

# 翻訳：裁判所による海外に所在する証拠の提出命令と、 消極的司法共助の枠組み：クラウド法の示唆するもの

(原著：Hiromi Sato, “Court Orders to Produce Evidence Abroad Within the Framework of Passive Legal Assistance: Implications of the CLOUD Act”, 27 Gonzaga Journal of International Law (2023) 22-40)

## 要旨

海外に所在する証拠の提出を求める国内裁判所の命令に関する慣行は、長い間、国際的な摩擦と論争を引き起こしてきた。そのような司法行為が国家管轄権の域外行使にあたるかどうか、また、もしそうであるならば、そのような管轄権行使は許容されるかどうかについて国際法が明確でないため、この問題を完全に解決することは困難であるように見える。それにもかかわらず、このような慣行に全面的に反対する国々が、自国領域内における外国の直接的な証拠収集について消極的司法共助の枠組みをむしろ積極的に整備していることは、注目に値する。Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (海外データ合法的使用明確化法): CLOUD Act (クラウド法) に規定された行政協定は、国際的な摩擦を緩和しうる、間接的証拠収集のためのこの種の司法共助に関する、もう1つの枠組みモデルとしてとらえることができる。

## 目次

1. 海外に所在する証拠の提出を求める裁判所命令が引き起こす、国際的な摩擦
2. 外国領域内における管轄権行使—概念上の諸問題
  - A. 外国にある証拠の提出命令と、外国領域内における管轄権行使
  - B. 国際法で禁止されていない外国領域内における管轄権行使?
3. 海外での間接的証拠収集に関する消極的司法共助の法的枠組み
  - A. 直接的な証拠収集における消極的司法共助に関する、EU加盟国の実行と他の多国間枠組
  - B. 間接的証拠収集に関する消極的司法共助のモデルとしてのクラウド法?
4. おわりに

### 1. 海外に所在する証拠の提出を求める裁判所命令が引き起こす、国際的な摩擦

マイクロソフト社 vs 米国事件 (*Microsoft Corp. v. United States*)<sup>1</sup> において、ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、米国に拠点を置くマイクロソフト社に対しアイルランドにあるサーバーに保存された個人データの開示を強制する令状を、適法であるとした。米国の大手テクノロジー企業はマイクロソフト社を支持し、そのような越境証拠収集の手法に反対する法廷助言書 (*amicus curiae*) を提出した。マイクロソフト社は第2巡回区連邦控訴裁判所に控訴し、同裁判所は令状を無効としたが、米国司法省はさらに連邦最高裁判所に上告した。最高裁が審理を行っている間に、Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (海外データ合法的使用明確化法): CLOUD Act (クラウド法) が成立した<sup>2</sup>。クラウド法の下では、米国を拠点とするサー

ピス・プロバイダーは、そのデータが米国内にあるか米国外にあるかにかかわらず、顧客や加入者に関するデータを開示することが求められる。こうして、クラウド法は米国の国内法の下でこの種の越境証拠収集の一方的な措置が合法であることを確認し、マイクロソフト社事件の裁判は無効となった<sup>3</sup>。

クラウド法は、国際的なレベルでの合意に基づく司法共助を、必ずしも否定しているわけではない。むしろ、同法は消極的司法共助—ある国が他国の国境内で行う証拠収集に法的障壁を設けないという合意、あるいは、そのような他国の証拠収集に対する黙認—のシステムを取り入れている<sup>4</sup>。同法は、米国が「適格な外国政府」と行政協定を締結し、これにより双方の関連国内法が調整され、裁判所が訴訟当事者に対し各締約国の領域内にある越境的な証拠の開示を強制する際、障害が取り除かれることを予定している<sup>5</sup>。開示により「プロバイダーが適格な外国政府の法律に違反する重大なリスクが生じる」場合、プロバイダーは、顧客または加入者が米国国民または米国内居住者でないことを条件に、法的手続の変更または取消しの申し立てを行うことができる<sup>6</sup>。しかし、「状況の総体」に照らして「司法の利益」がそのような措置を正当化する場合にのみ、裁判所は法的手続を修正または破棄する「ことができる」ということに、留意しなければならない<sup>7</sup>。他の事例については礼讓 (*comity*) の検討に関する「コモン・ローの基準」が適用されることになっているが<sup>8</sup>、判例法は、一般的に米国裁判所は他の関係国の利益を優先させてこなかったことを示している<sup>9</sup>。

外国にある文書の提出を命じる米国裁判所の司法命令<sup>10</sup>は、とくに民事手続において激しい国際的摩擦と論争を生じさせてきた。

スイス企業が第2次世界大戦中に米国政府に差押えられた財産の返還を求めたソシエテ・インターナショナル事件 (*Société Internationale*) では、米国連邦最高裁判所は、スイスに所在する銀行記録の提出を求める開示命令を、そのような命令がスイス法を侵犯しうるものであったにもかかわらず、支持した<sup>11</sup>。一部の下級裁判所は、「国際礼讓の基本原則」を強調しつつ外国国内法に抵触する開示命令を斥けたが、その後の諸判決は、均衡性の基準により管轄権の衝突に対処することで、そのような見解から離れていった<sup>12</sup>。最高裁は、米国におけるフランス航空機の墜落事故に起因する製造物責任訴訟である1987年のアエロスパシアル事件 (*Aérospatiale*) で判決が示した「礼讓分析」に、言及した。裁判所は、米国と、問題の証拠が所在する外国との利益のバランスに言及した<sup>13</sup>。均衡性の基準を適用する判決は、通常、それが外国の国内法との抵触や、文書提出を命じられた個人や企業への制裁のリスクを生じさせるにもかかわらず、米国の利益を優先して証拠開示命令を支持する<sup>14</sup>。さらに、アエロスパシアル事件判決は、締約国が他の締約国領域内にある証拠を入手するために、当該締約国に法的支援を要請できるとする「民事又は商事に関する外国における証拠の収集に関する条約 (ハーグ証拠収集条約)」が、常に先に考慮されるべきであるという申立人の主張を退けた<sup>15</sup>。海外に所在する文書を提出するよう裁判所が命令することは、米国の刑事手続においてもみられる慣行である<sup>16</sup>。マイクロソフト社事件で争点となった、海外に保管された電子データの開示を強制する令状の発付は、米国司法の現行の実務に沿うものである。

こうした米国の慣行は、影響を受けた諸外国から広く否定的な反応を引き起こしてきた。米国と欧州諸国との主権概念の相違は、1980年代の米国におけるいくつかの民事手続で明確に示された。ドイツ企業に対して製造物責任が問われたアンシュッツ 対 GmbH 社事件 (*In Re Anschutz & Co., GmbH*) では、ドイツ政府は法廷助言書を提出し、ドイツに所在する文書の提出を求める米国の裁判所命令は、ハーグ証拠収集条約に基づく請求書面が送付されない限り、ドイツの主権を侵害しうると述べた<sup>17</sup>。ドイツ司法は、米国の証拠開示命令を、ドイツの「司法主権 (judicial sovereignty)」の侵害とみなした<sup>18</sup>。フランスやスイスといっ

た他の大陸法系諸国の政府も、アエロスパシアル事件における法廷助言書で示されたのと同様の立場を示した<sup>19</sup>。これらの大陸法系諸国と同様に<sup>20</sup>、英国政府も、海外に所在する文書を開示する米国裁判所の広範にわたる命令を拒否する中で、その「主権的権限」に言及した<sup>21</sup>。

最近のマイクロソフト社の事件は、刑事手続の分野においてさらなる例を加えることになった。アイルランド政府は、問題となっている米国の裁判所命令について深刻な懸念を表明し、アイルランドと米国との間で締結された司法共助に関する条約である「刑事司法共助に関するアメリカ合衆国政府とアイルランド政府間の条約（2001年）」に規定された手続に依拠して証拠を取得すべきであると主張した<sup>22</sup>。欧州委員会は、マイクロソフト社事件における法廷助言書の中で、2016年の一般データ保護規則（General Data Protection Regulation: GDPR）にも注意を喚起した。同委員会は、国際協定に基づかない限り第3国の判決や決定により要請される個人データの移転や開示を禁ずる第48条と、例外的な適用除外の要件を定める第49条を指摘し、同条は厳格に解釈されるべきとした<sup>23</sup>。

米国の司法慣行は、さらに、カナダ、オーストラリア、英国、その他の欧州諸国を含む関係国のブロッキング法を無視するものである<sup>24</sup>。例えば、よく知られているフランスのブロッキング法は、次のように定めている：

条約や国際協定、施行されている法や規則に従い、何人であれ、外国の行政・司法手続に照らして、またそのような手続の一部となるような証拠を確立するものとしての、経済的、商業的、産業的、金融的、技術的な事項に関する文書や情報を要求したり、調査したり、書面や口頭、その他の手段で伝達したりすることは禁止される<sup>25</sup>。

EU加盟国の領域内にある証拠の提出を求める外国の司法命令は、GDPRの規定と抵触することになる<sup>26</sup>。すでに述べたように、GDPR第48条は、個人データの移転または開示を要求する第3国の判決や決定は、原則として国際協定に基づく場合にのみ認められると規定している<sup>27</sup>。第48条の解説には、国際協定に基づかず個人データの開示を要求する第3国の裁判所命令や行政決定は、「国際法に違反する可能性がある」との記載がある<sup>28</sup>。

外国の司法手続に使用する文書や情報の越境移転を特に禁止するブロッキング法に加え、一般的に個人情報保護を目的とする国内法も、当該立法国に所在する証拠に対する外国司法機関による提出命令を実質的に妨げうる。とくに、多くの欧州諸国は「個人データ」概念を広く解し、通信内容に加えて非コンテンツ情報もこれに含めるため、それらの諸国は、米国と比較すると情報アクセスに関してより制限的な国内法を成立させている<sup>29</sup>。主権と越境証拠収集に関する管轄権の概念について見解の相違がない場合でさえ、情報保護に関する国内法制は、そのような証拠の提出に関する司法命令を妨げうる。

## 2. 外国領域内における管轄権行使—概念上の諸問題

### A. 外国にある証拠の提出命令と、外国領域内における管轄権行使

越境証拠収集をめぐる国際的な摩擦は、管轄権行使に関する見解の相違を背景として生じている。この問題に関する国際法の原則は、現在進行中の論争を收拾するのに十分なほど、明確であるとは言えない。

常設国際司法裁判所 (Permanent Court of International Justice: PCIJ) は、1927年のロチューヌ号事件 (*Lotus*)

判決において、国家は他国の領域において「いかなる形でもその権限（power）を行使することはできない」と述べた<sup>30</sup>。管轄権は、「国際慣習または条約に由来する許容規則による場合を除き、国家がその領域外で行使することはできない」<sup>31</sup>。同判決は同時に、禁止規則がない限り、国家は自国の領域内において、国外の人物や財産、国外で行われた行為に対して管轄権を行使できることを確認している<sup>32</sup>。より具体的に表現するならば、国家は自国の領域内においてのみ管轄権を行使することができるが、そのような管轄権行使の対象は、海外の人物、財産、行為などに対し、主張されている管轄権がそれら対象との実質的な連関に基づくものである限り及びうる、ということである<sup>33</sup>。

このように、「域外管轄権の行使」という言葉には、「領域外の対象に対する管轄権の行使」と「その態様自体が域外的である管轄権行使」という、2つの意味合いが含まれていると考えられる。後者の意味での域外管轄権の行使は、一般的に禁止されていると言える。例えば、国家は外国で行われた犯罪について、当該国家がその犯罪と実質的な連関を有していることを根拠に、問題の行為を犯罪化することにより立法管轄権を行使することができる。加えて国家は、そのような犯罪について国内裁判所で訴追することにより、司法管轄権を行使することができる。さらに、国家はその領域内において、そのような犯罪の被疑者を逮捕し、刑事制裁を科すこと等により、執行管轄権を行使することができる。しかし、国家は外国の領域内で立法活動や司法活動を行うことは認められていない。また、外国の領域内で執行措置をとることも認められない。

外国にある証拠の提出を求める裁判所命令を評価する際には、それが行使国の領域内における管轄権の行使なのか<sup>34</sup>、あるいは管轄権の行使そのものが域外的なのかを見極めることが重要である。このような形での管轄権行使に際しては、行使国の国家機関が他国の領域内で直接証拠を収集することはなく、むしろ証拠の提出は、それを命じられた個人その他の主体によって実際に行われる。したがって、そのような間接的な証拠収集が外国の領域内における管轄権行使にあたるかどうかは不明であり、ロチューズ号事件判決がこの問題について十分にこたえているとは言い難い。

## B. 国際法で禁止されていない外国領域内における管轄権行使？

外国に所在する証拠の提出命令が外国領域内における管轄権行使とみなされた場合でさえ、そのような管轄権行使は国際法によって明確に禁止されていないと議論する余地は残されている<sup>35</sup>。

この点で、米国司法省（Department of Justice: DOJ）が、外国はその国の領域内で米国当局者が「一見無害に見える」証拠収集を行うことさえ許容しないかもしれないと警告していることは、注目に値する<sup>36</sup>。DOJの公式ウェブサイトは、越境証拠収集に伴ういくつかの懸念事項が、「多くの米国検察官にとって馴染みのないもの」であることを認めている。

米国外での証拠収集は、多くの米国検察官にとって馴染みのない懸念事項を伴う。国際的な証拠収集に関わる問題のほとんどは、主権の概念をめぐるものである。事実上すべての国が、刑法を執行する責任を主権者に負わせている。他国は、米国の捜査官や検察官が自国内で犯罪を捜査したり証拠を収集しようとするのを、主権の侵害とみなすかもしれない。電話や手紙、海外の証人に対する無許可の訪問など、一見無害に見える行為であっても、この厳格な概念に該当する場合がある<sup>37</sup>。

この記載はこのように、国家機関が直接行う越境証拠収集という、間違いなく外国領域内における管轄権

行使である一見無害に見える行為は、本来は国際法上認められるものであるという理解を示唆している。それにもかかわらず、こうした直接的な証拠収集の措置は、現実的な理由から控えられている。司法省は、外国領域内での直接的な証拠収集に伴う潜在的なリスクへの懸念を表明し、検察官や捜査官に対し、条約や行政協定に基づくものだけでなく囑託状 (letters rogatory) を含む他の正式な手段に頼るよう指示している：

主権の侵害は外交的抗議を招き、証拠へのアクセスの拒否、海外で活動する捜査官や連邦検事補の逮捕につながることもさへある。解決策は通常、証拠を入手するために外国の主権者の援助を求めることである<sup>38</sup>。

これとは対照的に、間接的な手法は、これらの実際的な考慮にそれほど影響されないだろう—少なくとも、「海外で活動する捜査官や連邦検事補の逮捕」はありえない<sup>39</sup>。さらに、民事手続における訴訟代理人は、一般に司法的援助について外国との協力関係を維持することに関心がないため、より積極的に行動する。その結果、海外にある証拠の提出を求める裁判所命令は、刑事手続の場合よりも民事手続においてより多くの摩擦をもたらしてきた<sup>40</sup>。

外国領域内における節度ある手法での管轄権行使は、その国の同意がなくとも妥当と認められうるという考え方は、管轄権は、何らかの許容的な国際規則かその国の同意がなければ、「その領域外で国家がこれを行行使することはできない」と明確に述べたローチェス号事件判決に反する<sup>41</sup>。しかし、訴訟当事国に対し拘束力をもつ PCIJ 判決が、それと矛盾する国家実行よりも常に優先されるかどうかという点については、議論の余地がある。国際判決は慣習国際法の形成に大きな影響を与えるが、慣習国際法を形成するためには法的信念 (*opinio juris*) が伴っていないければならず、また諸国間において、少なくとも問題の事項に関して影響力のあるアクターとして認識されている諸国間において、広く実践されていなければならないという点が、確立している<sup>42</sup>。米国政府が、越境証拠収集の「一見無害に見える行為」を、証拠が所在する外国の同意がなくても合法であると認めている限り、慣習国際法はそのような実行の合法性について明確ではないと議論する余地は残されている。

このように、外国での間接的な証拠収集が外国領域内での管轄権行使であると考えられるかどうかにかかわらず、それは外国の同意がなくとも国際法上認められているという考えをすぐに否定することはできない。むしろ、現在の法状況は、慣習国際法の形成を妨げるに足る見解の相違が残されていることを示している。この見解の相違が、必然的に、このテーマに関する国際規則の空白を生じさせているのである。

### 3. 海外での間接的証拠収集に関する消極的司法共助の法的枠組み

前章で述べたように、国際法は、海外で現地国の同意なしに間接的に証拠を収集することの合法性について、明確性を欠いている。そのような状況下では、管轄権をめぐる紛争を完全に解決することは依然として困難である。この状況は、すでに述べたように海外での直接的な証拠収集が実務的な考慮により控えられているのと、対照的である。とはいえ、このことは、そのような国際的な摩擦の緩和が期待できないことを意味するわけではない。

#### A. 直接的な証拠収集における消極的司法共助に関する、EU 加盟国の実行と他の多国間枠組

欧州諸国は、必ずしも、自国領域内での外国によるあらゆる形態の証拠収集を拒否してきたわけではない。

そのような管轄権行使が現地国の同意に基づかなければならないかどうかをめぐって、摩擦が生じているのである。実際、欧州諸国は消極的司法共助に関する多国間の法的枠組みを積極的に発展させてきた。これは、一方の当事国が他方の当事国に対し、前者の定める条件の下で、その領域内において証拠を収集することを許可するものである。

伝統的に、司法共助条約（mutual legal assistance treaties: MLATs）に規定された手続は、被要請国の国家機関がこれらの国の国内法の下で行う国内的措置を通じて、実現されてきた（*locus regit actum*：場所は行為を支配する）<sup>43</sup>。この種の援助は「積極的司法共助（active legal assistance）」と呼ばれる<sup>44</sup>。司法共助の手続は、囑託状による手続では十分に実現できない、安定的かつ効率的な国際司法協力を実現しようとするものである<sup>45</sup>。囑託状を通じた国際的なコミュニケーションは、関係国の国内裁判所、司法省、外務省、外交機関を介した負担の大きい手続を伴う<sup>46</sup>。慣習国際法は一般に、被請求国に対して法的支援の要請を実行する義務を課していないため、これには多大な費用がかかるうえ、全過程が徒労に終わることもある<sup>47</sup>。2国間条約や多国間条約に基づく司法共助手続は、法的支援を義務付け、手続を合理化することで、このような欠陥を改善してきた。しかし、一般的に従来の司法共助手法の基礎となっていた積極的司法共助の形態も、被請求国の国内法が定める手続に従って収集された証拠が請求国において許容されない場合が多いという点で、そのような問題と無縁ではない<sup>48</sup>。消極的司法共助の手法は、関係国の間でより迅速で効率的な協力形態を確保することでそのような問題を解消するために、導入されてきた<sup>49</sup>。

このように、欧州刑事司法共助条約（1959年）を補足するEU加盟国間の刑事共助条約（2000年）は、第10条（5）においてビデオ会議による審理について規定し、「審理は、請求国の司法当局が、自国の法律に従って直接、またはその指揮の下に行うものとする」と規定している<sup>50</sup>。請求国の国家機関は、審理を行うにあたって被請求国の領域には入らないが、被請求国にいる本人に直接接触し、聴取する。同条約第11条は、ある加盟国の領域にいる者が、他の加盟国の司法当局から証人または専門家として聴取を受ける電話会議について規定している<sup>51</sup>。第5条（1）はまた、加盟国が他の加盟国の領域内にいる者に手続書類を直接送付することを規定している<sup>52</sup>。さらに、同条約第13条は、1以上の加盟国で捜査を行う合同捜査チームの制度を導入した<sup>53</sup>。欧州議会の指令2014/41/EUは、判決や司法決定の相互承認の原則に基づいて、刑事手続における司法協力を前進させ<sup>54</sup>、EU条約の下でビデオ会議と電話会議に関する規則をさらに発展させた<sup>55</sup>。同指令はまた、請求国の当局が、被請求国の基本的な法原則に反することなく、国家の安全保障上の本質的利益を害しないことを条件に、被請求国における請求の執行を支援することを認めている<sup>56</sup>。

民事手続に関しては、理事会規則（EC）No 1206/2001が次のように定めている：

証拠収集を容易にするために、加盟国の裁判所がその加盟国の法に従って、他の加盟国において、当該他の加盟国が認める場合には、被請求加盟国の中央機関または権限のある当局が決定する条件の下で、直接証拠を収集できるようにされなければならない<sup>57</sup>。

このように、同規則第17条は、「強制的な措置を必要とせず、自発的に行われる」ビデオ会議および電話会議を含む「請求国による直接的な証拠収集」について定めている<sup>58</sup>。さらに、規則（EC）No 861/2007は、加盟国の裁判所または法廷が、ビデオ会議その他の通信技術を通じて少額訴訟の口頭審理を行うことを可能にしている<sup>59</sup>。

消極的司法共助の手段は、「人の自由な移動が確保される、自由、安全および正義の領域」の発展を目指してさまざまな法的枠組みを策定してきた欧州諸国の間で、特に発展してきた<sup>60</sup>。一方、外国領域内における直接的な証拠収集について定める、普遍的な性格をもつ多国間の法的枠組みも存在する。領事関係に関するウィーン条約（1963年）は、第5条（j）において、「現行の国際取極に従い又は、国際取極がない場合には、接受国の法令に合致する方法により、裁判上若しくは裁判外の文書を送達し又は派遣国の裁判所のために証拠調べの囑託状若しくは委任状を」を執行することが、領事の任務の1つであると定めている<sup>61</sup>。

ハーグ証拠収集条約もまた、民事手続に関して、条約締約国の外交官または領事が、その職務を遂行する他の締約国の領域内において、派遣国の国民から非強制的に証拠を収集できると規定している<sup>62</sup>。同条約はさらに、締約国の外交官または領事、および締約国によってコミッショナーに任命された者は、他の締約国の領域内において、この締約国が明示する許可および条件の下で、一般に非強制的に証拠を収集できると定めている<sup>63</sup>。

刑事手続に関しては、2001年のサイバー犯罪に関する条約（ブダペスト条約）が、サイバー犯罪の規制のために締約国による消極的司法共助を要請している<sup>64</sup>。同条約の第32条（b）は、締約国が、他の締約国の承認を得ることなく、「自国の領域内にあるコンピュータ・システムを通じて、他の締約国に所在する蔵置されたコンピュータ・データにアクセスし又はこれを受領すること。ただし、コンピュータ・システムを通じて当該データを自国に開示する正当な権限を有する者の合法かつ任意の同意が得られる場合に限る」ことを定めている<sup>65</sup>。ブダペスト条約は欧州評議会によって採択されたが、他のいかなる国もこれを批准することができる<sup>66</sup>。

このように、海外での証拠提出を求める米国裁判所の命令に全面的に反対してきた欧州諸国は、必ずしも、外国による自国領域内におけるあらゆる形態の管轄権行使を否定してきたわけではない。むしろ、自国領域内での外国国家機関による同意に基づく管轄権行使を促進する、国際的な法的枠組みの形成に積極的である。さらに、このような司法共助のために普遍的に機能することが期待される法的枠組みも、民事と刑事の両面において多かれ少なかれ形成されてきた。国家機関が直接行うのではなく、訴訟当事者が間接的に行う外国裁判所命令の執行—交渉による何らかの条件の下で、そして情報保護に十分配慮したうえで—を認めるような、国際協定を検討する価値はある。

米国のクラウド法の立法を受けて、EUが実際に電子証拠の間接的収集について米国と協議を開始したことは注目に値する。もっとも、この協議は、市民的自由をめぐるEU加盟国間で論争がおきているため、停滞したままになっている<sup>67</sup>。

## B. 間接的証拠収集に関する消極的司法共助のモデルとしてのクラウド法？

最近の米国の実行は、海外に所在する証拠の提出を求める裁判所命令は原則として国際法に反しないというその基本的立場にかかわらず、米国は、海外での間接的証拠収集に関する合意に基づく法的枠組みの形成にも積極的であることを、示唆している。前章でみたように、間接的証拠収集は、国境を越えた直接的な証拠収集に伴う実際的なリスクの考慮にはそれほど影響されない。しかし、外交的な抗議や証拠へのアクセス拒否といった否定的な反応は、外国領域内で一方的に行われる間接的な証拠収集によっても引き起こされる可能性がある。これは、とくに刑事手続において顕著であろう。民事手続における訴訟当事者とは異なり、政府関係者には「合理的な要求をすることによって将来の協力を促進するインセンティブがある」<sup>68</sup>。このよ

うなインセンティブは、対象となる証拠の機動性が高いことに鑑み迅速な捜査活動が一層求められる電子証拠開示の時代においても、ある程度維持されているように見える。この文脈において、米国が最近クラウド法を立法化し、締約国が他の締約国領域内にある証拠を間接的に収集することを認める国際協定を率先して締結しようとしていることは、注目に値する。

マイクロソフト社事件の訴訟を無効化したクラウド法は、通信記録保管法（Stored Communications Act）の下で海外にある電子データの開示を命じることが可能であることを明確にした<sup>69</sup>。このような立法は、現地国の同意がない場合であっても裁判所命令を執行するという、米国の従来の実行に沿ったものである。しかし、同法は米国と「適格な外国政府」の間で締結される行政協定についても規定しており、この協定により、各国国内法によるデータアクセスへの制限がなくなり、通信サービスプロバイダーは当事国が求める有効な法的手続に応じてデータを開示することができるようになる<sup>70</sup>。「適格な外国政府」は、その国内法が「データ収集と外国政府の活動について、プライバシーと市民的自由のための強固な実体的・手続的保護を保証している」ことを条件に、認定される<sup>71</sup>。

このように、クラウド法は、海外での証拠収集に関する米国の従来慣行から部分的に逸脱していると言える。少なくとも「適格な外国政府」の領域内にある証拠に関しては、消極的司法共助という相互に合意できる枠組みに従って令状が発付され、国境を越えた情報収集を妨げる可能性のある関連国内法は事前に調整される<sup>72</sup>。海外にある証拠に対する一方的な提出命令が生じさせる国際的な摩擦は、このような枠組みを活用することで部分的に緩和される。

一方、クラウド法は、越境的な間接的証拠収集に関する消極的司法共助の一般的枠組みではないことに、留意すべきである。第一に、この法律は、重大犯罪に対応するため外国におけるデータアクセスの必要性が高まっていることを背景に立法されたものである。「適格な外国政府」は、「テロリズムを含む重大犯罪の予防、探知、捜査または訴追に関連する情報を入手する目的で」のみ、命令を発することができる<sup>73</sup>。その他の犯罪に関する証拠収集や、民事手続上の目的で行われる証拠収集は、同法の対象外である。第二に、同法に基づく司法共助は、米国が行政協定を締結した「適格外国政府」との関係においてのみ機能する。さらに、適格外国政府の領域内であっても、双方の国内法が事前に完全に調整されていることや、同意に基づく援助があらゆる場合に適切に機能することは、必ずしも期待できない。米国の命令は、命令の対象となるプロバイダーに対し、そのような外国政府の国内法に違反することを強いる可能性がある。そして、プロバイダーが法的手続の修正または取消しを申し立てたとしても、裁判所がそのようにするかどうかは礼讓の分析に依拠することになる<sup>74</sup>。

クラウド法が規定する行政協定は、締結国間における平等の観点からみて、いくつか問題のある特徴を示しているように見える。同法第 105 節は、「適格な外国政府」との間で行政協定を締結することができるとするが、その下では、「外国政府が意図的に米国市民または米国に在住する者を対象にすることはできない」<sup>75</sup>。同法第 105 節は、外国政府が「データアクセスについて互恵的権利を付与し」、必要に応じてサービス・プロバイダーに対する法的制限を撤廃すると定めているため、外国政府は、自国民または自国領域内に所在する者を対象にするデータアクセスを認める必要はないように見える<sup>76</sup>。しかし他方で、同法第 103 節は、米国管轄権に服するプロバイダーは、顧客または加入者に関するデータを、それが米国内に所在するか米国外に所在するかにかかわらず、保存、バックアップ、または開示しなければならないと、一般的に定めている<sup>77</sup>。「適格な外交政府」の国民または居住者に関するデータについても、例外は設けられていないようであ

る。データの開示を要求されたプロバイダーは、顧客または加入者が米国人ではなく、米国に居住しておらず、「適格な外国政府」の国内法に違反する重大なリスクがあると考えられる場合、「法的手続の変更または取消しの申し立てを行うことができる」。とはいえ、裁判所は、開示が「適格外国政府」の国内法違反を引き起こすと裁判所が判断し、顧客または加入者が米国民ではなく、米国に居住しておらず、かつ裁判所が礼讓の分析に基づきそのようにすべきことを「司法の利益が命ずる」場合に限り、「法的手続を修正または取り消すことができる」<sup>78</sup>。この文脈において外国の利益より米国の利益を優先してきた一連の判決に照らすならば、このような礼讓分析の結果として法的手続が修正されたり破棄されたりすることは、容易に期待できないだろう<sup>79</sup>。いずれにせよ、米国の裁判所には原則として、法的手続を修正したり破棄したりする義務はない。裁判所は、同法第 103 節の下で、そのようにする「ことができる」だけである<sup>80</sup>。

このように、クラウド法は消極的司法共助の一般的枠組みとして立法されたものではない。同法は、重大犯罪に対処するための司法共助を促進することを目的としており、そのような共助が期待されるのは、「適格外国政府」との間に限られる。さらに、「適格外国政府」の法的地位に関するいくつかの不安定な要素が同法の基本構造に組み込まれているため、これら政府との関係においてさえ、行政協定が実際には国際的な摩擦を解消しない事態が生じうる。とはいえ、クラウド法の制定は、米国裁判所がしばしば訴訟当事者に対し外国国内法の違反を強いる結果となる命令を発出してきたという事実には照らすならば、米国の海外における証拠収集の慣行を大きく修正するものとみなされる。この法律が示すモデルは、外国の法的地位に必要な調整を加えることで、間接的証拠収集の分野での消極的司法共助に関する国際的な法的枠組みを将来的に発展させる、重要な一步として認識されるであろう。

#### 4. おわりに

外国における間接的な証拠収集に関して、国家実行の衝突により引き起こされる国際的な摩擦を完全に解消することは、依然として極めて困難である。第2章で示したように、外国における管轄権行使が何を意味するのかについて、画一的な理解はない。海外に所在する証拠の提出命令が外国における管轄権行使とみなされるべきなのか、もしそうだとすれば、そのような管轄権行使が国際法上確実に禁じられているのかどうか、十分明確にはなっていない。このような不確実性の中で、米国のクラウド法は重要な妥協点—海外での間接的な証拠収集が生じさせる管轄権の問題を防ぐ、消極的司法共助の法的枠組み—を示している。

第3章でみたように、クラウド法は実際には、重大犯罪の規制のためであってさえ、一般的な態様での消極的司法共助の発動を保証するものではない。同法は、「適格な外国政府」の国内法がプライバシーと市民的自由を強力に保証することを要件として、これと行政協定を締結することを規定している。ある外国でそのような保護が欠けていると判断され、行政協定が締結できない場合、司法当局が外国で間接的に証拠を収集するために行う一方的行為を原則的に合法とする米国は、重要な場面においてそれを行う「権利」を放棄することはないであろう。

さらに、クラウド法に基づく行政協定でさえ、現行の法構造においては、外国国内法に違反する一方的な証拠収集の行為を必ずしも抑制するものではない。とはいえ、管轄権行使の原則に関する従来の見解の相違を考慮するならば、これは重要な進展とみなされるだろう。同法に基づく行政協定の実行は、単発的な司法共助に何らかの影響を及ぼすと期待することができる。さらに、このような協定を尊重する実行は、単発的な司法協力とともに、管轄権行使の概念についてさまざまな見解を示す国家間における、多国間法的枠組の

発展を促しうる<sup>81</sup>。

サイバースペースにおける越境的なコミュニケーションが爆発的に発展している時代においては、裁判所の命令による迅速な証拠収集の要請が高まっている<sup>82</sup>。このような環境の下では、国際的な摩擦のリスクが高まることは避けられない。司法協力を最適化し、この分野における摩擦を緩和するための制度的枠組みは、これまで以上に求められていると言えるだろう<sup>83</sup>。ハーグ証拠収集条約や従来の司法共助条約は、民事手続や刑事手続での直接的な証拠収集に関する積極的・消極的な司法共助に焦点を当てているが、それらとともに、クラウド法は、間接的な証拠収集に関する消極的司法共助を律する制度的枠組みの、重要なモデルとなる可能性がある。

<sup>1</sup> 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016).

<sup>2</sup> Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act), 18 U.S.C. § 2523 (2018) [hereinafter CLOUD Act].

<sup>3</sup> Jennifer Daskal, *Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0*, 71 STAN. L. REV. 9, 9-13 (2018) [hereinafter *Microsoft Ireland*]; Jennifer Daskal, *Borders and Bits*, 71 VAND. L. REV. 179, 187-91 (2018) [hereinafter *Borders and Bits*] (マイクロソフト社事件について論じている)を参照。

<sup>4</sup> Bradley O. Field, *Improving International Evidence-Gathering Methods: Piercing Bank Secrecy Laws from Switzerland to the Caribbean and Beyond*, 15 LOY. L.A. INT' L & COMP. L. REV. 691, 697-701 (1993)を参照(消極的司法共助の概念について論じている)。Hans Smit, *International Litigation under the United States Code*, 65 COLUM. L. REV. 1015, 1019 (1965); Gerhard O.W. Mueller, *International Judicial Assistance in Criminal Matters*, 7 VILL. L. REV. 193, 199 (1961) (外国の領事や外国市民までもがいずれかの者に外国の文書を送付する手続を、消極的司法共助の例として説明している) [hereinafter Mueller (1961)]; GERHARD O.W. MUELLER, *International Judicial Assistance in Criminal Matters*, in INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 410, 430-431 (Gerhard O.W. Mueller & Edward M. Wise eds., 1965) [hereinafter MUELLER (1965)]; Miguel Torres, *Cross-Border Litigation: 'Videotaking' of Evidence within EU Member States*, 12 DISP. RESOL. INT' L 71, 80 (2018) (ドイツ法における消極的司法共助の概念について論じている)も参照のこと。

<sup>5</sup> CLOUD Act, § 103(b).

<sup>6</sup> *Id.*

<sup>7</sup> 本稿第3節B以下の議論を参照。

<sup>8</sup> CLOUD Act, § 103(c).

<sup>9</sup> 注14に挙げた文献を参照。

<sup>10</sup> 米国裁判所はまた、裁判所の人的管轄権に服する第3者に対して、当該者が保持する海外の証拠を開示するよう強制する命令を発付する。Ahmed Ghappour, *Searching Places Unknown: Law Enforcement Jurisdiction on the Dark Web*, 69 STAN. L. REV. 1075, 1103-4 (2017)を参照。米国国内法の下で、人的管轄権は、海外に所在する米国民または米国在住者としての証人に対して認められる。James H. Carter, *Obtaining Foreign Discovery and Evidence for Use in Litigation in the United States*, 13 INT' L L. 5, 8 & fn. 6 (1979)を参照。法廷地との十分な「最小限の接触」もまた、そのような管轄権を確立する。Mark A. Cotter, *The Hague Evidence Convention: Selfish U.S. Interpretation Aggravates Foreign Signatories and Mandates Changes to Federal Discovery Rules*, 6 FLA. J. INT' L L. 233, 235 & fn. 7 (1991)を参照。

<sup>11</sup> Société Internationale Pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. v. Rogers, 357 U.S. 197, 199-200 (1958) [hereinafter *Société Internationale*]; Matthew J. Smith, *Resolving the Cross-Border Discovery Catch-22*, 47 SUFFOLK U. L. REV. 601, 611-12 (2014) (ソシエテ・インターナショナル事件について論じている); James A. R. Nafziger, *Another Look at the Hague Evidence Convention after Aérospatiale*, 38 TEX. INT' L L.J. 103, 106-107 (2003)を参照。

<sup>12</sup> 均衡性の基準は外交関係第2リステートメント (RESTATEMENT (SECOND) OF FOREIGN RELATIONS LAW, (AM. L. INST. 1965)) に提示されている。外交関係リステートメントは、米国の観点から国際法を有権的に要約したものである。Smith, *supra* note 11, at 612-13を参照。

<sup>13</sup> Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa, 482 U.S. 522 (1987) [hereinafter *Aérospatiale*]. Smith, *supra* note 11, at 614-15 (アエロスパシアル事件について論じている); Nafziger, *supra* note 13, at 108-09を参照。Robyn R. English, *Limitations on the U.S. District Courts' Discretion: Immediate Review of Post- Aérospatiale Discovery Decisions*, 44 GEO J. INT' L L. 1455, 1475-77 (2013); Patricia J. Youngblood

- & John J. Welsh, *Obtaining Evidence Abroad: A Model for Defining and Resolving the Choice of Law Between the Federal Rules of Civil Procedure and the Hague Evidence Convention*, 10 U. PA. J. INT' L BUS. L. 21-24 (1988) も参照のこと。
- <sup>14</sup> Smith, *supra* note 11, at 615-16; Cedric Ryngaert, *Conflicts of Jurisdiction over Orders to Produce Documents Located Abroad*, 48 REV. BDI 423, 425-26 (2015); English, *supra* note 13, at 1477-79; Alexander F. Peter, *U.S. Cross-Border Discovery in International Tax Proceedings: An Overview from a European Comparative Law Perspective*, 58 Tax Law. 881, 906 (2005); Cotter, *supra* note 10, at 239-42; Steven C. Bennett, M. James Daley & Natascha Gerlach, *Storm Clouds Gathering for Cross-Border Discovery and Data Privacy: Cloud Computing Meets the U.S.A. Patriot Act*, 13 SEDONA CONF. J. 235, 244-45 (2012); 2008 ABA ANNUAL MEETING, SECTION OF LITIGATION, INTERNATIONAL DISCOVERY: AROUND THE WORLD IN NINETY MINUTES 4-5 (Suzanne M. Grosso ed., 2008) (裁判所がしばしば、ブロッキング法は、その違反に際し実際に制裁が課される場合にものみ考慮されうると判示してきた点について論じている); M. J. Hoda, *The Aérospatiale Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It*, 106 CALIF. L. REV. 231, 244-48 (2018).
- <sup>15</sup> *Aérospatiale*, 482 U.S. at 542-44.
- <sup>16</sup> たとえば、ノヴァ・スコシア銀行をめぐる一連の事件では、同行の米国支店に対し、海外支店に所在する記録の提出を命じる召喚状が送達された。 *In re Grand Jury Proceedings Bank of Nova Scotia*, 740 F.2d 817 (11th Cir. 1984) cert. denied, 469, U.S. 1106 (1985); *In re Grand Jury Proceedings Bank of Nova Scotia*, 691 F.2d 1384 (11th Cir. 1982), cert. denied, 462 U.S. 1119 (1983) を参照。Hemmings, Srinivasan & Swire, *Defining the Scope of "Possession, Custody, or Control" for Privacy Issues and the CLOUD Act*, 10 J. NAT. SEC. L. & POL'Y 631, 637-40 (2020) も参照のこと。
- <sup>17</sup> *In re Anschuetz & Co., GmbH*, 754 F.2d 602, 605 (5th Cir. 1985), cert. granted, judgment vacated sub nom. *Anschuetz & Co., GmbH v. Mississippi River Bridge Auth.*, 483 U.S. (1987)。全般的に、Samuel P. Baumgartner, *Is Transnational Litigation Different*, 25 U. PA. J. INT' L ECON. L. 1297, 1312-44 (2004) (ドイツと米国の間での、管轄権に関する摩擦について論じている) を参照。ハーグ証拠収集条約で義務づけられている手続を無視して入手された電子証拠に基づき米国の裁判所が下した判決が、ドイツで執行されることはほとんどないということには、注意が必要である。Hans-Jochem Luer, *German/American Legal Conflicts*, 37 DAJV NEWSL. 166, 170 (2012) を参照。Grosso, *supra* note 16, at 5 も参照のこと。
- <sup>18</sup> Bernard H. Oxman, *The Choice Between Direct Discovery and Other Means of Obtaining Evidence Abroad: The Impact of the Hague Evidence Convention*, 37 U. MIAMI L. REV. 733, 761-65 (1983) (司法主権の概念について論じている) を参照。
- <sup>19</sup> *Aérospatiale*, 482 U.S. at 529 n.11. Hannah L. Buxbaum, *Assessing Sovereign Interests in Cross-Border Discovery Disputes: Lessons from Aérospatiale*, 38 TEX. INT' L L.J. 87, 96 (2003); Cotter, *supra* note 10, at 247-48 を参照。
- <sup>20</sup> 米国と大陸法諸国の証拠開示法の違いが、この摩擦をさらに悪化させている。主に司法が証拠収集に責任を負う大陸法諸国の観点からすると、米国の証拠開示方法、特に公判前開示のプロセスは過度に広範かつ侵襲的である。Joel Wuesthoff, Cecilia Rigaudias & Frank Wu, *Topical Issues in Cross Border Discovery: Reconciling Personal Data Regulations and International Guidelines*, 11 US-CHINA L. REV. 1570, 1574 (2014); *The Sedona Conference: Practical In-House Approaches for Cross-Border Discovery & Data Protection*, 17 SEDONA CONF. J. 397, 405-06 (2016) [hereinafter *Sedona Conference Practical In-House Approaches*]; Smith, *supra* note 11, at 603-608; Jan W. Bolt & Joseph K. Wheatley, *Private Rules for International Discovery in U.S. District Court: The U.S.-German Example*, 11 UCLA J. INT' L L. & FOREIGN AFF. 1, 6-12 (2006); English, *supra* note 13, at 1460-64; Peter, *supra* note 14, at 910-14; Youngblood & Welsh, *supra* note 13, at 6-9; Carter, *supra* note 10, at 5-7; Cotter, *supra* note 10, at 234-35 を参照。
- <sup>21</sup> Buxbaum, *supra* note 19, at 96; Cotter, *supra* note 10, at 247-48 を参照。
- <sup>22</sup> Ned Schultheis, *Warrants in the Clouds: How Extraterritorial Application of the Stored Communications Act Threatens the United States Cloud Storage Industry*, 9 BROOK. J. CORP. FIN. & COM. L. 661, 680-82 (2015) を参照。
- <sup>23</sup> Brief of the European Commission on Behalf of the European Union as Amicus Curiae in Support of Neither Party, at 13-16, *Microsoft Corp. v. United States*, 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016), [https://www.supremecourt.gov/docketpdf/17/17-2/23655/20171213123137791\\_17-2%20ac%20european%20commission%20for%20filing.pdf](https://www.supremecourt.gov/docketpdf/17/17-2/23655/20171213123137791_17-2%20ac%20european%20commission%20for%20filing.pdf). Jennifer Daskal, *Privacy and Security across Borders*, 128 YALE L.J. F. 1029, 1039-43 (2018 2019) を参照 (EU は最近、EU 加盟国が「EU 域内でサービスを提供し、他の加盟国に設立された、または他の加盟国を拠点とするサービス・プロバイダーに対し、電子証拠の提出を」強制できるようにする e-Evidence 規則を起草した)。一方、EU は、EU 加盟国に拠点を置く米国のサービス・プロバイダーに影響を及ぼす可能性のある抵触法の問題を軽減するために、米国と

交渉を行っている。Gloria González Fuster & Sergi Vázquez Maymir, *Cross-border Access to E-Evidence: Framing the Evidence*, 1-2, CEPS, No. 2020-02 (2020), available at <https://www.ceps.eu/ceps-publications/cross-border-access-to-e-evidence/> を参照。

<sup>24</sup> Vivian Grosswald Curran, *United States Discovery and Foreign Blocking Statutes*, 76 LA. L. REV. 1141, 1141-49 (2016) (外国のブロッキング法に関する米国の慣行について論じている); Cotter *supra* note 10, at 243-45 を参照。Smith, *supra* note 11, at 608-610 も参照のこと。

<sup>25</sup> English, *supra* note 13, at 1468. フランスのブロッキング法とその適用について、English, at 1468-70; Thomas Rouhette & Ela Barda, *The French Blocking Statute and Cross-Border Discovery*, 84 DEF. COUNS. J. 1, 2-14 (2017) (大陸法圏の民事訴訟では強制開示の手続は認められておらず、フランスのブロッキング法は、米国の証拠開示手続からフランス国民を保護するために立法されたと説明している); Grosso, *supra* note 14, at 30-32 を参照。

<sup>26</sup> Commission Regulation 2016/679, 2016 O.J. (L 119) 1, 1 [*hereinafter* GDPR].

<sup>27</sup> GDPR, *supra* note 26, at 64. GDPR の第 49 条は伝達が認められる例外的な場合について規定しているが、その適用は厳格に解釈される。Microsoft Ireland, *supra* note 3, at 12 を参照。Michael M. Baylson & Sandra A. Jeskie, *Overseas Obligations: An Update on Cross-Border Discovery*, 103 JUDICATURE 54, 60-61 (2019) も参照のこと。

<sup>28</sup> GDPR, *supra* note 26, at 22. とはいえ、この問題について EU 加盟国の実務が完全に統一されているわけではないことに留意すべきである。例えば、ベルギーはヤフー事件 (Yahoo) とスカイプ事件 (Skype) において異なる司法的見解を示した。これらの事件でベルギーの裁判所は、ベルギー国内でサービスを提供する企業は、その所在地にかかわらず、一般的に裁判所から電子データの提出を命じられる可能性があるとした。Borders and Bits, *supra* note 3, at 192-95 を参照。

<sup>29</sup> Sedona Conference Practical In-House Approaches, *supra* note 20, at 403-04. Borders and Bits, *supra* note 3, at 196-97; Bennett *supra* note 14, at 242-3 (欧州各国の国内法に加え、情報保護に関するカナダおよびオーストラリアの国内法は、これら諸国の領域内で証拠提出を求める米国の証拠開示命令と抵触する可能性があるとする) も参照のこと。また、2003 年に制定された日本の「個人情報の保護に関する法律」は、このような外国の命令と抵触するようにみえる。同法第 23 条は、事業者は、法令で認められている場合等を除き、個人情報を本人の同意なく第 3 者に提供してはならないと定めている。日本政府は、このようなデータ移転を許可できるのは日本の法令のみであると認識している。基本的に、日本の判例は、現地国の許可なく海外で電子証拠を収集することは、当該国の主権を侵害する可能性があることを示している。Judgment, *Case Concerning Charges of Counterfeiting of Private Documents with Seal, Counterfeiting of Official Documents with Seal, Damage to Buildings, and Arson of Uninhabited Buildings*, Tokyo District Court, 7 December 2016 を参照。

<sup>30</sup> S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10, 18 (Sept. 7) [*hereinafter* Lotus].

<sup>31</sup> Id. at 18-19: JAMES CRAWFORD, BROWNLIE'S PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, 462 (9th ed. 2019)) (「執行管轄権の基本原則は、国家は他国の同意なしに、他国の領域で自国の法を執行する措置を取ることとはできないというものである。条約やその他の同意がある場合を除き、他国の領域において、人を逮捕したり、召喚状を送達したり、警察や税務調査を行ったり、文書提出命令を執行したりすることはできない」); Michael Akehurst, *Jurisdiction in International Law*, 1973 BRIT. Y.B. INT' L L. 145, 146-47 (他国の領域における権限の行使は、「その性質上、私人が行うことができる行為とは異なり、現地国の国家機関だけが行うことができる行為である場合」に禁止されると論じている); Bert Jaap Koops & Morag Goodwin, *Cyberspace, the Cloud, and Cross-border Criminal Investigation: The Limits and Possibilities of International Law*, 4 WODC/TILT 17-21 (2015) (国際法の一般的な解釈によれば、外国領域での証拠収集は、単なる電話も含めて、主権の侵害とみなされるとする); Stephen Allen, *Enforcing Criminal Jurisdiction in the Clouds and International Law's Enduring Commitment to Territoriality*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JURISDICTION IN INTERNATIONAL LAW 381, 384-85 (Stephen Allen et al. eds 2019); Robert J. Currie, *Cross Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigation: Is the Microsoft Ireland Case the "Next Frontier"?*, 2016 CAN. Y.B. INT' L L. 63, 69-74 も参照のこと。

<sup>32</sup> Lotus, at 19.

<sup>33</sup> そのような連関は、「合理的」または「均衡のとれた」連関とも表現される。NEIL BOISTER, AN INTRODUCTION TO TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW 248 (2nd ed. 2018) を参照。

<sup>34</sup> アンシュツ事件判決もこの見解を支持している。同判決は、「つまり、米国における証拠開示命令に従うための準備行為は、その準備行為が外国で行われたとしても、ハーグ条約が定める外国における証拠開示には該当しない」とした (*In Re Anshuetz & Co., GmbH*, 754 F.2d 602, 611 (5th Cir.1985)). タリン・マニュアル 2.0 もこの見解を

共有しているようである。NATO COOP. CYBER DEF. CTR. OF EXCELLENCE, TALLINN MANUAL 2.0 ON THE INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO CYBER OPERATIONS 70-71 (Michael N. Schmitt & Liis Vihul eds., 2d ed. 2017) を参照。

<sup>35</sup> 裁判所の証拠提出命令を、執行管轄権ではなく司法管轄権の行使と解釈するものもある。RESTATEMENT (FOURTH) FOREIGN RELATIONS LAW § 431, reps' n. 2 (AM. LAW INST. 2018) を参照。Bruce Zagaris & Jay Rosenthal, *United States Jurisdictional Considerations in International Criminal Law*, 15 CAL. W. INT' L L.J. 303, 316-17 (1985) も参照のこと。他方、それらはしばしば、「執行管轄権」と同じ枠に分類される。Roger O' Keefe, *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, 2 J. INT' L CRIM. JUST. 735, 736-38 (2004) を参照。

<sup>36</sup> この種の措置に関する大陸法諸国の一般的立場は、明確である。例えば、ハーグ証拠収集条約の起草に参加した大陸法諸国の多くは、証人が所在する国の同意なしに、外国の裁判所で使用するために任意の証言を取ることは、主権の侵害に当たるとの見解を表明していた。(Aérospatiale, 482 U.S. at 556-58)。この点に関しては、よく知られているスイス刑法第 271 条 1 項が次のように規定している：

合法的な権限なくスイス領域内で外国のために活動を行う者は、そのような活動が公的機関または公務員の責任である場合、また、外国の当事者や組織のためにそのような活動を行う者、そのような活動を助長する者は、3 年以下の拘禁刑または罰金、重大な場合は 1 年以上の拘留刑に処される。

(Confédération Suisse, Fedlex, art. 271 abs. 3 *Strafgesetzbuch*, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757\\_781\\_799/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en).) 民事手続に関して大陸法諸国は、米国の司法当局から委任を受けた弁護人は「裁判所の延長された手 (extended arm of the court)」として証拠を収集するのであって、そのような「権限を認められていない外国人による公的な司法行為」が外国の同意なしに行われた場合、当該国の主権を侵害すると認識している (*The Report of the United States Delegation to the Eleventh Session of the Hague Conference on Private International Law*, 8 ILM 785, 806-07 (1969)). Oxman, *supra* note 18, at 762-63; Carter, *supra* note 10, at 6-7, 13 も参照。

<sup>37</sup> *Obtaining Evidence Abroad—General Considerations*, in THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE ARCHIVES, CRIMINAL RESOURCE MANUAL 267 (Jan. 22, 2020), <https://www.justice.gov/jm/jm-9-13000-obtaining-evidence#9-13.510> [hereinafter, *Obtaining Evidence Abroad*]. 一方、米国の国内法は、「米国内の者が、外国のまたは国際的な法廷における手続で使用するために、いかなる者の前でも、またその者に受け入れ可能ないかなる方法によっても、自発的に証言または陳述を行い、あるいは文書その他の物を提出することを妨げるものではない」と規定している (28 U.S.C. § 1782)。Oxman, *supra* note 18, at 753 を参照。

<sup>38</sup> *Obtaining Evidence Abroad*, *supra* note 37, at 274.

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> Buxbaum, *supra* note 19, at 88; Peter, *supra* note 14, at 909-910.

<sup>41</sup> *Lotus*, at 18-19.

<sup>42</sup> HUGH THIRLWAY, *THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW*, 71-84 (2d ed. 2019); RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW: THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 102, cmt. b (AM. L. INS. 1987).

<sup>43</sup> ILIAS BANTEKAS & SUSAN NASH, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 358 (3d ed. 2007).

<sup>44</sup> MUELLER (1965), *supra* note 4, at 417; Mueller (1961), *supra* note 4, at 199; Torres, *supra* note 4, at 80; Smit, *supra* note 4, at 1019; Field, *supra* note 4, at 701-703.

<sup>45</sup> Susan W. Brenner & Joseph J. Schwerha IV, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, 20 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 347 (2002) 355-356; Field, *supra* note 4, at 702-703.

<sup>46</sup> Jason Linder et al., *How US Authorities Obtain Foreign Evidence in Cross-Border Investigations*, in AMERICAS INVESTIGATIONS REVIEW 2022, 25, 31 (Law Business Research Ltd ed., 2021) (囑託状のプロセスは 1 年以上かかると述べている)。

<sup>47</sup> Brenner & Schwerha IV, *supra* note 45, at 356; Field, *supra* note 4, at 701-702; Ronald E. Myrick & G. Roland Love, *Obtaining Evidence Abroad for Use in United States Litigation*, 35 Sw. L.J. 585, 591 (1981).

<sup>48</sup> ILIAS BANTEKAS, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 359-360 (4th ed. 2010).

<sup>49</sup> Council Act (197/01), preamble, 2000 O.J. (C 197) 1, 2 (EC).

<sup>50</sup> *Id.* at art. 10(5)(c).

<sup>51</sup> *Id.* at art. 11.

- <sup>52</sup> *Id.* at art. 5(1).
- <sup>53</sup> *Id.* at art. 13.
- <sup>54</sup> Council Directive 2014/41, 2014 O.J. (L 130) 1-36. ヨーロッパ証拠令状 (European Evidence Warrant : EEW) も証拠収集の文脈において相互承認の原則を基礎として機能している。しかし、EEW は、既に存在している証拠についてのみ発付される。Council Directive 2014/41, preamble, 2014 O.J. (L 130) 1 を参照。
- <sup>55</sup> Council Directive 2014/41, arts. 24, 25, 2014 O.J. (L 130) (ビデオ会議と電話会議に関する規定) を参照。ビデオ会議の詳細については Torres, *supra* note 4, at 94-5 を参照のこと。
- <sup>56</sup> *Id.* at art. 9(4), 9(5).
- <sup>57</sup> Council Regulation No 1206/2001, preamble ¶ 15, 2001, (L 174), 2 (EC). 同規則第 12 条も現地国により行われる証拠収集について規定しているが、「請求国裁判所の代表の立会いまたは参加をもって」行われるとしている。
- <sup>58</sup> Torres, *supra* note 4, at 88-91 を参照。
- <sup>59</sup> Torres, *supra* note 4, at 91-94. Council Regulation 861/2007, art.8, 2007 O.J. (L 199) (EC) (欧州少額訴訟手続を設定する規定) も参照のこと。
- <sup>60</sup> Council Regulation 1206/2001, preamble ¶ 1, 2001, (L 174), 1 (EC).
- <sup>61</sup> 領事関係に関するウィーン条約第 5 条 (j)。外交関係に関するウィーン条約第 3 条 2 項 (「この条約のいかなる規定も、使節団による領事任務の遂行を妨げるものと解してはならない」) も参照のこと。
- <sup>62</sup> Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, art. 15, Mar. 18, 1970, 847 U.N.T.S. 231 [*hereinafter* Hague Evidence Convention].
- <sup>63</sup> Hague Evidence Convention, *supra* note 62, at arts. 16, 17.
- <sup>64</sup> Convention on Cybercrime, Nov. 23, 2001, 2296 U.N.T.S. 167.
- <sup>65</sup> Convention on Cybercrime, art. 32(b). Henrik Kaspersen, CYBERCRIME AND INTERNET JURISDICTION, ECONOMIC CRIME DIVISION OF THE COUNCIL OF EUROPE ¶ 76 (2009), <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803042b7> も参照のこと。このような海外での直接的な証拠収集は、条約の法的枠組みの下でのみ認められる。越境的なネットワーク調査を検討するよう任された欧州評議会の関係者たちと同条約の起草者たちは、海外に所在するコンピューター・システムを現地国の同意なしに捜査することは、当該国の領域主権を侵害しようとして認識していた。一般的に、Borders and Bits, *supra* note 3, at 205-06; Ghappour, *supra* note 11, at 1080-81 を参照。米国当局もこの見解を共有しているようにみえる。米国連邦刑事手続規則の規則 41 は 2016 年に改正され、その所在が「技術的手段によって隠されている」電子保存情報または装置について、判事が令状を発布できるようになった。この改正について米国司法省は、域外的であると判明した捜査は許可しないと明示している。
- <sup>66</sup> COUNCIL OF EUROPE, CONVENTION ON CYBERCRIME, (2007), <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention> (Last visited Oct. 17, 2023) (Sixty-eight states have ratified the Convention since October 2023) を参照。
- <sup>67</sup> Kenneth Propp, Has the Time for an EU-U.S. Agreement on E-Evidence Come and Gone?, LAWFARE, (June 2, 2022), <https://www.lawfareblog.com/has-time-eu-us-agreement-e-evidence-come-and-gone/>; Cynthia O' Donoghue & Aséle Ibrahimova, Does the UK-U.S. Agreement under the U.S. CLOUD Act Affect UK's Adequacy under the GDPR?, TECHNOLOGY LAW DISPATCH, 12 Oct., 2022, <https://www.technologylawdispatch.com/2022/10/global-data-transfers/does-the-uk-us-agreement-under-the-us-cloud-act-affect-uks-adequacy-under-the-gdpr/> を参照。European Data Protection Supervisor Opinion on Proposals Regarding European Production and Preservation Orders for Electronic Evidence in Criminal Matters, (Nov. 6, 2019), [https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19\\_11-06\\_opinion\\_on\\_e\\_evidence\\_proposals\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19_11-06_opinion_on_e_evidence_proposals_en.pdf) (recommending enhanced transparency improvements to the rights of data subjects) も参照のこと。
- <sup>68</sup> Buxbaum, *supra* note 19, at 88.
- <sup>69</sup> CLOUD Act, § 103(a)(1).
- <sup>70</sup> 米国は 2019 年に英国との間で行政協定を締結した。「グレートブリテン及び北アイルランド連合王国政府とアメリカ合衆国政府との間の重大犯罪対策のための電子情報へのアクセスに関する協定 (2019 年 7 月 21 日) ( [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/836969/CS\\_USA\\_6.2019\\_Agreement\\_between\\_the\\_United\\_Kingdom\\_and\\_the\\_USA\\_on\\_Access\\_to\\_Electronic\\_Data\\_for\\_the\\_Purpose\\_of\\_Counteracting\\_Serious\\_Crime.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/836969/CS_USA_6.2019_Agreement_between_the_United_Kingdom_and_the_USA_on_Access_to_Electronic_Data_for_the_Purpose_of_Counteracting_Serious_Crime.pdf). The United Kingdom legislated the Crime (Overseas Production Orders) Act 2019)

を参照。英国は2019年に犯罪（越境提出命令）法を制定した。同法は、英国と関係国との間に「国際協力に関する取極め」があることを条件として、英国国内裁判所が電子情報の越境的な提出を命令することができるとしている。Crime (Overseas Production Orders) Act 2019, c. 5, § 1(1), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/5/section/1/enacted> を参照。

<sup>71</sup> CLOUD Act, § 105(a).

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> CLOUD Act, § 103(b).

<sup>75</sup> CLOUD Act, § 105(a).

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> CLOUD Act, § 103(a)(1).

<sup>78</sup> CLOUD Act, § 103(b). 「司法上の利益」を考慮するため、同法は、「適格外国政府」だけでなく米国の利益、プロバイダーの処罰の可能性、顧客の所在地と国籍、プロバイダーと米国とのつながり、情報の重要性、他の手段による情報への効果的なアクセスの可能性などの状況を考慮するよう、裁判所に指示している。

<sup>79</sup> Hoda, *supra* note 14.

<sup>80</sup> CLOUD Act, § 103(b).

<sup>81</sup> Daskal, *supra* note 3, at 15 (「すべての請求が中央機関により扱われるであろうメカニズムをもつ、地域的な協定の可能性」) について論じている)。多国間枠組みであるハーグ証拠収集条約が民事手続における越境的な証拠収集を簡素化・自由化するために採択され、管轄権の衝突が続いているにもかかわらず、手続を標準化し訴訟当事者への予見可能性を高めてきた点で評価されていることは、注目に値する。Buxbaum, *supra* note 21 at 87; Carter, *supra* note 11 at 10,11,14 を参照。

<sup>82</sup> Koops & Goodwin, *supra* note 33, at 2 を参照。

<sup>83</sup> 一方、電子証拠の収集という観点からは、領域に関する新たな概念を導入する必要があるとの主張もある。例えば、Borders and Bits, *supra* note 3, at 220-32; Paul M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, 118 COLUM. L. REV. 1681,1699-1708, 1736-59 (2018) を参照。

