

市場開放의 航空運輸協定과 유럽 航空市場 接近:

유럽司法裁判所의 美·獨 航空運輸協定상 지정항공사에 대한 체약국의 ‘實質의 所有·實效의 支配要件’의 유럽공동체법 위반 판결(2002)의 문제점을 중심으로

Liberal Bilateral Agreements and Access to the European Aviation Market

박현진* (연세대학교)

1. 문제의 제기

항공여행이 보편화되면서 국가 및 항공사간 항공시장 점유를 둘러싼 경쟁도 가열되고 있다. 한국과 유럽 여러 국가 간 항공운수관계는 한국과 미국, 중국이나 일본 등 아시아 국가와의 그것에 비해 긴밀하다고 볼 수는 없다. 한국국적 항공사의 국제선 여객수송실적을 보면 歐洲地域 수송실적은 2003년 123만명(전체 2,146만명), 2004년 139만명(전체 2,693만명), 그리고 2005년 149만명(전체 2,968만 명) 등 성장 추세가 완만하며, 이는 같은 기간 국적항공사의 총국제여객 수송실적에서 차지하는 점유율 면에서 각각 5.8%, 5.2%, 5% 등 하락 추세에 있다.¹⁾ 또 이 수치는 2005년 기준, 일본의 약 859만명(점유율 28.9%), 동남아 약 843만명(점유율 28.4%), 중국 약 657만명(점유율 22.1%), 그리고 미주의 301만명(점유율 10.1%)에 비하면 적은 수치이기는 하다.

그러나 국적항공사의 국제선 화물수송실적의 경우 2005년 기준, 구주 지역은 약 38만 4천톤의 수송실적을 기록, 당해 연도 총 화물수송실적(약 262만톤)의 약 14.7%를 차지하였다. 이는 구주시장이 東南亞, 美洲, 그리고 日本에 이어 지역별로는 4위를 차지하고 있는 市場으로서 중국에 대한 국적항공사의 항공화물수송실적 35만 4천톤(점유율 약 13.5%)을 앞지르는 수치이다.²⁾ 또 유럽공동체는 곧 역내 25개 회원국을 아우르는 거대한 시장을 형성하게 됨은 주지의 사실이

다. 유럽공동체가 단일통화인 유로화를 도입, 역내 경제·사회 분야에서의 법적·제도적 통합 노력을 강화하고 있는 가운데, 정치·외교적 통합을 통한 유럽聯合(European Union) 창설 노력도 지속되고 있다. 또 유럽 단일 항공관제권역의 창설을 위한 움직임도 가시화되고 있다.³⁾

상업적 여객·화물 운수목적의 국제항공운송을 법률적으로 가능하게 하는 양국 간 항공운수협정(air services agreement)은 기본적으로 領空主權 原則(aer clausum)⁴⁾에 기초하는 空域의 秩序(order in the air)와 商業的 航空運輸權에 기초한 空域의 自由(freedom of the air) 간 교환 내지 절충(tradeoff)이라는 성격을 내포하고 있다.⁵⁾ 따라서 과거 항공운수협정은 국제항공운수 업무에 대한 체약당사국 항공당국의 상당한 규제와 개입을 정당화하였다. 그러나 1970년대 후반, 특히 1990년대 중반 이후 영공주권의 비중은 약화되고 있는 반면, 미국이 주도하는 항

3) N.A. van Antwerpen, "The Single European Sky", 27 *Air & Space Law* (2002), p.3 & *ibid.*, p.90(Pt.II) 참조. 유럽공동체 집행위원회는 이와 관련, 2001. 11. 30 유럽의회 및 이사회 준칙(Regulation) 제정을 위한 제안을 제출하였다.

4) 국제민간항공에 관한 시카고협약(1944), 제1조. See J.M. Denaro, "States' Jurisdiction in Aerspace under International Law", 36 *Journal of Air Law and Commerce* (1970), p.688, at 695; J. Sundberg, "Legitimate Responses to Aerial Intruders: The View from a Neutral State", 10 *Annals of Air and Space Law* 1985), p.251; 朴玄鎭, "美 EP-3 정찰기와 中國 전투기간 南中國海上 公중충돌사건: 領空主權原則과 遭難 軍用機의 法的 地位를 중심으로", 「서울국제법연구」 제9권1호(2003. 6), p.75.

5) 朴玄鎭, "국제민간항공에 관한 시카고 협약 55주년 회의: 운항권 분쟁, 항공기 인증 및 안전/보안규제 관련 사례 및 판례를 중심으로", 「國際判例研究」 제1집(서울: 박영사, 1999), p.95, at 143.

*法學博士(國際法)·前 서울대학교 법학연구단 계약교수. 이 글을 준비·작성함에 있어서 관련 자료와 조언을 제공해 준 한국항공운항학회장 김칠영 항공대 교수와 서울시립대 김대원 교수에게 감사를 표한다.

1) 한국항공진흥협회, 「항공연감 2006」(2006. 9), p.309, 표 8.

2) 상계서, at 315, 표 15.

공시장 개방·자유화를 통한 경쟁강화와 효율성 제고의 측면이 중시되면서⁶⁾ 근래의 항공운송협정은 과거 협정 당사국 간 지정항공사의 運航機會 均等(fair and equal opportunity to operate)의 원칙에서 競爭機會 均等(fair and equal opportunity to compete)이라는 시장원리 쪽으로 그 무게 중심이 이동하고 있다.⁷⁾

유럽사법재판소는 2002년 유럽공동체법을 이유로 독일이 미국과 체결한 항공운수협정에서 양측이 지정한 항공사에 대한 독일 또는 독일 국민의 實質的 所有 및 實效的 支配를 규정한 조항이 공동체법상 차별금지 규정의 위반으로 규정, 동 조항의 효력을 부인하는 판결을 내리면서 이를 한국 등 다른 국가에게도 그 수락을 요구하고 있다고 한다. 이러한 맥락에서 이 글에서는 한국과 유럽회원국 간 항공운수협정의 개정을 앞두고 국제·국내법, 국제항공법 상 동판결과 유럽공동체법이 제기하는 문제점을 분석해 보고자 한다.

이 글은 시장개방적 양자 항공운수협정을 체결함에 있어서 주요 법적 쟁점, 즉 시장개방적 항공협정의 의의, 유럽공동체법상 공동체의 대외적 권능과 특히 공동체 회원국이 체결하는 항공운수협정에 대한 집행위원회의 교섭권 여부·범위 등을 살펴본다. 이어 공동체 회원국이 제3국과 체결하는 항공운수협정에 일반적으로 포함되는 지정항공사에 대한 계약국 국민의 실질적 소유와 실효적 지배 요건이 차별금지를 규정한 공동체법을 위반한 것이라는 유럽사법재판소 판결의 국제법적 타당성을 분석한다. 이 글은 공동체 회원국의 역외 제3국과의 운수협정 체결과 관련, 동 판결과 공동체법이 요구하는 회원국 국민간 차별금지 원칙은 국제항공법의 기존 조약 및 각국의 항공운수협정 체결에 관한 일반 관행에 모순되는 판결임을 주장하고자 한다.

II. 시장개방적 항공운수협정의 의의

1. 시카고 협약: 정기 및 부정기 국제항공운송업무의 구분

6) 항공자유화의 한 가지 영향은 공항 이착륙 시간(slots)과 탑승·하기를 위한 게이트(gate) 이용권에 대한 항공사간 거래의 형성을 들 수 있다. P.S. Dempsey, "Airport Landing Slots: Barriers to Entry and Impediments to Competition", 26 *Air & Space Law* (2001), p.20, at 24.

7) 박현진, 전제논문, at 117.

국제민간항공의 맹아기였던 1944년 조인된 국제민간항공에 관한 시카고 협약(이하 '시카고 협약' 또는 '협약')⁸⁾은 그 성립배경에 있어서 2차대전 종전을 앞두고 戰後 새로운 국제항공운송 질서의 토대를 마련하기 위해 1919년의 파리협약을 개조하여 급히 작성한 '응급조치'(pis aller)의 성격을 가지고 있다.⁹⁾ 동시에 협약은 지난 60년간 ICAO 관련 사소한 개정을 제외하고는 그 구성, 체제 및 주요 규정에 대한 별다른 개정 없이 시간의 시험을 거쳐, 현재 전세계 대부분의 국가가 비준·가입한 진정한 전지구적 조약(global treaty)의 하나로 자리매김하고 있다. 이는 협약이 국가의 안보이익과 통상이익, 그리고 항공안전과 효율성 간의 적절한 조화와 균형을 도모한 유연성이 내재되어 있기 때문이라고 해석된다.¹⁰⁾

협약은 국제항공운송업무를 정기·부정기 업무로 구분, 不定期 國際航空運送業務(non-scheduled international air services)에 대해서는 협약 체결국에게 타방 체결국의 사전 허가 없이 동 체결국 영공의 무착륙통과(제1의 자유) 또는 운송 이외의 목적으로(non-revenue traffic purpose) 급유·승무원 교체를 위한 기술착륙권(제2의 자유)을 부여하고 있다(제5조).¹¹⁾ 또 착륙체약국이 바람직하다고 인정하는 규제, 조건 또는 제한을 가하는데 동의할 것을 조건으로 상업적 運輸를 목적으로(revenue traffic purpose) 여객·화물 또는 우편물을 탑승·적재 또는 하기·하역할 특권을 인정함으로써, 사실상 상업적 항공운송의 자유를 인정하고 있다(제5조).¹²⁾

그러나 협약은 定期國際航空運送業務(scheduled international air services)에 대해서는 체결국의 특별한 허가 또는 그 밖의 인가를 얻어 그 조건에 따르는 경우를 제외하고는 그 체결국의 상공을 비행하거나 또는 그 영토에 진입할 수 없다고 규정함으로써(제6조), 제1 및 2의 자유조차 허용하지 않고 있다.¹³⁾ 협약은 제

8) Convention on International Civil Aviation, 1944. 12. 7 채택, 15 *United Nations Treaty Series* 295 (1947. 4. 4 발효).

9) A. Kean, "Interchange of Aircraft", in A. Kean(ed.), *Essays in Air Law* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1982), p.111, at 111.

10) 박현진, 전제각주 5, at 143.

11) B. Cheng, *The Law of International Air Transport* (London: Stevens & Sons, 1962), p.196.

12) 박현진, 전제각주 5, at 111-112.

1-2의 자유에 대해서는 협약과 함께 채택된 國際航空業務 通過協定(International Air Services Transit Agreement: Two Freedoms Agreement)에 위임하고, 또 상업적 운수권(제3, 4, 5의 자유 등)의 교환은 '國際航空運送協定'(International Air Transport Agreement: Five Freedoms Agreement)에 위임하였으나, 후자에 대한 각 국의 미온적 반응(비준)으로 인하여 정기국제항공운송업무는 결국 2국간 양자조약체제에 의존하게 되는 소이가 되었다.¹⁴⁾ 이러한 양자간 구분에도 불구하고, 이후 항공업계가 탑승률·수익성이 높은 부정기 운송을 선호, 여러 가지 전세운송 방식을 개발·도입함으로써 정기·부정기 업무 양자간 구별이 항상 용이한 것만은 아니다.¹⁵⁾

이러한 정기·부정기 국제항공운송업무의 구분과 차별적 대우는 협약 교섭당시 각국이 상업적 운수권(교환)도 이를 '완전하고 배타적인' 영공주권 내지 항공주권(협약 제1조)의 일부로 이해하고 있었음을 반증하는 것이며, 특히 상업 운수권 교환을 다자조약에 위임하는 것은 당시 항공후진국들이 미국, 영국 등 항공선진국들의 우월적 지위와 경쟁력을 이용한 항공시장지배를 우려한 데 기인하는 것으로 판단된다.¹⁶⁾ 즉 상업적 운수권에 관한 양자협정(항공협정) 체제는 안보(영공)주권과 통상이익의 조화와 절충의 성격을 가진다.

2. 정기국제항공운송업무와 양자 항공운수협정: 신·구 버뮤다 협정

양자간 항공운수협정 체결에 있어서 핵심적 쟁점은 크게 보아 항공사 지정(designation of airlines: 단수, 복수 또는 무제한 지정), 운항지점(entry points) 결정(취항 노선), 수송력 결정(capacity determination: 취항 기종·빈도 및 좌석수) 및 운임책정(ratemaking; pricing) 등 4가지 문제라고 할 수 있다.¹⁷⁾ 이 문제들은 양국 지정항공사 간 상대적 경쟁력과 수익 창출에 결

정적 요소이기 때문이다. 영-미 간 1977년 체결된 버뮤다 II 협정 역시 상당한 규제를 포함하고 있는 바, 예컨대 노선당 단수항공사의 지정(뉴욕-런던 노선은 예외적으로 복수 항공사 지정 허용) 그리고 운임에 대한 양국 항공당국의 인가 등이 포함되어 있다.¹⁸⁾

이러한 규제는 항공운수협정 체결 당사국들이 자국에서 창출되는 여객·화물의 상대적 운송출능력(relative traffic generating power), 자국 지정항공사의 상대적 경쟁력, 그리고 여객의 여행 편의와 이익(소비자 복지) 등을 고려, 자국의 통상이익을 최대한 보호하기 위한 최소한의 표준장치로서 1946년 영-미 간 舊버뮤다 협정(1946)부터 포함되어 온 국제항공법의 기본적인 요소이다. 또 근래의 시장개방적 운수협정에서도 일부 변형된 내용으로 포함되는, 운수협정의 핵심적 요소를 구성한다.

3. 시장개방적, 경쟁촉진적 운수협정

국제적 항공자유화 움직임은 미국이 1970년대 후반 카터 행정부 시절 칸(Alfred E. Kahn)씨가 연방 독립규제기관인 民間航空委員會(Civil Aeronautics Board: CAB) 의장에 취임하면서부터 국내 및 국제항공운송시장에 대한 규제완화와 경쟁촉진 정책을 추진하면서 구체화되기 시작하였다.¹⁹⁾ 미국은 이러한 정책을 입법화하여 국내 항공운송시장에 도입하고,²⁰⁾ 이어 타국과의 항공운수협정 체결에 적용하기 시작하였다. 미국은 1978년 네덜란드²¹⁾ 그리고 1979년 한

13) 제1-5의 자유 및 제6-8의 자유의 개념에 대해서는 Cheng, *ibid.*, pp.8-16 참조.
 14) 박현진, 전계각주 5, at 105-106.
 15) 상계 논문, at 112-116; Cheng, *supra* note 11, 제5장.
 16) 같은 논문, at 105-106.
 17) P.P.C. Haanappel, *Pricing and Capacity Determination in International Air Transport* (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984) 참조.

18) 박현진, 전계각주 5, at 107-109.
 19) A. F. Lowenfeld, "Deregulation of Aviation in the United States", in A. Kean(ed.), *Essays in Air Law*, *supra* note 9, p.155, at 164; P.P.C. Haanappel, "Air Transport Deregulation in Jurisdictions other than the United States", 13 *Annals of Air & Space Law* (1988), p.79.. 이후 이 CAB의 기능은 연방항공청(FAA)으로 흡수되고, 동 위원회는 소멸하였다.
 20) 예컨대 1978년 항공사규제완화법(Airline Deregulation Act)과 1979년 국제항공운송경쟁법(International Air Transportation Competition Act). See Lowenfeld, *ibid.*, at 170ff.
 21) 미국과 네덜란드는 1992년 새로운 시장개방적 운수협정을 체결하였다. P.M. de Leon, "Before and After the Tenth Anniversary of the Open Skies Agreement Netherlands-US of 1992", 28 *Air & Space Law* (2002), p.280.

bilateral agreements)을 체결함으로써 국제항공 시장 개방(open skies) 정책을 본격적으로 수출하기 시작하였다.²³⁾ 이러한 시장개방적 협정은 각 계약국(항공당국)이 무제한으로 취항 항공사 지정을 허용하고 그 대가로 지정항공사들은 자국과 미국 내 복수 지점(numerous interior US points) 취항이 허용되었다.²⁴⁾

또 운임결정(pricing) 방식과 관련, 시장개방적 항공운수협정은 적어도 시발국 책정제도(country-of-origin pricing) 또는 이보다 더욱 경쟁촉진적인 이중불허제도(mutual disapproval pricing)를 채택하였다.²⁵⁾ 미국은 1992년 네덜란드와 시장개방적 항공운수협정²⁶⁾의 체결을 필두로 많은 경쟁촉진적 양자협정을 체결 또는 추진해왔다.

III. 유럽공동체의 대외적 권능과 조약체결능력

1. 공동체의 법적 지위와 권능

유럽공동체(European Community: 이하 '공동체')는 국제법상 독립된 법인격을 향유하는 지역공동체로 인정되고 있으며, 이는 공동체가 제3국과 광범위한 분야에서 독자적으로 조약을 체결할 권능을 가진다는 것을 의미한다. 그러나 영국 등 일부 회원국의 법원은 자국이 외국에 부여하는 동일한 수준의 면제를 공동체에 부여하고 있지 않다.²⁷⁾ 공동체의 집행위원회

(Commission)는 공동체를 위하여 그리고 공동체의 이름으로 대외관계를 수립할 구체적인 권능을 부여받고 있다.²⁸⁾

2. 공동체의 대외적 권능: 집행위와 이사회 간 대외적 권능 분배

공동체 집행위는 대외적으로 공동체를 대표하며, 이러한 자격에서 역외의 제3국과 공동체를 위한 조약체결 교섭권을 가지며, 理事會(Council)는 회원국을 대표하며 공동체를 위한 조약 서명권을 가짐으로써 조약 체결권을 행사한다.

3. 유럽연합 헌법조약

2004. 6. 28 기초된 유럽연합 '헌법 조약'(Constitutional Treaty: 미발효)에 의하면, 유럽연합은 관세동맹(customs union), 역내 시장 내 경쟁관련 규칙(competition rules), 유로화를 도입한 회원국의 통화정책(monetary policy), 공동어업정책 하의 해양다양성자원의 보존(conservation of marine biological resources under the common fisheries policy), 그리고 공동의 통상정책(common commercial policy) 등의 분야에 있어서 배타적 권능을 가지도록 규정하고 있다.²⁹⁾ 또 동 헌법 조약에 의하면, 유럽연합과 회원국은 공동시장, 경제·사회정책, 농업 및 수산정책, 환경, 소비자 보호, 運輸, 에너지, 자유·안보 및 사법 분야, 그리고 공중보건과 관련된 공동의 안전 문제에 있어 공동 권능

22) Agreement on Air Transport Services, U.S.-Korea, March 22, 1979, 30 US Treaty Series 3823 & Treaties and Other International Agreements(TIAS), No.9427.

23) 박현진, 전제각주 5, at 117.

24) P.S. Dempsey, *Law and Foreign Policy in International Aviation* (N.Y.: Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1987), pp.67-68.

25) Dempsey, *ibid.*, at 62. 이중불허제도라 함은 계약국 양국정부 모두 제안된 운임을 불허하지 않으면, 어느 일방계약국도 이를 불허 또는 정지시킬 수 없는 제도를 말한다. 박현진, 전제각주 5, at 117.

26) P.M. de Leon, "Before and After the Tenth Anniversary of the Open Skies Agreement Netherlands-US of 1992", 28 *Air & Space Law* (2002), p.280 참조.

27) EC Treaty, Arts.210-211 & Merger Treaty, Art.28. See I. Macleod, I.D. Hendry & S. Hyett, *The External Relations of the European Communities* (Oxford: Clarendon Press, 1996), p.35. 유럽공동

체는 1957. 3. 25 로마에서 채택된 유럽경제공동체 설립조약(1958. 1. 1 발효)을 모체로 하여, 1967. 7. 1 채택된 통합조약(Merger Treaty)과 1987년 발효된 단일유럽법(Single European Act)을 거쳐, 1992. 2. 7 채택된 유럽연합조약(Treaty on European Union: 1993. 11. 1 발효, 일명 마스트리트 조약)에 이르러 기존의 유럽경제공동체에서 유럽공동체로 재명명되었다. 1997. 10. 2 서명되어 1999. 5. 1 발효한 암스테르담 조약(Treaty of Amsterdam)은 기존 유럽공동체 및 유럽연합 조약의 조문 번호를 새로 매겼다. <http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/en/treaties/index.htm> (2006. 11. 15 검색).

28) EC Treaty, Arts.229-231.

29) Treaty establishing a Constitution for Europe, Summary of the Constitutional Treaty, Art I-13(1)(a)-(e), available at <http://www.europa.eu.int/constitution> (2006. 11. 1 검색).

(shared competence)을 할 것을 상징하고 있다.³⁰⁾

IV. 공동체 회원국 체결 항공운수협정에 관한 유럽공동체의 대외적 권능

1. 항공운송 분야에 대한 이사회와 집행위의 권능

EC 조약 제4편(Title IV) 운송편 제84(2)조에 의하면 이사회는 해상 및 항공 운송에 관하여 적절한 규정을 제정할 것인지의 여부, 그 범위 및 그 제정 절차 등에 관하여 결정할 수 있다. 따라서 이사회가 항공운송에 관한 공동체 내부의 공동의 규칙(common internal rules)을 채택하는 경우, 회원국의 항공운수협정 체결권능은 그러한 규칙의 범위 내에서 제한된다. 그러나 역으로 이사회가 그러한 규정을 채택하지 않은 경우 공동체의 운수협정 관련 권능은 행사될 수 없다.³¹⁾ 이러한 입장은 후술하는 2002년 유럽사법재판소의 執行委 對 聯邦獨逸 사건에서도 확인되고 있다.³²⁾

執行委員會는 會員國이 역외의 제3국과 체결하는 운수협정에 포함되어야 할 공동체 표준규정을 작성, 여기에 지정항공사에 대한 체결국 국민의 실질적 소유 및 실효적 지배 관련 규정과 운임 결정 규정을 포함시키고 있다.³³⁾ 이 표준 규정에는 회원국이 제3국과 체결하는 운수협정에 규정된 특정 회원국 국민에 관한 언급은

공동체 회원국 모두의 국민을 지칭하는 것으로 이해한다는 내용이 포함되어 있다. 그러나 이러한 내용이 공동체법상 회원국을 구속하는 것인지, 그리고 더욱이 국제법상 유효한 것인지는 의심스럽다.

또 수송정책에 관한 대외관계에 있어서 공동체가 공동체법상 회원국이 제3국과 체결하는 조약 규정의 타당성 내지 합법성 여부에 대하여 구체적으로 어떤 범위 내에서 개입할 권능을 가지는가에 대한 점에 대해서는 논란이 계속되고 있다.³⁴⁾ 현재까지 항공운수와 관련하여 공동체가 취한 조치 가운데에는 항공운수 분야에서 회원국이 제3국간의 운수관계를 수립하는 경우 공동체와 협의절차를 규정한 것을 들 수 있다.³⁵⁾ 또 공동체는 1991년 스웨덴 및 노르웨이와 항공운수업무에 관한 협정을 체결, 1992년 일부 개정된 바, 그 주요내용은 항공운송에 관한 공동체법이 스웨덴과 노르웨이에 적용된다고 규정하고 있다.³⁶⁾

2. 이사회와 집행위의 입장

이 문제에 관한 공동체 理事會(Council)의 입장은 분명하다. 이사회는 1993년 3월 회의에서 '이사회가 행동을 취하지 않는 한, 그리고 행동을 취할 때까지' 각 회원국은 계속 제3국과의 관계설정에 대한 완전한 책임을 진다고 결정하였다.³⁷⁾ 이사회는 이어 이사회가 회원국들간에 명확히 규정된 공동의 이익이 존재한다고 합의하고 또한 동시에 그러한 경우에도 철저한 분석을 통해 현실적으로 모든 회원국들을 위한 보다 나은 결과를 성취할 수 있을 것으로 입증되는 경우에만 공동체 차원의 교섭에 착수하여야 한다고 해석한 것이다. 그 밖의 다른 문제에 있어서 이사회는 대외관계에 관한 복잡한 문제는 집행위와 회원국들이 공동으로 지침안(framework of guidelines)과 기본 규칙을 작성하여 실용적 방식으로 문제에 접근하여야 한다고 주장하였다.³⁸⁾

이사회는 1995년 3월 이 문제를 다시 논의한 뒤, 집행위에게 미국과 공동체 차원의 교섭이 객관적으로 모든 회원국들에게 최선의 결과에

30) Summary of the Constitutional Treaty, Art 1-14(2)(g), at <http://www.europa.eu.int/constitution> (2006. 11. 1 검색).

31) C.O. Lenz, "The Decisions of the European Court of Justice on the Applicability of the Rules of the Treaty of Rome to Air Transport", in P.P.C. Haanappel et al (eds.), *EEC Air Transport Policy and Regulation, and Their Implications for North America* (Deventer: Kluwer Law & Taxation Publishers, 1990), p.33, at 34; Macleod, *supra* note 27, p.256.

32) 아래 각주 42, para.103.

33) European Commission, Directorate General Energy and Transport, Directorate F-Air Transport, Annex 1--Community standard clauses for inclusion in bilateral air service agreements, available at http://europa.eu.int/comm/dgs/energy_transport/index_en.html (2006. 11. 18 검색).

34) I. Macleod et al, *supra* note 27, p.253.

35) Decision 80/50, [1980] OJ L18/24.

36) Macleod, *supra* note 27, p.260.

37) O. Rijsdijk, "EC Aviation Scene", 26 *Air & Space Law* (2001), p.333, at 337.

38) Rijsdijk, *ibid.*

이를 것이라는 점을 입증할 수 있는 심층적 분석에 착수할 것을 통보하였다(instruct). 1996년 6월 집행위는 컴퓨터 예약제도(CRS) 접근, 코드 공유(code sharing), 임대차(leasing), 환경보호, 공항이·착륙시간 배정(time-slot allocation) 및 소유 제한 등과 같은 연성 권리(soft rights) 문제에 관해서만 미국과 교섭할 권한을 위임받았다.

3. 집행위원회의 입장과 교섭권능

공동체 執行委員會는 회원국이 제3국과 체결한 항공운수협정 규정 가운데 운임조정(tariff co-ordination) 문제 및 국적 요건(nationality requirement)이 차별적이라는 점 등을 이유로 운수협정들이 공동체법을 위반하는 요소를 포함하고 있다는 의견을 표명해왔다.³⁹⁾ 그러나 이 문제에 관한 집행위의 입장은 일관성을 결여하고 있다. 집행위는 회원국이 제3국과 체결하는 운수협정과 관련, 자신이 공동체 전체를 위하여 운임, 시장 접근 및 수송력(capacity) 등의 운수권(air traffic rights) 문제의 교섭에 관한 배타적 권한(exclusive authority/powers)을 가진다고 1990년대 초부터 주장해 왔으나, 다른 한편으로는 회원국으로부터 이러한 문제에 관한 권한을 취득하려고 노력해왔다. 즉 집행위는 한편으로는 회원국의 제3국과의 운수협정 체결교섭에 관한 배타적 권능을 주장하면서도 또 다른 한편으로는 항공운수협정이 공동체의 '공동항공정책'(common aviation policy)의 원칙을 침해하는 경우에만 그리고 침해하는 한도 내에서만 교섭권능을 가진다고 주장하고 있는 것이다.

4. 집행위 주장에 대한 회원국의 입장

執行委는 특히 회원국의 미국과 운수협정 교섭에 있어서 개별 회원국이 교섭하는 경우 미국 지정항공사는 공동체 내의 지점을 자유롭게 취항할 수 있게 되는데 반하여 공동체 항공사들은 그에 상응하는 미국 내 지점 취항이 허용되지 않는다면, 執行委가 공동의 항공정책에 입각하여 미국과 교섭에 나설 경우 공동체 항공사들에게 미국 내 지점에 대한 보다 유리한 접근이 가능할 것이라는 입장을 표명하였다.⁴⁰⁾

執行委의 이러한 입장에 대하여 회원국들은 시장접근, 운임, 수송력 및 운수권(traffic rights)에 관한 교섭은 회원국들이 輸送理事會

(Transport Council)를 통하여 이를 집행위에 허용하는 경우에만 집행위가 다룰 수 있는 문제라고 주장하고 있다.⁴¹⁾ 이러한 공동체 내부의 이견으로 말미암아 미국은 1996년 10월 유럽공동체의 '공동의 항공분야'에 관한 執行委와의 협상의 진정성(seriousness)의 수준에 대하여 의구심을 가지지 않을 수 없었다고 한다. 특히 영국은 당시 미국과 항공자유화 협정을 교섭하고 있던 중이었던 관계로 집행위에 연성권리조차 위임하는 것을 반대하는 입장이었다. 결국 공동체 집행위와 이사회는 현재 회원국이 제3국과 체결하는 항공운수협정에 있어서 회원국들이 위임하는 범위 내에서 극히 제한적인 권능을 가지고 있음을 알 수 있다.

V. 유럽司法裁判所의 執行委員會 對 獨逸연방 사건 판결

1. 판결 개요

유럽司法裁判所(European Court of Justice)는 2002년 유럽공동체 집행위원회 對 독일연방 사건⁴²⁾에서 재판소는 미-독 항공운수협정 상 독일 정부 지정항공사에 대한 독일 정부, 국민·법인의 실질적 소유와 실효적 지배를 의무화한 조항이 독일 이외의 공동체 회원국 국민 또는 법인에게 독일 국민 또는 법인에게 유보된 대우를 허용하지 않음으로써, 공동체조약 제52조를 위반하였다고 판단하였다.⁴³⁾ 재판소는 독일 정부가 동 협정을 정당화하기 위하여 주장한 공서(public policy)를 이유로 한 차별정책은 독일사회의 근본적 이익에 영향을 미치는 진정 그리고 충분히 중대한 위협에 대처하기 위하여 차별적 조치를 유지할 필요성, 그리고 위협과 차별조치 간의 직접적 연관을 전제로 하나, 그러한 직접적 연관은 존재하지 않는다고 판시하였다.⁴⁴⁾

2. 지정항공사에 대한 실질적 소유·실효적 지배 요건: 내용과 근거

운수협정 체약당사국 또는 그 국민의 지정항공사에 대한 실질적 소유·실효적 지배 요건은

41) *Ibid.*, at 337.

42) Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany (Case C-476/98), European Court of Justice, Judgment (2002. 11. 5).

43) Para.156.

44) Paras.157-159.

39) Rijsdijk, at 336.

40) *Ibid.*, at 338.

전술한 國際航空業務 通過協定(제1조 제5절)와 國際航空運送協定(제1조 제6절)에도 규정되고 있다. 또 1946년 및 1977년 영-미 간 구·신 버뮤다 협정은 實質的 所有(substantial ownership)와 實效的 支配(effective control) 요건을 명문화하여 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 또 한국이 체결한 대부분의 운수협정--1991. 5. 29 서명된 한-소 항공업무를 위한 협정⁴⁶⁾, 1994. 10. 31 서명된 한-중 항공운수협정,⁴⁷⁾ 1998. 6. 9 서명된 한-미 항공운수협정,⁴⁸⁾ 2003. 3. 13 서명된 한-러 항공업무에 관한 협정⁴⁹⁾ 등-- 역시 이러한 요건을 명문화하고 있다.

이러한 운수협정 당사국 또는 동 당사국의 국민이 지정항공사에 대한 실질적 소유와 실효적 지배를 요구하는 근거는 무엇보다도 소위 便宜置籍(flag of convenience)을 통하여 여러 가지 항공안전·보안 관련 규제를 회피하는 것을 방지하는 데 있다.⁵⁰⁾ 보다 구체적으로 1) 동 지정항공사들이 국제항공운송의 운항에 적용되는 법령에 규정된 제조건을 충족할 능력을 갖추고 있는지의 여부를 협정 당사국(항공당국)이 감독할 수 있도록 하고, 또한 2) 지정 항공사들이 항공안전 및 항공보안 유지와 관련된 규정된 규칙·기준들을 유지·적용하는지의 여부를 협정 당사국이 감독할 수 있도록 하기 위한 것이다.⁵¹⁾

航空安全(aviation safety)과 관련된 국제 및 국내 규칙·기준에는 무엇보다도 항공관계, 항공기 등록,⁵²⁾ 항공기 감항증명(certification of airworthiness), 항공기·발동기 또는 프로펠러

형식증명(type certificate)의 발급·정지취소,⁵³⁾ 정기항공운송사업면허·운항증명의 발급·정지 또는 취소,⁵⁴⁾ 그리고 조종사 및 승무원 자격증명·신체검사증명·계기비행증명 또는 조종교육증명의 발급·갱신·정지 또는 취소⁵⁵⁾ 등이 포함되며, 이러한 항공협정 당사국의 권한은 항공기 운항 안전을 담보하는 최소한의 법적 안전장치(safeguards)이다.⁵⁶⁾ 또 航空保安(aviation security)이라 함은 항공테러리즘의 방지 내지 억지를 목적으로 실시되는 공항시설 보안, 항공기 보안, 승객 및 휴대물품 검색, 보안검색 실패 관련 대책, 그리고 검색업무 담당자에 대한 교육훈련과 함께, 항공기 損壞罪 및 不法拉致等 犯罪에 대한 규제·제재조치(벌칙 부과 포함)의 수립·시행을 포함한다.⁵⁷⁾

3. 실질적 소유·실효적 지배 요건의 법적 타당성

만일 이러한 공동체의 입장을 수용할 경우,

53) 항공법 제15, 17조.

54) 항공법 제113, 115조의 2, 122, 129조.

55) 항공법 제25-26, 31-34조.

56) 박현진, 전제각주 5, at 129-136.

57) 항공기의 불법납치억제를 위한 (헤이그) 협약(1970), 민간항공의 안전을 위협하는 불법적 행위의 억제를 위한 (몬트리올) 協約(1971)과 그 의정서(공항의정서, 1988), 가소성폭약의 타지를 위한 식별조치에 관한 협약(1991), 그리고 국내법인 항공안전및보안에관한법률 제10, 11, 12, 15, 19, 21, 28, 39-40조 및 항공법 제61조(폭발물등의 운송 또는 휴대의 금지), 122조, 156-184조(벌칙) 등 참조. 朴玄鎭, 「세계무역센터 및 국방성청사 '자살충돌' 테러사건과 변화하는 항공테러리즘」, 「항공우주법학회지」 제14호(2001. 12), pp.9-85 및 朴玄鎭, 전제각주 5, at 136-142; R.H. Mankiewicz, "The 1970 Convention", 37 *Journal of Air Law & Commerce*(JALC) (1971), p.195; R.I.R. Abeyratne, "Attempts at Ensuring Peace and Security in International Aviation", 24 *Transportation Law Journal* (1996), p.27 & Abeyratne, "Some Recommendations for a New Legal and Regulatory Structure for the Management of the Offense of Unlawful Interference with Civil Aviation", 25 *Transportation Law Journal* (1998), p.115; S.P. Halbrook, "Firearms, The Fourth Amendment, and Air Carrier Security", 52 *JALC* (1987), p.585; S. Manning, "The United States' Response to International Air Safety", 61 *JALC* (1995-1996), p.505.

45) 신버뮤다협정(1977), Art.3(6). P. Martin et al, *Shawcross and Beaumont Air Law* (London: Butterworths, 1991), vol.1, 제11장, IV(40) 이하 참조.

46) 조약 1053호, 1991. 5. 29 발효, 제3(4)조.

47) 조약 1252호, 1994. 10. 31 발효, 제3(2)조.

48) 조약 1454호, 1998. 6. 9 발효, 제3(2)(가)조.

49) 조약 1635호, 2003. 5. 21 발효, 제3(4)조.

50) Cheng, *supra* note 11, p.375.

51) 1998년 한-미 항공운수협정, 제3(2)(나)-(다)조 및 제6-7조 참조. 즉 이러한 요건은 계약당사국 항공당국 또는 그 국민이 소유 또는 지배하는 기업에 대해서 자국 법령을 적용하여 그 준수를 강제할 수 있는 것이 일반적이다.

52) 시카고 협약 제17-19조 및 항공법 제3-14조. B. Cheng, "Nationality and Registration of Aircraft--Article 77 of the Chicago Convention", 32 *Journal of Air Law and Commerce* (1966), p.551 참조.

우선 한국이 다른 나라와 체결한 항공운수협정과 모순이 발생하며, 특히 국내법인 航空法の 위반 문제가 발생한다. 항공법 第150條(許可의取消등) 제1항에 에 의하면:

“①建設交通部長官은 外國人國際航空運送事業者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 그 許可를 取消하거나 6月 이내의 기간을 정하여 그 사업의 정지를 명할 수 있다. 다만, 第1號에 해당하는 때에는 그 許可를 取消하여야 한다.
<개정 1997.12.13>

...

2. 이 법 또는 이 법에 의한 命令·處分에 위반하거나 許可 또는 認可에 붙인 條件에 위반한 때

....

4. 株式이나 持分의 過半數에 대한 所有權 또는 實質的인 支配權이 당해 外國人國際航空運送事業者가 國籍을 가지는 國家 또는 國民에 속하지 아니하게 된 때

5. 大韓民國과 外國人國際航空運送事業者가 國籍을 가지는 國家와 航空에 관한 協定이 있는 경우 당해 協定이 효력을 잃거나 당해 國家 또는 外國人國際航空運送事業者가 그 協定에 위반한 때“

라고 규정함으로써 외국 지정항공사가 항공법 규정을 위반하거나 실질적 소유 또는 실효적 지배 요건을 충족하지 못하는 경우, 허가를 취소 또는 정지시킬 수 있다고 규정하고 있다.

둘째, 한국과 운수협정 체결국이 아닌 공동체 회원국이 지정 노선에 ‘無賃乘車’하는 문제가 발생한다. 운수협정이 기본적으로 당사국간 상대적 여객창출능력에 기초한 거래에 입각한 것이라면, 공동체의 요구는 한국의 통상이익을 침해하는 결과를 초래하는 부당한 요구이며, 또 항공시장 경쟁기회 균등이라는 측면에서도 일방적인 요구라고 하지 않을 수 없다. 예컨대 현재 韓-英 간에는 양국의 지정항공사에 의한 주 7회씩 운항이 허용되고 있는데, 만일 공동체의 요구를 수용하는 경우, 공동체의 다른 회원국이며 주로 타국의 여객수요에 의존하는 네덜란드의 항공사들도 인천-런던 노선에 취항할 수 있는 불합리가 발생한다.⁵⁸⁾

또 그럼에도 공동체가 이를 요구한다면 공동

체는 相互主義와 互惠平等 및 항공자유화의 입장에서 회원국들이 역외 제3국과 체결한 운수협정에서 허용한 주요 유럽 도시를 포함, 모든 지점을 한국의 지정항공사에게 무제한하게 개방하여야 할 것이다. 따라서 공동체는 한국의 지정항공사에게 예컨대 암스테르담-뉴욕 노선, 심지어 런던-뉴욕 노선, 파리-뉴욕, 로마-뉴욕 노선의 취항을 허용하여야 할 것이다.

셋째, 국제법은 조약이 비당사국에게 아무런 권리나 의무를 창설하지 않는다는 일반원칙을 확립하고 있으며,⁵⁹⁾ 국내법의 일반원칙 역시 계약은 제3자에게 권리나 의무를 창설하지 않는다. 또 일반 국제법상 ‘內國民 待遇’ 原則은 상호주의 및 호혜평등의 입장에서 조약 체결당사국 국민과 법인에게 부여되는 권리 또는 이익으로서 운수협정의 체결당사국이 아닌 비당사국 국민이 요구하거나 비당사국 국민에게 부여되어야 하는 일반적 법적 권리 또는 이익은 아니다. 또 국내법상 외국인에 대한 지위의 보장⁶⁰⁾은 國際法과 條約이 정하는 바에 따라 부여되는 것이며, 또한 내국인과 동일한 지위를 보장하는 것이 아님은 두말할 여지가 없다.

3. 판결 평가: 유럽공동체법 위반 항공협정의 국제법상 효력

유럽사법재판소 판결은 공동체법이 국제법에 우선한다는 전제하에서만 가능한 판결이며, 이러한 전제의 타당성은 의심스럽다. 국제법은 조약 당사국이 국내법 규정을 원용하여 조약상의 의무 불이행의 근거로 정당화할 수 없다는 원칙을 확립하고 있으며,⁶¹⁾ 마찬가지로 공동체법 규정을 이유로 합법적인 조약 규정을 무효로 한 유럽재판소 판결은 정당화될 수 없다. 공동체의 집행위원회가 공동체법(예컨대 위임된 권능 규정 등)을 위반하여 조약을 체결된 경우, 그러한 조약의 유효성 여부와 효력은 공동체법이 아니라 국제법에 의하여 평가되어야 한다.⁶²⁾ 마찬가지로 회원국이 공동체법을 위반하여 조약을 체결한 경우 그 有效性과 效力은 국제법에 의하여 평가되어야 한다. 또 비록 국내법상 조약체결권을 가지지 않은 기관이 그 권능을 남용하여 조

59) 조약법에 관한 비엔나 협약, 제34조.

60) 예컨대 대한민국 헌법 제6조 제2항: “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다“.

61) 조약법에 관한 비엔나 협약, 제27조.

62) Macleod et al, *supra* note 27, p.130.

58) 대한항공, “항공자유화에 대한 입장”, 보도자료, 2006. 9.

약을 체결한 경우에도 그 국가는 이를 이유로 조약상의 의무 불이행의 근거로 이용할 수 없다.⁶³⁾

VI. 결 어

미국이 1970년대 후반 이후 주도해 온 항공시장개방과 자유화는 시대적 요구이며 效率性(자원의 최적 배분)이라는 경제논리에 따른 요구로서, 그 기본적 취지와 목적의 정당성과 타당성은 인정되어야 한다. 문제는 市場失敗(market failure)에 따른 정부 개입 가능성과 항공자유화의 구체적 시행방식일 것이다. 이러한 맥락에서 우선 항공자유화는 운수협정 체결당사국의 항공여객 수요창출에 따라 당사국간 자유의사에 따라 체결되는 국제(항공)법상 구속력있는 법적 규범이며, 법의 일반원칙 그리고 국제법의 일반원칙은 계약(조약)은 제3자(국)에게 아무런 권리도 이익도 발생시키지 않는다는 규칙을 확립하고 있다.

둘째, 유럽사법재판소가 미-독 간 항공운수협정상 체결국 지정항공사에 대한 체결국 국민의 실질적 소유와 실효적 통제 규정이 회원국 국민간 차별금지를 규정한 공동체법 위반을 이유로 내린 동 규정 무효 판결은 공동체법이 국제법에 우선한다는 그릇된 전제하에서 출발한 결론이 아닐 수 없다. 또 이러한 공동체의 요구는 시카고 협약 및 항공운수협정의 기본 성격이 국가간 安保主權(領空主權)과 通商利益 간의 조화와 균형이라는 취지에 비추어서도 불합리한 것이라 아니할 수 없다.

셋째, 체결국 국민의 실질적 소유와 실효적 지배 원칙은 조약 및 체결 당사국이 국내법 상 부과하는 항공안전·보안 관련 규칙의 집행에 필요한 최소한의 조치로서, 체결국 이외 국민에게 부여되어야 하는 권리 또는 이익이 될 수 없다. 유럽사법재판소의 판결은 또 단순히 공동체 규칙에만 의존, 조약의 취지와 목적, 그 경제적 의의 등 보다 넓은 함축적 의미(wider implications)에 대한 고려 없이 공동체의 입장을 역외 제3국에 강요하는 것으로서, 사실상 '국내법의 역외적 적용'(extraterritorial application of domestic law)에 해당할 수 있으며, 국제법상 확립된 주권평등의 원칙(국제연합헌장 제2조 제1항)에도 반한다.

63) 조약법에 관한 비엔나 협약, 제46조 제1항.