

論説

食ベログ事件東京地裁判決から見る アルゴリズム変更と独禁法

2022 年 4 月入学

浅沼泰成

I. はじめに

b 本件変更の考慮可能性

c 損害賠償による救済の実効性

II. 食ベログとは

(3) 理想的な差止め

4 求意見制度

III. 食ベログ事件の概要及び考察

1 問題の所在

IV. おわりに

2 優越的地位の濫用に基づく損害賠償

(1) 総論

(2) 優越的地位

(3) 「その他取引の相手方に不利益となるように……取引を実施すること」

(4) 「正常な商慣習に照らして不当に」

a 裁判所の判断

b 考察

(a) 問題点

(b) あらかじめ計算できない不利益に関する考慮要素の妥当性

・理論的検討

・具体的検討

(c) 事前の通知が悪用される可能性

(d) 結論

(5) 小括

3 差止め

(1) 差止請求棄却の概要

(2) 分析

a 総論

I. はじめに

近年、巨大 IT 企業に対する競争法規制が国際的に大きな問題になってきている。その中でも、プラットフォーム事業に関する規制は、競争法上の新たな主要関心事の 1 つとなっている。欧米での規制が取り沙汰されることが多いが、このような潮流は特定の法域のみに見られるものではない。日本でも、公正取引委員会（以下、「公取委」という。）が Google に対する調査を開始したことが 2023 年秋に公表され¹⁾、大きな話題となった。本稿で紹介する食ベログ事件東京地裁判決²⁾（以下、「本件判決」という。）では、飲食店ポータルサイトの 1 つである食ベログを運営するカクコムが実施したアルゴリズム変更が、独占禁止法（以下、「独禁法」という。）上の問題を生じさせるかが問題となった。食

1) 2023 年 10 月 23 日、公取委は、Google に対する調査の開始を公表した（公正取引委員会「(令和 5 年 10 月 23 日) Google LLC らによる独占禁止法違反被疑行為に関する審査の開始及び第三者からの情報・意見の募集について」(2023 年 10 月 23 日) (<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2023/oct/231023ikenboshu.html>, 2024 年 9 月 22 日最終閲覧)。

2) 東京地判令和 4 年 6 月 16 日 (LEX/DB 文献番号 25593696)。

ベログ事件（以下、「本件」という。）は、アルゴリズム変更が独禁法に違反するかが争われた初めての事案であったため、大きな注目を集めている³⁾。

本件では、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用⁴⁾に当たるとして、①独禁法違反行為を理由とする不法行為（民法 709 条）に基づく損害賠償請求及び②独禁法 24 条に基づくアルゴリズムの使用差止請求がなされた。東京地裁は、本件判決において、損害賠償請求を一部認容し、差止請求を棄却した。以下では、本件判決に対する批判を踏まえ、両請求についての判決の理由づけを分析し、アルゴリズム変更が独禁法上どのように扱われるべきかを検討する。また、本件では、求意見制度⁵⁾（独禁法 79 条 2 項）が初めて利用された⁶⁾。そこで、求意見制度がどのような機能を持った制度か、及び、将来的にどのように発展していく可能性がある制度かについても併せて検討する。

本件は、本件判決の後、東京高裁に控訴された。控訴審判決⁷⁾（以下、「本件控訴審判決」という。）では、本件判決と異なり、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用に当たら

ないと判断され、第 1 審原告の逆転敗訴となっている。しかし、依然として、本件判決が、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用に当たり、独禁法違反であると判断した点に大きな学術的意義がある⁸⁾ ことに変わりはない。加えて、東京地裁が、求意見制度を利用して判断した点も特徴的である。東京地裁は、求意見制度を用いて公取委に意見を求め、従来の独禁法の議論を踏まえて、アルゴリズム変更という新規性のある事例に対応した⁹⁾。

今や、アルゴリズムは、さまざまなサービスに利用されるようになっており、将来的にも多くの独禁法上の議論を巻き起こすことが想定される。そこで、以下では、本件判決の判断に焦点を絞り、その判断を出発点とし、独禁法上のアルゴリズム規制が今後どう発展していくべきかを、比較法的観点も取り入れつつ検討する。

Ⅱ. 食ベログとは

食ベログは、プロの批評家ではなく、消費者のユーザー（以下、単に「ユーザー」とい

3) Shotaro Tani & Eri Sugiura, Japanese court ruling poised to make Big Tech open up on algorithm, <https://www.ft.com/content/f360f766-7865-4821-b740-ca0276fecf19>, last visited Sep. 22, 2024. Atsushi Yamada, The Rise of Antitrust Private Enforcement in Japan: The Tabelog Case, <https://chambers.com/legal-trends/antitrust-private-enforcement-in-japan>, last visited Sep. 22, 2024.

4) 優越的地位の濫用は、欧米に見られる支配的地位の濫用とは異なり、市場で最大の事業者である必要はない。2 番手以下の事業者でも優越的地位の濫用が認められることがある。公取委は、「取引の相手方との間に相対的に優越した地位があれば足りる」としている（公正取引委員会「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」4 頁（平成 22 年 11 月 30 日、平成 29 年 6 月 16 日改正）（https://www.jftc.go.jp/hourei_files/yuutsuteki-chii.pdf, 2024 年 9 月 22 日最終閲覧））。この優越的地位の濫用という類型は、日本や韓国においてみられる規制である。欧州にも、類似の規制として、フランスの経済的従属状態の濫用規制やドイツの相対的市場力の濫用規制という相対的に優越した地位の濫用を規制する行為類型がある。例えば、フランス法上の経済的従属状態の有無は、「特定の供給者と需要者との関係において、一方が取引相手に対して十分影響力を及ぼし得る程度に優位」かによって決まると考えられている（公正取引委員会「諸外国における優越的地位の濫用規制等の分析」54 頁, 157 頁（2014 年 12 月）（https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index_files/cr-0214.pdf, 2024 年 9 月 22 日最終閲覧））。

5) 求意見制度では、裁判所が公取委に独禁法上の問題について意見書の提出を求めることができる。公取委は、裁判所に比して、新しい業界についての独禁法上の知見が豊富であることが通常である。ゆえに、裁判所が公取委の意見を尋ねられるようにしておくことによって、裁判所が公取委の見解を踏まえて質の高い判決を出せるようにする制度である（長澤哲也「独占禁止法を活用した民事的解決」公正取引 856 号 56 頁, 58 頁（2022））。

6) 公正取引委員会「令和 3 年 委員長と記者との懇談会概要（令和 3 年 10 月）」〔古谷一之委員長発言〕（令和 3 年 10 月 29 日掲載、令和 3 年 11 月 19 日更新）（<https://www.jftc.go.jp/houdou/kouenkai202009/211028kondan.html>, 2024 年 9 月 22 日最終閲覧）。

7) 東京高判令和 6 年 1 月 19 日（LEX/DB 文獻番号 25573456）。

8) 村上政博「判批」国際商事法務 51 巻 5 号 605 頁, 605 頁（2023）。

9) 村上・前掲注 8)605-606 頁。

う。)¹⁰⁾ が、自身の体験に基づき、飲食店に点数をつけ、コメントできるデジタルプラットフォームである。食べログでは、まず、ユーザーが各飲食店に評点をつける。そして、アルゴリズムが、各ユーザーがつけた評点を用いて各飲食店の評点を算出する。食べログのプラットフォームは、一方の利用者が飲食店、他方の利用者がユーザーとなっている。食べログには、4つのランキング¹¹⁾が存在し、それぞれのランキングにおける表示順はアルゴリズムによって決定される。

飲食店とユーザーのどちらについても、会員と非会員が存在し、会員の中にさらに有料会員と無料会員が存在する¹²⁾。飲食店は、有料会員になるか無料会員でいるかを自由に選択できる。ただし、有料会員になった場合、当該店舗の食べログの「標準」ランキング内の表示順の決定に際して、有料会員であることが考慮される¹³⁾。もっとも、会員であることは飲食店の評点自体には一切影響を与えないとされている点で留意が必要である¹⁴⁾。

食べログ上の飲食店の評点を決定するアルゴリズムは、各ユーザーの影響度を考慮して、各飲食店の評点を算出している。影響度は、基本的にはより頻繁に評点をつけるユーザーほど高く、評点をつける頻度が低いユーザーほど低くするという考え方に立ちつつ、さまざまな要素を考慮に入れて決定されている。各飲食店の評点は、それぞれのユーザー

がつけた評点の単純な平均ではなく、各ユーザーがつけた評点及び各ユーザーの影響度を考慮して決定される¹⁵⁾。

公取委が実施した調査では、全ての対象者が飲食店を選ぶにあたって飲食店ポータルサイトを参考にしており、90%以上の対象者が「ある程度」以上は飲食店ポータルサイトを利用して飲食店を検索していることが明らかとなっている¹⁶⁾。そして、飲食店ポータルサイトの1つである食べログは、80%以上の飲食店に利用されており、この利用率は、飲食店ポータルサイトの中で最も大きい¹⁷⁾。したがって、プラットフォームのネットワーク効果を踏まえれば、消費者が飲食店を選ぶときには、より多くの飲食店が利用している、飲食店の選択肢が豊富な飲食店ポータルサイトである食べログが利用される可能性が高い。また、食べログでは、評点が5点満点中4.0点以上ある場合には上位500店となり、5点満点中3.5点以上の場合には上位3%の店となる。このことは、食べログのホームページ上で明らかにされている¹⁸⁾ことから、ユーザーにも一定程度認知されていると考えられる。ゆえに、飲食店が食べログ上で高い評点を取ることができれば、ユーザーが飲食店を探す際に、当該飲食店が選ばれる可能性が高くなると考えられる。以上の理由から、消費者に利用される可能性が高いポータルサイトである食べログ上で高い評点を取る

10) ユーザーは、飲食店の同意なく、当該飲食店のページを食べログ上に開設できる。飲食店のページが開設されると、ユーザーが、飲食店を検索して、他のユーザーによって共有された飲食店の点数や写真、飲食店についてのコメントなどを見られるようになる。ユーザーは、食べログを通じて飲食店に予約を入れることもできる。ユーザーは、食べログのアプリ又はウェブサイトからアクセスすることで、プラットフォームにアクセスできる(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。

11) ランキングは、「標準」、「ランキング」、「口コミが多い順」、「ニューオープン」の4つである。「標準」がユーザーに対して初期設定で表示されるランキングである(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。

12) 無料会員であるユーザーは、ランキング全体を閲覧することができない。特に、無料会員のユーザーがアプリで「ランキング」を利用した場合には、上位5店舗のみ表示され、スマートフォンからWebサイトを通じて「ランキング」を利用した場合には、何も表示されない。つまり、無料会員である場合、プラットフォームの利用に一定程度の制限はかかるが、一部を利用することはできる。他方で、有料会員のユーザーは、飲食店のランキング全体を閲覧できる。

13) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

14) 食べログ「点数・ランキングについて」(<https://tabelog.com/help/score/>, 2024年9月22日最終閲覧)。

15) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

16) 公正取引委員会「飲食店ポータルサイトに関する取引実態調査報告書」24頁(令和2年3月)(<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/mar/200318-2.pdf>, 2024年9月22日最終閲覧)。

17) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

18) 食べログ「点数・ランキングについて」・前掲注14)。

ことは、飲食店にとって、店の集客力を上げるために重要だといえる。

食べログは、アルゴリズムが悪用されて評点が操作されることを防ぐという目的で、具体的なアルゴリズム変更の内容を非公開にしており、実際に本件判決でもアルゴリズム変更の内容は黒塗りにされていた。

Ⅲ. 食べログ事件の概要及び考察

1 問題の所在

以上のような特性を持つ食べログにおいて、2019年5月21日、事前の告知なくチェーン店の評点を下げるアルゴリズム変更が実施された（以下、「本件変更」という）。食べログは、本件変更と同時に、ユーザーの影響度を変更するためのアルゴリズム調整も行った（以下、「本件影響度調整」という。）。焼肉チェーン店を運営する原告は、食べログを運営する被告による本件変更の結果、①原告が運営する21店舗¹⁹⁾の評点が下落したこと、②原告の店への食べログ経由の来店客数が減少したこと、③原告の利益が約20%減少したことに基づき、本件変更が取引条件等の差別取扱い（独禁法2条9項6号イ、一般指定4項）又は優越的地位の濫用（独禁法2条9

項5号ハ）に当たるとして、損害賠償及び差止めを求めた²⁰⁾。この請求の可否を判断するにあたって、裁判所は、公取委に意見を求めた（独禁法79条2項）。

裁判所は、公取委から得た意見を踏まえて、原告の損害賠償請求を一部認容し、差止請求を棄却した。以下では、①原告の損害賠償請求が優越的地位の濫用を根拠に認められた点、②原告の差止請求が棄却された点、③裁判所によって求意見制度が活用された点の3つの部分に分けて判決について検討する。

2 優越的地位の濫用に基づく損害賠償

(1) 総論

原告は、損害賠償請求につき、本件変更が取引条件等の差別取扱い又は優越的地位の濫用に当たると主張した。これに対し、裁判所は、本件変更が優越的地位の濫用に当たると判断し、取引条件等の差別取扱いについては判断を示さなかった。そのため、以下では、優越的地位の濫用に絞って論じる。また、優越的地位の濫用の認定につき、裁判所が主に論じた要件は、優越的地位、「その他取引の相手方に不利益となるように……取引を実施すること」、「正常な商慣習に照らして不当

19) 原告が「経営する焼肉チェーン店35店舗のうち、本件基準日（令和元年5月21日）時点において営業していた店舗は、28店舗」あった。そのうち、「本件で比較可能な26店舗にかかる評点は、平均0.14点下落した」と本件判決の判決文中で述べられている。もっとも、原告が本件における請求の対象としたのは、21店舗である。そこで、ここでは、21店舗を対象とした（宮井雅明「判批」NBL1249号96頁、97-98頁（2023））。

20) より厳密に言えば、原告の主張の法律構成は以下のとおりである。

本件変更が取引条件等の差別取扱い又は優越的地位の濫用に当たり、取引条件等の差別取扱いの場合には独禁法2条9項6号イ及び一般指定4項、優越的地位の濫用の場合には独禁法2条9項5号ハに違反する。違反がある場合には、本件変更が独禁法2条9項柱書にいう「不公正な取引方法」に当たる。「不公正な取引方法」は、独禁法19条で禁止されているので、本件変更は、同時に独禁法19条にも反することとなる。これらを根拠に、民法709条に基づく不法行為としての損害賠償請求と独禁法24条に基づく本件のアルゴリズムの使用差止請求をした。

民法709条の損害賠償請求では、あくまで民法の問題となるのであって、独禁法の条文は直接適用されるわけではない。民法709条にいう「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」といえるかの判断に際して参考として独禁法違反が問題となるに過ぎず、不法行為に基づく損害賠償が民法709条で認められるための必要条件ではない。もっとも、独禁法違反があれば「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」といえることを暗黙の前提としている場合がほとんどであるため、独禁法に違反しているといえれば、上記要件が満たされることが一般的である。

他方で、問題となっている行為が独禁法19条、同法2条9項柱書にいう「不公正な取引方法」に当たるといえば、独禁法24条に基づく差止請求ができる（白石忠志『独占禁止法（第4版）』385-386、776-778頁（有斐閣、2023））。

に」の3要件である²¹⁾ため、この3要件について検討する。

(2) 優越的地位

まず、裁判所は、優越的地位が認められるためには、市場において支配的地位を有する必要はないことを確認した²²⁾。その上で、被告の優越的地位の認定にあたって、「取引の相手方にとって……行為者との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、行為者が……取引の相手方にとって著しく不利益な要請等を行っても、……取引の相手方が……受け入れざるを得ないような場合」に、行為者が取引の相手方との間で優越的地位にあると認められるとした。その考慮要素として、「①当該取引の相手方の当該行為者に対する取引依存度、②当該行使者の市場における地位、③当該取引の相手方にとっての取引先変更の可能性、④その他当該行為者と取引することの必要性、重要性を示す具体的事実」の4つを示した²³⁾。

具体的な認定は以下のとおりである。まず、原告の売上の31%が食べログ経由²⁴⁾の売上であること、及び、原告が被告に対する訴訟を提起した後も有料会員であり続けていることの2点から、原告が被告に相当程度依存しているとした(①)。続いて、食べログが主要な飲食店ポータルサイトの1つであることから、食べログを運営する被告が飲食店ポータルサイトを運営する会社の中で有力な

地位を占めているとした(②)。飲食店が有料会員であれば、ユーザーの初期設定である「標準」ランキングで当該飲食店が優先的に上位に表示されるため、飲食店は有料会員になろうとする。また、原告が本件変更前から本件基準日店舗(令和元年5月21日時点で営業していた店舗)について有料会員として広告費を費やし、原告の売上の31%が食べログ経由の売上となっていたこと、原告は被告に対する訴訟提起後も有料会員であり続けたことから、原告にとって食べログの有料会員になる必要性和重要性は高いとした(③・④)²⁵⁾。

以上の要素から、原告が食べログの有料会員であり続けなければ、原告の事業に大きな影響が出るため、著しく不利益な要請を受け入れざるを得ない状況にあったとして、被告の原告に対する優越的地位を認めた。

(3) 「その他取引の相手方に不利益となるように……取引を実施すること」

取引の実施とは、「取引の条件の設定又は変更以外の取引に関連する事実行為等であって当該取引の相手方に不利益となるようなものを含む」とした。その上で、被告が食べログ上に原告の店の評点を掲載することは、会員かつチェーン店である原告にとって不利益となるように取引を実施することにあたり、取引の実施に当たるとした²⁶⁾。

21) 優越的地位を「利用して」という要件もある。しかし、「裁判所は、X(原告)に対して優越的地位にあるY(被告)が、本件変更を行ってX(原告)に対して「正常な商慣習に照らして不当な」といえる「不利益を課した取引を実施した」として、本件変更の要件該当性を簡単に認めている(宮井・前掲注19)99頁)。

22) 本件判決は、優越的地位が認められるのは、「取引の一方の当事者……が、市場支配的地位又はそれに準ずる絶対的に優越した地位にある場合だけではない」とことを確認している(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。ゆえに、当該市場で2番手以下の者も優越的地位の濫用の主体となりうる(前掲注4)参照)。

23) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。本判決が挙げた4要素は、公正取引委員会「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(平成22年11月30日、平成29年6月16日改正)を踏まえたものである(前掲注4)。

24) 食べログ経由の予約として、食べログ専用電話を利用した予約とインターネット予約がある。原告の各月の売上の31%が、上記の2つの予約方法から来ていた(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。

25) 裁判所は、③と④を区別することなく論じている点には留意が必要である。また、裁判所は、原告が本件変更後に他の飲食店ポータルサイトへの投資を増やしていることを認めた上で、多くの飲食店が複数の飲食店ポータルサイトを利用していることを踏まえれば、原告が食べログ以外の飲食店ポータルサイトへの広告費を増額したことをもって、取引先変更可能性があったとはいえず、原告が食べログ上で有料会員であることの必要性、重要性を否定できないとした(東京地判令和4年6月16日・前掲注2))。

26) 被告は、評点を掲載するというサービスは、有料会員だけでなく、無料会員及び非会員に対しても提供していることから、取引の実施に当たらないと主張した。しかし、裁判所は、無料会員や非会員に同様のサービスを提供していることが取引の実施該当性を否定することにはならないとした。

(4) 「正常な商慣習に照らして不当に」

a 裁判所の判断

本件では、本件変更によって、チェーン店であることを理由にチェーン店の評点を非チェーン店と比べて相対的に低く算出するアルゴリズムが導入されたことが、優越的地位の濫用に当たることが問題となった。そして、裁判所は、本件変更が優越的地位の濫用に当たると判断した。

裁判所は、「正常な商慣習に照らして不当に」不利益を与えたといえるかは、「行為の意図・目的、態様、不利益の内容・程度等を総合考慮し、専ら公正な競争秩序の維持、促進の観点からは認められる商慣習に照らして不当であるか否かという見地から判断すべき」とした。不利益の内容・程度について、「①取引の相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えることとなるか否か、②取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり、不利益を与えることとなるか否か²⁷⁾」の2つの例が挙げられている。本件判決は、以下で検討するとおり、①の類型を念頭に検討を加えている。

まず、本件判決は、「評点が、投稿者から投稿された主観的な評価・口コミを基に算出した数値であり、かつ、消費者による飲食店選びの参考となる情報の1つとして公表されていること、現に、本件変更後は……食べログ経由の来客人数等が減少していることを踏まえると、原告の……不利益の程度は大きい」とした。その上で、本件変更を行った事実につき、本件変更の対象となった飲食店に対する本件変更前の通知がなかったことを確認した。さらに、本件変更の対象となった飲食店を運営する事業者には、本件変更から得

られる直接の利益があるとはいえないとした。そして、結論として、被告による本件変更は、「被告があらかじめ公表していた評点の意義及び評価方法等に照らし、原告にあらかじめ計算できない不利益を与えるものであ」って、「少なくとも被告の主張する本件変更の意図・目的を達成する手段として相当であったとはいえないこと等に鑑みると、専ら公正な競争秩序の維持、促進の観点からは認められる商慣習に照らして不当であり、独禁法2条9項5号にいう「正常な商慣習に照らして不当に」……に当たる²⁸⁾」とした。

b 考察

(a) 問題点

上記判示から、本件判決は、被告による本件変更が、取引の相手方である原告に、あらかじめ計算できない不利益を与えた(①)と考えていたと想定される。

裁判所は、具体的な判断にあたって、公表された評点の内容、性質、本件変更から生じる不利益の程度、本件変更によって不利益を被る飲食店への事前の通知の有無、本件変更から対象者に直接の利益が生じるか否かを考慮した。その中でも、特に裁判所が重視したのは、本件変更の対象となる飲食店に対し、本件変更が事前通知されていなかったことで、本件変更の対象となる飲食店が本件変更による不利益を最小限にとどめられるように対策する機会を失った点だとされている²⁹⁾。

ここで、事前の通知の有無を重要視する裁判所の論理を逆から考えてみる。すると、事前の通知さえあれば、不利益を最小限にとどめる対策ができるとして、問題となっている不利益があらかじめ計算できるという結論につながってしまうおそれが大きいことが分かる。確かに、「あらかじめ」計算できない不

なお、「会員でなく、被告が一方的に検索結果に評点を表示するだけの店舗については、……「取引を実施する」に該当せず、優越的地位の濫用は問題にならない」とされている(泉水文雄「判批」法学教室509号67頁,71頁(2023))。このことは、会員か非会員かで食べログでの営業活動が持つ意義や重要性が異なり、どの程度注力するかも異なりうることから、正当化できると考えられている(宮井・前掲注19)100頁)。

27) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)、白石・前掲注20)486-488頁。これらの例は、公取委の意見書にも記載がある(公正取引委員会「令和2年(ワ)第12735号差止請求事件に係る求意見について」8頁(令和3年9月16日)(<http://食べログ被害.com/wp-content/uploads/2022/04/db3ccaf7e89166e3b6a3825df054d934.pdf>, 2024年9月22日最終閲覧))。

28) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

29) 泉水・前掲注26)70頁。

利益という文言を重く見るとすれば、事前の通知を重視することが間違いだと直ちに断ずることはできないとも考えられる。しかし、この論理は、以下の2つの点で妥当でない。

(b) あらかじめ計算できない不利益に関する考慮要素の妥当性

・理論的検討

第1に、仮にアルゴリズム変更の事前の通知があったとしても、アルゴリズム変更の対象から外れるための措置に多額の費用あるいは長大な時間を要する場合には、飲食店にとって直近に差し迫ったアルゴリズム変更の対象から自店が外れるように当該措置をとることは現実的でない。例えば、チェーン店は、アルゴリズム変更への対応策として、M&Aをして自店がチェーン店でなくなるようにすることも考えられる。しかし、通常、M&Aは経済的負担が大きいこと及びM&Aの実行には一定の時間を要することから、仮にアルゴリズム変更の事前通知があったとしても、アルゴリズム変更の対象から外れるための即時の対応策としてM&Aを実行することは現実的ではない。その結果、飲食店は、当該アルゴリズム変更の対象となり、その変更から生じる不利益を甘受するしかなくなるため、不利益を逃れることは難しくなる。

加えて、アルゴリズム変更の事前の通知を受けて、当該アルゴリズム変更で不利益に扱われる事情があるままでも不利益に扱われない別のポータルサイト経由の集客へと集客の重点を移すために、当該別のポータルサイトへの広告費を増強することで不利益を最小限にとどめようとするとも考えられる。しかし、この別のサイトへの広告費の増強という方策は、あくまで当該別のポータルサイトがアルゴリズム変更を実施しようとするポータルサイトの代わりとなるサービスを提供できる能力を有している場合にのみ、不利益を最小限にするための対策として機能する。

つまり、いずれにせよ、事前の通知があったとしても、必ずしも不利益を最小限にとど

めるための何らかの対処ができるわけではない。したがって、事前の通知があったことを過度に重く見て、不利益を最小限にとどめる対策をする機会があったはずだとして、あらかじめ計算できない不利益がなかったと判断すべきでない。

事前の通知の有無を他の考慮要素³⁰⁾と並ぶ一考慮要素としつつも、事前の通知の有無よりも、アルゴリズム変更による不利益を最小限にとどめられるように対策する機会が十分与えられたかという考慮要素に重点を置いて、あらかじめ計算できない不利益があったといえるかを検討すべきである。

ただし、不利益を被る者が、不利益を最小限にとどめるための対策をする機会があったのに、その機会を活かさない場合には、分かきっていた不利益が現実化したにすぎないことになるので、不利益があらかじめ計算できたといえよう。

・具体的検討

本件では、被告は、本件変更によってチェーン店の評点を引き下げた。原告は、チェーン店であり続けるならば、本件変更の対象とされ、原告の店舗の評点が下落することは避けられない。その結果、本件変更による不利益が、チェーン店である原告に生じることとなる。原告がチェーン店であることを辞めるためには、M&Aを実施するなどして非チェーン店になるほかないが、上記のようにアルゴリズム変更の対象となることを逃れるためだけにM&Aを実施するのは現実的でない。ゆえに、原告が、本件変更の対象外になるように対策し、本件変更から生じる不利益から逃れることは難しい。

食べログは、上述のとおり、飲食店の84%が利用する飲食店ポータルサイトであり、この飲食店利用率は飲食店ポータルサイトの中で最大である。2位の飲食店ポータルサイトは、食べログほどの数の飲食店が利用しているわけではないが、65%の飲食店に利用されている³¹⁾。その差が約20%であることから、

30) 公表された評点の内容、性質、本件変更から生じる不利益の程度、本件変更によって不利益を被る飲食店への事前の通知の有無、本件変更から対象者に直接の利益が生じるか否か。

31) 東京地判令和4年6月16日・前掲注2)。

2位のポータルサイトが食ベログの代わりになるという主張も考えられる。しかし、食ベログのような飲食店ポータルサイト事業では、当該ポータルサイト上の飲食店の数が多ければ多いほど、消費者にとって飲食店を探しやすくなるため、消費者から見たポータルサイトの魅力が大きくなり、消費者が当該ポータルサイトを好んで利用するようになる。そして、消費者がそのポータルサイトを利用するようになると、反射的に飲食店にとっても当該ポータルサイトの魅力が高まり、飲食店もそのポータルサイトを選ぶようになる。そうなれば、利用者は、単に飲食店ポータルサイトであることを理由に当該ポータルサイトを利用するのではなく、飲食店も消費者も大多数の人が利用するポータルサイトであることを理由に当該ポータルサイトを利用するようになる。つまり、当該ポータルサイトは替えの効かない存在になっていく³²⁾のである。食ベログは、数多くの飲食店を利用者に持つことによって、飲食店と消費者の双方にとって替えの効かないサービスとなっているといえるから、飲食店の利用率が20%程度しか変わらないとしても、2位のポータルサイトが食ベログの代わりになるとはいえない。ゆえに、本件変更の事前の通知がない場合はもちろん³³⁾、アルゴリズム変更の内容を知らせる事前の通知がなされたとしても、別のポータルサイトへの広告費を増強することによって不利益を最小限にする機会があるとはいえない。

したがって、被告から原告への本件変更の

事前の通知の有無を問わず、原告に本件変更から生じる不利益を最小限にとどめるように対策する機会があったとはいえず、あらかじめ計算できない不利益があったと認められる。アルゴリズム変更の事前の通知があったと仮定した場合に、事前の通知があったことを過度に重視すれば、あらかじめ計算できない不利益がなかったと判断されることになることとの違いがここに現れる。

なお、「あらかじめ」計算できない不利益という文言を重視し、事前の通知の有無を「あらかじめ」計算できない不利益を考える際の決定的な要素とすることを貫くとしても、事前の通知があり、アルゴリズム変更から生じる不利益が「あらかじめ」計算できたとされる場合には、独禁法違反となる余地が全くないと断じるべきではない。あらかじめ計算できない不利益があるかという①の類型では捕捉されないとしても、取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり、不利益を与えることとなるか否かという②の類型で捕捉され得るからである。

(c) 事前の通知が悪用される可能性

第2に、本件判決のように事前の通知を重視すると、ポータルサイト事業者が、事前の通知を悪用し、不当なアルゴリズム変更を利用者に受け入れさせることが想定される。つまり、ポータルサイト事業者は、不利益がいかなるものであったとしても、事前の通知を通して利用者がその不利益の発生を認識していたから、不利益はあらかじめ計算できる不

32) 神取道宏『ミクロ経済学の力（第1版）』308-320頁（日本評論社、2017）。自分1人だけが戦略を変えても得をしない状態をナッシュ均衡という。食ベログのような飲食店ポータルサイトでは、ユーザーと飲食店の双方にとって同じポータルサイトを利用するという状態がナッシュ均衡になっているといえる。このように、他者と同じものを使った方が得をすることをネットワーク効果という。「全員が同じものを使う」という限りにおいて複数の均衡があるが、どのナッシュ均衡が現実になるかは必ずしも当事者にとっての良し悪しによって決まるわけではない。現に、「たまたま市場シェアが大きくなった」サービスが継続的に「シェアを伸ばし、最終的に業界標準となることが多い」。そして、いかなる均衡が現実になったとしても、「ひとたび社会全体が」1つの「均衡にはまってしまうと、一人ひとりの努力ではなかなかそこから抜け出すことはできな」くになってしまう。すなわち、食ベログがシェアを継続的に拡大し、市場を支配するようになっていくことで、食ベログというポータルサイトを利用するユーザー及び飲食店は、他のポータルサイトではなく食ベログを利用するしかなくなっていくおそれがある。

33) 原告に対する本件変更の事前の通知がない場合、原告は、本件変更によって原告がどのように不利益に扱われることになるかという本件変更の内容が想定できない。そうすると、本件変更から生じる不利益を最小限にとどめるにはどのような広告が適切か、原告にとって明らかにならない。そのような状況下では、不利益を最小限にとどめるように対策する機会が、原告に十分与えられたとはいえない。

利益であったと主張することが考えられる。したがって、事前の通知の有無及び利用者が自身に不利益が生じることを認識しているか否かに過度に執着すると、ポータルサイト事業者があえて事前通知した上で不当なアルゴリズム変更を実施することを許してしまうおそれがある。

(d) 結論

したがって、あらかじめ計算できない不利益の有無の判断において、事前の通知の有無は、あくまで考慮要素の1つとして扱われるべきであって、過度に重視されるべきではない。むしろ、あらかじめ計算できない不利益の有無を判断するにあたっては、不利益を最小限にとどめるための対策をする機会が十分あったかに重点が置かれるべきである。そして、この判断基準の下でアルゴリズム変更にあらかじめ計算できない不利益があると認められる場合には、当該アルゴリズム変更が「正常な商慣習に照らして不当」に不利益を生じさせたと考えるべきである

(5) 小括

本件判決では、裁判所は、優越的地位の濫用を認めて、損害賠償請求を一部認容した。事前の通知の有無を重視すべきでないという上記の議論を踏まえても、結局本件では事前の通知がなかったのであるから、結論に違いは生じない。しかし、上記の検討で示したように、あらかじめ計算できない不利益の認定に関して、さらなる理論の精緻化が期待される。今後、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用に当たるかが問題となった際には、結論において本件と同じように優越的地位の濫用を認めるとしても、その判断過程においては本件判決を一層発展させた議論がなされるべ

きだろう。

3 差止め

(1) 差止請求棄却の概要

原告は、裁判所に対し、本件変更によって新たに導入されたアルゴリズムを被告が運用し続けるのを止めるために、差止請求をした。

原告が損害賠償請求に差止請求を追加した背景には、商事部の裁判官が独禁法に精通していることから、本件訴訟を民事部から商事部に移送してもらおうという狙いがあったことが、原告代理人により明らかにされている³⁴⁾。加えて、原告側は、独禁法の知見を多く有する商事部の裁判官が、求意見制度を活用して、アルゴリズム変更という新規性のある問題に関する独禁法の解釈について公取委の意見を求めることも期待していた³⁵⁾。

裁判所は、①原告の利益が本件変更によって約20%減少したとしても、直ちに原告の飲食店事業が著しく継続困難になるとはいえない³⁶⁾こと、②信用やブランド価値の毀損を生じさせないこと、③本件変更の内容が被告によって明らかにされれば、ユーザーは自らその評点下落を考慮に入れて飲食店選びを行うようになることを理由として、差止請求を棄却した³⁷⁾。

(2) 分析

a 総論

裁判所は、被告が本件変更の内容を明らかにすれば、ユーザーがチェーン店の評点が減点されていることを知ることになるから、ユーザーがチェーン店の評点の低下を考慮すれば、原告が「著しい損害」(独禁法24条)

34) 西田章「新規分野で企業から信頼されている司法修習60期代のリーガルアドバイザーは誰か?——第1回皆川克正弁護士インタビュー——」商事法務ポータル(2022年9月6日)(<https://portal.shojihomu.jp/archives/33522>, 2024年9月22日最終閲覧)。東京地裁では、民事第8部で商事事件が扱われている(裁判所「民事第8部(商事部)」(https://www.courts.go.jp/tokyo/saiban/minzi_section8/index.html, 2024年9月22日最終閲覧))。

35) 西田・前掲注34)。独禁法79条2項は、「裁判所」が公取委に意見を求めることができる」と規定し、裁判所の裁量に委ねている。ゆえに、当事者には、公取委に意見を求めるかどうかにつき、主導権がない。

36) 単に利益の一部がなくなるというだけでは、「著しい損害」という要件が充足されることにはならない(白石忠志=多田敏明編著『論点体系 独占禁止法(初版)』360-361頁[長澤哲也](第一法規, 2014))。

37) 差止請求が認容される事例は少ない。これは、「著しい損害」要件該当性が否定されることが多いためである(泉水・前掲注26)71頁)。

を被ることにしないとして、差止請求を棄却した。しかし、本件では、差止請求を認容すべきであったと考える。以下では、学説上も批判が見られる裁判所の理由づけについて批判的に検討する。加えて、損害賠償請求が認められ、金銭的に賠償がされたとしても、優越的地位の濫用を実効的に解決することにはならないことを論じる³⁸⁾。

b 本件変更の考慮可能性

裁判所は、差止請求を認めない根拠として、本件変更が明らかになれば、チェーン店の評点の減点をユーザーが考慮できることを挙げている。しかし、以下の理由からこの主張は妥当でない。

まず、裁判所は、変更内容が明らかになれば、消費者が変更内容を前提とした飲食店選びを行うようになるとしている。確かに、被告がチェーン店の評点を下げたことを消費者が知れば減点の事実を踏まえて検索結果を見るという想定は妥当だろう。しかし、仮に減点の事実を踏まえて検索結果を見るとしても、各店舗が実際のどの程度減点されているかは消費者にとって不明確である。ゆえに、飲食店がチェーン店であることに起因する減点を差し引いた場合の当該飲食店の本来の評点がどの程度のものかにつき、消費者に一定程度の疑念が生じることは避け難い。言い換えれば、消費者から見れば、チェーン店の評点が減点されているという本件変更の変更内容が明らかになったとしても、チェーン店の減点がなかった場合の具体的な評点が想定しにくい。加えて、消費者が飲食店ポータルサイトを利用して店舗を検索する主要な目的は、評点を見ながら評価の高い飲食店を選ぶことにありと考えられる。そうすると、消費者は、減点されていることを考慮した上で、本来どの程度の実力がある店か分からない店を

選ぶリスクを取るよりは、減点の影響を受けず、本件変更後の食ベログ上に表示されている評点であっても信頼できる店の中から訪問先を選ぶようになると想定できる。したがって、本件変更の変更内容が明らかになれば、全てのユーザーが同じように本件変更前と同じようにチェーン店に行き続けるということにはならない³⁹⁾。

以上より、裁判所は、チェーン店がそれぞれの程度減点されているかがユーザーには分からない場合、ユーザーがチェーン店を選ばなくなるおそれがあることを看過していると見ることができる。ゆえに、本件変更の内容が明らかになったとしても、ユーザーがチェーン店の評点の減点を踏まえて本件変更前と同じように店を選ぶことにはいえない。

c 損害賠償による救済の実効性

裁判所は、損害賠償による金銭的救済を認めている。しかし、本件変更後のアルゴリズムの使用が続けられた場合、果たして金銭的救済が問題状況の解決のために十分機能するだろうか。金銭賠償では救済として不十分な場合に「著しい損害」が認められるとされていることとの関係で問題になる⁴⁰⁾。

裁判所は、損害賠償請求を認める際に、本件変更によって原告の営業利益の約20%が失われたことを認めた上で、月160万円を2年分、計3840万円を賠償すべきだとしている。各月で同額の損害の発生を認めていることから、時間の経過とともに原告が被る損害が軽くなっていき、消えていくとは考えていないといえる⁴¹⁾。原告が被っている損害は、本件変更で導入されたアルゴリズムによってチェーン店が減点されることから生じている。ゆえに、本件のアルゴリズムがそのまま使用され続ける限りは、チェーン店である原

38) 東京高裁平成19年11月28日判決が、「著しい損害」が認められる場合の例として、「金銭賠償では救済として不十分な場合」を挙げていることから、金銭賠償で十分かという検討は重要であるといえる（東京高判平成19年11月28日判時2034号34頁）。

39) もっとも、仮に本件変更前の各チェーン店の評点を参考情報として各店舗のページに掲載する等の対策をとれば、ここで問題となっている本件変更による評点の低下にどの程度影響されているかが明らかでないことを原因として当該飲食店が敬遠されることはなくなると考えられる。

40) 前掲注38参照。

41) 店舗側では本件変更への対応が訴訟の時点ですでに一応はできているはずだという想定は、この裁判所による計算と矛盾するため、妥当でない（泉水・前掲注26(71頁)）。

告に継続的に損害が生じるといえる。アルゴリズムの使用が続いた場合、原告の経済的損失がいつまで、どの程度拡大していくかは予想できないので、本件訴訟における1回の損害賠償による金銭的救済では、拡大し続けていく経済的損失を十分回復することはできない。よって、1回の損害賠償による金銭的救済では、チェーン店を不利益に扱っているアルゴリズムの使用をやめさせ、原告を救済するには不十分であるといえるから、「著しい損害」があるといえるだろう。

加えて、通常、将来も継続的に損害が発生するとしても、将来の損害については、後日別訴を提起して賠償を求めれば足りると考えられており、将来給付の訴えの要件を満たさない限り、別の訴えが必要となる⁴²⁾。将来もアルゴリズム変更が維持されることで不法行為による損害が発生し続けるとしても、必ずしも将来給付の訴えが認められるわけではなく、別訴で争うことになる可能性は十分ある。また、アメリカにはオプトアウト型のクラスアクション制度があり、独禁法関連の訴訟でも用いられているのに対し、日本では、共同訴訟（民事訴訟法38条）や選定当事者（同法30条）の制度があるものの、アメリカとは異なり、両者はあくまでオプトイン型の訴訟にすぎない。すなわち、日本では、原告になりたければ、自発的に当事者となって訴訟に参加する必要がある⁴³⁾。そのため、他に原告と同様の状況にある飲食店が何らかの理由によって自発的に本件訴訟に参加しない場合、同様の訴訟が多数発生することにな

る。そうすると、結果的に、原告自身による又は他の飲食店による同様の損害賠償請求訴訟が継続的に発生することになるおそれが大きい。しかし、これは、事件の効率的な解決の観点から妥当とはいえない。むしろ、本件変更後のアルゴリズムの使用をやめさせられれば、一回的に原告及びその他の同様の状況に発生している飲食店の問題を解決できるはずである。ゆえに、裁判所は、1回の損害賠償による金銭的救済では不十分であるとして「著しい損害」を認め、差止請求を認容した上で、被告に本件変更後のアルゴリズムを修正させることによって事案の解決を図るべきだろう。

(3) 理想的な差止め

では、どのような差止めを認めるべきか。アルゴリズムは専門性が高く、本件変更後のアルゴリズムを修正したかどうかは、公開されているポータルサイトの表示を第三者が一見して判断できない⁴⁴⁾ため、問題となる。

本件はアルゴリズム変更を独禁法上の問題として扱った初めての事例であるから、差止めを認めるべきだとしても、いかなる差止めが妥当かを考える際の検討対象となる前例がない⁴⁵⁾。

しかし、例えば、本件変更後のアルゴリズムが原告に損害を生じさせているのであるから、被告に、本件変更によってチェーン店を不利益に扱っている部分につき、本件変更後のアルゴリズムの使用をやめ、アルゴリズムを修正した上で、その修正内容を裁判所に報告させるという差止めが考えられる。もっと

42) 将来の不法行為に基づく損害賠償請求については、(ア)請求権の基礎となるべき事実関係および法律関係が既に存在し、その継続が予測されるとともに、(イ)請求権の成否およびその内容につき債務者に有利な影響を生ずるような将来における事情の変動があらかじめ明確に予測し得る事由に限られ、(ウ)これについて請求異議の訴えによりその発生を証明してのみ執行を阻止し得るという負担を債務者に課しても格別不当とはいえない場合に限り、将来の給付の訴えにおける請求権の適格を有すると述べた判例がある（最大判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁）。

43) SIMON VANDE WALLE, PRIVATE ANTITRUST LITIGATION IN THE EUROPEAN UNION AND JAPAN : A COMPARATIVE PERSPECTIVE 63-65 (2013). 原告は、食ベログ被害者の会を立ち上げ、同様の被害にあった飲食店に対し、集団で法的措置をとることを訴えている（食ベログ被害者の会「食ベログ被害者の会」立ち上げの経緯」([http:// 食ベログ被害 .com/](http://食ベログ被害.com/) 被害者の会 / , 2024年9月22日最終閲覧)。

44) 実際にユーザーに対して表示されている画面ではなく、その画面に表示する内容を決定する仕組みであるアルゴリズムが問題となっているので、ポータルサイトを一見するだけでは問題となっているアルゴリズムが差止めで命じられたとおりにアルゴリズムが修正されたかを知ることはできない。

45) 差止めとして適切な解決策が考えにくいことを理由に裁判所の判断を支持する見解もある（村上・前掲注8)611頁）。しかし、あくまで適切な解決策が考えにくいことが差止めを認めない理由とされるべきではない。

も、アルゴリズムは専門性が高く、一見して実際にアルゴリズムの修正が適切に実施されているかが分からない。そこで、実際に被告が差止めで要求されるアルゴリズム修正を行い、本件変更で問題となっているチェーン店の不利益取扱いについて修正したことを裁判所に報告させることが効果的だろう。

フランスの Google ads 事件⁴⁶⁾では、Google がユーザーとの間にあるルールに違反していたことが問題となった。当局は、差止めを用いて、Google が問題状況に対する解決策を実行しているかを当局が確認するための報告書を毎年提出するように Google に命じた⁴⁷⁾。

確かに、アルゴリズムは、営業秘密としての重要性が高く、ルールのように公開することが前提とされている性格のものではないため、事業者としては、アルゴリズムについての報告書を出すことに消極的になることも考

えられる。しかし、裁判所に対して報告するだけなら、情報の機密性を保つこともできるだろう。よって、裁判所は、被告に対し、本件変更によってチェーン店を不利益に扱っている部分につき、アルゴリズムを修正した上で、その変更内容を裁判所に報告するように差止めで命じるべきである。

上記の差止めができるとしても、どのようにすれば、差止めの実効性を確保できるだろうか。ベルギーやオランダに存在する“*astreinte*”が参考になる。“*astreinte*”とは、裁判所の差止命令に当事者が従わない場合に、日々強制金を課すことによって、差止めの実効性を確保する制度である⁴⁸⁾。差止認容判決を得た当事者は、相手方当事者が差止命令に従わない場合に、新たに特別の手続を経ることなく、差止命令自体を用いて、差止命令の違反から日々発生している強制金を支払うよう求めることができる⁴⁹⁾。

46) L'autorité de la concurrence, Décision n°19-D-26 du 19 décembre 2019 (2019).

47) Google ads 事件は、直接的には、Google と利用者との間で定められていたルールに Google が違反したことが問題となり、フランス競争当局が決定を下した。他方で、本件は、アルゴリズム変更が問題となり、裁判所で争われている訴訟である。両事件は、問題となっている行為の内容がルール違反とアルゴリズム変更とで異なる上、判断主体が競争当局と裁判所とで異なっていることには注意が必要である。しかし、これらの違いから直ちに Google ads 事件から学べるものが皆無になるわけではない。

48) このような制度があることで、1 日でも早く差止命令で命じられたとおりのアルゴリズムの修正を施すようプラットフォーム事業者に促すことができる。なお、ここで紹介する *astreinte* 制度は、ベネルクス三国の間での条約 (Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte, [https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201162/volume-1162-I-18360-English.pdf#:~:text=Benelux%20Convention%20containing%20a%20uniform%20law%20relating%20to%20penal%20sums,last visited Oct 18, 2024](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201162/volume-1162-I-18360-English.pdf#:~:text=Benelux%20Convention%20containing%20a%20uniform%20law%20relating%20to%20penal%20sums,last+visited+Oct+18,+2024)) により定められている制度 (以下、単に「*astreinte* 制度」という場合には、この制度を指す。) であり、ベネルクス三国には同一の制度が存在する。フランスにも同じく *astreinte* という名前の制度は存在するが、ベネルクスの制度と同一の制度ではなく、相違点が存在するため、注意を要する (Hague Conference on Private International Law, Twenty-Second Session – Recognition and Enforcement of Foreign Judgments 18 June – 2 July 2019, The Hague, 5-7, <https://assets.hcch.net/docs/87755cfd-14fb-4108-9563-bef93347a7f1.pdf>, last visited Sep. 22, 2024)。

49) VANDE WALLE, *supra* note 43, at 278-279. 日本にも、*astreinte* 制度と類似する制度として間接強制制度 (民事執行法 172 条) がある。間接強制は、債務名義 (同法 22 条) を得た上で、債務名義で命じられた作為又は不作为を目的とする債務を債務者が履行しないときに、債務の履行を確保するために相当と認められる一定の額の金銭を支払うよう命じる方法により、債務者に債務の履行を強制する制度である (同法 172 条 1 項参照)。日本法の間接強制制度の下では、裁判で勝訴して確定判決を得た後に、当該判決を債務名義として強制金決定の申立てをし、決定を受けた場合、当該決定が債務名義となり (同法 22 条 3 号)、債務者が作為義務を履行しない場合には、条件成就執行文 (同法 27 条 1 項) の付与を受けて金銭執行するという過程を辿る (上原敏夫ほか『民事執行・保全法 (第 6 版)』234-236 頁 [山本和彦] (有斐閣, 2020))。すなわち、間接強制制度の下では、債務者がアルゴリズムの修正という作為義務を定めた差止認容判決に加えて、債権者の申立てによってなされる裁判で決定を受け、強制執行のために必要である。他方で、*astreinte* 制度の下では、差止認容判決が出されているにもかかわらず、債務者が差止内容を実現しない場合には、債権者は、執行官に対する申立てによって、強制執行することができる。差止認容判決後に再び裁判が行われることになるのは、債務者が、強制執行について争うために、債務者自ら裁判所に対して異議を申し立てた場合に限られる。つまり、*astreinte* 制度の下では、差止認容判決を得た債権者は、別途決定を受けることなく、強制執行することができ、むしろ、債務者による裁判所に対する異議申立てがあつて初めて、再び強制執行についての裁判が行われることになる (Hague Conference on Private International Law, *supra* note 48)。

上記のように本件変更によってチェーン店を不利益に扱っている部分につき、アルゴリズムを修正した上で、その変更内容を裁判所に報告させるという差止命令を出し、被告がアルゴリズムを戻したことの確認を裁判所から受けるまでは、被告に日々強制金が発生し、原告が被告から差止命令自体をもってその強制金を取れることにすれば、被告が早急にアルゴリズムを変更し、問題状況が解決することになるだろう。

4 求意見制度

求意見制度は、コモンロー法域で確立されてきた制度であり⁵⁰⁾、現在では、日本やEUでも見られる制度である。競争当局は、求意見制度を用いて、裁判所に意見を提出できる。普段から競争法を専門的に扱い、知見を蓄積している行政当局が提出する意見は、裁判所が競争法上の問題をよりよく理解する助けとなる⁵¹⁾。

本件では、初めて裁判所から公取委に意見

が求められた⁵²⁾。しかし、日本とは対照的に、アメリカやEUではこれまでも求意見制度が利用され、特に、アメリカで積極的に活用されてきた⁵³⁾。求意見制度で提出される意見は、必ずしも裁判所を拘束するものではない⁵⁴⁾が、裁判所の判断に対して大きな影響力を持つ。

本件では、裁判所は、独禁法79条2項に基づき、公取委に意見の提出を求めた。他方で、今回のような裁判所からの請求がない場合には、公取委が自ら意見を提出することもできる(独禁法79条3項)。上記のとおり、意見書が裁判所を拘束するものではないことを踏まえれば、裁判所と公取委のどちらが主導するかはともかく、公取委の意見をできるだけ裁判所に提出することが重要となろう。特に、アルゴリズム変更のように先端的な独禁法上の問題を扱う場合には、専門的知見を多く有する公取委の意見を反映する⁵⁵⁾ことで、より洗練された判例法を形成していけるように、裁判所と公取委が協力していくべきである⁵⁶⁾。実際、本件判決では、裁判所は、

本件のようなアルゴリズム変更をめぐる事件では、アルゴリズムがプラットフォーム事業者にとって重要な営業秘密であることから、対外的にはアルゴリズムの内容が秘匿されることが多いと思われる。そうだとすると、きちんと差止認容判決に従ってアルゴリズムが修正されているかどうかを債権者が確認するための情報は、通常、債務者たるプラットフォーム事業者の側に偏在することになる。ゆえに、一般に、債務者が差止認容判決で命じられたアルゴリズムの修正という作為義務を履行しているかを、債権者が確認することは、きわめて難しい。この問題点があるからこそ、本稿では、アルゴリズムの修正内容を裁判所に報告させるという差止めを提案している。そこで、アルゴリズムの修正内容という差止めとの関係で決定的に重要な情報を握っている債務者が、差止認容判決に従ったアルゴリズム修正を実施したと主張する場合に限って、強制執行が争われることとし、債権者は、差止認容判決のみをもって強制執行できるという制度にした方が、債権者債務者間の関係性に照らし、本稿で提案する差止めの実効性が確保できるだろう。

50) Georges Vallindas, *Amicus Curiae*, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N 85868, <https://www.concurrences.com/en/dictionary/amicus-curiae>, last visited Sep. 22, 2024.

51) 長澤・前掲注5)58頁。

52) 公正取引委員会「令和3年 委員長と記者との懇談会概要(令和3年10月)」・前掲注6)。

53) アメリカでは、FTCやDOJといった行政当局の決定ではなく、裁判官の判決によって競争法を執行してきたことが大きく影響していると考えられている(Vallindas, *supra* note 50)。実際、アメリカにはシャーマン法が1890年代に成立した当初から競争法の私人間訴訟を用いた執行の制度があった。しかし、日本では、戦後に私人間訴訟の制度が独禁法に規定された後も、私人間訴訟があまり活用されてこなかった(Vande Walle, *supra* note 43, at 41-42)。競争当局が訴訟の当事者となる場合には、当局自身の主張において、当局の見解は明らかとなる。しかし、私人間訴訟の場合には、競争当局が訴訟の当事者とならないため、求意見制度を利用して当局が意見を提出しなければ、訴訟において当局の見解が反映されないおそれが生じる。ゆえに、競争法の執行における私人間訴訟が果たす役割の大きさの違いも求意見制度の普及の程度の違いに少なからぬ影響を与えていると考えられる。

54) 村上・前掲注8)606頁。

55) 長澤・前掲注5)58頁。

56) 村上・前掲注8)606頁。私人間訴訟の場合には、競争当局が当事者になることはないため、求意見制度を用いなければ、当局が意見を反映させる機会を失ってしまうおそれが生じる。そうすると、公取委と裁判所の間で独禁法違反の判断が異なることになりうる。両者の違法性の判断が異なると、事業者の事業活動に萎縮効果が生じる。ゆえに、求意見制度を用いて公取委と裁判所が歩調を合わせて、独禁法の判例法形成及び行政的解決を図つ

求意見制度を利用し、公取委の意見を広く採用しており、学説上も求意見制度のさらなる活用が訴えられている⁵⁷⁾。仮に、学説上議論されているように求意見制度が今後さらに活用されていくとすれば、公取委の独禁法の理解に精通していることが、公取委の行政的な措置だけでなく、裁判所による司法判断の観点からも重要となる。なぜなら、求意見制度の積極的な活用は、アドボカシーとエンフォースメントの連携に役立つと考えられているからである⁵⁸⁾。

さらに、事業者の観点からも求意見制度の活用には一定の意義があると考えられる。事業者が新規性のある事業を日本国内で始めようとする場合、公取委と対話する機会をできるだけ早い段階で持つことにより、事業者は、公取委が独禁法上のリスクをどのように考えているかを知ることができる。加えて、事業者は、公取委が新規性のある事業分野に関する独禁法の考え方を構築していく過程で、公取委の解釈が自身に有利な解釈となるよう働きかけることもできる。こうして、事業者が、公取委の考え方に精通し、また、公取委の考え方を自身に有利なものにしていくことで、新規性のある事業に関する事件が裁判所で争われ、求意見制度によって公取委の意見が裁判所の判断に影響を与える場合にも、事業者に生じる法的リスクを最小化することができる⁵⁹⁾。

以上のように、多角的な観点から、独禁法実務の発展のために、求意見制度が幅広く活用されることが望ましい。

IV. おわりに

本件判決では、東京地裁は、アルゴリズム

変更という新たな問題状況に対し、初めて求意見制度を利用した上で、優越的地位の濫用を根拠として損害賠償請求を認めた。

しかし、本件判決の後、原告と被告の双方が控訴した。本件控訴審判決は、本件判決と同じ規範を用いつつも、本件変更が優越的地位の濫用に当たるとして原告の被告に対する損害賠償請求を一部認容した本件判決とは異なり、アルゴリズム変更が優越的地位の濫用に当たらない⁶⁰⁾として損害賠償請求を棄却した。具体的には、本件控訴審判決は、優越的地位の濫用につき、第1審被告が、第1審原告との関係において優越的地位にあること、優越的地位を利用して取引の相手方に不利益となるような取引を実施したことを認めた一方で、「正常な商慣習に照らして不当に」行われたものとまではいえないと判断した。以上のとおり、本件控訴審判決によって本件判決は覆されている。

そうはいつても、日本におけるアルゴリズム変更をめぐる独禁法上の問題に関する議論は、依然として発展途上の段階にあることは確かであるから、アルゴリズム変更という新規性のある独禁法上の問題について初めて下された司法判断である本件判決を踏まえて、優越的地位の濫用に関する議論や差止めの可能性を検討することは、本件控訴審判決が出された現時点においても、引き続きアルゴリズム変更に関する独禁法規制の今後の発展のために重要な意義を有するだろう。

本稿では、本件変更の具体的な特徴を踏まえつつ、優越的地位の濫用や差止め、求意見制度について検討を加えたが、本件に限らず、アルゴリズム変更をめぐる独禁法上の問題が引き続き生じてくると考えられる。そこで、今後は、本件変更固有の問題点から離れ、

ていくことが重要となる（長尾愛女「判批」新・判例解説 Watch 経済法 No.33, 263 頁, 266 頁（2023）、泉水文雄「独占禁止法の業実発展について」公正取引 860 号 4 頁, 6-7 頁（2022））。

57) 村上・前掲注 8)606 頁, 長尾・前掲注 56)266 頁。

58) 長尾・前掲注 56)266 頁, 泉水・前掲注 56)6-7 頁。

59) もっとも、未だ独禁法上の問題が生じていない場合に、事業者が公取委と対話する機会を持つとしても、人的資源等の理由により、まともに取り合ってもらえないことはあり得る。また、事業者としては、公取委に事業の初期段階で相談していくことによって、かえって公取委に目をつけられてしまい、事業が成長する前に規制されてしまうおそれもある。

60) 本件控訴審判決は、取引条件等の差別取扱いに当たらないことも認定している（東京高判令和 6 年 1 月 19 日前掲注 7)）。

より一般的な形で、優越的地位の濫用や差止め、求意見制度をはじめとする独禁法の問題とアルゴリズム変更との関係を整理することが求められる。そして、アルゴリズム変更をより精緻な独禁法の議論の中で整理することによって、実効的な紛争解決を実現していくことが期待される。

* 追記

本稿脱稿時点では、本件控訴審判決を確認できていなかったため、本稿における本件控訴審判決の検討は、後日改めて加筆・修正を施した範囲でしか叶わなかった。また、本件は、本件控訴審判決の後、上告されている。大変残念ではあるが、本稿での検討を踏まえた本件判決後の本件の経過についての本格的な検討は、今後の課題とすることとして、本稿の検討を終えることとしたい。

* 謝辞

本稿は、筆者が、2023年度Aセメスターのリサーチペーパーとして執筆した同題の論稿に、加筆・修正を施したものです。本稿の執筆にあたっては、数多くの方にお力添えいただきました。

特に、リサーチペーパーの指導教員を務めていただいたヴァンドゥワラ・サイモン教授には、お忙しい中、何度も貴重なお時間を割いていただき、大変丁寧にご指導いただきました。今回、初めて論稿を執筆した筆者が、数多の課題を乗り越え、ここまで辿り着くことができましたのも、ひとえにヴァンドゥワラ・サイモン教授がいつも親身にご指導くださったからにほかなりません。

構想段階から重ねてきた友人との議論では、日々友人から疑問点や問題点の指摘を受け、多くの貴重な示唆を得ました。筆者は、優秀な友人の支えがあってこそ、本稿を今日の形まで書き上げることができました。

その他にも、数多くの方にお世話になりました。この場をお借りしてこれまでお力添えいただいた全ての方に厚く御礼申し上げます。

なお、本稿には、依然として多くの問題点が残されているかと思いますが、それはひと

えに筆者の力不足によるものです。

(あさぬま・たいせい)