

상법 제46조(기본적 상행위)의 확장



과목명	상사법의 기초이해
담당교수	서완석
팀원	202335737 이은솔
	202531863 김예찬
	202531903 신재섭
	202531908 안수빈
	202531981 최이안

목차

생성형 AI 콘텐츠 생산 및 거래의 상행위성 검토

- I. 서론
- II. AI 결과물을 '제조'로 볼 것인가, 아니면 새로운 유형의 '서비스업'으로 볼 것인가?
- III. AI 학습 데이터 행위가 상법상 준상행위로서의 영향을 갖는지 여부
- IV. 생성형 AI 비즈니스의 상법 제46조(기본적 상행위) 명문화에 대한 비판적 분석
- V. 결론

개인 간 거래(C2C) 플랫폼 내 '프로슈머'의 상인성 판정

- I. 서론
- II. 플랫폼 리셀러의 상인성 검토
- III. 영업성의 임계점
- IV. C2C 플랫폼 내 프로슈머에 대한 상법상 의무 부과와 실익
- V. '디지털 플랫폼 중개업' 및 '반복적 개인 매매업'의 상법 명문화 검토
- VI. 결론

가상자산(코인·NFT) 운용 및 수탁업의 상법적 수용

- I. 서론
- II. 블록체인 기술 발전과 가상자산 규율
- III. 가상자산의 법적 성질과 무형자산으로서의 객체성
- IV. 가상자산 발행(ICO) 행위의 자본조달 기능과 성격
- V. 수탁 및 스테이킹 서비스의 법적 분석
- VI. 결론

인플루언서 마케팅 및 데이터 판매업의 독자적 상행위화

- I. 서론
- II. 연예 매니지먼트와 MCN의 법적 차이점
- III. MCN의 특징과 수익 모델
- IV. MCN의 상인성 검토
- V. 데이터 판매업과 수익 모델
- VI. 데이터 판매업의 상인성 검토
- VII. MCN 산업 및 인플루언서 마케팅과 데이터 판매업의 상법 명문화에 대한 검토
- VIII. 결론

작성 히스토리, 느낀점 및 자체 평가

생성형 AI 콘텐츠 생산 및 거래의 상행위성 검토

I. 서론

생성형 AI 기술이 고도화됨에 따라 콘텐츠 생산이라는 것이 '인간의 창작'에서 '기계의 생성'으로 급격히 이동하고 있다. 이에 따라 생성형 AI를 활용한 모델이 끊임없이 등장하고 있으며, 개인이 AI를 활용해 글, 그림(이미지), 영상, 오디오 등의 콘텐츠를 생산하고 이를 플랫폼에 유통·판매하여 수익을 올리는 사례가 일반화되고 있다.

이처럼 AI 콘텐츠 생산과 거래가 하나의 거대한 가치를 형성함에 따라, 이러한 행위를 상법상 '상행위'로 규정할 수 있는지에 대한 검토가 요구되고 있다. AI는 사용자들의 데이터를 다량으로 학습하여 또 다른 결과물을 생성해낸다. 생성형 AI가 데이터 학습을 기반으로 만들어낸 결과물을 '제조'로 보아야 할 것인지, 아니면 '서비스업'으로 보아야 할 것인지 검토하고, 나아가 상법 제 46조 22가지의 기본적 상행위에 생성형 AI의 데이터 학습 산업을 명문화할 필요성이 있는지 분석하고자 한다.

II. AI 결과물을 '제조'로 볼 것인가, 아니면 새로운 유형의 '서비스업'으로 볼 것인가?

제조와 서비스업의 정의를 살펴보면, 우선 제조란 원재료(물질 또는 구성요소)에 물리적, 화학적 작용을 가하여 투입된 원재료를 성질이 다른 새로운 제품으로 전환시키는 산업활동을 말한다.¹⁾ 즉 동산을 가공하여 제품으로 만드는 것이 제조이며, 그 결과물은 물건일 수밖에 없다.

반면 서비스업 범위는 부가가치세법에서 찾을 수 있다. 제2조에 따르면 용역이란 재화에 외재 재산 가치가 있는 모든 직무(役務)와 그 밖의 행위를 말한다. 동법 시행령 제3조에서 나열한 용역 중 AI 생성물을 포섭할 수 있는 용역에는 1 정보통신업, 2 전문, 과학 및 기술 서비스업과 사업시설 관리, 사업 지원 및 임대서비스업, 3 예술, 스포츠 및 여가관련 서비스업 등이 있다.

이러한 정의에 비추어 볼 때, AI 생성물은 제조업이 아니라 서비스업에 해당한다고 볼 수 있다. AI를 이용해 만든 소설, 이미지, 코드 등은 디지털 콘텐츠이다. 실체가 존재하지 않으므로 물건으로 볼 수 없고, 부동산이나 동산이 아니다. 반면 제조란 물질 또는 구성요소에 물리적 화학적 작용을 가한 것이므로 부동산 또는 동산에 한정된다. 따라서 AI를 이용해 제작한 글이나 이미지 등은 제조한 것이라고 볼 수 없다.

대신, AI의 결과물은 재화가 아니지만 상황에 따라 재산 가치를 가질 수 있으므로 이를 생성하고 판매하는 행위는 부가가치세법상 용역에 해당한다. 예를 들어 컴퓨터 소프트웨어 코드를 생성하여 판매하면 소프트웨어 개발 및 공급업에 해당하고, 영상을 만들면 애니메이션 영화 및 비디오물 제작업에 해당하며, 이들은 모두 정보통신업에 속한다.

1) 법제처, 한국표준산업분류, 국가법령정보센터, [https://www.law.go.kr/행정규칙/한국표준산업분류/\(2024-203,20240430\), 2026-05-09](https://www.law.go.kr/행정규칙/한국표준산업분류/(2024-203,20240430), 2026-05-09).

Ⅲ. AI 학습 데이터 행위가 상법상 준상행위로서의 영향을 갖는지 여부

AI 학습 데이터 수집(데이터 마이닝) 행위가 상법상 준상행위로서의 영업성을 갖는지를 분석해 보겠다. 먼저 준상행위란, 상법 제66조(준상행위) “본장의 규정은 제5조의 규정에 의한 상인의 행위에 준용한다”. 제5조(동전·의제상인)에서는 “①점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다”고 규정하고 있다. 상법 법조문에 표기된 준상행위로 의제하기 위해서는 1. 상인적 방법 2. 유사한 설비 3. 영업 이 가장 핵심적인 키워드이다. 먼저 상인적 방법이란, 상법상 ‘의제상인’의 핵심적 요소이다. 점포 등 유사한 설비와 상호, 상업장부 등 영업을 수행하는 수단을 갖추고 영리의 목적으로 같은 종류의 행위를 반복·계속 영업하는 것을 말하고, 설비 요건이란, 점포 등 ‘유사한 설비’를 갖추고, 상호·상업장부·상호부조 등 영업을 수행하는 수단을 갖춘 상태이다.

상법상 준상행위로서 영업성을 가지기 위해서는 다음의 요건이 필요하다.

1. 영리 목적이 있어야 한다.
2. 계속성과 반복성이 있어야 한다.
3. 점포 기타 유사한 설비가 있어야 한다(영업의 외관).
4. 상인적 방법을 이용해야 한다.

이에 비추어 볼 때, AI 학습 데이터를 영업에 이용하기 위해 수집한다면, 영리 목적이 있다고 볼 수 있고²⁾, 계속성과 반복성을 인정할 수 있으며 그 성립 여부를 판단하기 쉽다. 그리고 상인적 방법이란 당연상인처럼 기업적인 인적, 물적 조직을 갖추고 영업을 하는 것을 의미한다.³⁾ 데이터 마이닝은 막대한 자본과 물적 설비 및 전문 인력의 투입이 필요하고, 수익 모델에 사용될 목적 혹은 고도의 개연성이 있으므로, 상인적 방법을 이용했다고 볼 수 있다.

한편, AI 학습 데이터 수집에서 점포 기타 유사한 설비가 있는지 여부가 문제 된다. 우선 AI 학습 데이터 마이닝을 하는 주체가 그 운영을 위한 현실의 영업소를 가진다고 인정되는 경우에는 이를 충족할 수 있다. 그리고 주체가 회사라면 점포 기타 유사한 설비를 갖추지 않았더라도 이를 상법 제5조 제2항에 따라 준상행위로서 영업성이 인정된다.

현실에 영업소가 없는 경우를 살펴보면, 상법에서 점포 기타 이와 유사한 설비를 요구하는 이유는 상대방이 상인이고 계속해서 영업할 것이라 신뢰할 수 있는 외관을 형성하기 위함이다. AI 학습 데이터 수집을 위해서는 막대한 자본과 물적 설비 및 전문 인력의 투입이 필요한 점으로 볼 때, 이를 이용해 영리 목적의 행위를 한다면 해당 디지털 공간에서 영업을 계속할 것이라는 믿음이 생기므로, 개별적 판단에 따라 영업을 하는 해당 웹사이트를 기타 유사한 설비로 평가할 수도 있다고 판단된다.

Ⅳ. 생성형 AI 비즈니스의 상법 제46조(기본적 상행위) 명문화에 대한 비판적 분석

상법 제46조 22가지의 기본적 상행위 규정은 영리 추구 행위의 전통적인 유형을 제시하여 상인 자격의 취득과 상법 적용 범위를 확정하는 사법(私法)의 기초적 근간이다. 역사적으

2) 김창화. (2021). 데이터 마이닝과 저작권 면책의 범위 및 한계. 계간 저작권, 34(2), 5-31.

3) 서완석, 상법총칙 상행위법(2판), 디자인사람들 (2025), 52,

로 본 조항은 사회·경제적 구조의 근본적인 변화 속에서 입법적 합의가 완벽히 성숙했을 때에 한하여 매우 제한적으로 개정되어 왔다.⁴⁾ 가장 최근에 신설된 마지막 조항인 제22호(신용카드, 전자화폐 등을 이용한 지급결제 업무의 인수)의 사례를 보더라도, 신용카드를 이용한 비즈니스 산업이 우리 사회의 보편적인 결제 수단으로 안착하고 관련 법적 분쟁의 유형과 판례가 확립된 2010년에 이르러서야 비로소 명문화되었다.

이에 반해 생성형 AI에 기반한 데이터 학습 및 콘텐츠 생성 비즈니스는 시장에 등장한 지 불과 몇 년 되지 않은 초기 단계의 기술이다. 현재 비즈니스 모델이 매월 급진적으로 진화하고 있으며, 기술적 완성도와 시장의 규범적 수용 가능성 또한 불확실하다고 판단된다. 이러한 상황에서 생성형 AI 관련 행위를 상법 제46조에 독립된 호(號)로 성급하게 규격화하는 것은 사법의 안정성을 저해하고 입법 기술적 오류를 범할 수 있으므로, 상법 제46조의 역사적 성격과 개정의 신중성을 고려하여 결정해야 한다.⁵⁾

그렇다면 생성형 AI의 데이터 학습과 각종 콘텐츠 관련 조항은 어떻게 해결할 것인가가 문제된다.⁶⁾ 첫째로 현행 상법 조항의 유연성과 해석론적 포섭이 가능하다고 판단된다. 상법 제46조가 나열하고 있는 22가지의 기본적 상행위는, 사회의 모든 영리 목적의 행위를 빠짐없이 묶어두는 '열거 규정'이 아니라, 시대적 대표성을 지닌 상행위를 예시한 '예시 규정'으로 해석하는 것이 다수설과 판례의 일관된 태도이다. 따라서 완전히 새로운 조문을 신설하지 않더라도, 생성형 AI의 학습 데이터 및 콘텐츠 생성 산업을 사법(私法)적으로 분해하여 살펴본다면 현행 조항의 유연한 해석을 통해 충분히 상행위로 포섭할 수 있다.⁷⁾

1) 제3호(제조, 가공 또는 수선에 관한 행위)의 적용

생성형 AI의 데이터 학습(LLM 개발 등)은 원시 데이터(Raw Data)를 수집·정제·라벨링하고, 이를 알고리즘에 투입하여 고도화된 추론 모델이라는 '디지털 재화'를 구축하는 과정이다. 이는 무형의 자원을 가치 있는 생산물로 변환한다는 점에서 전통적인 가공 및 제조 행위의 현대적 확장선상에 위치한다고 볼 수 있다.⁸⁾

더욱이 상법은 이미 22호 전자결제업무 및 금융제공거래 등 준(準)금융과 플랫폼적 성격을 아우르는 포괄적 규정들을 갖추고 있다. 만약 AI의 등장처럼 시대가 변화하고, 기술이 변할 때마다 매번 독립된 조문을 추가한다면 법 체계가 지나치게 비대해질 뿐만 아니라, 향후 '데이터 학습이 필요 없는 완전히 새로운 형태의 차세대 AI'가 등장했을 때 오히려 법적 공백이 발생하거나 반대해석으로 인해 해당 행위가 상행위에서 배제되는 부작용을 초래할 수 있다. 따라서 현행법의 해석론만으로도 상인 자격 인정과 상법 적용에는 아무런 지장이 없다.

4) 김지선. "'챗GPT'가 촉발한 생성AI 시대, 윤리문제 톺아봐야." ICT 동향 분석(AI.디지털윤리 동향, 디지털서비스 동향) -. (2023): 42-48. 참조.

5) 류태호. "미국 대학의 사례로 보는 생성형 AI 활용 방안과 윤리적 이슈에 대한 대응." ICT 동향 분석(AI.디지털윤리 동향, 디지털서비스 동향) -. (2023): 4-9. 참조.

6) 장성경,조은서,and 박상철. "생성AI의 기만수단으로의 오용: 실태, 대응기술, 법적 쟁점." 경제법연구 22.2 (2023): 3-39. 참조.

7) 김윤명. "AI생성물의 저작권 등록의 입법방안." 입법과 정책 15.2 (2023): 169-196. 참조.

8) 장진보,and 노소우. "중국의 생성형AI 법적 규제에 관한 연구." 중국법연구 52.- (2023): 173-211. 참조.

둘째로는 기술이 변화함에 따른 생성형 AI 관련 법령을 특별법 및 하위 법령 중심 규율을 구축하는 것을 제시하고자 한다. 상법은 상거래의 보편적 질서와 계약의 기본을 규율하는 '기본법'이다. 반면 생성형 AI 산업은 기술적 불확실성과 가변성이 극도로 높은 영역이다. 기본법의 조문 안에 AI를 명문화하는 것은 규제의 유연성을 떨어뜨려 산업의 발전을 저해하거나, 반대로 규제의 사각지대를 만들 수 있으므로 23호에 해당하는 법률을 개정하는 것은 비편적으로 고찰하고 결정해야 할 사안이다.

1. 법의 안정성과 기술의 가변성 간의 충돌이 생긴다. 상법은 한 번 개정되면 이를 다시 수정하기까지 막대한 사회적 비용과 시간이 소요된다. 현재의 생성형 AI 비즈니스가 5년 뒤에도 동일한 형태로 유지될지는 절대 미지수이다. 현 단계에서의 성급한 명문화는 사법(死法)을 양산할 위험이 매우 크며, 법의 예측 가능성을 크게 훼손한다.⁹⁾

2. 사법(私法)적 상행위성과 공법(公法)적 규제·진흥의 분리 문제가 발생한다.¹⁰⁾ 생성형 AI 시장에서 발생하는 실질적인 법적 쟁점은 영리를 목적으로 하는 이상 상행위성은 당연히 전제된다. 진짜 핵심 과제는 타인의 저작물을 어디까지 무단 학습할 수 있는지와(저작권법상 TDM 면책 범위), AI가 생성한 결과물의 권리 주체는 누구인지 또 알고리즘의 편향성과 개인정보 유출에 대한 민형사상 책임 배분은 어떻게 할 것인가이다.¹¹⁾

이러한 고도의 기술적·윤리적 문제는 상법 제46조에 한 줄을 추가한다고 해서 결코 해결될 수 없다. 이는 사법의 영역을 넘어선 공법적 규제와 산업 진흥의 융합 문제이기 때문이다.¹²⁾ 따라서 저작권법 개정안 등 특수 목적의 특별법을 중심으로 규율하되, 하루가 다르게 급속도로 변화하는 현대사회의 기술을 대통령령(시행령)이나 소관 부처의 가이드라인 등 하위 법령을 통해 유연하게 대응하는 것이 입법 기술 및 법정정책 관점에서 훨씬 타당하다.¹³⁾

V. 결론

생성형 인공지능 AI 기술의 발전과 비즈니스 모델의 급변화는 현행 사법(私法) 체계, 특히 상인이 행하는 영업행위의 인적·물적 범위를 규율하는 기본법인 상법 제46조의 '기본적 상행위' 23호의 명문화의 고찰을 요하고 있다. 그러나 기술 혁신에 대한 사법적 수용은 사회·경제적 구조의 근본적인 변화 속에서 입법적 합의가 완벽히 성숙했을 때에 한하여 매우 제한적으로 개정되어 온 상법의 역사적인 성격과, 기존 법체계와의 정합성, 그리고 입법 기술적 타당성을 엄격히 따져 신중하게 접근해야 한다.¹⁴⁾

9) 이정범. "생성형AI의 확산에 따른 저작권 쟁점 연구." 전시대디자인연구 22.2 (2025): 139-146. 참조.

10) 김윤명. "생성형AI의 프롬프트 창작에 대한 저작권법적 고찰." 저스티스 200.- (2024): 261-297. 참조.

11) 이은서, 최윤희, and 권오병. "생성형AI 제작 가상인간에 의한 위험커뮤니케이션이 안전수칙 준수 행동에 미치는 영향." 한국전자거래학회지 29.4 (2024): 49-70. 참조.

12) 박민서. "생성형AI 동영상 제작 기술이 문화콘텐츠 기획 방식에 미치는 구조적 변화." 문화·경영·기술 6.1 (2026): 99-118. 참조.

13) 김효은, 박소현, and 서무완. "생성형AI 활용교육에 대한 학생의 인식 및 요구 분석." 컴퓨터교육학회 논문지 28.9 (2025): 1-10. 참조.

14) 김효은, 박소현, and 서무완. "생성형AI 활용교육에 대한 학생의 인식 및 요구 분석." 컴퓨터교육학회 논문지 28.9 (2025): 1-10. 참조.

첫째, 많은 생성형 AI를 통해 산출되는 결과물의 법적 성격은 '서비스업'의 범주로 보는 것이 타당하다. 전통적 제조업은 물리적 원자재의 가치 변형을 통한 유체물(有體物)의 생산을 본질로 한다. 반면, 생성형 AI의 결과물은 이용자가 제시한 가이드라인(프롬프트)에 반응하여 알고리즘이 실시간으로 출력하는 무형의 디지털 데이터이다. 따라서 이를 '제조'보다는 '서비스업'의 형태로 파악해야 한다.

둘째, 생성형 AI의 데이터 학습 및 콘텐츠 생성 행위를 상법 제46조의 기본적 상행위 안에 명문화하려는 시도는 신중해야 하며, 비판적으로 검토되어야 한다.¹⁵⁾ 과거 신용카드 등 전자결제업무(제22호)가 시장의 지배적 안착과 판례의 축적을 우리는 무려 수십 년의 시차를 두고 상법에 편입된 전례가 있다. 현재 시점에서 생성형 AI 관련 법령을 '기본법'인 상법 제 46조 23호에 개정하는 것은 법적 안정성을 훼손할 위험이 크다. 따라서 이는 기존의 22가지 상행위 안에 포섭시킬 수 있고, 특별법 및 하위 법령을 중심으로 AI법령을 구축하는 것이 타당하다. 성급한 상법 명문화 조치를 지양하고 현행 상법의 유연한 해석과 특별법 중심의 규제를 병행하는 것이 사법의 안정성과 현대의 기술 발전 혁신의 균형을 이룰 수 있는 최선의 방법이라고 판단된다.

15) 배경, and 백창원. "생성형AI 프롬프트 인젝션의 형사법적 규제 방안 연구: 한미 비교법적 분석을 중심으로." 치안정책연구 39.2 (2025): 47-92. 참조.

개인 간 거래(C2C) 플랫폼 내 '프로슈머'의 상인성 판정

I. 서론

스마트폰과 애플리케이션의 발달로 사람들의 소비 방식에 다양한 변화가 발생하고 있다. 과거의 소비자는 생산자가 만든 재화를 일방적으로 수용하고 소모하는 수동적인 주체에 머물렀다. 그러나 현재의 소비자는 소비뿐만 아니라 스스로 콘텐츠와 제품을 만들고 이를 통해 부가가치를 창출하는 능동적인 주체로 변화하게 되었다.¹⁶⁾ 이러한 현상이 극명하게 나타나는 곳이 '당근마켓', '번개장터' 등 중고 거래 플랫폼과 한정판 물품 거래를 중개하는 '크림'과 같은 개인 간 거래(C2C) 플랫폼이다.

개인 간 거래(C2C)는 일반적으로 개인이 사용하던 중고 물품을 처분하거나, 필요한 물건을 저렴하게 구매하는 방식으로 이루어졌었다. 이 공간에서 거래의 영리성이나 계속성을 찾아보기 어려웠고, 거래 상대방 역시 사업자가 아닌 이웃 주민 정도로 여겨졌기 때문에 민법의 영역에서 충분히 규율할 수 있었다. 그러나 최근 중고 거래 플랫폼에 '프로슈머'라고 불리는 새로운 주체가 등장하여 새로운 논의의 필요성이 강조된다. 이들은 전문적이고 반복적인 방법으로 매매하며, 상인과 유사한 역할을 수행하고 있다. 이들은 한정판 시계, 고가의 명품부터 일반적인 생활용품에 이르기까지, 최초 구매 단계에서부터 자신이 소비할 목적이 아니라 되팔아서 차익을 남기기 위한 목적으로 물건을 구매하고 판매하는 모습을 보인다.

이와 같은 일부 리셀 활동은 실질적으로 기업과 소비자 간 거래(B2C)에 준하는 모습을 보인다. 따라서 이들을 의제 상인 또는 당연상인으로 볼 수 있는지를 검토하고 그 상인성을 판단하는 임계점을 설정하고자 한다. 나아가 이들에게 상법상 의무를 부과할 때 발생하는 법적, 경제적 실익을 논하고, 나아가 디지털 플랫폼 중개업과 그 안에서 일어나는 반복적 개인 매매업을 기본적 상행위에 추가할 필요성이 있는지 검토하고자 한다.

II. 플랫폼 리셀러의 상인성 검토

리셀의 사전적 정의는 '물건을 되파는 행동'이지만 최근에는 의미가 더해져 희소성이 있는 상품을 대상으로 소비자 본인의 취미나 해당 제품의 가치 상승을 목적으로 재판매 하는 것을 뜻한다.¹⁷⁾ 리셀러는 판매와 소비 모두에 참여하는 프로슈머의 한 형태로서 리셀러가 계속·반복적으로 리셀 행위를 할 경우 상인으로 볼 수 있다.

1) 의제상인

상법 제5조의 의제상인이 성립하기 위해서는 ①'점포 기타 유사한 설비', ②'상인적 방법', 그리고 ③'영업성'이 요구된다.¹⁸⁾ 우선, 점포 기타 유사한 설비는 물리적 공간에 존재하는 현실의 영업소를 의미한다. 인터넷상의 개인 계정이나 사이버몰은 현실의 영업소에 비해 아주 쉽고 신속하게 폐업할 수 있으므로 이는 현실의 설비가 주는 영업의 계속성에 대한 신뢰와는 비교할 수 없을 정도이다. 따라서 인터넷상의 영업소를 '설비'라고 간주하긴 어렵다. 다

16) 백혜란, 이기춘 (2009). 프로슈머의 개념화와 성향측정도구 개발. 소비자학연구, 20(3), 135 - 161.
17) 변희성, 남궁진, and 이준성. "소셜 네트워크 빅데이터 분석을 이용한 스니커즈 리셀 인식 연구." 한국체육학회지 61.6 (2022): 325-343.
18) 정동윤, 「상법총칙·상행위법」, 2000, 20.

만, 인터넷상에서 활동하더라도 물리적 공간의 영업소를 두고 있다면 설비를 갖추고 있다고 본다.

두 번째로 '상인적 방법'은 당연상인처럼 기업적인 인적, 물적 조직을 갖추고 영업 하는 것을 의미하는데, 리셀 행위를 생업으로 하더라도 상인적 방법에 따르지 않으면 의제상인으로 보기 어렵다. 마지막으로 영업성을 갖추었다는 것은 영업으로 하는 행위, 즉 영리의 목적으로 계획을 세워 동종행위를 반복적·계속적으로 하는 것을 의미한다.¹⁹⁾ 일부 리셀러는 일정한 수익 획득을 목적으로 계속·반복적으로 행한다는 점에서 영업성이 인정될 수 있다. 그러나 리셀러의 영업성은 이용 플랫폼, 이용 횟수, 금액 등에 따른 임계점을 고려하여 구체적으로 판단해야 할 것이다.

2) 당연상인

당연상인은 자기의 명의로 상법 제46조에 규정되어 있는 유형의 상행위를 영업으로 하는 자를 말한다.²⁰⁾ 당연상인이 성립하기 위한 첫 번째 요건인 '자기 명의'란 상행위로부터 발생하는 법적 권리와 의무의 귀속 주체가 된다는 것을 의미하며, 두 번째 요건인 '영업으로 한다'는 것은 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 의미한다.²¹⁾ 리셀러는 프리미엄을 목적으로 한정판 재화를 선점하여 매수한 뒤, 이를 다시 타인에게 매도하여 차익을 실현하는데, 이는 상법 제46조 제1호의 '동산, 부동산, 유가증권 기타의 재산의 매매'로 볼 수 있다. 따라서 리셀러가 계속·반복적으로 상품 매매를 한다면 영업성이 인정될 수 있지만 의제상인의 경우와 마찬가지로 영업성의 임계점을 판단하는 것이 중요하다.

Ⅲ. 영업성의 임계점

리셀러의 영업성을 판정하기 위해서는 리셀 행위가 단순한 중고물품 처분이나 취미 활동의 범주를 넘어 '영업으로' 행해지고 있다는 점을 증명해야 한다. 영업성의 요소에는 영리성, 계속성, 그리고 대외적 거래 활동²²⁾이 있다. 이 세 가지 요소를 기준으로 구체적인 법적 임계점을 검토할 수 있다.

첫째, '영리 목적의 객관적 확인'이 필요하다. 일반적인 중고 거래는 자신이 소비할 목적으로 취득한 물품을 사용하다가 가치가 하락한 상태에서 처분하는 행위이므로 취득 당시에 영리 목적이 없다. 반면, 상법상 당연상인으로 분류되어야 할 프로슈머는 물품을 '취득하는 바로 그 시점' 혹은 그 이전부터 이미 재판매를 통한 시세 차익을 거두려는 명확한 의도를 가지고 있다. 이런 점에서 영리목적이 객관적으로 확인된다. 예컨대 '크림' 등의 리셀 플랫폼에서 고가의 물건을 계속·반복적으로 매도하고 리셀 차익이 보장되는 명품이나 전자기기를 선점하기 위해 오픈런을 감수하여 대량 구매를 하는 행위는 영리 목적이 객관적으로 표상된다고 볼 수 있다. '당근 마켓' 등의 중고 거래 플랫폼에서 제품의 박스조차 개봉하지 않은 신품 상태의 물건 정품임을 증명하기 위한 표시(영수증 등)와 함께 플랫폼에 계속 반복적으로 등록하는 행위 역시 소비 목적이 아닌 유상취득 후 양도를 목적으로 하는 행위이다.

19) 이철송, 「상법총칙·상행위」 제14판(2016), 83-84면.

20) 서완석, 「상법총칙 상행위법(2판)」, 디자인사람들 (2025), 40.

21) 대법원 1994. 4. 29. 선고 93다54842 판결.

22) 이효경 (2025). 상법상 상인과 상행위 개념에 관한 고찰 - 대법원 2023.7.27. 선고2023다227418판결을 중심으로 -. 법제, 710, 229 - 256.

둘째, '계속성과 거래 규모'를 검토해야 한다. 한두 번의 우연한 기회로 리셀 차익을 얻었다고 해서 곧바로 상인이 될 수는 없다. 계속성과 거래 규모를 판단하기 위해서는 자의적인 기준이 아니라 거래 당사자가 예측할 수 있도록 객관적인 기준을 확보해야 한다.

이때 '통신판매업 신고 면제 기준에 대한 고시' 제2조 1항 1호와 개인사업자 과세 기준을 참고할 수 있다. '통신 판매업 신고 면제 기준에 대한 고시'에 따르면 직전년도 동안 통신판매의 거래횟수가 50회 미만인 경우 통신판매업 신고 의무를 부과하지 않고, 국세청 간이 과세 기준에 의하면 일반 사업자는 직전 연도의 매출액 1억 400만원 미만인 경우 간이과세 적용을 받는다. 이를 상법상 임계점에 역으로 적용하여, 반기별 거래 횟수가 25회 이상이거나 연매출액 1억 400만원 이상의 매매를 수행하는 개인 리셀러는 단순한 취미의 한계를 명백히 넘어선 것으로 보고 영업의 계속성을 인정하는 구체적 임계점으로 고려할 수 있다. 그러나 이는 행정적 기준이라는 점에서 곧바로 상법상 상인의 개념과 동일시 할 수는 없고 영업성 및 계속성을 판단하기 위한 보조적 기준으로 참고할 수 있다.

셋째, '대외적 거래 활동'을 고려해야 한다. 예를 들어 당근마켓이나 크림과 같은 플랫폼에서 전문 판매자처럼 프로필을 운영하는 경우가 있다. 특히 "교환·환불 불가", "정품 보장", "즉시 발송 가능" 등의 문구를 지속적으로 사용하거나, 일정한 거래 후기와 판매 이력을 축적한 경우에는 일반 소비자보다는 전문 판매업자에 가까운 외관을 형성하게 된다. 또한 특정 브랜드의 한정판 상품을 계속·반복적으로 판매하면서 재고를 확보해 두고 거래하는 경우, 거래 상대방 역시 이를 단순한 개인 간 거래(C2C)라기보다 기업과 소비자 간 거래(B2C)로 인식할 가능성이 매우 높다.

IV. C2C 플랫폼 내 프로슈머에 대한 상법상 의무 부과와 실익

기존 개인 간 거래(C2C)는 일반적으로 대등한 양 당사자를 전제로 한다. 따라서 국가가 거래에 적극적으로 개입하지 않는 경우가 많다. 그러나 오늘날 전문 리셀러와 일반 구매자 사이의 실질적인 거래 양상을 살펴보면, 개인 간 거래라고 보기 어려운 사례가 많다.

현행 소비자보호법이나 전자상거래법은 기본적으로 '사업자'를 중심으로 규정되어 있다. 재판매 플랫폼에선 사업자가 아닌 개인이 개인에게 물건을 파는 구조이기 때문에 전자상거래법의 적용을 거의 받지 않는다. 따라서 전문적인 리셀러는 한정판 제품의 시세, 정품 판별 방법, 구매 경로 등에 대해 일반 소비자보다 훨씬 많은 정보를 가지고 있음에도 개인 판매자라는 이유로 일반 사업자에게 적용되는 소비자 보호 규제를 상당 부분 피하고 있다. 대표적으로 매도인의 하자담보책임을 배제하는 특약을 게시글에 작게 숨겨두거나, 제품 수령 후 단순 변심 혹은 하자 발견으로 환불 요청이 발생해도 "중고 거래 특성상 환불 절대 불가"라는 문구를 앞세워 책임을 회피하는 경우가 있다.

플랫폼 회사에 소비자 분쟁을 해결하기 위한 기준이 마련되지 않은 것도 문제가 된다. 예컨대 크림은 개인 간 거래 분쟁에 원칙적으로 회사가 개입하지 않는다고 정하고 있다.²³⁾ 분쟁 해결 기준과 절차가 부족하여 결국 분쟁이 발생하면 민사소송으로 해결해야 하는데, 법적 기준과 개인 간 거래 플랫폼의 기준이 미비하여 구매자가 충분히 보호 받기 어렵다.

23) 박진수, 「'재판매 플랫폼' 분쟁 해결 기준 없어...3년간 관련 피해 급증」, KBS 뉴스, 2023. 8. 17., <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=7750560> (최종방문일 2026. 5. 25.).

1) 구체적 상법상 의무 부과와 실익 분석

리셀러의 상인성을 인정할 경우 여러 실질적인 효과를 기대할 수 있다.

첫째, 상호 및 상업장부 작성 보관 의무 부과를 통해 거래 투명성을 확보할 수 있다. 상법상 상인은 상업장부를 작성, 보관할 의무를 부담하는데 이러한 의무가 적용되면 리셀 행위 역시 기록과 관리의 대상이 된다. 온라인 리셀 거래는 분쟁 발생 시 입증이 쉽지 않지만, 상인성이 인정되면 거래 자료 확보가 용이해지고, 정보 불균형으로 인한 소비자의 피해가 감소할 것이다. 나아가 C2C 플랫폼을 탈세의 목적으로 악용하는 미등록 사업자를 규제할 수 있을 것이다.

둘째, 상법 제69조 '매수인의 목적물 검사와 하자통지 의무'를 적용하여 거래 관계를 신속하게 정리할 수 있다. 상법 제69조는 상인 간 매매에서 매수인이 목적물을 받은 후 지체 없이 검사하고 하자를 통지하도록 규정한다. 리셀 거래에서도 전문 판매자 사이의 거래에 이러한 규정이 적용된다면 하자 책임이나 정품 여부를 둘러싼 복잡한 분쟁을 비교적 빠르게 처리할 수 있게 된다. 리셀 시장에선 짝퉁 문제나 검수 책임 문제가 자주 발생하는데, 불량품이나 짝퉁이 일반 구매자에게 판매되는 것을 방지할 수 있다.

V. '디지털 플랫폼 중개업' 및 '반복적 개인 매매업'의 상법 명문화 검토

반복적 개인 매매업의 상행위성을 인정할 경우 여러 실익이 있다는 점을 앞서 검토하였다. 그러나 이를 상법 제 46조의 기본적 상행위에 명문화 하는 것에 대해서는 신중할 필요가 있다. '디지털 플랫폼 중개업' 또한 마찬가지이다. '디지털 플랫폼 중개업'과 '반복적 개인 매매업'을 구분하여 각각 살펴보겠다.

1) 디지털 플랫폼 중개업의 기본적 상행위 명문화에 대한 비판적 검토

1. 현행 상법으로 설명 가능할 수 있다. 당근마켓이나 크림과 같은 플랫폼 기업은 판매자와 입찰가, 실시간 시세 변동, 제품 품질 검수 등 다양한 정보를 체계적으로 제공하며, 리셀러와 제품 구매자 사이를 중개하는 역할을 수행한다.²⁴⁾ 이러한 행위는 상법 제46조 제11호의 '중개행위'로 설명할 수 있다. 플랫폼이라는 새로운 형식이 등장하였다고 하더라도, 거래를 연결하고 수수료를 얻는다는 경제적 실질 자체는 기존의 중개업과 크게 다르지 않다. 따라서 별도로 '디지털 플랫폼 중개업'을 상법에 추가하지 않더라도 현행 규정에 따라 충분히 포섭이 가능하다. 또한 대부분의 플랫폼 기업은 회사 형태로 운영되고 있으므로, 설령 기본적 상행위 해당 여부가 문제되더라도 회사로서 당연히 상법의 적용을 받는다. 결국 일부 특수한 사례를 위하여 별도의 조항을 새롭게 만드는 것은 실익이 크지 않다.

2. 특별법을 보완하는 방향이 적절하다. 플랫폼 거래 과정에서 발생하는 문제들은 상법의 문제라기 보다 소비자 보호 및 전자상거래의 문제에 가깝다. 따라서 플랫폼 거래의 문제를 해결하기 위해 기본적 상행위 조항에 추가하는 것보다, 필요한 경우 특별법을 보완하는 방향이 적절하다.

3. 개정의 우선순위가 높지 않다. 현재 플랫폼을 통한 개인 간 거래에서 더 큰 문제는 기

24) J. Im, "What is Resell's financial technology...I risked my life to buy sneakers", www.asiae.co.kr, <https://view.asiae.co.kr/article/2022011711503447585>, (accessed January 17, 2022).

본적 상행위 해당 여부보다 반복적 리셀러의 상인성 판단 기준이 불명확하다는 점이다. 특히 상법의 의제상인 규정은 '점포 기타 유사한 설비'를 요구하고 있는데, 온라인 기반 거래 환경에서는 이를 그대로 적용하기 어렵다. 따라서 상법을 개정한다면 사이버몰을 '점포 기타 유사한 설비'로 인정하는 편이 실익이 클 것으로 보인다²⁵⁾.

2) 반복적 개인 매매업의 기본적 상행위 명문화에 대한 비판적 검토

1. 현행 상법으로 설명 가능하다. 리셀러의 반복적 매매 행위는 영리를 목적으로 상품을 구매한 뒤 다시 판매하여 차익을 얻는 양상으로 전개된다. 이는 상법 제46조 제1호의 '동산 부동산 유가증권 기타의 재산의 매매'와 상당히 유사하다. 싸게 사서 비싸게 팔아 차익을 남기는 것을 목적으로 하는 행위인 매매와 리셀 행위는 큰 차이가 없다. 따라서 계속·반복적 리셀 행위를 현행 상법 체계 안에서 해석할 수 있다고 생각한다.

2. 개인 판매자를 포괄적으로 규제하는 것은 적절하지 않다. 앞서 서술하였듯, 리셀 거래와 단순 중고거래의 경계가 명확히 확정되지 않았다. 실제 플랫폼에서는 영리를 목적으로 계속적, 반복적 거래를 하는 경우보다 취미 수준의 거래나 일회성 판매가 활발히 이루어진다. 그런데 '반복적 개인 매매업'을 기본적 상행위에 명문화한다면 일반 소비자까지 상법의 적용 대상으로 포함될 가능성이 커진다.

3. 한계가 존재한다. 현재는 플랫폼 기반 리셀 거래가 중심이지만, 미래에 블록체인을 비롯한 새로운 거래 형태가 등장할 수 있다. 기술이 변화하고 새로운 거래 방식이 나타날 때마다 상법 제 46조에 추가하게 된다면 법 체계가 지나치게 복잡해 질 것이다. 따라서 새로운 조항을 신설하기보다는 기존 상법 조항에 적용하여 해석하는 것이 더 적절하다고 생각한다.

VI. 결론

개인 간 거래(C2C) 플랫폼의 성장과 함께 반복적·전문적으로 리셀 행위를 하는 프로슈머가 증가하고 있다. 이들은 형식적으로는 개인 판매자이지만, 실질적으로는 상인과 유사한 방식으로 거래를 수행하며 상당한 이익을 얻고 있다는 점에서 기존의 중고거래와는 차이가 있다. 특히 한정판 제품이나 고가 상품의 리셀 시장에서는 일반 소비자와 리셀러 사이의 정보 격차와 책임 불균형 문제가 발생하고 있으며, 현행 소비자보호법만으로는 이를 충분히 해결하기 어려운 측면이 존재한다.

따라서 일정한 영리성, 계속성, 대외적 거래 활동을 갖춘 리셀러에 대해서는 상인성을 인정할 필요가 있다. 그렇지만 단순한 개인 간 거래까지 상법의 적용 대상으로 포함되는 것은 지양해야 하므로, 거래 횟수·매출 규모·거래 형태 등을 종합적으로 고려하여 영업성의 임계점을 구체적으로 판단해야 할 것이다.

한편, 디지털 플랫폼 중개업 및 반복적 개인 매매업을 상법 제46조의 기본적 상행위에 새롭게 명문화하는 것에 대해서는 신중할 필요가 있다. 플랫폼 중개행위와 반복적 리셀 행위는 현행 상법 규정에 의해서도 상당 부분 설명이 가능하며, 기술 변화에 따라 새로운 거래 유형이 등장할 때마다 조항을 계속 추가하는 것은 법체계에 혼란을 초래할 수 있기 때문이다. 결국 현 단계에서는 새로운 조항을 신설하기보다는 기존 상법 규정을 디지털 거래 환경

25) 김재범. (2017). 인터넷 매체를 이용한 상행위와 상법총칙·상행위법의 수용. 상사법연구, 35(4), 9-39. <http://dx.doi.org/10.21188/CLR.35.4.1>

에 맞게 해석하고, 필요한 경우 특별법을 보완하는 방향이 적절하다고 본다.

가상자산(코인·NFT) 운용 및 수탁업의 상법적 수용

I. 서론

오늘날 가상자산(Virtual Asset)은 단순한 기술적 실험의 단계를 넘어 금융거래 및 자산 운용의 주요 대상으로 기능하고 있다. 비트코인(Bitcoin)을 비롯한 가상자산과 대체불가능토큰(NFT)은 시장에서 광범위하게 거래되고 있으며, 이에 수반하여 가상자산을 보관하는 수탁(Custody) 서비스와 블록체인 네트워크 운영에 참여하여 보상을 얻는 스테이킹(Staking) 서비스 등 다양한 영업 형태가 등장하고 있다.

그러나 이와 같은 경제적 현실과 달리, 상거래를 규율하는 현행 「상법」은 여전히 유체물 중심의 전통적 거래관계를 전제로 하고 있어 가상자산 관련 영업을 어떠한 법률관계로 이해할 것인지에 관하여 해석상 공백이 존재한다. 특히 가상자산 관련 영업은 타인의 재산을 관리·운용하고 수익을 창출한다는 점에서 외형상 상행위적 성격을 가지는 것으로 보이나, 이를 현행 상법 체계 내에서 어떠한 방식으로 포섭할 것인지에 대해서는 견해가 일치하지 않는다.

가상자산 수탁 및 스테이킹 서비스를 상법상 임치(寄託)로 이해할 수 있는지, 또는 신탁(Trust)의 변형된 형태로 파악할 수 있는지는 계약 당사자 사이의 권리·의무 및 책임 범위를 정하는 데 중요한 문제로 연결된다. 나아가 가상자산 발행(ICO) 행위를 상법상 유가증권 발행과 유사한 상행위로 평가할 수 있는지, 더 나아가 상법 제46조의 기본적 상행위 조항에 가상자산 관련 영업을 추가하는 것이 타당한지 역시 검토가 필요하다. 따라서 본 장에서는 각종 현실 사례와 관련 법령을 중심으로 가상자산 관련 영업의 법적 구조를 검토하고, 가상자산 발행행위와 수탁·스테이킹 서비스의 상법상 포섭 가능성을 비판적으로 살펴본 후, 상법 제46조 개정론의 타당성과 한계를 함께 평가하고자 한다.

II. 블록체인 기술 발전과 가상자산 규율

가상자산의 등장은 블록체인 기술의 발전과 밀접하게 연결되어 있다. 기존의 디지털 데이터는 복제가 용이하다는 특성으로 인하여 이중지급(Double Spending)의 문제가 지속적으로 제기되어 왔다. 그러나 2009년 비트코인이 작업증명(PoW) 방식을 도입하면서 중앙관리자 없이도 거래기록의 신뢰성을 확보할 수 있는 구조가 형성되었다. 이후 스마트 계약(Smart Contract) 기능을 도입한 이더리움 네트워크가 등장하면서 가상자산은 단순한 결제 수단을 넘어 자금 조달, 디지털 자산 거래, 수익 분배 등 다양한 경제활동의 기반으로 활용되기 시작하였다.

이에 국내에서도 공법적 규율 체계가 단계적으로 정비되었다. 「특정금융정보법」은 가상자산사업자 신고제도를 도입하여 자금세탁방지 의무를 부과하였고, 「가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률」은 이용자 자산의 분리보관 및 예치금 관리 의무 등을 규정하였다. 이는 가상자산이 더 이상 단순한 투기 수단에 머무르지 않고 일정한 금융적 기능을 수행한다는 점을 전제로 한 규율이라고 볼 수 있다.

Ⅲ. 가상자산의 법적 성질과 무형자산으로서의 객체성

다만 이러한 특별법은 주로 공법적 감독과 이용자 보호에 초점을 두고 있어, 가상자산 관련 거래관계의 사법적 성질 자체를 직접 규율하는 데에는 일정한 한계가 존재한다. 현행 특정금융정보법 제2조 제3호는 가상자산을 “경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표”로 정의하고 있다. 또한 대법원은 비트코인에 대하여 “재산적 가치가 있는 무형의 이익”이라고 판시한 바 있으며²⁶⁾, 이후에도 가상자산을 몰수의 대상이 되는 무형의 재산으로 인정하였다.²⁷⁾ 이러한 판례의 태도를 고려하면, 가상자산은 민법상 전통적 의미의 물건에는 해당하지 않으나 독립된 재산적 가치의 객체로 기능하는 무형자산으로 이해할 수 있다.

특히 가상자산 거래는 물리적 점유 이전이 아니라 블록체인 네트워크상 비밀키(Private Key)에 대한 통제권 이전을 중심으로 이루어진다는 점에서, 기존 유체물 거래와는 상이한 구조를 가진다. 이용자는 비밀키를 통하여 자신의 가상자산을 처분·이전할 수 있으며, 수탁업자 역시 실질적으로는 해당 비밀키를 관리함으로써 자산에 대한 통제권을 행사하게 된다. 이러한 기술적 특성은 가상자산 관련 법률관계를 전통적인 법적 구조만으로 설명하기 어렵게 만드는 요인으로 작용한다.

나아가 가상자산은 그 기능 및 기술적 구조에 따라 상이한 경제적 목적과 거래 구조를 형성하고 있으며, 이에 따라 법적 성질 역시 일률적으로 규정하기 어렵다. 예컨대 일부 가상자산은 결제 및 교환 기능을 중심으로 활용되는 반면, 일부는 투자 수익이나 네트워크 이용권적 성격을 가진다. NFT와 같이 특정 디지털 자산과 결합된 비대체성을 특징으로 하는 유형도 존재한다. 결국 가상자산은 단일한 물건 개념으로 취급하기 어려우며, 각 자산의 기능과 구조를 중심으로 개별적으로 이해할 필요가 있다.

유형	기술적·경제적 기능	대표 사례	상법상 주요 쟁점
결제형 토큰(Payment Token)	교환·송금·결제 기능 수행	비트코인(BTC), 리플(XRP)	거래 객체성 및 재산권 인정 여부
유틸리티 토큰(Utility Token)	특정 플랫폼·서비스 이용 권한 부여	이더리움 기반 서비스 토큰	계약상 권리 및 이용권적 성질
증권형 토큰(Security Token)	투자 수익 및 배당 기대와 결합	STO 형태 토큰	유가증권 유사성 및 투자계약성
스테이블코인(Stablecoin)	법정화폐 등에 가치 연동	USDT, USDC	지급수단성 및 예치금 보호 문제
NFT(대체불가능토큰)	디지털 자산의 개별성·희소성 표창	디지털 아트 NFT	소유권 귀속 및 권리 이전 문제
스테이킹 기반 토큰	네트워크 검증 참여 및 보상 발생	이더리움 스테이킹	임치·신탁 및 자산 운용성 문제

26) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018도3619 판결

27) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021도9855 판결

위와 같은 분류는 가상자산이 단순히 일률적인 물건 개념으로 설명될 수 없음을 보여준다. 특히 증권형 토큰은 발행자의 사업 수행과 투자자의 수익 기대가 결합된 구조를 가지는 반면, 결제형 토큰이나 스테이블코인은 교환 및 네트워크 유지 수단으로 기능한다. 또한 NFT의 경우 특정 디지털 자산과 결합된 비대체성을 특징으로 하여 일반적인 암호화폐와는 상이한 거래 구조를 형성한다. 이처럼 가상자산은 기능과 거래 구조에 따라 서로 다른 경제적 목적과 권리관계를 형성하고 있으며, 이러한 차이는 가상자산 관련 영업을 어떠한 계약 유형으로 이해할 것인지에도 직접적인 영향을 미친다. 결국 가상자산의 법적 성질 역시 이를 일률적으로 규정하기보다는 각 자산의 기능과 거래 구조를 중심으로 개별적으로 검토할 필요가 있다.

IV. 가상자산 발행(ICO) 행위의 자본조달 기능과 성격

가상자산의 경제적 기능은 발행 단계에서부터 나타난다. 가상자산 발행(ICO)은 일반적으로 블록체인 기반 사업자가 프로젝트 수행을 위한 자금 조달을 목적으로 가상자산을 발행하고 이를 투자자에게 판매하는 행위를 의미한다. 통상적으로 발행자는 프로젝트의 기술적 구조와 사업 계획을 담은 백서(Whitepaper)를 공개하고, 투자자들은 해당 프로젝트의 성장 가능성 및 토큰 가치 상승을 기대하며 자금을 제공한다. 이러한 구조는 단순한 디지털 자산의 매매를 넘어, 사업 수행을 위한 자본 형성 기능을 가진다는 점에서 기존의 자금 조달 행위와 일정한 유사성을 가진다. 특히 일부 증권형 토큰의 경우 투자자의 수익 기대가 발행자의 사업 수행과 밀접하게 결합되어 있다는 점에서 투자계약증권과 유사한 성격을 가진다고 평가될 여지가 있다. 다수의 투자자를 상대로 자금을 모집하고, 발행자는 이를 기반으로 사업 자금을 확보한다는 점에서는 전통적인 유가증권 발행과 기능적으로 비교될 수 있는 측면도 존재한다.

실제로 미국 증권거래위원회(SEC)는 디지털 자산의 판매가 투자자의 자금 투입, 공동 사업성, 타인의 노력에 따른 수익 기대 등을 충족하는 경우 연방 증권법상 투자계약증권에 해당할 수 있다는 입장을 제시한 바 있다. 이는 가상자산 발행행위가 단순한 디지털 자산의 거래를 넘어, 일정 부분 자본 조달 행위로 기능할 수 있음을 시사한다. 다만 미국 역시 모든 토큰을 일률적으로 증권으로 취급하는 것은 아니며, 네트워크 이용권적 성격이 강한 토큰의 경우에는 증권성을 부정할 여지를 남기고 있다.²⁸⁾ 따라서 가상자산의 법적 성질은 토큰의 기능과 발행 구조에 따라 개별적으로 판단될 필요가 있으며, 이를 곧바로 전통적 유가증권과 동일시하기에는 한계가 존재한다.

그럼에도 불구하고 가상자산 발행행위 역시 영리 목적 아래 반복·계속적으로 이루어지는 자금 조달 행위라는 점에서, 상법 제46조 제20호의 “그 밖에 영리를 목적으로 하는 행위”에 포섭될 가능성은 검토할 수 있다. 특히 특별법이 충분히 규율하지 못하는 영역에서 상법상 주의의무 및 책임 원리를 보충적으로 적용할 필요성이 제기될 수 있다는 점에서, 일정 부분 상행위성을 인정할 실익도 존재한다. 그러나 이는 어디까지나 기능적 유사성에 기초한 해석론적 접근일 뿐, 현 단계에서 ICO를 전통적 유가증권 발행과 동일한 법률행위로 단정할 수

28) U.S. Securities and Exchange Commission & Commodity Futures Trading Commission, "Application of the Federal Securities Laws to Certain Types of Crypto Assets and Certain Transactions Involving Crypto Assets," Release Nos. 33-11412; 34-105020 (March 17, 2026), pp. 14-23.

있다는 의미는 아니다.

V. 수탁 및 스테이킹 서비스의 법적 분석

이처럼 가상자산 발행행위가 일정 부분 자본 조달 및 투자 모집의 기능을 수행함에 따라, 이후 형성된 가상자산을 어떠한 방식으로 보관·관리할 것인지 역시 중요한 법적 문제로 연결된다. 특히 거래소 및 수탁업자를 중심으로 이루어지는 가상자산 수탁 및 스테이킹 서비스는 전통적 임치관계와 동일하게 평가할 수 있는지 여부가 문제된다. 가상자산 수탁업자는 일반적으로 이용자의 비밀키를 관리하거나 거래를 대행하며, 스테이킹 서비스의 경우에는 이용자의 자산을 네트워크 검증 과정에 활용하여 일정한 보상을 획득하기도 한다. 따라서 이는 단순한 보관관계를 넘어 자산 관리 및 운용의 성격을 함께 가진다고 볼 여지가 있다.

임치는 원칙적으로 목적물의 보관과 반환을 핵심 내용으로 하는 계약으로 이해된다. 따라서 가상자산 수탁 역시 타인의 재산을 일정 기간 보관하였다가 반환한다는 점에서는 임치와 유사한 측면이 존재한다. 특히 중앙화 거래소의 경우 이용자는 직접 비밀키를 관리하지 아니하고 사업자에게 그 관리 권한을 이전하며, 사업자는 이에 대응하여 이용자의 청구에 따라 가상자산을 반환할 의무를 부담한다는 점에서 전통적인 임치관계와 기능적으로 유사하다고 볼 여지가 있다. 실제 거래 실무상으로도 '보관' 또는 '예치'라는 표현이 사용되고 있으며,²⁹⁾ 이용자 역시 자신의 자산이 사업자에게 안전하게 보관된다고 인식하는 경우가 많다. 이러한 점을 근거로 가상자산 수탁관계를 임치의 일종으로 이해하려는 견해 역시 충분히 제안할 수 있다.

그러나 이러한 견해는 현행 임치 법리의 구조와 기능을 다소 확장적으로 이해한 측면이 있다. 전통적인 임치계약은 수탁인이 목적물을 보관·유지한 후 동일성을 유지하여 반환하는 것을 본질적 내용으로 하며, 원칙적으로 목적물의 적극적 운용이나 수익 창출을 예정하지 않는다. 반면 가상자산 스테이킹 서비스의 경우 수탁업자는 단순히 자산을 보관하는 데 그치지 아니하고, 네트워크 검증 과정에 참여하여 보상을 획득하고 이를 이용자에게 분배하는 등 적극적인 관리·운용 행위를 수행한다. 특히 가상자산 거래는 물리적 점유 이전이 아니라 비밀키 통제권 이전을 중심으로 이루어진다는 점에서도 전통적인 유체물 임치와 동일하게 보기 어려운 측면이 존재한다. 이용자가 기대하는 경제적 목적 역시 단순한 현상 유지보다는 자산 운용을 통한 수익 발생에 가까운 경우가 많다. 이러한 구조 아래에서는 가상자산 수탁관계를 단순한 보관계약으로 이해하기보다는, 일정 범위 내에서 관리·운용 권한이 수탁업자에게 이전되는 관계로 파악하는 것이 보다 거래 현실에 부합한다고 보인다.

반면 신탁법리에 의한 설명은 상대적으로 높은 정합성을 가진다. 신탁법 제2조는 신탁을 '위탁자가 특정의 재산권을 수탁자에게 이전하거나 처분하고 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분·운용하게 하는 법률관계'로 정의하고 있다. 대법원이 가상자산을 재산적 가치가 있는 무형의 자산으로 인정하고 있다는 점을 고려하면, 가상자산 역시 신탁의 대상이 되는 재산권으로 해석할 가능성이 존재한다. 신탁의 핵심은 단순한 보관이 아니라 재산권의 관리와 운용에 있다. 가상자산 수탁업자는 이용자로부터 비밀키 통제권을 이

29) 김민지, 「"코인도 예치하고 이자처럼 보상 받는다"...가상자산 거래소 '스테이킹 경쟁'」, 데일리한국, 2026.01.08, <https://daily.hankooki.com/news/articleView.html?idxno=1319400>

전반이 자산을 보관·관리하며, 스테이킹 과정에서는 이를 일정 범위 내에서 운용하여 수익을 발생시키기도 한다. 이는 단순한 보관관계라기보다 수탁자에게 관리·운용 권한이 부여된다는 점에서 신탁관계와 기능적 유사성을 가진다.

물론 현행 신탁법상 가상자산 수탁관계를 곧바로 전형적 신탁과 동일하게 평가하기에는 한계도 존재한다. 가상자산의 이전 방식이나 블록체인 네트워크 구조는 전통적 신탁재산과는 상당한 차이를 가지며, 수탁자의 권한 범위 역시 계약 형태에 따라 다양하게 구성될 수 있기 때문이다. 또한 일부 거래소의 경우 실질적으로는 고객 자산과 사업자 자산이 혼재되어 관리되는 문제도 지적되고 있다.³⁰⁾ 해외에서는 대형 가상자산 거래소의 파산 과정에서 고객 자산의 귀속 문제가 현실적인 분쟁으로 나타난 바 있으며, 특히 미국 FTX 거래소 파산 절차에서는 고객 예치 자산이 파산재단에 포함되는지 여부가 주요한 법적 쟁점으로 논의되기도 하였다.³¹⁾ 이는 가상자산 수탁관계를 단순한 보관계약으로 볼 것인지, 아니면 독립된 재산관리 관계로 이해할 것인지에 따라 이용자 보호 범위가 달라질 수 있음을 보여준다.

이러한 점에서 가상자산 수탁관계를 전면적으로 신탁이라고 단정하기는 어렵다고 하더라도, 적어도 신탁재산의 독립성에 준하는 법리를 일정 부분 유추 적용할 필요성은 충분히 검토될 수 있다. 특히 신탁법상 신탁재산 독립성 원리는 「가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률」상 이용자 자산 분리보관 의무와 기능적으로 유사한 측면이 존재한다. 만약 가상자산 수탁관계에 신탁법리를 일정 부분 유추 적용할 수 있다면, 사업자 도산 시에도 이용자 자산을 일반재산과 분리하여 보호할 수 있는 이론적 근거를 한층 강화할 수 있다. 결론적으로 가상자산 수탁 및 스테이킹 서비스는 단순 보관을 전제로 하는 임치보다는, 재산의 관리·운용 및 독립적 보호를 중시하는 신탁적 구조에 상대적으로 가까운 측면이 있다고 볼 여지가 있다.

VI. 결론

가상자산 관련 영업을 상법 제46조의 기본적 상행위에 직접 추가하는 입법론에 대해서는 보다 신중한 접근이 필요하다. 상법상 기본적 상행위는 상인의 범위와 상사법 적용 여부를 결정하는 중요한 기준이 되므로, 새로운 영업 유형을 열거 조항에 추가하는 것은 단순한 선언적 의미를 넘어 법체계 전반에 영향을 미칠 가능성이 있기 때문이다. 특히 가상자산 산업은 기술 변화 속도가 빠르고 사업 구조 역시 지속적으로 변화하고 있다. 이러한 상황에서 특정 영업 형태를 상법 조문에 직접 명시할 경우, 오히려 기술 변화에 대응하지 못하는 경직성을 초래할 가능성도 존재한다. 또한 이미 특별법을 중심으로 공법적 규율 체계가 형성되고 있는 상황에서 상법상 새로운 열거 규정을 추가할 경우, 중복 규율이나 법적 충돌의 문제가 발생할 가능성 역시 배제하기 어렵다.

과거 전자상거래의 확산 과정에서도 입법자는 새로운 거래 유형을 곧바로 상법전에 편입하기보다는 기존 상행위 개념을 유연하게 해석하는 방식을 우선적으로 활용하였다. 이는 기술 변화 자체를 즉시 법전에 고정하기보다는 기존 상법 체계의 포섭 가능성을 우선적으로 검토하려는 접근이었다고 볼 수 있다. 따라서 가상자산 관련 영업 역시 현 단계에서는 상법

30) 채새롬, 「고유·고객자산 같은지갑에 보관한 가상자산거래소들...개선 권고」, 한국경제, 2024.6.17, <https://www.hankyung.com/article/202406170881Y>

31) 한광적, 「FTX 파산 “코인판 리먼사태”...개인 투자자 한푼도 못 건질수도」, 한겨레, 2022.11.13, https://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/1066984.html?utm_source=copy&utm_medium=copy&utm_campaign=btn_share&utm_content=20260525

제46조 제20호의 포괄적 규정을 중심으로 해석론을 발전시키는 것이 보다 적절할 가능성이 있다.

결국 가상자산 관련 영업은 전통적인 유체물 거래와는 다른 특성을 가지며, 특히 수탁 및 스테이킹 서비스는 단순 보관관계를 넘어 자산의 관리·운용 요소를 포함하고 있다는 점에서 임치보다는 신탁적 구조에 가까운 측면이 존재한다. 또한 ICO 역시 경제적 기능상 자본 조달 행위와 유사성을 가지나, 이를 곧바로 유가증권 발행과 동일시하기에는 한계가 있다. 따라서 현 단계에서는 특별법에 의한 공법적 규율을 기초로 하되, 상법상 기존 상행위 개념을 유연하게 해석하여 가상자산 거래관계를 포섭하는 방향이 적절해 보인다. 나아가 현재 논의 중인 가상자산기본법의 입법을 통해 가상자산의 건전한 발전과 신뢰 기반 조성에 관한 기본적인 업자 체계에 규율하여 가상자산의 거래가 상법의 보호 범위 안에 더욱 유연히 녹아들기 위해 노력할 필요가 있다.³²⁾³³⁾

32) 남유선·이대훈, 「가상자산 이용자 보호법의 한계와 새로운 가상자산기본법 제정 방안」, 『법학논총』 제36권 제3호, 2024, 19-21쪽.

33) 안도걸의원 발의, “가치안정형 디지털자산의 발행 및 유통에 관한 법률안”, 2211784, (2025. 7. 28.) [계류 중], 1.

인플루언서 마케팅 및 데이터 판매업의 독자적 상행위화

I. 서론

스마트 기기의 보편화와 대중의 콘텐츠 소비방식의 변화로 인해 1인 미디어 산업이 빠르게 성장하고 있으며, 유튜버, BJ, 온라인 콘텐츠 창작자 등 '크리에이터'에 대한 관심과 인기가 높아지고 있다. 이에 따라 개인의 취미생활로 여겨지던 1인 미디어 방송이 규모가 커지고 경제적 가치를 창출하며 산업으로 성장을 하고 있다. 그 중심에는 크리에이터가 있으며, 이들은 일반인이지만 연예인과 비슷한 정도의 큰 인기를 끌고 있고, 더 나아가 그들만의 하나의 문화를 형성하고 있다. 또한, 크리에이터의 영향력과 인지도는 광고산업, 제품 판매, 마케팅 등 다양한 분야에서 활용되고 있으며 경제적인 파급력도 상당하다.³⁴⁾ 이때 판매에 영향력을 미치는 사람들을 인플루언서라고 부른다. 제품의 생산자들은 광고를 위해 따로 돈을 들이는 것이 아니라 인플루언서에게 제품을 보내어 이를 사용하는 것을 보여주는 방식으로 마케팅하기 시작했고, 더 나아가 인플루언서가 SNS 공간에서 직접 물건을 판매하기도 하였다.³⁵⁾

인플루언서의 산업적 가치가 커짐에 따라, 이들의 활동을 지원하는 MCN 사업 역시 급부상하였다. MCN은 크리에이터와 계약을 맺고, 수익을 극대화시키기 위하여 '생산, 프로그래밍, 펀딩, 마케팅, 파트너 관리, 저작권 관리, 현금화' 등의 지원을 제공하며 파트너 창작자와 수익을 나눈다.³⁶⁾ 이 과정에서 데이터의 중요성 또한 급부상하였다. 시청자와 소비자의 성향을 분석하면 더욱 효과적인 마케팅을 할 수 있고, 이는 곧 인플루언서의 성공으로 이어지게 된다. 결국 데이터 브로커는 MCN 기업에 소비자 데이터를 판매하고, MCN 기업은 이를 이용해 마케팅하는 모습의 시장이 형성되었다.

MCN은 소속 크리에이터를 지원하고 관리한다는 점에서 기존의 연예 매니지먼트와 유사해 보이지만, 법적으로 구별되는 차이점이 있다. 그러므로 기존의 연예 매니지먼트를 통한 광고와 성격이 다른 MCN, 그리고 이와 연관된 데이터 판매업을 상법상 기본적 상행위에 추가하여 규율할 필요성이 있는지 분석하고자 한다.

II. 연예 매니지먼트와 MCN의 법적 차이점

전속계약은 예능적인 활동을 목적으로 하는 연예인이 특정한 사업자(연예기획사, 극단, 방송사, 제작사 등)에게 독점적으로 소속되어 노무제공을 약속하고 그에 대한 대가를 받는 계약을 의미하며, 민법상 위임, 고용, 도급 등의 요소가 혼합된 '비전형 계약'의 성격을 가진다. 전속계약을 수단으로 하는 비즈니스가 바로 연예 매니지먼트이고, 「대중문화예술산업발전법」 및 공정거래위원회의 표준전속계약서 등의 규제를 받는다.³⁷⁾

반면 MCN은 크리에이터와의 관계가 제휴 또는 파트너십에 가깝다. MCN과 크리에이터

34) 조건휘. "MCN 계약의 공정성 확보를 위한 법제도적 연구." 국내석사학위논문 단국대학교 일반대학원, 2022. 경기도

35) 최우령. (2021). 메타버스 공간에서 상거래행위에 대한 고찰. 법학논고, 75, 267-290.

36) 두훈탁. "한국과 중국 MCN 비즈니스 모델 비교연구." 국내석사학위논문 중앙대학교 예술대학원, 2019. 서울

37) 김명훈. "전속계약상 연예인의 법적 보호에 관한 연구." 국내석사학위논문 숭실대학교 일반대학원, 2013. 서울

간의 계약은 연예 매니지먼트와 마찬가지로 민법상 위임, 도급, 고용 등 비전형 계약의 성격을 가지지만 전속계약상 연예인을 보호하는 대중문화예술산업발전법의 대상은 아니다. 즉 MCN 사업 자체를 직접적으로 규율하는 특별법은 없으며, 민법 등 일반법의 적용을 받는다.³⁸⁾

Ⅲ. MCN의 특징과 수익 모델

MCN은 크리에이터와 제휴하여 이들의 콘텐츠 활동을 지원하고 수익을 공유하는 방식으로 이익을 얻는 기업을 의미한다.³⁹⁾ MCN은 크리에이터 네트워크를 만들고 이들에게 콘텐츠 제작과 지원, 수익 관리, 저작권 관리 등의 급부를 제공하며, 크리에이터는 그에 대한 반대급부로 자신들이 창출하는 수익의 일부를 공유한다. 크리에이터는 유튜브와 같은 온라인 플랫폼의 시스템 안에서 광고 수익을 창출하거나, MCN을 통해 광고주와 직접 광고 콘텐츠를 제작하는 계약을 체결하기도 하며, 더 나아가 적극적으로 물건 판매 링크를 올리기도 한다.

크리에이터들은 MCN을 통해 자신의 성과와 재정 분석, 자신의 채널을 업그레이드하는데 도움이 되는 정보를 제공받을 수 있고 직접 광고주와 연결하거나 상품을 제작해 수익을 창출할 수도 있으며, 플랫폼 안에서 다른 창작자들과 교류하며 네트워크 효과를 누릴 수도 있다.⁴⁰⁾ 이 과정에서 MCN은 시청자 데이터 분석 및 채널 성장 전략과 마케팅 및 수익모델 다각화를 위하여 데이터를 확보하고 분석하며 이용한다.⁴¹⁾

Ⅳ. MCN의 상인성 검토

앞서 말했듯 MCN은 크리에이터의 콘텐츠 기획, 제작, 마케팅, 저작권 관리, 유통 및 수익 창출 등을 지원하고 수익의 일부를 분배받는 사업자로 정의된다. 그러므로 정의상 MCN 사업은 영리성을 가진다. 또한 데이터의 확보 행위도 영업에 이용될 것이라는 고도의 개연성이 있으므로 영리성을 인정할 수 있다.

한편, 대부분의 MCN은 사업자로서 영리 활동을 목적으로 법인 형태로 운영되는 경우가 많다.⁴²⁾ 다수의 크리에이터를 관리하고 다양한 사업 모델을 추진하기 위해 조직적이고 전문적인 운영을 할 필요가 있고, 신뢰도와 투명성을 통해 자본 조달의 용이성을 높일 수 있으며, 별개의 법인격을 두어 책임을 분리할 수 있는 장점이 있기 때문이다. MCN이 회사의 형태로 운영될 경우, 상법 제5조 제2항에 따라 상인으로 본다.

만약 MCN이 회사가 아닌 경우에는 기본적 상행위를 하거나 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업하는지를 검토해야 한다.

38) 김현귀. (2016). 인터넷상 표현에 대한 법적 책임의 구조에서 다중채널네트워크(MCN). 언론과법, 15(3), 227-250.

39) 김치호. (2016). MCN 사업의 현황과 과제. 인문콘텐츠, (40), 167-187.

40) 고문정. "온라인 플랫폼에서의 다중 채널 네트워크(mcn)에 관한 연구." 국내석사학위논문 서울대학교 대학원, 2016. 서울

41) 배진. "소셜 미디어 빅데이터를 활용한 인플루언서 마케팅 대행사의 인플루언서 선정 모형에 관한 연구." 국내박사학위논문 중앙대학교 대학원, 2023. 서울

42) 박상철, 이신형. (2019). 샌드박스네트워크의 MCN(Multi-Channel Network) 시장 진입 전략. Korea Business Review, 23(3), 99-123.

1) 기본적 상행위 해당 여부

기본적 상행위는 영업으로 하는 상법 제46조의 행위를 말한다.

우선 MCN이 크리에이터의 채널 홍보 대행, 광고 및 프로모션 유치 등 마케팅 활동을 수행하는 것은 상법 제46조의 '광고에 관한 행위'로 볼 수 있다. 그리고 MCN이 크리에이터의 굿즈 등을 판매하면 '동산의 매매'에 해당한다. MCN이 크리에이터와 광고주를 매개하여 광고 체결을 돕는 것은 '중개에 관한 행위'이다.

2) 준상행위 해당 여부

의제상인으로서 어떤 행위가 준상행위에 해당하는 요건은 점포 기타 유사한 설비를 이용하여 상인적 방법으로营业을 하는 것이다. MCN이 현실에 점포를 둔 기업이 아니고 인터넷에만 존재한다면 문언상 '점포 기타 유사한 설비'를 이용한다고 보기 힘들다. 의제상인의 요건 중 점포 기타 유사한 설비가 있는 이유는, 점포를 통해 영업이 있고 계속될 것이라는 상대방의 신뢰가 형성되며 이를 외관주의 법리에 따라 보호할 필요가 있기 때문이다. 그러나 무점포 기업은 점포가 있는 기업에 비해 매출 비용 등이 적어서 영업을 종료하기가 수월하며⁴³⁾ 인터넷 사이트 내 계약은 사기나 하자 등의 문제가 흔하여 스스로 조심해야 한다는 점을 고려할 때, 외관주의법리로 보호할 신뢰가 부족하다.

따라서 MCN이 회사가 아니라면 기본적 상행위에 해당해야 상인으로 볼 수 있다.

한편, 인플루언서는 원칙적으로는 상인이 아니다. 상인으로 인정되기 위해서는 상행위를 영업으로 하거나 상인적 방법으로 영업을 해야 하는데, 인플루언서는 수익의 수단으로 광고나 중개를 이용할 뿐, 인플루언서가 광고나 중개를 목적으로 활동을 하는 것은 아니기 때문이다. 그러나 인플루언서가 수익의 수단으로 광고나 중개를 이용하는 경우, 그 광고나 중개 행위에 관하여는 상인성을 가진다고 볼 수 있다.

V. 데이터 판매업과 수익 모델

데이터 브로커리지는 소비자의 데이터를 확보하고 가공하여 판매하는 행위를 말한다.⁴⁴⁾ 데이터 브로커 기업은 데이터 판매, 데이터 구독 서비스, 데이터 분석 및 컨설팅, 데이터 중개 등으로 수익을 얻는다.⁴⁵⁾ 한편, 데이터 브로커는 해당 비즈니스와 직접적 관련성을 가지지 않는 소비자에 대한 정보를 판매하거나 중개하기만 할 뿐, 다른 비즈니스를 하지 않는다. 따라서 정보 판매 자체에 영리적 목적이 있다.

MCN과 데이터 브로커리지는 연관성을 가진다. 데이터 브로커리지를 통해 고객에 대한 분석을 효율적으로 할 수 있고, 이는 효과적인 마케팅으로 이어지며, 결국 소비자가 늘어나는 결과로 이어지기 때문이다. 따라서 MCN 자체의 상인성뿐 아니라 그와 연관된 데이터 브로커의 상인성 또한 검토할 필요가 있다.

43) 양영중. (1991, 9). 광활한 無店舖 販賣市場 어떻게 석권할 것인가. 마케팅,, 37-41.

44) 김현경. (2018). 미국 '데이터 브로커' 제도의 국내법적 함의. 경제규제와 법, 11(2), 248-268.

45) 박복남. (2025, 11). 인공지능과 함께 하는 시대, 데이터 사업화 현황 및 전망. 컴퓨터월드,(505), 132-138.

VI. 데이터 판매업의 상인성 검토

데이터 브로커리지는 개인정보를 포함한 다양한 데이터를 수집, 가공하여 자산으로 만들고 재판매하는 사업이다. 이는 영리 추구를 목적으로 하며, 반복적 그리고 계속적으로 거래를 한다.

1) 기본적 상행위 해당 여부

데이터를 판매하거나 구독 서비스로 제공하는 것은 '정보에 관한 행위'에 해당한다. '광고, 통신 또는 정보에 관한 행위'는 광고계약, 통신 서비스 제공, 정보 제공 등으로 서비스와 정보에 대한 매도로 볼 수도 있으며,⁴⁶⁾ 이는 데이터 브로커리지와 일치한다. 또한 정보의 거래를 중개한다면 '중개에 관한 행위'이다.

2) 준상행위 해당 여부

데이터 브로커리지 기업이 현실에 점포를 두고 영업을 하고 있다면 영리성, 점포 기타 유사한 설비, 상인적 방법을 모두 충족하고 있다고 볼 수도 있다. 그러나 MCN과 마찬가지로 문제가 되는 것은 현실에 점포를 두지 않고 인터넷에서만 영업을 이어가는 경우이다. 이 경우 MCN과 같은 논리로 점포 기타 유사한 설비가 없다고 보아야 한다. 특히 데이터 브로커리지는 매물 비용뿐 아니라 영업 종료에 드는 비용이 MCN보다도 적으므로 영업을 이어갈 것이라는 신뢰가 부족할 수밖에 없다.

3) 상인으로 볼 수 없는 경우 적용 법률

데이터 판매자와 기업 또는 개인 간의 개별적 판매 계약으로 볼 수밖에 없다. 데이터 판매 플랫폼에서 정한 규칙이 없다면 민법의 적용을 받으며, 개인정보보호법, 정보통신망법, 신용정보법(통칭 데이터3법)의 영향을 받는다.

VII. MCN 산업 및 인플루언서 마케팅과 데이터 판매업의 상법 명문화에 대한 검토

명문화의 필요성에 대해 회의적인 입장이다. MCN 산업과 데이터 판매업을 구분하여 하나씩 살펴보겠다.

1) MCN 및 인플루언서 마케팅의 기본적 상행위 명문화에 대한 비판적 검토

1. 명문화의 실익이 적다. MCN 산업의 대표적인 수익 구조를 정리하면 크리에이터의 활동을 지원하는 것, 크리에이터와 광고주를 중개하는 것, 적극적으로 재화를 판매하는 것이다. 이 세 가지는 모두 기본적 상행위로 규제할 수 있는 항목들이다. 게다가 보편적이지 않은 MCN 산업으로 인하여 기본적 상행위로 규제할 수 없는 경우에도 대부분의 MCN 기업은 회사이므로 의제상인으로서 상행위에 해당한다. 따라서 극소수의 몇몇 특징적인 기업들을 규제하기 위하여 기본적 상행위에 이를 추가하는 것은 실익이 적으므로 적절치 않다.

그리고 만약 특징적인 기업으로부터 크리에이터나 소비자를 보호하기 위함이라면 이는 보호 목적의 특별법을 신설하는 것이 타당하며, 간이·신속과 상인의 규제 및 보호라는 상법의 대원칙에는 맞지 않다. 오히려 상사 소멸시효가 적용되는 등 소비자 보호의 사각지대가 발생할 수 있다.

46) 이영중. (2022). 상법 제46조의 매매에 관한 고찰. 법학논총, 34(3), 449-485.

또한 명문화를 하더라도 상호나 상업장부 등으로 거래 상대방의 신뢰를 보호하는 기능을 수행하지 못한다. MCN 사업의 주체가 회사라면 상법에 따라 당연히 상업장부가 필요하며 공시에 관한 규정을 지켜야 하는 것이고, 회사가 아니라면 상업장부의 공시를 위한 절차가 규정되어 있지 않으므로⁴⁷⁾ 개인상인 및 인적회사의 경우에 상업장부 작성 의무는 그 자체로 거래 상대방을 보호하는 기능을 가지진 않는다. 그리고 상호의 경우, 개인상인은 상호가 등기에 의해 공시되지 않을 뿐만 아니라 등기는 공신력이 없으므로 상호를 신뢰한 상대방에 대한 보호적 기능도 적다.

2. 개정의 우선순위가 낮다. 대다수의 MCN 산업은 대부분 이미 기본적 상행위에 해당하고, 특징적인 집단들은 자세한 열거식 조항으로 규제하기 까다롭다. 따라서 굳이 상법을 개정한다면 상법 제46조의 항목들에 신설하는 것 보다는, 의제상인 규정을 '점포 기타 유사한 설비에 의하여'에서 '점포 기타 유사한 물리적·전자적 공간을 이용하여' 등으로 수정하는 것이 효율적이다. 즉 상법을 개정할 것이라면 다른 조항이 우선이고, MCN 산업을 기본적 상행위에 추가하는 것은 불필요하다.

3. MCN 산업에서 발생하는 것들은 이미 대부분 현행법으로 규제할 수 있다. 앞서 말했듯 MCN의 행위는 대부분 기본적 상행위로서 상법의 적용을 받고, 인플루언서의 뒷광고 문제 등은 표시·광고의 공정화에 관한 법률에서 규제할 수 있으며, 제품의 환불 문제는 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률을 적용할 수 있다.

4. 인플루언서는 상인이 아니므로 상법을 원칙적으로 적용하는 것은 적절치 않다. MCN 산업 외에 소속 인플루언서의 광고를 상법으로 규정하는 것은 상인이 아닌 자를 억지로 상법에 끌어들이는 것이다. 이는 마치 치과의사가 치실을 판매한다고 하여 치과의사를 원칙적으로 상인이라고 보는 것과 유사하다. 그 행위에 한정하여 상인으로 보면 해결될 문제다.

2) 데이터 판매업의 기본적 상행위 명문화에 대한 비판적 검토

1. 명문화 시 기존의 상법 구조와 불합치한다. 데이터 판매업이라고 함은, 엄격하게 해석하면 데이터에 대한 매매라고 봄이 타당한데, 그렇다면 상법 제69조 '매수인의 목적물의 검사와 하자통지의무'가 적용되게 된다. 그런데 데이터의 하자는 검사가 불가능하므로, 데이터에 문제가 있는 경우 간이·신속성을 중시한 상법의 제척기간 규정으로 인해 구매자가 불이익을 받을 가능성이 있다. 이 문제를 해결하기 위해서는 데이터의 판매가 아닌 데이터의 제공으로 수정해야 할 것인데, 이는 정보에 관한 행위로서 이미 기본적 상행위에 해당한다.

2. 명문화의 실익이 적다. 데이터 판매업은 현행법으로도 충분히 포섭이 가능하다. 데이터 판매업은 크게 데이터를 판매하고 데이터 거래를 중개하는 것으로 분류할 수 있고, 이는 정보에 관한 행위로서 기본적 상행위로 볼 수 있다. 또한 상법이 아니더라도 개인정보보호법, 정보통신망법, 신용정보법 등 이미 데이터 판매업을 규제할 수 있는 다수의 특별법이 존재한다.⁴⁸⁾

한편 상호와 상업등기의 거래 상대방의 신뢰를 보호하는 기능이 부족하다는 논리도 MCN 명문화에 대한 비판적 검토에서 말한 바와 같다.

VIII. 결론

47) 서완석, 상법총칙 상행위법(2판), 디자인사람들 (2025), 116.

48) 이양복. (2020). 데이터 3법의 분석과 향후과제. 비교사법, 27(2), 423-463.

정리하면, MCN 산업 및 인플루언서의 마케팅과 데이터 판매업은 이미 현행법으로 충분히 규율 가능한 영역이며, 상법 명문화의 한계와 부작용이 존재하고, 만약 기본적 상행위에 추가한다고 하더라도 이에 따른 상대방의 신뢰 보호 기능이 미미하므로, 상법으로 규제하여 얻는 이익이 적다. 따라서 이러한 산업을 상법의 조항에 신설할 것이 아니라, 현행법을 유연하게 해석하거나 특별법을 만들어서 거래 상대방을 보호하는 것이 상법의 목적과 법적 안정성, 법률의 정합성 측면에서 타당할 것이다.

작성 히스토리, 느낀점 및 자체 평가

I. 작성 히스토리

조원들끼리 대면토의를 진행하기 전, 주제에 대한 각자의 의견과 주장을 정리하는 시간을 가졌다. 대면 토의를 통해서 서로의 의견을 공유하고 공통된 방향성을 확립했다. 그 후에 카카오톡을 통해 각 주제별 세부 내용들에 대한 의견을 나눴고, 구글 공유 문서를 활용하여 함께 글을 작성하고 수정해 나가며 하나의 보고서를 완성시켰다. 과제 내용에 대한 조원들의 의견에 큰 차이가 없었고, 모두가 적극적으로 참여하여 큰 문제없이 수월하게 보고서를 작성할 수 있었다.

II. 느낀점 및 자체 평가

202335737 이은솔: 먼저 복수 전공을 하면서 팀플이 있는 수업이 처음이라 긴장을 많이 했다. 혹여나 내가 부족하여 팀에 폐가 되지는 않을까 나 때문에 이 친구들이 더 신경 쓸게 많아지는 것은 아닌지 걱정을 많이 했다. 최선을 다해 1인분을 해내고자 하였고, 감사하게도 우리 팀은 구성원들이 정말 좋은 친구들이라 조금은 마음 편하게 팀플 과제를 할 수 있었다. 팀플 과제를 가지고 토론을 할 때도 흥미로웠고, 보고서를 쓸 때도 큰 어려움을 없었지만 우리 팀이 세운 큰 틀 안에서 논거를 촘촘히 세우는 것이 살짝 어려웠다. 급변하는 세상의 이슈들을 가지고 같은 법학과 친구들과 진지하게 고민해 보고 의견을 나누는 경험이 참 신선했고, 팀플 덕분에 좋은 친구들을 만난 것 같아 감사하다.

자체 평가: 전원 A+

202531863 김예찬: 겉으로 봤을 때는 쉬워보였는데, 개념을 자세히 분석하다 보니 애매하거나 어려운 부분이 많았다. 그렇지만 조원들의 다양한 의견과 관점을 통해 아이디어를 얻어서 이를 해결할 수 있었다. 조별과제의 의미를 되새기는 기회가 되었고, 의미있는 활동이었다.

자체 평가: 전원 A+

202531903 신재섭: 조문, 판례 위주의 암기에서 벗어나 처음으로 입법의 관점에서 깊게 고민하고 논리를 만들어 볼 수 있었다. 앞으로의 공부에 유용하게 활용할 수 있는 경험이 될 것이다.

자체 평가: 전원 A

202531908 안수빈: 조원들과 토의하기에 앞서 각자의 주장을 정리하는 시간을 가졌는데, 논점을 정리하고 모르는 용어들을 조사하면서 상당한 시간이 걸렸고 너무 어려웠다. '당연상인', '의제상인'처럼 수업 시간에 배웠던 개념들도 막상 사례에 적용하려니 어려웠고 '가상자산 수탁', '스테이킹 서비스' 등 익숙하지 않은 개념을 이해하는 데에도 상당한 시간이 걸렸다. 그러나 조원들과 토의를 진행하면서 공백을 채워나간 덕분에 어려움을 극복할 수 있었다. 상법과 관련하여 새롭게 등장한 문제들을 조원들과 함께 알아보고, 고민하면서 앞으로 상법이 나아갈 방향을 생각해 볼 수 있어서 뜻 깊었다.

법학과 수업에서 팀플을 해보는건 처음이어서 헤맸지만 조원들이 능숙하게 이끌어준 덕분에 큰 어려움없이 과제를 수행할 수 있었다. 조원들 간에 의견 차이가 발생했을 때 반대의 입장을 들어보는 과정이 흥미로웠고, 내 의견을 설득력 있게 전달하는 과정도 의미 있었다. 또한, 상법에 대한 전반적인 이해도를 높일 수 있어서 좋았다.

자체 평가: 전원 A+

202531981 최이안: 팀플 과제이다보니 내가 잘할 수 있을지에 대한 걱정이 많았는데, 좋은 조원들을 만나서 잘 마무리할 수 있었다. 조원들과의 토의를 통해 다양한 의견과 생각을 들어보며 나의 생각 또한 더 넓어지는 느낌이었다. 법학 과목에서 팀플을 통해 서로의 생각을 나누고 하나의 보고서를 완성해 보는 경험은 처음이었지만, 그만큼 좋은 경험으로 남을

것 같다.

자체 평가: 전원 A+