

서울고등법원

제 8 행정부

판 결

- 사 건 2013누29294 영업시간제한등치분취소
원고, 항소인
1. 롯데쇼핑 주식회사
서울 중구 소공동 1
대표이사 신격호
 2. 주식회사 에브리데이리테일
서울 중구 퇴계로 173 (충무로3가, 남산스퀘어)
대표이사 심재일
 3. 주식회사 이마트
서울 성동구 뚝섬로 377 (성수동 2가)
공동대표이사 김해성, 이갑수
 4. 주식회사 지에스티리테일
서울 강남구 논현로 508 (역삼동, 지에스타워)
대표이사 허승조
 5. 홈플러스 주식회사
서울 강남구 테헤란로 301 (역삼동)
대표이사 조성환
 6. 홈플러스테스코 주식회사

대전 서구 둔산중로 1 (탄방동)

대표이사 이찬기

소송대리인 법무법인(유한) 테평양

담당변호사 전인환

피고, 피항소인

1. 서울특별시 동대문구청장

2. 서울특별시 성동구청장

소송대리인 법무법인 나눔

담당변호사 최영섭

제1심 판결

서울행정법원 2013. 9. 24. 선고 2012구합43352 판결

변론 종결

2014. 10. 31.

판결 선고

2014. 12. 12.

주 문

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 피고들이 별지 1 처분 목록 기재와 같이 원고들에 대하여 한 각 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정처분을 모두 취소한다.
3. 소송총비용은 피고들이 부담한다.

청구취지 및 항소취지

주문과 같다(원고들은 서울특별시 성북구청장, 서울특별시 종로구청장, 서울특별시 중랑구청장을 상대로 소를 제기하고 항소할 바 있으나, 당시에 이르러 위 피고들에 대한

항소를 각 취하하여, 당심의 심판범위에서 제외되었다.)

이 유

1. 처분의 경위

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

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

다. 이 사건 법률조항에 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 조례조항'이라고 한다).

라. 피고들을 비롯한 해당 지방자치단체장은 위 조례를 공포하면서 원고들을 비롯한 대규모점포 등의 운영자에게 종전 조례조항이 공포되어 시행될 예정이니 영업시간 제한 등을 준수하라는 내용의 공문을 보냈다(이하 '종전 통보'라고 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 법률조항은 지방자치단체장에게 대규모점포 등에 대한 영업시간 제한 등에 관하여 재량권을 부여하였음에도, 종전 조례조항이 해당 지방자치단체장으로 하여금 의무적으로 영업시간 제한과 의무휴업의 최대치를 명하도록 강제한 것은 이 사건 법률조항이 부여한 지방자치단체장의 판단 재량을 박탈한 것으로 위법하고, 위법한 종전 조례조항에 근거하여 이루어진 종전 통보는 위법하다'라는 이유로 원고들의 청구를 인용하였다. 강동구청장이 이에 불복하여 서울고등법원 2012누22388호로 항소하였으나 항소가 기각됨에 따라 제1심판결이 그대로 확정되었다(이하 '종전 판결'이라고 한다).

바. 이 사건 지방자치단체의 지방의회는 종전 판결의 취지에 따라 종전 조례조항을 개정하였고, 피고들은 2012. 9. 14.부터 같은 해 10. 30.까지 사이에 개정된 조례(이하 '이 사건 조례'라고 한다)를 공포하였는데, 여기에는 공통적으로 '지방자치단체장은 대풍령령으로 정하는 대규모점포 등에 대하여 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위 내에서 영업시간 제한을 명하거나 매월 1일 이상 2일 이내에 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다'라고 규정하고 있다(이하 '이 사건 조례조항'이라고 한다).

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

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증의 각 1 내지 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

(1) 이 사건 대규모점포의 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 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 침해불 이익형량 함에 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 처분은 법익의 균형성도 충족하지 못하였으므로, 이 사건 각 처분은 비례의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다.

(5) 이 사건 법률조항은 지방자치단체의 구체적 사정을 고려하여 정당한 이익형량이 가능하도록 필요한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있다. 그럼에도 이 사건 조례조항은 이 사건 법률조항을 그대로 옮겨놓았을 뿐이므로, 이 사건 법률조항의 위임 취지에 반하여 위법하다. 또한 이 사건 조례조항은 국내법과 같은 효력을 가지는 국제조약인 세계무역기구(World Trade Organization, WTO)의 서비스 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Service, 이하 'GATS'라고 한다) 제16조 제2항 제(c)호 및 한국과 유럽연합간의 자유무역협정 (이하 '한-EU FTA'라고 한다) 제7.5조 제2항 제(c)호에 위배되어 위법하다.

나. 관계 법령

별지 2 관계 법령 기재와 같다.

다. 인정 사실

(1) 피고 등대문구청장의 처분의 구체적 경위 및 내용

(가) 이 사건 처분의 대상이 된 등대문구청 내 대규모점포 등의 현황은 아래와 같다.

지방자치단체	원고	구분	점포명	전통상업 보존구역 관계	매장면적 (직영/임대)
동대문구	롯데쇼핑(주)	대규모 점포	롯데마트 청량리점	구역 내	10,910.6㎡ (10,626㎡ /284.5㎡)
		중대규모 점포	롯데슈퍼 장안점	*	769.5㎡
			롯데슈퍼 전동점	*	1,701.2㎡
			롯데슈퍼 잠인2동점	*	950.3㎡
			마켓999 미문점	*	130.8㎡
	(주)에브리데이 리테일	*	이마트에브리데이 단심리점	*	967.51㎡

	(주)이마트	"	이마트 메트로 이문점	*	2,928.7㎡
			이마트 장안점	*	1,478.96㎡
	홈플러스(주)	"	홈플러스 익스프레스 이문점	*	410.9㎡
	홈플러스테스코(주)	대규모 점포	홈플러스 동대문점	*	12,010㎡ (9,797㎡ / 2,213㎡)

㉔) 피고 등대문구청장은 2012. 9. 24.부터 같은 해 10. 10.까지 관할구역 내에 있는 전통시장 19개소, 시민단체 5개소, 대규모점포 등 10개소 등 총 34개소를 대상으로 이 사전 조례조항의 내용을 설명하면서 영업시간 제한 등에 관한 의견조사를 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

㉕) 피고 등대문구청장은 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

• 예정처분사항

- 영업시간 제한 : 오전 0시부터 오전 8시까지의 범위 이내
- 의무휴업일 : 매월 1일 이상 2일 이내

제1안	<ul style="list-style-type: none"> - 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	<ul style="list-style-type: none"> - 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 준대규모 점포는 네 번째 일요일 1번 휴업실시 예정.

VI. 처분일정

처분 절차	예정일	주요 내용
처분의 사전 통지	10. 25.	<ul style="list-style-type: none"> • 사전통지 사항 - (예정)처분의 제목, 당사자의 성명·주소 - 처분원인 사실, 처분의 내용, 법적 근거 - 의견제출 기회, 의견 미제출시 처리방법 - 의견제출기관의 명칭·주소, 의견제출기한 등

		<ul style="list-style-type: none"> • 사전통지 기한 - 의견제출 : 의견제출 통지(10일이상 부여)
의견제출 (법22조)	11. 8.까지	<ul style="list-style-type: none"> • 의견제출 : 서면, 구술(출석), 정보통신망
의견청취반영 (법27조의2)	11. 9.	<ul style="list-style-type: none"> • 반영 : 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우 • 지자체장이 의견과 처분 근거법령의 목적, 처분의 필요성 등을 비교형량하여 결정
처분이유제시 및 고지 (법 23조, 26조)	11. 12.	<ul style="list-style-type: none"> • 처분의 이유와 법적 근거 구체적 제시 • 처분에 관한 행정심판 제기 및 기타 불복 여부와 청구절차, 청구기간 등 필요사항 고지

Ⅵ. 행정사항

- 행정절차법에 따른 사전통지 및 의견청취 실시
- 의무휴업일 재실시에 따른 주민 불편 최소화를 위한 주민홍보 실시

(㉔) 피고 동대문구청장은 2012. 10. 23. 관할구역 내에 있는 대규모점포 등 10개 점포를 대상으로 같은 해 11. 25. 일요일 오전 0시부터 이 사건 처분을 시행할 예정이라는 내용의 사전통지를 하면서 같은 달 25일까지 의견제출의 기회를 부여하였다. 그러나 대규모점포 내에 입점해 있는 임대매장 운영자에게는 위와 같은 사전통지나 의견제출 기회를 부여하지는 않았다.

(㉕) 피고 동대문구청장은 2012. 11. 13. 영업시간제한 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.

Ⅶ. 처분방침

- 영업규제 시행을 위해 재향권을 부여한 취지에 따라 구체적인 현장상황과 관계되는 제반 이익을 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 영업 종료시간 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. 의견경토

- 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, 전국시장, 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	홍플러스 동대문점(370m)	
제기동	8		
전농동	1	롯데마트 청량리점(250m)	롯데슈퍼 전농점(140m)
답십리동	3		에브리데이 답십리점 (330m)

장안동	1		롯데슈퍼 장안점(270m) 이마트 장안점(250m) 롯데슈퍼 장안2동점(700m)
천왕리동	1		
회기동	1		
취경동	1		
이문동	1		이마트 이문점(480m) 익스프레스 이문점 (490m) 마켓999 이문점(570m)

- 대규모점포 : 2개 점포 모두가 전통상업보존구역내에 위치하고 전통시장과 250~370m 이내의 거리에 입지함.
- 준대규모점포 : 8개 점포 모두 전통상업보존구역내에 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 시행하는 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 기두기 위해서는 종전과 같이 두 번째, 네 번째 일요일을 의무휴업일로 지정하는 것이 바람직함.

■ 의무휴업일 지정으로 제기되는 문제

• 대형마트 비정규직 근무자들의 고용감소와 대형마트에 납품하는 협력업체 및 임점 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) 성동구청 내 대규모점포 등의 현황은 아래와 같다.

지방자치 단체	피고	구분	점포명	전통상업 보존구역의 관계	매장면적 (정원/일대)
성동구	롯데쇼핑(주)	준대규모점포	롯데슈퍼 행당점	구역 밖	-
	(주)이마트	대규모점포	이마트 성수점	구역 내	17,319.07㎡
			이마트 용십리점	"	11,572.28㎡ (11,436.75㎡ /135.54㎡)
	(주)지에스리테일	준대규모점포	G8슈퍼마켓 성동옥수점	"	378.11㎡
	홈플러스(주)	"	홈플러스 익스프레스 금호점	"	287.1㎡
			홈플러스 익스프레스 금호2점	"	397.7㎡
			홈플러스 익스프레스 독천점	"	286.4㎡
			홈플러스 익스프레스 용십리점	"	199.3㎡
			홈플러스 익스프레스 옥수점	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 처분을 시행할 예정이라는 내용의 사전통지를 하면서 같은 해 10. 11.까지 의견제출의 기회를 부여하고, 같은 해 11. 23. 유통업상생발전협의회를 개최하여 이 사건 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 처분의 내용을 확정하였고, 주요내용은 다음과 같다.

■ 영업제한 대상

연번	구분	상호	전통상업보존구역 관계	현재영업시간
1	대규모 점포	이마트 상수점	구역 내	365일 10시 - 24시
2		이마트 왕십리점	구역 내	365일 9시 - 24시
3	중대규모 점포	롯데슈퍼행당점	구역 밖	365일 9시30분 - 23시
4		홈플러스익스프레스 금호점	구역 내	365일 8시 - 24시
5		홈플러스익스프레스 금호2점	구역 내	365일 8시 - 24시
6		홈플러스 익스프레스 독성점	구역 내	365일 8시 - 다음날2시
7		홈플러스 익스프레스 창신리점	구역 내	365일 8시 - 다음날2시
8		홈플러스 익스프레스 옥수점	구역 밖	365일 8시 - 24시
9		GS 슈퍼마켓 선동복수점	구역 내	365일 9시 - 23시

■ 영업규제시 검토사항

• 이익형량

- 이해관계자인 전통시장 의견수렴 및 처분당사자 의견채출계획 제공
- 슈퍼마켓 등 중소유통업체, 전통시장 종사자수와 대규모점포 종사자수 비교 및 전통상업보존구역 내 위치 감안
- 의무휴업일 지정 전후 전통시장과 중소소매업체 매출액 증가감안 (전국평균)
- 관내 전통시장 등급 고려

(3) 시장경영진흥원 등의 조사결과

㉠ 시장경영진흥원의 조사 결과에 따르면, 서울특별시의 경우 2006년 대규모점포의 수는 48개, 중대규모점포의 수는 52개였으나, 2011년 대규모점포 수가 64개로, 중대규모점포가 267개로 각각 1.3배와 5.1배 증가하였고, 같은 기간 매출액은 약 30% 이상 증가한 것

으로 나타났다. 반면에 전통시장의 수와 매출액은 계속 감소하는 추세에 있는데, 2005년 전국적으로 1,660개였던 전통시장이 1,517개로 축소되어 연평균 1.8% 감소하였고, 서울특별시의 경우 2005년 262개였던 전통시장이 218개로 축소되어 연평균 3.6% 감소하였으며, 같은 기간 매출액은 약 20% 이상 감소한 것으로 나타났다. 또한, 전통시장의 침체로 종사자 수도 과거에 비해 크게 하락하였고, 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 축소되었다.

(㉔) 종전 조세조항이 시행된 이후부터 종전 판결이 선고되기 전까지의 기간 중 2012. 5. 27.과 같은 해 6. 10. 서울특별시 산하 지방자치단체 대부분이 대규모점포 등에 대한 의무휴업을 시행한 바 있는데, 소상공인진흥원과 시장경영진흥원의 공동조사 결과에 따르면 의무휴업이 시행된 이후 중소소매업체와 전통시장의 매출액과 평균 고객 수가 의무휴업일 전주에 비해 각각 10.3%와 10%씩 증가한 것으로 나타났다.

(㉕) 2012년 서울연구원의 분석 결과에 따르면, 대규모점포 의무휴업일(두 번째, 네 번째 일요일)에 강동·송파지역 전통시장은 점포의 42%에서 일평균 매출액과 고객수가 증가하였고, 구체적으로 일평균 매출액 및 고객수가 5% 이내로 증가한 점포 비율은 각 17.9% 이고, 5-10% 증가한 점포 비율은 각 13.8%, 특히 10% 이상 증가한 점포 비율도 각 10.3%이며, 입지, 거리 등의 이유로 일평균 매출액 및 고객수에 변화가 없었다는 점포는 약 55%이다.

(㉖) 연세대학교 경제학부 교수 정진욱, 최윤정의 연구결과인 '대형소매점 영업제한의 경제적 효과 분석'에 따르면, 2012년 영업시간제한 등의 규제를 받은 점포에서의 2011. 1. 1.에서 2012. 6. 30. 사이의 일별 및 월별 소비액에 대한 '이중 임의효과 패널

회귀분석 (two-way random effects panel regression analysis)¹⁾ 결과, 대규모점포에서의 소비액은 영업제한으로 인해 8.77% 감소한 것으로 추정된다(액수로 환산 시 소비 감소분은 월 평균 2,307억원). 또한 대규모점포의 품목별 소비감소율은 가전제품-생활용품-신선식품-의류잡화-가공식품의 순으로, 소비감소율이 높은 가전제품, 생활용품 등은 재래시장 또는 소형상점과의 경쟁관계가 성립하기 어려운 품목이다. 2011년, 2012년 자료를 토대로 추정한 결과 대규모점포에 대한 납품업체 매출감소분은 월평균 1,872억원 정도이고 그 중 960억원 정도가 농어민이나 중소기업체의 손해인 것으로 추산된다. 또한 TNS 설문조사와 소상공인 설문조사 결과를 이용하여 추정 시 영업규제로 인한 대규모점포의 소비감소분 중 ~~재래시장 또는 소형슈퍼마켓으로의 전환율은~~ 19.4~22.3% 정도이고, 영업규제로 인해 세수의 감소가 예상되는데, 재래시장과 소형슈퍼마켓의 매출증대로 인한 세수증가분을 차감한 순세수감소액은 법인세 면 294억원(월평균 24.5억원) 부가가치세 면 498억원(월평균 41.5억원)으로 추산된다. 그리고 월 2회 휴부로 인하여 비정규직 채간제 고용자들이 감원이 예상되고, 대규모점포의 비정규직의 80%이상인 여성이 가장 타격을 많이 입을 것으로 예상되며, 대규모점포를 이용하는 소비자는 일주일 평균 약 1,580만명으로 이들의 일요일 쇼핑은 전체 매출의 약 20%를 차지하므로 수치화 하기는 어려우나 소비자 후생의 상당한 감소가 예상된다.

1) 횡단면자료(cross-section data)와 시계열자료(time-series data)가 결합된 형태의 자료를 계량 자료라고 부르고, 패널자료의 회귀 분석에서는 횡단면적 특성과 시계열적 특성을 어떻게 설정하느냐에 따라 임의효과(random effects) 모형과 고정효과(fixed effects) 모형이 사용되는데, 당해 연구에서는 원 배출 자료를 이용하여 다음과 같은 '이중 임의효과 패널회귀모형(two-way random effects panel regression model)'을 이용하였다.

$$\log(MS_{it}) = \alpha N_{it} + \beta'(X_{it}) + u_i + \gamma_t + u_{it}$$

- MS_{it} : i 점포의 t월 소비액 (monthly consumption)
- N_{it} : 영업규제로 인한 월별 휴부횟수
- X_{it} : 월 소비액에 영향을 미치는 설명변수들의 집합 (점포 면적, 소개자의 인구, 점포 존속 연수 등)
- u_i : 점포별 임의효과 (store-specific random effect)
- γ_t : 월별 임의효과 (month-specific random effect)
- u_{it} : 오차항

(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.

[인정근거] 다툴 없는 사실, 갑 제14호증, 을가 제1 내지 5, 6, 7, 17호증, 을나 제1 내지 3, 5 내지 7호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함), 변론 전체의 취지

라. 판단

(1) 처분 대상의 실제적 요건에 대한 판단

(가) 이 사건 대규모점포가 처분의 대상인 대형마트에 해당되는지 여부

구 유통산업발전법 제12조의2 제1항은 시장·군수·구청장은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포 등과 중소유통업의 상생발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 대규모점포 중 대통령령으로 정하는 것과 준대규모점포에 대해

여 영업시간 제한을 명하거나 의무휴업일을 지정하여 의무휴업을 명할 수 있다고 규정하고 있다. 같은 법 제2조 제3호는 "대규모점포"는 점포의 집단으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다 고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제3조 제1항은 법 제2조 제3호에서 "대통령령이 정하는 것"이라 함은 [별표 1] 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다 고 규정하고 있으며, [별표 1] 제1호는 대형마트란 '제2조에 따른 용역의 제공장소를 제외한 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단으로서 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단'이라고 규정하고 있다. 한편 같은 법 제8조 제1항은 대규모점포를 개설하고자 하는 자는 영업을 개시하기 전에 시장·군수·구청장에게 등록하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제7조의2는 법 제12조의2 제1항 "대규모점포 중 대통령령으로 정하는 것"이란 법 제8조 제1항에 따라 [별표 1] 제1호의 대형마트로 등록된 대규모점포를 말한다 고 규정하고 있다. 그리고 같은 법 제2조 제3의2호 가목은 대규모점포를 경영하는 회사 또는 그 계열회사가 직영하는 점포를 "중대규모점포"로 규정하고 있다.

위와 같은 관계 법령에 비추어, 구 유통산업발전법 제12조의2에 근거하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분을 할 수 있는 대상은 대형마트로 등록된 대규모점포이다. 따라서 법령상 대형마트의 정의 규정에 부합하게 '매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상이고, 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단'이라는 요건을 충족하고, 절차적 요건으로서 대형마트로 등록된 경우 이 사건 각 처분의 대상이 된다.

살피건대, 앞서 본 법리와 변론 전체 취지에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사실들을 종합하면, 이 사건 처분의 대상인 된 대규모점포들은 법령상 대형마트의 요

건을 갖추지 못한 것으로 보이고, 대형마트로 등록되었다는 절차적 사정만으로 위와 같이 실제적 요건을 갖추지 못한 하자가 치유된다고 보기는 어렵다.

① 일반적으로 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석 적용하여야 하고(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011두23504 판결), 이 사건 각 처분은 처분의 상대방에게 상당한 경제적 손실을 야기할 것이 예상되므로 엄격하게 해석 적용해야 할 필요성이 크다.

② 구 유통산업발전법 시행령 [별표 1]에서는 대규모점포의 종류를 대형마트, 전문점, 백화점, 쇼핑센터, 복합쇼핑몰, 그 밖의 대규모점포 등 6개로 구분하여 규정하고 있는데, '점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단'이라는 요건은 대형마트에만 특별히 규정되어 있는 요건으로서, 다른 대규모점포와 대형마트를 구별 짓는 핵심적인 개념표지로 보인다.

③ 그런데, 위 인정사실에서 본 바와 같은 이 사건 대규모점포에서 점원이 구매편의를 도모하기 위하여 소비자들에게 제공하는 행위들에 비추어, 이 사건 대규모점포가 '점원의 도움 없이' 소비자에게 소매하는 점포의 집단이라고 보기 어렵다.

그렇다면, 이 사건 대규모점포는 구 유통산업발전법 및 동법 시행령에 따라 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분의 대상이 될 수 없음에도, 피고는 이를 오인하여 처분의 대상으로 삼은 것으로 보인다. 나아가 이 사건 대규모점포를 경영하는 회사가 직영하는 것을 처분사유로 한 이 사건 준대규모점포에 대한 처분도 그 대상을 오인한 것으로 보인다.

(나) 대규모점포 내 위치한 임대매장이 이 사건 처분의 대상에 포함되는지 여부

구 유통산업발전법 제3장은 대규모점포 등이라는 표제 아래 제8조, 제10조,

제11조에서 대규모점포등개설자의 등록에 관한 사항을, 제12조에서 대규모점포등개설자의 업무에 관한 사항을, 제13조에서 개설자 지위의 승계에 관한 사항을 각 규정하고 있다. 반면에 제12조의2에서는 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분의 요건을 규정하면서 처분의 상대방을 대규모점포 등으로 규정하고 있어, 구 유통산업발전법이 대규모점포와 대규모점포개설자를 나누어 각각에 대하여 별도로 규정하고 있음이 확인된다. 그리고 이 사건 처분의 대상이 되는 '대형마트'의 법령상 요건은 '매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상인 점포의 집단'임은 앞서 본 바와 같고, 구 유통산업발전법 시행규칙(2013. 3. 23. 산업통상자원부령 제1호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항과 별지1호 서식인 대규모점포 개설 등록신청서에 의하면 대형마트를 개설·등록하려는 자는 판매 면적·용역제공 면적, 그리고 그 합계인 매장면적을 기재하고, 운영방식으로서 직영·임대 매장의 면적 및 비율을 각 기재하도록 되어 있다.

이와 같은 구 유통산업발전법의 규정 내용 및 형식에 비추어, 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분은 대물적 처분으로서 구체적으로는 '대형마트로 등록된 대규모점포의 매장면적 전체'를 그 처분의 대상으로 한다고 봄이 상당하다. 이 경우 대규모점포의 일부를 구성하며 매장 내에 위치한 임대매장도 처분의 대상에 포함될 것으로 보인다. 실제로 이 사건 처분은 임대매장을 포함하여 각 대규모점포 자체를 하나의 대상으로 보아 단일한 처분을 한 것이고, 임대매장에 대한 부분만을 가분적으로 나눌 수도 없는 것으로 보인다. 피고 또한 당심의 변론기일에 이 사건 처분은 임대매장을 포함하여 이루어진 것이며, 이를 전제로 위반사항 등을 규제하고 있다는 취지로 진술한 바 있다.

그런데, 이 사건 대규모점포는 개설 등록을 할 당시 매장 면적과 함께 직영매

장과 임대매장을 각각 구분하여 그 면적과 비율을 기재하여 신청하였음은 앞서 대규모 점포 등의 현황에서 본 바와 같고, 위 인정사실에서 본 바와 같이 매장 내에 입점해 있는 임대매장은 주로 서비스 용역을 제공하는 것으로, 소매를 하는 경우에도 점원의 도움 아래 소비자의 구매가 이루어지고 있으므로, '점원의 도움 없이 소매'한다고 보기는 어렵다.

따라서, 임대매장은 '점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포'라는 법령상 대형마트의 요건을 갖추지 못한 것으로 보이고, 이 사건 처분은 임대매장이 대형마트에 포함됨을 전제로 각 대규모점포 매장 전체를 단입한 처분의 대상으로 한 것으로 임대매장 부분에 대해서만 분리하여 위법하다고 볼 수도 없다. 그러므로 대규모점포에 대한 이 사건 처분은 처분의 대상에 오인한 위법이 있어 그 전체의 취소를 면할 수 없다.

(6) 소결

그렇다면, 이 사건 각 처분은 처분의 대상에 오인하여 법령상 처분 대상이 되지 않는 자에 대해 처분한 것으로 나머지 점에 관하여 나아가 살펴볼 것도 없이 그 자체로 위법하다.

(2) 처분의 절차적 위법성에 대한 판단

앞서 본 실체적 요건을 달리 본다 하더라도, 대규모점포에 대한 이 사건 처분에는 아래와 같은 절차적 위법이 존재한다.

행정절차법 제21조 제1항, 제4항, 제22조에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을

제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 또한 다른 법령 등에서 필수적으로 청문을 실시하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하되, '당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우' 등에는 처분의 사전통지나 의견청취를 아니할 수 있다. 따라서 행정청이 침해적 행정처분을 하면서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면, 사전통지를 하지 아니하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한, 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다 (대법원 2013. 1. 16. 선고 2011두30687 판결, 대법원 2013. 5. 23. 선고 2011두25555 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 처분은 원고들에 대하여 영업시간 제한 및 의무휴업을 명함으로써 헌법상 보장된 영업의 자유 등을 제한하는 것으로서 결국 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분이고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 처분은 대물적 처분으로 대규모점포를 구성하는 '점포의 집단'에 대하여 이루어진 것이므로, 점포의 집단을 구성하는 임대매장의 운영자에 대해서도 절차적 적법성이 지켜져야 한다고 봄이 상당하다.

그러나, 앞서 살펴본 바와 같이 피고는 이 사건 각 처분을 하면서 대규모점포의 대표자 등이 아닌 임대매장 운영자에게 사전통지나 의견제출의 기회를 부여하지 아니한 것으로 보이고, 이 사건 각 처분이 행정절차법 제21조 제4항 각호에서 정하고 있는 공공의 안전 또는 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우나 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우

등에 해당하여 당사자에게 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없다.

그렇다면, 이 사건 처분 중 대규모점포에 대한 처분은 불가분의 단일한 처분이
고, 위와 같이 임대매장 운영자에 대해 적법한 절차를 거치지 않았으므로, 이는 대규모
점포에 대한 처분 전체의 위법사유가 된다고 볼이 상당하다(한편, 준대규모점포의 경우
별도로 임대매장이 임점해 있는 것으로 보이지는 않으므로, 이 사건 각 처분 중 준대
규모점포에 대한 처분은 위와 같은 이유의 질차적 위법성이 문제되지는 않는 것으로
보인다.)

(3) 이 사건 조례조항의 위법성에 대한 판단

GATS 제16조 제2항 제(c)호는 '경제적 수요심사 요건 형태 또는 쿼터 형태로 수
자단위로 표시된 서비스 영업의 총 수에 대한 제한, 서비스 총 산출량에 대한 제한을 유
지하거나 채택할 수 없다.'고 규정하고 있고, 한-EU FTA 제7.5조 제2항 제(2)호는 동일
한 내용을 규정하고 있다. 또한 GATS 제14조는 일반적인 예외(General Exceptions)로서
자의적이거나 정당화될 수 없는 차별의 수단 또는 서비스 무역에 대한 위장된 제한이
아니라면 일정한 경우에 규제를 시행할 수 있도록 허용하고 있는데, 제(b)호에서 '인간,
동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치'를 그 허용요건으로
규정하고 있다. 한-EU FTA 서문은 '양 당사자가 이 협정에 반영된 대로, 적절하다고
판단하는 보호수준에 근거하여 정당한 공공정책 목적을 달성하기 위하여 필요한 조치
가 부당한 차별 또는 국제무역에 대한 위장된 제한의 수단을 구성하지 아니하는 한 그
러한 조치를 할 양 당사자의 권리를 인정'하고 있고, 한-EU FTA 제7.1조 제4항에서
'각 당사자는 정당한 정책 목적을 달성하기 위해 규제하고 새로운 규제를 도입할 권리

를 보유한다'고 규정하고 있다.

살피건대, 이 사건 조례조항이 영업시간 또는 영업일수를 제한함으로써 서비스 영업(이 사건의 경우 판매행위)의 총 수나 서비스 총 산출량(이 사건의 경우 매출총액)에 부정적인 영향을 미쳐 시장접근에 있어서 장애요인으로 작용할 가능성이 있는 것은 사실이다. 그러나 이 사건 조례 조항은 근로자의 건강권 보호를 목적으로 하는 구 유통산업발전법 제12조의2의 위임을 받아 제정된 것으로서, GATS 제14조 제(b)호 따른 시장접근 제한조치 금지의 예외사유에 해당된다고 볼 수 있다. 또한 이 사건 조례조항은 영업시간을 제한할 수 있는 가능성을 열어두고 있을 뿐 실제로 제한할지 여부에 대해서는 행정청이 구체적 현실에 맞게 관련 이익들을 형량한 뒤에 결정하도록 재량을 부여하고 있다. 따라서 원고들이 주장하는 이 사건 조례의 위법 사유는 행정청의 재량권 행사 여부에 달려 있을 뿐 이 사건 조례조항 자체가 GATS 및 한-EU FTA에 위배되어 위법하다고 단정할 수 없다.

(4) 재량권의 불행사 또는 해태의 위법성에 대한 판단

행정행위를 함에 있어 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 미땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정행위는 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수밖에 없다(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005두3257판결, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010두7031판결, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2014두36020판결 등 참조).

위 법리 및 이 사건 처분의 근거가 된 구 유통산업발전법 제12조의2의 규정형식에 비추어, 피고는 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포 등과 중소기업의 상생발전을 위하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정 처분을 할 필요가 있는

지 재량권을 가지고 판단할 수 있으나, 처분에 앞서 처분사유의 존부를 확인하고 처분이 미치는 영향력이 큰 만큼 처분으로부터 비롯되는 이익·불이익에 관하여 충분히 이익형량을 할 것이 요구된다.

그러나, 다음과 같은 사정에 비추어 피고는 이 사건 처분의 구체적 사유가 존재하는지 여부 및 침익적 행정처분에 수반되어야 할 이익형량을 함에 있어 고려대상여 마땅히 포함시켜야 할 사항들 특히, 영세상인의 보호와 여성의 사회진출 등에 관하여 충분한 검토와 이익형량을 누락한 채 법령상 최고한도로 영업시간을 제한하고, 최일적으로 두 번째·네 번째 일요일을 의무휴업일로 지정한 것으로 보인다. 따라서 이 사건 각 처분은 재량권을 불행사 또는 적어도 해태한 위법이 있다.

① '건전한 유통질서 확립'과 관련하여, 건전한 유통질서가 무엇을 의미하는지에 대하여 논란이 있을 수 있음에도, 피고는 관할 지역 소재 대규모점포와 전통시장 등의 유통질서가 어떠한 의미에서든 건전한지 여부, 건전한 것으로 볼 수 없다면 어떠한 면에서 그러한지, 이 사건 처분을 통해서 어떻게 개선이 가능한지 등에 관하여 고려하였다는 사실을 인정할 증거가 없다.

② '근로자의 건강권 보호'와 관련하여 피고들이 이 사건 대규모점포 등에서 근무하는 근로자의 수, 연령, 성별, 근로조건, 건강상태에 대해서 구체적으로 조사하거나 검토한 사실을 인정할 증거가 없다. 동대문구청에서 2012. 11. 13. 작성한 행정처분 시행계획서(올가 제4호중)에는 별다른 근거도 없이 야간 영업으로 인한 근로자들의 건강권 침해의 우려가 있어 이 사건 처분을 할 필요가 있다고 검토한 결과만이 기재되어 있을 뿐이고, 이것만을 근거로 동대문구청이 '근로자의 건강권 보호'에 대해서 진지하게 고려하였다고 인정하기는 어렵다.

③ 한편, 이 사건 처분으로 대형마트에 입점해 있는 임대매장 등을 운영하는 중소기업자, 원고들에게 납품을 하는 중소기업자들의 상당한 피해가 예상되나, 통대문구청에서 작성한 행정계획서에는 이들의 피해가 우려된다고만 기재되어 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 피해가 어느 정도 예상되는지에 대해서 고려한 바는 없는 것으로 보인다. 피고 성동구청장의 경우에도 이익형량의 고려대상으로 위 중소기업자, 중소기업자들의 피해를 구체적으로 검토하였다는 증거는 없다.

④ 이 사건 처분으로 인해 침해되는 소비자의 선택권에 관하여, 관한 지역 주민의 인구비율, 생활형태, 특히 직장여성의 비율 및 소비형태 등에 대한 분석을 기초로 지역 주민들의 생활상의 불이익이 어느 정도 될지에 대해서 고려하였다는 증거가 없다.

⑤ 앞서 본 바와 같이 원고들이 운영하는 점포들 사이에는 대규모점포인지 준대규모점포인지의 차이가 존재하고, 천통상업보존구역 안에 있는지 밖에 있는지 여부, 위치한 지역, 영업장의 면적 등이 제각기 다름에도 ~~피~~는 점포별로 그러한 구체적 사정이 어떠한지에 대한 충분한 검토 없이 이 사건 조례에서 정해준 대로 일괄적으로 그 시행범위를 결정한 것으로 보인다.

(5) 재량권의 행사가 GATS 및 한-EU FTA에 위배되는지 여부에 대한 판단

이 사건 처분의 상대방 중 원고 홈플러스 주식회사 및 원고 홈플러스테스코 주식회사가 운영하는 대규모점포 등은 GATS 및 한-EU FTA의 적용을 받는다는 점에 대해서 당사자 사이에 다툼이 없다. 그리고 GATS는 국내법적 효력을 가진 국제조약이고, 수범자의 범위를 제약 상대국의 법인 및 그 법인이 우리나라에 설립한 지사 등으로 한정하고 있다. 반면에 구 유통산업발전법은 제4조에서 적용 배제 대상으로 열거하고 있는

농수산물도매시장·농수산물공판장·민영농수산물도매시장·농수산물종합유통센터·가축시장 등을 제외한 나머지 대규모점포 등에 대해 적용될 수 있으므로, 수범자 또는 적용대상자의 관점에서 GATS가 더 특별법적 지위에 있다고 보인다. 또한 구 유통산업발전법의 적용대상이 보다 한정되었다는 이유로 이를 특별법이라고 보아 GATS의 적용을 배제한다면, 이 사건 뿐만 아니라 모든 경우에서 사실상 GATS의 조항을 사문화하는 결과를 가져올 수 있어 이를 받아들이기 어렵다. 따라서 피고가 원고 홈플러스 주식회사 및 원고 홈플러스테스코 주식회사가 운영하는 대규모점포 등에 대해 처분을 할 때에는 GATS에 위배되지 않도록 세량권을 행사하여야 한다.

그런데, 대규모점포 등의 근로자보다 전통시장의 중소기업인들 및 그의 근로자들의 근무환경이 더욱 열악하여 오히려 건강권 보호의 필요성이 더 클 것으로 예상되므로, 이 사건 처분이 근로자의 건강권을 보호하기 위한 것이라고 단정하기 어렵다. 오히려 이 사건 처분은 경쟁제한을 위한 위장된 제한의 수단으로 볼 여지가 크다. 따라서 이 사건 처분이 근로자의 건강권 보호를 위한 조치이기 때문에 시장접근 제한조치 금지의 예외사유에 해당한다고 보기는 어렵고, 이 사건 처분 중 원고 홈플러스 주식회사, 원고 홈플러스테스코 주식회사가 운영하는 대규모점포 등에 대한 부분은 GATS를 위반한 것으로 위법하다. 나아가 이는 곧 GATS와 유사한 내용을 규정하고 있는 한-EU FTA에도 위배된다.

(6) 비례의 원칙에 위배되었는지 여부에 대한 판단

(가) 대규모점포의 경우

1) 수단의 적합성

이 사건 각 처분은 근로자의 건강권을 보호하고, 대규모점포와 중소기업

의 상생발전 위한 적합한 수단이 될 수 있다고 보인다. 그러나 원고들이 유통질서를 이
지럽혔다는 사실을 인정할 만한 자료가 제출된 적이 없고, 오히려 원고들이 유통단계를
줄여 상품의 질을 보장하면서도 소비자가격을 인하하는 등 유통질서 개선에 긍정적인
역할을 하였으며, 유통질서의 확립은 불공정한 거래 관행을 없애는 방법으로 해결할 문
제이지 영업 자체를 금지함으로써 해결할 문제는 아니므로, 이 사건 처분이 건전한 유통
질서 확립을 위한 합리적인 수단으로 보이지는 않는다.

2) 상당성의 원칙

이 사건 처분 당시 이 사건 대규모점포는 오전 0시 이후에는 영업을 하지
않았던 것으로 보이므로, 피고는 원고들에 대하여 이 사건 처분과 같이 영업시간 제한
을 할 필요가 없었던 것으로 보이나, 피고는 불필요하게 과도한 제한을 한 것으로 보인
다. 또한 일요일이 아닌 평일을 휴업일로 지정하거나, 각 지방자치단체의 사정에 맞게
의무휴업일을 지정할 수 있었음에도 불구하고, 일률적으로 인접한 지방자치단체와 동일
한 날을 의무휴업일로 지정한 것은 상당성을 잃은 조치로 판단된다.

무엇보다 최근 여성의 사회진출이 확대되면서 육아의 살림에 대한 가정의 부
담이 가중되고 있고 낮벌이 부부의 경우 실제로 야간이나 주말이 아니면 장을 보기 어
려운 경우가 많다. 특히 아이가 있는 가정의 경우 주차공간, 편의시설 등이 상대적으로
열악한 전통시장에서 장을 보기에는 여려모토 현실적 어려움이 있는 것이 사실이다. 따
라서 전통시장의 활성화를 위해서는 전통시장의 구매환경 등을 개선하여 자연스럽게 소
비자들이 모여들도록 하여야 할 것이지, 영업시간을 제한하고 의무휴업일을 지정하여 소
비자의 선택권을 기로 막고 나아가 저출산 등의 사회적 문제를 도외시 한 채 여성의 사
회진출에 어려움을 더하는 방향으로 이 사건 각 처분을 한 것이 과연 정당한 이익 법령

의 결과라고 할 수 있는지에 대해서는 강한 의심이 든다.

또한 이와 더불어 국내 기업이 운영하는 대규모점포의 경우 유통질서 개선을 통해 가격 경쟁력을 확보함과 동시에 국내 소비자의 요구에 부응하여 소비 환경을 개선하고 구매의 편의성을 높여 소비자의 효용을 증대시켰다고 평가할 수 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 처분은 소비자의 선택권에 대한 과도한 제한이라고 보인다. 나아가 위와 같은 국내 대규모점포의 소비자 효용의 증대를 위한 노력은 국내 유통업의 대외적 경쟁력 강화로 이어져 왔고 해외자본으로부터 국내시장의 잠식을 방어하는 역할을 해왔다고 볼 수 있는 점에 비추어, 이 사건 처분이 과연 균형 있는 형량을 통해 이루어진 것인지에 대한 의문이 든다.

또 대규모점포의 근로자의 경우 교대 근무나 대체휴무일의 선택 등이 가능하지만, 전통시장 상인들은 위 대규모점포의 근로자보다 일반적으로 근무환경이 더욱 열악하여 오히려 건강권 보호의 필요성이 더 클 것으로 예상된다. 이 점에서 피고들의 가치 형량은 오히려 역전된 모습을 보이고 있다. 그리고 이 사건 처분으로 인하여 대규모점포가 입는 경제적 피해뿐만 아니라 대규모점포에 입점한 임대매장, 대규모점포에 납품을 하는 납품업자의 피해도 상당한 것으로 보이고, 일자리 감소로 인하여 근로자들이 일자리를 잃게 되며, 특히 이 사건 처분을 통해 보호하고자 했던 여성근로자의 일자리 감소로 인한 피해가 매우 클 것으로 예상된다.

반면에 앞서 본 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 효과에 관한 시장경영진흥원, 소상공인진흥원 등의 조사결과, 이 사건 처분에 우호적인 단체가 단기간 조사한 결과이고, 연세대학교 교수 정진욱, 최윤정이 집필한 '대형소매점 영업제한의 경제적 효과 분석'은 상대적으로 광범위한 조사를 거쳐 객관적 자료를 토대로 과학적 방법에 기

초한 연구 결과로서, 전자의 경우보다 신빙성이 높다고 보여진다. 그리고 이 사건 처분으로 인하여 달성되는 전통시장의 보호의 효과는 뚜렷하게 드러난다고 할 수 없고 아직 까지도 논란 중에 있어, 위와 같은 피해를 상쇄할 만한 효과가 있는지에 대해서는 의심이 든다. 따라서 대규모점포에 대한 이 사건 처분은 관련 법의 사이의 이익衡량을 함에 있어 잘못이 있고, 비례의 원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 봄이 상당하다.

㉔ 준대규모점포의 경우

구 유통산업발전법 제2조 제3의2호에 따르면 준대규모점포의 경우 대규모점포를 경영하는 회사 또는 그 계열회사가 직영하는 점포, 프랜차이즈형 체인사업의 형태로 운영하는 점포 등이 있으나, 이 사건 처분의 대상이 되는 준대규모점포의 경우 대규모점포를 경영하는 회사 또는 그 계열회사가 직영하는 점포의 형태로 운영되고 있는 점에는 당사자 사이에 다툼이 없다. 준대규모점포는 대규모점포와 영업장의 규모, 취급하는 물품 및 주력 판매 상품, 영업장의 위치 및 주변상권과의 관계 등에서 차이를 보이므로, 이 사건 처분이 관련 이익들을 균형있게 형량하였는지를 판단함에 있어서도 달리 볼 여지가 있다.

준대규모점포의 경우, 최근 급속한 성장세를 보이며 확장해 왔음은 앞서 본 바와 같다. 대기업에서 운영하는 준대규모점포는 대규모점포의 판매전략인 1+1 행사, 쿠폰 제공, 포인트 적립, 인터넷 또는 전화를 통한 주문배달 등의 전략을 그대로 가져와 적극 활용함으로써 소비자들의 발걸음을 이끌고 있다. 이는 접근성이 용이함을 강점으로 내세우며 골목별로 소규모 상권을 유지해온 영세 슈퍼마켓 등의 생존을 크게 위협하고 있는 것으로 보인다. 나아가 준대규모점포의 경우 이 사건 처분으로 인한 근로자의 일자리 감

소 및 납품업체가 입는 피해의 규모 등도 대규모점포에 비하여 상대적으로 적을 것으로 예상된다. 따라서 준대규모점포에 대한 이 사건 처분은 소비자의 선택권 침해 등을 고려하더라도, 법익균형성에 어긋났는지에 대하여 강한 의문이 들기는 한다.

그러나, 헌법상 기본권인 영업의 자유를 제한함에 있어서 외형적인 양적 제한은 극히 신중한 심사를 요한다 할 수 있고, 앞서 본 GATS 및 한-EU FTA의 조항은 단순히 기술적인 조항이 아니라 영업의 자유 제한에 관한 헌법적 한계를 고려한 보편적인 기준을 수용한 것으로 보인다. 그리고 이를 존중하여 국가 간 합의가 이루어져 국내법적 효력을 갖게 된 이상 피고는 국내 기업의 영업의 자유를 제한함에 있어서도 이를 고려하여 신중히 재량권을 행사할 필요가 있었다고 보인다. 그럼에도 앞서 본 바와 같이 피고는 이를 게을리 하였고, 따라서 나머지 국내기업이 운영하는 준대규모점포에 대한 처분은 위 GATS 및 한-EU FTA의 조항에 내재된 헌법정신을 간파하여 국내 기업을 역차별하는 결과를 가져올 수 있으므로, 평등원칙의 관점에서 볼 때 위 처분을 함에 있어 재량권 행사의 하자가 없었다고 보기는 어렵다.

3. 결론

그렇다면, 이 사건 각 처분은 위법하여 취소되어야 하므로, 원고들의 청구는 이유 있어 이를 인용하고, 이와 결론을 달리한 제1심 판결은 부당하므로 이를 취소하고, 원고들의 항소를 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 장석조

판사

손삼락

손삼락



판사

김용하

김용하

