

## 생계형 적합업종제도의 지정절차에 관한 논의

이제희\*

### 【목 차】

I. 서론	III. 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정절차의 법적 쟁점 논의
II. 생계형 적합업종제도의 검토	1. 논의 경과
1. 소상공인 보호 법제	2. 지정절차에 대한 검토
2. 생계형 적합업종제도의 목적	3. 대·중소기업간 상생협약 추진
3. 생계형 적합업종의 지정절차	IV. 결론
4. 생계형 적합업종의 지정효과	
5. 중소기업 적합업종제도와와의 관계	

### 【국 문 요 약】

생계형 적합업종제도는 소상공인의 생계와 밀접한 업종을 지정해 대기업의 참여를 제한함으로써 소상공인의 사업영역을 보호한다. 생계형 적합업종제도는 중소기업 적합업종제도와 명칭이 유사하고, 대기업의 시장진입을 제한한다는 공통점으로 인해 유사한 제도로 인식된다. 그러나 생계형 적합업종제도에 따라 정부는 생계형 적합업종을 직접 지정하고, 법률로 대기업의 참여는 금지된다. 반면 중소기업 적합업종제도에 있어 대·중소기업간 합의로 대기업의 참여가 제한된다는 점이 근본적으로 다르다.

생계형 적합업종제도의 지정은 소상공인단체의 동반성장위원회에 대한 추천 신청, 동반성장위원회의 추천, 생계형 적합업종 심의위원회의 심의·의결, 중소벤처기업부장관의 지정·고시 순으로 이루어진다. 법령의 문리해석상 동반성장위원회의 추천은 임의적 요건에 해당한다. 만일 동반성장위원회의 추천을 필수 요건으로 이해한다면 동반성장위원회가 생계형 적합업종 지정에 있어 사전 심의기구로 역할하게 된다. 생계형 적합업종

\* 조선대학교 법학과 조교수, 법학박사.

심의위원회가 동반성장위원회의 의견에 구속되지 않는 점도 동반성장위원회의 추천 성격을 분명히 보여준다. 중소벤처기업부장관은 동반성장위원회의 추천 여부와 관계없이 행정청의 응답의무에 따라 소상공인단체의 생계형 적합업종신청에 대해 판단해야 한다. 「생계형 적합업종법」에서 동반성장위원회의 추천이 있는 경우에 대해서만 처리기간을 규정하고 있지만 동반성장위원회의 추천이 없는 경우에도 「행정절차법」 등의 취지를 고려해 정당한 기간 내에 검토되어야 한다.

소상공인단체는 중고차 판매업을 생계형 적합업종으로 지정할 것을 2019년 신청하였지만 정부는 이에 대한 판단을 미루고, 상생협약 논의를 추진하였다. 대·중소기업간 합의에 의해 중소기업 적합업종으로 보호된 중고차 판매업을 다시 상생협약으로 추진하는 것은 중소기업 적합업종의 보호기간을 제한한 취지를 훼손하는 것이다. 법률에서 정부가 직접 생계형 적합업종을 지정하도록 한 규정한 것은 대기업, 소상공인은 물론 소비자의 이익도 고려하도록 한 목적인 만큼 소비자가 참여하지 못한 상생협력 논의는 한계를 갖는다. 생계형 적합업종 지정 논의가 절차적 정당성을 갖추지 못한다면 결과의 정당성도 담보할 수 없다는 점에서 정부는 생계형 적합업종 지정 여부를 법령에 따라 판단해야 한다.

## I. 서론

소상공인의 사업영역을 보호하기 위해 2018년 「소상공인 생계형 적합업종 지정에 관한 특별법」(이하 생계형 적합업종법)의 제정으로 생계형 적합업종제도가 도입되었다. 생계형 적합업종제도는 소상공인의 생계와 밀접한 업종을 지정해 대기업의 참여를 제한함으로써 자영업자가 안정적인 생활을 누리도록 하는데 목적이 있다. 생계형 적합업종제도는 중소기업 적합업종제도와 명칭의 유사성은 물론 대기업의 시장진입을 제한한다는 공통점으로 인해 중소기업 적합업종제도와 유사한 제도로 인식된다. 중소기업 적합업종제도 도입 당시, 제도 도입의 찬반 논의가 활발히 이루어진 것과 달리 생계형 적합업종제도의 도입에 대한 사회적 관심이

상대적으로 적었던 것은 양 제도의 유사성 때문으로 보인다. 또한 중소기업 적합업종의 지정기간 만료 시, 생계형 적합업종의 지정을 통해 해당 업종이 계속 보호될 수 있다는 점에서 생계형 적합업종제도는 중소기업 적합업종제도의 연장으로 여겨진다.

생계형 적합업종제도에 대한 관심은 중고차 판매업의 지정 여부를 계기로 높아졌다. 2019년 기준, 신차 거래는 178만대인 반면 중고차 거래는 370만대(사업자 거래 233만대, 개인간 거래 137만대)이며<sup>1)</sup> 시장규모는 20조원으로 추산된다.<sup>2)</sup> 생계형 적합업종으로 서점업, 자동판매기 운영업, 두부, 장류 제조업(`19년), 국수·냉면 제조업(`20년), 떡국떡·떡볶이떡 제조업(`21년) 등이 지정되었지만 중고차 판매업은 이들 업종보다 시장규모 및 건별 거래금액이 월등히 크다. 이로 인해 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정 여부는 생계형 적합업종제도가 확장될 수 있는지에 대한 가능성이 될 수 있다. 중고차업계 등 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정을 주장하는 측은 소비자가 대기업으로 쏠리며 결국 영세 판매업자가 시장에서 퇴출될 것을 우려한다. 반면 완성차업계 등 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정을 반대하는 측은 중고차 시장에 대한 소비자의 신뢰가 무너진 상황에서 새로운 플레이어가 필요하다고 주장한다.<sup>3)</sup>

본고의 연구대상은 중고차 판매업의 지정 여부가 아닌 지정 절차이다. 「생계형 적합업종법」에 따른 생계형 적합업종의 지정 절차는 ① 소상공인단체의 신청, ② 동반성장위원회의 추천, ③ 중소벤처기업부장관 소속 생계형 적합업종 심의위원회의 심의·의결, ④ 중소벤처기업부장관의 지정·고시 순으로 이루어진다. 2019년 2월 중고차 판매단체(전국자동차매매사업조합연합회)가 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정 신청을 하였지만 정부는 지정 여부에 대한 결정을 미룬 채, 대기업과 중고차 업

1) 양재완, “중고차 내수시장의 현황과 과제”, 한국자동차연구원, 2020년, 2면.

2) 한국일보, 2021년 9월 10일자, 대기업 중고차시장 진출 합의 무산… “공은 다시 중기부로”.

3) 소비자보호원은 2019년 중고차의 성능상태 점검내용과 실제 차량상태가 다른 피해가 많으며 ‘소비자 피해예방주의보’를 발령하였다. 2016년 6월부터 2019년 6월까지 소비자보호원에 접수된 중고차 관련 소비자 피해구제 신청은 793건이며, 신청사유는 ① 성능상태 점검내용과 차량상태가 다른 경우(79.7%), ② 체세공과금 미정산(4.3%), ③ 계약금 환급 지연·거절(2.1%) 순이다 (소비자보호원 보도자료, 2019년 8월 12일자, 중고차 - 성능상태 점검내용과 실제 차량상태가 다른 피해 많아).

계간 상생협약을 추진하였다. 코로나19로 인해 소상공인이 어려움을 겪는 상황에서 타 업종에도 생계형 적합업종 지정 여부가 지속적으로 논의될 것으로 예상되는 만큼 생계형 적합업종제도의 지정절차에 대한 검토가 필요한 시점이다. 이하에서는 생계형 적합업종제도와 중소기업 적합업종제도의 비교를 통해 생계형 적합업종제도의 특징을 살펴보고, 최근 논의되는 중고차 판매업을 중심으로 생계형 적합업종제도의 지정절차를 법적 측면에서 검토하였다.

## II. 생계형 적합업종제도의 검토

### 1. 소상공인 보호 법제

대기업에 비해 경제적 열위에 있는 중소기업의 보호·육성은 국가의 헌법상 의무이다(헌법 제123조 제3항). 중소기업이 국가 경제에서 차지하는 비중이 상당하고, 특히 전체 고용의 82.7%(‘19년 기준)를<sup>4)</sup> 차지한다는 점에서 중소기업의 성장과 실패는 국민의 경제활동에 직접적인 영향을 미치기 때문이다. 소상공인을 포함한 중소기업의 보호를 위해 국가는 금융·세제 등의 지원책뿐만 아니라 시장에 직접 개입할 수 있다. 헌법 제119조 제2항에 따라 국가는 ① 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, ② 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, ③ 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위해 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다. 대기업의 시장참여를 제한하는 중소기업 적합업종제도 및 생계형 적합업종제도는 ‘개인의 경제적 자유에 대한 제한을 정당화할 수 있는 경제민주화’에<sup>5)</sup> 기초한다.

생계형 적합업종제도의 주된 보호대상은 소상공인이다. 소상공인의 법적 지위와 권리를 보장하고, 소상공인에 대한 통일적인 지원을 위해

4) 중소벤처기업부 웹사이트(<https://www.mss.go.kr/site/smba/foffice/ex/statDB/MainSubStat.do>, 2021년 12월 13일 방문).

5) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 결정.

「소상공인기본법」이 마련되어 있다. 「소상공인기본법」은 「소상공인 보호 및 지원에 관한 법률」, 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 등 개별법이 제정된 이후, 2020년 기본법으로 제정되었다. 「중소기업기본법」이 1966년 제정된 만큼 소상공인을 독립적인 지원·육성 대상으로 삼고, 특화된 정책을 추진할 수 있는 법적 기반을 마련하는데 오랜 시간이 걸린 것이다. 소상공인 영역을 정책의 추진의 독립된 분야로 인식하게 된 이유는 소상공인의 경영상 어려움도 있지만 중소기업의 성장도 원인으로 들 수 있다. 경제성장에 따라 중소기업의 인정 기준이 확대되며 서비스 분야의 중소기업 인정 기준은 평균 매출액 1,000억원 이하이다(「중소기업기본법」 제2조, 동법 시행령 제8조). 기업 규모의 차이로 인해 중소기업과 소상공인을 동일한 지원 대상으로 설정하는 것이 합리적이지 않은 만큼 소상공인에게 특화된 지원이 필요하게 된 것이다.

소상공인의 지원을 위해 「소상공인 보호 및 지원에 관한 법률」이 있으며, 구체적인 지원 대상에 따라 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」, 「도시형소공인 지원에 관한 특별법」 등이 있다. 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」은 소비자의 구매패턴 변화에 대응하고, 대형마트에 대한 경쟁력 확보를 위해 전통시장의 시설 현대화, 상권 활성화에 중점을 둔다. 「도시형 소공인 지원에 관한 특별법」은 기존 서비스업 중심의 소상공인 지원책에서 벗어나 제조업에 종사하는 소공인을 지원 대상으로 한다. 소상공인의 지원을 위해 대기업 등의 사업참여를 제한하는 별도의 법률이 있다. 중소기업의 사업영역에 대해 대기업 등의 참여를 제한하는 ‘중소기업 적합업종제도’의 근거법인 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」, 소상공인 보호를 위해 대기업의 참여를 제한하는 ‘생계형 적합업종제도’의 근거법인 「생계형 적합업종법」이 있다.

## 2. 생계형 적합업종제도의 목적

생계형 적합업종제도는 「생계형 적합업종법」의 제정을 통해 2018년 도입되었다. 「생계형 적합업종법」은 소상공인이 생계를 영위하기에 적합한 업종을 지정해<sup>6)</sup> 소상공인의 경영안정, 소득향상 도모, 생존권 보장

을 목적으로 한다(제1조). 생계형 적합업종제도의 보호 대상은 ‘소상공인’이며, 동법의 소상공인은 「소상공인기본법」의 개념을 차용한다. 「소상공인기본법」의 소상공인은 「중소기업기본법」의 소기업<sup>7)</sup> 중, 업종별 상시 근로자 수 기준(광업, 제조업, 건설업, 운수업은 10명 미만, 이외 업종은 5명 미만)을 충족하는 자로 정의된다(제2조 제1호). 「중소기업법」의 소기업은 매출액을 기준으로 판단된다는 점에서 매출액 요건과 상시 근로자 수 요건을 모두 충족해야 「생계형 적합업종법」의 소상공인에 해당한다. 중고차 판매업의 경우, 한국표준산업분류에 따라 도·소매업으로 분류되며 연매출액 50억원 미만 및 상시 근로자 수 5인 이하인 사업자에 한해 소상공인으로 인정된다.<sup>8)</sup>

생계형 적합업종은 “진입장벽이 낮아 다수의 소상공인이 영세한 사업형태로 그 업을 영위하고 있는 분야”로 정의된다(제2조 제3호). 생계형 적합업종제도는 소상공인의 생계 보장을 위해 설계되었다는 점에서 중소기업의 경영 안정과 대·중소기업간 합리적 역할 분담을 목적으로 하는 중소기업 적합업종제도와 성격을 달리한다(「생계형 적합업종법」 제2조 제11호). 생계형 적합업종제도, 중소기업 적합업종제도 모두 소상공인과 중소기업을 보호한다. 「생계형 적합업종법」의 취지를 고려할 때, 생계형 적합업종 여부는 소상공인이 사업체의 대부분을 차지하고, 소상공인의 생계영위를 위해 대기업의 참여를 제한하는 것이 공공의 이익에 부합하는지를 기준으로 판단해야 한다.

- 
- 6) 영세 소상공인은 가족구성원을 중심으로 사업을 운영함에 따라 소상공인의 어려움은 가계 부채 증가는 물론 실업률·저소득층의 증가로 이어진다는 점에서 소상공인의 ‘생계영위’를 보호대상 선정의 판단기준으로 삼고 있다.
- 7) 「중소기업기본법」은 중소기업 중, 업종별로 정해진 평균 매출액 이하의 기업을 소기업으로 분류한다. 소기업 인정을 위한 평균 매출액 기준은 일반 제조업 120억원, 도·소매업 및 정보통신업은 50억원, 숙박·음식점업은 10억원이다.
- 8) 「중소기업기본법」상의 중소기업으로 인정받기 위해서는 독립성 기준과 규모 기준을 모두 충족해야 한다. 독립성 기준은 대기업으로부터 대기업의 자회사, 계열사 등에 속하지 않는 대기업으로부터의 독립성을 의미한다. 규모 기준은 평균 매출액을 기준으로 중고차 매매업(업종분류 4512)은 도매 및 소매업의 하위 업종으로 평균 매출액 1,000억원 이하의 기업이 중소기업에 해당한다.

### 3. 생계형 적합업종의 지정절차

#### 가. 소상공인단체의 신청

생계형 적합업종제도의 지정은 ① 소상공인단체의 신청, ② 동반성장위원회 등의 추천, ③ 생계형 적합업종 심의위원회의 심의·의결, ④ 중소벤처기업부장관의 지정·고시 순으로 이루어진다. 생계형 적합업종의 신청자격을 가진 소상공인단체는 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(이하 상생협력법)의 중소기업자단체<sup>9)</sup> 중, 「생계형 적합업종법」 시행령에 규정된 소상공인 회원 수 및 비율 조건을 충족하는 단체이다(제2조 제2호).

「생계형 적합업종법」 시행령 논의 과정에서 생계형 적합업종을 신청할 수 있는 중소기업 단체의 인정 요건(소상공인 회원 수 및 비율 조건)이 쟁점사항이었다. 소상공인측은 신청 단체가 소상공인의 권익을 대변해야 한다는 점에서 소상공인 회원사의 비율을 높여야 한다고 주장한 반면 중소기업측은 소상공인의 영세성으로 인한 단체구성의 어려움을 고려해 중소기업 중심의 단체에게도 생계형 적합업종에 대한 신청자격을 부여해야 한다고 주장하였다.<sup>10)</sup> 「생계형 적합업종법」 시행령의 신청단체 인정 요건에서 소상공인 비율을 낮게 설정하며 중소기업계의 의견을 반영하였다.<sup>11)</sup> 소상공인연합회는 생계형 적합업종이 제2의 중소기업 적합업종으로 변질될 가능성이 높다고 비판하였다.<sup>12)</sup> 생계형 적합업종 지정 신청이 중소기업에 의해 결정되고, 중소기업 적합업종제도의 연장선으로 운영되지 않도록 신청단체의 인정 요건에서 소상공인의 비율을 높일 필요가 있다.

9) 중소기업자단체는 「중소기업협동조합법」의 중소기업협동조합과 중소벤처기업부령으로 정하는 중소기업 단체를 의미한다.

10) 아시아경제, 2018년 9월 13일자.

11) 소상공인단체 인정 기준(「상생협력법」 시행령 별표1).

중소기업자단체의 규모 (가입된 총 회원사의 수)	인정조건(소상공인 회원사의 수 또는 비율이 아래 조건 이상)	
	소상공인 회원사의 수	소상공인 회원사의 비율
10개 ~ 50개	10개	30%
51개 ~ 300개	50개	
301개 ~	300개	

12) 소상공인연합회 보도자료, 2018년 12월 10일자(소상공인 생계형 적합업종 특별법 관련 논평).

소상공인 단체가 생계형 적합업종 지정을 신청할 수 있는 요건은 ① 중소기업 적합업종으로 지정된 업종 중, 1년 이내 합의기간 만료, ② 중소기업 적합업종의 합의 도출이 신청된 업종 중, 대기업의 사업 인수·개시·확장 등으로 관련 소상공인이 피해를 입거나 입을 우려가 있는 경우, ③ 생계형 적합업종으로 지정된 업종 중, 1년 이내 지정기간이 만료되는 경우 등이다(제7조 제1항). 생계형 적합업종제도는 중소기업 적합업종 지정기간이 만료되는 업종에 대해 대기업의 진입을 제한할 수 있는 유일한 제도라는 점에서 이들 업종을 중심으로 생계형 적합업종의 지정 여부가 논의된다.<sup>13)</sup>

#### 나. 동반성장위원회의 추천

동반성장위원회는 중소기업자단체가 생계형 적합업종 지정을 위한 추천을 요청하는 경우, 신청 업종이 생계형 적합업종에 적합한지 판단해야 한다(「생계형 적합업종법」 제7조 제2항). 동반성장위원회는 검토에 앞서 중소기업자 단체의 추천 요청 사실을 공고해 동일 업종의 타 중소기업자단체의 추천을 받을 수 있으며, 해당 업종의 중소기업자단체가 복수인 경우, 대표 단체를 선정한다. 동반성장위원회의 생계형 적합업종에 대한 판단은 생계형 적합업종 지정을 위한 추천 요청을 받은 날로부터 6개월 내 이루어져야 하며 실태조사, 의견수렴 등을 위해 불가피한 경우, 3개월의 범위에서 검토기간이 연장될 수 있다(「생계형 적합업종법」 시행령 제7조 제3항).

동반성장위원회가 생계형 적합업종의 적합 여부를 판단하기 위해 해당 업종에 대한 객관적인 실태조사가 요구되지만 이를 수행하기 위한 법적 권한은 미흡하다. 동반성장위원회가 생계형 적합업종의 지정을 중소벤처기업부장관에게 추천하는 경우, 실태조사 결과를 제출해야 하지만(「생계형 적합업종법」 제7조 제2항 제1호) 실태조사를 위한 동반성장위원회의 권한은 법령에 규정되어 있지 않다. 중소기업 적합업종제도의 경우, 동반

13) 동반성장위원회에 생계형 적합업종 추천이 접수된 업종은 서적 및 잡지류 소매업, 중고 자동차판매업, 자동판매기 운영업, 화초 및 산식물 소매업, 제과점업, 가정용 가스연료 소매업 등으로 중소기업 적합업종 지정이 만료된 업종이다(동반성장위원회 웹사이트, [https://winwingrowth.or.kr/03\\_business\\_01\\_06\\_04.do](https://winwingrowth.or.kr/03_business_01_06_04.do) 2021년 12월 13일 방문).



성장위원회는 대기업과 중소기업간 자율적 합의 도출을 위해 해당 기업 및 중소기업자단체에게 필요한 자료의 제출을 요청할 수 있다(「상생협력법」 제20조의4 제2항). 또한 동반성장위원회가 동반성장지수의 산정 및 공표를 위해 행정기관, 공공기관, 기업에 관련 자료를 요청할 수 있다는 점(제20조의2 제4호)을 고려할 때, 생계형 적합업종의 적정성 검토는 제한적일 수밖에 없다.<sup>14)</sup>

동반성장위원회는 동반성장과 관련한 민간부문의 합의를 도출하고, 동반성장 문화의 조성 및 확산을 목적으로 「상생협력법」에 근거해 대·중소기업·농어업협력재단 내 설치되었다. 동반성장위원회는 법률의 범위 내에서 법 집행의 의무를 이행하기 위한 권한을 갖지만 국민에게 새로운 의무를 부과하기 위해서는 법률의 구체적인 위임이 요구된다.<sup>15)</sup> 동반성장위원회의 생계형 적합업종 추천 결정에 대한 이해 관계자의 신뢰를 높이고, 제출자료에 대한 활용성 등을 고려해 「상생협력법」과 유사한 수준으로 동반성장위원회에 조사권한이 부여되어야 한다. 동반성장위원회가 중소벤처기업부장관에게 생계형 적합업종의 지정을 추천할 경우, 실태조사 결과 및 관련 당사자·전문가의 의견을 제출해야 한다는 점에서 동반성장위원회의 조사결과가 향후 생계형 적합업종 심의위원회에서도 참고될 수 있기 때문이다.

#### 다. 심의위원회의 심의·의결 및 행정청의 지정·고시

동반성장위원회가 생계형 적합업종의 지정을 추천하면 중소벤처기업부장관 소속 생계형 적합업종 심의위원회(이하 심의위원회)에서 이를 심의·의결한다(「생계형 적합업종법」 제6조 제1항). 심의위원회의 의결에 따라 중소벤처기업부장관이 이를 지정·고시한다는 점에서 심의위원회는 의사결정 권한만을 가질 뿐 외부에 이를 표시할 수 없는 합의제 의결기관

14) 중소벤처기업부장관은 중소기업의 사업영역 보호를 위해 필요하다고 인정하는 경우, 관련 중소기업, 대기업에 자료제출을 요구하거나 소속 공무원이 해당 사업장을 방문해 조사하게 할 수 있다(「상생협력법」 제40조 제1항). 이를 근거로 동반성장위원회가 생계형 적합업종의 적합 여부를 판단하기 위한 실태조사 권한이 도출될 수 없다는 점에서 동반성장위원회의 법적 권한이 규정되어야 한다.

15) 김동희·최계영, 「행정법 I」, 박영사, 2021년, 145면.

이다.<sup>16)</sup> 심의위원회는 소상공인·중소기업·중견기업·대기업을 대변하는 단체에서 추천하는 단체별 2인, 동반성장위원회가 추천한 2인, 교수·연구원 등 관련 분야의 전문가 5인으로 구성된다(「생계형 적합업종법」 제6조 제3항 및 시행령 제3조). 심의위원회의 구성에 있어 소비자의 의견이 반영될 수 있도록 소비자단체 등의 참여를 확대할 필요가 있다.

심의위원회의 심의 객관성과 일관성 확보를 위해 심의기준을 고시에서 규정하고 있다.<sup>17)</sup> 심의기준은 고시의 형식이나 「생계형 적합업종법」에서 심의기준을 고시하도록 규정해<sup>18)</sup> 법률의 내용을 보충하는 기능을 수행하는 만큼 대외적 구속력을 갖는 법규명령(이른바 행정규칙 형식의 법규명령)에 해당한다. ‘소상공인 생계형 적합업종 지정에 관한 심의기준 고시’에 따르면<sup>19)</sup> 심의위원회는 생계형 적합업종 신청 업종이 도박·사치·향락 등 사행성, 건강 유해, 부동산 투기 등 국민 정서적으로 보호하는 것이 부적절한 경우, 심의 대상에서 제외할 수 있다. 이외 소상공인 비율이 50% 미만이거나 소상공인의 수가 현저히 적은 경우, 해당 업종을 심의 대상에서 제외할 수 있다(심의기준 고시 II. 2).

16) 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2021년, 927면.

17) 심의의 공정성을 확보하기 위해 심의절차도 규정되어야 한다. 「생계형 적합업종법」 시행령에서 위원의 해촉(제4조), 위원의 기피(제5조), 심의위원회의 운영(제6조)에 대해 규정하고 있지만 ‘심의위원회의 운영’과 관련해 위원장의 역할, 회의소집 요건 및 의결요건, 회의록의 공개 여부, 경비 지급 등이 규정되어 있을 뿐이다.

18) 중소벤처기업부장관은 신청 업종 내 사업체 규모 및 소득의 영세성, 안정적 보호 필요성, 산업경쟁력 및 소비자 후생에 미치는 영향 등을 고려해 심의기준을 고시해야 한다(「생계형 적합업종법」 제7조 제4항).

19) 심의위원회에서 생계형 적합업종 지정에 있어 고려해야 할 사항은 다음과 같다(소상공인 생계형 적합업종 지정에 관한 심의기준 고시 II. 4).

- (1) 「사업체의 규모 및 소득의 영세성」 : 심의대상 업종이 다수의 소상공인에 의해 소규모의 영세한 사업의 형태로 영위되고 있는 정도
- (2) 「안정적 보호 필요성」 : 대기업등이 심의대상 업종의 사업을 인수·개시 또는 확장하는 경우 소상공인의 영업활동이 위축되거나 위축될 우려가 있어, 소상공인들이 심의대상 업종의 사업을 안정적으로 영위할 수 있도록 보호할 필요가 있는 정도
- (3) 「산업 경쟁력 영향」 : 심의대상 업종을 생계형 적합업종으로 지정하는 경우 심의대상 업종 및 연관 산업의 생태계, 관련 기업의 대내외 경쟁력 등에 부정적 영향을 미치는지 여부 및 그 영향의 정도와 범위
- (4) 「소비자 후생 영향」 : 심의대상 업종을 생계형 적합업종으로 지정하는 경우 해당 업종·품목의 재화 및 용역에 대한 접근성, 신뢰성 등 소비자 후생에 부정적 영향을 미치는지 여부 및 그 영향의 정도와 범위

#### 4. 생계형 적합업종의 지정효과

##### 가. 대기업의 사업참여 제한

생계형 적합업종으로 지정되면 대기업은 해당 업종에 대한 사업의 인수·개시·확장이 금지된다(「생계형 적합업종법」 제8조 제1항). 대기업의 사업 인수는 생계형 적합업종의 사업 영위를 목적으로 해당 업종에 참여하고 있는 소상공인, 중소기업의 지분을 확보하고, 실질적 지배력을 통해 사업에 참여하는 것을 의미한다. 사업의 개시는 대기업이 인수 이외의 방법으로 직접적으로 해당 업종의 사업에 참여하는 것을 의미한다. 대기업의 사업확장 금지에 따라 대기업은 영업 또는 생산활동을 목적으로 마련된 사업장 수, 사업장 면적을 증가시킬 수 없다(심의기준 고시 II. 5).

생계형 적합업종과 중소기업 적합업종 지정에 따른 대기업의 의무는 상이하다. 생계형 적합업종 지정에 따른 의무는 법적으로 강제되는 반면 중소기업 적합업종 지정에 따른 의무는 대·중소기업간 합의에 따른 결과이다. 생계형 적합업종제도는 중소기업 적합업종제도와 달리 대기업의 사업이양 및 사업축소가 불가능하다. 사업이양 및 사업축소는 헌법이 보장한 사유재산제의 본질적 침해로 간접수용에 준하는 효과를 가져온다는 점을 고려한 것으로 보인다. 중소기업 적합업종제도의 사업이양 및 축소 역시 대·중소기업간 합의에 따르지만 합의 사항의 이행이 법률로 강제된다는 점에서<sup>20)</sup> 통상분쟁의 가능성을 내포하고 있다.<sup>21)</sup>

대기업이 사업의 인수·개시·확장 금지 등 생계형 적합업종 지정에 따

20) 중소기업 적합업종과 관련된 합의사항의 미이행에 대한 직접적인 제재규정은 없다. 그러나 중소기업 적합업종 지정을 위한 법적 합의기간(1년) 내 합의가 도출되지 않거나 합의 사항의 미이행 시, 동반성장위원회는 중소벤처기업부장관에게 사업조정을 신청할 수 있어서(「상생협력법」 제20조의4 제3항) 의무이행을 법률로 간접 강제하고 있다.

21) 한미FTA는 당사국이 적용대상투자자에 대한 직접·간접수용을 예외적으로 인정한다. 예외 요건으로 수용이 공공목적으로 비차별적인 방식으로 이루어지며, 신속하고 적절하며 효과적인 보상이 이루어지는 경우를 들고 있다(제11.6조 제1항). 이와 관련된 사항은 강현호/이제희, “중소기업 적합업종제도에 대한 법적 연구 - 한·미 FTA에 따른 분쟁 가능성과 관련하여”, 토지공법연구 67, 한국토지공법학회, 2014년, 243면 이하 참조.

른 의무사항을 준수하지 않을 경우, 중소벤처기업부장관은 해당 대기업에 6개월의 범위에서 기간을 정해 시정을 명할 수 있다(「생계형 적합업종법」 제9조 제1항, 시행령 제11조 제1항). 대기업이 정당한 사유 없이 시정명령을 이행하지 않는 경우, 위반사실을 공표할 수 있다(제9조 제2항). 시정명령 불이행에 대한 공표는 해당 기업의 이미지 훼손 등 침익적 효과를 발생시키는 권력적 사실행위로 행정쟁송의 대상이다. 동법 시행령에서 중소벤처기업부장관이 공표 전, 대상기업에 공표대상자라는 사실을 알려 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있는 기회를 주도록 규정한 점도(「생계형 적합업종법」 시행령 제11조 제5항)도 공표행위의 처분성을 보여준다.

중소벤처기업부장관은 대기업이 시정명령에 따른 시정조치를 이행하지 않을 경우, 위반행위와 관련된 매출액의 5% 내에서 시행령에 정해진 금액(2%-4%)을 이행강제금으로 매년 2회까지 부과할 수 있다(제10조 제1항, 제2항). 이행강제금은 의무자가 행정상 의무를 이행하지 않는 경우, 의무의 이행을 강제하기 위해 금전급부의무를 부과하는 것으로(「행정기본법」 제30조 제1항 제2호) 의무이행 시까지 반복적으로 부과될 수 있다.

#### 나. 생계형 적합업종 지정의 예외

중소벤처기업부장관은 생계형 적합업종에 대한 대기업의 참여가 불가피한 경우, 심의위원회의 의결을 거쳐 이를 허용할 수 있다. 대기업의 생계형 적합업종 진출을 허용할 수 있는 구체적인 사유는 ① 해당 업종을 주로 영위하며 대기업으로 성장한 기업의 대외 경쟁력을 현저히 해칠 우려가 있는 경우, ② 대기업의 참여제한으로 해당 업종에 대한 수요를 충족하지 못해 소비자 후생 및 관련 산업에 부정적 영향을 미칠 우려가 큰 경우, ③ 해당 업종에서 대기업과 소상공인의 사업영역이 구분되어 있거나 구분해 활동하는 것이 산업 경쟁력 확보를 위해 필요한 경우 등이다(「생계형 적합업종법」 시행령 제10조 제1항).

대기업의 생계형 적합업종 진출을 허용함에 있어 대기업의 대외 경쟁력을 고려하는 것은 중소기업 적합업종제도의 부작용을 막기 위해서이다. 중소기업에서 대기업으로 성장한 전문기업은 특정 업종에 대해 경쟁

력을 갖지만 중소기업 적합업종 지정으로 기업의 성장이 제한될 수밖에 없다.<sup>22)</sup> 이외 소상공인 및 중소기업만으로 시장의 수요를 충족하지 못할 경우, 대기업의 참여가 허용되며 이는 산업 전체의 경쟁력과 소비자의 후생을 고려한 조치이다. 대기업과 소상공인의 사업영역이 구분되어 있는 경우, 생계형 적합업종 지정에서 제외할 수 있으며, 이는 규제 최소화에 충실한 조치로 평가할 수 있다.

### 5. 중소기업 적합업종제도와 관계

중소기업 적합업종과 생계형 적합업종 모두 대기업의 사업진출을 제한한다는 공통점을 갖지만 목적, 합의방식, 지정기간 등에 있어 두 제도는 다르다.<sup>23)</sup> 첫째, 중소기업 적합업종제도는 대·중소기업간 합리적 역할 분담을 목적으로 하는 반면 생계형 적합업종제도는 소상공인의 경영안정과 소득향상을 도모한다. 둘째, 적합업종의 지정 방식이 다르다. 중소기업 적합업종은 대·중소기업간 합의로 결정된다. 생계형 적합업종은 중소벤처기업부장관 소속 심의위원회의 심의·의결을 통해 결정된다. 셋째, 중소기업 적합업종제도와 달리 생계형 적합업종의 지정기간은 제한이 없다. 중소기업 적합업종의 지정기간은 원칙적으로 3년이며 1회에 한해 3년 연장이 가능하다. 반면 생계형 적합업종의 지정기간은 5년이며, 추가 연장이 가능하다. 넷째, 적합업종 지정으로 인한 사업 제한의 효과가 상이하다. 중소기업 적합업종이 지정에 따른 대기업의 금지행위에 대해 법령의 규정이 없어 대기업과 중소기업간 합의에 의해 금지행위가 결정되며, 인수·개시·확장 자제, 사업축소 권고 등이 가능하다. 생계형 적합업종 지정에 따라 대기업은 해당 업종에 대한 사업의 인수·개시·확장이 법률로 금

22) 중소기업 적합업종제도에 대해 ‘중소기업 보호’라는 제도의 정당성이 인정되나 중소기업의 경쟁력 향상이 추구되어야 한다는 점이 지적된다(홍명수, “대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률(상생법)의 의의와 개선에 관한 고찰”, 법학연구 21(3), 인하대학교 법학연구소, 2018년, 435면).

23) 2014년까지 중소기업 적합업종으로 지정된 업종은 모두 지정기간(최대 6년)이 만료되었다. 2021년 12월 기준, 중소기업 적합업종으로 10개 업종이 지정되어 있다.(동반성장위원회 웹사이트, [https://www.winwingrowth.or.kr/03\\_business\\_01\\_02\\_04\\_result00.do](https://www.winwingrowth.or.kr/03_business_01_02_04_result00.do) 2021년 12월 13일 방문).

지된다. 다섯째, 적합업종 지정 위반 행위에 대한 제재수단이 다르다. 대기업이 중소기업 적합업종에 따른 합의 내용을 이행하지 않는 경우, 동반성장위원회는 중소벤처기업부장관에게 사업조정을 신청할 수 있다. 반면 대기업이 생계형 적합업종에 따른 의무를 이행하지 않을 경우, 중소벤처기업부장관은 시정명령을 내리고, 시정명령의 불이행 시, 위반사실 공표 및 이행강제금의 부과가 가능하다.

양 제도의 목적, 효력 등이 상이함에도 생계형 적합업종제도는 중소기업 적합업종 지정기간의 종료에 맞춰 도입되었다. 동반성장위원회는 「생계형 적합업종법」 제정 이전, 중소기업 적합업종의 지정기간 종료를 유예함으로써 중소기업 적합업종 종료에 따른 보호 공백을 막고자 하였다.<sup>24)</sup> 생계형 적합업종 지정을 신청할 수 있는 요건 중 하나가 중소기업 적합업종으로 합의된 업종 중 1년 내 합의기간이 만료되는 업종이라는 점도 중소기업 적합업종제도와 생계형 적합업종제도의 관계를 명확히 보여준다. 즉, 생계형 적합업종제도는 중소기업 적합업종 지정 기간의 종료로 인한 피해를 막기 위한 도입되었다. 중소기업은 중소기업 적합업종 제도를 통해 최대 6년의 보호를 받았다는 점에서 중소기업 적합업종이 생계형 적합업종으로 일률적으로 지정되어서는 안된다. 생계형 적합업종 제도의 보호대상은 중소기업이 아닌 소상공인이며, 법률로써 대기업의 진입금지를 강제하는 시장진입 제한 규제이기 때문이다.

24) 동반성장위원회 보도자료, 2018년 6월 27일자(동반성장위원회 생계형 적합업종 지정을 앞두고 중소기업 적합업종 47개 품목에 대한 보호계획 발표).

### Ⅲ. 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정절차의 법적 쟁점 논의

#### 1. 논의 경과

중고차 판매업은 2013년 중소기업 적합업종으로 합의된 이후, 한 차례 연장을 거쳐 2019년 2월 지정 기간이 만료되었다. 중고차 판매업의 중소기업 적합업종 지정 시, 대기업의 확장자제 및 진입자제가 권고되었다. 이에 따라 중소기업 적합업종 지정 당시, 중고차 판매업에 진출한 대기업은 확장자제를 조건(점포 수 동결)으로 사업을 유지할 수 있었고, 대기업의 신규 참여는 제한되었다.

중고차 판매업의 중소기업 적합업종 지정 기간 만료 직전, 중고차 판매단체(전국자동차매매사업조합연합회)는 동반성장위원회에 중고차 판매업을 소상공인 생계형 적합업종으로 추천할 것을 요청하였다. 동반성장위원회는 「생계형 적합업종법」에 따라 중고차 판매업이 생계형 적합업종에 적합한지 검토하였고, 2019년 11월 생계형 적합업종의 지정 기준에 부합하지 않는다고 의견을 중소벤처기업부에 제출하였다.<sup>25)</sup> 동반성장위원회는 중고차 판매업이 생계형 적합업종 지정에 부적합한 이유로 ① 중고차 판매 시장이 확대되는 상황에서 대기업의 시장점유율이 감소하였고, ② 대기업의 참여 제한이 산업경쟁력과 소비자 후생에 미치는 부정적 영향을 들고 있다. 다만 완성차 대기업의 진입이 시장에 미칠 영향, 중고차 매입 과정에서의 대기업과 소상공인간 능력차 등에 대한 면밀한 검토가 필요하다는 의견도 제시하였다.

중소벤처기업부는 동반성장위원회의 의견 제출 이후, 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정 여부를 결정하지 않고, 완성차업계와 중고차업계 간 상생협약을 추진하였다. 대기업의 전면적 진출이 아닌 제한적 진출에 대해 양측의 공감대가 형성되었으나 구체적 사안에 대한 의견차가 상당히 최종 합의가 도출되지 않았다. 2021년 6월, 더불어민주당 산하 을지로위원회는<sup>26)</sup> 양측간 중재를 위해 ‘중고자동차 매매산업 발전협의회’를

25) 동반성장위원회 보도자료, 2019년 11월 6일자(제58차 동반성장위원회 개최).

발족해 실무회의 등을 진행하였으나 양측간 의견차로 2021년 8월 협의는 종료되었다.

## 2. 지정절차에 대한 검토

### 가. 주요 검토사항

소상공인단체는 생계형 적합업종의 지정 신청을 위해 동반성장위원회의 추천을 거쳐 중소벤처기업부장관에게 신청해야 한다(「생계형 적합업종법」 제7조 제1항). 동반성장위원회는 중고차 판매업에 대해 생계형 적합업종에 부적법하다고 의결한 만큼 동반성장위원회의 추천이 생계형 적합업종 지정을 위한 필수 요건인지 선행 검토되어야 한다. 생계형 적합업종 지정을 위해 동반성장위원회의 추천이 필수적이라면 중소벤처기업부가 생계형 적합업종 지정 여부를 결정하지 않은 것에 대한 절차적 검토는 무의미하다. 동반성장위원회의 추천이 없다면 중고차 판매업에 대한 생계형 적합업종의 신청이 불가능하기 때문이다. 이와 더불어 중소벤처기업부는 중고차 판매업을 대·중소기업간 상생협약으로 추진한 만큼 동 협약의 성격을 규명해 생계형 적합업종제도를 대체할 수 있는지에 대한 검토 역시 요구된다.

### 나. 동반성장위원회의 생계형 적합업종 지정 추천의 법적 성격

#### 1) 법률해석론 일반

법률해석의 목표가 무엇인가에 대해 일관된 견해는 없다. 법률의 해석이 입법자의 의도를 파악하는 것이라는 견해, 법률 자체의 의미를 탐색해야 한다는 견해로 나뉘며, 이것이 주관론적 해석이론과 객관론적 해석이론의 대립점이다.<sup>27)</sup> 문리해석이라도 입법자가 의도한 문헌의 의미를

26) 더불어민주당의 을지로위원회는 노동자, 농민, 서민 등 을(乙)의 권익을 대변하기 위해 당 소속기구로 2013년 5월 출범하였다. 2021년 10월 기준, 75명의 국회의원이 소속되어 있다(을지로위원회 웹사이트, <http://www.euljiro.kr/com/com-3.html>).



찾는 것인지(주관적 문리해석), 문언자체의 의미를 찾으려는 해석인지(객관적 문리해석) 의견이 나뉜다.<sup>28)</sup> 주관론적 해석론과 객관론적 해석론 모두 장단점을 갖는 만큼 법률해석에 있어 양자택일이 아닌 양자의 조화가 요구된다. 다만 어느 해석론을 중심에 두고 법률을 바라볼 것인가에 대한 문제가 남는다. 권력분립의 관점에서 입법자의 의지에 중점을 둘 것인지, 법적 안정성의 관점에서 문헌 본래의 의미에 중점을 둘 것인가에 대한 논의이다. 대법원은 사법부의 적극적 역할을 추구하고, 입법자의 의도를 탐구하기보다 문헌의 1차적 의미를 도출하고 있다. 대법원은 “법은 원칙적으로 불특정 다수에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편 타당한 규범이므로 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 해석하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다.”며 객관론적 해석론의 입장이다.<sup>29)</sup> 다만 대법원은 법령해석에 있어 법적 안정성뿐만 아니라 구체적 타당성도 고려하기 위해 동 판결에서 “가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써...”라고 판시하며 입법자의 의도를 보조 기준으로 활용하고 있다. 또한 대법원은 법률의 흠결이 있는 경우, 법적 안정성을 해하지 않는 범위 내에서 주관론적 해석을 통해 구체적 타당성을 확보하고 있다.<sup>30)</sup>

사법부가 법률해석을 함에 있어 통상적 의미를 도출하기 보다 입법자의 의도를 중심으로 해석한다면 법적 안정성의 훼손은 불가피하다. 이에 대해 법관이 새로운 법령을 창설할 수 있다는 비판이 있지만 입법자 역시 법률이 다의적으로 해석되지 않고, 입법 의도가 문헌적 의미로 표출되도록 노력해야 한다는 점에서 객관론적 해석에 중점을 두어야 할 것이다.<sup>31)</sup>

27) 김영환, “법률해석의 목표: 주관적 해석이론과 객관적 해석이론 간의 논쟁에 관해”, 법철학연구 21(1), 한국법철학학회, 2018년, 370면.

28) 김영환, 앞의 논문, 378면.

29) 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

30) 대법원 2006.6.22. 선고 2004스42 판결.

31) 주관론적 해석론에 중점을 두고, 객관론적 해석을 보조적으로 활용해야 한다는 견해는 그 견로 ‘법관의 법률에의 구속, 법치주의, 입법과 사법의 분리 등의 원칙’을 든다(김영환, 앞의 논문, 393면).

## 2) 동반성장위원회의 추천의 필수요건 여부

소상공인단체는 동반성장위원회의 추천을 거쳐 중소벤처기업부장관에게 생계형 적합업종의 지정을 신청할 수 있다(제7조 제1항). 중소벤처기업부장관은 동반성장위원회가 생계형 적합업종의 지정을 추천한 날부터 3개월 이내에 심의위원회의 심의·의결에 따라 생계형 적합업종을 지정·고시해야 한다(제7조 제3항). 문리해석 상, 법령에서 소상공인단체가 동반성장위원회의 추천을 거쳐... ‘신청해야 한다’가 아니라 ‘신청할 수 있다’라고 규정해 동반성장위원회의 추천을 임의적 요건으로 이해할 수 있다. 또한 동반성장위원회의 추천을 필수 요건으로 해석한다면 동반성장위원회가 생계형 적합업종 지정의 사전 심의기구로 역할하게 된다. 이는 소상공인 보호라는 법률의 취지에 역행하는 것이다. 동반성장위원회의 추천에도 불구하고, 심의위원회가 동반성장위원회의 의견에 구속되지 않는다는 점도 동반성장위원회의 추천이 임의적 요건임을 뒷받침한다. 그럼에도 소상공인단체의 생계형 적합업종 신청에 있어 동반성장위원회를 거치도록 규정한 이유는 무엇일까. 생계형 적합업종제도가 중소기업 적합업종제도의 연장선으로 운영되는 점을 고려한 것이다. 즉, 동반성장위원회가 생계형 적합업종으로 지정할 것을 추천하는 것은 해당 업종이 중소기업 적합업종제도 보다 강력한 보호가 요구된다는 중소기업 적합업종제도 운영 기관의 권고로 보아야 한다.

### 다. 처리기간의 법적 성격

중소벤처기업부장관의 생계형 적합업종 지정 여부에 대한 처리기간은 「생계형 적합업종법」에 규정되어 있다. 중소벤처기업부장관은 동반성장위원회가 생계형 적합업종의 지정을 추천한 날부터 3개월 이내에 심의위원회의 심의·의결에 따라 생계형 적합업종을 지정·고시해야 하며, 1회에 한해 3개월 이내의 범위에서 기간을 연장할 수 있다(제7조 제3항). 동반성장위원회의 추천은 임의 요건이지만 보호의 시급성을 고려해 동반성장위원회의 추천이 이루어진 업종에 대해 행정청의 처리기간을 규정한 것

이다. 또한 동반성장위원회의 생계형 적합업종 지정 추천 시, 실태조사 결과를 중소벤처기업부에 제출하는 만큼 이를 기반으로 심의위원회에서의 조속한 검토가 가능한 점도 고려한 것이다.

중소벤처기업부장관은 동반성장위원회의 추천 여부와 관계없이 소상공인단체의 신청에 대해 응답해야 할 법적 의무가 있다. 사인의 신청행위에 대한 행정청의 응답의무는 헌법 제26조 제2항의 “국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.”, 「행정절차법」 제19조 제4항의 “행정청이 정당한 처리기간 내에 처리하지 아니하였을 때에는 신청인은 해당 행정청 또는 그 감독 행정청에 신속한 처리를 요청할 수 있다.”, 「민원 처리에 관한 법률」 제4조 “민원을 처리하는 담당자는 담당 민원을 신속·공정·친절·적법하게 처리하여야 한다.” 등의 규정으로부터 도출된다.

#### 라. 지정절차의 위반 여부 검토

동반성장위원회가 생계형 적합업종 지정이 부적합하다고 결정한 경우, 이에 대한 처리절차 및 처리기간은 규정되어 있지 않다.<sup>32)</sup> 동반성장위원회의 추천이 임의적 요건이며, 사인의 신청행위에 대한 행정청의 응답의무를 고려할 때, 중소벤처기업부장관은 해당 업종이 생계형 적합업종에 적합한지 판단해야 한다. 법령에 처리기간이 명시되어 았더라도 「행정절차법」, 「민원 처리에 관한 법률」의 신속처리 의무에 따라 중소벤처기업부장관은 정당한 처리기간 내 이를 처리해야 한다.<sup>33)</sup>

정당한 처리기간의 준수 여부는 구체적 사정을 고려해 판단되어야 한다. 「생계형 적합업종법」에서 동반성장위원회가 생계형 적합업종의 지정을 추천한 날부터 3개월 이내 중소벤처기업부장관이 지정·고시하도록 규정한

32) 동반성장위원회가 생계형 적합업종의 지정을 추천하는 경우, 중소벤처기업부장관은 추천한 날로부터 3개월 이내에 심의위원회의 심의·의결에 따라 생계형 적합업종을 지정·고시하여야 한다며 처리절차 및 기간이 법률에 규정되어 있다(「생계형 적합업종법」 제9조 제3항).

33) 「행정절차법」은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 경우에 적용된다(제3조 제1항). 그러나 다른 법률에 규정이 있더라도 「행정절차법」의 적용이 전면 배제되는 것이 아니라 성질상 적용하기 곤란하거나 또는 불필요한 경우에 한해 적용이 배제된다(김재호, “행정절차법의 핵심 쟁점에 관한 검토”, 법학연구 27(2), 충남대학교 법학연구소, 2016년, 20면).

만큼 이와 유사한 기간을 기준으로 판단해야 한다. 다만 당해 처분과 관련해 의견청취에 소요되는 기간, 실험·검사·감정, 전문적인 기술 검토 등 특별한 추가절차를 거치기 위해 부득이하게 소요되는 기간 등은 처리기간에서 제외된다(「행정절차법」 시행령 제11조). 중소벤처기업부 장관이 생계형 적합업종 지정 여부를 결정하기에 앞서 완성차업계, 중고차업계 등으로부터 의견을 수렴한 기간은 처리기간에서 제외되지만 상생협약 논의 기간은 위 처리기간에 포함된다. 동반성장위원회가 2019년 11월 중고차 판매업이 생계형 적합업종에 적합하지 않다는 의견을 제출한 이후, 중소벤처기업부가 2년 넘게 지정 여부를 결정하지 않은 것은 「행정절차법」 등에 따른 신속처리 의무를 위반한 것으로 보아야 한다.

#### 마. 지정절차의 위반의 하자 정도

생계형 적합업종제도를 신청한 소상공인단체는 중소벤처기업부 장관의 지정 절차 미이행에 대해 「행정소송법」 제36조에 따라 부작위위법확인소송을 제기할 수 있다. 그러나 생계형 적합업종 지정 여부가 결정되지 않은 상황에서 현실적으로 대기업의 시장 참여가 어려운 만큼 소상공인단체가 부작위위법확인 소송을 제기할 유인은 없어 보인다.

다음은 향후 중소벤처기업부 장관이 중고차 판매업의 지정 여부를 결정한 경우, 신속처리 의무의 위반사유에 대한 판단이다. 판례는 절차적 하자의 판단에 있어 필요적 절차를 결여한 경우, 해당 처분을 무료로 보지만<sup>34)</sup> 구속력이 없는 타 행정기관과의 협력 결여<sup>35)</sup>, 이유제시 의무 위반<sup>36)</sup> 등의 하자를 취소사유로 보고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 동반성장위원회가 생계형 적합업종 지정이 부적합하다고 결정한 경우에 대한 처리기간이 법령에 명시되어 있지 않다. 신속처리 의무에 따른 정당한 처리기간에 대해 이견이 존재할 수 있다는 점에서 처리기간을 준수하지

34) 대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두49228 판결.

35) 판례는 타 행정기관의 자문을 구하도록 한 규정을 위반하고 이루어진 처분에 대해 취소할 수 있는 원인이 되는 하자에 불과하다고 판단하였다(대법원 2006. 6. 30. 선고 2005두14363 판결).

36) 대법원 1985. 4. 9. 선고 84누431 판결.

않은 하자가 명백하다고 보기 어렵다. 처분기간을 준수하지 않은 절차적 하자를 행정처분의 결과와 관련해 판단하는 경우, 결론이 변경될 가능성이 없다는 점에서 하자의 정도가 크지 않다는 주장도 가능하다.<sup>37)</sup> 이와 같은 해석은 법치행정의 원칙을 훼손할 수 있지만 동일한 처분의 반복을 피할 수 있다는 현실적 측면을 고려하고 있다. 결국 절차적 하자의 중대성은 “행정운영에 대한 사인의 신뢰파괴의 정도, 절차 재실시에 따른 행정운영에 미치는 영향” 등을 종합적으로 고려해 판단해야 한다.<sup>38)</sup> 행정청이 정당한 처리기간 내, 중고차 판매업의 지정 여부를 판단하지 않았지만 그 기간 동안 완성차업계와 중고차업계간 중재하고자 하였다. 또한 기간의 준수는 회복하기 어려우며, 처분의 변경 가능성이 크지 않다는 점에서 처리기간을 준수하지 않은 위법사유는 취소할 수 없는 하자에 해당한다.<sup>39)</sup>

### 3. 대·중소기업간 상생협약 추진

정부는 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정 여부에 대한 판단을 미루고, 대·중소기업간 상생협약을 추진하였다. 상생협약은 대기업과 소상공인간 상호이익의 증진을 위해 자발적으로 체결하는 협약이다.<sup>40)</sup> 상생협약의 대표적 사례는 홈플러스와 서울 망원시장 및 월드컵시장간 협약

37) 판례는 법령에 따라 환경영향평가를 거쳐야 할 사업에 대해 그 환경영향평가의 내용이 다소 부실하다 하더라도 그 부실로 인해 당연히 처분이 위법하게 되는 것은 아니라고 보며 절차적 하자를 처분의 결과와 관련하여 판단하고 있다(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 판결). 부실의 정도를 판단함에 있어 결과의 미치는 영향을 고려해 취소사유의 하자인지 취소사유에 해당하지 않는 단순한 하자인지를 판단하고 있다(김창조, “행정절차의 절차적 하자”, 법학논고 60, 경북대학교 법학연구원, 2017년, 130면).

38) 김창조, 앞의 논문, 132면.

39) 하자의 치유 측면에서 접근할 수도 있으나 하자의 치유는 법치주의 원칙을 희생시킬 필요성과 이에 따른 공익의 침해를 비교형량해 제한적으로 인정되어야 한다는 점을 고려할 때(김동화·최계영, 앞의 책, 358면), 하자의 치유는 인정될 수 없다.

40) 상생협약과 자율규제는 ‘자율성’에 기초한다는 공통점이 있지만 자율규제는 ‘일정 영역에서의 조직화된 집단이 스스로 구성원을 규율’한다는 점에서 양자는 차이를 보인다(선지원, “규제방법의 진화로서 자율규제의 실질화를 위한 연구”, 행정법연구 64, 행정법이론실무학회, 2021년, 101면).

이다. 홈플러스가 2013년 망원시장 등 전통시장 인근에 점포 설립을 추진하자, 전통시장 상인은 입점 반대 시위를 벌였다. 홈플러스는 망원시장 인근의 기존 SSM매장(Super Supermarket, 기업형 슈퍼마켓)을 폐점하고, 떡볶이·채소 등 16개 품목을 판매하지 않는 상생안을 전통시장 상인회에 제안하며 양측간 분쟁은 해소되었다.<sup>41)</sup> 이외 도시재생사업으로 인해 영세 소상공인들이 해당 지역을 떠나는 문제(gentrification)를 해소하기 위해 「도시재생 활성화 및 지원에 관한 특별법」에 따른 ‘상생협약 표준 고시’ 등이 마련되어 있다.

중소기업 적합업종제도는 대기업과 중소기업간 양자간 합의에 기초한 상생협약의 일종으로 보호기간은 최대 6년으로 제한된다. 이는 중소기업 적합업종제도의 전신인 중소기업 고유업종제도 운영 당시, 보호기간을 제한하지 않아 발생한 정책적 실패를 되풀이하지 않기 위해서이다.<sup>42)43)</sup> 생계형 적합업종제도는 상생협약의 일종인 중소기업 적합업종의 지정만으로 소상공인에 대한 충분한 보호가 이루어지지 않는 경우에 한해 법률로 대기업의 진입을 제한한다. 중소기업 적합업종 지정이 만료된 중고차 판매업을 다시 상생협약으로 논의하는 것은 중소기업 적합업종제도의 보호기간을 회피하는 조치이다.

41) 이정식, 「골목상인 분투기 : 오늘도 행복한 자영업자를 꿈꾸다」, 산지니, 2020년, 137-138면.

42) 중소기업 고유업종제도는 고유업종에 대해 기간을 제한하지 않고, 대기업의 사업 인수·개시·확장을 금지하였고, 고유업종 지정의 필요성이 없어진 경우, 지정을 해제하는 방식으로 운영되었다. 그러나 고유업종의 해제가 적시에 이루어지지 않음에 따라 중소기업은 시장 보호 속에 경쟁력 향상에 미흡한 모습을 보이는 등 부작용이 발생하며 중소기업 고유업종제도는 폐지되었다(이윤보·이동주, “중소기업 고유업종의 실효성에 관한 연구”, 중소기업연구 26(1), 한국중소기업학회, 2004년, 80-82면).

43) 맹목적인 중소기업정책은 중소기업을 시장경쟁의 압력으로부터 임시적으로 보호할 수 있지만 중소기업의 성장, 혁신을 유도할 수 없다는 점에서 중소기업 보호정책과 경쟁의 보호의 조화로운 관계가 모색되어야 한다(송태원, “중소기업정책과 경쟁정책의 긴장 및 조화에 관한 일고”, 아주법학 9(3), 아주대학교 법학연구소, 2015년, 89면).

#### IV. 결론

코로나19의 장기화로 소상공인과 자영업자는 어려움을 겪고 있다. 소상공인과 대기업의 경쟁은 ‘기울어진 운동장’으로 표현될 만큼 양자간 경쟁력의 차이는 분명하며, 소상공인에 대한 지원 정책의 당위성은 명확하다. 소상공인에 대한 지원이 중요하고, 시급하다라도 법률에 규정된 절차는 준수되어야 한다. 이것이 국가권력의 정당성을 확보하고, 장기적으로 국민의 권익 보호에 기여할 수 있다. 중고차 판매업에 대한 생계형 적합업종 지정 논의가 절차적 정당성을 갖추지 못한다면 결과의 정당성도 담보할 수 없기 때문이다.

정부는 중고차 판매업의 생계형 적합업종 지정 여부를 결정하기 보다 대기업과 중고차업계간 상생협약 논의로 유도하였다. 상생협약은 대기업과 소상공인이 양보를 통해 다양한 해법을 모색할 수 있고, 규제측면에서도 자율규제와 유사하다는 장점이 있다. 그러나 중소기업 적합업종이 만료된 상황에서 정부가 「생계형 적합업종법」의 규정을 도외시 한 채, 상생협약을 추진하는 것은 중소기업 적합업종의 지정 기간을 제한한 취지를 훼손하는 것이다. 또한 정부가 생계형 적합업종을 직접 지정하도록 한 규정한 것은 대기업, 소상공인은 물론 소비자의 이익도 고려하기 위한 목적인 만큼 소비자가 참여하지 못한 상생협력 논의는 한계를 갖는다.

생계형 적합업종의 지정에 있어 시장 상황에 따른 다양한 조건의 부과가 가능하다는 점에서 정부의 역할이 중요하다. 예컨대, 생계형 적합업종 제1호로 지정된 ‘서점업’의 경우, ① 융·복합형 서점(서적 비중 50% 이하 등)은 적용대상에서 제외하고, ② 대기업 서점의 신규 출점은 연 1개로 제한하며, ③ 학습참고서는 대기업 서점에서 36개월간 판매를 제한하도록 결정한 바 있다.<sup>44)</sup> 정부가 시장에 적극적으로 개입하는 것도 문제이지만 정부의 역할을 방기하는 것도 문제임은 분명하다.

44) 중소벤처기업부 보도자료, 2019년 10월 4일자(「서점업」, 제1호 ‘생계형 적합업종’으로 지정).

(논문투고일: 2021.12.2., 심사개시일: 2021.12.5., 게재확정일: 2021.12.13.)



▶ **이제희**

생계형 적합업종, 중고차 판매업, 중소기업 적합업종,  
상생협력, 동반성장위원회



## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 김동희·최계영, 「행정법 I」. 박영사, 2021년.  
박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2021년.  
이정식, 「골목상인 분투기 : 오늘도 행복한 자영업자를 꿈꾸다」, 산지니, 2020년.

### II. 논문

- 강현호·이제희, “중소기업 적합업종제도에 대한 법적 연구 - 한·미 FTA에 따른 분쟁 가능성과 관련하여”, 토지공법연구 67, 한국토지공법학회, 2014년.  
김영환, “법률해석의 목표: 주관적 해석이론과 객관적 해석이론 간의 논쟁에 관해”, 법철학연구 21(1), 한국법철학학회, 2018년.  
김재호, “행정절차법의 핵심 쟁점에 관한 검토”, 법학연구 27(2), 충남대학교 법학연구소, 2016년.  
김창조, “행정절차의 절차적 하자”, 법학논고 60, 경북대학교 법학연구원, 2017년.  
선지원, “규제 방법의 진화로서 자율규제의 실질화를 위한 연구”, 행정법연구 64, 행정법이론실무학회, 2021년.  
송태원, “중소기업정책과 경쟁정책의 긴장 및 조화에 관한 일고”, 아주법학 9(3), 아주대학교 법학연구소, 2015년.  
양재완, “중고차 내수시장의 현황과 과제”, 한국자동차연구원, 2020년.  
이윤보·이동주, “중소기업 고유업종의 실효성에 관한 연구”, 중소기업연구 26(1), 한국중소기업학회, 2004년.  
홍명수, “대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률(상생법)의 의의와 개선에 관한 고찰”, 법학연구 21(3), 인하대학교 법학연구소, 2018년.

Abstract

## Study on the procedure for designating a type of business suitable for livelihood

Lee, Je-Hee\*

A type of business suitable for livelihood protects micro enterprises by restricting the participation of large companies by designating industries closely related to the livelihood of micro enterprises. A type of business suitable for livelihood is recognized as a similar system due to the similarity of the name to the suitable industries of SMEs and the commonality of restricting large companies from entering the market. However, the government directly designates suitable industries for livelihood and prohibits large companies from participating by law, but the suitable industries of SMEs is fundamentally different in that large companies are restricted

The recommendation of the National commission on Corporate Partnership (NCCP), which is required prior to the designation of a type of business suitable is not mandatory requirements. If the recommendation of the NCCP is understood as mandatory requirements, the NCCP will serve as a preliminary review board. The Minister of SMEs and Startups is obligated to review applications for designating a type of business suitable for livelihood from micro enterprises regardless of whether they are recommended by the NCCP. Special act on the designation of types of business suitable for livelihood of micro enterprises stipulates the processing period of the Minister of SMEs and Startups only when recommended by

---

\* Assistant Professor(Ph.D. in Law), Chosun University.

the NCCP, but even if there is no recommendation, it should be reviewed according to the above period.

Micro enterprises applied in 2019 to designate used car sales business as a type of business suitable for livelihood. The government has delayed its judgment on the application and induces win-win agreements between large companies and SMEs. If the discussion on the designation of a type of business suitable for livelihood does not have procedural justification, the justification of the result cannot be guaranteed. The used car sales business was protected as a suitable industry of SMEs in accordance with a win-win agreement between large companies and SMEs. Promoting this as a win-win agreement again undermines the purpose of limiting the protection period according to industries suitable of SMEs.



▶ Lee, Je-Hee

Special act on the designation of types of business suitable for livelihood of micro enterprises, suitable industries of SMEs, win-win agreement, procedural justification, used car sales business