

대 법 원

판 결

사 건 2015두295 영업시간제한등처분취소
원고, 피상고인 롯데쇼핑 주식회사 외 5인
원고들 소송대리인 법무법인(유한) 태평양 외 2인
피고, 상고인 서울특별시 동대문구청장 외 1인
소송대리인 법무법인 티엘비에스 외 3인
원 심 판 결 서울고등법원 2014. 12. 12. 선고 2013누29294 판결
판 결 선 고 2015. 11. 19.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고 서울특별시 동대문구청장(이하 '피고 동대문구청장'이라고만 한다)의 처분을 다들 소의 이익 존부

기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는

특별한 사정이 없는 한 종전처분은 그 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만(대법원 2012. 10. 11. 선고 2010두12224 판결 등 참조), 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 그 추가·철회·변경된 부분이 그 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 된다고 보아야 한다.

따라서 종전처분을 변경하는 내용의 후속처분이 있는 경우 법원으로서, 후속처분의 내용이 종전처분 전체를 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 것인지, 후속처분에서 추가·철회·변경된 부분의 내용과 성질상 그 나머지 부분과 가분적인지 등을 살펴 항고소송의 대상이 되는 행정처분을 확정하여야 한다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고 동대문구청장은 2012. 11. 14. 원고 롯데쇼핑 주식회사, 주식회사 에브리데이리테일, 주식회사 이마트, 홈플러스 주식회사, 홈플러스 스토어즈 주식회사(변경 전 상호 : 홈플러스테스코 주식회사, 이하 같다)에 대하여 그들이 운영하는 서울특별시 동대문구 내 대형마트 및 준대규모점포의 영업제한 시간을 오전 0시부터 오전 8시까지로 정하고(이하 '영업시간 제한 부분'이라 한다) 매월 둘째 주와 넷째 주 일요일을 의무휴업일로 지정하는(이하 '의무휴업일 지정 부분'이라 한다) 내용의 처분을 한 사실, 위 처분의 취소를 구하는 소송이 이 사건 원심에 계속 중이던 2014. 8. 25. 위 피고는 위 원고들을 상대로 영업시간 제한 부분의 시간을 '오전 0시부터 오전 10시'까지로 변경하되, 의무휴업일은 종전과 동일하게 유지하는 내용의 처분(이하 '2014. 8. 25.자 처분'이라 한다)을 한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 2014. 8. 25.자 처분은 종전처분 전

체를 대체하거나 그 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용이 아니라, 의무휴업일 지정 부분을 그대로 유지한 채 영업시간 제한 부분만을 일부 변경하는 것으로서, 2014. 8. 25.자 처분에 따라 추가된 영업시간 제한 부분은 그 성질상 종전처분과 가분적인 것으로 여겨진다. 따라서 2014. 8. 25.자 처분으로 종전처분이 소멸하였다고 볼 수는 없고, 종전처분과 그 유효를 전제로 한 2014. 8. 25.자 처분이 병존하면서 위 원고들에 대한 규제 내용을 형성한다고 할 것이다.

그러므로 이와 다른 전제에서 2014. 8. 25.자 처분에 따라 종전처분이 소멸하여 그 효력을 다룰 법률상 이익이 없게 되었다는 취지의 피고 동대문구청장의 이 부분 상고 이유 주장은 이유 없다.

2. 이 사건 각 처분에 처분 대상을 오인한 위법이 있는지 여부

가. 구 유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제12조의2는 시장·군수·구청장(이하 '시장 등'이라 한다)은 건전한 유통질서 확립, 근로자의 건강권 및 대규모점포 등과 중소기업의 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(이하 '이 사건 조항'이라 한다). 그 위임에 따라 구 유통산업발전법 시행령(2013. 4. 22. 대통령령 제24511호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 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 판단하여

야 하고, 대규모점포를 구성하는 개별 점포의 실질이 위 대형마트의 요건에 부합하는 지 여부를 다시 살필 것은 아니다.

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여 원고들은 피고들 관내에서 대형마트로 개설 등록된 이 사건 대규모점포와 이 사건 준대규모점포를 운영하고 있는 사실, 그런데 원고들이 운영하는 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 있는 등의 영업형태를 유지하고 있는 사실, 한편 이 사건 대규모점포의 매장 내에 다수의 임대매장이 입점되어 있는데, 그 중에는 병원, 미용실, 사진관, 식당 등 서비스 용역을 제공하는 성격의 매장(이하 '이 사건 용역제공 장소'라 한다)이 포함되어 있는 사실을 인정하였다.

위와 같은 사실관계를 토대로 원심은, 이 사건 조항에 따라 영업시간 제한 등 규제 대상이 되는 '대형마트로 등록된 대규모점포'에 해당하려면 대규모점포가 그 형식상 대형마트로 개설 등록되어 있음은 물론, 나아가 그 점포의 실질이 위 [별표 1]에 정한 대형마트의 요건에 부합하여야 함을 전제로, 이 사건 대규모점포는 위와 같은 영업형태 등에 비추어 '점원의 도움 없이' 소비자에게 소매하는 점포의 집단으로 보기 어렵고, 설령 그렇지 않더라도 이 사건 용역제공 장소 부분은 그 점포의 성격상 용역의 제공 장소일 뿐 상품을 소매하는 점포에 해당하지 않으므로 위 요건에 부합하지 않는다고 보았다. 그에 따라 원심은, ① 이 사건 각 처분의 대상이 된 이 사건 대규모점포가

그 처분요건을 갖추지 못하였고, ② 그에 따라 이 사건 대규모점포를 경영하는 회사가 직영하는 것을 처분사유로 한 이 사건 준대규모점포도 그 처분요건에 해당하지 않게 되었으며, ③ 적어도 이 사건 대규모점포 중 이 사건 용역제공 장소 부분은 처분요건을 충족하지 못하였으므로, 이 사건 각 처분은 그 처분 대상을 오인한 위법이 있다고 판단하였다.

다. 그러나 위와 같은 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 규제 대상인 '대형마트로 등록된 대규모점포'에 해당한다고 할 것이고, 그에 따라 이 사건 대규모점포를 경영하는 회사인 원고들이 직영하는 이 사건 준대규모점포도 그 처분요건에 해당하게 된다.

그럼에도 이와 달리 이 사건 대규모점포와 준대규모점포가 영업시간 제한 등 규제의 대상에 해당하지 않는다고 본 원심판결에는 이 사건 조항에 정한 규제 대상인 '대형마트로 등록된 대규모점포'의 판단방법에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3. 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 상거래

질서의 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 대규모점포 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. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 채택 증거에 의하여 이 사건 대규모점포의 매장 내에 다수의 임대매장이 입점되어 있는 사실, 피고들이 이 사건 각 처분을 하면서 원고들을 상대로 하여서만 행정절차법상 사전통지 및 의견청취 절차를 거쳤을 뿐, 임대매장 운영자인 임차인들에게는 그러한 절차를 거치지 않은 사실을 인정한 다음, 행정절차법 제21조 제1항, 제4항, 제22조에 따라 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우 처분상대방에 대하여 사전통지 및 의견청취 절차를 거쳐야 하는데, 이 사건 각 처분의 처분상대방에 속하는 임차인들에 대하여 위와 같은 절차를 거치지 않았으므로, 이 사건 각 처분에 절차상 하자가 있다고 판단하였다.

다. 그러나 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 위와 같은 절차

도 원고들을 상대로 거치면 충분하고, 그 밖에 임차인들을 상대로 별도의 사전통지 등 절차를 거칠 필요가 없다.

그럼에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 이 사건 조항에 따른 영업시간 제한 등 처분의 상대방 및 행정절차법상 의견청취 등 절차의 적용범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

4. 이 사건 각 처분의 재량권 일탈·남용 여부

가. 원심의 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고들이 이 사건 각 처분을 함에 있어서, ① 관련 공·사익의 이익형량을 전혀 하지 아니하거나 이익형량의 고려대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락함으로써 재량권을 행사하지 않았거나 해태하였고, ② 이 사건 각 처분으로 생겨난 원고들의 영업의 자유 침해 등 불이익이 이 사건 각 처분에 의해 달성되는 공익보다 훨씬 중대하여 비례원칙을 위반하였으며, ③ '서비스 무역에 관한 일반 협정(General Agreement on Trade in Services, GATS) 및 '한-유럽연합 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 통틀어 '이 사건 각 협정'이라 한다)'의 시장접근 제한금지 조항을 위반함으로써, 재량권을 일탈·남용하여 위법하다는 취지로 판단하였다.

나. 대법원의 판단

(1) 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 구 「서울특별시 동대문구 유통기업

상생발전 및 전통상업보존구역 지정 등에 관한 조례」(2013. 9. 26. 서울특별시 동대문구 조례 제975호로 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).

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 운영원리를 밝히고 있다. 그에 따라 헌법 제119조는 제1항에서 "대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다."고 천명하는 한편, 제2항에서 "국가는 균형있는 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. 따라

서 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 사

익의 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 복잡다양성과 유동성으로 인해 사전에 경제분석 등을 거쳤다가 장래의 규제효과가 확실히 담보되기는 어렵고, 만약 규제의 시기가 늦춰져 시장 구조가 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.

(2) 그런데 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다.

① 피고 동대문구청장은 이 사건 각 처분에 앞서 2012. 9. 24.부터 같은 해 10. 10. 까지 관할구역 내에 있는 전통시장 19개소, 시민단체 5개소, 대형마트 등 10개소 등 총 34개소를 대상으로 영업시간 제한 등에 관한 의견조사를 시행하였는데, 그 결과 영업시간 제한에 관하여는, 전통시장 8개소, 시민단체 5개소, 대형마트 등 3개소가 오전 0시부터 8시까지의 영업시간 제한에 찬성하였고, 의무휴업일 지정에 관하여는, 전통시장 9개소, 시민단체 2개소가 매월 2회 일요일을 의무휴업일로 지정하는 데에 찬성하였다.

그리고 피고 동대문구청장은 2012. 10. 23. 관할구역 내에 있는 대형마트 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.

한편, 피고 동대문구청장은 2012. 11. 13. 이 사건 각 처분의 구체적 시행계획을 수립하였는데, 그 시행문건의 '검토결과' 란에는 대형마트 등의 지속적인 증가세에 따라 유통업의 상생발전을 위해서는 과점 형태인 대형마트 등에 대한 적절한 영업규제가 필요하다는 내용, 여성근로자들이 대부분인 대형마트 등의 경우 야간영업이 근로자의 건강을 위협하고 에너지 낭비 요인이 크므로 영업시간 제한이 필요하다는 내용, 동대문구는 인접 자치구와 문화적·지리적 생활권이 동일하여 의무휴업일을 다른 구와 달리 지정할 경우, 의무휴업일에 다른 인근 지역의 대형마트 등을 이용하는 문제가 발생하므로 의무휴업 제도의 실효성을 거두기 위해서는 종전과 같이 두 번째, 네 번째 일요일을 공통적인 의무휴업일로 지정하는 것이 바람직하다는 내용, 영업시간 제한 등으로 대형마트 비정규직 근무자들의 고용감소와 대형마트에 납품하는 협력업체 및 입점 중소기업자들의 피해가 우려되나, 대형마트에 비해 전통시장을 비롯한 중소기업체에

근무하는 인력이 월등히 많고 서민경제에 미치는 영향력이 더 광범위하므로, 영업규제에 따른 일부 부작용의 감수가 불가피하다는 내용 등이 기재되어 있다.

② 또한 피고 서울특별시 성동구청장은 이 사건 각 처분에 앞서 2012. 9. 24. 관할구역 내에 있는 대형마트 등 9개 점포를 대상으로 사전통지 및 의견제출의 기회를 부여하였고, 같은 해 11. 23. 각 유통업체 대표와 소비자단체, 유통전문가 등으로 구성된 유통업상생발전협의회를 개최하여 영업시간 제한 등 규제의 시행 여부를 심의하였다.

그에 따라 피고 서울특별시 성동구청장은 2012. 11. 27. 이 사건 각 처분의 내용을 확정하였는데, 그 시행문건의 '검토사항' 란에는 이익형량의 고려요소로 관할구역 내 슈퍼마켓 등 중소유통업체 종사자수와 대형마트 등 종사자수의 비교, 전통상업보존구역내 대형마트 등의 위치, 의무휴업일 지정 전·후 전통시장과 중소소매업체의 매출액 증가 등이 검토되었다고 기재되어 있다.

③ 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 대규모점포의 수가 64개로, 준대규모점포의 수가 267개로 각각 1.3배와 5.1배 증가하였고, 같은 기간 점포당 평균 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 있는

데, 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.

④ 그리고 구 「소기업 및 소상공인 진흥을 위한 특별조치법」(2013. 5. 28. 법률 제 11847호로 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. 또한 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, 대형마트 등의 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 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.

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.

(3) 위와 같은 사실관계 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 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.

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 편익이나 유통구조 개선, 물가안정 등에 긍정적인 효과가 나타났으나, 다른 한편으로 대형마트 등이 소규모 지역상권에까지 무차별적으로 진출하여 시장을 잠식함으로써 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 규제로 인하여 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 고객 수 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 국제협정으로 서, 그 내용 및 성질에 비추어 이와 관련한 법적 분쟁은 협정에서 정한 바에 따라 국가간 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) 그럼에도 이와 달리 이 사건 각 처분이 재량권을 일탈·남용한 것이어서 위법하다고 본 원심판결에는 재량권 일탈·남용에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

5. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 이 사건 용역제공 장소 부분과 관련하여 이 사건 각 처분에 처분 대상을 오인한 위법이 있는지 여부에 관한 대법관 김용덕, 대법관 김소영의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 이 사건 용역제공 장소 부분과 관련하여 이 사건 각 처분에 처분 대상을 오인한 위법이 있는지 여부에 관한 다수의견에 대한 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 보충의견이 있다.

6. 이 사건 용역제공 장소 부분과 관련하여 이 사건 각 처분에 처분 대상을 오인한 위법이 있는지 여부에 관한 대법관 김용덕, 대법관 김소영의 반대의견

가. 다수의견은 이 사건 조항에 따른 규제 대상에 대형마트의 매장 중 상품의 판매 장소 외에 이 사건 용역제공 장소도 포함된다는 것이나, 이에 대하여는 다음의 이유로 받아들이기 어렵다.

(1) 구 유통산업발전법 제2조 제2호는 대규모점포를 구성하는 '매장'을 '상품의 판매와 이를 지원하는 용역의 제공에 직접 사용되는 장소'라고 정의하여 '상품의 판매에 직접 사용하는 장소'(이하 '상품판매 장소'라 한다)와 '용역의 제공에 직접 사용되는 장소'(이하 '용역제공 장소'라 한다)로 구분하면서, 그 중 용역제공 장소의 범위를 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 그 위임에 따라 구 유통산업발전법 시행령 제2조는 용역제공 장소를 건축법 시행령 [별표 1] 제3호 나목부터 마목까지의 규정에 따른 제1종

근린생활시설(제1호), 같은 표 제4호에 따른 제2종 근린생활시설(제2호), 같은 표 제5호에 따른 문화 및 집회시설(제3호), 같은 표 제13호에 따른 운동시설(제4호), 같은 표 제14호 나목에 따른 일반업무시설 등의 시설이 설치되는 장소로 규정하고 있다.

한편 대규모점포는 '매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상' 등 구 유통산업발전법 제2조 제3호 각 목에서 정한 요건을 모두 갖춘 매장을 보유한 점포의 집단으로서 대통령령이 정하는 것을 말하는데, 그 위임에 따라 구 유통산업발전법 시행령 제3조 및 [별표 1]은 대규모점포를 대형마트, 전문점, 백화점, 쇼핑센터, 복합쇼핑몰, 그 밖의 대규모점포로 나누고 있으며, 여기서 대형마트는 '용역제공 장소를 제외한 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 점포의 집단으로서 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단'을 말한다.

그런데 이 사건 조항에 따라 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 규제를 받는 대규모점포는 '대형마트로 등록된 대규모점포'이므로, 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단에 해당하는 상품판매 장소가 3,000㎡ 이상으로 등록되어야 그 규제 대상이 될 수 있다.

결국 용역제공 장소의 유무나 그 면적은 이 사건 조항의 규제를 받는지 여부에 아무런 영향을 미치지 못하며, 이는 용역제공 장소는 이 사건 조항에 의하여 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 규제를 받을 필요가 있거나 그 규제를 받아야 하는 매장이 아님을 의미한다.

개정 유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정된 것) 제12조의2는 대형마트가 아닌 대규모점포의 경우에도 그에 개설된 점포가 대형마트의 요건을 갖춘 때에는 그 해당 점포(이하 '대형마트 요건 해당 점포'라 한다)에 대하여 대형마트와 마찬가지로

로 이 사건 조항의 규제를 받도록 정하고 있다. 이러한 '대형마트 요건 해당 점포'에는 용역제공 장소가 포함되지 아니함은 분명하므로 그 점포가 개설된 대규모점포의 용역 제공 장소는 이 사건 조항에 의한 규제 대상이 될 수 없다 할 것이고, '대형마트로 등록된 대규모점포'라 하여 달리 취급할 필요가 없을 것이다.

(2) 구 유통산업발전법령이 중소기업과의 상생발전 등을 목적으로 영업시간 제한 등의 규제 근거를 마련하면서도, 이 사건 조항에서 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 여러 유형의 대규모점포 중 오로지 '식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단'으로서의 대형마트를 그 대상으로 삼은 취지는, 대형마트가 대량·일괄 진열 등 판매방식을 통한 가격경쟁력의 우위를 바탕으로 인근의 전통시장이나 슈퍼마켓 등 중소기업자에게 광범위한 파급효과를 미치므로, 그로 인한 부작용을 최소화하면서도 서로 조화로운 발전과 공존을 도모하고자 함에 있다. 그리고 구 유통산업발전법령이 대규모점포를 구성하는 점포를 그 성격에 따라 상품판매 장소와 용역제공 장소로 명확히 구분하여 상품판매 장소의 면적만을 기준으로 대형마트를 정하였는데 이러한 대형마트에 대하여만 영업시간 제한 등의 규제를 받도록 한 것은, 위와 같은 규제의 취지 및 상품판매 장소와 용역제공 장소에 설치되는 시설의 구체적 내용과 성격 등에 비추어 볼 때에, 용역제공 장소가 아니라 상품판매 장소의 영업으로 인하여 발생하는 위와 같은 부작용을 대상으로 삼아 이를 최소화하는 데에 그 규제의 주안점을 두었기 때문으로 보인다.

그럼에도 영업시간 제한 등을 규제할 필요가 없는 용역제공 장소에 대하여 등록된 대형마트에 포함되어 있다는 형식적인 이유만으로 규제를 받도록 하는 것은 이 사건 조항을 둔 목적에 벗어난다. 또한 설령 대규모점포의 매장인 용역제공 장소가 상품판

매 장소를 지원하는 성격을 가지고 있다 하더라도, 실질적으로 상품판매 장소에 해당하지 아니하는 이상, 위 사유만을 가지고 상품판매 장소에 대한 영업 제한을 목적으로 삼고 있는 이 사건 조항의 규제 대상이 된다고 보기는 어렵다. 만약 위 사유만으로 용역제공 장소를 상품판매 장소와 함께 규제의 대상으로 삼아야 한다면, 개정 유통산업발전법에서 규제의 대상으로 추가한 '대형마트 요건 해당 점포'의 경우에도 마찬가지로 규율되어야 할 것이다. 그러나 앞에서 본 것과 같이 개정된 유통산업발전법 제12조의2는 '대형마트 요건 해당 점포'에 대하여 용역제공 장소를 그 규제 대상에서 제외하고 있음이 분명하므로, 이에 비추어 보아도 단순히 상품판매 장소에 대한 지원의 성격을 가진다는 사유만으로 당연히 이 사건 조항의 규제의 대상이 된다고 해석할 수는 없다.

(3) 어떠한 대규모점포가 대형마트로 개설 등록되면, 그 구성 부분인 상품판매 장소와 용역제공 장소 전체에 대하여 개설 등록의 효력이 미치게 되고, 상품판매 장소와 그 영업을 지원하는 용역제공 장소가 일체로서 대형마트 개설자의 유지·관리책임 아래 놓이게 되므로, 대형마트의 일부로 등록된 용역제공 장소도 상품판매 장소와 구분하지 않고 함께 영업시간 제한 등의 규제 대상으로 삼는 것이 절차적으로 간편하다고 볼 여지가 있다.

그러나 대형마트 개설 등록의 범위와 영업시간 제한 등의 규제의 범위를 반드시 일치시킬 필요는 없다. 오히려 영업시간 제한 등의 규제는 대규모점포 개설자 등의 영업의 자유를 제한하는 침익적 처분이므로 그 근거 규정을 엄격히 해석·적용하여야 한다. 실제로 대부분의 용역제공 장소는 대형마트 개설자가 아닌 중소기업들에 의해 임대매장의 형식으로 운영되고 있어 대형마트 개설자와는 달리 이들을 보호할 필요가 있다. 그리고 그 용역제공 장소에서 이루어지는 영업과 동종의 영업을 하고 있는 다른

상인들과 비교하여 보더라도, 대형마트에서 영업을 하고 있다는 이유만으로 그 영업 시간을 제한하고 휴업을 의무화함으로써 차별적인 처우를 하는 것은 불합리하며 형평에도 어긋난다.

이러한 사정들을 위에서 본 구 유통산업발전법상 규제의 취지 등과 함께 종합하여 보면, 규제의 근거인 이 사건 조항은 그 규제의 목적을 달성하는 데에 필요한 최소한의 범위로 제한하여 해석·적용함이 바람직하며, 따라서 이 사건 조항에 따른 영업시간 제한 등 규제의 대상은 대형마트 중에서 그 규제 목적과 직접적으로 관련된 '상품 판매 장소'만으로 제한하는 것이 합리적이며, 영업의 자유 및 평등권을 보장하고 있는 헌법 정신에도 부합된다.

(4) 다만, 대형마트의 구조나 점포 배치 등에 따라서는 대형마트 유지·관리상의 효용의 측면에서 대형마트로 등록된 점포에 대한 일괄 관리가 필요하고 상품판매 장소와 용역제공 장소의 구분 관리가 쉽지 않다는 점에서, 상품판매 장소의 휴업에 따라 용역제공 장소도 함께 휴업할 필요성이 있을 수 있다.

그렇지만, 앞에서 본 것과 같이 대형마트에 해당하려면 용역제공 장소를 제외한 상품판매 장소의 면적이 3,000㎡이어야 하므로 상품판매 장소와 용역제공 장소는 명확히 구분되어야 한다. 유통산업발전법 시행규칙에 의하면 '대형마트 개설 등록 신청서'에는 '매장면적'을 '판매 면적'과 '용역제공 면적'으로 구분하여 기재하여야 하며, '대규모점포 등 개설(변경)등록관리대장'에도 '매장면적'을 '도·소매 면적'과 '용역 면적'으로 구분하여 등록함으로써 상품판매 장소와 용역제공 장소를 구분하여 관리하고 있으므로, 현실적인 유지·관리상의 효용이나 필요성만을 가지고 성질이 다른 매장을 동일하게 취급할 수 없다.

그뿐 아니라 규제 대상인 상품판매 장소의 휴업과 더불어 그 영업을 지원하는 용역 제공 장소까지 함께 휴업할 것인지 여부는 대형마트 개설자 또는 그 점포 운영자가 개별 대형마트의 구체적인 유지·관리 상황 및 경제적 효용성 등을 고려하여 스스로 판단하여 정할 것이므로 자율적인 선택에 맡기면 충분하며, 현실적인 유지·관리상의 효용 측면만을 이유로 규제 목적과 직접 관련이 없는 용역제공 장소의 영업까지 무조건 금지하도록 하는 것은 구 유통산업발전법이 정한 규제의 허용범위를 벗어난다.

(5) 위에서 살펴본 이 사건 조항을 비롯한 구 유통산업발전법령의 내용, 대형마트 매장의 구성 및 상품판매 장소와 용역제공 장소의 구분, 대형마트에 대한 영업시간 제한 등 규제의 목적, 영업의 자유에 대한 규제를 최소화할 필요성 등의 여러 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 조항에 따른 영업시간 제한 등 규제의 대상은 '대형마트로 등록된 대규모점포'의 매장 중 상품판매 장소라고 봄이 타당하고, 용역제공 장소에 대하여는 그 실질이 상품판매 장소에 해당하는 경우 등과 같이 이를 상품판매 장소와 마찬가지로 규제하여야 할 정당한 이유가 있는 경우가 아니라면, 원칙적으로 그 규제의 대상에 포함되지 아니한다고 해석함이 타당하다.

따라서 행정청이 이 사건 조항에 따라 상품판매 장소와 함께 용역제공 장소까지 영업시간 제한 등 규제의 대상으로 삼았다면, 이를 정당화할 특별한 사정이 없는 한, 이러한 처분은 규제의 대상 내지 그 재량의 범위를 벗어나는 것으로서 위법하다고 보아야 한다.

그리고 이처럼 대형마트의 매장 중 상품판매 장소와 용역제공 장소가 구분되는 이상 그에 대한 규제는 서로 가분적인 성격을 갖는다고 할 것이므로, 대형마트에 대한 영업시간 제한 등의 처분에 관한 위법성 및 취소 여부도 상품판매 장소와 용역제공 장소로

나누어 살펴야 한다.

나. 원심판결 이유에 의하면, 피고들은 이 사건 각 처분을 하면서 별도의 유보사항 없이 이 사건 대규모점포 전체를 규제 대상으로 삼아 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 규제를 한 사실, 그런데 이 사건 대규모점포의 매장으로는 상품판매 장소 외에 병원, 미용실, 사진관, 식당 등 상품판매 장소의 영업을 지원하기 위한 성격의 이 사건 용역제공 장소가 포함되어 있는 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 용역제공 장소는 상품 판매 장소와 함께 규제하여야 할 특별한 사정이 없는 한 이를 규제 대상으로 삼을 수 없으므로, 이 사건 각 처분이 이러한 사정들을 제대로 고려하지 아니하고 이 사건 용역제공 장소를 규제 대상으로 삼은 부분은 위법하며, 이 부분은 분리하여 취소되어야 한다.

다. 따라서 이 사건 각 처분이 이 사건 용역제공 장소까지 규제 대상으로 삼은 것이 위법하다는 원심의 판단은 이와 같은 취지로서 수긍할 수 있으나, 이 사건 각 처분이 각 대규모점포 매장 전체를 단일한 규제 대상으로 삼은 불가분의 처분임을 전제로 하여 위 사유만으로도 이 사건 용역제공 장소를 넘어서서 상품판매 장소에 대하여도 이 사건 각 처분이 취소되어야 한다고 판단한 것은 잘못이다.

한편, 이 사건 각 처분의 절차상 하자 여부에 관하여 다수의견은, 이 사건 용역제공 장소를 비롯한 임대매장이 함께 규제의 대상이 됨을 전제로, 전체 매장에 대하여 대규모점포 개설자만이 처분상대방이 되므로 임대매장의 임차인들에 대하여 별도의 의견청취 등 절차를 거칠 필요가 없다는 이유로 이 사건 각 처분에 절차상 하자가 없다고 판단하였다. 그런데 위와 같이 이 사건 용역제공 장소는 나머지 부분과 달리 애초에 영

업시간 제한 등 규제의 대상에 해당하지 아니하므로, 처분상대방이 아닌 이 사건 용역 제공 장소의 임차인들에 대하여는 의견청취 등의 절차를 거칠 이유가 없다. 이러한 점에서 다수의견과 이유는 일부 다르나, 이 사건 각 처분에 이 사건 용역제공 장소의 임차인들에 대한 의견청취 등의 절차를 거치지 아니한 절차상 하자가 있다는 원심의 판단은 잘못임을 함께 밝혀둔다.

그러므로 원심의 판단 중 이 사건 용역제공 장소 부분에 관하여 이 사건 각 처분이 취소되어야 한다는 부분은 판결에 영향을 미친 위법이 없어 그 부분에 대한 상고는 기각되어야 할 것이고, 한편 이 사건 각 처분 중 상품판매 장소 부분에 관하여는 다수의 견과 같이 이 사건 각 처분이 적법함에도 원심이 이를 취소함으로써 판결에 영향을 미쳤다 할 것이므로 그 부분에 한하여 일부 파기 환송함이 옳다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 찬성할 수 없음을 밝힌다.

7. 이 사건 용역제공 장소 부분과 관련하여 이 사건 각 처분에 처분 대상을 오인한 위법이 있는지 여부에 관한 다수의견에 대한 대법관 김창석, 대법관 박상옥의 보충의견

가. (1) 이 사건 조항은 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 규제 대상을 '대형마트로 등록된 대규모점포'라고 규정하고 있고, 구 유통산업발전법 제2조는 대규모점포를 구성하는 '매장'을 '상품의 판매와 이를 지원하는 용역의 제공에 직접 사용되는 장소'라고 정의하면서(제2호), 대규모점포의 요건으로 '하나 또는 대통령령으로 정하는 둘 이상의 연접되어 있는 건물 안에 하나 또는 여러 개로 나누어 설치되는 매장일 것', '상시 운영되는 매장일 것', '매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상일 것'을 요구하고 있다(제3호 각 목).

구 유통산업발전법령이 상품판매 장소와 용역제공 장소 모두를 매장에 포함시켜 그

러한 매장의 구조, 성격, 면적 등을 기준으로 대규모점포의 요건을 정하도록 하면서, 이 사건 조항에서 규제 대상은 '대형마트로 등록된 대규모점포'라고만 규정하고 있을 뿐 어떠한 유보나 제한도 명시하지 않은 이상, 대형마트를 구성하는 전체 매장, 즉 상품판매 장소와 용역제공 장소 모두가 이 사건 조항에 따른 원칙적인 규제 대상이 된다고 보는 것이 문언의 자연스러운 해석에 들어맞는다.

또한, 구 유통산업발전법 제8조에 따라 상품판매 장소와 용역제공 장소를 포함한 대규모점포의 전체 매장에 대하여 이루어지는 '개설 등록'은, 그에 따라 대규모점포 개설자와 관련 점포의 영업주에게 대규모점포 내 매장을 운영할 수 있는 지위를 부여하는 것으로서 일정한 범위의 물적 시설의 객관적 사정을 기준으로 한 대물적 처분에 해당한다. 그런데 이 사건 조항에 따라 이루어지는 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정의 규제는 위와 같은 개설 등록의 효력을 일부 제한하는 성격을 갖는다는 점에서 서로 동전의 양면과 같은 관계라 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 이 사건 조항에 따른 규제 대상의 범위는 개설 등록의 효력 범위와 일치시키는 것이 구 유통산업발전법령의 체계나 논리에도 부합한다.

(2) 한편, 반대의견은 구 유통산업발전법 시행령에서 대형마트를 '용역제공 장소를 제외한 매장면적의 합계가 3,000㎡ 이상인 점포의 집단으로서 식품·가전 및 생활용품을 중심으로 점원의 도움 없이 소비자에게 소매하는 점포의 집단'이라고 정의하고 있으므로, 용역제공 장소의 유무나 그 면적은 이 사건 조항의 규제를 받는지 여부에 아무런 영향을 미치지 못한다는 점을 이 사건 조항을 제한 해석하는 주된 근거로 들고 있다.

그러나 위 시행령 규정이 대형마트 이외의 다른 대규모점포 유형인 전문점, 백화점,

쇼핑센터, 복합쇼핑몰 등에 대하여도 마찬가지로 '용역제공 장소를 제외한 매장면적' 즉 상품판매 장소만을 기준으로 정의하고 있는 것을 보면, 대규모점포의 유형을 구분 짓는 주된 시설은 상품판매 장소이지 용역제공 장소에 따라 차별화될 것이 없으므로, 그 성격이나 특징을 기준으로 각 대규모점포 유형 해당 여부를 살핀다는 의미에 불과할 뿐 이 사건 조항에 따른 규제를 염두에 둔 것으로는 보이지 않는다. 그러한 점에서 반대의견과 같이 위 시행령의 규정 내용을 이 사건 조항에 따른 규제 대상의 제한 근거로까지 연결시키는 것은 그 규정 취지를 제대로 고려하지 않은 무리한 해석이다.

나아가 반대의견은 개정 유통산업발전법(2013. 1. 23. 법률 제11626호로 개정된 것) 제12조의2에 따라 대형마트로 등록되지 않았으나 다른 대규모점포의 일부로서 대형마트의 실질을 갖춘 '대형마트 요건 해당 점포'의 경우 그 대규모점포의 용역제공 장소는 이 사건 조항에 의한 규제 대상이 될 수 없으므로, 대형마트 내 용역제공 장소가 규제 대상에 포함된다고 볼 경우 형평에 어긋난다는 점을 근거로 들고 있다.

그러나 기본적으로 위 개정 조항은 이 사건 조항에 의할 경우 발생하는 '대형마트 요건 해당 점포'에 대한 규제의 공백을 메우기 위해 그 규제 범위를 보다 확대하는 취지의 개정이라는 점에서 이 사건 조항의 제한 해석의 근거로는 적당하지 아니하다. 더욱이 복합쇼핑몰 등 다른 유형의 대규모점포 내에 '대형마트 요건 해당 점포'가 포함되어 있는 경우, 그러한 대규모점포에 설치된 용역제공 장소는 규제 대상인 '대형마트 요건 해당 점포' 외 나머지 상품판매 장소의 영업을 지원하는 성격도 여전히 갖는다는 점에서 '대형마트로 등록된 대규모점포' 내에 설치된 용역제공 장소와는 그 규제의 필요성에 차이가 있으므로, 이를 달리 취급하더라도 불합리한 것이 아니다.

(3) 이상과 같은 점에서 반대의견이 들고 있는 유통산업발전법령의 문언상 근거를

모두 모아 보더라도, 이 사건 조항의 규제 대상인 '대형마트로 등록된 대규모점포'를 그 구성 부분 중 '상품판매 장소'만으로 한정하는 것은 문언의 정당한 해석의 범위를 벗어난 제한·축소 해석이라고 볼 수밖에 없다. 나아가 반대의견이 근거로 들고 있는 '침익적 처분규정의 엄격해석의 원칙'은, 침익적 처분의 근거인 행정법규의 문언을 처분상대방에게 불리하도록 부당하게 유추·확장 해석하는 것을 제한하는 법리일 뿐, 이 사건 조항과 같이 문언상 아무런 유보가 없는 규정의 제한·축소 해석의 합당한 근거가 되지는 못한다.

나. (1) 그렇다면, 결국 '구 유통산업발전법상 규제의 취지·목적'이나 '용역제공 장소업주의 영업의 자유 등에 대한 침해를 최소화할 필요성'에 따른 목적론적 해석을 통하여서만 반대의견과 같은 결론에 이를 수 있다고 보인다.

그런데 여기서 앞서 본 바와 같은 문언의 가능한 의미에 따른 해석이, 규범의 수범자인 이해당사자들에게 현저히 불합리한 결과를 낳거나 구체적 타당성에 어긋나는 경우에는 법질서 전체의 이념, 처분 근거법규의 기능과 목적 등 여러 요소를 모두 고려하여 통상의 문언상 의미보다 한정적으로 해석하는 것이 가능할 것이다. 그러므로 이 사건에서 문언의 가능한 의미에 따른 위와 같은 해석이 현저히 불합리하거나 구체적 타당성에 반하여 반대의견과 같이 목적론적 축소해석을 하여야 하는 경우에 해당하는지에 관하여 본다.

(2) 구 유통산업발전법은 용역제공 장소를 상품판매 장소의营业을 '지원'하는 용역에 제공되는 장소라고 정의하고 있으므로, 용역제공 장소는 본질적으로 대규모점포의 주된 매장인 상품판매 장소의 보조적·부속적 시설임을 전제로 한 것이다. 앞서 본 바와 같이 구 유통산업발전법령은 대규모점포의 개설 등록에 따라 그 용역제공 장소에

해당하는 부분의 각종 인허가 등도 한꺼번에 의제되도록 하고 있는데, 만약 용역제공 장소 부분을 상품판매 장소의 영업과 무관하게 독립적으로 운영하고자 한다면 대규모 점포의 일부로 개설 등록할 것이 아니라 별도 시설로 설치하여 인허가를 받으면 될 일이다.

이처럼 용역제공 장소의 존재 의의가 상품판매 장소의 영업을 지원하고 편의를 증대하는 데에 있는 이상, 주된 매장인 상품판매 장소가 이 사건 조항에 따른 규제를 받아 영업을 하지 못하게 되는 상황에서 그 부속시설인 용역제공 장소만이 규제에서 벗어나 독립적으로 영업하도록 한다는 것은 법이 의도한 본래의 규제 모습과 동떨어진 것일 뿐 아니라 논리적으로도 매우 부자연스러운 일이다.

(3) 더욱이 실제 소비자의 입장에서는 상품판매 장소의 휴업일에 굳이 용역제공 장소만을 이용하기 위해 대형마트를 찾을 가능성이 크지 않고, 반대로 용역제공 장소 업주의 입장에서도 상품판매 장소의 휴업일에 따로 영업할 실익이 크지 않다. 나아가 구조적으로 상품판매 장소와 완전히 분리되기 어려운 용역제공 장소의 특성상, 그 영업만을 위해 주차장, 엘리베이터, 냉난방시설, 전기시설 등 대규모점포의 각종 설비를 그대로 가동하도록 하는 것은 사회경제적 효용에도 크게 반한다. 구 유통산업발전법이 앞서 본 바와 같이 상품판매 장소와 용역제공 장소를 일체로서 개설 등록하도록 하고 그 전체에 대하여 대규모점포 개설자에게 포괄적인 유지·관리 권한을 부여한 것은, 이러한 대규모점포의 '관리의 일체성' 측면을 중히 여긴 결과로 보아야 하는데, 반대의견에 따른다면 이러한 입법 취지가 완전히 몰각되므로 이 점에서도 반대의견은 설득력이 떨어진다.

결국 대형마트의 부속시설인 용역제공 장소의 업주들은, 위와 같은 '관리의 일체성'

을 전제로 대규모점포에 입점한 자로서 상품판매 장소가 창출하는 '집객(集客) 효과'라는 이익을 함께 누리게 되므로, 그 반대급부로서 대규모점포 전체에 가해지는 법령상 규제라는 불이익도 자신의 영업의 자유의 본질적 내용이 침해되지 않는 한도에서 함께 감수·용인할 의무가 있다고 보는 것이 부당하지 않다. 그러한 점에서 이들은 인근의 다른 동종 업자와는 그 처한 상황이 분명히 다르므로, 달리 취급하는 것이 평등의 원칙에 어긋난다고 볼 수도 없다.

나아가 용역제공 장소에 일반적으로 설치되는 시설의 내용과 성격(병원, 사진관, 서점, 식당 등)에 비추어, 오전 0시부터 오전 8시까지 사이의 심야 영업을 필요한 경우를 상정하기 어렵고, 단지 월 2일의 의무휴업일을 지정하는 것만으로 업주의 영업의 자유의 본질적 내용이 침해되었다고 보기도 어렵다.

(4) 이상과 같은 여러 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 조항을 반대의견과 같이 목적론적으로 제한·축소 해석하지 않으면 안 될 불합리나 모순이 있다고 보기는 어려우므로, 결국 반대의견은 어느 모로 보나 합리적인 법률해석의 범위를 일탈하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

다. 다만, 대규모점포 중 용역제공 장소에 설치될 수 있는 시설은 매우 다양하고 대규모점포가 입점한 건물의 구조나 개별 점포의 배치 상황 등도 서로 다를 수 있으므로, 대규모점포에 대한 영업규제의 효력이 용역제공 장소에 일률적으로 미친다고 보는 것이 불합리한 예외적인 경우가 있을 수도 있다.

그러나 행정청은 기본적으로 이 사건 조항에 따른 규제 여부의 결정이나 규제수단의 선택에 재량을 가지므로, 개별 대규모점포의 특성에 따라 해당 대규모점포 중 어느 범위까지를 규제의 대상으로 삼을 것인지의 재량도 함께 가진다고 보아야 한다. 따라서

대규모점포 내 용역제공 장소의 구조적 가분성(상품판매 장소와 용역제공 장소가 그 층별 구분을 아예 달리하거나 별도의 주차장, 출입구, 전용 엘리베이터 등을 사용하고 있는 등의 경우) 및 기능적 독립성(평상시에는 상품판매 장소의 영업을 주로 지원하게 되지만 예외적으로 상품판매 장소의 영업과 관계없이 영업할 필요도 있는 경우)이 인정되는 등의 특별한 사정이 있는 경우, 행정청이 구체적 처분을 함에 있어서 특정 용역제공 장소를 규제 범위에서 제외하는 등으로 규제 대상을 선별하는 것이 가능하다.

그러므로 위와 같은 특별한 사정이 있는 경우, 행정청이 규제 재량권을 합리적으로 행사하지 않은 채 점포 전체를 일률적으로 규제하였다면, 이러한 재량권의 행사는 비례원칙 위반 등으로 재량권 일탈·남용에 해당하여 위법하다고 보면 된다(그런데 기록상 이 사건 용역제공 장소의 경우, 위와 같은 특별한 사정이 있다고 볼 만한 자료가 없다). 그러한 점에서 다수의견에 의할 때, 실질에 맞는 합리적 재량 행사의 여지가 차단된 채 용역제공 장소가 일률적으로 규제 대상에서 배제됨으로 인해 규제의 근간이 훼손되는 일이 없이, 반대의견이 우려하는 과잉규제의 문제를 보다 적절히 해결할 수 있다고 판단된다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝혀 둔다.

재판장	대법원장	양승태
	대법관	이인복

대법관 이상훈

대법관 김용덕

대법관 박보영

대법관 고영한

주 심 대법관 김창석

대법관 김 신

대법관 김소영

대법관 조희대

대법관 권순일

대법관 박상욱

대법관 이기택