

학교환경위생 정화구역 설정으로 인한 기존 영업주의 재산권 제한 및 신뢰보호의 문제

김 다 원 · 김 민 정 · 조 경 애*

목 차

- I. 서 론
- II. 「학교보건법」의 학교환경위생 정화 구역제도 주요연혁
- III. 현행 학교환경위생 정화구역 제도
 - 1. 현행 「학교보건법」상 학교환경위생 정화구역의 설정
 - 2. 학교환경위생 정화구역에서 일정한 시설 및 행위의 금지
 - 3. 학교환경위생 정화구역 설정과 관련된 문제점
- IV. 학교환경위생 정화구역 내 시설제한이 위헌인지 여부와 관련된 판례의 태도
 - 1. 과잉금지원칙 위반 여부에 관한 판례
 - 2. 신뢰보호원칙 위반 여부에 관한 판례
 - 3. 소 결
- V. 학교환경위생 정화구역 설정으로 인한 기존 금지시설 영업주의 재산권 침해 문제
 - 1. 재산권의 제한
 - 2. 소급입법에 의한 재산권 침해 문제
 - 3. 「헌법」 제23조 제3항의 공용침해 문제
 - 4. 보상규정 없는 공용침해 등 기존 영업자의 재산권 침해 문제
 - 5. 소 결
- VI. 기존 영업주에 대한 신뢰보호원칙 위반 문제
 - 1. 「학교보건법」의 기존 영업권자에 대한 신뢰보호 문제
 - 2. 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙과의 관계
 - 3. 신뢰보호원칙의 위반여부
- VII. 결론 및 대안(입법론)

I. 서 론

인간은 그가 살고 있는 주변 환경으로부터 물리적으로는 물론 사회적으로도 계속 영향을 받는다. 특히 아직 성격이나 인성이 형성되어 가는 과정에 있는 학생들에게 교육환경의 중요성은 굳이 설명하지 않아도 누구나 인정할 것이다. 따라서 학생들이 매일 등교를 하는 학교주변 환경에서도 인격형성이나 학습, 건강에 영향을 받을 것이다. 그런데 우

* 건국대학교 법학전문대학원 법학전문석사과정

리나라는 급속한 산업화·도시화가 진행되는 과정에서 학교주변에 유해 업소들이 난립하여 비교육적 환경이 조성되었고, 이를 규제하기 위하여 1967년 「학교보건법」이 제정되어 학교환경위생 정화구역 내 일정한 업소에 대하여 그 행위 및 시설을 금지하였다. 그리고 시간이 지나면서 그 금지대상인 유해업소의 종류도 추가되었다. 그러나 기존 업주들의 반발이 심하고 정화구역에 대한 행정청이 관리를 소홀히 하는 등 법이 엄격히 지켜지지 않아 학교주변 유해업소는 쉽게 근절되지 않았고, 1) 사회가 발전하면서 새로운 유형의 유해업소가 계속 생겨났다. 특히 2000년 초부터 리브호텔 문제가 언론을 통해 알려지면서 각종 시민단체에서 이를 비판하는 목소리가 높아지자 학교주변의 유해업소에 대한 문제의식이 전국적으로 확산되었다. 2)

그리고 2007. 4. 27. 법률 제8391호로 개정되어 2008. 4. 28.부터 시행된 「학교보건법」의 제·개정이유 내용에 따르면 ‘학교설립예정지 주변도 학교환경위생정화구역에 포함하도록 하여 학교주변에 위해시설이 들어서는 것을 사전에 방지할 수 있도록 하고, 학교 설립 단계부터 교육환경에 대한 평가를 통하여 학교용지를 선정하도록 하며, 정화구역안에서의 금지행위규정에 위반한 자에 대한 벌칙을 상향 조정하는 등 교육환경 보호정책을 강화하여 학생들의 건전한 발달을 도모하려는 것임’이라고 되어 있어, 학교환경위생 정화구역 제도를 강화하여 교육환경을 보호하려는 입법자의 의지를 보여주고 있다. 이와 같이 학교환경위생 정화구역 제도는 그 적용대상범위가 확대되었고 그 규제도 강화되었으나, 금지되는 시설을 운영하는 업주의 기본권 침해에 대한 논란이 지속적으로 제기되고 있다. 3) 특히 각 업소의 유형별로 법원에 소송이 끊임없이 제기되고

1) 박찬수, “학교환경위생정화구역 제도에 관한 연구”, 석사학위논문, 중앙대학교 대학원, 2005, 74면.

2) 박태은, “학교주변 유해환경 개선”, 석사학위논문, 한국교육대학교 교육대학원, 2003, 3면.

3) 박찬수, 앞의 논문, 2면.

있고, 헌법재판소에도 「학교보건법」 제6조 제1항 각 호에 대한 위헌법률심판청구 내지는 헌법소원심판청구가 수차례 이루어져 당구장 및 극장 시설에 관하여 위헌결정이 내려지기도 하였다.⁴⁾

이와 같이 학교환경위생 정화구역 제도는 교육환경의 정화라는 중대한 목적에 공헌하고 있기는 하지만, 반사적으로 학교환경위생 정화구역 내에서 금지시설을 운영하거나 운영하고자 하는 자의 기본권을 제한하는 문제를 내포하고 있다. 그런데 국민의 기본권이 제한되는 양상은 첫째 학교환경위생 정화구역 내에서 일정한 영업을 금지되는 그 자체, 둘째 기존에 금지시설이 아니었지만 법률에서 새로이 금지시설로 정하여 기존에 시설을 운영하던 자가 시설을 이전·폐쇄할 의무를 부담하는 것, 셋째 법률에서 학교환경위생 정화구역 내 금지시설로 규정되어 있는 시설을 학교환경위생 정화구역이 아닌 곳에서 적법하게 운영하고 있었으나 사후적으로 주변에 학교가 설립됨으로써 영업주가 그 시설을 이전·폐쇄할 의무를 부담하게 되는 것의 세 유형으로 나누어진다. 이러한 학교환경위생 정화구역 설정으로 인한 기본권 제한 문제와 관련하여 기존의 논의와 판례는 주로 첫째와 둘째 유형에 치중해 있고, 셋째 유형에 대해서는 깊게 논의되지 않아 왔던 것으로 보인다.⁵⁾ 그러나 기존에 적법하게 영업을 하다가 나중에 주변에 학교가 설립됨으로써 학교환경위생 정화구역이 설정되어 시설의 이전·폐지의무를 부담하는 영업주의 기본권 역시 다른 유형에서 제한되는 기본권과 마찬가지로 보호되어야 하므로 기본권 침해여부를 검토할 필요가 있다. 셋째 유형의 경우에도 다른 유형의 경우와 마찬가지로 직업의 자유와 재산권 침해가 문제되나, 직업의 자유는 주로 학교환경위생 정화구역 내에서 영업을 제한됨으로써

4) 헌법재판소 1997. 3. 27. 자 94헌마196·225, 97헌마83(병합) 결정; 헌법재판소 2004. 5. 27. 자 2003헌가1, 2004헌가4(병합) 결정.

5) 이 문제에 대하여는 이일세, “학교환경위생정화구역에서의 시설제한”, 「토지공법연구」, 제35집, 2007, 405면에서 일부 다루었을 뿐이다.

일반적으로 제한되는 것이므로 첫째 유형에서 중점적으로 다루어졌다. 그러나 셋째 유형의 경우 기존 시설이 존재하였는데 이를 더 이상 사용할 수 없다는 점에서 재산권 제한 및 신뢰보호가 중요한 쟁점이 되고 첫째 유형과 다른 특성을 갖는다. 따라서 이하에서는 「학교보건법」상 학교환경위생 정화구역 제도의 연혁과 현행 제도의 운영 및 학교환경위생 정화구역에 관한 판례를 살펴보고, 기존에 잘 논의되지 않은 셋째 유형과 관련하여 학교환경위생 정화구역 내에서 유해업소의 행위 및 시설을 금지하는 것이 영업주의 재산권을 침해하고 신뢰보호원칙에 반하여 위헌인지 여부를 검토하고자 한다.

II. 학교보건법의 학교환경위생 정화구역제도 주요연혁(6)7)

일자별	주 요 내 용
1967.03.30.	○ 학교보건법 제정 · 학교환경위생 정화구역제도 도입 - 입법취지: 학교교육의 능률화
1967.11.25.	○ 학교보건법 시행령 제정 · 학교환경위생 정화구역 범위 설정 - 시지역은 반경 300m 이내, 기타 읍·면지역은 반경 200m 이내
1970.09.14.	○ 학교보건법 시행규칙 제정 · 학교환경위생 정화구역 안에서 금지행위 및 시설 규정 - 공해발생시설, 유흥음식장소, 극장·도살장·화장장·총포화약류의 제조장 및 그 저장소·압축캐스의 제조장 및 그 저장소, 오물수집장소·오물매립장·오물진개소각장·분뇨종말처리장, 공중목욕장중 휴게실 및 터키탕 등 · 학교환경위생정화위원회 심의 제도 도입
1976.01.10.	○ 학교보건법 시행규칙 개정 · 금지행위 및 시설의 범주에 주류취급행위, 숙박시설(호텔·여관 등) 추가

6) 경상북도교육청, 「학교환경위생정화구역 예규집: 질의회신·판례·행정심판·관련법규등」, 2009, 4면 참조.
7) 성백선, “학교환경위생 정화구역제도 운영의 문제점과 개선방안”, 전북대학교 교육대학원, 2011, 13면 <표 I-4> 참조.

- 1979.06.25. ○ 학교보건법 시행규칙 개정
 - 금지행위 및 시설의 범주에 가축시장 추가
- 1981.02.28. ○ 학교보건법 개정
 - 학교환경위생 정화구역 범위 200m로 단일화
 - 금지행위 및 시설을 법률에서 직접 규율 및 제한 강화
 - 금지행위 및 시설의 범주에 사행행위장, 당구장,⁸⁾ 경마장 추가
- 1981.10.08. ○ 학교보건법 시행령 개정
 - 학교환경위생정화구역 구분
 - 절대정화구역: 학교출입문으로부터 50m까지
 - 상대정화구역: 학교경계선으로부터 200m까지 지역 중 절대정화구역을 제외한 지역
- 1990.12.31. ○ 학교보건법 시행령 개정
 - 금지행위 및 시설의 범주에 전자유기장⁹⁾ · 터키탕¹⁰⁾ · 만화가게 추가
- 1993.09.27. ○ 학교보건법 시행령 개정
 - 금지시설 및 행위에 무도장 · 무도학원, 노래연습장, 담배자판기 추가¹¹⁾
- 1995.12.30. ○ 학교보건법 시행령 개정
 - 컴퓨터게임장과 만화가게는 유치원 · 대학의 학교환경위생 정화구역 내 금지시설에서 제외¹²⁾
- 1995.12.30. ○ 학교보건법 시행령 개정
 - “전자유기장”을 “컴퓨터게임장”으로 변경
- 1998.01.16. ○ 학교보건법 시행령 개정
 - 금지시설 및 행위의 범주에 비디오물감상실, 전화방, 성기구취금업소 등 신종 풍속업소 추가
- 1998.12.31. ○ 학교보건법 개정
 - 당구장은 유치원과 대학의 학교환경위생 정화구역 내 금지시설에서 제외¹³⁾
 - 종전 규제대상 중 공중목욕장 중 휴게시설 금지시설에서 제외
- 1999.05.15. ○ 학교보건법 시행령 개정
 - “컴퓨터게임장”을 “게임제공업 시설”로 개정
 - 게임제공업은 종합게임장, 전용게임장(컴퓨터게임장), 멀티게임장(PC방)으로 구분
- 2005.03.24. ○ 학교보건법 개정
 - 금지행위 및 시설의 범주에 영화상영관, 제한상영관 추가¹⁴⁾
 - 금지행위 및 시설의 범주에 경륜장과 경정장(각 시설의 장외발매소 포함) 추가
- 2005.12.07. ○ 학교보건법 개정
 - 금지행위 및 시설의 범주에 납골시설 추가
 - 기존시설에 관한 경과조치: 2005.12.07. 이전에 설치된 납골시설(2005.12.06.까지 시 · 군 · 구청장으로부터 납골시설 설치 신고필증을 교부받은 시설)에 대하여는 개정규정 미적용
- 2007.04.27. ○ 학교보건법 개정
 - 학교설립예정지도 학교환경위생 정화구역을 설정
 - 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조 도시관리계획으로 결정되어 고시된 학교용지, 「유아교육법」, 「초 · 중등교육법」, 유치원 및 특수학교를 설립하기 위하여 확보된 용지(사립의 경우 설립인가를 받은 용지)는 30일 이내 학교환경위생 정화구역을 설정 · 고시하여야 함
- 2007.08.03. ○ 학교보건법 개정
 - 학교환경위생정화구역내 게임물 시설은 학교환경위생정화위원회 심의를 거쳐

	<ul style="list-style-type: none"> 인·허가되도록 함 · 정비구역에 대해 학습환경보호위원회를 설치·운영
2008.03.21.	<ul style="list-style-type: none"> ○ 학교보건법 개정 · 사립유치원 용지는 교육감의 설립인가를 받은 경우에 한하여 학교설립예정지로 인정하고, 동 예정지 주변을 학교환경위생정화구역으로 설정하도록 함 · 영화상영관은 금지시설에서 제외
2008.04.28.	<ul style="list-style-type: none"> ○ 학교보건법 시행령 개정 · 학교의 학습 환경을 보다 근본적으로 보호하기 위하여 학교설립예정지에 대하여도 학교환경위생정화구역을 설정토록 함 · 학교용지를 선정하는 때에는 교육환경에 대한 평가를 하도록 「학교보건법」이 개정(법률 제8391호, 2008.04.28. 시행)됨에 따라 법률에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정 ○ 학교보건법 시행규칙 개정 · 유치원 설립용지선정자는 교육환경평가에 필요한 평가서의 일부 생략 가능(규칙 제7조) · 교육환경평가대상별 평가기준 제시(규칙 제8조, [별표7])
2008.08.04.	<ul style="list-style-type: none"> ○ 학교보건법 시행령 개정 · 학교 또는 학교환경위생정화구역이 재개발이나 재건축지역 안에 위치하게 되는 경우 학습환경 등의 보호를 위하여 정비구역학습환경보호위원회를 설치하여 운영하도록 하는 내용으로 「학교보건법」이 개정(법률 제8578호, 2008.08.04. 시행)됨에 따라 법률에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정함
2012.01.26.	<ul style="list-style-type: none"> ○ 학교보건법 개정 · 법 제6조의2의 학교용지 선정시 수행되는 교육환경 평가는 관할 교육감의 승인을 받도록 함 · 교육감의 교육환경 평가 승인 시 학교보건위원회의 심의 거치도록 함(「도시환경 및 주거환경정비법」상 요건 갖추면 정비구역학습환경보호위원회 심의로 같음함)
2012.08.13.	<ul style="list-style-type: none"> ○ 학교보건법 시행령 개정 · 학교환경위생정화위원회의 심의·의결 시 위원회의 제척·기피·회피제도 도입(영 제7조의2) · 교육감의 위원 해임·해촉권 규정(영 제7조의3)

- 8) 당구장의 경우는 대학의 절대정화구역에서는 절대로 금지되고 상대정화구역에서는 금지해제를 받은 경우에 한하여 허용되는 데 대하여, 고등학교 이하의 학교에서는 절대정화구역이든 상대정화구역이든 불문하고 금지해제를 받은 경우에는 허용되도록 하였다(시행령 제4조).
- 9) 1996년 컴퓨터게임장으로 명칭이 변경되었다가 1999년 다시 게임제공업시설로 변경되었다. 2001년에는 멀티미디어문화컨텐츠설비제공업시설이 추가되었으며, 멀티미디어문화컨텐츠설비제공업시설은 2006년 인터넷컴퓨터게임시설제공업시설로 명칭이 변경되었다.
- 10) 터키탕은 1970년 시행규칙에서는 규제대상이었으나, 1981년 법에서는 제외되었다가, 1990년의 시행령에서 다시 추가되었다. 1997년에는 증기탕으로 명칭이 변경되었는바, 학교보건법시행령(1997.2.24.) 개정이유에 따르면 “터키탕업이 본래의 건전한 터키식 목욕장과 다르게 운영되어 왔으므로 부적절한 용어사용을 바로잡고,

Ⅲ. 현행 학교환경위생 정화구역 제도

1. 현행 학교보건법상 학교환경위생 정화구역의 설정

「학교보건법」 제5조 제1항은 학교환경위생 정화구역을 설정하도록 정하고 있고, 같은 법 시행령 제3조 제1항은 학교환경위생 정화구역을 절대정화구역과 상대정화구역으로 나누어 절대정화구역은 학교출입문으로부터 직선거리로 50미터까지인 지역으로 하고, 상대정화구역은 학교경계선¹⁵⁾ 또는 학교설립예정지경계선으로부터 직선거리로 200미터까지인 지역 중 절대정화구역을 제외한 지역으로 하고 있다. 학교환경위생정화구역의 설정권자는 교육감 또는 학교보건법 제5조 제5항에 따라 권한의 위임을 받은 교육장이다. 설정대상은 「유아교육법」 제2조 제2호, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조에 따른 각 학교로서 유치원, 초·중·고등학교, 특수학교, 대학(대학원대학) 등과 학교설립예정지가 포함되어 있다.

국제적 우호·협력을 증진하기 위한 것"이 그 개정취지이다.

- 11) 이 중 노래연습장과 담배자동판매기의 경우 대학이나 유치원의 학교환경위생 정화구역에서는 금지대상에서 제외하였다.
- 12) 이일세 교수는 “각주 11)과 함께 과도한 행정규제로 인한 국민의 불이익을 완화하기 위한 노력으로 평가할 수 있을 것이다”라는 주장을 한 바 있다(이일세, 앞의 논문, 384면).
- 13) 헌법재판소 1997.03.27. 자 94헌마196 결정에 따른 개정.
- 14) 헌법재판소 2004.05.27. 자 2003헌가1 결정에 따른 개정.
- 15) 대법원은 ‘학교경계선’은 지적공부상 학교용지의 경계선이 아니라 ‘학교교육이 실질적으로 이루어지는 공간의 경계선’이라고 보아야 한다고 하며, ‘학교경계선’을 학교 담장으로 보아 담장으로부터 당해 영업소까지의 거리가 200m를 초과하므로 위 영업소는 ‘상대정화구역’ 내에 있지 않다고 판단한 바 있다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2152 판결). 한편 당해 업소의 이용객이 상가건물의 출입구, 주차장, 승강기, 화장실 등 공용시설을 이용한다고 하더라도 이를 위 업소의 시설이라고 할 수 없고, 위 업소가 상대정화구역에 포함되는지 여부를 판단하는 기준이 되는 경계선은 해당 업소의 전용출입구로 보아야 한다고 판시한 대법원 판례도 있다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010두17946 판결).

「학교보건법」에서 학교설립예정지도 학교환경위생 정화구역 대상으로 포함시킨 것은 2007년 법률을 개정하면서부터이고, 그 이전에는 국무총리훈령과 “학교설립예정지정화구역고시제도”를 통하여 학교설립예정지 주변에 유해업소 예비통제를 실시하였다. 또한 2005년경 교육인적자원부는 “정화구역예정지역 고시제도 개선방안”을 각 교육청에 시달하여 정화구역예정지역에 「학교보건법」 제6조의 규정을 준용하여 영업시설을 규제하도록 하였다. 그러나 이와 같이 “지침”에 의하여 정화구역예정지역에서의 영업을 제한하는 것에 대하여는 법적 근거 없이 국민의 직업의 자유를 제한한다는 문제가 있어 비판을 받았는데¹⁶⁾ 2007년 법률 개정을 통하여 이를 보완한 것으로 보인다.

학교용지를 선정할 때에는 「학교보건법」 제6조의2 제2항에 따라 교육환경에 대한 평가를 하여야 하는데, 「학교보건법 시행규칙」 별표7 ‘교육환경평가대상별 평가기준’에 따르면 “「학교보건법」 제6조 제1항 제1호, 제4호, 제5호 제7호 내지 제9호, 제11호 및 제19호에 따른 행위 및 시설이 없을 것”, “「학교보건법」 제6조 제1항 단서에 따라 교육감 또는 교육감이 위임한 자의 인정을 받지 못한 행위 및 시설이 없을 것”을 평가기준의 하나로 정하고 있다. 즉 당해 학교용지를 기준으로 학교환경위생 정화구역이 설정될 경우 그 안에 절대적 금지시설이 없고, 상대적 금지시설의 경우 「학교보건법」 제6조 제1항 단서에 의하여 금지가 해제되어야 당해 학교용지를 학교용지로 선정할 수 있다. 따라서 금지시설의 이전·폐쇄조치가 선행되어 지지 않는다면 도시관리계획상 학교용지로 지정·고시 할 수 없다는 것이 교육과학기술부의 입장이다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 이와 같은 교육환경평가제도

16) 이일세, 앞의 논문, 387면.

17) 경상북도교육청, 앞의 책, 161면 참조.

18) 학교용지 선정자는 절대적 금지시설이 있는 경우 이를 이전하거나 폐쇄할 조치계획을 병행하여 제출하여야 하고, 상대적 금지시설의 경우에는 ‘학교환경위생정화위원회’ 심의 의견을 들어 회신하고, 회신된 의견이 금지라면 이에 대한 조치계획을 보완·제출

는 2007. 4. 27. 「학교보건법」의 개정으로 도입되어, 이 제도가 시행된 2008. 4. 28. 이전에 설립된 학교의 경우 이와 같은 교육환경평가 없이 학교가 설립되고 그에 따라 학교환경위생 정화구역이 설정되었다.

위와 같이 교육감 또는 위임받은 자가 학교환경위생 정화구역을 설정 하였을 때에는 그 설정일자 및 설정구역을 고시하여야 하고, 게시판 또는 인터넷 등을 이용하여 그 내용을 국민에게 공개하여야 한다(「학교 보건법 시행령」 제3조 제2항, 제3항). 또한 「토지이용규제기본법」 제8조에 따라 지방자치단체에서 운영하는 국토이용정보시스템(KLIS)에 등재 하도록 하고 있다. 그러나 이와 같이 공시를 한다고 하더라도 국민의 입장에서는 특별히 확인을 하지 않으면 자신의 재산이 규제받고 있다는 사실을 모르고 있으며, 학교환경위생 정화구역 변경사항이 실시간 반영 되지 않아 불편을 야기한다는 비판이 있다.¹⁹⁾ 한편 학교환경위생 정화 구역 지정 현황은 2009. 12. 기준으로 17,497건수에 면적은 3,591km²으로 국토총면적 대비 정화구역 지정비율은 3.6%에 달한다.²⁰⁾

2. 학교환경위생 정화구역에서 일정한 시설 및 행위의 금지

「학교보건법」 제6조 제1항은 누구든지 학교환경위생 정화구역에서 일정한 행위 및 시설을 할 수 없도록 금지하고 있다. 대법원은 “학교보건 법과 체육시설의설치이용에관한법률은 그 입법목적, 규정사항, 적용범 위 등을 서로 달리하고 있어서 당구장의 설치에 관하여 체육시설의설치 이용에관한법률이 학교보건법에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있다고는 해석되지 아니하므로 체육시설의설치이용에관한법률에 따른

하여야 한다(조명연, “교육환경평가제도 개요”, 「교육환경평가제도 시행방안연구», 한국교육개발원(편), 2008, 6면.)

19) 성백선, 앞의 논문, 42면.

20) 김태환, 「학교환경위생 정화구역 내 각종업소 현황」, 교육과학기술부, 2010; 성백선, 앞의 논문, 41면에서 재인용.

당구장업의 신고요건을 갖춘 자라 할지라도 「학교보건법」 제5조 소정의 학교환경위생정화구역 내에서는 같은 법 제6조에 의한 별도 요건을 충족하지 아니하는 한 적법한 신고를 할 수 없다”고 보았다.²¹⁾ 또한 “단란주점 영업을 하기 위하여는 「식품위생법」 제22조 제1항에 의한 허가를 받아야 하는바, 「식품위생법」과 「학교보건법」은 그 입법목적, 규정사항, 적용범위 등을 서로 달리하고 있고 「식품위생법」이 「학교보건법」에 우선하여 배타적으로 적용되는 관계에 있지도 아니하므로, 「식품위생법」에서 정한 단란주점 영업허가 요건을 갖춘 자라도 학교환경위생정화구역 내에서는 「학교보건법」 제6조 제1항 단서에 의한 별도 요건을 충족하지 아니하는 한 적법한 허가를 받을 수 없다”고 판시한 바 있다.²²⁾ 그러므로 각 시설마다 개별법령에서 정한 허가요건 이외에 「학교보건법」상 요건 역시 별도로 갖추어야 한다. 이를 위반하여 금지된 행위 또는 시설을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금이 부과된다(「학교보건법」 제19조). 그리고 특별시장·광역시장·도지사 및 시장·군수·구청장 또는 관계 행정기관의 장은 그 금지된 행위와 시설을 방지하기 위하여 공사의 중지·제한, 영업을 정지, 허가의 거부·취소 등의 조치를 하여야 하며, 필요하면 시설 철거를 명할 수 있고 교육장은 이를 요청할 수 있다(「학교보건법」 제6조 제3항, 「학교보건법 시행령」 제8조). 다만 「학교보건법」 제6조 제1항 단서는 상대정화구역에서 일부 시설 및 행위에 대하여 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 아니한다고 인정하는 행위 및 시설은 금지시설에서 해제하여 줄 수 있도록 하고 있다.²³⁾ 따라서 금지시설은

21) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90누8350 판결.

22) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90누8350 판결.

23) 이와 관련하여 대법원은 “학교교육에 있어 학교주변환경은 학습이나 학교보건위생 등에 커다란 영향을 끼치는데 학교주변에 학습이나 학교보건위생에 유해한 영업행위 시설물들이 가급적 들어서지 못하도록 해 주는 것이 바람직하고 이러한 취지로 제정된 학교보건법의 목적을 달성하기 위하여는 학교장과 교육당국이 학교보건법

모든 학교환경위생 정화구역에서 그 시설 및 행위가 절대적으로 금지되는 절대적 금지시설과 「학교보건법」 제6조 제1항 단서에 따라 상대정화구역에서는 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 금지가 해제될 수 있는 상대적 금지시설로 나누어진다. 상대적 금지시설은 제2호, 제3호, 제6호, 제10호, 제12호부터 제18호까지, 제20호에 규정된 업종이다. 「학교보건법」에 따라 학교환경위생정화구역내에서 금지되는 행위 및 시설의 종류는 <표 1>과 같다.²⁴⁾

법례	× 절대적 금지시설
	△ 상대적 금지시설
	-금지규정 적용제외

<표 1> 학교환경위생정화구역내 금지행위 및 시설의 종류

구분	유치원	초·중·고		대 학		비고		
		절대	상대	절대	상대		절대	상대
법 제 6 조	1호 대기/악취/수질/소음/진동	×	×	×	×	×	×	배출허용/규제 기준/초과시설
	2호 총포화약류/고압·천연·액화 석유가스 제조·저장	×	△	×	△	×	△	
	3호 삭제	-	-	-	-	-	-	영화상영관
	4호 영화 제한상영관	×	×	×	×	×	×	
	5호 도축장/화장장/납골시설	×	×	×	×	×	×	
	6호 폐기물수집장소	×	△	×	△	×	△	
제 1 항	7호 폐기물·폐수종말·축산폐수·분뇨처리시설/축산폐수배출시설	×	×	×	×	×	×	
	8호 가축사체·가축가공처리시설	×	×	×	×	×	×	
	9호 전염병원/격리병사/격리소	×	×	×	×	×	×	
	10호 전염병요양소/진료소	×	△	×	△	×	△	
	11호 가축시장	×	×	×	×	×	×	

등 관계 법령이 정하는 바에 따라 내린 판단은 최대한 존중함이 상당”하다는 취지로 판시한 바 있다(대법원 2010. 3.11. 선고 2009두17643 판결). 그러나 단지 주변에 학원이 많다는 이유만으로 금지해제신청을 거부할 수 없다는 것에 서울행정법원 2002. 1. 23. 선고 2001구39097 판결.

24) 이 표는 이일세, 앞의 논문을 참조하여 경상북도교육청, 앞의 책, 31면의 표를 수정한 것이다.

법 제 6 조 제 1 항	12호	유흥주점/단란주점	×	△	×	△	×	△	
	13호	호텔/여관/여인숙	×	△	×	△	×	△	
	14호	당구장	-	-	△	△	-	-	현재결정(1997. 3.27.) 반영
	15호	사행행위장/경마장/경륜/경정장	×	△	×	△	×	△	장외발매소포함
	16호	게임제공업/인터넷컴퓨터게임 시설제공업	-	-	×	△	-	-	청소년/일반 게임제공업
	17호	게임물시설	×	△	×	△	×	△	
	18호	복합유통게임제공업	×	△	×	△	×	△	
	19호	전화방/성기구취급업소	×	×	×	×	×	×	
	영 제 4 조 의 2	1호	특수목욕장중 증기탕	×	△	×	△	×	△
2호		만화가게	-	-	×	△	-	-	자영업
3호		무도학원/무도장	×	△	×	△	×	△	
4호		노래연습장	-	-	×	△	-	-	
5호		담배자동판매기	-	-	×	△	-	-	
6호		비디오물감상실/비디오물소극장업	-	-	×	△	-	-	

한편, 사회가 발달하고 교육환경에 대한 인식도 변함에 따라, 연혁에서 알 수 있는 바와 같이 새로운 업종이 학교환경위생 정화구역에서 금지되는 시설로 추가되어 왔다. 그리고 새로운 업종이 추가되면 그 이전부터 적법하게 허가를 받고 영업을 해 오던 기존 시설은 일정한 유예기간을 두고 이전 또는 폐쇄할 의무가 부과되고, 유예기간 도과 이후에 영업을 하는 행위는 처벌의 대상이 된다.²⁵⁾ 또한 학교환경위생

25) 학교환경위생 정화구역 내 금지시설 중 하나인 컴퓨터게임장에 관한 대법원 판례에서 다수의견은 구 학교보건법 제6조 제1항에 의하여 금지되는 것은 시설명칭만을 표시한 제2호 내지 제14호의 경우를 포함하여 '제1호 내지 제14호에 열거규정된 각 시설에서의 각 영업행위를 하는 것'이라고 풀이해야 할 것이라고 하며, 그 이유는 같은 조항 전단에서 '행위 및 시설'이라고 묶어서 일체로 표현하고 있고, 그와 같이 해석하는 것이 법의 목적에 부합하기 때문이라고 한다. 그리고 1990. 12. 31. 제 13214호로 대통령령이 개정되면서 신설된 제4조의2 제1호와 부칙 제2항에 의하여 그 시행일 이후 그 정화구역 안에서 컴퓨터게임장을 설치하여 영업하는 것이 금지되므로 그 법령이 시행되기 전부터 그 시설에서 영업해 오던 사람이 그 유예기간을

정화구역에서 금지되는 시설이 먼저 존재하였는데 나중에 학교가 인근에 생김으로써 학교환경위생 정화구역으로 설정된 경우에도 그 시설은 「학교보건법」에 따라 운영이 금지되므로 상대적 금지시설로서 금지가

〈표 2〉 이전·폐쇄대상 업소 현황

구분	1995. 12. 31.						1998. 12. 31	2002. 12. 31	2004. 12. 31	즉시 전화방	계	2009 12월 기준	증감
	고입/천연/액화석유가스	유형 단란주점	호텔	여관/여인숙	당구장	게임제공업	노래연습장	비디오감상실	인터넷컴퓨터게임				
서울	-	4	1	16	1	2	17	1	5	-	47	53	+6
부산	-	-	-	1	-	-	9	-	-	2	12	13	+1
대구	-	-	-	3	-	-	2	-	-	-	5	5	-
인천	-	-	-	-	-	-	5	-	-	-	5	8	+3
광주	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-
경기	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	2	5	+3
전남	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	+1
경북	-	-	-	8	-	-	-	-	-	-	8	8	-
계	1	4	1	28	1	2	33	1	5	4	80	94	+14

출처: 교육과학기술부 학생건강안전과(2010. 1. 21.), 2010년 학교주변 유해환경 정비 추진실적 보고(2010. 12. 말 기준)²⁶⁾

넘기고도 그대로 계속 영업을 한 경우에는 그 시행령 부칙 제2항의 이전 또는 폐쇄명령에 위반한 부작위 때문에 처벌되는 것이 아니라 그 법령이 시행되고 그 유예기간이 지난 후에 그 시설에서 금지된 영업행위를 한 작위 때문에 처벌되는 것이라고 판시하였다. 따라서 종전 판례(대법원 1998. 11. 13. 선고 98도2962 판결)가 구 학교보건법 제6조 제1항 제2호 내지 제14호와 같이 금지되는 대상에 시설만 표시된 경우, 법령이 시행되기 전부터 영업을 해 오다가 유예기간 이후에도 계속 영업을 한 행위는 같은 조항에 의하여 금지되는 행위가 아니라고 하였던 것을 변경하였다.

이에 대하여 반대의견은 형벌법규는 어떠한 행위가 범죄로 되고 또 어떤 형벌이 과하여지는지 명확하여야 하며, 그 유추해석이나 확대해석은 허용될 수 없고 그 문언에 따라 엄격하게 해석하여야 하는 점에 비추어 볼 때, 법 제6조 제1항 제2호 내지 제13호 내지 제14호의 위임에 의한 법시행령 제4조의2 각 호는 ‘시설’만을 금지의 대상으로 규정하고 있을 뿐이고, 이에 ‘행위’가 포함될 여지가 없음이 명백하며, 입법목적은 행정기관의 조치와 단속으로 해결할 수 있으므로 다수의견에 찬동할 수 없다고 하였다(대법원 2000. 11. 16. 선고 98도3665 판결). 노래연습장 시설과 관련된 사건에서도 이와 같은 취지로 판시한 것에 대법원 2007. 1. 26. 선고 2006도8410 판결.

해제되지 않는 이상 그 업소는 이전·폐쇄대상이 된다. 이전·폐쇄대상 업소 현황은 <표 2>와 같다.

3. 학교환경위생 정화구역 설정과 관련된 문제점

학교환경위생 정화구역의 설정과 관련해서 문제가 되는 것은 크게 「학교보건법」 및 다른 법령들이 체계적으로 잘 맞지 않고 관계 기관 간에 통일적으로 연계가 잘 이루어지고 있지 못하는 점과 같은 제도적인 문제와 학교환경위생 정화구역에서 일정한 영업을 못함으로 인하여 야기되는 국민의 기본권 제한 내지는 침해의 문제로 나누어 볼 수 있다. 전자의 논의는 「학교보건법」의 목적이 학교의 보건관리와 환경위생 정화에 필요한 사항을 규정하여 학생과 교직원의 건강을 보호·증진하고자 하는 것으로서 「학교보건법」의 내용도 학교보건관리 및 학교내 환경위생관리에 치중되어 있어 학교주변 유해환경의 정화를 목적으로 한 것으로 보기는 어렵고, ‘학교환경보전법’이라는 별도의 법률을 만들어야 하며, 「청소년보호법」, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 등과 같이 학교주변의 교육환경 보호에 활용될 수 있는 다른 법령과의 연계를 강화하고 체계적 통일성을 기해야 한다는 등의 연구가 진행되어 있다.²⁷⁾

후자의 논의는 다시 학교환경위생 정화구역 내에서 일정한 행위 및 시설을 금지함으로써 국민의 기본권을 제한하는 것이 위헌인지 여부에 관한 문제와 기존에 영업을 하고 있었는데 나중에 학교환경위생정화구역이 설정되어 업주의 기본권이 제한됨에도 불구하고 그에 대한 보상조치나 신뢰를 보호해 주지 않는 것이 위헌인지 여부에 관한 문제로 나누어진다. 학교환경위생 정화구역 내에서 일정한 행위 및 시설을 금지하는 것 자체가 위헌인지 여부에 관하여는 연구가 상당부분 이루어져 있고

26) 성백선, 앞의 논문, 34면에서 재작성한 표를 수정하여 재인용.

27) 박찬수, 앞의 논문, 74면.

각 업종별로 법원 및 헌법재판소의 판례도 많이 나와 있다. 그러나 적법하게 허가를 얻어 시설을 운영하고 있던 중 주변에 학교가 설립되어 행위 및 시설이 제한되는 경우 당해 시설의 업주의 신뢰보호와 관련하여서는 크게 논의가 이루어지지 않고 있다. 이는 금지업종이 아니었는데 법률의 개정으로 신규 금지업종으로 변경되어 기존의 영업자들의 권리가 제한되는 것과는 다르다. 법률의 개정으로 신규 금지업종으로 변경된 경우는 부칙규정에 유예기간을 정하고 있으나 새로이 학교가 설립됨으로써 기존 영업자의 권리가 제한되는 경우 기존 영업자의 신뢰를 보호하여주는 규정이 없어 문제가 된다. 물론 2008. 4. 28.부터 시행된 교육환경평가제도에 의하여 금지시설이 있는 경우 학교용지로 선정할 수 없지만, 그 이전에 설립된 학교에 대하여는 위 제도가 적용되지 않는다. 또한 금지시설이 있음에도 불구하고 이를 간과하고 학교가 설립된 경우나 교육환경평가 후 학교설립예정지 공고가 나기 전에 금지시설이 설치된 경우 그 효력에 대하여는 법률에서 정하고 있지 않으며, 학교환경평가에 실제적 위법사유가 있다는 것만으로 학교설립인가가 당연히 위법하게 되는 것은 아니라고 볼 가능성이 높²⁸⁾ 여전히 기존 금지시설의 영업주에 대한 신뢰보호의 문제가 남는다.

IV. 학교환경위생 정화구역 내 시설제한이 위헌인지 여부와 관련된 판례의 태도

「학교보건법」에서 학교환경위생 정화구역 내 일정한 행위 및 시설을 금지한 것이 「헌법」상 기본권을 침해하는지 여부에 대하여 업종별로 대법원의 판결 및 헌법재판소의 결정이 수차례 있었고, 일부는 위헌

28) 판례는 새만금 사건에서 환경영향평가의 부실로 인하여 당연히 당해 승인 등 처분이 위법하게 되는 것은 아니라고 보았다(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두220 판결).

결정을 받기도 하였다.²⁹⁾ 대법원 판결 및 헌법재판소 결정을 살펴보면 다음과 같다.

1. 과잉금지원칙 위반 여부에 관한 판례

가. 여관시설

헌법재판소는 학교환경위생 정화구역 내에서 여관시설을 금지하는 「학교보건법」 조항에 대하여, 당해 법률조항은 유해환경으로부터 초등학교 학생들을 보호하여 초등학교 교육의 능률화를 기하려는 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 유해환경으로서의 특성을 갖는 여관시설과 영업을 정화구역 안에서 금지한 것은 위와 같은 입법목적달성하기 위하여 효과적이고 적절한 방법이라고 할 수 있으며, 또한 학교환경위생 정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 경우에는 상대정화구역 안에서의 여관시설과 영업을 허용되며, 사전에 여관시설과 영업을 정리할 수 있도록 기존시설에 대하여 5년의 유예기간을 주는 부칙규정을 고려하면 피해최소성의 원칙에도 부합될 뿐 아니라, 여관시설과 영업을 금지함으로써 여관업자가 입게 된 불이익보다는 이를 허용함으로써 초등학교 교육의 능률화를 기할 수 없는 결과가 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 금지조항은 직업수행의 자유를 침해하지 않는다고 하였다. 그리고 당해 법률조항은 초등학교 교육의 능률화를 기하기 위하여 정화구역 안에 여관시설과 영업을 금지함으로써 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 입법이라고

29) 후술하는 바와 같이 이러한 판례들은 학교환경위생 정화구역 내 금지시설이긴 하지만 적법하게 운영을 하고 있다가 영업장 주변에 학교가 설립됨으로써 영업주의 기본권이 침해되는 것인지 여부에 대하여 직접적으로 다룬 것은 없다. 따라서 엄밀히 본고에서 다루고자 하는 문제점에 대한 판례라고 할 수는 없으나, 본고에서 다루는 주제와 밀접히 관련 있는 내용이므로 이를 살펴보고자 하는 것이다.

할 수 있으므로, 이는 공익목적에 위하여 개별적, 구체적으로 이미 형성된 구체적 재산권을 박탈하거나 제한하는 것으로서 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항 소정의 수용, 사용 또는 제한과는 구별된다고 하며, 따라서 건물의 소유주로서는 건물을 “여관” 이외의 다른 용도로 사용할 수 있으므로 건물의 기능에 합당한 사적인 효용성은 그대로 유지된다고 할 것이고, 기존시설에 대하여 5년간 여관업을 계속할 수 있도록 경과규정을 두고 있는 점에 비추어 여관영업권에 대하여 별도의 보상적 조치를 두지 않았다고 하더라도 이는 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘었다고 할 수 없으므로, 이 사건 금지조항은 재산권을 침해하지 않는다고 하며 합헌결정을 내렸다(헌법재판소 2004. 10. 28.자 2002헌바41 결정, 헌법재판소 2006. 3. 30.자 2005헌바110 결정, 헌법재판소 2011. 10. 25.자 2010헌바384 결정).

위와 같은 사례에서 청구인은 「학교보건법」에서 여관시설을 금지시설로 규정하기 이전부터 여관시설을 운영하던 자로서, 헌법재판소는 기존시설에 대하여 5년간 여관업을 계속할 수 있도록 경과규정을 두고 있으므로 청구인의 기존시설에 대한 재산권을 침해하지 않는다고 판시한 것이고, 학교환경위생 정화구역 내 금지시설이지만 학교환경위생 정화구역이 아닌 곳에서 적법하게 운영을 하고 있던 중 인근에 학교가 설립됨으로써 이전·폐쇄 대상이 된 경우에 대하여는 판단하고 있지 않다.

나. 게임시설제공업 등

인터넷컴퓨터게임시설제공업인 이른바 PC방 시설을 학교환경위생 정화구역에서 금지한 것이 위헌인지 여부에 대하여 대법원은, (구) 「학교보건법」 제6조 제1항 제14호 및 같은 법 시행령 제4조의2 각호의 규정에 의하면 학교환경위생정화구역 안에서 PC방 시설을 하는 것은 원칙적으로 금지되어 있는바, 이는 변별력과 의지력이 미약한 청소년 학생들이

게임 등 컴퓨터를 이용한 각종 오락에 빠져 학습을 소홀히 하는 것을 방지하고, 출입과 이용에 아무런 제한이 없는 PC방을 이용함으로써 접하게 되는 유해한 정보 등을 차단함으로써 학교교육의 능률화를 기하려는데 그 취지가 있는 것이므로, 영업의 자유를 침해하고 죄형법정주의 및 포괄위임금지의 원칙을 위반하는 등 「헌법」의 규정에 위반된다고 할 수는 없다고 판시하였다(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005두2582 판결). 헌법재판소 역시 학교보건법에서 PC방 시설을 학교환경위생 정화구역 내 금지시설로 정한 것이 영업주의 기본권을 침해하는 것인지 여부에 관하여 위 여관사건에서와 같은 이유로 재산권을 과도하게 제한하는 것이 아니라고 판시하였다(헌법재판소 2010. 1. 25. 자 2009헌바105 결정).

다. 납골시설

학교정화구역 내의 납골시설의 설치·운영을 절대적으로 금지하고 있는 (구) 「학교보건법」 제6조 제1항 본문 제3호 중 납골시설 부분에 의하여 종교의 자유 내지 행복추구권·직업의 자유 등 기본권이 침해되는지에 대하여 헌법재판소는 입법자는 학교 부근의 납골시설이 현실적으로 학생들의 정서교육에 해로운 영향을 끼칠 가능성이 있다고 판단하고 학생들에 대한 정서교육의 환경을 보호하기 위하여 학교 부근의 납골시설을 규제하기로 결정한 것으로서, 납골시설을 기피하는 풍토와 정서가 과학적인 합리성이 없다고 하더라도 그러한 풍토와 정서가 현실적으로 학생들의 정서발달에 해로운 영향을 끼칠 가능성이 있는 이상, 규제하여야 할 필요성과 공익성을 부정할 수 없고 입법형성권의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다고 하며 합헌 결정을 하였다. 이에 대하여 반대의견은 납골시설이 반드시 학생들의 정신적 교육환경에 부정적인 영향을 미치는 유해한 시설이라고 단정하기는 어렵고 오히려 삶과 죽음, 그리고 사후세계와 삶의 다양성에 대하여 사색할 수 있는 교육적 시설이 될

가능성이 있으며, 특히 낚골시설이 대학생의 신체적·정신적 성숙성에 비추어 볼 때 대학의 교육환경에 부정적인 영향을 줄 가능성은 희박하다고 하며 이 사건 법률조항이 종교의 자유, 행복추구권 등을 침해하여 위헌이라고 판단하였다(헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가2 결정).

라. 당구장 시설

당구장 시설에 대하여 헌법재판소는 학교마다 교육의 목적, 과정이 서로 다른 데다가 학생의 연령이나 신체 및 지능의 발달정도에 큰 차이가 있어 당구장이 학교교육에 미치는 영향은 학교의 종류에 따라 크게 다를 수밖에 없다는 이유로 대학 및 기타 이와 유사한 교육기관, 유치원, 초·중·고등학교 기타 이와 유사한 교육기관 세 가지로 분류하여 판단하였다. 그리고 그에 따라 대학 및 기타 유사한 교육기관의 경우 그 학생들은 변별력과 의지력을 갖춘 성인이어서 당구장을 어떻게 활용할지는 그들의 자율적 판단과 책임에 맡겨야 한다는 등의 이유로 필요하고 적절한 방법이라고 할 수 없다고 하였다. 또한 유치원 주변의 경우 당구장을 허용하여도 유치원생이 교육적으로 나쁜 영향을 받을 위험성이 있다고 보기 어려우므로 유치원 및 이와 유사한 교육기관의 학교환경위생정화구역 안에서 당구장 시설을 하지 못하도록 기본권을 제한하는 것은 입법목적의 달성을 위하여 필요하고도 적절한 방법이라고 할 수 없어 기본권 제한의 한계를 벗어나 헌법에 위반된다고 하였다. 반면에 초·중·고등학교 기타 이와 유사한 교육기관의 학생들은 아직 변별력 및 의지력이 약하여 당구의 오락성에 빠져 학습을 소홀히 하고 당구장의 유해환경으로부터 나쁜 영향을 받을 위험성이 크므로 이를 학교환경위생정화구역에서 금지하고 예외적으로 허용하여주는 「학교보건법」 조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니하여 합헌이라고 하였다(헌법재판소 1997. 3. 27. 자 94헌마196, 225 결정). 이는 교육환경에 유해한지 여부에

대하여 학교별로 나누어 판단을 하였다는 점에서 매우 의의가 있는 결정이다. 학교환경위생 정화구역 내 금지시설을 규율함에 있어서 학교급별로 나누어 규율하여야 한다는 주장³⁰⁾도 있는데 매우 합리적인 주장이라 하겠다. 헌법재판소는 극장시설에 대하여도 학교별로 나누어 「학교보건법」 조항의 위헌성 여부를 판단한 바 있다.³¹⁾

이후 이러한 헌법재판소 결정에 따라 「학교보건법」이 개정되어 초·중·고등학교 및 이와 유사한 교육기관의 학교환경위생 정화구역 안에서만 당구장 시설이 금지되고, 유치원이나 대학 및 이와 유사한 교육기관의 학교환경위생 정화구역 안에서는 당구장 시설이 허용되었다. 그리고 초·중·고등학교의 학교환경위생 정화구역 안에서 당구장 시설을 금지한 것에 대하여 다시 헌법소원이 제기되었지만 다수의견은 직접성 요건을 흠결하였음을 이유로 본안 판단을 하지 않았지만, 반대의견은 당구장업 자체가 초, 중, 고등학교의 교육을 직접적으로 방해하는 것이 아닌 점, 당구는 정신집중 훈련과 여가선용이라는 점에서 긍정적 측면이 있는 점, 당구에 대한 사회적 인식이 유키에서 체육활동으로 바뀌었고, 그러한 사정이 국내의 입법과 국제적인 체육행사에까지 반영된 점 등에 비추어, 이 사건 법률조항은 더 이상 그 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성을 인정하기 어려워 직업선택의 자유를 부당하게 제한하여 「헌법」에 위반된다고 판단하였다(헌법재판소 2005. 10. 27. 자 2004헌마732 결정). 따라서 추후에 당구장 시설에 대하여 초·중·고등학교 및 이와 유사한 교육기관의 경우에도 위헌결정이 날 가능성이 높다고 할 것이다. 이는 어느 시설이 교육환경에 유해한지 여부가 시대적·사회적 인식에 따라 달라지기 때문에 가능한 것으로서, 당구장에 대한 사회적 인식이 바뀌어 과거에는 당구가 청소년에게 유해한 것으로 판단되었으나, 현재는 스포츠의 하나라는 인식이 사람들 사이에 자리 잡고 있기 때문이다.

30) 박찬수, 앞의 논문, 87면.

31) 헌법재판소 2004. 5. 27.자 2003헌가1·2004헌가4(병합) 결정.

마. 극장시설

헌법재판소는 극장시설을 금지한 부분에 대해서도 극장운영자의 직업의 자유를 과도하게 침해한다고 판시하면서 대학의 정화구역 내에서는 극장시설 및 영업을 일반적으로 금지하는 필요성을 인정하기 어렵고 초·중·고등학생들에게 오히려 문화적 소양을 위한 유익한 시설로서 바람직한 방향으로 활용될 가능성이 높으므로 유치원 및 초·중·고등학교의 정화구역 중 극장영업을 절대적으로 금지하는 것은 극장운영자의 직업의 자유를 과도하게 침해하는 것이라고 판시하였다. 또한 오늘날 영화 및 공연을 중심으로 하는 문화산업은 높은 부가가치를 실현하는 첨단산업으로서의 의미를 가지고 있고, 직업교육이 날로 강조되는 대학교육에 있어서 문화에의 손쉬운 접근가능성은 중요한 기본권으로서의 의미를 가진다고 하면서, 대학의 정화구역에서 극장시설을 금지하는 「학교보건법」 조항은 대학생의 자유로운 문화향유에 관한 권리 등 행복추구권을 침해하고, 아동·청소년의 문화향유에 관한 권리 등 행복추구권을 침해한다고 하였다. 현행 「학교보건법」은 일반극장시설의 경우 학교환경위생 정화구역 내에서 금지되는 행위 및 시설에서 삭제하고, 제한상영관의 경우만 금지시설로 정하고 있다(헌법재판소 2004. 5. 27. 자 2003헌가1 결정).

이러한 헌법재판소 결정 역시 과거 극장시설을 청소년 유해시설로 보아 학교환경위생 정화구역 내 절대적 금지시설로 규정하였으나, 극장시설에 대한 사회적 인식과 그 역할이 바뀌어 더 이상 유해시설로 인정할 수 없음을 보여준다. 따라서 「학교보건법」이 이러한 사회적 변화를 반영하지 못하는 이상 학교환경위생 정화구역 내 시설을 금지하는 「학교보건법」 조항이 위헌결정을 받을 운명에 처할 수밖에 없을 것이다.

2. 신뢰보호원칙 위반 여부에 관한 판례

헌법재판소는 노래연습장시설을 학교환경위생 정화구역 내 금지시설로 규정한 「학교보건법」 시행령 조항에 대하여 이미 설치된 노래연습장시설을 폐쇄 또는 이전하도록 하면서 경제적 손실을 최소화할 수 있도록 약 5년간의 유예기간을 주는 등 경과조치를 하여, 기존 노래연습장시설 업주들의 법적 안정성과 신뢰보호를 위하여 상당한 배려를 하고 있으므로, 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다고 판시하였다(헌법재판소 1999. 7. 22. 자 98헌마480 결정). 이는 노래연습장시설이 처음 학교환경위생 정화구역 내 금지시설로 규정되면서, 그 이전에 학교 주변에서 노래연습장시설을 운영하던 업주들의 경우 일정기간 유예기간을 두고 있으므로 신뢰가 보호된 것이라고 판단한 것이다. 그러나 이후의 헌법재판소 결정은 신뢰보호원칙 위반 여부에 대해서는 판단하지 않고 과잉금지원칙에 의하여만 판단하고 있으며, 신뢰보호는 침해의 최소성 원칙에서 사익으로 보아 공익과 비교형량한 바 있다.³²⁾

3. 소 결

위와 같이 업종별로 학교환경위생 정화구역 내 행위 및 시설금지가 위헌인지 여부에 관하여 헌법재판소는 주로 과잉금지원칙을 기준으로 영업주의 재산권 및 직업의 자유의 침해여부를 판단하였고, 사안에 따라 학생들의 행복추구권을 검토하기도 하였다. 위헌여부를 판단함에 있어서 헌법재판소는 학교환경위생 정화구역 제도 자체의 합헌성을 전제로 당해 시설이 학생들에게 어떤 영향을 미칠 수 있는가 하는 것을 중요한 요소로 보고 있다. 따라서 시설에 따라 학교환경위생 정화구역 내 금지시설로 정한 것에 대한 위헌여부 판단이 달라질 수밖에 없다. 당해 시설이

32) 헌법재판소 2011. 10. 25. 자 2010헌바384 결정.

사회적으로 인식이나 운영행태가 개선되어 학생들에게 교육적 효과를 가져올 수 있는 시설로 판명되면 그러한 시설을 금지하는 것은 시설 운영자의 기본권을 침해하는 것이라는 결론에 다다르게 된다. 당구장이나 극장시설에 관한 헌법소원 사건에서 이와 같은 이유로 「학교보건법」 조항이 위헌결정을 받게 된 것이다. 그러나 헌법재판소는 기존에 시설을 적법하게 운영하던 중 주변에 학교가 설립되어 유예기간이나 아무런 보상도 없이 시설을 이전·폐쇄할 의무를 부담하는 경우에 대해서는 아무런 언급이 없는바, 그와 같은 경우 「학교보건법」 조항이 당해 영업주의 재산권을 침해하거나 신뢰보호원칙을 위배하여 위헌인지 여부가 문제된다.

V. 학교환경위생 정화구역 설정으로 인한 기존 금지시설 영업주의 재산권 침해 문제

1. 재산권의 제한

「헌법」 제23조 제1항은 ‘모든 국민의 재산권은 보장된다’라고 규정하고 있다. 여기서 재산권은 ‘사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 포함하는 모든 재산가치 있는 구체적 권리’를 말한다.³³⁾ 그리고 특정 건물을 소유하고 있는 자의 건물에 대한 소유권과 특정 건물을 임대하는 등으로 그 건물을 사용하는 자의 사용수익권은 재산가치 있는 구체적 권리로서 재산권에 해당된다. 그런데 학교환경위생 정화구역이 설정되면 그 지역 안에 있는 건물을 일정한 시설로 영업하는 것이 금지되므로 학교환경위생 정화구역 제도는 그 지역 안의 건물소유자 또는 사용자의 재산권을 제한한다.³⁴⁾ 또한 기존에 금지시설을 운영하던 자는 그 영업

33) 헌법재판소 1993. 5. 13. 자 92헌마80 결정.

34) 헌법재판소 2006. 3. 30. 자 2005헌바110 결정.

장이 학교환경위생 정화구역으로 설정됨으로써 당해 영업을 계속할 수 없으므로 기존 영업자의 영업권이 제한되는데, 그 동안 영업을 하여 오면서 장시간에 걸쳐 형성된 고객관계, 입지조건, 영업상의 비결, 신용, 영업능력, 사업연락망을 포함하는 영업재산이나 영업조직은 재산적 가치를 인정할 수 있으므로³⁵⁾ 이러한 영업권 역시 재산권의 내용에 포함된다 할 것이다.³⁶⁾ 따라서 학교환경위생 정화구역이 설정되어 그 구역 안에서 일정한 행위 및 시설이 금지됨으로 인하여 기존 영업자의 영업장에 대한 건물소유권 또는 사용수익권과 영업권이 모두 제한되고 「학교보건법」상 별도의 보상조치나 유예기간도 두고 있지 아니하는바, 이러한 제한이 「헌법」 제13조 제2항에서 금지하고 있는 소급입법에 의한 재산권 침해인지 여부와, 기존 영업자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것인지 아니면 사회적 제약의 범위를 넘어 특별한 희생에 해당하거나, 보상규정 없는 공용침해로서 기존 영업자의 재산권을 침해하는지 여부가 문제된다.

2. 소급입법에 의한 재산권 침해 문제

「헌법」 제13조 제2항은 모든 국민은 소급입법에 의하여 재산권을 박탈당하지 아니한다고 규정하고 있다. 소급입법에 의하여 재산권 박탈이 금지되는 것은 진정소급입법의 경우를 말하고 부진정소급입법의 경우는 해당되지 아니한다.³⁷⁾ 진정소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 소급입법을 말하고, 부진정소급입법은 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 작용케 하는 소급입법

35) 헌법재판소 2004. 10. 28. 자 2002헌바41 결정의 반대의견, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두7804 판결.

36) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98도3665 전원합의체 판결.

37) 성낙인, 「헌법학」, 제12판, 법문사, 2012, 686면.

을 말하는데 부진정소급입법은 원칙적으로 허용된다는 것이 헌법재판소의 태도이다.³⁸⁾ 「학교보건법」에서 일정한 시설을 학교환경위생 정화구역 내 금지시설로 규정하는 경우 기존에 학교 주변에서 당해 금지시설을 운영하던 영업주의 재산을 소급하여 제한하는 것은 아닌지 문제되지만, 학교보건법은 장애에 향하여 당해 시설의 행위 및 시설을 금지하는 것이므로 소급입법이라고 볼 수는 없다. 헌법재판소 역시 이와 같은 취지로 판단한 바 있다.³⁹⁾ 또한 이미 금지시설로 규정되어 있었는데 학교환경위생 정화구역 밖에서 적법하게 당해 금지시설을 운영하다가 인근에 학교가 설립됨으로써 행위 및 시설이 금지되는 것 역시 소급입법에 의한 재산권 제한이라고 할 수는 없다. 따라서 소급입법에 의하여 재산권이 침해되는 것은 아니다.

3. 헌법 제23조 제3항의 공용침해 문제

헌법재판소 다수의견은 학교환경위생 정화구역 내에서 여관 영업 및 시설이 금지된 사건에서 “여관영업을 제한하는 것은 국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것이라기보다는(입법자의 의도가 개별·구체적으로 특정 재산권을 박탈하거나 제한하려는 데 그 본질이 있는 것이 아니라), …… 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 입법”이라고 하면서 “이는 공익목적을 위하여 개별적·구체적으로 이미 형성된 재산권을 박탈하거나 제한하는 것으로서 보상을 요하는 「헌법」 제23조 제3항 소정의 수용·사용 또는 제한과는 구별되는 것이다. 다만 이러한 입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례의 원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부

38) 헌법재판소 1999. 7. 22. 자 97헌바76 등 결정.

39) 헌법재판소 1999. 7. 22. 자 98헌마480·586(병합) 결정.

인해서는 아니 된다”⁴⁰⁾라고 하여 「학교보건법」상 학교환경위생 정화구역 내 행위 및 시설제한 규정을 재산권의 내용한계규정으로 보고 있다.

이에 대하여 반대의견은 관련 「학교보건법」 조항이 “이미 형성된 재산권(여관영업권)을 박탈하여 여관업자의 특정한 범위의 재산권자의 희생을 야기하는 것이므로 「헌법」 제23조 제1항이나 제2항의 문제가 아니라 제3항의 문제로 보아야 한다”고 하며 「헌법」 제23조 제3항은 재산권 행사의 사회적 의무의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정한 것으로서, 학교환경위생 정화구역 설정으로 인하여 여관영업권을 상실하는 것은 분명하므로 이것은 “재산권의 수용에 해당한다”고 보았다.

위와 같이 학교환경위생 정화구역 내 일정한 행위 및 시설을 금지하는 「학교보건법」 조항이 재산권의 내용한계규정인지 공용침해규정인지 견해가 대립된다. 그런데 재산권을 제한하는 어떤 법률조항이 「헌법」 제23조 제1항 및 제2항의 재산권의 내용한계규정인지, 「헌법」 제23조 제3항의 공용침해규정인지 여부에 관하여 헌법재판소는 전자는 ‘입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권의 내용을 형성하고 확정하는 것’을 의미하고, 후자는 ‘국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것’을 의미한다고 정의 내렸는바⁴¹⁾ 이러한 헌법재판소의 정의에 입각하여 위 「학교보건법」 조항이 재산권의 내용한계규정인지 공용침해규정인지 검토해 보기로 한다.

학교환경위생 정화구역이 설정되면 그 지역 내에서는 일정한 행위 및 시설이 금지되는데 이는 장래에 향하여 부과되는 제한임은 이미 앞서 서술한 바와 같다. 이와 같은 제한은 모든 국민에게 일반적으로 적용되

40) 헌법재판소 2004. 10. 28. 자 2002헌바41 결정.

41) 헌법재판소 1999. 4. 29. 자 94헌바37 결정, 헌법재판소 2004. 11. 25. 자 2003헌가 16 결정.

는 것이므로 장래에 향하여 일반적인 형식으로 재산권을 제한한다는 점에서 재산권의 내용한계규정으로 볼 여지가 있다. 그러나 장래에 학교환경위생 정화구역 안에서 금지시설을 할 수 없다는 측면에서는 그와 같이 볼 수 있다고 하더라도, 기존에 영업을 하던 자가 당해 영업소가 학교환경위생 정화구역 내 금지시설이 되거나, 당해 영업장이 학교환경위생 정화구역으로 설정됨으로써 이미 상당한 자본을 투자한 영업시설 및 경제적 가치가 있는 영업권을 모두 상실하게 된다면, 이는 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 방식으로 재산권이 제한되는 것이 아니라, 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것이다. 여관영업시설에 관한 위 헌법재판소 다수의견 역시 ‘여관영업권의 관점에서 본다면 이 사건 금지조항으로 인하여 여관영업권 자체가 박탈되는 결과’에 이름을 인정하고 있다.⁴²⁾ 그러므로 본고에서 다루고자 하는 셋째 유형, 즉 본래 학교환경위생 정화구역 내 금지시설에 해당하는 영업을 학교환경위생 정화구역 밖에서 적법하게 운영하던 중, 추후에 영업장 지역이 학교환경위생 정화구역으로 설정됨으로써 영업을 이전·폐쇄하도록 재산권(영업권)이 박탈당하는 경우, 이러한 재산권의 제한은 재산권의 공용침해에 해당한다고 보아야 한다.

그러나 영업소 건물의 소유권이나 사용수익권이 제한받는 부분은 장래에 향하여 특정 시설로 사용할 수 없게 되므로 ‘장래에 대하여 일반적으로 제한되는 것’으로서 공용침해에 해당하다고 보기 어렵고, 재산권의 내용한계규정으로 사회적 구속성의 한계 내에 있는지 여부를 검토하여야 할 것이다. 이와 달리 건물소유자의 재산권 침해 문제에 대하여도 건물을 이미 적법하게 당해 용도로 사용하여 온 자에게는 이미 형성된 구체적 재산권을 박탈한 것이고 실제로 건물소유자의 입장에서 학교환경위생 정화구역 내 금지시설로 규정된 비교적 광범위한 영업(예컨대

42) 그럼에도 불구하고 다수의견은 경과규정을 두고 있으므로 ‘재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주’ 내의 제한이라고 판시하였다.

당구장, PC방, 노래연습장, 비디오물감상실, 유흥주점, 단란주점, 증기탕, 무도학원, 무도장, 전염병원, 전염병요양소, 낚골시설 등)의 용도로 사용할 수 없으므로 「헌법」 제23조 제3항의 공용제한에 해당한다고 보는 견해⁴³⁾도 있다. 그러나 이미 적법하게 당해 용도로 사용함으로써 형성된 구체적 재산권은 영업권에 포함된다고 할 수 있고, 비교적 광범위한 영업이 금지되기는 하지만 대부분 상대적 금지시설로서 해제신청이 가능하여 영업의 가능성이 열려 있으며, 절대적 금지시설은 그 유효성의 정도가 심한 업소 유형으로서 보다 강한 사회적 제약이 필요한 부분이라는 점에서 영업권만 공용침해로 보면 충분하다 할 것이다.

4. 보상규정 없는 공용침해 등 기존 영업자의 재산권 침해 문제

적법하게 영업하던 자가 후에 학교환경위생 정화구역이 설정됨으로써 당해 영업장을 기존의 용도대로 사용하지 못하여 영업자의 건물에 대한 소유권이나 사용수익권이 제한되는 문제는 학교환경위생 정화구역 제도로 인하여 영업이 제한되는 그 자체 및 새로 「학교보건법」에서 금지시설로 규정하여 기존 영업자가 제한을 받는 것과 효과에 있어서 차이가 없다. 헌법재판소는 “정화구역 안에 소재하는 건물의 소유주로서는 건물을 특정 용도로 사용하지 못할 뿐이고 그 외의 다른 용도로는 사용할 수 있으므로 건물의 기능에 합당한 사적인 효용성은 그대로 유지된다.”고 하면서 재산권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

이에 대하여 건물소유자가 건물을 다른 용도로 전환하여 사용하기 위해서 지출하여야 하는 시설개수비용 등은 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범위를 넘는 특별한 희생에 해당하므로 손실보상의 요건이 충족되었고, 5년 동안 유예기간을 둔 것이 충분한 보상이 되는지에 대하여는 각 시설마다 판단하여야 하는데, 여관, 영화관 등과 같이 특정 용도로

43) 이일세, 앞의 논문, 403면.

설계된 건물을 다른 용도로 사용하기 위해서는 대대적인 시설개수가 필요하므로 이러한 시설의 경우 5년의 유예기간으로는 불충분하여 소유자의 재산권을 침해할 소지가 있다는 견해가 있다.⁴⁴⁾

생각건대 금지대상인 영업시설을 갖추기 위하여 특별히 많은 자본이 투하되어야 하고, 이를 회수하기 위하여 장기간이 요구되는 경우 5년의 유예기간만으로는 부족할 가능성이 있다. 그런데 기존에 금지대상인 영업을 하다가 후에 학교환경위생 정화구역이 설정됨으로써 이전·폐쇄대상이 된 경우 「학교보건법」은 그러한 유예기간조차 정하고 있지 않다. 헌법재판소는 앞의 여관영업시설에 관한 사건에서, “새로 여관영업시설을 학교환경위생 정화구역 내 금지시설로 정하였다고 하더라도 「학교보건법」이 부칙에서 5년의 유예기간을 정하고 있으므로 별도의 보상적 조치를 두지 않았어도 재산권에 내재하는 사회적 제약을 넘었다고 할 수 없어 재산권이 침해되지 않는다.”고 판단하였다. 이를 반대로 해석하면 5년의 유예기간을 정하지 않고 별도의 보상적 조치를 두지 않은 경우 재산권에 내재하는 사회적 제약을 넘었다고 볼 수도 있는 것이다. 따라서 이와 같이 유예기간조차 두지 않고 아무런 보상조치 없이 학교환경위생 정화구역이 설정되면 적법하게 운영하던 업소를 이전·폐쇄하도록 규정하고, 이를 이행하지 않으면 형벌까지 부과하도록 한 「학교보건법」 조항은 재산권의 사회적 제약을 넘어 재산권을 침해하는 위헌적인 법조항이라 할 것이다.

또한 학교환경위생 정화구역이 설정되어 기존 영업권이 박탈되는 것은 「헌법」 제23조 제3항의 공용침해에 해당하므로, 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다. 그런데 「학교보건법」에서 영업권이 박탈된 기존 영업주에 대하여 어떠한 보상을 하도록 규정할 바도 없고, 영업장에서 기존에 아무런 제한 없이 영업을 하던 자의 재산권이 학교환경위생 정화구역 설정으로 인하여 제한된다는 측면에서 법

44) 이일세, 앞의 논문, 404면.

물로 새로운 금지시설을 규정하는 경우와 다를 바 없음에도 불구하고 전자의 경우에는 후자의 경우와 달리 유예기간조차 정하고 있지 않다. 게다가 2007년 「학교보건법」의 개정으로 학교설립예정지에 대하여도 학교환경위생 정화구역을 설정하여 학교가 설립된 것과 동일한 효과를 부여함으로써, 학교가 설립되기 전부터 일정 시설을 금지시키고 있으며 이 경우에도 역시 유예기간이나 보상규정은 두고 있지 않다. 물론 실무상 학교환경위생 정화구역으로 설정되었다고 하더라도 그 날부터 바로 시설을 금지시키지는 않고 관계 행정기관의 장과 협의하여 업소별 구체적인 이전·폐쇄 방안을 마련할 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 법령에 영업주를 보호하는 규정이 전혀 없는 이상 해당 영업소의 운명은 행정기관의 재량에 달려 있어 영업주의 지위는 항상 불안할 수밖에 없다. 이와 같이 「학교보건법」에서 아무런 보상규정을 두지 않은 것은 입법의 불비로서 위헌이라 할 것이다.⁴⁶⁾

5. 소 결

결국 새로이 금지시설로 신설된 경우가 아닌 이전부터 금지시설로 규정하여 왔으나 나중에 당해 영업장이 학교환경위생 정화구역으로 설정됨으로써 비로소 건물에 대한 재산권이 제한되는 기존 영업주에 대해서는 유예기간조차 없으므로 「헌법」 제23조 제1항 및 제2항에서 정한 재산권의 내용한계를 넘는 특별한 희생이라 할 것이다. 또한 구체적으로 이미 발생한 재산권인 영업권이 전면적으로 박탈되어 「헌법」 제23조 제3항의 공용침해에 해당된다. 그런데 「학교보건법」은 건물에 대한 재산권 및 영업권을 보전하여 주는 보상조치를 전혀 두고 있지 않으므로 기존 영업주의 재산권을 침해하여 위헌이라 할 것이다.

45) 경상북도교육청, 앞의 책, 19면.

46) 이일세, 앞의 논문, 405면에서도 입법의 흠결문제를 지적하고 있다.

Ⅵ. 기존 영업주에 대한 신뢰보호원칙 위반 문제

1. 「학교보건법」의 기존 영업권자에 대한 신뢰보호 문제

지금까지 「학교보건법」과 「학교보건법 시행령」은 법령의 개정으로 “새로이 금지시설로 추가된 영업시설”에 한하여 유예기간을 두고 있을 뿐이다.⁴⁷⁾ 따라서 「학교보건법」상 정화구역 내 금지행위 및 시설에는 해당하지만, 정화구역 밖에 위치하기 때문에 적법하게 영업을 해 오던 중 인근에 새로 학교가 설립됨으로써 당해 영업장이 학교환경위생정화구역 내에 속하게 된 경우에는 유예기간의 적용을 받을 수 없어 즉시, 이전·폐쇄의 대상이 된다. 「학교보건법」이 이러한 예외적인 경우에도 아무런 보상규정을 두고 있지 않은 것은 기존 영업주에 대한 신뢰보호에 있어서 위헌의 소지가 크다고 할 것이다.⁴⁸⁾

물론 어떤 영역에서 장래를 향해 새로 개정하는 거의 모든 법률은 실질적으로 시행당시 종결되지 않고 진행 중인 사실관계나 법률관계에 연관되어 있기 때문에 필연적으로 신뢰보호의 문제를 맞닥뜨리게 된다.⁴⁹⁾

47) 이와 관련된 학교보건법 시행령 개정연혁을 살펴보면, 1981.10.08. 절대정화구역 내 금지행위 및 시설 1986.8. 31.까지 이전·폐쇄, 1990.12.31. 전자유기장·터키탕·만화가게 추가, 기존시설 1995.12.31.까지 이전·폐쇄, 1993.09.27. 무도장·무도학원, 노래연습장, 담배자판기 추가, 기존시설 1998.12.31.까지 이전·폐쇄, 1998.01.16. 비디오물감상실, 전화방, 성기구취급업소 등 신종 풍속업소 추가, 기존시설 2002.12.31.까지 이전·폐쇄, 1999.05.15. 게임제공업을 종합게임장, 전용게임장(컴퓨터게임장), 멀티게임장(PC방)으로 구분, 기존시설(PC방) 2004.12.31.까지 이전·폐쇄, 2001.10.20. 복합유통·재공업시설(동법 시행령 제4조의2 제9호) 신설, 2002.08.26. “감염성폐기물처리 시설”의 설치를 2004년 12월 31일까지 한시적으로 허용, 기존의 외국인학교에 대하여는 학교환경위생 정화구역을 적용하지 않음, 2005.03.24. 영화상영관, 제한상영관, 경륜장과 경정장 추가, 기존시설 2009.12.31.까지 이전·폐쇄, 2005.12.07. 납골시설 추가, 2005.12.07. 이전에 설치된 납골시설 개정규정 미적용.

48) 이일세, 앞의 논문, 382면.

49) 송동수, “공법상의 신뢰보호의 원칙”, 「현대공법이론의 전개」, 석정허영민박사화강

즉, 대부분의 경우 일정한 법적 대상에 대하여 그 전체를 규율해야만 의도한 효과가 발생하므로, 과거에 발생한 사실관계를 신법의 적용범위에 포함시켜야 하는 정당한 공익적 이유가 존재한다고 볼 수 있다. 또한, 기존의 사실관계에 구법을 계속 적용한다면 2가지 법질서가 병렬적으로 존재하게 되어, 법적 안정성과 통일성의 관점에서 바람직하지 않기 때문에 개정 법률이 구법하에서 발생한 기존의 사실관계를 함께 규율할 것이 요청된다.⁵⁰⁾

그렇다 하더라도 구법하에서의 법적 상태를 신뢰한 개인의 경우, 입법자에 대하여 구법의 존속을 요구할 수는 없으나, 적어도 법률개정에 있어서 자신의 신뢰이익을 고려해줄 것을 요구할 수는 있다. 또한, 입법자는 개정 법률에 적절한 경과규정을 삽입함으로써 신뢰보호의 요청에 부합하는 방법으로 법률의 위헌성을 피할 수 있는 것이다. 즉, 입법자는 새로운 법률개정으로 「헌법」 제37조 제2항의 범위 내에서 기본권을 제한할 수 있으나, 법률개정으로 인하여 장래에 금지되는 권리행사를 과거에 이미 적법하게 행사한 사람들을 위하여 적절한 경과규정을 마련할 것이 요구되는데, 이러한 「헌법」상의 원리가 바로 신뢰보호원칙이다.

신뢰보호의 원칙은 공권력의 행사에 있어서 법적 안정성을 추구하는 자유민주주의·법치주의 국가의 헌법기본원칙이다. 「헌법」은 집행권과 사법권의 조직에 대한 법률주의를 규정함으로써 간접적으로 공권력행사의 예측가능성을 담보하고 있으며, 형벌불소급과 일사부재리원칙을 규정하여 국민의 신뢰를 보호하고 있다. 물론 신뢰보호의 원칙은 법령의 개정에도 있어서도 적용이 된다.⁵¹⁾ 즉, 그간에 「헌법」상의 신뢰보호원칙의 논의가 주로 법률 개정에 의한 신뢰보호의 측면에서 다루어진 것은 사실이나, 신뢰보호원칙은 법률 개정뿐만 아니라 국가의 공권력행사

기념논문집 간행위원회, 1993, 274면.

50) 한수웅, “기본권과 신뢰보호원칙의 관계”, 「인권과정의」, 대한법회사협회, 2010, 40면.

51) 성낙인, 앞의 책, 255면, 36-37면.

전반에 적용될 수 있는 법치주의의 기본원리이다. 더군다나 급속한 사회 발전에 대응해 사회보장, 정보기술, 환경보호와 생명공학 등 다양한 분야에서 법제도의 계속성과 혁신, 고정과 탄력, 존속유지와 변화적응을 조화시켜야만 하는 현대국가에서는 신뢰보호의 역할의 증대가 더욱더 요구된다고 할 수 있다.⁵²⁾

2. 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙과의 관계

과잉금지원칙과 신뢰보호원칙은 모두 법치국가원리에서 도출되고, 국가의 공권력행사를 제한하여 국민의 자유와 권리를 보호한다는 점에서 분명 공통점을 가지고 있다. 하지만 전자가 기본권제한의 내용의 헌법적 정당화의 문제라면 후자는 기본권제한의 시간적 적용범위의 문제로써 규율대상이 다르고, 전자의 경우 기본권을 제한하는 국가작용 일반에 보편적으로 적용되지만 후자의 경우 일정한 상황요건을 구비한 경우 비로소 적용된다는 점에서 분명한 차이가 있다. 이렇게 볼 때 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙은 각각 독자적인 성격을 가지는 법원칙으로 이해하는 것이 타당하다.⁵³⁾ 기본권보호영역에서 신뢰보호의 문제가 발생하는 경우 기본권제한에 관한 과잉금지원칙의 적용과는 별도로 신뢰보호의 원칙을 적용할 것인지에 관하여 헌법재판소 또한 긍정설의 입장을 취하고 있다. 즉, 재산권의 내용을 새로이 형성하는 법률이 합헌적이기 위하여 장래에 적용될 법률이 헌법에 합치하여야 할 뿐만 아니라, 또한 과거의 법적 상태에 의하여 부여된 구체적 권리에 대한 침해를 정당화하는 이유가 존재하여야 한다는 것이다.⁵⁴⁾ 이러한 이중적 위헌심

52) 명재진, “신뢰보호와 헌법”, 「연세법학연구」, 제15호, 연세법학회, 2003, 2면.

53) 박경철, “헌법원칙으로서 신뢰보호원칙”, 「헌법학연구」, 제16권 제2호, 한국헌법학회, 2010, 372면.

54) 헌법재판소 1999. 4. 29. 자 94헌바37 결정.

사를 통해서 법률에 의한 기본권제한은 과잉금지원칙의 측면에서 장래를 향하여는 합헌이나, 과거에 발생한 법적 상태에 대하여는 신뢰보호원칙의 측면에서 위헌임을 확인할 수 있는 것이다.

다만, 신뢰보호원칙을 과잉금지원칙과 별개의 독자적인 헌법원칙으로 인정하면서도 실제로 위헌심사의 과정에서 과잉금지원칙에 보충적으로 적용되는 원칙으로 이해하는 견해도 있다. 과잉금지원칙이 기본권제한의 위헌성심사에 있어 보편적으로 적용되는 헌법원칙인 반면에, 신뢰보호원칙은 정당한 신뢰이익을 침해하는 제한적인 경우에만 적용된다고 보기 때문이다. 혹은 법률 자체가 과잉금지원칙에 위배되지 아닐 때 신뢰보호원칙에 따른 심사가 유의미하다고 보기 때문이다.⁵⁵⁾ 그러나 어떤 법률이 과잉금지원칙 위반으로 위헌일 경우에도 따로 신뢰보호원칙 위반여부는 심사할 필요가 있을 수 있고, 과잉금지원칙 위반이 아닌 합헌인 경우에도 신뢰보호원칙의 보충적 검토가 필요하지 않을 수 있다. 법률의 기본권제한이 실제적인 내용면에서 위헌인 동시에 시간적 적용범위의 면에서 위헌이라면, 각각의 면에서 위헌성을 확인하여 향후 위헌성을 제거한 입법의 방향을 제시하는 것이 바람직할 것이다. 결국, 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙은 법률에 의한 기본권제한의 이중적 심사기준이 되고, 서로 우선적-보충적 관계가 아니라 각각의 필요에 의하여 위헌심사의 기준으로 적용되어야 한다.

한편, 기존 헌법재판소의 판례들 중 일부는⁵⁶⁾ 신뢰보호원칙을 따로 판단하지 않고 과잉금지원칙의 ‘침해의 최소성’, ‘법익의 균형성’ 단계에서 신뢰이익의 침해여부를 판단하기도 하고, 또 일부는⁵⁷⁾ 신뢰보호원칙의 위반여부를 판단하는 기준으로 과잉금지원칙을 언급하면서 실질

55) 박경철, 앞의 논문, 373면.

56) 헌법재판소 2006. 1. 26. 자 선고 2005헌마424 결정, 헌법재판소 2008. 2. 28. 자 2006헌마1028 등 결정.

57) 헌법재판소 2000. 7. 20. 자 99헌마452 결정.

적인 판단은 신뢰이익과 법률개정이익의 법익교량에 의한 심사하기도 하고, 또 일부는⁵⁸⁾ 신뢰이익의 침해여부를 판단하기 위하여 과잉금지원칙을 적용하기도 한다. 그러나 과거에 발생한 사실관계에 개정 법률을 적용하는 것이 신뢰보호원칙을 위반하는지 판단하는 데 있어서 과잉금지원칙을 적용하는 것은 과잉금지원칙과 신뢰보호원칙 각각의 헌법적 기능에 비추어 타당하지 않다. 즉, 신뢰보호원칙은 설사 개정 법률이 의도하는 기본권제한이 그 자체로서 합헌적이라 할지라도 이러한 기본권제한을 장래에 발생하는 사실관계뿐만 아니라 과거에 발생한 사실관계에도 적용하는 것이 법적 안정성의 관점에서 허용되는지의 문제를 판단하는데 있다. 따라서 개인의 신뢰이익이 침해되었는지 여부는 ‘기본권제한이라는 수단’과 ‘기본권제한을 통해서 달성하고자 하는 입법목적’ 사이의 상관관계를 묻는 과잉금지원칙이 아니라, 구법에 의하여 형성된 종래의 법적 지위에 대한 침해를 정당화하는 이유의 존부인 신뢰보호원칙만의 독자적인 기준으로 판단해야 한다.⁵⁹⁾

3. 신뢰보호원칙의 위반여부

사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신속적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하다. 따라서 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 「헌법」상 보호될 것은 아니고, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 의하여 개정된 법규, 제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호할 필요성이 인정되어야 한다.⁶⁰⁾ 그러므로 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해받는

58) 헌법재판소 2003. 10. 30. 자 2001헌마800 결정.

59) 한수웅, 앞의 논문, 39면.

60) 헌법재판소 2002. 2. 28. 자 99헌바4 결정.

신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현코자 하는 공익목적을 종합적으로 비교 형량 하여 판단하고 있다.⁶¹⁾ 즉, 신뢰보호원칙에 위배되기 위해서는, ① 신뢰이익의 존재 그리고 보호의 필요성이 있어야 하고 ② 신뢰이익의 상실로 인한 손해의 정도와 법률개정을 통해 달성하고자 하는 공익을 이익형량 하여 사익이 공익보다 커야 한다. 뿐만 아니라 ③ 보호되는 공익이 침해되는 사익보다 크더라도 경과규정 등 신뢰보호의 방법을 둘 수 있음에도 전혀 두지 아니한 경우에는 신뢰보호원칙에 위배된다.

가. 신뢰이익의 존재와 보호 필요성

공권력행사에 따른 신뢰보호를 위해서는 신뢰이익의 근거가 되는 선행조치(기존법률 등)가 필요하고 그 선행조치는 확정적이어야 한다. 이에 대한 개인의 신뢰이익은 헌법적으로 보호할 필요성이 있는 것이어야 한다. 그리고 이러한 신뢰이익은 상대방의 신뢰행위를 전제로 하는데, 이때 신뢰행위는 일정 직업의 선택 및 행사, 기업에의 투자, 현행 시험규정에 따른 시험 준비 등과 같이 실제로 행사되고 현실화된 것이어야 한다. 단지 내심의 영역에서 기존 법적 상태의 존속에 대한 기대 및 그에 대한 실망은 헌법적으로 의미가 없다.

「학교보건법」상 학교환경위생 정화구역 내 금지행위 및 시설의 경우에도 학교의 설립과 학교환경위생 정화구역의 설정 이전에는 각 금지행위 및 시설에 필요한 등록, 허가 등을 마치고 적법하게 영업활동을 할 수 있다. 이때 신뢰의 근거가 되는 선행조치는 개개의 등록, 허가 관련 법률이 아니라, 바로 「학교보건법」이 되고, 그 내용은 「학교보건법」 제6조 금지영업 및 시설이라도 「학교보건법」 제5조의 정화구역 설정이 없다면 적법하게 영업할 수 있다는 것이다. 이때, 기존 영업권자는 단순히

61) 헌법재판소 1998. 11. 26. 자 97헌바58 결정.

영업활동을 앞으로도 계속할 수 있다는 직업수행에 대한 신뢰이익은 물론, 해당 영업시설에 투자된 비용 및 영업활동을 통해 이를 회수할 기대이익과 다년간 형성된 영업상의 고객관계, 입지조건, 노하우, 신용, 영업능력 등을 포함하는 영업권 등 재산권의 존속보장에 대한 신뢰이익 가지게 되고 이러한 신뢰이익 직업의 자유와 사유재산제를 보장하는 우리 「헌법」상 당연히 보호필요성을 가진다. 그리고 이러한 신뢰를 가지고 기존 영업권자는 금지행위 및 시설을 직업으로 선택하였고 영업활동을 위하여 부동산을 구입 또는 임차하였고, 영업시설설비에 다액을 투자한 것이며, 이전 영업자에게 권리금을 지불하고 영업권을 양수한 것이다.

그런데 기존 영업시설의 주변에 새로운 학교가 들어서면서 「학교보건법」 제5조에 따라 교육감이 학교환경위생 정화구역을 설정·고시하게 되면 「학교보건법」 제6조 제1항 단서에 따라 상대적 정화구역에 한해서 예외적으로 금지해제처분을 받지 않는 이상 기존 영업권자는 아무런 보상도 없이, 아무런 유예기간도 없이 해당 영업시설을 이전·폐쇄하여야 한다. 예컨대 한 여관주인이 여관을 운영하기 위하여 여관건물을 매수하고, 이전 여관주인에게 권리금을 지급하고, 리모델링 비용까지 다액을 투자하여 영업을 개시한 지 1년도 채 되지 않아 인근에 초등학교가 들어와 정화구역에 속하게 되었다면 게다가 예외적으로 금지해제를 받을 수 없는 상황이라면 이 불쌍한 여관주인은 다액의 투자비용을 회수할 기회도 없이 다액의 손해에 대한 보상도 없이 심지어 자신의 비용부담으로 여관을 이전·폐쇄하여야 한다. 이렇게 볼 때 「학교보건법」 제5조에 따른 학교환경위생 정화구역의 설정이라는 공권력행사가 있게 되면 이는 「학교보건법」 제6조와 연동되어 기존 영업권자가 가지고 있던 장래 영업활동에 대한 신뢰와 설비투자, 기대이익, 영업권 등 재산권의 존속에 대한 신뢰이익을 침해함이 명백하다.

나. 이익형량

다음으로 공권력의 행사로써 달성하고자 하는 공익과 공권력의 행사로 인하여 침해되는 사익을 이익형량 하여 신뢰보호원칙 위배를 판단한다. 공익의 측면에서는 공익의 중요성과 긴급성의 정도를 고려하고 사익의 측면에서는 신뢰이익의 보호가치의 정도와 그 침해의 정도를 고려하여 개별적, 구체적으로 판단하여야 할 것이다. 이때, 신뢰이익의 보호가치의 정도를 결정하는 하나의 중요한 척도는 법규범에 내재된 국가행위의 예견성이다. 즉, 법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 어느 정도 법적 상태의 변화를 예측할 수 있었다면 그 보호가치가 줄어들게 된다. 반면, 국가에 의하여 일정한 방향으로 유도된 신뢰의 행사인 경우에는 사인의 신뢰가 더욱 존중되어야 한다. 다만, 개인이 단지 법률이 제공하는 기회를 활용한 것일 뿐이라면 보호가치 있는 신뢰이익을 주장할 수 없다.

「학교보건법」상 학교환경위생 정화구역의 설정으로 일정한 행위 및 시설의 금지를 통하여 학교주변 유해환경을 차단하고, 건전하고 쾌적한 교육환경을 조성하며 학교 교육의 능률화를 기한다는 공익이 중요함은 분명하다. 신뢰보호의 문제와 관련해서는 그러한 공익의 실현을 위해서 왜 기존 영업권자들까지 규제하여 그들의 정당한 신뢰를 침해해야 하는지에 대한 설명이 좀 더 필요하다. 이에 대하여는 정화구역을 설정하고 일정한 행위 및 시설을 금지하면서 정화구역 설정 이전의 기존 금지행위 및 시설이라고 해서 그 규율대상에서 제외한다면, 애초에 의도한 학교주변 유해시설 차단이라는 입법목적을 이룰 수 없게 된다는 점에서 기존 영업권자들에게도 금지규정을 적용하는 것이 필요하고 요청된다고 할 것이므로, 공익의 긴급성도 존재한다고 할 것이다.

기존 영업자의 경우 정화구역의 설정으로 인하여, 당장 건물소유권이 나 사용수익권, 영업권 등 재산권의 침해 말고도 영업의 계속 및 시설투자, 영업권 등의 재산권의 존속보장에 대한 신뢰이익을 침해받게 되는데,

그 침해의 정도가 신뢰이익의 감소, 제한이 아닌 박탈을 의미한다고 할 때 심각하다고 할 수 있다. 그리고 기존 영업자가 애초에 「학교보건법」상 정화구역 내 금지행위 및 시설을 직업으로 선택하였다는 이유로 정화구역 설정이라는 국가행사에 대한 예견성을 가졌다고 볼 수는 없으므로, 이를 이유로 기존 영업자의 신뢰이익이 보호가치를 부정할 수도 없다. 설사 기존 영업자가 스스로의 위험부담으로 「학교보건법」이 부여한 기회를 활용한 것일 뿐이고, 언제라도 정화구역의 설정으로 이전·폐쇄될 수 있다고 예측할 수 있었다고 가정하더라도, 이들의 신뢰이익의 보호가치에 비하여 정화구역 설정의 공익이 절대적으로 우선한다고 볼 수는 없고, 적당한 유예기간을 두는 등 경과규정에 의하여 보호될 수 있다고 보아야 한다.

이렇게 볼 때, 정화구역의 설정으로 인한 공익과 사익의 이익형량은, 유해시설의 차단을 통한 학교교육의 능률화라는 공익의 중요성 및 긴급성이 인정되고, 기존 영업자의 신뢰이익 또한 그 침해가 심대하고 보호가치가 충분하다고 인정되는 이상 둘 사이의 우열로 판단할 것이 아니라, 공익달성과 신뢰보호의 조화를 이룰 수 있도록 경과규정을 통한 재조정이 필요하겠다.

다. 신뢰보호의 방법(경과규정)

보호되는 공익이 침해되는 사익보다 크더라도 사익을 최소 침해하는 방식을 채택하여 신뢰이익을 보호하지 않는다면 이 경우에도 신뢰보호 원칙에 위반될 수 있다. 따라서 신뢰보호의 대표적인 방법으로 경과규정을 두기도 하는데, ① 적정한 유예기간을 부여하는 방식(유예규정), ② 구법을 한시적으로 또는 일정 집단에게만 예외적으로 적용케 함으로써 신법으로의 단계적인 전환을 허용하는 방법(예외규정), ③ 보조금 지급과 같이 적응보조규정을 삽입하는 방법(보상규정) 등 여러 가지가 있다.

헌법재판소는 경과규정에 대해서, 일반적으로 신뢰보호의 구체적 실현 수단으로 사용되는 경과규정에는 기존 법률이 적용되던 사람들에게 신법 대신 구법을 적용하도록 하는 방식과, 적용보조규정을 두는 방식 등이 있다고 판시하였다.⁶²⁾ 그런데 공익실현이 긴급하고 개인이 입는 불이익이 그다지 크지 아니한 경우에는 경과규정을 두지 않더라도 신뢰보호원칙에 위배되는 것은 아니다.

경과규정 중에서 유예기간의 경우에 청구인들에게 기존의 영업시설을 가지고 법령에 따른 등록을 할 수 있는지 확인하고, 기존의 영업시설로는 더 이상 영업을 불가능한 경우에는 종래의 영업을 포기하든지 아니면 기준에 맞게 영업시설을 새로 설치할지에 관하여 결정하여 그에 대처하는 기간을 의미한다. 그 유예기간이 적정한지 여부는 신뢰이익의 보호가치, 변화한 법적 상황에 어느 정도로 유연하게 대처할 수 있는가 하는 침해의 정도 또는 신뢰가 손상된 정도, 개정 법률을 통하여 실현하려는 공익적 목적 등을 고려하여 구체적인 사안마다 개별적으로 판단하여야 한다.⁶³⁾

설령, 학교환경위생 정화구역의 설정으로 정화구역 설정이전 기존 영업자의 행위 및 시설까지 금지해야 할 공익이 기존 영업권자들의 신뢰이익보다 크다고 할지라도, 입법자는 기존영업권자들의 침해되는 사익을 최소화하는 방식을 채택하여야만 한다. 즉, 기존 금지영업 및 시설을 이전·폐쇄하기 위한 유예기간을 둔다거나, 기존 금지행위 및 시설 중에서 일정범위를 정하여 예외적으로 금지해제를 인정한다거나, 이전·폐쇄를 위한 보조금 및 기존 시설의 투자비용을 보상하는 등 기존 영업권자들의 신뢰이익을 보호하기 위한 최소한의 경과규정이 필요한 것이다. 그러나 최초의 문제의식에서 확인했듯이, 지금까지 「학교보건법」과 「학교보건법 시행령」은 법령의 개정으로 “새로이 금지시설로 추가된 영업시설”에 한하여 유예기간을 두고 있을 뿐, 정화구역 설정이전 기존 금지

62) 헌법재판소 2002. 11. 28. 자 2002헌바45 결정.

63) 헌법재판소 2009. 9. 24. 자 2009헌바28 결정.

행위 및 시설에 대하여는 아무런 경과규정을 두고 있지 않고 있어 신뢰 보호원칙에 위반된다고 볼 수 있다.

현행제도를 좀 더 자세히 살펴보면, 2008. 4. 28.부터 교육환경평가제도가 시행되면서 기존에 이미 금지시설이 있는 경우 학교용지로 선정할 수 없게 되었다. 이로써 최초의 문제의식, 즉 정화구역 설정이전 기존 금지행위 및 시설이 정화구역의 설정으로 이전·폐쇄되게 되는 사례가 발생할 확률을 낮아진 것이 사실이다. 그러나 이 제도시행 이전에 설립된 학교에 대하여는 위 교육환경평가제도가 적용되지 않았고, 실제로 금지시설이 있음에도 불구하고 이를 간과하고 학교가 설립된 경우나 교육환경평가 후 학교설립예정지 공고가 나기 전에 금지시설이 설치된 경우가 여전히 존재하고 있다. 따라서 교육환경평가제도의 도입에도 불구하고, 「학교보건법」에서 정화구역 설정 이전의 기존 금지행위 및 시설에 대한 경과규정을 별도로 마련하지 않는다면 신뢰보호원칙에 위반되는 것은 피할 수 없는 것이다.

라. 소결

헌법적으로 보호가치 있는 신뢰이익이 존재한다고 해서 곧바로 국가에 대하여 그 신뢰이익이 보호해야 할 의무가 생기는 것은 아니다. 개인의 신뢰이익도 기본권과 마찬가지로 공익상의 이유로 제한될 수 있고, 그러한 제한도 분명히 한계를 가진다. 따라서 국가에 의한 신뢰이익의 침해가 곧 신뢰보호원칙의 위반이 되는 것이 아니라, 그러한 신뢰이익의 침해가 헌법적으로 정당화되는지를 별도로 판단해야 한다. 이때 보호가치 있는 신뢰이익과 개정 법률의 공익 사이에서 경과규정의 존재는 둘의 충돌을 조화시킬 수 있는 수단이 되는 것이다.

앞에서 살펴본 바대로 현행 「학교보건법」 중 학교환경위생 정화구역의 설정과 그에 따른 금지행위 및 시설에 관한 부분은 정화구역 설정이

전 기존 금지행위 및 시설에 대한 아무런 경과규정을 두고 있지 않아 신뢰보호원칙에 위반된다.

VII. 결론 및 대안(입법론)

이상에서 살펴본 바와 같이 「학교보건법」은 학생들의 교육환경을 개선하기 위하여 학교주변에 학교환경위생 정화구역을 설정하고 학교출입문으로부터 50미터까지 지역은 절대적 정화구역으로, 학교경계선 또는 학교설립예정지경계선으로부터 200미터까지인 지역 중 절대적 정화구역 외의 지역을 상대적 정화구역으로 정하여 그 안에서 노래방, 게임영업장, 유흥주점, 단란주점 등 일정한 유해시설을 금지하고 있다. 이와 같은 학교환경위생 정화구역 제도는 학생들의 건강 및 교육환경의 정화라는 중대한 공익을 목적으로 하지만, 학교환경위생 정화구역 내에서 영업을 하고자 하는 자의 재산권을 침해하고 신뢰보호원칙에 위반되는 문제가 있다.

따라서 정화구역 설정이후 기존 영업자의 재산권 및 신뢰를 보호하기 위해서는 각 시설의 특성에 따라 건물의 소유권이나 사용수익권 및 영업권을 보전하여 줄 수 있도록 유예기간을 정하거나 충분한 보상이 이루어지도록 법률을 개정하여야 한다. 유예기간이나 보상액수를 정함에 있어서는 당해 업소를 운영한 기간 및 투하한 자본의 규모, 업종전환이 용이한지 여부, 이전비용 등을 종합적으로 고려하여 현실에 맞는 유예기간과 보상액수를 정하여야 할 것이다. 그런데 유예기간을 5년과 같이 장기간으로 정하는 것은 「학교보건법」에서 학교환경위생 정화구역을 정하여 교육환경을 정화하고자 하는 취지에 부합하지 않으므로 유예기간을 1년 정도로 짧게 정하고 충분한 보상이 이루어지도록 하여야 하며 “영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여는 영업이익과 시설의 이

전비용 등을 참작하여 보상하여야 한다.”는 공익사업을 위한 토지의 취득 및 보상에 관한 법률 제77조의 규정을 참고하자는 주장이 있는바,⁶⁴⁾ 공익과 사익의 조화를 도모하는 타당한 주장이라고 생각된다.

한편 사후적으로 기존 영업주의 권리를 구제하는 방안도 중요하지만, 사전적으로 기존 영업주의 권리를 침해하지 않도록 방지하는 것이 가장 근본적인 해결책이 될 것이다. 이와 관련하여 2008년부터 교육환경평가 제도를 도입하여 학교용지를 선정함에 있어서 주변에 ‘학교환경위생 정화구역 금지 업소가 없을 것’을 학교설립시 환경평가요소로 정한 것은 매우 큰 의의가 있다. 그러나 환경평가요소를 위반하였을 때의 효과에 대하여는 법령에서 정하지 않고 있어, 이를 위반하여 금지시설 인근에 학교가 설립되었을 때 당해 금지시설 영업주의 재산권 침해 문제는 여전히 남아있고, 교육환경평가제도 시행 전에 설립된 학교 주변에 있는 기존 금지시설 영업주의 경우에도 그러하다.

따라서 입법적으로 교육환경평가 시 학교환경위생 정화구역 내 금지시설이 있고, 당해 시설의 이전·폐쇄계획이나 상대적 금지시설의 해제가 확실하게 이루어지지 않는 이상 학교설립인가를 내어 줄 수 없도록 명확히 규정하여야 하며, 이를 위반하여 학교설립인가가 난 경우 또는 학교설립인가 후 정화구역 관리가 이루어지지 않아 금지시설이 새로 생긴 경우에는 각 시설의 특성에 따라 유예기간을 두거나 충분한 보상을 해 주도록 「학교보건법」에 정하여야 할 것이다.

주제어 : 학교환경위생정화구역, 학교보건법, 재산권, 신뢰보호원칙

64) 이일세, 앞의 논문, 405면.

[Abstract]

Issue of an Infringement of the Rights of the Existing Business Owners and Protection of Confidence as School Environmental Sanitation and Cleanup Zone

Da-Won Kim · Min-Jung Kim · Kyoung-Ae Jo*

Human beings are consistently influenced by their surroundings socially as well as physically. The educational environment including commuting areas for students in the middle of character formation.

Meanwhile, as a by-product of industrialization and urbanization, the harmful businesses to the students such as motels, clubs had been established and spoiled the educational environment near the schools. Hence, the National Assembly revised the School Health Act in 2008 to prevent them from running businesses around the school zone.

The School Health Act proclaims that the region within 200 meters from the boundary of school must be protected as a School Environmental Sanitation and Cleanup Zone(SESC Zone). When the Superintendent designates a SESC Zone, he or she divides the zone into the absolute cleanup zone and the relative cleanup zone. And the absolute cleanup zone should be the area within 50 meters in a straight line from the entrance door of a school, and the relative cleanup zone shall be the area within 200 meters in a straight line from the boundary line of a school or a prearranged school

* J. D. Candidate 2014, Konkuk Law School

site other than the absolute cleanup zone. In the SESC Zone, it is forbidden to establish the harmful businesses to the students.

However, the act does not only contribute to the purification of the zone, but also restricts the rights of the business owners within SESC Zone at the same time. The types of restriction can be divided into three groups. The cases when citizens' rights could be limited are as follows: First when the operation of a certain business is forbidden within the SESC zone, the owners of such businesses are obligated to leave the Zone. Second, when the act adds new types of businesses as forbidden ones within the Zone, the owners of such businesses are obligated to leave the Zone. Third, the owners of the restricted businesses are obligated to leave because a school is newly established in the area where their businesses used to be allowed legitimately. It appears that the third case has never been covered as a subject of existing studies. This paper focuses on the third group. Because the owners in the third group are not allowed to utilize their facilities after the zoning the primary issue here is the infringement of the property right and the protection of confidence. To propose solutions, this paper also covers the history of School Health Act and related leading cases.

Key Words : school environmental sanitation and cleanup zone,
school sanitation act, property right, protection of
confidence

