

I 食べログ事件 公取委意見書を中心に

3 当事者

*原告：韓流村

- ・焼き肉チェーン「KollaBo」を経営
- ・食べログの有料店舗会員

*被告：カカクコム

- ・飲食店ポータルサイト「食べログ」を運営

4 経緯

令和元年5月21日 「本件変更」

令和2年3月 公取委報告書

令和2年5月 提訴（損害賠償のみ：民事44部）

令和3年4月 独禁法24条を追加

令和3年5月 民事8部が公取委に通知（79条1項）

令和3年7月 公取委に求意見（79条2項）

令和3年9月 公取委が意見書を提出（79条3項）

令和3年10月 週刊誌の報道

令和4年6月 東京地裁判決

控訴

5 差別取扱いと優越的地位濫用

*併記

- ・公取委報告書
- ・原告訴状
- ・裁判所求意見
- ・公取委意見書

*判決は優越的地位濫用のみ

6 条文

*一般指定4項（取引条件等の差別取扱い）

4 不当に、ある事業者に対し取引の条件又は実施について有利な又は不利な取扱いをすること。

「不当に」＝「公正な競争を阻害するおそれ」（独禁法2条9項6号）

*独禁法 2 条 9 項 5 号

五 自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次のいずれかに該当する行為をすること。

ハ 取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方から取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払を遅らせ、若しくはその額を減じ、その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること。

7 取引 [取引 [の・を] 実施] に当たるか

* 検討ポイント

・ 施策

- ・ 取引の有無に関係ない
- ・ 全員に対して一律

* 公取委意見書

- ・ 差別取扱い 272～273 頁「2」
- ・ 優越的地位濫用 276～277 頁「(2)」

8 その他

* 本件における排除効果の立証

- ・ 273～274 頁「3」

* 濫用（不利益）の判断枠組み 275 頁「イ」

- ・ あらかじめ計算できない不利益
- ・ 合理的範囲を超える不利益

* 公正競争阻害性

- ・ いかなる範囲の飲食店を対象に 276 頁「(1)」

* 行為者が利益を得ている必要はあるか

- ・ ない 276 頁「(1)」

* 本件での濫用（不利益）の認定

- ・ あらかじめ計算できない不利益を強調

II 食ベログ事件 東京地裁判決を中心に

10 優越的地位

- * 「少なくとも」とするほかは公取委優越的地位濫用
 - ・ ガイドラインと同じ（13～14 頁）

* 本件への当てはめ (15~19 頁)

11 濫用行為

- * 行為の意図・目的、態様、不利益の内容・程度等 (例えば「あらかじめ」「合理的範囲を超えた」) を総合考慮 (22 頁)
- * 本件への当てはめで、公表・通知の状況に特に言及 (23 頁)
 - ・ 何を知らせる必要があるか
 - ・ 正当化理由について

12 利用して

- * 「優越的地位」と「濫用行為」があれば認められる、という口吻の判示 (「優に認められる」) (26 頁)
- * 検討ポイント
 - ・ 「取引の有無にかかわらず」「一律」の
 - ・ 「取引を実施」の成否への影響
 - ・ 「利用して」の成否への影響

13 著しい損害

- * 独禁法 24 条
 - ・ 第八条第五号又は第十九条の規定に違反する行為によつてその利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、これにより著しい損害を生じ、又は生ずるおそれがあるときは、その利益を侵害する事業者若しくは事業者団体又は侵害するおそれがある事業者若しくは事業者団体に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。
- * 総合考慮
 - ・ 違反行為による利益侵害の態様・程度
 - ・ 損害の性質、程度、損害の回復の困難の程度 等

14 損害賠償

- * 会員規約の免責条項
 - ・ 故意または重大な過失があるなら免責されない (36~37 頁)

白石教授からレジュメに基づき説明が行われた後、概要、以下のとおり議論が行われた。

・公取委意見書

- 原告（韓流村）は有料店舗会員であったが、もし、非会員であるチェーン店が勝手に掲載され、評価されたことを問題とする場合、「取引の実施」があるといえるのか。むしろ勝手に載せられている店ほど文句があるのではないか。
- 被害者と取引関係になく、競争関係にもない事業者の加害行為は、不公正な取引方法で規制しにくい。可能性としては私的独占しかないのかもしれない。

なお、2条5項の私的独占は、行為者と相手方間の競争関係や取引関係を要件としない。ただ、競争の実質的制限を立証しなければならず、差止訴訟もない（制度のバグ）。
- 差別取扱いについては、アルゴリズム変更の内容を事前に飲食店及び消費者に告知する措置がとられたか否かを考慮しないと書かれている（意見書 274 頁）。ただ、サイトを見る消費者も、変更内容を理解していれば、後方のページまで見るので、排除効果は小さくなりそうだ。優越的地位濫用でなくても、告知の有無は違法性の判断に影響するのではないか。
- 優越的地位の濫用について、「あらかじめ計算できない不利益を与える」か否かの判断において、事前の告知の有無は考慮されるとある（意見書 276 頁）。これと対比して、差別取扱いについては不要と整理されたのだろう。

一般論として、差別取扱いにおいて、告知の有無は問題ではないことが多いだろうが、事前に知らせておくと、排除されないよう対策できるなど、排除効果を低下させるという議論はありうる。
- 事業者が用いるアルゴリズムには、秘密であって開示できないものも多い。しかし、本件は民事訴訟で行われているところ、独禁法の秘密保持命令（81 条）のように、第三者秘匿する仕組みが十分でない。一方的にこのような訴訟を起こされた被告にとってみれば、正面からアルゴリズムを開示して対応するか、そうでなければ限られた反論しかできなくなる。同様の訴訟が乱発すると困ったことになる。
- 本件訴訟でアルゴリズムが開示されたと報道されているところ、プログラムそのものが開示されたのではなく、アルゴリズムの性質等が準備書面等で主張されただけである模様である。
- 本件で優越的地位が認められるか否かの基準がよく分からない。

○ 公取委は優越的地位濫用ガイドラインを平成 22 年に策定し、優越的地位の判断要素について示した。しかし、エディオン事件等、裁判所で優越的地位の論点等が争われている事案が複数あり、それらの結論が出揃っていない。上記事件での公取委の立場は、取引依存度が 10%でもあれば優越的地位に該当するというものである。

一方、これまでの民事訴訟、例えば三井住友銀行事件に関連する民事訴訟において、裁判所は、10%基準を採用していない。借り手が三井住友銀行をメインバンクとし、金融機関からの借入金に占める三井住友銀行からの借入金割合が 4 割以上あるものの、他の銀行からも旺盛な資金調達をしている点にかんがみ、三井住友銀行の優越的地位を否定した例がある¹。このように、優越的地位の基準は全く確立していない。

● 排除効果の立証について、店舗の地域によって売上高の多寡にも差があることを加味して考える必要があると思う。また、同一地域の他店舗で、本件変更後に評価が下がった店舗の売上高が下がったか否かも検証する必要があると思う。

○ 意見書 273—274 頁を本件に当てはめようとする、ご指摘のような事項の立証が必要になると考えられる。東京地裁が優越的地位濫用に絞って判断したのも、基本的に 1 対 1 の関係である優越で処理することで、排除効果に係る諸々の判断を避けたという見方もあり得る。

● 何でも優越的地位濫用だとする風潮には疑問がある。本件で公取委は、アルゴリズムの恣意的変更により相手方の評点を下げたことだけでは、濫用行為に該当しないと示しており、納得できる（276 頁）。アルゴリズム設定や評点を付す行為は食べログが一方的に行う行為であって、店舗側に何の法的地位もない。公取委は優越的地位濫用規制の趣旨を、取引の相手方の自主的な意思決定を害する行為を規制することと説明しているところ、評点を下げること自体には、店舗の自由な意思決定を妨げる要素はない。したがって、意見書は、これまでの公取委の考えと整合的である。取引拒絶が濫用行為に該当しない、という考え方も、同様に考えれば理解できる。

○ 公取委は、アルゴリズムを変更し相手方の点数を下げただけでは違法ではないと考えているようだ。ただ、その後に記載されている「相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えるものであるかも考慮される」（276 頁）をどう読むかが問題である。裁判所は、事前の告知なしにアルゴリズムを変更して評点が下がったことを、「あらかじめ計算できない不利益」と解釈して、優越的地位の濫用を認めたようだ。

¹ 東京地判平成 25 年 12 月 25 日（LEX/DB 文献番号 25517117）。

● 公取委の意見書の元となった公取委の実態調査報告書は、「通常のルール(アルゴリズム)の設定・運用を超え、特定の飲食店のみ適用されるようなルール(アルゴリズム)を恣意的に設定・運用等をし、当該飲食店の表示順位を落とすことにより、当該飲食店に対し、自らの飲食店ポータルサイトにとって都合のよい契約プランに変更させるなど、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える場合」と述べている(49頁)。これを踏まえると、公取委は、店側が有料会員に入るつもりではなかったのに有料会員にさせた点を「あらかじめ計算できない不利益」と考えたのだと思う。本件はこの意味で「あらかじめ計算できない不利益」はないから、判決の結論には疑問がある。

○ そのような事案に限定して優越的地位濫用の成立を認める読み方も成り立つと思う。また、そのように構成できる事案であるならば、「利用して」の要件を満たすことを言いやすい。

・東京地裁判決

● 食べログは事前に、アルゴリズムを定期的に見直す旨をウェブページで公表しているが(24頁)、本件変更前の具体的通知はしていない(23頁)。具体的に、事前に原告に何を伝えておく必要があったのだろうか。

○ 判決は、何も知らせていないことを強調しているのみであり、具体的に何があればよかったのかを明らかにしていない。全部の店に個別具体的に変更内容を伝えることは、運営上負担が大きい。

● 二面市場の場合、一方の市場でサービスがより良くなり、競争促進効果が得られることが、他方の市場で取引の相手方に不利益を与えることの正当化理由になるか。食べログはアルゴリズムの内容で他のポータルサイトと競争しているのであるから、アルゴリズムの改善を自由に行えるべきではないか。

○ 一般的解釈論として、あり得ることである。最近ではグリーン分野でも、競争制限行為を認める正当化理由として、環境上のメリットがある場合には、手段の相当性がある範囲で許されるかという議論がなされている。

以上