



대전지법 2009.12.4. 선고 2008가합7844 판결
[손해배상(기)] 항소[각공2010상,198]

【판시사항】

특허권 침해를 주장하는 자가 변리사의 판단에만 근거하여 마치 상대방 제품이 특허권을 침해한 것처럼 상대방의 거래처인 홈쇼핑회사에 판매 금지 등을 내용으로 하는 경고장을 발송한 행위는, 고의 또는 과실에 의해 상대방의 영업활동을 방해한 것으로 위법성이 인정되므로 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 한 사례

【판결요지】

특허권 침해를 주장하는 자가 특허심판원에 권리범위 확인의 청구를 하거나 법원에 특허권 침해를 원인으로 한 가처분신청을 하지도 않은 채 변리사의 판단에만 근거하여 마치 상대방 제품이 특허권을 침해한 것처럼 상대방의 거래처인 홈쇼핑회사에 판매 금지, 제품 폐기, 사과문 게재 등을 내용으로 하는 강력한 경고장을 발송하여 홈쇼핑회사로 하여금 예정된 홈쇼핑 방송을 취소하도록 한 행위는, 고의 또는 과실에 의해 상대방의 영업활동을 방해한 것으로 위법성이 인정되므로 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 한 사례.

【참조조문】

[민법 제750조](#)

【전 문】

【원 고】 원고 주식회사 (소송대리인 법무법인 둔산 담당변호사 나경수)

【피 고】 피고 주식회사 (소송대리인 법무법인 지평지성 담당변호사 남수진)

【변론종결】

2009. 10. 23.

【주 문】

1. 피고는 원고에게 46,900,000원 및 이에 대하여 2009. 7. 22.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 1/2은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.
4. 제1항은 가집행할 수 있다.

【청구취지】

피고는 원고에게 134,478,500원 및 이에 대하여 이 사건 청구취지 및 원인변경서 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금원을 지급하라.

【이 유】

1. 기초 사실

가. 원고는 신발류 제조업 등을 사업목적으로 하는 회사이며, 피고는 신발, 의류 잡화 제조, 판매업을 사업목적으로 하는 회사이다.

나. 피고는 특허번호 제780556호(에어백 및 터널부가 형성된 마사이워킹 전문 롤링신발장착용 미드솔), 특허번호 제800060호(에어백 및 상하터널부가 내장된 마사이워킹 전문 롤링신발장착용 미드솔), 특허번호 제800063호(에어백 터널부가 형성된 마사이워킹용 전문 롤링신발장착용 미드솔), 특허번호 제808386호(에어백소프트 감지체가 형성된 마사이워킹용 전문 롤링신발장착용 미드솔) 등의 특허권을 보유하고 위 특허권을 토대로 하여 마사이워킹용 기능성 신발을 제조·판매하여 왔다. 다. 원고는 ‘미드솔과 아웃솔이 일체로 형성된 신발창’을 발명하여 ‘슈페리어 워킹슈즈’라는 상표의 기능성 신발(이하 ‘이 사건 제품’이라 한다)을 제조하였다.

라. 원고는 주식회사 오권과 사이에 이 사건 제품의 흡쇼핑 판매 대행 계약을 체결하였다.

마. 주식회사 롯데흡쇼핑(주식회사 롯데흡쇼핑이 주식회사 우리흡쇼핑의 1대 주주가 되었고, 주식회사 우리흡쇼핑은 나중에 상호를 주식회사 롯데흡쇼핑으로 변경하였다, 이하 ‘롯데흡쇼핑’이라 한다)은 주식회사 오권과 계약을 체결하고 이 사건 제품의 흡쇼핑 방송을 하였다.

바. 피고의 이전 대리인이었던 법무법인 ○○은 2008. 4. 10. 롯데흡쇼핑에 다음과 같은 내용의 ‘특허권 및 디자인권 침해 제품 판매금지 통보’라는 제목의 내용증명우편을 발송하였다.

2. 저희 법무법인은 피고 주식회사(이하 ‘RYN코리아’)의 대리인으로서 본 통보서를 보내게 됨을 유감으로 생각하며 아무쪼록 아래 사항에 대해 적극 협조하여 주시기 바랍니다.

다. 귀사를 통한 유사 모방제품의 판매 계획

그럼에도 불구하고 최근 일부 업체들이 RYN코리아의 특허권 및 디자인권을 침해하는 제품을 생산하여 귀사의 유통망을 통해 판매하고자 한다는 첩보가 입수됨에 따라 RYN코리아에서는 이에 대한 보다 적극적인 대응을 모색하지 않을 수 없게 되었습니다.

3. 이에 저희 법무법인에서는 우선 ‘별첨’자료의 내용과 같은 RYN코리아의 특허권 및 디자인권을 침해하는 제품이 귀사의 유통망을 통해 판매됨으로써 RYN코리아의 정당한 권리가 무단히 침해되고 소비자의 선택권에 방해가 생기지 않도록 귀사에서 적극 협조하여 주실 것을 요청 드리는 바입니다. 주지하시는 바와 같이 타인의 특허권 및 디자인권을 침해한다는 사실을 알면서도 그러한 불법 모방 제품을 판매할 경우 관련법에 따라 민형사상의 책임을 부담할 수 있다는 점을 유념하시고, RYN코리아 및 소비자의 권리보호에 적극 협조해 주시기 바랍니다.

사. 롯데흡쇼핑은 원고에게 위 통보에 대한 해명을 요청하였고, 원고는 2008. 4. 29. 롯데흡쇼핑에 대하여 원고의 제품이 피고 제품의 특허권이나 디자인권을 침해하지 않는다는 내용의 해명을 하였다.

아. 피고는 2008. 6. 18. 롯데흡쇼핑 및 원고에게 다음과 같은 내용의 경고장(이하 ‘이 사건 경고장’이라 한다)을 각 발송하였다.

제목 : 특허권 침해행위금지의 건(슈페리어워킹슈즈 판매관련)

특허 제10-808386호(에어백 소프트 감지체가 내장된 마사이워킹용 전문신발의 밑창구조), 특허 제10-800060호(에어백 및 상하터널부가 내장된 마사이워킹용 전문신발의 밑창구조), 특허 제10-800063호(에어백 터널부가 내장된 마사이워킹용 전문신발) 및 특허 제10-780556호(에어백 및 터널부가 내장된 구름운동용 건강신발)에 기재되어 있는 바와 같이 당사는 “마사이워킹용 전문슈즈”에 대하여 이미 특허되어 있습니다. 그런데 당사는 귀사가 이미 특허를 받은 “마사이워킹용 전문슈즈”인 “슈페리어 워킹슈즈”를 판매, 유통하고 있다는 사실을 확인하였습니다.

특허법에서는 권리자가 아닌 제3자가 정당한 이유 없이 타인의 특허제품을 실시(생산, 제조, 판매, 설치, 유통, 공급, 보유, 하청, 양도, 청약, 전시 등 모든 실시행위 포함)하는 행위는 특허권 침해로 규정하여 [특허법 제126조](#) 내지 [제132조](#) 및 [제225조](#)에서 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금 형에 처할 수 있도록 규정되어 있음은 물론 가처분 및 손해배상 등의 대상이 됩니다. 따라서 당사는 귀사에게 다음 사항을 요구하니 이행하여 주시기 바랍니다. 만일 귀사가 당사의 다음 요구에 불응하거나 미흡한 조치를 할 경우에는 부득이 당사는 즉시 검찰에 형사고발을 진행하는 동시에 침해금지 가처분 및 손해배상청구소송을 진행할 예정이니 유념하시기 바랍니다.

- 다 음 -

1. 현재 당사가 특허를 받은 “마사이워킹용 전문슈즈”를 귀사가 판매하는 행위를 중지할 것.
2. “마사이워킹용 전문슈즈”의 완제품 및 완제품에 관련된 침해품의 유통 및 판매를 중지하고 앞으로 판매, 전시 및 광고 행위를 하지 않겠다는 각서를 2008. 6. 30.까지 당사에 제출할 것.
3. “마사이워킹용 전문슈즈” 제품 및 제품에 관련된 침해품을 즉시 회수하여 일정한 장소에 집합시키고 그 명세서를 전항의 각서와 함께 제출할 것.
4. 상기 집합물품은 귀사가 임의로 처분하지 말고 당사가 지정한 자의 입회하에 폐기처분할 것.
5. 조선일보 및 동아일보에 귀사의 부담으로 사과문을 게재할 것.

자. 롯데홈쇼핑은 피고로부터 이 사건 경고장을 받은 후 ① 2008. 6. 22. 09:20 ~ 10:20, ② 2008. 6. 24. 08:15 ~ 09:15, ③ 2008. 6. 30. 08:20 ~ 09:20, ④ 2008. 7. 6. 07:20 ~ 08:20에 예정되어 있던 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송을 모두 취소하였다.

차. 특허심판원은 이 사건 제품이 피고의 특허의 권리범위에 속하지 않는다는 확인을 구하는 원고의 권리범위확인심판청구에 대하여 2008. 11. 14. 이 사건 제품이 특허 제780556호, 특허 제800060호, 특허 제800063호, 특허 제808386호의 권리범위에 속하지 아니한다는 심결을 하였다.

[인정 근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제2호증의 1 내지 4, 갑 제 3호증의 1 내지 4, 갑 제 4, 5호증, 갑 제 6호증의 1, 2, 갑 제7호증, 갑 제11호증의 1 내지 4, 갑 제12호증의 1, 2, 을 제2, 3호증의 각 기재, 이 법원의 주식회사 우리홈쇼핑에 대한 2008. 12. 10.자, 2009. 2. 19.자 각 사실조회 결과, 증인 소외인의 증언 및 변론 전체의 취지]

2. 손해배상책임에 관한 판단

가. 당사자의 주장

(1) 원고의 주장

원고가 제조, 판매하는 이 사건 제품이 피고의 특허권을 침해하는 제품이 아님에도 피고는 롯데홈쇼핑에 이 사건 경고장을 보내어 사전에 예정되어 있었던 홈쇼핑 방송이 취소되도록 하였으므로, 그로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

(2) 피고의 주장

(가) 피고는 전문가인 변리사의 확인을 받아 원고의 제품이 피고의 특허권을 침해한다고 믿었고 피고의 특허를 보호하기 위하여 경고장을 발송한 것이므로, 원고에게 손해를 가할 목적, 고의 또는 과실이 있었다고 할 수 없다.

(나) 피고는 특허권자로서 피고의 특허권 침해의 금지를 요청하는 경고장을 원고 및 롯데홈쇼핑에 발송하였을 뿐 직접적으로 이 사건 제품의 판매를 금지하거나 방해한 사실이 없고, 방송이 취소된 것은 롯데홈쇼핑의 자체적인 판단에 의한 것이지 피고의 경고장 때문이 아니므로, 피고의 경고장 발송행위에 위법성이 없다.

나. 판단

(1) 피고의 고의, 과실 유무에 관한 판단

피고의 대리인이었던 법무법인 ○○이 2008. 4. 10. 롯데홈쇼핑에 판매금지통보를 하자 롯데홈쇼핑은 원고의 해명을 요구한 사실, 원고의 해명 후 롯데홈쇼핑은 편성되어 있던 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송을 한 사실, 피고는 2008. 6. 18. 대리인인 △△국제특허법률사무소(대표변리사 소외 2)를 통하여 롯데홈쇼핑에 이 사건 제품이 피고의 특허권을 침해하고 있으므로 그 판매행위를 중지하고 향후 판매, 전시 및 광고 행위를 하지 않겠다는 각서를 2008. 6. 30.까지 제출하며, 원고 회사의 제품을 즉시 회수하여 일정 장소에 집합시키고, 그 집합물품을 피고가 지정한 자의 입회하에 폐기처분하며, 조선일보 및 동아일보에 사과문을 게재하라는 등의 내용이 기재된 이 사건 경고장을 보낸 사실, 이 사건 경고장이 도달하자 롯데홈쇼핑이 예정되어 있던 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송을 모두 취소한 사실, 특허심판원이 원고의 권리범위확인심판청구에 대하여 이 사건 제품이 피고의 특허의 권리범위에 속하지 아니한다는 심결을 한 사실은 앞서 본 바와 같고, 피고가 GS홈쇼핑방송에서 판매하던 제품에 대하여 제3자인 주식회사 파워워킹이 특허침해를 원인으로 판매 금지 등 경고장을 GS홈쇼핑에 발송한 데에 대해 피고가 특허심판원에 권리범위확인심판청구를 한 사실은 변론 전체의 취지상 인정된다.

살피건대, 특허권의 침해 여부는 고도의 전문적인 식견을 가지고 판단하여야 하고 전문가에 따라 견해의 차이가 있을 수 있으므로 특허심판원의 심결 또는 특허법원의 판결 등에 의하여 비로소 객관적으로 확정될 수 있으며, 특히 피고가 특허를 가지고 있다고 주장하는 마사이워킹용 전문슈즈의 경우 다수의 업체에서 생산되고 있고, 피고 스스로 인정한 바와 같이 피고도 다른 업체로부터 특허 침해를 원인으로 한 판매금지 경고장을 받는 등 각각의 업체마다 특허의 권리범위에 관하여 주장하는 바가 다르고 분쟁이 많아 특허의 권리범위를 쉽게 판단할 수 없다고 할 것인데, 피고가 특허심판원에 권리범위 확인의 청구를 하거나, 법원에 특허권 침해를 원인으로 한 가처분신청을 하지도 않은 채 단지 의뢰하였던 변리사의 판단에 근거하여 원고의 이 사건 제품이 피고의 특허권을 침해한다고 단정한 뒤, 피고의 특허를 침해하는 이 사건 제품들을 폐기하고 더 나아가 주요 일간지에 사과문을 게재하라는 강력한 내용의 경고장을 원고의 거래처에 발송한 행위는 고의 내지는 적어도 과실에 의해 원고의 영업활동을 방해한 것으로 봄이 상당하다.

(2) 피고의 위법성에 관한 판단

이 사건 경고장에는 ‘귀사가 이미 특허를 받은 “마사이워킹용 전문슈즈”인 “슈페리어 워킹슈즈”를 판매, 유통하고 있다는 사실을 확인하였습니다’, ‘당사는 귀사에게 다음 사항을 요구하니 이행하여 주시기 바랍니다. 만일 귀사가 당사의 다음 요구에 불응하거나 미흡한 조치를 할 경우에는 부득이 당사는 즉시 검찰에 형사고발을 진행하는 동시에 침해금지가처분 및 손해배상청구소송을 진행할 예정이니 유념하시기 바랍니다.’라는 문구가 기재되어 있는 사실, 이 사건 경고장 중 피고의 요구사항은 이 사건 제품의 판매중지 및 향후 판매하지 않겠다는 각서 제출, 이 사건 제품의 폐기, 조선일보 및 동아일보에 사과문 게재 등이었던 사실, 이 사건 경고장이 도달한 후 롯데홈쇼핑은 4회로 예정되어 있던 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송을 취소한 사실은 앞서 본 바와 같다.

살피건대, 위 인정 사실에 나타난 바와 같이 이 사건 경고장은 단순히 원고의 특허침해의 가능성을 언급한 것이 아니라 피고의 특허를 침해하는 원고의 이 사건 제품이 롯데홈쇼핑을 통해 판매, 유통되고 있다고 하여 이 사건 제품이 피고의 특허를 침해한다고 단정하고 있는 점, 롯데홈쇼핑은 홈쇼핑 업체로 이 사건 제품이 피고의 특허를 침해하는지 여부를 판단할 객관적인 능력이 있다고 보기 어려운 점, 특히 이 사건 경고장 발송일로부터 4일 후인 2008. 6. 22.부터 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송이 예정되어 있었으므로 롯데홈쇼핑이 전문가의 자문을 구할 시간적 여유도 없었던 점, 기업 이미

지의 관리가 중요한 홈쇼핑 업체로서는 피고를 대리하는 특허법률사무소가 이 사건 제품이 피고의 특허를 침해한다고 단정하고 있음에도 불구하고 위험을 무릅쓰고 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송을 강행할 수는 없는 점 등에 비추어 보면, 예정되어 있던 방송이 취소된 것이 롯데홈쇼핑의 재량에 따른 것일 뿐이고 피고의 이 사건 경고장 발송과 무관하다고 볼 수는 없으며, 공신력 있는 기관으로부터 특허 침해 여부의 확인도 받지 않고 이 사건 경고장과 같은 강력한 내용의 경고장을 경쟁업체의 거래처에 발송하는 행위가 피고가 가지고 있는 특허를 보호하기 위하여 사회통념상 허용되는 정당한 행위라고 볼 수도 없다.

이에 대하여 피고는 특허권 침해를 원인으로 한 가처분신청이 인용되었다가 법원의 판결로 그 가처분결정이 취소·확정되었다거나 그 후 가처분채권자가 상대방을 상대로 한 손해배상 등 민사소송에서 패소판결이 선고되고 그 판결이 확정되었다 할지라도, 그 가처분신청채권자에게 부당가처분으로 인한 고의·과실까지 인정할 수 없는 특별한 사정이 존재한다고 본 [대법원 2007. 4. 12. 선고 2006다46360 판결](#)을 들어 이 사건의 경우에도 피고의 경고장 발송행위에 위법성이 존재하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 위 판결은 특허권 침해를 원인으로 한 가처분신청에 대하여 법원이 가처분 결정 전에 쌍방의 주장과 입장을 듣고 충분히 심리한 후 가처분 결정 여부를 결정한 사안에 관한 것으로서, 위 가처분 결정 후에 위 사건의 피고가 위 사건의 원고의 거래처에게 가처분결정이 있는 사실, 손해배상 청구소송이 진행중인 사실 등이 적힌 통지문을 발송한 것은 그 당시 상황에 비추어 보면 사회통념상 용인되는 범위 내의 정당한 행위라는 취지의 판결이다. 그러나 이 사건의 사안은, 피고가 특허심판원에 피고가 가지고 있는 특허의 권리범위확인심판을 청구하거나, 법원에 특허권 침해를 원인으로 한 가처분신청을 하지 아니한 채 의뢰한 변리사의 판단에만 근거하여 마치 원고의 이 사건 제품이 피고의 특허를 침해하는 것이 객관적인 사실인 것처럼 원고의 거래회사인 롯데홈쇼핑에 경고장을 발송하였고, 롯데홈쇼핑이 이 사건 제품에 관한 홈쇼핑방송을 모두 취소한 후 특허심판원은 피고가 아닌 원고의 청구에 따라 원고의 이 사건 제품이 피고의 특허의 권리범위에 속하지 아니함을 확인하는 심결을 한 것으로서, 피고가 들고 있는 위 대법원판결의 사안과 이 사건의 사안은 다르다. 피고의 위 주장은 이유 없다.

(3) 소결론

그렇다면 피고의 이 사건 경고장 발송 행위는 고의 내지는 적어도 피고의 과실에 의한 것으로서 그 위법성이 인정되므로 피고는 이 사건 경고장 발송으로 인한 원고의 손해를 배상할 의무가 있다.

3. 손해배상액의 범위에 관한 판단

가. 원고의 주장

(1) 원고가 롯데홈쇼핑에서 이 사건 제품을 판매하여 얻는 실질적인 이익은 여성용 신발의 경우 1켤레당 8,500원, 남성용 신발의 경우 1켤레당 9,500원이었다.

(2) 만일 피고의 이 사건 경고장 발송행위가 없었더라면 원고는 보유중이던 이 사건 제품 13,683켤레를 롯데홈쇼핑을 통하여 판매함으로써 적어도 116,305,500원(= 13,683켤레 × 8,500원)의 이익을 얻을 수 있었는데 피고의 이 사건 경고장 발송행위로 인하여 13,683켤레 중 3,268켤레를 실질적으로 1켤레당 25,000원의 가격으로 판매하여 1켤레당 4,000원(= 25,000원 - 원가 21,000원)의 이익밖에 남기지 못하여 14,706,000원[= (8,500원 - 4,000원) × 3,268켤레]의 손해를 입었다.

(3) 원고는 나머지 10,415켤레(= 13,683켤레 - 3,268켤레)를 18,000원에 염가 판매하였거나 그 가격 이하로 판매할 수 밖에 없어 1켤레당 3,000원(= 원가 21,000원 - 18,000원)의 손실을 입게 되었

으므로 1컬레당 11,500원(= 일실이익금 8,500원 + 잉가판매 손실 3,000원)의 손해를 입어 총 119,772,500원(= 10,415컬레 × 11,500원)의 손해를 입게 되었다.

(4) 그렇다면, 피고는 원고에게 이 사건 경고장 발송행위로 인한 손해배상으로 134,478,500원(= 14,706,000원 + 119,772,500원)을 지급하여야 할 의무가 있다.

나. 판단

(1) 불법행위로 인한 손해배상청구소송에서 재산적 손해의 발생 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 법원은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 불법행위와 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 여러 정황 등 관련된 모든 간접사실들을 종합하여 손해의 액수를 판단할 수 있다([대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951, 6968 판결](#), [대법원 2009. 9. 10. 선고 2006다64627 판결](#) 등 참조)

원고는 피고의 이 사건 경고장 발송행위로 인하여 예정되어 있던 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송이 취소됨으로써 이 사건 제품의 제조회사로부터 납품받은 13,683컬레 중 3,268컬레는 25,000원의 잉가로 판매하였고, 나머지 10,415컬레는 그 이하인 18,000원의 잉가로 판매하였거나(1,280컬레) 판매할 예정이므로, 피고는 위 13,683컬레가 정상적인 가격으로 판매되었을 경우와 잉가로 판매되었거나 판매될 경우의 차액을 손해로 배상하여야 한다고 주장하나, 이 사건 경고장이 발송되었을 당시 예정되어 있던 홈쇼핑 방송은 4회 뿐이므로 이 사건 경고장 발송행위로 인한 원고의 손해는 홈쇼핑 방송이 예정대로 4회 이루어졌을 경우 원고가 얻을 수 있었던 수익에 한정된다[이하에서 보는 바와 같이 홈쇼핑 방송이 예정대로 이루어졌을 경우 원고는 이 사건 제품 6,700컬레(= 1,675컬레 × 4회)를 더 판매할 수 있었을 것으로 보이는바, 이 사건 경고장 발송행위가 없었다고 하더라도 여전히 이 사건 제품 6,983컬레가 남게 되므로 원고가 이 사건 제품 4,548(= 3,268 + 1,280)컬레를 잉가로 판매한 것 및 2,435컬레(= 6,983컬레 - 4,548컬레)를 앞으로 잉가로 판매할 예정인 것이 이 사건 경고장 발송행위 때문이라고 볼 수 없다. 또한 향후 6,700컬레(= 13,683컬레 - 6,983컬레)를 잉가로 판매함에 따른 손해는 홈쇼핑 방송이 예정대로 이루어져 이 사건 6,700컬레가 판매되었을 경우에 대한 손해배상으로 전보되므로 원고가 이 사건 제품을 잉가로 판매하였거나 향후 잉가로 판매함으로써 인한 손해는 이 사건 경고장 발송행위와 인과관계가 없다]. 손해배상액 산정 방식에 관한 원고의 주장은 받아들이지 않는다

이와 같은 전제에서 이 사건 경고장 발송행위로 인한 원고의 손해에 관하여 살피건대, 갑 제12호증의 1, 2의 각 기재, 이 법원의 주식회사 우리홈쇼핑에 대한 2008. 12. 10.자, 2009. 2. 19.자 사실조회 결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 피고는 주식회사 오권과 사이에 이 사건 제품의 홈쇼핑 판매 대행 계약을 체결하면서 이 사건 제품의 공급가액을 여성용 31,750원(= 원가 22,500원 + 부가세 + 이익금 7,000원), 남성용 32,850원(= 원가 23,500원 + 부가세 + 이익금 7,000원)으로 정한 사실, 롯데홈쇼핑이 주식회사 오권과 계약을 체결하고 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송을 10회 방영하는 동안 이 사건 제품 16,750컬레가 판매되어 1회당 평균 1,675컬레가 판매된 사실을 인정할 수 있고, 이 사건 경고장이 발송되어 롯데홈쇼핑에 도달했을 당시 롯데홈쇼핑은 이 사건 제품의 홈쇼핑 방송을 4회 편성하여 두었으나 이 사건 경고장을 수령하고 위 4회 방송을 모두 취소한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 갑 제13호증의 1, 2의 기재만으로는 이 사건 제품의 원가가 남성용, 여성용 공히 21,000원이었음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

위 인정 사실에 따르면, 이 사건 제품이 홈쇼핑에서 판매되었을 경우 원고는 1컬레당 7,000원의 이익을 얻을 수 있었던 것으로 보이고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 경고장이 발송되어 롯데홈쇼핑이 이

사건 제품의 홈쇼핑 방송이 취소함으로써 원고가 입은 손해는 이미 편성되어 있던 홈쇼핑 방송이 예정대로 방영되었을 경우의 판매수익금 상당이라 할 것이므로, 피고는 원고에게 46,900,000원(= 7,000원 × 1회 평균 판매수량 1,675컬레 × 4회)을 이 사건 경고장 발송으로 인한 손해배상으로 지급하여야 할 의무가 있다. 원고의 이 부분 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

(2) 이에 대하여 피고는 설령 이 사건 경고장 발송행위로 인한 원고의 손해가 인정된다고 하더라도 원고가 이 사건 제품을 홈쇼핑 방송을 통하여 판매하는 대신 성당 등에서 염가로 판매함으로써 얻은 수익을 손익상계로 공제하여야 한다고 항변한다.

손해배상액의 산정에 있어 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다([대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결](#), [대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결](#) 등 참조).

살피건대, 피고의 이 사건 경고장 발송행위가 없었다고 하더라도 원고에게 이 사건 제품 6,983컬레의 재고가 남아 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고가 이 사건 제품 4,548컬레를 판매함으로써 얻은 수익이 피고의 이 사건 경고장 발송행위로 인한 이득이라고 볼 수 없다. 피고의 위 항변은 이유 없다.

(3) 그렇다면 피고는 원고에게 46,900,000원 및 이에 대하여 원고가 구하는 바에 따라 이 사건 청구 취지 및 원인변경신청서 송달일 다음날인 2009. 7. 22.부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

4. 결론

원고의 이 사건 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하기로 하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 윤인성(재판장) 김세현 이현경