 내용은 조약(treaty)이라는 명칭이 붙은 합의 문서에 포함된 것보다 중요성에 있어서 결코 열등하다는 것은 아니다.

한편 中國政府가 共同宣言 및 그 附屬書의 각 조문들을 준수할 수 있을 것인가는 국내외의 4가지의 변수에 좌우될 것이다. 먼저 중국지도층은 중국의 對外開放政策은 변화가 없을 것임을 부단히 천명하여

17) 종전에도 상해공동선언(Shanghai Joint Communique)에서 중국과 미국은 각기 자신의 입장에 입각하여 당시 국제상황에 대한 입장을 설명하였다. 鄭宇碩, *supra* note 4, p.10.

18) 鄭宇碩, “從中英聯合聲明到基本法,” 鄭宇碩(編), 『香港政制及政治』, (香港: 天地圖書有限公司, 1987), pp.23~43. 참조.

19) 공동선언 제 8 조는 「이 공동선언은 비준서를 거쳐 비준서를 상호 교환하는 날부터 효력을 가진다. 비준서는 1985년 6월 30일전에 북경에서 교환한다」라고 규정하고 있다.

왔고 중국의 對香港政策은 이러한 대외개방정책유지의 시금석의 하나임을 강조하고 있다. 이러한 상황하에서 만약 중국이 英·中共同宣言을 준수하지 아니할 경우 자본주의국가와의 경제교류관계에 심각한 악영향을 미치게 될 것이다. 또한 홍콩이 중국의 주권하에 있는 特別行政區가 되어 어떻게 관리되는가는 중국의 對臺灣統一政策의 현실적 타당성에 대한 시금석이 될 것이다. 중국의 國內經濟體制改革, 經濟特區設置, 沿岸都市의 開放 등과 같은 정책이 현재 진행되고 있는 상황에서 對香港政策의 변화가 발생한다면 다른 국가들은 중국의 국내정책의 본질적인 포기의 신호로 간주하게 될 것이다. 마지막으로 중국지도층이 홍콩에 대한 여러 가지의 특혜를 약속하는 목적은 현재 홍콩이 누리고 있는 번영과 안정이 계속하여 유지되도록 하는 것이다. 만약 이러한 약속이 지켜지지 않는다면 홍콩의 번영과 안정은 지켜질 수 없고 중국이 현재 추진하고 있는 4大現代化政策도 큰 영향을 받게 될 것이다.

第 2 節 홍콩特別行政區 基本法

1. 홍콩特別行政區 基本法의 內容에 대한 英國과 中國의 입장

가. 英國의 입장

홍콩문제에 관한 英·中共同宣言 체결후, 홍콩住民들의 정치의식은 크게 높아졌고 이러한 상황은 기초과정에도 많은 영향을 미쳤다. 1982년까지의 영국의 對香港政策은 헌법개정을 일체 허용하지 않았다. 그러나 1982년부터 영국은 일부 자문직의 선출을 허용하고, 1984년 여름에는 「홍콩의 代議政治의 향후발전에 관한 白書」를 발표하였다. 立法會의 議員들은 직접 선출될 수 없었지만 1985년과 1988년의 선거에서는 직접선거요소의 실질적 확대가 허용되었다. 同白書는 낙관적 입장에 입각, 總督에 의한 의원임명을 통한 통제권의 범위를 크게 축소시키고자 하는 취지가 역력하였다. 또한 立法府와 行政府는 부분적으로 분

립하도록 하였고 의원의 다수는 직접 또는 간접선거에 의해 선출되도록 하였다. 그러나 이 제안은 中國政府의 의도로부터 크게 이탈한 것이었으며 이에 따라 중국은 英·中合同連絡委員會(英·中共同宣言체결 이후 과도기적 문제들을 다루기 위해 설치)와 新華社를 통해 홍콩政廳이 허용한 변경은 英·中共同宣言의 정신에 위배되는 것임을 천명하였다.

그 이유는 명확하지 않지만 영국은 다소 후퇴하여 1988년 2월 “신중하고 점진적인 변경”을 강조한 대의정치에 관한 새로운 白書を 발표하였다. 여기에 나타난 공식적인 입장은 대의정치제도의 지속적 발전을 선호함을 명확히 한 것이지만 직접선거제도의 도입에 관한 일정과 범위에 대한 합의는 없었다. 또한 영국은 막후에서 基本法 起草過程에 영향력을 행사하고자 하였다. 공식적으로는 基本法의 起草作業은 中國代辯人이 수차 지적한 바 있듯이 전적으로 중국의 권한에 속하는 것이지만 영국은 英·中合同連絡委員會를 통하여 그 문제에 대하여 입장을 전달할 수 있다.

나. 中國의 입장

중국은 처음에는 區政府를 1997년 7월 1일 이후에는 소멸시키겠다고 주장하였으나 1988년 11월 홍콩總督 David Wilson卿의 북경방문 후 소위 連結方式(train model)을 수락하였다. 이에 따르면 1995년에 4년임기의 立法局의 議員選舉를 실시하며 그 중간시기인 1997년 7월 1일 1995년 구성된 立法局議員들은 特別行政區에 대한 구두의 忠誠誓約을 하고 그 직무를 1999년의 차기 선거시까지 계속하여 수행하게 된다. 중국이 이러한 약정을 받아들였다는 것은 중국의 主權侵害를 이유로 1997년 이후 政府(Post-1997 government)의 구성을 위한 선거가 식민지 홍콩에서 1997년 이전에 실시되는 것을 허용하지 않는다는 종전의 주장이 그다지 손상되지 아니하였고, 홍콩住民의 장래에 대한 불확신의 확산을 감안하여 영국이 외교경로를 통해 북경의 정책에 영향을 미칠 수 있게 되었음을 보여주는 것이다. 英·中共同宣言의 시행과정을 감독하는 英·中合同連絡委員會은 2000년 1월 1일까지 존속하게

된다.

그러나 중국은 아직 완성되지 않은 홍콩特別行政區 基本法을 통하여 홍콩의 정치적·헌법적 개혁의 속도를 줄이고자 하였다. 요컨대, 영국에 의한 홍콩의 정치개혁계획과 중국의 홍콩特別行政區 基本法간의 괴리가 명약관화한 것으로 보였다. 그 결과 홍콩政廳과 중국정부에 대한 正統性危機의 문제가 출현하게 되었다. 英·中共同宣言은 영국이 1997년 6월 30일까지만 홍콩에 대한 행정을 담당한다고 규정하고 있으나 실제로는 많은 문제들이 토의와 정보교환을 위해 英·中合同連絡委員會에 회부되었다.

예컨대, 1987년에는 홍콩에서의 생활기간에 관계없이 非中國人の 居住權(the right of abode)를 박탈하기 위해 홍콩移民法을 개정하였다. 중국은 필요한 경우 마음대로 이주시킬 수 없는 많은 외국인들이 홍콩에 잔류하는 것을 원치 않았다. 英·中共同宣言의 발효 이후에도 基本法의 제정방향과 관련하여 홍콩에는 다양한 정치적 집단이 출현하게 되었다.²⁰⁾ 자유주의자들은 特別行政區의 行政長官과 의원들이 직접 선출될 수 있도록 하고 이렇게 함으로써 홍콩의 관심사항을 충분히 책임을 지고 반영할 수 있도록 하기 위하여 노력하였으나 결국 수포로 돌아갔다. 그들은 1988년부터 의원의 직접선출을 주장하였으나 받아들여지지 않았으며 그 결과 영국과 중국 어느 쪽도 홍콩住民의 희망을 반영하지 않는다는 감정이 팽배해지게 되었다. 영국과 중국은 모두 특히 홍콩住民이 홍콩의 장래문제에 대한 선택을 투표로 결정하는 것은 허용하고자 하지 않는다는 불실이 확산되었다.²¹⁾

新華社 관리들은 일정한 형태의 반대자들에게는 향후의 政府에의 참여를 배제시키겠다는 경고도 수차 행하였으며 홍콩을 떠나 외국으로

20) 홍콩특별행정구 기본법의 기초를 위한 여론수렴과정에 대하여는 邢國強, “「香港特別行政區基本法徵求意見稿」分析,” 『中國大陸研究』, 第30卷 第12期(1988. 12), pp.14~15.

21) 홍콩특별행정구 기본법의 기초과정과 홍콩주민의 불만에 대해서는 張虎 “從臺海岸對港政策看香港問題,” 『中國大陸研究』, 第32卷 第11期(1989. 11), pp.23~26.

이주하는 住民의 수가 크게 증가하고 있었다. 1988년에는 대략 54,000 명이 캐나다, 오스트리아, 미국 그리고 뉴질랜드로 이민을 떠났으며 그 대부분이 중산층인 전문직업인들이었다. 이러한 두뇌유출은 홍콩의 장래에 대한 확신의 결여에서 그 원인을 찾을 수 있다.²²⁾

2. 홍콩特別行政區 基本法の 起草方法과 過程

가. 起草方法

英·中共同宣言이 가조인된지 1년이 채 못되어 중국정부는 1985년 6월 홍콩特別行政區 基本法 起草委員會와 홍콩特別行政區 基本法 諮問委員會의 설치를 발표하였다. 홍콩特別行政區 基本法 諮問委員會의 발족회의에서 중국은 基本法起草를 위한 일정을 제시한 바 있으며, 이 일정에 의하여 최종적인 基本法을 1990년 全國人民代表大會에서 제정·공포하기에 앞서 2회에 걸친 초안작업이 있었다. 이러한 과정은 “two ups and two downs” 다시 말하면 홍콩特別行政區 基本法 起草委員會가 초안을 제출하면 全國人民代表大會 常務委員會에 상정되어 토론·결정이 이루어지게 되는 작업이 2번에 걸쳐 이루어졌음을 의미한다.

基本法 起草委員會는 中國內地인들이 과반수를 차지하고 있었고(中國 內地 출신 33人, 홍콩 출신 22人으로 구성) 基本法 諮問委員會는 175인의 각 계층의 홍콩住民으로만 구성되어 있다. 兩 委員會의 홍콩 대표들은 압도적으로 전문직업인과 재계인사들로 구성되어 있었다.²³⁾ 第1次 基本法 기초과정에서 많은 논쟁이 있었으나, 무엇보다도 基本的人權, 홍콩의 政治制度 특히 自治의 水準과 立法府와 行政府의 構成方法, 基本法の 解釋 및 改正이 핵심적인 문제였다고 할 수 있다. 이러한 부분들에 대해서는 基本法の 起草가 완료되기 직전까지 격론이 전

22) 홍콩의 이민에 관한 통계(1986-1990)는 梁玉英, “從香港基建計劃探討中共與香港關係,” 『中國大陸研究』, 第33卷 第9期(1991. 8), p.19. 참조.

23) 홍콩특별행정구 기본법 기초위원회의 구성에 대하여는 邢國強, *supra* note 20., pp.13~14.

개되었다.²⁴⁾

나. 起草過程

(1) 1988년 4월의 基本法 第1次 草案

基本法의 第1次 草案은 여러가지 면에서 불완전한 것이었다. 立法部의 구성, 行政長官의 선거 또는 임명방법과 같은 중요한 문제가 해결되지 못하였다. 第1次 초안에서 특히 문제가 된 것은 英·中共同宣言이 行政長官을 지역적으로 실시된 선거 또는 협상을 통하여 선출하고 中國當局이 임명하도록 한 반면 立法部는 선거를 통하여 구성함을 규정하였다는 점이다. 중국은 여기에서의 “選舉(elections)”가 간접선거를 의미하는 것으로 파악하며 이 경우, 아마도 중국이 임명한 대규모 선거 인단에 의한 선거가 될 것이다. 第1次 초안은 이 문제를 해결하는 대신 2개의 附則에 많은 선택 대안들을 열거하고 있었다. 여기에서 확정된 것은 현재와 같은 執行部 中心體制가 유지될 것이며, 따라서 중국은 行政長官을 임명하게 된다는 점이었다.

(2) 1989년 2월의 基本法 第2次 草案

基本法 第2次 草案에서의 괄목할 만한 변경은 市民的 諸權利에 관한 國際規約上的 내용 및 拷問의 禁止, 全國人民代表大會 常務委員會의 解釋權限의 緩和 및 立法府의 직접선거요소의 導入이라 할 수 있다. 후자에 대한 제안은 1988년말의 격렬한 투쟁의 결과인 바, 基本法 諮問委員會의 보수적 다수파들은 2011년까지 단계적으로 확대될 立法府를 완전히 선거에 의해 구성할 것인지를 결정하는 주민투표가 실시될 극히 제한적 선거요소를 立法府에 도입(27%)하는 것을 수락하였다. 반면에 1997년 이전으로 住民投票의 시기를 앞당기고자 한 진보주의자들의 시도는 영국 식민치하에서의 住民投票實施는 중국의 主權을 침해하

24) Ming K.Chan and David J.Clark, *supra* note 13, p.3.

는 것이라는 이유로 중국에 의하여 거부되었다.

3. 홍콩特別行政區 基本法の 構造와 主要 內容

4년 동안의 논란을 거친후 基本法の 최종안은 天安門事件을 계기로 부득이 第18條에 「危機와 國家安全」, 第23條에 「中央人民政府의 變更禁止」와 「홍콩政治團體와 外國政治團體의 連繫禁止」에 관한 규정을 두게 되었다.²⁵⁾

홍콩特別行政區 基本法은 전체 9章과 3件의 附屬書로 구성되어 있으며, 중국과 홍콩特別行政區와의 관계, 주민의 권리, 정치체제, 행정기관, 입법기관, 사법기관, 경제, 재정금융, 무역, 토지, 항운, 교육, 과학, 문화, 종교, 대외업무 등으로 구성되어 있다. 이 法案에 의하면 1997년 7월 1일부터 중국은 정식으로 홍콩에 대하여 주권을 행사하고 이에 따라 홍콩은 중국의 일부가 된다. 홍콩特別行政區 基本法은 이미 英·中共同宣言에서 양국이 합의한 바와 같이 홍콩은 行政管理權, 立法權, 獨立된 司法權과 終審權을 가짐을 규정하고 아울러 홍콩의 기존의 자본주의 제도와 생활방식은 50年 동안 불변임을 보장하고 있다. 또한 이러한 기본적인 보장하에 홍콩住民은 여전히 기존의 일체의 자유와 권리를 향유하고 자유롭게 이민, 여행할 수 있으며 高度의 自治權을 인정한다고 규정되어 있다.²⁶⁾

그러나 1977년 이후 중국의 홍콩통치방식은 지금까지의 영국의 통치 방식과는 크게 달라진다는데 유의할 필요가 있다. 예컨대, 基本法 第17條는 「...全國人民代表大會 常務委員會는 자신에 소속된 홍콩特別行政區 基本法委員會에 의견을 구한 후, 홍콩特別行政區 立法機關이 제정

25) 鄧幸未, “對「香港基本法」的分析,” 『中國大陸』, 第23卷 第5期(1990. 5), p.52.

26) 대만의 학자들은 「홍콩특별행정구 기본법은 홍콩인의 기대에 크게 미치지 못하였고 중국이 약속한 「高度의 自治」의 기준과도 거리가 멀다」고 지적하고 있다. 예컨대. *ibid.*, p.51.; 張虎, *supra* note 21, 참조.

한 어떠한 법률이 이 法(基本法)의 中央管理에 관한 업무 및 홍콩特別行政區의 관계조항에 부합되지 아니하다고 인정되는 경우 관련 법률을 返送할 수 있다…」라고 규정하고 있다.

第 3 節 홍콩特別行政區 基本法, 英·中共同 宣言 및 中華人民共和國 憲法の 관계

1. 홍콩特別行政區 基本法과 英·中共同宣言의 관계

가. 意義

英·中共同宣言 이후 홍콩特別行政區 基本法이 기초되기 시작하여 1990년 완성되었는 바, 英·中共同宣言에서 청산되지 아니한 제반 문제를 보다 명확히 하고 향후의 홍콩과 中國內地간의 기본적인 관계의 방향을 정립하였다는데 그 의미를 찾을 수 있다. 홍콩의 장래는 英·中共同宣言 및 附屬書와 더불어 基本法에 의한 법적 보장을 받고 있다. 英·中共同宣言은 국제법의 일부이고 基本法은 중국과 홍콩法律體系의 일부라는 면에서 양자의 법적 보장의 성격이 다르다는 점은 두 말할 여지가 없다. 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法の 관계는 法理的인 측면과 內容的인 측면에서 검토될 수 있다.

나. 法理的 側面

英·中共同宣言 第1附屬書 第1節에 의하여 중국은 基本法을 제정하여야 할 뿐 만아니라, 한 걸음 더 나아가 그러한 基本法이 英·中共同宣言의 내용 특히 同宣言 第3條에 규정된 對홍콩方針과 政策에 부합되도록 할 의무를 부담한다.

물론, 홍콩特別行政區 基本法을 起草하는 것은 순수한 법률문제만이 아니고, 정치적인 요소가 필히 개입될 수 밖에 없었다. 이러한 면에서

중국이 먼저 중요한 정책결정을 내린 후 홍콩特別行政區 基本法을 起草하였다고 할 수 있다. 비록 이미 결정된 정책이 共同宣言의 기초적인 내용이 되었지만, 그 밖에도 많은 구체적인 내용과 관련된 정책의 결정이 선행되어야 했다. 입법자들의 입장에서는 이러한 정책이 결정된 후에야 法案을 어떻게 起草하고 운용할 것인가에 관한 문제, 예컨대 홍콩特別行政區 基本法, 홍콩과 中央간의 관계, 홍콩의 行政機構, 社會經濟類型, 法律과 司法制度, 公民의 自由와 身分上의 保障 등에 관한 구체적인 내용을 마련할 수 있었다. 이 중에서 홍콩과 中國中央政府와의 관계는 정치제도와 관련된 문제이며 국방은 중국의 中央政府에서 관할하게 된다. 이 경우 국방의 개념은 무엇인가, 어떤 문제가 국방의 범주에 속하는 것인가 등에 대해서도 보다 구체화할 필요가 있었다. 외교분야는 당연히 중국정부가 관장하게 되는 바, 일반적으로 商業的인 契約, 홍콩이 외국과 체결한 地域的 性格의 對外貿易條約이 어떠한 경우에 순수한 경제적 성격을 지닌 것이고 또한 어떠한 국제적 합의가 국가간의 條約의 성격을 지니며 따라서 中國中央政府가 관장할 것인가 등의 제반문제에 대해 보다 분명하고 정확한 정책 결정이 필요하였다.

다. 內容的 側面

英·中共同宣言은 향후 중국이 실행할 방침과 정책을 설명하고 있으며 홍콩特別行政區가 설치된 후에도 사회주의 제도와 정책을 실행하지 아니하고 홍콩의 기존의 자본주의 제도와 생활방식을 50년 동안 유지할 것을 규정하고 있다. 英·中共同宣言이 國家間的 條約으로서의 성질을 갖는 한 英·中共同宣言에 의하여 중국은 基本法을 제정할 國際法上의 義務를 지며 이러한 면에서 중국의 1997년후 자국영토에 속하는 홍콩에 대한 정책은 英·中共同宣言 第3條에 의하여 제한을 받게 된다고 할 수 있다. 이러한 설명이 바로 英·中共同宣言과 基本法간의 내용상의 관계이다.²⁷⁾

27) 陳弘毅, *supra* note 16, p.189.

또한 英·中共同宣言과 附屬書에 홍콩의 모든 정치제도에 대해 상세한 규정을 두고 있지 아니 하기 때문에 그러한 부분을 基本法에서 보다 구체화할 필요가 있었다. 특히 정책적 측면에 관한 것과 中國公民과 國籍問題가 대표적인 것이다. 그러나 새로운 정치제도를 안출하는 과정에서 고려해야 할 요소는 대단히 복잡하다. 그 중에서도 특히 정치제도는 가장 기본적인 것으로 이에 따라 法律·經濟·社會制度가 도출된다는 점에서 英·中共同宣言은 그 한계를 노출하고 있다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 홍콩特別行政區 基本法은 홍콩의 新憲法으로서의 주요 기능을 담당하게 될 것이다. 보다 구체적으로 말해 1997년 7월 1일 홍콩의 憲法이었던 英皇制誥와 皇室訓令은 홍콩特別行政區 基本法에 의해 대체된다. 홍콩特別行政區 基本法을 小憲法이라 부르는 이유도 이 때문이다. 그러나 엄밀한 의미에서 憲法이란 주권국가의 최고의 根本法을 의미하는 것이며, 홍콩特別行政區가 主權國家가 아니라는 점에서 홍콩特別行政區 基本法에 憲法이라는 명칭을 붙이는 것은 타당하지 않다.²⁸⁾

2. 홍콩特別行政區 基本法과 中華人民共和國憲法과의 관계

홍콩特別行政區 基本法은 英·中共同宣言과 中華人民共和國 憲法 第31條에 의거하여 제정되었다. 동 第31條는 「국가는 필요시 特別行政區를 설치할 수 있으며, 特別行政區內에서 시행되는 제도는 구체적인 상황을 고려하여 全國人民代表大會가 법률로 정한다」라고 규정하고 있다. 그런데 홍콩特別行政區 基本法の의 해석기준은 中華人民共和國 憲法 第31條만으로 충분한가, 아니면 憲法の 전체적인 구조 및 기타 부분들도 고려되어야 하는가가 문제가 될 것이다. 예컨대 憲法 第1條는 「中華人民共和國는 노동자계급이 領導하고 勞農聯盟을 기초로 하는 人民

28) 蕭蔚云, “論一國兩制下中央與香港特別區的法律關係,” 『北京大學學報』, (1991年 第4期), p.25.

民主獨裁의 사회주의국가이다. 사회주의제도는 中華人民共和國의 근본 제도이다. 어떠한 조직이나 또는 개인이 사회주의제도를 파괴하는 행위는 금지된다」라고 규정하고 있다. 또한 第6條의 「中華人民共和國의 사회주의 경제제도의 기초는 생산자료의 社會主義 共有制이다. 즉 全人民所有制와 勞動群衆集體所有制이다. 社會主義 共有制는 사람이 사람을 착취하는 제도를 소멸시키고 각자 능력에 따라 일하고 노동한 만큼 분배하는 원칙이다」, 第7條의 「국영경제는 사회주의 全人民所有制經濟로 국민경제의 주도역량이다. 국가는 국영경제의 공고한 발전을 보장한다」라는 규정들은 중국이 사회주의국가이며 경제제도 역시 사회주의적인 성격을 가지고 있음을 구체적으로 나타내는 것이다. 이러한 제구정을 엄격히 적용한다면 홍콩은 1997년 중국에 반환된 후 당연히 憲法 第1條의 규정에 따라 사회주의가 시행되어야 한다. 그러나 英·中共同宣言의 규정에 따라 중국은 이를 유보하고 있으며, 英·中共同宣言은 또한 홍콩이 高度의 自治權을 갖게 될 것이라는 점을 상세하게 규정하고 있다. 우리는 “一國兩體制”논의의 출발점과 의미를 바로 여기에서 찾을 수 있다.²⁹⁾

홍콩特別行政區 基本法은 이러한 원칙에 따라 보다 상세한 규정을 추가하고 있으며 당연히 헌법적인 보장도 받을 수 있다는 전제하에 英·中共同宣言의 기본적인 내용을 반영하고 있다. 비록 엄격한 의미에서는 중국의 憲法과 홍콩特別行政區 基本法이 서로 조화할 수 없고 따라서 해석상의 모순이 발생할 수도 있지만, 전체적인 체제로 볼 때는 큰 문제는 없다고 생각된다.³⁰⁾ 구체적으로 말해서 중국헌법상의 4가지 기본원칙에도 불구하고 第31條는 ‘一國兩體制’政策으로 홍콩, 마카오, 臺灣問題를 해결하기 위한 입법취지를 가지며 따라서 홍콩特別行政區 基

29) *Ibid.*, p.26.

30) 中國憲法에서는 상기 4가지 基本原則을 규정하고 있으나 “홍콩基本法”에서는 그러한 원칙을 명시하지 않고 있으므로 형식적으로는 “홍콩基本法”과 憲法の 序文, 第1條, 第5條는 상호 저촉되는 것이며 이러한 면에서 中國憲法가 홍콩에서는 적용되지 아니한다고 주장하는 사람도 있다. *ibid.*, p.24.

本法이 憲法에 저촉되는 것이 아니라 전자가 후자에 근거하여 제정된 것이라고 할 수 있다.

1990년 全國人民代表大會에서 통과된 “基本法”에 관한 결정에서도 「“基本法”은 憲法에 근거하고 홍콩의 구체적 상황에 의거한 것으로 合憲의이다」라는 것을 지적하고 있다. 홍콩特別行政區 基本法 第11條도 이 점을 명확히 규정하고 있으며 아울러 홍콩特別行政區 立法機關이 제정한 법률은 홍콩特別行政區 基本法에 의거하여야 하며 그것에 위반할 수 없음을 명시하고 있다. 따라서 憲法, 홍콩特別行政區 基本法, 홍콩의 法律의 效力順位를 갖는다.

3. 中華人民共和國 憲法과 英·中共同宣言과의 관계

가. 意義

중국의 학자들은 홍콩特別行政區 基本法 제정의 직접적인 법적 근거로서 中國憲法 第31條의 규정을 지적한다. 물론 英·中共同宣言의 체결보다는 중국의 현행헌법의 제정이 시간적으로 앞서 있기는 하지만 국제법의 관점에서 본다면 홍콩特別行政區 基本法은 英·中共同宣言에 근거한다. 따라서 중국이 헌법개정 등을 통하여 홍콩特別行政區 基本法의 내용을 英·中共同宣言의 규정에 반하는 방향으로 개정하는 경우, 國內法과 國際法の 저촉문제가 발생한다. 이러한 문제는 어떻게 해결될 것인가를 중국의 법이론을 중심으로 검토하여 보기로 한다.

憲法과 國際法과의 관계는 대단히 중요한 문제가 아닐 수 없다. 어떤 학자는 “國際法學에서 國內法과 國際法の 관계에 관한 문제보다 더 중요한 것은 없다”라고까지 말하고 있다. 국내법과 국제법과의 관계에 관한 이론으로는 일찌기 국제법과 국내법은 서로 다른 법체계에 속하므로 양자간의 진정한 衝突은 있을 수 없다는 二元論, 國際法優位 一元論, 國內法優位 一元論 등이 있으나 여기에서는 이러한 사변적 문제에 대한 구체적인 설명은 생략하기로 한다. 다만 국가마다 서로 다른 국내

법의 규정을 가지고 있고 이에 따라 관행 또한 일치되어 있지 아니하며, 특히 중국의 학자들은 국내법과 국제법의 관계에 관한 독특한 입장을 갖고 있기 때문에 이에 대해 이론과 실재를 설명하지 않을 수 없을 것이다.

나. 中國의 國際法과 國內法の 關係에 관한 理論과 實際

(1) 國際法과 國內法の 關係에 관한 調和論

국제법과 국내법의 관계에 관한 二元論, 國際法優位 一元論, 國內法優位 一元論 등 傳統國際法上的의 제학설에 대하여 사회주의 국가의 학자들은 國際法の 발전단계에서 지배계급간의 정치적 요구에 부응한 이론에 불과하다고 비판하여 왔다.³¹⁾ 특히 종래부터 중국의 國際法 文獻에서는 국제법과 국내법의 관계에 대한 서구의 이론을 비판하는 이외에는 별다른 주장이 없었고 소련의 이론을 영향을 크게 받아 왔다.³²⁾ 오랫동안 중국의 학자들은 국제법의 국내법에 대한 우위도 받아들이지 않지만, 국내법이 국제법의 우위에 있다는 주장도 제국주의의 대외적 침략에 대한 법적 은폐라고 비난하여 왔다.

중국 外交部의 法律顧問인 李浩培는 국내법과 대비되는 국제법의 특

31) Jerome Alan Cohen and Hungdah Chiu, (eds.), *People's Republic of China: Documentary Study*, Vol.1(Princeton: Princeton University Press, 1974), pp. 101-105.에서 再引用.

32) Hungdah Chiu는 「단일의 동일한 최고권력으로부터 제정되는 국제법규칙과 국내법규칙은 관계 국가의 모든 기관과 국민에게 동일한 구속력을 가진다. (국가)의 지배당국은 국제협정을 체결함에 있어서 필요한 경우에는 자신이 부담하는 국제적 의무에 따라 국내입법조치를 취해야 한다. 한편 관련 정부가 국제법에 명백히 위배되는 국내법을 공포한 경우 국제법을 위반한 것으로 이에 대하여 관련 국가는 국제법상의 책임을 져야 한다. 그러므로 국제법과 국내법은 그 성격상 상호모순되거나 타방보다 우위에 있을 수 없다」는 소련의 정통적인 견해인 Kozhevnikov의 이론을 중국이 수용하지 아니할 이유가 없는 것 같다고 한다. Shao-Chuan Leng and Hungdah Chiu, (eds.), *Law in Chinese Policy: Communist China & Selected Problems of International Law*, (Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 1972), p.12.

정의 하나로 어떠한 국제법도 그것이 국가의 권리의무를 정하고 있는 것인지의 여부에 불구하고, 반드시 국내법의 보충이 있어야 실시될 수 있으며, 그 이론적 근거로 국제법이 국가의 권리·의무만을 규정하고 국가가 어떠한 기관을 통하여 또한 어떠한 구체적 절차에 따라 그 권리를 행사하고 그 의무를 이행할 것인지를 정하고 있지 않다는 점을 제시하고 있다.³³⁾ 그에 의하면, 국내법의 제정에 의하여 보충되지 아니한 국제법은 국내적으로 실시될 수 없으므로 국제법의 실시는 반드시 국가와 국가기관의 국제법에 대한 충실성에 의존하게 된다. 李浩培는 국제법은 그 임무를 수행하기 위하여는 국내법을 필요로 하므로 국가기관은 국내법의 제정과 국제법의 제정이라는 이중직무를 수행하게 된다고 한다. 더 나아가 국제사회에서 국제조직이 국제법을 집행하는 경우에도 國際法은 國內法の 보충을 필요로 한다고 주장한다.³⁴⁾ 李浩培의 이러한 입장은 대단히 극단적 이원론에 입각한 것이라고 할 수 있다.

그러나 최근의 대부분의 중국학자들은 국제법과 국내법은 별개의 법체계라고 주장하면서도, 국제법은 각국이 승인한 법률규범이며 어떠한 국가도 결코 국내법에 의하여 국제법을 변경하여 그 준수를 타국에 요구하거나 국가의 국제의무를 변경시킬 수 없음을 인정하고 있다.³⁵⁾ 武

33) 그 예로 1948年 「Genocide犯罪의 防止 및 處罰에 관한 協定」 第5條의 “各 締約國은 자국의 헌법에 의거하여 協定의 規定을 시행하기 위하여 必要한 법령을 制定한다는 데 동의한다”라는 규정 및 제도사이드犯의 인도에 관한 제7조의 “各締約國은 조약과 당시에 유효한 자국의 법률에 따라 인도한다”라는 규정을 지적하고 있다. 李浩培, “論國際法的特性,” 黃炳坤, (主編), 『當代國際法』, (香港: 廣角鏡出版社有限公司, 1988), p.6.

34) 예컨대, 국제연합 총회와 안전보장이사회에 파견되는 각 회원국의 대표는 모두 당해국의 국내법에 의하여 지명·파견되며 국제사법재판소의 법관이 독립하여 그 직무를 수행한다할 지라도 법관의 선거는 회원국이 국내법에 따라 총회와 안전보장이사회에 파견한 대표에 의하여 실시된다는 것이다. *ibid.*, pp.6~7.

35) 예컨대, 孫林, “聯合國國際法委員會, 第34回會議,” 『中國國際法年刊』, (1983), p.470.; 또한 廣華寮事件에서도 중국학자들은 일본이 국내법상의 사법권의 독립을 구실로 국제법상의 책임을 회피할 수 없다고 주장하였고 또한 1979년 미국의 알라바마聯邦地方法院이 1976年의 外國主權免除法을 적용하여 내린 湖廣鐵路債券事件判決은 국제법의 원칙인 絕對主權免除論을 미국 국내법에 의하여 부인한 것이라

漢大學教授인 黃炳坤은 국내법과 국제법은 비록 법리상·내용상 동일하지 아니하다 할지라도 모두 법이며 철학의 근원은 동일하다는 전제하에 당연히 상호 조화를 이루어야 하며 배척하여서는 안된다는 논거로 第 4 論인 調和論 또는 協調論을 주장하고 있다.³⁶⁾ 이러한 주장은 국제법이 국내적으로 효력을 가지기 위해서는 受容 또는 編入의 절차가 필요하다는 기존의 社會主義的 二元論이나 李浩培의 주장과는 완전히 상반되는 것이라고 할 수 있다. 중국이 가입한 일부 國際勞動協定들은 가입국에게 노동보호와 노동조건의 표준을 유지하도록 의무를 지우고 있지만, 중국의 法院이 涉外事件을 처리하는 데 이들 條約規定을 적용하게 될 것인지 또는 個人이 法院에서 이들 條約을 援用할 수 있는 것인지는 명확하지 않다는 지적이 있다.³⁷⁾

國內法上的 國際法の 效力問題에 대하여는 다른 사회주의 국가의 1960년대 후반 이후의 경향을 고려하지 않고, 과거 엄격한 사회주의이

고 비난하였다. 예컨대, 陳體強, “國家主權免轄與國際法 —— 評湖廣哲路債券案,” 『中國國際法年刊』(1983), p.36.; 趙理海, “一個有關政府承繼的問題 —— 中日兩國關於光華寮案的爭執,” 黃炳坤, *supra* note 33, pp.212~213. 또한 王鐵崖는 국내법체정자도 국가이고 국제법도 국가의 참여하에 제정되는 것이라는 논거로 양법체계의 밀접한 聯關性和 상호간의 침투 보충성을 주장한다. 王鐵崖, 『國際法』, (北京: 法律出版社, 1982), p.44.

36) 黃炳坤, “中國憲法與國際法及其對區際關係的規定,” 黃炳坤, 鄭字碩, 張鑫, 周子亞, 朱寄武 編, 『一國兩制法律問題面面觀』, (香港: 三聯書店(香港)有限公司, 1989), p.86, 88. 中國對外經濟貿易部 條法局(條約 및 法律 擔當局) 副局長이 1990년 4월 22일부터 27일까지 개최된 北京世界法律家大會에 제출한 보고서에 의하면 중국이 체결 또는 가입한 조약은 중국의 국내법의 일부를 구성하게 된다고까지 지적하고 있다. 즉, “The Conventions acceded to by our country constitute a part of the domestic law (with the exception of those clauses on which China has announced reservations) and serve to the laws concerning foreign economic relations as to provide foreign investors with effective legal protection”이라고 표현하고 있다. Qi Ruiqing, “Legal Protection of Foreign Investments in China,” 『저스티스』, 第23卷 第1號(韓國法學院, 1990), p.205.

37) Henry R. Zheng, “Private International Law in the People’s Republic of China: Principles and Procedures,” *Texas International Law Journal*, Vol.22 (1987), p.236.

론을 고수하던 소련과 동구각국의 헌법에서도 국제법과 국내법의 관계를 명확히 규정하고 있지 아니하다.³⁸⁾ 중국 최초의 헌법인 1954年 헌법 이후 1982년 현행 헌법까지 이 문제에 대해서는 침묵을 지켜 왔으며 條約締結節次만을 규정하고 있을 뿐이다. 즉, 중국의 1982년 헌법은 前文에서 “이 憲法은 국가의 根本法이며 최고의 법률효력을 가진다”라고 규정하고 있고 第5條는 “모든 법률, 행정법규 및 지방법규는 헌법에 저촉되어서는 아니된다”라는 憲法과 下位의 國內法과의 효력관계에 관한 규정을 두고 있을 뿐이다. 條約締結節次의 관련규정은 다음과 같다. 중국은 國務院總理責任制를 채택하고 있기 때문에 總理가 외국과 조약체결권을 갖는다(第86條 및 第89條). 全國人民代表大會가 國家主席을 선출하고 국가주석의 지명에 따라 총리를 선출하도록 되어 있으므로(第60條 第3號 및 第4號) 이러한 총리의 條約締結權은 원래 全國人民代表大會에 있다는 지적도 있듯이³⁹⁾ 총리의 條約締結權은 두가지의 면에서 제약을 받는다. 全國人民代表大會 常務委員會가 “외국과 체결한 條約과 중요한 協定の 批准 및 廢止를 결정하며(第67條 第14項), 國家主席은 외국과 체결한 條約 및 중요한 協定을 批准 廢止하는 권한을 가지고 있다(第81條). 이러한 입법상의 欠缺과 관련하여 黃炳坤은 “일반적인 상황에서는 條約은 憲法에 저촉될 수도 없고 저촉되어서도 아니된다. 政府 또는 政府代表는 조약을 체결함에 있어서 필히

38) 예컨대, 소련의 경우 1977년 憲法 第29條에서 “.....공인된 국제법원칙과 준칙 및 소련이 체결한 국제조약으로부터 발생한 의무를 성실하게 이행하여야 한다”, 동독의 1968년 憲法 第91條는 “국제법중 평화와 인도범죄 및 전쟁범죄의 처벌에 관한 공인된 준칙은 직접 유효한 법률이 된다”, 또한 1969년의 루마니아憲法 第43條 第9項은 “국가권력기관은 국내법을 개폐하는 성질의 국제조약을 비준·폐지하는 권한을 가진다”라고 규정하고 있다. 중국의 黃炳坤은 소련의 규정을 국제관습법·국제조약과 소련 헌법의 동등한 효력을 지정한 것이고 동독헌법의 규정은 부분적 國際法優位論을 또한 루마니아헌법의 규정은 國際法優位論을 의미하는 것이라고 주장하고 있다. 또한 각국의 헌법과 관행을 분석하여 볼 때, 과거의 헌법은 國內法優位論의 경향을 또한 새로운 헌법은 國際法優位論의 경향을 각각 보이고 있다고 지적하고 있다. 黃炳坤, *supra* note 33, p.81.

39) 王鐵崖(編), 『國際法』, (北京: 法律出版社, 1981), p.34.

조약의 내용이 憲法條文과 저촉되는 부분이 없는지를 앞서 고려하여 서명하고 만약 그러한 저촉이 있었음에도 불구하고 조인된 경우, 국가 입법기관이 부결하여야 한다”라는 立法論과 더불어 *pacta sunt servanda* 原則이라는 國際法의 原則에 근거하여 일단 체결된 國際條約은 國內법의 優위에 있음은 당연하다고 주장하고 있다.⁴⁰⁾

이러한 면에서 國際법과 國內법을 배타적으로 구별하는 傳統的인 二元論과는 달리 중국에서는 兩規範의 상호 의존관계에 관한 一元論 原理가 기능하고 있다고 할 수 있다. Deltlev Christian Dicke는 중국의 國際법과 國內법의 관계에 관한 입장을 一元論으로 분류하고 다음과 같이 설명하고 있다.

“中華人民共和國는 전통적·이념적 신념의 결과 主權에 관한 독특한 입장을 발전시켜 왔다. 그럼에도 불구하고 1987년 1월 1일 발효한 中華人民共和國 民法 第142條는 國際條約이 중국의 民法의 優位에 있다고 규정하고 있다. 이는 종래의 이론에서 다소 후퇴한 것이다. 그러나 이러한 입장이 대외무역에 달리 영향을 미치지도 아니할 것이며 또한 중국이 國際條約을 위반한 때에는 어김없이 보상을 지불하였기는 하지만, 外國人投資에 대한 保證이 되는 것도 아니다.”⁴¹⁾

이와 같은 중국의 國際법과 國內법의 이론은 「國際법과 國內법이 상

40) 黃炳坤, “中國憲法與國際法及其對國際關係的規定”, *supra* note 36, p.82.; 그는 입법절차를 거쳐 성립된 國際條約은 일반적으로 헌법과 충돌하지 아니할 것이지만 多者條約의 경우, 문제의 조항을 유보하거나 헌법의 관련조항을 개정하여 가입하여야 할 것이라고 주장하고 있으나, 국제조약의 국내적 시행을 위한 國內立法의 必要性에 대하여는 지적하고 있지 않다. *ibid.*

41) Deltlev Christian Dicke, “Public International Law and a New International Law and a New International Economic Order”, in Petar Sarcevic and Hans van Houtte, (eds.), *Legal Issues in International Trade*, (Dordrecht: Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1990), p.31.

호 엄격하게 구별되는 배타적 규범이며 따라서 공통성 또는 상호 의존성이 없다」는 전통적인 二元論의 論理構造와는 다르다. 국제법과 국내법의 효력관계는 二元論의 논리적 귀결로서 「變型」, 「編入」 또는 「受容」의 법적 조치를 조건으로 인정될 뿐이라는 면에서는 유사하지만 국제법과 국내법의 상호 배타성이 아니라 긴밀한 상호관계를 절대적 전제로 한다는 점에 그 특징이 있다.

(2) 中國의 實際

이와 같은 국제법과 국내법의 관계에 관한 중국 특유의 調和論에도 불구하고, 중국의 法院에서 국제법을 적용한 판례는 거의 공개되고 있지 않기 때문에 중국의 국제법과 국내법의 관계에 관한 실재를 정확하게 파악하기는 어렵다. 미국 등 자유민주주의 국가에서는 條約을 국내법체계상 최고법으로 규정하고 있는 입법례가 없는 것은 아니지만,⁴²⁾ 중국은 개혁전의 소련이나 동구제국과 마찬가지로 憲法에 국내법과 국제법의 관계에 관한 명확한 규정을 두고 있지 않다. 中國法體系에서의 國際條約의 地位 및 그 施行은 條約과 憲法의 관계, 條約과 法律의 관계 등으로 나누어 설명할 수 있다.

中國憲法은 전자에 대한 명시적인 규정을 두고 있지는 않고, 다만 前文에서 「이 憲法은 국가의 根本法으로 최고의 법적 효력을 가진다」, 第5條는 「모든 법률, 행정법규와 地方性法規 등은 헌법에 저촉되어서는 아니된다」라고 규정하고 있을 뿐이다. 그런데 최근 제정된 일련의 법령에는 國際條約에 대한 태도를 명백히 표명하고 있다. 예컨대, 《涉外經濟契約法》 第6條,⁴³⁾ 《民事訴訟法》 第5編 「外民事訴訟節次의 特

42) 미국憲法 第6條; 그러나 미국의 慣行을 살펴보면 조약과 미국헌법이 상충되는 경우, 후자가 우선적 효력을 가지며 조약과 법률이 상충되는 경우에만 조약이 우선적 효력을 가진다.

43) 「中華人民共和國이 체결 또는 가입한 관련 국제조약이 中華人民共和國 法律과 서로 다른 규정이 있는 경우, 國際條約을 적용한다. 다만, 中華人民共和國이 유보한 조항은 그러하지 아니하다」.

別規定」第189條,⁴⁴⁾ 《民法通則》第8章「涉外民事關係의 法律適用」第142條 第2項,⁴⁵⁾ 《相續法》第16條⁴⁶⁾ 등을 들 수 있다. 중국과 같이 憲法과 國際條約(또는 國內법과 국제법)의 關係에 관한 規定을 憲法이 아닌 法律에 두는 것이 立法論的으로 과연 타당한지는 의문이다.⁴⁷⁾

(3) 結語

이와 같이 중국이 당사자인 國際條約과 中國法이 충돌하는 경우에 國際條約의 規定을 적용하여야 하지만, 중국의 國內법 자체가 대단히 추상적이고 애매한 規定이 많기 때문에 國際條約의 規定에 명확하지 못한 내용이나 용어가 있는 경우에는 人民法院은 兩法이 충돌하지 아니한다는 전제하에 중국에 유리한 방향으로 해석할 여지가 있다. 홍콩特別行政區 基本法은 英·中共同宣言의 編入(transformation)을 위한 國內立法으로서의 性格과 中國 憲法 第31條의 구체적인 시행을 위한 법률로서의 性格을 동시에 가진 것이다. 따라서 중국이 향후 홍콩特別行政區 基本法을 英·中共同宣言에 반하여 개정한다면 國際법인 英·中共同宣言의 違反에 해당되며, 이 경우, 중국의 통설적인 견해에 의하면 중국은 國際責任을 지게 된다.

44) 「中華人民共和國이 체결 또는 참가하는 國際條約이 이 법에 배치되는 規定이 있는 경우, 國際條約의 規定을 적용하여야 한다.」

45) 「中華人民共和國이 체결하거나 참가한 國際條約이 中華人民共和國의 民事法律과 서로 다른 規定이 있는 경우, 國際條約의 規定을 적용한다. 다만, 中華人民共和國이 서명을 보류한 조항은 그러하지 아니하다.」

46) 涉外相續事件의 법률적용과 관련하여 「中華人民共和國이 외국과 체결한 조약·협정이 있는 경우, 조약·협정에 따라 처리한다.」

47) 이에 대해 中國의 黃炳坤은 대단히 합리적인 것이라고 주장한다. 黃炳坤, “中國憲法與國際法及其對國際關係的規定”, *supra* note 36, p.82.

第 3 章 1997年 以後 香港法制

第 1 節 香港特別行政區와 中央政府의 關係

1. 香港特別行政區의 法的 地位

가. 특수한 地方行政區域

一國兩體제의 政策에서 가장 기본이 되는 것은 中國의 中央政府와 香港特別行政區와의 關係설정 즉, 香港特別行政區의 地位이다. 또한 이 문제는 香港基本法의 가장 핵심이 되는 부분이라고 할 수 있다.

香港基本法은 「中央政府와 香港特別行政區의 關係」만을 다룬 第2章 외에도 第1章, 第6章, 第7章, 第8章 등에서도 관련 조문을 두고 있다. 香港特別行政區의 자본주의적 제도는 1997년부터 50년 동안 인정되며 香港은 高度의 自治權을 향유한다.

中國憲法은 中國이 聯邦國家가 아닌 單一國家임을 명시하고 있으며 第3條는 中國의 行政區域을 省, 自治區, 直轄市로 나누어지고 다시 省과 自治區는 自治州, 縣, 自治縣, 市로 나누어지며, 縣, 自治縣은 鄉, 民族鄉, 鎮으로 나누어진다고 규정하고 있다. 또한 第95條는 「省, 直轄市, 縣, 市, 自治區, 鄉, 民族鄉, 鎮에는 人民代表大會와 人民政府를 둔다……. 自治區, 自治州, 自治縣에는 自治機關을 둔다」라고 규정하고 있다. 여기에서 보듯이 현재 중국의 행정구역은 2부분, 즉 그 하나는 省, 直轄市, 市, 縣, 區, 鄉, 鎮과 같은 普通行政區域을 나머지 하나는 自治區, 自治州, 自治縣과 같은 民族自治區域으로 되어 있다. 民族自治區域은 憲法 第3章 第6節의 규정에 따라 普通行政區域이 향유하지 못

하는 큰 自治權을 향유하지만 地方行政區域에 속한다는 점에서는 동일하다.

그런데 中國憲法 第31條는 「국가는 필요한 경우, 特別行政區를 설치할 수 있다. 特別行政區內에서 실행하는 제도는 구체적 상황에 따라 全國人民代表大會에서 법률로 정한다」라고 규정하고 있다. 이 조항은 臺灣, 홍콩, 마카오 등 중국이 회복하고자 하는 자본주의 실시지역을 위하여 특별히 규정된 것이다. 이에 따라 홍콩基本法 제1조는 홍콩特別行政區는 중국의 불가분의 일부임을 강조하고 있다.¹⁾ 이와 같이 特別行政區의 설치 목적, 성격 및 권한은 民族自治區, 經濟特別區, 經濟技術開發區와는 당연히 다르다. 이러한 ‘特別行政區’에 관한 규정은 중국이 홍콩, 마카오, 臺灣 등을 회복했을 때를 대비하여 삽입한 것이다.²⁾ 요컨대, 이러한 特別行政區는 聯邦國家의 州에 해당하는 것은 결코 아니며 單一國家(unitary state)의 地方行政區域에 불과하다.

나. 高度의 自治權을 향유하는 行政區域

(1) 홍콩基本法上的 自治權의 內容

홍콩基本法 第2條는 「全國人民代表大會는 홍콩特別行政區에는 이 법의 규정에 따라 行政管理權, 立法權, 독립적인 司法權과 終審權을 향유하는 高度의 自治를 시행하는 권한을 부여한다」라고 규정하고 있다.

이와 같이 第2條는 ‘高度의 自治權’의 내용과 성질을 명확히 설명하고 있다. 이상에서 보듯이 ‘高度의 自治’의 대상에는 行政權, 立法權, 司法權(終審權 포함) 등이며 普通行政區域과 民族自治區域과는 비교할 수 없을 정도로 自治權의 범위가 광범하다. 즉 憲法 第3章 第6節과 民族區域自治法은 「民族區域自治는 국가의 통일적 영도하에 각 소수민

1) 홍콩基本法 第1條는 中國憲法 第4條, 第31條, 第62條의 규정에 근거를 둔 것이다.

2) 蕭蔚云, “論一國兩制下中央與香港特別行政區的法律關係.”, 『北京大學學報』, 第5期 (1991년), p.20.

족이 區域自治를 수행하고 自治機關을 설치하여 自治權을 행사한다」라고 규정하고 있을 뿐이다. 이러한 自治權은 「區域自治를 수행하는 민족에 속하는 公民이 당해 구역의 정부의 주요 責任者와 人民代表大會常務委員會의 主任과 副主任을 담당하며, 당해 지방의 실제상황에 근거하여 국가의 법률과 정책을 집행하고 조례를 제정하고 자주적으로 당해 지방의 경제건설, 문화사업, 교육사업을 주선·관리하며 당해 지방의 사회치안유지를 위한 公安部隊를 조직하고 당해 지방에서 통용되는 言語와 文字를 사용한다」는 것을 주요 내용으로 하고 있을 뿐이다.

또한 중국학자들도 지적한 바 있듯이 홍콩特別行政區의 自治權은 적어도 규정상으로는 聯邦國家의 州의 권한보다도 광범하다. 行政權의 면에서 본다면 홍콩特別行政區는 자신의 행정사무를 독자적으로 수행·관리하며 中央政府가 授權한 대외업무를 수행하고 또한 재정적으로 독립을 유지하여 租稅制度를 독립적으로 시행하고 독자적으로 貨幣金融政策을 수립한다. 立法權의 면에서 본다면 홍콩特別行政區는 국방·외교 그리고 자신의 자치범위내에 속하지 아니하는 법률외에는 어떠한 법률도 제정할 수 있는 권한을 가지며 그러한 法律이 中國 內地의 法律과 일치하지 아니할 수도 있다.³⁾

또한 司法權의 면에서도 홍콩特別行政區는 기존의 司法制度를 유지할 뿐아니라 終審權을 갖는 바, 이러한 권한 역시 聯邦國家의 州의 그것과는 다르다.

(2) 소위 '殘餘權力'의 문제

(가) 意義

英·中共同宣言과 홍콩基本法에 규정된 「自治」는 殘餘權力이 누구에게 귀속되는가에 따라 그 범위가 좌우될 수 밖에 없다. 그런데 英·中共同宣言과 홍콩基本法에서는 「殘餘權力」이라는 용어는 사용하지 아니하였지만 그 조문을 자세히 검토해 보면 국방과 외교업무외에는 홍콩

3) Ibid.

特別行政區가 기타 업무에 대한 권한을 가지는 것으로 해석될 여지도 있다.

基本法 起草委員會의 회의에서도 홍콩인들이 가장 주목한 부분중의 하나가 바로 「殘餘權力」의 문제였다. 이 개념은 간단히 다음과 같이 설명할 수 있다. 만약 基本法이 中央政府가 관리할 권한을 갖는 特別行政區의 업무가 갑, 을, 병(예컨대 국방, 외교, 行政長官 등 주요 공무원의 임명 등)이라고 명시적으로 규정하고 또한 홍콩特別行政區가 관리할 권한을 갖는 업무가 A, B, C, D, E(예컨대, 치안, 재정, 공공사업, 교육, 출입국……)이라고 규정하고 있다면 열거되지 아니한 업무가 바로 殘餘權力的 範圍에 속한다. 물론 명시적으로 열거한 업무의 항목이 많아질수록 殘餘權力的 範圍는 이에 상응하여 축소될 것이다.⁴⁾

(나) 홍콩學者들의 立場

이러한 殘餘權力的 問題는 홍콩特別行政區의 「自治權」의 개념·성격과도 결부하여 검토되어야 한다. 홍콩의 학자들은 自治의 概念을 다음과 같이 받아들이고자 한다. 즉 「憲法 또는 自治法에 근거하여 自治政府는 憲法 또는 自治法에 규정된 자치업무에 대하여 專屬的인 管轄權(exclusive jurisdiction)을 갖는다. 또한 정책의 수립과 법률의 제정에 관한 專屬的인 管轄權을 가지므로 이러한 자치권의 범위내에 있는 업무에 대하여 中央政府는 간섭할 수 있는 권한이 없다. 바꾸어 말해서 자치범위내에서 自治政府는 中央의 指導를 받거나 服從하지 아니한다」는 입장이다.⁵⁾

(다) 中國 內地의 學者들의 立場

홍콩학자들과는 달리 中國內地的 학자들이 해석하는 홍콩의 自治權의 性格은 다음과 같다. 즉, 「自治政府는 中央政府가 授權한 自治業務를 관장하지만 이러한 업무에 대한 專屬的인 權限을 갖지 않는다. 中央

4) 陳弘毅, “開放草委會二次會議的一於見, 『人權與法治: 香港過渡期的批戰』, (香港: 廣角鏡出版社有限公司, 1987), pp.21~24.

5) *Ibid.*, p.24.

政府는 홍콩基本法과 같은 自治法에 규정된 자치업무와 관련하여 자치 정부에 지시 또는 명령을 할 수 있는 권한을 가지고 있다. 다시 말해서 교육, 무역, 조세징수, 우정 등과 같이 自治法에 규정된 자치업무에 대하여 中央政府와 地方政府는 政策決定權을 공유한다(concurrent jurisdiction). 일반적인 상황하에서는 이러한 업무는 自治政府가 처리하지만 中央政府의 지시 또는 명령이 있는 경우 자치정부는 이에 복종할 의무가 있다」는 입장이다.⁶⁾

따라서 自治法 또는 基本法은 자치정부에 대한 중앙정부의 授權關係를 규정한 것일뿐이며 中央政府는 어떠한 문제에 대해서도 自治政府에 指令을 내릴 수 있는 무한한 권한을 갖는다는 것이다. 요컨대 중앙정부와 지방정부간에는 진정한 權限의 配分(division of powers)이 아닌 機能의 配分(division of functions)만이 존재할 뿐이라는 입장인 바, 이에 의하면 「自治」의 概念은 공허한 것이다.

「혹자는 “基本法”에 명시적으로 규정되어 있지 아니한 殘餘權限(residual power)은 당연히 特別行政區에 속한다고 주장하지만 殘餘權限은 그 자체가 聯邦制의 이론에 기초한 것으로서 聯邦憲法에서 聯邦政府가 행사하는 것으로 규정하지도 아니하고 동시에 聯邦의 州가 행사하는 것을 금지하지도 아니한 殘餘權限은 州가 행사한다는 내용이다. 따라서 이러한 이론은 中國과 같은 單一國家에서는 적용될 수 없다」라는 지적은 이러한 입장을 가장 적절하게 표현하고 있다고 할 수 있다.⁷⁾

(라) 結語

이러한 殘餘權限의 문제는 「홍콩의 自治權은 全國人民代表大會가 授與한 것」이라고 함으로써 自治權의 성격을 명확히 한 홍콩特別行政區 基本法의 규정을 근거로 판단하여야 할 것이다. 여기에서 볼 수 있듯이 “高度”의 自治權이 “完全한” 自治權을 의미하는 것은 아니다. 홍콩特

6) 蕭蔚云, *supra* note 2, p.24.

7) *Ibid.*, p.21.; 대부분의 中國學者들은 이러한 해석에 따르고 있다. 그러나 홍콩의 學者인 陳弘毅는 이러한 해석은 곡해라고 주장한다. 陳弘毅, *supra* note 4, p.23. 참고.

別行政區의 이러한 高度의 自治는 中國憲法 第31條의 規定에 근거한 것이며 홍콩의 현행의 사회·경제제도가 50년 동안 불변이고 사회주의 제도와 정책이 홍콩에서는 50년동안 시행되지 아니한다는 전제하에 인정된다. 따라서 殘餘權力은 中國의 中央政府에 귀속된다고 보는 것이 타당하다고 본다.

다. 中央人民政府의 直接 管轄하에 있는 行政區域

홍콩特別行政區 基本法 第12條는 홍콩特別行政區는 中央人民政府가 直接 管轄한다고 명시적으로 규정하고 있다. 中國憲法과 홍콩特別行政區 基本法에 의하면 홍콩特別行政區는 中國의 不可分의 一部이며 憲法 第89條는 國務院은 지방의 各급 행정기관을 통일적으로 領導하는 업무를 수행한다고 규정하고 同 第57條는 全國人民代表大會는 最高國家權力機關, 그리고 同 第85條는 國務院, 즉 中央人民政府는 最高國家權力機關의 執行機關 다시 말해서 最高國家行政機關임을 규정하고 있다.

그러므로 이들 最高國家機關은 홍콩特別行政區에 대하여 감독하고 직접 관할한다. 憲法과 홍콩基本法 第20條에 의하여 全國人民代表大會는 홍콩特別行政區에 高度의 自治權을 부여할 권한을 가지며 全國人民代表大會 常務委員會와 國務院도 “다른 權限”을 부여할 수 있다. 홍콩特別行政區가 제정한 법률은 全國人民代表大會 常務委員會에 보고하여 등록하여야 한다.⁸⁾ 또한 全國人民代表大會 常務委員會는 홍콩特別行政區의 立法機關이 제정한 법률이 홍콩基本法의 中央管理業務와 中央과 홍콩特別行政區의 關係에 관한 조항에 위반한 것으로 인정되는 경우 그 소속의 홍콩特別行政區 基本法委員會에 의견을 구한 후 그 법률을 返送하여야 하며, 이와 같이 返送된 法律은 지체없이 효력을 상실한다. 이처럼 全國人民代表大會와 그 常務委員會는 홍콩特別行政區에 대한 監督權을 가지며 따라서 홍콩特別行政區의 立法權은 크게 제약을 받는다고 할 수 있다.

8) 홍콩特別行政區 基本法 第17條.

2. 홍콩特別行政區 基本法上 中央最高國家機關의 權限에 속하는 分野

가. 管理와 홍콩特別行政區와 관련된 外交業務

홍콩特別行政區 基本法 第13條는 「中央人民政府는 管理와 홍콩特別行政區와 관련된 外交業務에 대한 책임을 진다」라고 규정하고 있다. 여기에서 外交業務라 함은 국가원수, 정부수반, 외교부 및 외교대표기관, 외교대표단 등 국가의 이름으로 진행되는 방문, 협상, 교섭, 외교문서 발송, 조약체결, 국제회의와 국제조직의 참가 등 대외업무를 말한다.⁹⁾ 이것은 국가의 명의로 외국 또는 국제조직과 진행하는 대외업무로서 一國의 主權의 발현이므로 지방행정구역의 하나인 홍콩特別行政區는 外交業務를 수행할 권한을 갖지 아니한다는 것이다.¹⁰⁾

다만, 홍콩特別行政區가 高度의 自治權을 향유한다는 현실을 고려하여, 홍콩特別行政區 基本法 第13條 第3項은 中央人民政府가 홍콩特別行政區에 이 法에 의거하여 관련 대외업무를 스스로 수행하도록 수권할 수 있음을 규정하고 있다. 여기에서 말하는 “對外業務”라 함은 국가 자신이 아닌 하나의 지방인 홍콩特別行政區가 경제·무역·금융·항공운송·통신·여행·문화·체육 등의 분야에서 “中國香港”의 명의로 단독으로 각국, 각지역 그리고 관련 국제조직과 함께 발전관계를 유지하고 협정을 체결하는 것이다.

홍콩特別行政區 基本法 第5章 「經濟」 및 第6章 「文化」에서도 이와 같은 대외업무에 관한 권한을 규정하고 있다. 국가가 그 단위로 참가하는 일정한 외교업무에 대해 홍콩特別行政區도 법에 의거하여 참가할 수 있는 바, 예컨대, 홍콩特別行政區 基本法은 홍콩特別行政區의 代表가 中華人民共和國 代表團의 일원으로 中華人民共和國 政府가 진행하는 홍콩特別行政區와 관련된 외교협상에 참여할 수 있고, 중앙정부는

9) 蕭蔚云, *supra* note 2, p.21.

10) *Ibid.*, p.22.

홍콩特別行政區가 다른 국가, 지역과 협정을 체결하는 것을 지원하거나授權할 수 있다.¹¹⁾

나. 홍콩特別行政區의 防衛

홍콩特別行政區 基本法 第14條는 “中央人民政府는 홍콩特別行政區의 방위업무를 관리하는 책임을 진다”라고 규정하고 있다. 이에 따라 홍콩의 방위를 위해 필요한 경우 중앙정부는 군대를 파견·주둔시킬 수도 있다.

한편 홍콩特別行政區의 高度의 自治를 보장하기 위하여 홍콩特別行政區 基本法은 많은 구체적 규정을 두고 있다. 즉, 홍콩特別行政區 政府는 자신의 사회치안에 대한 책임을 지고 駐屯軍은 홍콩의 지방업무에는 간섭할 수 없으며 홍콩特別行政區의 法律을 준수하여야 한다. 또한 駐屯軍의 비용은 中央人民政府가 부담하고 홍콩特別行政區는 필요한 경우 中央政府에 대해 駐屯軍으로 하여금 사회치안의 유지와 재해의 구조에 협조하도록 요청할 수 있다.

다. 기타 중요한 業務處理

홍콩特別行政區 입법기관이 제정한 법률, 의결한 재정예산, 행정기관이 제출한 재정예산, 終審法院의 법관과 고등법원의 수석법관의 임면, 2007년 이후 立法會가 제정하는 법령과 표결절차의 개정은 각각 全國人民代表大會 常務委員會 및 中央人民政府에 보고하여 등록되어야 한다. 홍콩特別行政區 政府가 民間航空運送協定을 체결하고, 홍콩永住權을 보유한 中國公民에게 中華人民共和國 홍콩特別行政區의 旅券을 발급하는 경우에는 中央人民政府의 授權을 필요로 한다. 또한 외국의 군함, 국영항공기가 홍콩特別行政區에 진입하는 경우 中央人民政府의 特別許可를 얻어야 한다.

11) *Ibid.*

第2節 香港的適用法律

1. 意義

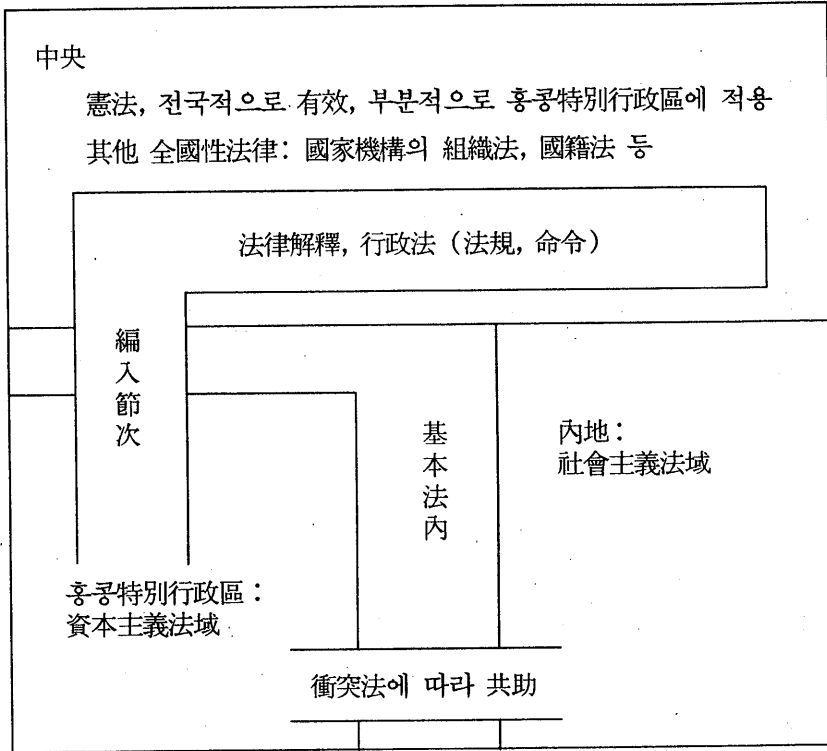
香港特別行政區에서는 內地와 상이한 법률제도를 실시하게 된다. 정치적인 면에서 香港特別行政區 基本法 第3條에 의하여 香港特別行政區의 行政機關과 立法機關은 香港的 永住民에 의하여 구성되는 바, 이는 香港문제에 관한 英·中共同宣言에서도 규정되어 있는 것이다.

경제적인 면에서 香港特別行政區 基本法 第5條, 第7條 및 第105條는 香港特別行政區가 법률에 따라 사유재산권을 보호하며 사회주의 제도와 정책은 시행하지 아니하며, 기존의 자본주의제도와 생활방식은 50년 동안 변경되지 아니함을 규정하고 있다. 香港特別行政區內의 토지와 자연자원은 國家所有에 속하며 香港特別行政區 政府는 이를 관리·사용·개발·임대하거나 개인, 법인 또는 단체가 사용 또는 개발하는 것을 승인하는 권한을 가지며 그 수입은 모두 香港特別行政區에 귀속된다.

법률면에서 香港特別行政區 基本法 第8條는 香港的 기존의 법률, 즉 普通法, 衡平法, 條例, 慣習法 등은 香港特別行政區 基本法에 저촉되거나 香港特別行政區 立法機關이 개정할 경우외에는 모두 유효함을 규정하고 있다. 이것은 香港문제에 관한 英·中共同宣言 第1附屬書 第2節에도 규정되어 있는 것이다.

이와 같이 1997년 이후 50년 내에 香港的 법률과 사법제도는 본질적인 변동이 없게 되므로 현재의 자본주의체제와 법률 및 사법제도의 법리·원칙이 유지될 것으로 전망되고 있다. 中國內地와 香港特別行政區의 法制關係를 도표로 설명하면 다음과 같다.

中國法制



出典: 廖搖珠, “香港特別行政區的法律制度及其與全國法律制度關係,”
『“一國兩制”法律問題面面觀』, p.103.

2. 홍콩特別行政區의 適用法律

가. 홍콩의 現行 適用法律

英·中共同宣言은 홍콩의 현행법률이 1997년 이후 기본적으로 불변 이라고 하였지만 이것은 일반 法令에 대해서만 타당할 뿐 憲法的 性質을 갖는 법에까지 미치지 않는다. 1997년 이후에는 홍콩特別行政區 基本法이 바로 홍콩의 헌법적 성질을 갖는 법이라 할 수 있다. 홍콩의 현행법제는 다음과 같이 설명할 수 있다.

홍콩은 영국의 속령의 지위를 가지므로 영국이 통치하여 왔는 바, 현재 홍콩의 憲法的 性質을 갖는 法은 《英皇制誥》와 《皇室訓令》이며, 이

두가지 법은 英皇室이 제정한 것으로 법률적 용어를 빈다면 황실의 「大權立法」(Prerogative legislation)이다. 前者는 홍콩총독의 職位, 行政局과 立法局的 設置에 관한 규정을, 後者는 立法局과 行政局的 機構·權力·運營節次에 관한 규정을 두고 있다.¹²⁾ 이러한 헌법적 성질을 갖는 법의 하위에 있는 법령은 다음과 같이 구분된다.

첫째, 홍콩 입법국이 제정하는 「條例」 둘째, 홍콩 입법국이 위임한 기타 기관 또는 개인이 제정하는 「附屬立法」, 세째, 영국과 홍콩의 법원이 내린 판례가 누적되어 발전된 common law와 衡平法¹³⁾ 네째, 영국의 입법기관이 제정하고 홍콩에 준용되는 법령이다.¹⁴⁾

나. 홍콩特別行政區의 適用法律

(1) 홍콩의 現行 下位法

홍콩의 현행 憲法과 下位法이 1997년 홍콩의 중국귀속으로부터 어떠한 영향을 받게 될 것인가는 대단히 중요한 문제가 아닐 수 없다. 영국 정부의 英·中共同宣言 白書의 「解釋」 第2條는 이 문제와 관련하여 「中華人民共和國이 1997년 7월 1일 홍콩에 대한 주권을 회복하게 될 때, 홍콩은 중화인민공화국의 하나의 特別行政區가 되며, 高度의 自治權을 향유하게 된다. 中華人民共和國 全國人民代表大會가 제정한 基本法은 홍콩特別行政區의 憲法的 文書가 된다. 지금까지 홍콩의 憲法的 文書는 英皇制誥와 皇室訓諭이었으나 장래에는 효력을 상실하게 된다」라고 규정하고 있다. 英·中共同宣言 第3條 3項도 홍콩의 현행 법제는 기본적으로 불변이라고 하였지만 앞서 설명한 바와 같이 憲法的 性格을 갖는 法은 폐지된다.

12) 물론 兩者가 정부와 국민과의 관계, 국민의 권리와 자유의 보장, 정부의 권력통제, 홍콩의 경제·사회제도의 기본원칙 등에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 않다는 점에서 완전한 憲法的 機能을 갖고 있지는 않다.

13) 이들 法이 홍콩에서 법적 효력을 갖는 것은 立法局이 제정한 「Application of English Law Ordinance」에 근거한다.

14) 홍콩은 영국의 속령이기 때문에 영국의 立法機關은 홍콩의 立法을 직접 改廢할 수 있는 권한을 가진다.

이상에서 보듯이 1997년 이후의 現行法制的 繼續性問題는 하위법의 효력과 관련된 것이다. 英·中共同宣言 第1附屬書 第2節은 「홍콩特別行政區의 설치후, 홍콩의 기존의 법률은 基本法에 저촉되거나 홍콩特別行政區가 改正하지 아니하는 경우에는 계속 유효하다」라고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 홍콩의 기존의 법률이라 함은 下位法을 의미한다.

상기의 규정에서 볼 수 있듯이 하위법들도 무조건 효력을 가지는 것이 아니라 基本法에 저촉되지 아니하고 홍콩의 立法機關이 개정하지 아니하는 경우에만 효력을 가질 뿐이므로 1997년 이후의 홍콩법제는 불변이라고 단정할 수는 없다. 제정된 홍콩基本法이 英·中共同宣言과 그 附屬書의 원칙적·추상적 규정을 거의 그대로 답습하였고 그 내용을 구체화한 부분이 적기 때문에 홍콩의 어떠한 현행법 규정이 基本法과 상충되는가를 파악하기 어렵고, 중국이 통치권을 회복하는 1997년 이후 홍콩特別行政區가 기존의 법령을 개정할 수도 있다. 또한 실제로도 현행 홍콩법령의 많은 부분이 개정을 요하고 있다. 예컨대, 刑法上의 內亂罪는 주로 英國의 皇室 및 政府의 顛覆을 도모하는 행위를 지칭한다.¹⁵⁾ 이러한 규정을 향후 중국의 特別行政府가 그대로 존치할 리 없으며 따라서 개정하게 될 것임은 의심의 여지가 없다.

(2) 中國의 全國性法律

第2章 3節 2.에서 이미 밝힌 바와 같이 中國의 憲法은 직접적으로 홍콩에 적용되지는 아니한다. 따라서 여기에서는 中國의 全國的 適用範圍를 갖는 법률의 홍콩에서의 효력문제만을 다루기로 한다.

全國性法律은 일반적으로 홍콩特別行政區에서는 실시되지 아니하고 附則 3에서도 극히 일부의 全國性法律 즉, ① 中華人民共和國의 首都·

15) 법률중에 식민지적인 색채가 나는 것은 대개 형식적인 면인데, 즉 법률조문중에 皇室 또는 女王 등의 표현이 이에 해당하지만 실질적인 내용면에서 그러하지 아닌 법률은 홍콩에서 적용될 수 있다.

年號·國歌·國旗에 관한 決議, ② 中華人民共和國의 國慶日에 관한 決議, ③ 中央人民政府가 공포한 中華人民共和國 國章에 관한 命令, ④ 中華人民共和國 政府의 領海에 관한 宣言, ⑤ 中華人民共和國 國籍法, ⑥ 中華人民共和國의 外交特權과 免除條例는 香港特別行政區가 현지에서 공포 또는 입법조치를 하도록 규정되어 있다. 그러나 중앙인민 정부는 特別한 狀況下에서 相關 全國性法律이 香港特別行政區에서 실시되도록 직접 명령을 발할 수 있다. 여기에서 特別한 상황이라 함은 香港基本法 第8條 第4項에 규정된 바와 같이 全國人民代表大會 常務委員會가 전쟁상태의 선포를 결정한 경우 또는 香港特別行政區內에서 발생하였으나 香港特別行政區 政府가 통제불가능한 위기가 國家의 統一 또는 安全에까지 미치는 動亂으로 인하여 香港特別行政區에 緊急狀態를 결정한 경우 등이다.

다. 外國判例의 引用問題

현재 香港에서 인용하고 있는 판례중 가장 높은 비율을 점하고 있는 것은 영국의 판례이며 그 다음이 香港의 자체 판례이다. 香港은 지역적으로 협소하고 또한 사건도 적을 뿐만 아니라 복잡한 법률문제를 다룬 권위있는 판결도 많지 않기 때문에 많은 사건에서 法律解釋이 필요할 경우 영국의 판례를 참고로 하기 때문이다. 또한 법관자신이 배울 때부터 대부분 영어판례로 배웠기 때문에 그것에 더 익숙해져 있다. 또한 캐나다, 오스트리아, 뉴질랜드 등의 판례들을 참고하는 경우도 자주 있다. 香港의 입장에서 보면 이러한 외국의 판례들 중에 어떤 것은 구속력이 있고 또 어떤 것은 參考價値만 있을 뿐이다. 판례는 경우에 따라 (case by case) 구속력이 있기도 하고 참고가치만 있기도 하다. 判例의 拘束力의 與否는 상급법원과 하급법원간의 관계 또는 동급법원간의 관계 등 고려하여야 할 요소가 많다. 예컨대, 樞密院이 香港의 上訴에 대하여 내린 판결이외의 소유권과 관련한 판례는 香港에서는 참고가치만 있을 뿐이다. 캐나다, 오스트리아, 뉴질랜드 등의 판례도 이와 동일한 바, 당해 판결을 내린 법원에 따라 다르다. 영국 하급법원의 판례는

홍콩의 高級法院에서는 참고의 가치 조차 없다.

영국 추밀원이 판결한 홍콩관련 판례는 1997년 6월 30일 이전까지는 홍콩에 대하여 구속력이 있지만 그 이후에는 樞密院이 홍콩의 上訴法院이 아니기 때문에 판례는 구속력을 갖지 못하고 단지 參考할 價値만 있을 뿐이라는 지적은 타당하다고 생각된다. 물론 모든 외국의 판결 역시 그 판결을 내린 法院의 지위에 따라 참고가치의 여부가 결정된다. 이러한 방법은 中國 司法自主權을 침범하지 아니할 뿐만 아니라 오히려 외국의 판례를 빌어 자신의 법률을 충실히 할 수 있다고 한다.

라. 法律上 公用語

홍콩법률의 기원은 慣習法과 成文法이다. 전체적으로 보면 영국의 법률은 홍콩법률의 淵源이 된다. 영국의 판례는 일반적으로 19세기 중엽까지 거슬러 올라가는데, 이러한 판례들이 홍콩에서 일상적으로 운용되고 있는 바, 이러한 백여년이나 된 판례를 중국어로 모두 번역한다는 것은 불가능한 일이다. 그리고 26권의 성문법을 모두 중국어로 번역한다는 것 또한 매우 어려운 작업으로 상당한 시간을 요하지만 현재 홍콩정부는 이미 이 작업을 착수하여 진행중에 있다. 홍콩측에서는 영어나 영국법률에 대해서는 상당히 익숙하여 있지만, 중국어 및 중국법률에 쓰이는 용어 등에 대해서는 익숙하지 못하다. 마찬가지로 중국측에서는 영어에 대한 이해의 수준과 홍콩법률 및 영국법률에 대한 이해의 정도 또한 분명히 문제가 있다. 즉 영국의 이 26권의 성문법과 일부 판례들을 번역한 경우에도 문제는 여전히 남는다. 왜냐하면 이러한 것들은 홍콩법률의 일부에 지나지 않을 뿐 아니라, 홍콩의 판례외에도 캐나다, 오스트리아의 판례도 참조할 필요가 있을 것이기 때문이다. 또한 英語本과 中國語本의 優先順位에 대하여도 지적할 필요가 있을 것이다. 여기에는 양자가 동등한 효력을 갖는다면 어떻게 해결할 것인가 라는 문제도 포함된다.

물론 1997년 홍콩이 중국에 반환된 후에는 中國語本이 優先的 效力을 갖게 된다. 그러나 中國語本의 解釋과 英國 傳統法律間에 발생되는

矛盾이 해소될 수 없을 때에는 이를 어떻게 해결할 것인가도 역시 문제이다. 英·中共同宣言 第1附屬書 第1節을 보면 「홍콩特別行政區의 정부기관과 법원은 중국어를 사용하는 것 외에 영어도 사용을 한다」라고 규정하고 있을 뿐이다. 楊鐵樑은 이 규정을 근거로 이러한 문제를 해소하기 위해서는 1997년 이후의 과도기인 50년 동안 계속 현재와 마찬가지로 영어로 법률적인 문장을 쓰되 다만, 下級法院(裁判司, 兒童法院, 勞動法院)은 중국어를 사용하는 것이 가장 현실적인 방법이라고 주장하고 있다.¹⁶⁾

第3節 香港特別行政區의 政治制度

1. 英·中共同宣言上의 政治制度에 관한 規定

英·中共同宣言 및 그 附屬書의 내용중에서 政治制度와 選舉에 관한 부분은 주목할 만하다. 英·中共同宣言 第3條 第4號는 「홍콩特別行政區 政府는 現地人으로 구성된다. 行政長官은 현지에서 選舉 또는 協商에 의해 선출되고 中央政府에 의하여 임명된다」라고 규정하고 있다. 또한 第1附屬書 第1節 第3段은 「홍콩特別行政區의 立法機關은 選舉에

16) 그는 이렇게 구분하는 이유를 다음과 같이 지적하고 있다. 上級法院의 경우 대부분 복잡한 사건을 처리하고, 下級法院은 비교적 간단한 사건들을 처리한다. 예를 들어 勞動法庭에 접수되는 사건의 대부분이 노동자측이 임금이 미지급된 경우 사용자측을 고발하는 사건인 바, 이러한 사건은 미지급 또는 지급의 사실을 판결하는 것으로 중국어와 영어의 문제는 아니다. 또 어떤 사람의 몸을 수색하는 도중에 癲藥類가 나왔을 때 이는 단순히 사실에 불과한 문제이므로 역시 마찬가지이다. 1974년 홍콩에서는 『官方語文條例』를 공포하였는데, 그 내용중에 下級法院에서는 中國語를 많이 사용할 것과 上級法院에서는 英語를 사용하도록 장려하고 있다. 그러나 현재 하급법원에서 중국어를 사용하는 것이 익숙해져 있지 않은 것은 法官 자신도 영어에 훈련이 되어 있으며, 法規도 영어로 되어 있기 때문이다.

의하여 구성된다. 行政機關은 반드시 법률을 준수하여야 하며 立法機關에 대하여 책임을 진다」라고 규정하고 있다. 종전부터 중국의 國務院 산하의 홍콩·마카오 事務處는 「選舉를 반대하지 아니하며, 만약 조건이 구비되어 있으면 選舉方式을 또한 조건이 구비되지 못한 경우에는 協商方式을 택한다」는 입장을 비공식적으로 표명하여 왔다. 英·中共 共同宣言의 第3條 第4號의 규정은 이러한 입장이 그대로 반영되어 있으며 이로써 첫째, 홍콩정부가 중국정부의 반대를 구실로 선거를 연기할 수 없게 되었으며, 둘째, 중국이 홍콩정부가 발전시켜온 代議政治制度에 대해 승인함으로써 홍콩의 현행 정치제도의 合法性(legitimacy)과 連續性이 보장되었다.

1984년 7월 18일 홍콩정부는 「代議政治制度綠書」¹⁷⁾를 발표하였으나 이에 대해 중국정부는 “책임질 수 없다”는 입장을 표명하였다. 이는 英·中쌍방이 정치제도의 개혁에 대해서 아직 만족할 만한 목적이 없었음을 시사해 주는 것이다. 중국정부의 불만은 「錄書」내용이 아니고, 영국정부가 이 錄書를 발표하기 하루 전에야 중국측에 통보하였고, 정치개혁문제를 일거에 마무리짓고자한 데 있었다. 더욱이 직전에 立法局이 개정한 區議會와 市政局의 선거조례 및 조직조례는 실질적으로 중국의 人民代表大會의 代表들이 이러한 기관에 참여하는 것을 저지하는 내용을 담고 있었기 때문에 자연히 피차의 불신감이 가중되었던 것이다. 1990년 제정된 홍콩特別行政區 基本法에서도 상기의 錄書에 나타난 내용을 크게 반영하고 있지 않다.

이상에서 보듯이 英·中共 共同宣言은 特別行政區의 정치제도를 비롯한 정책적 측면에 관한 분야에 대하여는 구체성없는 규정으로 일관하고 있으며, 현행 政治制度和 特別行政區 政治制度의 連續性에 대하여도 아무런 규정을 두고 있지 않았다. 다만, 홍콩特別行政區의 立法機關이 현재의 立法局과 상당히 유사할 것이라는 점만을 밝혔을 뿐, 현재의 行政局, 市政局 및 區議會的 前途에 대해서는 共同宣言은 침묵을 지키고 있

17) 綠書(green paper)라 함은 영국정부가 자신의 견해를 기술한 文書를 말한다.

었다.

英·中共同宣言 第3條 第2號는 「外交·國防業務와 中央人民政府의 管理하에 있는 業務외에는 香港特別行政區가 行政管理權, 立法權, 獨立된 司法權 및 終審權을 가진다」라고 규정하고 있다. 그러나 英·中共同宣言과 그 附屬書을 살펴보면 정치제도와 관련된 조항에는 어떠한 制度確立에 대하여도 규정하고 있지 아니한 바, 그러한 문제는 中國의 內政에 속하는 것이므로 香港基本法에서 정하게 될 것임을 상정한 것이라고 할 수 있다.

2. 香港特別行政區 基本法上的 香港特別行政區 政治制度

가. 行政機關

香港特別行政區의 行政長官은 香港特別行政區의 首長이며, 香港特別行政區를 대표한다.¹⁸⁾

(1) 行政權의 範圍

香港特別行政區 基本法 第2章은 香港特別行政區가 享유하는 行政權·立法權·司法權에 대해 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 第16條는 香港特別行政區는 「이 法의 관련 規定에 따라 香港特別行政區의 행정 事務를 독자적으로 처리한다」라고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 「行政事務」는 대단히 광범위한 바, 앞서 설명한 중앙인민정부의 관리에 속하는 일부의 행정업무외에는 모두 여기에 속한다. 뿐만 아니라 원래 中央人民政府의 책임하에 있는 대외업무도 역시 위임받을 수 있다. 香港特別行政區 基本法의 規定을 보면 香港特別行政區는 “이 法의 관련 規定에 따라 재정·금융·경제·공상업·무역·세무·우정·민항·해사·교통운수·어업·농업·인사·민정·노동·교육·의료위생·사회복지·문화위락·市政建設·市區劃·가옥·부동산·치안·출입국·

18) 香港特別行政區 基本法 第43條.

천문기상·통신·과학기술·체육 기타 분야의 행정업무”를 관장한다고 규정하고 있는 바, 이것은 열거규정이 아닌 예시규정이라고 할 수 있다.¹⁹⁾

(2) 行政長官의 任命

1986년 이후 홍콩特別行政區의 政界는 2개의 파벌 즉 「보수파」와 「민주파」로 대립하는 양상을 보여 왔다. 그들은 홍콩特別行政區가 1997년 이후에 실시하여야 할 정치체제를 놓고 격렬한 논쟁을 전개하였다. 상공업계를 대변하는 보수파들은 홍콩特別行政區의 行政長官은 20인으로 구성되는 단일의 指名委員會가 지명한 후 약 60인으로 구성되는 선거인단에 의한 선거를 통해 선출하되 중국의 中央政府가 정식으로 임명할 것을 주장하였다. 아울러 선거인단의 구성원은 홍콩特別行政區의 사회 각계층의 출신으로 구성되도록 함으로써 광범한 대표성을 갖도록 하고 지명위원회는 선거인단의 호선에 의해 구성되도록 하여야 한다는 전제를 붙였다. 그러나 「민주파」는 行政長官이 선거인단에 의해 선출되는 것을 반대하고 立法機關全體 構成員의 10분의 1이 지명한 후 홍콩特別行政區 住民의 直接選舉에서 선출하여야 한다고 주장하였다.

홍콩特別行政區 基本法 第45條의 규정에 의하여 홍콩特別行政區 行政長官은 選舉 또는 協商을 통해 선출되며 中央人民政府에 의하여 임명된다. 그러나 「協商」이나 「選舉」와 같은 중요한 개념의 내용과 시행 방법에 대해서는 英·中共同宣言과 홍콩基本法 모두 침묵을 지키고 있다. 英·中共同宣言과 홍콩基本法 모두 「選舉」와 「協商」에 대해 정의한 바 없지만, 양자는 별개의 개념임에 틀림없다. 선거는 기본적으로 투표를 말하며 선거에 참가하는 사람들은 다른 의견을 가질 수 있으며 표결로써 다수득표를 얻은 일방이 선출됨을 의미한다. 이러한 면에서 대립과 경쟁의 요소를 포함한다. 반면에 협상은 여러 사람의 단결, 협

19) 蕭蔚云, *supra* note 2, p.24.

력, 양보, 양해를 통해 공통된 의견을 이끌어 낸다는 것에 중점이 주어진다. 대체적으로 상이한 계층간에 이익과 의견의 대립이 심화되면, 협상으로 그 해결책을 찾기란 매우 어렵지만 상호간의 이해를 바탕으로 타협한다면 협상은 비교적 쉽게 성공할 수 있다. 이와 같이 협상과 선거는 근본적으로 그 성질이 다르기 때문에 양자중 어느 과정을 통해 선출되었는가에 따라 피선출자의 지위가 달라지게 된다. 만약 行政長官이 협상에 의해 선출되어 진다면 정부의 주요 公務員은 그가 지명할 것이며, 立法機關이 선거에 의해 구성된다면 향후 行政機關과 立法機關과의 불협화음이 일어날 수도 있다. 즉 行政長官은 工商業界와 財界의 團體協商에 의해 선출되고, 立法機關은 주민의 선거에 의해 선출된다면 立法機關은 특정한 계층을 견제한다는 명목으로 행정기관이 제출한 법안을 부결할 수도 있으며, 이로 인해 행정부의 정책은 집행이 지장을 받을 수 있다. 결론적으로 말해, 공동선언은 홍콩의 정치제도에 관한 구체적인 규정을 결여하고 있다. 英·中共同宣言은 行政長官과 行政機關의 권한을 명확히 규정하지 않고, 行政長官·行政機關과 立法機關과의 관계에 대하여는 「行政機關은 법률을 준수하고 立法機關에 대하여 책임을 진다」라고 규정되어 있을 뿐이다(第1附屬書 第1節). 이와 같이 行政機關의 立法機關에 대한 責任性의 의미와 실제적 운용에 대한 방향이 설립되어 있지 않아, 立法機關의 行政長官에 대한 不信任票決이 인정되는가, 또한 不信任票決이 있으면 사임하여야 하는가도 명확하지 않다. 이러한 불명확성으로 인하여 상기의 책임에 관한 규정은 단순히 「홍콩의 行政府는 홍콩住民에 대하여 책임을 지는 政府가 될 것을 보증한 것」이라는 지적도 제기되었다.

(3) 주요한 公務員의 任命

주요 公務員 즉 '司級'에 해당하는 公務員은 行政長官이 지명하고 中央政府에 의해 임명된다. 英·中共同宣言 第1附屬書 第4節은 「홍콩特別行政區 政府는 홍콩의 재직공무원 중에서 홍콩特別行政區의 永住民 身分證을 소지하고 있는 영국인이나 외국인을 정부기관의 각급 공무원

으로 임용할 수 있다. 다만 주요 정부부서(경찰기관을 포함한 “司”級機關)의 部署長(正職)과 副部署長(副職)에는 임용될 수 없다」라고 규정하고 있다. 이상과 같이 1997년 이후 特別行政區의 行政長官과 高級公務員(“司”級 상당의 公務員)은 중국의 中央人民政府가 임명하는 것은 형식적인 면이나 절차적인 면에서 중국정부가 홍콩에서 주권을 행사할 것임을 의미한다.²⁰⁾

나. 立法機關

(1) 立法權의 範圍

현재 홍콩의 立法局의 權限은 법률의 제정, 정부의 재정부안의 승인·감사 그리고 정부의 정책과 활동에 대한 평가서와 질의서를 제출하는 권한을 포함한다. 英·中共同宣言과 홍콩基本法에 의거해 볼 때 特別行政區의 立法機關은 그와 유사한 권한을 가질 것으로 예상된다. 즉 立法機關은 법률제정권을 가지며(第1附屬書 第2節) 조세징수와 공공지출은 입법기관의 비준을 얻어야 하고(第1附屬書 第5節), 行政機關은 입법기관에 대하여 책임을 지며(第1附屬書 第5節), 명확히 규정되어 있는 것은 아니지만 적어도 행정기관에 질의서를 제출할 수 있는 현재의 立法局의 權限도 인정될 것이라고 한다.²¹⁾ 홍콩基本法 第17條는 홍콩 特別行政區의 立法權을 규정하고 있는 바, 그 범위는 대단히 광범한 것으로 국방, 외교 및 홍콩 特別行政區 基本法의 규정에 의하여 홍콩 特別

20) 한편 영국정부는 1997년 이후에도 홍콩 特別行政區와 일정한 연결과 영향력 행사를 시도하였다. 즉, 1983년말과 1984년초 영국정부는 1997년 홍콩의 주권과 통치권을 반환한 후에도 홍콩정부내에서 예컨대, 律政司나 경찰서장 등과 같이 민감한 일부 직책에 영국인이 종전과 같이 임명될 수 있어야 한다고 주장한 바 있으나 중국은 단호히 거부하였다. 第1附屬書 第4節은 「警察部署는 1997년 이후에도 종전과 같이 “司級”部署에 속하지 아니 할 것이지만 영국인이 경찰기관의 장이 되거나 일부 중요한 다른 기관의 경우 副部署長의 직책도 주지 않겠다」는 중국정부의 입장이 반영된 것이다.

21) 陳弘毅, *supra* note 4, p.86.

行政區에 속하지 아니하는 일부 분야를 제외하고는 홍콩特別行政區가 民事·刑事·經濟 그리고 訴訟節次 분야에서 당해 行政區에 적용될 地方性 法規를 제정할 수 있다.

다만, 홍콩特別行政區가 제정한 법률은 全國人民代表大會 常務委員會에 보고하여 등록하여야 한다. 또한 그 법률은 홍콩基本法の 中央管理業務와 中央과 홍콩特別行政區의 關係에 관한 조항에 위반되는 경우 返送되며 이와 같이 반송된 법률은 지체없이 효력을 상실한다.

(2) 立法機關의 構成

홍콩基本法の 기초과정에서 상공업계를 대변하는 홍콩 保守派들은 立法機關의 構成方法에 관하여는 전체의석의 2분의 1은 職能團體가 선거를 통해 선출하고 4분의 1은 選舉人團이 선거를 통해 선출하고 나머지 4분의 1은 立法局, 市政局, 區域市政局 또는 區議會의 議員이 지명한 자들 중에서 市民이 직접 선출할 것을 주장하였다. 그러나 民主派는 立法機關의 전체의석의 2분의 1은 홍콩特別行政區 住民의 직접선거에 의해, 4분의 1은 職能團體가 선거에 의해, 나머지 4분의 1은 區議會, 市政局, 區域市政局이 선거에 의해 선출하여야 한다고 주장하였다.

홍콩基本法上 政治制度와 관련된 조항중 가장 중요한 부분은 홍콩特別行政區 立法機關이 選舉에 의해 구성된다는 점이다. 그러나 홍콩의 立法機關의 地位와 權限은 그다지 강하다고 말할 수 없다. 중국의 입법기관인 全國人民代表大會가 국가최고권력기관으로서 갖는 지위와 권한과는 크게 대조적이라고 할 수 있다. 1997년 이후 第1次 「立法會」는 分區의 「直選」議席은 20席에 불과하고(즉 60의 의석중 3분의 1), 2003년~2007년까지의 第3次 立法會는 普通選舉에 의하여 과반수에 달한다.²²⁾ 본래의 「立法會」는 장래 100분의 20에 달하는 의원이 외국 의 거주권을 갖는 것을 허용하고, 1995년에 선출된 의원은 1997년 이후까지의 과도기 동안 재임하지만 의안제출 및 표결권에 대해 크게 제

22) 홍콩特別行政區 基本法 第2附屬書 참고.

한을 가지고 있고 장래의 「行政長官」은 「立法會」의 규제를 받지 않도록 하여 行政權이 「立法機關」에 크게 미치도록 함으로써 중국의 홍콩에 대한 管轄統治에 편리하도록 하였다.²³⁾

다. 司法機關

(1) 司法體系

英·中共同宣言 第1附屬書 第3節은 「홍콩特別行政區가 설치된 후, 홍콩特別行政區 法院이 終審權을 향유함으로 인하여 발생한 변화외에는 홍콩特別行政區에서 시행되고 있는 기존의 司法體制는 유지된다」라고 규정하고 있다. 1997년 이후에도 기본적으로는 홍콩에 익숙한 영국의 사법제도가 그대로 유지될 것이다.

홍콩特別行政區的 현행 사법체제에서 최하급의 사법기관으로는 裁判司署(Magistrates' Courts), 死因研究廷(Coroners' Courts), 土地審裁處(Lands Tribunal), 少額全債審裁處(Small Claims Tribunal), 勞資審裁處(Labour Tribunal)이 있으며, 일반사법기관으로는 지방법원(District Court), 고등법원(High Court) 및 상소법원(Court of Appeal)이 있으며 고등법원과 상소법원을 합하여 最高法院(Supreme Court)이라 칭한다. 현재의 終審法院은 런던의 樞密院 司法委員會이다.

(2) 司法權의 獨立

(가) 意義

英·中共同宣言 第1附屬書 第3節은 「特別行政區 法院은 독립적으로 재판하며 어떠한 간섭도 받지 아니한다」라고 규정하고 있을 뿐만 아니라 司法免除權(Judicial Immunity) 및 法官의 任免과 관련하여

23) 鄧幸未, “對「香港基本法」的分析”, 『中國大陸』, 第23卷 第5號(1991. 5), p.52.

司法權의 獨立을 보장하고 있다. 第3節은 司法要員은 재판상의 직무수행 행위에 대하여는 법적 추궁을 받지 아니한다는 common law상의 '司法免除權'의 原則을 보장하고 있다. 香港特別行政區 基本法의 많은 조문에서도 香港特別行政區의 사법적인 면에서의 自治權을 규정하고 있다. 各급 법원의 재판권행사, 법원의 인적·물적 독립 및 香港特別行政區 終審法院이 설치되지 아니하는 한 기존 사법제도의 불변 등을 규정하고 있다.

(나) 法官의 任免

英·中共同宣言 第1附屬書 第3節은 현행 司法要員의 任免制度가 대부분 유지될 것임을 선언하고 있다. 현재의 首席按察司(Chief Justice), 上訴法院의 按察司(Justice of Appeal) 및 高等法院 法官은 英國王이 外交·聯邦業務長官과 협의한 후 내린 지시에 따라 香港 總督이 임명한다. 또한 地方法院의 法官과 裁判司 및 기타 司法要員은 香港 總督이 독자적으로 임명한다. 실제로는 司法職任命委員會(Judicial Service Commission)²⁴⁾는 법률상의 기관으로서 입법기관과 행정기관으로부터 간섭을 받지 않고 법관과 사법요원을 선정, 香港 總督에게 그 임명을 건의한다.

英·中共同宣言 第1附屬書 第3節에 규정된 제도는 이상과 같은 현행제도와 상당히 유사하다. 法官(裁判司와 同級の 司法要員은 제외)의 任免權은 特別行政區 行政長官이 행사하되 반드시 현지의 법관과 법조계 및 기타 분야의 저명인사로 구성된 獨立的인 委員會의 추천에 의거하도록 하였다. 또한 高級法官의 임명은 반드시 特別行政區 立法機關의 동의를 얻고 全國人民代表大會에 보고하도록 하고 있다.

英·中共同宣言 第1附屬書인 「中華人民共和國 政府의 對香港基本方針·政策의 具體的 說明」 第3節은 「香港特別行政區 法院의 법관은 香港

24) 首席按察司를 議長으로 하고 律政司, 按察司, 律士協會의 대표, 大律師協會의 대표, 公務員任用委員會委員長을 위원으로 구성되며, 동위원회가 심의평가를 한 후에 법관을 임명한다.

공지역의 법관들과 법조계 및 기타 분야의 저명인사들로 구성된 獨立委員會의 추천에 의하여 行政長官이 임명한다. 법관은 본인의 法曹能力에 따라 임용되어야 하며 기타 common law 適用國家로부터 초빙할 수도 있다」라고 규정하고 있다. 이것은 홍콩特別行政區가 中央人民政府의 수권에 따라 사법상의 상호협력을 도모할 수 있음을 의미한다. 1997년 이후의 과도기에 영국, 오스트리아, 뉴질랜드, 캐나다 등 慣習法을 시행하고 있는 국가의 인사들을 초빙하여 홍콩사법계에 협조하게 하는 것은 어떠한 면에서는 불가피한 것인지도 모른다. 그 이유는 첫째, 영국, 오스트리아와 같은 국가의 법률과 홍콩의 법률체계가 크게 다르지 않으며, 둘째, 1997년 이후 과도기에 홍콩사법의 수준을 유지하기 위해서는 外國法官들의 도움이 필요하며, 셋째, 1997년후 12년이 경과한 후에는 홍콩에 자격있는 법조계 인사들이 부족할 것이라는 점에 근거를 두고 있다. 뿐만 아니라 common law는 생기가 충만한 법 체계로서 매년 새로운 변화가 있게 되는데, 만약 이러한 common law 國家의 司法關係者들이 홍콩에서 활동할 경우, 홍콩은 common law 國家들과 긴밀한 관계를 가질 수 있고 기타 지역에서의 common law의 變化에 대하여 適時에 이해하고 홍콩의 현실에 조화시킬 수 있다.²⁵⁾ 그러나 홍콩特別行政區 基本法은 초빙할 法官의 資格에 대하여는 침묵을 지키고 있다.

한편, 현행 法官免職節次는 두 가지가 있다. 첫째, 지방법원, 고등법원 및 상소법원의 법관은 법률에 규정된 퇴직연령에 달하거나 법관이 스스로 사직하지 아니한 경우에도 질병 기타의 사유로 직무를 수행할 수 없거나 부정한 행위가 있는 경우 홍콩 總督에 의하여 면직된다. 이러한 면직조치를 취하기 전에 홍콩 總督은 홍콩내의 高級法院法官 3인으로 구성되는 審議庭에서 그 면직에 대하여 심의하도록 하여야 한다.

25) 楊鐵樑은 심판기능을 제고하거나 최소한 현재의 수준을 유지하기 위해서는 그러한 협조가 꼭 필요하다고 지적하고 있다.

심의정은 홍콩 총독에게 심의결과를 보고하며 그 보고내용에 따라 英國 樞密院에 파면을 요청한다. 홍콩 총독은 추밀원이 파면을 지시한 경우에만 당해 법관을 파면할 수 있다. 그러나 이상과 같은 엄격한 절차는 裁判司 및 기타 司法要員의 면직의 경우에는 적용되지 아니하며, 홍콩 총독이 개별적인 판단으로 免職措置를 취할 수 있다.

英·中共同宣言 第1附屬書 第3節과 홍콩特別行政區 基本法 第89條, 第90條에 의하면 1997년 이후에도 현행 罷免制度는 그대로 유지될 것이지만, 현행 審議庭의 조직을 약간 변경하여 신설될 終審法院의 大法官이 임명하는 3人 이상의 高級法官으로 구성되는 審議庭이 법관의 행위 및 직무수행능력을 심의한 후 법관의 파면여부를 건의하도록 하고 있다. 또한 最高級法官의 任命의 경우에는 行政長官이 立法機關의 동의를 얻어야 하며 또한 全國人民代表大會 常務委員會에 보고하여야 한다. 이러한 임명절차는 법관에 대해서만 적용되며 기타 司法要員(裁判司 등)에 대해서는 적용되지 않는다.

(다) 終審權

현재 홍콩最高法院의 民·刑事事件의 判決에 대해 당사자가 불복하는 경우 일정한 절차에 따라 영국의 樞密院 司法委員會에 상소하도록 되어 있기 때문에 현재로서는 홍콩이 終審權을 가지고 있지 않다고 할 수 있다. 그러나 英·中共同宣言과 基本法은 1997년 이후에는 홍콩法院이 終審權을 갖도록 함으로써 영국 樞密院 司法委員會나 北京의 最高人民法院의 終審權을 배제하고 있다.

1997년 이후 첫째, 현재 홍콩特別行政區內 최상급법원인 上訴法院을 終審法院으로 하거나, 둘째, 上訴法院의 상위에 새로운 終審法院을 신설하는 방법이 있을 수 있다.²⁶⁾

혹자는 홍콩의 終審權의 問題는 1997년 이전에 해결하는 것이 바람직하다고 주장하고 있다. 그 논거는 법률문제는 일정한 시점을 경계로

26) 陳弘毅, *supra* note 4, p.110.

한 순간에 해결될 수 있는 성질의 문제가 아니고 반드시 過渡期가 필요하다라는 것이다. 終審法院의 判決이 경비와 시간관계로 매년 20여건에 불과하기 때문에 현재 抗訴法院의 法官들이 終審法院의 法官을 겸임케하는 과도기를 거치도록 한 후 終審法院이 필요할 때 설치하도록 한다면 終審法院의 構成은 별다른 어려운 문제가 없다고 한다.²⁷⁾ 1997년 이전에 홍콩 終審法院을 설치한다면 경험이 축적되어 홍콩시민들에게 신뢰감을 얻을 수 있을 뿐만 아니라 外國의 司法共助를 위한 준비를 할 수 있다는 장점도 거론되고 있다.

만약 1997년 이후 홍콩에서 현재와 같이 上訴件이 많지 않음에도 불구하고 항구적인 終審法院을 설치한다면 비경제적이라고 주장하는 사람도 있으나, 외부에서 초청한 자격과 경험이 풍부한 법관들로 2 내지 3명의 抗訴法院 法官들을 추가해서 항구적인 終審法院을 구성할 수도 있을 것이다.

第 4 節 香港特別行政區 住民의 權利와 自由

1. 英·中共同宣言과 香港基本法上的 規定

香港基本法 第4條는 「香港特別行政區는 法이 정하는 바에 따라 주민과 기타의 人의 權利의 자유를 보장한다」, 英·中共同宣言 第3條 第5號는 「香港特別行政區는 法에 의거하여 신체, 언론, 출판, 집회, 결사, 여행, 이주, 통신, 파업, 직업선택과 학문연구 및 신앙 등의 權利와

27) 홍콩에 정식 上訴法院이 없었을 때에는 第1審法院의 법관들로 抗訴審裁判庭이 임시로 구성되었으며, 이를 合議庭이라 불렀다. 臨時的인 終審法院의 설치는 새로운 것이 아니고 그 선례가 있다. 브루나이(Brunei)는 홍콩법관을 초청하여 사건심리를 맡겼는데 사건종결후 홍콩법관은 귀국하게 되므로 브루나이 법원에는 법관이 없게 되었다.

자유를 보장한다. 사인의 재산, 기업소유권, 합법적인 상속권 및 외국인의 투자는 법적 보호를 받는다」라고 규정하고 있다. 동 선언의 第1附屬書 第13節도 「홍콩주민이 장래에 향유할 이러한 권리와 자유에 대하여 자세한 규정을 두고 있을 뿐만 아니라 《市民的·政治的 제권리에 관한 國際規約》과 《經濟的·社會的·文化的 제권리에 관한 國際規約》의 홍콩特別行政區에 적용되는 규정은 계속하여 유효하다」라고 선언하고 있다.

2. 中國憲法上的 公民의 權利 및 自由와 基本的人權과의 本質的 差異

가. 中國憲法上的 公民의 權利 및 義務에 관한 規定

1982년 中國憲法 第2章에는 公民이 향유하는 각종의 권리와 자유에 관한 일련의 조항을 두고 있다. 특히 종전의 중국헌법들에 비해 公民의 權利·義務에 관한 조항들은 훨씬 상세한 내용을 두고 있고 또한 과거 문혁당시의 무법상태에 대한 반성으로 법에 의하지 아니한 체포·구금·수색을 금지하고 인간존엄의 불가침성 등 새로 추가된 公民의 권리에 관한 조항도 눈길을 끈다. 중국의 학자들은 통상적으로 헌법 제2장에 규정된 公民의 權利와 自由를 다음 8가지로 분류하여 설명하고 있다.

- ① 公民은 법앞에 평등하다는 「平等權」(제33조)
- ② 선거권과 피선거권, 언론·출판, 집회·결사, 여행, 시위의 자유, 국가기관 또는 그 직원이 公民의 權利를 침해하여 손해를 입은 경우 法이 정하는 바에 따라 보상을 받을 수 있다는 권리 등 「政治的 權利와 自由」(제34조 내지 제41조)
- ③ 「宗教와 信仰의 自由」(제36조)
- ④ 身體의 自由(제37조 내지 제41조)
- ⑤ 노동권, 휴식권, 물질보조권과 같은 「社會的 經濟的 權利」(제41조 내지 제45조)
- ⑥ 교육을 받을 권리, 과학연구, 문예창작 및 기타의 문화활동의 자유와 같은 「文化的·教育的 權利와 自由」(제46조 내지 제47조)

⑦ 「婦女, 婚姻 및 家庭에 관한 權利」(제48조 내지 제49조)

⑧ 「華僑와 귀국한 僑胞의 權利」(제51조)

이상에서 볼 수 있듯이 중국헌법은 개인의 정치적 권리와 자유뿐만 아니라 경제적·사회적·문화적 권리 등에 대해서도 규정하고 있다. 또한 公民의 義務를 규정한 헌법 제2장은 국가통일의 유지·보호, 법률 준수, 노동기율과 사회공중도덕의 존중, 국가의 안전·명예·이익의 유지·보호, 법률에 의거한 영역 및 납세 등 규정하고 있는 바, 이것들은 가장 기본적이고 중요한 의무만을 예시한 것이므로 그 밖에 법률로 정한 의무가 있을 수 있다.²⁸⁾

나. 中國憲法上的 公民의 權利와 義務의 法的 性格

(1) 社會主義的 人權觀

社會主義法理論에 의하면, 인류사회 자체의 계급적 성격상, 超階級的 抽象的 人性은 존재할 수 없으므로 추상적인 인간은 없으며 따라서 추상적 인권은 존재하지 아니한다는 전제하에, 인권은 그 본질상 계급적 성격에서 탈피할 수 없다고 한다. 마르크스는 唯物論의 관점에서 “인간의 본질은 개개인 고유의 추상물이 아니며, 인간은 각종 社會關係의 總和이고, 인간은 주관적으로는 이러한 사회관계를 초탈할 수 있을지 모르지만, 객관적으로 經濟範疇의 人格化일 뿐이다”라고 지적하였다.²⁹⁾

이와 같이 마르크스는 人間을 오로지 사회관계의 산물로 파악하고 있기 때문에, 천부인권의 관념을 歷史唯心主義의 산물이라는 이유로 철저하게 배격하고 있다. 天賦人權說이 주장하는 자유와 평등도, 유산계급과 무산계급은 상호적대적이라는 선형적 전제에서 출발하는 마르크스·레닌주의의 입장에서 보면 전혀 추상적인 것이 아니다. 계급의 不自由와 不平等이 존재하여야 자유와 평등의 계급적 요구가 나오게 되며, 자유·평등·박애는 유산계급의 인권의 표현일 뿐이므로 무산계급

28) 陳弘毅, “中國公民的權利與義務”, 『人權與法治』, *supra* note 4, p. 106.

29) 許光泰, 『中共法制論』, (臺北: 臺灣商務印書館, 1990), p.2.

의 인권은 될 수 없기 때문이다. 마르크스는 “유산계급은 자유와 평등을 주창하지만 실제로는 자유와 평등을 무산계급과 노동인민에게는 주지 않으며, 유산계급의 통치가 무산계급혁명의 위협을 받게 되면 자유와 평등을 步兵, 騎兵, 砲兵으로 바꾸는데 조금도 주저하지 않는다”라고 주장한 바 있다.³⁰⁾

마르크스는 인권을 정치적 권리이자 사인의 권리로서의 성격을 가지며 권리의 가장 일반적인 형식이라고 규정짓고, 공산주의와는 상반되는 개념이라는 전제하에 「猶太인에 관한 문제」라는 글에서, 유대인이 요구하는 정치적 해방은 인류의 해방이 아니며, 이것은 철저히 못하고 모순적인 것이라고 주장하였다.³¹⁾ 마르크스는 人權(droits L'homme)은 시민사회 구성원의 권리인 公民權(droits du citoyen)과는 다르며, 前者는 인간의 본질과 공동체에서 벗어난 이기주의적 인간의 권리라고 하였다. 예컨대, 유대인이 요구하는 신앙의 자유(즉 一般人權)는 인간과 인간의 결합이라는 토대위에서가 아니라, 인간과 인간의 분리라는 토대위에서 실현되는 자기폐쇄성을 가진 것이라고 하였다.³²⁾

(2) 中國 國內法上의 人權觀念의 變遷

중국의 법학자들은 권리는 국가가 제정한 헌법과 법률이 확인한 바에 따라 公民이 어떠한 행위를 실현할 수 있는 「可能性」일 뿐이며, 의무는 국가가 제정한 헌법과 법률에서 확인한 바에 따라 公民이 어떠한 행위를 수행하여야 할 「必要性」이라고 한다.³³⁾ 따라서 권리는 계급독재의 도구인 국가가 부여하는 것이며, 계급이 다르면 권리의 내용도 달라지는 것이므로 超階級的인 天賦人權은 있을 수 없다.³⁴⁾ 이와 같이 중국도 유산계급의 인권을 형식적이고 가식적인 것이라고 비난하지만, 유

30) *Ibid.*

31) *Ibid.*, p.4.

32) *Ibid.*, p.5.

33) 張鑫, 『大陸法制之現狀問題』, (臺北: 蔚理法律出版社, 1988), p.2.

34) 中國의 法學者들은 人權이라는 용어는 外견상 階級的의 外衣를 입고 있을 뿐만 아니

산계급의 통치를 뒤엎고 무산계급의 정권을 수립하기 위하여 인권의 구호를 적극적으로 이용하였다.³⁵⁾ 중국은 실제로는 「以其人之道，還治其人之身」을 염두에 두고, 유산계급이 과거 半封建專制主義와 투쟁할 때 사용하던 구호를 역으로 유산계급과의 투쟁에서 무기로 삼았다. 예컨대, 中華人民共和國政府樹立 이전에 적지 않은 人權保障條例가 반포되었으며,³⁶⁾ 1948年 중국공산당이 영도하던 학생운동에서는 中國人權同盟과 人權保障委員會와 같은 조직도 설치된 바 있다.³⁷⁾

중국은 그 전제가 되는 계급관념의 여하에 불구하고 인권이란 근본적으로 資本主義 및 植民地와 半植民地時代의 유물일 뿐이며, 무산계급이 통치계급의 지위에 있는 사회주의사회에서는, 무산계급과 인민군중의 인권은 근본적으로 보장되어 있기 때문에 人民이 인권을 요구하는

라, 실제로도 극히 선명한 階級性을 지니고 있는 유산계급의 구호일 뿐이며, 마르크스의 「人權은 그 자체가 다른 아닌 特權」이라는 주장에 따라 유산계급이 말하는 인권이란 그들의 特權을 의미하는 것에 불과하다고 지적한다. 그러나, 그들도 17~18세기, 서구의 계몽사상가들이 封建專制制度와의 투쟁과정에서 인권을 옹호함으로써, 인민을 각성시켜 자유와 민주를 쟁취하고 사회적 진보와 발전을 가져다 주었다는 사실을 부인하지는 않았다. 즉, 인권의 구호는 유산계급의 對봉건전제투쟁에 서는 進步的인 機能을 하였으나, 유산계급의 지위가 확립됨에 따라 그러한 작용을 상실하게 되었고 인민에게는 기만적인 것이 되었다는 것이다. *ibid.*

35) 중국이 이러한 투쟁방법을 최초로 사용한 것은 아니다. 엥겔스는 “무산계급은 유산계급의 말(言)꼬리를 움켜지고…… 平等은 표면적인 것이어서는 아니되며, 國家領域에서 뿐만 아니라 社會的·經濟的 領域에서 실행되어야 하므로, 프랑스 유산계급이 프랑스革命으로 시민의 평등을 최초로 제기한 후, 프랑스 무산계급은 유산계급을 향하여 社會的·經濟的 平等的 침봉을 들이 대었다. 이러한 평등이 프랑스 무산계급 특유의 전투 구호가 되었다”라고 지적한 바 있다. 許光泰, *supra* note 29, pp.8~9.

36) 山東人權保障條例(1940年 11月 11日 通過·公布·施行), 陝甘寧邊區人權財產權保障條例(1941年 11月 17日 通過), 冀魯豫邊區人民權利保障暫行條例(1941年 11月 23日 公布), 假西北人權保障條例(1942年 11月 公布), 渤海區人權保障條例執行規則(1943年 2月 21日 通過·公布·施行), 哈爾濱特別市政府布告(秘字 第二十號), 豫皖蘇邊區行政公署의 淮海區人權保障改正條例(1948年 5月 公布) 등이 제정되었다. 『中國新民主主義革命時期根據地法制文獻選』編, 第1卷, (北京:中國社會科學出版社, 1981), pp.89~109.

37) 張鑫, *supra* note 33, p.2.

자체가 자기모순이라고 생각하여 왔다.³⁸⁾ 또한, 階級의 人權觀에 따라 무산계급과 유산계급의 차원에 그치지 않고 인민과 적간의 계급대립에 까지 확대하여, 인민의 권리를 보호할 수 있을 뿐이고 반혁명분자, 형사범 등 人民의 敵의 인권은 보호할 수 없다는 입장을 취하여 왔다. 중국에서는 人民과 敵이라는 개념은 일정한 歷史內容과 階級內容을 가지고 있으므로 상이한 조건하에서는 인민의 내용도 반드시 변화하며, 중국에 순종하는 일체의 계급, 계층, 개인은 모두 인민의 범주에 속하지만 나머지는 모두 人民의 敵으로 간주되었다. 이러한 「人民과 人民의 敵」을 대립개념으로 하여 설명하는 인권이론은 「무산계급과 유산계급」이라는 대립개념을 전제로 한 것보다는 훨씬 탄력적이어서, 중국이 소위 階級의 敵을 탄압하는 이론적 무기로서 효과적으로 이용될 수 있었다.³⁹⁾ 외부세계에서 중국의 人權不在를 지적하는 경우, 중국은 국가와 법률이 보장하는 것은 일정한 계급의 이익과 권리일 뿐이므로 그러한 지적은 국내문제에 대한 간섭에 해당하는 것이라고 반박하여 왔다. 혁명당시 臨時憲法이었던 中國人民政治協商會議 共同綱領과 中華人民共和國政權 수립 이후 제정되었던 4개의 憲法 및 기타 法律文書에서도 인권이라는 용어에 갈음하여 公民의 權利라는 표현을 사용하고 있다.

그러나, 中國에서는 對外開放政策의 추진과 더불어 다음과 같은 새로운 견해가 등장하기 시작하였다.⁴⁰⁾ 첫째, 인권은 유산계급적인 것만은 아니며, 유산계급의 啓蒙思想家들이 人權과 神權, 人權과 特權은 상호 대립되는 것으로 파악한 것은 인류역사상 첫번째의 위대한 思想解放運

38) *Ibid.*

39) 人權은 유산계급의 관념과 구호이고 유산계급이 封建政權과 神權思想에 반대하기 위한 무기였지만, 그와 동시에 유산계급을 위한 裝飾的인 造花라는 입장에서, 社會主義國家에서 人權保障의 口號를 내세우는 것은 유산계급의 민주와 자유를 쟁취하고자 하는 것이며, 階級鬭爭의 敵이 무산계급을 공격하기 위한 수단이라고 보아, 反動的인 것으로 간주하여 왔다. 이러한 인식은 中華人民共和國政府 樹立 이후, 30년이상 지배적인 것이었으며, 文化大革命 시기에서의 人權彈壓도 여기에 바탕을 둔 것이었다. *ibid.*

40) 王鐵崖, 『國際法』, (北京: 法律出版社, 1981), p.268.

動이었으며, 따라서 사회주의체제하에서도 인권은 적극적인 의의를 갖는다는 說이다.⁴¹⁾ 둘째, 한걸음 더 나아가, 유산계급도 그의 人權觀을 가지고 있듯이 무산계급도 자신의 人權觀을 가져야 하며, 後者は 前者보다 더욱 진보적이고 숭고한 것이어야 할 뿐 아니라 人民의 利益에 부합된 것이어야 한다는 說이다.⁴²⁾ 실제로 중국은 對外開放政策의 추진과 더불어 個體經濟를 크게 확대·허용하고 소규모의 사유재산권을 인정하고 있다. 자본주의국가의 관점에서 보면 대단히 제한적인 것이지만, 중국이 개인에게 비교적 큰 권리와 자유를 부여하고 있는 것만은 사실이다.⁴³⁾

다. 홍콩住民의 權利와 自由

중국에서는 어떠한 권리가 헌법에 명시되어 있다 할지라도 全國人民代表大會가 제정한 법률에 의하여 제한되거나 폐지될 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 왜냐하면 全國人民代表大會는 最高國家權力機關이므로 다른 어떠한 기관도 全國人民代表大會의 立法이 헌법규정에 부합되는지를 심사할 수 없기 때문이다.⁴⁴⁾ 보다 구체적으로 설명한다면, 중국의 人民法院은 全國人民代表大會와 그 常務委員會가 제정한 법률의 合憲性을 심사하거나 國務院이 제정한 행정법규의 合憲性·合法性을 심사할 권한을 가지고 있지 않다. 중국의 憲政史를 볼 때 1982년 이전의 중국헌법도 인민의 권리와 자유에 관한 조항을 두고 있었으나 국가기관에 의해 그러한 권리와 자유가 본질적으로 침해된 사례가 빈

41) 王家福, 陳爲典, “「人權」不是無產階級的口號,” 『北京日報』, 1979年 4月 22日字, 1面.

42) 李澤銳, “關於國際人權法的理論探討,” 『中國國際法年刊』(1983), p.93~116.

43) 그러나 1985년 美國 國務部 中國人權報告書는 「중국의 개인 및 가정생활, 거주, 이전, 여행, 직업선택 등이 크게 제한을 받고 있음」을 명시하고 있고, 또한 1986년 美國議會도 「중국에서는 언론, 신문, 종교, 결사 및 여행의 자유 등이 여전히 중대한 제한을 받고 있으며, 특히 強制落胎는 인권위반이다」라고 지적한 바 있다. 許光泰, *supra* note 29, pp.10~11.

44) 陳弘毅, “中國公民的權利與義務”, 『人權與法治』, *supra* note 4, p.107.

번히 발생하였다. 여기에서 우리는 社會主義 法理念이 인민의 자유와 권리보다 상위의 개념임을 알 수 있다.

이와 관련하여 홍콩住民은 이러한 중국 헌법상의 公民의 권리가 아닌 홍콩特別行政區 基本法상의 권리와 자유를 향유하고 中國內地的 公民은 사회주의제도에 따른 권리와 자유를 갖는다는 점은 제1장의 一國兩體制의 개념과 성질을 논술하는 가운데 충분한 설명이 되었을 것으로 판단되므로, 여기에서는 그 설명을 약하기로 한다. 한 가지만 부언한다면 中國內地的 주민의 권리와 자유 및 홍콩住民의 권리와 자유는 그 이념적 배경과 존립기반 자체가 다른 모순적인 별개의 것임에도 불구하고 중국 내에서 공존하게 된다는 점이다.

3. 홍콩特別行政區 基本法の 몇 가지 立法上的 欠缺

가. 「市民的·政治的 제권리에 관한 國際規約」과 「經濟的·社會的·文化的 제권리에 관한 國際規約」의 適用問題

「市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約」과 「經濟的·社會的·文化的 諸權利에 관한 國際規約」은 영국이 가입하고 있기 때문에 현재까지는 홍콩에까지 그 효력이 미치고 있으며, 영국이 자국 영토내의 規約實施狀況을 매년 Geneva所在의 유엔 人權委員會에 보고하고 있다. 다만, 英·中共同宣言 第1附屬書 第13節의 「이들 規約의 홍콩特別行政區에 적용되는 규정은 계속하여 유효하다」라는 규정을 두고 있을 뿐이다.

홍콩基本法の 기초작업이 개시된 이후, 홍콩의 많은 학자들이 이들 규약이 홍콩特別行政區에 적용되는 것은 아니므로 이들 2개의 규약을 홍콩特別行政區의 法律이나 홍콩特別行政區 基本法에 편입하여야 한다는 지적을 한 바 있다.⁴⁵⁾

45) 예컨대, 陳文敏, “基本法與民權法案”, 『九十年代』, (1985. 10), p.22.; 陳弘毅, “基本法和國際公約”, 『明報』, (1986. 9. 16). 특히 陳弘毅는 英·中共同宣言 第1

홍콩特別行政區 基本法 第3章 第39條는 이러한 주장을 부분적으로 수용하여 第1附屬書 第13節의 규정을 「……적용되는 규정은 계속 유효하며, 홍콩特別行政區의 법률로 채택하여 시행한다」라고 함으로써 보완하고 있다.

홍콩特別行政區 基本法에서 이들 규약이 계속 유효하며 홍콩의 법률로 채택하여 시행한다고 규정하였기 때문에 이들 규약의 규정을 基本法의 하위에 있는 홍콩의 法令에 반영하는 것은 법리적으로 또한 입법 기술적으로 전혀 무리가 없다. 그러나 그러한 규정을 두지 않았다면 이들 규약의 내용을 下位法令에 규정하는 것은 홍콩立法府의 權限範圍를 踰越한 것이다. 基本法에 그러한 규정을 둔 의미는 바로 이러한 면에서 찾을 수 있을 것이다. 그러나 이들 규약에서 지금까지 홍콩에 적용되는 모든 규정을 立法化하여 실시하게 될 것인지 또는 그러한 규정중 일부만을 실시하게 될지는 알 수 없다. 이러한 제39조의 내용은 다음과 같이 다양하게 해석될 수 있을 것이다.

첫째, 영국이 유보한 조항외에는 이들 규약의 전부가 홍콩特別行政區에 적용된다고 해석될 수 있다. 영국은 이들 규약을 체결하면서 일부 조항을 유보하였는 바, 그 중 비교적 중요한 것은 「市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約」 제25조의 公務參與에 관한 조항이다.

둘째, 영국이 유보한 조항은 당연히 적용이 배제될 뿐만 아니라 이들 규약중 권리와 자유에 관한 부분만 홍콩特別行政區에 적용된다고 해석할 수 있다. 「市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約」의 제1조 내지 제27조 및 「經濟的·社會的·文化的 諸權利에 관한 國際規約」의 제1조 내지 제15조가 권리와 자유에 대한 조항이다. 「현재로서는 영국이 유보하지 아니한 모든 조항이 영국을 매개로 하여 홍콩特別行政區에 적용되지만 중국이 이들 규약에 가입하지 아니하는 한 권리와 자유에

附屬書 第13항의 조문을 이행하기 위해서는 홍콩特別行政區 基本法에 이에 관한 규정을 둠으로써 이들 規約이 홍콩特別行政區에서 효력을 갖도록 해야 할 것이며 이것이 유일한 방법이라고 지적한 바 있다.

관한 부분만이 계속하여 홍콩特別行政區에 적용된다」는 것이 두번째의 해석이다.

세째, 권리와 자유에 관한 조항도 전부 홍콩特別行政區에 적용되지는 아니한다는 해석이다. 예컨대 「市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約」 제18조의 프라이버시의 권리와 제19조에 보장되는 알 권리는 홍콩의 現行法制下에서 인정되지 아니하므로 홍콩特別行政區에 적용될 수 없다고 한다. 그러나 이러한 입장은 英·中共同宣言에서 사용된 ‘as applied’라는 표현을 문자 그대로 해석한다면 타당하지 아니하다.

陳文敏은 홍콩基本法이 이들 규약의 홍콩特別行政區에의 적용범위와 관련하여 명확한 규정을 하고 있지 않기 때문에 단정할 수는 없지만, 두번째 해석이 가장 가능성 있는 해석이라고 주장한다.⁴⁶⁾

그러나 홍콩特別行政區 基本法에 이러한 규정을 두었다고 할지라도 1997년 6월 30일 이전에 중국이 체약국이 되지 아니한다면 이들 규약이 홍콩特別行政區에 직접 적용되는 것은 아니다. 다시 말해서 1997년 이후에는 중국이 이들 규약에 가입하고 홍콩에까지 그 효력을 인정하고 이들 규약의 내용을 基本法에 반영하지 아니하는 한 이들 規約이 홍콩에 직접 적용되는 것은 아니다. 왜냐 하면 이들 규약이 홍콩에 적용된다는 것과 국제법상 조약당사자로서의 중국에 대해 구속력을 갖는다는 점을 구별되어야 하기 때문이다.⁴⁷⁾

다시 말해서 英·中共同宣言에 규정된 내용은 條約으로서 중국을 구속하지만 그것은 단순히 이들 規約의 시행만을 약속한 것이며, 따라서 현재와 같이 규약의 당사자로서의 영국이 홍콩 등 자국 영토내의 규약 실시상황을 매년 Geneva소재의 유엔 人權委員會에 보고하는 등의 의무는 중국이 부담하지 않는다.⁴⁸⁾

46) 陳文敏, “基本法與市民的權利和自由”, 『人權與法治』, *supra* note 4, p.77.

47) 陳弘毅, “國際人權公約與香港”, *ibid.*, p.92.

48) 「현재로서도 이들 規約이 홍콩에 직접 적용되는 것은 아니며 따라서 法院에서의 執行이 가능하지 않다」는 지적은 정확한 것이라고 여겨진다. 홍콩特別行政區 基本法상의 주민의 권리와 전술한 2개의 國際規約 규정상의 권리의 괴리에 대한 비판

나. 私有財産의 保護問題

基本法 제3장은 제1장의 「一國兩制」, 「50년간 不變」, 「資本主義制度 不變」등 정치적 성질의 조문에만 얽매어 私有財産의 所有·利用權을 완전하게 보장하지 아니한 점도 비판의 대상이 되고 있다.⁴⁹⁾ 제18조는 제3장의 자유와 권리에 대한 보장에 국한되는 것이고 재산의 소유·이용권의 보장과 관련되어 있는 것은 아니다. 이러한 제18조의 규정은 홍콩特別行政區 住民이 아닌 者의 財産所有·利用權이 基本法에 의한 보호대상이 될 수 없다는 것을 의미하는지 아니면 단순한 立法上의 漏落인지 알 수 없다.

한편, 마르크스는 自由權이라는 人權을 사유재산에까지 미치는 것으로 보아 私有財産이란 인간과 인간의 분리를 전제로 사회의 속박을 받지 않고 자신의 재산적 권리를 사용·처분하는 것이라는 근거로, 일종의 私利私慾의 權利로 보고 있다. 즉, 자신의 財産的 自由를 실현함에 있어서는 타인 즉 사회전체를 고려하지 않는다는 점을 그 논거로 하고 있다. 마르크스는 平等도 역시, 이기주의에서 출발하는 것으로, 자신의 이익에 폐쇄되어 사회전체의 구성원으로부터 이탈하여 실현되는 것이라고 주장한다.⁵⁰⁾ 요컨대, 自由平等은 상품소유자의 자유와 평등, 자본의 자유와 평등이 될 수 있을 뿐이다. 마르크스는 “사유재산과 사유제도하에서의 勞動은 인간의 본질적인 상실이며, 인간을 착취하는 제도인 사유재산제의 포기가 인간 본성의 회복에 필수적이다”라고 주장하였고, 엥겔스도 人權의 階級的 本質을 논하면서 “선포된 가장 중요한 인권의 하나는 유산계급의 소유권이다”라고 지적한 바 있다.⁵¹⁾ 레닌도 階級消滅의 必要性을 강조한 바 있다. 즉, 레닌은 “무산계급은 반드시 계급을

에 대하여는 陳文敏, “論基本法與居民權利部分討論考”, 『人權與法治』, *supra* note 4, pp.94~100.

49) *Ibid.*, p.98.

50) 許光泰, *supra* note 29, p.6.

51) *Ibid.*

소멸시켜야 하며, 이것이 바로 무산계급의 민주이고 무산계급의 자유(자본가로부터 벗어난 자유, 상품교환으로부터 벗어난 자유)와 무산계급의 평등(자본과 자본주의를 뒤집어 엮은 노동자의 평등)의 진정한 내용이며, 마르크스주의자들이 소멸시켜야 할 계급이란 주로 유산계급이라고 할 수 있다. 그 이유는 일체의 生産手段을 소유하고 있는 유산계급은 사유재산제하에서 자유롭게 無産階級을 박탈하고 노역시킬 수 있는 권리를 향유하는 반면에, 무산계급은 자유롭게 자신의 노동력을 팔 수 있는 권리만을 가질 뿐이기 때문이다”라고 역설하였다.⁵²⁾

이와 같이 社會主義 哲學과 法學에 의한다면, 홍콩이 私有財產制度를 기본적으로 채택하는 것은 中國의 社會主義的 所有制와는 완전히 모순되는 것이다. 그러나 엄격한 의미에서 홍콩에서 사유재산제도를 실시하지 아니한다면 그것은 一國兩體制의 존재가치를 희석시키는 결과를 초래할 것이다.

다. 홍콩住民의 範圍問題

基本法 제3장은 기본적으로 홍콩特別行政區 住民의 權利와 自由를 보장하고 있지만 「홍콩特別行政區 住民」의 개념을 포함하고 있지 않다. 제28조는 홍콩特別行政區 住民이외의 「기타의 人」의 권리와 자유를 보장하고 있는데 여기에 法人을 포함하는지는 알 수 없다. 홍콩特別行政區 法律制度하에서 등록된 有限會社 및 일부 法定團體는 재산을 소유하고 소송을 제기하고, 법률자문을 얻을 수 있는 독립된 법적 지위를 가질 뿐만 아니라 法人은 자본주의 사회에서 대단히 중요한 역할을 함에도 불구하고 제3장은 법인에 대한 보장을 완전히 무시하고 있다.⁵³⁾

52) *Ibid.*

53) 陳文敏, “論基本法與居民權利部分討論考”, *supra* note 4, p.98.

第 5 節 홍콩特別行政區 基本法の 解釋權과 기타 홍콩法律에 대한 解釋

1. 中國의 公式的 法律解釋制度

가. 立法解釋

중국의 공식적인 法解釋은 立法解釋, 司法解釋 및 行政解釋으로 분류되는 바, 입법해석은 立法權을 가진 국가기관이 법률을 해석하는 것이며 다음 3가지로 나누어 진다.

첫째, 中國憲法 第67條에 의하면 全國人民代表大會 常務委員會는 헌법과 법률을 해석하는 권한을 가진다. 中國憲法에는 全國人民代表大會 자신이 헌법과 법률을 해석한다는 명시적인 규정을 두고 있지는 않지만 전국인민대표대회는 상무위원회의 부당한 결정을 수정 또는 취소할 수 있다(제62조 제11호). 그런데 1981년 6월 제6회 전국인민대표대회 상무위원회 제19차 회의에서는 「法律解釋工作의 強化에 관한 決議」를 통과시켰는 바, 同 決議는 법률조문 자체가 더욱 명확한 한계를 설정하거나 보충규정할 필요가 있을 때에는 全國人民代表大會가 解釋을 하거나 法令으로 規定을 추가할 수 있음을 밝히고 있다.

둘째, 同 決議에 의하면 또한 地方性法規의 조문이 더욱 명확한 한계를 요하거나 규정을 보충할 필요가 있을 때에는 그 法規를 제정한 省級人民代表大會 常務委員會가 해석한다.⁵⁴⁾

셋째, 法案起草機關(예컨대 全國人民代表大會 常務委員會의 法制工

54) 그 법적 근거는 省 및 直轄市の 人民代表大會와 그 常務委員會는 헌법, 법률, 행정 법규에 저촉되지 아니한다는 전제하에 地方性法規를 제정한다는 憲法 第100條의 규정에서 찾을 수 있다.

作委員會)이 입법기관(예컨대, 全國人民代表大會 또는 그 常務委員會)에 대하여 법안설명을 한 경우에는 당해 法案이 정식으로 통과된 후 그 설명은 법적 구속력을 갖는다.

나. 司法解釋

司法解釋이라 함은 立法機關의 授權에 의하여 사법기관이 법률규범을 구체적인 사건에 적용하는 때에 관련 법률에 대해 해석하는 것을 말한다. 상기의 「法律解釋工作의 強化에 관한 決議」에 의하면 法院이 재판과정에서 구체적으로 법률을 적용함에 있어서는 最高人民法院이 관련 법률을 해석하며 檢察院의 검찰활동에서의 구체적인 법률적용시에는 검찰원이 관련 법률을 해석한다. 최고인민법원 이하의 법원이 구체적인 사건을 처리함에 있어서 관련 법률에 대하여 행한 해석은 당해 사건에 대한 판결에 대해서만 효력을 가질 뿐이며 일반적인 효력을 갖지 않는다.

다. 行政解釋

그 밖에도 行政解釋이 있다. 上記의 「法律解釋工作의 強化에 관한 決議」에 의하면 재판과 검찰업무에 속하지 아니하는 법률의 구체적 적용과 관련하여서는 國務院 및 主務機關에 해석권이 있으며, 지방성법규의 구체적 적용과 관련하여서는 省級人民政府 主務機關에 解釋權이 있다.⁵⁵⁾

2. 中國과 香港特別行政區의 法律解釋制度上的 差異

① 香港特別行政區의 統治機構에는 전국인민대표대회와 유사한 권력

55) 또한 법률에 대한 非公式的인 解釋도 지적할 필요가 있을 것이다. 주로 법학분야의 학술연구, 저작, 교과서에서의 법률에 대한 해석을 非公式的인 解釋이라 할 수 있다. 물론 이러한 해석은 法的 拘束力이 없다.

기관이 없으며 홍콩特別行政區는 기본적으로 三權分立의 원칙을 채택하고 있다. 따라서 立法機關이 行政機關과 司法機關의 優位에 군림하여 월등한 권한을 가지는 것은 아니다. 예컨대 中國 內地와는 달리 法院이 立法機關에 의하여 구성되는 것도 아니고 立法機關에 대하여 責任을 지거나 監督을 받는 것도 아니다. 현행 홍콩법제하에서 입법기관은 立法權을 가지고는 있지만 法律解釋權을 가지고 있지 않다. 재판과정에서는 법원이 관련 법률을 해석할 수 있는 排他的 權限을 갖는다.

② 홍콩特別行政區 立法機關은 법원의 재판과정에서의 구체적 적용과 관련하여 법률을 해석할 수도 없을 뿐만 아니라 법률조문에 보다 명확한 한계를 설정하거나 보충할 필요가 있을 때에도 해석을 할 수 없다. 이러한 경우 정식입법절차를 거쳐 관련 조문을 개정·보완할 수 있을 뿐이다. 또한 法案起草機關이 법안설명을 한 경우에도 그 설명이 법적 효력이나 구속력을 갖지 않는다.

③ 홍콩特別行政區에서는 行政解釋은 인정되지 아니한다. 행정기관이 그 업무범위내에서 법률의 구체적 적용과 관련하여 해석을 하는 경우, 그러한 해석이 법적 효력을 갖는 것은 아니다.

④ 홍콩特別行政區의 法院은 재판과정에서의 법률의 구체적 적용과 관련하여 해석권을 갖는다. 終審法院외에도 다른 高級法院이 재판시에 행한 法律解釋은 제한된 범위내에서 법적 효력과 권위를 가지며 下級法院을 기속한다. 특히 재판과정에서 法院이 불명확한 조문에 대해 立法機關에 그 해석을 요구하는 것이 아니라 자신이 직접 해석하게 되며 이와 같은 재판시의 법률해석은 判例拘束性(Stare decisis)에 의해 법적 효력과 권위를 갖는다.

⑤ 中國法體系에서는 憲法, 全國人民代表大會 또는 그 常務委員會가 제정한 法律, 國務院이 제정한 行政法規(헌법 제89조), 省級人民代表大會 또는 그 常務委員會가 제정한 地方性法規(헌법 제100조) 및 民族自治地區 人民代表大會가 제정하는 條例(헌법 제116조)가 있다. 각종 법규의 合憲성과 合法性을 심사하고 違憲 또는 違法한 규정을 폐지하는 權限은 각각 全國人民代表大會, 그 常務委員會 및 國務院(헌법

제 62, 67, 89조)에 속한다.

3. 홍콩特別行政區 基本法の 解釋權 및 改正權

가. 홍콩特別行政區 基本法の 解釋

홍콩特別行政區 基本法에 관한 論議가 전개되기 시작한 이래, 基本法の 解釋權의 소재에 관한 문제는 가장 관심이 집중된 분야중의 하나였다. 이와 관련하여 일찌기 1985년 2월 7일 新華社 香港支社長은 「基本法은 最高權力機關인 全國人民代表大會가 제정한 것이고 解釋權은 제정·의결한 기관에 속하는 것이므로 全國人民代表大會가 基本法の 解釋權을 갖는다. 解釋權과 終審權은 별개의 것이므로 이것들은 혼동하여 한가지로 묶어 말할 수 없다」라고 지적한 바 있다.⁵⁶⁾

이러한 입장은 中國과 홍콩特別行政區의 법제상의 기본적인 차이, 一國兩體制論의 본질 등을 감안하지 아니하고 基本法은 중국법체계내의 하나의 법률일 뿐이라는 전제에 입각한 것이다. 특히 「국가는 필요한 경우 特別行政區를 설치한다. 特別行政區內에서 시행되는 제도는 구체적인 상황을 감안하여 전국인민대표대회가 법률로 정한다」라는 제31조의 취지를 고려하지 않은 채 제67조에 규정된 全國人民代表大會 常務委員會의 解釋權에만 초점을 맞춘 입장이라는 비판이 홍콩의 많은 학자들로 부터 제기된 바 있다.⁵⁷⁾

홍콩特別行政區 基本法 제158조는 後者의 입장을 받아 들여 홍콩特別行政區가 高度의 自治權을 향유하지만 “이 法の 解釋權은 全國人民

56) 陳弘毅, 『香港法制與基本法』, (香港: 廣角鏡版社有限公司, 1986), p.196.

57) 예컨대, 陳弘毅는 상기의 「法律解釋工作的 強化에 관한 決議」와 홍콩特別行政區의 法院이 終審權을 갖는다는 점을 동시에 고려하여 「基本法の 조문에 대한 보다 명확한 한계설정 또는 규정의 보충이 필요한 경우에는 全國人民代表大會 常務委員會가 해석 또는 규정을 추가하되, 홍콩特別行政區 法院의 재판과정에서의 구체적 법률적용시에는 홍콩特別行政區 法院이 관련 법률을 해석한다는 二元的인 解釋節次를 인정하는 것이 基本權의 解釋問題를 원만히 해결할 방법」임을 지적하였다. *ibid.*, p.200.

代表大會 常務委員會에 속한다”라고 규정하고 있다. 물론 홍콩特別行政區 法院이 사건을 심리하는 때 홍콩特別行政區의 자치범위내에 속하는 홍콩特別行政區 基本法の 條項에 대하여는 독자적으로 해석할 수 있다. 홍콩特別行政區 基本法이 司法審查制度를 명문으로 규정하고 있지는 않지만 제158조 제1항의 규정에 의하면 法院은 立法機關이 제정한 法律이 基本法에 위배되는지의 여부를 심사한다고 할 수 있다. 그러나 홍콩법원은 주민의 권리와 의무에 관한 부분을 포함하여 홍콩特別行政區의 內部業務에 관한 규정에 대해서만 해석권을 가지며, 基本法の 中央政府와 홍콩特別行政區간의 權限配分과 관계된 조문에 대해서는 全國人民代表大會 常務委員會가 最終解釋權을 가진다. 또한 법원은 심리중에 홍콩特別行政區 基本法の 다른 조항도 해석할 수 있으나 그것이 중앙인민정부가 관장하는 업무 또는 중앙과 홍콩特別行政區간의 관계에 관한 조항에 대해 해석할 필요가 있는 경우에는 일정한 절차에 따라 全國人民代表大會 常務委員會에 당해 條項에 대한 有權解釋을 요청하고 그 해석에 따라 재판하여야 한다.

이와 같이 基本法の 解釋權은 중앙과 지방에 분산되어 있다. 그러나 이러한 구분 역시 대단히 불분명하여 구분 자체가 용이하지 않다. 예를 들어 외교적 성격의 업무라 할지라도 대외적인 상업관계를 구성하는 것이 있을 수 있다. 이러한 문제를 어떻게 해결할 것인지에 대하여는 홍콩特別行政區 基本法上 아무런 규정을 두고 있지 않다.

한편, 中國 內地에서는 法院(下級法院을 포함)이 재판과정에서 법률을 적용하는 때에는 最高人民法院의 해석권이 인정이 된다. 그러나 중국 최고인민법원이 基本法에 대한 해석권을 갖지 않는다는 점은 의심의 여지가 없다. 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法에 의하면 홍콩特別行政區의 終審權은 홍콩特別行政區의 終審法院에 속하므로 홍콩特別行政區 법원과 중국 최고인민법원은 同一한 司法體系에 속하지 아니하며 따라서 上下關係에 있지 않다.⁵⁸⁾

58) 陳弘毅, *supra* note 56, p.199.

나. 홍콩特別行政區 基本法の 改正

基本法을 개정하는 권한은 전적으로 全國人民代表大會에 속하며 홍콩特別行政區 基本法の 안정성을 유지하기 위하여 그리고 홍콩의 일부 인사들의 의견을 고려하여 홍콩特別行政區 基本法の 改正案을 제출할 수 있는 권한은 全國人民代表大會 常務委員會, 國務院 그리고 홍콩特別行政區에 국한시키고 있다.

이는 「全國人民代表大會 組織法」의 규정상 전국인민대표대회에 의안을 제출할 수 있는 機關의 범위를 축소한 것이다. 홍콩特別行政區 基本法の 改正案은 홍콩特別行政區의 전국인민대표대회 대표 3분의 2이상의 찬성을 얻고 홍콩特別行政區 立法會 전체 의원 3분의 2이상 그리고 홍콩特別行政區 行政長官의 동의를 얻은 후 홍콩特別行政區 全國人民代表大會 代表가 제출할 수 있다. 그러나 國務院이나 全國人民代表大會는 어떠한 제안을 입법화하기 전에 特別行政區와의 협의-동의를 말할 것도 없이-하여야 할 의무는 부담하지 않는다.

4. 홍콩法院의 司法審查權

가. 意義

基本法の 解釋問題와 관련하여 파생되는 다음 몇 가지 문제도 검토 대상이 되어야 한다. 첫째, 基本法외의 다른 홍콩特別行政區 法律에 대해서는 누가 解釋權을 갖는가, 둘째, 누가 基本法외의 다른 홍콩特別行政區 法律이 基本法에 부합되지 아니한다는 이유로 無效를 선언하는 권한을 갖는가이다.⁵⁹⁾ 셋째, 行政機關의 權限踰越行爲에 대하여는 누가 심사하는가, 넷째, 홍콩주민의 권리·의무에 관한 홍콩特別行政區 基本

59) 基本法외의 다른 홍콩特別行政區 法律이라 함은 홍콩特別行政區에 적용되어 온 common law와 형평法 및 홍콩特別行政區 立法機關이 제정한 條例와 附屬立法을 말한다.

法の 規定을 누가 심사할 것인가, 또한 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法の 規定에 따라 特別行政區 立法機關을 통과한 법률은 全國人民代表大會 常務委員會에 登錄되어야 하는 바, 登錄의 法的 性質과 有關한 常務委員會의 권한과 홍콩法院의 司法審查權은 衝突되지 아니 하는가 등의 問題에 대하여 검토할 必要가 있다.

지금까지 홍콩의 법원은 司法審查權을 가져 왔으며, 이러한 권한은 홍콩법률제도의 중요한 초석이 될 뿐아니라 司法權獨立의 原則을 보장하는 方便이기도 하다. 홍콩基本法の 重要한 功能중의 하나가 입법기관의 입법권과 홍콩住民의 권리와 자유간에 균형을 유지하는 것인 바, 입법기관이 임의로 홍콩住民의 권리와 자유를 박탈하는 법령을 제정하는 경우 만약 홍콩법원이 基本法을 해석할 권한이 없다면 홍콩住民의 권리와 자유는 공허한 것이 되고 말 것이다.⁶⁰⁾

나. 法的 根據

英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法은 어떠한 기관이 홍콩의 입법기관이 제정한 법률이 基本法에 위배되는지의 여부를 결정하는가에 대해 명시적인 規定을 두고 있지 않다. 이와 관련하여 첫째, 全國人民代表大會 常務委員會가 결정하는 방법, 둘째, 홍콩 司法機關이 결정하는 방법, 셋째, 全國人民代表大會 常務委員會와 홍콩의 司法機關이 이러한 권한을 공유하지만 全國人民代表大會 常務委員會의 解釋을 有權的인 것으로 하는 방법이 있을 수 있다.⁶¹⁾ 이미 지적한 바와 같이 홍콩特別行政區 基本法은 제81조 제2항에서 「홍콩이 실행하고 있는 기존의 司法制度는 홍콩特別行政區의 終審法院의 設치로 인한 變경을 제외하고 계속 유지된다」라고 規定하고 있다. 홍콩의 사법제도가 기본적으로 불변이라고 한다면 三權分立의 원칙상 법률의 해석권(홍콩特別行政區 基本法과 홍콩立法機關이 제정한 법률에 대한 解釋權, 그리고 後

60) 陳文敏, *supra* note 53, p.34.

61) *Ibid.* p.33.

者가 前者에 부합되는지를 심사하는 권한)은 오로지 사법기관에 있는 것이다. 따라서 香港特別行政區 基本法은 이러한 문제에 대하여 어떠한 조항도 두지 않음으로써 立法上의 欠缺을 남기고 있지만 香港의 법원이 香港의 법률을 심사한다고 볼 수 밖에 없다.⁶²⁾

다. 立法機關이 제정한 法律에 대한 司法審査

입법기관이 제정한 법률이 基本法에 부합되는지의 여부를 결정함에 있어서는 기본권의 해석뿐만 아니라 香港의 다른 법령에 대한 해석과 원용도 필요하다.⁶³⁾ 다시 말해서 兩者를 분리해서 처리할 수 없다. 따라서 common law을 숙지하고 있는 香港법원이 이러한 解釋權을 행사하는 것이 합리적임은 두말할 여지가 없다. 왜냐하면 基本法을 해석하는 경우 香港의 특수상황과 법률제도 등을 고려하여야 하기 때문이다.⁶⁴⁾ 만약에 香港법원이 香港法律의 基本法에의 부합여부를 심사할 권한을 갖고 있지 못하다면 香港의 사법제도는 사상누각이 될 수 밖에 없다.

common law와 衡平法은 香港特別行政區 法院의 판례 및 다른

62) 陳文敏, *supra* note 56, p.33.

63) 지금까지 香港의 法院은 香港의 불문법외에 성문법에 대해서도 심사할 권한을 갖고 있다. 香港의 성문법은 條例(ordinance)와 附屬法令(subordinate legislation)으로 구분되며, 후자의 제정권은 전자에 근거를 두고 있다. 부속법령은 많은 세부적인 규정을 두게 되며 통상적으로 行政機關에 그 제정권이 부여되어 있다. 이러한 부속법령이 條例에서 부여한 권한을 踰越한 내용을 담고 있는 경우 무효가 되며, 이에 대한 심사는 香港의 법원이 담당한다. 또한 입법기관이 제정한 母法이 香港에 적용되는 영국의 법령에 위배되는 경우 역시 무효이다. 이에 대한 심사·결정권 역시 香港의 법원에 부여되어 있다. 한편 香港의 입법기관이 입법권을 행사하는 때에는 香港의 「平和, 秩序 및 양호한 統治」(peace, order and good government)를 존중하여야 하며(英皇制誥(Letters Patent) 제8조), 입법기관이 이를 무시한 법령을 제정한 경우, 법원은 그 법령의 무효를 선언할 수 있다. 英皇制誥와 皇室訓令은 香港의 헌법에 속하며 香港의 법원은 이들을 해석하는 권한을 가지고 있다. 1984년 土地賠償紛爭事件에서 香港의 上訴審法院은 「平和, 秩序 및 양호한 統治」의 의미를 해석하여 香港政府의 新界土地收用賠償에 관한 법령이 무효임을 선언한 바 있다. 물론 香港特別行政區가 성립된 후에는 香港法院은 英皇制誥와 皇室訓令에 갈음하여 香港特別行政區 基本法을 해석하게 될 것이다.

64) 陳文敏, *supra* note 53, p.34.

common law 적용지역의 사법판례가 누적되어 형성된 법률규범이므로 현재로서는 홍콩特別行政區 法院이 구체적인 사건에 대한 재판과 관련된 경우 전속적인 해석권을 가지고 있다. 따라서 홍콩特別行政區 법원이 재판시에 1차적으로 홍콩特別行政區 基本法외의 다른 홍콩特別行政區 法律이 基本法에 저촉되는지를 심사하여야 한다는 것은 법리상 어떠한 오류도 있을 수 없다.

라. 行政機關의 權限踰越行爲에 대한 司法審査

현재 홍콩의 법원은 재판과 관련하여서만 司法審査權을 행사할 수 있다. 홍콩의 법률제도하에서 행정기관의 권한의 행사는 반드시 법률에 의거하여야 하고, 행정기관이 법률이 부여한 권한을 踰越한 경우 법원은 행정기관의 결정을 번복할 수 있다.

행정기관이 common law상의 소위 「自然的 正義의 原則」(rules of natural justice)에 반하는 결정을 한 경우 법원은 행정기관의 그 결정을 번복할 수 있다. 이러한 「自然的 正義의 原則」은 첫째, 어떠한 분쟁에 대한 판정의 결과에 이해관계를 갖는 자는 그 판정에 참여하지 아니할 것을 요구한다. 다시 말하면 이러한 이해관계자의 참여가 판정의 공정성에 영향을 주지 아니하였다 할지라도 그러한 판정은 법률적으로 무효이다. 둘째, 「自然的 正義의 原則」은 이해당사자가 판정을 받기 전에 자신의 주장을 변론할 기회를 부여하도록 요구하고 있다.

물론 모든 행정기관이 이러한 「自然的 正義의 原則」을 따라야 하는 것은 아니다. 法院의 司法審査權은 準司法的 權限을 갖는 일부 행정기관에 대해서만 미칠 뿐이다. 또한 법원이 사법심사권을 행사하는 것도 common law상의 많은 제약을 받는다. 예컨대 국방·외교 또는 정치적 성격을 갖는 문제에 대해서는 법원은 裁判不能(non-justiciable)을 이유로 소송의 수리를 거부하여야 한다. 흔히 國家行爲(act of state) 理論이 원용되어 왔다.

마. 홍콩特別行政區 基本法上的 住民의 權利와 自由에 관한 規定의 解釋 基準

홍콩법원이 홍콩特別行政區 基本法上的 住民의 權利와 自由에 관한 조문을 해석하는 경우, 그 기준이 무엇인가에 대해서도 검토해 볼 필요가 있다. 앞서 지적한 바와 같이 1997년 이후에도 현행 홍콩의 법제는 기본적으로 不變이기 때문에 해석의 기준은 중국의 社會主義 憲法原理가 아닌 것만은 분명하다. 중국측 학자들은 대체적으로 그 기준에 대하여 침묵을 지키고 있지만, 홍콩의 학자들은 common law의 원칙과 개념을 기준으로 하되, 다른 common law지역의 사법판례를 참고하여야 할 것이라고 지적하고 있다.⁶⁵⁾

바. 司法審査權과 全國人民代表大會의 權限

홍콩特別行政區 法院이 홍콩特別行政區의 法律이 基本法에 저촉되는지를 심사하는 권한을 가진다고 할지라도 全國人民代表大會 常務委員會가 홍콩特別行政區 法院이 그러한 審査權을 행사하여 내린 판결을 번복할 수 있는가가 문제가 된다. 이 문제는 常務委員會와 홍콩特別行政區 法院의 基本法에 대한 해석이 다를 수 있기 때문에 대단히 중요한 문제가 아닐 수 없다. 中國의 憲法上으로는 전국인민대표대회 상무위원회는 최고의 법률해석기관이며 최고의 재판기관인 최고인민법원에는 그러한 권한이 전혀 없으나, 홍콩의 현행 법제상으로는 법원이 法律解釋權과 法律審査權을 가지고 終審法院이 최고의 法律解釋權을 가진다.

이와 관련하여 중국 중앙정부의 홍콩特別行政區에 대한 주권과 홍콩特別行政區의 高度의 自治權을 동시에 고려하여 절충적인 해결방안을 제시하는 학자도 있었는 바, 基本法上的 香港特別行政區 政府와 중앙정부와의 관계에 관련된 조항에 대하여는 전국인민대표대회 상무위원회

65) 陳弘毅, *supra* note 56, p.11.

의 해석권을 인정하고 홍콩特別行政區의 내부업무에 관한 문제 예컨대 정치·경제·사회제도와 홍콩特別行政區 주민의 권리·자유 및 의무에 관한 조항은 홍콩特別行政區 법원의 해석권을 인정하여야 한다는 것이다.⁶⁶⁾ 이에 의하면 前者와 관련된 홍콩특별행정구 법원의 기본법해석을 통한 판결은 전국인민대표대회 상무위원회의 해석에 따라 번복될 수 있다.

그러나 全國人民代表大會 常務委員會가 홍콩법률에 대한 해석기능까지를 수행한다면 이는 共同宣言의 規定에 위배되는 것이고 실제 운용에서도 많은 난점을 초래하게 된다. 예컨대 어떠한 법률이 全國人民代表大會 常務委員會에 제출된 후 상당한 기간이 경과한 후에도 부결여부에 대한 결정을 하지 아니한 상태에서 홍콩법원이 당해 법률과 관련된 사건을 심리하게 된 경우에 어떻게 처리하여야 할 것인가가 문제가 된다. 다시 말해서 常務委員會가 아무런 태도표명을 하지 않았음을 이유로 홍콩법원이 당해 법령이 基本法에 부합되는지의 여부를 심사할 권한을 행사할 수 있는가의 문제이다. 만약 행사할 수 없다면 실질적으로는 常務委員會가 홍콩의 終審法院으로서의 기능을 하게 되는 것이므로 共同宣言의 규정에 위배되는 것이다.

英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法도 特別行政區 立法機關을 통과한 법률은 전국인민대표대회 상무위원회에 登錄(英語本에는 for the record 그리고 中語本에는 備案이라고 표현되어 있다)하도록 요구하고 있다. 登錄의 法的 性格과 관련하여 「備案」이라는 말에는 否決權(veto power)을 포함하는 것으로서, 홍콩의 입법기관은 법정절차에 따라 의결한 법률을 전국인민대표대회에 보고하고 그 상무위원회는 당해 법률이 홍콩特別行政區 基本法에 위반되는 경우 부결시킬 수 있다는 주장도 제기된 바 있다.⁶⁷⁾ 그러나 登錄이라는 말은 관련 당국에 제

66) 陳弘毅, “憲法·基本法與普通法律”, 『人權與法治』, (香港: 廣角鏡出版社有限公司, 1987), p.11.

67) 陳文敏, “香港立法的備案 否決與審查,” *ibid.*, p.32.

출하여 그 문서에 기록하는 것을 의미하는 것으로 일종의 文書保管節次일 뿐 결코 否決權을 포함하는 개념은 아니라고 해석된다.⁶⁸⁾

사. 홍콩의 司法審査權에 대한 評價

이상과 같이 홍콩법원은 여러 가지의 제약을 받고 있기는 하지만 홍콩입법기관이 제정한 法令 및 행정기관의 決定에 대해 심사하는 권한을 가지고 있다. 全國人民代表大會 常務委員會는 基本法을 유권적으로 해석하는 권한을 가지며 그러한 해석은 特別行政區의 法院에 대하여 구속력을 갖는다. 이는 基本法에 규정된 特別行政區 法院의 判決의 독립성이 필연적으로 全國人民代表大會 常務委員會의 권한에 의해 제약을 받는다는 것을 의미한다. 이러한 면에서는 중심법원의 결정은 종속적인 것도 아니고 절대적인 것도 아니라고 할 수 있다. common law에 익숙하지 아니한 「立法부에 의한 法律解釋制度」에 대한 많은 비판이 제기되기도 하였으며 이러한 의미에서 基本法은 “1文書, 2體系 (one document, two systems)”라고도 지적되고 있다.⁶⁹⁾

第 6 節 香港特別行政區 基本法上的 其他 問題

1. 國籍과 旅行證書의 問題

68) 홍콩特別行政區 基本法 제17조 및 英·中共同宣言에서도 登錄의 목적을 全國人民代表大會 常務委員會가 홍콩特別行政區의 입법발전을 파악할 수 있도록 하기 위하여 입을 명백히 밝히고 있다. 陳文敏, *ibid.*

69) Ming K.Chan and David J.Clark, “The Drafting of the Basic Law for the Hong Kong Special Administrative Region,” *Chinese Law and Government*, Vol.22, No.3(1989), p.14.

가. 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法上的 規定

英·中共同宣言 第1附屬書 第14節과 홍콩特別行政區 基本法 제24조는 어떠한 자가 홍콩特別行政區에 거주할 權利와 永居民身分證을 가질 권리를 갖는지에 대해 명확히 설명하고 있다. 그러나 國籍問題의 처리에 대해서는 구체적 언급이 없으므로 홍콩주민의 경우, 1997년 이후 國籍은 어떻게 처리할 것인가에 대하여 홍콩에서는 많은 논의가 전개된 바 있다. 英·中共同宣言의 체결시 교환된 중국측의 覺書에서는 홍콩주민이 “中國 公民”임을 규정하고 있다. 현행 中國 憲法 第2章 (公民의 基本權利와 義務)에 의하면, 모든 中國 公民은 헌법과 법률에 규정된 권리를 향유하고, 동시에 義務를 진다. 그렇다면 中國 憲法 第2章의 규정은 홍콩特別行政區의 住民에게 직접 적용되는 것인가, 특히 홍콩주민은 中國 內地의 중국인들과 동일한 권리와 의무를 갖는 것인가가 문제가 된다. 그러나 홍콩주민은 중국 헌법상의 中國 公民의 권리와 자유가 아닌 홍콩特別行政區 基本法에 규정된 홍콩주민의 권리와 자유를 향유한다.

나. 中國의 國籍法

(1) 國籍의 意義

한편 홍콩住民은 中國公民으로서 中國 國籍法의 적용을 받는다. 國籍法은 어떠한 개인이 당해 국가의 국민으로서의 권리·의무를 가지는지의 여부를 결정하는 근거가 된다. 中國 憲法은 中華人民共和國 公民은 광범한 권리와 자유를 향유하며 아울러 이에 상응하는 의무를 진다고 규정하고 있지만, 여기에는 國籍法에 근거한 公民의 자격결정이 전제되어 있는 것이다. 다시 말해서 개인은 一國의 國籍法에 의하여 그 국민으로서의 권리·의무를 갖게 된다는 국내법상의 개인의 처우와의 관련에 그치지 않는다. 國籍은 더 나아가 自國의 國籍을 가진 자가 외국에서 합법적인 권익이 침해되는 경우 국제법상의 外交的 保護權 발동의 하나의 전제가 된다는 점에 유의할 필요가 있다.

이처럼 國籍法은 一國의 國內法이고 국가와 국민의 권익과 관련되어 있을 뿐만 아니라 국가간의 관계에도 미치게 되어 왕왕 그 적용과 관련하여 국가간의 분쟁을 초래하기도 한다. 그러나 국가마다 국적의 부여·상실과 관련된 기준이 상이하다는 현실로 인해 二重國籍, 無國籍 등 불합리한 결과를 초래하게 된다. 특히 二重國籍과 관련하여서는 忠誠義務(allegiance)가 어떠한 국가에 있는지가 왕왕 문제가 되어 왔다. 뿐만 아니라 제3국 역시 어떠한 자가 2 이상의 국가의 국적을 가진 경우, 어떠한 국가의 外交的 保護權을 인정할 것인가와 관련하여 분쟁에 휘말려 들 소지가 있다. 요컨대, 國籍法은 國家와 國民의 권익과 관계될 뿐 아니라 국가간의 관계에까지 미치게 되는 법률이다.

(2) 中國 國籍法의 基本原則

(가) 二重國籍 不許

『中華人民共和國 國籍法』⁷⁰⁾ 第3條는 「中華人民共和國은 中國 公民이 二重國籍을 가지는 것을 허용하지 아니한다」라고 규정하고 있다. 이러한 二重國籍問題는 물론 각국의 國籍法의 규정이 통일되어 있지 않기 때문에 발생한 것이다. 이러한 이중국적은 2 이상의 國籍國이 부여하는 권리를 향유하지만 그와 동시에 國籍國들에게 충성할 의무를 진다. 특히 戰時에 문제는 더욱 심각하다. 만약 國籍國들간의 전쟁이 발발한 경우 어느 국적국에서 반역죄로 처벌을 받을 수 있게 된다. 1951년 美國의 抗訴法院은 미국과 일본의 국적을 동시에 가진 자가 일본의 전쟁포로 수용소에서 미군포로를 학대하였다는 이유로 반역죄에 해당하는 판결을 내린 바 있다.⁷¹⁾

中國華僑의 二重國籍問題는 居住地國과 舊中國의 國籍法上的 國籍取

70) 1980년 9월 10일 中華人民共和國 제5회 全國人民代表大會 제3차회의에서 통과·공포된 『中華人民共和國 國籍法』은 중화인민공화국정부 수립후 최초의 국적법이다. 이 국적법은 인민정부수립 이후의 국적문제 처리경험을 집약한 것으로 國籍의 取得·喪失·變更 등을 내용으로 하고 있다는 점에서는 다른 국가의 국적법과 다를 바 없다.

71) 周鯁生, 『國際法』, 上册, (北京: 商務印書館, 1976), p.259.; 또한 역사적으로 불

得과 喪失에 관한 규정이 다르기 때문에 발생한 것이었다. 중국인이 상당수 거주하고 있는 동남아 국가들은 영국 기타 서구 국가의 식민지였으므로 出生地主義를 채택하고 있어 그 곳에서 출생한 中國華僑에게 국적을 부여하였다. 그러나 舊中國의 國籍法은 血統主義에 따라 그들에게 中國國籍을 부여하므로 중국화교들은 二重國籍者가 될 수 밖에 없었다. 인도네시아의 화교문제도 이와 같은 國籍法上的 衝突로 인해 발생한 것이었다.⁷²⁾

中國은 中國公民의 이중국적문제를 철저히 해결하기 위하여 中國公民이 이중국적을 갖는 것은 승인하지 아니한다는 원칙을 일괄하여 채택하고 있다. 이것은 華僑의 二重國籍問題와 國境地域住民의 國籍問題의 해결과 관련하여 두드러지게 나타나고 있다. 華僑의 이중국적문제와 관련하여서는 이중국적을 취소·방지한다는 방침을 채택하고 있다. 1955년 중국과 인도네시아는 이중국적문제에 관한 조약을 체결하였다.⁷³⁾ 이 조약은 중국과 인도네시아의 국적을 동시에 가지고 있는 자는 조약 발효후 2년 이내에 하나의 국적을 선택하도록 규정하고 있었다. 또한 기한내에 그러한 선택을 하지 아니한 경우에는 父의 國籍을 따르되, 父의 國籍이 불분명한 경우에는 母의 國籍을 따르도록 함으로써 이중국적을 없애고자 하였다. 그리고 同 條約은 인도네시아에서 출생한 자녀는 그 부모 쌍방 또는 부의 국적에 따르도록 하고 入養과 婚姻에 의하

때 二重國籍으로 인한 국제분쟁의 사례는 대단히 많다. 1821년 영국은 소위 “永久的 忠誠”原則을 근거로 미국에 귀화한 영국인을 미국선박에서 강제로 인치, 군복무를 시킴으로써 분쟁이 발생하였으며, 이 사건은 그 해 영·미간에 발생한 전쟁의 원인의 하나였다. 또한 미국과 프랑스간에도 1915년 이와 유사한 분쟁이 발생하였다. 당시 프랑스가 이미 미국에 歸化한 프랑스인에게 귀국하여 군복무를 하도록 통지하였고 프랑스영역으로 돌아온 자들을 억류하여 강제로 군복무를 시키기도 하였다. 미국은 프랑스에 대해 항의를 하였으나 프랑스는 이에 대해 프랑스 법률에 의거, 프랑스인이 외국의 국적을 취득하는 경우 프랑스의 허가를 요한다고 항변하였다. *ibid.*, p.260.

72) 王獻樞, “中國國籍的基本原則,” 『“一國兩制”法律問題面面觀』, (香港: 三聯書店有限公司, 1989), p.187.

73) 『中華人民共和國條約集』, (北京: 法律出版社, 1959), pp.12~14.

여 조약의 타방 당사자의 국적을 취득하는 경우 원래의 국적을 상실케 하였다.

國境地域住民의 國籍問題에 대하여 중국은 1960년 10월 월남과 체결한 國境條約의 교환공문에서도⁷⁴⁾ 영토변경시의 國籍選擇權을 국경지역주민에게 인정한다는 취지의 규정을 됴으로써 이중국적문제를 방지하고자 하였다.

그 밖에도 중국은 1974년 5월 말레이시아와, 1975년 6월 필리핀과 1975년 7월 태국과 共同宣言을 채택하여 中國 公民은 이중국적을 가질 수 없다는 원칙을 확인한 바 있다.⁷⁵⁾ 이러한 원칙은 「中華人民共和國 國籍法」에서도 반영되어 있는 바, 그 내용을 보면 다음과 같다.

첫째, 外國에 定住하는 中國 公民은 外國國籍을 자발적으로 취득한 경우 자동적으로 중국의 국적을 상실한다(國籍法 제9조).

둘째, 부모 쌍방 또는 일방이 외국에 거주하는 中國 公民인 경우에는 본인이 외국에서 출생하였을지라도 중국국적을 갖게 되지만 본인이 이미 외국국적을 가지고 있는 경우에는 중국국적을 가질 수 없다(國籍法 제5조).

셋째, 中國 公民이 중국국적의 포기를 신청하여 승인을 얻은 경우에는 중국국적을 상실한다(國籍法 제11조).

넷째, 외국인이 중국국적의 취득을 신청하여 승인을 얻은 경우에는 외국국적을 보유할 수 없다(國籍法 제8조).

다섯째, 과거에 중국국적을 가진 적이 있는 외국인이 중국 국적의 회복을 신청하여 승인을 얻은 경우에는 외국국적을 보유할 수 없다(國籍法 제13조).

(나) 血統主義와 出生地主義의 結合

한편 중국의 國籍法은 血統主義와 出生地主義를 채택하고 있으며, 한 가지 주목할 점은 후술하게 될 男女平等의 原則과 결부되어 있다는 점

74) 『中華人民共和國條約集』, (北京: 法律出版社, 1960), p.78.

75) 王獻樞, *supra* note 72, p.188.

이다. 먼저 중국의 血統主義와 出生地主義를 설명하면 다음과 같다. 즉, 부모 쌍방 또는 일방이 中國 公民으로서 외국에 거주하고 있고 본인이 외국에서 출생하여 외국국적을 취득한 경우에는 중국국적을 취득하지 아니한다(國籍法 제4조 및 제5조). 부모가 무국적자이거나 국적이 불분명한 자로서 중국에서 정주하고 본인이 중국에서 출생한 경우에는 중국국적을 취득한다(國籍法 제6조).

血統主義에 의거하여 중국국적을 취득하는 때에는 본인이 출생시에 외국국적을 가지고 있다는 이유로 중국국적을 취득하지 못하는 경우외에 일반적으로 제한을 받지 아니한다. 그러나 出生地主義에 의거하여 중국국적을 취득하는 경우 다음과 같은 조건을 구비하여야 한다. 첫째, 부모가 無國籍者이거나 국적이 불분명할 것, 둘째, 부모가 중국에 定住하고 있을 것, 셋째, 본인이 중국에서 출생하였을 것이다. 따라서 부모가 중국인이 아닌 경우 본인이 중국에서 출생하였다 할지라도 중국국적을 취득하는 사례는 거의 없다.

(다) 男女國籍의 平等

중화인민공화국 정부의 수립후 男女國籍平等原則을 채택, 父와 母의 國籍이 그 자녀의 국적취득과 관련하여 아무런 차이가 없도록 하였다.⁷⁶⁾ 즉 父系血統主義를 폐지하였다. 중화인민공화국 國籍法 제3조는 「부모 쌍방 또는 일방이 中國公民이고 본인이 중국에서 출생한 경우에는 中國國籍을 취득한다」라고 규정하고 있다. 이에 따라 부모 쌍방이 中

76) 舊中國의 3件의 國籍法은 현행 國籍法과 마찬가지로 血統主義를 위주로 하고 出生地主義로 보충한다는 원칙을 채택하고 있었다. 1909년 淸政府는 중국 최초의 國籍法인 『大清國條例』를 공포하였다. 同條例에 의하면 父系血統主義를 채택, 母가 중국인이거나 국적이 불분명하거나 無國籍者인 경우에는 중국에서 출생했는지의 여부에 관계없이 중국국적을 취득하였다. 그러나 단서조항에서 부모 모두 그 국적이 불분명하거나 무국적자이지만 본인이 중국에서 출생한 경우에는 중국국적을 취득하며, 그 출생지가 불분명하지만 중국에서 발견된 경우에도 중국국적을 취득한다고 규정함으로써 出生地主義를 보충적으로 채택하고 있다. 辛亥革命後, 1914년 공포된 『修正國籍法』 및 國民黨政府가 1929년 공포한 『修正國籍法』도 『大清國條例』의 國籍取得原則을 그대로 답습하고 있었다. *ibid.*, p.191.

國 公民인 경우에는 出生地의 여하에 관계없이 중국국적을 취득하고 부모의 어느 일방이 中國 公民인 경우에도 마찬가지이다.

이러한 男女國籍平等原則은 婚姻에 의한 국적취득의 경우에도 적용된다. 中華人民共和國 國籍法 제7조에 의하면 外國人 또는 無國籍者는 중국의 國籍法에 정한 조건을 구비한 경우 중국국적취득을 신청할 수 있다. 이 규정에 의하여 중국남자와 혼인한 외국여자는 혼인으로 인하여 자동적으로 국적을 취득하는 것이 아니다. 다시 말해서 중국국적의 취득을 신청하여 허가를 얻은 경우에 비로소 중국의 국적을 취득한다. 다시 말해서 婚姻에 의하여 妻가 夫의 국적을 자동적으로 취득하는 것은 아니다. 또한 외국남자와 결혼하는 중국여자도 혼인에 의하여 자동적으로 중국국적을 상실하는 것이 아니고 국적포기 신청을 하고 그 허가를 얻은 경우에 비로소 중국 국적을 상실하게 된다.

다. 홍콩住民의 旅券問題

國籍과 旅券의 問題와 관련하여, 英·中 쌍방은 覺書를 교환하였다.⁷⁷⁾ 영국측 覺書에는 英國이 홍콩住民에게 英國旅券을 발급할 수 있다는 규정을 두고 있기 때문에 중국은 비록 영국이 그와 같은 旅券을 발급하는 것에 대하여 반대하지는 않을 것으로 보인다.⁷⁸⁾ 그러한 영국의 旅券을 발급할 수 있다는 영국측 覺書의 규정이 어떠한 실익이 있는가에 대해 회의적인 견해도 주목할 만하다. 1997년 이후에는 特別行政區 政府도 독자적인 旅券을 발급하게 될 것이기 때문이다.

77) 그런데 覺書는 共同宣言의 일부분이 아니며 法的 拘束力을 갖지 않는다. 覺書의 내용을 共同宣言의 附屬書에 포함시켜서 법적 구속력을 갖도록 하지 아니한 데는 중요한 이유가 있다. 즉, 중국은 영국이 國際的 合意를 통해 중국으로 하여금 승인하게 하여 일정한 형식의 영국의 旅券을 홍콩住民에게 발급하는 것을 원하지 않았기 때문이다.

78) 영국측의 覺書에서는 현재의 홍콩의 英國領 臣民에게 1997년 7월 1일 부터 「적당한 지위를 유지할 자격이 있다면 계속하여 영국이 발급한 旅券을 사용할 수 있도록 한다. 다만, 영국의 居住權은 부여하지 아니한다」라는 규정을 두고 있다.

2. 土地契約

英·中共同宣言과 그 第1附屬書는 향후 발생될 제반문제와 관련된 세부적인 규정들을 전부 포함시킬 수는 없었겠지만 土地契約問題에 대하여는 중대한 입법상의 미비점을 남기고 있었다. 즉, 英·中共同宣言에는 홍콩에서의 토지소유를 가능하게 하는 규정을 전혀 두고 있지 않았다.

그 조문을 교섭하고 작성하는 과정을 본다면 토지소유는 불가능하다고 단정할 수 있다. 지금까지 홍콩政府가 허가한 土地契約에는 75년을 계약기간으로 하되 다시 75년 동안 연장가능한 계약 및 99년을 유효기간으로 하는 계약도 포함되어 있는데, 결국 이러한 계약들은 2047년 이후에도 유효하다. 英·中共同宣言 第3附屬書 第1節은 이러한 계약과 이와 관련된 諸般權利에 대해 「홍콩特別行政區의 法律에 따라 계속적인 승인과 보호를 받는다」라고 규정하고 있다.⁷⁹⁾ 그러나 特別行政區가 과연 이러한 계약의 유효기간을 단축시켜 2047년이 만기가 되도록 하는 새로운 법령을 제정할 것인지의 여부에 대하여 第3附屬書는 침묵을 지키고 있다. 홍콩特別行政區 基本法 제123조도 「홍콩特別行政區가 설치되기 전에 期限의 到來하거나 또는 期限을 연장할 수 없는 土地契約은 홍콩特別行政區가 독자적으로 법률과 정책을 수립하여 처리한다」라고만 규정하고 있다.

토지문제는 향후 홍콩特別行政區의 권익과 관련되어 있기 때문에 중국은 과도기에 홍콩정부가 토지를 무책임하게 관리하는 것 특히, 과도한 토지매각을 통해 재정수입을 확보하는 것을 방지하기 위하여 대단히 신중한 입장을 취하였다.

79) 홍콩特別行政區 基本法 제120조도 「香港特別行政區가 설치되기 전에 許可·決定 또는 期限이 1997년 6월 30일을 徒過한 土地의 所有權契約 및 土地契約과 관련된 일체의 권리는 香港特別行政區의 法律에 따라 승인과 보호를 받는다」라는 동일한 취지의 규정을 하고 있다.

3. 民間航空

民航問題는 중국의 주권문제 및 실질적 권익과 관련되어 있다. 이 문제는 英·中 쌍방이 오랫동안 논의를 거듭했던 것으로 쌍방간의 의견 대립이 첨예화된 문제였다. 중국의 이와 같은 관심은 홍콩特別行政區 基本法 第5章 第4節에 별도의 民間航空에 관한 조항들을 두고 있다는 점에서도 여실히 드러난다. 제128조는 홍콩特別行政區 政府에게 홍콩을 國際的 地域的 航空의 中心地로서의 지위를 유지하기 위한 조건을 제공하고 조치를 취하도록 하고 있다. 또한 제129조는 지금까지 홍콩에서 시행되어 온 民間航空管理制度는 계속 유지되며, 홍콩特別行政區로 하여금 中央人民政府의 航空機 國籍表示 및 登錄表示에 관한 규정에 따라 홍콩의 항공기 등록부를 작성하도록 하고 있다. 또한 외국의 국영항공기는 홍콩特別行政區에 진입할 때에는 중앙인민정부의 특별허가를 얻어야 한다.

第 4 章 中國 內地와 홍콩의 法律衝突問題

第 1 節 問題의 所在

홍콩特別行政區와 中國 內地는 상이한 法域이다. 中國 內地는 사회주의 법제를 시행하고 전국인민대표대회와 그 상무위원회가 제정하는 법률을 적용한다. 반면에 홍콩特別行政區는 common law를 기초로 하는 자본주의 법제를 채택하고 있으며, 홍콩特別行政區 基本法과 1997년 이전의 홍콩의 법 및 홍콩特別行政區 입법기관이 제정한 법률이 시행된다.¹⁾ 바꾸어 말해서 中國 內地에 적용되는 각종 법령 예컨대, 刑法, 民法通則, 經濟法, 勞動法은 원칙적으로 홍콩에 적용되지 아니한다.

法律衝突問題는 2 이상의 상이한 法域과 관련된 사건의 처리에 관한 것이다. 어떠한 사건이 2개의 주권국가와 관련되어 있다면 國際法律衝突問題로서 國際衝突法(國際私法)에 의하여 해결한다. 그러나 하나의 主權國家內에서의 法律衝突問題도 발생할 수 있다. 중국의 학자들은 1997년이후 상이한 법제도를 갖게 되는 中國 內地와 홍콩간의 法律衝突問題를 區際法律衝突이라고 부른다.²⁾ 이러한 충돌은 물론 국제법률 충돌과 다르므로 직접적으로 中國의 涉外私法規定에 의해 해결될 수는

1) 英·中共同宣言 제3조 제3호. 보다 구체적인 것은 陳弘毅, 『香港法制與基本法』, (香港: 廣角鏡出版社, 1986), pp.101~116. 참조.

2) 區際法律衝突은 앞으로 홍콩과 中國 內地 사이 뿐만 아니라 홍콩과 마카오, 또는 臺灣과의 사이에 있어서도 발생가능성이 있어서, 그 상황은 상당히 복잡하다. 또한 이로 인하여 法律上 衝突을 해결하는 데에 상당히 곤란하다. 중국통일이 실현되기 전에, 미리 중국의 각 法域마다 독자적인 法域間衝突法을 제정하여 구체적인 사건 발생에 대비하고 상호간의 협의와 협조를 통해 衝突法의 欠缺을 보완하여야 할 필요성도 지적되고 있다. 陳弘毅, “中國內地與香港的法律衝突問題”, 陳弘毅, 陳文敏,

없지만 그 法理는 원용될 수 있을 것이다.³⁾

전통적으로 國際衝突法上的의 범위는 涉外(또는 상이한 法域間)的 民事事件處理에 관계되는 것일 뿐 刑事事件은 포함되지 않는다. 그러나 中國 內地와 홍콩간의 法律衝突은 兩者가 동일한 국가내의 상이한 法域이라는 점에서 국가간의 그것과는 구별되어야 하므로⁴⁾ 여기에서는 충돌법의 대상으로 형사사건을 포함시켜 논의할 필요가 있다고 본다.

第 2 節 홍콩의 現行 衝突法

1. 民事事件에 대한 衝突法

가. 홍콩 法院의 管轄權

홍콩의 現行 民事衝突法 즉 涉外民법관계의 처리에 관한 법률규범은 영국의 衝突法과 큰 차이가 없다. 많은 충돌법이 영국의 common law 판례를 통해 형성된 것들이기 때문이다. 홍콩법원은 다음과 같은 상황에서 對人訴訟(action in personam)에 대하여 관할권을 행사한다. 첫째, 피고인이 홍콩에 소재하고 있고 법원의 소송서류가 홍콩에서 피고인에 송달된 경우, 둘째, 피고인이 스스로 충돌의 관할권이 미치는 것을 원하는 경우, 셋째, 피고인이 홍콩밖의 지역에 소재하고 있고 법원이 最高法院規則(Rules of the Supreme Court) 제11조에 근거하여 소송서류를 피고인 소재지로 송달하는 경우이다. 이 제11조의 규정이 적용될 수 있는 경우 예컨대, 홍콩에서 체결된 涉外계약과 관련된 소송에

『人權與法治：香港過渡期的挑戰』, (香港：廣角鏡出版社有限公司, 1987). pp.61~63.

3) 韓德培, 李雙元, “應該重視對衝突法的 研究,” 『中國法學文集』, 第1輯, (北京：中國社會科學出版社, 1984), p.499.

4) 廖瑤珠, “法律衝突,” 『明報』, 1986年 4月 4日字, 2面.

서는 홍콩법원이 홍콩밖으로 소송서류를 송달할 수 있다.⁵⁾ 일반국제법에 따라 국가와 그 외교대표는 외국에서 裁判免除를 향유하는 바, 이 원칙은 당연히 홍콩에 적용된다.⁶⁾ 또한 민사소송에서 관련 국가의 동의가 없는 경우에는 홍콩에서 당해 국가에 대해 민사소송이 제기된 경우 법원은 이를 수리할 수 없다.

나. 準據法の 選擇

法律衝突의 一般節次에 따라 홍콩법원은 어떠한 섭외사건에 대한 자신의 관할권을 확정된 후 어느 法域의 법률을 적용할 것인가를 결정한다. 契約準據法은 계약당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법으로 하되, 그러한 선택이 없는 경우 당해 계약과 가장 밀접하고 진정한 연계가 있는 법을 준거법으로 한다.⁷⁾ 예컨대, 부동산 소송과 관련하여서는 재산소재지의 법률을 적용한다. 動産의 경우에는 비교적 복잡하며 동산의 성질에 따라 다르다.⁸⁾ 권리침해에 관한 법률적용은 행위지의 법률과 홍콩의 법률을 동시에 고려하여야 한다. 또한 가족구성원 개인 및 재산관계에 관련하여서는 당사자의 屬人法(personal law)이 準據法이 된다.⁹⁾ 홍콩과 영국의 법에 의하면 屬人法은 당사자의 住所地法이다.¹⁰⁾

이상은 準據法 選擇原則의 몇 가지 예시일 뿐이고, 이러한 원칙의 구체적 적용은 대단히 복잡하다. 준거법의 원칙과 관련하여 다음과 같은 문제에 유념할 필요가 있다. 첫째, common law의 衝突規範에 의하면 홍콩에서 진행되는 소송의 섭외사건소송절차는 證據法問題를 포함하여

5) *Ibid.*, p.41.

6) State Immunity(Overseas Territories) Order 1979에 의하여 영국의 國家免除法(State Immunity Act 1978)이 홍콩에도 적용된다.

7) J.H.C.Morris, *The Conflict of Laws*, (London: Stevens & Sons, 1984), Chapter 15.

8) *Ibid.*, Chapter 19.

9) *Ibid.*, Chapter 16.

10) *Ibid.*, Chapter 2.

모두 홍콩의 법률을 적용하며 다른 法域의 法律을 적용하지 아니한다.¹¹⁾ 둘째, 國際衝突法에는 「公共秩序留保」의 原則이 있다. 즉, 충돌법에 의한다면 당연히 어떠한 문제에 外國法을 적용하여야 하지만, 법원은 이 외국법의 관련 내용이 自國(예컨대 홍콩)의 공공질서에 위배된다고 판단하는 경우 당해 외국법의 적용을 거절할 수 있다. 셋째, 섭외사건에 외국법의 집행가능성과 관련하여 홍콩 및 영국의 법원은 외국의 조세법 또는 형법을 직접 또는 간접적으로 적용할 수 없다. 왜냐하면 이들 법의 집행은 순수하게 외국정부의 관할사항이기 때문이다.¹²⁾

다. 홍콩과 外國의 民事司法共助

국제적인 民事司法共助는 訴訟書類의 송달, 證人의 신문, 法院의 판결 및 仲裁判定의 승인·집행 등과 관련되어 있다. 홍콩은 현재 세계의 매우 많은 국가들과 司法共助關係를 맺고 있는 바, 영국이 체결한 兩者條約과 多者條約에 근거를 두고 있다. 예컨대, 1965년 헤이그에서 체결된 「民事 또는 商事上の 司法 및 기타 서류의 國外送達에 관한 協定 (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extra-Judicial Documents in Civil or Commercial Matters)」, 「法院判決의 相互承認·執行에 관한 協定 및 仲裁判定의 相互承認·執行에 관한 國際協定」 등이 있다. 또한 홍콩의 扶養令 (Maintenance Orders(Reciprocal Enforcement) Ordinance 및 Maintenance Orders(Facilities for Enforcement) Act) 그리고 證據令 (Evidence Ordinance)의 Part VIII은 외국법원이 선언한 扶養料支拂命令에 대한 홍콩에서의 집행 및 외국법원이 요구하는 홍콩에서의 증거채취 등의 문제를 상세히 규정하고 있다.

11) 陳弘毅, *supra* note 2, p.42.

12) 다만 租稅法의 「執行」과 그것에 대한 「承認」은 다르다. 홍콩법원은 외국의 조세법을 승인할 수는 있으나, 그것을 직접 또는 간접적으로 집행할 수는 없다. J.H.C. Morris, *supra* note 7, Chapter 2.

2. 刑事事件에 관한 衝突法과 司法共助

특정한 경우, 일부 성문법 규정에 의하여 홍콩법원이 홍콩밖에서 발생한 범죄행위에 대해서도 심리할 수 있지만,¹³⁾ common law원칙에 의하면 홍콩법원의 형사관할권은 일반적으로 홍콩지역내의 범죄행위에 대하여만 미친다. 바꾸어 말해서 예외적인 규정이 없으면 홍콩의 형법은 홍콩 지역내의 범죄행위에 대해서만 적용된다.

비록 홍콩법원의 형사관할권의 범위가 그다지 넓지 못하기는 하지만¹⁴⁾ 외국 법원의 형사관할권과 중복되는 경우가 있다. 예컨대, 어떠한 자가 홍콩법원이 관할권을 갖는 범죄행위를 수행하였으나 홍콩에서 체포되기 전에 이미 외국법원에서 재판을 받고 있는 경우에는 당해 외국법원이 판결을 내린다. 이러한 상황과 관련하여 홍콩에 적용되는 common law원칙에 의하면 당해 외국법원이 피고에 대하여 유효한 관할권을 갖게 되고 따라서 홍콩법원은 동일한 범죄에 대하여 재판할 수 없다.¹⁵⁾ 한편 민사분야에서의 司法免除와 동일하게 외국의 외교대표는 형사분야에서 外交特權과 免除를 향유한다. 또한 민사분야에서와 마찬가지로 홍콩은 다른 국가 또는 지역과 형사분야에서도 司法共助關係를 맺고 있다. 예컨대, 범죄인인도분야에서 영국과 다른 국가간에 체결된 犯罪人引渡協定은 대부분 홍콩에 적용된다.¹⁶⁾

13) 예컨대, 영국의 Protection of Aircraft Act 1973에 의하여 비행중인 항공기의 파괴행위가 어떠한 장소에서 행하여졌든간에 처벌할 수 있다. 이 법은 Protection of Aircraft Act 1973(Overseas Territories)Order in Council 1973에 의하여 홍콩에서도 유효하다.

14) 陳弘毅, *supra* note 2, p.51.

15) *Ibid.*, p.52.

16) 이와 관련하여서는 M.C.Bassiouni and V.P.Nanda, (eds.), *A Treatise on International Criminal Law*, (Springfield: Thomas, 1973), Vol.2, pp.545~554. 參照.

第 3 節 中國의 衝突法

1. 民事事件에 관한 衝突法

가. 中國法院의 管轄權

中華人民共和國 民事訴訟法(試行)의 管轄權 規定인 第17條에 의하면 第1審 涉外事件은 中級人民法院이 관할한다. 그런데 民事訴訟法에는 中國法院이 어떠한 종류의 涉外事件에 대하여 관할권을 갖는지에 대해 설명하지 않고 있다. 民事소송법에는 지역관할에 관한 적지 아닌 규정¹⁷⁾ 있으며 그 주요 목적은 중국국경내의 각지방의 인민법원의 관할권을 조정하는 것이며 중국법원의 涉外事件에 대한 관할권의 범위를 확정하거나 중국법원과 외국법원간의 涉外事件 管轄權衝突問題를 해결하고 있지는 않다. 최근에 통과된 中華人民共和國 民法通則도 이들 문제에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 한 가지 지적할 만한 가치가 있는 규정은 제8조인 바, 중화인민공화국 영역내의 외국인의 중국영역내의 민사활동에 대해서는 중국법률이 적용된다는 규정을 하고 있을 뿐이다.

중국이 아직 涉外民事事件의 관할권에 관한 명문 규정을 두고 있지 않지만 과거의 실천에 의하면 일반적으로 被告住所地主義를 채택하여 법원의 관할권을 확정한다. 다만, 다음과 같은 사건은 原告住所地 法院이 管轄權을 행사한다. 즉, 홍콩·마카오에 거주하는 자가 제기한 소송, 중국영역내에 거주하지 아니하는 자가 제기한 소송, 소재지가 불분명한 자가 제기한 소송이다. 그 밖에 권리침해행위에 대하여는 행위지 법원이 그리고 계약분쟁에 대하여는 별도로 합의한 규정이 없으면 제

17) 民事訴訟法 第20條 내지 第31條.

약이행지 법원이 관할권을 갖는다.¹⁸⁾

나. 準據法의 選擇

「中華人民共和國民法通則」第8章의 제목은 「涉外民事關係의 法律適用」이며 涉外契約의 紛爭, 不動產의 所有權, 權利侵害行爲의 損害賠償, 中國公民과 外國人간의 혼인·이혼, 부양, 유산의 法定 상속 등에 관한 涉外사건에 대하여는 어떠한 국가의 법률을 적용하여야 할 것인가에 대한 원칙적인 규정을 두고 있다. 그 밖에도 涉外經濟契約法 제5조에 涉外經濟契約의 適用法에 관한 규정을 두고 있다.

다. 中國과 外國의 民事司法共助

1982년 제정된 中華人民共和國 民事訴訟法(試行) 第5編은 涉外民事訴訟節次에 대한 特則을 두고 있다. 司法共助問題와 相關한 주요 원칙은 「중화인민공화국이 체결 또는 가입한 國際條約에 근거하여 또는 互惠原則에 따라 인민법원과 외국법원은 일정한 소송행위를 상호 위탁·대행할 수 있다」라는 규정(民事訴訟法 제202조)에서 나타나 있다. 1986년까지는 중국이 외국과 체결한 司法共助協定은 없지만 1978년 개방정책의 추진 이전에도 국제관례에 의거하여 양국간의 사법공조협정없이 호혜적으로 개별적인 사건에 대한 공조를 하여 왔다.¹⁹⁾

예컨대, 중국법원과 외국법원의 판결의 상호 승인·집행 문제와 相關하여 중국은 과거 소련 및 동독과 국내법규정이 없거나 국제조약이 체결되어 있지 아니한 상황하에서 사례별로(case by case) 외교채널에 의한 협력을 통해 해결한 바 있다.²⁰⁾ 민사소송법에도 법영역내에 거주하지 아니하는 자에 대한 소송서류의 송달(제196조), 중국법원 판결의

18) 姚壯, 任繼聖, 『國際私法基礎』, (北京: 中國社會科學出版社, 1981), p.214.

19) M.C. Bassiouni and V.P. Nanda, *supra* note 7, p.230.; 姚壯, 任繼聖, *supra* note 18, pp.224~225.

20) *Ibid*, pp.224~225.

외국에서의 집행(제203조), 외국법원 판결의 중국에서의 집행(제204조) 등에 관한 규정을 두고 있으나, 외국과의 司法共助協定締結은 여전히 미흡한 상태이다.

2. 刑事事件에 관한 衝突法과 司法共助

한편 섭외형사사건에 대하여 中華人民共和國 刑法 第1章 (刑法의 適用範圍)은 몇가지 원칙을 규정하고 있다. 이들 원칙은 屬地主義를 기초로 하고 屬人主義와 相互主義로 보완하고 있는 바, 간략하게 설명하면 다음과 같다.²¹⁾

첫째, 중화인민공화국 영역내에서의 범죄는²²⁾ 中國 公民이든 外國人(外交特權 免除를 향유하는 자는 제외)이든간에 중화인민공화국 형법의 적용을 받으며(형법 제8조) 중화인민공화국 법원에서 재판을 받는다(형사소송법 제12조).

둘째, 중화인민공화국 형법이 중국영역밖에서 적용되는 경우는 범죄인이 中國 公民인 때이다. 中國 公民이 국외에서 형법 제4조에 계기된 범죄를 행한 경우 그러한 행위를 한 자는 그 외국의 법률 여하에 관계 없이 중국의 형사관할권이 미친다(형법 제4조). 만약 中國 公民의 국외에서의 어떠한 행위가 형법 제4조에 규정된 범죄에 해당되지는 아니하지만 형법의 다른 조문에 규정된 범죄이고 최저형량이 3년 이상의 유기징역에 해당하는 경우에는 당해 행위가 행위지의 법률상 처벌될 수 있는지의 여부를 고려하게 된다. 만약 행위지의 법률에 의하여 처벌될 수 있는 경우에는 중국 형법도 적용된다. 그러나 행위지의 법률에 의하면 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 경우에는 중국 형법도 적용되지 아니한다. 마지막으로 그 행위가 중국 형법에 규정된 행위이기는 하

21) 楊春先 外, 『刑法總論』, (北京: 北京大學出版社, 1981), 第5章 참조.

22) 중국 형법 제3조의 「범죄행위 또는 그 결과가 중국영역내에서 발생한 경우에는 중화인민공화국 영역내의 범죄로 본다」는 규정에 유의할 필요가 있다.

지만 최저형벌이 3년 미만의 유기징역에 해당되는 경우에는 중국형법이 적용되지 아니한다(형법 제5조).

세째, 「외국인이 중화인민공화국 영역 밖에서 中華人民共和國 또는 中國 公民에 대해 행한 범죄가 형법 규정상 최저형량이 3년 이상의 유기징역에 해당되는 경우, 형법이 적용될 수 있다. 다만, 범죄지의 법률에 의하여 처벌될 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다」.²³⁾ 그 밖에도 중국 법원과 외국 법원의 관할권이 경합되는 경우에는 관련 범죄행위가 국외에서 발생하였고 이미 외국법원에서 재판을 받았다고 할지라도 중국에서 중국의 형법에 따라 처벌될 수 있다. 다만 외국에서 이미 형벌을 받은 경우에는 중국에서 그 형이 경감될 수 있다(형법 제7조).

또한 범죄인인도 분야에서 중국이 외국과 협상을 통해 범죄인을 인도한 사례는 있지만 중화인민공화국정부수립 이후 아직까지 외국과 정식으로 犯罪人引渡協定을 체결한 적이 없다.

第 4 節 一國兩體制의 施行에 따른 中國 內地와 香港間의 司法共助

1. 中國 內地와 香港特別行政區間의 法律衝突

홍콩은 현재 영국의 통치하에 있으며, 따라서 홍콩의 현행 충돌법상 중국은 외국과 동일하게 취급되고 있다. 1997년 홍콩特別行政區의 설치 이후, 홍콩과 中國 內地는 一國內에서는 2개의 法域을 이루게 되는 바, 이 때 홍콩과 다른 國家 또는 法域간의 民事事件에 적용되는 기존의 홍콩의 충돌법이 홍콩과 中國 內地간의 사건에 대해서도 완전히 적

23) 이 규정의 취지는 해외주재원, 유학생 및 중국교민의 합법적 권익 등을 포함하여 중국의 국익을 보호하기 위한 것이라고 한다. 楊春洪 外, *supra* note 21, p.58.

용될 수 있는지의 여부가 문제가 된다.

이 문제와 관련하여 특별한 예외적인 경우가 아니면 홍콩 충돌법상의 원칙 즉, 법원의 관할권 및 적용법의 선택에 관한 원칙은²⁴⁾ 홍콩特別行政區와 中國 內地間的 섭외민사사건에까지 적용된다고 보아야 한다.²⁵⁾ 「國際衝突法에서의 “國家”는 하나의 주권국가가 아니라 독자적인 법률체도를 갖는 지역 즉 獨自的인 法域을 의미한다」는 Morris의 지적은²⁶⁾ 그러한 주장과 부합되는 것이라 할 수 있다. 따라서 「國際」라는 용어와 「상이한 法域間」이라는 용어는 적어도 衝突法과 관련하여서는 구분할 필요가 없다. 그러나 中國 內地的 학자들은 이에 관한 언급은 물론이고 홍콩과 中國 內地간의 섭외민사사건에 대해 홍콩의 기존의 충돌법이 적용될 것인가에 대해서 조차 침묵을 지키고 있다. 어찌되었건 이상의 설명은 기본적·일반적 원칙일 뿐 구체적 상황에서 홍콩법원²⁷⁾ 또는 입법기관은 구체적인 필요에 부응하여 현행 충돌법을 수정할 수 있다.

이 분야에서 연방제를 채택하고 있는 일부 common law 국가의 경험은 중국이 참고할 만한 가치가 있을 것이다. 예컨대, 전통적으로 오스트레일리아의 법원은 州間的 法律衝突問題를 처리할 때 國際衝突法을 준용한다. 그러나 특정한 상황하에서는 헌법(홍콩의 경우는 홍콩特別行政區 基本法)의 규정에 의하여 또는 사회공공정책의 고려에 따라 국제충돌법의 원칙을 수정·적용할 수 있을 것이다. 예컨대, 오스트레

24) 홍콩의 衝突法상의 원칙 중 common law부분은 모든 섭외사건에 적용하지만 성문법부분은 당해 법령이 명시하는 국가 또는 지역과 관련하여서만 적용되는 바, 이것은 통상적으로 영국이 체결한 司法共助協定에 의거하게 된다. 陳弘毅, *supra* note 2, pp.40~47.

25) *Ibid.*

26) J.H.C. Morris, *supra* note 7, p.4.

27) 英·中共同宣言 第1附屬書 第3節에 의하면 홍콩特別行政區 法院은 사건 심리시에 다른 common law적용지역의 司法判例를 참조하게 된다. 따라서 영국법원의 판례는 홍콩特別行政區에서 절대적인 구속력을 갖지 아니하며 참고의 가치가 있을 뿐이다. 이러한 이해에 근거하여 중국은 판례로 형성된 common law를 홍콩의 필요에 부합되도록 자유롭게 수정·발전시킬 수 있다.

일리아 헌법은 各州의 법률·공공기록·사법절차는 연방내부에서 완전한 신임과 승인을 얻어야 한다.²⁸⁾ 이것은 관련 법률 또는 법원판결이 다른 州의 승인을 얻도록 하는 효과를 갖는다. 또한 일반적으로 상이한 法域의 租稅의 間接的 執行에 관한 原則은 州간에 적용하기에는 적합하지 않다. 後者는 홍콩과 관련하여 시사하는 바가 크다. 만약 사회공공이익이라는 요소를 고려한 후, 홍콩 입법기관이 中國 內地의 租稅의 不執行을 요구하는 common law 원칙을 견지할 필요가 없다고 판단되는 경우 그 집행을 입법화한다면 이 규정은 새로운 충돌규범을 형성하는 것이다.²⁹⁾

2. 中國 內地와 홍콩과의 司法共助의 必要性

가. 民事事件에서의 司法共助의 必要性

중화인민공화국은 현재 하나의 통일된 法域이므로 「地域間」法律衝突問題는 존재하지 아니한다. 현재 앞서 지적한 바와 같이 중국법률상의 충돌규범은 형성과정에 있다. 예컨대, 民法通則에도 涉外民事관계의 법률적용에 관한 약간의 원칙을 정하고 있다. 1997년 이후 中國 內地와 홍콩特別行政區간의 민사사건은 涉外사건도 아니고 순수하게 中國 內地의 법률적용 대상이 되는 것도 아니다.

현재 영국이 체결 또는 가입한 거의 대부분의 國際的 司法共助協定은 홍콩에 적용되고 있다. 반면에 중국은 국제적 사법공조에 적극적으로 참여하고 있지 않으며 中國 內地와 홍콩간에도 성숙된 司法共助關係를 갖고 있지 못하다. 중국은 대외개방정책추진과 법제의 발전에 따라 국제적 사법공조에 적극 참여하게 될 것이며, 中國 內地와 홍콩간의 사법공조도 1997년 이후에는 크게 진전될 것임에 틀림없다. 이미 1985

28) 오스트레일리아 헌법 제118조. 미국 헌법 제4조 제1항도 이와 유사한 규정을 두고 있다.

29) 陳弘毅, *supra* note 2, p.49.

년 10월, 홍콩 최고인민법원과 광둥성 고급인민법원은 민사 또는 상사 소송문서를 타방지역의 당사자에 송달하는 것에 관한 초보적인 협정을 체결한 바 있다.³⁰⁾

나. 刑事事件에 대한 管轄權 競爭과 司法共助의 必要性

한 가지 복잡한 문제는 홍콩과 中國 內地에 동시에 관련된 형사사건인 바, 양측 법원의 管轄權 및 刑法適用이 競爭된다. 최근 양지역의 관계가 긴밀해짐에 따라 이러한 유형의 사건이 증가일로에 있으며 이에 따라 많은 홍콩인들은 中國 內地法制와 홍콩法制가 형사사건의 처리에 대한 태도·방법·절차가 엄청나게 큰 차이를 보이고 있음을 인식하게 되었다.³¹⁾

또한 어떠한 자가 마카오에서 은행강도와 살인을 한 후 中國 內지로 도주, 그곳에서 체포되어 사형에 처하여진 사건도 있었다. 또한 몇사람의 홍콩주민들이 어선을 절취하여 중국 내지에서 그 어선을 매매하고자 기도하였으나 中國 內地에서 체포되어 벌금형에 처하여졌으나 그들은 홍콩에 돌아온 후 홍콩당국에 체포, 처벌되었다.³²⁾ 홍콩特別行政區가 설치된 후에는 홍콩이 중국 국경내에 속하게 되지만 「중화인민공화국 형법」은 직접적으로 또는 전면적으로 홍콩에 적용되지는 않는다. 그러나 이 점은 한 가지 문제점을 안고 있다. 즉 중국형법이 홍콩과 관련된 사건에 대하여 어떻게 적용되는가의 문제이다. 앞서 지적한 바와 같이 현행 중국형법의 섭외적(즉 중국국경밖의 지역과 관련된) 사건에 대한 적용은 명백하지만, 이러한 형법은 중국국경내에 하나의 통일적 法域이 존재한다는 전제에 입각한 것이다. 따라서 一國兩體에 입각한 장래의 중국(中國 內地와 홍콩)의 상황에 맞도록 중국형법을 보완하여

30) *Ibid.* p.56.

31) 翁松燃, “打擊犯罪與人權保障: 從張克深案談起”, 『九十年代』, 第199期(1986. 8), p.18.

32) “專政法網下的香港人”, 『九十年代』, 第198期(1986. 7), pp.42~56.

새로운 법률충돌문제를 해결할 필요가 있다.³³⁾

이와 관련된 문제로 지적되고 있는 상황은 다음과 같다. 즉, ① 어떠한 자가 홍콩特別行政區에서 행한 행위가 홍콩特別行政區의 法律과 中國 內地的 刑法의 어느 쪽에 의할 지라도 범죄를 구성하는 경우 ② 어떠한 자가 홍콩特別行政區에서 행한 행위가 홍콩特別行政區의 법률에 의하면 범죄를 구성하지만 中國 內地的 형법에 의하면 그러하지 아니한 경우 ③ 어떠한 자가 홍콩特別行政區에서 행한 행위가 홍콩特別行政區의 법률에 의하면 범죄를 구성하지 아니하지만 中國 內地的 형법에 의하면 범죄를 구성하는 경우 ④ 어떠한 자가 中國 內地에서 中國 內地的 형법을 위반하는 범죄를 행한 후 홍콩으로 도피해온 경우 ⑤ 어떠한 자의 범죄행위가 홍콩에서 발생한 것으로 홍콩의 법률을 위반한 것으로 간주되기도 하고 또한 中國 內地에서 발생한 것으로 中國 內地的 형법을 위반한 것으로 간주되기도 하는 경우이다.

홍콩의 학자인 陳弘毅는 이러한 상황에서는 「홍콩特別行政區에 소재하는 자는 그가 中國 公民, 外國人, 홍콩住民인지의 여하에 불구하고 홍콩特別行政區의 법률을 준수할 의무가 있을 뿐 中國 內地的 형법을 준수할 의무가 없음」을 기본원칙으로 하여 처리하여야 한다고 주장한다.³⁴⁾ 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法에 근거하여 中國 內地的 형법은 홍콩에 적용되지 않는다는 것이 그 논거이다. 이러한 입장에 입각한다면 1997년이후의 중국 형법의 적용범위는 다음과 같이 3분야로 나누어 설명할 수 있을 것이다.³⁵⁾

① 중국 형법은 홍콩特別行政區 밖의 범죄행위외에는 中國 內地에서 적용된다(다만 범죄행위가 홍콩特別行政區內에서 발생하였으나 그 결과가 中國 內地에서 발생한 경우에는 中國 內地的 범죄행위로 본다).

② 중국 형법은 홍콩特別行政區內의 범죄행위에 대하여는 적용되지

33) 陳弘毅, *supra* note 2, p.56.

34) *Ibid.*

35) *Ibid.*

아니한다(다만 범죄행위의 결과가 中國 內地에서 발생한 경우는 예외이다).

③ 국외에서의 행위에 대한 중국 형법의 적용은 제4, 5, 6조에 의거하여 결정될 문제이다. 그러나 제4조 및 제5조를 홍콩주민증을 가진 中國 公民에 대하여 직접 적용할 수 있는지에 대하여는 보다 깊은 연구가 필요할 것이다.

상기의 제2의 관점에서 볼 때 중국 형법은 국외보다 홍콩에서 그 적용이 더욱 제약을 받게 되는 바, 이로 인하여 중국의 주권이 침해되는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다. 그러나 中國 內地와 홍콩이 비록 중국이라는 하나의 국가의 주권이 미치는 영역이기는 하지만 각각 상이한 법체계를 가진다는 점을 감안하여, 장래의 홍콩特別行政區 입법기관이 중국의 주권과 국가이익을 보호하기 위해 현행 홍콩 형법을 개정한다면 별다른 문제가 없을 것이다.

이러한 입장에 따라 上記의 제① 및 제② 유형의 사건은 홍콩特別行政區 法院이 홍콩법률에 근거하여 심리를 하되, 중국 형법을 적용하여서는 아니된다. 제③ 유형의 사건은 전혀 범죄행위를 구성하지 아니하는 것이므로 홍콩法院과 中國內地法院 모두 관할권을 갖지 않는다. 제④ 유형의 상황은 中國 內地에서 범죄를 행한 후 홍콩에 도망해온 경우인 바, 현행 홍콩법에 의하면 홍콩법원은 그러한 범죄에 대하여 관할권을 행사하지 아니한다. 이와는 반대로 홍콩에서 범죄를 행한 후 中國 內地로 도망해간 경우가 문제이다. 陳弘毅은 이 경우 그러한 사건은 당연히 홍콩법원이 홍콩법률을 적용하여야 하며 中國 內地的 法을 적용하거나 中國 內地的 법원이 처리해서는 안된다고 주장한다.³⁶⁾

그러나 前者의 경우나 後者の 경우 모두 中國 內地와 홍콩特別行政區간에 일종의 犯罪人引渡制度를 확립할 필요가 있다. 범죄인인도제도가 국가간의 관행이 성숙하여 特別國際法上的 制度로 발전하여 온 역사를 갖고 있기는 하지만, 범죄인인도가 단순히 국가간에만 이루어 지

36) *Ibid.*, p.57.

는 것은 아니다. 연방국가 등 하나의 국가에서도 법제도를 달리하는 지역간에도 범죄인인도가 이루어지고 있다.³⁷⁾

한편 上記의 제 ⑤ 유형의 사건과 관련하여, 다시 말해서 어떠한 하나의 형사사건이 中國 內地 및 홍콩特別行政區와 동시에 관련되어 있을 경우, 예컨대 범죄행위는 홍콩에서 발생하였으나 그 결과는 中國 內地에서 발생한 경우(형법 제3조), 中國 內地的 인민법원은 중화인민공화국 형법에 의거하여 재판할 수 있고 동시에 홍콩법원도 홍콩特別行政區의 법률에 따라 재판할 수 있다. 즉 관할권의 경합이 발생한다. 만약 당사자가 이미 문제의 범죄행위에 대해 中國 內地에서 재판을 받았다면 현행 홍콩법률에 의거해 볼 때 개인의 자유와 권리의 보장이라는 원칙상 홍콩법원은 동일한 행위에 대해 재차 심리할 수 없다. 이것과 대조적인 상황, 즉 당사자가 먼저 홍콩에서 재판을 받고 中國 內地로 복귀한 후 中國 內地的 法院이 그를 다시 재판할 수 있는가라는 문제에 대해서도 유의할 필요가 있다. 현재까지 이 문제에 대해 홍콩特別行政區 基本法이나 그에 앞선 英·中共同宣言에서도 어떠한 규정을 한 바 없다. 이러한 문제를 어떻게 처리하여야 할 것인가는 다음 두가지 방법이 있을 수 있다.

첫째, 中華人民共和國 刑法 제7조는 외국에서 재판을 받은 자의 처리에 관한 규정을 두고 있다. 이 규정을 준용한다면 홍콩特別行政區의 모든 범죄는 中國 內地的 형법에 의거하여서도 당연히 형사책임을 져야 하며 비록 홍콩법원에서 재판한 경우에도 中國 內地的 법률에 따라 처벌될 수 있으며 다만 홍콩에서 이미 처벌을 받은 경우에도 中國 內地에서 형이 면제 또는 감형될 수 있을 뿐이다.

둘째, 이러한 상황에서는 中國 內地的 형법을 적용하지 아니한다는

37) 예컨대, 미국의 各州間에는 소위 'rendition'이라는 명칭으로 '犯罪人引導'가 이루어지고 있는 바, 이는 주권국가간의 범죄인인도인 'extradition'과는 다르다. 또한 미국의 州間의 'rendition'은 국제법상의 'extradition'과 마찬가지로 법원이 아닌 행정기관의 청구와 그 수락이라는 형식으로 이루어진다. M.C. Bassiouni, *supra* note 7, pp.565~573.

합의를 하는 방법이 있을 수 있다. 예컨대 미국에서는 數個의 州가 동일한 범죄행위에 대하여 관할권을 가지는 경우 당사자가 그 중 어느 州에서 처벌받은 때에는 다른 州에서 처벌받을 수 없다. 이상의 두 가지 처리방법중 어느 것이 타당한가에 대해서는 中國 內地와 홍콩당사자들이 결정할 문제이지만 결국 중국의 중앙정부의 의지에 좌우될 것이다. 중국정부가 홍콩이 중국의 일부이며 완전한 주권이 미친다는 점을 강조한다면 전자를 택하게 될 것이다. 홍콩이 중국의 일부이지만 특히 英·中共同宣言이라는 國際協定에 의거하여 중국의 홍콩에 대한 주권이 일정한 제약을 받고 있음을 염두에 둔다면 홍콩법원의 판결은 중화인민공화국 형법 제7조에 규정된 외국법원의 판결과는 다르므로 따라서 홍콩特別行政區 法院의 판결은 中國 內地的 法院에서 존중되어야 한다는 전제에 입각하여 후자의 방법을 택하게 될 것이다.³⁸⁾

3. 홍콩駐在 中國公務員과 中國軍의 地位

홍콩特別行政區 설치후 中國 內地와 홍콩간의 형사법률충돌과 관련하여 연구해 볼 가치가 있는 분야중의 하나는 中國 內地的 홍콩주재 공무원과 군대의 홍콩형사법상의 지위문제이지만 이 문제는 그 해결이 대단히 어렵다.

현재 중국의 일부 대표들은 다른 국가의 외국대표와 동일하게 홍콩의 법률상 司法免除를 향유한다. 홍콩 입법기관이 제정한 「中華人民共和國 簽證辦事處(特權及免除權)條例」(Chinese Visa Office (Privileges and Immunities) Ordinance)에 의해 中國外交部의 홍콩查證事務所職員은 外交使節團의 特權과 免除를 향유한다. 1997년, 홍콩이 중국의 特別行政區가 되게 되면 중국의 홍콩주재 공무원은 외국의 외교사절단의 구성원이 아니므로 당연히 외교면제를 향유할 수 없다. 지금까지 중국의 국가명의로 홍콩에서 소유하는 재산 또는 행하여진 행위는 홍콩

38) 陳弘毅, *supra* note 2, p.59.

에 적용되는 영국의 1978년 國家免除法(State Immunity Act)에 의하여 일정한 정도의 면제(immunity)를 향유하였다. 그러나 이 법은 1997년 이후에는 적용될 수 없으므로 홍콩特別行政區 입법기관이 별도의 조례를 제정하여 중국의 국가재산 및 행위의 홍콩에서의 민사법상 지위에 대하여 규정할 필요가 있을 것이다.

한편 홍콩주둔 인민군의 법적 지위는 홍콩주둔 영국군에 관한 현행 법률을³⁹⁾ 참조하여 입법화함으로써 결정될 문제이다. 홍콩주둔 영국군은 홍콩의 모든 법률을 준수할 의무를 지고 있지만 홍콩법원은 몇 가지 예외적인 경우를 제외하고 그들의 범죄행위에 대하여 관할권을 행사하지 아니한다.

39) 현재 홍콩주둔 영국군은 홍콩의 일반법에 구속되지 아니하며 군대의 행정과 규율에 관한 軍事法을 준수하여야 한다(예컨대 육군에 대하여는 영국의 Army Act 1955, 공군에 대하여는 Air Force Act 1955가 적용된다). 군사법원은 군사법 위반행위에 대하여 심리할 뿐만 아니라 군인의 (비군사적) 일반형법 위반행위에 대해서도 심판한다. 그러나 후자에 대하여는 다음과 같은 예외적인 경우 외에는 홍콩법원의 관할권과 경합한다. 즉, 범죄행위가 군인의 공무수행중 발생한 경우, 군인이 군대의 다른 구성원에 대하여 범죄를 행한 경우 또는 군인이 군대 또는 그 구성원에 대하여 財產犯罪를 행한 경우이다.

第5章 홍콩의 國際條約上的 法的地位變化

第1節 홍콩의 條約締結權

1. 홍콩의 現在の 條約關係

홍콩은 자치권을 갖는 지방적 실체에 불과하지만 비정치적인 대외관계는 상당히 활발하다. 이러한 대외관계는 첫째, 외국과의 조약관계, 둘째, 國際組織의 가입관계 등으로 구분하여 설명될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 두 가지 분야에서도 홍콩의 대외관계는 주로 경제·문화의 범주에 한정되어 있다. 무역·경제·금융분야에서 홍콩은 關稅 및 貿易에 관한 一般協정(GATT), 다자간섬유협정(MFA), 아시아생산성기구(Asian Productivity Organization), 아시아개발은행(Asian Development Bank)의 정식회원이며 국제연합 아시아·태평양경제사회위원회(UNESCAP)의 부속회원이다.¹⁾

또한 교통과 운송분야에서 홍콩은 이미 영국을 통하여 國際海事諮問機構(IMCO)와 國際民間航空機構(ICAO)의 부속회원이 되었으며, 일부 국가와 항공협정을 체결하였고,²⁾ 바르샤바협약(Warsaw Convention)은 영국 樞密院의 승을 통해 홍콩에 적용되고 있다. 그 밖에도 홍

1) 林毅, “香港特別行政區締約及承擔國際責任問題”, 黃炳坤 主編, 『“一國兩制”法律問題面面觀』, (香港: 三聯書店有限公司, 1988), p.143. 참조.

콩은 世界保健機構(WHO)와 國際勞動機構(ILO)의 정식회원이며 仲裁, 特許, 通信, 難民의 地位 등의 분야에서 협정을 체결하였다.³⁾

多者條約 외에도 홍콩은 외국과 兩者條約을 체결하고 있다. 예컨대 홍콩은 미국·네덜란드 등과 수출입관세와 할당액 등의 문제를 조정하기 위한 무역협정을 체결하였으며,⁴⁾ 영국과 외국이 체결한 司法共助協定과 犯罪人引渡協定은 홍콩에도 적용된다.⁵⁾

2. 1997年 以後 홍콩의 條約締結權

가. 意義

英·中共同宣言」第3條 第10號는 「홍콩특별행정구는 ‘중국홍콩’의 명의로 각국, 각지역 및 관련 국제조직과 경제·문화관계를 유지·발전시키고 관련 협정을 체결하고 이행할 수 있다」라고 규정하고 있다(제152조). 또한 영·중공동선언 제1부속서 『중화인민공화국정부의 對홍콩기본방침·정책의 구체적 설명』 제11절 및 홍콩특별행정구 기본법 제151조 내지 제153조는 홍콩특별행정구가 관련 협정을 체결 또는 가입하고 이행하는 권한에 대하여 상세한 규정을 두고 있으며, 중·영·홍콩의 세 당사자가 공동으로 또는 독자적으로 가입·체결한 현행 양자조약과 다자조약의 적용과 관련된 문제에 대하여 몇가지 조정원칙을 정하고 있다. 이와 같은 홍콩특별행정구의 국제법상의 독특한 지위는 몇 가지 문제를 발생시키게 된다. 조약법이란 분야에서는 첫째, 홍콩의 조약체결권의 근거문제, 즉, 조약체결권의 근거가 중화인민공화국 헌법인가, 英·中共同宣言인가 아니면 홍콩特別行政區 基本法인가의 문제,

2) Susan Karamanian, "Legal Aspects of the Sino-British Draft Agreement On the Future of Hong Kong", *Texas International Law Journal*, Vol.20 (1985), pp.177-179.

3) Peter H.Rohn, *World Treaty Index*, Vol.4, Party Index, (ABC-Clio Information Service, (1983), p.266.

4) *Ibid.*

5) 林毅, *supra* note 1, p.143.

둘째, 홍콩의 조약체결권은 어떠한 한계를 갖는가의 문제, 세째, 조인 후의 조약은 비준을 요하는가의 문제, 네째, “中國홍콩”의 명의로 체결된 조약의 진정한 당사자는 누구이며 누가 궁극적인 책임자인가, 조약에 관한 분쟁발생시 어떠한 법에 근거하여 해결하여야 하는가의 문제이다. 그러나 홍콩과 중국에게 가장 절실한 문제는 홍콩에 적용되고 있는 현행 조약을 구체적으로 어떻게 조정하여야만 홍콩의 현재의 국제경제상의 지위를 유지할 수 있을 것인가이다. 실제로 이러한 문제의 해결은 1997년 이후의 홍콩의 국제적 지위와 직접 관련되어 있을 뿐만 아니라 “一國兩體制”의 성패에 대한 관건이 된다고 할 수 있다.

나. 홍콩의 條約締結權의 根據

(1) 國際法上 非主權的 實體의 條約締結權

전통국제법이론에 의하면 주권은 조약체결권의 유일한 근거가 된다.⁶⁾ 상설국제사법재판소도 워블던사건 판결에서 “국제조약의 구속을 받는 능력은 주권의 속성”임을 천명한 바 있다.⁷⁾ 그러나 현대국제법이론상으로는 그러한 전제는 지극히 편협한 것으로서 현재의 실정에 부합되지 아니한다. 오늘날 국제조약의 주체는 주권국가에만 한정되는 것은 아니다. 일부 연방국가의 州,⁸⁾ 독립 이전의 高度의 自治權을 향유하는 식민지,⁹⁾ 주권국가가 아닌 일부 領土的 實體(Territorial entity)¹⁰⁾ 등

6) 이에 관한 대표적인 학설로는 H.Accioly, *Trait de Droit International Public*, (Paris : Recueil Sirey, 1942), Vol.2, p.434. ; W.Gould, *An Introduction to International Law*, (New York : Harper & Bros, 1957), p.306. 참조.

7) S.S.Wimbledon, *Collection of Judgements* P(1) (1923), Series A, No.1, p.25.

8) Luigi Di Marzo, *Component Units of Federal States and International Agreements*, (Maryland : Clarendon, 1980), p.154.

9) Hurst Hannum and Richard B.Lillich, “The Concept of Autonomy in International Law,” *American Journal of International Law*, Vol.74(1980), pp.858-889.

도 단독으로 조약을 체결하고 있다. 또한 國際組織도 主權을 갖지는 않지만 條約締結能力을 갖는다.¹¹⁾

1986년 「국가와 국제조직간 또는 국제조직 상호간에 체결되는 조약에 관한 비엔나협약」은 국가 이외의 非主權的 實體인 국제조직의 조약 체결능력을 전제로 하여 채택된 것이다.

(2) 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法上的 規定

홍콩은 1997년 이후 중화인민공화국 영역내의 하나의 행정구로 편입되기 때문에 완전한 國際的 人格(international personality)을 가질 수 없다. 또한 중국의 현행 헌법은 특별행정구의 설치에 관한 규정이 있을 뿐, 특별행정구가 조약체결능력을 갖는다는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 이러한 면에서 홍콩의 條約締結權은 중국의 憲法에 근거한 것이라고 볼 수 없다. 따라서 그 근거는 英·中共同宣言과 홍콩의 “小憲法”이 될 “홍콩特別行政區 基本法”에서 찾을 수 밖에 없다. 後者는 前者의 규정과 정신에 따라 제정된 것인 바, 영·중공동선언 제3조 “중화인민공화국의 對홍콩 기본방침·정책”의 12호 그리고 제1부속서에 기재된 同 12호에 대한 “구체적 설명”에서 대체적으로 문제의 해답을 얻을 수 있다.

“基本方針·政策” 제2호 및 홍콩特別行政區 基本法 제12조는 「홍콩 특별행정구는 중화인민공화국 중앙인민정부의 직접 관할하에 있다」라고 규정하고 있기 때문에 홍콩은 독립된 국제인격을 갖지 않는다. 또한 “基本方針·政策” 제1호의 「외교와 국방업무가 중앙인민정부의 관리하에 있는 외에는 홍콩특별행정구는 고도의 자치권을 향유한다」라는 규정 및 홍콩特別行政區 基本法 제13조 제1항의 「中央人民政府는 …… 홍콩特別行政區政府와 관련된 外交業務에 대한 책임을 진다」라

10) Oliver J. Lissitzyn, “Territorial Entities Other than Independent States in the Law of Treaties”, *Recueil Des Cours*(1968—III), pp.1—94.

11) “Repatriation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion of April 11, 1949,” *ICJ Reports*(1949), p.174.

는 규정은 홍콩에 外交權이 부여되어 있지 않음을 의미한다.

그러나 홍콩은 지금까지 적지 아니한 國際組織에 참여하고 있고 國際條約을 체결하였을 뿐만 아니라 중국에 귀속된 후에도 高度의 自治權을 향유하기 위해서는 기존의 國際協定の 效力은 지속되어야 하며 더 나아가 새로운 國際協定을 체결할 수 있는 권한도 계속 인정되지 않으면 안된다. 물론 “基本方針·政策” 제3호, 홍콩特別行政區 基本法 제5조 및 제8조 등은 홍콩의 현행 법률이 기본적으로 불변임을 규정하고 있기 때문에 기존의 國際協定은 계속하여 효력을 가짐을 간접적으로 인정하고 있다고 할 수 있다.¹²⁾

(3) 地方的 實體의 法人格에 대한 學說과 홍콩의 法人格

(가) 意義

국제조직이 주권과는 관계없이 국제인격을 인정받고 있듯이 주권이 어떠한 실체의 국제인격유무를 결정하는 기준이 될 수는 없다. 역사적으로 一國의 지방적 실체 예컨대 구소련의 백러시아와 우크라이나공화국은 자신의 명의로 국제조직에 가입하고 조약을 체결하였다. 이러한 현상을 설명하기 위하여 代理說과 機關說이 주창되었으나 어느 것도 현실적인 문제를 만족스럽게 설명해 주지 못하고 있다. 홍콩의 학자인 萬鄂湘은 홍콩이 자신의 명의로 조약에 참가하는 경우 聯邦國家의 州가 자신의 명의로 조약을 체결하는 것과 유사하다고 주장한다. 이러한 주장을 따른다면 이러한 종류의 조약에서의 州의 지위 및 州와 聯邦과의 關係에 관한 국제법상의 이론을 참조할 필요가 있을 것이다.

(나) 法人格否認說

1) 代理說

代理說를 주장하는 대표적인 학자로서는 Fitzmaurice와 Brownlie를

12) 萬鄂湘, “香港在國際條約中的地位轉變”, 黃炳坤 主編, 『“一國兩制”法律問題面面觀』, (香港: 三聯書店有限公司, 1989), p.121.

들 수 있다. Fitzmaurice는 “聯邦의 州는 聯邦憲法の 授權에 의하여 외국정부와 조약을 교섭·체결하며, 자신의 명의로 조약을 체결하는 경우에도 연방이 조약의 구속을 받는 實體이고 그 이행에 대하여 책임을 지기 때문에 州는 연방의 代理人으로서 조약체결권을 행사한다”라고 설명한다.¹³⁾ Brownlie 역시 연방의 州는 「연방의 대리인의 지위로 조약체결권을 행사할 수 있으며 관련 행위가 州의 명의로 행하여 진다할 지라도 마찬가지로」임을 지적하고 있다.¹⁴⁾ 이러한 이론에 의하면 州가 聯邦의 代理人이 되어 행한 행위의 궁극적인 책임은 연방정부에 있으므로 조약의 진정한 당사자는 州가 아니라 연방 자체이다. 代理說에 의하면 一國의 지방적 실체가 자신의 명의로 대외활동을 한다할지라도 중앙정부의 대리인일 뿐이지 國際人格을 갖는 것은 아니라고 한다.

대리설에 의하면, 홍콩이 자신의 명의로 체결한 조약에서 홍콩특별행정구 정부와 중국의 중앙정부간의 관계도 일종의 代理關係이다. 따라서 영·중공동선언과 홍콩特別行政區 基本法에 열거된 條約締結權은 중국 중앙정부에 속하지만 이러한 권한을 홍콩정부가 대리 행사하게 되는 것이다. 홍콩은 이러한 조약에서 어떠한 형식으로도 자신이 그 조약에 구속받는다든 동의할 수 없으므로 條約當事者가 될 수 없다. 결국 中國政府가 條約의 當事國이 될 수 밖에 없으며, 영국이 홍콩을 대신하여 가입하였던 조약도 이러한 법리에 따라 설명될 수 있다. 다만 영·중공동선언에 규정되어 있는 홍콩의 條約締結權에 관한 한, 중국의 순수한 국내법상의 대리관계는 아니며 따라서 중국은 그것을 부인하는 경우 국제법 위반행위가 된다는 점에 유의하여야 한다.¹⁵⁾

2) 機關說

機關說을 주장하는 대표적인 학자로서는 Kelsen과 Ago가 있다. Kelsen은 “聯邦의 州가 聯邦憲法에 의거하여 조약체결권을 갖는 한,

13) Gerald Fitzmaurice, “Report to ILC”, *Yearbook of International Law Commission*(1958-II), p.24.

14) I.Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1990), p.63.

州가 연방헌법에 의거하여 조약체결권을 행하는 때에도 聯邦政府의 간접적 기관으로 간주될 수 있다”라고 지적하고 있다.¹⁶⁾ 다시 말해서 그의 주장에 의하면 주의 조약체결행위는 연방정부가 그 구성원인 주를 통해 조약체결권을 행사하는 것으로 볼 수 있다. 이 이론은 Ago에 의해서 國家責任論으로까지 발전되었다. 國家責任條項草案에 관한 第3次報告書에서 그는 연방의 구성원인 州의 公務員의 作爲와 不作爲는 그것이 聯邦政府機關의 地位로서 행하여진 행위와 동일하게 聯邦政府 자체에 귀속된다고 지적한 바 있다.¹⁷⁾

3) 批判

이러한 代理說과 機關說에 대한 法理的 妥當性을 논외로 한다면 모두 聯邦構成員이 授權에 의해 연방정부의 조약체결권을 대리행사하는 것이라는 결론이 도출된다. 그와 동시에 이러한 대리행위의 합헌성은 최종적으로는 연방이 조약비준권을 행사함으로써 심사하게 되는 바, 주가 체결한 조약에 대하여도 궁극적인 책임자는 연방정부이기 때문에, 연방정부가 주에게 授權한 권한이 踰越되어 행사되었음을 발견하게 되면 체결된 조약의 비준을 거부할 수 있다. 그러나 이같은 주장은 실제에

15) 홍콩의 萬鄂湘은 “代理說은 중국이 홍콩명의로 체결한 조약에 적용될 수 있다. 다만 양자간의 代理關係가 뒤바뀐 것에 불과하다. 즉, 중앙정부가 홍콩의 조약체결대리인이 되는 것이다. 이러한 대리관계를 발생시키는 근거는 國內法이 아닌 國際法에서 찾을 수 밖에 없다. 홍콩이 비록 홍콩특별행정구 基本法의 규정에 의해 외교 및 국방과 관련되지 아니한 이외의 어떠한 조약도 체결할 수 있지만 일부 다자조약은 非主權的 實體의 가입을 허용하고 있지 아니하므로 홍콩이 중앙정부로 하여금 홍콩을 대신하여 가입해 줄 것을 요청하고 중앙정부가 대리인이 되어 그러한 조약을 가입하는 것이다. 즉 홍콩정부는 피대리인이 된다”라고 설명하고 있다(萬鄂湘, *supra* note 12, p.135.). 그러나 이러한 주장은 대리관계의 법리를 완전히 오해한 것이라고 생각된다. 왜냐 하면 대리설에 의하면 조약체결권은 언제나 중앙정부에 있기 때문에 설령 중국이 홍콩명의로 체결한 조약이라고 할지라도 중앙정부는 홍콩의 조약체결대리인이 되는 것이 아니라 중앙정부 자신의 조약체결권을 직접 행사하는 것으로 보아야 할 것이다.

16) H. Kelsen, *General Principles of Law*, pp.260—261.

17) R.Ago, “Third Report on State Responsibility”, *Yearbook of International Law Commission*, Vol.2(1971), p.272.

부합되지 않는다고 생각된다. 무엇보다 정치제도가 다르면 지방적 실체의 권력의 원천도 다르기 때문이다. 單一國家내에서 지방정부의 모든 권력은 중앙정부에서 나오는 것이므로 중앙정부는 지방정부에 대한 권한위임을 철회할 수 있다. 그러나 연방국가에서는 그와는 달리 연방정부와 연방구성원의 권한은 모두 헌법상의 제약을 받는다. 대리설은 이러한 현실을 간과하고 있는 것이다.

또한 지방적 실체가 중앙정부의 대리인에 불과하다면 지방적 실체가 외국과 설정한 권리·의무의 관계는 외형적인 것일 뿐 실제로는 중앙정부와 외국간의 관계이며 따라서 그러한 의무위반으로부터 발생하는 책임도 중앙정부에 귀속된다. 그러나 실제로는 지방정부가 독립적으로 의무를 부담하고 권리를 향유하는 당사자가 되고 외국에 대해서도 독자적으로 책임을 질 수 있는 경우가 있다.

(다) 制限的 法人格說

1) 憲法的 根據說

일부 學者들은 代理說과 상반된 입장을 취하고 있다. 그들은 일국 내부의 地方實體는 당해 國家의 헌법의 규정에 따라 일정한 外交權을 가지며 法에서 정하고 있는 범위내에서 制限的인 國際人格者가 될 수 있음을 인정한다. 이러한 학설을 지지하는 학자로는 Verdross를 비롯한 일부 독일학자들이 있다. 이러한 학설은 비교적 현실에 접근하고 있기는 하지만, 외국이 일국의 헌법에 대하여 자의적인 擴大解釋을 할 우려가 있다는 것에 난점이 있다.

2) 修正된 代理說 내지 國際的 承認說

전통적인 대리설에 의하면 국제인격을 결여한 지방정부는 국제법상의 책임능력을 부담할 수 없으므로 지방정부의 부당한 행위로 발생한 손해에 대하여 결과는 중앙정부에 그 책임을 추궁할 수 있다고 주장하는 반면에 대리설의 또 다른 분파는 실제로 형성중인 국가관행을 존중하여 지방정부가 자신이 권한을 부여받은 대외적 행위에 대하여는 지방정부 자신이 책임을 부담하며 그러한 책임능력이 없는 경우에 한하

여 중앙정부가 책임을 부담한다고 주장한다.

홍콩의 학자인 林毅은 授權의 유무와 권한의 대소는 관련이 있기는 하지만 별개의 문제이며 지방적 실체가 국제인격을 갖는지의 여부를 판단할 경우에는 憲法의 授權이라는 요소를 고려하여야 할 뿐만 아니라 위임된 권한이 국제적으로 승인을 얻었는가도 고려하여야 한다고 주장한다. 그는 국제인격을 결정하는 때에는 수권의 유무가 중요한 것이지 수권의 대소가 중요한 것은 아니므로 확대해석이라는 문제는 그다지 의미가 없다는 전제하에 “국제법상으로 어떠한 지방적 실체가 국제인격이 있는지의 여부를 판단하는 때에는 첫째, 그 지방적 실체의 대외적인 권한이 합법적인 것인가, 둘째, 국제사회의 구성원이 그러한 권한을 인정하고 있는가를 고려하여야 한다라고 지적하고 있다.¹⁸⁾ 다시 말해서 一國의 지방적 실체의 대외교섭권은 그 국가의 국내법에 의하여 위임받은 것일 뿐이므로 그 자체로서는 국제인격이 창설되는 것으로 볼 수 없지만, 국제사회의 다른 구성원이 그러한 수권을 인정한다면 국제인격을 인정받게 된다는 것이다.¹⁹⁾

(라) 홍콩의 法人格

이상의 학설중 수정된 대리설만이 비록 제한적이기는 하지만 문제의 실질에 접근하고 있다. 홍콩이 국제인격을 갖는다는 점은 홍콩의 대외교섭권 자체를 국제사회가 광범하게 승인하고 있는 현실에 비추어 볼 때 긍정적인 해답을 얻게 된다. 또한 홍콩의 대외교섭권의 내용을 보면 홍콩이 외국과 경제, 문화 등의 분야에 관한 협정을 체결하고 상술한 범위내에서 독립적으로 국제적인 권리와 의무를 부담하며 또 국제조직에 가입하고 있는 바, 이러한 권한은 국제인격의 중요한 속성이라 할 것이다.

18) 林毅, *supra* note 1, p.146.

19) 舊소련의 예를 든다면, 헌법에 의하여 각각의 연방공화국에게 대외교섭권이 부여되어 있지만 실제로는 백러시아와 우크라이나만이 국제사회구성원에 의하여 국제인격을 승인받았을 뿐이다. Oliver J.Lissitzn, *supra* note 10, p.26.

결론적으로 홍콩이 주권국가 아닌 중국의 하나의 지방적 실체이지만 다른 지방적 실체와는 달리 일정한 국제법상의 권리의무의 주체가 될 수 있다는 점에서는 구소련의 백러시아나 우크라이나의 지위와 대단히 흡사하다고 할 수 있다. 그러나 국제책임의 귀속과 관련하여서는 보다 면밀히 검토할 필요가 있다.

다. 홍콩의 條約締結權의 範圍

(1) 英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法上的 規定

영·중공동선언 제3조의 “기본방침·정책” 제10호 및 홍콩특별행정구 기본법 제151조는 「홍콩특별행정구는 ‘중국홍콩’ 명의로 단독으로 각국, 각지역 및 관련 국제조직과 경제·문화관계를 유지·발전시키고 관련 협정을 체결할 수 있다」라고 규정하고 있다. 영·중공동선언 제3조, 제1부속서인 “구체적 설명” 제11절 및 홍콩특별행정구 기본법 제151조에 의거하여 1997년 이후의 홍콩의 조약체결권한의 범위를 파악한다면 다음과 같다.

첫째, 홍콩이 조약체결권을 행사하는 범위는 경제·문화·무역·금융·운송·통신·관광·체육 등의 영역에 한정된다. 둘째, 홍콩이 “中國홍콩”명의로 단독으로 협정을 체결할 수 있는 대상은 주권국가, 비주권적 영토적 실체 및 관련 국제조직이라는 점에서 거의 제약을 받고 있지 않다.

(2) 殘餘 條約締結權의 問題

(가) 聯邦國家에서의 州의 條約締結權의 範圍

스위스연방 헌법 제9조는 “各州는 외국과 공공경제·국경관계 및 경찰분야에 관한 조약을 체결하는 권한은 가진다”라고 규정하고 있다. 미국헌법은 스위스헌법과는 달리 州가 엄격한 의미의 국제조약을 체결하는 것을 완전히 금지하고 있으며, 주정부는 의회의 동의를 얻어 비정치적인 협정을 체결할 수 있을 뿐이다. 다만 이러한 협정이 어떠한 내

용까지를 포함할 수 있는가에 대한 명확한 한계를 설정하고 있지 않다. 그러나 한가지 확실한 것은 미국헌법상의 「商業的 條項」과 「外交的 條項」에 의하여 연방의 州는 기본적으로 외국과 商業的 協定과 外事關聯 協定을 체결하는 권한이 없다는 점이다. 한편 獨逸의 基本法이 비교적 합리적으로 州의 입법권과 조약체결권을 규정하고 있는 점은 주목할 만하다.

(나) 홍콩의 殘餘 條約締結權의 認定與否

중앙정부와 자치지역간의 권력분배후의 잔여권한의 귀속문제와 관련하여 Dinstein은 常設國際司法裁判所가 Model事件에 대한 권고적 의견에서 제시한 기본원칙, 즉 “달리 규정하고 있지 아니하는 한 자치지역의 잔여권한은 주권국가에 속한다”는 입장에 동의한다.²⁰⁾ 상설국제사법재판소의 권고적 의견에서 지적한 잔여권한은 Medel사건 이전에는 행사된 적이 없으며, 그러한 권한을 처음으로 행사하자 즉시 중앙정부의 제지를 받아 국제분류화된 것이었다.²¹⁾

영·중공동선언과 홍콩특별행정구 기본법은 앞서 설명한 바와 같이 조약체결권의 범위를 열거하는 방식을 택하고 있기 때문에 잔여권한에 관한 논쟁을 불러 일으켜 왔다. ²²⁾「중앙정부의 외교·국방업무」와 「열거된 홍콩의 조약체결권의 범위」의 중간에 분류하기 부적합한 중요 권한과 정치적 성격이 강한 문제들이 남아 있다. 이와 관련하여서는 다음과 같은 문제에 대하여 보다 검토할 필요가 있다.

20) Y. Dinstein, “Autonomy” in Y. Dinstein(ed.), *Models of Autonomy* (1981), pp. 299-300.

21) “Interpretation of the Statute of the Medel Territory,” (Merits)(1932) (AB/49) in Hudson, (ed.), *World Court Reports*, Vol.3(1932), p.35.

22) 스위스도 바로 이러한 문제로 한때 격렬한 논쟁이 전개된 바 있다. 즉 연방주의자들은 각주는 입법권에 상응하는 모든 조약을 체결할 수 있기 때문에 헌법 제9조에 열거한 3가지 유형의 조약만을 체결할 권한을 갖는 것은 아니라고 주장한 반면, 중앙집권주의자들은 각주는 헌법에 열거된 유형의 조약만을 체결할 권한을 가질 뿐이라고 반론을 제기하였다. Di Marzo, *supra* note 8, p.27.

첫째, 홍콩정부가 司法共助와 강제관할권, 인권 분야 등에 관한 협정과 같이 외교와 국방에 속하지 아니하는 한, 위에 열거되지 아니한 분야에서 조약을 체결할 수 있는가, 둘째, 홍콩이 국제협정을 '체결·이행'하는 권한을 가진다는 규정은 홍콩이 체결하는 협정은 비준을 요한다는 것을 의미하는가, 그렇다면 누가 비준을 하는가, 셋째, 홍콩은 아직 중국과 수교하지 아니한 국가 또는 지역과 협정을 체결할 수 있는가 등이다.

홍콩의 陳弘毅는 앞서 설명한 「Medel자치지역문제는 홍콩문제와 동일한 차원에서 설명할 수는 없는 바, 홍콩의 잔여권한은 이미 홍콩법의 일부인 국제조약이 부여한 권한이다」라고 주장한다. 그는 “홍콩은 「시민적·정치적 제권리에 관한 국제규약」과 「경제적·사회적·문화적 제권리에 관한 국제규약」 그리고 英·美범죄인인도협정과 사범공조협정 등 영국이 가입 또는 체결한 일부 국제조약상의 특별한 영토조항을 통하여 당해 조약의 적용을 받고 있고, 더욱 중요한 것은 앞서 설명한 “구체적 설명” 제13절이 상기의 2개의 국제인권규약중 홍콩에 적용되는 규정은 계속하여 유효함을 확인하고 있다는 사실을 논거로 모든 잔여권한이 중앙정부에 귀속된다거나 홍콩에 귀속된다는 것은 타당하지 않다고 주장한다. 그는 어떠한 원칙에 따라 홍콩과 중앙정부간의 조약 체결권을 분배할 것인가 문제가 라고 한다.

(다) 中央政府와 홍콩간의 殘餘 條約締結權의 分配問題

앞서 언급한 바와 같이 독일기본법은 州의 입법기관의 권한을 기준으로 州의 대외적인 조약체결권의 범위를 설정하고 있다. 그 근거는 연방헌법상의 聯邦과 州間的 권력분배조항과 연방헌법상의 입법기관과 기타 기관간의 권력분배조항이다. 독일은 이와 같이 2가지를 근거로 하여 연방과 州간의 불분명한 권한문제로 인한 분쟁을 최소화하고 있으며 대내적인 것이든 대외적인 것이든 동일선상에 있으며 연방정부의 위험적 간섭행위를 방지함으로써 州의 자치권을 보장하고 있다.

그러나 단일한 입법권한표준만으로는 홍콩의 조약체결권의 범위에

관한 모든 문제를 해결할 수 없다. 왜냐하면 사법공조협정이나 범죄인 인도협정과 같은 일부 조약의 체결은 입법기관의 권한내에 있다고 보기 어렵기 때문이다. 물론 입법권한과 사법권한이라는 이중적 표준에 의한다면 비교적 홍콩의 조약체결권의 범위는 더욱 명확해진다.

“具體的 說明” 제3절에 의하면 「홍콩특별행정구의 중심권은 홍콩특별행정구의 중심법원에 있다」라고 규정하고 있다. 그러나 終審權만 가지고 있을 뿐 법원의 조사와 중심판결집행에 협조할 수단을 가지고 있지 않은 바, 이러한 중심권은 완전한 것이 못된다. 홍콩은 국제상업도시이자 세계금융의 중심이므로 사법기관이 섭외사건을 수리하는 때에는 필연적으로 국외에서의 증거채취와 중심판결에 대한 외국정부의 협조가 필요하게 된다. 만약 홍콩이 이러한 분야의 국제협정을 체결할 권한이 없다면 홍콩사법기관의 행위능력은 대단히 큰 제한을 받게 될 것이다.

또한 홍콩法制와 中國內地法制間의 근본적인 차이로 인해 홍콩의 범죄인인도협정 체결은 불가피하다고 지적되고 있다. 만약 중앙정부가 일괄하여 외국과 범죄인인도협정을 체결한다면 홍콩과 中國內地的 형법상의 유죄여부, 범죄의 輕重이 다르다는 사실로 인하여 홍콩으로서는 큰 혼란에 빠지게 된다. 범죄인인도협정에 근거하여 인도청구대상이 된 범죄가 중국내지에서는 중죄이나 홍콩에서는 경죄 또는 일반 위법행위에 해당되는 경우가 그 예이다. 더욱 중요한 것은 정치범에 대한 홍콩과 중국내지 법제간의 개념 차이도 범죄인인도협정의 중요한 부분의 집행과 관련하여 분규가 발생할 소지가 많다. 예컨대, 중국내지의 법원이 정치범으로 판단하는 외국인이 홍콩을 경유하여 입국한 경우, 홍콩 법원이 다른 판단기준에 따라 일반 형사범으로 처리하여 청구국에 인도할 수 있다.

대부분의 홍콩학자들은 이상과 같은 모순점을 해결하기 위해서는 영·중공동선언에서 누락된 잔여 조약체결권은 기본적으로 홍콩특별행정구에 속하여야 한다고 주장한다. 萬鄂湘은 그 논거로서 홍콩의 사법중심권의 범위와 조약체결권의 범위를 일치시켜야만 모순이 해소될 수

있다는 점을 제시하고 있다. 그러나 그도 정치적 성격이 강한 조약의 체결권을 과연 중앙정부가 홍콩에 양보할 것인가에 대해서는 회의적인 입장을 보이고 있다.²³⁾

라. 條約同意權의 問題

영·중공동선언과 홍콩특별행정구 기본법은 홍콩이 국제협정을 체결·이행하는 권한이 있음을 규정하고 있는 바, 이러한 권한에 조약의 동의권이 포함되는지가 문제이다. 국제조약의 체결에 관한 현재의 국가관행에 의하면 입법기관은 행정기관이 조인한 조약에 대한 동의권을 가진다. 그러나 영·중공동선언과 홍콩특별행정구 기본법은 조약의 동의권에 대한 문제를 언급하지 않고 있기 때문에 홍콩의 행정기관이 조인한 조약에 대한 동의권이 홍콩의 입법기관에 있는지 아니면 중국의 전국인민대표대회에 있는지가 분명하지 않다. 표면상으로는 조약의 교섭 과정에 참여하고 조인한 당사자는 홍콩의 행정기관이기 때문에 홍콩의 입법기관에 동의권이 있다고 보는 것이 합리적이지만,²⁴⁾ 홍콩기본법상의 조약체결권에 관한 규정이 정확히 이행되었는지를 감독하는 유일한 기관은 최고입법기관인 전국인민대표대회라고 할 수 있다.

마. 홍콩이 締結한 條約의 他方當事者

국가관행상 조약체결대상의 제약을 받는 연방국의 州와 자치지역의 조약체결권을 구체적으로 정하는 경우는 흔치 않다. 독일의 州는 연방이 승인한 국가와만 조약을 체결할 수 있으나 다른 연방국가에서는 그러한 접근방식을 채택하지 않고 있다. 어찌되었든 연방구성원인 주의 활동범위는 한계가 있을 수 밖에 없으며 조약체결의 상대방은 대부분 인접한 국가이다. 홍콩이 경제·문화·사법분야에서 절실한 필요에 의해 중국의 미수교국이나 대만과의 조약에 조인하는 경우를 비롯하여

23) 萬鄂湘, *supra* note 12, p.124.

24) *Ibid.*

전국민대표대회의 동의를 얻을 수 없는 경우도 있을 수 있다. 물론 이러한 협정이 모두 중국의 주권을 손상하는 것이라고 보기는 어렵지만 홍콩이 조약을 교섭하기 전에 중앙정부의 의견을 구하게 될 것이다.

만약 중국의 중앙정부가 현실적인 접근방법을 택한다면 홍콩이 중국의 미수교국과 광범위한 조약관계를 수립하는 것을 묵인 내지 방조하게 될 것이다. 예컨대, 홍콩이 이들 국가와 사법공조, 범죄인인도조약을 체결할 수 있다면 홍콩의 사법판결의 집행에 완벽을 기할 수 있을 뿐만 아니라 홍콩이 대만과 통신·체신·여행·항공분야의 조약을 체결하는 경우 中華經濟圈의 구축도 그만큼 용이하게 될 것이다.

第 2 節 홍콩의 條約類型에 따른 適用方式

1. 홍콩의 國際條約의 現行 適用方式

첫째, 영국이 가입·체결하고 특별한 領土適用條項을 통해 홍콩에 적용되는 多者條約, 둘째, 영국과 다른 국가가 체결하여 홍콩에 적용되는 兩者條約, 셋째, 홍콩이 자신의 명의로 독자적으로 가입한 多者條約,²⁵⁾ 넷째, 홍콩이 자신의 명의로 외국과 체결한 兩者條約,²⁶⁾ 다섯째, 영국이 홍콩名義로 체결하여 홍콩에만 적용되는 조약²⁷⁾ 등이다.

영국이 가입하여 홍콩에 적용되는 90여개의 다자조약중 중국이 이미

25) 가장 대표적인 것은 「1965년 아시아개발은행협정」(1969년 가입)과 「1949년 관세 및 무역에 관한 일반협정」이 있다.

26) 홍콩은 1960년 中國과 水供給協定 그리고 1976, 1977, 1978년 각각 프랑스와 5개의 상업 및 무역에 관한 협정, 1976년과 1977년 각각 스웨덴과 2개의 상업 및 무역에 관한 협정을 체결하였으며 그밖에 미국과도 1981, 1982, 1983년 각각 섬유제품의 무역에 관한 협정을 체결하였다.

27) 예컨대, 1973년의 「國際纖維製品貿易協定」, 1962, 1968 및 1976년의 3개의 「國際커피協定」이 있다.

비준하였거나 동의한 것은 40여개에 불과하다. 영국과 중국이 모두 당사자인 이러한 40여건의 다자조약에는 영국과 중국이 상이하게 유보를 한 내용이 있다. 영국과 외국이 체결하여 홍콩에 적용되는 양자조약중 일부는 영·중공동선언에서 합의된 홍콩의 조약체결권의 범위를 훨씬 뛰어 넘어 국방·안전에 관한 사항까지 규정하고 있다. 그 중에 영국과 미국간의 양자조약만을 예로 든다면 1950년의 상호방위조약, 1971년의 범죄인인도조약이 있다.

영국이 홍콩명의로 체결하고 홍콩에만 적용되는 일부 다자조약중에는 중국도 당사자인 경우가 있는 바, 1973년의 국제섬유제품무역협정과 多者間纖維協定이 그 예이다. 또한 영국이 가입하지 아니하였으나 중국은 그 당사국인 다자조약도 있다.

2. 1997年 以後 홍콩의 條約適用方式

가. 意義

홍콩의 다양한 조약 적용방식과 英國과 中國이 체결한 조약이 다름으로 인하여 1997년 이후 홍콩에 적용되는 국제조약상의 권리·의무의 효력과 관련된 다음과 같은 難題가 발생하게 된다. 첫째, 중국이 이미 가입하고 있는 조약이 홍콩에는 적용되지 아니하여 온 경우에 이러한 조약이 1997년 이후 홍콩에도 직접 적용될 것인지의 여부, 둘째, 중국은 아직 가입하지 아니하였으나 현재 홍콩에 적용되고 있는 조약이 홍콩에 계속 적용되는지의 여부, 셋째, 중국과 영국이 모두 당사자이고 홍콩에도 적용되고 있는 다자조약에 대하여 영국과 중국이 각각 상이한 유보를 하고 있는 경우, 그러한 유보의 효력문제, 넷째, 영국과 다른 국가가 체결하여 홍콩에 적용되고 있는 양자조약이 계속 적용되는지의 여부, 다섯째, 영국이 홍콩명의로 체결한 조약의 효력문제 등이 다.

나. 條約類型別 適用方式

(1) 中國은 當事者이지만 홍콩에 未適用되는 條約

英·中共同宣言의 第1附屬書인 “具體的 說明” 第11節은 「중화인민공화국이 체결한 국제협정은 중앙인민정부가 홍콩특별행정구의 정황과 필요에 의거하여 홍콩특별행정구 정부의 의견을 구한 후 홍콩특별행정구에 적용할 것인가의 여부를 결정한다」라고 규정하고 있다. 여기에서 지적된 국제협정에는 다음의 2가지로 구분할 수 있다. 첫째, 영·중 양국이 모두 당사자이지만 현재 홍콩에는 적용되지 아니하는 조약,²⁸⁾ 둘째, 중국은 이미 가입하였으나 영국이 가입하지 아니한 조약이다.²⁹⁾

조약법에 관한 비엔나협약의 제19조에 의하면 유보를 한 경우가 아니면 조약의 모든 내용은 당해국가의 전영역에 적용된다. 따라서 홍콩이 정식으로 중국의 일부가 되면 중국이 체결한 조약은 원칙적으로 모두 홍콩에 적용된다. 그러나 현실적으로는 홍콩과 중국내지간의 사회·경제제도의 차이를 고려할 때 중국이 체결한 조약이 모두 홍콩에 적용되도록 하는 것은 불가능하다.

특히 중국이 가입하였으나 홍콩에는 적용되지 아니하는 다자조약중에는 역사적·경제적·지리적 이유로 홍콩에 적용되도록 하는 것이 적합하지 아니한 경우가 있을 수 있다. 이 때에는 중국의 중앙정부가 홍콩정부의 의견을 구한 후 그러한 조약의 홍콩에의 적용여부를 결정하게 될 것이다.

그런데 홍콩에서는 어떠한 조약 또는 조약의 규정이 홍콩에 적용되기에는 부적합한 것으로 인식되고 있으나 중앙인민정부가 이를 수용하지 아니하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우, 홍콩특별행정구 기본법은 홍콩의 조약체결권의 근거가 될 뿐만 아니라 영·중공동선언과

28) 예컨대, 1979년 國際聯合工業開發機構憲章.

29) 예컨대, 1980년 國際聯合國際貨物賣買契約協定.

중국헌법을 연결하는 가교가 된다는 이유로 홍콩정부가 어떠한 조약 또는 조항의 적용을 거부할 수 있는 근거가 될 수 있는가를 검토해 볼 필요가 있다. 이와 관련하여 “기본법은 중앙인민정부와 홍콩특별행정구간의 권력분배의 법적 근거가 되는 동시에 홍콩특별행정구의 최고법인 기본법과 홍콩특별행정구에 적용되는 국제조약은 동등한 효력을 가지기 때문에 국제조약이 기본법과 상충되는 경우에 한하여 홍콩정부가 그 적용을 거부할 수 있다”는 주장도³⁰⁾ 제기되고 있으나 그 실현가능성은 회의적이라고 생각된다.

1976년 영국은 1966년의 경제적·문화적·사회적 제권리에 관한 국제규약에 가입하면서 홍콩에 대해서는 제8조 제2항이 적용되지 아니하고 제7조 제1항(a)는 그 적용을 연기한다는 유보를 한 바 있다. 또한 영국이 가입한 ILO의 제협정도 그 일부 규정만 홍콩에 적용된다.

(2) 中國은 未加入하고 홍콩은 자신의 名義로 加入한 條約

영·중공동선언의 第1附屬書 “구체적 설명”의 第11節 2段에서는 「중화인민공화국이 아직 가입하지 않았으나 홍콩에 이미 적용되고 있는 국제협정은 계속하여 적용될 수 있다」라고 규정되어 있다. 여기에서 지적된 것은 주로 홍콩이 자신의 명의로 독자적으로 가입한 다자조약이다. 홍콩이 독자적으로 가입한 9개의 다자조약중 중국은 2개의 국제조직설립조약의 당사자이다. 1997년 이후, 홍콩은 이 두개의 국제조직의 회원국의 지위를 유지할 뿐만 아니라 기타 7개의 다자조약의 적용을 받는다. 이러한 7개의 다자조약중 「관세 및 무역에 관한 일반협정」이 가장 중요하다.

30) 萬鄂湘, *supra* note 12, p.127. ; 그는 “기본법의 발효전에 시행되고 있는 국제조약과 관련하여 후법우선의 원칙에 의하여 기본법이 이들 조약보다 우선적인 효력을 갖는다. 반면에 1997년 이후 중국이 체결·가입하는 조약은 기본법보다 우위에 있다. 물론 중국이 조약을 체결하거나 가입하는 때에 기본법과의 충돌을 피하기 위해 특별히 유보를 함으로써 조약과 기본법의 모순을 사전에 봉쇄하는 방법을 택할 것이다”라고 주장한다.

중국은 「관세 및 무역에 관한 일반협정」에의 복귀를 신청해 놓고 있는 상태이므로 그러한 신청이 1997년 이전에 승인된다면 홍콩은 독자적인 회원의 지위를 유지할 뿐만 아니라 대외무역분야에서 중국과 동등한 대우를 향유하게 된다. 이러한 사실은 적어도 관세 및 무역과 관련하여서는 홍콩이 중국과 전혀 다른 회원으로서 독립적으로 취급된다는 것을 의미하는 것이다. 한편 홍콩이 매년 또는 일시적인 필요에 의하여 양자간 무역협정을 체결하는 경우가 있으나 이러한 조약들은 효력기간이 짧은 계약적 성격을 가지므로 그 효력의 지속성에 대해서는 검토대상으로 삼을 필요성은 그다지 없다고 판단되므로 구체적인 설명을 줄이기로 한다.

(3) 홍콩이 자신의 名義로 加入할 수 없는 條約

第1附屬書 “구체적 설명” 第11節 第2段과 홍콩特別行政區 基本法 第153條 2號는 「중앙인민정부는 필요한 경우, 기타 관련 국제협정이 홍콩특별행정구에 적용되도록 하기 위하여 홍콩특별행정구에 수권하거나 협조한다」라고 규정하고 있다. 여기에서 지적된 조약들은 그 성질상 주권국가 또는 완전한 국제법주체간에 체결되는 것이므로 홍콩이 자신의 명의로 체결할 수 없는 것들이다.

이러한 사실은 1997년 이후 홍콩은 비교적 광범위한 조약체결권을 가지지만 그 범위가 확대될 수 없는 분야도 있음을 시사해 주고 있다. 다시 말해서 非主權의인 領土的 實體(territorial entity)로서는 가입할 수 없는 조약이 있다. 이러한 조약중 지금까지 영국이 가입하고 그 적용범위를 홍콩까지 포함시켰으나 중국이 아직 가입하지 아니한 경우 1997년 이후 홍콩에 계속 적용될 수 있을 것인가가 문제가 된다.

중국은 이러한 조약의 당사국들과 협의할 필요가 있으며 그 중 완전한 국제법주체만이 회원국이 될 수 있다는 가입조건이 없는 조약에 대해서는 중국은 홍콩이 단독적으로 가입할 수 있는 권한을 부여하거나 원래의 지위를 유지하도록 할 수 있을 것이다. 또한 완전한 국제법주체만이 회원국이 될 수 있는 조약에 대하여는 중국이 가입하여 홍콩에

적용시키거나 영국의 기존의 지위를 승계할 수도 있을 것이다. 그러나 어떠한 경우에도 영국정부의 협력이 필요하다. 이와 관련하여서도 다음과 같은 3가지 상황하에서는 해결하여야 할 어려운 문제들이 있다.

첫째, 분쟁의 강제적 해결 조항을 가진 경우이다. 이 첫번째 상황은 3가지 유형중에서 가장 복잡하다. 이 유형의 조약으로는 「領事關係에 관한 비엔나협약」의 분쟁의 강제적 해결에 관한 選擇議定書가 대표적인 것이다. 중국정부는 국제분쟁의 강제적 관할권에 대해서는 시종일관 반대하여 왔기 때문에 이러한 유형의 조약에 대해서는 모두 유보를 하였다.³¹⁾ 이러한 조약을 중국이 홍콩의 명의로 가입하였거나 홍콩의 대리인의 자격을 가졌던 영국의 지위를 승계한 때에도 분쟁이 발생한 경우 홍콩은 국제법원에 출소할 수 있는 자격이 없으므로 중국자신이 출소할 수 밖에 없다. 그러나 중국의 종전의 관행에 의하면 그러한 강제적 관할권을 수락하지 않을 것이다. 이렇게 되면 결국 그러한 조약의 이행을 거부한 것이며 또 홍콩도 조약상의 권리를 상실하게 되므로 홍콩의 번영에 불리하게 작용하게 될 것이다. 반면에 중국이 기존의 입장을 변경하여 일부 비정치적 조약상의 분쟁의 강제적 해결조항을 수락한다면 홍콩에 관한 조약의 승계와 관련된 많은 난제들을 줄일 수 있게 된다.

둘째, 동일한 조약에 대하여 영국과 중국이 서로 다른 유보를 한 경우이다. 이 경우 홍콩은 어떠한 유보를 받아 들여야 하는가가 문제가 된다. 실제로 중국과 영국은 사회제도, 경제발전수준, 전통적 관념 그리고 지리적 환경이 판이하게 다르므로 많은 多者條約에서 서로 다른 유보를 하였다. 그 중에서도 영국은 홍콩당국과 협의를 한 후 홍콩의 현실을 고려하여 홍콩을 위해 특별히 유보한 경우는 특히 주목할 필요가 있다. 중국이 홍콩에의 적용을 지속하기 위하여 이러한 다자조약을 승계하는 경우, 자신의 유보를 고집하거나 아니면 다른 조치를 취할 수도 있을 것이다. 그러나 이와 같은 유보의 선택문제를 조약의 타방 당

31) 王鐵崖, 『國際法』, (北京: 法律出版社, 1982), p.342.

사국들이 무한정 허용하지는 않을 것이라는 점에 유의할 필요가 있다.

마지막 세번째 문제는 영국이 다른 국가와 체결한 양자조약에서의 홍콩의 지위가 어떻게 보장될 것인가이다. 여기에는 영국이 홍콩명의로 또는 영국명의로 체결하여 홍콩에 적용되는 양자조약이 포함된다. 이러한 조약이 1997년 이후에도 계속 적용될 수 있는가는 영국과 중국의 합의여하에 달려있다. 물론 영·미간에 체결된 공동방위·공공안전에 대한 상호협력조약과 같이 정치적 성격이 강한 조약은 1997년 이후 홍콩에 대해서 효력을 상실하게 될 것이다. 그러나 영국이 홍콩명의로 다른 국가와 체결한 비정치적 양자조약은 홍콩에 대해 계속 적용되도록 할 수 있다. 다만 조약의 타방 당사자들이 이의를 제기하지 아니하는 경우에 한하여 영·중공동선언과 홍콩기본법에 정한 홍콩의 조약체결권의 범위내에서 홍콩은 독립된 조약당사자가 될 수도 있을 것이다.

(4) 英國이 자신의 名義로 締結하여 홍콩에 間接 適用되는 兩者條約
 영국이 자신의 명의로 체결하여 홍콩에 간접 적용되는 양자조약의 경우에는 타방당사자의 동의하에 홍콩이 독립된 별개의 당사자가 되도록 하거나 중국으로 하여금 홍콩명의로 타방당사자와 조약을 다시 체결하게 하거나 영국과 타방 당사자가 홍콩에는 적용되지 아니한다는 합의를 할 수 있을 것이다.

第3節 홍콩의 責任能力과 國際責任의 歸屬

1. 中央政府와 地方政府間의 國際責任의 歸屬

가. 學說과 國家慣行

앞서 설명한 바와 같이 지방정부가 부담한 의무의 위반에 대하여 중앙정부가 예외없이 책임을 부담하여야 하는가에 대하여는 여전히 논쟁거리로 남아 있다. 국제인격을 결여한 지방적 실체는 국제법상의 책임

능력을 부담할 수 없으므로 지방정부의 부당한 행위로 발생한 손해의 결과는 중앙정부에 그 책임을 추궁할 수 밖에 없다는 전통적 대리설 이외에도 危險(risk)說, 統制說, 保護說, 外國干涉說 등 많은 학설들은 중앙정부가 지방정부의 불법행위에 대하여 책임을 부담하여야 한다고 설명하고 있다. 예컨대, 위험설은 국가의 정치제도를 강조하는 학설로서 특히 중앙정부와 지방적 실체간의 분권제도는 당해 국가와 교류하는 다른 국제법실체에게 잠재적인 리스크를 주고 있다는 것이다. 따라서 일단 국제의무를 위반하여 다른 실체가 피해를 입은 경우에는 의무 위반행위가 중앙정부에 의한 것이든 지방적 실체에 의한 것이든 모두 중앙정부에 그 책임이 귀속된다고 한다. 이 학설은 불법행위의 책임귀속보다는 리스크에 초점을 맞추고 있는 바, 지방적 실체의 독립적 행위 능력과 책임부담능력을 간과한 것이라는 비판을 면할 수 없다.³²⁾

그러나 실제로 형성중인 국가관행을 존중하여 지방정부가 자신이 수권한 대외적 행위에 대하여는 지방정부 자신이 책임을 부담하며 그러한 책임능력이 없는 경우에 한하여 중앙정부가 책임을 부담하여야 한다는 수정된 대리설이 타당하는 점은 이미 지적한 바와 같다. 중앙정부와 지방적 실체간의 책임분담과 관련된 사건은 대단히 많지만 그들간의 공통점은 발견할 수도 없고 오늘날의 국가관행에 있어서도 중앙정부와 지방적 실체간의 관계는 대단히 다양하여 획일적으로 설명하는 것은 불가능하기 때문에 중앙정부와 지방적 실체간의 관계에 관한 구

32) 통제설과 보호설은 역사상의 宗主國과 附屬國間的 관계에 착안한 학설이다. 1927년 국제법학회의 국가책임초안과 1929년 하버드 국가책임초안도 통제설을 취하고 있었다. 그러나 보호설은 지방실체가 외국에 보상을 구하는 때의 보호작용에 착안한 것이므로 책임분담의 문제를 실제로 해결하는데 전거가 될 수는 없는 것이라 할 수 있다. 한편, 외국간섭설의 출발점은 외국의 제재이다. 이 설은 一國의 지방적 실체에 대한 외국의 제재를 인정하고 있으며, 효과상으로는 당해 국가의 전체 이익에 대한 간섭에 상당한 것이다. 그러므로 외국이 직접 중앙정부에 책임을 추궁할 수 있다. 그러나 지방실체가 국제인격을 구비하지 못한 상황하에서만 구상국이 직접 중앙정부에 책임을 추궁할 수 있으며 국제인격을 가지는 경우에는 지방정부에 책임을 추궁하는 것도 가능하다는 면에서 이 학설의 편협성을 엿볼 수 있다. 林毅, *supra* note 1, p.153.

체적인 조건에 따라 결정된다 할 것이다.

나. 中央政府와 地方政府간의 責任歸屬에 관한 國際責任法

國際責任法은 대단히 복잡하고 광범한 분야이며 많은 문제가 아직 불분명한 상태로 남아 있다. 홍콩과 같이 高度의 自治權을 향유하는 實體가 체결한 조약으로 인하여 발생하는 문제도 그 중의 하나이다. 이러한 조약에 기인한 중앙정부와 지방정부간의 책임의 분담에 영향을 미치는 요소는 대단히 많지만 중요한 것은 다음과 같다.

첫째, 조약체결능력과 책임능력과 관계인 바, 조약의 효력은 조약 체결능력에 따라 직접적으로 상당히 좌우된다. 둘째, 조약을 체결한 지방적 실체와 중앙정부의 관계인 바, 지방정부는 중앙정부의 대리인으로서 또는 기관으로서 제한적인 국제인격을 갖는 경우가 있다. 셋째, 지방적 실체가 합의한 법률문서의 성질·지위와 책임분담간의 관계인 바, 지방적 실체가 체결한 것이 국제계약(international contract)인가 아니면 국제조약인가에 따라 책임의 분담방법이 다르다. 넷째, 조약의 진정한 당사자와 의무부담자와 관련된 문제인 바, 여기에서는 의무를 부담하는 주체가 중앙정부인가 아니면 지방적 실체인가를 구별하여야 한다. 다섯째, 조약체결절차 및 그 방식과 책임귀속의 관계인 바, 중앙정부가 일정한 조약체결절차에 참여하였는가의 여부도 책임의 귀속과 관련하여 중요한 기준이 된다. 중앙정부와 지방정부가 동시에 대외교섭권을 가지고 있는 상황에서 후자의 권한이 제한적이라고는 하지만 각자의 의무는 구분되어야 한다.

한 가지 지적할 필요가 있는 것은 연방제를 택하고 있는 국가에서의 연방정부와 주와의 관계 또는 연방정부 또는 주와 외국과의 관계는 홍콩과 중앙정부간의 관계 그리고 그들간의 책임분담방법을 검토함에 있어서 하나의 참고는 될 수 있지만 절대적인 기준이 될 수는 없다는 사실이다.

다. 홍콩의 責任能力的 問題

英·中共同宣言과 홍콩特別行政區 基本法은 1997년 이후에도 홍콩은 다른 국가, 지역 및 국제조직과의 관계를 발전시키고 협정을 체결할 수 있다고 규정하고 있다. 1997년 이후 홍콩은 광범한 자치권을 향유할 뿐만 아니라, “중국홍콩”이라는 명의로 조약을 단독적으로 체결할 수 있고 또한 홍콩의 명의로 중요한 조약에 가입하여 주도록 중앙정부에 요청할 수도 있다. 그렇다면 앞서 설명한 여러 가지 유형의 조약에서 홍콩은 어떠한 지위를 갖게 되는가, 특히 홍콩과 중앙정부와의 상호관계는 어떠한가에 따라 홍콩이 체결 또는 가입한 조약과 관련된 국제책임의 귀속문제가 좌우된다.

어떠한 국가의 지방적 실체가 외국에 대하여 직접 책임을 질 수 있는가, 다시 말해서 외국이 지방적 실체에 직접 책임을 추궁할 수 있는가는 그 지방적 실체가 國際人格을 갖느냐의 문제와 결부되어 있다. 국제인격은 어떠한 실체가 국제법상의 권리를 향유하고 국제의무를 부담하는 능력의 조건이 된다. 앞서 설명한 바와 같이 홍콩은 制限的 法人格을 가지며 이에 상응하는 責任能力을 가진다.

1997년 이후 ‘홍콩’명의로 체결 또는 가입된 어떠한 조약도 모두 중국의 중앙정부, 타방 계약국 및 홍콩간의 특수한 관계를 수반하게 되며 특히 국제책임의 귀속과 관련되어 있음에 유의할 필요가 있다. 1997년 홍콩이 체결·가입하는 조약의 유형은 첫째, 홍콩이 단독으로 가입한 다자조약, 둘째, 홍콩이 조인한 후 중앙정부가 비준을 한 양자조약·협정, 셋째, 중앙정부가 홍콩명의로 체결한 다자조약, 넷째, 홍콩이 독자적으로 조인하고 비준이 필요없는 양자협정 등으로 세분할 수 있다.

2. 홍콩에 적용되는 條約類型에 따른 國際責任

가. 中央政府가 排他的인 責任을 負擔하는 경우

중앙정부는 다음과 같은 상황하에서는 전적으로 국제법상의 책임을

부담한다. 첫째, 영국이 체결 또는 가입하여 홍콩에 적용되고 있는 국제조약을 1997년 이후 중앙정부가 승계하여 중국이 당사자가 된 경우, 둘째, 1997년 이후 주권국가만이 당사자가 될 수 있는 국제조약에 홍콩이 가입할 필요가 있을 때 일정한 절차에 따라 중국정부에 요청을 하여 중앙정부가 영토적 적용범위에 관한 유보를 하여 조약에 가입함으로써 홍콩에 적용되는 경우이다.

이러한 경우는 『圖表1』에서 볼 수 있듯이 중앙정부와 외국은 명의상의 조약관계에 있을 뿐이고 실제적으로는 그 배후에 홍콩과 외국간의 조약관계가 존재한다. 물론 홍콩은 조약당사자가 아니므로 그 조약위반에 대하여는 중앙정부가 책임을 진다. 그러나 국내법적으로는 홍콩이 책임지지 아니한다는 것은 아니다.

나. 홍콩이 排他的인 責任을 負擔하는 경우

홍콩은 수권된 범위내에서 다른 국가 또는 외국의 지방적 실체와 조약을 체결하여 사실상 또한 법률상의 조약당사자가 될 수 있다. 현재, 홍콩이 자신의 명의로 독자적으로 가입한 9개의 다자조약중에서 조약당사자로서의 지위에 대해서는 이론의 여지가 없다. 이러한 조약과 관련하여 홍콩은 국제법상 책임을 부담하는 능력을 가지며 절차상으로도 중앙정부의 간섭을 받지 아니하고 자신의 조약위반행위로 인하여 발생하는 책임을 전적으로 자신이 부담하게 된다. 따라서 중국정부로서는 직접적인 책임을 지지 아니한다. 이러한 관계는 『圖表2』로 표시되어 있다.

다. 中央政府와 홍콩이 共同으로 責任을 負擔하는 경우

共同責任 또는 累積責任(shared or cumulative responsibility)은 中央政府와 地方政府가 동일한 違法한 作爲 또는 不作爲에 대하여 공동으로 부담하는 책임을 말한다. 공동책임부담은 조약당사자 또는 조약대상이 앞서 설명한 상황과는 달리 판별이 용이하지 아니하며 책임의 귀속도 불명확한 경우에 발생한다. 즉, 공동책임은 다음 두가지의 상황

에서 발생한다. 첫째가 중앙정부가 직접책임을, 홍콩이 간접책임을 부담하는 경우이고, 둘째가 홍콩이 직접책임을, 중앙정부가 간접책임을 부담하는 경우이다. 중앙정부가 직접 책임을 부담하는 유형으로서는 홍콩이 조약을 위반하는 책임을 부담하고자 하지만 상대국이 직접 중앙정부에 청구를 제출한 경우와 중앙정부가 비준 등 조약체결절차상에 개입하여 직접 책임귀속자가 되는 경우를 지적할 수 있다.

국제책임과 관련하여서는 특히 두번째 유형중의 후자와 같이 중국의 중앙정부와 홍콩이 모두 체결 또는 가입과정에 개입되어 조약당사자가 누구인가에 대한 논란이 있을 수 있는 조약이 특히 문제가 되며, 이러한 상황에서 대리설은 그 한계를 露呈하고 있다. 홍콩이 조인하고 중앙정부가 비준한 조약에서 누가 진정한 당사자인가와 관련하여서는 과거의 전례가 없어 기존의 법리에 의거한 설명은 있을 수 없기 때문에 국제법상의 새로운 문제로 대두되고 있다. 이와 관련하여 홍콩의 학자 萬鄂湘은 다음과 같이 설명하고 있다.

홍콩은 비록 “당사국”이라고 말할 수는 없지만 『조약법에 관한 비엔나협약』중 당사국(contracting state)에 대한 정의를 차용할 수 있을 것이다. 同 협약 제2조 제7항은 “당사국”을 「이미 조약에의 구속에 동의하였고 조약이 유효한 국가」이라고 정의하고 있다. 상기의 정의의 핵심부분은 “조약에의 구속에 동의”라는 구절이다. 홍콩은 조인 단계에서 조약에 구속된다는데 동의하면 조인한 날부터 당사자가 된다. 그리고 중앙정부는 비준단계에서 조약에 구속되는데 동의를 한 것이므로 비준할 날부터 조약의 당사국이 된다. 따라서 동일한 조약에서 중앙정부와 홍콩이 모두 당사자이고 전자가 후자를 대신할 수 없다.³³⁾

물론 이러한 가설이 충분히 국제사회에서 인용될 수 있다면 중국과 홍콩 모두에게 이익이 되는 부분이 없지 않다. 이러한 가설에 의거한다면 중국으로서는 당사국이 되고, 홍콩의 조약이행을 감독하는 책임만 지거나 홍콩이 국제법상의 능력을 제한받는 경우에는 求償代位하게 된

33) 萬鄂湘, *supra* note 12, p. 147.

다. 또한 홍콩은 조약의무의 집행자이며 중국이 전체로서 그 조약에 가입할 것인지의 여부를 결정하는데 많은 경험을 제공할 수 있을 것이다.

뿐만 아니라 홍콩으로서도 동일한 조약에 대한 주권국가의 후원을 받게 되므로 합법적인 조약상의 권리를 이중적으로 보장받는다. 만약 조약에 분쟁해결조항이 있다면 자신의 명의로 관련 조항을 인용하여 자신의 이익을 보호할 수 있다. 이러한 조항이 없다면 중국정부가 나서서 홍콩의 국제법상의 資格欠缺을 보완하여 직접 가해국과 교섭하고 사법적 해결을 구할 수 있다. 이와 같이 중앙정부와 홍콩이 공동으로 책임을 부담하는 경우는 『圖表3』으로 설명될 수 있다.

그 밖에도 홍콩이 최초의 피청구대상이지만 상대국이 홍콩의 배상이 만족스럽지 못하다고 판단하여 중앙정부에 청구를 제출하는 경우에도 중앙정부는 책임을 부담할 수 있다. 이러한 관계는 『圖表4』에 표시된 바와 같이 설명될 수 있다. 이러한 상황하에서도 직접책임과 간접책임은 엄밀히 구분되는 바, 간접책임은 저지 또는 징벌이 효과가 없을 때 비로소 발생하는 것이다. 국가의 관행상 이러한 책임귀속방식은 중앙정부가 국내법(연방국가인 캐나다의 경우에는 州와의 협정)에 의하여 홍콩의 조약이행을 보장할 수 있는 적당한 방법이 확보되어 있을 때 가능하다.

라. 結語

이상에서 설명한 것을 종합하면 중앙정부와 지방적 실체간의 국제조약의 위반에 따른 국제책임은 여러 가지 유형이 있다고 요약할 수 있다. 책임귀속을 결정하는데는 법률적 고려외에도 정책적 고려가 필요하다. 책임귀속의 불명확성을 제거하기 위해서는 국내법에 상세한 규정을 두어야 할 뿐만 아니라 홍콩이 체결하는 조약(특히 중앙정부가 그 체결절차에 개입되어 있는 경우)에는 분쟁해결조항을 삽입하여 책임의 귀속자를 명확히 할 필요가 있음은 두말할 여지가 없다.

3. 홍콩이 독자적으로 加入·締結한 國際的 合意에 대한 法律適用問題

홍콩에 적용되는 조약중에서 중국이 조약당사자인 경우, 조약과 관련된 국제분쟁이 발생한 경우에는 국제법이 적용되어야 함은 두말할 여지가 없다. 그러나 홍콩이 독자적으로 가입 또는 체결한 국제적 합의는 그러한 합의의 성격 다시 말해서 국제조약인가 또는 국제계약인가에 따라 적용할 법률이 결정된다.

캐나다의 Di Marzo는 연방구성원(州)의 조약체결관행을 분석한 후 「연방정부가 비준한 조약의 경우에는 국제법이 적용된다는 것은 일반 원칙이다. 그러나 비준을 얻지 못한 조약에는 국제사법이 적용된다」라고 결론을 내렸다.³⁴⁾ 이러한 결론에 따르면 연방정부가 조약비준권을 행사하였는가의 여부는 연방의 구성원이 체결한 것이 국제조약인가 아니면 국제계약인가를 구분하는 표준이 된다.

그러나 Di Marzo의 이러한 결론을 홍콩이 체결하는 조약에 그대로 적용하기는 어렵다. 홍콩이 독자적으로 가입한 다자조약은 중국정부의 비준이 없다는 이유로 국제계약의 성격을 갖는 것으로 볼 수는 없으며 홍콩이 주권적 실체가 아니라는 이유로 국제사법이 적용되어야 하는 것도 아니다.³⁵⁾

홍콩이 관세 및 무역에 관한 일반협정의 정식회원이 되기 전에도 자신의 명의로 이 협정 제23조의 분쟁해결절차에 따라 프랑스의 홍콩시계수입금지사건에 대하여 전문가위원회에 조정을 신청하였으며, 그 결

34) Luigi, Di Marzo, *supra* note 8, p.153.

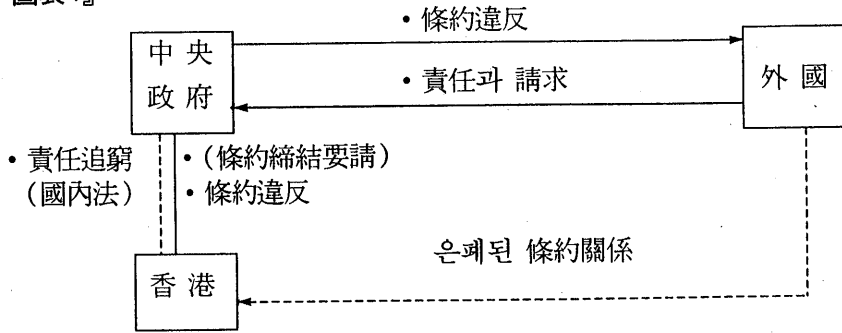
35) 홍콩이 가입한 9개의 다자조약 중 6개는 제2차세계대전이전의 조약이며 그 중 4개는 홍콩이 1940년 이전에 가입한 것이라는 점에서 현재의 적용 가치는 그만큼 제한적일 수 밖에 없다. 다른 2개는 1965년에 가입한 중재 관련조약이다. 제2차세계대전 이후의 조약인 3개의 조약은 모두 국제조직설립조약으로서 세계보건기구, 아시아개발은행, 관세 및 무역에 관한 일반협정에 관한 것이다. 이들 3개 조약의 공통된 특징은 분쟁해결조항을 두고 있다는 점이다.

과 전문가위원회는 프랑스의 행위가 불합리한 것으로서 협정조문에 위배되었다는 판정을 내린 바 있다. 이 사건에서 볼 수 있듯이 분쟁해결 조항을 가진 조약에서는 당해 조약외에 달리 준거법을 찾을 필요가 없다는 점에서 법률적용문제는 쉽게 결말이 난다.

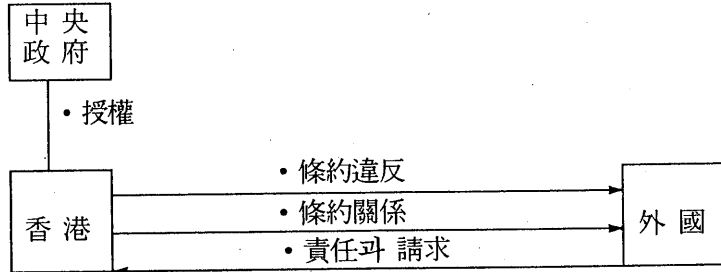
한편 「홍콩이 독자적으로 조인한 양자협정이 설령 타방 당사자의 조약집에 수록되어 있다고 할지라도 엄격한 의미에서의 조약의 지위를 갖는다는 것을 의미하는 것은 아니다」라는 주장도 음미해 볼 필요가 있을 것이다. 이러한 입장에 의하면 어떠한 국제적 합의는 비준의 여부와 그 내용을 고려하여 그 성격을 파악하여야 하는 바, 첫째, 서명만으로 발효하고, 둘째, 그 내용 자체도 주권적 실체간의 중요한 권리·의무에 관한 것이 아닌 한 국제계약의 성격을 갖는 것일 수 있다. 이 점은 일응 수긍할 수 있겠지만, 홍콩이 각각 미국, 핀란드, 스웨덴과 체결한 양자간 무역협정 및 중국과 체결한 供水協定이 국제계약으로서 涉外私法이 적용된다는 지적은 타당하지 않다. 특히 이들 협정이 타방 당사자의 조약집에 수록되어 있다면 그것은 당해 조약을 타방당사자가 국제계약이 아닌 국제조약으로 보고 있음을 의미하기 때문에, 그 성격과 이에 따른 적용법률에 대한 분쟁이 일어날 소지가 있다고 할 수 있다. 이러한 국제적 합의는 ‘입법조약’이 아닌 소위 ‘계약조약’의 성격을 가진 국제조약인 경우가 많기 때문이다.

영·중공동선언은 주권국가간에 체결된 조약으로서 쌍방에 대하여 법적 구속력을 갖지만 홍콩에 이러한 조약이 적용되는데 전혀 문제가 없는 것은 아니다. 첫째, 홍콩은 국내법상 지방적 실체에 불과하기 때문에 홍콩은 그러한 조약을 원용할 수 있는 지위에 있지 않다. 둘째, 홍콩이 영국의 보통법의 전통에 따라 정부가 체결한 모든 국제조약은 입법기관에 의하여 국내법화하기 전에는 원칙적으로 재판시에 적용될 수 없다. 홍콩법원은 공동선언의 홍콩에서의 효력과 홍콩주민의 공동선언의 원용가능성과 관련된 최근의 한 사건에서 그러한 원칙을 확인한 바 있다. 물론 1990년 기본법이 그러한 공동선언의 국내입법화조치로서 제정되었지만 1997년부터 시행된다.

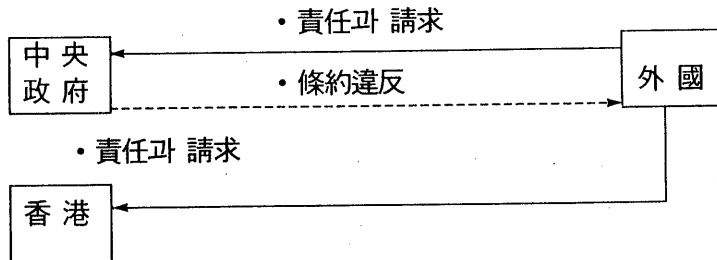
『圖表1』



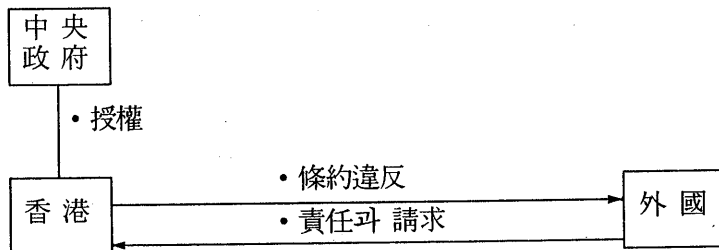
『圖表2』



『圖表3』



『圖表4』



第4節 1997年 以後 홍콩의 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」의 適用

1. 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」上的 香港의 地位

「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」(이하 “一般協定”이라 한다)은 홍콩의 대외무역관계에 적지 아니한 작용을 하고 있다. 무엇보다도 관세 인하·철폐, 무역의 자유화를 기본적인 목적으로 하는 一般協定이 비록 국제무역관계에서 유일한 다자조약일 뿐만 아니라 홍콩의 무역상대국이 모두 그 회원국이기 때문이다. 홍콩은 주권국가로서가 아니라 하나의 지역으로서 다른 회원국이 갖지 못한 특수한 지위를 갖고 있다. 一般協定上 香港의 지위는 변화를 겪어 왔는 바, 종전에는 香港이 一般協定의 각 조항의 사실상의 적용을 받아 왔을 뿐 정식회원국은 아니었으며 一般協定上의 권리·의무는 영국에 의하여 대리 행사되었다. 그러나 1986년 4월 23일 香港은 정식회원국이 되어 독립적으로 권리·의무를 행사하게 되었다.

香港이 주권국가가 아닌 하나의 지역으로서 一般協定의 회원국이 될 수 있었던 것은 첫째로 영국과 중국이 공동선언을 통해 香港이 그러한 지위를 향유할 수 있도록 한다는 합의에 도달하였으며, 둘째로 一般協定의 회원국자격에 관한 규정이 비교적 독특한 것이라는 사실 때문이었다.³⁶⁾ 즉 단일의 관세지역(tariff territory)을 구성하는 모든 실체는 그것이 국가인지의 여부에 불구하고 일정한 절차에 따라 一般協定의 회원국이 될 수 있다. 이와는 달리 하나의 독립된 주권국가라 할지라도 단일의 관세지역을 형성하고 있지 아니한다면 一般協定의 회원국이 될 수 없다.

一般協定의 관련 조문에 의하면 단일의 관세지역의 존재가 회원국자

격의 선결요건이 되지만, 단일관세지역이 하나의 주권국가를 구성하고 있어야 한다는 조건을 요구하고 있지 아니하기 때문에³⁷⁾ 홍콩이 一般協定の 완전한 회원국자격을 획득할 수 있었던 것이다. 一般協定の 관련 규정에 따르면 원회원국이 아닌 실체는 다음 두가지 절차중 하나에 따라 회원국자격을 획득할 수 있다.

첫째, 정상적으로 가입하는 절차이다. 즉 가입신청국과 기존의 회원국 전체가 교섭을 하여 양측이 정한 조건에 따라 회원국 전체의 3분의 2이상의 찬성을 얻어 새로운 회원국이 된다(一般協定 제33조). 둘째, 추천에 의해 가입하는 절차이다. 이 절차는 주로 식민지상태에서 독립한 신생국에 적용된다. 그 식민본국이 一般協定の 회원국인 경우라면 식민본국이 “대외무역관계와 이 협정에 규정된 기타 사항을 처리함에 있어서 완전한 자율권을 향유 또는 취득하였음”을 선언함으로써 추천(sponsorship)에 의해 신생독립국이 一般協定の 정식회원국이 될 수 있다(一般協定 제26조 5).

홍콩은 추천에 의한 가입절차에 따라 정식 회원국이 되었다. 따라서 법적으로 홍콩의 가입에는 아무런 문제가 없었다. 제26조의 추천가입 절차에 관한 규정에서 요구하고 있는 「단일관세지역」과 「회원국의 추천」이라는 두가지 가입요건을 홍콩이 모두 구비하고 있기 때문이다. 영·중공동선언과 홍콩이 一般協定の 정식회원자격을 획득한 1986년 4월 23일 중국이 발표한 성명에서도 향후에도 홍콩이 단일관세지역을 유지하게 될 것임을 천명한 바 있기 때문에 1997년 이후에도 一般協定

36) 「관세 및 무역에 관한 일반협정」은 엄밀한 의미에서 하나의 국제조약이 아니라 하나의 다자간 계약에 불과하다는 지적도 있으나, (陶德海, “香港對外貿易關係轉變所引起的若干法律問題,” 『“一國兩制”法律問題面面觀』 (香港: 三聯書店有限公司, 1989), p.167.), 설령 국가가 아닌 영토적 실체 (territorial entity)에 가입이 개방되어 있다는 이유만으로 국제조약의 성격을 부인하기 어려울 것이다.

37) 一般協定 제33조는 「이 협정의 체약국에 속하지 아니하는 정부 또는 대외무역관계와 이 협정에 규정된 기타의 사항에 대하여 완전한 자주권을 향유하는 단일 관세영역의 정부는…… 이 협정에 가입할 수 있다.」라고 규정하고 있다. 또한 제26조도 이와 同旨의 규정을 두고 있다.

의 회원국의 자격을 유지하게 될 것이다.³⁸⁾ 다른 회원국의 추천도 아무런 문제가 될 것이 없다. 왜냐하면 종전과 같이 영국이 “책임있는 회원국”이 되어 홍콩이 영국을 통하여 「관세 및 무역에 관한 일반협정」의 규정을 받을 수 있기 때문이다. 중국은 현재 一般協定の 회원국의 자격을 인정받고 있지 못하기 때문에 추천국가는 될 수 없다.

그런데 여기에 한 가지 문제가 있음을 지적하지 않을 수 없다. 1997년 이후에는 중국이 영국을 대신하여 홍콩에 대해 책임을 지는 (responsible) 국가가 되므로 법적으로 엄밀히 말해서 영국은 추천국의 자격을 상실하게 된다. 중국이 그때까지 一般協定の 原會員國의 지위를 회복하거나 새로이 가입하지 못한다면 공백이 생기게 된다. 이 문제를 국가의 관행을 좇아 해결하기는 어렵다. 왜냐하면 지금까지 ‘홍콩’문제와 유사한 상황은 발생한 적이 없기 때문이다. 물론 중국이 一般協定 원회원국의 지위를 주장하고 있고 현재도 옵서버(observer)자격으로 활동하고 있기는 하지만 1997년까지 중국이 회원국자격을 회복하지 못한다면 홍콩의 회원국자격은 어떠한 방향으로 해결될 것인가에 대해 단언할 수는 없다.

2. 중국의 一般協定 복귀후 홍콩과의 관계

가. 意義

중국과 一般協定機構 모두 적극적인 자세를 취하고 있는 현재의 상

38) 미국의 홍콩영사인 Burton Levin은 1984년 6월 7일 뉴욕의 홍콩무역발전국에서의 연설에서 “미국은 결코 영·중회담에서 어떠한 역할도 고려하고 있지 아니하며, 홍콩의 번영과 안정을 유지할 수 있는 해결방안을 기대한다고 전제하고, 만약 홍콩이 현재의 국제적 지위를 유지한다면 미국은 중국이 홍콩의 주권을 회수한 후에도 계속 홍콩이 관세 및 무역에 관한 일반협정」 등 국제조직에 참여하는 것을 지지할 것”임을 밝혔다. 영 중공동선언의 가조인 당일 국무부 대변인은 기자회견을 소집하여 미국은 “공동성언이 홍콩의 장기적 지속적 발전을 위한 견고한 초석이 될 것이며 가능한한 협력을 할 것이며 홍콩(1997년후)의 국제조직에의 참여를 지지한다”는 입장을 표명한 바 있다. 鄭宇碩, “從國際法觀點評析中英聯合聲明”, 『“一國兩制”法律問題面面觀』, (香港:三聯書店有限公司, 1989), p.13.

황에서는 중국의 一般協定 會員國 자격회복은 시간문제일 뿐이다.³⁹⁾ 앞서 설명한 바 있듯이 일단 중국이 회원국자격을 회복하게 된다면 홍콩의 一般協定에 대한 지위문제는 완전히 해결될 것이다. 그러나 이로 인한 새로운 문제가 제기된다는 점에 주목할 필요가 있다. 중국과 홍콩이 모두 정식회원국이 된다고 할지라도 홍콩은 어디까지나 중국의 특별행정구에 불과하므로 중국은 두 개의 상이한 관세지역을 갖게 되고 각 지역이 별도로 一般協定の 회원국이 되는 특수한 상황이 전개되기 때문이다.

나. 法律關係의 交叉

중국이 회원국 지위를 회복한 후에는 중국과 홍콩은 다른 회원국과 개별적인 관계를 맺게 된다. 홍콩은 중국의 특별행정구로서 중앙과 지방의 관계이면서도 양자와 一般協定과의 관계에서 보면, 평등한 회원국의 관계에 있게 된다. 이로 인하여 홍콩이 一般協定상의 활동에 참여할 때는 독립적인 발언권을 갖게 되고 쌍방의 이해관계가 상충되는 경우가 있을 수 있으므로 그들의 입장이 항상 동일할 수는 없다.

홍콩은 다른 회원국과의 관계에서는 1997년 이후에도 현재와 같이 독립적으로 자신의 권리·의무를 가진다. 예컨대, 홍콩이 자신의 권리가 침해를 받았다고 판단하는 경우 一般協定에 규정된 절차에 따라 이의를 제기할 수 있다. 물론 중국이 홍콩을 대리하여 이러한 행위를 할 수 없으며 반대로 다른 회원국이 홍콩의 一般協定상의 의무위반을 이유로 중국에 책임을 추궁할 수 없고 홍콩에 직접 이의를 제기하여야 한다. 이론상으로는 중국과 홍콩간의 무역분쟁이 발생한다 할지라도 이

39) Feng, Yu-shu, "China's Membership of GATT: A Practical Proposal," *Journal of World Trade Law*, Vol.21, No.1(1987), pp.53-70. ; Herzstein, Robert E., "China and GATT: Legal and Policy Issues Raised by China's Participation in the General Agreement on Tariffs and Trade," *Law & Policy in International Business*, Vol.18(1986), pp.371-415. ; Li, Chung-chou, "Resumption of China's GATT Membership," *Journal of World Trade Law*, Vol.21, No.4(1987), pp.79-102. 참조.

러한 절차에 따라 해결할 수 밖에 없다. 홍콩이 가지는 이러한 능력은 중국이 하나의 주권국가로서 홍콩에 특별 수권한 것이기 때문에 그러한 해결절차가 중국의 주권을 손상하는 것은 아니다. 그러나 실제로는 중국의 일부인 홍콩이 중국내지와의 통상적인 무역분쟁을 일반협상에 규정된 절차에 따라 해결하기 보다는 내부적인 협의를 통해 해결하게 될 것이다.

영·중공동선언과 홍콩기본법은 홍콩이 하나의 지역으로서 국제경제 활동에 참여할 수 있다는 원칙적인 규정을 두고 있을 뿐 홍콩의 국제 경제활동 수행시 중앙정부와의 관계는 어떻게 처리할 것인가에 대해서는 침묵을 지키고 있다. 홍콩특별행정구 기본법은 그러한 영·중공동선언상의 홍콩의 경제활동에 관한 원칙을 보다 구체화함으로써 一般協定 그리고 다른 국제조직에서의 중국과 홍콩간의 관계를 명확히 할 필요가 있었음에도 불구하고 이를 전혀 고려하지 않았다.

다. 內國民待遇 問題

‘내국민대우’는 일국의 정부가 본국 국민과 외국 국민간의 특정한 활동에 대하여 원칙적으로 무차별대우를 부여하는 것을 의미한다. 一般協定은 내국민대우를 중요한 원칙으로 간주하고 각 회원국은 다른 회원국으로부터의 수입상품에 대해 내국민대우를 부여하여 내국세와 기타 자국내에서의 비용면에서 또한 관련 법규 제정시에 국내상품을 보호하는 조치를 취하지 아니하도록 규정하고 있다.⁴⁰⁾

현재로서는 중국이 一般協定의 회원국의 지위를 회복하지 못하였으므로 별도의 조약상의 의무가 없는 한 다른 회원국의 수입상품에 대하여는 내국민대우를 부여하여야 할 의무를 지고 있지 않다. 그러나 一般協定의 회원국의 지위를 회복하게 된다면 당연히 一般協定상의 내국민대우의 원칙을 준수할 의무를 부담하게 된다.

그런데 이 경우, 홍콩이 특별행정구가 된 후 중국내지에서 홍콩이 향

40) 「관세 및 무역에 관한 일반협정」 제3조 제1, 2, 4항.

유하는 내국민대우가 다른 회원국이 중국내지에서 향유하는 내국민대우와 동일한 것이어야 하는지가 문제가 된다. 바꾸어 말해서 홍콩이 중국내지와 무역에서 중국의 국민의 지위로서 대우를 받는가 아니면 단순히 내국민대우를 받는 것인가의 문제이다.

주지하다시피 내국민대우에 관한 규정이 있다고 할지라도 국민과 내국민대우를 향유하는 외국인간에는 권리면에서 여전히 차이가 있으며 「一般協定」상의 내국민대우도 마찬가지다. 즉 一般協定상의 내국민대우는 약간의 예외를 가지며 이러한 예외적인 상황에서 국가는 자국민에게 우대조치를 부여할 수 있다. 一般協定은 회원국정부가 정부조달물품의 구입시에는 내국민대우가 적용되지 아니하므로 자국상품만을 구매대상으로 하고 외국상품의 구입을 거부할 수 있다는 취지의 규정을 두고 있다.⁴¹⁾ 또한 정부는 국내생산자에게만 특별보조금을 지급할 수 있다.⁴²⁾ 그러므로 중국이 무역관계에서 홍콩주민을 중국국민으로 취급하여 내국민대우를 부여하지 아니한다면 중국정부는 정부의 공공조달시에 홍콩의 상품을 중국 내지 상품과 동일하게 취급하게 되어 외국상품으로 간주하지 않게 된다.

홍콩주민은 1997년 이후에는 당연히 중국국민이므로 무역분야에서도 중국내지인과 동등한 지위를 향유하여야 합당하지만 일국양체론의 속성상 그리고 一般協定の 규정상 그러한 지위를 향유하기는 어렵다.

라. 最惠國待遇條項으로 야기되는 제문제

一般協定の 원칙과 관련하여 최혜국대우조항에 대해서도 주목할 필요가 있다. 원칙적으로 一般協定の 회원국들은 중국과 홍콩이 상호 부여하는 우대조치를 자신에게도 적용할 것을 요구할 수 있다. 결국 이 문제는 중국이 회원국의 자격을 회복하기 위한 교섭과정에서 해결해야

41) 「관세 및 무역에 관한 일반협정」 제3조 8.

42) 여기에서 말하는 보조금은 국내생산보조금이며 수출보조금은 아니다. 후자는 원칙적으로 허용되지 아니한다.

할 문제이다.

최혜국대우와 내국민대우는 一般協定の 중요한 원칙들로서 무차별원칙을 실현하는 두 가지 支柱로서의 기능을 한다. 내국민대우가 자국상품과 외국상품의 무차별대우를 목적으로 하는 것이라고 한다면 최혜국대우는 일국에서의 모든 외국 상품에 대한 무차별대우를 목적으로 한다. 「관세 및 무역에 관한 일반협정」의 규정에 의하면 각 회원국은 「...어떠한 국가의 상품에 대하여 부여하는 이익, 우대, 특권 및 면제는 무조건적으로...모든 다른 회원국의 동종상품에 부여하여야 한다」(제1조 제1항). 따라서 모든 회원국은 다른 회원국과의 무역거래에서 동등한 대우를 향유하게 된다. 바로 이 조항에 의하여 중국과 홍콩이 무역에서 상대방에게 부여하는 모든 우대조치는 무조건으로 다른 회원국에게도 부여하여야 한다. 그러나 비록 중국과 홍콩이 상이한 관세지역을 구성하고 있으나 홍콩은 중국의 일부이고 특수한 지리적 위치와 오랜 기간 형성된 상호간의 무역관계로 인하여 쌍방은 상대방에게 약간의 우대조치를 부여하게 될 가능성도 있다. 그러나 이러한 우대조치 가운데는 홍콩이 중국의 일부라는 이유로 최혜국대우의 적용으로부터 면제되기는 곤란한 것들도 있다. 다시 말해서 설령 중국이 모든 회원국과 협의를 통해 홍콩에 내국민대우분야를 확대하는 것을 허용받는다 할지라도 합법적인 것으로 해석될 수 없는 상황이 있을 수 있다. 예컨대, 중국과 홍콩간의 일부 무역상품에 대한 관세면제는 최혜국대우의 적용을 받지 아니하는 것으로 해석될 수는 없다. 그러므로 중국과 홍콩간에 특수무역관계를 유지하거나 설정하기 위해서는 최혜국대우의 예외규정에 근거하는 것이어야 한다.

一般協定の 규정상 그러한 예외가 인정되는 것으로는 다음과 같다.

첫째, 관세동맹이다. 즉 2 또는 그 이상의 관세지역이 하나의 단독관세지역을 형성하여 대내적으로는 실질적으로 관세 및 기타 무역제한을 철폐하고 대외적으로는 통일관세를 실시하게 된다. 유럽경제공동체가 관세동맹의 전형적인 것이다. 이러한 관세동맹이 최혜국대우조항의 합법적인 예외사유인 바, 내부적으로 관세를 철폐하였다 할지라도 대외적

으로는 관세를 징수하는 것이 합법화된다. 그러나 중국과 홍콩의 경제 제도는 본질적으로 상이하어 홍콩은 '자유무역항'의 성격을 가지며 중국은 "계획상품경제" 제도를 시행하고 있기 때문에 관세동맹을 형성하기는 불가능하다.

둘째, 자유무역지대이다. 자유무역지대는 관세동맹과 더불어 최혜국대우의 주요한 예외이다. 그러나 자유무역지대가 대내적으로는 관세동맹과 같이 실질적으로 관세와 무역제한을 철폐하지만 대외적으로는 구성국이 각각 독자적인 관세정책을 실시한다(一般協定 제24조 8). 그러나 중국과 홍콩은 관세동맹의 경우와 마찬가지로의 이유 때문에 향후 상당기간 동안 자유무역지대를 설정할 수 없을 것이다.

세째, 변경무역이다. 一般協定 제24조 제3항은 「이 협정의 각 규정은 회원국이 변경무역의 편의성을 위해 인접국가에게 어떠한 혜택을 부여하는 것을 방지하지 아니한다」라고 규정하고 있다. 이 규정에 의하여 중국과 홍콩이 동일국가내의 두 개의 관세지역으로서 변경무역의 편리성을 위해 상호간에 어떠한 혜택을 부여할 수 있는가도 일응은 검토대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 "변경무역"의 편의성을 위한 목적으로 변경주민간의 소액무역에만 허용이 되는 것이므로 중국과 홍콩간의 통상적인 무역거래에는 적용될 수 없다.

네째, 免除(waiver)절차이다. 一般協定은 특별한 상황에서 순회원국 3분의 2이상의 동의를 얻어 어떠한 회원국이 부담하는 一般協定상의 어떠한 의무를 면제받을 수 있는 바, 여기에는 최혜국대우조항에 의하여 부담하는 의무도 포함된다(一般協定 제25조 5항). 중국과 홍콩이 일부 특별한 분야에서 우대관계를 설정할 필요가 있다면, 이러한 절차에 의거하는 경우에는 합법성이 인정될 것이다. 一般協定の 집행과정에서 보면 이러한 면제절차의 선례가 없지 않다. 예컨대, 1965년 미국과 캐나다간에 체결된 자동차상품협정에 의하여 양국은 관세동맹이나 자유무역지역을 설정하였고 '면제절차'에 의하여 그 합법성이 인정된 바 있다.

결론적으로 말해서 중국과 홍콩간의 특수관계로 인하여 중국이 「一

般協定」의 회원국의 지위를 회복한다면 홍콩에 대해서도 일정한 영향을 미칠 가능성이 있다. 결국 이러한 문제는 중국이 「一般協定」의 회원국들과 교섭을 통해 해결하게 될 것이다.

3. 홍콩의 地位變化後 몇 가지 問題

가. 英聯邦特惠의 問題

영·중공동선언과 홍콩특별행정구 기본법에 의하여 중국정부는 홍콩의 기본적 제도가 불변임을 국제적으로 약속하였으나 홍콩의 법적 지위는 영국의 식민지로부터 중국의 특별행정구로 중대한 변화를 겪게 되었다. 이러한 사실은 홍콩의 무역관계에 중요한 영향이 미치게 될 것임을 의미한다.

1997년까지는 홍콩은 영연합의 일부이며 따라서 영연합의 다른 구성원과 특수한 무역관계를 유지한다. 1932년의 Ottawa협정(Ottawa Convention)에 의거하여 영연합 구성원간에는 특혜무역지역을 형성하여 상호간에 특혜대우를 부여하고 있다. 一般協定의 교섭과정에서 미국은 영연합 구성원간의 특혜대우제도를 철폐하고자 하였으나 실패하였는 바, 결국 「一般協定」의 최종 조문에는 영연합의 특혜대우를 최혜국대우조항의 중요한 예외의 하나로서 삼입되기에 이르렀다.⁴³⁾

이러한 경과를 거쳐 홍콩은 영연합 구성원으로부터의 수입상품 대부분에 대해 무관세정책을 실시하고 있으며 홍콩의 수출상품 역시 그들로부터 특혜대우를 받고 있는 바, 이러한 특혜제도는 홍콩의 번영에 유리한 작용을 하여 왔다. 그런데 1997년 이후에도 홍콩이 영연합과 이러한 관계를 유지할 수 있는가는 대단히 중요한 문제가 아닐 수 없다. 법리상으로는 홍콩이 중국의 특별행정구가 되므로 기존의 관계는 존속될 수 없을 것이다.

홍콩의 학자인 陶德海는 「홍콩과 영연합 구성원간의 특혜관계는 영

43) 「관세 및 무역에 관한 일반협정」 제1조 제2, 3항 및 부록 1.

연합관계를 기초로 한 것이므로 1997년 이후에는 그러한 특혜무역관계의 법적 근거는 상실된다」는 점을 인정하면서도 그것이 홍콩이 필연적으로 그러한 관계를 청산해야 하는 것이 아니라 새롭게 적절한 조정을 하여야 한다는 것을 의미할 뿐이라고 주장한다.⁴⁴⁾ 그는 영·중공동선언에 의하여 홍콩은 “관련 국제조직과 국제협정(특혜무역조치를 포함)”에 가입할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있기 때문에 향후의 홍콩기본법이 그러한 조정을 할 수 있도록 수권하여야 한다는 견해를 제시하였다. 그러나 그 후 제정된 홍콩특별행정구 기본법은 이러한 문제의 해결을 위한 어떠한 조항도 포함하지 않고 있다. 陶德海는 영·중공동선언에서 특별히 “특혜무역조치”를 명시한 것은 영연합의 특혜문제를 고려한 것이라고 지적하고 있다.⁴⁵⁾ 그러나 영·중공동선언은 영·중 쌍방에 대하여 구속력을 갖지만 홍콩기본법의 규정은 영국 등 제3국에 대해서는 구속력을 갖지 아니한다는 점에 유의할 필요가 있다. 다시 말해서 홍콩이 영연합의 특혜무역관계를 유지하려면 결국 관계국가와의 합의가 필요하다.

나. 中國의 貿易關聯法規의 適用問題

홍콩이 하나의 단독관세지역으로서 지위를 유지하기 위해서는 관세법 등 중국의 대외무역관련법규가 홍콩에 적용되지 아니하도록 하여야 한다. 그러나 향후의 모든 무역관련법규가 모두 홍콩과는 아무런 관계가 없음을 의미하지는 않는다. 영·중공동선언의 규정에 의하여 홍콩이 독립된 입법권을 가지므로 각종 수출입관련법규를 제정할 수 있지만 외교와 국방 등의 업무는 완전히 중앙정부가 관장한다. 그런데 일부 무역활동은 외교 또는 국방과 불가분의 관계에 있기 때문에 외교·국방과 관련된 중국내지의 법령이 이러한 홍콩의 무역활동에 적용되는지의 여부가 문제가 된다.

44) 陶德海, *supra* note 36, p.174.

45) *Ibid.*

예컨대 중국은 국제연합 회원국으로서 안전보장이사회의 결의를 충실히 집행하여야 하는 바, 만약 안전보장이사회가 어떠한 국가에 대하여 경제제재조치를 취한 경우 중국이 그러한 조치에 상응하여 무역상의 제재조치를 규정한 법령을 제정할 수도 있다. 또한 제3국간의 전쟁이 발발한 경우 중국이 중립국으로서 어느 일방 교전국에 전쟁물자의 제공을 금지하는 법령을 제정할 수도 있다. 이러한 법령들은 당연히 홍콩에 대해 구속력을 갖는다.

第6章 結 論

1. 一國兩體制論은 中國이 1978년 12월 개최된 제11차 三中全會에서 새로운 대만통일정책으로 제시된 후, 점진적으로 그 개념과 실행방법이 구체화되어 왔다. 이러한 構想은 中國이 1984년 12월 19일과 1987년 4월 13일 각기 《홍콩문제에 관한 영·중공동선언》과 《마카오 문제에 관한 중·포르투갈공동선언》 등에 조인함으로써 실현단계에 있다. 이러한 一國兩體制論은 중국의 평화공존론과 대립의 통일이라는 사회주의적 이데올로기를 새롭게 해석한 통일정책으로서 제시된 것이지만, 그 실제 목적은 중국본토 밖의 홍콩, 마카오, 대만을 사회주의체제로 흡수함으로써 그 지역들의 경제발전의 성과를 잃는 것보다는 오히려 자본주의체제를 유지하도록 함으로써 그 장점을 배우고 또한 이용하는 데 있다. 또한 그것은 중국이 현재 추진하고 있는 대외개방정책과 국내경제의 근대화와는 그 본질과 목적에서는 다르다 할지라도 鄧小平의 實用主義路線에서 연유한다는 점에서는 한 뿌리라고 할 수 있다.

이러한 一國兩體制論은 1985년 5월 28일 발효한 英·中共同宣言에 의하여 국제적인 관심을 끌게 되었으며, 이 선언에 의거하여 홍콩은 1997년 7월 1일 중국에 귀속되어 고도의 자치권을 향유하는 特別行政區가 된다. 홍콩의 반환문제를 놓고 영국과 중국이 맨 처음 대립하게 된 문제는 19세기에 英國과 淸國政府가 체결한 南京條約, 中·英北京條約, 展拓홍콩界址專條의 유효성 문제였으나, 결국 이러한 민감한 문제를 회피하는 방식을 채택함으로써 영·중공동선언이 채택되기에 이르렀던 것이다. 英·中共同宣言은 공동선언, 제1부속서, 제2부속서 및 제3부속서로 구성되어 있으며 별도로 영·중 양국은 여권과 국적 문제에 관한 覺書를 교환하였다. 英·中共同宣言의 第1附屬書 『중화인

민공화국정부의 홍콩에 대한 기본방침·정책에 대한 구체적 설명』중의 법제와 법률에 관한 부분을 살펴 보면, 中國 지도층이 1997년 홍콩의 주권 및 통치권을 반환받는 조건으로 홍콩의 안정된 발전을 위하여 홍콩주민의 요구를 대폭적으로 수용하였음을 알 수 있다. 홍콩주민에게 보장되는 권리와 자유와 그 침해에 대한 구제절차를 규정하고 있을 뿐만 아니라 많은 주의를 기울였음을 알 수 있다. 50년 동안 홍콩의 법제와 사회제도가 불변임을 명시함으로써 1997년 이후에도 홍콩은 common law의 요소가 강한 법제를 유지하게 되는 것을 인정하고 있다. 英·中 共同宣言이 조인될 당시, 가장 관심을 끌었던 문제는 국제법상의 구속력 有無였으나 영국과 중국은 각각 입법기관의 동의를 얻어 비준서를 교환하는 체결절차를 진행하였고 또한 양국의 공식적인 입장을 감안해 볼 때, 그 명칭여하를 불구하고 그 구속력은 부인할 수 없다.

중국 정부는 1985년 6월 홍콩基本法 기초위원회와 홍콩基本法 자문위원회의 설치를 발표하였으며 두 번에 걸친 초안작성과 그에 대한 여론수집과 타당성 검토를 거친 끝에 1990년 4월 4일 홍콩特別行政區基本法이 전국인민대표대회에서 통과되어 1997년 7월 1일부터 시행되게 된다. 이때부터 중국은 공식적으로 중국의 일부가 된 홍콩에 대하여 주권을 행사하게 된다. 홍콩特別行政區基本法을 기초하는 것은 순수한 법률문제만이 아니고, 정치적인 요소가 필히 개입될 수 밖에 없었다. 이러한 면에서 중국이 먼저 중요한 정책결정을 내린 후 홍콩特別行政區基本法을 起草하였다고 할 수 있다. 홍콩特別行政區基本法은 전체 9장과 3건의 부속서로 구성되어 있으며, 중국과 홍콩특별구와의 관계, 주민의 권리, 정치체제, 행정·입법·사법기관, 경제, 재정, 금융, 무역, 토지, 해운, 교육, 과학, 문화, 종교, 대외업무 등으로 구성되어 있다. 홍콩特別行政區基本法은 이미 영·중공동선언에서 양국이 합의한 바와 같이 홍콩은 행정관리권, 입법권, 독립된 사법권과 중심권을 가짐을 규정하고 아울러 홍콩의 기존의 자본주의 제도와 생활방식은 50년 동안 불변임을 보장하고 있다. 또한 홍콩주민은 기존의 모든 자유와 권리를 변함없이 향유하고 자유롭게 이민, 여행할 수 있음을 규정하고 있

다.

그러나 1997년 이후 중국의 홍콩통치방식은 지금까지의 영국의 홍콩 통치방식과는 크게 달라진다. 대표적인 예를 들어, 基本法 제17조는 「……전국인민대표대회 상무위원회는 자신에 소속된 홍콩特別行政區 基本法委員會에 의견을 구한 후, 홍콩特別行政區 입법기관이 제정한 어떠한 법률이 이 법(基本法)의 중앙관리에 관한 업무 및 홍콩特別行政區의 관계조항에 부합되지 아니하다고 인정되는 경우 관련 법률을 반송할 수 있다」라고 규정하고 있다.

홍콩特別行政區 基本法은 英·中共同宣言과 중화인민공화국 헌법 제31조에 의거하여 제정되었다. 동 제31조는 「국가는 필요시 特別行政區를 설치할 수 있으며, 特別行政區내에서 시행되는 제도는 구체적인 상황을 고려하여 전국인민대표대회가 법률로 정한다」라고 규정하고 있다. 중국 헌법상의 제규정을 엄격히 적용한다면 홍콩은 1997년부터 헌법 제1조의 규정에 따라 사회주의가 시행되어야 하지만 英·中共同宣言의 규정에 따라 중국은 이를 유보하고 고도의 자치권을 향유하게 된다. “一國兩體制論”의 출발점과 의미는 바로 여기에서 찾을 수 있을 것이다.

엄격한 의미에서는 중국의 헌법과 홍콩特別行政區 基本法이 서로 조화할 수 없고 따라서 해석상의 모순이 발생할 수도 있지만, 헌법 제31조는 ‘一國兩體制’정책에 따라 홍콩, 마카오, 대만문제를 해결하기 위한 입법취지를 가지며 따라서 홍콩特別行政區 基本法이 헌법에 저촉되는 것이 아니라 前者가 後者에 근거하여 제정된 것이다.

2. 一國兩體制論에서 가장 기본이 되는 것은 중국의 中央政府와 홍콩特別行政區와의 관계, 바꾸어 말해서 홍콩特別行政區의 地位設定 問題였다. 中國 憲法 제31조는 홍콩, 마카오, 대만의 통일을 위한 특별한 목적을 가지므로 이에 따라 설치되는 特別行政區는 民族自治區, 經濟特別區, 經濟技術開發區와는 그 설치목적, 성격 및 권한의 면에서 본질적으로 다르다. 그런데, 홍콩特別行政區 基本法은 홍콩特別行政區는 중국

의 불가분의 일부이며 중앙정부의 직접 관할하에 있음을 명시하고 있다. 따라서 特別行政區는 聯邦國家의 州에 해당되는 것이 아니라 單一國家(unitary state)의 지방행정구역에 불과하며, 따라서 대내적인 면에서 잔여권력의 귀속문제는 발생하지 아니한다. 홍콩特別行政區의 高度의 自治權은 英·中共同宣言과 중국헌법 제31조에 근거한 것이며, “完全한” 自治權과는 구별되어야 한다.

그러나, 홍콩特別行政區의 자치권은 적어도 법규정상으로는 연방국가의 州의 권한보다 훨씬 광범하다. 行政權의 면에서 본다면 홍콩特別行政區는 자신의 행정사무를 독자적으로 수행·관리하며 중앙정부가 授權한 대외업무를 수행하고 또한 재정적으로 독립을 유지하여 稅收制度를 독립적으로 시행하고 독자적으로 화폐금융정책을 수립하는 등 광범한 행정권을 갖는다. 基本法 제16조는 “재정·금융·경제·공사업·무역·세무·우정·민항·해사·교통운수·어업·농업·인사·민정·노동·교육·의료위생·사회복지·문화위락·市政건설·市구획·가옥·부동산·치안·출입국·천문기상·통신·과학기술·체육 기타 분야의 행정사무”를 관장한다고 규정하고 있는 바 이것은 列舉規定이 아닌 例示規定이다. 그러나 행정장관과 고위 공무원은 중앙정부가 임명한다는 사실로부터 행정분야에서의 自治權의 限界를 엿볼 수 있다.

立法權의 면에서 본다면 홍콩特別行政區는 국방·외교 그리고 자신의 자치범위내에 속하지 아니하는 법률외에는 어떠한 법률도 제정할 수 있는 권한을 가지며 그러한 법률이 중국 내지의 법률과 일치하지 아니할 수도 있다. 홍콩特別行政區의 입법기관은 법률의 제정, 정부의 재정수지의 승인·감사 그리고 행정기관의 정책과 활동에 대한 평가서와 질의서를 제출하는 권한을 갖는다. 그러나 홍콩特別行政區의 입법기관의 지위와 권한은 그다지 강력하다고 보기는 어렵다. 중국의 입법기관인 전국인민대표대회가 국가최고권력기관으로서 갖는 지위와 권한과는 크게 대조적이라고 할 수 있다.

1997년 이후에도 홍콩의 기존의 사법제도는 기본적으로 유지되며, 홍콩特別行政區는 司法權의 면에서 광범한 자치를 향유하게 된다. 법원

의 인적·물적 독립이 보장되며 일정한 경우, 영국 등 외국의 국적을 가진 자가 홍콩의 법관으로 임용될 수 있을 뿐만 아니라, 중심권은 최고인민법원이 아닌 홍콩의 중심법원에 있다. 이러한 면에서 중국의 법원과 홍콩의 법원은 전혀 별개의 사법체계에 속한다고 할 수 있다.

또한 홍콩特別行政區는 경제·무역·금융·항공운송·통신·관광·문화·체육 등의 분야에서 “중국홍콩”의 명의로 단독으로 각국, 각지역 그리고 관련 국제조직과 관계를 유지하고 협정을 체결할 수 있다. 정치적인 면에서 홍콩特別行政區 행정기관과 입법기관은 홍콩의 영주민으로 구성되며, 법률에 따라 사유재산권을 보호하고 자본주의 제도는 50년 동안 유지된다. 그러나 홍콩特別行政區내의 토지와 자연자원은 국가소유로 함으로써 사회주의적 요소를 가미하고 있다. 또한, 홍콩의 기존의 법률, 즉 보통법, 형평법, 조례, 관습법 등은 “홍콩基本法”에 저촉되거나 홍콩特別行政區 입법기관이 개정할 경우외에는 모두 유효함을 규정하고 있다. 원칙적으로 중국 내지의 법령은 홍콩特別行政區에 적용되지 아니하지만 중국의 영토적 통일성과 국가로서의 단일성을 유지하기 위하여 필요한 일부 법령들은 극히 예외적인 상황에서 시행되는 경우도 있을 수 있다.

홍콩 주민은 법이 정하는 바에 따라 신체, 언론, 출판, 집회, 결사, 여행, 이주, 통신, 파업, 직업선택과 학술연구 및 신앙 등의 권리와 자유를 향유한다. 뿐만 아니라 「市民的·政治的 諸權利에 관한 國際規約」과 「經濟的·社會的·文化的 諸權利에 관한 國際規約」의 홍콩特別行政區에 적용되는 규정은 계속하여 유효하며 홍콩의 법으로 채택하여 시행되게 된다. 중국 내지의 주민의 권리와 자유 및 홍콩주민의 권리와 자유는 그 이념적 배경과 존립기반 자체가 다름에도 불구하고 공존하게 된다.

한편, 홍콩特別行政區 基本法の 해석권과 개정권은 각각 전국인민대표대회 상무위원회와 전국인민대표대회에 속한다. 그러나 홍콩特別行政區 법원도 재판과정에서 홍콩주민의 권리와 의무에 관한 부분을 포함하여 홍콩特別行政區의 자치범위내에 속하는 홍콩特別行政區 基本法

의 각 조항에 대해서 해석권을 가진다. 중앙정부와 홍콩特別行政區간의 권한배분과 관계된 基本法上的 각 조문에 대해서는 전국인민대표대회 상무위원회가 최종해석권을 가진다. 또한 법원은 심리중에 基本法의 다른 조항도 해석할 수 있으나 그것이 중앙정부가 관장하는 업무 또는 중앙정부와 홍콩特別行政區간의 관계에 관한 조항에 대해 해석할 필요가 있는 경우에는 일정한 절차에 따라 전국인민대표대회 상무위원회에 당해 조항에 대한 유권해석을 요청하고 그 해석에 따라 재판하여야 한다. 이와 같이 基本法의 해석권을 二元化하는 기준은 대단히 불분명하여 구분 자체가 용이하지 않다. 예를 들어 외교적 성격의 업무라 할지라도 대외적인 상업관계를 구성하는 것이 있을 수 있다. 이러한 문제를 어떻게 해결할 것인지에 대하여는 홍콩特別行政區 基本法에 아무런 규정을 하고 있지 않다. 한편, 홍콩特別行政區 基本法에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 중국 내지에서와는 달리 最高人民法院이 基本法에 대한 해석권을 갖지 않는다는 점은 의심의 여지가 없다. 홍콩의 각급 법원은 홍콩의 입법기관과 행정기관이 제정한 법률과 하위법이 基本法 및 상위법인 법률에 위배되는지의 여부를 심사할 수 있다.

이상과 같이 국방, 외교 등 주요업무에 대해서는 중앙정부가 직접 관장하며 그 밖에도 중앙정부가 형식적이 아닌 실질적인 통제권을 행사하는 분야가 많다.

3. 홍콩은 자치권을 갖는 지방적 실체에 불과하지만 비정치적인 대외관계는 상당히 활발하다. 비록 경제·문화 등 일부 분야에 국한되어 있기는 하지만 외국과 양자조약 또는 다자조약을 체결하여 왔고 일부 국제조직에도 가입하고 있다. 1997년 이후에도 홍콩은 각국, 각지역 및 관련 국제조직과 경제·문화관계를 유지·발전시키고 관련 조약을 체결할 수 있다. 이러한 조약들은 모두 중국의 중앙정부, 타방 계약국 및 홍콩간의 특수한 관계를 수반하게 되며 특히 국제책임의 귀속과 관련되어 있음에 유의할 필요가 있다. 홍콩이 체결·가입하는 조약의 유형은 첫째, 홍콩이 단독으로 가입한 다자조약, 둘째, 홍콩이 조인한 후

중앙정부가 비준을 한 양자조약, 세째, 중앙정부가 홍콩명의로 체결한 다자조약, 네째, 홍콩이 독자적으로 조인하고 비준이 필요없는 兩者條約 등으로 구분될 수 있으며 이러한 유형에 따라 국제책임의 귀속문제를 검토해 볼 필요가 있다. 결론적으로 말해서 중앙정부가 배타적인 책임을 부담하는 경우, 홍콩이 배타적인 책임을 부담하는 경우 그리고 중앙정부와 홍콩이 공동으로 책임을 부담하는 경우 등 3가지의 책임귀속 유형이 있다.

4. 한편, 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」은 보편적인 국제무역관계에 관한 유일한 多者條約이며 홍콩의 貿易相對國이 모두 그 회원국이기 때문에 1997년 이후 홍콩에 대한 동 협정의 적용과 관련하여 몇 가지 주목할 필요가 있다. 홍콩은 1986년부터 주권국가로서가 아니라 단일 관세지역으로서 추천 형식에 의하여 정식 회원국의 지위를 유지하고 있다. 中國이 1997년 6월 30일 이전에 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」의 會員國의 지위를 갖지 못하는 경우에는 중국이 영국을 대신하여 홍콩에 대해 책임을 지는(responsible)국가가 될 수 없기 때문에 홍콩의 회원자격이 어떠한 방향으로 해결될 것인가에 대해 예측할 수는 없다.

중국이 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」에 복귀하게 되는 경우에는 중국 내지와 홍콩이 별개의 關稅地域으로서 동일한 國家內에서 두 會員國이 출현하는 현상이 빚어지게 된다. 다시 말해서 홍콩은 중국의 特別行政區로서 중앙과 지방의 관계이면서도 兩者는 同 協定상으로는 평등한 회원국의 관계에 있게 된다. 이로 인하여 쌍방의 이해관계가 상충되는 경우가 있을 수 있다. 또한 1997년 이후에도 홍콩은 동 협정에 규정된 절차에 따라 자신의 이름으로 타방 회원국에게 협정상 권리 주장하고 의무를 지게 된다. 다시 말해서 중국 중앙정부는 홍콩 特別行政區를 대리할 수 없으며, 이론상으로는 중국 내지와 홍콩 特別行政區간의 무역분쟁이 발생한다 할지라도 이러한 절차에 따라 해결할 수 밖에 없다. 英·中共同宣言과 홍콩 特別行政區 基本法은 이와 같은 국제경

제 활동수행시의 홍콩特別行政區와 中央政府와의 관계에 대하여는 침묵을 지키고 있어 중대한 입법상의 흠결을 남기고 있다.

그 밖에도 中國이 회원국의 지역을 회복하게 되는 경우 중국 내지와 홍콩이 하나의 國家內에 존재하면서도 「關稅 및 貿易에 관한 一般協定」상의 중요한 원칙인 內國民待遇와 最惠國待遇를 상호간에 부여하여야 할 의무를 부담하게 되는 기현상이 발생하게 된다. 결국 이러한 문제는 중국이 同 協定 締約國들과 교섭을 통해 해결하게 될 것이다.

5. 중국정부가 英·中共同宣言 및 홍콩特別行政區 基本法을 어느 정도까지 충실히 집행할 것인가는 國內외의 몇 가지 변수에 좌우될 것이다. 먼저 중국 지도층은 중국의 대외개방정책은 변화가 없을 것임을 부단히 천명하여 왔고 중국의 對홍콩정책은 이러한 대외개방정책 유지의 시금석의 하나임을 강조하여 왔다. 이러한 상황에서 만약 중국이 英·中共同宣言을 준수하지 아니할 경우 자본주의 국가와의 경제교류관계에 심각한 악영향을 미치게 될 것이다. 중국의 국내경제체제개혁, 경제특구설치, 연안도시의 개방 등과 같은 정책이 현재 진행되고 있는 상황에서 對홍콩정책의 변화가 발생한다면 다른 국가들은 중국의 국내정책의 본질적인 포기의 신호로 간주하게 될 것이다. 마지막으로 중국 지도층이 홍콩에 대해 각종 특혜를 약속한 것은 현재 홍콩이 누리고 있는 번영과 안정이 계속하여 유지되도록 함으로써 중국 자신이 이득을 얻고자 하는데 그 목적이 있다.

자료-1

『홍콩問題 處理에 관한 英·中共同宣言』*

1. 概說

1. 영국과 중국 양국정부 대표는 1984년 9월 26일 홍콩장래에 관한 協定** 草案에 가조인하였다. 협정내용은 이 백서의 둘째 부분에 게재하였다. 협정은 共同宣言과 3개의 附屬書로 구성되어 있으며 별도로 交換覽書가 첨부되어야 한다. 이들 문서는 양국정부가 홍콩의 안정과 번영을 유지한다는 공동목표하에 최근 2 년간에 진행한 협상의 결과이다.

2. 이 白書는 과거 2 년간의 협상 배경 및 과정을 설명하고 또한 문제의 실제상황에 비추어 이들 문서를 제시하는 데 그 목적이 있다. 백서의 전문은 또한 홍콩에서 홍콩정부에 의해 발표될 수 있으며, 홍콩주민은 백서에 언급된 제반 조치의 전반적인 접수여부에 대하여 의견을 제시할 수 있다. 이후 관련 사항은 영국의회의 토의에 부쳐질 것이다.

〈歷史〉

省 略

* 出典: International Legal Materials, Vol.23(1984), pp 1366~87. 本稿에서의 「概說」, 「共同宣言」, 「附屬書」 및 「解說」은 英國의 「白書」의 構成에 따른 것이다.

** 本稿 第2章에서 밝힌 바와 같이 영국측은 '共同宣言'이라는 용어보다는 '協定'(agreement)라는 용어를 사용한다.

〈協商過程〉

9. 영국수상의 중국방문후 駐北京 영국대사와 중국 외교부는 제1단계 협상을 시작하였다. 쌍방은 어떤 기초위에서 협상을 진행할 것인지와 협상의 의사일정에 관해 의견을 교환하였다. 1983년 7월 1일 제2단계 협상이 7월 12일 북경에서 개시된다고 발표되었다. 제2단계 협상의 방식은 駐北京 영국대사와 중국 외교부의 부부장 또는 부장보좌가 인솔하는 대표단이 수차의 공식회담을 개최하고, 필요할 때에는 쌍방 대표단이 비공식 접촉을 할 수 있는 것이었다. 이러한 협상방식은 협상이 끝날 때까지 계속 유지되었다. 홍콩총독은 영국대표단의 일원으로서 매회의 공식회담에 참가하였다.

10. 협상과정에서 영국정부는 홍콩의 현행 각종 제도와 영국이 행정상 수행하고 있는 역할 및 영국과 연계된 이들 제도의 중요성 등을 상세히 설명하였다. 그러나 광범한 토의를 거쳐 영국이 1997년 이후에도 홍콩을 계속 통치하는 것은 어떠한 형태로든 중국으로서는 결코 받아들일 수 없다는 것이 분명해졌다. 따라서 홍콩總督과 行政評議會의 전면적인 협의가 있는 후, 영국정부는 영·중 쌍방이 일정한 조건하에 홍콩의 안정과 번영을 유지하기 위하여 영국이 홍콩을 계속 통치하는 것 이외에 어떤 효과적인 조치를 마련할 수 있는지에 관해 토의·검토할 것을 제시하는 한편, 이런 기초위에서 홍콩의 안정과 번영의 지속을 보증할 수 있는 조치가 마련될 수 있는지의 여부를 파악하기 위하여 중국이 영국에 설명한 장래의 구상을 재검토할 것을 제안하였다. 영국은 중국정부에게 만일 상기의 협의가 성공한다면 영국정부는 의회에 각종 조치가 정식으로 포함된 쌍무협정을 체결하도록 건의할 의사가 있음을 표명하였다. 그 밖에도 영국정부는 이러한 상황하에서 이들 조치의 실시에 협력할 것을 약속하였다. 그 후 영국정부는 중국정부가 제시한 홍콩을 中國의 특별행정구로 하려는 구상과 관련된 문제에 대하여 중국

정부와 협의하였다. 중국측 역시 중국정부의 각종 정책과 구상을 일층 상세히 설명하였다.

11. 1984년 4월 쌍방은 이러한 문제들에 대한 기본적 토의를 끝냈다. 일부 문제가 미해결상태로 남아 있었으나 쌍방이 모두 수락할 수 있는 기초가 마련되어 합의가 성립될 수 있는 가능성이 분명해졌다. 영국 외상이 중국정부의 초청으로 4월 15일-18일간 북경을 방문하였다. 중국 지도자들과 회담과정에서 쌍방은 홍콩장래문제에 관한 회담의 과정을 회고하였으며, 또한 진일보한 진전이 이루어졌다. 제프리 하우(Geoffrey Howe) 경은 4월 20일 홍콩에서 宣言을 발표, 영국정부가 채택한 협상방침에 대하여 설명하였다. 그는 “영국이 1997년 이후에도 홍콩을 계속 통치하기 위한 협정을 체결하려는 것은 현실적인 생각이 아니다. 왜냐하면 영국정부는 중국정부와 1997년 이후에도 홍콩이 중국의 주권하에 고도의 自治權을 확보하고 동시에 홍콩의 생활방식 및 현행 각종 제도를 지속시키기 위하여 어떠한 조치를 취하여야 하는가를 검토하여 왔기 때문이다”라고 언급하였다. 하우 경은 “영국은 홍콩의 번영과 활기찬 사회의 유지를 보증할 수 있는 조치의 대가를 마련하기 위하여 노력하고 있으며, 이러한 조치들이 포함된 협정이 정식 체결될 것임”을 분명히 밝혔다.

12. 하우 경이 1984년 4월 중국을 방문한 후에도 협상은 계속되었다. 1984년 6월 21일에는 실무소위원회가 구성되어 북경에서 회담을 개최하고, 양측이 제안한 문서를 검토하는 데 모든 시간을 보냈다. 1984년 7월 27일~31일간 하우 경은 재차 북경을 방문하였는 바, 이는 전적으로 홍콩의 장래문제를 토의하기 위한 것이었다. 하우 경은 8월 1일 홍콩에서 “쌍방이 관련된 문서의 형식과 내용에 일치된 견해를 보임으로써 중대한 진전을 이룩하였으며, 이들 문서는 법적 구속력을 가진 형식이 될 것이고 홍콩장래에 대한 각종 조치를 분명하고 정확하게 포함할 것”이라고 공표하였다.

13. 또한 하우 경은 「英·中 쌍방은 이미 英·中合同連絡委員會를 설치하기로 합의하였는 바, 동 연락위원회는 협정 발효시에 정식으로 설치되어 2000년까지 활동을 계속할 것」이라고 발표하였다. 또한 쌍방은 동 위원회가 북경과 런던, 홍콩에서 나누어 회담을 개최하고 동 위원회는 권력기구가 되지 아니한다는데 동의하였다. 또한 영·중 쌍방은 連絡委員會의 기능은 협정의 이행에 관한 연락, 협의 및 정보의 교환에 한하고, 연락위원회가 홍콩의 행정관리에는 참여하지 아니한다는 데 또한 동의하였다. 그리고 영국정부는 지금부터 1997년 6월 30일까지 계속 홍콩통치에 대한 책임을 질 것이다.

14. 하우 경의 中國 방문후 쌍방은 3차의 회담을 개최, 미해결문제에 대하여 협상을 계속하였다. 8월 24일 북경에서는 또 다른 實務小委員會가 설치되었다. 9월 18일 쌍방의 협상대표는 이 협정의 각종 文書와 附屬 交換覺書의 中國本 및 英國本을 작성하였다. 이들 문서는 최종 승인을 위하여 즉시 영국의 각 장관과 중국의 지도자들에게 넘겨졌다. 이들 문서는 9월 26일 쌍방 대표단의 단장에 의해 가조인되었다.

〈홍콩民意의 諮問〉

15. 협상당초부터 영국정부는 협상이 홍콩의 550만 시민의 이익과 장래에 깊은 관련이 있음을 인식하고 있었다. 영국정부의 일관된 입장은 홍콩의 장래문제에 관하여 중국정부와의 사이에 체결되는 어떠한 협정도 영국의회와 중국정부 및 홍콩시민이 받아들일 수 있는 것이어야 한다는 것이었다.

16. 협상은 비밀리에 진행되어야만 했다. 협상의 성공을 위해서는 보안이 매우 중요하였다. 그러나 비밀협상은 홍콩주민의 불안과 우려의 원인이 되기도 했다. 홍콩주민은 그들의 장래문제에 대하여서 협상과정에서 어떠한 문제들이 토의되었는가를 알고자 하였는 바, 이 점은 충분

히 이해할 수 있는 것이었다. 행정평의회의 모든 의원은 홍콩총독의 측근고문들로서, 이들은 협상의 전기간을 통하여 협상과 관련된 모든 정보를 알고 있었으며, 총독은 그들과 끊임없이 협의하였다. 行政 및 立法評議會의 非官職議員들도 협상의 방향과 홍콩시민의 태도에 대하여 총독과 영국의 각 장관들에게 귀중한 의견을 제시했다.

17. 협상의 결정적 시기에는 홍콩총독과 행정평의회 비관직의원들이 런던을 방문하고 영국 수상 및 장관들과 협의하였다. 영국의 각 장관들도 홍콩을 방문하여 총독, 행정 및 입법평의회의 비관직의원들에게 자문을 구하는 한편, 홍콩주민의 의사를 수렴하였다. 영국 외상은 1984년 4월 20일 홍콩에서 발표한 宣言에서 협상에서 취한 영국정부의 방침을 천명하였다. 그는 그 후 1984년 8월 1일 홍콩에서 발표한 또 다른 宣言에서 장래 협정에 포함될 수 있는 더욱 많은 세부사항을 밝혔다. 협상과정에서 특히 4월 20일의 宣言 발표 이후 홍콩의 많은 인사들과 단체들이 최종협정내용의 범위에 대하여 구체적인 建議書를 제출하였다. 홍콩 立法評議會에서는 홍콩의 장래문제의 일부 분야에 대하여 수차례 걸친 토의를 행하였다. 영국정부는 홍콩정부를 경유하여 각 장관에게 전달된 모든 의견과 行政 및 立法 兩評議會의 의원사무처와 언론계 및 개별인사들을 통해 영국 또는 홍콩정부에 전달되는 홍콩 장래에 대한 의견에 대해서 각별한 주의를 기울였다. 이와 같은 방법으로 영국정부는 협상시 가능한 한 홍콩주민의 의견을 존중하려고 최선을 다하였다.

18. 보안의 유지는 협상에 관하여 의회의 자문을 구하는 것을 한층 곤란하게 하였다. 이러한 어려움에도 불구하고 1983년 10월과 11월, 그리고 1984년 3월에 의회의 외교문제 토의과정에서 홍콩문제의 토의에 일부 시간을 할애하였다. 의원들은 홍콩방문을 통하여, 그리고 영국을 방문한 홍콩대표단과의 면담을 통하여 홍콩주민과의 긴밀한 연락을 유지하였다.

〈協定紹介〉

19. 협정초안전문은 이 白書의 둘째 부분에 포함되어 있다. 전문은 共同宣言과 3개의 附屬書로 구성되어 있다. 협정의 각 부분은 동등한 지위를 가진다. 이들 부분이 합해져서 하나의 정식 국제협정으로 성립되며, 각 부분은 모두 법적 구속력을 가진다. 이러한 國際協定은 2국의 주권국가간에 이루어질 수 있는 최고의 승인형태이다.

20. 共同宣言의 일부 내용은 영·중정부가 발표한 상호 관련된 宣言이 포함되어 있다. 제 1 항에서는 중국정부가 1977년 7월 1일 홍콩에 대한 주권의 행사를 회복한다는 것을 宣言하고 있다. 제 2 항에서는 영국정부가 같은 날로부터 홍콩을 중국정부에 반환한다는 것을 宣言하고 있다. 제 3 항에서는 1997년 6월 30일 이후 홍콩에 대한 중국정부의 정책을 언급하고 있다. 제 4 항에서는 영국정부가 1997년 6월 30일까지는 홍콩통치의 책임을 진다는 것을 양국 정부가 공동으로 宣言하고 있다. 제 5 항과 제 6 항에서는 합동연락위원회와 토지문제를 거론하고 있고 제 7 항은 쌍방 宣言의 중요 부분으로서 이 조문은 共同宣言과 각 附屬書가 쌍방 정부에 대하여 동등한 법적 구속력을 가진다는 것을 언급하고 있다. 제 8 항은 이 협정은 쌍방 정부의 비준을 얻어 발효한다는 것을 명기하고 있다. 비준식은 1985년 6월 30일 이전에 개최할 것이다.

21. 협정은 이 협정의 조문과 장래의 홍콩特別行政區 基本法과의 관계를 명기하고 있다. 기본법은 中國 全國人民代表大會에 의하여 공포될 것이다. 공동선언중 제 3 항(12)에서는 共同宣言중에 제기된 基本方針·政策 및 附屬書 I 에 제기된 각종 방침과 정책에 관한 구체적 설명이 모두 基本法에 규정될 것이며 또한 50 년간 불변임을 규정하고 있다.

22. 附屬書 I 은 중국의 홍콩特別行政區에 대한 정책의 구체적 설명

이 제기되어 있다. 同 附屬書는 1997년 7월 1일 이후의 홍콩이 어떻게 운영될 것인가에 관해 상세하게 다루고 있으며, 또한 당시 홍콩의 자치정도와 각종 제도의 존속정도를 기술하고 있다. 附屬書I의 각 절에서 언급하고 있는 사항은 다음과 같다.

- (1) 憲法體制上的 措置 및 政府構造
- (2) 法律
- (3) 司法制度
- (4) 公務員
- (5) 財政制度
- (6) 經濟制度 및 對外經濟關係
- (7) 貨幣金融制度
- (8) 海運
- (9) 民間航空
- (10) 文化 및 教育
- (11) 對外關係
- (12) 防衛, 保安 및 治安
- (13) 權利와 自由
- (14) 居住權, 旅行證明書 및 出入國

23. 附屬書II에는 英·中合同連絡委員會의 설치에 관한 조문이 제기되어 있다. 合同連絡委員會는 협정발효시에 설치되고 북경과 런던 및 홍콩에서 회의를 개최한다. 1988년 7월 1일부터는 홍콩을 주요 주재지로 할 것이며 홍콩 이외에도 북경과 런던에서 회의를 계속한다. 동 위원회는 2000년 1월 1일까지 존속한다. 附屬書에는 동 위원회의 권한범위를 포함하고 있는데 이 권한범위에는 동 위원회가 연락사무만을 위하여 설치될 뿐 권력기구가 아니라는 것을 명확히 하고 있다. 동 위원회는 결코 홍콩의 행정관리에 참여하지 아니하며 또한 감독기능도 없다.

24. 附屬書Ⅲ은 토지계약문제를 논하고 있다. 동 문서에는 이미 홍콩정부가 허가한 토지계약 및 이 협정 발효일로부터 1997년의 기간내에 허가될 토지계약과 일부 재정조치 및 合同土地委員會의 설치조치가 포함되어 있다.

25. 이 협정과 관련된 것은 현 英國屬領 公民의 1997년 6월 30일 이후의 신분 및 관련 문제들에 대한 쌍방의 交換覺書이다. 覺書는 북경에서 共同宣言 조인일에 정식 교환될 것이다.

26. 이 白書의 최후단에는 共同宣言의 附屬書와 交換覺書에 관한 보다 상세한 解説이 포함되어 있다.

〈英國政府의 協定에 대한 觀點〉

27. 상기 제10항에 기술된 바와 같이 영국정부는 이미 중국정부가 제의한 내용을 기초로 홍콩이 장기간 안정과 번영을 유지하는 방안에 관한 검토에 착수하였다. 영국정부는 협상진행에 노력하였는 바, 홍콩인의 필요와 염원에 합치되는 협정에 달한 것으로 믿는다. 협상은 지난 한 과정과 장기간에 걸쳐 진행된 것이다. 협정의 전체적인 면에서 볼 때 영국정부는 이 협정이 홍콩이 1997년에 中國의 1개 特別行政區로 된 후 계속 안정과 번영을 유지할 수 있는 하나의 대강을 제시할 수 있을 것으로 생각한다.

28. 협정문은 이미 영·중 쌍방에 의해 가조인되었다. 이는 협상대표들의 서면증빙을 표시하는 것이며, 협상결과를 명확하게 반영하는 것이다. 그러나 국가간의 협상에 따른 국제협상관례에 따르면 가조인된 협정조문에 대한 실질적인 수정은 불가능하다. 그리고 협정은 반드시 종합적 시각에서 다루어져야만 한다.

29. 영국정부는 그 어떤 오해가 발생하는 것도 피하기 위하여 본 백서에 제기된 협정을 받아들이는 것 외에는 그 어떤 가능한 방법도 없음을 책임지고 분명히 설명하였다. 영국정부의 견해는 이 협정의 수정은 불가능하다고 본다. 만일 이 협정이 받아들일 수 없는 것이라면 그 어떤 다른 협정도 있을 수 없다. 중국정부는 협정이 받아들여 지지 않을 경우 협상을 재개하지 않을 것이며, 또한 홍콩에 대한 일련의 방안을 독자적으로 공표할 것이라고 표명한 바 있다. 이 일방적으로 공표된 방안이 이 협정초안에 제기된 각 조항을 포함하였을 것인지는 알 수 없는 것이며, 또한 그 방안은 2개 국가가 조인함으로써 법적 구속력을 갖는 협정과 동등한 지위를 갖지는 못하였을 것이다. 물론 영·중 양국의 협정체결 여부에 관계없이 新界地區는 1898년 조약조문의 규정에 근거하여 반드시 중국에 반환되어야 한다. 홍콩의 여타 지구(홍콩島, 九龍 및 昂船洲)는 독립적 존재 의의를 상실하게 될 것이다. 1898년 이래 홍콩과 新界는 이미 하나의 통합적 지구가 되고 있기 때문에 영국정부도 1997년 7월 1일 중국에 반환될 新界地區와 여타 지구를 분리한다는 것은 절대 불가능하다고 생각한다. 따라서 당면의 선택은 쌍방이 동의에 의하여 법적 구속력을 갖는 국제협정에 따라 홍콩을 중국에 반환하거나 아니면 이러한 협정도 없이 홍콩을 중국에 반환하는 것뿐이다. 이것은 결코 영국정부가 홍콩인들로 하여금 받아들이도록 강요한 선택이 아니며 역사적 사실에 의하여 홍콩인이 선택하도록 한 것이다.

30. 영국정부는 이 협정이 훌륭한 것으로 인정하고 홍콩인과 영국의 회가 받아들이기를 적극 권유하는 바이다. 이 협정은 1997년 7월 1일 홍콩이 中國의 특별행정구로 된 후에도 홍콩의 독특한 경제체제와 생활방식을 보존할 수 있다는 대강을 제시한다. 이 협정에서는 홍콩주민들이 숙지하고 있는 법률제도와 일반법을 포함하여 홍콩에서 적용되어 온 일체의 법률을 조치하였다. 또한 이 협정은 홍콩에 高度의 自治權을 부여함으로써 홍콩주민들이 홍콩을 자체 관리하고 자체의 경제, 재정

및 무역정책을 독자적으로 결정할 수 있으며 또한 국제기구 및 GATT와 같은 무역협정에도 계속 가입할 수 있게 하고 있다. 영국정부는 이 협정이 홍콩의 장래에 관하여 필요한 보장을 함으로써 홍콩이 계속 번영해 나감은 물론 세계의 주요 무역 및 금융센터로서의 독특한 역할을 유지할 수 있으리라 확신한다.

〈協定과 홍콩住民의 관계〉

31. 영국정부는 지금까지 홍콩장래에 관한 협정은 반드시 홍콩주민과 영국의회가 다같이 받아들일 수 있는 것이어야 한다는 것을 지적하여 왔다. 영국 외상은 1984년 4월 20일 홍콩에서 宣言을 발표, 영국의회에서 이 협정을 토의하기 전에 홍콩주민들이 협정내용에 관하여 의견을 발표할 수 있는 시간을 가져야 한다고 밝힌 바 있다. 홍콩주민들은 현재 그러한 기회를 가지고 있다.

32. 이 백서의 전문은 홍콩정부에 의하여 홍콩에서도 동시에 발표되며 이는 각종 경로를 통하여 홍콩 전역에 전파된다. 홍콩에는 이미 民意審查專門家 事務處가 설치되었는 바, 동 기구는 홍콩정부의 高位公務員이 주재하며 홍콩총독에게 직접 책임을 진다. 동 사무처는 영국정부 및 의회에 협정초안에 대한 홍콩주민의 의견을 분석, 심사한 보고를 제출할 수 있다. 영국정부는 패트릭 네느(Patrick Nairne) 경과 李福善法官에게 동 사무처의 감찰단 위원직을 위촉하여 民意審查專門家 事務處의 사무를 책임지고 감찰하게 함과 동시에 영국 외상에 대하여 민의 심사전문가 사무처가 적절, 정확, 공정하게 직무를 수행하고 있는지에 대한 감찰단의 인정여부를 진술하는 독립된 보고서를 제출하게 하고 있다. 영국정부는 상기 2개 보고서에 의거하여 의회에 대한 건의안을 재결정한다.

33. 이제 홍콩주민에게 참가 요청하고자 하는 바는 이 白書에 밝혀

진 배경에 의거하여 영·중 양국정부가 협상을 통하여 작성한 홍콩문제에 관한 협정초안에 대하여 전반적인 견지에서 접수여부의 의견을 제출해 달라는 점이다.

2. 共同宣言(Joint Declaration)

英國政府와 中國政府는 최근 양국정부와 양국민간의 우호관계를 만족의 뜻을 가지고 회고하고 협의를 통하여 역사적으로 잔존되어 온 홍콩문제를 적절히 해결하는 것이 홍콩의 번영과 안정을 유지하는 데 기여하고 또한 양국관계를 새로운 기초위에 일층 공고화, 발전시키는 데 기여한다는 것을 공동인식, 이를 위하여 양국정부대표단의 회담을 거쳐 다음과 같이 宣言하는 것에 동의하였다.

1. 중국정부는 다음과 같이 宣言한다.

중국이 홍콩지구(홍콩島, 九龍 및 新界를 포함하며, 이하 홍콩이라 약칭한다)를 회수하는 것은 전 중국인민의 공통의 염원이며, 중국정부는 1997년 7월 1일에 홍콩에 대한 주권의 행사를 회복하기로 결정한 다.

2. 영국정부는 다음과 같이 宣言한다.

영국정부는 1997년 7월 1일에 홍콩을 중국에 반환한다.

3. 중국정부는 다음과 같이 宣言한다.

홍콩에 대한 중국의 基本方針·政策은 다음과 같다.

(1) 국가의 통일과 영토보전을 수호하기 위하여, 또한 홍콩역사의 현실적 상황을 고려하여 중국은 홍콩에 대한 주권의 행사를 회복할 때 중국헌법 제31조의 규정에 의거하여 홍콩特別行政區를 설치하기로 결정하였다.

(2) 홍콩特別行政區는 중국 중앙인민정부의 직할하에 둔다. 외교와

국방사무를 중앙인민정부의 관리하에 두는 외에 홍콩特別行政區는 고도의 자치권을 가진다.

(3) 홍콩特別行政區는 行政管理權을 가진다. 현행 법률은 기본적으로 불변이다.

(4) 홍콩特別行政區 政府는 현지인으로 조직된다. 행정장관은 현지에서의 선거 또는 협의에 의하여 선출되며 중앙인민정부가 임명한다. 주요 公務員은 홍콩特別行政區 행정장관의 추천을 받아 임명한다. 현재 홍콩의 각 행정부서에 재직하는 중국국적 및 외국국적의 공무원과 경비요원은 유임될 수 있다. 홍콩特別行政區 政府의 각 부서는 영국국적 또는 기타 외국국적을 가진 자를 고문 또는 어느 분야의 공직에 초빙할 수 있다.

(5) 홍콩의 현행 사회·경제제도 및 생활방식은 불변이다.

홍콩특별행정구는 법률에 의거하여 신체, 언론, 출판, 집회, 결사, 여행, 주거이전, 통신, 파업, 직업선택, 학술연구, 信教 등의 권리와 자유를 보장한다. 개인재산, 기업소유권, 합법적인 상속권 및 외국인 투자자는 법률의 보호를 받는다.

(6) 홍콩特別行政區는 自由港 및 獨立的 關稅地球區로서의 지위를 유지한다.

(7) 홍콩特別行政區는 국제금융센터로서의 지위를 유지하며 외환, 금, 증권, 선물거래 등의 시장은 계속 개방한다. 홍콩달러는 계속 유통되고 자유로이 태환된다.

(8) 홍콩特別行政區는 재정의 독립을 유지한다. 중앙인민정부는 홍콩特別行政區로부터 세금을 징수하지 아니한다.

(9) 홍콩特別行政區는 영국 및 기타 외국과 호혜의 경제관계를 수립할 수 있다. 홍콩特別行政區에서의 영국 및 기타 외국의 경제적 이익을 배려한다.

(10) 홍콩特別行政區는 「中國홍콩」(Hong Kong, China)의 명의로써 단독으로 각국, 각지역 및 관련 국제기구와 경제·문화관계를 유지·발전시킴과 동시에 관련 협정을 체결할 수 있다. 홍콩特別行政區는

홍콩출입을 위한 비자를 독립적으로 발행할 수 있다.

(11) 홍콩特別行政區의 사회치안은 홍콩정부가 그 유지에 대한 책임을 진다.

(12) 중국의 홍콩에 대한 상기의 基本方針·政策과 상기의 基本方針·政策에 대한 共同宣言 附屬書 I 의 구체적 설명은 中國 전국인민대표대회가 홍콩特別行政區 기본법에 이를 규정하여 50년 간은 불변으로 한다.

4. 英國政府和 中國政府는 다음과 같이 宣言한다.

이 共同宣言의 발효일로부터 1997년 6월 30일까지의 과도기간에 영국은 홍콩의 행정관리에 책임을 지며, 홍콩特別行政區의 경제번영과 사회안정을 유지시킨다. 중국은 이에 협력한다.

5. 英國政府和 中國政府는 이 선언이 효과적으로 집행되어 1997년 정권이 순조롭게 이양되는 것을 보증하기 위하여 이 선언 발효와 동시에 英·中合同連絡委員會를 발족시킨다. 合同連絡委員會는 이 共同宣言 附屬書 II 의 규정에 의거하여 설치되며 직무를 수행한다.

6. 英國政府和 中國政府는 다음과 같이 宣言한다.

홍콩의 토지계약과 기타 관련 사항은 이 공동선언 附屬書 III 의 규정에 의거하여 처리한다.

7. 英國政府和 中國政府는 상기 諸宣言과 이 附屬書가 동등하게 실시되는 것에 동의한다.

8. 이 共同宣言은 비준을 거쳐 비준서를 상호 교환한 날로부터 효력을 가진다. 비준서는 1985년 6월 30일 이전에 북경에서 교환한다. 이 공동선언 및 그 附屬書는 동등한 구속력을 가진다.

이 문서는 1984년 6월 29일 북경에서 가조인되었다. 이 문서는 중국어와 영어로 2부 작성되었으며, 2종의 문서는 동등한 효력을 가진다.

〈附屬書 I : 中國의 홍콩에 대한 基本方針·政策의 具體的 說明〉

중국정부는 홍콩문제에 관한 영·중 양국정부의 공동선언 제3항에 계기된 중국의 홍콩에 대한 기본방침·정책에 대하여 다음과 같이 구체적으로 설명한다.

제 1 절

中國憲法 제31조는 「국가는 필요한 경우 특별행정구를 설치할 수 있고, 특별행정구내에서 실시하는 제도는 상황에 따라 전국인민대표대회가 법률로 정한다」라고 규정하고 있다. 이에 의거하여 중국은 1997년 7월 1일 홍콩에 대한 주권의 행사를 회복할 때 홍콩特別行政區를 설치한다. 중국 전국인민대표대회는 中國憲法에 근거하여 홍콩特別行政區 기본법(이하 「基本法」이라 약칭한다)을 제정, 공포하여 홍콩特別行政區 설치후 사회주의 제도와 정책을 실시하지 아니하고 홍콩 본래의 자본주의 제도와 생활방식을 50 년간 존속시킬 것을 보장한다.

홍콩特別行政區는 중국정부에 직할되며 고도의 자치권을 가진다. 홍콩特別行政區는 중앙인민정부 관할에 속하는 외교·국방사무 이외에 행정관리권, 입법권, 독립된 사법권 및 최종재판권을 가진다. 중앙인민정부는 홍콩特別行政區에 권한을 부여, 이 附屬書 제11절에 정한 각항의 협의사무를 자유로이 처리토록 한다.

홍콩特別行政區 정부와 입법기관은 現地人으로 구성한다. 홍콩特別行政區 행정장관은 현지에서 선거 또는 협의를 통하여 선출한 후 중앙인민정부가 임명한다. 홍콩特別行政區 정부의 주요 公務員(『司』급, 즉 차관급에 상당하는 公務員)은 홍콩特別行政區 행정장관의 천명에 의하

여 중앙인민정부가 임명한다. 홍콩特別行政區 입법기관은 선거에 의해 구성된다. 행정기관은 법률은 준수하여야 하며 입법기관에 대하여 책임을 진다.

홍콩特別行政區의 정부기관과 법원은 중국어를 사용하는 이외에 영어를 사용할 수 있다.

홍콩特別行政區는 中國 國旗와 國章외에 區旗와 區章(주: 구를 상징하는 휘장)을 사용할 수 있다.

제 2 절

홍콩特別行政區 설치후, 홍콩 본래의 법률(즉, 보통법 및 형평법, 조례, 부속입법, 관습법)은 기본법에 저촉되거나 홍콩特別行政區의 입법기관이 개정한 것 이외에는 모두 존속된다.

홍콩特別行政區의 입법권은 홍콩特別行政區의 입법기관에 속한다. 입법기관은 기본법의 규정에 근거하여 법정절차에 따라 법률을 제정하며, 中國 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 기록에 보존토록 한다.

홍콩特別行政區에서 시행되는 법률은 기본법, 상기한 홍콩 본래의 법률 및 홍콩特別行政區의 입법기관이 제정한 법률 등이다.

제 3 절

홍콩特別行政區 설치후 홍콩特別行政區 法院이 최종재판권을 가짐으로써 발생하는 변화 이외에는 홍콩에서 실행되던 종래의 사법제도는 그대로 존속된다.

홍콩特別行政區의 裁判權은 홍콩特別行政區 法院에 속한다. 법원은 독립하여 재판을 행하며 간섭을 받지 아니한다. 司法要員의 재판상의 직무수행행위에 대하여는 법률상의 책임을 묻지 아니한다. 법원은 홍콩特別行政區의 법률에 의거, 사건을 심리하며 기타 보통법 적용지역의

사법판례를 참고할 수 있다.

홍콩特別行政區 법원의 법관은 현지법관, 법조계 및 기타 분야의 저명인사들로 구성된 독립위원회의 추천을 받아 행정장관이 임명한다. 법관은 본인의 사법적 재능에 의거하여 선출되며, 기타 보통법 적용지역에서 초빙할 수 있다. 법관에게 직무수행능력이 없을 경우와 부정행위가 있을 경우에 한하여 행정장관은 중심법원 수석법관이 임명한 최소 3인의 현지법관으로 구성된 위원회의 권고에 따라 파면할 수 있다. 주요 법관(즉, 최고급법관)의 임면은 홍콩特別行政區 입법기관의 동의를 얻어 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 기록에 보존토록 하여야 한다. 법관의 기타 사법요원의 임면제도는 계속 유지된다.

홍콩特別行政區의 최종재판권은 홍콩特別行政區의 중심법원에 속한다. 중심법원은 필요한 경우 기타 보통법 적용지역의 법관을 초빙, 재판에 참가케 할 수 있다.

홍콩特別行政區의 검찰기관은 형사검찰사무를 주관하며 어떠한 간섭도 받지 아니한다.

홍콩特別行政區 政府는 기존의 홍콩에서 실시되었던 방법을 참조하여 현지 및 외래변호사의 홍콩特別行政區에서의 영업 및 개업에 관한 규정을 둘 수 있다.

중앙인민정부는 홍콩特別行政區 政府가 외국과 사법공조관계에 대하여 적절한 조치를 취하는 것에 협조하며 또는 그 권한을 부여한다.

제 4 절

홍콩特別行政區 설치 이후, 이전 홍콩정부의 각 부서(경찰부서를 포함한다)에 재직하고 있었던 공무원 및 사법요원은 모두 동직에 근무할 수 있으며 그 급여, 수당, 복리대우 및 근무조건은 기존의 표준을 하회하지 않게 한다. 1997년 7월 1일 이전의 퇴직자를 포함하여 퇴직 또는 계약만기로 이직한 자에 대하여는 그 소속국적 또는 거주지역을 불문하고 홍콩特別行政區는 기존의 표준을 하회하지 아니하는 수준으로

본인 및 그 가족에게 퇴직금, 보상금, 수당 및 복리비를 지급한다.

홍콩特別行政區 정부는 기존의 홍콩 공무원 또는 홍콩特別行政區의 영주민신분증을 소지한 영국국적 및 기타 외국국적을 보유한 자를 정부부서의 각급 공무원으로 채용할 수 있지만, 경찰부서 및 차관급 이상의 주요 정부부서의 正職 및 주요 정부부서의 일부 직종의 副職은 제외한다. 홍콩特別行政區 정부는 또한 영국국적 및 기타 외국국적을 보유한 자를 정부부서의 고문으로 초빙할 수 있으며, 필요한 경우에는 홍콩特別行政區 이외에서 적임자를 초빙, 정부부서의 전문직 및 기술직을 담당케 할 수 있다. 상기 인사들은 개인의 신분으로만 초빙되며 기타 공무원과 같이 홍콩特別行政區 정부에 대하여 책임을 진다.

공무원은 본인의 자격, 경험 및 재능에 의하여 임명, 승진된다. 홍콩의 기존의 공무원의 초빙, 채용, 고과, 규율, 연수 및 관리에 관한 제도 (공무원의 임용, 급여, 근로조건에 대하여 책임을 지는 전문기구를 포함한다)는 外國國籍者에게 특권대우를 부여하는 규정을 제외하고는 존속시킨다.

제 5 절

홍콩特別行政區는 재원의 지배, 예산 및 결산의 편성을 포함한 재정 사무를 독자적으로 관리한다. 홍콩特別行政區의 豫算 및 決算은 중앙인민정부에 보고하여 기록에 보존토록 한다.

중앙인민정부는 홍콩特別行政區에서 세금을 징수하지 아니한다. 홍콩特別行政區의 재정수입은 전부 자체의 필요에 따라 사용하며 중국정부에 상납하지 아니한다. 징세와 공공지출은 입법기관의 승인을 받아야 하고 공공지출은 입법기관에 대하여 책임을 지며, 公共計定項目의 회계 검사 등의 제도는 존속시킨다.

제 6 절

홍콩特別行政區는 기존 홍콩에서 실시되고 있었던 자본주의 경제제도와 무역제도를 유지한다. 홍콩特別行政區는 경제·무역정책을 독자적으로 수립한다.

재산의 취득, 사용, 처분 및 승계권을 포함한 재산소유권과 법률에 의한 재산의 수용에 대한 보상(보상은 해당재산의 실제가치에 상당하며, 자유로이 태환할 수 있으며 이유없이 지급을 지체하여서는 아니된다)의 권리는 계속 법률의 보호를 받는다.

홍콩特別行政區는 자유항의 지위를 유지하며 화물과 자본의 자유이동을 포함한 자유무역정책을 계속 실시한다. 홍콩特別行政區는 독자적으로 각국, 각지역과 경제 및 무역관계를 유지, 발전시킬 수 있다.

홍콩特別行政區는 독립적 관세지구로 한다. 홍콩特別行政區는 關稅 및 貿易에 관한 一般協定, 國際纖維協定 등 관련 국제기구 및 국제무역협정(特惠待遇協定을 포함한다) 등에 가입할 수 있다. 홍콩特別行政區가 취득한 輸出割當, 特惠關稅 및 既合意한 기타 유사약정은 모두 홍콩特別行政區가 향유한다. 홍콩特別行政區는 당시의 原產地規則에 의거, 현지에서 제조한 제품에 대하여 原產地證明書를 발행할 권리를 가진다.

홍콩特別行政區는 필요에 따라 외국에 공적 또는 준공적 경제·무역기구를 설치할 수 있으며, 이 때에는 중앙인민정부에 보고하여 기록에 보존케 한다.

제 7 절

홍콩特別行政區는 국제금융센터의 지위를 유지한다. 예금인수기구와 금융시장의 관리·감독제도를 포함하여 기존 홍콩에서 실시되고 있었던 통화금융제도는 존속시킨다.

홍콩特別行政區는 자신의 통화금융정책을 수립함과 동시에 금융기업의 경영의 자유 및 홍콩特別行政區에서의 자금의 이동과 자금의 유통의 자유를 보장한다.

홍콩特別行政區는 外換管理政策을 실시하지 아니한다. 외환, 금, 증

권, 先物去來의 시장은 계속 개방한다.

홍콩달러는 현지의 法定通貨로 계속 유통되며, 자유로이 대환될 수 있다. 홍콩달러의 발행권은 홍콩特別行政區 정부에 속한다. 홍콩달러의 발행의 기초가 건전하고 또한 발행의 준비가 홍콩달러의 안정을 유지할 목적에 합치되고 있음이 확인된 상황에서 홍콩特別行政區는 指定銀行에 대하여 法定期限에 따라 홍콩달러를 발행 또는 계속 발행할 권한을 부여할 수 있다. 홍콩特別行政區의 지위와 합치되지 아니한 표시가 붙은 홍콩달러는 점진적으로 갱신하고 유통에서 회수한다. 외환기금은 홍콩特別行政區가 관리, 배정하고 주로 홍콩달러의 환율의 조정에 사용한다.

제 8 절

홍콩特別行政區는 기존 홍콩에서 시행되어 온 해운경영과 관계선원의 관리체제를 유지한다. 홍콩特別行政區는 해운분야의 구체적 직능과 책임을 독자적으로 규제할 수 있다. 홍콩의 私營海運 및 해운관련기업과 私營컨테이너는 계속 자유로이 경영될 수 있다.

홍콩特別行政區는 중앙인민정부로부터 권한을 위임받아 선박등록을 행하며 또한 법률에 의하여 「中國홍콩」의 명의로서 관련 증명서를 발행할 수 있다.

홍콩特別行政區에 기항하는 외국의 군용선박이 중앙인민정부의 특별허가를 필요로 할 경우를 제외하고는 기타 선박은 홍콩特別行政區의 법률에 의거, 항구를 출입할 수 있다.

제 9 절

홍콩特別行政區는 홍콩의 국제 및 지역항공센터로서의 지위를 유지한다. 홍콩에서 등록하고 또한 홍콩을 주요 영업지로 하는 항공회사 및 민간항공의 관련업종은 계속 경영할 수 있다. 홍콩特別行政區는 홍콩에

서 기존에 실시되어 온 민간항공관리제도를 계속 유지함과 동시에 항공기의 국적표시와 등록표시에 관한 중앙인민정부의 규정에 의하여 자체의 항공기 등록부를 비치한다. 홍콩特別行政區는 공항관리, 홍콩特別行政區 비행정보구역 내에서의 공중교통서비스의 제공 및 국제민간항공기구의 지역적 항공규준절차에 규정된 기타 업무의 수행을 포함한 민간항공의 일상 업무와 기술관리에 대하여 자체적으로 책임을 진다.

중앙인민정부는 홍콩特別行政區 정부와 협의를 통하여 홍콩特別行政區에 등록하고 홍콩特別行政區를 주요 영업지로 하는 항공회사 및 기타 항공회사를 위하여 홍콩特別行政區와 중국의 기타 地區간의 왕복 항공노선을 제공한다. 홍콩特別行政區를 경유하여 중국의 기타 地區와 타국, 타지역간을 왕복하는 항공노선 및 중국의 기타 地區와 타국, 타지역간을 왕복하는 항공노선 및 중국의 기타지구를 경유하여 홍콩特別行政區와 타국, 타지역간을 왕복하는 항공노선에 관한 민간항공협정은 중앙인민정부가 체결한다. 그를 위하여 중앙인민정부는 홍콩特別行政區의 특수한 상황과 경제적 이익을 배려하며, 홍콩特別行政區 정부와 협의한다. 중앙인민정부가 상기의 항공노선에 관한 협정을 외국정부와 협의할 때 홍콩特別行政區 정부의 대표는 중국정부 대표단의 일원으로서 참가할 수 있다.

홍콩特別行政區는 중앙인민정부로부터 구체적 권한을 부여받아 기존의 민간항공협정과 약정을 존치 또는 변경할 수 있다. 이들 협정과 약정은 원칙적으로 모두 존치 또는 변경할 수 있으며 동 협정과 약정에 규정된 권리는 가능한 한 존속시킨다. 홍콩特別行政區 政府는 또한 신 민간항공협정에 대하여 교섭, 체결하고 홍콩特別行政區에 등록하고 홍콩特別行政區를 주요 영업지로 하는 항공회사에 항공로 및 국경통과, 기술적 착륙의 권리를 부여할 수 있으며, 외국과 기타 지역과의 사이에 민간항공협정이 없는 상황하에서는 暫定協定에 대하여 교섭, 체결할 수 있다. 홍콩特別行政區를 왕복하거나 동 행정구를 경유할 뿐 中國 국내를 왕복하지 아니하거나 중국 국경에 기착하지 아니하는 정기항공노선에 대하여는 상기의 민간항공협정 내지 暫定協定에 규정하는 것으로

한다.

중앙인민정부는 홍콩特別行政區에 상기 민간항공협정과 暫定協定의 실행에 관한 제준비에 대하여 기타 당국과 교섭, 체결할 권한, 홍콩特別行政區에 등록하고 홍콩特別行政區를 주요 영업지로 하는 항공회사에 영업허가증을 발급할 권한, 상기 민간항공협정과 暫定協定에 의하여 항공회사를 지정할 권한, 中國 국내를 왕복하거나 中國 국내에 기착하는 외국항공회사의 항공노선을 제외한 기타의 항공노선에 대하여 허가증을 발급할 권한을 부여한다.

제 10 절

홍콩特別行政區는 기존 홍콩에서 실시되어 온 교육제도를 유지한다. 홍콩特別行政區 정부는 독자적으로 교육체제 및 관리, 교육언어, 경비분담, 시험제도, 학위제도, 학력 및 기술자격의 승인 등의 정책을 포함한 문화·교육·과학기술면의 정책을 수립한다. 종교단체 및 사회단체가 운영하는 대학, 전문학교를 포함한 각종의 대학, 전문학교는 계속 그 자주성을 보유함과 아울러 홍콩特別行政區 이외에서 교직원을 초빙하며 교재를 선정할 수 있다. 학생은 대학, 전문학교와 홍콩特別行政區 밖에서 학습할 자유를 가진다.

제 11 절

외교업무는 중앙인민정부의 관리에 속한다는 원칙하에 홍콩特別行政區 정부의 대표는 中國政府 代表團의 일원으로서 중앙인민정부가 추진하며, 홍콩特別行政區에 직접 관련되는 외교교섭에 참가할 수 있다. 홍콩特別行政區는 「中國홍콩」의 명의로써 경제, 무역, 금융, 해운, 관광, 문화, 스포츠 등 제분야에서 세계 각국, 각 지역, 관련 국제기구와 관계를 유지, 발전시키고 관련 협정을 체결, 이행할 수 있다. 국가를 그 단위로 하여 참가하며, 홍콩特別行政區와 관계되는 적절한 분야의 국제

기구와 국제회의에 대하여는 홍콩特別行政區 정부의 대표가 중국정부 대표단의 일원 또는 중앙인민정부와 상기 관련 국제기구나 국제회의가 허가하는 자격으로 참가하며, 「中國홍콩」의 명의로써 의견을 발표할 수 있다. 홍콩特別行政區는 국가를 그 단위로 하지 아니하고 참가하는 국제기구와 국제회의에 「中國홍콩」의 명의로써 참가할 수 있다.

중국이 체결한 국제협정에 대하여는 중앙인민정부가 홍콩特別行政區의 상황과 필요에 따라 홍콩特別行政區 정부의 의견을 구한 후 홍콩特別行政區에의 적용 여부를 결정한다. 중국이 가입하지 아니하고 홍콩에 적용되고 있는 국제협정은 계속 적용할 수 있다. 중앙인민정부는 필요에 따라 홍콩特別行政區에 권한을 부여 또는 협력하여 기타의 관련 국제협정을 홍콩特別行政區에 적용시키도록 한다. 중국이 가맹하고 홍콩도 현재 어떠한 형식으로 가입하고 있는 국제기구에 대하여는 중앙인민정부가 홍콩特別行政區가 이들 기구내에서 계속 그 지위를 유지할 수 있도록 필요한 조치를 강구한다. 중국이 가맹하지 아니하고 있고 홍콩이 현재 어떤 형식으로 가맹하고 있는 국제기구에 대하여 중앙인민정부는 필요에 따라 적절한 형식에 의하여 홍콩特別行政區가 이들 기구에서 계속 그 지위를 유지할 수 있도록 한다.

외국이 홍콩特別行政區에 영사기구 또는 公的, 準公的 機構를 설치할 경우에는 중앙인민정부의 승인을 얻어야 한다. 중국과 정식의 외교관계를 수립하고 있는 국가가 홍콩에 설치한 영사기구와 기타 공적 기구는 존속시킬 수 있다. 중국과 정식의 외교관계를 수립하고 있지 아니한 국가의 영사기구와 기타 공적 기구는 상황에 따라 存續 또는 準公的 機構로 변경시킬 수 있다. 중국의 미승인국가는 민간기구만 설치할 수 있다.

영국은 홍콩特別行政區에 總領事館을 설치할 수 있다.

제 12 절

홍콩特別行政區의 사회치안은 홍콩特別行政區가 유지의 책임을 진

다. 중앙인민정부가 홍콩特別行政區에 파견하는 방위임무를 담당하는 부대는 홍콩特別行政區의 내부사무에 간섭하지 아니하며, 주둔의 비용은 중앙인민정부가 부담한다.

제 13 절

홍콩特別行政區 정부는 홍콩特別行政區의 주민과 기타인의 권리와 자유를 법률에 의하여 보장한다. 홍콩特別行政區 정부는 신체, 언론, 출판, 집회, 결사, 노동조합의 조직·참가, 통신, 여행, 주거이전, 파업, 관광, 직업의 선택, 학술연구, 신앙의 자유, 주거를 침범당하지 아니할 권리, 혼인의 자유, 자유출산의 권리를 포함하여 홍콩의 기존의 법률에 규정되어 있는 권리와 자유를 유지한다.

누구나 비공개로 법률자문을 받고 법원에 소송을 제기하며, 변호사를 선임하여 법정에서 자신을 대리토록 하여 사법적 구제를 받을 권리를 가진다. 누구나 행정부서의 행위에 대하여 법원에 제소할 권리를 가진다.

자료-2

홍콩特別行政區 基本法(1990)*

目次

序文

第1章 總則

第2章 中央과 홍콩 特別行政區의 關係

第3章 住民의 基本的 權利와 義務

第4章 政治體制

第1節 行政長官

第2節 行政機關

第3節 立法機關

第4節 司法機關

第5節 地域組織

第6節 公務員

第5章 經濟

第1節 財政·金融·貿易과 商工業

* 出典：『光明日報』1990年 4月 7日字, 1-2面.

第2節 土地契約

第3節 海運

第4節 民間航空

第6章 教育·科學·文化·體育·宗教·勞動 및 社會奉仕

第7章 對外業務

第8章 解釋과 改正

第9章 附則

附屬書 I. 홍콩特別行政區 行政長官의 選出方法

附屬書 II. 홍콩特別行政區 立法會의 選出方法과 票決節次

附屬書 III. 홍콩特別行政區에서 實施되는 全國性法律

序文

홍콩은 自古로 中國의 영토였으나 1840년 아편전쟁 이후 영국에 점령되었다. 1984년 12월 19일 中·英 兩國政府는 홍콩問題에 관한 共同宣言에 共同하여 中華人民共和國 政府가 1997년 7월 1일에 홍콩에 대한 주권을 회복함을 확인함으로써 오랫동안 중국인민이 홍콩을 회수하고자 한 공동의 숙원을 실현하게 되었다.

국가의 통일과 영토의 완전성을 유지·보호하고, 홍콩의 번영과 안정을 확보하며 아울러 홍콩의 역사와 상황을 고려하기 위하여, 국가는 홍콩에 대한 주권행사를 회복하는 때에 中華人民共和國 憲法 第31條의 규정에 근거하여 홍콩特別行政區를 설치하여, “一國家, 二制度”의 방침에 따라, 홍콩에서 사회주의 제도와 정책을 시행하지 아니할 것을 결정하였다. 국가의 홍콩에 대한 기본방침과 정책은 중국정부가 中·英 共同宣言에서 이미 천명한 바 있다.

中華人民共和國 憲法에 근거하여 全國人民代表大會는 특별히 홍콩特別行政區에 시행할 제도를 규정하는 中華人民共和國 香港特別行政區 基本法을 제정하여 국가의 홍콩에 대한 기본방침과 정책의 실시를 보장한다.

第 1 章 總 則

第 1 條 香港特別行政區는 中華人民共和國과 不可分의 일부이다.

第 2 條 全國人民代表大會는 香港特別行政區에 이 法의 規定에 따라 行政管理權·立法權·獨立된 司法權과 終審權을 향유하는 高度의 自治를 시행하는 권한을 부여한다.

第 3 條 香港特別行政區의 行政機關과 立法機關은 香港 永住民이 이 法의 관련 規定에 따라 구성한다.

第 4 條 香港特別行政區는 법이 정하는 바에 따라 香港特別行政區의 주민과 기타 人의 權利와 自由를 보장한다.

第 5 條 香港特別行政區는 社會主義 制度와 政策을 실행하지 아니하며, 기존의 資本主義 制度와 生活方式을 維持하고, 五十年間 변경하지 아니한다.

第 6 條 香港特別行政區는 법이 정하는 바에 따라 私有財產權을 보호한다.

第 7 條 香港特別行政區內의 土地와 自然資源은 國有로 한다. 香港特別行政區 政府는 이를 자신의 책임으로 管理·使用·開發·賃貸할 수 있으며, 個人·法人 및 團體가 使用 또는 開發하도록 허가할 수 있다. 그 수입은 香港特別行政區에 歸屬된다.

第 8 條 現행 香港의 法律 즉, 普通法·衡平法·條例·附屬立法 및 慣習法은 이 法에 저촉되거나 香港特別行政區 立法機關이 개정하지 아니하는 한 계속하여 유효하다.

第 9 條 香港特別行政區의 行政機關·立法機關 및 司法機關은 중국어외에 영어를 사용할 수 있다. 영어도 公式語이다.

第 10 條 홍콩特別行政區는 中華人民共和國 國旗와 國章을 계양하는 것 외에 홍콩特別行政區 區旗와 區章를 계양할 수 있다.

홍콩特別行政區 區旗는 五星化蕊의 紫荊花紅旗으로 한다.

홍콩特別行政區 區章의 中間은 五星花蕊의 紫荊花紅旗로 그 주위에 “中華人民共和國 香港特別行政區”와 英文 “홍콩”를 삽입한다.

第 11 條 中華人民共和國 憲法 第31條에 의거하여 社會·經濟制度 및 住民의 基本的 權利와 自由의 保障과 관련한 制度, 行政管理·立法·司法制度 및 그와 관련한 政策을 포함하는 홍콩特別行政區의 制度와 政策은 이 법의 규정에 따른다.

홍콩特別行政區의 立法機關이 제정한 법률은 이 法에 저촉되어서는 아니된다.

第 2 章 中央과 홍콩特別行政區의 關係

第 12 條 홍콩特別行政區는 中華人民共和國의 高度의 自治權을 향유하는 地方行政區域의 하나이며, 中央人民政府가 직접 管轄한다.

第 13 條 中央人民政府는 管理 및 홍콩特別行政區와 관련된 외교업무에 대한 책임을 진다.

中華人民共和國 外交部는 홍콩에 機構를 설치하여 外交業務를 처리한다. 中央人民政府는 홍콩特別行政區에 이 法이 정하는 바에 따라 직접 관련된 대외업무를 처리할 수 있는 권한을 부여한다.

第 14 條 中央人民政府는 홍콩特別行政區의 防衛業務에 대한 책임을 진다.

홍콩特別行政區 政府는 홍콩特別行政區의 社會治安을 유지할 책임을 진다.

中央人民政府가 홍콩特別行政區에 派遣하여 주둔하는 방위업무에 대한 책임을 지는 軍隊는 홍콩特別行政區의 地方業務에 간섭하지 아니한다. 홍콩特別行政區 政府는 필요한 때 中央人民政府에 대하여 駐屯軍으로 하여금 社會治安維持와 災害救助를 위한 협조를 하도록 요청할

수 있다. 駐屯軍의 構成員은 全國性法律 및 香港特別行政區의 法律을 준수하여야 한다.

駐屯軍의 費用은 中央人民政府가 負擔한다.

第 15 條 中央人民政府는 이 法 第4章의 規定에 따라 香港特別行政區 行政長官 및 行政機關의 주요 公무원을 임명한다.

第 16 條 香港特別行政區는 行政管理權을 향유한다. 香港特別行政區는 이 法의 相關 規定에 따라 독자적으로 香港特別行政區의 行政業務를 처리한다.

第 17 條 香港特別行政區는 立法權을 향유한다. 香港特別行政區의 立法機關이 제정한 법률은 全國人民代表大會 常務委員會에 보고하여 등록하여야 한다. 登錄은 당해 법률의 효력발생에 영향을 미치지 아니한다.

全國人民代表大會 常務委員會는 香港特別行政區 立法機關이 제정한 법률이 이 法이 規定한 中央管理에 關한 業務 및 中央과 香港特別行政區의 關係에 關한 조항에 저촉되는 때에는 그 直屬下에 있는 香港特別行政區 基本法委員會에 의견을 구한 후 相關 법률을 返送할 수 있다. 단만, 개정은 할 수 없다.

全國人民代表大會 常務委員會가 返送한 법률은 지체없이 그 효력을 상실한다. 그 법률이 효력을 상실한 때에는 香港特別行政區의 법률에 달리 規定하지 아니하는 한 溯及效를 가지지 아니한다.

第 18 條 香港特別行政區가 시행하는 법률은 이 法 및 이 法 第8條에 規定된 香港의 기존의 법률과 香港特別行政區 立法機關이 제정한 법률로 한다.

全國性法律은 이 法에 け기된 3件의 附屬書를 제외하고는 香港特別行政區에 적용하지 아니한다. 이 法에 け기된 3件의 附屬書 法律은 香港特別行政區가 해당지역에 공포하거나 또는 입법화하여 시행한다.

全國人民代表大會 常務委員會는 그 直屬下에 있는 香港特別行政區 基本法委員會와 香港特別行政區 政府의 의견을 청취한 후 이 法 附屬書Ⅲ에 け기된 법률을 查察하여 附屬書Ⅲ의 법률에 추가할 수 있다.

다만, 이러한 법률은 國防·外交 및 이 法의 規定에 의하여 홍콩特別行政區 自治範圍의 法律에 속하지 아니하는 법률에 한한다.

全國人民代表大會 常務委員會가 戰爭狀態의 宣布를 결정한 경우 또는 홍콩特別行政區內에 홍콩特別行政區 政府가 掌握할 수 없는 국가의 統一 또는 安全을 위태롭게 하는 動亂이 발생하여 홍콩特別行政區가 緊急狀態에 진입하였음을 결정한 경우에는 中央人民政府가 이와 관련된 全國性法律을 홍콩特別行政區에 시행한다는 명령을 발할 수 있다.

第 19 條 홍콩特別行政區는 독립된 司法權과 終審權을 향유한다.

홍콩特別行政區 法院은 계속하여 유지되어 온 기존의 홍콩法律制度와 原則이 法院의 裁判權에 대하여 제한을 가하고 있지 아니하는 한 홍콩特別行政區의 모든 사건에 대하여 裁判權을 향유한다.

홍콩特別行政區 法院은 國防·外交 등의 國家行爲에 대하여 管轄權을 가지지 아니한다. 홍콩特別行政區 法院은 사건을 심리함에 있어 國防·外交 등의 國家行爲에 영향을 미치는 문제가 있으면 行政長官이 발급하는 이러한 문제발생에 대한 證明書類를 취득하여야 한다. 위의書類는 법원에 대하여 拘束力을 가진다. 行政長官은 證明書類를 發給하기 전에 中央人民政府의 證明書類를 취득하여야 한다.

第 20 條 홍콩特別行政區는 全國人民代表大會와 全國人民代表大會 常務委員會 및 中央人民政府가 부여한 기타의 권리를 향유한다.

第 21 條 홍콩特別行政區 住民인 中國公民은 法이 정하는 바에 따라 國家業務의 管理에 참여한다.

全國人民代表大會가 確定한 定員 및 代表의 選出方法에 의거하여 홍콩特別行政區의 住民인 中國公民은 홍콩에서 홍콩特別行政區 全國人民代表大會 代表를 선출하고 最高國家權力機關의 業務에 참여한다.

第 22 條 中央人民政府 所屬의 各機關·各省·自治區·直轄市는 홍콩特別行政區가 이 法이 규정하는 바에 따라 독자적으로 행하는 管理業務에 간섭하여서는 아니된다.

中央의 各機關·各省·自治區·直轄市가 홍콩特別行政區에 機構를 설치할 필요가 있는 때에는 홍콩特別行政區 政府의 同意와 中央人民政

府의承認을 얻어야 한다.

中央의 各機關·各省·自治區·直轄市가 홍콩特別行政區에 설치한 일체의 기구 및 그 직원은 홍콩特別行政區의 法律을 준수하여야 한다.

중국의 기타 지역의 사람이 홍콩特別行政區에 출입할 때에는 許可手續節次를 거쳐야 한다. 그 중 홍콩特別行政區에 入國하여 永住할 人員數는 中央人民政府의 主管機關이 홍콩特別行政區 政府의 의견을 청취한 후 확정한다.

홍콩特別行政區는 北京에 업무처리기구를 설치할 수 있다.

第 23 條 홍콩特別行政區는 賣國·國家分列·叛亂煽動·中央人民政府의 顛覆 및 國家機密奪取行爲를 금지하고 外國의 政治性 組織 또는 團體의 홍콩特別行政區에서의 政治活動 및 홍콩特別行政區의 政治性 組織 또는 團體와 外國의 政治性 組織 또는 團體간의 連繫을 금지하는 法律을 자체적으로 행하여야 한다.

第 3 章 住民의 基本的 權利와 義務

第 24 條 홍콩特別行政區 住民(이하 “홍콩住民”이라 약칭한다)은 永住民과 非永住民으로 구성된다.

홍콩特別行政區의 永住民은 다음 各號에 계기된 者로 한다.

1. 홍콩特別行政區가 설치되기 이전 또는 이후에 홍콩에서 출생한 中國公民
2. 홍콩特別行政區가 설치되기 이전 또는 이후에 홍콩에서 계속하여 7년 이상 거주한 中國公民
3. 제1·2호에 계기된 주민의 홍콩 밖에서 출생한 中國國籍의 子女
4. 홍콩特別行政區가 설치되기 이전 또는 이후에 유효한 여행증명서를 소지하고 홍콩에 入境하여, 홍콩에서 계속하여 7년 이상 거주하고 홍콩을 永住地로 하는 非中國國籍의 者
5. 第4號에 계기한 住民의 홍콩에서 출생한 만 21세 미만의 子女
6. 第1號 내지 5號에 계기된 住民 이외에 홍콩特別行政區가 설치되

기 전에 홍콩居住權만을 가진 者

第 25 條 홍콩住民은 法 앞에 平等하다.

第 26 條 홍콩特別行政區의 永住民은 法이 정하는 바에 따라 選舉權과 被選舉權을 향유한다.

第 27 條 홍콩住民은 言論·新聞·出版의 自由, 結社·集會·行進·示威의 自由 및 勞動組合의 組織과 參加·罷業의 權利와 自由를 향유한다.

第 28 條 홍콩住民은 身體의 自由를 侵害받지 아니한다. 홍콩住民은 任意 또는 法에 의하지 아니하고 逮捕·拘禁·監禁되지 아니한다. 任意로 또는 法에 의하지 아니하고 住民의 身體를 搜索하거나 住民의 身體의 自由를 剝奪 또는 制限하는 것은 금지된다. 住民에 대하여 苛酷한 刑罰을 집행하거나 任意로 또는 法에 의하지 아니하고 住民의 生命을 剝奪하는 것은 금지된다.

第 29 條 홍콩住民의 住宅 및 기타 家屋은 侵害되지 아니한다. 任意로 또는 法에 의하지 아니하고 住民의 住宅 및 기타 家屋을 搜查하거나 侵入하는 것은 금지된다.

第 30 條 홍콩住民의 通信의 自由와 通信의 秘密은 法律의 保護를 받는다. 公共安全과 刑事犯罪의 搜查상의 필요에 의하여 關聯機關이 法定節次에 따라 通信에 대하여 檢査하는 경우가 아닌한 모든 機關 또는 個人은 如何한 이유로도 住民의 通信의 自由와 通信의 秘密을 侵害하여서는 아니된다.

第 31 條 홍콩住民은 홍콩特別行政區內에서의 移住의 自由 및 다른 國家와 地域으로의 移住의 自由를 가진다. 홍콩住民은 旅行과 出入國의 自由를 가진다. 有效한 旅行證明書를 소지한 者는 法律上的 制止를 받지 아니하고 자유로이 홍콩特別行政區를 떠날 수 있다. 이러한 경우 特別한 許可를 요하지 아니한다.

第 32 條 홍콩住民은 信仰의 自由를 가진다. 홍콩住民은 宗教信仰의 自由를 가지며 公開의인 宣敎와 宗教行事의 舉行 및 參加의 自由를 가진다.

第 33 條 홍콩住民은 職業選擇의 自由를 가진다.

第 34 條 홍콩住民은 學術研究·文學藝術創作 및 기타 文化活動의 自由를 가진다.

第 35 條 홍콩住民은 非公開的으로 法律諮問을 얻고 法院에 訴訟을 提起하고, 辯護士를 選任하여 지체없이 자기의 合法的 權益을 保護하거나 法庭에서 자신을 대리하도록 하여 司法的 救濟를 받을 권리를 향유한다.

홍콩住民은 行政機關과 公務員의 行爲에 대하여 법원에 소송을 제기할 권리를 향유한다.

第 36 條 홍콩住民은 法이 정하는 바에 따라 社會福利의 權利를 향유한다. 勞動者의 福利待遇와 退職保障은 法律의 保護를 받는다.

第 37 條 홍콩住民은 婚姻의 自由 및 子女의 生育權은 法律의 保護를 받는다.

第 38 條 홍콩住民은 홍콩特別行政區의 법률이 보장하는 기타의 권리와 자유를 향유한다.

第 39 條 《市民的·政治的·文化的 諸權利에 관한 國際規約》·《經濟的·社會的·文化的 諸權利에 관한 國際規約》 및 《ILO 憲章》의 홍콩에 適用되는 相關 규정은 계속 有效하고 홍콩特別行政區의 법률로 채택하여 施行한다.

홍콩住民의 權利와 自由는 法에 의하지 아니하고는 制限받지 아니한다. 이러한 制限은 이 條 제1항의 規定에 저촉되어서는 아니된다.

第 40 條 “新界”原住民의 合法的이고 傳統的인 權益은 홍콩特別行政區의 保護를 받는다.

第 41 條 홍콩特別行政區內의 홍콩住民 이외의 기타의 者는 法이 정하는 바에 따라 이 章이 規定하고 있는 홍콩住民의 權利와 自由를 향유한다.

第 42 條 홍콩住民 및 홍콩特別行政區內에 居住하는 기타의 者는 홍콩特別行政區의 法律이 정한 義務를 遵守하여야 한다.

第 4 章 政治體制

第 1 節 行政長官

第 43 條 홍콩特別行政區의 行政長官은 홍콩特別行政區의 首長이며, 홍콩特別行政區를 代表한다.

홍콩特別行政區의 行政長官은 이 法이 定하는 條에 따라 中央人民政府와 홍콩特別行政區에 대하여 責任을 진다.

第 44 條 홍콩特別行政區의 行政長官은 만 40세에 달하고 홍콩에서 계속하여 만 20년 이상 居住하였으며, 外國居住權이 없는 홍콩特別行政區의 永住民인 中國公民이 擔任한다.

第 45 條 홍콩特別行政區의 行政長官은 현지에서 선거 또는 협상을 통하여 選出하며, 中央人民政府가 任命한다.

行政長官의 選出方法은 홍콩特別行政區의 實際狀況과 段階的 節次進行的 原則 및 規定에 의거하여 최종적으로 광범한 代表性을 갖는 單一의 指名委員會가 民主的 方法에 따라 指名한 후 普通選舉로 選出되도록 한다.

行政長官選出의 구체적 방법은 附屬書 I 《홍콩特別行政區行政長官의 選出方法》으로 定한다.

第 46 條 홍콩特別行政區의 行政長官의 임기는 5년이며, 1차 連任할 수 있다.

第 47 條 홍콩特別行政區의 行政長官은 清廉潔白하게 奉公하고 忠誠을 다하여 職務을 수호하여야 한다.

行政長官은 就任時에 홍콩特別行政區의 終審法院의 首席法官에게 報告를 보고하고 문서에 기록하여야 한다.

第 48 條 홍콩特別行政區의 行政長官은 다음 各號에 記기한 權限을 행사한다.

1. 홍콩特別行政區의 政府를 領導한다.
2. 이 法 및 이 法에 의하여 홍콩特別行政區에 적용되는 기타 法律을

執行하는 책임을 진다.

3. 立法會가 議決한 法案에 署名하고 法律을 公布한다. 立法會가 承認한 豫算案에 署名하고, 豫算·決算을 中央人民政府에 報告하고 登錄한다.

4. 政府의 政策을 決定하고 行政命令을 발한다.

5. 書面으로 中央人民政府에 다음에 제기한 主要 公務員의 任命 및 解任의 建議를 要請한다.各司의 司長·副司長, 各局의 局長, 兼政監查官, 審計署의 署長, 警務處의 處長, 出入國業務處의 處長, 稅關의 關長

6. 法定節次에 따라 各급 법원의 法官을 임면한다.

7. 法定節次에 따라 公務員을 임면한다.

8. 中央人民政府가 이 法이 규정한 관련 업무에 대하여 發한 指令을 執行한다.

9. 香港特別行政區 政府를 代表하여 中央이 授權한 對外業務 및 기타 業務를 處理한다.

10. 立法會에 대하여 財政收入 및 支出과 相關한 同意案의 提出을 承認한다.

11. 安全 및 重大한 公共利益을 고려하여 公務員 또는 기타 政府의 公務를 책임진 職員이 立法會 또는 그 管轄下의 委員會에 대하여 이를 保證하고 證據를 제공할 것인지의 여부를 결정한다.

12. 刑事犯罪의 刑을 赦免 또는 減刑한다.

13. 請願·申訴事項을 처리한다.

第 49 條 香港特別行政區의 行政長官은 立法會가 議決한 法案이 香港特別行政區의 全體 利益에 反하는 것으로 판단하는 경우 3개월 이내에 당해 法案을 立法會에 還付하고 그 再議를 요구할 수 있다. 立法會가 全體 議員의 3분의 2 이상의 多數로 原案을 再議決한 경우 行政長官은 1個月 以內에 署名하여 公布하거나 또는 이 法 第50條의 規定에 따라 처리하여야 한다.

第 50 條 香港特別行政區의 行政長官이 立法會가 再議決한 法案에 署名을 拒否하거나 또는 立法會가 政府가 提出한 豫算案 또는 기타 重

要 法案에 대하여 承認을 拒否하는 경우, 협상을 하였으나 의견일치를 보지 못한 때에는 行政長官은 立法會를 解散할 수 있다. 行政長官은 立法會를 解散하기 전에 行政會議의 意見을 聽取하여야 한다. 行政長官은 任期內에 1회에 한하여 立法會를 解散할 수 있다.

第 51 條 홍콩特別行政區의 立法會가 政府가 제출한 豫算案을 否決한 때에는 行政長官은 立法會에 臨時支出金을 신청할 수 있다. 立法會가 解散되어 臨時支出金을 承認할 수 없는 때에는 行政長官은 새로운 立法會가 選出하기 전의 일정 기간 동안 直前會計年度의 支出基準에 따라 臨時短期支出金을 承認할 수 있다.

第 52 條 홍콩特別行政區의 行政長官은 다음에 계기한 경우의 1에 해당하는 경우 辭職하여야 한다.

1. 중대한 질병 및 기타 원인으로 인하여 직무를 이행할 수 없을 경우
2. 立法會가 再議決한 法案에 署名을 거부하여 立法會를 解散하였으나 직후 구성된 立法會에서 전체 의원 3분의 2 이상의 다수로 原案의 法案을 議決하고 行政長官이 이에 署名할 것을 拒否하는 경우
3. 立法會가 豫算案 또는 기타 重要な 法案의 議決을 拒否하여 立法會가 解散되었으나 직후 構成된 立法會가 문제의 原案에 대한 議決을 拒否한 경우

第 53 條 홍콩特別行政區의 行政長官이 일시적으로 職務를 遂行할 수 없을 때에는 政務司長, 財政司長, 律政司長의 順位로 그 職務를 代行한다.

行政長官이 缺位된 때에는 6개월 이내에 이 法의 第45條의 규정에 따라 새로운 行政長官을 選출한다. 行政長官이 缺位된 단기간의 職務代 行은 前條의 규정에 의한다.

第 54 條 홍콩特別行政區의 行政會議은 行政長官의 政策決定을 보좌 하는 기관이다.

第 55 條 홍콩特別行政區의 行政會議의 委員은 行政長官이 行政機關의 主要 公務員· 立法會 議員 및 社會人士중에서 任命한다. 行政會議委

員의 任期는 任命權者인 行政長官의 任期를 초과할 수 없다

홍콩特別行政區의 行政會議委員은 外國居住權이 없는 홍콩特別行政區의 永住民인 中國公民이 擔任한다.

行政長官은 필요한 경우 관련 인사를 초청하여 회의에 참석시킬 수 있다.

第 56 條 홍콩特別行政區의 行政會議는 行政長官이 주재한다.

行政長官은 중요한 정책을 결정하거나 立法會에 법안을 제출하거나 부속법규를 제정하거나 立法會를 해산하기 전에 行政會議의 意見을 聽取하여야 한다. 다만, 인사의 임면·징계 및 긴급한 상황에서 취하는 조치는 그러하지 아니하다.

行政長官이 行政會議의 다수 委員의 의결에 따르지 아니하는 경우 그 구체적 사유를 문안에 기록하여야 한다.

第 57 條 홍콩特別行政區가 설치하는 廉政公署는 독립적으로 業務를 수행하고 行政長官에 대하여 책임진다.

第 58 條 홍콩特別行政區가 설치하는 審計署는 독립적으로 업무를 수행하고 行政長官에 대하여 책임진다.

第 2 節 行政機關

第 59 條 홍콩特別行政區 政府는 홍콩特別行政區의 行政機關이다.

第 60 條 홍콩特別行政區 政府의 首長은 홍콩特別行政區의 行政長官이다. 홍콩特別行政區 政府에는 政務司·財政司·律政司 및 各局·處·署를 설치한다.

第 61 條 홍콩特別行政區의 주요 公務員은 홍콩에 계속하여 만 15년 이상 거주하고 外國居住權이 없는 홍콩特別行政區의 永住民인 中國公民이 擔任한다.

第 62 條 홍콩特別行政區 政府는 다음 각호에 제기한 권한을 행사한다.

1. 政策의 樹立 및 執行

2. 各種 行政業務의 管理
3. 이 法이 규정하고 있는 中央人民政府가 授權한 對外業務의 處理
4. 豫算·決算의 編成 및 提出
5. 法案·議案·附屬法規의 草案作成 및 提出
6. 公務員을 派遺, 立法會에 출석시켜 政府를 代表하여 發言하도록 함.

第 63 條 홍콩特別行政區의 律政司는 刑事·檢察業務를 主管하고 독립적으로 활동한다.

第 64 條 홍콩特別行政區 政府는 法律을 遵守하고 홍콩特別行政區의 立法會에 대하여 責任을 지며, 立法會가 議決하여 發效한 法律을 執行하고 定期的으로 立法會에 施政報告를 하며 立法會 議員의 質問에 答辯하고 立法會의 承認을 얻어 徵稅 및 公共支出을 한다.

第 65 條 기존의 行政機關이 설치한 諮問組織制度는 유지된다.

第 3 節 立法機關

第 66 條 홍콩特別行政區의 立法會는 홍콩特別行政區의 立法機關이다.

第 67 條 홍콩特別行政區의 立法會는 外國居住權을 보유하지 아니한 홍콩特別行政區의 永住民인 中國公民으로 구성된다. 다만, 中國國籍을 保有하지 아니한 홍콩特別行政區의 永住民과 外國居住權을 보유한 홍콩特別行政區의 永住民도 홍콩特別行政區의 立法會 議員으로 被選될 수 있으며, 그 占有比率은 立法會 全體議員의 20%를 초과할 수 없다.

第 68 條 홍콩特別行政區의 立法會는 選舉에 의하여 選出한다.

立法會 選出方法은 홍콩特別行政區의 實際 狀況과 段階的 節次 進行의 原則 및 規程에 의거하여 最終적으로 全體 議員을 普通選舉로 選出한다는 目標을 가진다.

立法會 選出의 具體的 方法 및 法案·議案의 表決節次는 附屬書 II 《홍콩特別行政區 立法會의 選出方法과 表決節次》에 규정한다.

第 69 條 홍콩特別行政區의 立法會의 제1차 임기는 2년으로 하되

그 후의 임기는 4년으로 한다.

第 70 條 홍콩特別行政區 立法會는 行政長官이 이 法의 規定에 따라 立法會를 解散한 때에는 3個月 이내에 이 法 第 68 條의 規定에 따라 再選舉를 하여 構成한다.

第 71 條 홍콩特別行政區의 立法會 議長은 立法會 議員이 互選으로 選出한다.

홍콩特別行政區의 立法會 議長은 만 40세에 달하고 홍콩에 계속적으로 만 20년 이상 居住하고 外國居住權을 保有하지 아니한 홍콩特別行政區의 永住民인 中國公民이 擔任한다.

第 72 條 홍콩特別行政區의 立法會 議長은 다음 各號에 계기한 權限을 行使한다.

1. 會議를 主宰한다.
2. 議事日程을 決定하고 政府가 제출한 議案은 우선적으로 議事日程에 上程하여야 한다.
3. 開會時間을 決定한다.
4. 休會期間중에 特別會議를 소집할 수 있다.
5. 行政長官의 요구가 있는 경우 緊急會議를 소집하여야 한다.
6. 立法會의 議事規則에 規定된 기타 權限을 행사한다.

第 73 條 홍콩特別行政區 立法會는 다음 各號에 계기된 權限을 行使한다.

1. 이 法의 規定에 의거한 法定節次에 따라 法律의 制定·改正 및 廢止한다.
2. 政府가 提案한 豫算을 審議·議決한다.
3. 稅收 및 公共支出을 承認한다.
4. 行政長官의 施政報告를 聽取하고 討論을 進行한다.
5. 政府의 業務에 대하여 質疑한다.
6. 公共利益과 관련된 문제에 대하여 討論한다.
7. 終審法院의 法官과 高等法院의 首席法官의 任免에 同意한다.
8. 홍콩住民의 申訴를 접수하고 처리한다.

9. 立法會의 전체 의원의 4분의 1의 공동발의로 行政長官의 중대한 違法事實 또는 賣職行爲를 追窮하였으나 行政長官이 辭職하지 아니할 때에는 立法會의 調査를 進行한 후 立法會는 終審法院의 首席法官에게 首席法官을 委員長으로 하는 獨立된 調査委員會의 구성을 위임할 수 있다. 調査委員會는 조사를 진행하고 立法會에 報告서를 제출하여야 한다. 이 調査委員會가 상기의 추궁에 충분한 증거가 있다고 認定하는 경우, 立法會는 全體 議員의 3분의 2 이상의 多數의 同意로 彈劾案을 발의하여 書面으로 中央人民政府에 決定을 要請한다.

10. 상기 各號의 권한을 행사하는 경우, 필요한 때에는 관련 인사를 출석시켜 사실을 증명하거나 증거를 제공하도록 할 수 있다.

第 74 條 홍콩特別行政區의 立法會 議員은 이 法의 規定 및 法定節次에 따라 法律案을 提出한다. 公共支出, 政治體制 및 政府運營과 관련되지 아니하는 法案은 立法會 議員이 個別的으로 또는 共同으로 제출할 수 있다. 政府政策과 관련된 法案은 제출 전에 行政長官의 書面同意를 얻어야 한다.

第 75 條 홍콩特別行政區 立法會의 會議의 開會定足數는 전체 의원의 2분의 1이상으로 한다.

立法會의 議事規則은 立法會가 獨自的으로 制定한다. 다만, 立法會의 議事規則은 이 法에 저촉되어서는 아니된다.

第 76 條 홍콩特別行政區의 立法會가 議決한 法案은 行政長官이 署名·公布함으로써 效力을 발생한다.

第 77 條 홍콩特別行政區의 立法會 議員은 立法會의 會議에서의 發言에 대하여 法律上의 責任을 지지 아니한다.

第 78 條 홍콩特別行政區의 立法會 議員은 회의에 참석하고 있는 동안 및 會議場으로 가는 도중에 逮捕되지 아니한다.

第 79 條 홍콩特別行政區의 立法會 議員이 다음의 사항중 하나에 해당되면 立法會 議長은 그 立法會 議員의 資格의 喪失을 宣言한다.

1. 중대한 질병 또는 기타의 사정으로 인하여 職務를 遂行할 수 없는 경우

2. 立法會 議長の 同意없이 계속하여 3개월간 회의에 출석하지 아니하고, 이에 대하여 合理的인 解明이 없는 경우
3. 홍콩特別行政區의 永住民의 身分을 喪失 또는 拋棄하였을 경우
4. 政府의 委任을 받아 公務員이 될 경우
5. 破産을 하였거나 또는 法院이 賠償을 判決하였으나 債務를 履行하지 아니한 경우
6. 홍콩特別行政區 內外에서 刑事犯罪로 裁判에 回附되어 1개월 이상의 監禁刑을 宣告받고 立法會가 出席議員의 3분의 2의 찬성을 얻어 그 職務의 解除을 議決한 경우
7. 不正한 行爲 또는 宣誓을 위반하고 立法會가 출석 의원 3분의 2의 찬성으로 懲戒를 의결한 경우

第 4 節 司法機關

第 80 條 홍콩特別行政區의 各級 法院은 홍콩特別行政區의 司法機關이며, 홍콩特別行政區의 裁判權을 행사한다.

第 81 條 홍콩特別行政區는 終審法院·高等法院·區域法院·裁判署 法庭 및 기타 專門法庭을 設置한다. 高等法院은 抗訴法庭과 第 1 審法庭을 둔다.

기존의 홍콩의 司法體制는 홍콩特別行政區의 終審法院을 設置함으로써 발생하는 변화를 제외하고는 계속하여 維持된다.

第 82 條 홍콩特別行政區의 終審權은 홍콩特別行政區의 終審法院에 속한다. 終審法院은 필요하다고 인정될 때에는 기타의 普通法 適用地域의 法官을 招請하여 裁判에 參加시킬 수 있다.

第 83 條 홍콩特別行政區의 各級法院의 組織과 權限은 法律로 정한다.

第 84 條 홍콩特別行政區의 法院은 이 法의 第 18 條에 규정된 홍콩特別行政區에 적용되는 法律에 따라 事件을 裁判하며, 다른 普通法 適用地域의 司法判例를 참고할 수 있다.

第 85 條 홍콩特別行政區의 法院은 獨立的으로 裁判하고 어떠한 간섭도 받지 아니한다. 司法要員의 裁判業務의 遂行에 대해서는 법적인 추궁을 할 수 없다.

第 86 條 홍콩에서 실행되는 기존의 陪審制度의 原則은 계속적으로 유지된다.

第 87 條 홍콩特別行政區의 형사소송과 민사소송에서 기존의 홍콩에서 적용되는 원칙과 당사자의 권리는 계속하여 유지된다.

모든 者는 合法的으로 逮捕·拘禁되었을 때에는 지체없이 司法機關의 公正한 裁判을 받을 권리를 향유한다. 司法機關으로 부터 確定判決을 받기 전에는 無罪로 推定된다.

第 88 條 홍콩特別行政區 法院의 法官은 당지 법관, 法曹界 및 다른 분야의 著名人士로 구성되는 獨立된 委員會의 推薦에 따라 行政長官이 任命한다.

第 89 條 홍콩特別行政區 法院의 法官은 職務을 遂行할 能力이 없거나 不正한 行爲가 있는 경우에 한하여 終審法院의 首席法官이 任命하는 3명 이상의 현지 法官으로 구성되는 審議庭의 建議에 의거하여 行政長官이 罷免할 수 있다. 홍콩特別行政區 終審法院의 首席法官은 職務을 遂行할 能力이 없거나 不正한 行爲가 있는 경우에 한하여 行政長官이 任命하는 5명 이상의 현지 法官으로 구성되는 審議庭에서 審議하고 그 建議에 依據하여 이 法이 規定하는 節次에 따라 罷免할 수 있다.

第 90 條 홍콩特別行政區의 終審法院 및 高等法院의 首席法官은 外國居住權을 보유하지 아니한 홍콩特別行政區의 永住民인 中國公民이 擔任한다.

이 法의 第 88 條 및 第 89 條에 규정된 절차 외에 홍콩特別行政區의 終審法院의 法官 및 高等法院의 首席法官의 任免은 立法會의 同意를 얻어 全國人民代表大會 常務委員會에 文書로서 報告하여야 한다

第 91 條 홍콩特別行政區의 法官 이외의 기타 司法要員의 任免에 관한 制度는 기존의 제도를 유지한다.

第 92 條 홍콩特別行政區의 法官 및 기타 司法要員은 當事者의 經歷

및 專攻에 의거하여 任用하며 다른 普通法 適用地域로 부터 招聘할 수 있다.

第 93 條 홍콩特別行政區가 設置되기 전에 홍콩에 任用된 法官 및 기타 司法要員은 留任할 수 있다. 그 經歷 및 資格은 維持되고 給與·手當·福利待遇 및 勤務條件은 종전 보다 낮아지지 아니한다.

홍콩特別行政區가 設置되기 전에 退職 또는 離職한 者를 포함하여 退職하거나 규정에 따라 離職한 法官 및 기타 司法要員에 대해서는 그 所屬國籍 및 居住地를 불문하고 홍콩特別行政區 政府는 當事者 및 그 家族에 기존 보다 낮지 아니한 應分の 退職金·報酬·手當 및 福祉費를 지급한다.

第 94 條 홍콩特別行政區 政府는 기존의 홍콩에서 실행되어온 方法을 참고하여 現地 및 外來의 辯護士가 홍콩特別行政區에서 活動하거나 開業하는데 필요한 規定을 제정할 수 있다.

第 95 條 홍콩特別行政區는 全國의 다른 지역의 司法機關과 協議를 거쳐 법이 정하는 바에 따라 司法分野의 連繫 및 상호간의 公助體制를 유지할 수 있다.

第 96 條 中央人民政府의 協助 또는 授權下에 홍콩特別行政區 政府는 外國과 司法公助體制를 수립할 수 있다.

第 5 節 地域組織

第 97 條 홍콩特別行政區는 非政權性의 地域組織을 설치하고 홍콩特別行政區 政府의 관련 지역의 관리 및 기타 업무에 관한 자문의 요청에 응하거나 文化·娛樂·環境·衛生 등의 서비스를 제공할 책임을 진다.

第 98 條 地域組織의 權限 및 構成方法은 法律로 정한다.

第 6 節 公務員

第 99 條 홍콩特別行政區 政府의 機關에 在職중인 公務員은 홍콩特別行政區의 永住民이여야 한다. 이 法 第 101 條의 制限規定은 外國國籍을 보유한 公務員에 대하여 달리 규정하고 있거나 一定職級 이하의 경우에는 적용되지 아니한다.

公務員은 公務에 忠實하여야 하고 홍콩特別行政區 政府에 대하여 責任진다.

第 100 條 홍콩特別行政區가 設置되기 전에 警察機關을 포함하여 政府機關에 재직중인 公務員은 留任될 수 있다. 經歷은 인정되며 給與·手當·福利待遇 및 勤勞條件은 기존의 표준보다 낮아지지 아니한다.

第 101 條 홍콩特別行政區 政府는 기존의 홍콩公務員중에서 홍콩特別行政區의 永住民身分證을 가진 英國國籍의 保有者 및 기타 外國國籍을 保有한 者를 정부기관의 各급 공무원으로 임용할 수 있다. 다만, 다음에 계기한 各 職급의 公務員은 外國居住權이 없는 홍콩特別行政區의 永住民인 中國公民이 담임하여야 한다. 各司의 部署長과 部副署長, 各局 局長, 兼政監查官, 審計署署長, 警務處長, 出入國業務處長, 稅關長.

홍콩特別行政區 政府는 英國國籍 및 기타 外國國籍을 保有한 者를 招聘하여 政府機關의 顧問으로 임명할 수 있다. 필요한 경우 홍콩特別行政區 밖에서 자격을 갖춘 適當한 직원을 초빙하여 정부기관의 專門職 및 技術職을 擔任하도록 할 수 있다. 이상의 外國國籍人士는 개인 신분으로서 초빙되며 홍콩特別行政區 政府에 대하여 책임을 진다.

第 102 條 홍콩特別行政區가 설치되기 전에 退職 또는 규정에 따라 離職한 公務員을 포함하여 그 所屬國籍 또는 居住地을 불문하고 홍콩特別行政區 政府는 당사자 또는 그 가족에게 기존의 표준보다 낮지 아니한 應분의 退職金·報酬·手當 및 福祉費를 지급한다.

第 103 條 公務員은 본인의 資格·경험 및 재능에 따라 임용 및 昇進된다. 公務員의 任用·給與·勤勞條件에 관한 업무를 수행하는 專門機關을 포함하여 홍콩의 公務員의 招聘·採用·考課·紀律·養成 및 管理에 관한 기존의 制度는 外國國籍職員에게 부여되는 特權待遇에 관한 規定을 제외하고는 유지된다.

第 104 條 홍콩特別行政區의 行政長官·立法會·議員·主要 公務員·行政會議 委員·各級 法院의 法官 및 기타 司法要員은 취임시에 法이 定하는 바에 따라 中華人民共和國 홍콩特別行政區의 基本法을 준수할 것을 宣誓하며, 中華人民共和國 홍콩特別行政區에 忠誠을 다하여야 한다.

第 5 章 經濟

第 1 節 財政·金融·貿易 및 商工業

第 105 條 홍콩特別行政區는 法이 정하는 바에 따라 個人 및 法人의 財産의 取得·使用·處分 및 承繼의 權利를 보호한다. 法에 따라 개인과 법인의 財産을 收用하는 때에는 收用財産의 所有權者는 正當한 補償을 받을 권리가 있다.

收用財産의 補償은 財産의 實價가치에 相當하여야 하며, 자유로이 換價할 수 있는 것이어야 한다. 正當한 사유가 없이 支給을 지연하여서는 아니된다.

企業所有權과 外國人投資는 법률의 보호를 받는다.

第 106 條 홍콩特別行政區는 財政의 獨立을 유지한다. 홍콩特別行政區의 재정수입은 자체수요에 應당하고, 中央人民政府에 上納하지 아니한다. 中央人民政府는 홍콩特別行政區에 稅金을 징수하지 아니한다.

第 107 條 홍콩特別行政區의 豫算의 收入·支出은 收支均衡에 역점을 두어 적자를 피하여야 하고, 現지의 生産總額의 增加率과 조화를 이루어야 한다.

第 108 條 홍콩特別行政區는 독자적인 租稅制度를 시행한다. 홍콩特別行政區는 홍콩에서 實行되던 기존의 低稅政策을 참고하여 독자적으로 稅目·稅率·稅收減免 및 기타 稅務事項을 법으로 제정하여 시행한다.

第 109 條 홍콩特別行政區 政府는 적절한 經濟 및 法律的 環境을 제

공하여 홍콩의 國際金融의 中心的 地位를 유지하도록 한다.

第 110 條 홍콩特別行政區의 貨幣金融制度는 법률로 정한다. 홍콩特別行政區 政府는 독자적으로 貨幣金融政策을 수립하여 시행하고, 企業金融 및 市長金融의 경영자유를 보장하며, 法이 정하는 바에 따라 관리 및 감독한다.

第 111 條 홍콩달러는 홍콩特別行政區의 法定貨幣이며 계속 流通된다.

홍콩貨幣의 發行權은 홍콩特別行政區 政府에 속한다. 홍콩貨幣의 發行은 100%의 準備金을 요한다. 홍콩貨幣의 發行制度 및 準備金制度는 法律이 定하는 바에 따른다.

홍콩特別行政區 政府는 홍콩貨幣의 發行의 基礎가 건전하고, 발행이 홍콩貨幣의 안전에 부합되도록 한다는 목적을 숙지한다는 조건하에서 指定된 銀行으로 하여금 法定權限에 근거하여 홍콩화폐의 발행을 제한하거나 계속할 수 있도록 授權할 수 있다.

第 112 條 홍콩特別行政區는 外換統制政策을 취하지 아니한다. 홍콩貨幣는 自由兌換이다. 外換·金·證券 先物去來의 物品(期貨) 등의 市場은 계속하여 개방한다.

홍콩特別行政區 政府는 資金의 流通 및 資金의 回轉의 自由를 보장한다.

第 113 條 홍콩特別行政區의 外換基金은 홍콩特別行政區 政府가 管理하고 支配한다. 그 주요 기능은 홍콩달러의 換率의 調整이다.

第 114 條 홍콩特別行政區는 自由港의 地位를 유지한다. 법률에 달리 규정하지 아니하는 한 關稅를 부과하지 아니한다.

第 115 條 홍콩特別行政區는 自由貿易政策을 실시한다. 貨物, 無形財產 및 資本流通의 自由를 보장한다.

第 116 條 홍콩特別行政區는 單獨의 關稅地區로 한다. 홍콩特別行政區는 “中國홍콩”의 名義로 《關稅 및 貿易에 관한 一般協定》·國際纖維製品에 관한 貿易의 調整 등 國際組織과 國際貿易에 관련된 協定에 가입할 수 있으며, 여기에는 特惠貿易에 관한 調整이 포함된다. 홍콩特

別行政區가 이미 취득하였거나 이전에 취득하여 계속 유효한 輸出割當額 關稅特惠 및 達成된 기타 유사한 措置는 홍콩特別行政區가 이를 향유한다.

第 117 條 홍콩特別行政區는 당시의 原產地規則에 근거하여 產品에 대하여 原產地證明을 발급할 수 있다.

第 118 條 홍콩特別行政區 政府는 經濟 및 法律的 環境을 제공하고, 각종 투자·기술의 발전 및 신흥산업의 개발을 육성한다.

第 119 條 홍콩特別行政區 政府는 적절한 정책을 수립하여 製造業·商業·觀光業·不動產業·運輸業·公益事業·서비스業·漁業 등 각종 산업의 발전을 촉진하고, 環境保護에 注意한다.

第 2 節 土地契約

第 120 條 홍콩特別行政區가 설치되기 전에 許可·決定 또는 期限이 1997년 6월 30일을 超過한 土地契約 및 土地契約과 관련된 일체의 권리는 홍콩特別行政區의 法律에 따라 承認과 保護받는다.

第 121 條 1985년 5월 27일부터 1997년 6월 30일까지의 기간 동안 許可를 받았거나 또는 최초에는 期間을 연장할 권리가 없었으나 期間延長을 얻은 경우에는 그 期間이 1997년 6월 30일을 초과하되 2047년 6월 30일을 초과하지 아니하는 모든 土地契約과 관련하여 賃借人은 1997년 7월 1일부터 地價를 補償하지 아니한다. 기간 연장일로부터 매년 그 시점에서의 토지평가액의 3%에 상당하는 지대를 지불하고 그 이후에는 토지평가액의 변동에 따라 지대를 조정한다.

第 122 條 地域·鄉村의 垆地·小規模 垆地 및 이와 유사한 農村土地를 契約하여 1984년 6월 30일에 이 토지를 賃借한 者이거나 그날 이후에 許可를 얻은 小規模 垆地의 賃借人으로서 그 父系가 1898년 이래 홍콩의 鄉村住民인 者에 한하여 既存의 賃借料는 계속하여 유지된다. 다만, 그 토지의 賃借人이 既存의 本人 또는 合法的인 父系의 承繼人이어야 한다.

第 123 條 홍콩特別行政區의 設置 전에 期限의 到來 또는 期限을 延長할 없는 土地契約은 홍콩特別行政區가 독자적으로 법률과 정책을 확립하여 처리한다.

第 3 節 海 運

第 124 條 홍콩特別行政區는 지금까지 홍콩에서 시행되고 있는 船員과 관련된 管理制度등 海運의 經營과 管理體制를 유지한다.

홍콩特別行政區 政府는 독자적으로 海運分野에 관련된 구체적인 職能과 責任을 규정하여 시행한다.

第 125 條 홍콩特別行政區는 中央人民政府로 부터 권한을 위임 받아 船舶登記業務를 수행하며, 홍콩特別行政區의 法律에 따라 “中國홍콩”의 名義로 관련 證明서를 발급한다.

第 126 條 外國의 軍用船舶이 홍콩特別行政區에 入港할 때에는 中央人民政府의 特別許可를 받아야 한다. 기타 船舶은 홍콩特別行政區의 법률이 규정하는 바에 따라 그 항구를 출입할 수 있다.

第 127 條 홍콩特別行政區의 私營海運, 海運 關聯 企業 및 私營 컨테이너는 자유로이 경영될 수 있다.

第 4 節 民間航空

第 128 條 홍콩特別行政區 政府는 홍콩을 國際的·地域的 航空의 中心地로서의 地位를 유지하기 위한 조건을 제공하고 조치를 취하여야 한다.

第 129 條 홍콩特別行政區 政府는 지금까지 홍콩에서 시행되어 온 民間航空管理制度를 계속하여 유지하며, 中央人民政府의 航空機 國籍表示 및 登錄表示에 관한 規定에 따라 홍콩의 航空機 登錄簿를 備置한다.

外國의 國營航空機가 홍콩特別行政區에 진입할 때에는 中央人民政府

의 特別許可를 얻어야 한다.

第 130 條 홍콩特別行政區는 독자적으로 民間航空의 日常業務, 技術管理 및 飛行場管理를 책임지며, 홍콩特別行政區의 飛行情報區域內에서 空中交通서비스를 提供하고, 國際民間航空機構의 地域的 航空規準節次에 규정된 기타 업무를 수행한다.

第 131 條 中央人民政府는 홍콩特別行政區 政府와 協議을 통하여 홍콩特別行政區에 登錄하고 홍콩을 主營業地로 하는 航空社 및 中華人民共和國의 다른 航空社를 위하여 홍콩特別行政區와 中華人民共和國의 다른 지역간의 定期往復運航路線을 제공하여야 한다.

第 132 條 中華人民共和國의 다른 지역과 기타 국가 및 지역을 왕복하는 홍콩特別行政區 經由의 定期運航路線과 홍콩特別行政區와 기타 국가 및 지역을 왕복하며 中華人民共和國 기타 지역을 經由하는 定期運航路線과 관련된 民間航空運送協定은 中央人民政府가 締結한다.

中央人民政府가 이 條 第 1 項에 계기된 民間航空運送協定을 체결하는 때에는 홍콩特別行政區의 特殊狀況 및 經濟的 利益을 고려하여야 하며 홍콩特別行政區 政府와 協議하여야 한다. 中央人民政府가 外國政府와 이 條 第 1 項에 계기된 定期運航路線의 設置에 관하여 協商을 하는 때에는 홍콩特別行政區 政府의 代表가 中華人民共和國 政府代表團의 일원으로 참가할 수 있다.

第 133 條 홍콩特別行政區 政府는 中央人民政府로 부터 구체적으로 권한을 위임받아,

1. 기존의 民間航空運送協定 및 合意에 대한 效力을 持續시키거나 變更할 수 있다.

2. 홍콩特別行政區에 登錄한 홍콩을 主營業地로 하는 航空社에 航空路線, 國境通過 및 技術的 着陸의 權利를 제공하기 위한 새로운 民間航空運送協定의 체결을 교섭할 수 있다.

3. 民間航空運送協定을 체결하지 아니한 외국 및 지역과 暫定協定의 체결을 교섭할 수 있다.

中國內地를 往復·經由하지 아니하고 홍콩을 往復·經由하는 定期航

空路線도 또한 이 條에 제기한 民間航空運送協定 또는 暫定協定에 규정한다.

第 134 條 中央人民政府는 다음의 각호에 제기된 사항에 대해서 香港特別行政區 政府에 권한을 위임할 수 있다.

1. 기타 당국과 교섭하여 체결한 이 法 第 133 條에 제기된 民間航空運送協定 및 暫定協定の 執行에 관한 각종 措置

2. 香港特別行政區에 登錄하고 香港을 主營業地로 하는 航空社에 대한 許可證의 發給

3. 이 法 第 133 條에 제기된 民間航空運送協定 및 暫定協定에 의거한 航空社의 指定

4. 外國 航空社에 대한 中國內地을 왕복·경유하는 항공로선 이외의 기타 항공로선의 許可證의 發給

第 135 條 香港特別行政區가 설치되기 전에 香港에 登錄하고 香港을 主營業地로 하는 航空社 및 民間航空과 관련된 業種은 계속 경영할 수 있다.

第 6 章 教育·科學·文化·體育·宗教·勞動 및 社會奉事

第 136 條 香港特別行政區 政府는 기존의 教育제도를 기초로 하여 독자적으로 教育의 발전 및 개선과 관련된 정책과 教育체제와 관리, 언어교육, 경비분담, 시험제도, 학위제도, 학력인정 등의 정책을 수립하여 시행한다.

사회단체 및 개인은 法이 정하는 바에 따라 香港特別行政區에서 각종 教育사업을 할 수 있다.

第 137 條 各급 학교는 그 自主성이 보장되며 學術의 自由를 가진다. 香港特別行政區 밖에서 教職員을 招聘하고 教材를 選定할 수 있다. 종교단체가 설립한 학교는 종교과정의 개설 및 종교교육을 제공할 수 있다.

학생은 學校의 選擇 및 香港特別行政區 밖의 지역에서 학문을 탐구

할 자유를 가진다.

第 138 條 홍콩特別行政區 政府는 독자적으로 中·西醫藥의 發展과 醫療衛生事業의 促進政策을 수립하여 시행한다. 社會團體 및 個人이 法이 정하는 바에 따라 각종 醫療衛生事業을 제공할 수 있다.

第 139 條 홍콩特別行政區 政府는 독자적으로 과학기술정책을 수립하고 시행한다. 法律은 科學技術의 研究成果, 特許權 및 發明創造를 보호한다.

홍콩特別行政區 政府는 독자적으로 홍콩의 각종 과학·기술에 적용할 표준과 규격을 확정하여 시행한다.

第 140 條 홍콩特別行政區 政府는 독자적으로 문화정책을 수립하여 시행한다. 법률은 作家가 文學藝術創作으로 획득한 成果 및 合法的 權益을 보호한다.

第 141 條 홍콩特別行政區 政府는 宗教信仰의 自由를 제한하지 아니하며 宗教組織의 內部業務에 간섭할 수 없고, 홍콩特別行政區의 法律에 反하지 아니하는 한 종교활동을 제한하여서는 아니된다. 宗教組織은 法이 정하는 바에 따라 財產의 取得·使用·處分·繼承 및 財產의 援助를 받을 권리를 향유한다. 재산에 관한 기존의 권익은 보호된다. 종교조직은 기존의 방법에 따라 宗教學校 및 기타 學校, 醫院, 福祉施設를 개설할 수 있으며 기타 사회봉사를 제공할 수 있다. 홍콩特別行政區의 宗教組織과 教徒는 다른 지방의 宗教組織 및 教徒와의 관계를 유지·발전시킬 수 있다.

第 142 條 홍콩特別行政區 政府는 기존의 專門職制度를 유지하는 기초위에서 독자적으로 각종 專門職職業의 開業資格의 評價·審査의 基準을 정하여 시행한다.

홍콩特別行政區가 설치되기 전에 專門職職業 및 그것의 開業資格을 취득한 者는 관련 規定 및 專門職 職業規則에 따라 기존의 자격을 유지한다. 홍콩特別行政區 政府는 特別行政區가 설치되기 전에 승인한 專門職職業 및 專門職 職業團體는 계속 승인하며, 승인을 얻은 專門職 職業團體는 독자적으로 專門職 職業資格을 심사·수여할 수 있다.

홍콩特別行政區 政府는 사회발전의 수요에 근거하여 관련 분야의 자문을 얻어 새로운 專門職職業과 專門職 職業團體를 승인할 수 있다.

第 143 條 홍콩特別行政區 政府는 독자적으로 體育政策을 수립하고 시행한다. 民間體育團體는 법이 정하는 바에 따라 계속 유지되고 발전된다.

第 144 條 홍콩特別行政區 政府는 기존의 홍콩에서 시행한 教育·醫療衛生·文化·藝術·娛樂·體育·社會福祉·社會事業 등의 분야와 관련된 民間團體機構에 대한 財政支援政策을 유지한다. 지금까지 홍콩의 각종 援助機構에 재직중인 직원은 기존의 제도에 따라 招聘될 수 있다.

第 145 條 홍콩特別行政區 政府는 기존의 사회복지제도의 기초 위에서 경제조건 및 사회수요에 근거하여 독자적으로 사회복지의 발전 및 개선정책을 수립한다.

第 146 條 홍콩特別行政區에서 사회봉사에 참여하고자 하는 단체는 법률에 反하지 아니하는 한, 독자적으로 그 봉사방식을 결정하여 시행할 수 있다.

第 147 條 홍콩特別行政區 政府는 독자적으로 勞動과 관련된 법률과 정책을 수립하고 시행한다.

第 148 條 홍콩特別行政區의 教育·科學·技術·文化·藝術·體育·專門職職業·醫療衛生·勞動·社會福祉·社會事業 등과 관련된 분야의 민간단체 및 종교조직과 中國內地의 이에 상응하는 단체 및 조직과의 관계는 相互 不隸屬, 相互 不干涉 및 相互 尊重의 原則에 입각하여야 한다.

第 149 條 홍콩特別行政區의 教育·科學·技術·文化·藝術·體育·專門職職業·醫療衛生·勞動·社會福祉·社會事業 등의 분야와 관련된 민간단체 및 종교조직은 세계 각국, 각지역 또는 관련 국제단체 및 조직과의 관계를 유지, 발전시킬 수 있으며, 각 해당 단체와 조직은 필요한 경우 “中國홍콩”의 명의로 관련 활동에 참가할 수 있다.

第 7 章 對外業務

第 150 條 香港特別行政區 政府의 代表는 中央人民政府가 참가하는 香港特別行政區와 직접 관련된 外交會談에 中華人民共和國 政府代表團의 일원으로 참가할 수 있다.

第 151 條 香港特別行政區 政府는 經濟·貿易·金融·海運·通信·觀光·文化·體育 등의 분야에서 “中國香港”의 명의로 단독으로 세계 각국·각 지역 및 관련 국제조직과의 관계를 유지, 발전시키고, 관련 협정을 체결하고 이행할 수 있다.

第 152 條 國家가 그 단위로 참가하고 香港特別行政區와 관련된 적당한 분야의 國際組織 또는 國際會議는 香港特別行政區 政府가 中華人民共和國 代表團의 構成員으로서 대표를 파견하거나 中央人民政府와 관련 國際組織 또는 國際會議의 許可를 얻은 身分으로서 참여하고, “中國香港”의 명의로 의견을 발표할 수 있다.

香港特別行政區는 “中國香港”의 명의로 國家를 參加單位로 하지 아니하는 國際組織 및 國際會議에 참가할 수 있다.

中華人民共和國이 가입하고 있고 香港이 어떠한 형식으로 가입하고 있는 國際組織에 대하여는 中央人民政府는 香港特別行政區가 이들 組織에서 계속하여 地位를 유지할 수 있도록 必要한 措置를 취하여야 한다. 中華人民共和國은 가입하지 아니하였으나 香港은 어떠한 형식으로 가입하고 있는 國際組織에 대하여는 中央人民政府는 香港特別行政區가 이들 組織에서 계속하여 地位를 유지할 수 있도록 必要한 措置를 취하여야 한다.

第 153 條 中華人民共和國이 체결한 國際協定은 中央人民政府가 香港特別行政區의 事情과 必要에 따라 香港特別行政區 政府의 의견을 청취한 후 香港特別行政區에 적용할 것인가의 여부를 결정한다.

中華人民共和國은 참가하지 아니하였으나 香港에 적용되어온 國際協定은 계속 적용될 수 있다. 中央人民政府는 香港特別行政區 政府에 권

한을 부여하거나 협조할 필요가 있는 경우, 적당한 措置를 취하여 기타 國際協定이 홍콩特別行政區에 적용되도록 하여야 한다.

第 154 條 中央人民政府는 홍콩特別行政區 政府가 법률에 따라 홍콩特別行政區의 永住民身分證을 소지한 中國公民에 대하여 中華人民共和國 香港特別行政區의 旅券을 발급하고, 홍콩特別行政區의 기타 合法的 居住者에게 中華人民共和國 香港特別行政區의 기타 旅行證明書를 발급하는 권한을 부여한다. 그러한 旅券과 證明書는 各國과 各地域로 出國하는데 유효하며, 所持者에게 香港特別行政區에 歸還할 권리가 있음을 明記한다.

外國人の 出入國 및 滯留에 대해서는 香港特別行政區 政府는 出入國 統制를 施行할 수 있다.

第 155 條 中央人民政府는 香港特別行政區 政府가 各國 또는 各地域과 無비자協定을 체결할 수 있도록 협조하거나 또는 권한을 부여한다.

第 156 條 香港特別行政區는 필요에 따라 外國에 公的 또는 準公的인 經濟 및 貿易機構를 설치할 수 있다. 香港特別行政區 政府는 이를 中央人民政府에 보고, 등록하여야 한다.

第 157 條 外國이 香港特別行政區에 領事機構 및 기타 公的·準公的 機構를 설치할 때에는 中央人民政府의 承認를 얻어야 한다. 中華人民共和國과 정식외교關係를 수립한 국가가 香港에 설치한 領事機構는 존속시킬 수 있다. 中華人民共和國과 正式外交關係를 수립하지 아니한 국가가 香港에 설치한 領事機構 및 기타 公的 機構는 상황에 따라 存續 또는 準公的 機構로 변경할 수 있다. 中華人民共和國을 承認하지 아니한 國家는 香港特別行政區에 民間機構만을 설치할 수 있다.

第 8 章 이 法의 解釋과 改正

第 158 條 이 法의 解釋權은 全國人民代表大會 常務委員會에 속한다. 全國人民代表大會 常務委員會는 香港特別行政區 法院이 事件을 審理하는 때에는 이 法의 香港特別行政區의 自治範圍內에 관한 條項을

자체적으로 해석할 수 있는 권한을 부여한다.

홍콩特別行政區 法院은 事件의 審理時 이 法의 기타 조항에 대하여도 해석할 수 있다. 다만, 홍콩特別行政區 法院이 事件의 審理時 中央人民政府가 管理하는 業務 또는 中央과 홍콩特別行政區의 關係에 관한 이 法의 조항의 해석을 하여야 할 필요가 있으나 당해 조항의 해석이 사건의 판결에 영향을 미치는 경우에는 당해 사건에 대한 上訴가 불가능한 終局判決이 내려지기 전에 홍콩特別行政區 終審法院은 全國人民代表大會 常務委員會에 그 조항에 대한 해석을 요청하여야 한다. 全國人民代表大會 常務委員會가 해석을 한 경우에는 홍콩特別行政區 法院이 이 條項을 인용하는 때 全國人民代表大會 常務委員會의 解釋을 기준삼아야 한다. 다만, 그러한 해석이 있기 전에 내려진 判決은 이로 인하여 영향을 받지 아니한다.

全國人民代表大會 常務委員會는 이 法에 대하여 해석을 하기 전에 그 소속의 홍콩特別行政區 基本法委員會의 의견을 청취하여야 한다.

第 159 條 이 法의 改正權은 全國人民代表大會에 속한다. 이 法의 改正發議權은 全國人民代表大會 常務委員會, 國務院 및 홍콩特別行政區에 속한다. 홍콩特別行政區가 發議한 이 法의 改正案은 홍콩特別行政區의 全國人民代表大會 代表의 3분의 2 이상, 홍콩特別行政區 立法會全體 議員의 3분의 2 이상의 찬성을 얻고 홍콩特別行政區 行政長官의 동의를 얻은 후, 全國人民代表大會에 出席한 홍콩特別行政區의 代表團이 全國人民代表大會에 제출한다. 이 法의 改正案을 全國人民代表大會에 上程하기 전에 홍콩特別行政區 基本法委員會가 이를 연구하여 의견을 제출한다. 이 法의 改正은 모두 中華人民共和國의 홍콩에 대한 基本方針 및 政策에 저촉되어서는 아니된다.

第 9 章 附 則

第 160 條 홍콩特別行政區가 설치될 당시에 홍콩에서 시행되어온 기존의 법률은 全國人民代表大會 常務委員會가 이 法에 反한다고 선언하

지 아니하는 한 홍콩特別行政區의 法律이 된다. 다만, 추후 당해 법률이 이 法에 반한다는 사실이 발견되었을 때에는 이 法이 정한 절차에 따라 改正 또는 그 效力을 停止시킬 수 있다. 홍콩의 기존의 법률하에서 유효한 文件·證明書·契約 및 權利義務은 이 法에 저촉되지 아니한다는 전제하에 계속 유효하며, 홍콩特別行政區 政府는 이를 承認·保護한다.

부속서 I. 홍콩特別行政區 行政長官의 選出方法

1. 行政長官은 광범위한 대표성을 가진 選舉委員會가 이 法이 정하는 바에 따라 선출하고, 中央人民政府가 임명한다.

2. 選舉委員會 委員의 定數는 800명으로 한다. 이하에 계기한 각계 인사로 구성한다

- * 商工·金融界 200名
- * 專門職 從事者 200名
- * 勞動·社會奉仕·宗教界 등 200名
- * 立法委員會·地域性 組織代表·홍콩地域 全國人民代表大會 代表·홍콩地域 全國政協委員의 代表 200名

選舉委員會 委員의 임기는 5년이다.

3. 홍콩特別行政區 政府는 상기 各分野의 區分 및 選舉委員을 선출할 수 있는 各分野의 組織名單을 民主·開放의 原則에 입각하여 選舉法으로 정한다.

각 분야별 법정단체는 選舉法이 정한 定員配分 및 選舉方法에 의거하여 독자적으로 選舉委員會 委員을 선출한다.

選舉委員은 개별적 身分으로 투표한다.

4. 100人 이상의 選舉委員은 行政長官 候補를 공동으로 지명할 수 있다.

5. 選舉委員會는 성명이 기재된 명단을 근거로 하여 1인 1표, 무기명투표로 行政長官을 선출한다. 구체적인 선출방법은 選舉法으로 정한다.

다.

6. 初代 行政長官은 《全國人民代表大會의 홍콩特別行政區의 第1次 政府 및 立法會의 選出方法에 관한 決定》에 따라 선출한다.

7. 2,007年 이후에 임명될 行政長官의 選出方法에 대하여 變更할 필요가 있는 경우, 立法會全體 議員의 3분의 2의 多數決로 의결하고 行政長官이 동의하여, 全國人民代表大會 常務委員會에 보고하여 승인을 받아야 한다.

附屬書 II. 홍콩特別行政區 立法會의 選出方法과 表決節次

1. 立法會의 選出方法

(1) 홍콩特別行政區의 立法會 議員은 60명으로 한다. 第1次 立法會는 《全國人民代表大會의 홍콩特別行政區의 初代 政府 및 立法會의 選出方法에 관한 決定》에 따라 선출한다. 第2次, 第3次 立法會의 構成은 다음과 같다.

* 第2次

職能團體가 선출한 의원 30명

選舉委員會가 선출한 의원 6명

分區에서 직접 선출한 의원 24명

* 第3次

職能團體가 선출한 의원 30명

分區에서 직접 선출한 의원 30명

(2) 第1次 立法會의 경우 외에는 상기 選舉委員會가 이 法의 附屬書 I에 규정된 選舉委員會이다. 위의 分區의 選舉區의 劃定·投票方法 및 각 職能團體와 法定團體의 劃定·議員定員의 配分 選舉方法 및 選舉委員會의 議員의 選出方法은 홍콩特別行政區 政府가 발의하여 立法會가 의결한 選舉法으로 정한다.

2. 立法會의 法案·議案에 관한 表決節次

이 法이 달리 규정하지 아니하는 한 홍콩特別行政區 立法會의 法案

및 議案의 票決節次는 다음과 같다.

政府가 제출한 法案은 회의에 출석한 전체 의원의 과반수 찬성으로 의결된다. 立法會 議員 個人이 제출한 議案·法案 및 政府 法案에 대한 修正案은 職能團體가 선출한 의원과 分區에서 직접 선출한 의원이 각각 2 부분으로 나뉘어 각 회의에 출석한 의원의 과반수의 찬성을 얻어 의결된다.

3. 2,007年 이후의 立法會 議員의 選出方法 및 票決節次

2,007년 이후의 홍콩特別行政區 立法會의 選出方法 및 法案·議案의 票決節次는 이 附屬書의 규정에 대하여 변경할 필요가 있는 경우, 立法會 全體 議員의 3분의 2의 다수결로 의결하고 行政長官이 동의를 얻어 全國人民代表大會 常務委員會에 보고하여 등록하여야 한다.

附屬書 III. 홍콩特別行政區에 실시하는 全國性法律

다음에 제기한 全國性法律은 1997年 7月 1日 부터 홍콩特別行政區가 현지에 公布 또는 立法化하여 실시한다.

1. 《中華人民共和國의 首都·紀年·國歌·國旗에 관한 決議》
2. 《中華人民共和國의 國慶日에 관한 決議》
3. 《中央人民政府의 中華人民共和國 國章 公布에 관한 命令》. 附. 國徵圖案·說明·使用方法
4. 《中華人民共和國 政府의 領海에 관한 宣言》
5. 《中華人民共和國의 國籍法》
6. 《中華人民共和國의 外交特權 및 免除條例》

參 考 文 獻

《中國單行本》

- 陳弘毅,「香港法制與基本法」,香港:廣角鏡出版社有限公司,1986.
- 陳弘毅·陳文敏,「人權與法治:香港過渡期的挑戰」,香港:廣角鏡出版社有限公司,1989.
- 張鑫,「大陸法制之現狀 問題」,臺北:蔚理法聿出版社,1988.
- 桃壯,任繼聖,「國際私法基礎」,北京:中國社會科學出版社,1981.
- 王鐵崖(編),國際法,(北京:法律出版社,1981).
- 楊春先 外,「刑法總論」,北京:北京大學出版社,1981.
- 張鑫,大陸法制之現狀 問題,(臺北:蔚理法律出版社,1988).
- 周鯁生,國際法(上 下冊),(北京:商務印書館,1976).
- 許光泰,中共法制論,(臺北:商務印書館,1990).
- 黃炳坤 主編,當代國際法,(香港:廣角鏡出版社有限公司,1988).
- _____, 一國制法律問題面面觀,(香港:三聯書店(香港)有限公司,1989).
- 中華人民共和國條約集,第10輯,北京:法律出版社,1959.
- 中華人民共和國條約集,第14輯~第15輯,(北京:人民出版社,1973—1981).
- 中華人民共和國條約集,第18輯~第26輯,(北京:世界知識社,1982—1983).
- 「民主主義革命時期根據地法制文獻」,北京:中國社會科學出版社,1981.
- 1987年 中國法律年鑑,(北京:法律出版社,1988).
- 1988年 中國法律年鑑,(北京:法律出版社,1989).
- 1989年 中國法律年鑑,(北京:法律出版社,1990).

《中國論文》

張虎，“中共在香港的早期活動”，「中國大陸研究」，第34卷 第10期(1991年 10月).

邢國強，“「香港特別行政區基本法徵求意見稿」分析”，「中國大陸研究」，第30卷 第12期(1988年 12月).

趙建民，“從國際輿論看中共七屆「人大」”，「中國大陸研究」，第30卷 第12期 (1988年 12月).

蕭帆，“對中共制定「香港基本法」之探析”，「中共研究」，第24卷 第7期 (1990年 7月).

態復，“香港特別行政區基本法是一國兩制的生動體現”，「北京大學學報」，第10期(1990).

龍飛，“「一國兩制」不能作為統一中國的模式”，「中共研究」，第25卷 2期 (1990年 2月).

俞清廉，“大陸政策與兩岸關係”，「中國大陸」，第23卷 第8期(1990年 8月).

陳克疇，“香港的今日與明日”，「中國大陸」，第24卷 第12期(1991年 12月).

張虎，“從臺海兩岸對港政策看香港問題”，「中國大陸研究」，第32卷 第11期(1990年 5月).

張榮豐，“影響臺海兩岸經港轉口貿易之因素分析”，「中國大陸研究」，第31卷 第8期(1989年 2月).

梁玉英，“從香港基建計畫探討中共與香港關係”，「中國大陸研究」，第33卷 第9期(1991年 3月).

謝學賢，“試論香港模式對中國統一之功能”，「中華雜誌」，第325期(1990年 8月).

孝第，“兩岸關係立法與未來中國法律關係”，「中華雜誌」，第338期(1991年 8月).

- 態復，“中國之統一端賴五大矛盾之統一”，「中華雜誌」，第338期(1991年9月)。
- 陳文正，“海峽兩岸「對等談判」的困境”，「中國大陸」，第24卷 第10期(1991年10月)。
- 鄧辛未，“香港問題的新動向”，「中國大陸」，第24卷 第2期(1991年2月)。
- _____，“對「香港基本法」的分析”，「中國大陸」，第23卷 第5期(1990年5月)。
- 楊祖泉，“反擊中共的「一國兩制」”，「中國大陸」，第23卷 第10期(1990年10月)。
- 陳克疇，“香港問題與歷史問題”，「中國大陸」，第24卷 第6期(1991年6月)。
- 郭端華，“中共「一國兩制」產生的背景分析(上),(下)”，「共黨問題研究」，第14卷 8期，第9期。
- 蕭蔚云，“論一國兩制下中央與香港特別行政區的法律關係”，「北京大學學報」，第4期(1991年)。
- 鄭宇碩，“從國際法觀點評析中英聯合聲明”黃炳坤 主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 趙理海，“香港問題的回顧與前瞻”，黃炳坤 主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- _____，“澳門問題的回顧與前瞻”，黃炳坤 主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 張鑫，“從國際法看中英兩國關於香港條約的效力問題”，黃炳坤 主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 楊鐵樑，“香港的法律制度及其演變”，黃炳坤 主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- _____，“一九九七年後香港法律展望”，黃炳坤 主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 黃炳坤，“中國憲法與國際法及其對區際關係的規定”，黃炳坤 主編，「“一

- 國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 廖搖珠，“香港特別行政區的法律制度及其與全國法律制度的關係”，黃炳坤編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 黃進，“區際法律衝突及其解決：兼論”一國兩制“與中國的區際法律衝突”，黃炳坤主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 萬鄂湘，“香港在國際條約中的地位轉變”，黃炳坤主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 林毅，“香港特別行政區締約及承擔國際責任的問題”，黃炳坤主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 陶德海，“香港對外貿易關係轉變所引起的若干法律問題”，黃炳坤主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 玉獻樞，“中國國籍法的基本原則”，黃炳坤主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司，1989)。
- 朱奇武，“中國經濟立法與投資環境的改進”，黃炳坤主編，「“一國兩制”法律問題面面觀」，(香港：三聯書店有限公司)，89。
- ““基本法”為香港穩定繁榮奠定基礎”，「人民日報」，1990年4月7日字，4面。
- “香港特別行政區基本法出台記”，「人民日報」，1990年4月10,11日字，2面。
- “香港特別行政區基本法是個良好範例”，「人民日報」，1990年4月12日字，3面。
- “按照”一國兩制“原則 促進祖國和平統一：十論建設有中國特色的社會主義”「人民日報」，1992年7月24日字，2面。
- “中華人民共和國澳門特別行政區基本法(原案)：中華人民共和國澳門特別行政區基本法起草委員會第八次全體會議 一九九二年三月八日通過”，「人民日報」，1992年3月17日字，3面。
- “中華人民共和國香港特別行政區基本法：1990年4月4日 第七屆全國人

- 民代表大會第三次會議通過”，「光明日報」，1990年4月6日字，2面。
- 郭思永，“我國民事訴訟法(施行)中開放外國判決的承認與執行，”政治與法律，第5輯(1983, 6)。
- 槐敏，“和平共處五項原則在現代國際法上的意義，”中國國際法年刊，(1985)。
- 李澤銳，“關於國際人權法理論探討，”中國國際法年刊，(1983)。
- 李浩培，“強行法與國際法，”中國國際法年刊，(1982)。
- ，“論國家管轄免轄，”中國國際法年刊，(1986)。
- 徐鶴臯，“中華人民共和國涉外民事訴訟程序，”中國國際法年刊，(1989)。
- 邵川任，“和平共處五原則——現代國際法的基礎，”中國國際法年刊，(1989)。
- 盧松，“論最密接聯系原則——確定性與靈活性間的問題，”中國國際法年刊，(1989)。
- 倪征晤，“關於國家免轄的理論和實踐，”中國國際法年刊，(1983)。
- 魏家駒，“外國判決的承認和執行形式的發展，”中國國際法年刊，(1982)。
- 商兆儒，“革命法制保障人民權利的傳統及其歷史經驗，”法律史論，第1篇(北京：中國社會科學出版社，1981)。
- “鄧小平關於「一國兩制」方針的講話(摘要)，”中國國際法年刊，(1988)。
- 王曉曄，“試論涉外民事關係中適用外國法的理論根據，”法學研究，1984年第2號，(北京：中國社會科學出版社，1984. 4)。
- 扶搖，“也論法的階級性與社會性，”法學雜誌，1984年3期(總24期)，(北京：法學雜誌出版社)。
- 劉升平，杜飛進，“關於法律性質的一般認識，”中國法制報，1986年9月19日字，3面。
- 周曉林，“聯合國國際法委員會第34回會議，”中國國際法年刊，(1986)。
- ，“審判管轄權與國家免轄，”中國國際法年刊，(1988)。
- 陳體強，“國家主權免與國際法——評湖廣鐵路債券案，”中國國際法年刊，(1983)。

- 韓德培，“國際私法的晚近發展趨勢”，中國國際法年間(1988)。
- 黃進，“論限制國家免轄理論”，中國國際法年刊，(1986)。
- 許舒蒼，“外國法院民事判決承認與執行問題的理論與實踐”，中國國際法年刊，(1989)。
- 何立，“從國際法透視中英協議”，「九十年代」，第176期(1984年 8月)。
- 鄭宇碩，“從中英聯合聲明到基本法”，鄭宇碩 編，「香港政制及政治」，(香港：天地圖書有限公司，1987)。
- 王家福，陳爲典，“「人權」不是無產階級的口號”，「北京日報」，1979年 4月 22日字，1面。
- 陳文敏，“基本法與民權法案”，「九十年代」，第10期。
- 陳弘毅，“基本法知國際公約”，「明報」，1986年 9月 16日字，2面。
- 廖瑤珠，“法律衝突”，「明報」，1986年 4月 4日字，2面。
- Qi Ruiqing, “Legal Protection of Foreign Investment in China”, 「저스티스」, 제23권 제1호, 서울：韓國法學院, 1990.

《西洋單行本》

- Brownlie, I., *Principles of Public International Law*, 4th ed. (Oxford : Clarendon Press, 1990).
- Chiu, Hungdah, (ed.), *Law in Chinese Foreign Policy : Communist China & Selected Problems of International Law*, (New York : Oceana Publications, 1972).
- Cohen, Jerome A., (ed.), *China's Practice of International Law : Some Case Studies*, (Harvard Univ.Press, 1972).
- Cohen, Jerome A., and Chiu, Hungdah, (eds.), *People's Republic of China and International Law : Documentary Study*, Vols.1-2. (Princeton : Princeton University Press, 1974).
- Hudec, Robert E., *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, 2nd ed. (London : Butterworth Legal Publishers, 1989).

- Leng, Shao-chuan, and Chiu, Hungdah, (eds.), *Law in Chinese Foreign Policy : Communist China & Selected Problems of International Law*, (Dobbs Ferry, New York : Oceana Publications, Inc., 1972).
- Sarceviv, P., and van Houtte, H., (eds.) *Legal Issues in International Trade*, (Dordrecht : Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1990).
- Starke, J. G., *Introduction to International Law*, 10th ed. (London : Butterworths, 1989).
- Jao, Y. C. and Yuantiwe (eds.), *The Future of Hong Kong : Toward 1997 and Beyond*, (Westpost, Connecticut : Guorum Books, 1987).
- Accioly, H., *Trait Droit International Public*, Vol. 2, Paris : Recueil Sirey, 1942.
- Gould, W., *An Introduction to International Law*, (New York : Harper & Bros, 1957).

《西 洋 論 文》

- Feng, Yu-shu, "China's Membership of GATT : A Practical Proposal," *Journal of World Trade Law*, Vol.21, No.1 (1987).
- Herzstein, Robert E., "China and GATT : Legal and Policy Issues Raised by China's Participation in the General Agreement on Tariffs and Trade," *Law & Policy in International Business*, Vol.18(1986).
- Huang Jin and Ma Jingsheng, "Immunities of States and Their Property : The Practice of the People's Republic of China," *Hague Yearbook of International Law*, Vol.1(1988).

- Jones, William C., "Some Questions regarding the Significance of General Provisions of Civil Law of the People's Republic of China," *Harvard International Law Journal*, Vol.28(1987).
- Leacock, Stephen J., "The Commercial Activity Exception to the Act of State Doctrine Revisited : Evolution of a Concept," *N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.*, Vol.13(1988).
- Li, Chung-chou, "Resumption of China's GATT Membership," *Journal of World Trade Law*, Vol.21, No.4(1987).
- Lillich, R. B., "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad : An Elementary Principle of International Law Under Attack," *American Journal of International Law*, Vol.69(1975).
- Ming Kochan and David J. Clark, "The Drafting of the Basic Law for the Hong Kong Special Administrative Region", *Chinese Law and Government*, Vo. 22, No. 3 (1989).
- Henry R. Zheng, "Private International law in the People's Republic of China : Principles and Procedures", *Texas International Law Journal*, Vol. 22 (1987).
- Karamanian, S., "Legal Aspects of the Sino-British Draft Agreement on the Future of Hong Kong", *Texas International Law Journal*, Vol. 20 (1985).
- Lissitzyn, O. J., "Territorial Entities Other than Independent States in the Law of Treaties", *Recueil Des Cours*, 1968-III,
- Fitzmaurice, G., "Report to ICC", *Yearbook of International Law Commission*, (1958- II).
- Ago, R., "Third Report on State Responsibility", *Yearbook of International Law Commission*, Vol. 2 (1971).
- Chiu, Hungdah, (ed.), *Law in Chinese Foreign Policy : Communist China & Selected Problems of International Law*, (New York : Oceana Publications, 1972).

- Feng, Yu-shu, "China's Membership of GATT: A Practical Proposal," *Journal of World Trade Law*, Vol.21, No.1(1987).
- Herzstein, Robert E., "China and GATT: Legal and Policy Issues Raised by China's Participation in the General Agreement on Tariffs and Trade," *Law & Policy in International Business*, Vol.18(1986).
- Huang Jin and Ma Jingsheng, "Immunities of States and Their Property: The Practice of the People's Republic of China," *Hague Yearbook of International Law*, Vol.1(1988).
- Jones, William C., "Some Questions regarding the Significance of General Provisions of Civil Law of the People's Republic of China," *Harvard International Law Journal*, Vol.28(1987).
- Leacock, Stephen J., "The Commercial Activity Exception to the Act of State Doctrine Revisited: Evolution of a Concept," *N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.*, Vol.13(1988).
- Li, Chung-chou, "Resumption of China's GATT Membership," *Journal of World Trade Law*, Vol.21, No.4(1987).
- Li, Ilich, R. B., "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack," *American Journal of International Law*, Vol. 69(1975).

研究報告 92-6

中國의 「一國兩體制論」과 1997년 이후 홍콩法制

1992年 12月 25日 印刷

1992年 12月 30日 發行

發行人 李 世 薰

發行處 韓國法制研究院

印刷處 한국컴퓨터산업(주)

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전 화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함.

값 2,800원

