

미국의 대외군사판매와 계약분쟁

Foreign Military Sales and Contract Dispute in the U.S.

조 장 현*

Jo, Jang Hyun

목 차

- | | |
|----------------------------|----------------------------|
| I. 서론 | IV. 대외군사판매 계약 분쟁에 대한 대응 방안 |
| II. 대외군사판매의 특징 | V. 결론 |
| III. 대외군사판매 계약시 제기되는 법적 쟁점 | |

한국의 방위력 개선 사업에서 FMS 제도의 활용이 증가함에 따라, 관련 법적 쟁점에 대한 철저한 준비가 필수적이다. 한국은 미국과의 군사 동맹을 통해 FMS 제도를 활용하여 신속히 선진 무기체계를 도입하고 있다. 이 글에서는 FMS 구매 계약의 기본법적 절차를 간단히 살펴보고, 최근 미국 법원에서 제기된 영국과 한국의 FMS 관련 소송 사례를 통해 주요 법적 쟁점과 판결을 검토하며, 향후 FMS 계약 시 유념해야 할 사항과 대안을 제시하였다.

Trimble 사건에서 미연방지방법원은 FMS 계약이 미국 정부와 군수업체 간의 조달계약임을 근거로 관할권이 없다고 판단했으나, 상급법원은 계약분쟁법이 해당 계약을 규율하지 않음을 들어 일반 사물관할권을 적용, 미연방지방법원에서 소송이 가능하다고 판결했다. 이 사건의 주요 의의는 FMS 계약에서 외국 정부의 제3자 이익에 관한 법률 적용 가능성을 명확히 한 점이다.

우리나라는 아직 FMS와 관련된 소송 사례가 많지는 않지만, 방위력개선사업에서 FMS를 통해 무기체계를 도입할 경우 법적 분쟁이 발생할 수도 있다. 특히, 우리나라는 FMS 계약에서 제3자 위치에 놓일 가능성이 크므로, Trimble 사건에서 다뤄진 법적 쟁점은 중요한 선례가 될 수 있으며, 이를 반영해 법적 대응 전략을 마련할 필요가 있다.

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2024..58.73>

투고일: 2024. 6. 28. / 심사완료일: 2024. 8. 13. / 게재확정일: 2024. 8. 17.

* 변호사(District of Columbia, U.S.A.) / 한동대학교 일반대학원 법학박사 수료.

Attorney at Law(District of Columbia) / Ph.D Candidate, Handong Global University School of law

BAE 사건에서는 FMS 계약이 성사되지 않은 상황에서 우리나라와 미국 군수업체 간의 합의각서에 따른 분쟁이 발생했다. 우리나라는 서울중앙지방법원에 소를 제기했으나, 미국 군수업체는 서울지방법원의 관할권을 부인하는 의견서를 미연방지방법원에 제출했다. 미연방지방법원은 합의각서의 관할합의조항이 강제적이지 않다고 판단해 소송을 미국 법원에서 진행되었다. 이 사건은 FMS 관련 합의각서 작성 시 배타적 관할합의조항을 명시하는 대비가 필요함을 보여준다.

Blenheim 사건에서는 절충교역 과정에서 발생한 분쟁에서 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA) 적용 여부가 쟁점이 되었다. 미국 법원은 절충교역이 국가 간 방위협력의 일환으로 이루어진 것으로 판단해 이를 상업활동으로 간주하지 않고 외국주권면제를 인정했다. 이 사건은 절충교역에서 외국 정부의 법적 지위와 면제권을 확립한 중요한 판례로 평가되며, 우리나라가 유사한 상황에서 소송을 회피할 수 있는 법적 근거로 활용될 수 있다.

우리나라는 Blenheim 사건과 같은 사례를 통해 앞으로도 FMS 계약과 절충교역에서 발생할 수 있는 법적 분쟁에 더욱 대비할 필요가 있다. 마찬가지로 앞서 제시한 바와 같이 FMS 계약에서 제3자의 자격 여부, 관할권 문제, 외국주권면제법 적용 여부 등을 면밀히 분석하고, 협상이나 중재와 같은 대체 분쟁 해결 절차를 함께 고려해 자국의 이익을 보호할 수 있는 전략을 마련하는 것이 중요하다.

[주제어] 대외군사판매, 사물관할권, 계약분쟁법, 제3자 이익에 관한 법률, 관할합의조항, 외국주권면제법, 계약위반

I. 서론

미국 정부는 미군 표준 품목, 보안성 물자 및 무기 관련 용역을 외국 정부에 판매하는 대외군사판매(Foreign Military Sales, 이하 “FMS”)제도를 운영하며,¹⁾ 이는 미국 국방부 정책 차관(Secretary of Defense for Policy) 관할 하에 있는 국방안보협력국(Defense Security Cooperation Agency, DSCA)에서 관리하고 있다.²⁾

동맹국 간의 연대 강화 및 미국의 안보와 국익 증진을 목적으로 하는 FMS는 장기간 시행되어 왔으며, 제1차 세계대전 당시 유럽에 군수물자를 수출한 것을 시작으로, 제2차 세계대전에는 나치 정권에 대항하기 위해 영국을 비롯한 유럽 동맹국들에게 군사 물자를 판매하였고,³⁾ 이후에도 지속적으로 미국의 군사 조직 지원 기구를 통해

1) 김선영, 최신 방위산업개론, 북코리아, 2020, 237쪽.

2) Department of Defense Directive, Defense Security Cooperation Agency(DSCA), 2012, pp.1-4, <https://irp.fas.org/doddir/dod/d5105_65.pdf>, 검색일: 2024. 4. 11.

동맹국들에게 군수물자 및 군사 자문을 제공해왔다.⁴⁾

한국전쟁을 계기로 미국과 오랜 군사동맹의 역사⁵⁾를 공유하고 있는 우리나라도⁶⁾ 1953년 10월 1일 체결된 한미상호방위조약⁷⁾을 통해 미국으로부터 무상 군사 원조를 받은 바 있으며⁸⁾ 1973년 ‘방위산업에 관한 특별조치법’ 제정과⁹⁾ 1979년 한미연합사령부 창설,¹⁰⁾ 그리고 대외군사판매차관(Foreign Military Sales Credit)하에 미국지원을 통한 방위력개선사업이 시행된 바 있다.¹¹⁾

2008년 10월에는 미국에서 한미간 군사협력 강화 증진을 골자로 하는 「2008 한미 군사협력 강화법안」¹²⁾이 제정되면서 FMS 주요 구매국 지위를 획득함에 따라 미국산 무기 및 무기 관련 서비스 도입이 용이해졌으며,¹³⁾ 현재 우리나라는 F-35 전투기를 비롯한 상당한 무기를 FMS 계약을 통해 도입 및 운영하고 있다.¹⁴⁾

3) *Ibid.*

4) See. President Truman’s Message to Congress; March 12, 1947; Document 171; 80th Congress, 1st Session; Records of the United States house of Representatives; Record Group 233; National Archives.

5) 1950년 6월 25일 북한의 기습 남침으로 시작된 한국전쟁을 계기로 한국과 미국의 관계는 더욱 특별해졌으며, 유엔 안전보장이사회는 같은 해 6월 27일 북한의 기습 남침에 대한 격퇴 및 국제 평화와 안전의 회복을 위한 원조를 유엔 회원국들에게 권고하였고, 미국의 주도 하에 주한유엔군사령부가 창설되어 북한의 무력 공격에 대한 격퇴 작전을 실시하였다. UN Doc. S/RES/82-84 (1950).

6) U.S. Department of State, “U.S. Relations With the Republic of Korea – Bilateral Relations Fact Sheet Bureau of East Asian and Pacific Affairs”, <<https://www.state.gov/u-s-relations-with-the-republic-of-korea/>>, 검색일: 2024. 4. 5.

7) 공식 명칭은 “대한민국과 미합중국간의 상호방위조약”(Mutual Defense Treaty between the Republic of Korea and the United States of America)이다. 동 조약에 대한 자세한 내용은 이동원, “이승만 정권기 ‘한미합의의록’의 체결과 개정”, 역사와 진실 제107호, 한국역사연구회, 2018, 449-450쪽 참고.

8) 1956년부터 우리나라는 미국으로부터 연평균 2억 3,000만 달러의 무상군사원조를 받았으며, 1954년부터 1961년까지 우리나라는 13억 8,000만 달러의 군사원조를 받았다. 행정안전부 국가기록원, “전후 미국의 군사원조”, <<https://www.archives.go.kr/next/newsearch/listSubjectDescription.do?id=006387&sitePage=>>>, 검색일: 2024. 4. 15.

9) 제1, 2차 전력증강계획을 세우고 조기경보체계 구축과 전쟁 지속능력의 확장 등을 목표로 방위력개선사업을 실시하게 되었다. 행정안전부 국가기록원, “방위력개선사업”, <<https://www.archives.go.kr/next/newsearch/listSubjectDescription.do?id=006222&sitePage=>>>, 검색일: 2024. 4. 15.

10) 안준형, “유엔사의 역할 변화에 대한 법적 쟁점과 과제”, 국제법연구 제26권 제2호, 서울국제법연구소, 2019, 37-38쪽.

11) 1976년까지 대외군사판매차관의 형식으로 우리나라는 약 6억 달러의 차관으로 F-5E/F, F-4D/E, 하푼 함대함 미사일, 지대지 미사일 등을 수입하였다. Sudderth Steven, “United States National Interests in the Republic of Korea”, Naval Postgraduate School, 1986, p.84.

12) H.R.5443. - United States-Republic of Korea Defense Cooperation Improvement Act of 2008.

13) U.S. Department of State, “U.S. Security Cooperation With ROK”, <<https://www.state.gov/u-s-security-cooperation-with-korea/>>, 검색일: 2024. 4. 15.

FMS 제도가 계약을 통해 무기와 같은 실물뿐만 아니라 용역거래라는 측면에서 볼 때 당사자 간의 분쟁이 발생할 소지가 있고 실제로 우리나라도 FMS 계약과 관련하여 미국 법원에서 소송이 제기된 바 있지만 이와 관련한 법적 연구는 미흡한 실정이다.¹⁵⁾

이 글에서는 FMS 구매 계약과 관련된 기본적인 법적 절차를 간단히 살펴보고, 최근 동향으로 미국 법원에서 제기된 영국과 우리나라의 FMS 관련 소송을 소개하며, 제기된 법적 쟁점과 법원의 판결을 검토하여 향후 FMS 계약 구매 시 유념해야 할 사항과 실질적인 대안점을 제시한다. 특히, 법적 분쟁이 증가하는 상황을 고려하여 계약 체결 시 명확한 계약 조건 설정과 법적 검토 절차의 중요성을 강조하고, 분쟁을 최소화하고 계약의 효율성을 높일 수 있는 방안을 제안하는 데 의의를 두고 있다.

II. 대외군사판매의 특징

1. FMS의 법적 근거와 판매 계약 체결 절차

FMS는 미국의 의회에서 1961년에 제정된 외국 원조법(Foreign Assistance Act, 이하 “FAA”)과 1976년 무기수출통제법(Arms Export Control Act)¹⁶⁾에 의해 엄격히 통제되고¹⁷⁾ 군사물자(defense articles) 및 건설(construction), 용역(service), 교육훈련

14) U.S. Department of State, “U.S. Security Cooperation With ROK”, op. cit. 우리나라는 FMS 제도를 통해 F-35 합동타격전투기, P-8A 해상초계기, 패트리엇 성능 향상 단계-3 미사일 시스템, 글로벌 호크 무인 항공기, KF-16 전투기 업그레이드, 이지스 전투시스템, 하푼 미사일 및 AH-64E 공격 헬기를 수입하였다.

15) FMS와 관련한 국내에 연구의 대부분은 군사학적 시각에서 다루어져, FMS 개념과 절차, 문제점 및 개선 사항을 다루고 있다. 위경복, “대외군사판매제도와 효율적 활용방안”, 군사논단 제57호, 한국군사학회, 2009; 유규열, “미국의 대외군사판매(FMS) 제도 개혁에 따른 우리 군의 대응방안”, 무역학자 전국대회 발표논문집, 한국무역학회, 2008 참조.

16) Congressional Research Service, “Transfer of Defense Articles: U.S. Sale and Export of U.S.-Made Arms to Foreign Entities”, March 23, 2023, <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46337/5>>, 검색일: 2024. 4. 16.

17) 미국은 FMS 판매시 외국 정부 혹은 단체들에게 미국 내에서 생산된 ‘군수물자 및 용역’에 대한 수출에 있어서 중개자의 역할로서 참여하게 되고 대통령행정명령(Executive Order) 13637에 따라 미대통령은 권한을 위임한 국무장관(Secretaries of State), 국방장관(Secretarise of Defense), 상무장관(Secretaries of Commerce)들이 무기수출통제법에 의거하여 ‘군수물자 및 용역’의 수출 및 이전을 승인한다. Federal Register, Executive Order 13637 of March 8, 2013, Administration of Reformed Export

(training)을 지원한다.¹⁸⁾

FMS 방식은 미국정부가 구매국을 대신하여 미국의 군수업체와 직접 계약을 체결하여 무기 및 관련 서비스를 구매하고, 이를 구매국에 제공하는 방식¹⁹⁾이기 때문에 외국 정부와 미국 군수업체와는 직접 거래 하지 않는다. 따라서 FMS 방식을 통해 이루어지는 거래에서는 구매국인 외국 정부는 계약의 직접적인 당사자가 될 수 없고, 미국 군수업체와 직접적인 계약 관계를 맺지 않는다.²⁰⁾

FMS의 절차상 구매국의 첫 역할은 자국이 필요로 하는 무기 시스템이나 서비스에 관련해 사업 내용, 일정 및 총사업비 등을 산정하여 미국정부와 체결하고자 하는 계약 조건을 기재한 요청서(Letter of Request, 이하 “LOR”)를 미국의 국방안보협력국(Defense Security Cooperation Agency)에 전달하는 것이다.²¹⁾

1.1 구매국의 요청서(Letter of Request)

LOR은 구매국이 미국 정부에 제출하는 공식 문서로, 자국의 필요와 요구를 명확히 전달하는 중요한 역할을 한다. 이는 군수물자나 서비스 구매 요청을 포함할 수 있으며, 구매국이 구매 결정을 내리기 위해 필요한 추가 정보를 요청하는 경우에도 사용된다.²²⁾ 또한 LOR은 정해진 형식이 따로 없으며, 중요한 것은 구매국의 공식 대표자가 미국 정부에 제출했음을 확인할 수 있고, 요청의 목적과 함께 미국 정부가 이를 처리하는 데 필요한 정보가 포함되어 있어야 한다는 점이다. 다시 말해 LOR은 구매국의 요구사항을 명확히 전달할 수 있도록 작성되면 되기 때문에 그 형식은 유연하며²³⁾ 제출 방법 또한 이메일, 편지, 메시지, 제안 요청서(requests for proposal, RFPs) 등의 형식 중 어느 양식을 선택해도 무방하다.²⁴⁾

Controls.

18) 박근서, “방산수출 정부간(GtoG)거래: 거래구조 및 당사자의 의무와 책임을 중심으로”, 무역보험연구 제14권 제2호, 한국무역보험학회, 2013, 131쪽.

19) 22 U.S.C.S. § 2762.

20) See, *Heroth v. Kingdom of Saudi Arabia*, 565 F. Supp. 2d 59, 62(D.D.C. 2008) hereinafter: *Heroth*.

21) U.S. Department of State, “Foreign Military Sales: Process and policy”, <<https://2017-2021.state.gov/foreign-military-sales-process-and-policy/>>, 검색일: 2024. 6. 5.

22) SAMM at C.5.1.1.

23) SAMM at C.5.1.2.1.

24) SAMM at C.5.1.2.

구매국은 LOR을 FMS를 관리하는 미국방부(Department of Defense) 산하 국방안보협력국(Defense Security Cooperation Agency)를 주요 수신처로 하여 제출해야 하고, 사본은 구매국 주재 미국대사관에 위치한 안보협력사무소(Security Cooperation Organization)와 인도-태평양 사령부(United States Indo-Pacific Command), 유럽사령부(United States European Command) 등 미군의 지역 사령부(Geographic Combatant Command)에 제출하여야 한다.²⁵⁾

국방안보협력국(Defense Security Cooperation Agency, DSCA)은 구매국으로부터 전달받은 LOR(Letter of Request, 요청서)을 바탕으로, 수출 허가에 필요한 절차를 진행하기 위해 FMS 관련 업무를 담당하는 부서들로 이를 이관한다.²⁶⁾ 이때 FMS 관련 부서들은 구매국의 LOR에 명시된 무기 품목, 물자, 장비 또는 무기 관련 서비스에 대한 금액, 인도 가능 시기 등 다양한 제반 사항을 심사하게 되고,²⁷⁾ 특히 미국방부는 구매국의 자격요건을 중립적인 입장에서 객관적으로 평가한다.²⁸⁾

구매국은 FMS 방식에 의해 무기 및 관련 용역을 구매하고자 할 때에는 반드시 FMS 계약 이전에 미국 정부가 제시하는 조건에 동의하여야 하며, 이를 반드시 수행할 것을 서명해야 한다.²⁹⁾

1.2 청약 및 승낙서(Letter of Offer and Acceptance)

LOR이 제출된 후, 미국 정부는 요청된 무기나 서비스를 제공할 수 있는지 검토한 후, 청약 및 승낙서(Letter of Offer and Acceptance, 이하, “LOA”) 초안을 작성하고 구매국은 이 과정에서 미국 정부와 협력하여 최종 계약 조건을 협의한다.³⁰⁾

25) SAMM at C.5.1.3.

26) LOR은 미국의 안보협력기구(U.S. security cooperation organization, SCO)에 전달하게 되는데 일반적으로 구매를 원하는 국가의 미국 대사관 내에 있는 국방협력국(Office of Defense Cooperation) 혹은 미국방부 산하 안보지원국(Defense Security Cooperation Agency)에 요청서를 제출한다. See. Defense Security Cooperation Agency, “Table C5.T2. IAS Authorized to Receive Letters of Request(LORs)”, <<https://samm.dsca.mil/table/table-c5t2#DSCA>>, 검색일: 2024. 4. 16.

27) Congressional Research Service, supra note 19.

28) Defense Security Cooperation Agency, “C4-Foreign Military Sales Program General Information”, <<https://samm.dsca.mil/chapter/chapter-4#C4.3>>, 검색일: 2024. 4. 16.

29) Defense Security Cooperation Agency, “End Use Monitoring”, <<https://samm.dsca.mil/chapter/chapter-8>>, 검색일: 2024. 4. 5.

30) See. SAMM at C.4.

미국 정부는 LOA 작성의 첫 단계에서 LOR을 세 가지 유형으로 구분하는데, 첫째, 구매국이 군수 물품 및/또는 서비스를 명확히 기술한 경우 ‘확정된 주문(Defined Order)’으로, 둘째, 특정 범주의 품목이나 서비스를 금액 상한 내에서 구체적인 품목이나 수량을 명시하지 않고 구매하는 ‘블랭킷 주문(Blanket Order)’으로, 셋째, 구매국이 미국의 공급 시스템에 참여하여 미군 재고에서 부품 및 공급품에 접근할 수 있는 ‘협력 로지스틱 공급 지원 계약(Cooperative Logistics Supply Support Arrangement, CLSSA)’으로 구분한다.³¹⁾

LOR이 유형화된 후, FMS 사전 계약 과정을 추적하고 관리하기 위해 국방안보지원 관리시스템(Defense Security Assistance Management System, DSAMS)을 이용하여 계약이 성사될 때까지 수정 사항이나 변경 사항 등을 입력하고, 이를 바탕으로 구매국에 송부할 LOA의 초안을 작성한다.³²⁾ LOA에는 구매국이 미국으로부터 제공받은 군수물자, 교육, 및 용역을 본래 목적에만 사용하고, 미국 정부의 사전 서면 동의 없이 이를 제3자에게 소유권이나 점유권을 이전하지 않으며, 미국 정부가 제공한 것과 동일한 수준으로 유지해야 한다는 내용도 포함한다.³³⁾

LOA 체결 이후, FMS 계약이 성사되기 전까지 군수물자의 특정 사양, 획득 방법, 가격 및 납품 기일 등을 포함한 계약 조건에 대해 당사자들 간의 협상이 진행되며, 최종적으로 FMS 계약이 체결되면 미국 정부는 자국 내 군수업체로부터 무기 또는 관련 서비스를 직접 구매하여 외국 정부에 판매하거나, 미국방부의 군수품 중 선별하여 수출하게 된다.³⁴⁾

최종적으로, 미국 정부는 무기 개발비, 수출 가격, FMS 계약 관리에 필요한 행정 비용(Administrative cost) 및 계약 당사자들의 위험 비용(Risk cost) 등을 산출하여, 이를 반영한 최종 LOA를 구매국에 전달한다.³⁵⁾

31) See. SAMM at C.5.4.3.

32) Department of Defense, “Defense Security Assistance Management System(DSAMS)”, <<https://www.dote.osd.mil/Portals/97/pub/reports/FY2011/dod/2011dsams.pdf?ver=2019-08-22-112220-393>>, 검색일: 2024. 07. 18.

33) *Ibid.*

34) *Heroth*, op. cit.

35) FAA § 505(22 U.S.C. 2314) 및 AECA § 3(22 U.S.C. 2753), § 4(22. U.S.C. 2754)에 근거하여 LOA가 작성된다.

2. FMS 계약의 이점과 한계

FMS 계약상 특이 사항으로는 첫째, 미국방부에서 군수물자에 대한 운영유지에 필수적인 제반 사항들을 일괄 제공하고, 둘째, 동시에 미군과 동일한 수준의 군수지원을 보장받으며, 셋째, 계약 관리를 위한 계약 금액 대비 일정 비율의 행정 비용 역시 미국 정부가 책임을 진다는 점이다.³⁶⁾

FMS 방식으로 공급되는 군수물자는 전시 상황에도 불구하고 FMS 발주를 우선 이행할 수 있으며, 군수물자의 인도 계획이 확정되면 돌발 상황 발생 시에도 미군의 군수품을 전용하여 신속히 구매국에 인도할 수 있는 이점이 있다.³⁷⁾ 또한, FMS 사업에 따라 미국의 군사 장비나 시스템을 구매할 때 추가되는 비순환비용(Nonrecurring Costs)이 면제될 가능성이 있고, 구매국이 지원 장비 및 부품의 범위를 결정함에 따라 언제든지 사업관리 검토회의를 개최할 수 있어 구매국의 요구를 충분히 반영할 수 있다.³⁸⁾ 이와 더불어 공급된 방산물자에 대한 미국방부의 품질관리 절차에 따라 장비 및 부품의 관리를 받을 수 있기 때문에³⁹⁾ 구매국에게 편의성을 제공한다는 이점도 있다.

그러나 FMS 계약에서는 미국 정부가 구매국을 대신하여 미국의 군수업체와 계약을 체결하기 때문에, 구매국은 FMS 계약에서 직접적이든 간접적이든 미국의 군수업체와 계약 관계를 맺지 않으며, 따라서 문제가 발생할 경우 구매국은 미국 정부를 통해서만 해결 방안을 요청할 수밖에 없다는 제한점이 있다.⁴⁰⁾ 비록 구매국과 미국 정부가 여러 차례 논의를 통해 군수물자 및 무기의 품질, 성능, 기능, 구매국 내 운영 중인 무기체계와의 호환성, 도입 시기와 방법, 그리고 무기체계의 가격 등에 대해 충분히 합의했다하더라도, 거래 품목의 인도 절차 지연이나 물품 하자과 같은 문제가 발생할 수 있다.

36) 형혁규/김영일, “미국의 대외군사판매제도(FMS)와 해외 무기 획득사업의 과제”, 국회입법조사처, 2012, <[file:///C:/Users/djang/Downloads/Report+477+\(The+Foreign+Military+Sales+\(FMS\)+of+the+U.S.+and+Tasks+of+the+Overseas+Defense+Acquisition+System+\)%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/djang/Downloads/Report+477+(The+Foreign+Military+Sales+(FMS)+of+the+U.S.+and+Tasks+of+the+Overseas+Defense+Acquisition+System+)%20(6).pdf)>, 검색일: 2024. 4. 15.

37) 한국방위산업진흥회, “해외군사판매(FMS)와 상용판매의 장단점 비교”, 국방과학기술, <<https://koreascience.kr/article/JAKO200341547999975.page>>, 검색일: 2024. 4. 12.

38) *Ibid.*

39) *Ibid.*

40) Defense Security Cooperation Agency, “Letter of Offer and Acceptance(LOA) Standard Terms and Conditions”, <<https://samm.dsca.mil/sites/default/files/C5.F4.pdf>>, 검색일: 2024. 6. 5.

Ⅲ. 대외군사판매 계약시 제기되는 법적 쟁점

대외군사판매 계약을 통한 무기 거래는 국가 안보와 직결되어 경제적 이익을 추구하는 일반 상품 거래와 달리, 엄격한 통제와 복잡한 절차, 그리고 전략적 협상이 요구된다.⁴¹⁾ 무기체계는 계약 완료 후 10년 이상 운용되기 때문에 기능 유지, 보수 관리, 교육 등 후속 군수지원이 필수적이며, 이러한 특성으로 인해 일부 국가들은 무기체계 구매 시 기술 이전, 정비 능력, 물품 역수출 등을 포함한 절충교역을 선호한다.⁴²⁾

대외군사판매 제도 하에서 계약을 체결한 국가들은 계약 완료 후 공급된 무기의 성능 미달, 미국 군수업체와의 사전 합의각서 불이행, 절충교역 과정에서 발생하는 충돌 등으로 어려움을 겪을 수 있으며, 이러한 갈등이 법적 다툼으로 확산될 경우 사물관할권(subject matter jurisdiction), 계약위반(breach of contract), 제3자 이익에 관한 법률(Third-party beneficiary status), 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act)의 적용 여부 등 다양한 법적 쟁점이 제기될 수 있다. 이와 관련된 외국 및 우리나라의 소송 사례는 다음과 같다.

1. *U.K. MINISTRY DEFENCE v. TRIMBLE NAVIGATION*

U.K. MINISTRY DEFENCE v. TRIMBLE NAVIGATION(이하, Trimble) 사례는 FMS 방식에 따라 미국의 군수업체에 해당하는 Trimble로부터 구매한 군수 물품의 하자로 피해를 입은 영국정부가 미국의 군수업체를 상대로 직접 소송을 제기한 사례이다.⁴³⁾

1.1 사실관계

1998년 영국 정부는 FMS 계약을 통해 Trimble로부터 약 2,000개의 위성항법 관련 군수 물품(NAVSTAR GPS)을 구매했으나, 상당수가 계약상 요구 조건을 충족하지 못해 성능 검사에서 미달되었고, 이는 순항미사일 개발 지연 및 예상보다 크게 증가한

41) 김선영, *supra* note 1, 237쪽.

42) *Ibid.*

43) See. *U.K. Ministry of Defence v. Trimble Navigation Ltd.*, 422 F.3d 165, hereinafter: *U.K. Ministry of Defence*.

도입 비용으로 인해 영국 정부에 막대한 피해를 초래했다. 영국 정부는 FMS 계약 당사자인 미국 정부에 피해 사실을 통보하고 Trimble로부터 피해 보상을 요구했으나, 미국 정부가 Trimble의 책임을 인정하면서도 보상 대신 철저한 모니터링을 약속하자, 영국 정부는 제3자 수혜자 지위가 성립한다고 주장하며 Trimble을 상대로 미연방지방법원에 소송을 제기했다.⁴⁴⁾

1.2 사물관할권(subject matter jurisdiction) 선택 및 계약분쟁법(Contract Disputes Act of 1978)의 적용 여부

영국 정부와 Trimble 간 소송에서 우선 제기된 쟁점들은 첫째, 사물관할권(subject matter jurisdiction) 유무와 둘째, 계약분쟁법(Contract Disputes Act) 적용 여부로, 특히 전자는 FMS 계약상 미연방지방법원이 외국 정부와 미국 군수업체 간 소송의 관할권을 가질 수 있는가에 대한 문제이다.

미국 연방 법전 제28편 사법 및 사법 절차(U.S. Code Title 28 Judiciary and Judicial Procedure) 항목 1332(a)는 미연방지방법원(District Court)이 민사 소송에 대한 관할권을 가질 수 있는 조건을 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 첫째, 소송 금액에 관한 요건으로써 소송에서 다루는 피해액이 75,000달러를 초과해야 하며 이 금액은 이자나 법정 비용을 제외한 피해액을 기준으로 한다. 둘째, 소송의 당사자들에 대한 요건으로써 4가지 유형이 있는데 그 중 하나가 원고가 외국 정부이고 피고가 미국 시민권을 가진 주체이어야 한다는 것이다. 단, 미연방 조달계약(procurement contract)에 관한 사안은 예외적으로 계약분쟁법(Contract Disputes Act of 1978)에 따라 규율된다.⁴⁶⁾ 이 법은 미국 정부와 계약을 체결한 당사자 간의 계약 분쟁을 해결하기 위한 포괄적인 법률 체계로,⁴⁷⁾ 미국 정부의 조달과 관련된 재화, 용역, 건설 계약뿐만 아니라 정부 행정관료가

44) *Ibid.* 영국정부는 제3자(third-party beneficiary)의 지위가 성립한다고 주장하면서 Trimble을 상대로 미연방지방법원에 소송을 제기하였다. FMS 절차에 의하면 외국정부(구매국)를 대신하여 미국 정부가 미국 내 방산업체와 무기 및 무기 관련 서비스를 계약을 통해 구매하여 외국 정부에게 공급한다. 이에 따라 본 사례의 외국 정부에 해당하는 영국 정부는 직접적인 계약 당사자가 아니므로 제3자(third-party beneficiary)의 자격임을 주장하면서 Trimble을 상대로 계약위반소송을 제기하였다.

45) 28 U.S.C.A. § 1332(a).

46) 계약분쟁법(Contract Disputes Act of 1978)은 1969년 11월 26일 미의회의 입법과정을 통해 미국정부의 조달(Procurement)과 관련한 계약에 있어서 분쟁이 발생할 경우 이를 규율할 목적으로 제정되었다.

47) 계약분쟁법은 미국 정부가 계약자를 대상으로 하는 제기한 소송 혹은 계약자가 미국 정부를 대상으

체결한 모든 계약을 규율한다.⁴⁸⁾

Trimble 사건에서 군수업체인 Trimble은 FMS 판매 방식으로 이루어진 계약이 미국의 계약분쟁법(Contract Disputes Act of 1978)에 따라 규율되어야 하므로, 본 계약 분쟁은 미연방지방법원(District Court)이 아닌 계약소청심사위원회(Board of Contract Appeals)나 미연방청구법원(the Court of Federal Claims)에서 다뤄져야 한다고 주장하였다. 반면, 영국 정부는 계약분쟁법(Contract Disputes Act of 1978)이 소송을 제기할 수 있는 주체를 미국 정부와 주계약업체로 한정하고 있으므로(Contract Disputes Act of 1978, § 6, 41 U.S.C.A. § 605), 본 사건에는 이 법이 적용되지 않으며, 따라서 미연방지방법원(District Court)에서 일반적인 연방법(federal common law)에 따라 다뤄져야 한다고 주장하였다.

미연방지방법원(District Court)은 Trimble의 주장을 받아들여, 해당 FMS 계약이 연방 조달계약(procurement contract)과 관련되어 있으므로 계약분쟁법에 의해 규제되어야 하며, 따라서 이 사건은 미연방지방법원이 아닌 계약소청심사위원회(Board of Contract Appeals)나 미연방청구법원(the Court of Federal Claims)에서 다뤄져야 한다고 결정하였다.⁴⁹⁾ 이에 불복하여 영국 정부는 항소하였고, 항소심에서는 영국 정부의 주장을 받아들여 계약분쟁법(Contract Disputes Act of 1978)에 따른 소송은 미국 정부와 주계약자만 제기할 수 있다고 판단하여 본사건은 미연방지방법원(District Court)에서 계약 분쟁이 다뤄져야 한다고 판결하였다.

1.3 제3자 이익에 관한 법률(third-party beneficiary status)

미연방지방법원(District Court)이 관할권(Jurisdiction)을 가짐에 따라 미연방의 지방법원(District Court) 및 상급법원(Court of Appeals)에서는 FMS 계약에 있어서 영국 정부가 제3자의 이익에 관한 법률(third-party beneficiary status)에 의해 소송 자격을 가질 수 있는가에 대한 쟁점을 다루었다.

제3자 이익에 관한 법률(third-party beneficiary status)에 의하면 계약의 주체들은 해당 계약이 제3자와 암묵적 혹은 명시적으로 상대적 이익 관계가 있다는 의도(intent)

로 제기한 소송에 한에서만 적용된다. Contract Disputes Act of 1978, § 6, 41 U.S.C.A. § 605.

48) *United States v. J & E Salvage Co.*, 55 F.3d 985, 987 (4th Cir.1995).

49) *U.K. Ministry of Defence*, op. cit., p.1.

를 밝혀야 한다.⁵⁰⁾

법원의 다수의견은 미국 정부와 Trimble 간의 계약서에서 계약 당사자들이 미국 정부와 Trimble이라는 점과 군수 부품(NAVSTAR GPS)의 대금 지급의 의무는 미국 정부에 있다고 명시된 점 등을 지적하면서 영국 정부가 제3자의 지위를 가질 수 있는 직접적인 증거가 없음을 제시하였다.⁵¹⁾ 또한 법원은 영국 정부와 미국 정부 간 맺은 청약 및 승낙서(the Letter of Offer and Acceptance)에서 군수 부품(NAVSTAR GPS)과 관련된 문제가 발생할 경우 미국 정부에게만 문제 제기를 할 수 있다는 점을 근거로 미국 정부가 영국 정부에게 제3자의 지위를 부여하지 않았다고 판단함에 따라 영국 정부는 군수 물품의 요구 성능 미달에 대한 보상을 받지 못하였다.⁵²⁾

2. *BAE Sys. Tech. Solution & Servs. v. Republic of Korea's Def. Acquisition Program Admin.*

2016년부터 2018년까지 진행된 우리나라 방위사업청과 BAE 간의 소송은 FMS 계약이 최종적으로 성사되지 않은 이후 발생한 분쟁으로, 방위사업청과 BAE 간에 체결된 합의각서(Memorandum of Agreement, 이하 “MOA”)의 이행과 관련된 문제를 둘러싸고 진행되었다. 이 소송의 핵심은 BAE가 MOA에 명시된 의무를 제대로 이행하지 않았다는 방위사업청의 주장에 있었다. FMS 계약이 성사되지 않으면서, 방위사업청은 BAE와의 MOA를 통해 대체 방안을 모색했으나, BAE가 이에 따른 의무를 충실히 이행하지 않자, 방위사업청은 이를 계약 불이행으로 보고 법적 대응을 시작했다. 소송 과정에서는 MOA의 법적 구속력, 계약 이행 의무의 범위, 그리고 방위사업청이 주장하는 손해배상 책임 등이 주요 쟁점으로 다뤄졌다.

50) *Sec'y of State for Defence v. Trimble Navigation Ltd.*, 484 F.3d 700, hereinafter: *BAE Sys. Tech. Sol. & Servs.*, hereinafter: *Sec'y of State for Defense*, p.6.

51) *Ibid.*, pp.7-8.

52) 한편, 해당 법원의 반대 의견에는 계약서 상 군수 부품(NAVSTAR GPS)의 최종 도착지가 영국이었다는 점과 영국 정부의 FMS 관련 번호가 명시된 점을 들어 영국 정부가 제3자 지위를 가질 수 있다고 해석하였다.

2.1 사실관계

2011년 우리나라가 보유하고 있는 KF-16 전투기의 성능개량이 요구됨에 따라 직접적인 상업 판매(Direct Commercial Sales)방식에 따라 성능개량을 진행하고자 하였으나 미국방부는 KF-16 전투기 성능개량에 미국의 민감한 군사기술이 포함된다고 판단하여 FMS 방식을 통해 우리나라 정부에 KF-16의 성능개량을 할 것을 요청했다.⁵³⁾ MOA의 주요 내용은 BAE가 방위사업청과 합의한 KF-16 성능개량 비용을 미국 정부와의 계약에 반영하기 위해 “최선의 노력(best effort)”을 다하고, 이를 이행하지 못할 경우 방위사업청에 제공한 보증서에 명시된 4,325만 달러를 지급하며,⁵⁴⁾ 방위사업청과 BAE 간 법적 분쟁이 발생할 경우 서울중앙지방법원에서 소송을 진행한다는 관할합의조항(forum selection clause)을 포함한다는 것이다.⁵⁵⁾

2013년, 미국 정부와 KF-16 성능개량 관련 FMS 계약 협상이 진행되던 중 첫 협상에서는 우리나라가 제시한 공급 가격에 합의했으나, 이후 미국 정부가 KF-16 성능개량에 소요된 예산의 선례를 제시하며 공급 가격을 크게 인상함에 따라, 초기에 합의된 가격과의 차이가 커 결국 FMS 계약이 파기되었다.⁵⁶⁾

방위사업청은 KF-16 성능개량을 위한 미국 정부와의 FMS 계약이 무산됨에 따라 BAE에 MOA에 명시된 4,325만 달러의 지급을 통지했으나, BAE는 계약위반이 없다는 주장을 내세워 미연방지방법원에 소송을 제기하였고,⁵⁷⁾ 해당 법원이 방위사업청의 소송 각하 요청(motion to dismiss)을 기각하자, 방위사업청은 BAE에 대해 답변서

53) See. *BAE Sys. Tech. Solution & Servs. v. Republic of Korea's Def. Acquisition Program Admin.*, 2016 U.S. Dist. LEXIS 168912, hereinafter: *BAE Sys. Tech. Solution & Servs.*

54) *BAE Sys. Tech. Sol. & Servs.*, op. cit. 원문은 다음과 같다. BAE and Korea memorialized their understandings in a Memorandum of Agreement. That BAE-Korea agreement authorized Korea to demand payment of the \$43.25 million promised in the Letters of Guarantee if (1) BAE failed to use its “best effort” to secure the terms specified in the BAE-Korea agreement in the separate agreement between the U.S. and Korean governments, and (2) BAE’s failure to use its “best effort” delayed conclusion of the government-to-government negotiations.

55) *Ibid.* 원문은 다음과 같다. “shall be resolved through a litigation and the Seoul Central Court shall hold jurisdiction”.

56) FARS 15,402(a), FARS 15.403-1(b)(1). FMS 프로그램에 있어서 조달 가격에 대한 권한은 미국 정부에 있고 미국 정부는 FMS 계약 전에 사전 자료를 통해 조달 가격을 설정하게 되어 있다. 하지만 FMS 계약 전에 구매국의 공개입찰이 있었을 경우 미국 정부는 조달 가격에 대한 조사가 반려될 수 있으나 의무 사항은 아니다.

57) See. *BAE Sys. Tech. Sol. & Servs.*, op. cit.

와 함께 횡소(cross-claim)를 제기하고 동일한 법적 쟁점을 다루기 위해 한국 법원에도 소송을 제기하였다.⁵⁸⁾

2.2 관할합의조항(forum selection clause)

관할합의조항(forum selection clause)은 계약서에 포함된 조항으로, 계약과 관련된 당사자 간에 분쟁이 발생할 경우 이를 해결할 특정 법원을 미리 지정하는 역할을 한다.⁵⁹⁾

법원은 계약서에 명시된 관할합의조항(forum selection clause)이 특정 분쟁 해결을 위해 지정된 법원을 의미하는 조항임을 확인할 경우, 그 조항이 비합리적이거나 불공정하지 않다면 이를 강제할 수 있다.⁶⁰⁾ 또한, 계약서에 포함된 관할합의조항(forum selection clause)이 특정 법원에서 소송을 제기할 수 있다고만 명시되어 명확하게 배타적이지 않고 부가적인 경우, 즉 특정 분쟁 해결을 위한 법원 지정이 명시적으로 배타적이지 않을 때, 법원은 해당 조항을 강제할 의무가 없다.⁶¹⁾

배타적 관할합의조항(mandatory forum selection clause)은 특정 분쟁을 해결하기 위해 지정된 법원에서만 소송이 진행되어야 한다는 조항이지만, 피고가 이 지정된 법원에서의 소송이 매우 불편(highly inconvenient)하다고 판단할 경우 법원에 이의를 제기할 수 있다.⁶²⁾ 예를 들어, 피고는 관할합의조항(forum selection clause)이 지정된 법원이 소송을 진행하기에 너무 멀리 떨어져 있어 증인 출석이 어렵고 중요한 증거 확보에 큰 어려움이 있다는 점을 주장할 수 있으며, 지정된 법원이 소송을 진행하기에 적절하지 않다는 것을 구체적 증거와 이유를 들어 입증해야 한다.⁶³⁾

58) *Ibid.*

59) 법정지 선택 조항(forum selection clause)은 계약 당사자들이 법적 문제가 발생할 경우 특정 법원을 미리 합의하여 계약서에 명시해 둬으로써 여러 관할지(jurisdiction)에서 발생할 수 있는 분쟁과 관련된 소송 비용과 복잡성을 줄이는데 목적성이 있다.

60) *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 15, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513 (1972).

61) *Weber v. PACT XPP Techs., AG*, 811 F.3d 758, 768 (5th Cir, 2016).

62) See. *Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. District Court*, 571 U.S. 49, 134 S. Ct. 568, 197 L. Ed. 2d 487 (2013), 원고는 소송에 진행에 있어 특정 법원에 증인들이 참석이 거리상의 이유로 참석이 매우 어려운 상황이라는 것을 밝혀야 하며 법정 다툼을 증명하는데 필요한 증거 등의 접근성이 매우 불편하다는 것 등을 매우 상세하게 증명하여야만 한다.

63) *Sinochem Int'l Co. v. Malaysia Int'l Shipping Co.*, 549 U.S. 422, 430, 127 S. Ct. 1184, 167 L. Ed. 2d 15(2007).

반면, 부가적 관할합의조항(permissive forum selection clause)은 특정 법원에서 소송을 제기할 수 있는 선택권을 제공하는 조항으로, 피고가 원고가 선택한 법원이 소송을 진행하기에 적절하지 않다고 주장할 경우, 원고는 해당 법원이 소송을 진행하기에 충분히 적합하고 불편함이 없다는 점을 입증해야 한다.⁶⁴⁾

BAE는 방위사업청이 서울중앙지방법원에 소를 제기한 것이 부가적 관할합의조항(permissive forum selection clause)에 따라 특정 법원에 소를 제기할 수 있는 선택권만을 제공할 뿐 강제성이 없다고 주장하였다.⁶⁵⁾ 이 사안에 대해 미연방 상급법원(Court of Appeals)에서는 방위사업청과 BAE 간 맺은 MOA에 명기된 관할합의조항(forum selection clause)이 배타적 관할합의조항(mandatory forum selection clause)으로 판단할 수 있는 “sole”, “only”, 혹은 “exclusive”와 같이 한정해 주는 의미 단어가 포함되어 있지 않아 부가적 관할합의조항(permissive forum selection clause)에 해당된다고 판단하였다.⁶⁶⁾ 이에 따라 원고인 방위사업청이 우리나라 서울지방법원이 소송을 진행하기에 적절한 관할지(proper forum)임을 증명해야 하는 책임을 지냈으나 입증을 하지 못하였다.⁶⁷⁾

2.3 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act)

다음으로 제기된 쟁점은 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act)에 관한 것으로, 외국 정부는 이 법에 따라 미국 법정의 관할권에서 면제권을 가질 수 있으나,⁶⁸⁾ 해당 면제권은 외국 정부가 스스로 이를 포기하거나 부인할 수 있다는 점이다.

외국 정부의 외국주권면제권이 부인되는 경우는 대표적으로, 첫째, 외국 정부가 자발적이고 명확한 의사 표명을 통해 면제권을 포기하는 경우와, 둘째, 소송 절차

64) See. *Atlantic Marine Construction Co.* op. cit.

65) See. *BAE Sys. Tech. Sol. & Servs.*, op. cit. 법정지 선택 조항의 원문은 다음과 같다. “Seoul Central District Court shall hold jurisdiction”.

66) *Ibid.*, p.9.

67) *Ibid.*, p.10.

68) 원문은 다음과 같다. “A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States ... in any case ... in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect in except in accordance with the terms of the waiver ...”

진행 중 답변서(answer) 제출 등 소송 절차에 참여하는 행위를 통해 암묵적(implication)으로 면제권을 부인하는 경우이다.⁶⁹⁾

2016년 2월 18일, 미연방지방법원은 방위사업청의 소송 각하 요청(motion to dismiss)을 기각한 후, 방위사업청이 BAE를 상대로 답변서를 제출하고 횡소(Cross Claim)를 제기한 사실에 근거하여, 방위사업청이 외국주권면제권을 행사하지 않겠다는 의사를 표명한 것으로 판단하였다.⁷⁰⁾

2.4 계약위반(breach of contract)

방위사업청과 BAE 간에 FMS 계약 이전 입찰을 통해 체결된 MOA는, KF-16 성능 개선에 필요한 비용을 FMS 계약에 반영하기 위해 “최선의 노력(best efforts)”을 다할 것과, 이를 이행하지 못할 경우 BAE가 일정 금액의 배상금을 지급할 것을 명시하고 있다.

미국 정부는 BAE와의 계약 협상을 통해 확인된 F-16 성능개량 비용 선례에 따라, 방위사업청과 MOA에서 합의된 금액보다 상당히 높은 비용이 소요될 것임을 방위사업청에 고지하였고, 이로 인해 MOA에 명시된 가격에 대한 방위사업청과의 의견 차이가 발생하자, 미국 정부는 FMS 계약의 파기를 통보하였으며, 이에 방위사업청은 MOA에 명시된 최선의 노력 조항을 근거로 BAE의 계약위반을 주장하였다.

미연방 법원은 방위사업청과 BAE 간에 체결된 MOA가 공급 가격 및 특정 기술에 대한 합의로 FMS 계약의 주요 내용과 밀접하게 연관되어 있으며, MOA를 FMS 계약과 분리하여 집행하는 것은 FMS 프로그램과 미국 정부의 지침, 나아가 미국의 안보 이익에 반하는 것이라고 판단하고, 방위사업청이 FMS의 직접 계약 당사자가 아니므로 BAE를 상대로 소송할 적격성이 없다고 판시하였다.⁷¹⁾

방위사업청은 본 소송이 FMS 계약이 성사되지 않았다는 점과 BAE와 맺은 MOA에 따라 BAE 행해야 할 “최선의 노력(Best efforts)”에 대한 불이행과 관련된 것이므

69) *In re Tamimi*, 176 F.3d 274, 278 (4th Cir, 1999).

70) See. *BAE Sys. Tech. Sol. & Servs.*, op. cit.

71) *Ibid.* p.14. 법원은 소송적격성 판단에 근거로는 Trimble 사건을 인용하였다. 영국 정부와의 소송인 Trimble 사건의 경우 FMS 계약이 완성된 후 벌어진 소송이기 때문에 FMS 거래와 관련한 법령과 규정들에 의해 소송주체들에 대한 적격 여부를 판단하고 이와 관련한 소송을 진행해야 함은 당연하나 한국의 방위사업청과 BAE 간의 소송은 FMS 계약이 파기된 후의 소송이기 때문에 Trimble 사건과는 차별성이 있다고 주장하였다.

로 FMS 계약과는 무관하다는 의견을 미연방지방법원에 전달하였다.⁷²⁾ 해당 법원은 FMS 계약에서 조달 가격에 대한 권리가 전적으로 미국 정부에게 있다는 점, F-16 성능개량에 소요된 비용에 대한 선례에 의해 KF-16 성능개량의 가격이 설정되었다는 점을 들어 의견을 반영하지 않았다.⁷³⁾ 이에 따라 영국 정부와 소송과 같이 방위사업청 또한 MOA와 관련한 피해 보상을 받지 못하였다.

3. *Bleneim Capital Holdings Ltd. v. Lockheed Martin Corp.*

Bleneim 소송은 절충교역(Offset transaction) 과정에서 비롯된 것으로 일반적으로 무기 거래에 있어서 절충교역(Offset transaction)은 외국 정부가 무기 또는 무기 관련 서비스를 구매하도록 유인하거나 구매 조건으로 제공하는 다양한 산업 및 상업적 혜택을 포함하게 되는데 이러한 혜택에는 공동 생산, 라이선스 생산, 기술 이전, 신용 지원 등이 있다.⁷⁴⁾

Bleneim 사례는 전술한 사례들과 달리, Bleneim 업체는 FMS 계약의 당사자나 하도급 계약자(subcontractor)가 아니며, FMS 계약 이전에 진행된 사전 합의의 당사자도 아닌데도 불구하고, 우리나라 방위사업청을 상대로 소송을 제기한 실제 사례로, 법정 쟁점은 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act) 예외 조항인 상업활동(Commercial Activity)에 관한 것이다.

3.1 사실관계

2011년, 우리나라 정부는 국방력 강화를 위한 스텔스 전투기 도입 계획의 일환으로 미국 정부와 FMS 계약을 체결하여 록히드마틴사의 F-35 스텔스 전투기 40기를 수입하기로 결정하고, 이에 따른 반대급부로 절충교역(offset transaction) 의사를 전달하여 군사위성을 록히드마틴사로부터 제공받고자 하였다.⁷⁵⁾

72) *Ibid.*

73) *Ibid.*

74) U.S. Department of Commerce Bureau of Industry and Security, "Offsets in Defense Trade Twenty-Sixth Study –Conducted Pursuant to Section 723 of the Defense Production Act of 1950, as amended, 2022. 단, FMS 규정에 의하면 미국방부는 FMS 관련 절충교역을 권장하지는 않지만 외국 정부와 미국의 방산업체 간의 절충교역에 대하여서는 제재를 가하지는 않는다. DFARS 225.7306.

75) *Blenheim Capital Holdings Ltd. v. Lockheed Martin Corp.*, 53 F.4th 286, hereinafter: *Blenheim Capital*

록히드마틴사는 미국 내 군사무기 거래와 관련된 절충교역에 풍부한 노하우를 보유한 Blenheim과 협력하여, 우리나라에 군사위성을 전달하기 위한 1억 5천만 달러 규모의 “Project Archer”를 실행하였으며, Blenheim은 군사위성 제작사로 Airbus SAS를 선정하여 우리나라에 전달할 군사위성을 제작할 계획을 수립하였다.⁷⁶⁾

2013년 11월 22일, 우리나라는 절충교역을 포함한 F-35 스텔스 전투기 도입과 관련한 록히드마틴사의 입찰을 수락함과 동시에, 군사위성 조달 시기를 앞당기기 위해 Blenheim을 거치지 않고 록히드마틴사와 Airbus SAS 간에 직접적으로 군사위성을 제공받기를 요청하였으며, 록히드마틴사는 이 요구를 수용하여 2016년 8월 6일 Blenheim에게 공식적으로 “Project Archer” 철회를 통보하였다.⁷⁷⁾

“Project Archer” 철회로 인해 상당한 금전적 손실을 입게 된 Blenheim은 절충교역으로써 우리나라 정부로 제공한 군사위성은 상업활동의 일환이라고 주장하면서 방위사업청을 비롯한 록히드마틴사 그리고 Airbus SAS를 상대로 미연방지방법원(District Court)에 소를 제기하였다.⁷⁸⁾

3.2 상업활동에 따른 외국주권면제 예외 조항

전술한 바와 같이, 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act)에 따라 외국 정부는 미연방 법원에서 진행되는 소송에 대해 면제권을 가지지만, 외국 정부는 직접적인 의사 표현을 통해 이 면제권을 자발적으로 포기하고 소송에 참여할 수 있으며, 또한 소송 초기 단계에서 상대측 주장에 대한 변론을 제기함으로써 묵시적으로 면제권을 포기하고 소송에 참여하기도 한다.

미연방 또는 각 주의 법원의 관할권에서 외국 정부의 상업활동이 있었을 경우 외국 정부가 가지는 외국주권면제권이 소멸하게 된다.⁷⁹⁾ 외국 정부의 상업활동은 크게 3가지로 구분할 수 있다, 첫째, 외국 정부가 미국 내에서 상업활동을 수행한 경우, 둘째, 외국 정부에 의해 행해진 상업활동이 미국 내에서 행해진 행위와 관련이 있을 경우, 셋째, 어느 곳에서 행해진 외국 정부에 의해 행해진 상업활동이 미국 영토

Holdings Ltd., pp.6-7.

76) *Ibid.*

77) *Ibid.*

78) *Ibid.*, p.8.

79) 28 U.S.C.S. § 1605(a)(2).

밖에서 행해진 행위가 직접적으로 관련이 있을 경우로 구분할 수 있다.⁸⁰⁾ 그리고 각 예외의 대상이 되는 상업활동은 규칙적인 상업활동 혹은 특정 상업 거래나 활동으로 정의할 수 있다.⁸¹⁾

본 사건을 담당하는 법원은 주권 국가에 의한 모든 물품 구매가 ‘상업활동’이 될 수 없다고 판단하였으며, 이에 대한 근거로는 활동의 상업적 성격은 그 목적이 아니라 행위의 성격이나 특정 거래 또는 행동을 기준으로 결정되어야 한다고 제시하였다.⁸²⁾

해당 법원은 본 사건의 절충교역이 우리나라가 미국으로부터 록히드마틴사와 Airbus SAS가 제조한 군수품을 구매했으므로, 미국과의 상호 방위 조약에 따른 동맹국 간 국제 방위 협력의 정책적 일환으로 미국 정부의 통제를 받는 거래라고 판단하였다. 또한, 이 거래에서의 절충교역은 미국의 외교 정책에 의해서만 승인되며, 민간인은 구매자나 판매자로 참여할 수 없다는 점을 지적하면서, 본 거래가 시장의 영향을 받는 상업활동이 아니라고 판시하였고, 이에 따라 Blenheim이 제기한 소송은 외국주권면제법의 상업활동 예외 조항 범주에 해당하지 않아 기각되었다.⁸³⁾

IV. 대외군사판매 계약분쟁에 대한 대응 방안

우리나라가 현재 추진 중인 F-15K 성능개량 및 공중급유기 추가 도입 사업을⁸⁴⁾ 비롯한 방위력 개선 계획은, KF-16 성능개량 사업의 선례에 비추어볼 때 상당 부분 FMS 계약을 통해 이루어질 것으로 예상되며, 이에 따라 분쟁이 발생할 가능성도 존재한다.

80) 원문은 다음과 같다. (a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case-(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States.

81) 원문은 다음과 같다. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than reference to its purpose.

82) *Blenheim Capital Holdings Ltd.*, op. cit., pp.8-9.

83) *Ibid.*, p.9.

84) 연합뉴스, “F-15K 성능개량에 2034년까지 3조4천억원...공중급유기 2대 추가”, 2022. 12. 28, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20221228145551504>>, 검색일: 2024. 06. 16.

앞서 제시한 Trimble 사례와 관련하여 미연방지방법원에서는 FMS의 방식이 주로 무기 거래라는 점, 미국 정부와 미국의 군수업체간의 조달계약(procurement contract)이라는 점을 들어 계약분쟁법에 의해 미연방지방법원의 경우 관할권이 없다고 판단한 반면 미연방 상급법원은 일부 무기 거래 관련 조달계약(procurement contract)이라는 점을 인정하였으나 계약분쟁법의 경우 소송의 주체를 미국 정부와 미국의 군수업체 간의 분쟁만을 규율한다는 점을 들어 일반적인 사물관할권이 적용되어 미연방지방법원에서 소송을 진행 시킬 수 있다고 판결했다.

Trimble 사건의 주요 법적 의의는 FMS 계약에서 외국 정부의 제3자 이익에 관한 법률(Third-party beneficiary status) 적용 가능성을 둘러싼 법적 논점을 명확히 해준다는 점에 있을 것이다. 본 사건에서 법원은 FMS 계약이 기본적으로 미국 정부와 군수업체 간의 조달계약을 규율하며, 외국 정부는 직접적인 계약 당사자가 아니므로 소송을 제기할 법적 자격이 없다는 점을 강조했다. 그러나 미연방 상급법원의 반대 의견에서는, FMS 계약서에 특정 군수 부품이 외국 정부에 공급되도록 명시된 경우, 제3자 이익에 관한 법률에 따라 외국 정부의 소송 자격이 인정될 수 있다는 법적 근거를 제시하며, FMS 계약에서 외국 정부의 권리와 법적 지위에 관한 기준점을 보여주고 있다.

현재까지 우리나라가 FMS와 관련된 소송을 제기한 사례는 없지만, 향후 방위력개선사업이 FMS를 통해 이루어질 가능성을 고려할 때, FMS 계약 후 공급된 군수품의 성능 미달 문제나 제3자 이익 자격 여부와 같은 법적 쟁점이 발생할 여지가 충분히 존재한다. 특히, 이러한 분쟁은 우리나라가 미국 정부와 군수업체 간의 계약 구조에서 직접적인 계약 당사자가 아닌 제3자 위치에 놓이게 될 가능성이 크다는 점에서, 영국 정부와 미국 군수업체 간 소송에서 제기된 법적 쟁점들은 중요한 선례로 작용할 수 있다. 따라서 이러한 선례를 면밀히 분석하고, 제3자 이익에 관한 법률 적용 여부, FMS 계약 구조에 따른 책임 관계 등을 종합적으로 고려한 법적 대응 전략을 사전에 마련할 필요가 절실하다. 이를 통해 우리나라가 유사한 상황에서 효과적으로 대응할 수 있는 법적 기반을 강화해야 한다.

BAE 사건에서 주목할 점은 FMS 계약이 최종적으로 성사되지 못했으며, 계약 과정에서 우리나라와 미국 군수업체 간 체결된 합의각서에서 발생한 분쟁으로 소송이 제기되었다는 것이다. FMS 계약 파기에 따라 우리나라는 합의각서에 명시된 분쟁 해결 장소인 서울중앙지방법원에 소를 제기했으나, 미국 군수업체는 미연방지방법원

에 서울지방법원이 이 사건을 심리할 수 없다는 의견서를 제출하며 관할합의조항(forum selection clause)을 다투었다. 미연방지방법원은 합의각서의 관할합의조항이 “sole” 또는 “only”와 같은 강제적(mandatory) 단어를 포함하지 않아 부가적 관할합의조항(permissive forum selection clause)이라고 판단했고, 이에 따라 서울지방법원이 적절한 소송 장소임을 증명할 책임이 우리나라에 있었으나, 이를 입증하지 못해 결국 소송은 미국 법원에서 진행되었다.

FMS 계약과 관련하여 미국 군수업체와 합의각서를 체결할 가능성이 높은 만큼, 다음 사항들을 유의할 필요가 있다. 첫째, 향후 작성될 합의각서에는 국문 합의각서에 우선순위를 부여하는 조항이나 배타적 관할합의조항을 명시하는 것이 바람직하다. 또한, 관할합의조항 외에도 국문과 영문 간의 용어 차이, 조항 누락, 그리고 합의조항을 충족시키는 법적 요소들을 충분히 숙지하지 못해 발생할 수 있는 문제를 최소화하기 위해, FMS 사전 합의각서에 대한 미국의 선례들을 면밀히 조사하고 검토하여 대비해야 한다.

한편, FMS 계약이 이미 파기된 상황에서 합의각서를 FMS 범주에 포함된 것으로 판단한 미국 법원의 결정은 모순적이다. 비록 합의각서에 공급 가격과 특정 기술이 언급되었지만, 우리나라가 문제 삼은 것은 군수품 자체가 아닌, 미국 군수업체의 “최선의 노력(Best effort)” 의무에 관한 것이었다. 합의각서에서 “Best efforts” 조항은 계약 이행 과정에서 예상치 못한 예외적 상황이 발생하더라도, 당사자가 최선을 다했음을 입증할 경우 계약 불이행으로 간주되지 않는 유연성과 책임 완화의 장점을 제공한다. 이는 당사자 간 협력을 촉진하고, 갈등 상황에서도 계약 관계를 유지하는 데 도움이 된다.

그러나 “Best efforts” 조항은 그 자체의 모호성으로 인해 법적 불확실성을 초래할 수 있으며, 당사자 간에 어떤 수준의 노력이 충분한지에 대한 분쟁을 야기할 수 있다. 이로 인해 조항의 해석에 따라 예기치 못한 법적 결과에 직면할 위험이 있으며, 분쟁의 소지가 높아질 수 있다는 단점이 있다.

이러한 문제를 예방하기 위해서는 “Best efforts” 조항의 구체적 기준을 명확히 설정하고, 각 당사자가 이행해야 할 구체적인 의무를 합의각서에 명시하는 것이 필요하다. 또한, 예상되는 리스크와 장애물을 사전에 분석하여 이를 반영한 계약 조건을 설정함으로써 분쟁 발생 가능성을 최소화할 필요가 있다.

마지막으로 Blenheim 사건의 주요 쟁점은 절충교역(Offset transaction) 과정에서

발생한 계약 분쟁에서 외국 정부의 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA) 적용 여부였다. 특히, 상업활동 예외 조항에 따라 절충교역이 상업적 활동으로 간주될 수 있는지, 그리고 이에 따라 외국 정부가 미국 법원의 관할권에 포함될 수 있는지가 핵심적으로 다뤄졌다. 이 사건에서 미국 법원은 절충교역이 국가 간 방위협력의 일환으로 이루어진 것이며, 민간인이 참여할 수 없는 정부 주도의 활동이라는 점에서 이를 상업활동으로 보지 않고 외국주권면제를 인정하였다. 이런 점에서 *Blenheim* 사건은 절충교역과 관련된 외국 정부의 법적 지위와 면제권에 대한 중요한 판례로 볼 수 있으며, 절충교역이 단순한 상업 거래가 아니라, 국가 간의 전략적 협력의 일환임을 재확인함으로써, 국제 방위협력에서 외국주권면제의 범위를 넓히는 데 기여했다고 평가할 수 있다. 더하여, 본 사건은 우리나라가 미국 법정에서의 관할권 문제로 인한 부담스러운 소송을 회피할 수 있는 하나의 사례로 볼 수 있으며, 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act)에 대해 미국이 오랜 판례를 통해 다수의 예외 조항을 발전시켜 온 만큼, 향후 유사한 소송에 대비하기 위해서는 미국의 외국주권면제법과 관련 판례에 대한 면밀한 분석과 추가적인 연구가 필요하다.

한편, *Blenheim* 사건과 달리 절충교역의 특성상 우리나라가 피고가 아닌 원고로서 자국의 이익을 위해 소송을 제기할 가능성도 염두에 두어야 한다. 예를 들어, *Blenheim*이 공급한 군사위성이 요구 성능을 충족하지 못해 문제가 발생할 경우, 우리나라는 *Blenheim*을 상대로 소송을 제기할 수 있을 것이다. 이 경우, 우리나라와 *Blenheim*이 모두 FMS 계약의 주계약자가 아니기 때문에 소송 제기 자격을 비롯한 다양한 법적 쟁점이 복합적으로 다루어질 것이다. 따라서, 유사한 사례에 대한 미국 판례와 *Blenheim* 사건과 관련된 국제적 판결을 철저히 조사하여 법적 논리를 강화해야 하며, 소송 외에도 협상이나 중재와 같은 대체 분쟁 해결 절차를 고려해 자국의 이익을 보호할 수 있는 방안도 함께 마련해야 한다.

V. 결론

본 논문은 FMS 제도에 따른 정부 간 계약과 관련하여, 미국 법정에서 진행된 영국과 한국의 소송 사례를 분석하고, 이 과정에서 제기된 사물관할권, 계약분쟁법, 제3자 이익에 관한 법률, 사전 합의각서 불이행에 따른 관할합의조항과 계약위반, 그리고

절충교역 과정에서 발생한 외국주권면제법 쟁점들을 논하였다.

미국 법원의 관할권에서 다루어진 법적 쟁점들 중, 우리나라의 대응이 다소 미약해 보이는 사례들이 있었다. 예를 들면 방위사업청과 BAE사가 맺은 합의각서에서 “best efforts” 조항 해석의 모호성으로 인해 법적 불확실성을 초래하며, 소송 과정에서 예기치 못한 결과를 불러일으켰다. 다시 말해 당사자 간의 의무 이행 수준을 명확히 규정하지 않았기 때문에, 법적 해석이 엇갈리면서 예기치 못한 법적 결과를 초래하였다.

현재 우리나라는 방위력개선사업의 중요성이 점차 강조됨에 따라, 신속하고 효율적인 무기체계 도입을 위한 FMS 제도의 필요성이 더욱 부각되고 있다. FMS 계약은 한국이 방위력 강화를 위해 필수적인 선진 무기체계를 안정적으로 확보할 수 있는 중요한 수단으로, 특히 미국과의 군사 동맹을 기반으로 방위산업의 경쟁력을 높이고 국가 안보를 강화하는 데 핵심적인 역할을 한다. FMS 계약은 단순한 무기 거래를 넘어, 장기적인 군수지원, 기술 이전, 협력 강화 등을 통해 구매국의 방위력 개선에 기여하며, 국가 안보를 더욱 견고하게 만드는 중요한 요소로 작용한다.

미국이 FMS 제도를 통해 축적해온 계약 이행, 책임, 분쟁 해결에 관한 풍부한 사례와 표준화된 절차를 참고하여, 우리도 유사한 상황에서 효과적으로 대응할 법적 전략을 강화할 필요가 있다. 특히, FMS 계약 분쟁에 대비하기 위해서는 미국의 선례를 면밀히 분석하고, 우리 실정에 맞는 법적 대응 방안을 마련하며, 계약서 작성 시 분쟁 해결 절차와 책임 소재를 명확히 규정하는 것이 중요하다. 이를 통해, 향후 발생할 수 있는 FMS 관련 법적 분쟁에 대비할 수 있는 체계적인 법적 기반을 확립해야 한다.

참고문헌

1. 단행본

김선영, 최신 방위산업개론, 북코리아, 2020.

2. 학술지

박근서, “방산수출 정부간(GtoG)거래: 거래구조 및 당사자의 의무와 책임을 중심으로”, 무역보험연구 제14권 제2호, 한국무역보험학회, 2013, 151-183쪽.

안준형, “유엔사의 역할 변화에 대한 법적 쟁점과 과제”, 국제법연구 제26권 제2호, 서울국제법연구소, 2019, 33-73쪽.

위겸복, “대외군사판매제도와 효율적 활용방안”, 군사논단 제57권, 한국군사학회, 2009, 148-171쪽.

이동원, “이승만 정권기 ‘한미합의의록’의 체결과 개정”, 역사와 진실 제107호, 한국역사학회, 2018, 449-490쪽.

장원준/박혜지, “글로벌 방산수출 4대강국 진입을 위한 K-방산 절충교역의 최근 동향과 발전과제”, 월간 KIET 산업경제 제298권, 산업연구원, 2023, 26-39쪽.

조윤경, “방위산업기술 지정고시 개선 연구”, 한국산학기술학회논문지 제23권, 한국산학기술학회, 2022, 704-711쪽.

3. 세미나·인터뷰자료

유규열, “미국의 대외군사판매(FMS) 제도 개혁에 따른 우리 군의 대응방안”, 한국무역학회: 무역학자 전국대회 발표논문집, 2008, 709-741쪽.

4. 신문기사

연합뉴스, 김지현, “F-15K 성능 개량에 2034년까지 3조4천억원…공중급유기 2대 추가”, 2022. 12. 28, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20221228145551504>>, 검색일: 2024. 06. 16.

5. 웹자료

한국방위산업진흥회, “해외군사판매(FMS)와 상용판매의 장단점 비교”, 국방과학기술,

- <<https://koreascience.kr/article/JAKO200341547999975.page>>, 검색일: 2024. 4. 12.
- 행정안전부 국가기록원, “방위력개선사업”, <<https://www.archives.go.kr/next/newsearch/listSubjectDescription.do?id=006222&sitePage=>>>, 검색일: 2024. 4. 15.
- 행정안전부 국가기록원, “전후 미국의 군사원조”, <<https://www.archives.go.kr/next/newsearch/listSubjectDescription.do?id=006387&sitePage=>>>, 검색일: 2024. 4. 15.
- 형혁규/김영일, “미국의 대외군사판매제도(FMS)와 해외 무기 획득사업의 과제”, 국회 입법조사처, <[file:///C:/Users/djang/Downloads/Report+477+\(The+Foreign+Military+Sales+\(FMS\)+of+the+U.S.+and+Tasks+of+the+Overseas+Defense+Acquisition+System+\)%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/djang/Downloads/Report+477+(The+Foreign+Military+Sales+(FMS)+of+the+U.S.+and+Tasks+of+the+Overseas+Defense+Acquisition+System+)%20(6).pdf)>, 검색일: 2024. 4. 15.
- Congressional Research Service, “Transfer of Defense Articles: U.S. Sale and Export of U.S.-Made Arms to Foreign Entitles”, March 23, 2023, <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46337/5>>, 검색일: 2024. 4. 16.
- Defense Security Cooperation Agency, “C4-Foreign Military Sales Program General Information”, <<https://samm.dsca.mil/chapter/chapter-4#C4.3>>, 검색일: 2024. 4. 16.
- Defense Security Cooperation Agency, “End Use Monitoring”, <<https://samm.dsca.mil/chapter/chapter-8>>, 검색일: 2024. 4. 5.
- Defense Security Cooperation Agency, “Letter of Offer and Acceptance(LOA) Standard Terms and Conditions”, <<https://samm.dsca.mil/sites/default/files/C5.F4.pdf>>, 검색일: 2024. 6. 5.
- Defense Security Cooperation Agency, “Table C5.T2. IAS Authorized to Receive Letters of Request(LORs)”, <<https://samm.dsca.mil/table/table-c5t2#DSCA>>.
- Department of Defense Directive, Defense Security Cooperation Agency(DSCA), 2012, <https://irp.fas.org/doddir/dod/d5105_65.pdf>, 검색일: 2024. 4. 16.
- U.S. Department of State, “Foreign Military Sales: Process and policy”, <<https://2017-2021.state.gov/foreign-military-sales-process-and-policy/>>, 검색일: 2024. 6. 5.
- U.S. Department of State, “U.S. Relations With the Republic of Korea – Bilateral Relations Fact Sheet Bureau of East Asian and Pacific Affairs”, <<https://www.state.gov/u-s-relations-with-the-republic-of-korea/>>, 검색일: 2024. 4. 5.
- U.S. Department of State, “U.S. Security Cooperation With ROK”, <<https://www.state>

gov/u-s-security-cooperation-with-korea/>, 검색일: 2024. 4. 15.

6. 미국판례

Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. District Court, 571 U.S. 49, 134 S. Ct. 568, 197 L. Ed. 2d 487 (2013).

BAE Sys. Tech. Sol. & Servs. v. Republic of Korea's Def. Acquisition Program Admin., 884 F.3d 463.

BAE Sys. Tech. Solution & Servs. v. Republic of Korea's Def. Acquisition Program Admin., 2016 U.S. Dist. LEXIS 168912.

Blenheim Capital Holdings Ltd. v. Lockheed Martin Corp., 53 F.4th 286.

Heroth v. Kingdom of Saudi Arabia, 565 F. Supp. 2d 59, 62(D.D.C. 2008).

In re Tamimi, 176 F.3d 274, 278 (4th Cir, 1999).

M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1, 15, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513 (1972).

Sec'y of State for Defence v. Trimble Navigation Ltd., 484 F.3d 700.

Sinochem Int'l Co. v. Malaysia Int'i Shipping Co., 549 U.S. 422, 430, 127 S. Ct. 1184, 167 L. Ed. 2d 15(2007).

U.K. Ministry of Defence v. Trimble Navigation Ltd., 422 F.3d 165.

United States v. J & E Salvage Co., 55 F.3d 985, 987 (4th Cir.1995).

Weber v. PACT XPP Techs., AG, 811 F.3d 758, 768 (5th Cir, 2016).

7. 미국법령

28 U.S.C.A. § 1332(a).

22 U.S.C.S. § 2762.

28 U.S.C.S. § 1605(a)(2).

41 U.S.C.A. § 605.

41 U.S.C.A. § 609(a)(1).

AECA § 3(22 U.S.C. 2753), § 4(22. U.S.C. 2754).

Contract Disputes Act of 1978, § 6.

DFARS 225.7306.

FAA § 505(22 U.S.C. 2314).

FARS 15,402(a).

FARS 15.403-1(b)(1).

Federal Register, Executive Order 13637 of March 8, 2013, Administration of Reformed
Export Controls.

SAMM C.5.1.1.

SAMM C.5.1.2.

SAMM C.5.1.2.1.

SAMM C.5.1.3.

SAMM C.5.4.3.

SAMM C.5.4.5.

8. 기타자료

President Truman's Message to Congress; March 12, 1947; Document 171; 80th Congress,
1st Session; Records of the United States house of Representatives; Record Group
233; National Archives.

Sudderth Steven, "United States National Interests in the Republic of Korea", Naval
Postgraduate School, 1986.

U.S. Department of Commerce Bureau of Industry and Security, "Offsets in Defense Trade
Twenty-Sixth Study – Conducted Pursuant to Section 723 of the Defense
Production Act of 1950, as amended, 2022.

UN Doc. S/RES/82-84 (1950).

[Abstract]

Foreign Military Sales and Contract Dispute in the U.S.

Jo, Jang Hyun*

In anticipation of an increase in government-to-government contracts based on the Foreign Military Sales (FMS) program for South Korea's defense capability improvement projects, it is essential to review and prepare for the relevant legal issues. South Korea, which has a longstanding military alliance with the United States, has introduced advanced weapon systems through FMS. This article briefly examines the basic legal procedures of FMS, discusses recent FMS-related litigation cases involving the United Kingdom and South Korea in U.S. courts, reviews the relevant facts, legal issues, and judgments in each case, and suggests considerations for South Korea when entering into future FMS contracts.

In the Trimble case, the U.S. District Court ruled that it lacked jurisdiction because the FMS contract was a procurement agreement between the U.S. government and a defense contractor. However, the appellate court determined that the Contract Disputes Act did not govern this contract, thereby applying general subject matter jurisdiction and allowing the case to proceed in district court. The key significance of this case lies in clarifying the applicability of third-party beneficiary Act to foreign governments within the context of FMS contracts.

Although South Korea has encountered relatively few lawsuits related to FMS thus far, legal disputes may arise in the course of acquiring weapon systems through the FMS program as part of its defense enhancement initiatives. Notably, given that South Korea is likely to occupy the position of a third party in FMS contracts, the legal issues examined in the Trimble case may serve as a significant precedent. Consequently, it is imperative to carefully consider these issues and formulate a corresponding legal strategy to address potential challenges.

In the BAE case, a dispute arose between South Korea and a U.S. defense contractor

* Attorney at Law(District of Columbia) / Ph.D Candidate, Handong Global University School of law

pursuant to a memorandum of agreement(MOA) following the withdrawal of an FMS contract. South Korea initiated legal proceedings in the Seoul Central District Court; however, the U.S. defense contractor contested the jurisdiction of the Seoul court by submitting an opinion to the U.S. District Court. The U.S. District Court determined that the jurisdiction clause in the MOU was non-mandatory, leading the litigation to proceed in the U.S. court. This case illustrates the critical need to incorporate an mandatory forum selection clause when drafting MOA related to FMS agreements.

In the Blenheim case, the central issue concerned the applicability of the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) in a dispute arising from an offset transaction. The U.S. court determined that the offset transaction was conducted as part of intergovernmental defense cooperation, thereby not classifying it as a commercial activity, and thus upheld the foreign sovereign immunity. This case is regarded as a significant precedent in establishing the legal status and immunity of foreign governments in the context of offset transactions. It may also serve as a legal basis for South Korea to avoid litigation in similar circumstances.

South Korea needs to further strengthen its preparedness for potential legal disputes in FMS contracts and offset transactions, as seen in cases like Blenheim. Similarly, as previously mentioned, it is essential to closely examine issues such as third-party beneficiary status, jurisdictional challenges, and the applicability of the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) in FMS contracts. Developing strategies that also incorporate alternative dispute resolution methods, such as negotiation and arbitration, is crucial to safeguarding national interests.

[Key Words] Foreign Military Sales, Subject matter jurisdiction, Contract Dispute Act of 1978, Third-party beneficiary status, Forum selection clause, Foreign Sovereign Immunities, Breach of Contract