



|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | Online Service Providerを巡る国際的な法規律：抵触法の視点からの考察                                     |
| Author(s)        | 嶋, 拓哉; Shima, Takuya  |
| Citation         | 北大法学論集, 73(1), 1-31   |
| Issue Date       | 2022-05-30  |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/85631">https://hdl.handle.net/2115/85631</a> |
| Type             | departmental bulletin paper   |
| File Information | lawreview_73_1-01_Shima.pdf   |



# Online Service Provider を巡る 国際的な法規律

—— 抵触法の視点からの考察 ——

嶋 拓 哉

## 1. 問題意識

所謂「GAFAM」に代表される Online Service Provider が世界規模で事業を展開しているが、こうしたオンラインによる事業活動に関しては、欧米諸国のみならず中華人民共和国なども個人データの保護、あるいは国家によるデータの囲込みを企図し、国家的利害の観点から強い関心を寄せている。こうした世界規模での関心の高まりと並行して、わが国でも、Online Service Provider による活動に対処すること等を目的として、個人情報保護に関する法律（「個人情報保護法」という）の規定内容が2015年（2017年施行）と2020年の改正で大幅に見直され、2022年4月より現行法が施行されている。個人情報保護法は公法的な性格を有する法律であるが、Online Service Provider を巡る法規律は何も公法的性格を有するものばかりではなく、民事法としての性格を有するものも当然に存在する。個人情報保護の領域に限った話ではないが、幾つかの法領域では、監督機関によるエンフォースメントと併せて、私人による民事訴訟等を通じたエンフォースメントがなされることにより、複合的な形で法規律の実効性を担保するための枠組みが構築されている<sup>1</sup>。また、海外

<sup>1</sup> 典型的には、金融商品取引法、不正競争防止法、独占禁止法といった法領域でも、公法的規制と並んで私法的規制が重視され、複合的な形で法のエンフォー

に眼を転じれば、欧州連合の一般データ保護規則<sup>2</sup>（「GDPR」という）でも、同様に公法・私法を複合させる形で、個人データの保護という同規則の目的を達成するための枠組みが整備されている。

こうした複合的な法のエンフォースメントは、国際的な法適用の局面においても同じく、重要な視点である。GDPR はまさにそうした視点を前面に押し出し、国際的な文脈においても公法・私法両面からデータ保護の実効性向上を図ろうとしている<sup>3</sup>。またわが国の個人情報保護法の改正では、これまでの属地主義の原則を転換し、外国の事業者による個人情報の取扱いについて同法を域外的に適用することを可能とする規定を新設することになった<sup>4</sup>。こうした国際的な文脈における規制強化の動きは、オンライン上の事業活動が容易に国境を跨いで行われることを考え

---

メントが企図されている。

<sup>2</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) OJ L 119, 4.5.2016, 1-88.

<sup>3</sup> GDPR79条1項では、データ主体 (data subject) は監督機関への苦情申立て等の行政救済 (非司法救済) とは別に、GDPR を遵守せずにデータ処理が行われた結果、自身の権利が侵害された場合には、司法救済の権利を有することが規定されている。なお、GDPR 4条1号では、データ主体 (data subject) を「識別された、または識別可能な自然人」と定義しており、大まかに言えば、「データ主体 (data subject) = 自然人」と捉えておけば良いだろう。

<sup>4</sup> 企業活動等がグローバル化し、またオンライン上での商取引活動が展開されている現在、外国の事業者がわが国に向けて事業活動を展開し、それに伴い内国居住者から個人情報を取得するのはもはや珍しいことではない。こうした環境において内国居住者の個人情報を保護するためには、外国の事業者に対しても、個人情報の適切な取扱いを求める必要があると考えられる。また、外国の事業者であっても、わが国に向けて事業展開を行う以上は日本法の適用について予見可能性があると考えるのが通常である。こうした視点から、2015年の個人情報保護法改正では75条以下の規定を設けて、同法の域外適用等に関する定めを置いた(瓜生和生編著『問一答・平成27年改正個人情報保護法』(商事法務、2015年) 142頁)。加えて、後述(4.(1))のとおり、2020年改正では個人情報保護法75条の事項的適用範囲を拡張させている。

れば当然の措置である。そこで本稿では、Online Service Provider に対する国際的な法適用の局面を想定したうえで、網羅的ではないが、執筆者が着眼した論点について、主として抵触法の視点から考察を加える。

## 2. 法規範の一応の類型化：公法的規制と私法的規制<sup>5</sup>

### (1) 公法的規制

公法的規制の適用に当たっては、個々の規定毎に地理的適用範囲を検討し、問題となる事案がその地理的適用範囲に含まれるか否かを検証することになる。GDPR にも公法的規制として性格付けることが可能な規定が数多く存在する。GDPR は欧州連合域内から域外への個人データの移動に重点を置いた規制枠組みを整備しているが、国際的な法規律という観点からすれば、こうした公法的規制の地理的適用範囲の問題に焦点が当てられる。わが国の公法的規制では、後述(4.(1))の如く改正個人情報保護法等の例外はあるものの、地理的適用範囲を示す明文の規定が存在しないものが殆どである。こうした場合には、各公法的規制の立法目的に照らして、個別にその地理的適用範囲を探求するほかない<sup>6</sup>。各国が各自の政策目的を達成するために必要な範囲でこれら公法的規制を及ぼし、そのエンフォースメントも各国当局が罰則等を通じて行うのが通常である。

### (2) 私法的規制

民事訴訟を通じた法のエンフォースメントでは、原告となる私人のイ

---

<sup>5</sup> 以下の説明は、中西康ほか『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2022年）14頁以下を参考としている。同書では法律問題へのアプローチ方法として、①法規からのアプローチ、②法律関係からのアプローチの2つを挙げるが、公法的規制については前者(①)が、私法的規制については後者(②)が、各々概ね妥当する。但し、こうした対応関係は飽くまで大凡の目安として捉える必要がある。私法的規制であっても、国際的強行法規に代表されるように、前者(①)のアプローチ方法を採用する法規範が存在することは、本文(2.(2))に記述するとおりである。

<sup>6</sup> 嶋拓哉「国際取引」松本恒雄ほか編『電子商取引法』（勁草書房、2013年）200頁以下〔特に218～222頁〕。

ニシャティブによることが大前提である。Online Service Provider の民事上の責任を追求するためには、訴えを提起する国に国際裁判管轄が認められる必要がある。例えば、Online Service Provider をわが国で訴えるためには、わが国の国際民事訴訟法（典型的には民事訴訟法〔「民法」という〕3条の2以下）に照らして、わが国の国際裁判管轄が肯定されることを要する。Online Service Provider が民事上有責であるか、有責であるとして具体的に如何なる内容の責任を負うかといった問題は、各国の民事実体法毎に判断が異なる。よって法廷地では、その国際私法に基づいて準拠法を決定する必要がある。わが国が法廷地となる場合には、法の適用に関する通則法（「通則法」という）等に基づいて準拠法が決定される。

なお、私法的規制であっても、法廷地の強い国家的利害や公的関心を体现する法規（「国際的強行法規」<sup>7</sup>という）は、事案と法廷地の間に強い関連性が認められる場合には、準拠法の如何に拘らず、属地的かつ強制的に事案への適用が行われることになる。

### 3. Online Service Provider の民事責任を巡る法の適用関係

#### （1）前提となる法規範の整理

日本、欧州連合いずれも、抵触法領域において、オンラインとオフラインの間で法体系の二重性（duality）は存在しない<sup>8</sup>。つまり、オンラインに特化した規則が存在するわけではなく、オンライン上の活動を巡る法的紛争であっても、オフラインを前提とした一般規定によって国際裁判管轄と準拠法が決定される。なお、欧州連合のGDPRには、データの管理者又は処理者の民事責任に関連して、特別な国際裁判管轄規定が

---

<sup>7</sup> 国際的強行法規の詳細については、嶋拓哉「法体系における介入規範の適用問題について——実質法と抵触法の協働という視点から」国際私法年報14号（2012年）122頁以下。なお、国際的強行法規には介入規範、絶対的強行法規、強行的適用法規等の別称がある。

<sup>8</sup> Pedro de Miguel Asensio, Conflict of Laws and the Internet (Edward Elgar, 2020), para. 6.30.

設けられている<sup>9</sup>が、同規定はオンラインに特化したものではなく、オフラインであっても同じく適用が予定されるものである。また、GDPRでは準拠法に関する特別な定めは設けられておらず、一般の抵触規則によって準拠法が決定される。

## (2) 消費者概念の重要性

抵触法体系を概観する限りは、オンラインとオフラインの区別よりも、B2B（事業者同士の取引）、B2C（事業者と消費者間の取引）等の取引類型に応じた区別の方が、重要性が高い。取引弱者である消費者について抵触法上の保護を要求する特別の法規定<sup>10</sup>が存在するからである。こうした抵触法上の消費者保護はB2C取引にのみ付与されるが、プラットフォーム・ビジネスは大量のP2P (peer to peer)<sup>11</sup>取引を加速度的に創出している。そのため、新しい類型に属するアカウント保有者（例えば、ネットオークションに大量出品し生計の足しにしている個人等）が日々生み出されることになるが、既述のとおり国際的な文脈においては、法の適用に当たって、問題とされるP2P取引がB2Cに該当するのか、それともその他の類型（C2C [消費者同士の取引]、B2B）に属するのかを判断することが非常に重要である。

もっとも、個々のアカウント保有者をみると、消費者、事業者のいす

---

<sup>9</sup> GDPR79条2項では、「データの管理者又は処理者を相手方とする訴訟手続は、管理者又は処理者が拠点 (establishment) を有する構成国の裁判所において提起される。その管理者又は処理者が公権力の行使として行動する構成国の公的機関である場合を除いて、データ主体 (data subject) が常居所 (habitual residence) を有する構成国の裁判所でも、同様の訴訟手続を提起できる」旨を規定する。この規定はBrussels I Recast との関係で特別規定として位置付けられる。

<sup>10</sup> 民訴法3条の4、同法3条の7第5項、同条第6項、通則法11条、12条。Brussels I Recast 17条以下、Rome I Regulations 6条。

<sup>11</sup> P2Pとは、ネットワーク上、機能に違いのない端末同士が対等な関係で直に接続し、互いの持つデータや機能を相互に利用する方式を指す。各端末がデータを保持し、他の端末に対して対等にデータの提供及び要求・アクセスを行う自律分散型のネットワークモデルである。

れに分類されるのか不明確なケースが存在する。このため、実際に SNS やプラットフォーム・エコノミーでは、消費者 (consumer) と事業者 (business professional) の区別が曖昧になる傾向がある<sup>12</sup>。欧州連合では、消費者と事業者を区別するための判断要素 (メルクマール) として、サービス・物品提供の頻度、利潤追求の動機、利益水準を挙げている<sup>13</sup>が、こうした判断要素 (メルクマール) は絶対的、排他的なものとは考えられていない。欧州司法裁判所は Kamenova Case<sup>14</sup>において、事業者を意味する「business professional」を機能的かつ相対的な概念として位置付けており、飽くまで個別具体的な契約関係の中で業務として、弱者である消費者に対して商品やサービスを提供していたと言えるかという点を判断基準に据えるべきであるとの見解を示している。またアカウントの二重目的使用 (dual purpose use) も消費者と事業者の区別が難しい事案の一つである。Schrems Case<sup>15</sup>では、個人が元々は私的な利用のために SNS アカウントを開設したが、後に同アカウントを通じて有料で動画を提供したり、出版資金の提供を求める等の行為を行っていたことから、その個人について消費者としての資格の有無が争われた。欧州司法裁判所はこの事案の中で、一般論ではあるが、Brussels I Recast 17条との関係において、当初は私用目的でアカウントを開設したとしても、その後、当該アカウントの使用と事業者としての活動との関係が軽微で最低限度の繋がりを有するに止まるものでないと評価し得るときには、アカウント保有者に対して抵触法上の消費者保護を付与しない可能性に言及する<sup>16</sup>。即ち、SNS アカウントを長期に亘って利用している場合には、開設後に生じた利用態様の変更をも考慮したうえで、アカウント保有者が Brussels I Recast 17条に規定する消費者概念に包摂されるか否

<sup>12</sup> Pedro de Miguel Asensio, supra note 8, para. 6.46.

<sup>13</sup> European Commission, A European Agenda for the Collaborative Economy (Communication), COM (2016) 356, final, 9-10.

<sup>14</sup> Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova [Kamenova Case], Case C-105/17, EU:C:2018:808.

<sup>15</sup> Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited [Schrems Case], Case C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37.

<sup>16</sup> Schrems Case, para. 25ff [特に para. 29-32].

かを判断すべきである旨を示唆するのである<sup>17</sup>。

### (3) Online Service Provider の活動の多面性

Online Service Provider の活動は多面的であり、仲介者 (intermediary) として取引の場を提供するに止まる場合もあれば、アカウントを保有する個人との間で売買契約の直接の当事者 (contractual partner) になっている場合もある。後者の場合<sup>18</sup>は兎も角、前者のケースにおいてアカウント保有者である個人が Online Service Provider に対して売買契約責任を問う場合に、準拠法を如何に決定すべきかが問題となり得る。この点に関連して、取引当事者 (例えば、同一の Online Service Provider にアカウントを保有する法人と個人) 間の売買契約とは別に、Online Service Provider とアカウントを保有する個人との間にプラットフォーム・サービス利用契約が存在する。アカウントを保有する個人が Online

---

<sup>17</sup> Schrems Case, para. 37. もっとも、この判示内容は特段新規性に富むものとは言い難い。消費者か否かの判断基準時は訴訟提起時であると考えられていることから、アカウントの開設時には個人の私的利用を主目的としていても、その後事業目的での使用が支配的になっている事案であれば、アカウント保有者に対して、抵触法上消費者としての保護を及ぼす必要はないとの帰結に至るだろう。むしろ認定が難しいのは、如何なる条件の下であれば、アカウント保有者が消費者としての資格を喪失するかという点である。欧州司法裁判所はこの点に関して、硬直的ではなく柔軟な判断の必要性を強調する。こうした欧州司法裁判所の姿勢は、事案における個別の諸事情を総合的に考慮することを示唆するものである。なお、欧州司法裁判所はこの点に関連して、オンラインサービスの使用により中心に据えている社会活動領域において、アカウント保有者が専門的な情報や知見を有していたり、あるいはこうした活動に確信を持って関与しているからといって、その一事を以て直ちに消費者としての資格を喪失することはないとしている (Schrems Case, para. 39)。

<sup>18</sup> Online Service Provider がアカウントを保有する個人との間で売買契約の直接の当事者 (contractual partner) になっている場合には、当該売買契約の準拠法に基づいて、契約責任が決定される。但し、前者 (Online Service Provider) が事業者として認定されることは間違いないので、後者 (当該売買契約のもう一方の当事者である個人) には、抵触法上の消費者保護 (通則法11条、Rome I Regulations 6条) が付与される。

Service Provider に対して仲介者 (intermediary) としての責任を追及する場合には、プラットフォーム・サービス利用契約の準拠法によるが、当該個人がアカウントを保有する法人ではなく Online Service Provider に対して売主責任を問う場合には、売主責任が問題となっている当該売買契約の準拠法によるべきと考えられる。もっとも、いずれの契約準拠法が適用されたとしても、アカウントを保有する個人が消費者として位置付けられる限りは、通則法11条等による弱者保護が付与される。

個人がアカウントの開設に当たり Online Service Provider に提供した個人データを当該 Provider 又は第三者が利用・加工することについて、当該個人がプラットフォーム・サービス利用契約に基づいて同意を与える場合がある。こうした場合にも、その個人には抵触法上の消費者保護が付与される<sup>19</sup>が、併せて公法的規制 (個人情報保護法等) の適用が予定されることは既述 (1.) のとおりである。

また、プラットフォーム・サービスを通じて名誉毀損等の不法行為が行われた場合に、被害者は通常、①当該サービスを提供する Online Service Provider に対して発信者を特定するための情報の開示を求めたうえで、②発信者に対して不法行為責任を追及する (2段階の訴訟)。このうち、①の段階に関連して、各国が Online Service Provider に対して発信者の特定に必要な情報開示を義務付ける法規を制定していることがあるが、こうした法規の適用は如何なる準則に基づいてなされるべきかが問題となる。わが国では、これに該当するものとして、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律 (「プロバイダ責任制限法」という) 4条1項が制定されている。裁判例の多くは、適用根拠について言及することなく、わが国のプロバイダ責任制限法4条1項の適用を肯定する<sup>20</sup>が、通則法19条に基づいて日本

<sup>19</sup> Pedro de Miguel Asensio, *supra* note 8, para. 651.

<sup>20</sup> 知財高判令和3・5・31令和2年(ネ)10010号・10011号 [原告=内国居住者、被告=米国法人ツイッター社]、東京地判令和3・3・12令和元年(ワ)17640号 [原告=内国居住者、被告=米国法人フェイスブック社]、最判令和2・7・21民集74巻4号1407頁 [原告=内国居住者、被告=米国法人ツイッター社]、東京地判平成28・4・21平成27年(ワ)23482号 [原告=内国学校法人、被告=米国法人ツイッター社]、東京地判平成28・1・25平成27年(ワ)18599号 [原告=米国法人、被告

法を準拠法としたうえで、プロバイダ責任制限法4条1項を適用した事案も存在する<sup>21</sup>。この点に関して、学説には、①発信者情報の開示は侵害者に対する請求を行うための前段階の請求に過ぎず、損害賠償や差止め等の一般的な民事請求と性格を異にすること、②通則法19条によらずれば、わが国国内で侵害情報が流通していても被害者が外国に常居所を有する場合には、わが国のプロバイダ責任制限法に基づく発信者情報開示請求が認められないが、こうした結論は同法の趣旨に反すること、③プロバイダ責任制限法に基づく発信者情報の開示に当たっては、発信者のプライバシー、表現の自由、通信の秘密等との関係が考慮されるなど、わが国の情報通信政策と密接に関連していること等の理由を挙げたうえで、プロバイダ責任制限法4条1項を民事責任に関する国際的強行法規として位置付け、その属地的適用を提唱する見解がある<sup>22</sup>。この見解を支持したい。

なお、欧州連合電子商取引指令<sup>23</sup> 3条は本源国(本拠地国)主義を採用しているが、欧州司法裁判所はこれを抵触規則とは位置付けていない<sup>24</sup>。むしろ同条を、Online Service Providerが本源国以外の構成国によって本源国よりも厳しい規制を課せられないという実体法上のセーフガード条項として位置付けていると解されている<sup>25</sup>。仮に同条を抵触規

---

= 日本法人(プロバイダ)]等。

<sup>21</sup> 東京地決平成29・8・30平成29年(ヨ)1552号[原告=内国医療法人、被告=米国法人グーグル社]、東京地決平成30・6・12平成30年(ヨ)1076号[原告=内国医療法人、被告=米国法人グーグル社]。なお立案担当者も同様の見解を示す(総務省総合通信基盤局消費者行政第二課『プロバイダ責任制限法〔改訂増補版〕(第一法規、2014年)116頁)。

<sup>22</sup> 羽賀由利子「判批」ジュリスト1532号(2019年)115頁以下[特に117頁]。

<sup>23</sup> Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17.7.2000, 1-16.

<sup>24</sup> 一般的にこの点を指摘するものとして、長田真里「EU法における『本源国法原則』とその国際私法上の意義」阪大法学55巻3=4号(2005年)871頁以下[特に881頁]。なお、横溝大「レギュレーションと抵触法——EU抵触法の質的变化を中心に」国際私法年報17号(2015年)113頁以下も併せて参照。

<sup>25</sup> eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez and Robert Martinez

則として位置付けるにしても、欧州連合域内において適用されるものでしかなく、同質性の高い欧州連合構成国間に限定した管轄権限の割振りという側面を有するものと捉えるべきである<sup>26</sup>。世界規模において本源性主義を一般的な抵触規則として位置付けるとすれば、Online Service Provider は規制水準のより低い国に本拠地を移すはずであるが、これが国家間で規制水準の引下げ競争 (race to the bottom) を惹起する恐れがあるため、不適當であることは明らかである。

#### (4) オンライン取引を意識した国際裁判管轄規定

既述 (3.(1)) のとおり、抵触規則にはオンラインとオフラインの間で法体系の二重性 (duality) は存在しない。もっとも、国際裁判管轄規定の中には、専らオンライン上の活動に適用されるものではないものの、オンライン上の活動を強く意識したものがある。民訴法3条の3第5号がその典型である<sup>27</sup>。同号によれば、日本において業務を行う者に対する訴えについては、当該訴えがその者の日本における業務に関するものであるときには、日本の国際裁判管轄が肯定される。

この業務関連性の要件を巡っては、議論がある。即ち、顧客が海外の Online Service Provider による日本での業務活動に関わり、実際に日本国内で取引を行っていることを要求するか、それとも、取引時点において Provider が日本国内にも同等の業務を展開しているのであれば、顧客は日本以外の場所で取引を行っていても構わないと考えるか、という問題である。前者の見解では、顧客が実際に日本における Provider の業務に関連して取引を行うことを要求する (「具体的業務関連性説」という) のに対して、後者の見解では、顧客は必ずしも実際に Provider の日本における業務に関連して取引を行う必要はなく、顧客が取引を行っ

---

v MGN Limited [eData Case], Joint Cases C-509/09 and C-161/10, [2011] ECR I-10269.

<sup>26</sup> ちなみに、欧州連合では元来、規制法領域において、セーフガード条項としての本源性主義が採用される場合が多い。代表例は銀行規制、預金保護等の金融規制分野である。

<sup>27</sup> 佐藤達文=小林康彦編著『一問一答・平成23年民事訴訟法等改正』(商事法務、2012年) 56～58頁。

た地に拘わらず、Providerによってそれと同種の取引を行い得る状態が日本国内でも提供されていれば良いとする（「抽象的業務関連性説」という）<sup>28</sup>。

この点、抽象的業務関連性説が妥当と考える<sup>29</sup>。理由は、①民訴法3条の3第5号の規定文言上、日本における業務に起因して取引が行われるという具体的関連の存在を要件としていないこと、②Providerからすれば、日本で同種のサービスを提供していれば、日本で同種の法的紛争が発生することは予見可能であり、Providerに日本での応訴を強いたとしても不合理とまでは言い難いこと、③Providerに対して日本での応訴負担を強いるのが酷な個別事情等があるのであれば、最終的に民訴法3条の9に基づいて例外的に日本の国際裁判管轄を否定すれば足りること、の3点である<sup>30</sup>。

また欧州連合 Brussels I Recast 17条1項c号では、消費者契約の管轄事由の一つとして、「契約の相手方が、消費者の住所が所在する構成国において職業上若しくは営業上の活動を行い、又はその構成国若しくはその構成国を含む複数の国に向けてあらゆる手段により同種の活動を行っており、かつ契約がその活動の範囲に含まれること」を規定する。日本の民訴法3条の3第5号は消費者契約に限った管轄事項ではなく、加えて両者の文言や管轄を巡る法体系全般も必ずしも一致しているわけではないが、それでも両者の規定内容は概ね近似しており、民訴法3条の3第5号の解釈に当たり、Brussels I Recast 17条1項c号は参照に値するであろう。欧州司法裁判所は、同条項に基づいて管轄を肯定するに当たって、消費者の住所所在地国に向けて行われた事業者による職業上

<sup>28</sup> こうした見解の対立を整理したものとして、櫻田嘉章＝佐野寛＝神前禎編著『演習国際私法 CASE30』（有斐閣、2016年）265頁〔長田真里〕。

<sup>29</sup> 但し、立案担当者は具体的業務関連性説に立脚していると考えられる（民訴法3条の3第4号について、佐藤達文＝小林康彦編著・前掲注（27）52頁）。また、学説でもこうした立案担当者の見解を支持するものがある（櫻田嘉章『国際私法〔第7版〕』（有斐閣、2020年）360～361頁、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）334頁等）。

<sup>30</sup> 嶋拓哉＝高杉直編『国際民事手続法』（勁草書房、2022年）48～49頁、52頁〔種村佑介〕。

若しくは営業上の活動と、消費者と事業者の間における契約締結等との間に、具体的関連が存在することまで要求していない<sup>31</sup>。こうした比較法的視点も抽象的業務関連性説を支持する根拠の一つである。

なお、民訴法3条の3第5号とGDPR79条2項前段の拠点所在地管轄との比較について付言しておきたい。GDPR79条2項前段の拠点所在地管轄は、物理的な営業所等の存在を要求するものではなく、「拠点 (establishment)」は機能的で柔軟性に富む概念として捉えられている<sup>32</sup>。インターネットを通じた活動であっても、「構成国の領域内で安定的な仕組みを通じて現実にかつ実効的に活動を展開している」と評価できるときには、当該構成国に拠点所在地管轄を認めて良いと理解されており<sup>33</sup>、この拠点所在地管轄は、わが国民訴法3条の3第4号（訴訟提起地に被告の事務所・営業所等が所在する場合）と同条第5号（訴訟提起地に被告の業務が展開されている場合）をともに包摂するような広範な射程を持つものと捉えられる。他方で、これら2つの管轄規則の間には相違点もある。わが国民訴法3条の3第5号はわが国における業務に関連する事項に限ってわが国での訴訟を認めるのに対して、GDPR79条2項前段の拠点所在地管轄では訴訟の事項的範囲に関する制限は一切設けられていない。従って、GDPR79条2項前段によれば、ある欧州連合の構成国（A国）にOnline Service Providerの拠点が所在することが認められるのであれば、そのProviderをA国で訴える場合には、同国における当該Providerの業務に関連する請求に止まらず、その他の構成国（B国、C国、D国・・・）における当該Providerの業務に関連する請求を行うことも可能である。

---

<sup>31</sup> Daniela Mühlleitner v Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi [Mühlleitner Case], Case C-190/11, EU:C:2012:542, para.45, Lokman Emrek v Vlado Sabranovic [Emrek Case] Case C-218/12, EU:C:2013:666, para.26, Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG and Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller [Pammer Case] Joint Case C-585/08 and C-144/09, para. 76ff.

<sup>32</sup> Pedro de Miguel Asensio, supra note 8, para. 3.81ff.

<sup>33</sup> Weltimmo s.r.o. v Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság [Weltimmo Case], Case C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, para. 30.

## (5) Smart Contracts への対応

オンラインを活用した新規事業分野の中でも、Smart Contracts (分散型台帳技術 [Distributed Ledger Technology, DLT] やブロックチェーンにおける自律執行型のコンピュータプロトコルを利用した契約形態) の拡大は目まぐるしいものがある。その特徴は、① DLT へのアクセスが非仲介型 (disintermediated)、自律的 (autonomous) であること、② 記帳、それに必要な機器、参加者の物理的存在が不明あるいは不明確であること、③ システムの運行に必要な調整は当事者間の同意に基づき、P2P ネットワークに依拠していること等である<sup>34</sup>。

参加者間の合意の基礎となる約款が DLT あるいはブロックチェーンにコード化された形で存在し、取引自由の原則に則り円滑な処理が図られる限りは、実際的な問題は生じないように思われる。もっとも、これは飽くまで実体法領域における議論であって、抵触法領域ではこれら契約の準拠法を決定するに当たって、地理的連結点を如何に確定させるかが理論上大きな問題となり得る。Smart Contracts のコード化された約款において債務の履行に関する問題がどのように規定されているかが決定的に重要であるし、多くの場合には、そこで明確化されているルールに基づいて債務履行が円滑になされるはずである。しかしながら、仮に債務履行を巡って紛争が生じた場合に、コード化された約款の中に、債務履行地に関する取決めや準拠法の主観的選択に関する定めがなかったとすれば、どうなるであろうか。一般に契約で履行地が定められておらず、かつ準拠法の主観的選択もなされていない場合には、債務履行地管轄 (民訴法 3 条の 3 第 1 号) は機能しない<sup>35</sup>が、Smart Contracts の場合であっても同様に、コード化された約款にこれらに関する定めが盛り込まれないとすれば、債務履行地管轄の機能不全が生じる可能性が高いと思われる。

<sup>34</sup> Pedro de Miguel Asensio, *supra* note 8, para. 6.63ff.

<sup>35</sup> 嶋拓哉 = 高杉直編・前掲注(30)32 ~ 34頁 [種村佑介]、中西康ほか・前掲注(5)160 ~ 161頁、澤木敬郎 = 道垣内正人『国際私法入門 [第 8 版]』(有斐閣、2018 年) 274頁、松岡博編『国際関係私法入門 [第 4 版補訂]』(有斐閣、2021年) 267 ~ 268頁 [多田望] 等。

また、自律執行型の契約に関する準拠法決定の問題は、DLT を利用した取引システムの具体的形態によって結論が大きく左右される可能性がある。こうした取引システムに関しては、自由参加型か許可型か、あるいは中央管理者が存在するか否かといった点を基準として類型化が図られることがあるが、その類型如何によっては、取引システムで締結される契約について準拠法が一意に定まらない恐れが有り得るように思われる。既存の抵触規則を前提とする限り、DLT を利用することで成立する取引契約の準拠法は通則法7条以下で定め、特に主観的法選択がない場合には客観的連結によることになる。通則法8条1項によれば、客観的連結では契約の最密接関係地を探求する必要があるが、取引システムの類型如何ではこれを一意に特定することが困難な場合が想定され得るのである。取引システムが中央管理者による許可型である場合には、仮に中央管理者が参加者に提示する約款に準拠法に関する定めが含まれていなかったとしても、中央管理者の所在地が地理的連結点の最たる候補と位置付けられる<sup>36</sup>ことから、通常は客観的連結によって準拠法が一意に定まるだろう。しかしながら、中央管理者が存在せずかつ自由参加型を採用している DLT システム、即ち DLT を利用した完全な自律執行型のシステムを想定した場合には、コード化された約款に準拠法の主観的選択に関する定めが含まれていれば別段、そうでなければ準拠法の決定を客観的連結に委ねるほかないが、こうした取引システムでは地理的連結点の候補がほぼ皆無であることから、最密接関係地を特定するのが不可能なケースが生じるように思われる。飽くまで例示ではあるが、中央銀行が暗号通貨を発行する場合には、これが現在の法定通貨の機能を果たすだろうから、こうした暗号通貨が出現したとしても、抵触法の議論に大きな変容をもたらさないように思われる。割り切って言い切ってしまうと、現在紙ベースで中央銀行により一元的に発行されている法定通貨が DLT という新たな技術により発行されるに止まるだけであり、仮令主観的法選択がなくても、中央管理者である中央銀行の所在地に客観的に連結するとの結論に帰着するはずである。これに対して、発

<sup>36</sup> 嶋拓哉「抵触法の観点からみたペーパーレス証券決済」千葉恵美子編『キャッシュレス決済と法規整』（民事法研究会、2019年）414頁以下〔特に429頁以下〕。

行主体を持たず、DLTの使用を必然とする純粋な分散型・自律執行型の暗号通貨又は暗号資産については、中央銀行発行の暗号通貨のような中央管理者所在型・許可型のそれとは全くの別物として考える必要がある。こうした純粋な分散型・自律執行型の暗号通貨等の場合であって、取引時に提示されるコード化された約款に準拠法の主観的選択に関する情報が含まれないときには、取引システムに発行主体兼中央管理者が存在せず、その他の地理的要素も極めて乏しいことから、既存の抵触規則では準拠法を決定するのが容易でない事例が出現するように思われる<sup>37</sup>。

こうした問題は、自律的にサイバースペース (cyberspace) での活動を展開する新たな活動類型と、地理的な連結点に重きを置く抵触規則との間で乖離が進んでいることに起因すると考えられる。サイバースペース (cyberspace) における新たな活動類型の特徴は、①国境からの自立・解放 (independence from state borders) と②私的秩序の構築 (private ordering) にある<sup>38</sup>が、これは伝統的な抵触法体系に対する挑戦でもある。その最たるものが Smart Contracts であり、DLT と言えるだろう。純粋な分散型・自律執行型の新たな契約形態との関係において、抵触法の著しい機能低下が指摘されているのも首肯できるように思われる。

こうした問題意識を踏まえて、近時ではサヴィニー型の抵触法体系に異議を唱え修正を求める見解も提唱されている。抵触法は価値中立主義 (neutralism) を標榜するが、最密接関係地の決定にも多分に法政策的・政治的な要素が影響しているのではないかという批判は従前より存在してきたし、抵触法と雖も法廷地法である以上、そうした余地が存在する

---

<sup>37</sup> 既存の抵触規則で十分な対応が出来ない事例は、純粋な分散型・自律執行型の DLT に止まらない。二当事者間における複数の債権債務関係の相殺事案や多数当事者間での相殺事案も、その一例である。相殺の準拠法については、自動債権、受働債権双方の準拠法を累積適用する見解 (伝統的通説、裁判例 [東京地判平成22・3・15平成19年(ワ)2303号・平成19年(ワ)28348号])、自動債権、受働債権に各々の準拠法を配分適用する見解、専ら受働債権準拠法によるとする見解等があるが、いずれの見解に依拠したとしても、これらの事例では有効な解が得られないであろう。

<sup>38</sup> T. Lutz, Private International Law Online (Oxford, 2020), para. 2.30ff.

ことは否定できない<sup>39</sup>。特定の実体法上の帰結を齎すために抵触法を操作すべきとする立場（米国抵触法革命時の極論）を是とするつもりはないが、まったく価値中立的で政治的考慮から自由であるとするサヴィニー型の理想が実現しているとも言い難いであろう。そこで、サヴィニー型の価値中立的な枠組みを支持しつつも、新たな現代的課題に対応するためにその修正や補完を行おうとする立場が台頭しているわけである。これには、大きく言えば2つの潮流があるように思われる。一つは、国際私法と国際公法の連続性に着目して、国際私法のグローバル・ガバナンス機能を重視する見解である（代表的には、M. Watt<sup>40</sup>、A. Mills<sup>41</sup>）。国際私法は私権を対象とするが、これまでこの点を協調する余り、国際私法が国家間における規律権限の配分機能を有しているという側面が過小評価されてきたことを指摘する。そのうえで、非国家、超国家、私的秩序の構築、法多元性に関する事象を捕捉すべく、国際私法の意義を広く捉えることを提唱するのである<sup>42</sup>。もう一つは、法と経済学、社会理論といった他の学問領域から得られた知見を活用して、国際私法による

---

<sup>39</sup> T. Lutz, *supra* note 38, para. 3.21ff.

<sup>40</sup> H. M. Watt, *The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in H. M. Watt/D. P. F. Arroyo (eds), *Private International Law and Global Governance* (Oxford Univ. Pr., 2014), 1ff; H. M. Watt, *Private International Law beyond the Schism*, 2 *Transnational Legal Theory* 347 (2011); H. M. Watt, *Private International Law and Public Law*, Vol.1 (Edward Elgar, 2015), xiii-xix.

<sup>41</sup> A. Mills, *Variable Geometry, Peer Governance and Public International Perspective on Private International Law*, in H. M. Watt/D. P. F. Arroyo (eds), *Private International Law and Global Governance* (Oxford Univ. Pr., 2014), 245ff; A. Mills, *Rethinking Jurisdiction in International Law*, 84 *British Yearbook of International Law* 187 (2004); A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law* (Cambridge Univ. Pr., 2009); A. Mills, *Rediscovering the Public Dimension of Private International Law*, 24 *Hague yearbook of International Law* 11 (2011).

<sup>42</sup> R. Michaels, *The Re-state-ment of Non-State-Law: The State, Choice of Law and the Challenge from Legal Pluralism*, 51 *Wayne Law Review* 1209 (2005) 等も同様の立場と位置付けてよいだろう。

解決手法を補完することを目指す動きである（代表的には、G. Rühl<sup>43</sup>、P. S. Berman<sup>44</sup>）。これらの2つの潮流はいずれも、従前の国際私法理論の基本的な立場を完全に放棄するものではなく、他の学問領域の視点を持ち込むことによってこれを進化させ、新たな事象をより有効に捕捉することを目指すものであるが、特定の状況における特定の結論の導出ではなく、メタ・レギュレーション（meta regulation）の潜在能力に重点を置いている。これらの新たな潮流では、抵触法による裁判・規範を巡る管轄権限の配分に影響するメタレベルの考慮を拡張する方向に検討が進むのではないかと思料される<sup>45</sup>。

## 4. Online Service Provider を巡る公法的規制と国家管轄権理論

### （1）立法・裁判管轄権

GDPR は欧州連合の域内から域外への個人データの移動を規律するものであるが、その地理的適用範囲は広範である<sup>46</sup>。GDPR 3条1項で

---

<sup>43</sup> G. Rühl, *Statut and Effizienz* (Mohr Siebeck, 2011), 80-177.

<sup>44</sup> P. S. Berman, *The Globalization of Jurisdiction*, 151 *University of Pennsylvania Law Review* 311 (2002); P. S. Berman, *From International Law to Law and Globalization*, 45 *Columbia Journal of Transnational Law* 485 (2005).

<sup>45</sup> こうした新たな検討枠組みは魅力的に聞こえるが、他方で、抽象的・観念的な議論に止まっており、具体的事案における解決がどうなるのかという点については、不透明感が強い。従って、当事者の予見可能性の確保が難しく、また実際の裁判規範として十分機能し得ない等の難点がある。殊に DLT を利用した取引システムを巡る法規律の構築に当たっては、非国家レベルでのルールメイキングや業界における私的秩序の構築などが鍵を握ると考えられるものの、いまだ業界画定、利用技術や取引態様の標準化等が図られていない。抵触法を含めた法規律の枠組みを検討するに先立ち、まずはビジネスモデルや取引システムの実態をある程度収斂させる必要があるように思われる。

<sup>46</sup> 宮下紘『EU 一般データ保護規則』（勁草書房、2018年）26～29頁。もっとも、地理的適用範囲が領域内に限られる法規制であっても、それが業界標準として認識される結果、事実上の効果が域外に及ぶケースも存在する。欧州連合による LoHS 指令規制、欧米による「旅客の権利」規制（APR 規制）等はその

は地理的適用範囲として、同規則が欧州連合域内における管理者又は処理者の拠点の活動過程での個人データの処理 (the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union) に適用される旨を規定するが、ここに言う「管理者又は処理者の拠点の活動」とは、単に域内に物理的拠点を有する場合に止まらず、域内に物理的拠点がなくとも安定的取決めを通じて域内での活動が効果的かつ真に存在している場合も含むとされている<sup>47</sup>。加えて、GDPR 3条2項では、域内に管理者又は処理者の拠

---

典型例である。また、こうした現象はハードローに止まらず、ソフトローの領域でも顕著である。国際認証制度等は後者の代表格と言え、農業生産物における GAP 認証や木材における FSC (Forest Stewardship Council) 認証、PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes) 認証等が具体例として挙げられる。総じて欧米は、自身の規範意識・価値観を体現するルールと自身のプレゼンスを用いて世界規模で業界標準の構築を図ることに長けている(嶋拓哉「道内のインバウンドを巡る法的問題について(上)」開発こうほう672号(2019年)6頁以下[特に9~10頁]、同『日本企業と社会的正義の関係』を国際的な文脈の中で考える——和仁=児玉論文の問題意識を踏まえて」金融法務事情に近々掲載予定、落合研一「先住民族の尊重を重視する国際森林認証制度のインバウンド化と課題」開発こうほう663号(2018年)32頁以下)。<sup>47</sup> GDPR 前文22条を参照。単にある構成国において管理者又は処理者のウェブサイトにはアクセスが可能というだけで、その構成国の管轄を認めるわけではないが、その領域内に営業所、支店、子会社を有していないからといって、直ちに構成国の管轄を否定するわけではない (Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sàrl [Verein für Konsumenteninformation Case], C-191/15, EU:C:2016:612, para. 76)。また、唯一ひとりの代表者がある構成国の領域内に所在している場合であっても、その代表者が当該構成国において十分に安定的に活動を展開していると評価されるときには、管轄が肯定される (Weltimmo Case [supra note 33], para. 30)。「拠点 (establishment)」の解釈は形式的なものではなく、むしろ機能的な形でなされるものと理解すべきであろう。管理者又は処理者がある構成国に物理的拠点を有することなく、専らインターネット経由で事業を展開している場合であっても、「その構成国の領域内で安定的な仕組みを通じて現実にかつ実効的に活動を展開している」と評価できるのであれば、その構成国の管轄を肯定する可能性が高い。例えば、インターネットを通じて広告スペースを販売する目的で構成国領域内において安定的な仕組みを

点 (establishment) が存在しないと評価される場合であっても、個人データ保護の観点から、次の2つの場合には地理的適用範囲を拡張することを認めている。即ち、(a) データ主体 (data subject) による支払の有無にかかわらず、域内のデータ主体 (data subject) に商品又はサービスの提供を行う場合と、(b) データ主体 (data subject) の行動が域内で生じる限りにおいて、その行動監視を行う場合がそれである。GDPR 3条1・2項の適用範囲に含まれる場合において、GDPRに規定する義務違反が生じれば、各加盟国の監督機関によって制裁金が科されるほか、各加盟国によって罰則が適用される<sup>48</sup>。

他方で、わが国では、立法・裁判管轄権との関係で、国内法の地理的適用範囲が不明確な場合が多い。それは、①立法・裁判管轄権に対する一般国際法上の制約が理論的にも実際的にも判然としないこと、②わが国が長らく属地主義に拘泥してきた結果、国内法の適用拡張に対して依然として抑制的な姿勢を崩していないこと、の2点に起因するようと思われる。もっとも、個人情報保護法では、2015年改正において75条を域外適用規定として新設した。同条は標的規準 (targeting criteria) を基礎とする<sup>49</sup>が、その根拠は、外国の個人情報取扱事業者であっても、内国居住者を標的として個人情報を取扱う以上は、当該事業者とわが国との関連性が認められることから、その事業者による個人情報取扱いの適正を確保し、個人の権利利益を侵害しないように防止する必要がある点に求められる<sup>50</sup>。

もっとも、2015年改正法75条を仔細にみると、問題がないわけではなかった。報告徴求・立入調査(40条)、命令(42条2・3項)が同条の対象から除外されていたのである。40条違反には85条1号及び87条1項2

---

展開するような事業形態(例えばFacebook)については、当該構成国の管轄権が肯定されることになるだろう (Pedro de Miguel Asensio, *supra* note 8, para. 384)。

<sup>48</sup> 制裁金はGDPR83条で、罰則は同84条で、各々規定されている。

<sup>49</sup> 西村あさひ法律事務所編『個人情報保護法制大全』(商事法務、2020年)205頁[石川智也]、板倉陽一郎「個人情報保護法制の国際的調和」自由と正義66巻9号(2015年9月号)31頁以下[34頁]等。

<sup>50</sup> 日置巴美=板倉陽一郎『個人情報保護法のしくみ』(商事法務、2017年)145頁。

号で、42条2・3項違反には83条及び87条1項1号で、それぞれ罰則が科されていることから、これら規定を外国の個人情報取扱事業者に適用すると、外国の主権侵害の恐れが生じるとする指摘があった<sup>51</sup>が、40条及び42条2・3項が域外適用の対象外とされた背景には、こうした外国の主権への配慮が働いていたと推察される<sup>52</sup>。しかしながら、私見によれば、罰則付の命令発出は執行管轄権の行使ではなく、立法管轄権の行使として位置付けられるが、立法管轄権に対する国際法上の制約は相対的にみれば緩やかであり、外国の事業者に対してこれを及ぼしたとしても直ちに当該外国の主権侵害に当たるとは思えない<sup>53</sup>。既に見たように、

---

<sup>51</sup> 田中誠一「個人情報保護法の域外適用」柏木昇ほか編『国際取引の現代的課題と法』（信山社、2018年）40頁，西村あさひ法律事務所編・前掲注（49）208頁〔石川智也〕。

<sup>52</sup> なお、2015年改正の個人情報保護法では、40条及び42条2・3項を75条による域外適用の対象外とする代わりに、外国執行当局への情報提供（78条1項）、外国刑事事件の捜査・審判等において提供情報が使用される場合のわが国の事前同意（78条2・3項）を規定していた。こうした規定は、2020年改正において40条及び42条2・3項を域外適用の対象に含めた後も、引き続き存置されている。78条の規定は外国執行当局との連携の下で、個人情報保護法による規制の実効性を高めることを目的としたものと考えられるが、実際にこうした外国執行当局との連携に関する枠組みが有効に機能するかは、全くの未知数である。

<sup>53</sup> これに対して、執行管轄権、立法管轄権及び裁判管轄権の区別を国内における権力分立の延長線上で捉える立場を採れば、行政機関による命令発出は立法管轄権の問題ではなく、執行管轄権の問題として位置付けられることになる。国内公法学は、立法という一般的な行為と相手方を特定し個別に権利義務を設定するという個別行為との峻別を重視するが、行政機関による命令発出を執行管轄権の問題として捉える見解は、国家管轄権理論の理解においても、一般的行為としての立法と個別行為としての行政機関による命令の峻別という視点を堅持することを企図するのである（典型的には、「プラットフォームビジネス規制の制度設計（下）」法律時報93巻11号（2021年）91頁以下〔特に92頁、96～97頁の原田大樹先生発言部分〕）。しかしながら、国家管轄権理論は個々の国家行為の国際法上の評価に直結するものであり、国内公法学の理解を前提としてそれを捉えることには、問題があるように思われる。例えば、同様の命令であったとしても、各国国内の権限配分によって、その発出主体が異なることはあり得るだろう。行政機関が発出すれば執行管轄権の問題であるが、裁判所が発出

GDPRでは義務違反に対して制裁金や罰則が科せられるが、GDPR 3条の地理的適用範囲に含まれる限りは、こうした義務違反が域外の事業者にも生じることが当然の前提である。また、米国などは、罰則付の命令を国外所在者に発出することを従前より繰り返しており、そこには外国の主権への配慮と言った要素は微塵も感じられない<sup>54</sup>。幸いにも、2020年の個人情報保護法改正では、75条の規定を見直し、40条及び42条2・3項も同条の事項的適用範囲に含まれることになった<sup>55</sup>が、わが国において、外国の主権侵害の恐れが生じるというだけで罰則付の命令発出を控えるといった抑制的なスタンスがいまだに残存しているとすれば、外国の主権を侵害するとのそうした懸念は全くの杞憂であり、今後積極的に見直しを図る必要があるように思われる<sup>56</sup>。

---

すれば裁判管轄権の問題といった切分けを認めるとすれば、それは国家管轄権理論が各国国内における権限配分のあり方に大きく左右されることを認めるに等しい。国家管轄権理論が国際法上の評価に直結するものであることを踏まえると、同理論のあり方を検討するに当たって国内公法学や国内における権限配分を前提とすることには、賛同し得ない。

<sup>54</sup> 例えば、米国の裁判所は、裁判所侮辱罪の適用を前提としたうえで、国外の訴訟当事者に対して文書提出命令を発出する。また米国行政機関（司法省や連邦取引委員会等）が課徴金の徴収を前提としたうえで、外国の事業者に対して独占禁止法上の排除措置命令等を発出する。こうした事例は枚挙に暇がない。

<sup>55</sup> 佐脇紀代志編著『一問一答・令和2年改正個人情報保護法』（商事法務、2020年）94～95頁。なお、個人情報保護法75条の改正に関する理論的整理については、宇賀克也『新・個人情報保護法の逐条解説』（有斐閣、2021年）840～841頁に明快かつ詳細な説明がある。

<sup>56</sup> もっとも、国際的適用範囲を広く捉え自国法を拡張的に適用することに一切問題がないとも思わない。外国による立法・裁判管轄権の過度な拡張に対しては、わが国の利害や国際的に共通する価値の保護等を目的として、一定の歯止めをかける措置を講じる必要があると考えるが、どうか。GDPRもわが国国内の観光業者等に同規則の遵守のために多大なコストを強いており、これら国内業者の業務、延いてはその経営を圧迫しているとの指摘がある。さらに中華人民共和国が近年制定した法律との関係では、人権保護や安全保障の面において、看過しがたいより重大な問題が生じている。香港国家安全維持法（2020年）は香港の治安維持のために刑事罰の適用を可能とするが、その適用は世界の全人類に及び国際的適用範囲に制限はないと考えられている。また、国防動員法

## (2) 執行管轄権

わが国では、主権の行使に当たり国家管轄権との関係を総じて慎重に判断し抑制的な態度で臨んでいるが、特に執行管轄権の問題については、よりデリケートな問題として厳格に取扱ってきたと評価できるのではないだろうか。国外に所在する Online Service Provider との関係でも、わが国の執行管轄権行使のあり方が問われる局面が存在する。

### (イ) 送達

例えば、送達の局面である。わが国で Online Service Provider を被告とする民事訴訟が提起されれば、当該 Provider への訴訟送達を要する。わが国と Provider 所在地国との間に送達条約、民訴条約等の多国間条約、二国間条約等があればそれによるが、そうでない場合には民訴法108条の手続による。同条では、外国所在の被告への送達は①外国の管轄官庁や②その外国駐在の日本大使等に嘱託してなされる旨を規定する。即ち、外国の国家機関等に送達を依頼する方法を採用しており、執行管轄権を巡る国際法上の制約に十分配慮した規定内容と言えるだろう。また、個人情報保護委員会が外国所在の Online Service Provider に対して個人情報保護法に基づく命令、報告徴求、指導・助言、勧告などを行うことも考えられる。このような行政処分に伴う送達の実施に当たっても、同様の問題が生じるが、2020年改正の個人情報保護法58条の3は民訴法108条を準用し、訴訟送達に準じる手続を定めている<sup>57</sup>。

---

(2010年)は、海外居住の中華人民共和国国籍者に対して、有事の際に大使館の指揮下に入りその統率の下で活動することを義務付けているとの指摘がある(「中国における国防動員法に関する質問主意書」平成23年2月3日付山谷えり子提出・第177回国会〔常会〕提出番号44号)。中華人民共和国によるこうした一連の立法は、わが国国内における自由な政治活動や意思表明を妨げるなど人権保障の観点で重大な問題を孕むほか、わが国の安全保障上の脅威になり得るものである。香港に対する貿易上、外交上の優遇措置の停止や、国防動員法の義務遵守を表明した中華人民共和国国籍者の国外退去など、わが国の安全保障や人権保護の観点から対抗立法を講ずる必要があると考える。

<sup>57</sup> 外国法人への行政処分における送達実務に関しては、渡部友一郎＝染谷隆明「域外適用：外国法人への行政処分の送達の現在と実務的展望——デジタル・グローバル時代における行政法の送達制度の基礎」公正取引845号(2021年)47

このように、わが国では、送達に当たって執行管轄権の問題をより慎重に取扱っているように感じるが、外国所在の Online Service Provider に対して直接郵送により送達を実施してはいけなのだろうか。送達条約10条では、「この条約は、名あて国が拒否を宣言しない限り、次の権能の行使を妨げるものではない」としたうえで、そのa号において当該権能の一つとして、「外国にいる者に対して直接に裁判上の文書を郵送する権能」を掲げるが、わが国は2018年末に送達条約10条a号について拒否宣言を行っている。即ち、わが国としては、直接郵便送達を送達条約上有効な送達方式として認めないことを宣言したわけである<sup>58</sup>。また、わが国所在の被告に対する外国からの直接郵便送達は民訴法118条2号の要件を充足しないとする見解が、裁判実務の一貫した立場である<sup>59</sup>。

しかしながら、これらのことは、直接郵便送達が国家管轄権理論との関係において主権侵害を構成することを、直ちに意味するわけではない。そのうえで、さらにもう一步踏み込んで、送達は執行管轄権違反と評価し得る程度に公権性を有しないとして、国家管轄権理論との関係において外国への直接郵便送達は主権侵害に当たらない（＝国際法上の違法性すら否定する）とする立場<sup>60</sup>も十分に成り立ち得るのではないか。単に一通の文書が国境を無断で越えたことを、例えば、外国にわが国の執行

---

頁以下に詳細な説明がある。なお、個人情報保護法以外の行政法規も民訴法108条を準用している（例えば、独占禁止法70条の7、金融商品取引法185条の10、景品表示法22条、特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律20条等）。

<sup>58</sup> 嶋拓哉＝高杉直編・前掲注(30)203頁[多田望]。

<sup>59</sup> 東京地判昭和51・12・21下民集27巻9＝12号801頁、東京地判昭和63・11・11判時1315号96頁、東京地判平成2・3・26金商857号39頁、東京地八王子支判平成9・12・8判タ976号235頁。なお、学説は、こうした裁判実務の立場を支持するもの、個別具体的な事情に即して民訴法118条2号要件の充足を肯定する余地を認めるもの等多岐に分かれる。学説の詳細は、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2012年）220頁以下[長田真里]を参照。

<sup>60</sup> 石黒一憲『国際私法（上）』（東京大学出版会、1986年）222～224頁、F.A.Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, 111 *Recueil des cours*, 1964-I, 127ff. なお、H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 8. Aufl. (C. H. Beck, 2021), Rdn. 716ff も同旨。

官が出向き同国内で被告に対して送達文書を直接交付するといった形で執行力を行使するのと国際法上同等に取扱い、執行管轄権違反として捉えるという伝統的な立論自体を疑ってかかる余地はあるように思われる。近時では、訴訟のIT化を展望して、外国所在の被告に対する電子メール等による送達（システム送達）の可否が議論の対象となっているが、その中でも、同様の見解が提示されている<sup>61</sup>。また、IT化に伴う国際送達及び国際証拠調べ検討会（法務省主催）は、その意見の取りまとめに当たって、両論併記の形ではあるが、「システム送達は、裁判所書記官が送達すべき電子書類をシステム上にアップロードし、送達を受けるべき者の電子メールアドレス等にその旨を通知する方法で行われ、送達場所における物理的な行為を要しない。そして、執行管轄権とは、物理的手段によって国内法を執行する権能を指すものであるという理解を前提に、システム送達による国際送達は、相手国の領域内における物理的行為を何ら伴うものではないため、外国における執行管轄権の行使

---

<sup>61</sup> 近時、外国所在の被告に対する電子メール等による送達について本稿と同様の問題意識を提示するものとして、古田啓昌「送達事務のIT化（公示送達・国際送達を含む）」法とコンピュータ39号（2021年）15頁以下〔20～21頁〕、山本和彦編『民事裁判手続とIT化の重要論点——法制審中間試案の争点』（有斐閣、2021年）44頁〔佐瀬裕史〕、多田望「民事訴訟における域外送達に関する現代的考察」国際法外交雑誌120巻3号（2021年）421頁以下〔440～442頁〕等がある。また、ビデオリンクを利用して外国所在の証人等に対して証言を求めることがあり得るが、こうした域外的な証拠収集が証人等所在地国の執行管轄権を侵害するのではないかといった問題提起がなされている。この問題についても、ビデオリンクを用いた証拠収集では証人等の現実の所在地が重要な意義を有するわけではなく、法廷地の国家機関が観念的にそこで活動していると捉える必要はないとして、執行管轄権違反と評価すべきでないとする見解が示されている（竹下啓介「域外証拠収集に関する現代的考察——ビデオリンクの利用と国家管轄権」国際法外交雑誌118巻1号（2019年）25頁以下〔特に40～44頁〕）。もっとも他方において、外国所在の機器に対してわが国の国家機関がインターネットを通じて国家行為を行うことは、当該外国の同意がない限り、国際法上違法な執行管轄権の行使に当たり許されないとする見解も根強く提唱されている（例えば、中谷和弘ほか『サイバー攻撃の国際法——タリン・マニュアル2.0の解説』（信山社、2018年）14～15頁〔河野桂子〕）。

には当たらないと考えるものである。このような考え方からは、システム送達による国際送達を相手国の同意なく行った場合であっても、相手国の執行管轄権との抵触・衝突の問題は生じず、国際法上の問題は生じない<sup>62</sup>として、外国所在の被告に対する電子的な送達が執行管轄権違反に該当しないとする見解にも言及している。執行管轄権の属地性を認めその域外行使を否定する理由は、国家領域内で当該国による執行管轄権の行使を确实なものとする、特に国家領域内で当該国とその他の国の間で法執行活動の衝突が生じるのを回避することに求められる<sup>63</sup>が、電子的な送達の場合と同じく、一通の文書による送達であっても、国家管轄権理論との関係において懸念されるような法執行の衝突が発生するとは考えられない。執行管轄権との関係において直接郵便送達を論じるに当たっても、電子的な送達を巡る議論の骨子や根底にある基本的な考え方が参考になるのではないと思われる<sup>64</sup>。

なお、上記の私見に関連して、次のことを明示的に補足説明しておきたい。即ち、執筆者は、外国からわが国に向けて直接郵便送達や電子的な送達が行われたとしても、それがわが国の主権侵害（執行管轄権違反）に当たらないと解する余地は充分にあると考えるが、そのことと、かかる送達に基づいて下された外国判決が民訴法118条2号要件を充足することとは、必ずしも連動しないと捉えるべきである。前者は飽くまで国

---

<sup>62</sup> 「IT化に伴う国際送達及び国際証拠調べ検討会に関する取りまとめ」（2021年4月）7頁。

<sup>63</sup> 竹下啓介・前掲注（61）41頁。F. A. Mann, *Further Studies in International Law* (Clarendon Pr., 1990), 30-32も参照。

<sup>64</sup> 「IT化に伴う国際送達及び国際証拠調べ検討会に関する取りまとめ」では、外国への直接郵便送達についても、外国における執行管轄権の行使に当たり、その外国の同意がない限り主権侵害の問題が生じるとする見解と、外国における執行管轄権の行使には当たらず、主権侵害の問題は生じないとする見解の双方が示されている。但し、「裁判上の文書が受送達者に電磁的に伝達されるシステム送達と物理的に伝達される直接郵便送達とを同じように考えることはできず、両者の性質の異なりに留意すべきであるとの指摘もあった」旨の言及がなされていることにも留意せねばなるまい（以上のことについては、前掲注（62）5～6頁を参照）。なお、私見と同じ立場を表明するものとして、多田望・前掲注（61）442頁がある。

際公法上の違法性の問題であり、国家間における主権侵害の有無という視点から検討されるのに対して、後者は私人である被告の国際民事手続法上の利益保護の問題であり、渉外的な私法生活を営む被告に対してわが国の手続保障の根幹を揺るがしかねないような権利侵害があったか否かという視点から検討されるべき問題である。つまり、私見ではこれら2つの問題は各々、検討の視点を異にするものとして捉えているが、その結果、外国からの直接郵便送達や電子的な送達がわが国との関係で主権侵害を構成しないものの、わが国に所在する被告の国際民事手続法上の利益を侵害していると評価される事案が生じ得ることに留意すべきである（なお私見では逆に、これら送達がわが国との関係で主権侵害を構成するものの、被告の国際民事手続法上の利益の保護に悖らないと評価される事案が生じることも同じく想定される）<sup>65</sup>。

#### （ロ）刑事事件における証拠収集

Online Service Provider が外国にサーバを設置している事例も多いが、わが国の刑事事件における証拠収集に当たって、外国に無断でそのサーバにアクセスすることが当該外国の主権侵害（執行管轄権違反）に当たるか否かが問題となり得る。わが国では、こうした態様の証拠収集が主権侵害に当たるとの見解が根強い<sup>66</sup>。伝統的な見解と位置付けられるだろう。

大阪高判平成30年9月11日（刑集75巻2号220頁。「平成30年大阪高判」という）も、こうした伝統的な見解に依拠していると解される。同高判の判旨では、「我が国の捜査機関が、国際捜査共助の枠組み等により相

---

<sup>65</sup> この点に関連する執筆者の基本的な考え方については、嶋拓哉「ディスクヴァリに基づく米国判決の承認・執行」ジュリスト1235号（2002年）64頁以下〔特に69～70頁〕、および同「ディスクヴァリに基づく米国判決の承認問題について（再考）ードイツにおける議論を中心に〔下〕」国際商事法務45巻7号（2017年）1013頁以下〔1018頁〕を参照。

<sup>66</sup> 第177回衆議院法務委員会会議録14号・平成23年5月27日開催〔江田五月法相答弁〕、横浜地判平成28・3・17判時2367号115頁（控訴審・東京高判平成28・12・7高刑集69巻2号5頁も同旨）、大阪高判平成30・9・11刑集75巻2号220頁、最決令和3・2・1刑集75巻2号123頁三浦守裁判官補足意見。この点については、古田啓昌・前掲注（61）21～22頁を参照。

手国の同意ないし承認を得ることなく、海外リモートアクセス等の処分を行った場合には、強制捜査であれ、任意捜査であれ、その対象となった記録媒体が所在する相手国の主権を侵害するという国際法上の違法を発生させると解する余地がある。そして、相手国の主権を侵害しており、国際法上の違法があるといえる場合には、この違法が当該捜査手続に刑事法上も違法の瑕疵を帯びさせることになる」としたうえで、「原決定（京都地判平成29年3月24日平成27年（わ）920号）は、サイバー犯罪条約32条を参照した上、現代社会においては、国際的なコンピュータネットワークが発達したことにより、国外のサーバに蔵置された電磁的記録を利用する権限のある者が、国境を越えて自由にアクセスして利用できることが当然の前提になっていることからすれば、その正当な権限のある者の合法的かつ任意の承諾が得られる場合において、その承諾に基づいて我が国の警察官が国外に設置されたサーバにリモートアクセスするなどしても、サーバ設置国の主権を侵害するものとはいえないし、必ずしもサーバ設置国の捜査共助を要請しなければならないものともいえない、と説示している。サイバー犯罪条約32条bの文言及びこれに関する上記注釈書の内容と、原決定が挙げる論拠を併せて考えると、同条約32条bの趣旨については、捜査機関は、被処分者の適法かつ任意の同意がある場合、相手国との捜査共助によらなくとも、適法な海外リモートアクセスを実施することができるというものであるとみる余地が十分にあるというべきである」（丸括弧内は執筆者が補記）と判示する。

もっとも、平成30年大阪高判の上告審（最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁。「令和3年最決」という）をみると、そこには微妙な変化も看取し得る。平成30年大阪高判は、国際法上の違法と国内刑事手続法上の違法とを連動させる見解を採用している<sup>67</sup>が、そのうち、前者の間

<sup>67</sup> 本稿の本筋の議論からは離れるが、国際法上の違法と国内刑事手続法上の違法を連動させる必然性はなく、これらを切り離して考えれば良いと考えるが、どうか。国内刑事手続法上の違法は飽くまで捜査における適正手続（due process）の保障という観点から判断されるべきものであって、それは国際法上の違法の基礎となる国家公権の侵害があったか否かという問題とは必ずしも連動しないはずである。概ね同様の指摘を行うものとして、星周一郎「判批」刑事法ジャーナル69号（2021年）264頁以下〔特に270頁〕がある。

題については、海外サーバ等へのリモートアクセスが国際法上違法を発生させると解する余地があることを指摘しつつも、正当な権限のある者の合法的かつ任意の承諾が得られれば、結果として国際法上の違法が生じないといった論旨を展開しているようにも読める。しかしながら、私人に国家管轄権を処分する権限が帰属しない以上、仮令正当な権限を有する私人の同意を得ていたとしても、所在地国の同意なくして、当該国所在のサーバにアクセスすれば、依然として主権侵害（執行管轄権違反）の問題が生じるはずである<sup>68</sup>。この点、平成30年大阪高判の論旨には綻びがあるように思われる。平成30年大阪高判の論旨にこうした綻びがあることを懸念してのことか否かは判然としないが、令和3年最決の法廷意見は、原審の結論を支持しつつも、海外サーバへのリモートアクセスが国際法上の違法に該当するか否かという問題について一切言及していない<sup>69</sup>。サイバースペース (cyberspace) を通じて私人の渉外的生活が拡

---

<sup>68</sup> なお、電子的な送達でも同様の問題が生じ得る。渡部友一郎＝染谷隆明・前掲注(57)56頁は、民事訴訟の被告である外国法人が同意のうえ電子的な送達を受領した場合を想定したうえで、そうした場合であっても、被告である外国法人が執行管轄権の処分権限を有しないことを理由として、執行管轄権違反の問題が引続き生じ得ると指摘する。

<sup>69</sup> 令和3年最決の三浦守裁判官補足意見は「電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは、当該外国の主権との関係で問題が生じ得るが、法廷意見が説示するとおり、その記録媒体がサイバー犯罪に関する条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは許されると解される。本件においては、…各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものであって、同条約の締約国に所在するか否かが明らかではないが、このような場合、その手続により収集した証拠の証拠能力については、上記の説示をも踏まえ、権限を有する者の任意の承諾の有無、その他当該手続に関して認められる諸般の事情を考慮して、これを判断すべきものと解される」というものである。三浦守裁判官補足意見は、海外所在サーバへのリモートアクセスが国際法上の違法を惹起し得るとする伝統的な見解に依拠しつつも、国際法上の違法とわが国刑事手続法上の違法を直ちに連動させることなく、前者（国際法上の違法）が認定されたとしても、その他の事情も併せて考慮したうえで、後者（わ

大する中で、海外リモートアクセスによる証拠収集が国内刑事手続法上違法か否かという点については、具体的な事案に照らして穏当な結論が導出されているようには思われるが、他方で、海外リモートアクセスが国際法上の違法（主権侵害）を構成するかという問題は、令和3年最決によっても、依然未解決（open question）のままであり、その決着をみていないと考えるのが妥当である<sup>70</sup>。

そのうえで、さらにもう一步踏み込んで、海外所在のサーバ等へのリモートアクセスが所在地国の主権侵害に当たらないと考えることも可能ではないだろうか<sup>71</sup>。アクセス対象であるサーバ等の所在地を基準とし

---

が国刑事手続法上の違法）についての判断を総合的に行うとの立場に拠っているものと解される。平成30年大阪高判と異なりその論旨に綻びは見受けられないが、外国所在のサーバへのリモートアクセスが国際法上の違法を惹起し得るとする点において、私見とは異なる。

<sup>70</sup> これに対して、三浦守裁判官補足意見が「電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは、当該外国の主権との関係で問題が生じ得る」と論じていることを根拠に、法廷意見も一般論として海外へのリモートアクセスにより主権侵害が生じる可能性自体を認めているとする見解も見受けられる（吉戒純一「判解」ジュリスト1562号（2021年）98頁以下〔102～103頁〕、斎藤司「最高裁判所令和3年2月1日決定の論理と越境捜索——刑訴法学の観点から」Law & Technology 93号（2021年）42頁以下〔45頁〕、川出敏裕「リモートアクセスの許容性」論究ジュリスト37号（2021年）121頁以下〔126頁〕等）。しかしながら、法廷意見において、海外へのリモートアクセスが主権侵害に該当し得る旨の言及が一切なされていないことは本文で指摘したとおりであって、補足意見の記述を以て法廷意見もそれと同じ立場に依拠していると断定することには、大いに疑問がある。

<sup>71</sup> 同様の問題意識は刑事法の研究者からも提起されている。その代表格は、東京都立大学の星周一郎先生である。星先生は、①人や物の越境とは異なり、サイバースペース（cyberspace）では国家による判断を伴うことなく、私人の意思のみによって越境が可能であること、②サーバ等機器の所在地が意識されることなく、サイバースペース（cyberspace）が利用されるのが通常であること等を根拠として、「国外に所在するサーバへの越境リモートアクセスが、主権侵害を生じさせるものであるかにも疑問が生じる」とする（星周一郎・前掲注（67）270頁。同「サイバー犯罪捜査と『国境』」警察学論集73巻4号（2020年）

て主権侵害の有無を判断するという見解には、国境からの自立・解放 (independence from state borders) と私的秩序の構築 (private ordering) を特徴とするサイバースペース (cyberspace) を取扱うに当たって、いわばその外側にある物理的機器の存在に依然として着目・固執するという点において、違和感を持たざるを得ない。サーバ等機器の存在を基準に主権侵害の有無を判断するという見解を延長して考えれば、外国所在の捜査対象者がデータの格納記憶のためにクラウドを使用している場合には、わが国捜査機関がこれにアクセスしても主権侵害にはならないが、わが国所在の捜査対象者が外国所在のサーバに自身のデータを格納記憶している場合には、わが国捜査機関がこれにアクセスすれば主権侵害に該当するという結論に至るようにも思われる。しかしながら、こうした結論がある種のアンバランスな要素 (執筆者のような浅学若輩者が使うのは烏滸がましいが、「一種の座りの悪さ」と言い換えても差支えないような割り切れないもの) を孕んでいることは明白であろう。加えて、サイバースペース (cyberspace) の利用に当たってはサーバ等の物理的機器が何処に所在しているのかが意識されることは殆どなく、また、Online Service Provider が複数のサーバを設置している場合や、複数の Online Service Provider が連携している場合には、どの情報を (どの Provider の) どのサーバに格納記憶するかは極めて偶然かつシステムティックな理由で決定されることも多い。このようにリモートアクセスにより取得すべき情報とその情報が格納されているサーバ等機器との関係性が希薄でかつ偶然的なものに止まるにも拘らず、捜査機関によるデータの取得行為が主権侵害に該当するか否かを判断するに当たり、当該データを格納しているサーバ等機器の所在を基準とすることには賛同し得ない。

---

54頁以下も参照)。その他にも、海外リモートアクセスが主権侵害に当たらないとの結論を採るものとして、四方光「判批」刑事法ジャーナル58号 (2018年) 143頁以下 [148～149頁]、山内由光「国外における捜査活動」松尾浩也=岩瀬徹編『実例刑事訴訟法 I [捜査]』(青林書院、2012年) 5頁以下 [6頁] 等がある。なお、民事訴訟におけるビデオリンク等を利用した域外的な証拠収集について、同様の視点からその主権侵害性を疑問視するものとして、竹下啓介・前掲注 (61) 25頁以下がある。

## 5. 結語

Online Service Provider にはグローバルに活動する企業が多数存在することを踏まえると、その国際的な法規律のあり方を検討することは実務上も重要である。しかしながら、デジタル・トランスフォーメーション (Digital Transformation, DX) の進展は急激であり、立法府及び行政府の対応、司法府の判断、それに研究者による調査研究のいずれもがそのテンポに追いついていない。執筆者も研究者の末席を汚す者として、その責任を応分に感じている。せめてもの罪滅ぼしに本稿を執筆したわけであるが、Online Service Provider を巡る国際的な法規律について、執筆者が抵触法の視点から考え付く論点を五月雨式に採り上げ検討したものの、恥ずかしながら、その内容は網羅的でもなくまた精緻な分析とも言い難い。本稿で採り上げた論点以外にも、例えば、GDPR における国際裁判管轄の特則、集団的な司法救済制度の導入、個人情報保護法における DLT の位置付け等様々な法律上の論点を挙げるのが可能であろう。本稿の内容が網羅性に欠けまた不十分な検討に止まっていることには執筆者自身忸怩たる思いがあるが、兎も角も検討の第一歩として本稿を取りまとめ、公表することとした次第である。読者の皆様のご批判やご意見を踏まえて、執筆者自身、Online Service Provider を巡る国際的な法規律の問題について、さらなる検討を積み重ねていきたいと考えている。

(追記)

本稿は JSPS 科学研究費補助金 (17K03379、20K20415、22K01170) 及び全国銀行学術研究振興財団・2020年度研究助成の研究成果の一部である。また、令和4年1月29日開催のデジタル・プラットフォームビジネス研究会 (19H00569、代表者：千葉恵美子先生 [大阪大学招聘教授・名古屋大学名誉教授]) において報告の機会を頂戴したが、本稿はその報告及び質疑応答の内容を踏まえたものである。もとより、あり得べき内容上の誤りや誤植の責任が執筆者に帰すことはいうまでもない。関係者の皆様に謹んで謝辞を申し上げます。