

호주 원주민 토지소유권 제도의 확립 과정 연구

– 마보(Mabo) 판결을 중심으로 –

The Progress of Institutional Changes for Native Title in Australia

– A Review of the Mabo Decision –

김 형 민*

Hyung Min Kim

장 경 석**

Kyoung Seok Jang

목 차

- | | |
|-----------------------|-------------------------|
| I. 서론 | V. 원주민 토지소유권법 |
| II. 호주 원주민은 누구인가? | (Native Title Act 1993) |
| III. 호주 원주민의 토지권 | VI. 결론 |
| IV. 1992년 마보(Mabo) 판결 | |

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2022.25.3>

투고일: 2022. 9. 14. / 심사완료일: 2022. 11. 12. / 게재확정일: 2022. 11. 29.

* 제1저자: 멜버른 대학교 부교수, hyungmin.kim@unimelb.edu.au

Lead Author: Senior Lecturer, The University of Melbourne, Australia

** 공저자: 국회입법조사처 입법조사관, jangks@nars.go.kr

Co-Author: Legislative Researcher, National Assembly Research Service, The Republic of Korea

유럽인이 호주에 정착하여 식민지를 건설할 때 호주 전역에 호주 원주민이 거주하고 있었음에도 불구하고 호주를 테라 널리우스(Terra Nullius, 무주지)로 선언하였다. 그들은 호주 토지로의 정착을 통해 통치권을 확립하였고, 다수의 원주민들은 보호구역으로 강제 이주를 당하며 그들의 전통 관습이 유지되었던 토지에서 거주할 수 없게 되었다. 원주민들은 그들의 토지에 대한 권리를 꾸준히 요구하던 중 원주민 에디 마보를 중심으로 토지소유권 회복 청구 소송을 제기하였다. 1992년 호주연방대법원은 관습법에 기반하여 원주민에게 원주민토지소유권한(native title)이 있음을 판결하였는데, 이는 마보 판결이라 불린다. 본 논문은 호주 원주민에 대해 소개한 이후 마보 판결에 나타나는 주요 쟁점을 분석하며 이후 전개된 「1993년 원주민토지소유권법」의 제정 및 관련 소송 내용을 제시한다. 마보 판결에서는 통치권과 토지소유권의 분리라는 개념을 도입하여 원주민의 토지소유권 회복이 가능하도록 하였다.

[주제어] 원주민토지소유권, 마보 판결, 호주, 테라 널리우스, 토지점유체계

I. 서론

호주는 영국에서 출발한 첫 수인(囚人)함대가 약 천여 명의 사람을 태우고 1788년 1월 26일 호주에 도착한 것을 기념하여 매년 1월 26일을 호주의 국경일 ‘호주의 날 (Australia Day)’로 기념하고 있다. 하지만 호주 영토에서 이미 거주하고 있던 원주민의 입장에서 이 날은 영토 침범의 날로 인식될 수밖에 없기 때문에 원주민과 이들의 옹호자들은 호주의 날이 되면 “Always Was, Always Will Be, Aboriginal Land (과거에도 항상, 미래에도 항상, 원주민 토지)”라는 구호를 외치며 시위를 진행한다. 또한 최근 원주민의 오랜 거주를 인정하기 위해 호주 국가 중 한 단어를 개사하였다. 과거에는 ‘Australians all let us rejoice for we are young and free’ (호주인이여 즐거워하라. 우리는 젊고 자유롭기 때문이다)였다. 하지만

‘young’이라는 단어가 원주민의 존재를 인정하지 않는 표현이라는 비판이 지속되었다. 이에 따라 2021년에 ‘young’을 ‘one’으로 개사하여 원주민의 역사 및 사회통합의 필요성을 반영하고자 하였다. 2015년에는 멜버른 도심 중심축에 위치한 장소에 원주민 지도자 윌리엄 바락(William Barak)의 얼굴을 새겨 놓은 아파트를 신축하였다. 전쟁기념관(Shrine of Remembrance)을 비롯한 원거리에서 도심을 보았을 때 윌리엄 바락의 얼굴이 선명하게 보인다. 이와 같이 호주 내 원주민 관련 주제의 중요성은 점차 부각되고 있다.

본 논문은 원주민 주제 중 가장 핵심이라 할 수 있는 토지소유권과 관련하여 호주 식민지화 과정에서 영국 토지점유체제(doctrine of tenure)의 적용, 1992년 마보 판결을 통해 원주민 토지소유권의 회복이 이루어진 과정에 대한 분석 및 「1993년 원주민 토지소유권법」 제정으로 원주민 토지소유제도의 확립 이후 상황을 고찰한다. 본 논문은 호주 원주민 토지소유권 변천 과정을 고찰하며, 이러한 비교법적 접근은 공정한 토지 제도의 실현에 대한 시사점을 제시한다.

II. 호주 원주민은 누구인가?

호주 원주민의 역사는 4만~8만 년 정도로 추정되고 있다.¹⁾ 호주 원주

1) National Geographic, Erin Blakemore, “Aboriginal Australians”, 2019.2.1, <<https://www.nationalgeographic.com/culture/article/aboriginal-australians>>, 검색일: 2022.9.16. 및 Britannica, “Australian Aboriginal peoples”, <<https://www.britannica.com/topic/Australian-Aboriginal>>, 검색일: 2022.9.16. 참조. 일반적으로 호주 원주민은 동남아시아 섬(지금의 말레이시아, 싱가포르, 브루나이, 동티모르, 인도네시아 및 필리핀)을 통해 아시아에서 왔으며 최소 45,000-50,000년 동안 호주에 거주해 왔다고 생각된다. 다만 노던 테리토리의 나우랄라 빌라 1세와 마제드베베 고고학 유적지에 대한 조사에서 일부 과학자들은 초기 원주민이 훨씬 더 일찍, 아마도 65,000-80,000년 전에 도착했다고 주장하는데, 이는 해부학적으로 현생 인류가 아프리카와 남서아시아의 인접 지역에서 이주했다는 일부 학자들의

민의 정착시기에 대해 연구자마다 의견이 조금씩 다르지만, 과거 지각변동이 일어나기 전 호주 영토가 인도네시아와 육로로 연결이 가능했던 시기에 사람들의 이주가 이루어져 정착이 시작되었다는 데에는 의견이 일치되고 있는 것으로 보인다.²⁾ 호주 원주민연구협회(Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies: AIATSIS)에 따르면 호주 영토 내 250개 이상의 부족이 존재하였고 이들은 각자 고유 언어를 사용하였다. 호주 원주민은 Aboriginal, Indigenous, First Nations 등으로 불리는데, 이들은 호주 전체 인구의 약 3.2%를 차지하고 있다(2016년 센서스 기준).³⁾ 특히 호주의 최북단 케이프 요크(Cape York)와 파푸아 뉴기니 사이에 위치하고 있는 토레스 해협에는 원주민의 집단 주거지가 형성되어 있다. 토레스 해협에 있는 섬들의 토지 면적은 총 490km²에 이르며 여기에 4,500여 명이 거주하고 있다. 이 중 90% 이상이 원주민이다(2016년 센서스). 원주민 인구수로는 뉴사우스웨일즈(New South Wales: NSW) 주에 가장 많은 원주민(29.2만 명)이 거주하고 있으나, 노던 테리토리(Northern Territory: NT) 준주(準州) 내 원주민의 비중이 31%로 가장 높다.⁴⁾ 호주 원주민의 인구수는 점차 증가하고 있다. 1991년 센서스에서는 35.1만 명이 원주민으로 집계되었으나 2021년에는 81.2만 명으로 증가하였다.⁵⁾

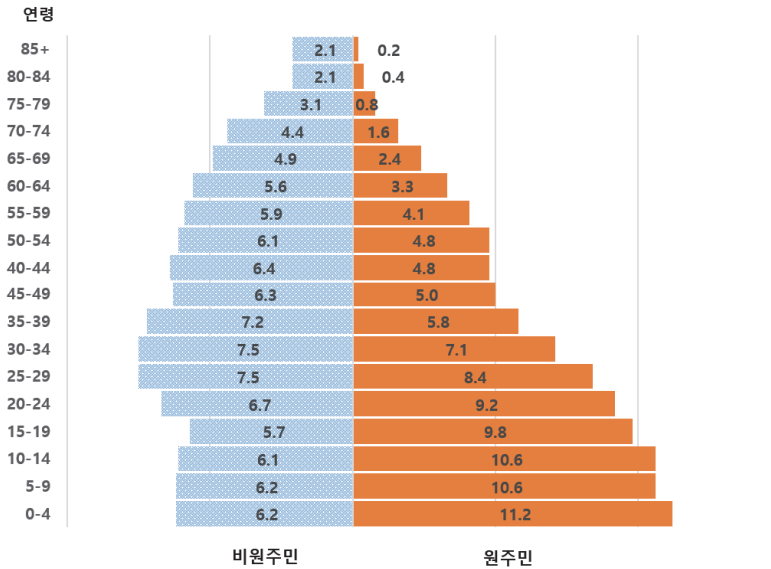
주장과 일치한다.

- 2) Britannica, “Australian Aboriginal peoples”, <<https://www.britannica.com/topic/Australian-Aboriginal>>, 검색일: 2022.9.16.
- 3) Australian Institute of Health and welfare, “Profile of Indigenous Australians”, <<https://www.aihw.gov.au/reports/australias-health/profile-of-indigenous-australians>>, 검색일: 2022.8.22.
- 4) Australian Institute of Health and welfare, “Profile of Indigenous Australians”, <<https://www.aihw.gov.au/reports/australias-health/profile-of-indigenous-australians>>, 검색일: 2022.8.22.
- 5) Australian Bureau of Statistics, “Australia: Aboriginal and Torres Strait Islander population summary”, 2022.7.1, <<https://www.abs.gov.au/articles/australia-aboriginal-and-torres-strait-islander-population-summary>>, 검색일: 2022.8.22.

원주민의 사회·경제적 위치 및 건강 상태는 비원주민에 비해 현저히 낮은 상태이다. <그림 II-1>의 원주민과 비원주민의 인구 피라미드를 살펴보면 비원주민의 인구구조는 30대가 가장 많은 비중을 차지하며 종(鐘)모양의 형태를 보인다. 반면 원주민의 인구구조는 저개발국가에서 흔히 발견되는 삼각형 형태를 보이고 있다. 즉 원주민은 비원주민에 비해 연령이 증가할수록 사망률이 급속히 증가하고, 생존율은 현저히 낮아지는 현상을 보인다. 2021년 원주민의 연령 중위값은 24세였다. 이는 2011년 21세, 2016년 23세에 비해 증가한 것이지만 비원주민의 연령보다 월등히 낮다. 호주통계청에 따르면 2021년 호주 전체 인구의 연령 중위값은 남자의 경우 37세, 여자의 경우 39세였다.⁶⁾ 따라서 원주민과 비원주민 간의 이러한 차이를 줄이기 위한 노력이 계속되고 있다. 예를 들어 호주정부는 원주민과 비원주민간 사망률 및 기대수명에 대한 차이를 줄이기 위해 원주민의 건강검진프로그램 도입을 통해 건강상태에 대한 모니터링을 실시하고 있고, 의료서비스 이용에 있어 장벽을 제거하기 위한 노력도 기울이고 있다.⁷⁾

6) Australian Bureau of Statistics, “Population: Census Information on sex and age”, 2022.6.28, <<https://www.abs.gov.au/statistics/people/population/population-census/latest-release>>, 검색일: 2022.8.22.

7) 호주 정부는 원주민에 대한 건강검진프로그램을 통해 2020-2021년에 237,000명의 호주 원주민이 이러한 건강검진 중 하나를 받았고(예상 인구의 27%), 검진 후 12개월 이내에 원주민 건강검진을 받은 원주민 건강검진 환자의 비율은 2010-2011년과 2019-2020년 사이에 12%에서 47%로 증가하는 등의 성과가 있었다고 밝히고 있다. (Australian Institute of Health and Welfare, “Indigenous health checks and follow-ups”, <<https://www.aihw.gov.au/reports/indigenous-australians/indigenous-health-checks-follow-ups/contents/about>>, 검색일: 2022.8.22.)



〈그림 II-1〉 호주 원주민과 비원주민간 연령대별 인구분포
(단위: %)

- 주 1. 원주민 자료는 2016년 센서스 자료를 기반으로 2022년 6월 30일 기준 추정치로 각 인구집단의 값을 합치면 100이 됨
 주 2. 비원주민자료는 2021년 6월 30일 기준 행정자료를 기반으로 추정한 값에서 원주민 값을 제외한 것임
 자료: Australian Institute of Health and welfare, “Profile of Indigenous Australians”, <<https://www.aihw.gov.au/reports/australias-health/profile-of-indigenous-australians>>, 검색일: 2022.8.22.

Ⅲ. 호주 원주민의 토지권

18세기 영국에서 온 이주민들은 호주 영토에 정착을 하면서, 그 땅에 이미 원주민이 거주하고 있었음에도 불구하고 호주를 “테라 널리우스(Terra Nullius: land belonging to no one)”라고 선언하였다. 테라 널리우스는 ‘무주지(無主地)’, 더 정확하게는 ‘아무에게도 속하지 않는 땅’을 의미하는 라틴어이다. 강병근(2020)은 테라 널리우스가 로마법상 ‘무주물

선점(occupacio)’ 개념과 같이 주인이 특정되지 않은 토지에 대한 소유권이 해당 토지를 선점한 자에게 있다는 의미로 사용되었다고 하면서, 서유럽 국가들이 자국 영역 이외로 주권을 확장하면서 새로운 영역을 획득할 때 적극 활용하였다고 설명한다. 17~19세기 동안 서양 국가들의 영토의 확장은 일반적으로 할양(cession), 정복(conquest), 무주지 선점 및 식민지 개척(settlement) 방식으로 이루어졌는데, 호주, 미국 캘리포니아, 캐나다 브리티시 콜롬비아(British Columbia) 주의 경우 식민종주국이 테라 널리우스를 선언함으로써 주권을 확장한 사례이다.⁸⁾ 호주에서 정확히 언제 테라 널리우스가 최초로 선언되었는지는 확실치 않으나, 1835년 당시 호주 식민지의 지명(地名)이었던 뉴사우스웨일즈의 총독 리차드 버크(Richard Bourke)가 포고문(Proclamation)을 통해 호주는 무주지이며 영국 왕실(Crown)이 그 땅을 차지하기 전까지 그 땅은 누구의 소유도 아니라고 한 기록이 존재한다.⁹⁾ 따라서 호주의 원주민 또한 토지를 팔거나 양도할 수 없었고, 왕실이 분배하는 것 외에는 개인이 토지를 취득할 수 없었다. 당시 많은 사람들이 원주민이 그 땅에 대한 권리를 갖고 있다는 사실을 인정했지만, 토지와 관련한 사례에서는 버크의 선언문에 표현된 원칙을 따랐다.¹⁰⁾ 특히 호주는 ‘사막과 미경작지(desert and

8) 강병근, “영미법계 각국 법원의 무주지(terra nullius) 관련 판례법 원칙의 역사적 전개에 관한 일고찰”, 법학연구 제31권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2020, 43쪽.

9) 이 포고문은 식민지 내 비어있는 땅을 호주 원주민과 조약, 거래, 계약 등을 통해 매입하는 행위는 무효이고(void), 왕실의 권리에 어떠한 효력도 미치지 못하며(of no effect against the rights of the Crown), 정부의 허가나 권한 없이 식민지 내 토지를 획득하는 사람은 왕실의 땅에 대한 무단침입자로 간주되어 처벌받게 된다고 선언하고 있다. 이 포고문의 영향이 미치는 식민지인 뉴사우스웨일즈의 지리적 범위(한계)를 밝히고 있다. 즉 남위 10도 37분의 최북단지점 노던 케이프(Northern Cape) 또는 케이프 요크(Cape York)라고 하는 해안의 끝에서 최남단 윌슨스 프로몬토리(Wilson's Promontory) 남위 39도 12분까지이며, 내륙의 서부(the Westward)까지를 포함하며, 태평양에 인접한 모든 섬과 노퍽크섬(Norfolk Island)을 포함하여 그리니치 자오선에서 계산하여 동경 129도까지라고 선언하였다. Documenting a Democracy, “Proclamation”, <https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/nsw7_doc_1835.pdf>, 검색일: 2022.9.16.

10) 원주민이 원래 살던 땅에 대한 권리를 가지고 있었다는 것은 1837년 하원의 원주민

uncultivated)’로 인식되었고 ‘사람이 살지 않는(uninhabited)’ 땅으로 간주되었다. 당시 신영토 내 통치권을 국제적으로 인정받기 위해서는 정복, 할양, 합병, 정착의 방식이 통용되었다. 호주 식민지 내에서는 테라 널리우스 개념에 기반하여 ‘정착’ 또는 ‘개척(settlement)’의 방법이 사용되었던 것으로 이해되었다.

당시 원주민에게는 개인 토지소유권의 개념이 존재하지 않았다.¹¹⁾ 토지는 그들의 관습, 종교와 삶에서 분리할 수 없는 것이었으며 원주민은 집합적 토지 소유 형태를 유지하고 있었다. 현재까지도 원주민들은 토지를 ‘어머니’로 표현하고 있다. 그러한 원주민 소유의 토지를 수탈하기 위해 영국 이주민들은 다양한 방법을 동원하였다. Jackson · Johnson · Porter(2017)는 도시계획 또한 토지 수탈을 정당화하고 촉진시키기 위한 수단으로 사용되었다고 주장한다. 원주민들과의 조약(treaty)에 의해 토지소유권을 이전받은 것이 아니라 측량 · 구획설정 · 도로계획 · 획지분할(subdivision) 등 일련의 계획 활동을 통해 원주민의 토지권은 점차 상실되었고 결국 원주민은 모든 토지소유권을 잃게 되었다. 가장 일반적인 방식이 원주민 거주 구역을 설정하는 것이었다. 보호구역(protectorates 또는 reserves) 또는 선교구역(missions)을 지정하여 원주민이 해당 지역 내에서만 살도록 조치를 취한 후 유럽식 토지 제도를 확립시켜 나갔다.¹²⁾ 이러한 보호구역 내에서는 원주민을 개화(civilise)시키기 위한 목적으로 서양의 문화를 원주민에게 가르치는데 집중하였다.

관계 보고서에서 확인된다. Migration Heritage Centre, “Governor Bourke’s 1835 Proclamation of Terra Nullius”, <<https://www.migrationheritage.nsw.gov.au/exhibition/objectsthroughtime/bourketerra/index.html>>, 검색일: 2022.9.16.

11) Debelle, B, “Aboriginal customary law and the common law”, In E. Johnston, M. Hinton, & D. Rigney (Eds.), *Indigenous Australians and the Law 2nd ed.*, London and New York: Routledge · Cavendish, 2008, pp. 85-111.

12) Lester, A. & Dussart, F, “Trajectories of Protection: Protectorates of Aborigines in Early Nineteenth Century Australia and Aotearoa New Zealand”, *New Zealand Geographer Vol.64 No.3*, Wiley, 2008, p. 206.

유럽 이주민의 정착에 따라 원주민의 인구는 급격히 감소하였다. 유럽의 질병에 대한 면역력이 없었던 원주민들은 영국에서 온 이주자들에게 질병이 감염되어 사망하는 경우가 많았다. 정착민과 원주민 간의 갈등과 도입된 질병, 그리고 알코올로 인한 황폐화로 인해 정착 초기 100년 동안 원주민 인구가 약 300,000명에서 60,000명으로 감소했을 것으로 추정되고 있다.¹³⁾

원주민과의 토지소유권 관련 조약은 배트맨 조약(Batman's treaty)으로 불리는 것이 유일하다. 1788년 첫 수인함대가 시드니 해변에 도착한 이후 영국의 식민지(colony)가 시작되었고 영국인의 정착지는 급속히 확대되었다. 당시에는 반 디멘의 토지(Van Diemen's Land)로 불렸던 타즈메니아(Tasmania)에 정착하였던 존 배트맨(John Batman)이 현재의 멜버른 지역으로까지 정착지를 확대시켰다. 그는 영국의 이주민들이 멜버른에 정착하는 것을 주도하였던 인물이다. 1835년 우룬주리(Wurundjeri) 부족의 토지를 수취하기 위해 부족의 추장들을 만나 토지 매입을 위한 조약을 맺었다. 배트맨은 이불 20장, 손도끼 30개, 칼 100자루, 가위 50개, 거울 30개, 손수건 200개, 밀가루 100파운드, 셔츠 6개를 주는 대신 우룬주리 부족이 소유한 토지의 소유권 일체를 넘겨받는다라는 내용의 불공정 조약을 맺었다. 우룬주리 부족이 점유하였던 토지는 약 2,500km²에 이르며¹⁴⁾, 이는 서울 행정구역의 4배를 상회하는 면적이다. 당시 원주민은 토지소유권을 이전한다는 것이 어떤 것을 의미하는지 전혀 이해하지 못했을 것은 자명한 일이다. 이 불공정 조약은 당시 뉴사우스웨일즈 총독에게 승인을 받지 못하였고 무효로 선언되었으나, 배트맨 조약 사건

13) Australian Law Reform Commission, "Changing Policies Towards Aboriginal People", <<https://www.alrc.gov.au/publication/recognition-of-aboriginal-customary-laws-alrc-report-31/3-aboriginal-societies-the-experience-of-contact/changing-policies-towards-aboriginal-people/>>, 검색일: 2022.9.9.

14) Jackson. S/Johnson. L. C./Porter. L, *Planning in indigenous Australia: from imperial foundations to postcolonial futures*, New York and Oxon: Routledge, 2017, p. 112

이후 영국인의 뿔버른 정착은 급속히 확산되었다.

이후 우룬주리 부족을 포함한 원주민 부족들은 보호구역으로 강제 이주를 당하였다. 우룬주리 부족의 선조 때부터 유지해 왔던 전통과 관습은 토지와 긴밀한 관계에 있었으나 그들은 더 이상 그것을 유지할 수 없게 되었다. 보호구역으로 이주하였다 하더라도 유럽인들이 그 보호 구역을 도시용 목적으로 사용하고자 하는 경우 더 외곽지역으로 원주민들의 보호구역을 재차 옮기는 경우도 발생하였다.¹⁵⁾ Altman(2014)에 따르면 1788년 이전의 호주 전 지역은 원주민 소유였으나 1965년 원주민 소유의 토지는 하나도 남지 않게 되었다.¹⁶⁾

이러한 상황 속에 원주민들은 토지소유권을 회복하기 위한 노력을 기울였다. 윌리엄 바락을 중심으로 코란더크(Coranderrk) 보호구역에서 원주민의 토지소유권을 돌려달라고 요구하였던 청원운동이 대표적인 예이다.¹⁷⁾ 주 정부별로 점차 원주민의 토지권한을 인정하려는 제도적 기반을 마련하고 있던 중 ‘마보 판결(Mabo decision)’로 불리는 중요한 결정이 1992년 내려지게 된다.

IV. 1992년 마보(Mabo) 판결

1. 개요

토레스 해협의 머레이섬(Murray Island) 출신 에디 마보(Eddie Mabo)

15) *Ibid.*, p. 158.

16) Altman, J., “The political ecology and political economy of the Indigenous land titling ‘revolution’ in Australia”, *Maori Law Review, Indigenous Law Speaker Series*, Esoteric Publications, 2014, p. 3.

17) National Museum Australia, “Coranderrk”, <<https://www.nma.gov.au/defining-moments/resources/coranderrk>>, 검색일: 2022.8.22.

를 중심으로 하는 머레이섬 원주민들(Meriam으로 불림)은 자신들에게 토지소유권을 인정하지 않는 호주의 토지소유권 제도는 정당하지 않다고 주장하면서, 머레이섬의 토지소유권을 자신들에게 돌려달라는 취지의 토지소유권 회복 청구 소송을 호주연방대법원(The High Court)에 제기하였다. 그들은 머레이섬 내에서 자신들의 토지소유권이 소멸되지 않았으며, 그들의 전통과 관습이 과거로부터 현재까지 유지되고 있음을 증빙하는 자료를 제시하면서 토지소유권의 회복을 주장하였다. 1992년 6월 3일 대법원은 머레이섬 원주민들이 섬의 전통적 소유권을 갖고 있다고 판결하였다. 이는 마보 판결로 불리고 있는데, 이 판결이 원주민 토지소유권 회복에 미친 영향력은 지대하였다. 마보 판결은 원주민의 관습법(customary law)을 인정하는 결정이었다. 이 판결로 인해 원주민의 관습법에 기반하여 원주민들의 토지소유권이 인정되었다. 또한, 판결 다음 해에 「1993년 원주민 토지소유권법(The Native Title Act 1993)」이 제정되어 원주민들이 토지소유권을 요구할 수 있는 법적 기반이 마련되었다. 원주민들은 이 법에 기반하여 그들이 토지와 수자원(land and water)과 지속적으로 연계(connection)되어 있었음을 증명하며¹⁸⁾ 그들의 토지소유권을 확대해 나가고 있다.

2. 머레이섬의 호주 합병 연혁

마보 판결의 대상이 되는 머레이섬은 호주대륙과 파푸아뉴기니 섬 사이의 토레스해협에 위치해 있고 면적은 9km²에 이른다. 머레이섬 원주민은 유럽인과 접촉하기 전부터 섬에 거주하고 있었고, 그들의 인구 규모는 400명에서 1,000명 규모였던 것으로 추정되고 있다. 본 섬에서는 선교사, 정부관료 및 어부 등 소수의 외부인이 거주하였으나 이들은

18) 강·호수 등의 수자원은 토지와 같이 지리적으로 고정되어 있고 식량원을 제공하는 등 원주민의 생활방식을 유지하기 위한 필수적 요소로 인식되고 있다.

영구 이주민은 아니었다. 18세기 후반 기록물에 의하면 머레이섬 원주민 사회는 성문법이 아닌 전통에 따라 질서가 유지되었다. 19세기 초반에는 유럽인과의 간헐적 접촉이 있었고 1871년경 런던선교협회(London Missionary Society) 인원들이 머레이섬에 도착하였으며, 1877년 이들에 의해 런던선교협회의 토레스해협 지부 사무실이 머레이섬으로 옮겨졌다. 이후 1879년 8월 1일 머레이섬은 퀸즐랜드 주에 합병(annexation)되었다. 1882년 퀸즐랜드 주정부는 2에이커의 토지를 런던선교협회에 특별 임대 형태로 공급하였다.

1879년 머레이섬이 퀸즐랜드 주에 합병되었을 당시 머레이섬 주민들은 자신들의 토지가 퀸즐랜드 주에 합병된 것이 얼마나 중요한 것인지에 대해 인지하지 못하였다. 이후 마보 판결에서 주요 논점으로 다루어졌던 사항이 머레이섬의 모든 토지에 대한 법적 소유권 및 배타적 소유권이 합병과 함께 왕실로 이전되었는지에 관한 것이었는데 당시 원주민들은 이러한 상황을 파악하지 못하였다.¹⁹⁾

3. 마보 사건 1·2와 마보 판결

토레스 해협의 머레이섬 출신 에디 마보를 중심으로 머레이섬 원주민들은 현재의 토지소유권 제도는 정당하지 않고, 그들이 토지의 소유권자임을 인정받기 위해 소송을 제기하였다. 그들은 머레이섬 내 전통과 관습이 유지되었던 자료를 제출하며 토지소유권의 회복을 주장하였다. 마보 판결은 사건 1(No 1)과 사건 2(No 2)로 구성된다. 1982년 5월 20일 원주민들이 호주 대륙과 파푸아뉴기니 사이에 있는 토레스해협의 머레이섬에 대해 법적 소유권을 주장하자, 머레이섬이 위치한 퀸즐랜드 주의

19) 머레이섬의 퀸즐랜드주 합병으로 토지소유권이 원주민으로부터 퀸즐랜드주로 이전되었다면, 퀸즐랜드주는 머레이섬 주민이 토지물수에 대해 인식하지 못하는 사이에 그들의 토지를 취득한 것이 된다.

회는 「1985년 퀸즐랜드 연안도서법(The Queensland Coast Islands Act 1985)」을 제정하였다. 이 법은 “1879년 통치권 확보(claim of sovereignty) 이후 토레스 해협 섬에 거주하는 원주민들이 토지에 관해 보유하고 있던 권리는 보상 없이 박탈될 수 있다”고 규정하였다. 이에 원주민들은 연방 대법원에 이 법률이 「1975년 연방인종차별금지법(Commonwealth Racial Discrimination Act of 1975)」 제10조에 위배 되어 무효임을 밝혀달라는 취지의 소를 제기하였다. 이에 연방대법원은 다수 의견으로 원주민의 토지소유권(native title)을 제한하거나 박탈하려는 주 법률이 연방헌법 제109조를 위반하여 「1975년 연방인종차별금지법」에 배치된다고 판결하였다(마보 사건 1).²⁰⁾ 이후 머레이섬 주민을 대표하는 원고인 에디 마보, 데이빗 파시(David Passi), 제임스 라이스(James Rice)는 퀸즐랜드 주정부를 상대로 자신들의 토지를 돌려달라는 소송(마보 사건 2)을 제기하였다. 마보 사건 2에 따른 마보 판결의 공식 명칭은 「Mabo v Queensland (No 2) (“Mabo case”)[1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 (3 June 1992)」이다.²¹⁾

4. 마보 판결의 쟁점

마보 판결의 쟁점은 머레이섬이 퀸즐랜드 주에 합병됨과 함께 원주민 토지소유권이 소멸되었는지 또는 계속해서 존속하는지에 관한 것이었다. 피고인 퀸즐랜드주는 개척된 식민지(settled colony)의 영토가 왕실자 치령이 되면, 영국의 보통법이 식민지에도 적용될 수 있기에 왕실은 법적으로 식민지영토에 대한 완전용익소유권(full beneficial ownership of land)을 취득하였다고 주장하였다. 즉 일단 식민지가 왕실의 영지가

20) 김선희, 호주연방헌법상 기본권 보장: 연방주의를 통한 보호를 중심으로, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2020, 82쪽.

21) 전체 판결문은 호주 연방대법원 홈페이지에서 확인할 수 있다.

되면 해당 토지에 대한 권리는 왕실이 특정인에게 수여하지 않는 한 개인 소유가 될 수 없다고 주장하였다. 퀸즐랜드 주는 호주 토지에 대한 소유권은 영국인이 호주에 “정착하는 순간 자동적으로 왕실에 귀속된다.”는 *Attorney-General v. Brown* (6) (1847) 1 Legge 312 판례에 기반하여 이와 같이 주장하였다. 또한 호주 식민지에서 왕실의 배타적 토지소유권은 *New South Wales v. The Commonwealth* (“the Seas and Submerged Lands Case”)(12) [1975] HCA 58; (1975) 135 CLR 337 판례에서도 확인되었다. 이 판례에 따르면 “모든 식민지 토지는 왕실이 [이를 신민들에게] 수여하기 이전까지는 왕실에 귀속된다.”는 것이다.

5. 재판부의 심리 내용

마보 판결은 왕실이 1879년 머레이섬에 대한 통치권을 갖게 되었고, 영국인이 머레이섬에 정착한 당일 부로 보통법을 포함한 퀸즐랜드 주법이 머레이섬에 적용되었다는 전제에 대한 검토로부터 시작한다. 원고는 보통법에 의해 왕실이 머레이섬에 대한 왕실토지권한을 갖게 되었다는 점은 인정하지만, 왕실이 통치권을 갖게 되었을 때 토지에 대한 완전용익소유권까지 갖게 되었다는 점에 대해서는 이의를 제기하였다.²²⁾ 왕실 통치권이 머레이섬의 모든 토지에 대한 완전용익소유권을 취득하였다는 주장은 다음과 같은 논점에 기반하고 있다. 첫째 머레이섬에 대한 별도의 토지소유주가 없었기 때문에 왕실이 완전소유자라고 할 수 있다는 것이다. 즉 영국식민지가 형성되었을 때 봉건적 토지점유체계를 포함한 영국의 보통법이 적용되었다는 것이다. 왕실이 영국 내 모든 토지에 대한 일반적 소유권을 갖고 있었던 것과 같이 왕실이 호주 식민지 내의

22) 마보 판결에 다루고자 했던 것은 원주민 토지에 대해 호주정부의 통치권에 대한 이의를 제기하는 것이 아니라 토레스 해협 머레이섬에 대한 왕실의 완전용익토지소유권이 성립하는 것인가에 대한 것이었다.

모든 토지에 대한 소유자가 되었다고 보는 견해이다.²³⁾ 두 번째는 식민지 내 모든 토지는 국가의 세습재산(patrimony of the nation)이며 이러한 생각에 기반하여 왕실이 국가를 대신하여 세습재산의 소유권을 취득하였다는 관점이다. 세 번째는 앞서 언급된 판례(“Seas and Submerged Lands Case”)에 근거하여 모든 식민지 토지 소유권은 왕실이 수여하기 이전까지는 왕실에 귀속된다는 관점이다.

앞서 지적하였듯이 18~19세기 국제법은 한 나라의 영토에 대한 통치권은 정복(conquest), 할양(cession), 무주지 점령(occupation of territory)을 통해 확립된다고 인정하였다. 당시 유럽인들은 원주민들이 경작하지 않는 토지를 점유할 수 있는 권리가 있다고 믿고 있었다.²⁴⁾ 왕실은 확대된 테라 널리우스의 개념(enlarged notion of terra nullius) 하에 통치권을 정당화하였다.

그러나 머레이섬이 과연 테라 널리우스였다고 할 수 있을 것인가? 국제사법재판소는 1975년에 스페인에 의해 식민지화되었던 사하라 서부지역 또한 테라 널리우스가 아니었다고 만장일치로 판결한 사례가 있다(International Court of Justice in its Advisory Opinion on Western Sahara (62) (1975) ICJR). 국제사법재판소는 “사회적, 정치적 조직을 갖고 있는 부족이나 사람들이 거주하는 곳은 테라 널리우스가 아니다.”라고 판결하였다. 즉 국제사법재판소는 스페인 식민화가 시작되기 직전에 서사하라에 거주하던 부족들이 “사회적, 정치적으로 테라 널리우스의 특성을 배제할 수 있을 만큼” 충분히 조직되었다고 추론했고 이에 따라 테라 널리우스가 아니라고 판결했다.²⁵⁾ 이러한 관점에서 호주 원주민들의 상황을 검토해 볼 때 머레이섬은 테라 널리우스가 아니었다.

23) 하지만 이 주장은 원주민이 소유적 이익(proprietary interest)을 갖고 있었던 점을 부인하는 것이다.

24) 강병근, 앞의 논문 참조.

25) Levy. G. J, “CASE COMMENT: Advisory Opinion on the Western Sahara”, *Brooklyn Journal of International Law Vol.2 No.2*, Brooklyn Law School, 1976, p. 296.

1907년 퀸즐랜드 원주민 최고호민관(Chief Protector of Aboriginal)의 연차보고서에 따르면²⁶⁾ 원주민 부족의 통치구조는 ‘맘무스(mamoose)’로 불리는 원주민추장, 부족마을의 원로(elders) 및 마을 경찰로 구성되어 있었다. 추장의 역할 중 하나는 토지 및 토지 경계에 대한 분쟁을 처리하는 것이었다. 1898년 인류학 원정대가 머레이섬을 방문하였을 때 “퀸즐랜드는 섬의 법정에서 유지되고 있는 원주민 토지소유제도에 영향을 끼치지 않았다. 각 개인이 자신들의 토지에서 각자 편의에 따라 정원을 관리하였다”고 기록하고 있다.

한 부족 집단이 부족의 전통에 기반하여 관습을 지속하고 토지에 대한 전통적인 연계가 실질적으로 유지되었다면, 그 부족 집단의 전통적 공동체는 존재해 왔던 것으로 인정할 수 있다. 반면 대법원은 전통법 및 전통 관습이 소멸되었다면, 원주민토지소유권의 근간은 사라진 것이라고 판단하였다. 대법원은 전통적 원주민토지소유권이 소멸되면 왕실의 왕실 토지소유권이 완전용익소유권으로 확대되었다고 간주하였다. 왜냐하면 왕실 이외에 다른 소유자가 없기 때문이다. 왕실이 통치권을 갖게 되고 보통법이 해당 영토의 법이 되었을 경우, 그 통치권은 원주민토지소유권의 포기를 용인할 권한을 갖게 된다. 원주민토지소유권은 외부인에 의한 구매(purchase)에 의해 또는 자발적으로 포기될 수 있다. 이러한 경우 왕실의 토지소유권은 무제한(plenum dominium) 완전소유권으로 확장된다.

그런데 외부인은 머레이섬에 정착하는 것이 허락되지 않았으며, 1879년 퀸즐랜드와의 합병 이후에 머레이섬에 사는 외부인은 추방되었다. 따라서 원고는 머레이섬의 원주민들이 이 섬을 점령하는 배타적 권리를 갖고 있었을 뿐만 아니라 그들이 섬에 대한 소유적 권한을 갖고 있었다고 주장하였다. 원주민이 가지고 있는 토지소유권을 소멸시키기 위해서

26) Queensland, “Annual Report of the Chief Portector of Aborigines, for The Yearr 1907”, <https://aiatsis.gov.au/sites/default/files/catalogue_resources/63592.pdf>, 검색일: 2022.9.9.

는 그렇게 하려는 확실하고 분명한 의사를 반드시 밝혀야 한다. 그렇지 않을 경우 원주민토지소유권이 소멸되지 않는다. 영국 왕실은 1879년 머레이섬을 퀸즐랜드에 합병하였을 때 원주민들로 하여금 이 섬의 토지 소유권을 자신에게 양여하도록 요구하는 것과 같은 소유권 말소를 위한 행위를 하지 않았다. 오히려 1882년 원주민들의 사용을 보장하기 위해 머레이섬 내 토지의 거래를 보류하였고, 「1912년 토지법(The Land Act 1910)」 제180조에 근거하여 머레이섬을 원주민의 사용을 위한 영구 보호구역(reserve)으로 지정하였다. 또한 이 영구 보호구역을 관리하기 위해 신탁관리자(trustee)를 임명하였다. 그러므로 호주연방대법원은 이러한 보호구역의 지정과 이를 관리하기 위한 신탁관리자를 임명하는 행위를 통해서는 원주민토지소유권은 소멸되지 않았다고 인식하였다.

결국 영국인이 머레이섬에 정착하면서 식민지 토지에 대한 원주민의 권익은 급격히 소멸되었다고 하더라도, 원주민의 토지는 왕실에게 양여된 것이 아니었고 퀸즐랜드 주가 정복에 의한 약탈물로 취득하지도 않았으므로 원주민의 토지소유권은 존속한 것이었다. 그런데도 원주민은 보상 없이 그들의 토지가 제공하는 종교적, 문화적, 경제적 실체인 토지를 박탈당하였다. 토지소유권을 잃어버린다는 것은 원주민이 그들의 전통적 거주지에서 그들 자신이 침입자가 되는 것이나 다를 바가 없는 것을 뜻한다. 이것은 정의롭지 않으며 이러한 보통법이 현대 호주에 적용되어야 한다는 주장에 대해 반드시 이의가 제기되어야 한다고 대법원은 판단하였다. 이러한 보통법에 기반하여 구성된 기판력(既判力)이 현대적 가치에 위배된다면 이러한 기판력이 지속되고 적용되어야 하는지에 대한 의문이 남게 되기 때문이다.

6. 판결내용

위와 같은 고찰을 통해 다음과 같은 판결에 이른다.

- (1) 머레이섬의 토지는 「1962년 토지법(The Land Act 1962)」 제5조에
서 규정하는 왕실토지가 아니다.
- (2) 다우어(Dauer) 및 웨이어(Waier) 섬의 일부분과 호주선교협회의
신탁관리자에게 임대되었던 토지는 행정 목적으로 정당하게 전용
되었다. 이는 머레이섬 주민의 권한 및 특권 향유와 부합되지 않는
것이다. 이들을 제외하고 머레이섬 원주민들은 머레이섬의 토지
에 대해 소유(possession), 점유(occupation), 사용(use) 및 향유
(enjoyment) 할 수 있는 권한이 있다.
- (3) 머레이섬 원주민이 갖고 있는 소유권은 퀸즐랜드 의회의 권한,
퀸즐랜드의회 총독의 정당한 권한 활용에 의해 소멸될 수 있다.
이러한 권한의 활용은 호주의 법(laws of the Commonwealth)에 반
하지 않는다.

다만, 마보 판결을 담당한 7명의 대법관 중 한 명인 다우슨(Dawson) 판사는 동료 판사들의 다수 의견에 동의하지 않았다. 그는 1879년 머레이섬이 퀸즐랜드와 합병됨과 함께 모든 토지에 대한 소유권 또한 이전되었다고 보았다. 즉 머레이섬이 보호구역으로 지정된 것, 런던선교협회에 토지 임대가 이루어진 것 등 토지에 관한 모든 권한 행사가 퀸즐랜드 정부로부터 이루어진 것이라는 것이다. 이는 완전토지소유권이 퀸즐랜드 정부에 있었던 것을 의미하는 것으로 이해할 수 있기 때문에 다우슨(Dawson)은 원주민토지소유권의 존립을 부정하였다.

7. 판결의 의의

마보 판결은 원주민 토지소유권 회복의 신호탄이 된 역사적 판결로서 다음과 같은 의의가 있다.

첫째, 영국인이 호주에 정착할 당시 호주는 테라 널리우스가 아니었다는 점을 확인하였다는 것이다. 18세기 영국의 수인함대가 호주 시드니

커브(Sydney Cove)에 도착하였을 당시 이미 호주에는 사회적, 정치적 조직을 갖고 있는 부족이 존재하였고 부족 내 사람들이 토지를 점유하며 거주하고 있었다. 본 판결은 원주민들이 토지와 수자원의 소유에 따른 이익을 향유하고 있었다고 확인한 것이다. 이는 국제사법재판소의 1975년 서부사하라에 대한 소유권 관련 판례 등에서 영향을 받은 것임을 알 수 있다.

둘째, 영국 왕실이 식민지였던 호주의 토지에 대해 통치권을 보유함으로써 해당 토지에 대해 완전용익소유권을 행사할 수 있다는 논리는 오류라는 것이다. 영국의 토지법은 토지점유체계(doctrine of tenure)에 기반하고 있다. 영국에서 모든 토지는 직·간접적으로 최고권력자(Lord Paramount)인 국왕이 보유하고 있다. “점유(tenure)”라는 용어는 점유자(tenant)와 영주(lord) 사이의 관계를 의미하는 것이었지, 점유자와 토지와의 관계를 나타내기 위해 사용된 것은 아니었다. 한편 왕실이 영국 밖에서 영토를 취득하였을 때 그곳에서 영국의 점유체계가 토지법의 근간이 되어야 한다는 전제가 있었다. 이러한 생각이 호주에 적용된다면 왕실의 토지 수여를 통해 호주의 토지점유체계가 구성된다고 할 수 있다. 왕실토지소유권은 점유체계를 상정한 것이었고 이러한 점유체계의 적용은 통치권을 수반한 행위였다. 국왕이 영토에 대한 최고 법적 권한을 갖고 있으며 그러한 토지 및 토지에서 창출되는 권익을 국왕의 유익을 위해 보유할 것인지, 또는 신민(臣民)인 타인이 향유하도록 할 것인지에 대해 규정할 수 있는 권한을 갖고 있었다. 보통법은 왕실이 통치권을 갖고 있는 모든 영토에 대해 왕권토지소유권을 인정함으로써 통치권에 기반하여 왕실이 왕권 보유의 토지권익을 신민에게 수여하거나 왕실의 영지 소유를 가능하도록 하였다. 이러한 왕실토지소유권의 개념에 따라 왕실은 왕실에 의해 수여된 점유권(tenure)을 갖고 있는 최고권력자가 되도록 하였다. 일반적으로 왕실은 자신의 목적을 위해 요구되는 ‘양도되지 않은(unalienated land)’ 왕실소유토지의 완전용익소유자가 될 수

있었으나 원주민을 고려하지 않은 채로 왕실소유권이 당연하다고 인정할 수는 없다. 토지가 테라 널리우스가 아니라 이미 원주민에 의해 점유되어 있었고, 이들의 토지에 대한 권한 및 권익이 보통법에 의해 인정된다면, 왕실은 해당 토지에 대해 완전용역소유권을 보유한다고 볼 수 없기 때문이다. 토지점유체계는 왕실의 토지 수여에 관한 모든 경우 적용되나, 왕실 수여와 무관한 토지의 권한과 권익에는 적용할 수 없다. 따라서 왕실의 통치권 확립을 통해 원주민토지소유권이 소멸되었다는 생각은 통치권과 용역소유권을 동일시하는 오류(fallacy)에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 호주의 보통법은 왕실이 통치권을 갖게 되더라도 무조건적으로 그곳의 완전용역토지소유권을 습득하였다는 개념을 인정하지 않는다는 것을 알 수 있다.²⁷⁾

셋째, 마보 판결은 원주민의 토지소유권 회복에 중요한 역할을 하였음에도 본 판결을 통해 토지소유권제도를 전면적으로 개편한 것은 아니었다. 마보 판결을 통해 공언된 바대로 호주가 테라 널리우스가 아니었다고 선언하는 것은 영국인의 정착을 통해 왕실이 통치권을 확보했다는 것과 충돌된다는 것을 내포하는 것으로 이해될 수도 있다. 그러나 마보 판결이 호주 정부의 통치권을 소멸시킬 수는 없었다. 판결을 내리는 호주연방대법원 또한 호주 정부의 통치권에 속한 기구이기 때문이다. 마보 판결에서는 이러한 충돌을 피하기 위해 통치권과 토지소유권의 분리라는 개념을 사용하였다. 마보 판결은 영국에서 호주로 식민(植民)이 시작되었을 때 토지소유권은 원주민에게 있었으며 이후 수립된 호주 정부는 국제적으로 인정된 통치권에 기반하고 있다. 호주 정부는 원주민

27) 즉 왕실이 식민지에서 획득한 것은 왕실토지소유권과 토지에 대한 정치적 통치 권한이며 이 둘을 합친 것이 토지의 완전소유권과 동일시되지 않는다. 통치권의 변화는 개인의 소유권에 영향을 미치는 것을 뜻하지는 않으며 통치권의 변화 자체만으로 원주민토지소유권을 소멸시키지는 않는다. 이는 집단 소유이든, 단체의 소유이든, 개인 소유이든 원주민의 전통법(traditional law)에 의해 소유되고 있었던 토지 권익과 권한이 인정된다고 볼 수 있다.

이 토지의 완전용익소유권을 갖고 있었으나 이는 쉽게 말소(extinguish)될 수 있다고 간주하였다. 마보 판결에서는 원주민의 완전용익소유권이 말소되면 통치권이 있던 왕실이 토지소유권(radical title)을 갖게 되는 것으로 간주하였다. 그럴 경우 왕실이 통치권에 기반하여 토지소유권을 개인에게 양여할 수 있는 것이다.²⁸⁾ 특히 원주민이 토지 및 수자원에서 관습 및 전통을 유지하지 않는 경우 그들의 완전용익소유권이 소멸된 것으로 간주되므로, 도시화 및 도시개발 또한 원주민의 완전용익소유권을 소멸시키는 행위로 판단하였다. 따라서 마보 판결 이후 원주민의 토지소유권 회복절차 등에 관한 사항을 규정하기 위해 제정된 「1993년 원주민 토지소유권법」은 현재 개인이 소유하고 있는 영구토지소유권(freehold 또는 fee simple ownership)에 전혀 영향을 끼치지 않는다. 즉, 하나의 토지에 대해서 원주민 토지소유권과 영구토지소유권은 양립할 수 없다. 현재의 영구토지소유권은 이미 원주민의 완전용익소유권이 소멸되어 왕실소유권(radical title)이 주어졌으며 왕실소유권에 기반하여 개인에게 영구소유권이 양여되었다고 보기 때문이다.

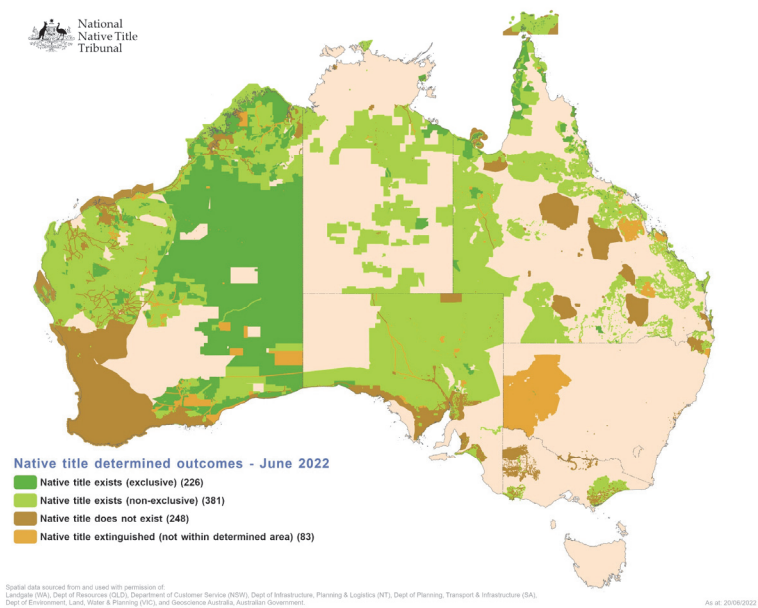
V. 원주민 토지소유권법(Native Title Act 1993)

1. 원주민 토지소유권 회복 청구 및 결정

마보 판결은 「1993년 원주민 토지소유권법」 제정으로 이어졌다. 이후 이 법에 근거하여 원주민의 토지소유권 회복 청구가 이루어졌다. 원주민이 토지소유권 회복을 청구하기 위해서는 자신의 토지와 수자원에 대한

28) Secher. U, "The meaning of radical title: The Pre-Mabo authorities explained (Series of two parts): Part 1", *Australian Property Law Journal Vol.11 No.3*, LexisNexis, 2005, pp.179-208.

연계가 중단되지 않고 지속되었다는 증빙자료를 수집하여 법원에 제출해야 하는데, 법원이 사실관계 확인을 통해 최종 결정을 하기까지 오랜 시간이 소요된다. 법 제정 이후 법원에 의해 2022년 9월 기준 총 568건의 원주민 토지소유권 회복 청구에 대해 결정이 내려졌다.²⁹⁾ 이 중 467건은 전체 또는 일부 지역에서 원주민 토지소유권을 인정받았으나, 101건에 대해서는 원주민 토지소유권이 부정되었다. 이러한 법원 판결에 따라 원주민이 소유한 토지의 면적은 점차 증가하고 있다. 2022년 원주민 토지소유권이 인정된 토지면적은 2,469,647km²(한반도 면적의 약 20.6배)에 이르렀으며 이는 호주 전체 면적의 42%를 차지하고 있다<그림 V-1>.



〈그림 V-1〉 원주민 토지소유권 확정(2022.6월 기준)

출처: National Native Title Tribunal, “Maps”, <<http://www.nntt.gov.au/assistance/Geospatial/Pages/Maps.aspx>>, 검색일: 2022.9.9.

29) National Native Title Tribunal, “Statistics”, <<http://www.nntt.gov.au/Pages/Statistics.aspx>>, 검색일: 2022.9.14.

특히 웨스턴오스트레일리아(Western Australia: WA) 주와 사우스오스트레일리아(South Australia: SA) 주에서 원주민 토지소유권이 회복된 토지가 광대하게 분포하는 반면, 호주 내 인구가 가장 많은 뉴사우스웨일즈주와 빅토리아 주에서는 상대적으로 적은 토지에 대해서만 원주민 토지소유권이 인정되었다.

원주민 토지소유권은 원주민들이 해당 토지에서 그들의 관습과 전통을 지속할 수 있음을 의미한다. 거주 목적의 구조물을 설치할 수 있으며, 숙영 및 의식 행사 등이 가능하다. 사냥, 낚시, 음식 채취 및 전통 자연자원 사용 또한 가능하다.

2. 주요 원주민 토지소유권 회복 청구 소송

「1993년 원주민 토지소유권법」 제정 이후 이를 구체화하려는 판결들이 뒤따랐는데, 그 중 다음 세 가지의 판결이 중요한 의미를 가지고 있다. 첫째, 윅(Wik) 부족은 목축 임대지(pastoral lease)로 사용 중인 토지를 대상으로 원주민 토지소유권 회복 청구 소송을 제기한 사례이다. 호주 정착 초기 호주 정부는 광활한 목축지를 목축업자들에게 소액의 임대료만 받고 장기임대(leasehold)를 허가하였다. 이를 통해 소유권이 정부에 있는 임대지에서 토지 임차인은 안정적으로 목축업을 유지할 수 있었다. 그런데 윅 부족은 이러한 목축임대지에 대해 자신들에게 토지소유권이 있음을 인정해달라고 요구한 것이다. 이에 대해 대법원은 목축 임대지에도 원주민 토지소유권이 인정된다고 판결하였다. 본 판결은 원주민 토지소유권이 영구소유권과는 공존할 수 없으나 목축 임대지와는 공존 가능하다는 것을 확인시켜 주었다. 그러나 이 판결은 호주 이해관계자들 사이에 첨예한 갈등을 불러 일으켰는데 1997년 당시 호주 토지의 약 42%가 목축 임대지였기 때문이다.³⁰⁾ 당시 호주 총리 존 하위

30) Stevenson, B, “The Wik Decision and After”, *Research Bulletin NO. 4/97*, Queensland

드(John Howard)조차 워 판결 때문에 광활한 목축지가 위협에 처했다고 인식하였다. 반면 원주민들은 목축 임대지로 민간에게 주어졌던 토지까지 원주민 소유권 회복 청구 소송을 할 수 있게 되는 계기가 마련되었다. 이러한 이해 갈등이 반영되어 최초 1993년 시작한 본 소송은 1996년에야 대법원의 판결로 마무리되었다.

둘째, 노던 테러토리 준주의 라라키아(Larrakia) 부족이 원주민 토지소유권 회복을 청구하였던 페조(Fejo) 판결사례이다(Fejo v Northern Territory[1998] HCA 58).³¹⁾ 라라키아 부족은 원래 자신들의 소유였던 토지가 과거 특정 시점에 특정 사인(私人)들에게 토지영구소유권이 주어졌다가, 다시 국공유지가 된 토지에 대해 원주민 토지소유권 회복을 청구하였다. 하지만 1998년 호주 연방대법원은 영구토지소유권이 부여되는 것은 원주민 토지소유권이 소멸되는 것을 의미하며, 한번 소멸된 토지소유권은 돌이킬 수 없고 영구적인 것이라고 판결하였다. 따라서 라라키아 부족의 토지소유권 회복 청구는 기각되었다.³²⁾

셋째, 1993년부터 2002년까지 최장기간 지속되었던 율타율타(Yorta Yorta) 원주민 토지소유권 청구 소송이다([2002] HCA 58). 1993년 빅토리아주의 율타율타 원주민 부족이 토지소유권 회복 청구소송을 제기하였으나 하급심에서 그들의 관습과 전통이 해당 토지 및 수자원에서 지속되지 않았다는 이유로 기각되었다. 율타율타 원주민은 이에 항소하였으나 2002년 호주 연방대법원은 원주민의 관습과 전통이 유지되고 있다는 사실을 뒷받침할 수 있는 증거가 불충분하다는 이유로 해당 청구를 기각하였다.³³⁾ 율타율타 판결은 원주민의 토지에서 자신들만의 고유한 관습

Parliamentary Library, 1997.

31) Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, "Case summary: Fejo v Northern Territory", 2005.

32) Devereux, A, "Native title: The Larrakia case", *Alternative Law Journal Vol.23 No.5 October*, Sage Publications, 1998, pp. 247-248.

33) Strelein, Lisa, "Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v. Victoria [2002]

과 전통이 중단될 경우 원주민의 토지소유권을 상실한 것으로 본다는 호주 연방대법원의 입장을 보여준다.

3. 원주민 토지사용계약(Indigenous Land Use Agreements)

「1993년 원주민 토지소유권법」은 원주민이 토지소유권을 보유하게 되었을 경우, 원주민의 토지를 사용하려는 자와 원주민 간의 토지사용 절차에 대해서도 규정하고 있다. 즉 양 당사자는 ‘원주민 토지사용 계약(Indigenous Land Use Agreement)’을 체결해야 하고, 이 계약사실을 원주민 토지소유 등기소(Native Title Registrar)에 등록해야 한다(「1993년 원주민 토지소유권법」 제98조). 원주민 토지사용 계약 절차의 세부사항은 「1999년 원주민 토지소유권법」에 의한 원주민 토지소유권(원주민 토지사용 계약서) 규정(Native Title(Indigenous Land Use Agreements) Regulations 1999) 및 「1999년 원주민 토지소유권 (규정된 관리기구) 규정(Native Title(Prescribed Bodies Corporate) Regulations 1999)」에 규정되어 있다. 원주민 토지사용 계약서의 교부는 당사자 간에 자발적으로 이루어지는 것이지만 법적 구속력은 갖고 있다. 계약서에는 토지관리, 미래 개발, 광물 채굴 행위, 토지에 대한 접근, 소유권의 이전 및 말소, 손실보상 등 다양한 원주민 토지소유권과 관련된 내용을 포함할 수 있다. 2022년 6월까지 원주민 토지소유 등기소에 총 1,412건의 원주민 토지사용계약서가 등록되었다.³⁴⁾ 호주에서는 권원등기제도(Torrens title)가

HCA 58 (12 DECEMBER 2002): Comment”, *Land, Rights, Laws: Issues of Native Title Vol.2 No.21*, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2003, pp. 1-7.

34) National Native Title Tribunal, “Statistics_Native Title Registers”, <<http://www.nntt.gov.au/Pages/Statistics.aspx>>, 검색일: 2022.9.16.

토지사용계약서는 다음과 같이 정부가 제공하는 법정서식을 활용해야 한다. Australian Government, “Indigenous Land Use Agreements”, <<https://data.gov.au/dataset/ds-dga-9e837144-8070-4983-8bf0-15e7ceb56ed7/details>>, 검색일: 2022.9.16.

시행되고 있다. 즉 토지소유권이 등기제도를 통해 확실히 보장되고 있는 상황에서 원주민토지사용계약은 토지이용에 대한 권한을 규정하여 가능 또는 불능 활동을 명확히 하고 있다.

정부 및 민간이 원주민 소유권이 있는 토지에서 산업활동 및 도시개발을 하려는 경우에도 계약의 체결이 요구되며, 정부가 공익목적으로 토지 관리를 하기 원하는 경우에도 원주민 토지소유주와 계약을 체결해야 한다. 예를 들어, 굼바잉기르(Gumbaynggirr) 원주민 부족은 2010년도에 그들의 토지 및 수자원 일부를 문화자원 관리 목적으로 뉴사우스웨일즈 정부에게 30년간 임대하는 토지이용계약을 체결하였다.³⁵⁾ 특히 웨스턴오스트레일리아 주와 같이 자연자원이 풍부한 토지의 경우 광물 채취를 하려는 광산 기업과 이를 허용하지 않으려는 원주민 사이에 갈등이 발생하는 경우가 많이 보고되고 있다.³⁶⁾ 원주민 토지소유권이 인정된 경우 광물 채취를 위해서는 법정양식에 따른 원주민 토지사용계약 체결이 있어야 가능하다. 하지만 경우에 따라서는 이러한 광물 채굴 행위에 대한 요구가 원주민들 사이에서 갈등의 요인으로 작용하기도 한다.³⁷⁾

35) “Gaagal Wanggaan National Park Nambucca Heads Local Aboriginal Land Council and Unkya Local Aboriginal Land Council Lease to the Minister for the Environment”라는 제목을 가진 이 계약서의 원문은 다음 사이트에서 열람해볼 수 있다. NSW Department of Planning and Environment, “Gaagal Wanggaan National Park Nambucca Heads Local Aboriginal Land Council and Unkya Local Aboriginal Land Council Lease to the Minister for the Environment”, <<https://www.environment.nsw.gov.au/-/media/OEH/Corporate-Site/Documents/Parks-reserves-and-protected-areas/Aboriginal-joint-management/gaagal-wanggaan-national-park-lease-back-agreement.pdf>>, 검색일: 2022.9.16.

36) Cleary, P, “Native title contestation in Western Australia’s Pilbara region”, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy Vol.3 No.3*, Queensland University of Technology, 2014, p. 146.

37) Burnside, S, “Outcomes for all?: Overlapping claims and intra-indigenous conflict under the native title act”, *Australian Indigenous Law Review Vol.16 No.1*, Indigenous Law Centre, Law School, University of New South Wales, 2012, p. 2.

VI. 결론

본 논문에서 호주의 원주민은 누구이며 그들의 토지에 대한 권한이 어떻게 변천해 왔는지를 살펴보았다. 특히 1992년 마보 판결을 기점으로 원주민토지소유권이 법제화되어 토지이용 결정에 중요한 요소로 자리 잡게 되었다. 즉, 지난 30년간 호주 전 국토의 42%가 원주민 소유로 전환되었고 원주민토지청구의 심사가 더 진척되면 더 넓은 토지가 원주민토지소유권으로 인정받게 될 것으로 예상된다. 이는 영국인들이 호주에 정착할 당시 테라 널리우스라는 개념을 사용한 것을 뒤집은 판결에 기반한 것이다. 특히 통치권을 확립시킴과 동시에 토지소유권까지 갖게 되었다는 기존의 인식을 수정하여 통치권은 수립하였으나 토지완전용익소유권은 원주민에게 남아 있었다는 개념이 적용된 것이다. 이러한 통치권과 토지소유권의 구분을 통해 달성된 원주민토지소유권은 원주민을 향한 억압적·차별적 행태에 비해 진일보된 것이라 할 수 있다. 그러함에도 현재의 원주민 지도자들은 더 급진적인 회복을 염원하고 있다. 예를 들어 원주민토지소유권(native title)은 원주민들이 자신들의 전통과 토지에 대한 연계를 증명해야 하는 어려움이 있다. 즉 현재 원주민들은 자신들의 혈통이 원주민 조상들의 혈통임을 증명해야 하고, 최근까지 전통과 관습이 중단 없이 유지되었던 것을 증명해야 하는 어려운 과정을 거쳐야 한다. 원주민들에게 증명을 요청하는 것 자체가 식민지적 사고라는 비난이 존재한다. 또한 원주민토지소유권의 토지에 대한 권리(land rights)가 일반적 토지소유권에 비해 약하다. 특정 종류의 원주민토지소유권은 타인의 토지 접근을 제한할 수 없는 비배타적 소유권인 경우도 있으며, 이미 개발된 지역은 원주민토지소유권이 소멸된 것으로 간주되기 때문에 현 도시지역에서 원주민토지소유권 회복 청구는 불가능하다.

유럽인들의 호주 정착은 200년도 넘는 일이지만 불공정한 방식으로 원주민들의 토지소유권이 왕실에 이전됨으로써 원주민들이 입은 피해

와 그로 인한 사회적 문제는 여전히 계속되고 있다. 마보 판결 이후 원주민 토지소유권법 제정을 통해 호주의 원주민이 토지소유권을 회복하는 것은 과거의 불공정하고 잘못된 토지제도를 바로잡는 것이지만 매우 많은 시간과 노력이 소요되는 지난한 과정임을 이해할 수 있다. 또한 마보 판결은 토지제도는 사회의 근간이 되며, 사회구성원의 생존과 번영을 위해 공정한 토지소유권 제도의 수립 및 시행이 얼마나 중요한지를 보여준다. 본 논문에서 다룬 호주의 원주민토지소유권 회복 과정은 호주의 특수 상황 및 정의에 대한 보편적 가치가 통합되어 나타난 결과라 할 수 있다. 비교법적 고찰은 각 국가의 특수한 제도적 환경에 대한 이해가 선행될 필요가 있다.

참고문헌

1. 단행본

- Debelle. B, “Aboriginal customary law and the common law”, In E. Johnston, M. Hinton, & D. Rigney (Eds.), *Indigenous Australians and the Law 2nd ed.*, London and New York: Routledge • Cavendish, 2008.
- Jackson. S/Johnson. L. C./Porter. L, *Planning in indigenous Australia: from imperial foundations to postcolonial futures*, New York and Oxon: Routledge, 2017.

2. 학술지

- 강병근, “영미법계 각국 법원의 무주지(terra nullius) 관련 판례법 원칙의 역사적 전개에 관한 일고찰”, 법학연구 제31권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2020, 41-80쪽.
- Altman. J, “The political ecology and political economy of the Indigenous land titling ‘revolution’ in Australia”, *Maori Law Review, Indigenous Law Speaker Series*, Esoteric Publications, 2014, pp. 1-17.
- Burnside. S, “Outcomes for all?: Overlapping claims and intra-indigenous conflict under the native title act”, *Australian Indigenous Law Review Vol.16 No.1*, Indigenous Law Centre, Law School, University of New South Wales, 2012, pp. 2-14.
- Cleary. P, “Native title contestation in Western Australia’s Pilbara region”, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy Vol.3 No.3*, Queensland University of Technology, 2014, pp. 132-148.

- Devereux. A, “Native title: The Larrakia case”, *Alternative Law Journal Vol.23 No.5 October*, Sage Publications, 1998, pp. 247-248.
- Lester. A. & Dussart. F, “Trajectories of Protection: Protectorates of Aborigines in Early Nineteenth Century Australia and Aotearoa New Zealand”, *New Zealand Geographer Vol.64 No.3*, Wiley, 2008, pp. 205-220.
- Levy. G. J, “CASE COMMENT: Advisory Opinion on the Western Sahara”, *Brooklyn Journal of International Law Vol.2 No.2*, Brooklyn Law School, 1976, pp. 289-307.
- Secher. U, “The meaning of radical title: The Pre-Mabo authorities explained (Series of two parts): Part 1”, *Australian Property Law Journal Vol.11 No.3*, LexisNexis, 2005, pp.179-208.
- Strelein. Lisa, “Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v. Victoria [2002] HCA 58 (12 DECEMBER 2002): Comment”, *Land, Rights, Laws: Issues of Native Title Vol.2 No.21*, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2003, pp. 1-7.

3. 보고서

- 김선희, 호주연방헌법상 기본권 보장: 연방주의를 통한 보호를 중심으로, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2020.
- Stevenson. B, “The Wik Decision and After”, *Research Bulletin NO. 4/97*, Queensland Parliamentary Library, 1997.

4. 웹자료

Australian Bureau of Statistics, “Australia: Aboriginal and Torres Strait Islander population summary”, 2022.7.1, <<https://www.abs.gov.au/articles/australia-aboriginal-and-torres-strait-islander-population-summary>>, 검색일: 2022.8.22.

Australian Bureau of Statistics, “Population: Census Information on sex and age”, 2022.6.28, <<https://www.abs.gov.au/statistics/people/population/population-census/latest-release>>, 검색일: 2022.8.22.

Australian Institute of Health and welfare, “Profile of Indigenous Australians”, <<https://www.aihw.gov.au/reports/australias-health/profile-of-indigenous-australians>>, 검색일: 2022.8.22.

Australian Law Reform Commission, “Changing Policies Towards Aboriginal People”, <<https://www.alrc.gov.au/publication/recognition-of-aboriginal-customary-laws-alrc-report-31/3-aboriginal-societies-the-experience-of-contact/changing-policies-towards-aboriginal-people/>>, 검색일: 2022.9.9.

Britannica, “Australian Aboriginal peoples”, <<https://www.britannica.com/topic/Australian-Aboriginal>>, 검색일: 2022.9.16.

National Geographic, Blakemore. E, “Aboriginal Australians”, 2019.2.1, <<https://www.nationalgeographic.com/culture/article/aboriginal-australians>>, 검색일: 2022.9.16.

National Museum Australia, “Coranderrk”, <<https://www.nma.gov.au/defining-moments/resources/coranderrk>>, 검색일: 2022.8.22.

National Native Title Tribunal, “Statistics_Native Title Registers”, <<http://www.nntt.gov.au/Pages/Statistics.aspx>>, 검색일: 2022.9.16.

National Native Title Tribunal, “Maps”, <<http://www.nntt.gov.au/assistance/>>

Geospatial/Pages/Maps.aspx>, 검색일: 2022.9.9.

Queensland, “Annual Report of the Chief Portector of Aborigines for The Year 1907”, <https://aiatsis.gov.au/sites/default/files/catalogue_resources/63592.pdf>, 검색일: 2022.9.9.

5. 판례

Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, “Case summary: Fejo v Northern Territory”, 2005.

[Abstract]

The Progress of Institutional Changes for Native Title in Australia

– A Review of the Mabo Decision –

Hyung Min Kim*

Kyoung Seok Jang**

Despite the long-lasting presence of Aboriginal Peoples, *terra nullius* (or land belonging to no one) was proclaimed to establish a colony when European settlers arrived in Australia. When they established sovereignty via settlements, many Aboriginal people experienced forced eviction and relocation to protectorates, reserves, and missions apart from their traditional land. They persistently requested land rights and there was a landmark legal case led by an Aboriginal person Eddie Mabo against the State of Queensland. In 1992, the High Court of Australia, based on common law, decided on the native title, hence it is called the Mabo decision. This paper introduces who Indigenous Australians are, and analyses key issues in the Mabo decision. Then, it outlines the Native Title Act 1993 enacted after the Mabo decision, and reviews the major follow-up cases about the native title. In the Mabo decision, the separation of land ownership from sovereignty was employed to enable the native title for traditional owners.

[Key Words] Native Title, Mabo decision, Australia, *terra nullius*, *doctrine of tenure*

* Lead Author: Senior Lecturer, The University of Melbourne, Australia,
hyungmin.kim@unimelb.edu.au

** Co-Author: Legislative Researcher, National Assembly Research Service, The Republic of Korea, jangsks@nars.go.kr