

ジャパン・スポットライト2020年7/8月号掲載（2020年7月10日発行）（通巻232号）

英文掲載号<https://www.jef.or.jp/jspotlight/backnumber/detail/232/>

トーマス・ストラインツ Thomas Streinz 氏（グアリーニ・グローバル・ロー&テック 理事、ニューヨーク大学法律大学院兼任教授）

コラム名：Cover Story 11

（日本語仮訳版）

継続中のデジタル・メガ規制：国際経済法における越境データフローの規制

はじめに

デジタル化は、企業内及び企業間の情報を、サプライ・チェーンに沿って、また消費者向けに、移動させる能力が大きく高められたため、世界経済を急速に変換させつつある。コミュニケーションと電子商取引のためのグローバル・プラットフォームは、これらの経済的な交流を容易にする中心的な結節点であり、クラウド・コンピューティングは、企業と消費者が情報伝達技術を使用する方法を顕著に変化させた。これら全ての発展は、データフローに依存している。1990年代におけるインターネットの地理的な拡張と商業化は、世界中でデジタル化された情報の移動に新しい標準を作り出した。法律学者は、長い間国内法と国際法にとっての意味づけに取り組んできた。データの流れは、物理的及びデジタルのインフラ、技術標準、社会規範、そして様々な私法、公法の手段の複雑な相互作用によって規制される。今日、国際経済法の下での新しい条約がデジタル経済の新しいルールの創造と紛争にとっての新たな「場」として登場した。

本稿は越境データフローについて間違いなく最も必然的な環太平洋パートナーシップ協定（TPP）の規定を取り上げる。この規定は、日本が主導した環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定（CPTPP）に組み入れられている。同様のルールは、2019年10月に締結された日米デジタル貿易協定（JUSDTA）の特徴にも反映しており、また、2020年6月にチリ、ニュージーランド、シンガポールが調印したデジタル経済連携協定（DEPA）、そして2020年7月に発効した米国、メキシコ、カナダ間の北米自由貿易協定（NAFTA）の後身である米国・メキシコ・カナダ協定（USMCA）にも反映している。これらの越境データフローについての新しいルールは、しばしば国際貿易投資法の下で確立された規制の適用と継続として説明される。そしてこれらはしばしば互換的に、「デジタル貿易」と「電子商取引」を推進するものとして報道される。しかしながら、本稿はこれらの新しいルールが従来の国際貿易投資法についての理解を超え、そして変換させるグローバルな経済秩序の要素としてより良く理解されることを示唆するものだ。そしてそれによって、「デジタル・メガ規制」の取り組みが継続することになる。この用語と概念的枠組みは、ニューヨーク大学ロースクールのメガレギュレーション・プロジェクトにおける共同作業を基にしたものである（*Megaregulation Contested: Global Economic Ordering after TPP*, OUP, 2019年、国連大学及び東京の政策研究大学院大学（GRIPS）の協力を得ている）。

メガ規制としての TPP

TPP を「メガ規制」として理解すると、デジタル分野で特に顕著なこの種のグローバルな経済秩序についての多様な特徴に注意が向けられる。メガ規制協定は参加国間のあるいはそれを超えるデータフローを含む経済の流れを増加させる広範囲の規制についての課題を対象としている。これは、企業、特に多国籍企業が、比較的容易に国境を越えて活動する（例えば、これら企業を地域のデータ・ローカリゼーションの縛りから自由にすることによって可能となる）ことを可能とする規制の整合性を高めるようにデザインされた多様な手続き上の、また実質的なルールを通じて、実現される。国家間の協定を通じた調整は国際貿易投資法では当たり前である一方、グローバルなインターネットのガバナンスの側面では例外的とみなされている。世界経済のデジタル変換を可能とした技術は、国際協定によって予め定められてはいなかった。しかし、TPP のような協定は、国家のデジタル経済の規制の進化にとっては大きな意味があった。デジタル経済のための規制の枠組みは未だ準備されていないか、未だ初期の段階にあるか、あるいは再考と改訂の必要にあるかの程度に応じて、メガ規制に伴う手続きや実質的なコミットメントに従って造られることになるだろう。

TPP はデジタル経済のためのルールの新しい雛形を創り出した。このモデルは、協定の草案を作り、署名し、批准した国々にとって意味があるだけではない。メガ規制は副次的効果を生み、それは経済ガバナンスについてのグローバルな相場観を形成するように意味づけられる。TPP において始まったことは、CPTPP にも引き継がれ、JUSDTA, DEPA, USMCA にも引き継がれて、WTO と日本の安倍晋三首相が 2019 年 6 月に G20 サミットで着手した大阪トラックの下で、グローバルデジタル経済の新しいルールについての将来の議論の重要な雛形であり続けるだろう。

デジタル経済のための TPP のモデル

TPP は多くの付属文書と宣言を別にしても、30 章の効力を持つ法律文書から成る複雑な協定である。第 14 章が「電子商取引」についてであり、その条文は多様な課題を含んでいる。即ち、電子取引に対する関税、デジタル製品の非差別的待遇、電子取引・認証・署名についての国内法の枠組み、モノの貿易のための税関のデジタル円滑化、ビジネス上のスパムメール・オンラインでの消費者保護、規制協力（特にサイバー・セキュリティについて）、ソースコードの非開示などである。間違いなく最も重要な条文は、越境する情報についての制約と国内のコンピューター設備を使用する義務についてである。このような政策手段は、データがインターネット上を自由に流れ、保存や加工ができ、あるいは国境を越えて移動することが出来ることが標準であることに公然と反対する、「データのローカリゼーション」の異なった型式として、しばしば概念化されている。TPP は越境データフローを制限する国家の能力を制約し、また、恣意的でないかまたは不正に差別的でないやり方で追求されなければならない、偽装された保護貿易でなく、また目的を達成するために必要なことを超えない正当な公共政策の目的を必要なものとして要求することによって、国内のコンピューター設備の使用を求める能力を制限している。このような言語は、WTO のサービス貿易についての一般協定（GATS）から着想を得たものだが、もし各国のデジタル分野における規制が越境データフローに影響するなら、どのように紛争処理パネルが解釈するのか、また TPP の新しいルールを適用するのかは明確でない。

TPP は「自由なデータの流れ」を実現し、「データのローカリゼーション」に反対する、財・サービス貿易に直接関係のない強制力を持ったルールを創設することで新しい地図を描いた。TPP のような協定

に調印し批准する国は、国家のデジタル経済について規制を外部の検討に委ねていることになる。このことの意味は大きい。何故なら、経済のデジタル化は、(認識された)市場の失敗(例えば、大技術集約企業へのデータの集中)、データが促進する技術の使用によって生じた損害(例えば、同時にどこでも出来るデータ収集がゆえに起こるプライバシーへのマイナスの影響と情報の自己決定)、そして分配上の問題(例えば、グローバルなデジタル企業による租税回避戦略への対応の必要性)を問題とするために、デジタル分野での公共セクター主導の規制に対する需要を促進することになるからである。これらの政策手段が情報の越境移動に影響するか、または国内のコンピューター設備の使用を要請するなら、それらは TPP モデルの下で新たな検討と圧力のもとに置かれなければならない。

TPP モデルへの EU の反対

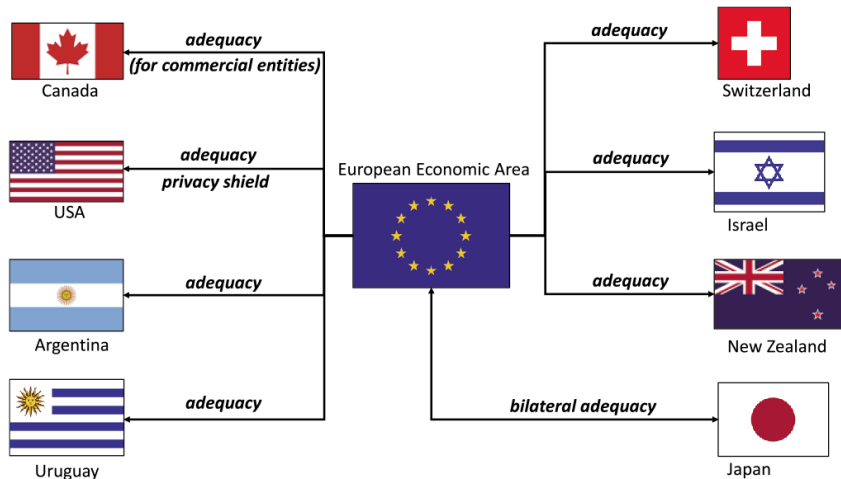
EU は米国との新しい環大西洋貿易投資協定(TTIP)及び複数国間サービス貿易協定(TISA)、双方とも合意に至っていないが、における交渉の中で、TPP モデルとは対立していた。EU の日本との交渉は、2019 年 2 月に発効した広い範囲に及ぶ日 EU 経済連携協定(JEEPA)を生んだ。しかし、越境データ移動についてのきちんとしたルールの問題については残された課題となった(日本はこの点で TPP の下で既にコミットしていた)。並行して EU と日本は、個々のデータ保護の規制を両者の間の個人データの確立された移動を許容するのに「十分」だと認識していた。このことは、国際経済法の枠組みよりむしろデータ保護の下で個人データの越境移動について交渉したい EU の意向を反映している。EU が TPP のタイプの自由なデータフローの条文を、その貿易、投資、また経済連携協定に含むことに後ろ向きであるのは、EU の一般データ保護規制(General Data Protection Regulation: GDPR)が TPP モデルとは整合しないかもしれないという心配からである。例えもしデータ保護とプライバシーが、原則、越境データ移動の制限を正当化する合法的な公共政策目的としてどこにおいても認識されるとしても、EU の他の国のデータ保護規制の適切さに関する調査は、なお恣意的か不当なほど差別的であるものとして見做されるかもしれない。更に、個人データそれ自身の越境移動についての本格的なルールが基本的に課されていることは、貿易ないし投資の紛争処理法廷の仲裁者からは不必要だと判断されるかもしれない。

これらのリスクから身を守るために、EU は TPP のようなコミットメントをすることを差し控えてきた。デジタル経済のための新しい多国間ルールを作ろうという WTO の努力に対する意見書の中で、EU は如何なる規制や約束も個人データとプライバシーの保護に影響を与えてはならないとのスタンスを維持している。その越境データフローのための提案は、EU 自身も行っていない地域内の「データ・ローカリゼーション」の類いを禁じようとするだけだ。GDPR における EU から第三国への個人データの移動に対する制約は、検討の対象にはならないだろう。GDPR は、アヌー・ブラッドフォード(Anu Bradford)が「ブラッセル効果」として理論化したものの主要な例として広く捉えられている。世界各国は様々な理由から、データ保護のモデルとして GDPR の方へ重心を移してきている。理由の一つは、EU 政府が、他の国のデータ保護の標準が EU の標準と同等であるかどうか、個人データの越境移動のための前提条件としてチェックする体制の適切さである。この体制は(EU 政府の分析によれば)適切なレベルのデータ保護が備わっているかないかで国によって異なる。GDPR の規制上の標準は、個人情報情報の越境移動が禁止されていることだ。適当かどうかについての吟味は、標準的な契約条項などのような他の件については大きなコンプライアンスのコストを伴うので最も重要な例外である。対照的に、TPP モデルは、個人情報を含む情報の移動が規制されずに行われることを予測している。そして、正当化を必要とし、そ

のための検討を歓迎する例外としてこのようなデータの移動の標準や制限を見ている。しかしながら、この基本的な対立は、当該国が二つのモデルの双方に合意することが出来ないことを意味するわけではない。そのことはカナダと日本が証明しているように、双方ともに GDPR の下で十分データ、プライバシーの保護を受けつつ、CPTPP の下での TPP モデルと米国との個別の協定に束縛されている（図1）。

CHART 1

Selected jurisdictions that enjoy adequacy status under the EU's GDPR



Source: Compiled by the author based on European Commission information (<https://perma.cc/3PNA-BW3N>)

TPP モデルの生き残りと増加

TPP は、2016 年 11 月の米国大統領選挙で大きな注目点となった。そして、新たなトランプ大統領は、就任後一週目に米国を TPP から脱退させた。その後、日本が同協定を CPTPP として復活させるのに指導的役割を担った。米国以外の全ての TPP 加盟国が CPTPP に調印した。CPTPP は、投資保護と知的所有権についての一連の条文を停止したが、電子商取引の条文と自由なデータフローのための、また「データ・ローカリゼーション」に反対する新しいルールについては全くそのままに維持した。CPTPP は、オーストラリア、カナダ、日本、メキシコ、ニュージーランド、シンガポール、そしてベトナムで発効している。チリの批准の努力は行き詰まっていて、ブルネイ、マレーシア、ペルーはまだ協定の発効手続きを最後まで済ませていない。

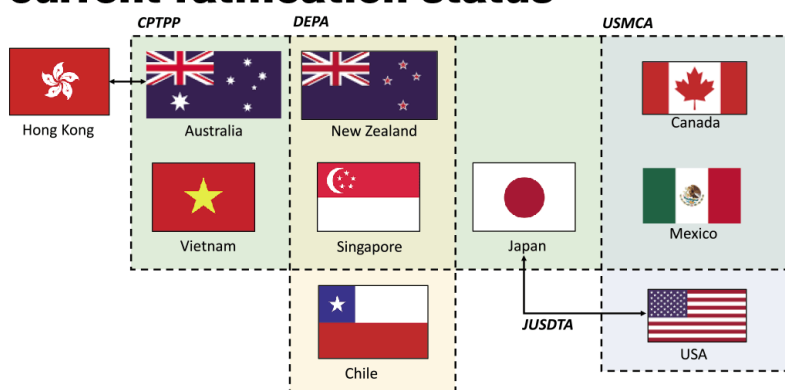
TPP からの離脱にもかかわらず、米国は自由なデータフローを支え、データのローカリゼーションに反対する条文の新たなモデルを、カナダ、メキシコとの USMCA や日本との本格的なデジタル貿易協定に含ませる努力を続けた。これらの国は、いずれにしろ、CPTPP の参加国だ。CPTPP とより最近のこれらの協定との越境データフローにおける主要な相違点は、国内のコンピューター設備の使用の要請を正当化する可能性を除いている点だ。USMCA と JUSDA は、この種のデータ・ローカリゼーションを完全に禁止している。米国はまた、WTO に自由なデータフローの条文を設けることを主張している。それについての合意は、高まる地政学的な緊張とも、相克する利害とも、また放棄されてしまったドーハ開発ラウンドの議題についての未だに残る欲求不満とも、関係のないものだ。

一方、TPP モデルは、米国政府が積極的に推進しない状況でも他のルートで増加していくだろう。CPTPP 署名国のチリ、ニュージーランド、シンガポールは DEPA に、TPP モデルの条文を含めさせた。

それは、デジタル経済のための新しいルールに関心がある国が自分たちの協定として選ぶ可能性がある数個のモジュールの雛形としてデザインされたものだった。同じように、2020年1月にオーストラリアと香港の間で発効した自由貿易経済統合協定にも TPP モデルと殆ど同じルールが含まれている。こうした TPP モデルの持続的な魅力は、自由なデータフローと比較的軽度の規制というシリコンバレー合意が、依然としてデジタル発展への最良のアプローチだという各国の確信を反映している面が大きい（図2）。

CHART 2

Countries with binding commitments that follow the TPP model based on current ratification status



Source: Compiled by the author

TPP モデルと企業の多国籍化

国際法の確立された原則によれば、協定に署名し批准した国は、お互いに対して（のみ）自身を拘束することになる。現実には、TPP モデルが伴う自由なデータフローと、反データ・ローカリゼーションに対するコミットメントは、越境データ移動と国境を越えた情報伝達技術のインフラに依存する企業によって呼び起こされる可能性が高い。企業の多国籍化によって、当該企業の母国が TPP タイプの協定に調印ないし批准していなかったとしても、あるいは、事実それから脱退したとしても、それらの企業でさえ自由なデータフローと反データ・ローカリゼーションについて政府がそのコミットメントに責任を持つようにする規定に頼ることが出来る。

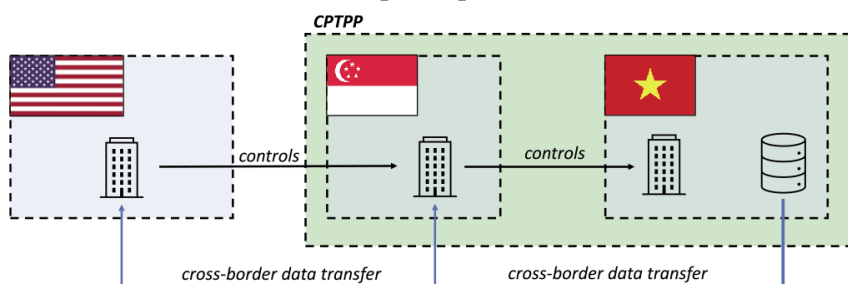
この点で、越境データフローについての TPP のルールは、財・サービスのための従来の貿易ルールというよりも、資本の円滑な流れのための投資保護に似ている。財の貿易については、企業の国籍は重要ではない。何故なら、財の位置づけはどこから来たのかという地域性に基づいて決められるからだ。同様に、サービスの越境貿易（サービス貿易についての一般協定（GATS）モード1）については、企業の国籍ではなくて、サービスが一つの地域から他の地域へと供給されているかという点で地域性が重要である。サービス供給者の法人国籍は、ある国の国籍を持つ消費者が他の地域でサービスを受ける場合、海外での消費には同様に重要ではない（GATS モード2）。サービスが企業の外国支社ないし自然人の存在を通じて（GATS モード3と4）他の地域で供給される場合にのみ、サービス供給者は協定締結国の国籍を有している者としての扱いを享受する。

対照的に、国際投資法の下での投資保護の目的実現のための投資者の地位は、概ね企業の国籍によって決定される。越境データ移動と国内のコンピューター設備の使用の義務づけとの規定上の判断基準に依存することで、TPP は国境を越えた情報伝達技術インフラに依存する企業による、戦略的な結合を可

能とする。どのようにして企業の多国籍化が具体的に TPP モデルに影響するかを示すために、シンガポールの関連会社を所有しコントロールしている米国企業の場合を考えよう。そのシンガポールの会社は、ベトナムにある会社を所有しコントロールしているとしよう。例えもし米国が TPP から脱退したとしても、依然としてその米国企業はシンガポールの法律の下で、シンガポール企業のベトナム子会社が不当に越境データフローを制限するかないしは国内のコンピューター設備を利用すべしと要求するようなルールには従ってはならない、と主張することが出来る（図3）。

CHART 3

Multi-national corporation with cross-border data flows between a CPTPP member (Vietnam) and a non-CPTPP member (US)

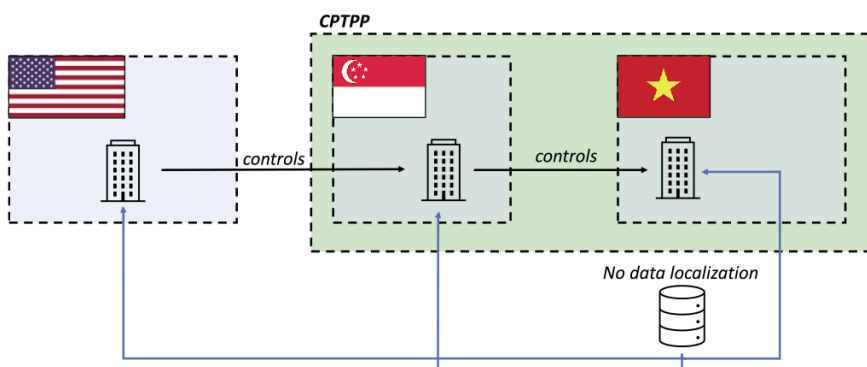


Source: Compiled by the author

重要なことに TPP モデルの下では、ベトナムは相対する全ての国に対して越境データフローに対する不当な制限を課すことに制約を受ける。協定加盟国であるシンガポールや、問題となっている企業の母国が問われている米国に対してだけそうなるのではない。事実上、TPP モデルの下では、企業は企業のコンピューター設備の設置をいかなる場所にも決定できることになる。企業がその母国でなくてもどこでもコンピューターが設置できるのは、TPP モデルがデータ・ローカリゼーションの論点を見落としたのではなくて、そのようにデザインした可能性が高い。シリコンバレー・コンセンサスによれば、どのように情報伝達インフラを使用し、またどこにそれを設置するかを決定するのは、政府の選択ではなくて、企業の選択である（図4）。

CHART 4

Multi-national corporation with ICT infrastructure outside CPTPP territory



Source: Compiled by the author

もちろん各国は TPP モデルの下でも約束に違反することはあるかもしれない。この場合に合意を実行させるために、政府が国家間の紛争処理に訴えるかどうかはこれからも見守る必要がある。投資家対国の紛争処理にコミットした国は、もし不当に情報の越境移動を制限するか、国内のコンピューター設備の使用を義務化したりするなら、それによる損害を理由に提訴されるリスクを冒すことになる。このような形式的なメカニズムを別とすれば、企業は投資交渉の間ないしは自分に好都合な規制へのロビー活動の間に TPP モデルを非公式に引き合いに出すことも大いにあるだろう。この意味で、TPP モデルは地域的な境界に関わらずデータフローのためのインターネットインフラの標準を強化し保護することによって、デジタル分野における政策を間接的に形成するような潜在性を持った一種の「メガ規制」である。

様々なデータ・ローカリゼーション

何故各国は越境データフローを制限するかあるいは国内のコンピューター設備の使用を第一に要請したりするのだろうか？データ・ローカリゼーションについての現存の学問的な知識によれば、データ保護とサイバーセキュリティのような規制上の目的を実現するのにこのような制限や要請は必要ないことを示唆するように思われる。この意味で、データ・ローカリゼーションについての議論の枠組みを作ることは、そのような対策の必要性が合法性の前提条件である TPP モデルを内生化するかないしは前提とすることになる。

私は別の枠組み作りを提案したい。それはデータ・ローカリゼーションに対する政府の規制する上での終点ではなくて、始点としての関心を取り上げるものだ。この別の枠組み作りの下で、データ・ローカリゼーションはそれ自体が目的ないし目的のための手段ではなく、データに対する効果的な管轄上のコントロールを確立するための方法である。GDPR は、データが GDPR の標準に従って加工されることを確実にするために個人情報の越境移動に対する標準を設定する。もし、個人データが EU から第三国へ移転されなければならないなら、EU はヨーロッパ主体の個人情報の継続した保護を約束するメカニズムを引き続き主張する。このメカニズムの有効性とそれが遵守されて来たかについては議論の余地がある一方で、それはヨーロッパのデータ保護とプライバシーの標準の世界的普及に確実に貢献してきた。

中国やインドのデータ・ローカリゼーションに対する要求は、EU のそれとは異なっており、彼ら自身の観点から評価されるべきである。国内のコンピューター設備の使用を要求しない EU と対照的に、中国のサイバーセキュリティ法は、中国大陸内に「個人情報」と「重要データ」を貯蔵するために「重要な情報インフラオペレーター」の設置を要求する。一方インドは、他の国ではなくインド経済の利益のためにインドの個人データが集められ加工されることを確実にすることを意図してデータ・ローカリゼーション要求の実験を行っている。この三つの国・地域すべては、TPP モデルにすぐにコミットすることは考えにくい。何故なら、自由なデータフローへの本格的なコミットメントは、彼らの進化するデータガバナンスのフレームワークとは緊張関係にあるからだ。

大阪トラック：新しいモデル

本誌ジャパン・スポットライトの 2020 年 5/6 月号で書いているように、石川城太は、「デジタル貿易」についてのルール作りは画一性を欠いたという見方を示した。画一性の欠如は国際機関内の無力化の結果と同じくらい多様な政策視点の表現であるのかもしれない。一方、TPP モデルは、GDPR がデータ保護法のためのグローバルなモデルとなった一方、シリコンバレー・コンセンサスにコミットした国々を

引き付けることに見事に成功した。このような異なる様相の中で、国際経済法の下で、越境データフローについての新たなルールの新形態として機能し得る別のモデルがあるだろうか？

日本の安倍首相は、2019 年 1 月のダボスでの世界経済フォーラムで、「データの自由で信頼された流れ」(Data Free Flow with Trust : DEFT) を提案した。そして、2019 年の G20 首脳会談でこの概念にコミットした大阪トラックに着手した。DEFT はデータの自由な流れを原則政府の規制から保護されるべきだという無条件の標準と仮定する代わりに、データの自由な流れの前提条件として「信頼」を要求することによって、TPP モデルとは離れている。それは多くの複雑な問題を提起する：どのようにして国家、企業、市民、それぞれの存在の間で信頼を確立し維持すればよいのか？このフレームワークは、原則的に誰でも加わることが出来るオープンなものなのか、それとも同じ考えを持つ国々の「クラブ」に限定されるのか？また、それは WTO やデジタル経済のための多国間ルールを作るための努力を含めた既存の制度とどのように関係するのか？DEFT は TPP モデルと整合的である一方で、EU の差別化されたデータ保護の枠組みを収容することが出来るのか？もし、DEFT が越境データフローの規制の成功したモデルになろうとするなら、これら全ての疑問について検討し尽くす必要がある。他方、TPP モデルは現在の国際経済法の下で、自由なデータフローとデータ・ローカリゼーションへの反対への最も顕著なコミットメントであり続けるだろう。

(了)