

건설공사에서 잠재적 클레임의 정의와 그 요인 도출을 위한 연구

A Study on Elicit of the Key Factors and Definition of Latent Claims in Construction Projects

2016. 4. 20.

발표자 : 이 선 재
(주)코어건축 대표

목 차

- I. 서 론
- II. 클레임 관련 속성 정의
- III. 잠재적 건설클레임발생 주요 요인(Factors)
- IV. 결 론



I. 서론

1. 연구의 배경 및 목적

▣ 건설공사의 특수성

- 프로젝트마다 새로운 부지에 조건이 다른 현장성(different situation)을 갖는 특수한 속성
- 일관생산 (continuous production)이 가능한 장치산업(equipment industry) 또는 제조산업과는 다르게 동일제품의 조건이 없다는 것.
- 프로젝트마다 항상 새로운 환경 및 기후환경에 직면하여 목적물을 완성하는 과정에서 예기치 못한 불확실성이 존재
- 클레임요소로서 예측이 어려운 잠재적 클레임 요소와 일반적으로 예측 가능한 현시적 클레임 상존
- 분쟁으로 발전되기 전에 리스크 회피(risk avoidance)방안을 통한 분쟁발생을 최소화하는 관리방안과 활동노력의 정도에 따라서 프로젝트 완수의 성공여부를 가늠하는 특수성

■ 기술고도화와 시장경쟁 치열

- 최근의 건설공사 프로젝트는 대형화, 초고층화, 복잡화, 복합화, 환경적 측면, 주변 환경과의 악영향 노출과 장기적 공사기간 등으로 인한 잠재적인 리스크를 예방하고 억제할 수 있는 능력을 대비한 방법론적 관리의 한계가 있으므로 분쟁이 계속 늘어나고 있는 현실.
- 작금에 비추어볼 때 건설시장은 날로 경제적인 사정이 악화됨에 따라 건설사업비는 최소의 금융비용 책정으로 인해 자칫 실수가 허용할 수 없을 만큼 실행관리에 여유가 없기 때문에 보다 시스템적이고 다각적인 관리가 요구.

■ 클레임 및 분쟁발생 트렌드

- 최근 건설공사의 분쟁발생은 점점 증대하면서 분쟁의 대상과 범주가 다양하고 복잡한 양상으로 발생되고 있고, 특히 최근의 건설 클레임 및 분쟁사례로서 공정·공기지연으로 인한 간접공사비 보상청구 분쟁의 발생건수가 크게 늘어남
- 사업발주의 방법이나 시기 등과 밀접한 관계가 있으므로 발주측면에서 사전에 충분한

검토가 필요하며, 분쟁사건으로 진행이 될 때는 발주자, 시공사 등 프로젝트에 관련된 참여자 또는 이해당사자(Stakeholders, 이해당사자, 참여자) 모두가 상호 분쟁대상유형으로 확대되는 형태로 나타나며, 대형 국가·지자체 공공사업 및 민간사업과 특히 국가의 손익과 직결되는 해외사업진출에서 손해배상규모 점점 더 커지는 사례 발생

■ 건설공사의 체계적인 클레임 예방 필요성

- 프로젝트수행 초기부터 각 단계별·요소별 수행내용에 내재된 잠재적 클레임 요소를 입체화·상세화하여 비교적 인식 및 관리가 용이한 건설클레임관리방안 개발 필요
- 예방적 클레임의 헤지(hedge)는 물론 분쟁으로 발전하지 않도록 사전에 억제할 수 있는 최선의 방안강구가 필요
- 또한 부득이 분쟁발생이 되었을 때를 대비한 적기(just in time) 상황관리방법으로 참여자간에 의사소통이 용이하도록 체계화된 업무방법이 필요.

▣ 본 연구의 목적

- 본 연구의 목적은 건설산업 전반은 물론 단위 프로젝트로서 사업규모가 비교적 큰 공동주택, 공공인프라사업 등의 관리방안을 최적화하고 이를 통한 합리적인 시스템개발을 통하여 미리 인지하고 Virtual화할 수 있는 방법을 제시하고,
- 클레임 대비, 분쟁예방 및 부득불 분쟁 발생 시에는 손실을 최소화하여 프로젝트(발주자, 수급자, 하수급자, Vendor 등 포함) 이해당사자 모두에게 향상된 관리체계를 활용하여 분쟁으로 인한 이해(利害)에 얽힘이 없도록 사전예방의 효율성과 보다 나은 관리의 투명성을 유지하고 불필요한 시간과 비용을 최적화하여 최고가치(Value for money)를 추구하는 방법을 연구의 목적으로 한다.

2. 연구의 범위 및 방법

▣ 연구의 범위 개요

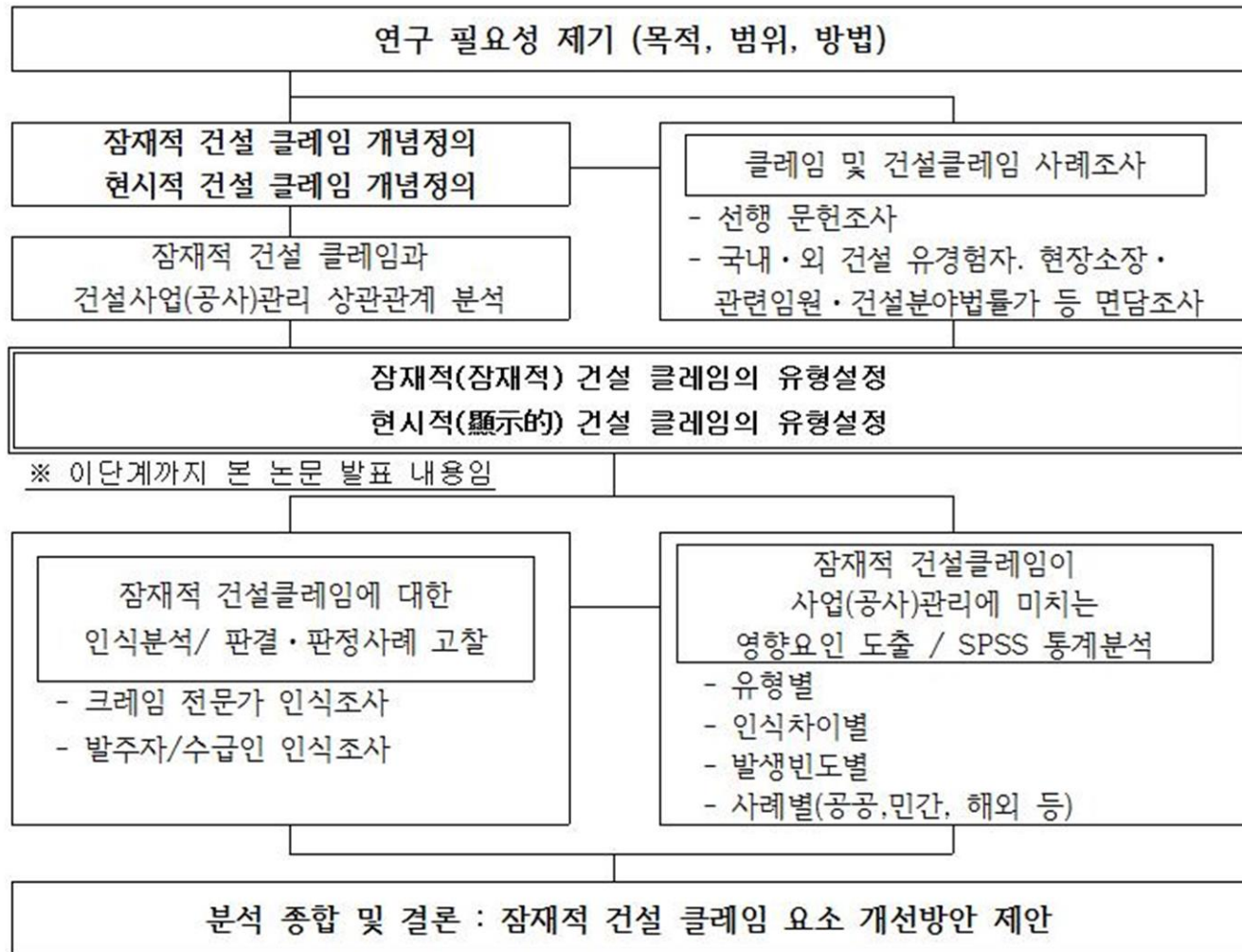
- 특정한 사업 및 프로젝트를 수행함에 있어서 클레임의 관리를 보다 현실적이며 시스템적인 접근방법으로서의 적기(just in time)에 사전적 예방을 위한 '예방적 접근(豫防的接近, precautionary approach)' 또는 '선제적 접근(先制的接近, proactive approach)'을 통한 관리방법으로 수행하기 위하여 체계적·현장중심적인 방법론을 개발로서 업무의 효율성·사업의 건전성확보를 위한 잠재적클레임을 중심으로 한 내용을 연구범위로 정함.

▣ 연구의 방법

- 연구의 방법은 건설사업단계별로 잠재적(潛在的)인 클레임요소들을 상세화 도출하여 현시적(顯示的) 클레임 요소와 관계를 인식하고 적기·동시에 관리함으로써, 보다 시스템적이고 합리적인 방법을 실무에 적용함으로써 프로젝트에 참여한 이해당사자들과의 상호충돌(mutual dash)을 사전에 방지하고 분쟁을 최소화하기 위하여,
- 본 연구에서는 인문 사회학분야와 기존의 건설클레임관련 선행문헌조사 및 법률관련 자료를 검토분석하고 모든 참여자가 실질적 활용 및 접근이 가능할 수 있는 방법론을 제시하고자 잠재적 건설 클레임의 정의와 이에 해당되는 요인들을 도출 및 구분하는 방법을 제시한다. 궁극적으로는 이해당사자들 간에 클레임해결에 상생(win-win)전략을 도모하여 성공적인 프로젝트관리를 도모하고자 함.

3. 연구의 내용

<그림> 연구의 흐름도



4. 선행연구 조사·분석

본 연구에서는 공공사업 및 민간사업 대상 프로젝트를 수행함에 있어서 사업초기부터 종료 될 때까지의 전반적인 프로세스 상에서 인식되는 클레임 중에서 잠재적 클레임을 중심으로 선행 연구된 내용을 분석하고, 이들을 기초로 개선방향 및 추가적으로 주장하는 내용을 도출하고 실무적 방법을 제시하고자 한다.

1) 선행 잠재적 클레임과 현시적 클레임의 주장

- 클레임에 대해서 황문환¹⁾은 클레임과 분쟁을 별도로 구분하지 않고 클레임으로 포괄하되, “클레임의 발생소지를 내지하고 있는 관계법령 및 관행을 잠재적 양태”라 하며, “분쟁사건에 있어서 판단의 일부 사례를 현시적 양태로 구분”하는 것으로 주장하고,
- 잠재적 양태는 일반적으로 계약의 체결은 입찰공고 또는 통지를 선행요건으로 하며, 이에 입찰절차 또는 계약절차라 함은 일괄공고 또는 통지에서부터 계약체결 전까지라고 할 수 있으나 다만, 일괄공사에서 중요한 계약문서 중의 하나인 입찰안내서는 입찰공고 이전에 작성되어 현장설명 당시 각 입찰참가자에게 교부한다는 점은 설계·시공 분리계약 및 수의계약의 경우 이러한 시점에 설계서를 교부(또는 비치)한다는 점과 차이가 있다고 할 것으로 설명하였고,

4. 선행연구 조사·분석

- “현시적 양태는 계약의 당사자 간에 발생한 분쟁을 해결하는 절차로서 제3자에 의한 판단은 양당사자가 주장하는 내용 또는 범위를 대상으로 이루어지는 것이 통념적인 원칙”이라 할 것이라 하고, 즉 민사사건은 어떠한 해결절차이던 변론주의가 지배하기 때문에 당사자가 주장·입증하지 않은 사실을 판단의 기초로 할 수 없다고 할 것인 바, 따라서 당사자가 주장·입증한 사실에 대하여는 빠짐없이 판단의 기초로 삼아야 한다고 설명하였다.
- 김선국²⁾은 “잠재적 클레임은 시공자가 클레임으로 인식하지 못하거나 인식하고 있더라도 정당한 자기 요구사항을 문서를 통해 정식으로 주장하지 못하고 있지만 발주자 우위의 건설풍토에서 향후 건설여건 및 건설인의 의식변화에 따라 언제든지 클레임으로 발전할 수 있는 클레임요인을 의미한다.” 또한 “동일한 개념의 유사한 사례가 소송, 중재 또는 발주처에 제기된 실례가 있더라도 널리 일반에 공개되지 못하고 그 정보가 극히 한정적이라면 광의적으로 잠재적 클레임의 범주에 포함시켜 해석한다고 설명”하였으며, “잠재적 클레임을 도출하기 위해서 「계약문서 미비」, 「공사범위」, 「지연」, 「상이한 현장조건」,

4. 선행연구 조사·분석

「발주자의 부정당한 행위」의 5가지 대분류 유형으로 설명하였다. 그리고 건설관 리기술, 사회적 요구수준, 생산시스템의 변화에 따라서 잠재적 클레임은 고정적 이라기 보다는 시대와 상황에 따라 변화되는 문제이므로 지속 발생한다고 설명하였다.

또한 잠재적인 클레임 연구의 성격과 유사한 선행연구로는,

- 윤철성,김선국 3)은 실제클레임 판례를 위험관리 관점의 시각에서 클레임의 원인을 규명하여 이를 위험 인자로 전환하여 건설공사의 실질적인 위험요인들을 인지하고 위험대응 전략을 수립하는 방법론 제시, 위험관리단계를 5단계로 분류하고 이를 공사단계별 (착공 전, 공사 중, 준공 후 단계)로 발생된 판례분석을 상세화하고, 다시 공사단계별로 위험요인의 정량화 및 대응방법을 제시.
- 신창준,현창택 4)은 클레임 발생 가능성이 큰 설계단계에서 잠재된 클레임예방을 위하여 설계단계의 설계서 등 계약문서를 중심으로 계약관리,설계관리, 근거서류 관리, 법률규정 총4가지 체크리스트개발로 클레임 예방에 연구의 초점을 제시.

Ⅱ. 클레임 관련 속성 정의

1. 클레임과 관련된 근원적(광의)인 의미 이해

1) 현시적인 것과 잠재적인 것의 의미 고찰

클레임을 이해하기 전에 먼저 이와 관련된 광의의 용어 및 그 본래의 갖고 있는 함의(含意)와 이와 인과관계있는 의미들을 짚어보기로 한다.

- “현시적(顯示的,exposed; explicit)” 또는 “실재적(實在的, actual; realistic; existent)”인 것은 경험적으로 눈앞에 있는 사물들이 그 것으로부터 나타난 개념들로서 말할 수 있다. 이하 “현시적(顯示的,exposed)”으로 칭하기로 한다.
- “실재”는 우리 눈앞에 주어진 것을 말하며, 단순한 가능성·이념적인 것, 즉 잠재된(implicit, lie dormant; latent; potential) 것에 대립하는 현실적인 것이라고 말한다. 또한 실재는 그 자체로 존재하는 대상을 말하며, “잠재”는 우리의 감각 및 지각에 포착되는 상대적이고 현상적인 실존(實存)에 대비된다.
- 또한 사유·인식하는 것의 “실재성(實在性)”⁵⁾과 지각·감각 가능한 것의 실재성 사이에 있음을 이러한 것을 비유하면 최근 많은 발전과 융복합(convergence)을 거듭한 산물로서 가상현실(Virtual Reality)이 그 사례로 들 수 있다.

• 일반적으로 클레임에는 존재의 여부가 큰 의미를 가지고 있으므로 “자체적 존재(自體的存在; perseity)”은 사물이 그 본성상(本性上) 존재하는 것처럼 존재하는 그 자체의 상태, “우연적(偶然的)인 존재(per accidens)”와 대비된다. 즉 전자는 본래적인 실체(實體)의 독립성을 의미하는 데 반하여 후자는 어떤 능력이나 작인(作因)의 고차적인 독립성을 의미하는 것으로 신에 의존되어 있다.

• Thomas Aquinas는 자체적으로 존재하는 것은 항상 실체적인 것이라고 주장하였다.

이 우연적 존재는 본질적인 존재가 아니라 다소간 우연적으로 실체에 가까운 존재에 속하게 되는 존재다. 사물은 내적(內的)인 성질 때문에 자체적 존재 혹은 본질적이지만 우연적인 존재는 오히려 외적(外的), 비본질적인 이유인 것이다. 라고 설명하였다.

• 여기서 “자체적 존재는 현시적(실재적)인 존재”로서, “우연적인 존재는 잠재적인 존재”로서 유사한 의미를 갖고 있다는 것으로 표현할 수 있음을 제기하고자 한다.

• “**잠재적**(潛在的, 이하 영문표기는 “latent”로 칭한다)인 것은 ‘현실화’ 또는 ‘분명히 실재하는 (tangible) 것’인 과정의 의미”로 이해할 수 있고, 그리고 “**현시적인** 것은 ‘현실화된 것’인 결과의 의미”로 해석할 수 있으며, ‘잠재된 것의 실재성’과 ‘잠재된 것(Virtualis: latin)의 현실화’ 라는 개념으로서, 즉 “잠재된 것은 어떠한 때에 ‘행위로 나아가기 위해 충분한 정도의 완전성을 지닌 힘’으로 해석할 수 있다.”

2) 클레임의 개념

클레임에 대한 사전적 정의 및 의미를 살펴보면, ①**Claim 7**은 (..이 사실이라고) 주장, 법적인 권리 주장, 보상금 등의 청구, 관심을 끌다 등으로 정의하고 있으며, 유사 단어로는 allegation, assertion, contention의 공통된 의미는 모두 아직 증명되지 않았지만 진실이라고 주장되는 어떤 것을 말한다. 또한 ②**Claim 8**은 “자기의 것 또는 당연히 받아야하는 것으로서 주장하는 실재 또는 실재라고 추정하는 권리”로 정의한 것과, 또 다른 의미로서 ③**Claim 9**은 “정당한 소유자로서, 또는 자신의 권리로서 자격, 재산, 현금 등의 소유권을 요구하다, 청구하다, 취득하다.” “당연한 권리로서의 요구, 청구.” 해외법률서적의 의미로서 ④**Claim 10**은 “청구(권), 주장, 소송상의 청구, 채권, 요구”라고 정의하고 있다.

한국무역협회(KITA)에서는 무역용어의 설명인 **클레임분쟁(Claim)**¹¹⁾을 무역클레임에 초점으로 한 설명으로서, 무역클레임은 선적 전후에 오해나 사고·과실, 경우에 따라서는 악의에 의해 불만이나 분쟁이 일어나는 것을 말한다. 클레임은 단지 불평·청구 또는 분쟁으로부터 이루어지지만 이 세 가지를 합쳐서 소위 클레임이라고 한다. 무역은 일반적으로 먼 거리를 사이에 두고 멀리 떨어져 있는 당사자 사이에 이루어지고 있어, 계약의 성립에서부터 인도가 끝날 때까지에는 시일이나 장소의 간격이 있으므로, 물품 그 자체에 품질이나 가격상의 변화가 일어나고 거래 자체에는 계약 이행상의 불능, 지연, 과오 등을 초래할 위험이 있다. 따라서 무역의 실천상 거래의 성립이나 수행에 관해, 당사자 사이에 각종의 상사분쟁이 일어나기 쉽다. 무역클레임의 종류를 그 성질 면에서 보면 ① 일반적인 형태로 일어나는 클레임, ② 감가의 구실로 행하여지는 Market Claim, ③ 부당한 의도 하에 행하여지는 계획적 클레임 등이 있다. 이 밖에도 무역클레임은 상황에 따라 Transportation Claim과 Insurance Claim, Trade Claim이라는 용어를 사용하고 있다.

2. 건설클레임의 정의· 의미

1) 국내에서 건설클레임의 정의· 의미

- 건설클레임에 대해서 국내의 경우, 클레임이라는 용어를 분쟁과 혼용되는 관계로 부정적인 의미로서 인식하는 경향이 우선시하는 시각으로서 계약당사자간에 처음부터 긴장 또는 대립되는 경우가 많고 의식적으로는 분쟁사건으로 취급하는 사실상 분쟁에 가까운 편에 있다고 생각된다.
- 이러한 부정적인 시각에서는 클레임이 발생예상되거나 발생될 때에 계약당사자간의 주장 또는 이견이 갈등(conflicts), 불평(complaint), 불만(discontent) 등의 의미가 내재되는 것에 기인한다고 볼수 있다. 앞서 언급한 사전적 의미로 증명되지 않았지만 진실이라고 주장되는 어떤 것(잠재적인 의미를 암시)이라 하지만 “실제 건설 클레임을 말할 때는 증명되지 않은 것을 실체적·합목적으로 입증을 위한 제기과정”이라고 하는 것이 합당할 것이다.
- 여기서 클레임을 긍정적인 바라보는 지향점에서 사회적·의식적인 변화가 필요할 것으로 여겨지는 바 시각을 달리 고찰해 볼 필요가 있음을 전제로서,

• 조흥준 12)의 경청의 의미를 살펴보면 클레임은 분쟁 이전에 계약당사자간 협의 합의의 속성으로서, "설득과 협상은 사람끼리의 관계 형성이 전제되어야 하고, 올바른 관계형성에 '경청'만큼 효과적인 것이 없다. 그런 의미에서 경청(傾聽)은 '몸과 마음을 기울여 (傾), 상대를 왕(王)처럼 존중하며 그가 하는 말에 귀(耳)와 눈(目)으로 집중하여(一心) 듣는 것(聽)을 혹자는 주의 깊게 듣는 것에 그치지 않고 상대를 존경한다는 의미를 포함하여 경청(敬聽)이라 하기도 한다. 이러한 경청의 이해와 방법으로서 듣기(소리를 그냥 듣는 것, Hearing)와 잘 듣기는 주의를 기울여 듣는 것(To give close attention with the purpose of hearing)과 잘 듣기는 다르다. 잘 듣기(경청)는 여기에 더해 들은 내용을 올바로 이해(Comprehension) 하에 것까지 포함한다."라고 하였다.

• 그러면 '경청'을 '클레임'과의 관계성을 고찰해보면, 계약당사자간(양자)에 주로 협의·협상에 의해 합의에 이르게하는 것에 초점을 두므로, 즉 "Claim의 속성은 '잘 듣기(listening dosely)'와 '올바른 이해(Comprehension)'가 가장 중요한 요소라 하겠으며, 이러한 내재적 속성에는 '태도 (사고방식,Attitude)와도 의미전달 상으로 무관치 않고 관계성을 갖고 있다'고 볼수 있다.

국내의 건설관련 도서 및 논문 등에서 설명 또는 주장한 정의를 살펴보면,

• **‘건설클레임’**¹³⁾이란 계약 또는 계약상 파생되는 계약당사자 간의 분쟁에 관하여 그 한편이 상대방에 대하여 요구하는 청구 또는 이의 신청을 뜻한다. 라고 정의하였다.

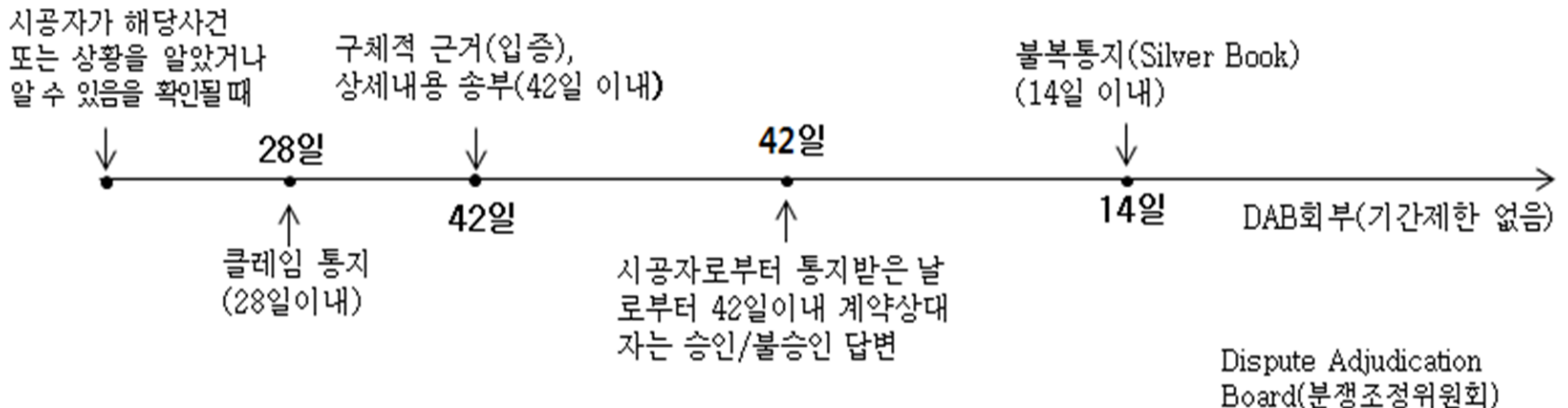
• 이현수¹⁴⁾ 는 클레임의 제기가 증가되고 있는데 클레임의 상당수가 청구한 금액에 대한 보상을 제대로 받지 못하거나, 아예 기각된 것에 착안하여, 건설클레임의 성패요인의 기준을 다음과 같은 내용으로 ①명확한 기준에 따른 예산집행 및 원가관리 ②입찰안내서에 따른 정확한 설계 및 설계관리 ③설계변경 등과 관련한 철저한 보고체계의 확립 ④문서화의 기록 ⑤자체 계약 및 클레임관리 능력 ⑥수립된 계획에 따른 철저한 공사관리 및 품질관리 ⑦계획단계의 철저한 리스크 관리를 성공요인으로 제시하였다. 또한 건설클레임 핵심관리요인으로 ①기준에 따른 설계서 작성 및 검토 ②증거자료 구축 ③철저한 계약관리 ④시공관리 ⑤정확한 손실파악을 기본으로 각 항목에 대한 상세한 핵심관리요인에 대한 중요도 산정방법을 통해 분석결과를 도출하였다.

2) 해외에서 건설클레임의 정의

(1) FIDIC Red Book(1999) Sub-Clause 2.5 and 20.1

- 발주자에 대한 Claim제기는 전적으로 시공자의 판단에 의한 것이며, 계약조건에 의해 권리가 발생한 사안이나 계약과 관련된 사안에 대해 Claim을 제기한다. 공기연장과 추가 대금지급이 Claim 대상이다.¹⁶⁾
- 시공사 클레임¹⁷⁾에 대한 설명으로서 클레임이 금전, 재산 또는 구제수단에 대한 권리의 주장 (사전적 정의), 이 정의에 따르면 시공자가 매월 기성을 청구하는 것이나 발주자가 시공사에게 하자보수를 요구하는 것도 모두 클레임에 해당한다고 주장하였다.

<그림 2> FIDIC 제20.1조: 시공사 클레임¹⁸⁾



(2) FAR 제33.2조(미국연방조달규정) Claim 정의

클레임은 권리의 문제로서 당해 계약에 의하여 또는 당해 계약과 관련하여 발생하는 금전지급, 계약조건의 조정이나 해석 또는 구제를 추구하는 계약당사자 일방에 의한 문서상의 요구 또는 주장을 의미한다.¹⁹⁾

(3) CMAA(미국건설관리협회) Claim 정의

클레임은 계약문서규정에 따라 계약당사자(시공사) 또는 상대계약자(발주자)에게 제기된 보상에 대한 정당한 요구. ²⁰⁾

(4) AIA Document A201 Clause 4.3.1

클레임은 계약조항을 준수함에 계약의 한 당사자가 권리의 문제로서 계약조항의 조정이나 해석, 금전의 지급, 공사기간의 연장 또는 여타의 구제를 구하는 요구 또는 주장

클레임은 또한 발주자와 계약자 사이에 발생 또는 계약과 관련된 여타의 분쟁과 논의 중인 문제를 포함한다. ²¹⁾

(5) James J. Adrian, "Construction Claim"

클레임은 당초 계약에 포함되지 않은 사안으로 추가공사 또는 손해추정결과에 대해서 합의된 계약금액 이상으로 보상에 따른 건설공사계약에 대한 요청. ²²⁾

3. 클레임의 다중적 속성

1) 클레임 속성 및 범주

일반적으로 클레임은 계약이 성립된 조건에 따른 책임(責任, liability)과 권리(權利, right)의 범위 여부, 이와 관련된 이해당사자(Stakeholders)와의 인과관계(因果關係, causation), 응당히 일한 값어치만큼의 손해량(損害量, quantum merit, Damages)²³⁾ 등에 관한 문제로 범위를 정의할 수 있는 것으로, 우선 책임과 권리에 대한 증거를 소명(疏明)하는 것으로서의 요건사실 입증(要件事實立證, 要證事實, proof of fact)²⁴⁾이 선행되어야 한다.

본 논문에서는 책임·권리와 인과관계를 연구수행 대상으로 하고, 損失量은 제외하며 다음기에 연구를 수행하고자 한다.

2) 일반적 이해로서 클레임 정의

국내의 각 기관에서 클레임과 관련한 내용은 다양하게 나타나 있지만 규정이라 하기에는 다소 충분히 명확하지 않는 것 같다. 해외사례 및 국내에 통용되는 클레임에 대한 정의를 종합해 보면 다음으로 정리된다.

① “클레임이란 계약의 계약금이나 계약공기 또는 계약상 책임과 의무가 있는 이해당사자의 조정이나, 계약조건에 따른 기타 구제를 구하는 양 당사자의 요구 또는 주장”.

② “클레임이란 계약 또는 계약상 이의 제기되는 계약당사자간의 사안에 관하여 그 한편이 상대방에 대하여 요구하는 청구 또는 이의신청이라 규정”

• 본래 클레임 자체는 법률적인 해결로의 분쟁을 의미하는 것은 아니며, 분쟁이전의 이의 제기 의 성격으로서 클레임은 협상의 자료로서 상대방에게 제시되는 것으로 계약당사자간에 발생한 문제를 합의에 의하여 해결하는 행위로서, 이를 해결하지 못하는 경우에는 제3자의 판단을 구하는 소송·조정·중재 등으로 발전하는 분쟁과 법률적·규범적으로 구별되며 분쟁의 이전단계를 클레임이라 한다.

• 그러나 현재 우리나라에서는 이들 두 개의 속성에 대한 의미와 범주에 대해서 문헌이나 사례를 조사해보면 이해 가능토록 명확하게 구분한 용례가 없을 뿐 아니라 그 의미의 차이를 구분하지 않고 등치개념(等值概念, equipollent concept)²⁵⁾으로 활용하는 현실이다.

• 더구나 우리나라 정부공사계약, 용역계약 및 물품구매계약의 경우, 공사계약일반조건 제51조, 용역계약일반조건 제36조 및 물품구매(제조)계약일반조건 제31조에서는 “**계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.**” 이는 공사 중 설계변경, 공기연장 및 물가변동에 의한 계약변경 등의 건설클레임이 발생시에는 별도의 클레임의 구분을 하지 않고 “분쟁은 협의에 의하여 해결”한다고 기술하였으므로 **외국의 계약조문과는 클레임의 절차적 접근방법에 차이가 있다.**

• 따라서 우리나라의 정부계약법이 클레임을 별도 구분하지 않았지만 이미 많은 분쟁관련해서 클레임단계에서 해결하려는 노력과 분쟁으로 발전하기 전에 예컨대 “사전조정”의 성격으로 대한상사중재 원 등 제3자인 전문가집단의 도움으로 해결하려는 움직임으로 합리적인 방법에 대해서 필요성을 인식하고 있다. 또한 법원의 소송 이외에 대형사건에서도 대안해결방법(A.D.R: Alternative Dispute Resolution)으로 “조정” “중재”로서 제3자의 분쟁해결 로의 청구하는 사례가 증가하고 있는 추세이다. 이는 클레임해결마인드 기반이 상당히 전향적으로 변화하는 현실이라 하겠다.

3) 현시적 클레임(Exposed Claim)

(1) 법률적, 이론적 관계성 이해

현시적 클레임을 현장성의 건설관행이 아닌 법률적인 관점에서 짚어보면, 어떤 사건을 주장 또는 청구하는 클레임에서 **구체적 타당성(具體的 妥當性)²⁶⁾** 이 있음을 근거로 **법률의 타당성 (法律 妥當性)²⁷⁾** 측면에서의 타당함에 실재(real)의 확신을 구함으로서 이의 타당성에 대한 일체의 논리를 근거로 하여 그 논리에 어긋남이 없다는 **논리해석 (論理解釋)²⁸⁾** 으로 확립될 수 있는 상태의 클레임을 현시적 클레임이라고 정의할 수 있다.

좀더 명확한 논리로 현시적 클레임을 뒷받침한다면 **권원(權原,title)²⁹⁾** 을 명확히 확보 하는 것이 본래의 의미로서, 분쟁으로의 확대를 방지하는 방법이라 하겠다.

(2) 건설문화특성·현실성 및 사회통념상 이해

현시적 클레임은 이미 드러난(reveal), 노출된(exposed), 확실한(distinct) 사건의 존재, 사실이라고 예측가능(predictable)하고 발생할 수 있는 건설공사 및 모든 거래행위로서 이해되는 것으로

로서, 이는 포괄적이고 일반적인 클레임의 성격이지만 클레임 예방을 위한 계획적인 사전 노력으로서 클레임 이전으로 되돌릴 수 있고, 클레임으로 현실화 되더라도 필요한 요건을 갖추어 계약내용이나 법의 흠결이 없도록 하여 분쟁으로 발전하기 이전에 다각도의 대비책 효과(hedge effect)를 얻을 수 있으며 법률적 타당성으로서 충분히 존재한다는 사유가 분명함을 갖출 수 있다는 속성이 있는 것을 현시적 클레임으로 정의할 수 있다.

- 또한 당초 계약내용 이외에 발주자로부터 명시적으로 절차에 의해 추가공사, 요구수준 변경 등을 협의 과정을 통해 계약변경승인이 확정된 것 또는 계약변경된 것을 모두 포함할 수 있다. 좀더 자세한 내용분류는 아래에 비교한 <표-1>에 사례로 별도 설명하기로 한다.

4) 잠재적 클레임(Latent Claim)

(1) 법률적, 이론적 관계성 이해

- 잠재적 클레임에 대해서 법률적인 관점에서 짚어보면, 어떤 사안에 대해서 계약내용이나 법률적인 절대성은 아니지만 현실적 여건으로 현상의 발생 또는 현상을 인지할 만큼

충분히 **개연성(蓋然性, probability)**³⁰⁾의 함의가 있다는 것으로서 사안에 관련된 여타의 **법률의 저촉(法律 抵觸, conflict of law)**³¹⁾이 되지 않는 모든 법률관계를 포함하는 사안의 주장, 청구, 구제수단의 요청으로 정의할 수 있다.

- 또한 개연성과 법률의 저촉이 되지 않는 것으로서 사안이 점차 드러나면서 구체적 타당성이 확보 또는 확보 가능한 정도의 **합목적성(合目的性: 독. Zweckmässigkeit)**³²⁾을 갖출 수가 있다면 이를 잠재적 클레임으로서의 의미로 정의할 수 있다.

- 여기서 또 다른 법률적 시각으로 볼 때, 계약자(청구인)가 특정한 계약범주 외에 **사무관리(事務管理)**³³⁾에 해당하는 일을 행하였을 때 이로 인하여 **부당이득(不當利得)**³⁴⁾이 발생한 것으로 판명되는 일련의 과정도 잠재적 클레임의 범주에 해당한다고 할 것이다.

- 사무관리나 부당이득은 크게 준계약의 범주에 속하고 있으며, 법률상 묵시적계약(준계약: implied contract)은 우리나라에서는 법률로 적용하지 않고 있지만 이들을 클레임 관점에서 보면 잠재적 클레임의 범주에 있다고 볼 수 있다.

• 미국의 계약법 중에 계약의 해석(Interpretation of Contracts)에서 “계약의 문언이 명백하고 모호하지 않다면, 계약서 자체에 포함되어 있지 않은 증거, 즉 외부적 증거(extrinsic evidence)³⁵⁾ 를 고려할 수 없고 구두증거는 인정되지 않는 구두증거배제법칙 (parole evidence rule)³⁶⁾ 을 원칙으로 한다. 그러나 계약서가 모호한 경우 구두증거는 계약내용을 명확히 하기 위해 인정된다.” 이것은 “계약서의 의미를 바꾸어 해석한다는 의미가 아니라, 계약서에 적힌 내용의 의미를 명확히 하기 위해 부가적 증거를 받아들인다는 것으로 볼 때 잠재적 클레임을 인정하는 결과로 해석될 수 있다.”

(3) 건설문화특성·현실성 및 사회통념상 이해

잠재적 클레임은 경험이 없는 새로운 건설공사, 격오지, 또는 해외공사 등 관습과 언어 등의 소통에 문제가 있고 전쟁 등 정치적·사회적·경제적인 불확실성으로 인한 클레임의 예측 가능성이 어렵고, 현시적인 판단이 아닌 불규칙한 프로젝트를 수행하는 대상이나, 그리고 클레임으로 인식하지 못하거나 인식하더라도 자기주장을 하지 못하는 경우에서

발생할 수 있는 건설분쟁 및 거래행위를 일컫는 특수한 상황의 클레임을 의미하는 정의로
서, 영어의 어원으로 보면, 'reveal(보이지 않던 것을) 드러내 보인다.' 'emerge(숨어 있던 곳에
서) 나오다.' 'disclose(눈에 안보이던 것을) 드러내다.'의 의미로서, 사업의 계약협상단계 시에
사안별로 검토되었던 유·불리한 조건들로 도출되었던 내용들 중에 계약체결단계에서
협상실패로 미반영 또는 관철하지 못한 부분들은 잠재적 요인으로 남아있는 상태를 유지
하면서, 계약 이후에 이들 요인들은 실제 시공 중에 각 단계별로 잠재적 요인(보이지 않거나,
숨어있거나, 미처 예측 또는 판단치 못하는 부분 등)가 드러내는 클레임을 모두 포괄적인
의미로서의 클레임을 잠재적 클레임으로 해석할 수 있다.

• 최근의 건설 클레임 및 분쟁의 환경변화를 개괄적으로 설명하면, '갑-을 관계'의 변화로서
저가 낙찰된 공사금액의 프로젝트인 경우 공사의 개시부터 '을'의 이익 실현의 어려움 잠재,
주종관계형성의 약화, 사업관리의 투명성 진화, '갑-을'의 편법·탈법의 관행이 불가해지고,
갑의 임의해석 및 권한축소 및 약화, 클레임 제기의 일상화 및 의식변화와 다양한 클레임 및
분쟁유형 등, 특히 건설공사가 종료되는 시점에 해결하지 못했던 사안들을 클레임제기로
해결되지 않으면 분쟁으로 이어지는 사례가 늘어나는 추세로서, 건설시장의 변화가

클레임의 중요성을 더욱 크게 인식하는 현실이 되었다. 이러한 현실은 사회적 악순환적 부메랑으로 돌아와 공공 또는 민간건설 에서 크고 작은 사건으로 나타나는 실정이다. 이러한 사건에서 고의적인 손해를 끼친 경우에 대해서는 법질서유지 및 재발방지를 위한 방법으로 **징벌적손해배상(懲罰的損害賠償, punitive damages)³⁷⁾** 을 우리나라에서도 도입 추진 중인데 국회에서 아직 확정되지 않은 상태로서, 이것은 기존의 손해배상 외에 추가적으로 형벌적 성격의 손해배상을 가하는 것으로 미국법 및 영미법계 국가에서 택하고 있는 제도이다. 현재 우리나라에서는 실손해(實損害)에 상응하는 액수만 보상받는 최소한의 보상방식인 전보배상(填補賠償;compensatory damages,민395)³⁸⁾ 방식을 대부분 시행하고 있으나, 2011년 '하도급거래 공정화에 관한 법률'이 개정되면서 대기업이 중소기업의 유망 기술을 가로채 유용했을 때 3배까지 배상하도록 하는 손해배상제도를 최초로 적용 하였으며, 최근에는 금융, 신용정보, 제조물책임법 등에서 최대 10배까지 손해배상을 부과하는 민법의 개정 및 확대필요성이 대두되고 있고 더욱이 '세월호침몰사건'을 계기로 징벌적손해 배상 제도를 국회에서 2014년 발의, 추진 검토 중에 있다. 특히 최근의 '폭스바겐 배출가스 조작사건' 이 현실적으로 확대 필요성을 증폭시킨 사례로서, 제조물책임법(PL법)

등은 건설산업과 직접적인 영향을 미칠 것으로서 이에 대한 대비가 더욱 절실하다.

예를 들면, 건설현장의 시시각각으로 일어나는 기후여건, 돌발사건사고 등에서 누구의 의무·책임여부를 따질 시간적 여유가 없이 비상여건이 발생할 때, 우선 예방 또는 처리하는 일들에서 불요불급한 사유로 승인절차 없이 비용을 집행함으로써 잠재적 클레임의 형성요건이 있을 수 있다.

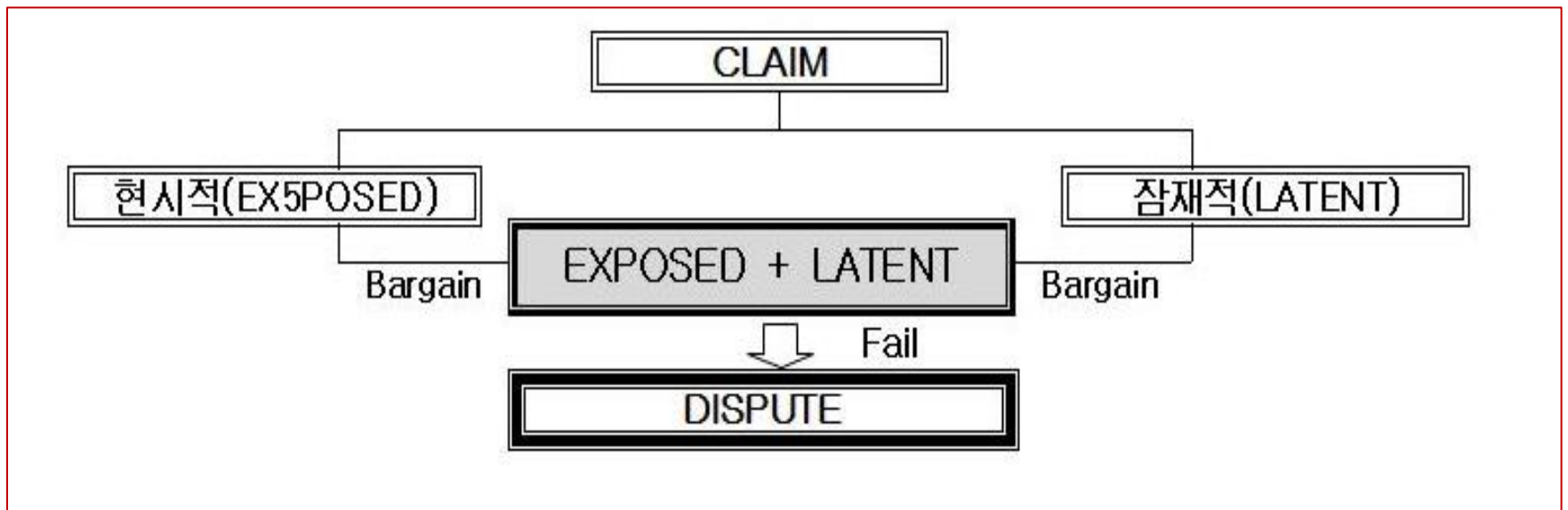
또 다른 예를 들면, 핵개발 의심국가인 북한 또는 이란의 국영기업인 발주자(계약주체)와 국내건설사가 프로젝트를 계약하고 건설이 진행 중 미국 및 유엔차원의 국제적 경제제재로 인하여 진행 중인 사업이 국제금융조달이 막히자 이로 인한 발주자는 건설대가지급이 불가하여 사업중단과 함께 현장철수에 따른 클레임 발생이 되었다. 이후 발주자의 파산으로 사실상 계약주체가 없어진 경우에 계약당사자의 부존재로 청구대상 주체가 없는 상태로서 손해배상과 손실보상은 자체손해 배상보험으로 우선적 보장을 받아야 할 것이고 이같은 사건은 통상적으로 계약당시 예측을 벗어난 정도의 드러나지 않은 특수한 돌발사건으로 '광의의 범주로서 잠재적 클레임으로 해석'할 수 있다.

Ⅲ. 잠재적 건설클레임발생 주요 요인(Factors)

1. 현시적 건설클레임(Exposed Claim)과 잠재적 건설클레임의 관계 이해

현시적 건설클레임과 잠재적 건설클레임은 각각 속성상 명확히 구분되지만 진행되는 과정과 결과의 내용에 따라서 그 속성이 변화함으로써 현시적요인↔잠재적요인이 서로 상반되는 유형으로 나타날 수 있다.

<그림3> 현시적 클레임과 잠재적 클레임 발생 MECHANISM



<표1> 현시적 클레임과 잠재적 클레임 발생

<p style="text-align: center;">현시적 클레임의 속성 분류</p> <p style="text-align: center;">Key: 구체적 타당성·권원</p>	<p style="text-align: center;">잠재적 클레임의 속성 분류</p> <p style="text-align: center;">Key: 개연성·합목적성</p>
<p>1. 법률적인 요건입증 관점으로 보면,</p> <p>▶당초의 계약내용에 특기한 사항으로 이미 예상하고 있거나 예상이 당연시되는 사안들에 대해서 공사진행 중에 그 해결을 구하는 클레임으로서, 당해 사안의 구체적 타당성→ 법률의 타당성 → 논리해석 → 권원의 속성을 충족하는 클레임 유형으로 볼 수 있다.</p> <p>예) 지하층굴착 시 토질성상의 상이 등으로 인한 설계 변경요소 발생을 예로 들 수 있다.</p> <p>▶하자보수: 정상적인 시공내용으로 법적인 하자범위의 시공내용</p>	<p>1. 법률적인 요건입증 관점으로 보면,</p> <p>▶당초의 계약내용에서는 법률적인 절대성유지는 아니었으나, 공사진행 중에 계약조건의 변경,현상변화로 인해서 <u>잠재적 클레임의 개연성이 예상되는 사안들에 대하여 법률의 저촉을 회피한 속성과 모든 법률관계에서의 합목적성을 갖출 수 있는 주장·청구·구제수단의 요청하는 것들을 잠재적 클레임유형으로 분류할 수 있다.</u></p> <p>▶클레임으로 인식하지 못하는 경우</p> <p>-<u>계약체결 후 공사진행 중에 발생하는 계약내용의 불분명·누락·오류·상호 모순성 등</u></p> <p>-<u>계약당사자간 사무관리나 부당이득으로 이해가 발생한 경우 또는 발생이 예상되는 것</u></p>
<p>2. 건설문화특성·현실성 및 사회통념상 이해</p> <p>▶당초 계약내용 이외에 발주자의 공식적인 요청으로 추가공사, 요구수준변경 등을 협의 과정을 통해 합의하는 것</p> <p>▶계약문서[공사입찰안내 및 유의서, 현장설명서(질의회신 등 포함), 공사계약 일반조건, 계약서, 설계도서(도면, 시방서, 설명서 등), 공사계약특수조건 및 산출내역서 등]</p>	<p>2. 건설문화특성·현실성 및 사회통념상 이해</p> <p>▶클레임으로 인식하더라도 정당한 자기주장을 못하는 경우(계약당사자간 위계성 영향)</p> <p>-발주자와 수급자, 수급자와 하수급자 간 '갑과을'의 관계가 지속적으로 보장 또는 보장 가능한 경우</p> <p>- 장기계약 형태: 년 단위 단가계약지위 확보된 경우)-추가 및 변경요소 발생시 합목적성 유지문제가 되는 경우</p>

<표1> 현시적 클레임과 잠재적 클레임 발생

<p style="text-align: center;">현시적 클레임의 속성 분류(예) Key: 구체적 타당성·권원</p>	<p style="text-align: center;">잠재적 클레임의 속성 분류(예) Key: 개연성·합목적성</p>
<ul style="list-style-type: none"> ▶계약내용과 다른 실제 현장공사진행 시 나타난 상이, 변경발생, 추가공사 발생 등으로 인한 공사비 변동 ▶계약 외의 명확한 신규공사 발생 ▶예측된 공사중지, 공법변경 등 ▶지하층 및 기초공사 시 예측 가능한 공법변경 ▶계약상 당해 사업장외의 사유로 공사중지·정지 등 발생- 발주자(제3자 사유 포함) 해결사유 	<ul style="list-style-type: none"> ▶<u>계약 체결된 사업진행 중에 불리한 변경, 증액요소가 예상되는 경우</u> ▶<u>수주원 확보 또는 계약상 경쟁관계가 심한 경우</u> ▶<u>계약주체가 파산 등의 사유로 법률적 주체가 불분명할 때</u> ▶<u>계약 외 범위를 발주자 구두지시(비공식)로 변경 및 추가공사</u> ▶<u>계약상 당해 사업장외의 사유로 공사중지, 정지 등 발생- 수급자 해결사유</u> ▶<u>고의 또는 관리부주의로 부실시공, 준공 후 부분 재시공 및 비정상적인 하자내용</u> ▶<u>지하층 및 기초공사 시 예측범주를 벗어난 공법변경-설계도서의 부실</u>

<표2> 잠재적 클레임(LATENT CLAIM) 주요FACTORS (1)

경영·사업관리 요인(Factors)

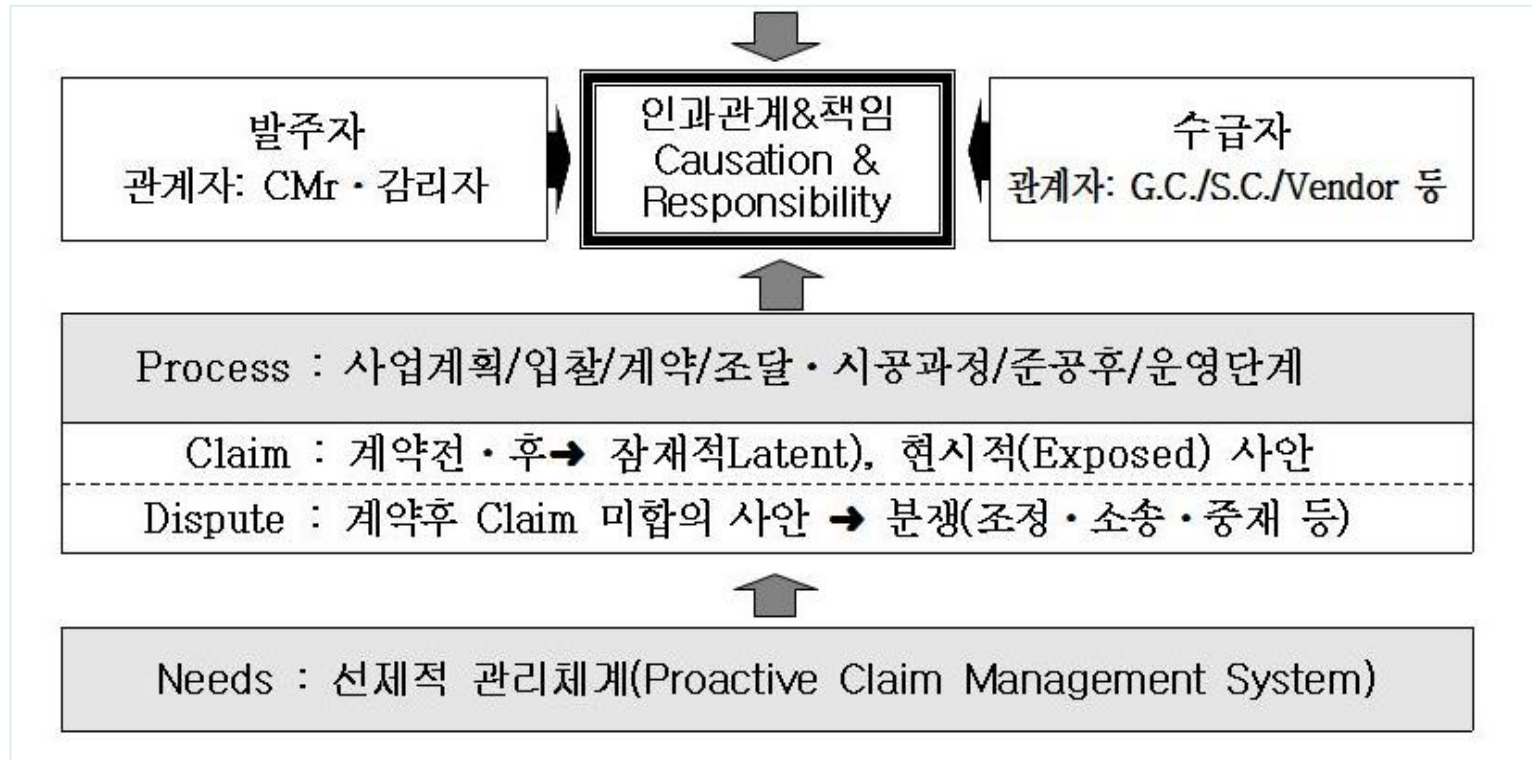
- ▶**계약변경:** 계약조건 외 추가사항,사업내용, 사업비예산(과다예산확보, 예산부족, 예산 미확보, 사업기간(적정공기 여부), 공기단축·중지(귀책사유), 추가과업, 과업축소, 과업모호·상충된 사안의 계약조항(협의· 합의· 확정· 승인),계약해지·해제
- ▶**조달,운송조건:** 기자재,설비의 공급문제
- ▶**재정적 조건:** 자금(취소,지연,중지,정지), 현금유동성, 외산자재 환율변동, 인플레이션, 보험, 세금, 특정사유로 국제적 제재 등
- ▶**대외적요건:** 인허가변경, 선결조건 미 이행 (인접지, 근접지, 진입부개설 및 지장물 등), 계약당사자의 부작위, 부당한 지시, 자재 조달(사급, 도급)변경, 당사자 책임 없는 준공지연(직접비 또는 간접비 변동, 기회 비용 변동)
- ▶**공정에 미치는 원인의 유형**(보상가능 지연, 용납되는 공사지연, 용납 되지 않는 공사 지연)
- ▶**각 사안별 근거·증거(입증)확보:** (실정보고: 승인,미승인), (사진,영상물포함)



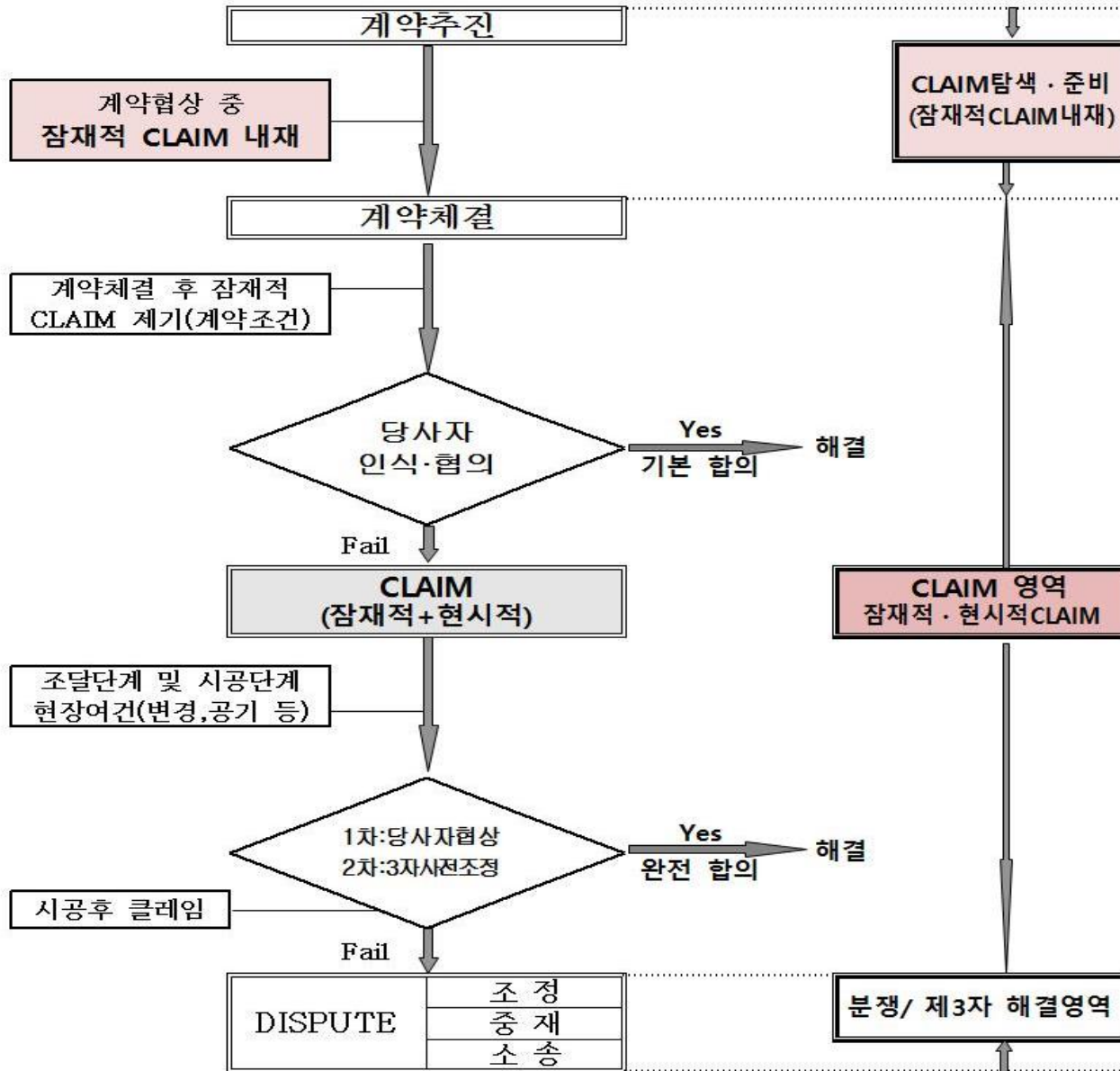
기술·현장여건 요인(Factors)

- ▶**설계조건불일치**(지반조건, 물리적 조건, 시공기술 및 공법, 시방조건, 계약설계도면 과 현장여건 상이), 토취장, 사토장, 영향 평가(교통,환경 등), 설계오류(계약상 설계 도, 시공상세도),
- ▶**물리·환경조건:**기상이변(홍수,폭설,산사태,태풍,사고,혹한기,혹서기,전염병 등), 환경오염,폐기물매립, 공공성 민원, 안전, 천재지변, 착공지연요인,
- ▶**시공품질:** (재시공: 불량자재 품질미달· 시공, 오시공, 품질규정 상이), 시공중지 (NCR)
- ▶**공정지연 클레임:** (부진주체: 발주자, 시공사), 노동력부진(관리부실, 노동력 부족, 노동파업,민원 발생), 예산미확보에 의한 공사 중지(정지), 장기 계속공사의 예산(年賦額)부족에 의한 적정집행 불가 로 진도지연), 시공사 부도, 하도급자 부도, 자재수급지연, 잦은 현장작업변경 (FCR주체: 발주자, 시공사 등),
- ▶**공기축진 클레임:** 공사비증가(돌관작업 등 공기 단축 주체: 발주자, 시공사)

<표2> 잠재적 클레임(LATENT CLAIM) 주요FACTORS (2)



<그림3> 클레임 발생과 해결 및 분쟁 해결 FLOW



<표3> 건설 PROSESS별 클레임요인 및 유형 분류

Prosess별	업무별 분류	발생가능 클레임 요인	유형
계 약 단 계 "협상 Claim"	계약협상· 계약해제· 계약해지조건	프로젝트 여건(1건 다수의 현장 산재), 안전·환경여건	현시적
		공사예산, 직·간접비 적정성(완결성 어려움)	잠재적
		계약문서의 특수조건,부속서(유·불리 사항)	현시적
		표준계약 및 약관의 범주, 특기사항 여부	"
		계약문서의 우월적, 불공정행위 과업내용 여부	"
		계약해제·해지사항(귀책사유, 보증책임)의 적정성 여부	"
		계약해제 시 보증금·손해배상·손실보상 청구	"
		계약해제의 요건 및 공사비 정산	"
		계약 중도해지 시 보증금 청구(다툼의 여지)	잠재적
	계약상 장기불능 등- 귀책사유의 명확성	현시적	
	계약체결	최종 계약서 Draft Review	잠재적
		계약도서: 설계도서 및 부속서 구비 여부	현시적
		각종 보증책임관계(공동, 분담, 단독)	"
		선급금 및 공사대금 지불조건 적정성	"
채권매입(국·공채)방법 및 변경		"	

<표3> 건설 PROSESS별 클레임요인 및 유형 분류

Prosess별		업무별분류	발생가능 클레임 요인	유형
공사 단계	계약 이후 착공단계 "착공 Claim"	계약리스크	계약협상 시 불리요건,관철하지 못한 사안 List/관리방안	잠재적
			계약조건,설계도서 종합적 Review/ 클레임 요인분석	현시적
		민원 리스크	착공신고(주변조사 및 착공전후과정 증거확보),협력관계	"
			인접지,건물보호 / 교통통행 접근로 /안전관리방안수립	"
			지하굴착방법/ 소음진동방지대책(발파, 타격음)	잠재적
		설계변경· 설계개선	설계도서 변경요인분석(불분명,오류,상호모순,누락 등)	현시적
			시공상세도작성-설계도서 부합성	"
			설계도,시방서, 기타 부속서 불일치	"
			자재수급조건(사급,도급), 구매가능성, 공급기간 등	"
			공사참여자 업무분담표(RAM)확보(발주자,감리자,시공사,하도급자, Vendor 등)	"
			설계개선활동- VE&LCC	"
			보증/보험	공사이행보증/ 변동관리
		안전위생 보험		"
		현장조건	지장물처리/유해 폐기물처리/ 지하매립물 등	잠재적
			현장여건조사(대지경계선, 인접지 침입여부 등)사전조치	"
			계약조건과 현장여건 상이 여부	현시적
			계약공기 적정성 검토	잠재적

<표3> 건설 PROSESS별 클레임요인 및 유형 분류

Prosess별		업무별 분류	발생가능 클레임 요인	유형
공사 단계	"시공 Claim"	공무행정(시공도관리 포함). 공정.시공.품질.안전.환경	현장시공 상이, 변경 등 요인- 확인여부	"
			설계변경 이전에 선시공, 변경시공- 합의여부	"
			발주자,감리자: 계약 외 추가 등 적법지시 여부	현시적
			지하굴착토사 사토처리방법,사전조치	"
			자재 및 장비 반 출입 계획	"
			각 주요부 시공도작성 승인 여부	"
			설계변경발생시- 책임주체 확인 여부	잠재적
			계약변경 리스트관리-적기 변경/ 물가변동 포함	현시적
			공기축진,공정지연(지연사유 명확화)-손해배상, 손실보상	잠재적
			장기계속공사 계약관리(적기에 설계변경,공기변경 등)	"
			동절기 등 기후여건 공사중지-계약관리(변경) 명확화	"
준공 후	"계약해제 Claim"	손해배상	공사종료 후 계약해제시점(종료)	"
			손해배상 청구주체(도급인,수급인, 하수급인 등)	"
		사용검사승인	공사이행보증금 지급관련, 지체상금부과 여부	"
			공기단축, 공기지연- 보상, 지체상금 여부	"
			안정화 관리	시설물유지관리절차서,지침서 등 - 인계인수 확인
공사미완성,하자관리- 잔류인력관리	잠재적			
사용 중	"운영 Claim"	운영·유지관리	사용중 하자클레임- 요인 별 책임주체 협의/확정	"
			개선사항 발생시- 대금지급주체 협의/확정	"

(1) 건설공사의 일반적인 클레임의 유형

클레임 내용	귀책 사유 판단	클레임 유형
발주 때부터 인식하지 못한 불명료 공사내용 또는 무리한 요구조건 잠재	계약조건·법률판단 필요	잠재적
계약서, 설계도서(계약도면, 시공도면, 시방서 등)의 상이·변경 및 추가발생	〃	현시적/ 잠재적
공사지연에 따른 공정진도 및 계약준공변동	〃	잠재적
공사지연으로 발생하는 본사,현장의 간접공사비, 직접공사비	〃	잠재적
공사계획서·도면·시방서등에 포함된 실수·누락·모호함이나 실제조건과 맞지 않아 재시공 등으로 발생하는 추가공사비	〃	현시적/ 잠재적
계약과 공사현장조건 상이에 따른 공사량, 공법 등의 변경으로 공정 및 공사비변동	원인행위자	잠재적
공사촉진에 따른 돌관공사 및 공기단축(Critical Path변동), 공사비 변동	계약조건·법률판단 필요	현시적/ 잠재적
작업효율 저하로 인한 직접노무비 및 간접공사비 증가액 등	원인행위자	잠재적
기후환경영향에 따른 직접공사비, 간접공사비 영향	계약조건	잠재적
계약공기 지연에 따른 손해배상(발주자: 미사용 만큼의 기회비용손실)	원인행위자	잠재적
도급자의 태만,재시공,미시공, 부실시공,누락시공 등 공사추진지연 위반에 따른 지체변상금	시공자	잠재적

(2) 발주자의 거래상 지위를 남용한 행위

클레임 내용	클레임 유형
본 계약과 년 단위 장기계속공사 계약상 예산확보 및 부족한 집행금액으로 공정부진, 공기지연 발생에 따른 공사비(직·간접비) 증액 미 반영	현시적/잠재적
물가연동 변경에 따른 계약금액 미조정 또는 이행지연	잠재적
공기지연에 따른 공기연장해당분 직·간접공사비 증액 미반영	현시적
계약상 담당자의 미승인, 승인지연 등 부적절한 권한행사 등	현시적
공사손해보험가입과 관련 가입보험사와 보험료 지정하여 거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 행위	잠재적
손해배상책임 부당전가행위	잠재적/현시적
지급자재를 사급자재 대체사용 시 구매원가 추가부담분 미반영	현시적/잠재적
지체상금 부당부과 및 과다부과행위	현시적
계약해제로 인한 손실보상액 미지급행위	잠재적
설계변경 전 선 시공부분에 대하여 설계변경 및 계약금액조정 이후에야 기성 인정함으로써 대가지급을 지연하는 행위	현시적
중간공정관리일 미준수에 대한 위약금 부과행위(원인행위자 판단 미확정)	잠재적
불공정한 계약조건 설정행위 등	현시적/잠재적
공사와 관련한 경미한 비용부담 전가	"
발주자 사유로 공사중지할 경우 손해배상 불인정	"
계약상 수급자 사유가 아닌, 긴급사항 발생시 경비 및 장비·설비의 사용비용 수급자 부담	"
시방서 내용의 해석상 이론이 있을시 발주자의 해석에 따르도록 한 조건	"
발주자 예산상의 사유로 기 지급한 선금 반환토록 한 조항	"
원가계산비목 계상 착오 시 계약금액 감액 환수할 수 있도록 한 조건 등	"

IV. 결론

건설산업은 사업대상프로젝트를 구상 및 계획 시부터 진행과정에서 클레임이 존재함을 알 수 있고, 즉 계약협상부터 과업종료에 이르는 동안 수많은 공종에서 이해당사자 사이에서 잠재적 클레임요인과 현시적 클레임요인이 공존하게 된다. 이들 클레임은 성공적이지 못하면 바로 Risk로서 손실과 직면한다. 여기서 현시적 건설클레임과 잠재적 건설클레임을 다음과 같이 정의하였다.

• “현시적인 건설클레임은 이미 실재성을 확보한 것, 구체적 타당성을 확보한 것, 법률적 타당성, 논리해석상으로 권원(權原)이 확보된 것들을 대상으로 정의”하였고, 그 사안들에는 확정적이고 노출된 관리요소로서 분류하였고, “잠재적인 건설클레임은 불확실하지만 현실적으로 현상(現像)으로서 인지할 만큼의 개연성(蓋然性)을 있는 사안들을 법률적인 저촉이 되지않는 구제요건으로 구체적 타당성을 확보하여 합목적성을 갖출 수 있는 지위를 확보하는 클레임으로 정의”하였다. 또한 그 대상들은 계약범주와 계약범주 이외의 사무관리, 부당이득의 관점에서 외부적 증거 등 드러나지 않은 클레임가능성 등 일체의 잠재적 요인을 관리대상으로 참여자의 관리능력에 따라 Claim의 성공적인 관리여부의 차이가 클 가능성이 있는 클레임이다.

- 즉 잠재적 클레임은 무한의 통찰력 요구, 이른바 “明見萬里”(먼 앞날의 일을 훤히 내다보다, 탁월한 식견으로 관찰력이나 판단력이 뛰어나 앞날의 일을 정확하게 내다보다)의 다양한 경험을 갖춘 선견지명이 요구되며, 복잡·중요한 프로젝트를 수행함에 있어서 우리나라에서도 “건설클레임 전문가의 중요성”이 더욱 필요한 현실이라 하겠다.
- 이미 일반산업분야에서는 “6 Sigma”, “TRIZ” 등의 시스템적인 활동도구를 통해 사람개개인의 능력과 시스템 활동도구를 더해서 시스템적인 사고를 도입해서 생산성 및 리스크관리를 향상시켜왔다. 그리고 최근에 바둑을 통해 알파고(인공지능 바둑, AI: Artificial Intelligence)의 놀라운 우수성을 확인한바 있다. 우리 노동집약적 산업인 건설산업분야에서도 자동용접기, 자동운반 및 이동장치, 각종 로봇 등 하드웨어 분야(hardware)에서는 이미 오래 전부터 사용해왔다.
- 그러나 건설사업관리분야(software)에서도 클레임 및 리스크 대응에 시스템적인 관리를 위해서 적극적인 AI의 도입을 통해서 논리적인 AI시스템과 인간의 통찰력을 융복합함으로서 그 응용기술의 접목으로 관리의 Virtual화가 필요 할 것으로 판단된다.

• 그리고 클레임분야의 활성화 및 글로벌화를 위한 필요성으로서 우리나라의 정부공사계약, 용역계약 및 물품구매계약의 경우, 공사계약일반조건 제51조, 용역계약일반조건 제36조 및 물품구매(제조)계약일반조건 제31조에서는 “계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.” 라는 문구를 분쟁으로 발전하기 이전 단계로 구분하는 의미로서 클레임의 성격을 부여하는 방안으로 “클레임이 예상되거나 발생할 때는 사전적 해결 방안으로 클레임해결 방법 (당사자 해결, 또는 제3자 사전조정 (전문가 조정)으로 합의를 할 수 있다.” 라는 문구를 명시적으로 표현할 것을 제안 한다.

• 향후의 연구는 잠재적 클레임과 현시적 클레임의 요인을 단계별, 공종별, 속성별 분류하고 이를 토대로 전문가 인식조사, 판결 및 판정사례 분석, 잠재적 건설클레임 이 사업관리에 미치는 영향요인분석을 통계적 기법을 활용하고자 한다.

▣ 참고 문헌 및 인용, 변용

- 1) 건설클레임전문가과정(건설클레임론-황문환,법무법인 율촌 전문위원) 책, 대한상사중재원. p12-15. 인용 및 참조
- 2) 잠재적 클레임이 공공아파트 공사관리에 미치는 영향요인분석, 김선구외2인, 대한건축학회논문집 구조계, v.22 n4. (2006-04). p189 인용 및 참조
- 3) 국내건설공사 클레임사례를 기준한 위험요인 및 대응전략 도출, 윤철성,김선규, 대한건축학회논문집 구조계 19권9호 (통권179호),2003.9. p163-169 참조 및 인용
- 4) 공공공사의분쟁사례 분석을 통한 클레임예방 체크리스트 개발, 한국건설관리학회 논문집 제2권 제1호 2011.2, 신창준,현창택외3인, p13-19 인용 및 참조
- 5) 실재성(reality)은 관념성(觀念性)에 대립되는 개념, 사고 속에만 존재하는 관념,에서 독립하여 사물·사상(事象)으로서 존립하는 것을 의미한다. ① 일상적으로 사용되는 경우에는 경험적 실재성, ② 자연과학에서의 실재성은 자연과학적 절차(방법)를 밟아 귀납적으로 얻은 사실의 의미. - 세계철학사전(교육출판공사),1985, p653
- 6) 자체적 존재(perseity)와 우연적(偶然的)인 존재(per accidens)와의 내용 인용. - 세계철학사전(교육출판공사),1985, p941. perseity는 (중세철학에서)현실의 대상으로부터 독립된 실체를 가진 사물의 성질을 뜻함 - YBM eng-kor dictionary
- 7) Claim: say sth is true, demand legal right, money, attention thought, etc.,→ (증명되지 않은)주장, allegation:(증거를 제시하지 않고 공개적으로 누군가가 부정한 일을 했다고 하는)주장, assertion:(증면되지 않은 것을 개인적인 강한 믿음에서 하는) 주장, contention: (특히 논쟁에서 밝히는 신념이나 의견을 담은)주장 - Oxford Advanced Learner's Dictionary, Eng.-Kor. Oxford,1999. p288
- 8) Claim: a real or assumed right to demand something as one's own or one's due - Webster's Collegiate Thesaurus, a merriam-webster. p128
- 9) Claim: ①ask for, demand, or take(a title, property, money, etc.)as the rightful owner, as one's right. ②(for,on)a demand for some thing as one's own by right - Longman English Eng.-Kor. Dictionary(금성출판사) p218

- 10) Claim설명: 법률 영한영 사전(Rhim&Lee's Dictionary of Law).2010.12. 임흥근, 이태희 저, Daolsoft.co.Ltd.,
- 11) 한국무역협회(KITA) web site, "무역용어 Claim분쟁" 해설 인용 및 참조
- 12) 법적분쟁 당사자에 대한 조정과 협상의 커뮤니케이션. 조흥준(법무법인 한결 변호사),(사)한국조정학회지, 2016.2. 제2호,, p121 인용 - '설득을 위한 경청(傾聽)' 「조정을 위한 설득과 수사의 자료」,2014.4월호, vol19, 재인용
- 13) 건축시공에는 Claim의 단어의 뜻을 당연한 권리로서 자기 것을 찾기 위해 스스로 요구하거나 청구하는 것으로 설명하고 있다. 건축시공(책), 대한건축학회.1997.8. p58
- 14) 클레임 핵심관리요인을 기반으로 한 건설공사 중의 클레임관리, 이현수 외3인, 한국건설관리학회, 학술발표논문집(2007-11). p463-464 참조 및 인용
- 15) 건설공사 공기지연 클레임의 손실비용산정에 관한 연구, 건설사업관리(CM)공모 제안논문,서울대 건축학과 건설기술연구실. 이재섭. 1998.1. p3 인용
- 16) **FIDIC(Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseil) Red Book(1999) Sub-Clause 2.5 and 20.1** : "If the Contractor(Employer) considers himself to be entitled to any extension of the time for Completion and/ or any additional payment. under any Clause of these Conditions or otherwise in connection with the Contract,...."
- 17) 사전적 의미로 클레임은 assertion of a right to money, property or to a remedy라는 일반적 정의.- the oxford companion to law, David M. Walker,clarendon press, oxford. 1980. p227. 국제건설계약의 법리와 실무(FIDIC계약조건을 중심으로). 김승현 저. 박영사. p4 게재 참조 재인용
- 18) 국제건설계약의 법리와 실무(FIDIC계약조건을 중심으로). 김승현 저. 박영사. p300 <그림-1> 인용 및 변용
- 19) **FAR(Federal Acquisition Regulation) 33.2** : "**claim means a written demand or assertion by one of the parties seeking, as a matter of right, the payment of money, adjustment or interpretation of contract terms, or other relief, arising under or relating to this contract...**"

20) **Claim(CMAA:Construction Management Assorciation of America) :“A formal demand for compensation, filed by a contractor or the owner with the other party. in accordance with provisions of the contract documents.”**

21) **AIA(American Institute of America) Document A201 Clause 4.3.1 : “A Claim is demand or assertion by one of the parties seeking, as a matter of right, adjustment or interpretation of Contract terms, payment of money, extension of time or other relief with respect to the terms of the Contract.”.**

The term “Claim” also includes other disputes and matters in question between the Owner and Contractor arising out of or relating to the Contract.

22) **James J. Adrian,“Construction Claim”：“A request by a construction contractor for compensation over and above the agreed-upon contract amount for additional work or damages supposedly resulting from events that were not included in the initial contract.”**

23) 손해: 법에 의하여 보호되는 생활이익, 즉 법익에 관하여 받는 불이익을 말한다. 통설은 손해를 이른바 차액설(差額說)에 의하여 파악한다. 즉 손해는 만일 가해원인이 없었다면 있어야 할 이익상태와 가해가 이미 발생하고 있는 현재상태와의 차이를 말한다고 한다. ①재산적 손해·비재산적 손해(정신적손해) ②적극적손해·소극적 손해 ③통상손해·특별손해 ④이행이익의 손해·신뢰이익의 손해 ⑤ -(대판 91다33070)참조. 2015년 도설 법률용어사전,오세경,법전출판사,2015.02.

p413-414 인용

24) **요증사실(要證事實):** 민사소송법에서 당사자 일방이 주장한 사실중에서 상대방이 다투지 않는 사실 즉 의제자백(자백간주)이 있는 사실 및 공지의 사실과 더불어 법률상 추정되는 사실 이외의 사안의 판단에 필요한 사실로서 증명을 요하는 것. 앞의 사전 p1087 인용

25) 등치개념은 동연(同延) 또는 동의(同義)개념이라고도 한다. 두 개의 개념에 관하여 그 내포(內包)는 다르지만 지정하는 외연(外延)이 꼭 같을 때 그들은 서로 등치개념이라고 한다. 세계철학사전(교육출판공사),1995

26) 구체적 타당성(독, Konkrete Biligkeit): 법을 해석·적용하여, 구체적 사건을 적절히 해결지우는 것을 가리켜 법이 구체적적 타당성을 가진다고 한다. 2015년 도설 법률용어사전,오세경,법전출판사,2015.02. p15 인용

- 27) 법률의 타당성(독, Gultigkeit des Rechts): 법철학적으로는 법률이념에 비추어 법이 그 존립의 근거를 가지는 것을 말하고, 법률학적으로 실정법상의 개개의 법률 규정이 효력을 가지는 것을 뜻하며, 법사회학적으로는 법에 복종하는 지위에 있는 인간생활에 있어서 법이 요구하는 사태가 실현되어 있음을 가리킨다. 앞의 사전. p14 인용
- 28) 논리해석(logical interpretation): 일체의 논리를 근거로 하는 법의 해석방법이다. 확장해석·축소해석·반대해석·유추해석 그리고 조리해석 등은 모두 논리해석의 일종이다. 앞의 사전 .p14 인용
- 29) 권원: 어떤 법률적 또는 사실적 행위를 하는 것을 정당화하게 하는 법률상의 원인을 말한다.
- 30) 개연성: 현상의 발생, 지식의 확실한 정도, 현상적으로나 지식에 있어서나 절대적으로 확실한 필연적인 법칙성을 가지고 지배되지 않는 점에서 필연성에 유사한 법칙성 또는 확실성을 개연성이라고 한다. 앞의 사전. p15 인용
- 31) 법률의 저촉: 형식상 또는 실질상 다른 몇 개의법이 동시에 동일한 법률관계를 지배하는 것과 같은 외관을 보이는 것. 앞의 사전. p15 인용
- 32) 합목적성: 법철학상으로 법의 지재의 원리와 대립되는 법률적 세계관을 의미하며, 실정법상으로는 법의 해석 및 그 적용을 합목적적으로 행한다는 것을 의미한다.
- 33) 사무관리란 법률상 또는 계약상 의무없이 타인을 위하여 그의 사무를 처리하는 행위를 말한다. 사무관리가 성립하면 관리자와 본인 사이에 법정채권관계가 발생한다. 민법734,736,738, 739관련. 앞의 사전, p460
- 34) 부당이득(unjust enrichment)은 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 이익을 부당이득이라고 한다.(민741) 선의의 수익자는 현존이익의 범위내에서, 악의의 수익자는 그 받은 이익에 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상해야 한다.(민748)
- 35) extrinsic evidence: 외부적 증거, 협의서나 계약서상 문서 자체 중에는 표시되지 않은 외적인 증거. 미국법과 법률영어 (수정판). Fukuda Moritoshi 저. j박덕영 역, 박영사, 2014.10. p278-281 참조 및 인용

36) parole evidence rule: 계약이 서면에 의해 체결될 경우, 계약교섭시의 구두증거나 이전에 교환된 구두에 의한 약속, 양해, 합의에 기초해 당사자 간 서면계약의 내용에 반하는 내용을 주장하거나 내용을 수정할 수 없다는 법칙, 구두라고 하지만 서면에 의한 증거도 포함된다. 미국법과 법률영어(수정판). Fukuda Moritoshi 저. j박덕영 역, 박영사, 2014.10. p278-279
참조 및 인용

37) 징벌적손해배상은 미국법 및 영미법계 국가에서 택하고 있는 민사상 가해자가 피해자에게 "악의를 가지고" "무분별하게" 재산 또는 신체상의 피해를 입힐 목적으로 불법행위를 행한 경우에, 이에 대한 손해배상 청구시, 가해자에게 손해원금과 이자만이 아니라 형벌적인 요소로서의 금액을 추가적으로 포함시켜서 배상받을 수 있는 제도이다. 즉 종래의 민사상 불법행위책임에 형벌로서의 벌금을 혼합한 제도이다. - 2015년 법률용어사전, 법전출판사 p415 인용 및 참조/ 미국법과 법률영어(수정판)2014.10. 박영사, 박덕영 역,p184~189 참조 및 인용

38) 전보배상(민법395조)은 본래의 채무이행에 갈음한 손해배상을 말한다. 채무자의 과실로 채무이행이 불능 되었거나 이행이 지체되어 새삼 본래의 급부를 받는다고 해도 이미 채권자에게 이익이 없는 때에는 채권자는 그 수령을 거절하고 이행에 갈음한 손해배상을 청구할 수 있다. - 2015년 법률용어사전, 법전출판사 p415 인용 및 참조

• Construction Claims Responses,(effective writing & presentation), Andy Hewitt, Wiley Blackwell 참고