

## 영업시간제한등처분취소

[서울고등법원 2016. 3. 23. 2015누2101]



### 【전문】

【원고, 항소인】 롯데쇼핑 주식회사 외 5인 (소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 오정민)

【피고, 피항소인】 서울특별시 동대문구청장 외 1인 (소송대리인 법무법인 티엘비에스 외 3인)

【제1심판결】 서울행정법원 2013. 9. 24. 선고 2012구합43352 판결

【변론종결】 2016. 3. 9.

### 【주문】

】

1. 원고들의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소제기 이후의 소송총비용은 원고들이 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】 제1심 판결 중 피고들에 대한 부분을 취소한다. 피고들이 별지 1 처분 목록 기재와 같이 원고들에 대하여 한 각 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정처분을 모두 취소한다(원고들은 서울특별시 성북구청장, 서울특별시 종로구청장, 서울특별시 중랑구청장을 상대로 소를 제기하고 항소한 바 있으나, 환송 전 이 법원에서 위 피고들에 대한 항소를 각 취하하였다).

### 【이유】

#### 】1. 처분의 경위

가. 원고들은 서울특별시 동대문구, 성동구(이하 '서울특별시'는 생략하기로 하고, 위 각 지방자치단체를 함께 지칭할 경우에는 '이 사건 지방자치단체'라 한다) 내에서 구 유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제3호에서 정한 대규모점포 중 같은 법 제12조의2, 구 유통산업발전법 시행령(2013. 4. 22. 대통령령 제24511호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제7조의2 소정의 대규모점포 또는 구 유통산업발전법 제2조 제3의2호에서 정한 준대규모점포로 등록된 점포를 운영하는 법인이다(이하 원고들이 운영하는 대규모점포를 '이 사건 대규모점포'라 하고, 준대규모점포를 '이 사건 준대규모점포'라 하며, 대규모점포와 준대규모점포를 함께 지칭할 경우에는 '대규모점포 등'이라 한다). 원고들이 운영하는 대규모점포는 그 분류 유형상 '대형마트'로 개설 등록되었다.

나. 유통산업발전법이 2012. 1. 17. 법률 제11175호로 개정되면서 대규모점포 등에 대한 영업시간의 제한 등에 관한 제12조의2(이하 '이 사건 조항'이라 한다)가 신설되었는데, 그 내용은 지방자치단체장이 대규모점포 등에 대하여 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위에서 영업시간을 제한하거나 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서 의무휴업을 명할 수 있고(이하 '영업시간 제한 등'이라 한다), 영업시간 제한 등에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 한다는 것이다.

다.

이 사건 조항에 따라 전국의 여러 지방의회가 관련 조례를 개정하였는데, 여기에는 영업시간 제한 등에 관하여 공통적으로 '지방자치단체장은 대규모점포 등에 대하여 오전 0시부터 오전 8시까지 영업시간을 제한하고, 매월 두 번째 일요일과 네 번째 일요일을 의무휴업일로 지정하여 이를 명하여야 한다'고 규정하고 있었다(이하 '종전 조례'라 한다).

라. 피고들을 비롯한 해당 지방자치단체장은 위 조례를 공포하면서 원고들을 비롯한 대규모점포 등의 운영자에게 종전 조례가 공포되어 시행될 예정이니 영업시간 제한 등을 준수하라는 내용의 공문을 보냈다(이하 '종전 통보'라 한다).

마. 원고들은 이에 불복하여 해당 지방자치단체장을 상대로 종전 통보의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

그 중 원고들이 강동구청장을 상대로 제기한 서울행정법원 2012구합11676 사건에서 위 법원은 2012. 6. 22. '이 사건 조항은 지방자치단체장에게 대규모점포 등에 대한 영업시간 제한 등에 관하여 재량권을 부여하였음에도, 종전 조례가 해당 지방자치단체장으로 하여금 의무적으로 영업시간 제한과 의무휴업의 최대치를 명하도록 강제한 것은 이 사건 조항이 부여한 지방자치단체장의 판단 재량을 박탈한 것으로 위법하고, 위법한 종전 조례에 근거하여 이루어진 종전 통보는 위법하다'라는 이유로 원고들의 청구를 인용하였다.

강동구청장이 이에 불복하여 서울고등법원 2012누22388호로 항소하였으나 항소가 기각됨에 따라 제1심 판결이 그대로 확정되었다(이하 '종전 판결'이라고 한다).

바. 이 사건 지방자치단체의 지방의회는 종전 판결의 취지에 따라 종전 조례를 개정하였고, 그에 따라 구 「서울특별시 동대문구 유통기업 상생발전 및 전통상업보존구역 지정 등에 관한 조례」(2013. 9. 26. 서울특별시 동대문구 조례 제 975호로 개정되기 전의 것) 및 구 「서울특별시 성동구 유통기업 상생발전 및 전통상업보존구역 지정 등에 관한 조례」(2013. 9. 17. 서울특별시 성동구 조례 제1056호로 개정되기 전의 것)는 이 사건 조항 등 법률규정과 동일한 내용을 규정하고 있다(이하 이를 통틀어 '이 사건 각 조례'라 한다).

사. 피고들은 2012. 11. 14.부터 같은 해 11. 28.까지 사이에 이 사건 조항과 이 사건 각 조례에 근거하여 별지 1 처분 목록 기재와 같이 원고들이 운영하는 대규모점포 등에 대하여 공통적으로 영업시간을 오전 0시부터 오전 8시까지로 제한하고 매월 둘째 주와 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정하는 처분을 하였다(이하 '이 사건 각 처분'이라 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증(가번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 각 처분의 적법 여부

### 가. 원고들의 주장

- 1) 이 사건 대규모점포와 대규모점포 내에 입점해 있는 임대매장은 구 유통산업발전법 시행령 [별표 1]이 정하는 대형마트의 요건에 해당하지 않으므로, 이 사건 각 처분은 처분대상에 관한 법리를 오해하여 법령상 처분대상이 아닌 점포에 대하여 이루어진 것으로 위법하다.
- 2) 이 사건 각 처분의 상대방인 임대매장 운영자에게 행정절차법상 사전통지, 의견제출 기회 등을 부여한 바 없으므로, 절차적 위법성이 있다.
- 3) 피고들은 이 사건 각 처분 사유가 있는지 여부와 처분으로 인해 달성될 공익과 또 다른 공익·사익의 침해를 이익형량함에 있어 마땅히 고려해야 할 사항들을 고려하지 않았으므로, 이 사건 각 처분은 재량권 불행사 또는 해태의 위법이 있다.

4) 피고들은 이 사건 각 처분이 초래할 수 있는 침익적 효과를 최소화할 수 있는 방안이 있었음에도 불구하고 필요한 범위를 넘어 과도한 제한을 하였을 뿐만 아니라 이 사건 각 처분은 법익의 균형성도 충족하지 못하였으므로, 이 사건 각 처분은 비례의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다.

5) 이 사건 조항은 지방자치단체의 구체적 사정을 고려하여 정당한 이익형량이 가능하도록 필요한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있다.

그럼에도 이 사건 각 조례는 이 사건 조항을 그대로 옮겨놓았을 뿐이므로, 이 사건 조항의 위임 취지에 반하여 위법하다.

또한 이 사건 각 조례는 국내법과 같은 효력을 가지는 국제조약인 세계무역기구(World Trade Organization, WTO)의 서비스 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Service) 제16조 제2항 제(c)호 및 한국과 유럽연합간의 자유무역협정 제7.5조 제2항 제(c)호에 위배되어 위법하다(이하 위 협정들을 '이 사건 각 협정'이라 한다).

나. 관계 법령

별지 2 관계 법령 기재와 같다.

다.

인정 사실

1) 피고 동대문구청장의 처분의 구체적 경위 및 내용

가) 이 사건 각 처분의 대상이 된 동대문구 내 대규모점포 등의 현황은 아래와 같다.

지방자치단체 원고 구분 점포명 전통상업 보존구역관계 매장면적(직영/임대) 동대문구 롯데쇼핑(주) 대규모 점포 롯데마트 ○○○점 구역 내 10,910.6㎡(10,626㎡/284.6㎡) 준대규모 점포 롯데슈퍼 △△점 " 769.5㎡ 롯데슈퍼 □□점 " 1,701.2㎡ 롯데슈퍼 △△2동점 " 950.3㎡ 마켓999 ◇◇점 " 130.8㎡ (주)에브리데이 리테일 " 이마트에브리데이 ☆☆☆동점 " 967.51㎡ (주)이마트 " 이마트 메트로 ◇◇점 " 2,928.7㎡ 이마트 △△점 " 1,478.96㎡ 홈플러스(주) " 홈플러스 익스프레스 ◇◇점 " 410.9㎡ 홈플러스테스코(주) 대규모 점포 홈플러스 ▽▽▽점 " 12,010㎡ (9,797㎡/2,213㎡)

나) 피고 동대문구청장은 2012. 9. 24.부터 같은 해 10. 10.까지 관할구역 내에 있는 전통시장 19개소, 시민단체 5개소, 대규모점포 등 10개소 등 총 34개소를 대상으로 이 사건 각 조례의 내용을 설명하면서 영업시간 제한 등에 관한 의견 조사를 시행하였는데, 총 27개소의 회신이 있었고 그 결과는 아래와 같다.

[영업시간 제한 조사결과] 구분 제1안 (오전 0시부터 오전 8시) 제2안 (영업시간 제한 반대) 제3안 (기타 의견) 전통시장 8 2 2 대형마트 등 3 7 - 시민단체 1 4 - 합계 12 13 2

[의무휴업일 지정 조사결과] 구분 제1안 (매월 일요일 2회) 제2안 (매월 토요일 2회) 제3안 (매월 평일 2회) 제4안 (기타 의견) 전통시장 9 2 - 1 대형마트 등 - - 5 5 시민단체 2 - 3 - 합계 11 2 8 6

다) 피고 동대문구청장은 2012. 10. 22. 영업시간 제한 등에 대하여 행정처분계획을 수립하였고, 주요 내용은 다음과 같다.

대형마트 등의 의무휴업일 지정을 위한 개정조례가 공포됨에 따라 "영업시간 제한 및 의무휴업일" 재지정을 위하여 행정절차법에 따른 절차를 준수하여 시행함으로써 유통산업의 상생발전에 기여하고자 함. V. 예정처분 ○ 예정처분 사항 - 영업시간 제한 : 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위 이내 - 의무휴업일 : 매월 1일 이상 2일 이내 제1안 - 영업시간 제한 : 영업시간 제한하지 않음 - 의무휴업일 : 매월 두 번째, 네 번째 일요일 ※ 의견조사에서 대규모점포 등 시민단체가 영업시간 제한하지 말자는 의견이 우세함. - 심야영업은 도·소매영업 위주인 전통시장과 영업시간이 중복되지 않음. - 전통시장, 대규모점포 및 시민단체 의견반영하여 영업제한처분 재량권을 과다사용하지 않음. 제2안 - 영업시간 제한 : 오전 0시 ~ 오전 8시까지 - 의무휴업일 : 매월 두 번째, 네 번째 일요일 ※ 성동구는 일요일 1번, 평일 1번 또는 평일 2번 최종처분 예정. ※ 중구 및 중랑구는 매월 두 번째, 네 번째 일요일로 예정처분 예정. ※ 관악구는 매월 두 번째, 네 번째 일요일로 최종처분하고, 전통상업보존구역 외 준대규모점포는 네 번째 일요일 1번 휴업 실시 예정. VI. 처분일정 처분 절차 예정일 주요 내용 처분의 사전 통지 10. 25. ○ 사전통지 사항 - (예정)처분의 제목, 당사자의 성명·주소 - 처분원인 사실, 처분의 내용, 법적 근거 - 의견제출 기회, 의견 미제출시 처리방법 - 의견제출기관의 명칭·주소, 의견제출기한 등 ○ 사전통지 기한 - 의견제출 : 의견제출 통지(10일이상 부여) 의견제출(법 22조) 11. 8.까지 ○ 의견제출 : 서면, 구술(출석), 정보통신망 의견청취반영 (법27조의2) 11. 9. ○ 반영 : 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우 ○ 지자체장이 의견과 처분 근거법령의 목적, 처분의 필요성 등을 비교형량하여 결정 처분 이유제시 및 고지 (법 23조, 26조) 11. 12. ○ 처분의 이유와 법적 근거 구체적 제시 ○ 처분에 관한 행정심판 제기 및 기타 불복 여부와 청구절차·청구기간 등 필요사항 고지 VII. 행정사항 ○ 행정절차법에 따른 사전통지 및 의견청취 실시 ○ 의무휴업일 재실시에 따른 주민불편 최소화를 위한 주민홍보 실시

라) 피고 동대문구청장은 2012. 10. 23. 관할구역 내에 있는 대규모점포 등 10개 점포를 대상으로 같은 해 11. 25. 일요일 오전 0시부터 이 사건 각 처분을 시행할 예정이라는 내용의 사전통지를 하면서 같은 달 25.까지 의견제출의 기회를 부여하였다.

그러나 대규모점포 내에 입점해 있는 임대매장 운영자에게는 위와 같은 사전통지나 의견제출 기회를 부여하지는 않았다.

마) 피고 동대문구청장은 2012. 11. 13. 영업시간 제한 등에 대한 행정처분 시행계획을 수립하였고, 주요내용은 다음과 같다.

대형마트 등의 "영업시간 제한 및 의무휴업일" 지정을 위해 행정절차법에 따른 사전통지 및 의견청취를 실시하고 제출된 의견을 충분히 검토하여 시행함으로써 건전한 유통질서 확립과 유통업 상생발전에 기여하고자 함. II. 처분방침 ○ 영업규제 시행을 위해 재량권을 부여한 취지에 따라 구체적인 현장상황과 관계되는 제반이익을 조사하여 공익에 적합한 결정을 함으로써 유통업 상생발전 도모 ○ 대규모점포 등 및 전통시장의 영업실태 자료 등을 검토하여 전통시장 활성화와 골목상권 회생에 기여할 수 있는 방안 강구 ○ 의견제출에 대한 영업시간 제한 철회 또는 영업종료시간 연장에 대한 고려 ○ 의견제출에 대한 의무휴업일 철회 또는 평일 2일 자율운영에 대한 고려 ○ 근로자의 건강권이 최대한 보호될 수 있도록 조치 ○ 영업시간제한 및 의무휴무일 시행으로 전통시장 이용 소비자 교통이용 검토 V. 의견검토 ○ 동대문구 : 대규모점포 2개, 준대규모점포 8개 (2012. 11. 현재) ○ 서울시의 대규모점포는

2006년 46개소에서 2011년 64개소로 안정적으로 증가. ○ 서울시의 준대규모점포는 2006년 52개소에서 2011년 265개소로 406%의 증가율로 비약적인 성장세를 보이고 있음. ○ 대규모점포 등은 소수업체가 시장의 대부분을 지배하는 형태이나 전통시장과 슈퍼마켓 등 중소유통업은 상호경쟁 형태임. ○ 대규모점포 등의 대규모 진출로 2009년 및 2010년 전통시장 매출액 비교시 용두시장, 전곡시장, 경동광성상가를 제외한 대부분의 시장이 매출액 및 고객수가 감소하여 영업피해가 심각한 상태임. ○ 동대문구의 전통시장 17개 중 기능상실 시장인 E 등급 시장이 1개소, D등급 9개소로 10개시장 (58.8%)이 사실상 시장기능을 상실하고 고사상태에 있음. ○ 대규모점포 등과 인근 전통시장과 직선거리 구분 전통시장 대규모점포 준대규모점포 총계 19 2 8 용두동 2 홈플러스 ▽▽▽점(370m) 제기동 8 전농동 1 롯데마트 ○○○점(250m) 롯데슈퍼 ◎◎점(140m) 답십리동 3 에브리데이 ☆☆☆점 (330m) 장안동 1 롯데슈퍼 △△점(270m) 이마트 △△점(250m) 롯데슈퍼 △△2동점(700m) 청량리동 1 회기동 1 휘경동 1 이문동 1 이마트 ◇◇점(480m) 익스프레스 ◇◇점 (490m) 마켓999 ◇◇점(570m) - 대규모점포 : 2개 점포 모두가 전통 상업보존구역내에 위치하고 전통시장과 250~370m 이내의 거리에 입지함. - 준대규모점포 : 8개 점포 모두 전통 상업보존구역내에 위치하고 전통시장과 140~700m 이내 거리에 입지함. VI. 검토결과 ■ 영업규제의 필요성 ○ 2012년 서울시 전통시장 현황 및 활성화 방안에 대한 서울시정개발연구원 자료를 볼 때 2006년에서 2011년동안 대형마트 46개소에서 64개소 39.1% 증가율을 보이고 있으나, 준대규모점포는 52개소에서 265개소 409.6% 증가율로 급격한 성장세를 보이고 있어, ○ 유통업 상생발전을 위해서는 과점 형태인 대규모점포 등에 대한 적절한 영업규제가 필요한 실정임. ○ 오전 0시 이후 심야노동으로 수면장애에 노출되어 있는 유통업체 종사자들의 건강권 보호와 24시간 영업 등 업체간 과다경쟁을 조정할 필요가 있음. ■ 영업시간 제한 ○ 여성근로자들이 대부분이며 대규모점포 등의 야간영업이 근로자의 건강을 위협하고 에너지 낭비 요인이 크므로 영업시간 제한의 필요성이 있음. ○ 2012. 9. 9. 대규모점포측이 제기하여 인용된 집행정지로 영업재개 후에도 현재까지 영업시간 제한조치는 준수하고 있으므로 종전과 같이 영업시간 제한 조치를 오전 0시부터 8시까지로 제한함이 바람직함. ■ 의무휴업일 지정 ○ 대규모점포 등의 진출로 어려움을 겪고 있는 소상공인과 전통시장 보호를 위해 「유통산업발전법」과 「동대문구 유통산업발전 및 전통상업보존구역 지정 등에 관한 조례」제정 취지에 따라 종전과 같이 월 2일간의 일요일 의무휴업을 시행함은 적절한 수준의 영업규제라고 판단됨. ○ 동대문구는 문화적, 지리적 생활권이 동일하여 의무휴업일을 다른 자치구와 달리 지정할 경우, 의무휴업일에 다른 인근 지역의 대규모점포 등을 이용하는 문제가 발생하므로 본 제도의 실효성을 거두기 위해서는 종전과 같이 두 번째, 네 번째 일요일을 의무휴무일로 지정하는 것이 바람직함. ■ 의무휴업일 지정으로 제기되는 문제 ○ 대형마트 비정규직 근무자들의 고용감소와 대형마트에 납품하는 협력업체 및 입점 중소자영업자들의 피해가 우려되나, ○ 대형마트에 비해 전통시장을 비롯한 중소유통업체에 근무하는 인력이 월등히 많고, 서민경제에 미치는 영향력이 더 광범위하므로 영업규제에 따른 일부 부작용이 불가피하게 뒤따를 것으로 예상됨. ■ 의무휴업일을 평일로 하는 문제 ○ 업체의 요구에 따라 평일로 할 경우 일요일 의무휴업일 시행 때보다 절반 이하의 성과가 예측되어 영업규제 효과가 미미할 것으로 판단됨. ○ 향후 일요일 의무휴업일이 본격 시행되면, 대규모점포 측에서는 토요일과 쉬지 않는 공휴일을 이용한 세일행사 등 다양한 판촉행사를 강화하여 매출감소에 대비한 영업전략을 적극 펼칠 것으로 보임.

## 2) 피고 성동구청장의 처분의 구체적 경위 및 내용

가) 이 사건 각 처분의 대상이 된 성동구 내 대규모점포 등의 현황은 아래와 같다.

지방자치단체 원고 구분 점포명 전통상업 보존구역 관계 매장면적(직영/임대) 성동구 롯데쇼핑(주) 준대규모점포 롯데슈퍼 <<점 구역 밖 - (주)이마트 대규모점포 이마트 >>점 구역 내 17,319.07㎡ 이마트 ♡♡♡점 " 11,572.28㎡ (11,436.75㎡/135.54㎡) (주)지에스리테일 준대규모점포 GS슈퍼마켓 성동◆◆점 " 378.11㎡ 홈플러스(주) " 홈플러스 익스프레스 ㉠㉠점 " 287.1㎡ 홈플러스 익스프레스 ㉠㉠2점 " 397.7㎡ 홈플러스 익스프레스 ♡♡점 " 286.4㎡ 홈플러스 익스프레스 ♡♡♡점 " 199.3㎡ 홈플러스 익스프레스 ◆◆점 구역 밖 -

나) 피고 성동구청장은 2012. 9. 24. 관할구역 내에 있는 대규모점포 등 9개 점포를 대상으로 같은 해 12. 5. 수요일 오전 0시부터 이 사건 각 처분을 시행할 예정이라는 내용의 사전통지를 하면서 같은 해 10. 11.까지 의견제출의 기회를 부여하고, 같은 해 11. 23. 각 유통업체 대표와 소비자단체, 유통전문가 등으로 구성된 유통업상생발전협의회를 개최하여 이 사건 각 처분의 시행 여부를 심의하였다.

그러나 대규모점포 내에 입점해 있는 임대매장 운영자에게는 위와 같은 사전통지나 의견제출 기회를 부여하지는 않았다.

다) 피고 성동구청장은 2012. 11. 27. 이 사건 각 처분의 내용을 확정하였고, 주요내용은 다음과 같다.

■ 영업제한 대상 연번 구분 상호 전통상업보존구역관계 현재영업시간 1 대규모 점포 이마트 >>점 구역 내 365일 10시 -24시 2 이마트 ♡♡♡점 구역 내 365일 9시 -24시 3 준대규모 점포 롯데슈퍼<<점 구역 밖 365일 9시30분 - 23시 4 홈플러스익스프레스 ㉠㉠점 구역 내 365일 8시 -24시 5 홈플러스익스프레스 ㉠㉠2점 구역 내 365일 8시 - 24시 6 홈플러스 익스프레스 ♡♡점 구역 내 365일 8시 - 다음날2시 7 홈플러스 익스프레스 ♡♡♡점 구역 내 365일 8시 - 다음날2시 8 홈플러스 익스프레스 ◆◆점 구역 밖 365일 8시 - 24시 9 GS 슈퍼마켓 성동◆◆점 구역 내 365일 9시 - 23시 ■ 영업규제시 검토사항 ○ 이익형량 - 이해관계자인 전통시장 의견수렴 및 처분당사자 의견제출기회 제공 - 슈퍼마켓 등 중소유통업체, 전통시장 종사자수와 대규모점포 종사자수 비교 및 전통상업보존구역 내 위치 감안 - 의무휴업일 지정 전·후 전통시장과 중소소매업체 매출액 증가 감안 (전국평균) - 관내 전통시장 등급고려

### 3) 시장경영진흥원 등의 조사결과

가) 구 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」(2013. 5. 28. 법률 제11847호로 개정되기 전의 것)에 따라 설립된 중소기업청 산하 공법인인 시장경영진흥원 등의 조사 결과에 따르면, 서울특별시의 경우 2006년 대규모점포의 수는 48개, 준대규모점포의 수는 52개였으나, 2011년 대규모점포 수가 64개로, 준대규모점포가 267개로 각각 1.3배와 5.1배 증가하였고, 같은 기간 매출액은 약 30% 이상 증가한 것으로 나타났다.

반면에 전통시장의 수와 매출액은 계속 감소하는 추세에 있는데, 2005년 전국적으로 1,660개였던 전통시장이 2010년 1,517개로 축소되어 연평균 1.8% 감소하였고, 서울특별시의 경우 2005년 262개였던 전통시장이 2010년 218개로 축소되어 연평균 3.6% 감소하였으며, 같은 기간 점포당 평균 매출액은 약 20% 이상 감소한 것으로 나타났다.

또한 전통시장의 침체로 종사자 수도 과거에 비해 크게 감소하였고, 규모도 영세화되는 추세에 있는데, 서울특별시의 경우 전통시장 종사자 수는 2005년 99,774명에서 2010년 85,482명으로 연평균 3.0% 감소하였고, 전통시장 점포당 평균 종사자 수도 2008년 2명에서 2010년 1.8명으로 감소하였다.

나) 구 「소기업 및 소상공인 진흥을 위한 특별조치법」(2013. 5. 28. 법률 제11847호로 개정되기 전의 것)에 따라 설립된 공법인인 소상공인진흥원과 시장경영진흥원의 공동조사 결과에 따르면, 2012. 5. 27.과 같은 해 6. 10.에 시행된 각 의무휴업일의 경제효과를 분석한 결과, 중소소매업체 및 전통시장의 매출액과 평균 고객이 의무휴업일 전주에 비해 각각 10.3%와 10%씩 증가한 것으로 나타났다.

다) 구 '서울특별시 서울연구원 육성 조례(2014. 10. 20. 서울특별시 조례 제5746호로 개정되기 전의 것)'에 따라 설립된 지방자치단체 출연 연구기관인 서울연구원의 2012년 분석 결과에 따르면, 대규모점포 의무휴업일(두 번째, 네 번째 일요일)에 강동·송파지역 전통시장은 점포의 42%에서 일평균 매출액과 고객수가 증가하였는데, 구체적으로 일평균 매출액 및 고객수가 5% 이내로 증가한 점포 비율은 각 17.9% 이고, 5~10% 증가한 점포 비율은 13.8%, 10% 이상 증가한 점포 비율도 10.3%이며, 입지, 거리 등의 이유로 일평균 매출액 및 고객수에 변화가 없었다는 점포는 약 55%이다.

#### 4) 이 사건 대규모점포에서의 점원의 역할 및 임대매장

가) 이 사건 대규모점포에서는 채소·과일 코너 등에서 소비자의 주문에 따라 점원이 제품의 양을 덜거나 계량하여 포장해주고 있고, 정육·생선·반찬 코너 등에서 소비자의 주문에 따라 점원이 제품을 즉석에서 가공·손질하여 제공하고 있으며, 건강기능식품·화장품·스포츠용품 코너 등에서 소비자의 건강이나 안전을 위하여 점원이 제품의 적합성에 관한 구체적인 의견을 제공하고 있다.

그 외에도 점원은 카운터에서 물건을 계산해 주고, 소비자의 요구에 따라서 물건을 찾아주며, 물건을 들어주거나 옮겨주는 등의 형태로 도움을 제공하여 소비자들의 구매 편의를 도모하고 있다.

나) 이 사건 대규모점포의 매장 내에 다수의 임대매장이 입점되어 있으며, 그 중에는 병원, 미용실, 사진관, 식당, 약국, 안경점, 화원 등의 임대매장도 포함하고 있다.

이들 임대매장은 주로 서비스 용역을 제공하는 것이고, 소매를 하는 경우에도 점원의 도움 아래 소비자의 구매가 이루어지고 있다.

5) 한편, 이 사건 각 처분의 상대방 중 원고 홈플러스 주식회사, 홈플러스스토어즈 주식회사는 네덜란드 국적 법인이 지분을 소유하고 있는 회사로서 이 사건 각 협정의 적용을 받는다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제14호증, 을가 제1 내지 5, 6, 7, 17호증, 을나 제1 내지 3, 5 내지 7호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

라. 판 단

1) 이 사건 각 처분에 처분 대상을 오인한 위법이 있는지 여부

가) 이 사건 조항인 구 유통산업발전법 제12조의2는 시장·군수·구청장(이하 '시장 등'이라 한다)은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포 등과 중소유통업의 상생발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대규모점포 중 대통령령으로 정하는 것과 준대규모점포에 대하여 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다고 규정하고 있고(제1항), 그 중 영업시간 제한은 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위에서 할 수 있으며

(제2항), 의무휴업일 지정은 매월 1일 이상 2일 이내의 범위에서 할 수 있다(제3항)고 각 규정하고 있다.

그 위임에 따라 구 유통산업발전법 시행령 제7조의2는 영업시간 제한 등 규제의 대상이 되는 대규모점포의 범위를 '대형마트로 등록된 대규모점포'로 제한하고 있다.

한편, 구 유통산업발전법 제2조 제3호 및 구 유통산업발전법 시행령 제3조 제1항 [별표 1]은 대규모점포의 유형을 그 판매상품과 영업형태 등을 기준으로 대형마트, 전문점, 백화점, 쇼핑센터, 복합쇼핑몰, 그 밖의 대규모점포로 분류하면서, 그 중 대형마트를 '용역의 제공장소를 제외한 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 점포의 집단으로서 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단'으로 정의하고 있고, 구 유통산업발전법 제8조 제1항은 대규모점포를 개설하고자 하는 자(이하 '대규모점포 개설자'라 한다)는 영업을 개시하기 전에 위 대규모점포의 종류에 따라 시장 등에게 개설 등록하도록 규정하고 있다.

그리고 구 유통산업발전법 제2조 제3의2호는 '준대규모점포'를 "대규모점포를 경영하는 회사 또는 그 계열회사가 직영하는 점포로서 대통령령에 정한 것" 등으로 정의하고 있다.

위 각 규정의 내용과 체계, 구 유통산업발전법의 입법 목적 등과 아울러, ① 이 사건 조항은, 기존의 대규모점포의 등록된 유형 구분을 전제로 '대형마트로 등록된 대규모점포'를 일체로서 규제 대상으로 삼고자 하는 데에 그 취지가 있는 것으로 보이는 점, ② 대규모점포의 개설 등록은 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 행정처분에 해당하고 그 등록은 위와 같은 구체적 유형 구분에 따라 이루어지므로, 등록의 효력은 해당 대규모점포가 구체적으로 어떠한 유형에 속하는지에 관하여도 미치는 점, ③ 따라서 어떠한 대규모점포가 대형마트로 개설 등록되었다면 그 점포의 유형을 포함한 등록내용이 대규모점포 개설자의 신청 등에 따라 변경등록 되지 않는 이상 대규모점포 개설자 등에 대한 구속력을 가지는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조항에 따라 영업시간 제한 등 규제 대상이 되는 대형마트에 해당하는지 여부는, 일단 대형마트로 개설 등록되었다면 특별한 사정이 없는 한, 그 개설 등록된 형식에 따라 대규모점포를 일체로서 판단하여야 하고, 대규모점포를 구성하는 개별 점포의 실질이 위 대형마트의 요건에 부합하는지 여부를 다시 살필 것은 아니다.

나) 따라서 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 대규모점포가 그 형식상 대형마트로 등록되어 운영되고 있는 이상, 이 사건 대규모점포에 속한 임대매장 등 개별 점포의 실질을 따로 살필 것 없이 이 사건 대규모점포는 영업시간 제한 등 규제의 대상인 '대형마트로 등록된 대규모점포'에 해당한다고 할 것이고, 그에 따라 이 사건 대규모점포를 경영하는 회사인 원고들이 직영하는 이 사건 준대규모점포도 그 처분요건에 해당하게 된다.

원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 2) 이 사건 각 처분의 절차상 하자 여부

가) 앞서 본 바와 같이 구 유통산업발전법은 대규모점포 개설자는 영업을 개시하기 전에 시장 등에게 등록하여야 한다고 규정하고 있고(제8조 제1항), 이러한 개설 등록에 따라 대규모점포 등을 구성하는 개별 점포에 대한 영업허가 등이 한꺼번에 의제되도록 하고 있다(제9조 제1항). 한편, 구 유통산업발전법 제12조 제1항은 개설 등록된 대규모점포 개설자는 상거래질서의 확립, 소비자의 안전유지와 소비자 및 인근지역주민의 피해·불만의 신속한 처리, 그 밖에 대규모점포 등의 유지·관리를 위하여 필요한 업무 등을 수행한다고 규정하고 있다.



위 각 규정의 내용 및 체계, 이 사건 조항에 따른 영업시간 제한 등 처분의 법적 성격, 구 유통산업발전법상 대규모 점포 개설자에게 점포 일체를 유지·관리할 일반적인 권한을 부여한 취지 등에 비추어 보면, 영업시간 제한 등 처분의 대상인 대규모점포 중 개설자의 직영매장 이외에 개설자로부터 임차하여 운영하는 임대매장이 병존하는 경우에도, 전체 매장에 대하여 법령상 대규모점포 등의 유지·관리 책임을 지는 개설자만이 그 처분상대방이 되고, 임대매장의 임차인이 이와 별도로 처분상대방이 되는 것은 아니라고 할 것이다.

나) 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 대규모점포 중 개설자가 직영하지 않는 임대매장이 존재하더라도 대규모점포에 대한 영업시간 제한 등 처분의 상대방은 오로지 대규모점포 개설자인 원고들이다.

따라서 행정절차법상 사전통지 및 의견청취 절차도 원고들을 상대로 거치면 충분하고, 그 밖에 임차인들을 상대로 별도의 사전통지 등 절차를 거칠 필요가 없다.

이와 다른 전제에 선 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

### 3) 이 사건 각 처분의 재량권 일탈·남용 여부

가) 이 사건 조항은 앞서 본 바와 같이 '대형마트로 등록된 대규모점포와 준대규모점포(이하 '대형마트 등'이라 한다)'에 대하여 시장 등에게 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 규제 권한을 부여하고 있다.

또한 구 유통산업발전법 제12조의2 제4항은 위와 같은 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정에 필요한 사항을 해당 지방자치단체의 조례에서 정하도록 위임하고 있는바, 그에 따라 제정된 이 사건 각 조례는 이 사건 조항 등 법률규정과 동일한 내용을 규정하고 있다.

우리 헌법 전문은 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 함으로써 국민생활의 균등한 향상을 기하는 것이 국가의 기본 운영원리임을 밝히고 있다.

그에 따라 헌법 제119조는 제1항에서 "대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.

"고 천명하는 한편, 제2항에서 "국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

"고 규정하고 있다.

위와 같이 우리 헌법상 경제질서는 '개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중'이라는 기본 원칙과 '경제의 민주화 등 헌법이 직접 규정하는 특정 목적을 위한 국가의 규제와 조정의 허용'이라는 실천원리로 구성되고, 어느 한쪽이 우월한 가치를 지닌다고 할 수는 없다.

따라서 헌법 제119조 제2항에 따라 이루어진 경제규제에 관한 입법의 해석과 적용에 관하여도, 위와 같은 기본 원칙이 훼손되지 않고 실천원리가 그 한계를 벗어나지 않으면서도 기능을 발휘할 수 있도록 하여야 한다.

그런데 경제활동에 대한 규제는 필연적으로 규제를 당하는 경제주체나 그와 같은 방향의 이해관계를 가지고 있는 이해관계인에게 불이익과 불편함을 수반하게 된다.

따라서 헌법이 지향하는 것처럼 여러 경제주체가 조화롭게 공존하고 상생하는 경제질서를 구축하고 공공복리를 실현하기 위하여 법률로써 어느 경제주체의 경제활동의 자유 등을 제한하게 되더라도 그 제한이 정당한 목적과 합리적인 수단에 의하고 있고 개인의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니라면 해당 경제주체는 이를 수인하여야 한다.

이 사건 조항은 헌법 제119조 제2항에 따라 입법자에게 부여된 입법 재량에 기한 것으로 '대형마트 등의 시장지배와 경제력 남용의 방지' 및 '대형마트 등과 중소기업 등 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화' 등 공익의 실현을 목적으로 한 경제규제에 관한 입법이라는 의미를 갖는다.

다른 한편, 이 사건 조항에 따른 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 규제는 그 성질상 상대방인 대형마트 등을 운영하는 개인이나 기업이 헌법 제119조 제1항에 따라 가지는 경제상의 자유를 직접적으로 제한할 수밖에 없다.

따라서 이 사건 조항에 따른 규제는 위와 같이 서로 상반되는 공익과 사익 사이의 충돌을 수반할 수밖에 없다.

그리고 위와 같은 규제의 효과는 단순히 처분상대방에게만 미치는 것이 아니라, 대형마트 등에서 종사하는 근로자, 대형마트 등에 입점하여 임대매장을 운영하는 중소기업, 대형마트 등에 납품하는 농·공·상인들의 이해관계 및 대형마트를 상시 이용하는 소비자들의 선택권에도 직·간접적인 영향을 미치게 된다.

이상에서 살펴본 바와 같은 헌법 제119조 제1항과 제2항의 상호관계, 이 사건 조항에 따른 규제에 관련된 이익상황의 특수성 등에 비추어 보면, 이 사건 조항에 따른 행정청의 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분에 비례원칙 위반 등 재량권 일탈·남용의 위법이 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 행정청이 위와 같은 다양한 공익과 사익의 요소들을 고려하였는지, 나아가 행정청의 규제 여부 결정 및 규제 수단 선택에 있어서 규제를 통해 달성하려는 공익 증진의 실현 가능성과 규제에 따라 수반될 상대방 등의 불이익이 정당하고 객관적으로 비교·형량되었는지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

또한, 시장의 지배와 경제력 남용의 방지 등을 위한 경제규제 행정 영역에서는, 규제 대상인 경쟁시장이 갖는 복잡 다양성과 유동성으로 인해 사전에 경제분석 등을 거쳤다 하여 장래의 규제효과가 확실히 담보되기는 어렵고, 만약 규제의 시기가 늦춰져 시장구조가 일단 왜곡되면 그 원상회복이 어려울 뿐 아니라 그 과정에서 중소기업자들이 중대한 피해를 입을 우려가 있으므로, 장래의 불확실한 규제효과에 대한 예측판단을 기초로 한 규제입법 및 그에 따른 규제행정이 이루어질 수밖에 없게 된다.

이 사건 조항도, 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 규제가 일반적·통상적 시장상황 아래에서는 위와 같은 공익 목적 달성에 유효적절한 수단이 될 수 있다는 정책적 판단에 따라 이루어진 규제입법에 해당하고, 이 사건 조항은 행정청에게 사실상 매우 제한된 범위 내에서 규제 수단의 선택재량을 부여하고 있다.

따라서 행정청은 규제가 이루어지는 해당 지역 시장상황의 특수성으로 인하여 이 사건 조항에 따른 규제가 전혀 실효성이 없다거나 불필요하다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 대체로 유사한 내용의 규제에 이를 수밖에 없다.

이러한 여러 사정을 종합적으로 고려할 때, 행정청이 이 사건 조항에 따라 선택한 규제 수단의 실효성 등을 이유로 재량권 일탈·남용의 위법을 인정함에 있어서는 신중을 기하여야 한다.

나) 위와 같은 사실관계와 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고들이 이 사건 각 처분을 함에 있어 재량권을 행사하지 않았거나 해태하였다고 할 수 없고 비례원칙을 위반하였다고

할 수 없으며 나아가 이 사건 각 협정에 위반하여 재량권을 행사하였다고 할 수도 없으므로, 결국 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없다.

원고들의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

① 피고들은 이 사건 각 처분에 앞서, 관련 이해당사자에 대한 의견청취 등 규제의 필요성을 판단하기 위한 절차를 모두 거쳤을 뿐만 아니라, 이 사건 각 처분으로 인해 달성되는 건전한 유통질서 확립, 대규모점포 소속 근로자의 건강권 및 중소기업과의 상생발전 등 공익과 그로 인해 침해되는 원고들의 영업의 자유, 소비자의 선택권 등 이익을 포함한 관련 공·사익의 요소를 모두 실질적으로 고려하였다고 보인다.

이에 대하여 원고들은, 이 사건 각 조례의 제정이나 이 사건 각 처분에 앞서 행정규제기본법에 정한 규제의 사전절차로서 규제영향분석이나 그에 준하는 절차를 거쳤어야 한다고 주장하나, 이 사건 조항에 정한 규제 내용을 다시 그대로 정한 것에 불과한 이 사건 각 조례의 제정이나 이 사건 조항 및 이 사건 각 조례에 정한 규제범위 내에서 이루어진 이 사건 각 처분이 행정규제기본법에 따라 별도의 규제영향분석을 거쳐야 하는 '규제의 신설이나 강화'에 해당한다고 보기 어려우므로, 위 주장은 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

② 피고들이 원고들에 대한 영업시간 제한처분 및 의무휴업일 지정처분의 구체적 내용에 아무런 차이를 두지 않고 같은 내용의 처분을 한 것은, 서울시 내 자치구들의 생활권이 동일하므로 이를 달리 정할 경우 규제의 실효성이 떨어지거나 형평성 시비가 있을 수 있는 점, 지역주민의 입장에서 자치구별로 규제 내용이 제각기 다를 경우 경제활동의 혼란이 있을 수 있는 점 등을 고려한 것이지, 원고들의 구체적·개별적 사정을 고려하지 않은 채 일률적 처분을 하였다고 보기는 어렵다.

③ 유통산업발전법이 1997. 4. 10. 법률 제5327호로 제정되면서 대형마트의 개설을 허가제에서 등록제로 변경하여 자유로운 개설 등록이 가능하도록 함으로써 소비자들의 쇼핑 편의이나 유통구조 개선, 물가안정 등에 긍정적인 효과가 나타났으나, 다른 한편으로 대형마트 등이 소규모 지역상권에까지 무차별적으로 진출하여 시장을 잠식함으로써 인한 전통시장의 위축과 중소상인의 생존 위협, 24시간 영업에 따른 대형마트 소속 근로자의 일상적인 야간근무 등 부정적인 효과도 나타나게 되었다.

이러한 현상에 대한 대책으로 2012. 1. 17. 법률 개정을 통하여 이 사건 조항이 신설되었으니, 이와 같은 대형마트의 영업행위에 대한 규제 입법과 이에 근거하여 이루어지는 규제 행정은 앞서 본 헌법 제119조 제2항에 정한 헌법적 근거 및 정당성도 갖고 있는 것이다.

그리고 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 보호 및 중소기업과의 상생발전 등 이 사건 각 처분으로 달성하려는 공익은 중대할 뿐만 아니라 이를 보호하여야 할 필요성도 크다고 할 것이다.

④ 반면에 영업시간 제한 등 규제에 의하여 침해되는 원고들의 영업의 자유는 직업의 자유 중 상대적으로 폭넓은 제한이 가능한 직업수행의 자유에 해당하고, 소비자들의 선택권은 헌법 제37조 제2항에 따라 '공공복리'를 위하여 필요한 경우 법률로 제한할 수 있는 기본권에 속한다.

그런데 이 사건 각 처분 중 영업시간 제한처분은 소비자의 이용빈도가 비교적 낮은 심야나 새벽 시간대의 영업만을 제한하는 것이고 의무휴업일 지정처분은 한 달에 2일의 의무휴업만을 명하는 것이어서, 그로 인하여 원고들의 영업의 자유나 소비자의 선택권의 본질적 내용이 침해되었다고 보기는 어렵다.

⑤ 이 사건 각 처분으로 인한 규제의 실효성에 대하여는, 양측의 경제효과 분석 등 자료만으로 규제에 따른 전통시장과 중소상인들의 매출 증대 등 효과나 대형마트 개설자와 납품업자 등의 매출 감소 등 효과의 경중을 정확히 비교하기는 어렵다.

그리고 앞서 본 이 사건 조항에 따른 규제의 취지 등에 비추어 단순히 경제효과 분석 등에 나타난 수치자료만으로 규제 수단의 실효성 여부를 판단할 수도 없다.

그런데 앞서 본 각 조사결과 등에 따르면, 적어도 대형마트 등의 연도별 증가추세와 그에 대응하는 전통시장 등의 지속적 위축현상이 일반적으로 상관관계가 있고, 실제 의무휴업일 지정의 규제로 인한 전통시장 등의 고객수 증가나 매출액 증대 효과가 통상 예측가능하다는 점은 확인할 수 있다.

또한 그러한 일반적 조사결과와 달리, 특별히 피고들 관내에서만 이 사건 각 처분에서 선택된 규제 수단이 불필요한 것이라거나 전혀 실효성이 없다고 볼 만한 자료도 없다.

⑥ 이 사건 각 협정은 국가와 국가 사이의 권리·의무관계를 설정하는 국제협정으로서, 그 내용 및 성질에 비추어 이와 관련한 법적 분쟁은 협정에서 정한 바에 따라 국가 간 분쟁해결기구에서 해결하는 것이 원칙이고, 특별한 사정이 없는 한 사인에 대하여는 협정의 직접 효력이 미치지 아니한다.

따라서 이 사건 각 협정의 개별 조항 위반을 주장하여 사인이 직접 국내 법원에 해당 국가의 정부를 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기하거나 협정위반을 처분의 독립된 취소사유로 주장하는 것은 허용되지 아니한다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두17936 판결 참조).

나아가 위 원고들이 주장하는 이 사건 각 협정의 개별 조항의 내용을 보더라도, 이 사건 각 협정에 정한 '서비스 영업의 총 수나 서비스 총 산출량의 제한금지'는 국가간 서비스 등 공급에 관한 시장접근의 관점에서 영업 및 서비스의 총량제가 실시됨을 이유로 하여 시장접근 자체를 제한하는 것을 금지하는 취지이므로, 이 사건 각 처분과 같이 이미 시장진입이 허용된 대규모점포의 일부 영업행위에 대하여 내국인과 동일한 규제를 하는 것은 위와 같은 금지의 취지에 어긋난다고 보기도 어렵다.

4) 앞서 본 바에 비추어 이 사건 각 조례가 이 사건 조항의 위임 취지에 반한다거나 이 사건 각 협정에 위배되어 위법하다고 보기 어려우므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 주장도 받아들일 수 없다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고들의 피고들에 대한 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로, 이와 결론을 같이 한 제1심 판결 중 피고들에 대한 부분은 정당하다.

원고들의 항소를 모두 기각한다.

[별지 생략]

판사 김용빈(재판장) 김경환 정승규