

하와이원주민 문제의 역사적 쟁점과 미 연방대법원의 관련 판결분석

안종철*

목 차

- I. 머리말
- II. 미국의 하와이 병합과 하와이문제
 - 1. 하와이의 역사와 미국의 하와이 병합
 - 2. 하와이 왕실 토지와 1920년 하와이 원주민 관련 법안
- III. 하와이 원주민 문제와 미국 연방대법원 판결
 - 1. 미국원주민으로서의 하와이원주민
 - 2. 공공토지 사용을 둘러싼 연방대법원의 판결분석
- IV. 결론

[국문요약]

이 글은 미국 영토 내에서 유일하게 왕국으로 존속했던 하와이에 대한 역사와 하와이원주민 문제에 대한 미국법원의 판결들을 분석한 것이다. 하와이는 1893년 미국인들에 의해 왕정이 폐지되고 1898년에 미국령이 되었는데 당시 하와이왕실이 가지고 있었던 토지는 하와이 왕국의 정부 토지와 함께 공공토지로 미국 정부로 넘어가게 되었다. 1920년 미 의회에서 하와이원주민들을 위한 토지대여법이 통과되고 이들에 대한 연방의회는 “신탁의무”가 규정되었지만 대상토지는 전체 공공토지의 1/10에도 미치지 못했다.

1959년 하와이가 미국의 한 주가 되면서 주정부가 공공토지에 대해 관리를 맡게 되었다. 이후 개정된 하와이 주 헌법(1978)은 하와이사무청을 설치해서 하와이원주민들의 복지를 담당하게 했다. 연방행정부가 통과시킨 다양한 법률에서도 하와이원주민들을 미국원주민으로 간주했지만 연방의회차원에서 공식적으로 그것을 인정한 것은 아니었다.

이 글이 다루는 두 개의 미연방대법원 판례(Rice v. Cayetano; Hawaii v. Office of Hawaiian Affairs)는 각각 2000, 2009년에 결정된 것이다. 전자는 하와이원주민에게만

* 역사학 및 법학박사(JD), Pozo Goldstein LLP, Intern & Associate; Jan7009@hotmail.com.

하와이사무청의 이사선출을 위한 투표권을 부여한 것을, 후자는 하와이원주민 문제가 해결될 때까지 공공토지의 불하를 제한하는 것을 연방대법원이 위헌이라고 판결한 것이다. 미연방대법원은 하와이원주민에 대해 매우 보수적인 접근을 하고 있는데 이에 대한 대응으로 미 의회를 통해서 하와이원주민을 미국원주민으로 인정하려는 움직임이 현재 진행 중이다. 연방대법원의 판결은 한국과 일본의 과거사 문제에도 시사점을 던져준다.

[주제어] 미연방대법원, 하와이, 하와이원주민, 미국원주민, 사과결의안(Apology Resolution), 하와이사무청(Office of Hawaiian Affairs), 하와이 왕국, 수정헌법 제14조, 수정헌법 제15조

I. 머리말

잘 알려져 있듯이 미국은 50개의 주(州, state)로 이루어진 연방제 국가이다. 특히 하와이가 1959년에 미국의 마지막 주로 합류함으로써 오늘날 우리가 알고 있는 미국 국기의 50개의 별이 그려지게 되었다. 하와이는 1903년부터 시작되어 1905년 일제의 강제 중단 조치 때까지 한인 약 7,000명 이상이 이주한 지역으로 식민지시기 내내 미주 내 한국 독립운동에서 매우 중요한 곳이었다. 당연히 한인 이민과 이에 따른 하와이의 한국독립운동에 학문적 관심이 집중되었다.¹⁾ 이에 반해 하와이가 미국 내에서 차지하는 위상이라든가 하와이문제가 어떻게 미국에서 다루어지는가는 한국만 아니라 미국에도 거의 알려져 있지 않다. 따라서 하와이에 대한 연구에서는 하와이인, 특히 원주민들의 입장이 거의 고려되지 않았다.

하와이는 태평양 한가운데 있는 작은 주에 불과하지만 미국 내 다른 주와 다른 독특한 점이 있다. 그것은 하와이가 왕정체제하에 있다가 1893년에 하와이

1) 하와이 이민에 대해서는 김원웅(손보기 역음), 『재미한인오십년사』(해안, 2004)(초판은 1959년 미국 Ready, CA 출간); Wayne K. Patterson, *Korean Frontier in America: Immigration to Hawaii, 1896~1910* (Pennsylvania, PA: University of Pennsylvania Press, 1977) 등을 참고. 하와이의 민족운동이나 한글 교육 등에 대한 연구는 연세대학교 국학연구원 편, 『미주 한인의 민족운동』(해안, 2003)에 실린 여러 논문들, 특히 이덕희, 『하와이의 한글언론, 1904~1970』과 안형주, 『이승만과 하와이 한인청년교육(1913~1923)』 등을 참고.

거주 미국인들의 쿠데타로 왕정이 붕괴되었고 5년 후인 1898년에 공식적으로 미국의 영토로 편입되었다는 사실이다.²⁾ 즉 하와이가 미국령에 편입된 후, 하와이원주민(Native Hawaiians)들을 포함한 하와이왕국의 ‘주민’들이 미국국적을 가지게 된 지역이다.³⁾

하와이 왕실이 19세기 중순부터 서구문물을 적극적으로 받아들이고 서구적 입헌군주제를 포함해서 ‘근대화’의 외형을 가지면서도 독자적인 전통문화와 공동체적인 토지사용의 관습을 가지고 있었으므로 병합 후 미국에 쉽게 동화되지 않았다. 병합 후 하와이원주민들은 미국 내에서 인디언이나 에스키모 등 미국원주민(Native American 혹은 American Indian)⁴⁾에 준하는 법적 지위를 갖지 못했고 토지사용으로부터 소외되면서 경제적으로 주변부화되었다.

미국의 하와이 병합이래 100년째 되는 해인 1993년, 당시 클린턴 행정부(1993~2001)가 공식적으로 하와이원주민들에게 사과를 하면서 그 후속조치를 위한 발판이 마련되었다.⁵⁾ 그러나 2000년대 들어서 부시 행정부(2001~2009)에서 진척이 없었을 뿐만 아니라 오히려 하와이원주민을 위한 프로그램이 진척

2) 가장 대표적인 연구로는 Ralph S. Kyukendall의 하와이 왕국에 대한 것들을 들 수 있다. *The Hawaiian Kingdom 1778~1854: Foundation and Transformation*. Vol. 1 (Honolulu: University of Hawai'i Press, 1938); *The Hawaiian Kingdom 1854~1874: Twenty Critical Years*. Vol. 2 (Honolulu: University of Hawai'i Press, 1953); *The Hawaiian Kingdom 1874~1893: The Kalakaua Dynasty*. Vol. 3 (Honolulu: University of Hawai'i Press, 1967).

3) 하와이 왕국의 전복에 대해서는 Jon M. Van Dyke, *Who Owns the Crown Lands of Hawai'i?* (Honolulu, HI: University of Hawai'i Press, 2008), ch. 16; Liliuokalani, *Hawaii's Story by Hawaii's Queen* (Honolulu, HI: Mutual Publishing, 1990)(원래는 1898년 출간) 참조. 릴리우오칼라니는 하와이왕국의 마지막 왕이었다.

4) 아메리카 인디언, 아메리카 원주민 등의 용어를 사용할 수도 있지만 여기서는 미국 내에 국한된 문제라는 관점에서 “미국원주민”으로 사용하려고 한다. 미국원주민 정치체와 미연방과의 관련은 미 의회의 권한에 속해있는데 “인디언상업조항(Indian Commerce Clause)”이 그것을 규정한다. U.S. Const. Art. 1, § 8, cl. 3: “[The Congress shall have Power] To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian tribes.” 미국원주민으로 규정되면 보호구역에서 독자적인 정치체를 구성할 수 있다는 것은 잘 알려져있다. 물론 미 의회가 미국원주민들을 위한 다양한 프로그램을 준비하면서 미국원주민들을 위한 다양한 정의를 사용하고 있다. Stephen L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes* (New York: Oxford University Press, 2012)(Fourth Edition), pp.17~18 참고.

5) Van Dyke, *supra* note 3, at 1.

되지 못했다. 2009년에 발족한 오바마 행정부도 다른 사안들 때문에 하와이 문제에 크게 관심을 쏟지 못하고 있는 실정이다.

1993년 클린턴 행정부의 선언 이후, 하와이가 1893년 이전 상태, 즉 하와이 왕국으로 돌아가는 것은 아니지만⁶⁾ 미국 내 하와이원주민들의 지위가 미국원주민에 준하는 것으로 향상될 가능성이 높다. 하와이원주민 정치체가 미연방정부와 새로운 조약을 체결하고 재정적 독립을 확보해서 자치제를 구성할 수 있을 것이다. 이 문제가 해결된다면 같은 시기 미국과 일본이 함께 참여한 19세기 말 20세기 초의 제국주의 경쟁에서 파생된 과거사에 대해 새로운 접근법이 만들어질 것이다.

이러한 점을 염두에 두고 이 글은 다음의 몇 가지에 초점을 맞추고자 한다. 첫째, 한국학계에 하와이 관련 글이 전무하다시피 한 현실에서 하와이의 병합에 대한 역사와 몇 가지 쟁점을 개괄하고자 한다. 두 번째, 하와이왕국의 왕실 토지 등 토지문제를 하와이 법원의 판결을 통해 그 성격을 확인하고자 한다. 셋째, 하와이원주민 문제에 대한 연방대법원의 판결을 통해서 미국 내에서 진행된 하와이원주민 문제의 처리현황을 보고자 한다. 이를 통해 향후 미국 내에서 하와이 문제의 처리방향을 예상하면서 이 문제가 일본의 한국 지배 문제에 대해 갖는 함의를 살펴보고자 한다.⁷⁾ 하와이왕국과 한국은 규모는 다르지만 동

6) 하와이주 내에는 한국의 식민지시기의 다양한 정치적 스펙트럼과 마찬가지로 독립운동, 자치론자, 동화론자 등이 있다. 대부분의 하와이원주민들은 자치론자에 가깝다고 할 수 있다. 독립을 주장하는 단체는 <http://www.hawaiiankingdom.org/index.shtml> (2013년 9월 6일 최종접속)을 참고

7) 1970년대 이후 하와이 원주민의 권리에 대해 다양한 방식의 문제제기가 1978년에 주 헌법에 반영되면서 원주민들의 토지에 대한 ‘관습’을 ‘관습법(custom)’으로 인정하게 되었다. *Hawaii State Constitution*, art. XII, § 1. “The State reaffirms and shall protect all rights, customarily and traditionally exercised for subsistence, cultural and religious purposes and possessed by ahupua‘a tenants who are descendants of native Hawaiians who inhabited the Hawaiian Islands prior to 1778, subject to the right of the State to regulate such rights.”(강조: 필자). 주 헌법의 이 구절은 하와이의 하위법에 다음과 같이 규정되어 있다. *Hawaii Revised Statute*, § 7-1, “Where the landlords have obtained, or may hereafter obtain, allodial titles to their lands, the people on each of their lands shall not be deprived of the right to take firewood, house-timber, aho cord, thatch, or ki leaf, from the land on which they live, for their own private use, but they shall not have a right to take such articles to sell for profit.”(강조: 필자). 하와이의 법적 문제와 ‘관습법’문제에 대한 간략한 고찰은 Melody K. Mackenzie, “Law and the Courts,” in Craig Howes & Jon Osorio eds, *The Value of Hawai‘i: Knowing the Past, Shaping*

일한 성격의 문제를 겪었으므로 하와이 문제는 한국의 과거사 문제에도 중요한 시사점을 던져준다.

II. 미국의 하와이 병합과 하와이문제

1. 하와이의 역사와 미국의 하와이 병합

하와이는 태평양 상에 있는 제도(諸島)로 구성된 지역으로 하와이(Hawai'i), 카우아이(Kauai), 마우이(Maui), 그리고 주의 수도 호놀룰루시가 있는 오아후(Oahu) 등 네 개의 큰 섬이 각각 카운티(County; 한국의 시나 군 성격의 행정단위)를 구성하고 있다. 이 외에도 사람이 사는 섬으로 니이하우(Niihau), 몰로카이(Molokai), 라나이(Lanai) 등을 들 수 있다. 인구는 약 140만 정도(2012년 7월 1일자 1,392,313명)이고 28,337제곱킬로미터의 면적을 가지고 있는데 이는 부산, 대구, 울산 등 광역시를 제외한 경상남북도에 버금가는 크기이다.⁸⁾

폴리네시아인들에 의해 이주가 시작된 후 대략 750년경에 하와이에 마지막 이주민들이 온 것으로 학자들은 본다. 1778년 제임스 쿡(James Cook)선장이 내항하기 전에 하와이는 몇 개의 부족단위로 나뉘어져 있었다. 18세기 말 인구는 약 30만 명 정도로 추정된다. 카메하메하(Kamehameha)대왕이 서양의 군사기술을 확보하면서 하와이는 1810년경에 통일이 되었다.⁹⁾ 그 후 카메하메하 직계 후손들이 1874년경까지 집권을 했고 이후부터 방계자손인 칼라카우아(Kalakaau, r. 1874~1889)와 릴리우오칼라니(Liliuokalani, r. 1889~1893)가 통치했다. 19세기에

the Future (Honolulu, HI: University of Hawaii Press, 2010), pp.85~92을 참고. 이 문제는 식민지를 겪으면서 토지나 삼림에 대한 ‘관습’을 인정하지 않게 된 한국의 경우에 향후 중요한 시사점을 던져주기 때문에 다른 글에서 상세히 논할 것이다.

8) 하와이에 대한 인구 정보는 <http://dbedt.hawaii.gov/census/population-estimate>을, 다른 정보는 하와이주 정부 공식사이트(<http://portal.hawaii.gov>) 등을 참고(2013년 5월 24일 최종 접속).

9) Larence H. Fuchs, *Hawaii Pono: An Ethnic and Political History* (Honolulu, HI: Bess Press, 1961)(1983 edition), pp.3~5.

는 국제사회에서 여러 국가들(미국, 영국, 프랑스, 일본 등)과 조약을 맺고 주권을 유지했던 왕정국가로 존재했다.

〈표 1〉 하와이왕조

번호	왕명(본명)	재위기간	권력구조 및 특이사항
1	Kamehameha I	1810~1819	절대군주제, 하와이통일(1810), 카푸(Kapu - 종교 및 사회제도)
2	Kamehameha II (ʻIolani Lihiliho)	1819~1824	절대군주제, 카푸제 혁파, 1820년 뉴잉글랜드 선교사도래
3	Kamehameha III (Kaukeaouli)	1825~1853(카이후마누 (Kaʻahumanu)의 대리통치, 1825~1832)	입헌군주제, 토지개혁(Mahalo - 사유제도)
4	Kamehameha IV (Alexander Liholiho)	1854~1863	왕권강화 시도
5	Kamehameha V (Lot Kapuāiwa)	1863~1872	카메하메하 4세의 형, 왕실토지 관련 주요 선례확립, 왕권강화
6	William C. Lunalilo	1872~1874	친미정책
7	David Kalakua	1874~1889	카메하메하의 방계혈족, 1887년 헌법 개정으로 왕권 약화
8	Liliuokalani	1889~1893	칼라카우이왕의 여동생, 1892년 헌법 개정 통해 왕권 강화시도

* 출전: Kyukendal, *supra* note 2; Van Dyke, *supra* note 3 등에서 재구성.

하와이의 주민들은 1819년까지 추장(ʻAliʻi)를 중심으로 평민(Makaainā)들을 지배하는 종교 및 생활공동체(kapu)를 구성하고 살았다. 1819년에는 왕실이 자체적으로 기독교로 개종하고 1920년부터 뉴잉글랜드 지역에서 온 기독교 선교사들을 환대했다.¹⁰⁾

하와이는 일찍부터 뉴잉글랜드지역의 선교사들을 포함한 다양한 사람들을 왕

10) 미국에서 하와이선교를 담당했던 사람들은 주로 동부의 청교도주의자들로, 회중교회(Congregational Church)를 중심으로 한 미국해외선교부(American Board of Commissioners for Foreign Missions) 소속이었다. Van Dyke, *supra* note 3, at 22~23. 하와이의 기독교 선교사들은 하와이왕정에 자문위원으로 일하기도 했는데 이들 중 2~3세는 1893년에 있었던 미국의 하와이 왕정 체제 전복 시 중요한 인물들로 활동했다. 대표적인 인물이 1893~1898년 하와이공화국의 대통령을 역임한 샌포드 도울(Sanford B. Dole)이다. 그의 부모는 1840년 경 메인(Maine)주를 떠나 하와이에 회중교회(Congregational Church) 선교사로 왔다. Fuchs, *supra* note 9, at 31.

실의 고문으로 받아들였고 1840년대에는 왕실이 주도적으로 입헌군주제를 선포했다. 그러나 태평양 한가운데 있다는 지리적 이점 때문에 영국, 프랑스, 미국, 일본 등이 하와이왕국을 자신들의 영향아래 두고자 하는 시도가 19세기 내내 끊이지 않았다.

최초의 헌법은 토지개혁을 이루었던 카메하메하 3세 집권시인 1840년에 제정되었는데 이후 왕실의 위상과 각의의 권한배분을 두고 헌법개정이 몇 차례 이루어졌다. 특히 하와이왕정의 내각에 참여한 선교사와 미국인 고문들, 그리고 미국과의 시장통합을 주장한 하와이의 사탕수수 생산업자들이 왕실의 권한을 약화시키려는 입장을 가지고 있었다.

〈표 2〉 하와이 헌법의 제정과 개정

번호	왕명(연도)	권력구조	헌법 특이사항
1	Kamehameha III (1840)	입헌군주제	헌법제정, 국왕을 포함한 6인의 대법원, 하원의원 선거
2	Kamehameha IV (1852)	입헌군주제	
3	Kamehameha V (1864)	입헌군주제	헌법개정으로 왕권강화
4	Kalakaia (1887)	내각책임제	헌법개정에 왕이 굴복
5	Liliuokalani (1892)	입헌군주제	헌법개정 통해 왕권 강화 실패
6	하와이공화국 (1894)	대통령제	
7	하와이 주(1959)	주지사, 상하원	헌법제정
8	하와이 주(1978)	주지사, 상하원	헌법개정

*비고: Kyukendal, *supra* note 2; Van Dyke, *supra* note 3 등에서 재구성

입헌군주제 실시와 더불어 매우 중요한 전통사회의 변화로 들 수 있는 것은 토지개혁(Mabele, 1848)이다. 이는 토지에 대한 소유권 확정을 목표로 한 것인데 당시 점증하는 제국주의국가 주민들의 하와이 토지매입에 대항하는 측면도 강했다.¹¹⁾ 원래 하와이왕국은 왕토사상에 입각, 새로운 왕(Mōi)이 들어서면 그는 모든 토지를 자신에게 귀속시켜서 하위의 부족장들에게 분배했다. 그러므로 전

11) Van Dyke, *supra* note 3, at 30~44; 구체적인 법안(“An Act Relating to the Crown, Government, and Fort Lands, June 7, 1848”)의 내용은 *Id.*, at 397~421.

통적인 하와이왕국의 토지이용은 당시 영미의 절대적이고 배타적인 소유권 행사와는 달랐다.¹²⁾

토지개혁의 핵심은 국왕이 왕실토지와 정부토지를 나누고 부족장들(Ali'i)과 일반인들에게 토지의 소유권을 갖게 하는 것이었다. 하지만 토지개혁에도 불구하고 전통적인 토지사용은 지속되었고 대부분의 토지는 왕실과 지배층이 차지했기 때문에 일반인들이 소유한 토지는 50,000에이커 정도에 불과했다.¹³⁾ 일반민들은 부족장들 아래에서 조선시대 한국의 소작인들이 갖는 권리인 영차권(永借權)과 비슷한 형태의 토지사용을 했던 것으로 볼 수 있다.

한편 왕실토지의 경우도 그것이 제도로서의 왕실 소속의 토지인지 재위한 왕의 사적 소유지인지가 명확하지 않았다. 이것에 관한 매우 중요한 조치는 1864년에 있었던 소송을 통해 확립되었다. 왕실토지에 관한 이 소송의 핵심은 카메하메하 4세(r.1854~1863)가 사망하자 그의 부인 엠마(Emma) 왕비가 왕실재산을 차지할 것인지 후임왕인 카메하메하 5세가 이것을 승계받을 것이냐가 핵심이었다.¹⁴⁾ 이는 1848년에 있었던 토지개혁이 왕실토지의 성격을 명확히 규정하지 않았기 때문에 생겼다.

엠마 왕비는 왕실재산은 왕의 개인재산이기 때문에 자신에게 상속자 몫으로 1/2, 그리고 남은 1/2 가운데서도 미망인의 몫으로 1/3, 즉 전체의 2/3를 상속받아야 한다고 주장했다. 이에 대해 카메하메하 5세 측은 토지는 왕실에 부속된 것이므로 다음 왕에게 계승되어야 한다고 했다.

하와이왕국 대법원의 판단은 두 당사자의 입장을 절충하는 입장이었다. 즉 1848년의 토지개혁 당시 카메하메하 3세의 원래 의도는 (1) 왕실토지는 “공공지나 정부토지로 간주될 위험”과 외국인들로부터 토지를 지켜서 [하와이왕국이]

12) 전근대시기 토지에 대해서는 지배자들에게는 토지 수조권(收租權)을 부여하고 경작자들에게는 경작권이 있었다고 이해할 수 있다. 후일 영미인들이 하와이에 오게 되었을 때 문화적 충돌이 일어나게 되었다. Van Dyke, *supra* note 3, at 17~18.

13) 이것을 왕실과 지배층의 욕심의 결과로 해석하기 보다는 당시 하와이 원주민들의 토지에 대한 공유개념이 반영되었기 때문이라고 보는 것이 보다 자연스러울 것이다.

14) *In the Matter of the Estate of His Majesty Kamehameha IV*, 2 Hawai'i 715 (1864).

완전한 통제를 하기 위한 것이고 (2) 이 토지들이 “자신의 후손과 승계자, 그리고 미래의 왕정 담지자들(descend to his heirs and successors, the future wearers of the crown)에게 내려가도록 하는 것”이라고 했다.¹⁵⁾

따라서 왕실토지에 대해 엠마 왕비는 상속자 몫을 받을 자격이 없다고 보았다. 하지만 미망인의 몫에 대해서는 자격이 있다고 판단했다.¹⁶⁾ 비록 이 판결은 양측의 상충하는 입장을 조율하면서 왕실의 안정적 재정을 확보한다는 정책적 견지에서 이루어졌지만 여기서 확립된 중요한 원칙 하나는 하와이 왕실토지가 비록 소유권은 왕실에 있지만 하와이 원주민 평민들을 위한 “신탁토지(Trust Land)”로 인식되었다는 점이다.¹⁷⁾

이때까지도 왕이 재직 시 토지를 마음대로 처분할 수 있었고 미망인 몫 부분도 왕실에 큰 부담이 되었고 향후 다른 왕들의 미망인 몫도 논란이 될 수 있었다. 따라서 의회와 엠마 왕비사이에 타협이 이루어져 엠마 왕비가 미망인 몫으로 일정 금액(\$6,000, 1882년에는 \$2,000을 추가)을 매년 지불받는 것으로 했다.¹⁸⁾ 이후 미망인 몫은 더 이상 문제가 되지 않았다.

국왕 재직 시 토지를 자의적으로 처리할 가능성을 봉쇄하기 위해 하와이왕국의 의회는 이듬해 1865년, 국왕이 재직 시 자의적으로 토지를 타인에게 양도할 수 없고, 대여만 가능하게 하고 그것도 30년 이상 지속할 수 없다고 못박았다.¹⁹⁾ 이러한 판례와 의회의 조치를 통해서 왕실토지는 결국 ‘제도’로서의 하와이 왕실에 귀속되었다. 그것은 당시 영미인들의 왕실토지에 대한 매입을 방어하는 효과도 있었다.²⁰⁾

15) *In the Matter of the Estate of His Majesty Kamehameha IV*, 2 Hawai'i 715, 725 (1864).

16) *Id.* at 726.

17) Van Dyke, *supra* note 3 at 87~88; 신탁(trust)은 신탁자(信託者)가 제3자인 수혜자(受惠者)를 위해 수탁자(受託資)에게 재산을 위탁하고 재산권을 관리·처분하게 하는 것을 말한다. 대한법률구조공단 법률용어사전 참고(<http://www.klac.or.kr/html/view.do?code=71>). 미국원주민에 대한 연방정부의 의무를 신탁의무로 규정한다. 이에 대해서는 Pevar, *supra* note 4, at 29~33.

18) Van Dyke, *supra* note 3, at 89~90 (citing “An Act to Make a Permanent Settlement on Her Majesty Queen Emma (December 3, 1864),” in *Session Laws*, 1846-74; *Laws of 1864~1865* at 71~72).

19) “An Act to Relieve the Royal Domain from Encumbrances and to Render the Same Inalienable (January 3, 1865),” in 1 *Session Laws of Hawai'i*, 69 (1851~1870) reprinted in Van Dyke, *supra* note 3, appendix 5.

서구인들의 토지침탈을 막으려는 하와이왕국의 노력에도 불구하고 하와이 왕국의 운명은 미국과의 관계에 달려있었다. 이는 지리적 요충지로서 하와이왕국의 위치와 미국시장에 의존적인 사탕수수 산업 때문이었다. 사탕수수업자들의 이익을 대변하는 영미인들이 막강한 영향력을 행사하는 하와이왕국의 내각은 1887년, 하와이의 전통문화를 살리고 민족주의적 정책을 실시하려는 칼라가 우아왕에게 왕권을 제약하는 헌법개정을 강요했다.²¹⁾

하와이 거주 서구인들은 하와이왕국을 미국의 영향권 하에 두고자 했으므로 이들이 주도한 쿠데타로 하와이 왕국은 결국 종말을 고했다.²²⁾ 이들은 1893년 1월 17일 미국 해병대를 불러들여 왕실과 정부건물 밖에서 무력시위를 감행하고 릴리우오칼라니 여왕을 압박, 그를 퇴위시키고 하와이공화국을 선포했다. 그러나 당시 미국 대통령에 막 취임한 그로버 클리블랜드 (Grover Cleveland; 재임 1885~1889, 1893~1897)는 미국인들이 주도한 하와이왕국의 전복에 동의하지 않았다. 그는 조사위원으로 제임스 블런트(James H. Blount)를 파견, 하와이에서 불법적인 쿠데타가 일어났다는 현실을 파악하게 되었다. 그러나 미국 연방상하원이 움직이지 않았으므로 불법점령의 상태를 원래의 하와이 왕정체제로 돌릴 수는 없었다.²³⁾

클리블랜드 행정부 후 윌리엄 맥킨리 (William McKinley; 재임 1897~1901)대통령은 취임직후에 영토팽창에 열정적이었던 해군차관보 테오도르 루즈벨트(Theodore Roosevelt) 등의 조언을 받아들여 하와이를 병합하려고 했다. 결국 1898년에 스페인과 미국이 전쟁에 돌입하자 미국 의회도 병합을 승인했다.²⁴⁾

2년 뒤인 1900년, 미국령 하와이(Territory of Hawai'i)의 정부조직법(Hawai'i

20) Van Dyke, *supra* note 3, at 92.

21) 이 헌법은 “무력으로 강제된 헌법(Bayonet Constitution)”으로 불렸다. *Id.*, at 177~190.

22) 이들 농장주들은 이민자들의 노동에 의존했기 때문에 하와이가 미국에 편입되는 것은 모순을 초래했다. 병합은 노동이민자들에 대한 제한이 이루어진다는 것을 의미했다. 그러므로 미국의 하와이병합을 보다 적극 지지했던 사람들은 주로 전문직 종사자인 영미인 거주자들이었다. Fuchs, *supra* note 9, at 24~29.

23) 블런트의 조사와 그의 보고서에 대해서는 Kyukendall, *supra* note 2 (Vol. 3), at 623~631 참고.

24) “Joint Resolution of Hawaiian Annexation of July 7, 1898,” 30 Stat. 750 (1898).

Organic Act)이 미 의회에서 통과되자, 하와이왕실과 정부의 토지는 통합되어 공공토지(Public Lands 혹은 Ceded Lands)로 그 소유권이 미 연방정부로 넘어갔다. 미연방정부는 하와이 공공토지의 관리를 미국령 하와이정부에 맡겼다.²⁵⁾ 미연방정부의 이러한 조치는 하와이공화국(1893~1898)이 만든 토지법안(“1895 Land Act”), 즉 왕실토지를 공공토지에 포함시킨 조치를 추진한 것이다.²⁶⁾ 결국 공공토지에 하와이 왕실 토지가 포함됨으로써 릴리우오칼라니 여왕의 법적 소유는 완전히 부정되었고 모든 왕실토지는 연방정부의 처분에 맡겨지게 되었다.²⁷⁾ 다행인 것은 미국령 하와이의 정부조직법에서 공공토지를 하와이주민들의 복리증진을 위한 “신탁(trust)”상태라는 것을 적시하고 있다.²⁸⁾

왕실토지와 정부토지의 면적은 서로 비슷했고 둘을 합한 공공토지의 면적은 대체로 1,720,000~1,800,000에이커로 하와이의 주요 8개 섬의 토지면적 4,112,000에이커 중 약 3/1이상에 해당되었다. 이들 토지 중 대부분은 기업이나 개인에게 차지(借地)로 대여되었다.²⁹⁾ 그러므로 서구적 의미의 배타적 소유권(fee simple)에 대한 개념이 약했던 하와이원주민들은 이후에 경작지(주로 왕실 및 정부토지)로부터 유리되어 주변 해변가로 밀려나게 되었다.

미국령 하와이는 1959년까지 존재했는데 사탕수수 농장주들을 중심으로 한 과두체제가 주요 지배체제였다. 이들 백인 농장주들(haole)은 하와이주의 중산층의 성장을 막았지만 오늘날에는 결국 일본인, 중국인, 한국인 등의 아시아인들이 주도하는 민주주의가 뿌리내리게 되었다.³⁰⁾ 이 과정에서 역설적으로 하와이왕국의 주민들이었던 하와이원주민들은 철저하게 소외되었다.

25) “Organic Act of April 30, 1900,” ch. 339, 31 Stat. 141 (1900), sec. 91; 이 법안의 특징에 대해서는 Van Dyke, *supra* note 3, at 214~215 참고.

26) Act 26, [1895] *Hawai'i Laws Spec. Sess.* 49~83; 이 법안에 대한 자세한 설명은 Van Dyke, *supra* note 3, at 188~199참고.

27) “Organic Act,” *supra* note 25, sec. 99.

28) *Id.*, sec. 73(4)(e).

29) Van Dyke, *supra* note 3, at. 216.

30) 하와이에서 전후 과두체제로부터 아시아계가 주도하는 민주주의 체제로의 발전 배경에 대해서는 Fuchs, *supra* note 9, 36~39, 56~67.

2. 하와이 왕실 토지와 1920년 하와이 원주민 관련 법안

미 연방정부가 하와이를 병합한 후인 1900년에 하와이공화국의 공공토지를 수용했기 때문에 정부토지와 구별되었던 왕실소유 토지를 과연 미국 연방정부 소유 땅으로 편입할 수 있는지 여부가 지속적으로 문제가 되었다.

특히 문제의 당사자였던 릴리우오칼라니 국왕은 지속적으로 이 사실을 하와이 법원에서 문제삼았다.³¹⁾ 국왕은 두 종류의 토지를 합치는 것은 “본질적으로 몰수”라고 주장했지만 법원은 이를 “사법부의 문제”가 아닌 정치적 문제이기 때문에 사법부가 판단할 수 없다고 못박았다.³²⁾ 왕실토지 문제는 미국령 하와이 내의 법원에서 문제가 해결되지 않았다.

국왕의 입장은 왕정폐지 당시부터 명확했다. 다음은 1898년 미국의 하와이 왕국 병합직전에 여왕이 자신의 회고록에서 언급한 내용이다.

지난 4년 이상을 이 사람들(필자: 하와이공화국의 지도자들)이 원래 최고 통치권자(필자: 여왕자신)가 가난한 사람들을 돌보기 위해 책정된 수입을 몰수해서 [자신들이] 거두었습니다. 이 토지의 재정은 정부 구좌에 포함된 적이 없습니다(원문 그대로). 그것들은 4백만 중 약 4분의 1에 해당하는 915,000에이커 정도 되며 매년 50,000달러의 수입을 냅니다. 또한 [하와이] 의회의 조치와 [하와이] 대법원의 판결에 따라 이 토지는 저 개인 것입니다. ... 저의 수입을 뺏고 그것을 자신들의 목적을 위해 돌리는 것에 만족하지 않고 이 정부는 자신들이 소유하고 있지도, 소유할 수도 없는 이 땅들을 미국 정부의 것으로 만들려고(cede) 하고 있습니다.³³⁾

즉 쿠데타세력들에 의해 불법적으로 왕정이 타도되었지만 왕실토지로부터 오는 수입은 여전히 자신의 소유이며 그것은 가난한 하와이원주민들을 위해

31) *Territory v. Kap'olani Estate*, 18 Hawai'i 640 (1908); *Territory v. Puahi*, 18 Hawai'i 649 (1908).

32) *Territory v. Kap'olani Estate*, 18 Hawai'i 640, 646 (1908).

33) *Liliuokalani*, *supra* note 3, at 260~261.

사용되어야 한다는 ‘신탁’개념을 언급했다.

하와이내에서 문제를 해결할 수 없었던 여왕은 왕실토지문제 때문에 1900~1909년 무려 5차례에 걸쳐서 미국 수도인 워싱턴으로 갔다. 1905년에 소송을 제기하면서 왕실토지의 액면가의 반에 해당하는 1천만 달러를 청구했다.³⁴⁾ 이 법원은 연방정부를 상대로 한 소송을 전담하는 연방청구법원(聯邦請求法院 혹은 聯邦國家賠償訴訟法院, Court of Claims)이었다. 한편으로 여왕은 1909년 신탁증서(trust deed)를 통해 하와이원주민들의 복지에 개인재산을 맡기는 조치를 취했다.³⁵⁾ 하지만 연방청구법원은 1910년에 내려진 판결에서 다음과 같이 판시했다.³⁶⁾

왕실토지는 적어도 부분적으로 왕실과 긴밀히 연결된 왕실의 존엄을 유지하기 위한 주요한 수입원이었다. [왕정]제도가 존재하지 않을 때, 그들은 주권체의 다른 토지가 되어서 공유지(public domain)의 한 형태로 피고[미국]로 넘어가게 되었다.³⁷⁾

재판부는 결국 당시 토지문제를 개인의 배타적 소유권 대 공공토지(정부)라는 서구인들의 이분법으로 이해하고 있었음을 보여준다. 그리고 하와이 왕실이 견지했던 하와이원주민들에 대한 신탁(trust) 개념을 완전히 결여하고 있었다.³⁸⁾ 후일 릴리우오칼라니 여왕은 미국 정부로부터 1912년부터 연금으로 겨우 12,000달러를 받게 되었다.³⁹⁾ 하와이원주민들에 대한 일정한 보상 없이 배타적 소유권이라는 개념 대 공공토지라는 이분법적 사고를 하와이 토지문제에 대입한 결과는 대다수 하와이원주민들의 몰락이었다.⁴⁰⁾

34) 릴리우오칼라니 여왕의 왕실토지를 둘러싼 활동에 대해서는 Van Dyke, *supra* note 3, at 227~229참고.

35) 자세한 내용은 Jon M. Van Dyke, *supra* note 3, 336~342.

36) *Lilikalani v. United States*, 45 Ct. Cl. 418, 1909 WL 905 (Ct. Cl. 1910).

37) *Id.* at 428.

38) Van Dyke, *supra* note 3, at 234~235. 이 점은 결국 현재 왕실 토지 문제를 해결하기 위해서 하와이의 ‘관습법’을 어떻게 볼 것인가와 관련이 있다.

39) *Id.* at 236.

40) 일제의 대한제국의 황실에 대한 토지 침략은 다양한 형태의 전통적 권리를 말살함으로써 식민지시기에 엄청난 해외로의 인구유출의 원인이 되었다는 점은 하와이문제와 한국의 식

하와이원주민들의 삶의 질이 저하되면서 미국에서는 원주민들의 처우에 대한 동정이 일어나게 되었다. 그 결과 1920년에 하와이 원주민들을 위한 연방정부 차원의 법안이 성안되었는데 하와이홈스테드법(The Hawaiian Homes Commission Act, HHCA)(1921년 7월 9일)이 그것이다. 이 법은 하와이원주민들의 삶의 처지가 악화되자 옛 왕실 토지와 정부 토지 중 일부인 약 203,500에이커를 하와이 원주민에게 99년간 주거 및 토지사용을 위해 대여하는 것을 골자로 했다.⁴¹⁾ 이는 공공토지 전체의 1/9에 불과한 것이었다.

여기서 쟁점이 된 것 중 하나는 혜택을 입을 수혜자인 하와이원주민(Native Hawaiian)을 어떻게 정의하는 가였다. 당시 의회에 온 하와이의 대표단은 하와이혈통의 1/32를 주장했으나 결국 연방의회는 50%로 확정했기에 이 법에 적용되는 사람들의 숫자가 극소수에 그치게 되었다.⁴²⁾ 또한 사탕수수 업자들의 강력한 로비로 법안에서 공공토지 안에 있는 사탕수수생산지는 적용대상에서 제외되었다.⁴³⁾ 그러나 이 법안으로부터 다시 확인한 것은 하와이 왕실토지는 하와이원주민들을 위한 “신탁”대상이라는 것이다. 그것은 당시 검토되었던 보고서와 청문회 등에서도 수차례 거론되었다.⁴⁴⁾ 하와이원주민법안은 하와이가 1959년에 미국의 한 주가 되었을 때 하와이원주민토지법(Hawaiian Home Lands Program)으로 연결되었고 하와이주 주헌법에도 그 정신이 반영되었다.⁴⁵⁾

이후 1960~70년대 하와이에서 하와이원주민들의 역사와 권리에 대한 인식이 높아지자 하와이원주민들의 권리를 향상시키기 위해 헌법을 개정해야 한다

민지 문제의 유사한 면을 보여준다.

41) 이 법안은 하와이의 대표단이 미 의회를 통해서 적극 교섭했지만 정치적 역학관계 때문에 원래보다 축소된 형태로 이루어졌다. “Hawaiian Homes Commission Act, 1920,” 67 Pub. L. 34, 42 Stat. 108 (1921)(이하 HHCA). 이 법안의 통과과정에 대한 자세한 논의는 Van Dyke, *supra* note 3, ch. 22 참고.

42) HHCA, § 201(7), 최근의 수정으로 25%가 되었다. *Id.*, §209(a).

43) *Id.*, § 203.

44) Van Dyke, *supra* note 3, at 253.

45) “Hawaii Statehood Admission Act,” 86 Pub. L. 3, 73 Stat. 4 (1959), 특히 § 5(f)에서 하와이주로 넘어가는 당시 정부와 왕실토지의 수입은 하와이 원주민들의 복지를 위해 사용된다고 규정했다; *Hawaii State Constitution*, art. XII, § 1.

는 여론이 높았다.⁴⁶⁾ 따라서 1978년에 헌법이 개정되었는데 이 개정헌법의 특징은 대폭적으로 하와이원주민들을 보호하는 법안들이 포함되었다는 것이다. 특히 하와이어를 영어와 함께 하와이의 공식언어로 지정하고⁴⁷⁾ 하와이사무청(Office of Hawaiian Affairs)을 신설, 공공토지로부터 나오는 수입 20%를 하와이원주민들의 복지향상에 사용하도록 규정했다.⁴⁸⁾ 또한 하와이 홈스테드 법안(HHCA)을 실행하는 부서(Department of Hawaiian Home Lands, DHHL)의 활동 등을 구체적으로 확정했다.⁴⁹⁾ 이로써 하와이원주민 문제를 전담하는 부서가 하와이 주 정부 하에 설치된 것이다. 이는 주 정부기구와 별개로 미국원주민 자치체제가 형성되어 있는 다른 주들과의 차이점이다. 그 점은 결국 연방대법원에 올라가게 된 사건에서 논란이 되는 지점이 되었다.

Ⅲ. 하와이 원주민 문제와 미국 연방대법원 판결

1. 미국원주민으로서의 하와이원주민

1) 확대되는 원주민들의 권리와 미 의회의 “사과결의안”

1978년 하와이주 헌법이 하와이사무청을 통해 적극적으로 하와이원주민들의

46) 하와이주 대법원이 하와이원주민들의 권리향상을 위해 힘쓰게 된 것은 당시 대법원장이었던 윌리엄 리처드슨(William S. Richardson, 1966~1982재임)의 공로가 크다. 그가 있을 때 하와이왕국의 ‘관습’을 살리는 판결이 많이 있었다. 대표적인 판례로 다음을 들 수 있다. *In re Application of Ashford*, 50 Hawai'i 314, 440 P.2d 76 (1968); *McBryde Sugar Co. v. Robinson*, 54 Hawai'i 174, 504 P.2d 1330 (1973) *affirmed on rehearing*, 55 Hawai'i 260, 517 P.2d 26 (1973); *State v. Zimring*, 58 Hawai'i 106, 566 P.2d 725 (1977); *Robinson v. Ariyoshi*, 65 Hawai'i 641, 568 P.2d 287 (1982); and *Kalipi v. Hawaiian Trust Co., Ltd.*, 66 Hawai'i 1, 656 P.2d 745 (1982).

47) *Hawaii State Constitution*, art. XV, § 4.

48) *Hawaii State Constitution*, art. XII, § 5. 한편 1978년 헌법개정에 관해서는 Van Dyke, *supra* note 3, at 259~264을 참고. 반 다이크 교수는 이 헌법개정위원회에 위원으로 참여했다.

49) *Hawaii State Constitution*, art. XII, § 1.

복지향상에 노력했기 때문에 1980~1990년대는 하와이 원주민들을 위한 프로그램이 차차 순조롭게 확대되었다. 예를 들면 한 하와이원주민이 주 정부 내 홈스테드 관련 부서(DHHL)가 원래 규정된 10에이커가 아닌 6.5에이커만 대여했다고 소송을 한 사건에서, 주 대법원은 하와이홈스테드 법을 충실히 집행하기 위해 관련부서가 경제적 고려를 위해 자의적으로 법을 해석하지 말고 10에이커를 하와이원주민에게 대여할 것을 명했다.⁵⁰⁾ 그리고 주정부가 가진 의무는 다른 아메리칸 인디언, 에스키모, 알래스카 원주민 등 미국 원주민들에 준하는 “신탁”의무를 진다고 주장했다.⁵¹⁾ 또한 수혜자의 재산보호에 필요한 기준은 자의적인 기준이 아니라 “합리적이고 신중한 사람의 기준(reasonable prudent person standard)”이라고 판시했다.⁵²⁾

하와이원주민들에 대한 조처는 지속적으로 확대되어 연방 상하원 합동의 미 의회 “사과결의안(Congress Apology Resolution, 1993)”으로 실현되었다.⁵³⁾ 이 사과결의안은 상하원을 통과한 후 1993년 11월 23일, 클린턴(William Clinton) 대통령이 서명함으로써 역사적인 선언이 되었다.⁵⁴⁾ 비록 이 결의안이 “미합중국을 상대로 한 어떤 종류의 청구권의 해결로 기능하는 것”이 아니라고 못을 박았지만⁵⁵⁾ 향후에 하와이문제 처리 방향을 암시한다.

사과결의안의 핵심은 미국의 하와이병합 100주년을 맞아하여 1893년 1월 17일 하와이 왕국의 “불법적인 전복(illegal overthrow)”⁵⁶⁾을 미 의회가 인정하고 향후 미국 정부와 하와이원주민간의 “화해의 노력을 [대통령이] 지원”할 것을 촉구한 것이다.⁵⁷⁾ 흥미로운 것은 당시인 19세기 말의 국제법적인 관점에서도 그

50) *Abuma v. Department of Hawaiian Home Lands*, 64 Haw. 327, 640 P.2d 1161 (1982).

51) *Id.* at 1168~1169.

52) *Id.* at 1169.

53) “Joint Resolution to Acknowledge the 100th Anniversary of the January 17, 1893 Overthrow of the Kingdom of Hawaii,” Pub. L. No. 103~150, 107 Stat. 1510 (1993)(이후에 “Apology Resolution”). 이 사과결의안은 Van Dyke, *supra* note 3, at 450~454, Appendix 9에도 실려있다.

54) Van Dyke, *supra* note 3 at 206, n. 91.

55) Apology Resolution, *supra* note 53, Section 3.

56) *Id.* Section 1(1).

57) *Id.* Section 1(4).

것은 “불법적”인 것이라고 본 것이다.⁵⁸⁾ 그리고 하와이공화국이 1898년 “하와이 주권정부와 원주민들의 동의나 이들에 대한 보상도 없이 180만 에이커의 하와이 왕국의 왕실, 정부, 공공토지를 [미국에] 양도”했다고 보았다.⁵⁹⁾

이 결의안에 기초, 미연방행정부의 내무부(Department of Interior) 및 법무부(Department of Justice)는 합동으로 2000년에 보고서를 발간, 향후 취해질 조치를 발표했다.⁶⁰⁾ 그 중의 핵심적인 내용은 다음과 같다.

본 보고서는 정의와 형평(equity)의 관점에서 하와이 원주민들이 자신들의 문제에서 연방법의 체계 내에서 다른 미국원주민들(Native American tribes)이 갖는 것과 같은 자기결정권을 가져야 한다고 제안하는 바이다.....우리는 의회가 하와이원주민들의 정치적 위상을 명확히 하고 하와이원주민의 대의기구와 정부 대 정부의 관계를 인정하는 체계를 만들 법안을 고안해야 한다고 믿는다.⁶¹⁾

하와이원주민을 미국 “원주민(Indigenous people)”으로 인정하고 미국이 이들에 대한 “신탁의무(trust responsibilities)”를 인정하는 것이었다.⁶²⁾ 그러므로 2000년대에 미의회는 하와이원주민을 미국원주민으로 인정하는 법안을 통과시키는 것이 요구되었다. 하지만 2000년대에 들어서면서 하와이원주민 문제는 미연방대법원의 판결로 주춤하게 되었다.

58) 당시 미국의 하와이 왕정 타도는 당시 국제법상 논란이 있지만 불법행위였다는 점에 대해서는 존 M. 반 다이크, 『일본의 한국병합과 미국의 하와이병합에 관한 비교 검토』, 『한국병합과 현대 - 역사적 국제법적 재검토』(태학사, 2009), 552~559쪽 참고.

59) Apology Resolution, *supra* note 53.

60) 보고서 발간이 늦어진 것은 1994년에 있었던 중간선거에서 공화당의 압도적 승리 뒤 이은 클린턴 행정부의 취약성도 일조했을 것이다. 클린턴 행정부(1993~2001) 마지막 해의 가을에 이 보고서가 나왔다는 사실은 하와이 문제를 사실상 다음 정부로 넘기는 것을 의미한다. 그리고 다음 정부가 보수적인 공화당 부시 정부(2001~2009)였다는 사실은 향후 하와이 문제의 진행방향을 암시한다.

61) U.S. Dep. of the Interior and U.S. Dept. of Justice, *From Mauka to Makai: The River of Just Must Flow Freely*, 4, 17 (Report on the Reconciliation Process between the Federal Government and Native Hawaiians, October 23, 2000), recited in Van Dyke, *supra* note 3, at 268~269.

62) Van Dyke, *supra* note 3 at 267~268.

2) 하와이원주민 문제에 대한 연방대법원의 판결

앞서 보았듯이 하와이원주민 문제에 대한 새로운 인식은 입법부와 행정부 차원에서 상당한 진전이 있었다. 그러나 연방대법원은 하와이원주민관련 판결에서 미연방헌법의 수정헌법 조항들을 적용, 하와이주의 행정부에 불리한 결정들을 내렸다.

하와이 원주민 복지를 위해 설립된 하와이사무청(Office of Hawaiian Affairs : OHA)과 관련된 2000년의 연방대법원 판결은 가장 대표적인 것이다(*Rice v. Cayetano*).⁶³⁾ 이 사건은 하와이주 행정부의 산하기구인 하와이사무청의 이사를 선출하는 투표권 행사자의 자격요건이 핵심쟁점이었다. 하지만 보다 근본적으로는 하와이원주민을 위한 주차원의 프로그램에 대한 하와이의 비원주민 거주민들의 불만이 반영된 것이다. 하와이주 헌법은 이 기구의 이사선출에 필요한 투표권을 “하와이인(Hawaiian)” 혹은 “하와이원주민(native Hawaiian)”에게만 제한하고 있었다.⁶⁴⁾

해롤드 라이스(Harold F. Rice)는 하와이에 몇 세대에 걸쳐 거주한 가문의 구성원이지만 하와이원주민은 아니었다. 그가 하와이사무청의 이사 선거를 위한 투표권을 신청하자 주정부는 헌법조항에 따라 이를 거부했다. 라이스는 연방지방법원(Federal District Court)에 하와이 주지사를 상대로 하와이주 헌법 12조 5항에 대한 위헌소송을 제기하면서 수정헌법 제14조(equal protection, 평등조항)와 제15조(선거권)를 근거로 자신에 대한 선거권 제한이 위헌이라고 주장했다.⁶⁵⁾

63) *Rice v. Cayetano*, 528 U.S. 495, 120 S.Ct. 1044, 145 L.Ed.2d 1007 (2000).

64) How. Const. Art. 12, § 5: There is hereby established an Office of Hawaiian Affairs. The Office of Hawaiian Affairs shall hold title to all the real and personal property now or hereafter set aside or conveyed to it which shall be held in trust for native Hawaiians and Hawaiians. There shall be a board of trustees for the Office of Hawaiian Affairs elected by qualified voters who are Hawaiians, as provided by law. The board members shall be Hawaiians. There shall be not less than nine members of the board of trustees; provided that each of the following Islands have one representative: Oahu, Kauai, Maui, Molokai and Hawaii. The board shall select a chairperson from its members. [Add Const Con 1978 and election Nov 7, 1978].(강조: 필자).

65) 수정헌법 제 14조의 내용은 다음과 같다. “Section 1. All persons born or naturalized in the United

연방지법은 원고 측의 주장을 받아들이지 않았다. 그 근거로 연방정부의 하와이원주민에 대한 보호의무(guardianship)는 미국 원주민(Indians)에 대한 의무와 동일한 성격의 것이라고 보았다.⁶⁶⁾ 이를 근거로 하와이사무청 이사에 대한 선거권 제한은 연방정부의 하와이원주민에 대한 책임과 “합리적으로 연관(rationally related)”된다고 판시했다.⁶⁷⁾ 원고 측은 사건을 연방항소법원(Ninth Circuit)에 다시 제소했는데 연방항소법원도 연방지법의 논리를 그대로 받아들였다.⁶⁸⁾

가장 중요한 근거는 미 연방 의회가 가진 미국원주민(American Indians)과 관련된 미국원주민관련 조항이었다.⁶⁹⁾ 미 연방 대법원은 판례로서 미국원주민의 사무와 관련된 원주민부족의 정치체에 의한 자치를 광범위하게 허용하고 있다.⁷⁰⁾ 만약 하와이원주민이 미국원주민의 하나로 규정되면 그들에 대한 우호적인 조치들은 “인종적”인 것이 아니라 “정치적”인 것으로 간주되어 위헌심사로 부터 자유로울 수 있었다.⁷¹⁾ 결국 하와이원주민을 미국원주민의 일원으로 인정할 것인가가 가장 중요한 논쟁점이었다. 연방지법과 연방항소법원은 하와이원주민을 미국원주민으로 인정했다.

States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”(강조: 필자); 수정헌법 제15조의 내용은 다음과 같다. “Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude; Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.”(강조: 필자).

66) *Rice v. Cayetano*, 963 F.Supp. 1547, 1551~1554 (D.Haw. 1997).

67) *Id.*, at 1554~1555.

68) *Rice v. Cayetano*, 146 F.3d 1075 (C.A.9 1998).

69) U.S. Const. Art. 1, § 8, cl. 3.

70) *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 94 S.Ct. 2474, 41 L.Ed. 2d 290 (1974)(미원주민 사무국(Bureau of Indian Affairs)의 원주민우대의 고용정책은 인디언 자치정부를 촉진하기 위한 돕기 위한 “합리적이고 이성적인(reasonable and rationally)”조치이다. 그러나 미국원주민과 주정부와의 관계는 최근 여러 판례를 통해 훨씬 더 복잡한 양상을 띠는데 여기서는 논외로 한다.

71) *Id.*, at 417 U.S. at 553, 94 S.Ct. 2474.

1심과 2심에서 패소한 원고 측은 하와이사무청 이사선출을 위한 투표제한을 규정한 하와이주 헌법조항에 대한 위헌심사를 연방대법원에 상고했는데 연방대법원은 7-2로 하급법원의 판단을 뒤집었다. 다수의견은 앤서니 케네디(Anthony M. Kennedy)에 의해 집필되었고 네 명의 판사(William H. Renquist, Antonin Scalia, Clarence Thomas, Sandra Day O'Connor)가 케네디 판사의 의견에 함께 했다. 두 명의 판사는 위헌이라는 결론에 동의했지만 다른 근거를 제시했다(Concurring Opinion: Stephen Breyer, David Souter). 소수의견은 스티븐스(John P. Stevens)와 긴즈버그(Ruth B. Ginsburg)판사가 제출했다.⁷²⁾ 향후 하와이문제에 대해 제기될 수 있는 다양한 스펙트럼을 보여주기 때문에 판결문의 논리에 대해 자세히 살펴보고 평가할 필요가 있다.

우선 다수의견은 하와이사무청의 이사선출을 위한 투표권을 위에서 언급한 두 종류의 사람들에게만 제한한 것은 “인종에 기반한(race-based)” 투표권 제한에 해당되므로 수정헌법 제15조 위반이라고 보았다. 특히 주목할 만한 것으로 선거권을 “규정된 혈통(defined ancestry; 이 경우는 하와이원주민)”에만 제한한 것이 “인종(race)의 대체물(proxy)”로 본 점이다.⁷³⁾ 다수의견은 하와이사무청이 하와이주 행정부의 한 부서이기 때문에 하와이주민 전체와 관련이 있으므로, 미연방정부 기구인 인디언관리국(Bureau of Indian Affairs)이 주정부와는 구별된다는 것과는 다른 성격을 갖는다고 보았다.⁷⁴⁾

연방대법원의 다수의견이 이와 같이 판결한 근본적인 시각은 하와이원주민이 미연방정부가 인정하는 미국원주민(American Indian)에 해당되는지 여부를 판단하지 않았다고 보았기 때문이다.⁷⁵⁾ 이러한 주장은 사실 하와이의 역사를 파악하

72) 대한민국 헌법재판소가 합헌, 위헌 이외에도 한정합헌, 한정위헌, 헌법불합치, 일부위헌 등의 변형결정을 내는 것에 비해 미 연방대법원은 합헌, 위헌으로만 의견을 낸다. 미연방대법원에 대한 포괄적인 설명은 헌법재판소 헌법재판연구원, “미국 연방대법원의 지위 및 기능”(2011)〈비교헌법재판연구 2011-B-1〉참고

73) *Rice*, 528 U.S. at 514, 120 S.Ct. 1055.

74) *Id.*, at 528 U.S. at 520, 120 S.Ct. 1059 (*Mancari*와 구별).

75) *Id.*, 528 U.S. at 518~519, 120 S.Ct. 1058 (다수의견은 하와이원주민을 미국 원주민으로 볼 수 있는가 여부를 따진 Jon Van Dyke와 Stuart M. Benjamin의 대립되는 주장을 담은 두 개의 논문

지 못한 무지의 산물이라고 볼 수 있다. 하와이왕국이 소멸되면서 몰락하기 시작한 하와이원주민에 대한 배려는 결국 주정부 산하에 하와이원주민 문제를 담당하는 기구를 둘 수밖에 없다. 특히 미연방정부가 하와이원주민에 대한 업무를 하와이주에 위임한 상황에서 다른 대안은 현실적이지 않다고 할 수 있다.

한편 다수의견에 동조한 두 판사의 별도의견은 놀랍게도 하와이원주민은 미국원주민에 해당되지 않는다고 못을 박았다.⁷⁶⁾ 특히 이들은 연방정부가 인정한 원주민의 부족(tribe)형태를 갖춘 집단만 미국원주민으로 보아야 한다고 주장하면서 미국원주민의 범주를 매우 좁게 정의했다.⁷⁷⁾ 그러므로 이들이 보기에 하와이사무청 이사선출과 관련된 투표자 제한은 수정헌법 제15조에 위반되는 것이었다. 물론 미 의회가 미국원주민 부족체를 “인정(recognize)”하는 최종적인 권한을 가지고 있지만 미 의회의 미국원주민을 위한 다양한 지원프로그램에는 사실상 부족체 형태를 인정받지 못한 미국원주민들도 있는 것이 사실이다.⁷⁸⁾ 그러므로 다수의견, 특히 두 판사의 동조의견은 사실상 하와이 역사의 특수성과 미국원주민의 정의에 관한 판례를 충분히 고려하지 않은 매우 자의적이면서도 정치적인 의견이었다.

소수의견을 제출한 스티븐스와 긴즈버그 판사는 다수의견을 강력히 비판했다. 그들은 하와이사무청 이사 선출에 관한 조항들이 수정헌법 제14조와 15조를 위반하지 않는다고 주장했다. 그 이유는 세 가지이다. 첫째, 하와이원주민은 미국원주민의 범주에 들기 때문에 연방정부가 원주민과 가지는 특수한 관계를 실행하기 위해 보다 많은 권한을 행사해야 한다. 둘째, 연방정부가 주정부에 넘긴 “공공신탁(public trust)”의 의무가 주정부에 있다. 셋째, 원주민들은 과거의 잘못에 대한 보상을 받아야 하고 자신들의 “독자적이고 역동적인 문화”를 보존해

을 인용하고 “우리는 아주 어려운 [이와 같은] 영역으로부터 거리를 둘 수 있다”고 주장.

76) *Id.*, 528 U.S. at 524~526, 120 S.Ct. 1060~1061 (Breyer J.와 Souter J.의 다수의견에 찬성하는 별개의견서에서 “하와이원주민에 대한 신탁(trust)”은 없는데 그것은 이들이 미국 원주민에 해당하지 않기 때문이라고 주장).

77) *Id.*, 528 U.S. at 526~527, 120 S.Ct. 1062.

78) 미국원주민들에 대한 미의회의 인정과 다양한 프로그램의 수혜자 자격에 대해서는 Pevar, *supra* note 4, at 271~274.

야 한다.⁷⁹⁾ 그러므로 주 정부의 하와이원주민에 대한 조치는 “의회가 가진 독특한 의무를 성취하기 위한 목적에 합리적으로(rationally) 관련된” 것이었다.⁸⁰⁾

다수의견보다 소수의견이 보다 합리적이라고 볼 수 있는 근거 중 하나는 소수의견이 하와이원주민들이 미국원주민(Native Americans)의 일부로 다루어진 연방의회의 150개 이상의 법률을 거론하고 있다는 점이다.⁸¹⁾ 소수의견이 보기에 다수의견은 “고통스러운 역설(paradox irony)”을 보여주는데, 하와이원주민들이 자신의 정부를 구성하고 있지 못하다는 현실 자체가 그들에게 속한 “특별한 이익(special benefits)”을 누리지 못하고 있다는 것이다. 이는 미국의 과거 행동이 그 가능성을 뺏어갔기 때문이다.⁸²⁾ 그러므로 하와이사무청과 이사선출이라는 투표권의 문제는 단순히 “[하와이]주의 일”로만 규정될 수 없고 한때 주권정부를 가졌던 사람들과 연방정부의 “신탁관계(trust relationship)”으로 보아야 한다고 주장했다.⁸³⁾

역사적 사실과 판례에 기초한 이러한 소수의견이 보다 설득력이 있지만 다수의견은 그러한 입장을 받아들이지 않았다. 현재 연방대법원의 판사의 구성이 보수적이라는 것을 감안할 때 이러한 결과는 예상할 수 있다. 특히 이들은 특정사안, 특히 정치문제에서 사법적극주의(Judicial Activism)에 가까운 입장을 보여주는데 이 판결과 같은 해인 2000년에 있었던 미국 대통령선거에서 적극적으로 플로리다주의 재검표를 막았던 것이 그 한 예이다.⁸⁴⁾

위의 판례가 하와이사무청의 이사선거에만 관련되어 있고, 무엇보다도 법원의 판단도 수정헌법 제15조에만 국한되어 있지만 사실상 이 판례는 향후 다른 문제에도 함의가 크다. 예를 들면 하와이원주민만을 위한 교육기관, 예를 들면 카메하메하 학교-비숍재단(Kamehameha Schools Bishop Estate)이 운영하는 카메

79) *Rice*, 528 U.S. at 529, 120 S.Ct. 1063.

80) *Id.*, 528 U.S. at 531~532, 120 S.Ct. 1064 (*Mancari* 원칙).

81) *Id.*, 528 U.S. at 533, 120 S.Ct. 1065.

82) *Id.*, 528 U.S. at 535, 120 S.Ct. 1066.

83) *Id.*, 528 U.S. at 536-537, 120 S.Ct. 1067.

84) 이 문제에 대한 자세한 논의는 Erwin Chemerinsky, *The Conservative Assault on the Constitution* (New York : Simon & Schuster, 2010), pp.239~247 (*Bush v. Gore*, 531 U.S. 1046 (2000)에 대한 설명)을 참고.

하메하 학교의 입학자격을 하와이원주민에게만 제한하는 것의 위헌문제 등을 들 수 있다.⁸⁵⁾

하와이원주민 문제에 대한 사법부의 제동에 대한 하와이주와 하와이원주민의 대처는 결국 연방의회가 하와이원주민이 미국 원주민에 속하도록 하는 법안을 통과시키도록 하는 것 밖에 없었다. 그 결과가 2001년에 하와이주 출신의 연방상원의원인 다니엘 아카카(Daniel Akaka)가 중심이 되어서 미의회에 제출한 “아카카법안(Akaka Bill, 2001)”이다.⁸⁶⁾ 이 법안의 골자는 하와이원주민들을 미국 원주민에 준하는 법적 지위를 얻도록 하는 것이다.⁸⁷⁾ 아카카 법안은 미의회를 통과되지 못했지만 제2기 오바마행정부(2013~2017)에서 변형된 형태이긴 하지만 같은 골자를 가진 법안이 의회에 재상정될 가능성이 높다.

2. 공공토지 사용을 둘러싼 연방대법원의 판결분석

1990년대와 2000년대에 하와이 사회가 하와이원주민문제와 관련해서 추진한 다양한 노력들은 만족할 만한 해결을 보지 못하고 있다. 이는 앞서 언급한대로 2000년대의 부시행정부(2001~2009)와 연방대법원의 보수성 때문이었다. 2009년 초에 등장한 오바마행정부도 두 명의 연방대법원 판사를 새로 임명했지만 연방대법원 판사 구성의 성격에는 큰 변화가 없다.⁸⁸⁾

85) John Tehranian, *A New Segregation? Race, Rice v. Cayetano, and the Constitutionality of Hawaiian-Only Education and the Kamehameha Schools*, 23 U. Haw. L. Rev. 109 (2000) 참고. 카메하메하 학교-비습재단(현재 공식명칭은 카메하메하 학교로 개칭)은 하버드에 이어 미국 전역에서 두 번째 많은 자산인 100억 달러(11조 이상)를 가지고 있다.

86) 정식 명칭은 “A Bill Expressing the Policy of the United States Regarding the United States['] Relationship with Native Hawaiians and to Provide a Process for the Recognition by the United States of the Native Hawaiian Governing Entity, and for Other Purposes,” S. 746, 107th Cong. (2001)이다. R. Hōkūlei Lindsey, Comments, *Akaka Bill: Native Hawaiians, Legal Realities, and Politics as Usual*, 24 U. Haw. L. Rev. 693, 695 (2002), n. 13.

87) 아카카 법안의 자세한 내용과 하와이 사회의 반응에 대해서는 R. Hōkūlei Lindsey, *supra* note 85 참고.

2009년에 연방대법원이 선고한 하와이사무청과 관련된 판례는 그것을 단적으로 보여준다.⁸⁹⁾ 이 사례는 하와이원주민의 토지사용과 관계된 중요한 판례이다. 하와이사무청(OHA)과 하와이원주민들(1심의 원고들)이 하와이의 주정부(공기업인 Housing and Community Development Corporation of Hawai'i (HCDCH)도 포함)를 상대로 제기한 소송이다. 원고 측은 하와이왕국의 왕실토지 일부가 포함된 개발예정지 구역에서, 하와이원주민 토지문제가 해결될 때까지 하와이주 정부가 토지불하를 중지해줄 것을 요청했다.

이 사건은 원고 측이 주 순회법원(First Circuit Court; 1심 법원)에 소송을 제기하면서 시작되었다. 주 순회법원은 피고인 하와이 주정부와 공기업 쪽의 손을 들어주었다. 하지만 원고 측의 항소를 받아든 주대법원은 1993년의 미 의회의 “사과결의안(Apology Resolution)”과 하와이주의 원주민 관련 법에 기초, 하와이사무청의 주장을 들어주어서 판결은 뒤집어졌다.⁹⁰⁾ 이에 하와이 주정부가 하와이사무청을 상대로 연방대법원에 상고를 하게 되었다.

연방대법원은 우선 재판관할권(jurisdiction)의 문제를 다루었다. 당연히 상고인인 하와이주 정부는 미연방 의회의 “사과결의안”은 연방과 관련된 것이므로 연방대법원의 관할권을 주장한 것에 반해 피상고인인 하와이사무청은 비록 “사과결의안”을 기초로 해서 하와이 공공토지(public land)처리 문제가 다루어진 했지만 이는 어디까지나 하와이주법에 보조적인 문제라고 주장했다. 즉 하와이사무청은 이 사건은 주의 법률에 비추어볼 때 하와이주가 하와이원주민들에 가지는 “신의의무(fiduciary duty)”를 위반한 것이므로 연방법원은 관할권이 없다고 주장했다.⁹¹⁾ 그러나 연방대법원은 의회의 “사과결의안”에 기초한 하와

88) 오바마 행정부는 소우터(David Souter)판사 후임에 소토모어(Sonia Sotomayor)를 2009년에, 스티븐스(John P. Stevens)판사의 후임으로 케이간(Elena Kagan)을 2010년에 각각 임명한 정도이다. 즉 소우터와 스티븐스 판사나 두 사람을 이어받은 소토모어와 케이간 판사 모두 다 안정적인 “리브럴(liberal)”진영에 속하는 인사이므로 대법원 판사의 인정구성엔 큰 변화가 없다고 볼 수 있다. Chemerinsky, *supra* note 84, at 27~28; 현재 미연방대법원의 판사명단은 <http://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx> (2013년 10월 21일 최종접속)을 참고.

89) *Hawaii v. Office of Hawaiian Affairs*, 556 U.S. 163, 129 S.Ct. 1436 (2009).

90) *Office of Hawaiian Affairs v. Hawaii*, 117 Haw. 174, 177 P. 3d 884

이주 대법원의 판단은 기본적으로 연방법과 관련된 사항이기 때문에 연방대법원이 재판관할권을 가진다고 판시했다.⁹²⁾ 사실 “사과결의안” 자체는 연방의회가 관련된 것이고 하와이주 대법원이 이 점을 중시한 것이 사실이므로 연방대법원의 재판관할권 문제에 대한 판단은 적절한 것이라고 볼 수 있다.

연방대법원이 재판관할권 문제를 확정한 후 이 사건에서 해결하려고 한 논점은 미연방의회의 하와이주민에 대한 “사과결의안”에도 불구하고 하와이주 주정부가 여전히 공공토지를 자유롭게 처분할 수 있는가라는 것이었다.⁹³⁾ 이에 대해 연방대법원은 만장일치로 자유롭게 처분할 수 있다고 판단했다. 그것은 “사과결의안”의 내용 중 “이 [상하원] 연합선언의 어떤 부분도 미국 정부에 대한 소송(claims)에 대한 해결을 의도하지 않는다”(Apology Resolution, §3)고 되어 있듯이 이 선언이 “실질적인 권리(substantive rights)”를 만들지 못한다고 본 점이다.⁹⁴⁾ 즉 “사과결의안”이 하와이주 정부가 가진 토지소유권을 “제한하는(claim)” 것으로 받아들일 수 없는 것이었다.⁹⁵⁾

이에 대해 피상고인인 하와이사무청은 자신들이 하와이 주법에 따라 공공토지에 대한 소유권을 가지고 있고 무엇보다도 이것은 “과거의 잘못에 대한 보상이라는 보다 넓은 차원의 도덕적 정치적 주장”을 할 수 있다고 했다.⁹⁶⁾ 하지만 연방대법원은 현재의 판례 하에서 하와이원주민 문제에 대해 연방대법원이 할 수 있는 일은 없다고 못박았다. 이런 점에서 법원은 하와이원주민의 자치문제와 공공토지문제에 대해 제기되는 다양한 질문에 대해 전혀 답을 주지 못하는 것이다.⁹⁷⁾ 연방대법원은 사실상 하와이원주민들의 권리에 대해 다시 매우 소극적인 태도를 보인 것이다. 이 판례는 현재 하와이원주민들이 미국원주민에 해

91) Brief for Respondents at 17, *Hawaii v. Office of Hawaiian Affairs*, 556 U.S. 163 (2009)(No. 07-1372)

92) *Hawaii v. Office of Hawaiian Affairs*, 556 U.S. at 172, 129 S.Ct. 1436, 1442.

93) *Office of Hawaiian Affairs*, 556 U.S. at 166, 129 S.Ct. 1436, 1439.

94) *Office of Hawaiian Affairs*, 556 U.S. at 173, 129 S.Ct. 1436, 1443.

95) *Office of Hawaiian Affairs*, 556 U.S. at 176, 129 S.Ct. 1436, 1445.

96) *Office of Hawaiian Affairs*, 556 U.S. at 177, 129 S.Ct. 1436, 1445.

97) R. Hōkūlei Lindsey, *Native Hawaiians and the Ceded Lands Trust: Applying Self-Determination as an Alternative to the Equal Protection Analysis*, 34 Am. Indian L. Rev. 223, 257 (2009~2010).

당되는 법적지위를 얻지 못하는 상황에서 왕실토지가 포함된 하와이의 공공토지에 대한 주정부의 처분권을 하와이사무청이 제한할 수 없다는 법리를 확인한 것이다.

결국 연방의회를 통해서 하와이원주민들이 미국원주민으로 인정받는 것이 가장 확실한 것이다. 2010년에 치러진 총선거에서 하원은 공화당이 장악했고 상원만 간신히 민주당이 다수당을 점하고 있는 현실이라든가 경제문제와 중동 민주화 문제 등이 산적한 미국의 정치현실 속에서 하와이원주민이 미국원주민으로 인정받는 법안이 의회의 벽을 넘기는 쉽지 않아 보인다.

IV. 결론

앞에서 살펴보았듯이 하와이 문제는 19세기 말 ‘제국주의시대’에 기원한다. 그 문제에 대한 해결은 지난 ‘제국주의시대’의 힘의 논리를 어떻게 바라보는가와 관련이 되어 있다. 그런 점에서 미 의회가 1993년, “사과결의안(Apology Resolution)”을 통해 미국의 하와이왕국 병합(1893)이 ‘불법적(illegal)’이었다는 것을 선언한 것은 비록 선언적인 것에 불과하지만, 같은 ‘제국주의시대’에 한국을 점령한 일본의 현대 정치지도자들이 한국병합에 대해 전향적인 선언을 하지 않고 있는 것과는 큰 대조를 이루고 있다.

하와이문제에 관한 미국 오바마 행정부는 클린턴 행정부의 입장을 따를 가능성이 있지만 공화당이 다수인 미 하원이 하와이원주민을 미국원주민의 일원으로 다루는 법안을 통과시킬 가능성은 낮아 보인다. 또한 미국 연방대법원이 내린 두 개의 판결에서 보듯이 사법부도 하와이원주민 문제를 전향적으로 검토하지 않을 것이다. 하지만 하와이원주민 문제가 진전이 있을 수 있다고 가정할 때, 하와이왕국의 왕실토지에 대한 하와이원주민들의 접근도가 높아질 것으로 예상된다. 이 경우 하와이원주민들은 해변과 산에 대한 다양한 전통적 권리를 이미 누리고 있지만 토지에 대해서도 미국원주민들이 보호구역(Reserve)내에서 누리는 권리에 준하는 토지사용권도 부활할 가능성이 있다.

한편 미 정부가 하와이원주민 문제에서 큰 진전을 보인다면 일본정부, 특히 사법부가 “중군위안부”나 “강제노동자”등 전쟁피해자에 대해서 새로운 자세를 취할 가능성이 높다. 물론 한국 측이 최근에 과거사 문제, 특히 “군위안부”와 원폭피해자, 강제징용피해자들에 대해 한국정부의 일본과의 협상의무에 관해 역사적인 판결들을 내렸기 때문에 일본정부가 자체적으로 전향적인 태도를 보일 가능성도 배제할 수 없다.⁹⁸⁾ 그렇게 된다면 한국의 경우도 역사적인 판결들에서 더 나아가 대한제국의 황실토지에 대한 이용문제 등에 대해서 활발한 토론이 있을 수 있다고 예상할 수 있다. 그런 점에서 하와이원주민에 대한 미국 법원의 판결은 한국과 일본에 큰 영향을 미칠 수 있는 잠재력이 있다.

■ 참고문헌

1. 미국 판례 및 법령(Westlaw통해 접속)

US Constitution (수정조항 제 14, 15조), Hawaii State Constitution,
 “Joint Resolution to Acknowledge the 100th Anniversary of the January 17, 1893 Overthrow of the Kingdom of Hawaii,” Pub. L. No. 103-150, 107 Stat. 1510 (1993)(“Apology Resolution”).
 A Bill Expressing the Policy of the United States Regarding the United States['] Relationship with Native Hawaiians and to Provide a Process for the Recognition by the United States of the Native Hawaiian Governing Entity, and for Other Purposes, S. 746, 107th Cong. (2001)(“Akaka Bill”)

98) 한국의 헌법재판소와 대법원의 최근 두 개의 판결은 비록 일본법원의 판결에 구속력은 없지만 과거사 문제에서 한국 측이 내세울 만한 역사적인 판결들이다. 『대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인결정』(헌재 2011.08.30, 2006헌마788, 공보 제179호, 1285)(일본군위안부와 원폭피해자의 헌법소원에서 한일청구권협정 제3조상의 재교섭과 중재재판으로 나아가지 않은 [한국]정부의 작위의무 위반을 위헌으로 결정); 대법원 2012.5.24. 선고 2009다22549 판결; 대법원 2012.5.24. 선고 2009다68620 판결 (일제강제징용피해 배상소송에서 일제강점과 식민지배를 ‘합법’으로 보는 일본재판소의 판결이 대한민국 헌법의 가치와 충돌되므로 그 효력을 인정할 수 없다는 판결).

2. 하와이령 미국 및 하와이주대법원 판례

In the Matter of the Estate of His Majesty Kamehameha IV, 2 Hawai'i 715, 1864.

Territory v. Kapo'olani Estate, 18 Hawai'i 640, 1908;

Territory v. Puabi, 18 Hawai'i 649, 1908.

Abuna v. Department of Hawaiian Home Lands, 64 Haw. 327, 640 P.2d 1161, 1982.

3. 연방법원 및 연방대법원

Liliuokalani v. United States, 45 Ct. Cl. 418, 1909 WL 905 (Ct. Cl. 1910).

Morton v. Mancari, 417 U.S. 535, 94 S.Ct. 2474, 41 L.Ed. 2d 290 (1974).

Rice v. Cayetano, 528 U.S. 495, 120 S.Ct. 1044, 145 L.Ed.2d 1007 (2000).

Hawaii v. Office of Hawaiian Affairs, 556 U.S. 163, 129 S.Ct. 1436 (2009).

4. 저서 및 논문

김원용, 손보기 엮음, 『재미한인호십년사』, 해안, 2004, 초판 1954년.

연세대학교 국학연구원 편, 『미주 한인의 민족운동』 해안, 2003.

존 M. 반 다이크, 『일본의 한국병합과 미국의 하와이병합에 관한 비교 검토』, 『한국병합과 현대—역사적 국제법적 재검토』, 태학사, 2009.

헌법재판소 헌법재판연구원, 『미국 연방대법원의 지위 및 기능』, 2011(비교헌법재판연구 2011-B-1).

Craig Howes & Jon Osorio eds, *The Value of Hawai'i: Knowing the Past, Shaping the Future*, Honolulu, HI : University of Hawaii Press, 2010.

Erwin Chemerinsky, *The Conservative Assault on the Constitution*, NewYork : Simon & Schuster, 2010.

John Tehranian, "A New Segregation? Race, Rice v. Cayetano, and the Constitutionality of Hawaiian-Only Education and the Kamehameha Schools," 23 U. Haw. L. Rev. 109, 2000.

Jon M. Van Dyke, *Who Owns the Crown Lands of Hawai'i?*, Honolulu, HI : University of Hawai'i Press, 2008.

Larence H. Fuchs, *Hawaii Pono : An Ethnic and Political History*, Honolulu, HI : Bess Press, 1961.

Liliuokalani, *Hawaii's Story by Hawaii's Queen*, Honolulu, HI : Mutual Publishing, 1990 (초판 1898년).

R. Hōkūlei Lindsey, "Comments, Akaka Bill : Native Hawaiians, Legal Realities, and Politics as Usual," 24 U. Haw. L. Rev. 693, 2002.

_____, “Native Hawaiians and the Ceded Lands Trust : Applying Self-Determination as an Alternative to the Equal Protection Analysis,” 34 Am. Indian L. Rev. 223, 2009~2010.

Ralph S. Kuykendall, *The Hawaiian Kingdom 1778~1854: Foundation and Transformation*. Vol. 1, Honolulu : University of Hawai'i Press, 1938.

_____, *The Hawaiian Kingdom 1854~1874: Twenty Critical Years*. Vol. 2, Honolulu : University of Hawai'i Press, 1953.

Ralph S. Kuykendall, *The Hawaiian Kingdom 1874~1893: The Kalakaua Dynasty*. Vol. 3, Honolulu : University of Hawai'i Press, 1967.

Stephan L. Pevar, *The Rights of Indians and Tribes*, New York : Oxford University Press, 2012 (Fourth Edition).

<Abstract>

Analysis of Historical Issues and the US Supreme Court Cases on Native Hawaiians

An, Jong Chol*

This article deals with a history of Hawai'i whose territory was the only kingdom in the US, and with court decisions relevant to Native Hawaiians. The Kingdom of Hawai'i was toppled by some Americans in 1893 and annexed by the US in 1898. Concurrently, the crown lands of Hawai'i became part of US government land. US Congress passed Native Hawaiian Homestead law in 1920, defining Federal Government's "trust responsibility" toward Native Hawaiians. However, the designated lands were less than 10% of the whole Public Land in Hawai'i.

Thereafter, Hawai'i became a State in the US in 1959, so that the Public Lands were delivered to the State government for administration. Later, the revised State Constitution (1978) established the Office of Hawaiian Affairs which is in charge of Native Hawaiian issues. The US federal administration also supports an idea that Native Hawaiians are one of US Native Americans.

The two US Supreme Court cases, however, explain how Native Hawaiian issues are framed in the Federal Courts. The cases are *Rice v. Cayetano* (2000) and *Hawaii v. Office of Hawaiian Affairs* (2009). The former case is a judicial review of election limitation to Native Hawaiians in the election of Board members of Office of Hawaiian Affairs. The

* Pozo Goldstein LLP, Intern & Associate.

latter is whether the State of Hawaii should stop liquidating Public Lands due to Congress “Apology Resolution” before Native Hawaiian issues are wholly solved. The Court were negative on two issues because the judges thought that whether Native Hawaiians are Native Americans was not clear. Thus Hawaiian community is eager to have US Congress pass a bill for recognizing Native Hawaiians as one of Native Americans. Thus the recognition process is still ongoing. If US Congress recognizes this, then it might also affect Japanese perception of colonial issues in Korea.

[Key Words] U.S. Supreme Court, Hawai'i, Native Hawaiian, American Indian, Apology Resolution, Office of Hawaiian Affairs, Kingdom of Hawaii, U.S. Constitution Fourteenth Amendment, U.S. Constitution Fifteenth Amendment