

# 서울 행정 법 원

## 제 1 부

### 결 정

- 사        건        2012아1234    집행정지
- 신    청    인
1. 롯데쇼핑 주식회사  
서울 중구 소공동 1  
대표이사 이철우
  2. 주식회사 이마트  
서울 성동구 성수동2가 333-16  
대표이사 최병렬
  3. 주식회사 에브리데이리테일  
서울 성동구 성수동 14-17  
대표이사 심재일
  4. 주식회사 지에스리테일  
서울 영등포구 문래동6가 10  
대표이사 허승조
  5. 홈플러스 주식회사  
서울 강남구 역삼동 701-2  
공동대표이사 이승한, 설도원
- 원고들 소송대리인 법무법인 (유한)태평양

담당변호사 한위수, 김종필, 오금석, 오정민, 전인환

피 신 청 인

서울특별시 강동구청장

소송대리인 법무법인 단천

담당변호사 김길찬

소송수행자 김갑인, 이소연

## 주 문

이 사건 신청을 기각한다.

## 신 청 취 지

피신청인이 2012. 3. 26. 신청인들에게 한 영업시간 제한 및 의무휴업일 지정처분은 신청인과 피신청인 사이의 서울행정법원 2012구합11676호 영업시간제한등처분취소청구 사건의 판결 선고시까지 그 효력을 정지한다.

## 이 유

1. 행정처분의 효력정지를 신청하기 위해서는 본안소송이 적법하게 계속 중이어야 한다 (행정소송법 제23조 제2항). 피신청인은 이 사건과 관련하여 신청인들에게 조례의 시행을 통지한 것에 불과하여 행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 처분이 존재하지 않는다고 주장함으로써 결국 본안소송의 소송요건이 갖추어져 있지 않은 이 사건 효력정지 신청은 부적법하다는 취지로 주장하나, 유통산업발전법 및 서울특별시 강동구 유통기업상생발전 및 전통산업보존지역 지정 등에 관한 조례의 내용상 구청장인 피신청인이 대

규모점포 등에 대하여 영업시간 제한이나 의무휴업을 명하게 되는 것이고, 위 법 및 조례가 직접 피신청인들에 대하여 영업시간 제한이나 의무휴업을 해야할 의무를 부과하고 있지는 않으므로 피신청인이 신청인들에게 조례가 시행될 것임을 통지하였다고 하더라도 이는 영업시간 제한이나 의무휴업을 명하는 행위로서 처분성이 인정된다고 할 것이어서 이에 대한 피신청인의 주장은 이유 없다.

2. 또한 행정처분의 효력정지가 허용되기 위해서는, 당해 처분의 효력이 유지됨으로 인하여 신청인에게 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있어야 하고(행정소송법 제23조 제2항), 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없어야 한다(행정소송법 제23조 제3항). 여기에서 '회복하기 어려운 손해'라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 이는 금전보상이 불능인 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 일컫는다 할 것이고, '처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요'가 있는지 여부는 처분의 성질과 태양 및 내용, 처분상대방이 입는 손해의 성질·내용 및 정도, 원상회복·금전배상의 방법 및 난이 등은 물론 본안 청구의 승소가능성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2004. 5. 12.자 2003무41 결정 등 참조). 또한 '공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것'을 효력정지의 요건으로 하고 있는 취지는 집행정지 여부를 결정함에 있어서 신청인의 손해뿐만 아니라 공공복리에 미칠 영향을 아울러 고려하여야 한다는데 있고, 따라서 공공복리에 미칠 영향이 중대한지의 여부는 절대적 기준에 의하여 판단할 것이 아니라, 신청인의 '회복하기 어려운 손해'와 '공공복리'

양자를 비교·교량하여, 전자를 희생하더라도 후자를 옹호하여야 할 필요가 있는지 여부에 따라 상대적·개별적으로 판단되어야 한다(대법원 2001. 2. 28. 자 2000무45 결정 등 참조).

3. 위와 같은 법리 및 이 사건 기록에 따라 피신청인의 처분에 대한 효력정지의 요건이 충족되는지에 관하여 보건대, ① 신청인들은 위 처분에 따라 평일 오전 0시부터 오전 8시까지 영업을 할 수 없고, 매월 둘째주 및 넷째주 일요일을 의무적으로 휴업해야 함에 따라 매출이 감소하게 되는 손해를 입게 될 것인데, 그와 같은 신청인들의 손해는 설령 이 사건 처분이 취소된다고 하더라도 국가배상 또는 손실보상으로 전보받기가 사실상 곤란하다는 점에서 '회복하기 어려운 손해'라고 볼 여지가 많으나, 한편, 신청인들은 휴무일 전후 할인판매, 포인트 적립우대, 배송시간 연장 등의 여러 가지 다른 조치들을 취함으로써 위와 같은 영업시간 감소로 인한 손해를 상당 부분 만회할 수 있다고 보이는 점, 위 처분에 따라 신청인들의 영업시간이 감소한다고 하여 그에 정확하게 비례하여 매출의 감소가 발생하지는 않을 것으로 보이는 점(휴무일 등을 피해 대규모점포 등을 계속하여 이용하려는 소비자의 수가 상당할 것으로 보이므로), 위와 같은 사정을 고려하여 볼 때 신청인들의 매출 손실이 경영전반에 미치는 파급효과가 커서 신청인들의 전체 자금사정이나 사업에 중대한 영향을 미칠 가능성이 있다고 보이지는 않는 점 등에 비추어 '회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요'가 있다고 단정하기 어렵고, ② 현재 대형마트 및 기업형 슈퍼마켓의 확장으로 인해 대부분의 중소유통·판매업체의 매출 및 순이익이 해가 거듭될수록 줄고 있고(소을 제6호증), 자본력의 차이로 인해 중소유통업체 및 전통시장이 대형마트 및 기업형 슈퍼마켓과의 대등한 경쟁이 사실상 어려워진 상황에서 이들의 보호를

위한 정책의 일환으로 유통산업발전법이 개정된 점, 현재까지 별다른 제한 없이 이루어져 왔던 대형마트 및 기업형 슈퍼마켓의 운영을 계속하여 보장하게 될 경우 위와 같은 문제점은 더욱 심화될 것이라고 보이는 점, 위 처분으로 인해 실질적으로 강동구 내 중소유통업체나 전통시장의 매출이 의미있는 수준으로 신장할 수 있을지는 단정할 수 없으나, 그와 같은 결과를 이끌어내는 데 있어 도움이 될 것이라고 보이는 점, 앞에서 본 바와 같이 위 처분으로 인해 신청인들이 입는 매출 손실이 아주 크다고 볼 수 없는 반면, 유통기업의 상생발전이라는 공익은 매우 크다고 보이는 점 등에 비추어 보면 위 처분에 대한 효력정지를 인용할 경우 중소유통업체 및 전통시장의 유지 및 발전을 통한 유통기업의 상생발전이라는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 보이므로 효력정지의 요건이 충족되었다고 볼 수 없다.

4. 그렇다면, 이 사건 신청은 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2012. 4. 27.

재판장            판사            오석준

                         판사            김종민

                         판사            김태훈