

# デジタルプラットフォーム搭載機能に係る アルゴリズムの変更と優越的地位の濫用

——食ベログ損害賠償請求事件

(東京地判令和4年6月16日、LEX/DB: 25593696)<sup>1)</sup>——

岡 田 直 己

## 1. 事実概要

## 2. 判決要旨

(1) 本件変更が優越的地位の濫用に該当するか否か〔争点2〕

①優越的地位

②「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」

③「正常な商慣習に照らして不当に」(公正競争阻害性)

④優越的地位を「利用して」

(2) 独禁法24条に基づく差止請求〔争点3〕

(3) 民法709条に基づく損害賠償請求〔争点4〕

(4) 原告に対する被告の損害賠償責任が免責されるか否か〔争点5〕

## 3. 評釈

(1) 優越的地位

---

1) 本稿の脱稿時(2023年2月17日)において、LEX/DB掲載の判決文は、原告が閲覧制限を申請していた時期のものであるため、「■(省略)■」という表記が多数存在する。筆者が原告の代表者代表取締役から得た情報によれば、当該申請はその後、東京地裁及び東京高裁によって認められず、その判断が最高裁決定を以て確定したため、同年2月15日、「■(省略)■」という表記が大幅に削除された判決文が原告の運営管理によるものと思われるウェブサイトで公開された(原告とウェブサイト運営団体の所在地住所が同一である)。<http://食ベログ被害.com/wp-content/uploads/2023/02/6f9376cc024254f80dcabfb-c29f06920.pdf>.

(2) 濫用行為

- ①「取引を実施すること」
- ②「正常な商慣習に照らして不当に」(公正競争阻害性)

4. 結語

本件は、飲食店ポータルサイト「食べログ」<sup>2)</sup>の運営会社である被告が、2019 年 5 月 21 日(以下「本件基準日」)に、食べログに表示された飲食店の評点を算出するアルゴリズム(以下「本件アルゴリズム」)につきチェーン飲食店の評点を下方修正するような変更を実施しこれを維持していることに対して、焼肉チェーン店の運営会社である原告が、当該行為は独禁法違反行為(取引条件等の差別取扱い(一般指定 4 項)または優越的地位の濫用(2 条 9 項 5 号ハ))であり、原告に対し著しい損害を生ずるおそれがあるなどと主張して、独禁法 24 条に基づき当該行為の差止めを求めるとともに、当該行為の結果として原告運営の飲食店の来店客数及び売上額が減少したなどと主張して、民法 709 条に基づき損害賠償を求めた事案である。裁判所は、当該行為が優越的地位の濫用に該当し独禁法 19 条に違反することを認めた上で<sup>3)</sup>、差止請求を棄却する一方、損害賠償請求を一部認容した<sup>4)</sup>。

後記のとおり、本件判決の少なからぬ部分が閲覧制限による非開示となっているため、裁判所がその法律判断で挙げた理由の全容は明らかでないが、

---

2) 被告の公式ウェブサイト掲載情報によれば、2022 年 9 月現在、食べログの月間総ページビューは 19 億 2577 万件であり、その月間利用者数は 8,998 万人(PC: 1,377 万人、スマートフォン: 7,621 万人)である。<https://corporate.kakaku.com/company/service>。

3) 原告が一般指定 4 項と 2 条 9 項 5 号ハの該当性を選択的に主張したため、裁判所は、後者から検討し(本件判決・第 5 の 1)、優越的地位の濫用に該当する旨を判断し、当該判断がある以上、差止請求及び損害賠償請求に係る判断が左右等されるものではないという理由から、前者の判断を要しないとした(同・第 5 の 1 (5))。

4) 被告は即日控訴した。<https://corporate.kakaku.com/press/release/20220616b>。

本件判決の公表部分の限りにおいて、裁判所の判断は「正常な商慣習に照らして不当に……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」という優越的地位の濫用(2条9項5号柱書及び同号ハ)の基本的理解を欠いたものであり、到底是認できるものではない。裁判所が示した優越的地位の濫用に関する考え方が通用するのであれば、取引関係の一方当事者による事実行為等が他方当事者に対して営業損失等の不利益を生じた事実のみを以て濫用行為に該当すると判断されるおそれがあり、このような違法性判断は優越的地位の濫用の公正競争阻害性(取引上の地位の不当利用による自由競争基盤の侵害)の範疇を逸脱することとなる。本件判決は、優越的地位を有する事業者の取引に係る意思決定を委縮させるおそれがあるのみならず、原告の損害賠償請求を一部認容したと相俟って、優越的地位の濫用を理由とした民事救済の訴えが逸失利益の不当な回収手段として悪用される可能性を招くものであるため、控訴審判決を以て全面的に是正されるべきである。

なお、本件は、裁判所が独禁法 79 条 2 項に基づき公正取引委員会(以下「公取委」)へ初めて求意見を行い、公取委がこれに応じて意見書を提出した事案としても注目される<sup>5)</sup>。

## 1. 事実概要

食ベログは、国内の飲食店情報を掲載するポータルサイトであり、飲食店及びその利用者は、飲食店の店舗に関する各種情報を記載した店舗ページを作成し掲載できる。2019 年 5 月 20 日現在、国内の飲食店約 90 万店舗のページのほか<sup>6)</sup>、飲食店利用者による当該店舗に対する評価を記載し

---

5) 独禁法 79 条 2 項。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)」<https://www.jftc.go.jp/houdou/kouenkai202009-/211028kon-dan.html> (最終アクセス: 2023 年 1 月 16 日)、日本経済新聞 2021 年 10 月 31 日朝刊 2 頁。

6) 店舗情報を完全非公開としている飲食店等を除くほぼすべての飲食店が、当該飲食店の運営者の同意の有無を問わず掲載される(本件判決・第 3 の 2 (1))。

た投稿(以下「クチコミ」)約3,090万件が掲載されていた。

飲食店は、食べログ店舗会員規約(以下「本件規約」)を承諾の上、被告に対し、当該飲食店に関する各種情報を食べログに掲載し、公衆送信の方法でインターネットユーザーへ公開するサービス(以下「本件サービス」)の利用を申し込むことができ、被告による当該申込みの承認を以て店舗会員(無料店舗会員または有料店舗会員)としての登録を完了する<sup>7)</sup>。店舗会員は「プロフィール登録」機能を利用でき<sup>8)</sup>、有料店舗会員はこれに加えて、機能の種類や内容、料金設定が異なる有料店舗会員向けサービスプラン(以下「有料サービス」)を利用できる<sup>9)</sup>。2017年12月現在、食べログを利用する飲食店の割合は84%で、すべての飲食店ポータルサイトのなかで最も高く、2020年3月現在でも67.2%と最も高い<sup>10)</sup>。また、2020年7月現在、インターネット上で予約手続を完了できる飲食店ポータルサイトの掲載店舗数では、食べログは約3万店で第2位である<sup>11)</sup>。さらに、飲食店ポータルサイトの利用経験がある消費者の割合において、食べログは上位を占めている<sup>12)</sup>。

---

7) 店舗会員の登録完了後に登録を解除しても、当該飲食店は食べログに掲載され続ける(本件判決・第3の2(2)エ)。なお、2016年3月現在の有料店舗会員は約49,000店であるところ(同・第3の2(2)オ)、2016年3月期末現在において、飲食店ポータルサイト「ぐるなび」は約50万店舗のページを掲載し、その有料加盟店は約57,000件である(同・第3の5(1)ウ)。

8) 店舗会員が使うインターネット上の管理画面において、当該飲食店に関する各種情報を自由に設定、登録、修正することができる機能である(本件判決・第3の2(2)ウ)。

9) 月額固定1~10万円+従量料金という4種類の有料サービスと、アクセスアップ機能、表現力アップ機能、来店促進(インターネット予約)機能、来店促進(ポイント付与)機能、ゴールデンタイム強化機能、サポートサービス機能という6つの機能があり、各機能の利用可否は有料サービスによって異なり、月額固定料金が低いほど利用できる機能も多い(本件判決・第3の2(2)ウ及び別紙2)。

10) 本件判決・第3の5(1)ア。

11) 本件判決・第3の5(1)イ。第1位は約43,000店、第3位は約23,000店である。

12) 本件判決・第3の5(2)。

被告は、クチコミ投稿者が食べログに投稿した主観的な評価・クチコミを基礎として算出した数値であり、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、食べログ掲載の飲食店に評点を付して、当該飲食店のページで表示し公開している。評点は、クチコミ投稿者が付けた点数の平均値ではなく、本件アルゴリズムがクチコミ投稿者の付した点数と当該投稿者の影響度<sup>13)</sup>を踏まえて算出し決定される。本件アルゴリズムは、店舗会員であるか否かを問わず、すべての飲食店に一律に適用されるものであり、被告は、ステルスマーケティングや影響度の不正取得・悪用による評点の意図的操作を防止するため、本件アルゴリズムの詳細を非公開とし定期的見直しを行っている。被告はまた、毎月第1・第3火曜日に、新たなクチコミの点数、クチコミ投稿者の影響度の再評価、本件アルゴリズムの変更等を考慮して評点を再計算し、再計算後の評点を表示し公開している<sup>14)</sup>。

食べログを利用する消費者(以下「ユーザー」)は、飲食店の検索結果表示順について、①標準(店舗会員の飲食店優先)、②ランキング、③クチコミ投稿件数、④新規開店という4つのいずれかを選択できる<sup>15)</sup>。初期設定は①であり、無料ユーザーは、スマートフォンアプリで②を選択した場合は上位5店舗しか閲覧できず、スマートフォンサイトで②を選択した場合は基本的に検索結果を閲覧できない。

原告が本件基準日現在で28店舗の焼肉チェーン店(以下「本件基準日店舗」)を営業していたところ、被告は、本件基準日に、本件アルゴリズムに

---

13) 被告は、飲食店のジャンルごとに、基本的には食べ歩きの実験が豊富であるほど影響度を大きくするという考え方にに基づき、多様な要素を考慮の上、クチコミ投稿者の影響度を設定している(本件判決・第3の2(3)イ)。

14) 本件判決・第3の2(3)。なお、このような評点制度は食べログで公開されている。

15) 本件判決・第3の2(4)。①はアクセスアップ機能またはゴールデンタイム強化機能を利用している有料店舗会員を優先的にまたは最優先で表示させるもの、②は評点の降順、③はクチコミ投稿件数の降順、④は新規開店時期の降順で表示させるものである。

について、クチコミ投稿者の影響度の調整（以下「本件影響度調整」）のほか、「同一運営主体が複数店舗を運営している場合における認知度による調整」（以下「本件変更」）など一定の変更を行ったが、本件変更の前後を通じて、本件変更の対象飲食店へ、本件基準日に本件変更を行った事実を通知していない。また、本件基準日前後の評点を比較可能な本件基準日店舗である 26 店舗の各評点は、本件変更等を原因として、本件基準日に下落している<sup>16)</sup>。なお、原告が運営する焼肉チェーン店（「本件 21 店舗」と称されるもの）における食べログのインターネット予約を介した来店人数・電話予約数の推移と、原告の 2018 年 5 月期～2021 年 5 月期の期間における冬の売上高等の推移は、本件判決において一部公開されている<sup>17)</sup>。

## 2. 判決要旨

本件の争点は、〔1〕本件変更が取引条件等の差別取扱い（一般指定 4 項）に該当するか否か、〔2〕本件変更が優越的地位の濫用（独禁法 2 条 9 項 5 号ハ）に該当するか否か、〔3〕本件変更が原告に著しい損害を生じさせるおそれがあるか否か（独禁法 24 条に基づく差止請求）、〔4〕原告に生じた損害の有無及び金額（民法 709 条に基づく損害賠償請求）、〔5〕原告に対する被告の損害賠償責任が免責されるか否かである。以下、裁判所が判断しなかった争点 1 を除き、本件判決の要旨を述べる。

---

16) 本件判決・第 3 の 3。

チェーン飲食店（同一運営主体が複数店舗を運営している飲食店）は食べログに掲載されているところ、その掲載の有無は、当該飲食店について、①同一屋号かつ同一運営主体であること、②最低 2 店舗以上が運営されていることを要件として判断されており、殊更、①の該当性については、「第一次的には当該店舗が飲食店運営会社の公式ホームページに関連店舗として掲載されているか」が判断基準とされている（同・第 3 の 3 (4)）。なお、チェーン飲食店のうち、ファミリーレストランやファストフードは本件変更の対象とされていないが（同前）、その理由は認定事実からは不明である。

17) 本件判決・第 3 の 6 及び別表 5～6。

## (1) 本件変更が優越的地位の濫用に該当するか否か〔争点 2〕

「優越的地位の濫用が規制されるのは、自己の取引上の地位が相手方に優越している一方の当事者が、取引の相手方に対し、その地位を利用して、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることは、当該取引の諾否及びその取引条件等についての相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するなどして、公正な競争を人為的に妨げる側面を有している」ためである<sup>18)</sup>。以下のとおり、本件変更は優越的地位の濫用に該当し、独禁法 19 条に違反する<sup>19)</sup>。なお、優越的地位の濫用に該当する以上、争点 1 に係る原告の主張の採否が争点 3～5 の判断を左右等するものではないため、争点 1 に関する判断は不要である<sup>20)</sup>。

### ①優越的地位

独禁法 2 条 9 項 5 号所定の優越的地位とは「取引の一方の当事者（以下「行為者」という。）が、市場支配的な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なく、当該取引の相手方との関係で相対的に優越した地位にある場合も含まれ、少なくとも、当該取引の相手方にとって当該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、当該行為者が当該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、当該取引の相手方がこれを受入れざるを得ないような場合は、当該行為者が当該取引の相手方との間で優越的地位にあるものというべき」である（そして、優越的地位の有無はいわゆるガイドライン 4 要素を総合考慮して判断する）<sup>21)</sup>。

原告は「その売上を相当程度、被告との間の有料店舗会員であることに依存し」ており<sup>22)</sup>、約 3,090 万件のクチコミ投稿、約 49,000 店の有料店舗

18) 本件判決・第 5 の 1 (1) ア (ア)。

19) 本件判決・第 5 の 1 (5)。

20) 前掲注 (19)。

21) 本件判決・第 5 の 1 (1) ア (イ)。後掲注 (55)。

22) 本件判決・第 5 の 1 (1) イ (ア)。理由として、裁判所は、①有料店舗会員の

会員、掲載店舗数や有料店舗会員数における他の飲食店ポータルサイトとの相対的地位、複数の飲食店ポータルサイトを利用する飲食店が多いことを考慮すると、食べログは「主要な飲食店ポータルサイトの一つであるといえ、被告は、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」<sup>23)</sup>。

また、被告は、一定額以上の料金を支払う有料店舗会員へアクセスアップ機能またはゴールデンタイム強化機能を提供する一方、ユーザーにおける飲食店の検索結果表示順は標準検索を初期設定としており、このような仕組みは飲食店に対し「食べログの検索結果の表示順として優先的に上位に表示されるためには、有料店舗会員となってより多くの料金を支払うことを誘因（原文ママ）するもの」である<sup>24)</sup>。そして、本件基準日店舗について、原告が、本件変更前から有料店舗会員として広告費を支出し、食べログ経由の来店客によって売上の平均31%を得ていたこと、本件変更後も有料店舗会員であり続けたことを考慮すれば、原告が「食べログに係る有料店舗会員であることの必要性、重要性は高い」<sup>25)</sup>。複数の飲食店ポータルサイトを利用する飲食店が多いことを考慮すれば、原告が本件変更後に食べログ以外の飲食店ポータルサイトへ支出する広告費を増額させた事実を以て「直ちに取引先変更可能性がある」と断ずることはできず、……必要性、重要性を否定することもできない」<sup>26)</sup>。

以上を総合すると、原告は「食べログの有料店舗会員の地位を継続することが困難になると、事業経営上大きな支障を来すため、被告が著しく不

---

来店促進機能を利用してインターネット予約等を通じた本件基準日店舗の集客を図っていること、②食べログのインターネット予約及び専用電話を経由した売上の割合（2018年6月～2019年4月の本件21店舗）が平均31%であること、③本件変更の事実を認める前からその存在を主張して本件裁判を提起しつつも、本件基準日店舗につき有料店舗会員を継続してきたことを挙げる。

23) 本件判決・第5の1(1)イ(イ)。

24) 本件判決・第5の1(1)イ(ウ)。

25) 前掲注(24)。

26) 前掲注(24)。

利益を要請等を行っても、これを受入れざるを得ない状況にある」ため、被告は原告に対して優越的地位にある<sup>27)</sup>。原告が食べログ以外の飲食店ポータルサイトの利用度を高めることで売上を維持していることを考慮したとしても、原告は「その売上を相当程度……有料店舗会員であることに依存し」ているため、被告と取引することの必要性や重要性は高い<sup>28)</sup>。

## ②「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」

独禁法2条9項5号ハ所定の「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」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」<sup>29)</sup>。

食べログの評点は、本件アルゴリズムに基づいて算出され、食べログ掲載店舗のページに表示されるものであるところ、原告は、本件基準日店舗につき店舗会員として本件サービスを利用し、食べログ掲載の本件基準日店舗のページに当該情報を掲載しているため、「被告が食べログ上の本件基準日店舗のページに当該店舗の評点を掲載することは、店舗会員に係る『取引を実施すること』に当たる」<sup>30)</sup>。

27) 本件判決・第5の1(1)イ(エ)。

28) 本件判決・第5の1(1)ウ。「既存の市場において今後の急激な成長が見込まれるわけではないこと……は、(被告の市場における地位)の判断を左右するものではない」。

29) 本件判決・第5の1(2)ア。

30) 本件判決・第5の1(2)イ。裁判所はこれに続けて「評点は、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一つとして掲載されている上、食べログにおけるランキング検索による飲食店の表示順の基準とされているものである。また、本件変更は、被告が評点を算出するための本件アルゴリズムにつき、■(省略)■、同一屋号で2店舗以上を運営する原告は、ここである『チェーン店』に該当する。以上の事実によれば、被告は、食べログ上の本件基準日店舗のページに掲載することとなる評点を算出するための本件アルゴリズムにつき、■(省略)■というのであるから、このような被告の行為は、店舗会員であってチェーン店に該当する原告に不利益となるように取引を実施することに当たるという

評点がクチコミ投稿者の主観的な評価・クチコミを基礎として算出されるものであり、かつ、消費者による飲食店選びの参考情報の1つとして掲載されているに加えて、食べログのランキング検索における飲食店表示順の基準とされていることを考慮すれば、評点が当該飲食店のページに掲載されることは「有料店舗会員となるか否かの判断に影響する」<sup>31)</sup>。したがって、評点が食べログ掲載のすべての飲食店のページで公開されていても、「被告が食べログ上の本件基準日店舗のページに当該店舗の評点を掲載することは、有料店舗会員に係る『取引を実施すること』に当たる」<sup>32)</sup>。また、「本件変更が特定の飲食店に不利益をもたらすことを目的とするものではなく、本件変更後に原告の来店客数及び収益が下がったとしても、それは本件変更前に純粋な能率競争という観点から原告が他の飲食店に比べて有利な状況にあったことによるものであって、原告が本件変更後に競争上不利な状態に陥ったものではない」という被告の主張を「十分考慮しても」、評点の性質を踏まえれば、本件変更は原告に不利益となるように取引を実施するものであると「いわざるを得ない」<sup>33)</sup>。

### ③「正常な商慣習に照らして不当に」(公正競争阻害性)

当該要件の該当性は、独禁法2条9項5号「イからハまで所定の行為の意図・目的、態様、不利益の内容・程度(筆者挿入：詳細略)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るのが相当」である<sup>34)</sup>。

本件変更はチェーン飲食店(ファミリーレストランやファストフードを除く。)のみを対象としたものであるところ、本件21店舗における食べログ経由の来店人数等が減少したこと等を踏まえると、原告のようなチェー

---

べきである」と判断している。

31) 本件判決・第5の1(2)ウ。

32) 前掲注(31)。

33) 前掲注(31)。

34) 本件判決・第5の1(3)ア。

ン飲食店の運営事業者が被る「不利益の程度は大きいと言わざるを得ない」のみならず、評点算出上の■(省略)■を公表していないほか、本件変更が本件基準日に行われた事実は本件変更前に本件変更の対象飲食店へ通知されておらず、また、当該飲食店の運営事業者が本件変更から得る直接の利益の存在は窺われない。したがって、本件変更は、原告へ事前に計算不可能な不利益を与えるものであるのみならず、原告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内の負担を与えるにとどまるものではない<sup>35)</sup>。

被告が事前に公表していることは、クチコミの「投稿者がステルスマーケティングや実際の飲食体験に基づかない口コミを多数投稿する等の方法によって影響度を不正に取得したり、悪用したりすることで、意図的に評点を操作することを防止するために本件アルゴリズムを定期的に見直していることのみ」であり、■(省略)■については何ら公表していないため、本件変更による不利益が原告らチェーン飲食店に対して事前に計算不可能な不利益であることは「否定できない」。また、本件変更の結果として、本件 21 店舗の食べログ経由の来店客数が減少するという不利益を生じ、当該不利益が原告による本件変更前と同程度の広告費の支出を以て回避可能なものであると仮定しても、本件変更による不利益が原告らチェーン飲食店にとって事前に計算不可能な不利益であると判断することを「妨げるものではない」<sup>36)</sup>。

被告が主張する本件変更の意図・目的が正当なものであったとしても<sup>37)</sup>、被告は「評点の算出に当たり、料理、その味、サービス、雰囲気、コストパフォーマンス並びに酒・ドリンクの品質及び内容のみが考慮され、■(省略)■を公表しておらず、しかも、■(省略)■は、専ら公正な競争秩序の

35) 本件判決・第5の1(3)イ(ア)～(イ)a。

36) 本件判決・第5の1(3)イ(イ)b。

37) 本件判決・別紙3(2)(被告の主張)ウ(イ)④が引用する同(1)(被告の主張)イ(イ)はほぼ全部が「■(省略)■」であるため、被告の主張の詳細は不明である。

維持、促進の観点からみて不当であるとはいえないことをも併せ考慮すると、本件変更は、■(省略)■飲食店にあらかじめ計算できない不利益を与えることを否定できない。また、仮に■(省略)■旨の被告の見解を前提としても、■(省略)■と一律に断ずることはできないというべきである。これらの諸点に照らすと、本件変更の対象をチェーン店のみとすることは、被告の主張する上記意図・目的との関係で合理的なものであると認めるに足りる的確な証拠はないといわざるを得ない」。したがって、本件変更は「直ちに上記目的を達成する手段として相当であったとはいえない」<sup>38)</sup>。

#### ④優越的地位を「利用して」

優越的地位を有する被告が、本件変更を通じて、原告に対して「正常な商慣習に照らして不当に」の要件に該当する取引を実施した以上、本件変更は「利用して」に該当するものであると「優に認められる」<sup>39)</sup>。この判断は、本件変更がすべての飲食店に対して一律に適用されるものであったとしても揺るがない<sup>40)</sup>。

#### (2) 独禁法 24 条に基づく差止請求〔争点 3〕

独禁法 24 条所定の「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」の有無は、「独禁法違反行為による利益の侵害の態様及び程度並びにこれによる損害の性質、程度及び損害の回復の困難の程度等を総合考慮して判断すべき」である<sup>41)</sup>。

本件変更後の本件 21 店舗における食べログ経由の来店人数等は一定程度で推移しているほか、本件変更後の本件基準日店舗に係る評点の下落(本件基準日前後の評点を比較可能な本件基準日店舗の平均で 0.14 点)は、本

38) 本件判決・第 5 の 1 (3) イ (ウ)。

39) 本件判決・第 5 の 1 (4) ア。

40) 本件判決・第 5 の 1 (4) イ。

41) 本件判決・第 5 の 2 (1)。

件変更と無関係に行われた本件影響度調整も影響して生じたものであり、後記のとおり、本件変更そのものに起因した原告の金銭的損害は営業利益の約2割に過ぎないため、本件変更が「直ちに原告の飲食店事業の継続を著しく困難にするものとはいえない」<sup>42)</sup>。また、後記のとおり、本件変更は原告に対して信用やブランド価値の毀損を生じさせたものではない<sup>43)</sup>。さらに、本件変更後の本件アルゴリズムの適用が今後も継続したとしても、被告が本件変更の内容を公表した場合には、消費者がそれを前提とした飲食店選びを行うようになると想定できるため、「本件変更の独禁法違反行為該当性及びこれに起因する原告の営業利益の減少が今後も同様に継続するものと直ちに断ずることはできない」<sup>44)</sup>。したがって、前記の金銭的損害を以て「著しい損害を生じ、又は生ずるおそれ」があると認めることはできず<sup>45)</sup>、本件変更に係る本件アルゴリズムの使用の差止めという原告の請求には理由がない<sup>46)</sup>。

### (3) 民法 709 条に基づく損害賠償請求〔争点 4〕

原告の「売上高の減少の少なくとも一部については、被告が本件変更を行ったことに起因して本件基準日店舗の評点が下落したことで相当因果関係を認めるのが相当」である<sup>47)</sup>。そして、本件変更等をめぐる「諸事情に加え、本件 21 店舗における食べログを経由した来客による売上の額の変化、原告における営業利益率の変化及び本件変更以外の原告の売上に影響を与え得る要因を総合考慮すれば、原告主張の本件 21 店舗における営業損害のうち、被告が本件変更を行ったことと相当因果関係のある営業損害の額は、本件 21 店舗における営業利益の減少額のうち、月 160 万円の 24

---

42) 本件判決・第 5 の 2 (2)。

43) 前掲注 (42)。

44) 前掲注 (42)。

45) 前掲注 (42)。

46) 本件判決・第 5 の 2 (3)。

47) 本件判決・第 5 の 3 (1) ア (イ)。

か月分相当額である 3840 万円と認めるのが相当」である<sup>48)</sup>。

評点は、クチコミ投稿者の主観的な評価・クチコミを基礎として算出され、消費者による飲食店選びの参考情報となるに過ぎず、定期的に再計算されるものであり、食べログ利用者がそのように認識しているものと推認でき、本件変更による評点の下落の程度は本件変更と無関係に行われた本件影響度調整も影響しているため、評点が「一旦下落したことの一事をもって直ちに当該飲食店のブランド価値及び信用を毀損する性質のものとはいえない」<sup>49)</sup>。また、本件基準日店舗の評点は、本件基準日以降も、新たなクチコミやクチコミ投稿者の影響度の再評価等によって定期的に更新されているほか、本件変更後の本件アルゴリズムの適用が今後も継続したとしても、被告が本件変更の内容を公表した場合には、消費者がそれを前提とした飲食店選びを行うようになると想定できること等を考慮すれば、本件変更が原告運営の飲食店のブランド価値及び信用を毀損したとまでは認められず、当該毀損による損害を認めることもできない<sup>50)</sup>。

#### (4) 原告に対する被告の損害賠償責任が免責されるか否か〔争点 5〕

本件免責条項（本件規約 11 条 1 項・2 項）は<sup>51)</sup>、店舗会員が食べログの情報掲載または本件サービスの利用において損害を被ることがないように、被告側が常に食べログの掲載情報等に注意を払うよう期待することが酷であり、かつ、このような食べログの性質上、被告の損害賠償の範囲が無制限に拡大したり損害賠償額が巨額化したりすることもあり得ること等を考慮して設けられたものである。しかし、このような本件免責条項の趣旨に

48) 本件判決・第 5 の 3 (1) イ。

49) 本件判決・第 5 の 3 (2)。

50) 前掲注 (49)。

51) 本件判決・第 3 の 2 (5)。店舗会員が食べログの情報掲載に関して被った損害（その原因を問わない）について被告が損害賠償責任を負わない旨（11 条 1 項）、本件サービスの提供に関連する被告の一切の行為について、被告は店舗会員に対して、その法的根拠を問わず、損害賠償責任を負わない旨（11 条 2 項）が定められている。

鑑みても、被告側に故意または重大な過失がある場合においても損害賠償義務の範囲が制限されると認めることは、「著しく衡平を害するものであって、当事者の通常的意思に合致しないというべき」である<sup>52)</sup>。被告は、「優越的地位の濫用を基礎付ける事実を認識しながら、原告を含むチェーン店にとって……不利益となることを容認して本件変更を行った」ものであり、被告は本件変更につき故意または重大な過失が認められるため、本件免責条項は適用されない<sup>53)</sup>。

### 3. 評釈

本件判決の公表部分の限りにおいて、裁判所の判断に反対する。

争点2について、被告が原告に対して優越的地位を有するという判断は是認できるが、本件変更が独禁法2条9項5号ハ所定の「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」であって（「正常な商慣習に照らして不当」な）濫用行為に該当するという判断は是認できるものではない。また、裁判所が挙げた理由とは異なるものの、本件変更は優越的地位の濫用という不公正な取引方法に該当しないため、独禁法24条に基づく差止請求は認められない（争点3）。さらに、本件変更は優越的地位の濫用という独禁法違反行為を手段とした不法行為を構成しないため、本件免責条項の適用の有無（争点5）に関する判断を要するまでもなく、被告が民法709条に基づく損害賠償責任を負うとした判断（争点4）も誤りである。

以下、争点2に対する裁判所の判断を検討する。

#### (1) 優越的地位

飲食店ポータルサイトは、その運営事業者と利用契約を締結した店舗会員（飲食店）にとっては掲載店舗に係る広告や顧客獲得の機能を担う一方、

---

52) 本件判決・第5の4(3)。

53) 本件判決・第5の4(4)。

消費者にとっては飲食店に関する情報収集や店舗予約の手段として機能するものであるため、飲食店ポータルサイト運営事業者は、店舗会員（飲食店）と消費者という異なる需要者にそれぞれ異なる役務を供給する両面市場で事業活動を行っており、デジタルプラットフォーム提供者としての特徴を有する<sup>54)</sup>。

裁判所が採用した優越的地位の有無に関する判断枠組みは、いわゆる相対的優越を以て優越的地位の存在を認めることができること、公取委ガイドラインが挙げる4つの要素<sup>55)</sup>を総合考慮して判断することなど、優越的地位の濫用に関する判例等の実務と軌を一にするものである<sup>56)</sup>。

被告が原告に対して優越的地位を有するという判断の理由として、裁判所は、①原告の売上の相当程度が「被告との間の有料店舗会員であることに依存し」ていること（要素1：取引依存度）、②食べログが「主要な飲食店ポータルサイトの一つ」であり、被告が飲食店ポータルサイト運営事業者として「有力な地位を占めている」こと（要素2：市場における地位）、③食べログが有料店舗会員及びユーザーへ提供する機能の「仕組み」は飲

---

54) 公取委「飲食店ポータルサイトに関する取引実態調査報告書」（2022年3月18日）第2の3。なお、この調査は2019年4月～2020年3月の期間に実施されたものである。

55) 公取委「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（2010年11月30日公表、2017年6月16日最終改正）第2の1・2。4つの要素とは、取引相手方の行為者に対する取引依存度、行為者の市場における地位、取引相手方にとっての取引先変更の可能性、取引相手方が行為者と取引することの必要性を示す具体的事実である。

なお、本指針は、いわゆる絶対的優越であれ相対的優越であれ、「……当該取引の相手方がこれを受け入れざるを得ないような場合」が優越的地位の存在を肯定すると説明しているが、本件判決はそのような場合が優越的地位の存在を認めるための最低条件（「少なくとも」）であるかのように位置付けている（前掲注（21））。

56) 飲食店ポータルサイト運営事業者がその店舗会員（飲食店）に対して優越的地位を有するか否かについて、公取委は「個々の飲食店ポータルサイトの市場における地位、飲食店が加盟している飲食店ポータルサイトに対する取引依存度、加盟店にとっての取引先の変更可能性等、個々の取引内容を踏まえる必要がある」という見解を示している（公取委・前掲注（54）第4の1（3））。

食店に対して「有料店舗会員となってより多くの料金を支払うことを誘因(原文ママ)するもの」であり、実際、原告が本件変更前から有料会員として広告費を支出し、食べログ経由の来店客によって売上の平均31%を得ていたこと、原告が本件変更後も有料会員であり続けたことを考慮すれば、原告が「食べログに係る有料店舗会員であることの必要性、重要性は高い」こと(要素3: 取引先変更の可能性、要素4: 取引の必要性を示す具体的事実)を挙げている。要素3について、裁判所は、原告が本件変更後に食べログ以外の飲食店ポータルサイトへ支出する広告費を増額させた事実を以てしても、「直ちに取引先変更可能性がある」と断ずることはできず」と判断しており、取引先変更の可能性が低いという評価の根拠事実は必ずしも十分でないように映る。しかし、要素1・2に係る事実のほか、前記の「仕組み」が「誘因(原文ママ)」なることを考慮すれば、原告が被告との取引で相当額の投資(広告費の支出)を行って当該取引を継続する必要性は高く、他の飲食店ポータルサイト運営事業者との取引拡大を以て来店客や売上の維持ないし拡大を図ることは困難であると考えられるため、被告との取引の継続が困難になれば事業経営上大きな支障を来すことになるであろう<sup>57)</sup>。このことは、「店舗会員でなければ、食べログ上の当該飲食店のページを自由に設定・登録・修正する機能を利用することはできないし、有料店舗会員でなければ、来店促進(インターネット予約)機能を利用することもできないことに照らすと、食べログ上に当該飲食店のページが維持されることをもって、原告の事業経営上足りるとはいえない」という裁判所の判断を併せ考慮すればなお首肯できるものである<sup>58)</sup>。

57) 原告のようなデジタルプラットフォーム利用事業者は、デジタルプラットフォームの「集客力だけでなく、……ランキング、表示順位に決定的に依存しており、利用事業者はオンライン上で表示されなければその存在が無いに等しくなる可能性すらある」という意味において、デジタルプラットフォームの運営のあり方を一方的に決定し得るデジタルプラットフォーム運営事業者の「ゲートキーパー機能に依存していることこそが重要」という指摘がある。柴田潤子「デジタルプラットフォームに対する優越的地位の濫用規制の意義」日本経済法学会年報42号〔通巻64号〕(2021)47頁。

## (2) 濫用行為

以下のとおり、本件変更は濫用行為の該当性の前提(「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」)。以下「取引を実施すること」と略記する。)を欠くため、「正常な商慣習に照らして不当に」(公正競争阻害性)の該当性を評価する必要はないが、本件判決の誤りを明らかにする目的から、裁判所が挙げたそれぞれの該当性に関する理由を検討する。

### ①「取引を実施すること」

優越的地位の濫用の公正競争阻害性(2条9項5号所定の「正常な商慣習に照らして不当に」)とは、取引主体の自由かつ自主的な判断による取引が行われるという自由競争基盤の侵害であり、優越的地位の濫用という独禁法違反行為は、取引相手方の自由な意思に反してその自主性を抑圧する行為が認められた場合に成立する。したがって、本件変更が濫用行為に該当するか否かを判断するためには、その前提として、本件変更が原告の被告との「取引」に係る自由かつ自主的な判断に影響を及ぼし得るものであることが必要となる。

独禁法2条9項5号ハ所定の「取引を実施すること」について、裁判所は「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」と説示した上で、評点は食べログ掲載店舗のページに表示され、店舗会員である原告が本件サービスを利用して本件基準日店舗の店舗情報を掲載しているため、被告が本件基準日店舗のページに評点を掲載することは「取引を実施すること」に

---

58) 前掲注(24)。複数の飲食店ポータルサイトを利用する飲食店が多いところ、消費者の大多数が飲食店の選択に当たって高頻度で飲食店ポータルサイトを利用し参考にしている一方、飲食店の大半が集客を目的として飲食店ポータルサイトを利用しているという一般の実態が認められている(公取委・前掲注(54)第4の1(2)(ア))。「……食べログ上に当該飲食店のページが維持されることをもって、原告の事業経営上足りるとはいえない」という裁判所の判断は、飲食店ポータルサイト(食べログ)が飲食店にとって重要な集客手段であるという実態に合致するといえよう。

該当すると判断している。また、裁判所は、評点の表示は「有料店舗会員となるか否かの判断に影響する」ため、評点が食ベログ掲載のすべての飲食店のページで公開されていても、評点の表示は有料店舗会員に係る「取引を実施すること」に該当すると判断している。

「取引を実施すること」は、取引相手方に不利益となるように取引条件を設定・変更することとは異なるものとして、個別の取引過程で取引相手方にとって不利益となるような行為も広く濫用行為に含む趣旨の規定であるため<sup>59)</sup>、「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」という裁判所の説示は、濫用行為に関する広範な射程を示した当該規定の解釈として一応是認できるものである。しかし、当該規定の射程は無限定ではない。優越的地位を有する事業者による取引（法律行為）や取引関連行為（事実行為）が取引相手方に何らかの不利益を生じさせる（または、不利益を生じさせる結果となる）ことは当然にあり得るため、取引相手方が何らかの不利益を被れば「取引を実施すること」に該当すると解釈することは、当該規定の射程を際限なく広げて、優越的地位を有する事業者の取引に係る意思決定を委縮させるおそれがある。2条9項5号ハ（並びに優越的地位の濫用規制そのもの）は、「取引」上の「不利益」を不当に発生せしめる行為を捉える規定であって、当該行為が取引相手方の「取引」上の自由かつ自主的な判断に抑圧的・搾取的影響を及ぼすことを問題とするものであることに鑑みれば、少なくとも、取引相手方

59) 金井貴嗣ほか編著『独占禁止法〔第6版〕』（弘文堂、356頁）〔金井貴嗣〕。

旧一般指定14項4号所定の「取引の条件又は実施について」とは、『取引において又は取引に関連して』という意味であり、取引の過程において相手方に不利益となる行為をすることであると説明されている（田中寿編『不公正な取引方法—新一般指定の解説』（別冊 NBL No.9、商事法務研究会）92頁）。また、公取委事務局官房企画課長（当時）の解説では、旧一般指定14項4号は「第1号から第3号に該当しなかったもので、優越的な地位を利用して、相手方に不利益を与えるような行為を一般的に規制対象とするバスケットクローズ」と説明されている（塩田薫範『不公正な取引方法の手引き—改正一般指定のあらまし—』（公正取引協会、1983）45頁。金子晃ほか『新・不公正な取引方法』（青林書院新社、1983）235～236頁〔金子晃〕同旨）。

の「取引」上の法的地位(債権債務関係や期待利益)に何ら影響を及ぼさない行為は「取引を実施すること」の射程に収まらないと解すべきである<sup>60)</sup>。

この問題について、公取委が本件で裁判所へ提出した意見書は、「取引を実施すること」について裁判所の説示と概ね同じ趣旨・内容を説明した上で<sup>61)</sup>、食べログに表示される評点は、「有料店舗会員及び無料店舗会員との契約の内容にはなっていないものの、……掲載された飲食店について、『その時点でユーザーからの評価がどのくらい集まっているのかという見方を示す指標』であることを前提とすれば、それが『あくまで飲食店選びの一つの指標でしかない』としても、飲食店としては……店舗会員となり、『プ

---

60) 独禁法 2 条 9 項 5 号イ〜ハに規定された各種の行為は「不利益行為」と通称されるが、ここにいう「不利益」は同号柱書の「正常な商慣習に照らして不当に」の概念を取り込んだものであり、当該概念が「不利益」の解釈で重要な役割を果たしていることは、同号の条文構造や先例に照らして明らかであり、公取委のガイドライン(前掲注(55))も同様の考え方を採用していると考えられる。伊永大輔「優越的地位の濫用規制の行為類型論」日本経済法学会年報 41 号〔通巻 63 号〕(2020) 101~102 頁同旨。

優越的地位の濫用の公正競争阻害性が取引上の地位の不当利用による「取引」上の条件等の人為的歪曲を問題とするものであることに鑑みれば、「取引を実施すること」が有する「取引」との「関連」性の外縁は当該取引に係る法的地位に対する抑圧的・搾取的影響の有無によって画されるべきであり、当該「取引」上の自由かつ自主的な判断を行うという取引相手方の自律性を何ら脅かさない法律行為や事実行為は「関連」の射程外にあると評価されるべきである。

61) 「取引の条件とはなっていないが、取引をめぐる事実行為等として、取引に関連して実際に行われる各種の取扱いを指す」。公取委「令和 2 年(ワ)第 12735 号差止請求事件に係る求意見について」(2021 年 9 月 16 日)第 3 の 1 (3)イ: 食べログ被害の会ウェブサイト掲載の PDF、<http://食べログ被害.com/wp-content/uploads/2022/04/db3ccaf7e89166e3b6a3825df054d934.pdf>(最終アクセス: 2023 年 1 月 8 日)。

この説明は、「取引の条件とはなっていないが、取引をめぐる事実行為等として、配送の順序に差をつけること、売れ行きのよい商品を優先的に提供すること、商品の陳列を有利に取り扱うことなど、取引に関連して実際に行われる各種の『取扱い』(二重鍵括弧は筆者挿入)を指す」という一般指定 4 項所定の「取引の……実施」(以下、2 条 9 項 5 号ハと区別するため、単に「実施」という。)に関する説明を踏まえたものである(公取委意見書・第 2 の 1 (3)ア)。なお、当該説明は、田中寿・前掲注(59) 50 頁の引用となっている。

プロフィール登録』や『アクセスアップ』によって店舗情報のアップデートや消費者の露出度を高めることによってより多くの集客を図り、また、それにより利用者の評価・口コミ投稿が増えて店舗の点数を上げ、更なる集客を図るということは、取引に関連して行われている取扱いといえる。したがって、(評点の)表示のサービスは、少なくとも取引の『実施』に当たる」という見解を明らかにしている<sup>62)</sup>。しかし、この見解は次の4つの理由から誤りであり、評点の「表示」は被告が原告ら店舗会員に対して「取引を実施すること」に該当しない。

ア 食べログの店舗会員(あるいは、店舗会員になろうとする飲食店)が、食べログ掲載の飲食店情報の更新等を通じてユーザーなど消費者への露出度や訴求度を高め、以て、当該店舗の集客量の増加を図ろうとすることは、店舗会員の事業活動上の取組みの一部であって、被告が原告ら店舗会員に対して行う「取扱い」ではない。

イ 食べログに「表示」される評点の上昇や集客量の増加は、飲食店がユーザーら消費者へ提供する飲料や料理の品質、サービス、雰囲気、コストパフォーマンス等の向上という飲食店の事業活動そのものを通じて、評点算出上の影響度が高いユーザー等からより多くの高評価のクチコミを獲得することによって実現されるものであり、被告が原告ら店舗会員に対して行う「取扱い」ではない<sup>63)</sup>。

ウ イと関連して、ユーザーがクチコミに付けた点数をいつでも変更できること、ユーザーの影響度がクチコミ投稿の頻度や件数、飲食店ジャンルの偏り等によって常時変動すること、本件アルゴリズムの影響度

62) 公取委・前掲注(61)第2の2。

63) 食べログ「点数・ランキングについて」: <https://tabelog.com/help/score/> (最終アクセス: 2023年1月8日)。

原告は、評点の変動が食べログにおける表示順位や消費者への露出度に影響し、飲食店の集客を増減させるほか、評点が飲食店の「ブランド価値にも関わる重要な指標」であることを理由に挙げて、評点やその表示が「取引に関連して行われている取扱い」であると主張しているが(本件判決・別紙3(1)(原告の主張)イ)、当該主張は本文中で述べた理由から失当である。

調整など定期的見直しが行われること等の事情から、本件アルゴリズムが自動算出する評点は常時変動するものであり、被告は食べログ掲載店舗の集客量や売上を考慮して評点やその「表示」を差配する等の「取扱い」を行う者ではない。

- エ 評点の「表示」は、被告が本件規約に基づいて原告ら店舗会員へ提供する「サービス」ではなく、被告が食べログという飲食店ポータルサイトに搭載した機能の 1 つであるに過ぎない。評点は、消費者による飲食店の比較や選択に資するものであり、飲食店間の顧客獲得競争における重要な競争手段ではあるが、そのような比較や選択並びに競争上の「指標」を示すことは食べログという飲食店ポータルサイトの特徴の 1 つであるところ、評点の「表示」はそのような特徴の実現手段として当然に実装されるべき機能であって、被告が本件規約に基づいて原告ら店舗会員に対して付加的に提供する「サービス」ではない。

また、評点の「表示」が「取引を実施すること」に該当しないことは、公取委意見書が説明し引用する一般指定 4 項所定の「実施」の考え方からも明らかである。公取委が「実施」に関する説明で挙げる具体例はいずれも、ある商品の仕入販売取引における流通業者の行為を想定したものであるが、当該商品の納入業者である製造業者や卸売業者は、流通業者の債務不履行を来す事故等があった場合でない限り、流通業者へ納入した当該商品が当該取引に係る契約の内容（及び信義則）に則って遅滞なく配送・提供・陳列されることを期待する法的地位を有している。したがって、配送等の「各種の取扱い」という行為が納入業者のそのような法的地位を損なうこととなる場合、当該行為が仕入販売取引における納入業者の「取引」上の法的地位（債権債務関係や期待利益）に悪影響を及ぼし得ることは自明であり、それゆえに、当該「取引をめぐる事実行為等として、……取引に関連して」行われたと評価されるべきことになる。そして、公取委意見書は一般指定 4 項所定の「実施」の考え方がそのまま 2 条 9 項 5 号ハ所定の「取引を実施すること」にも当てはまると説明しているため、何らかの事実

行為等が「取引を実施すること」に該当するか否かで問われるべき「取引に関連して」の有無は、商品・役務の供給等が当該取引に係る契約の内容(及び信義則)に則って行われると期待する取引相手方の法的地位について、当該事実行為等がこれを損なうこととなるか否かで判断されるべきことになる。

このような考え方は、2条9項5号ハ所定の「取引を実施すること」が問題となった先例からも明らかである。セブンーイレブン・ジャパン事件では、コンビニエンスストアのフランチャイズ本部が、加盟者に対していわゆるデイリー商品の見切り販売を制限し、加盟者が自らの合理的な経営判断に基づいて廃棄に係るデイリー商品の原価相当額の負担を軽減する機会を失わせていたことが、「取引の実施について加盟者に不利益を与えているもの」として、旧一般指定14項4号(現・2条9項5号ハ)に該当すると判断された<sup>64)</sup>。この事件で「取引の実施」の対象であったデイリー商品は、加盟店基本契約に基づき、加盟者が本部の推奨する仕入先から本部提供のシステムを用いて発注、仕入れ、代金決済等の手続を行う推奨商品の一種であるところ、加盟者が加盟店で販売する商品の販売価格を自らの判断で決定すること、推奨商品の標準的な販売価格(推奨価格)、販売期限経過後のデイリー商品の廃棄、廃棄に係るデイリー商品の原価相当額の全額が加盟者の負担となることは、いずれも加盟店基本契約等で定められていた。他方、本部による見切り販売の制限は加盟店基本契約に定められていなかった。このような事情の下で、本部が加盟者による見切り販売を制限したことが「取引の実施」に当たり濫用行為に該当すると判断されたが、当該行為は、加盟店基本契約で定められた加盟者の価格決定権を侵害することが明白であるほか、デイリー商品の原価相当額の負担を軽減するという経済合理的行動の機会を失わせ、当該行為に従わなければ加盟店基本契約の解除等の不利益な取扱いを行う旨を示唆するなど、本部との「取引」

64) セブンーイレブン・ジャパン事件(公取委排除措置命令平成21年6月22日審決集56巻第2分冊6頁)。

に係る加盟者の自由かつ自主的な判断に抑圧的・搾取的影響を及ぼすことも明らかであった。このように、この事件で「取引の実施」に当たると判断された行為は、加盟者が加盟店基本契約に定められた自らの価格決定権の下でデイリー商品を販売できる(はずである)という加盟者の法的地位を損なうものであるため、「取引をめぐる事実行為等として、……取引に関連して」行われたと評価できるのである<sup>65)</sup>。

以上のような理解に立脚して本件を検討すると、原告と被告との間で行われる「取引」は、原告においては、本件規約を承諾の上、無料店舗会員または有料店舗会員として本件サービスという役務の供給を受けることであり、被告においては、プロフィール登録機能や有料サービスを通じて本件サービスという役務を供給することであるため、両者間に存在する取引上の債権債務関係や期待利益は本件サービスの利用に係るものに限られる。また、本件アルゴリズムの設定・変更やそれによって算出される評点(及びその表示)について、原告は被告に対して何らの債権も期待利益も有する者ではなく<sup>66)</sup>、当該設定・変更や評点の算出・表示は、原告が有料店舗会員として本件サービスという役務の供給を受け続けることに係る債権債務関係や期待利益を損なうものでもない。本件変更は、本件サービスとい

---

65) 付言すれば、取引の対価の一方的決定とやり直しの要請という代表例以外のものとして、公取委が2条9項5号ハ所定の「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」に該当する行為(「通常、これまでに述べた行為類型のいずれにも当てはまらないものと考えられる」行為))として挙げる想定例はいずれも、商品・役務の供給等が当該取引に係る契約の内容(及び信義則)に則って行われると期待する取引相手方の法的地位について、事実行為等がこれを損なうこととなる場合をいうものである(公取委・前掲注(55)第4の3(5)ウ(イ))。

66) 裁判所が挙げた「取引を実施すること」に当たるとする理由について、「それだけでX(原告)がY(被告)の設定するアルゴリズムや評点につき何らかの法的地位を有しているということが出来るのか疑問である」と論ずるものとして、長澤哲也「アルゴリズムの変更が優越的地位の濫用に該当するとされた事例—食ベログ事件—東京地判令和4・6・16」有斐閣 Online ロージャーナル記事 ID: L2212001 (2022) 解説 I (最終アクセス: 2023年1月16日、<https://yuhikaku.com/articles/-/12453>)。

う役務の供給を受けることに係る法的地位(債権債務関係や期待利益)に影響を及ぼすことはなく、来客者数や売上の減少という不利益が原告など飲食店運営事業者に生ずるとしても、それらは有料店舗会員として食べログを利用することに事実上期待した集客効果が減少したことをいうに過ぎず、本件サービスという役務の供給を受けることに係る原告の「取引」上の自由かつ自主的な判断の阻害と関連した不利益ではない<sup>67)</sup>。本件変更は「取引を実施すること」に該当しない。

## ②「正常な商慣習に照らして不当に」(公正競争阻害性)

裁判所は、本件変更起因した原告の「不利益の程度は大きいと言わざるを得ない」ほか、評点算出上の■(省略)■が公表されていないこと、本件変更が事前にその対象飲食店へ通知されていないことなど、原告へ事前に計算不可能な不利益を与えるものであるのみならず、原告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内の負担を与えるにとどまるものではないため、被告が主張する本件変更の意図・目的が正当なものであったとしても、本件変更は当該目的を達成する手段として相当でないこと等に鑑みれば、本件変更は「正常な商慣習に照らして不当」な行為であると判断している。

前記のとおり、本件変更は「取引を実施すること」に該当しないが、被告が本件変更を手段として原告の本件「取引」上の自由かつ自主的な判断を抑圧し、被告が原告に対して不当に不利益を与えているのであれば、そのような行為自体が優越的地位の濫用に該当する。たとえば、公取委は「飲食店に対して優越的地位にある飲食店ポータルサイトが、正当な理由なく、通常のルール(アルゴリズム)の設定・運用を超え、特定の飲食店に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・運用等し、当該飲食店の店舗の評価(評点)を落とすことにより、当該飲食店に対し、例え

---

67) 長澤・前掲注(66)同旨。

ば、自らに都合のよい料金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、当該行為は独占禁止法上問題（優越的地位の濫用）となるおそれがある」という見解を明らかにしている<sup>68)</sup>。この見解の趣旨は、アルゴリズムの恣意的な設定等のみでは濫用行為に該当せず、当該設定等が、飲食店ポータルサイトの利用に係る運営事業者と店舗会員との取引において、前者が後者の当該取引に係る自由かつ自主的な判断を抑圧し、後者が望まないような取引条件へ変更させる等の不利益を余儀なくさせたときに初めて濫用行為に該当するというものである<sup>69)</sup>。本件では、裁判所はこの見解に合致するような取引条件の不利益変更等の事実を認定していないため<sup>70)</sup>、本件変更が本件サービスの利用という取引に係

---

68) 公取委・前掲注(54)第4の3(3)イ。

69) 本件の公取委意見書はこの趣旨を明確に述べている（公取委・前掲注(61)第3の3(1)）。

なお、原告は、本件変更が、①「秘密裡かつ一方的に実施され、合理的な理由なく、全てのチェーン店を対象に、チェーン店の評価に限って恣意的に下方修正するという、チェーン店に対し到底予測できない閲覧数及び売上減少という不利益を与えるもの」であるほか、②「飲食チェーン店に対し来客数及び売上減少又は有料店舗会員への変更という不当な不利益を与え、さらに、他の飲食店ポータルサイトへの広告費の追加的支出を余儀なくさせるという不当な不利益を与えた」ものであり、③「飲食店ポータルサイトの機能・品質等による競争とは別の要因によってチェーン店の広告関連支出を被告に振り向けさせることにより、食べログを、他の飲食店ポータルサイトに対して競争上有利な立場に立たせることとなる可能性がある」と主張している（本件判決・別紙3(2)（原告の主張）ウ（イ））。

当該主張について、①は、前記のとおり、原告が有料店舗会員として食べログを利用することに事実上期待した集客効果の減少（営業上の不利益）をいうものであって、本件サービスの利用という取引に係る原告の自由かつ自主的な判断を抑圧するという自由競争基盤の侵害（独禁法上の不利益）をいうものではない。②のうち来店客数及び売上減少は①と同種の不利益であり、有料店舗会員への変更は認定事実として存在せず（後掲注(70)）、他の飲食店ポータルサイトへの広告費の追加支出は原告の事業活動上の自由かつ自主的な判断に委ねられた事項であって被告による強要など抑圧的・搾取的行為を原因としたものではない。③は、後段は優越的地位の濫用規制におけるいわゆる間接的競争阻害説に当たるものであるが、前段も後段も認定事実及び判断理由に表れていないものである。

る原告の自由かつ自主的な判断を抑圧したものでない以上、本件変更は公正競争阻害性を有するものではなく、このことは、被告が原告らに対して事前に本件変更の実施を通知していたか否かによって左右されるものではない<sup>71)</sup>。本件変更が濫用行為に該当することの理由として、裁判所は、原告が被る不利益に係る事前の計算不可能性や直接的利益の不存在を挙げるが、ここにいう不利益も直接的利益も本件サービスの利用という「取引」に係るものではないため、本件変更が公正競争阻害性を有するという判断を基礎づけるものではない<sup>72)</sup>。また、2条9項5号柱書の「利用して」に

---

70) 実際、本件変更の実施後においても、原告は2021年5月まで、本件基準日店舗(28店舗)の有料サービスを変更せず、同月に本件21店舗のうち8店舗で行った有料サービスの変更(料金減額)は「コロナ禍の影響により、午後8時以降の予約を入れることができなくなったことによるもの」であると自認している(本件判決・別紙3(2)(原告の主張)ア(イ)③、別表2)。

71) 長澤・前掲注(66)同旨。

裁判所は、本件変更が濫用行為に該当することの理由の1つとして評点算出上の■(省略)■の非公表を挙げるが、これは認知度調整という本件変更の目的、内容その他実施方針の詳細であろうか、評点上の予断は許されない。裁判所はまた、当該理由の1つとして事前通知の不存在を挙げるほか、被告が事前に公表していることは不正防止等を目的とした本件アルゴリズムの定期的見直しの実施のみであるため、本件変更は被告に対して事前に計算不可能な不利益を与えるものであると判断している。しかし、裁判所が判断すべきことは、被告に生じた営業上の不利益(集客や収益の減少)の有無ではなく、自由競争基盤の侵害という不当な不利益の有無であって、前記のとおり、本件変更自体のみではそのような不当な不利益を生じないため、本件変更の事前通知の不存在が濫用行為該当性を基礎づけることはない。

なお、裁判所は、争点3(独禁法24条に基づく差止請求)の判断において、本件変更が後日に消費者へ公表されれば、本件変更の公正競争阻害性は「今後も同様に継続するものと直ちに断ずることはできない」と判断しているが(本件判決・第5の2(2))、消費者への事前公表の不存在は公正競争阻害性を基礎づける事実とはされていない(同・第5の1(3))。

72) 「『あらかじめ計算できない』というだけで『不利益』が生じれば、濫用行為に当たり得るというのでは、……過剰規制の問題が露骨な形で表れることになる」ため、濫用行為とは「それ自体が市場の信頼に反するような悪性の高い行為だけが対象となるべきであり、その基準(「不利益」)は、優越的地位がない限り受け入れることができないような著しく不合理な経済的負担と解すべき」であるという見解がある(越知保見「優越的地位の濫用と取引の自由・私的自治～

ついて、裁判所は本件変更が「利用して」に該当するものであると「優に認められる」と判断しているが、本件変更が2条9項5号ハ所定の「取引を実施すること」に該当せず公正競争阻害性を有しない以上、「優に認められる」という判断は誤りである。

なお、本件変更の意図・目的等に対する裁判所の判断も疑問である。当該判断の少なからぬ部分が非開示であるため、これは必ずしも明らかなことではないが、裁判所は、被告が主張する本件変更の意図・目的が「正当なものであったとしても」「専ら公正な競争秩序の維持、促進の観点からみて不当であるとはいえないことを併せ考慮すると(筆者注記:「考慮しても」の意か?)」、本件変更は「直ちに上記目的を達成する手段として相当であったとはいえない」と判断している。この判断は、被告が主張する本件変更の意図・目的の正当性や合理性を一応肯定しつつも、当該意図・目的の達成手段としての相当性を認めることはできないというものであろう。前記のとおり、被告が主張する本件変更に係る「正当な理由」の詳細は不明であるが<sup>73)</sup>、被告の主張の一部は「そもそも、本件変更は、企業と消費者の情報の非対称性を解消し、飲食店による純粋な能率競争が行われているという意味での公正競争を作出するためのものであり、特定の飲食店に競争上の不利益をもたらすことを目的とするものではなく、仮に原告において本件変更後に来店客数及び収益が下がったとしても、それは原告が本件変更前には飲食店による純粋な能率競争という観点から他の飲食店に比べて有利な状況にあったことによるものであって、本件変更後に原告が競争上不利な状態に陥ったということではない」というものである<sup>74)</sup>。原告

---

取引制限の当然違法化をもたらす「不利益」概念の拡大〜」国際商事法務48巻4号(2020)471頁)。

73) 前掲注(37)。

74) 本件判決・別紙3(2)(被告の主張)ウ(イ)①。被告は、「食べログのホームページにおいて評点の算出方法の概要を示した上で、影響度の調整や算出方法の変更がなされることを公表しており、評点変動することは当然に想定されている」とも主張する(同前)。

の訴状によれば<sup>75)</sup>、本件変更は食べログに表示される評点のいわばチェーン飲食店ディスカウントであるが、被告が主張する「企業と消費者の情報非対称性を解消し、飲食店による純粋な能率競争……を作出する」という本件変更の目的は、具体的には、一般に来店客の収容能力が大きいチェーン飲食店では、個人事業者らの小規模飲食店よりも来店客やクチコミを多く獲得できる傾向があるが故に、飲食店がユーザーら消費者へ提供する飲料や料理の品質、サービス、雰囲気、コストパフォーマンス等という「純粋な能率競争」に係る要素につき一部のユーザーから低い点数を付けられていても、評点の下方硬直を生じやすい(やや高めの評点が算出される)という評点算出上の飲食店間バイアスを生ずるため、これを是正することにあつたのではなかろうか<sup>76)</sup>。換言すれば、本件影響度調整や不正防止等を目的とした本件アルゴリズムの定期的見直しという方法のみでは、評点算出上の飲食店間バイアスを是正できないが故に、認知度調整という本件変更を通じて新たな「見直し」を行ったのではなかろうか<sup>77)</sup>。このような目

---

75) 訴状(2020年5月22日) <http://食べログ被害.com/wp-content/uploads/2022/04/1d3a0981df55e1afc01dd776ad5d8be8.pdf> (最終アクセス: 2023年1月16日)。

76) 「点数が3.5点以上の外食店は掲載店舗全体の約3%しか該当せず、『3.5点以上かどうかで売り上げが月100万円以上変わる』(外食関係者)ともいわれる。投稿頻度が高いある有力レビュアーは、自らの投稿が店舗の売り上げに影響を与えると自覚しているため、『現状の点数を大幅に下回るような投稿はしづらい』と明かす。つまり、点数が高い店としていったん認められたら売り上げが大きく伸びる上に、点数が下がりづらい『硬直性』が期待できる」。日経ビジネス電子版2023年1月16日『「ステマ」法規制へ、暗躍する『食べログブローカー』の実態』<https://business.nikkei.com/atcl/gen/19/00131/011300031> (最終アクセス: 2023年1月16日)。

77) 2018年8月7日～2020年8月18日の期間における本件基準日店舗などの評点変動等を示した本件判決・別表1によれば、本件基準日とその直近の最終更新日を比較した本件21店舗の評点の平均変動値は0.16である。別表1の記載方法と(正確性の保証はないが)食べログの検索結果を併せ考慮すると、店舗番号は各店舗の開店時期の順番で概ね付けられているところ、店舗番号1～8の8店舗のみが0.20～0.45という大幅下落であった一方、店舗番号11～12・14～18・21～24・26の12店舗は平均変動値を大きく下回った0.00～0.12の僅かな

的に基づいたものであれば、本件変更は飲食店間の商品・役務の供給をめぐる能率競争の促進に資することが期待できるため、目的の正当性や合理性は首肯できるものであり、本件変更がその達成手段として相当なものであると認める余地もある。裁判所は本件変更が「■(省略)■飲食店にあらかじめ計算できない不利益を与えることを否定できない。また、仮に■(省略)■旨の被告の見解を前提としても、■(省略)■と一律に断ずることはできない」という理由を挙げており、殊更、省略部分の后者は全く予断を許さないが、少なくとも、省略部分の前者は本件変更の事前通知の不存在を指摘するものと考えられるところ、それ自体が本件変更の公正競争阻害性を基礎づける事情にならないことは前記のとおりである。本件変更の濫用行為該当性を左右する事情ではないが、目的達成手段の相当性がどのような理由から認められないのか、その少なからぬ部分が非開示とされていることは残念である。

#### 4. 結語

食ベログなど飲食店ポータルサイトに表示される評点は、飲食店間の顧客獲得競争における重要な競争手段であるのみならず、消費者による飲食店の比較や選択に資するものであるため<sup>78)</sup>、評点の算出に係る「重要な要素」(目的や内容)が飲食店及び消費者へ可能な限り開示され、評点の取扱いに係る透明性及び公正性が確保されることは、飲食店ポータルサイト間

---

下落であり、店舗番号13の1店舗は0.05の僅かな上昇となっている。

食ベログの検索結果によれば、本件21店舗の平均座席数は62(13店舗が50~70、5店舗が28~45、3店舗が130または150)であるところ、評点が大幅下落した8店舗の開店時期は、原告が13店舗を開店し業容拡大期であったとみられる2016年4月~2018年7月の28カ月間よりも早い(8店舗のうち7店舗が2011年2月~2016年4月の63カ月間に開店)。推論であるに過ぎないが、営業期間が比較的長い当該8店舗の評点は、別表1で遡ることができる2018年8月7日の時点で他の13店舗よりも著しく高く、前掲注(76)のような「硬直性」を含めて、筆者が本文中で述べたような飲食店間バイアスを生じていたのではなかろうか。

78) 公取委・前掲注(54)第4の3(3)イ。

及び飲食店間の公正かつ自由な競争環境を確保する観点からみて望ましいことは疑いの余地がない<sup>79)</sup>。評点の算出に係るルール(アルゴリズム)等を変更する場合、当該変更に係る「重要な要素」について、飲食店ポータルサイト運営事業者は事前に飲食店及び消費者へ開示することが望ましい<sup>80)</sup>。しかし、公取委も認めているとおり、評点の算出に係るルール(アルゴリズム)等は、「飲食店ポータルサイトの特徴を直接的に表す重要な競争手段」であるため、飲食店ポータルサイト運営事業者が飲食店や消費者へそれらのすべてを公開するよう強制されれば、飲食店ポータルサイト運営事業者の競争力を弱めることとなるおそれがある<sup>81)</sup>。開示対象となるべき「重要な要素」の範囲を一意に画することは困難であるが、飲食店ポータルサイト運営事業者と飲食店との取引関係における相互理解を促進する観点からみても、飲食店ポータルサイトの評点の取扱いに係る透明性や公正性を左

---

79) 公取委・前掲注(54)第4の3(3)ウ。公取委は評点の取扱いに係る公正性の確保に向けた手続・プロセスの整備も必要であると指摘するが、これに対する異論はない。

また、食ベログは「特定デジタルプラットフォーム」ではないが、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(令和2年法律第38号、いわゆる取引透明化法)3条は、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施策が、デジタルプラットフォーム提供者による自主的かつ積極的な取組みによって行われること等を基本理念とする。

80) 取引透明化法5条2項ハは、特定デジタルプラットフォームにおける商品等の表示順位の決定で用いられる「主要な事項」の開示を特定デジタルプラットフォーム提供者の義務としている。

81) 公取委・前掲注(79)。

また、取引透明化法の文脈ではあるが、飲食店ポータルサイト運営事業者などデジタルプラットフォーム提供者による『『不利益変更』の類いも、どの時間軸で、どの範囲のステークホルダーの利害に着目して『不利益』と評価するのかについてのセンシティブリティを忘れてはならない。プラットフォーム事業者は、大多数のパートナーの利益やユーザーの利益保護、エコシステム全体の強化の観点(少数のパートナーの利益の確保より)尊重することが合理的と判断する場合もあり、そうした場合も単に『不利益変更』で、不公平であると即断することはできない」という見解がある(藤井康次郎・角田龍哉「特集 プラットフォーム規制の現在地: プラットフォーム事業者側の視点」ジュリスト1545号(2020)36頁)。

右し得る情報は開示されるべきである<sup>82)</sup>。

本件判決に対する最大の疑問は、前記のとおり、差止請求及び損害賠償請求に係る判断が左右等されるものではないという理由から、裁判所が取引条件等の差別取扱い(一般指定4項)に関する判断を不要としたことである<sup>83)</sup>。公取委は「市場において有力な地位を占める飲食店ポータルサイトが、合理的な理由なく、恣意的にルール(アルゴリズム)を設定・運用することなどにより、特定の飲食店の店舗の評価(評点)を落とすなど、他の飲食店と異なる取扱いをする場合であって、当該行為によって、特定の飲食店が競争上著しく不利になり、当該飲食店の競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼし、飲食店間の公正な競争秩序に悪影響を及ぼす場合等には、独占禁止法上問題(差別取扱い)となるおそれがある」という見解を明らかにしている<sup>84)</sup>。前記のとおり、本件変更は食べログに表示される評点のいわばチェーン飲食店ディスカウントの疑いがあり、被告が実際に本件アルゴリズムの下方修正をそのような態様で実行しているのであれば、少なくとも、食べログ掲載の飲食店間における顧客獲得競争を阻害するおそれがある

---

82) 取引透明化法5条3項1号は、特定デジタルプラットフォーム提供者が商品等提供利用者に対して予め定めた提供条件によらない「取引の実施」を要請する場合、当該利用者へその内容及び理由を開示せねばならないと定められている。なお、食べログが取引透明化法所定の「特定デジタルプラットフォーム」でないこと、本件変更が独禁法2条9項5号ハ所定の「取引を実施すること」に該当しないことは、前記のとおりである。

また、同法7条は、特定デジタルプラットフォーム提供者が商品等提供利用者との間の取引関係における相互理解の促進を図るために必要な措置を講じなければならないと規定されており、同条2項を受けて、「特定デジタルプラットフォーム提供者が商品等提供利用者との取引関係における相互理解の促進を図るために講ずべき措置についての指針」(経済産業大臣)が定められている。

83) 長澤・前掲注(66)解説Ⅲは「核心的な争点」とであると指摘する。

84) 公取委・前掲注(78)。

原告は、「本件変更は、飲食店をチェーン店と非チェーン店に区分した上で、チェーン店の評点のみを引き下げること、当該チェーン店のランキング検索における表示順位を下落させ、広告効果を大幅に低下させる点で、チェーン店を不利に扱うものである」と主張している(本件判決・別紙3(1)(原告の主張)ウ(イ)②)。

デジタルプラットフォーム搭載機能に係るアルゴリズムの変更と優越的地位の濫用(岡田)

る。ただし、一般指定4項の該当性を判断した場合においても、本件変更が同項所定の「実施」に当たると評価できるとは考え難いほか、そのような評価が可能であるとしても、本件変更が(食べログ掲載のものに限らず広く)飲食店間の顧客獲得をめぐる自由競争を減殺したと評価できるか否かは疑問である。

### 【追記】

本稿の脱稿後、本件判決の解説として、泉水文雄「食べログ事件判決—ポータルサイトのアルゴリズム変更と独禁法」法学教室 509 号 (2023) 67 頁以下、多田敏明「プラットフォームのアルゴリズム変更が優越的地位濫用とされた事例(東京地判令和4・6・16)」ジュリスト 1581 号 (2023) 6 頁、長尾愛女「判解」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 経済法 No.86 (文献番号: z18817009-00-120862294)、瀧川和彦「判解」ジュリスト 1583 号〔令和4年度重判〕(2023) 227 頁以下に触れた。