

食ベログ事件・ダイレックス事件東京高判と最高裁判決理論  
明治大学教授 越知 保見

目次

I はじめに.....	2
II 食ベログ事件の事実の概要と全体的評価.....	6
1 食ベログ事件の事実の概要.....	6
2 控訴審における主張の追加.....	7
3 請求原因の概観・公法秩序と私法秩序の関係.....	7
4 competition on the merits (能率競争)の基本的意義・欧州と日本の最判の展開.....	8
(1)業績競争概念の淵源と展開.....	8
(2)日本の最判による competition on the merits 理論の展開.....	9
III 差別的取扱いに関する公正競争阻害性.....	10
1 差別的取扱いに関する判旨の要点.....	10
2 判示①②の競争機能への言及の意義.....	12
3 判示①②④が「正常な事業活動からの逸脱」を検討の核心においていることの意義.....	12
4 判示③④で不利益の大きさを問題にしている点の問題.....	13
5 二重の地位に基づく自己優遇の視点.....	14
6 人為性を生じる場合と法的に保護される利益.....	15
IV 不法行為.....	15
1 不法行為に関する判示.....	15
2 法的に保護された利益に関する判示の評価.....	16
V 債務不履行責任.....	17
1 債務不履行に関する判示の要点.....	17
2 事前告知に関する判示の評価.....	18
VI 優越的地位の濫用の「正常な商慣習に照らして不当に」の解釈.....	18
1 高裁判決の判示内容.....	18
2 全体的評価.....	19
(1) 差別的取扱いに関し、正常な事業活動の射程に含まれたと判断されたことの意義.....	19
(2)抑圧性が必要とされる理由・人為性との関係.....	20
3 優越の不当不利益性についての考え方の変遷.....	21
(1)田中・解説の考え方.....	21
(2)岐阜信組事件最判と従来の考え方のまとめ.....	22
(3)DP ガイドライン・公取委意見書の考え方.....	22

(4) DP ガイドラインの解釈の問題点.....	22
(5)公取委意見書の問題.....	23
(6)地裁判決の問題.....	23
4 判示②③④の規範の具体的適用に関する評価.....	23
(1) 抑圧性と不利益の内容・程度の関係.....	23
(2)著しい不利益がないと認定したことの評価.....	24
(3) 抑圧性と人為性・不当な利益.....	25
5 優越における事前告知の要否.....	25
(1) 優越の判示⑤と債務不履行の判示③の評価.....	25
(2) 民法上の解約制限法理・約款理論と手続き的瑕疵の問題.....	26
VII 不当な利益と依存性・ダイレックス判決.....	26
1 優越的地位は存在するか.....	27
(1)本判決の判示とその問題.....	27
(2)ドイツの相対的市場支配とダイレックス判決の考え方.....	27
2 ダイレックス判決の2つの意義：不当な利益と構造的依存性.....	28
3 不当な利益の観点.....	28
(1) 不当な利益の観点と能率競争.....	28
(2)EDEKA 事件と unfair advantage という考え方.....	28
4 依存性の意義.....	29
(1) 日本現在の依存性の運用.....	29
(2)ドイツ競争法の相対的市場支配の意義.....	29
(3)D 日本で1対多の関係を問題にしてきたことの意味.....	30
(4)ダイレックス判決における依存性の判示の意義.....	30
(5)行為要件と地位要件の関係.....	30
(6)本件における適用.....	31
VIII 取引の実施.....	32
IX 優越の包括条項の利用に関する小括.....	32
X 結 語.....	33

## I はじめに

本稿は、デジタル時代の最初の高裁判決であり、デジタル時代の独禁法の理論を自由競争減殺型の不公正な取引方法、優越的地位の濫用(以下「優越」ともいう)、債務不履行、不法行為という多様な請求原因に関し、適切な方向性を示した食べログ事件の東京高裁判決(令和6年1月19日、令和4年(ネ)第3422号)(以下「本判決」ともいう)と同じく購買力濫用に関する優越的地位の濫用事件で、優越的地位の解釈において優れた知見を示した

ダイレックス事件東京高裁判決東京高判令和5年5月26日・令和2年（行ケ）第5号）(以下「ダイレックス判決」ともいう)を総合的に評釈するものである。

デジタル経済の台頭後、競争政策の在り方に関し、世界で革命的な変化が起こっている。欧米ではその変化は、「consumer welfare から competitive process へ」という用語に集約される。ところが、日本では、最高裁が欧米の流れを先駆する競争過程を重視した解釈論を展開してきたのに、それを無視して古い理論に執着する一方、DPガイドライン<sup>1</sup>を発表して、優越の要件の解釈を市場経済との整合性が疑問になるレベルまで緩和させ、古い理論でカバーできない問題は、何でも優越を適用しようとする独自の方向性が模索されてきた。食べログ事件は、その方向性の問題が顕在化した事件である。本判決とダイレックス判決はその方向性ではなく、欧米と最高裁判決理論に沿ってデジタル経済における独禁法解釈の在り方を示す判決となっている点で極めて重要なものである。筆者は、DPガイドラインの発表以来、かかる日本の動きの独

---

<sup>1</sup> 令和元年12月17日公取委「デジタルプラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（以下、デジタルプラットフォーム事業者をDP、本考え方を「DPガイドライン」という）

自性とその根源にある経済法学説の問題を指摘し続けてきた<sup>2</sup>が、両判決は、かかる筆者の問題意識に正面から答えるものとなっている<sup>3</sup>。

東京地裁判決(令和4年6月15日、令和2年(ワ)第12735号)は、差別的取扱いに関しては判示せず、優越についてのみ判断し請求原因を認めたが、高裁判決により、その判断順序にそもそもの問題があることが明らかになった。地裁判決が総論で、優越においても人為性を違法判断の重要な基礎とすることを説示し、資生堂事件最判以来の最高裁判決の考え方が優越にも適用されることを示唆したことはそれなりの意義を

---

<sup>2</sup>2020年においては、越知保見「デジタル経済と優越的濫用 I-IV」(以下「デジタルと優越 I-IV」という)国際商事法務第48巻4号467頁5号627頁、6号775頁7号917頁(2020)49巻2号195頁(2021)を公表し、最高裁判例が示した正しい方向性と優越に頼ろうとする公取委の方向性の問題点を整理し、越知保見『日米欧競争法大全』(中央経済社2020)(「越知・競争法大全」)において、最高裁判決理論に基づくデジタル経済における独禁法解釈の在り方についての基本的体系を提示した。第2章にデジタルと優越の I から III の要点が整理されている。さらに、2021年には、越知保見「営業の自由をめぐる論争の今日的意義」『金井貴嗣先生古稀祝賀論文集』(弘文堂2021)33頁(「越知・営業の自由論争」)越知保見「市場法秩序における取引の自由・公正な競争」明治大学法科大学院論集第25号113-161頁(「越知・市場法秩序」)。において、優越に頼る主要学説の形成過程における問題を掘り下げて論じた。

2022年から2023年にかけて、デジタル経済に関する欧米の議論が進展し、重要判例・立法が形成された。そこで、越知保見「デジタル経済と競争過程保護 I-VII」(以下「デジタルと競争過程 I-VII」という)国際商事法務50巻7号789頁、8号959頁(2022)9号1109頁、10号1281頁、11号1441頁、12号1590頁(2022)、51巻1号36頁(2023)2号182頁、3号332頁、4号489頁、5号645頁(2023)7号926頁(2023)を公表し、欧州の最新の重要判例とDMAを詳しく評釈しつつ、日本の一連の最高裁判決が欧州の流れに整合するものであること、基礎概念の中核的要素である競争過程と人為性について、デジタル経済に整合する理論構成を詳細に論じた。以上の研究の要点は、公取委の競争政策研究センター(CPRC)における筆者の以下の3回の講演のPPT資料を参照。①2021年4月2日第89回CPRCセミナー「デジタル経済における競争保護と6つの最高裁判決-優越的地位の濫用と取引の自由-」、②2022年8月5日第116回CPRCセミナー「市場法秩序における取引の自由・公正な競争・能率競争-なぜ優越的地位の濫用は補完的でなければならないのか-」、③2023年9月7日付け第139回「競争過程・人為性の判例理論とデジタル経済-Consumer welfare から competitive process へ-」同スライドは、WEB上、公取委HP→CPRC→イベント→CPRCセミナーをたどれば入手できる。上記論文も添付資料として掲載されている。

さらに、その後、問題の本質が経済法学会の古い体質とそれを維持するための方法論にあることが認識されたので、越知保見「デジタル経済と判例理論(有効競争基準)・市場支配力基準・対等性基準」土田和博編『デジタル・エコシステムをめぐる法的視座』(日本評論社・2024)(以下、「越知・有効競争」という)デジタル経済における経済法学説の課題-判例理論を拒絶し古い理論に固執する体質・方法論上の問題-』明治大学法科大学院論集第27号97-170頁(「越知・経済法学説」)により、その観点から日本の主要学説の問題をその方法論と学会の体質まで言及して論じた。食ベログ事件に対する学説の対応は、学説の問題点を集約するものであり、その点は、上記の論考及び越知保見「食ベログ事件地裁判決評釈」ジュリスト1586号115頁(2023)(以下「越知・ジュリスト評釈」という)で指摘している。

<sup>3</sup>上記のとおり、筆者の論考は多数に上るが、本稿との関係で重要なのは、本稿の脚注で繰り返し引用するデジタルと競争過程V、VI、越知・経済法学説、越知・ジュリスト評釈である。

有するものであった<sup>4</sup>。しかし、債務不履行という民事法的な思考によって、不当不利益性を導き(おそらくそれが人為性の基礎になると考えたものと思われる)、優越的地位の濫用としたことは、有料会員を非会員より優遇するという不公正な行為が優越によって保護されるという矛盾を生ぜしめることになった。それは、地裁判決に肯定的な学説・DPガイドライン・公取委意見書<sup>5</sup>がおこなった優越の解釈の変更の問題が決定的な形で露呈したものであった。すなわち、本件の原告の主張は契約関係にある者を優遇せよという主張をしているに等しいものであったが(控訴審で原告が債務不履行を請求原因としたことからその点が明確になっている)、デジタル経済の最重要問題である自己優遇の観点からは、そのような優遇こそが不公正と評価されるものであり、原告の主張は、不公正な行為の履行を求めるものであると評価されるべきであった。地裁が優越に該当すると判断したことで、DPガイドラインの優越の解釈が不公正行為を助長するような運用となり得ることが明らかになった(その点に地裁判決の先例的意義がある)。

。筆者は地裁判決が最高裁判決・優越の制度趣旨に反するものであることを指摘してきた<sup>6</sup>が、主要学説による評釈は、全く事案を異にする購買力濫用に関するルズ事件を引用して地裁判決を支持し、また、これまた事案の全く異なるフランスのグーグルアド事件によって比較法的にも正当化されるかのような評釈が行われていた<sup>7</sup>。

本判決は、地裁判決を覆したが、原告が債務不履行・不法行為を請求原因に追加したので、本判決では、優越のみならず、差別的取扱い、不法行為、債務不履行に関しても判示が行われており、デジタル経済に関する基本的な請求原因を網羅的に説示する判決となっている。そのため、本判決は、DPガイドライン・公取委意見書の問題点を明らかにし、デジタル経済における独禁法理論の再構築の方向性を示すものとして、格別の重要性を有するものとなっている。

本判決が、(i)差別的取扱いにおける公正競争阻害性の分析に関し、競争機能侵害という競争の実質的制限についての規範は、公正競争阻害性の反競争性の規範でもあるとして一元論の立場を明らかにし、(ii)その規範への該当性の判断について、正常な競争行動であるか否かを分析の核心に置いたこと、(iii)正常な競争行動の結果、不利益が生じた場合には、債務不履行・不法行為に該当しないこと、(iv)優越の不当性

---

<sup>4</sup> 通説は、競争の実質的制限を自由な競争、不公正な取引方法は公正な競争を保護法益とするとして、異なる規範が適用されるとする考え方をとってきた(二元論)。IIの2参照。

<sup>5</sup> 令和3年9月16日公審650号)

<sup>6</sup> デジタルと競争過程VI(下)654頁、ジュリストの判例評釈、越知・有効競争基準参照。

<sup>7</sup> 泉水文雄・法教評釈(2023.2)、長谷河亜希子・公正取引評釈(2023.4)長尾愛女TKC新・判例解説 WatchNo.86 (2023.3.17) その問題についての詳細は、デジタルと競争過程VI(上)495頁(グーグルアド事件の解説)、(下)654頁、越知・ジュリスト評釈を参照。で

の判断において、人為性ではなく抑圧性を基礎とする考え方を示したことは、DP ガイドライン以前の優越の基本的考え方を示した田中・解説<sup>8</sup>の立場を支持し、は、最高裁判決理論を展開して論点を整理し、正しい解釈の方向性を示したものと評価できる。ただし、いずれにおいても、具体的認定に関しては、不利益の程度が合理性を欠くほどに著しいことが立証されていないことがすべての請求原因の棄却の理由として強調されているなど、民事的発想に引きずられすぎており、判決の意義がつかや消しになっている。この点に関し、ダイレックス判決は、①優越の趣旨に関し、不利益ではなく、優位の地位にある者が利益を不当に確保していることに問題の本質があること、②優越的地位を認定する重要な要素である依存性に関し、公取委の実務が個別の依存関係に傾斜する傾向があったのに対し、構造的な依存性を問題とするという優越の本質をとらえたこれまた画期的な判示を行っていた。本件の裁判体が、ダイレックス判決の意義に気付き、同判決の説示を活用していれば、本判決はより洗練されたものとなっていたであろう。いずれにせよ、2つの高裁判決により、市場経済との整合性の観点に強い疑問を生ぜしめる DP ガイドラインとそれに親和的な公取委意見書の優越の解釈が、司法により否定されることとなったことは2つの判決の重要な意義である。

## II 食べログ事件の事実の概要と全体的評価

### 1 食べログ事件の事実の概要

最初に食べログ事件の事実の概要をまとめる。判旨に関しては、II 以下で論点ごとに紹介している。

飲食店情報を掲載するポータルサイト「食べログ」を運営する有力な事業者である被告が、食べログにおける飲食店の点数（評点）を算出するためのアルゴリズムについて、同一運営主体が複数店舗を運営している飲食店（「チェーン店」）の評点を下方修正するような変更を実施し、現在までこれを継続している。焼き肉のチェーン店を運営する原告 26 店舗の各評点は、3.5 近辺から、3.0 から 3.3 の近辺（各店舗により差異がある）に下落している。なお、3.5 という評価は、食べログ対象店舗全体の上位 3% とされるようであるが、筆者が調べた限り、都内の焼き肉のジャンルでは、最高評価だった。原告は、本件変更は取引条件の差別的取扱いまたは優越に当たるとして、損害賠償・行為の差止めを求めた。地裁判決は、優越的地位の濫用に該当するとして、損害賠償 3840 万円を認容したが（差止請求は棄却）、高裁はこの判断を覆した。

---

<sup>8</sup> 田中寿編『不公正な取引方法—新一般指定の解説』（商事法務研究会 1982）（以下「田中・解説」という）

飲食店は、店舗ごとに被告の無料会員、有料会員となることができ、無料会員には、当該飲食店に関する各種情報を食ベログに掲載し、インターネットユーザーへ公開されるサービスが無償で提供される。有料会員には、これに加えて、何段階かの有料会員向けサービスプランを利用でき、繁忙時間帯における食ベログサイトで優先的・視認性の高い形での掲載などのサービスが提供される。評点の実施は、飲食店との契約関係の有無を問わず行われる。原告各店舗は、最上位の有料会員であったが、いくつかの店舗は、グレードを下げたようである。

## 2 控訴審における主張の追加

原告は、請求原因として不法行為と債務不履行を追加し、被告は、地裁では、本件変更をチェーン店に対する評点を下方修正するアルゴリズム変更と表現していたが、高裁では、評点の変更が、①新ロジックの採用によるものであり、②それに基づくアルゴリズムの変更と③影響度調整(これは、手作業による修正のようである)という3段階の調整メカニズムによる評点ポリシーの変更であり、評点ポリシーの変更の理由として、評点が高くなりすぎていることに対する消費者目線からの評点の調整であるとの補充主張を行った。

調整メカニズムと評価部分が非開示になっているが、事実認定の問題であり、法的評価・理論構成についての評釈に影響を与えるものではない。開示部分の認定からは、一定の客観的なポリシーに基づく評点メカニズムの調整であり、合理的な調整(人為的でない調整)であると判断できる説示となっている。

## 3 請求原因の概観・公法秩序と私法秩序の関係

Iで述べた通り、本判決は、デジタル経済における独禁法理論の方向性を示すものとして、画期的な意義があるが、整理が十分でない点も散見される。

まず、追加された民事上の請求に関し、詳細に理由が付されているが、独禁法に基づく請求が正常な事業活動(合理的な事業活動)として許容されるのであれば、私法秩序が公法秩序に優先することはおよそあり得ず、その点こそが強調されるべきであった。正常な競争行動とされる場合には、私法上も違法とならないという法理は、米国では、17世紀のスクールマスター事件、欧州では19世紀においてドイツの業績競争概念によって、成文法としての独禁法が成立するはるか前に形成・確立し、その法理は、ドイツの業績競争、EUの *competition on the merits* 理論として展開し、競争法の基礎理論となっている。

そして、日本の芝浦と殺場事件最判・資生堂事件最判・NTT東日本事件最判・JASRAC事件最判が判示してきた能率競争・良質廉価をめぐる競争・正常な競争から

の逸脱という考え方は、まさにドイツ・EUの業績競争理論の展開をトレースするものである。日本の学説・実務では、その点が十分に理解されていない。その点は3以下で示す。

本判決で、債務不履行・不法行為を否定する理由として詳細に論じられた点は、まさに業績競争(日本の能率競争)理論において、業績(能率)に基づく競争であることの理由である。それは、すでに独禁法が存在する今日では、正常な事業活動であるから、差別的取扱いの公正競争阻害性を欠くことについての理由として説示されるべきであり、そうしていれば、本判決はより説得的なものとなったと思われる。その点は、III、IV、Vで示す。

そして、優越に関しては、独禁法と私法(債務不履行・不法行為)との関係を踏まえたうえで論じた方がわかりやすく、本稿では、その順に論じるものとする。

#### 4 competition on the merits (能率競争)の基本的意義・欧州と日本の最判の展開

##### (1) 業績競争概念の淵源と展開

業績競争(Leistungswettbewerb 英語では、performance based competition。今日では、competition on the merits と訳されることも多い)は、19世紀に不正競争防止法(UWG)の解釈として成立した概念であるが、ドイツ法の専門家は、(市場構造に関係なく)不正手段行為を規制する概念と理解し、経済的地位を利用した取引条件(対等であれば合意されなかった取引条件)がすべて非業績競争であるかのように紹介し、複雑で理解の難しい概念であるとしてきた<sup>9</sup>。しかし、業績競争は、これをわからないのであればドイツ競争法を語る資格がないといっても過言ではないほどのドイツ競争法の基本的かつ核心の概念であり、それは、EUの基本的概念である competition on the merits の淵源でもある。「業績」という訳語によって概念がわかりにくくなっているが、英訳の競争の「成果」「メリット」の意味で考えれば、簡単に理解できる概念である。

競争を活発に行えば、その結果として、競争相手(とその者と取引する者等)の取引機会が減少し損害を被ることは避けがたい。それを不法行為あるいは不正競争としたのでは、活発な競争が抑制される<sup>10</sup>。競争保護の観点からは、「不利益」が正常な競争行動の結果であれば、不利益が生じていても違法としないという法理が確立される必

---

<sup>9</sup> 舟田正之『経済法総論』(有斐閣 2023)(以下「舟田・総論」という)519頁。522頁、日本の学説による業績競争概念を含むドイツ競争制限禁止法(以下「ドイツ競争法」という)の歪曲化の問題は、デジタルと競争過程VI、越知・経済法学説第3. II(122頁以下)で詳細に論じている。

<sup>10</sup> 注12のカラハ講演 PPT資料9頁では、Vital Competition inevitably cause damage or disadvantage for the third party.と要約している



要がある。米国のコモンローでは、17世紀のスクールマスター事件<sup>11</sup>において正常な事業活動で第三者に損害が生じたとしても不法行為は成立しないとする法理が確立していた。19世紀に成立した当初の業績競争概念は、それを不法行為が成立しないというだけでなく、不正競争防止法(UWG)上も **unfair** とはみなされない(従って違法とならない)とする法理である。業績競争概念もスクールマスター事件法理も、正当な競争行動の結果、競争者・取引の相手方に損害を与えても責任を問われないことを説明するための概念、すなわち、競争の成果が発揮されるような行動に対し、民事責任を問わない概念として生まれたものである。

業績競争概念は競争法の成立後には、正常な競争行動を業績競争として保護し、正常でない行動を非業績競争として、反競争性の規範とする理論に発展した。そして、市場構造によっては、一定の経済力を有する事業者は、より効率的な事業者が行えない行為を行うことができることが知られ、市場構造・競争過程の観点を加味して業績(成果)該当性を考える理論に発展した<sup>12</sup>。

その考え方が、EU競争法に取り込まれ、**competition on the merits**(能率競争)の概念の基礎となり、業績に基づく競争の射程は、ドイツ・EUの判例により不断に進化され続けてきた<sup>13</sup>。

## (2)日本の最判による **competition on the merits** 理論の展開

日本では、これを(市場構造に関係なく)不正手段行為を規制する概念として成立したものと紹介し、田中・解説でもおよそまともな競争手段とはいえないような不正手段を用いる場合に、能率競争に当たらないと解してきた。これは、ドイツの業績競争概念の起源の説明の歪みに由来している。

---

<sup>11</sup> この事件の事案については、川濱昇『独占禁止法の基礎理論』(有斐閣 2024)(以下「川濱・基礎理論」という)9頁参照。

<sup>12</sup> John Kallaugher & Brian Sher, *Rebate Revisited :Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82 abuse* [2004]E.C.L.R. 263 (以下「カラハ論文」という)269頁、同書では、業績競争概念が、19世紀の不正競争防止法から発展した経緯、オールド・リベラリズムとの関係、それがEU競争法に取り込まれた経緯などが詳細に説明されている。2023年2月9日付第147回CPRCセミナーでは「Abuse of Dominant Position in EU Law: Historical development; Current Doctrine; Comparison with U.S. Antitrust Law」のタイトルで同教授のオンライン講演(以下「カラハ講演」という)が行われており、カラハ論文とその日本語訳、セミナーで用いたPPTも同セミナーのサイト上で入手できる。PPT8頁、9頁では業績競争概念の成立とEU競争法に取り込まれた経緯が要約されている。なお、カラハ講演の骨子をまとめ、その日本法への示唆について補足したジョンカラハ・越知保見「EU競争法における **competition on the merits** 理論の意義と先例の展開—米国反トラスト法と比較しつつ」が公正取引 2024年11月号に掲載予定である。

<sup>13</sup> 今日では、ドイツ・フェースブック事件最決のようにドイツ競争法でも業績競争ではなく、有効競争 **effective competition** として説示される判例もあり、それによってドイツ競争法とEU競争法が相互に影響を与え合っていることがわかる(デジタルと競争過程VI、越知・経済法学説第3章II参照)。

しかし、最高裁は、competition on the merits(能率競争)の正しい理解に基づき、人為性理論として判例理論を生成・展開してきた。

資生堂事件最判は、「拘束条件付き取引が禁止されるのは、良質廉価な商品・役務を提供するというべき形で行われるべき競争を人為的に妨げる側面があるからであると判示したが、その判示は、正常な競争行動である限り、その結果として、第三者に損害を与えても違法では無いとしたスクールマスター事件法理、ドイツの初期の業績競争概念の成立時の法理を判示するものであった。同判決は、かかる観点に立ち、対面販売義務づけは、商品のブランド力を維持するために合理的な流通政策であるから、正常な競争活動であるとして、拘束条件付き取引に当たらないとしたものである。

ただし、資生堂事件最判では、市場構造・競争過程が競争を歪める点に配慮することができていなかった(市場シェアが50%前後の資生堂と8%に過ぎない花王に対する判示内容が全く同じであった)。NTT 東日本事件最判に至り、人為性を「市場支配力の形成・維持・強化の観点から」市場の特性、競争条件の差異、行為態様、競争への影響を総合考慮することにより、人為性を判断すべきことが説示された。

この展開は、市場構造・競争過程(市場行動)を加味して業績該当性を考える理論に発展したドイツの業績競争論の展開をトレースするかのごとき展開である。日本とドイツの判例が同じ考え方で発展していることは、この考え方が理解困難な概念ではなく、競争法の考え方として自然なものであることを示している。

学説・公取委が業績競争・能率競争に対し、歪んだ見方をしているにもかかわらず、最高裁が、本来の業績競争・能率競争の意義を正しく説示し続けてきたことは卓見という他ない。本件は、資生堂事件最判が下されてから4半世紀を経過してその意義の重要性を再確認する事例である。

### Ⅲ 差別的取扱いに関する公正競争阻害性

#### 1 差別的取扱いに関する判旨の要点

本件変更等は、全体として原告<sup>14</sup>にとって『不利な取扱い』に当たるとしたうえ、公正競争阻害性について以下の通り判示する。

不公正な取引方法の一つとして取引条件等の差別的取扱いを規制している趣旨は、経済活動において価格その他の取引条件をどのように設定するかは、市場メカニズムを通じて、本来自由に行われるべきものであるから、商品・役務の取引条件等に差があること、差異が正当なコスト差に基づくものである場合や、当該商品・役務の需給関係、市場性に対応したものである場合には問題とはならないが、差別取扱いを通じて

---

<sup>14</sup> 以下の判旨の紹介において「第1審原告」は「原告」、「第1審被告」は「被告」と記載している。原告が韓流村、被告が価格コム(食べログ)である。

市場における競争（行為者とその競争者の間の競争のほか、差別を受ける事業者とその競争者との間の競争も含まれる。）機能に直接かつ重大な影響を及ぼすなどの競争秩序に悪影響を及ぼす場合には、公正かつ自由な競争の維持・促進の見地からこれを規制する必要が生ずることにあると解される。（判示①）

そして、そのような規制の趣旨に照らせば、当該差別行為の競争に及ぼす影響を個別に判断する必要があり、規制を受けるべき行為にあたるか否かは、各種諸事情を総合的に検討した上で、公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるか否かによって判断するのが相当である。（判示②）

本件変更等が「不当に」に該当するか否かは、評点算出アルゴリズムの「全体的な内容及び変更の状況」、目的、対象飲食店の範囲、設定内容とその運用をふまえて、原告を競争上「著しく」不利にさせるおそれがあるか否かを考慮し判断すべきである。（判示③）

食べログにおける評点は、投稿者が口コミにおいて飲食店に付けた点数の平均値ではなく、上記点数と当該投稿者の影響度を踏まえた本件アルゴリズムによって算出される仕組みであり、被告は、基本的には食べ歩きの実験が豊富な投稿者ほど影響度を大きくするという考え方にに基づき、様々な要素を考慮して「影響度」を設定しており、投稿者がステマや実際の飲食体験に基づかない口コミを多数投稿するなど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によって意図的に評点を操作することを防止するなどのため、毎月2回（第1及び第3火曜日）、新たに投稿された口コミにおける点数、投稿者の影響度の再評価、本件アルゴリズムの変更等を行って評点を算出し直し、これを公開していること、従来の本件アルゴリズムを適用して評点を算出する方法では、【約10行の非開示部分】という課題を生じていたこと、そこで、以上のような課題を修正するために新ロジックを導入することとしたが、【約2行半の非開示部分】ことから本件変更を実施することとし、さらに、【約3行の非開示部分】という本件影響度調整を行うこととしたことが認められ、以上によれば、本件変更等のうち本件変更は、新ロジックの導入によって【約1行の非開示部分】これによって生じる一般消費者の感覚とのずれを是正する目的で実施されたものであり、本件影響度調整も不正なクチコミの評点への影響を排除する目的で実施されたものであるから、いずれの目的も合理性があるといえる。②本件変更等は、上記のような評点算出上の問題を改善する「目的と必要性に応じて」食べログ利用者の評点に対する信頼を確保するために行われており、その変更内容も目的との関係で不合理なものとは認め難い。評点の性質や評点算出アルゴリズムの変更の目的及び内容等に照らせば、本件21店舗の評点下落が本件変更等の結果として生じたとしてもそれだけでは、原告の「飲食店市場における競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼす」とまでは認め難く、その影響は限定的なものといえる。（判示④）

## 2 判示①②の競争機能への言及の意義

判示①では、多摩談合事件最判、ブラウン管事件最判で競争の実質的制限の意義として言及された競争機能侵害の観点から「競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼすなどの競争秩序に悪影響を及ぼす場合」には、公正かつ自由な競争の維持・促進の見地からこれを規制する必要が生ずることにあると解される。」という多摩談合事件最判、ブラウン管事件最判が競争の実質的制限で判示した競争機能の確保の観点を指摘した点は、競争の実質的制限の規範も公正競争阻害の規範も基本的には同性格のものであるという筆者が主張している自由な競争と公正な競争を一元的に保護する一元論の視点に立つものであるといえる<sup>15</sup>。NTT 東日本事件最判は、裁判所の判断の冒頭で「独禁法の目的は競争回避的な人為性を有する行為を禁止して、事業者の事業活動の自由を保障することを旨とする」とすでに一元論的視点を説示しており、判示①②は、上記の3つの最判が指摘した判示の意義を再確認した点でも意義がある。判示②で、当該差別行為の競争に及ぼす影響について各種諸事情を総合的に検討」という規範も、NTT 東日本事件最判、JASRAC 事件最判が指摘している総合評価の観点であり、ここでも競争の実質的制限の分析手法が、公正競争阻害性においても妥当するという一元論的観点を判示するものとして重要な意義がある。

## 3 判示①②④が「正常な事業活動からの逸脱」を検討の核心にしていることの意義

判示④で具体的にアルゴリズム変更(評点メカニズムの変更)に関して、評点事業の性格から正しく説き起こし、評点事業の性格上、評点が人為的に高くなりすぎると判断した場合に、アルゴリズムを変更して評点を調整することは、消費者目線から評点の調整を行うことによって消費者に対する信頼を確保し、被告の事業上の競争力を確保する観点から行為の目的と内容の合理性を指摘している点は、実質的には、行為が正常な競争の範囲内であることを指摘するものである。これは、資生堂事件最判、NTT 東日本事件最判により判例理論として確立された「正常な競争手段からの逸脱」によって反競争性を分析する視点から、正常な事業活動である限り、その行動によって、

<sup>15</sup> 主要学説は、自由な競争と公正な競争の保護法益が異なるとして、自由な競争として許容される行為でも、公正な競争の観点から介入できると解してきた。しかし、それでは公正競争の原理で、自由競争として保護される行為に介入できたのでは、自由競争を保障する意味がなくなる。独禁法1条も公正かつ自由な競争を保護すると規定されている。公正かつ自由な競争が一元的に保護される必要があることは自明であり、筆者はその点を繰り返し指摘していたが、主要学説はこの自明の原理・判例を無視し、公正な競争と自由な競争を二元化する理論に固執し続けている。最高裁判決は一元論的な解釈を示唆し続けてきたが、本判決は一元論的視点を明示したものとして意義がある。なお、この表現は、不当廉売ガイドラインの差別対価の項でも用いられており、その意味では、公取委も一元論に拠っているともいえる。

第三者に不利益が生じたとしても、公正競争阻害性がないとする資生堂事件最判と同じ規範を適用するものである。

#### 4 判示③④で不利益の大きさを問題にしている点の問題

問題は、判示③が、「原告を競争上「著しく」不利にさせるおそれがあるか否かを考慮し判断すべきである。」とし、判示④の後半の内容の合理性判断において、不利益を生じたとしても「飲食店市場における競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼすとまでは認め難い」理由として影響が限定的である点は、本判決の意義をつや消しにするものである。類似的表現(影響の大きさ・損害が立証されていないなど)が本判決の随所に出ているが、不利益が大きなものでもそれが競争促進的な行動である場合には、競争の機能が発揮されて淘汰が生じただけであり、競争機能への侵害はない。資生堂事件最判では、契約を解除され市場から退出を余儀なくされたのであり、不利益の大きさを問題にするものではないことは示唆されていた。NTT 東日本事件、JASRAC 事件でも、競争者が市場から退出されたり、参入できなくなる点で、不利益は大きいものであった。最判の理論を推及すれば、不利益の程度が大きいたとしても、それが人為性を有しないのであれば(正常な競争の結果であれば)、その行為は是正されるべきものではなく、公正競争阻害性を持つものではないとの帰結が理解できたはずである。その点こそが端的に示されるべきであった。

とくに本判決では、ステマや実際の飲食体験に基づかない口コミを多数投稿するなど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」可能性を指摘する判示④と「チェーン店に対する多数の口コミ等による過大評価の結果にすぎないとみること」もできる」とする優越の判示④等により、原告に生じていた過大な評点による過大な取引機会が是正され、競争相手に生じていた過少な取引機会が是正された可能性が指摘されている<sup>16</sup>。そのような可能性は、競争への影響が限定的なのではなく、競争の機能が発揮され、競争が促進されている可能性である。その意味で、立証を問題にするのであれば、不利益の著しさの立証ではなく、競争が阻害されていることの立証がないことを問題にすべきであり、むしろ、競争の機能が発揮される行動により、原告が不利益を被っても、その不利益が競争上、保護されるものではないことが端的に指摘されるべきであった。以上の点は、不法行為において法的に保護された利益がない点の説示に置いて触れられている。しかし、この点は、差別的取扱いの公正競争

---

<sup>16</sup> 原告の 3.5 という変更前の評点は、焼き肉のランキングとしては最高評価のレベルであり、過大な評価が疑われ、評点の変更により取引機会が著しく減少したのは、過大な評点が是正されたからではないかと疑われる点が、優越の著しい不利益を否定する説示からも示唆されている(V. 3(2)を参照)。

阻害性の分析において説示されるべきであった(説示とその評価についてはIVを参照)。

また、正常な事業活動の逸脱に関しては、手段の相当性が問題になり、地裁判決は、その点を優越該当性の理由として挙げていた。その点も、債務不履行、優越の違法性を否定する理由として分散して説示されているが、この点も、差別的取扱いの公正競争阻害性の分析において説示されるべきであった(その説示と評価についてはV、VI. 5を参照)。

## 5 二重の地位に基づく自己優遇の視点

他の請求原因に関する説示で説示された箇所を総合すると、本判決の差別的取扱いに関する公正競争阻害性の分析は、相当優れたものであるといえるが、実は、デジタルプラットフォームにおける自己優遇問題と関連付けて説示されていれば、より決定的な説示となっていた。

デジタル経済、DPの重要な問題として、DPの地位を利用して、デジタルプラットフォームを利用した事業にDPが自己または関連会社などを通じて参入し、競争者を排除したり、自己または関連会社を有利に取り扱う点が、問題とされている。従来も、独占力の他の市場への拡張(レバレッジ)として問題にされてきた点ではあるが、巨大DPの場合、その市場閉鎖効果ははるかに大きなものとなっている。そのため、二重の地位を有するDPは、デジタルプラットフォームを利用した事業に関し、自己または関連会社をその他の競争者より優遇してはならないという義務を負うとの法理が展開されている<sup>17</sup>。本件は、自己優遇の問題が、自己ではなく自己と契約しているものへの優遇の問題にも拡張されるべき問題であることを示す事例であり、上記の法理の観点からは、二重の地位を有するDPは、有料会員あるいは会員を非会員より優遇することこそが不公正と解釈されるべき事例である(非会員との取扱いの平等性が要求される)<sup>18</sup>。契約関係にある者を優遇しなかった被告の行動はDPとしては正しい(公正な)対応である。つまり、本判決は、優遇が行われれば消費者の信頼性にかかわるので、優遇しなかったことは正常な競争行動である(合理的な行動である)としているが、消費

---

<sup>17</sup> 自己優遇についてはEUのグーグル・ショッピング事件 Case AT.39740 European Commission 27 June 2017 (委員会決定)、T612/17, Google and Alphabet v. Commission ECLI:EU:T:2021:763 (GC判決)が重要先例であり、同事件については、拙稿・デジタルと競争過程Ⅱ(上)に詳しく解説している。同事件と、非差別的取扱いに関しては、カラハ講演PPT26頁参照。この義務は、EUのDigital Market Act(DMA)にも規定されている。その内容については、デジタルと競争過程Ⅲ(下)参照。日本のスマートフォンにおいて利用される特定ソフトウェアに係る競争の促進に関する法律においても規定されている(6条、9条参照)。

<sup>18</sup> ブラウン管事件最判では、契約関係(委託契約)に基づき、ブラウン管テレビを組み立てる会社が子会社と同様の機能を有することを認めていた。

者の信頼性という事業上の正当な利益の観点だけではなく、プラットフォーム事業者に求められる公正な対応の観点からも正当化されるのである。

それを債務不履行だから不公正であると考え、不当な不利益の根拠にした地裁判決は、「公正性」の意義をデジタル経済のあるべき解釈と真逆にとらえるものであった。また、公取委意見書は、地裁判決以上にチェーン店に不利に評点を変更することが差別的取扱い・優越的地位の濫用になりうるかのような意見であったが、本来指摘されるべきは、無償会員・非会員に対して、有利になるような取扱いを行うことが、自己と契約関係にある者を優遇することになり、不当な差別的取扱いとして独禁法上の問題を生じる可能性があることであった。公取委自ら事件を取り上げる場合でも本件のような事例ではこの観点—有料会員に対し、被告が、契約関係にある者と評点において有利に取りはからっていないか、あるいは、評点上有利に取り計られることをほめかして会員になるよう勧誘が行われていないか—という観点こそが切口となるべき事例である。

この観点は、地裁判決に肯定的な評釈についての問題でもある。公取委を含め、ほぼすべての独禁法の専門家は、DPの自己優遇を否定的に考えているにもかかわらず、本件で被告が二重の地位に基づく自己の契約者に対する優遇をしなかったという本来は肯定的に(公正な行動として)評価されるべき行為を否定的に(不公正な行動として)評価しているのである。これは全く矛盾しているという他なく、そのような矛盾を生じるのは、不利益が生じれば何でも優越だと考え、そこで思考が停止し、事案の本質的問題が考察できなくなってしまうからである。

本件は、デジタルプラットフォームのために作られたDPガイドラインの優越の解釈が、DPの規制の在り方と真逆の適用が行われる危険性があることを示した先例としても格別の重要性を有する。

## 6 人為性を生じる場合と法的に保護される利益

人為性(公正競争阻害性)が生じる場合とは、評点が、客観的とは言い難い指標、合理性を欠く指標などを用い、恣意的に特定の事業者に有利ないし不利になるように評点を変動させた場合であり、この点も、判決は、不法行為に関して「法的に保護される利益」が生じる場合として説示しているが、この点は、差別取扱いの公正競争阻害性に関して論じられるべき内容である。その説示については、IVを参照。

### IV 不法行為

#### 1 不法行為に関する判示

被告は、本件アルゴリズムについて、食べログ上の評点と一般消費者である食べログ利用者の感覚との間に不相当なずれが生じないように常に点検し、問題が認められた場合には、食べログを運営する事業者として、その意思のみに基づいて、その問題をできる限り是正するために必要かつ相当な本件アルゴリズムの変更を行うことができる地位を有する。

評点を掲載された事業者は、店舗会員であると否とにかかわらず、当該評点が当該飲食店の事業収益に一定程度影響することがあるという観点から、当該評点についての一定の利害関係を有するものであるということができ、食べログ上に掲載されている評点が、社会的にみて一般消費者の来店行動に与える影響が直接的で大きいものであると認め得る場合においては、このような評点に関する一定の利害関係の取得をもって、当該飲食店において、法的保護に値する利益を有すると認められる余地がある（なお、この利益は食べログ上に掲載された評点について認められるもので、本件で被告が主張する本件アルゴリズムを不利益に変更されないことについての利益ではない）。そして、そのような場合において、被告による本件アルゴリズムの変更が不当な目的の下に行われ（例えば、特定の飲食店と意思を通じて、当該飲食店と競業関係にある飲食店の評点を低下させる目的で行われるなど、当該飲食店の営業を妨げる目的でされたなど）、あるいはその目的が、食べログ上の評点について一般消費者との感覚のずれを是正するという目的の下で行われたときであっても、その目的との関係で必要かつ合理的とはいえない内容で本件アルゴリズムの変更が行われた結果、特定の飲食店の評点が顕著に下落し、このようにして下落した評点が食べログ上に掲載されたという場合には、上記法的保護に値する利益を侵害するものといえる。

以上のような解釈を前提としたとしても、本件において、被告は、被告が不当に下落した評点を食べログ上に掲載した行為自体を不法行為として損害賠償を請求するものではなく、上記法的保護に値する利益を有するともいえないし、本件変更等の目的が正当性を欠くとか、そのために必要かつ合理的とはいえない内容で本件アルゴリズムが変更されたものであるとは認められない。

## 2 法的に保護された利益に関する判示の評価

本判決は、一定の場合には、法的保護に値する利益があるとしている。しかし、ここで一定の利益があるとする場合とは、評点が、差別的・恣意的あるいは不合理に運用される場合であり、それは、差別的取扱いに関し、正常な事業活動を逸脱する人為性を有する場合である。つまり、独禁法上、人為性を有する場合において、法的保護に値する利益が生じるのであり、不法行為に関し、説示された上記の点は差別的取扱いの公正競争阻害性で指摘されるべきであり、不法行為に関しては、正常な事業活動の範囲内である場合は違法性がないことが簡潔に指摘されれば十分であった。



## V 債務不履行責任

### 1 債務不履行に関する判示の要点

原告が、本件規約に基づく有料店舗会員契約において、本件アルゴリズムの変更について何らかの権利を有するものとは認められないし、有料店舗会員であることを理由として、無料店舗会員や非店舗会員その他の飲食店と異なり、本件アルゴリズムの変更において評点の低下を生ずるような不利益な扱いを受けない法的地位を保証されているとは認められない。食ベログ上の評点が、一般消費者からの口コミを基にして算出されるものであるという食ベログがうたっている建前に反して、評価の対象である飲食店白らが、評点の算出に適用される本件アルゴリズムの変更に関与することができる地位を有するものとするとは、評点の性質等に照らして認められない。(判示①)

また、被告は、原告に対し、有料店舗会員である被告の運営する飲食店の評点が下がることになる本件アルゴリズムを変更する場合においては、その事実を事前に公表し、または有料店舗会員に対して通知し、その損害の回避措置又は軽減措置をとり得るよう配慮すべき契約上又は信義則上の義務を負うものではない。(判示②)

有料店舗会員契約上、被告が上記義務を負うべき根拠は見出し難い上、被告の主張から明らかなように、被告が求める本件アルゴリズムの変更の事実及びその変更内容の事前の公表及び通知は、同変更の結果として生ずる評点の下落による不利益の発生を防止するための機会を与えてもらうことを目的とするものであるから、一般消費者である食ベログ利用者の立場から見ると、被告と食ベログ上に掲載されて評点を付されている飲食店との間で、評点について、口コミを基に算出しているとうたっているながら、実際には、本件アルゴリズムの変更を通じて、被告が、飲食店との間で、当該飲食店の評点が下落しないような関係を構築しているものと受け止められかねないものである。そして、このような事態は、食ベログ利用者から、食ベログは、飲食店の営業上の利益を上げるために、実態とは異なる評点を掲載しているとの印象を持たれることにつながるものであって、口コミを基にして算出される評点であることをセールスポイントとしている食ベログにとって、評点の信用性を損なうおそれがあるものであるから、このように食ベログを運営する被告にとって致命的な結果が生ずるおそれを生じさせるような義務を有料店舗会員との間において有料店舗会員契約上の付随義務又は信義則上の義務として被告に負わせることはできないというべきである（なお、一般消費者である食ベログ利用者との関係においては、本件アルゴリズムの内容を変更する場合に、その変更の目的及びその内容を必要かつ相当な範囲で公開するこ

とは、評点の信頼性をより高めることになる場合があると思われるが、そのことが本件における上記判断に影響するものではない。(判示③)

なお、原告が上記のとおり主張する被告の事前公表義務及び通知義務違反とその主張に係る損害の発生との間には相当因果関係があるとも認められないとも指摘している。(判示④)

## 2 事前告知に関する判示の評価

本判決の判示①と判示②の認定は正当である。契約により、有償店舗会員を評点の評価で有利に扱うことはもちろん、変更手続きにおいて、事前告知して有償会員だけに損害の回避措置・軽減措置を取りうる機会を保障することは、有償会員以外の店舗(それらは原告の競争者)に対する人為的な優位性をもたらすものであり、独禁法に反する差別的取扱いである。すなわち、原告が主張するような内容の義務は独禁法に反するものであり、その執行を求めえないものである。判示③は、上記の点を具体的・説得的に説示するものであるが、判示①②③の点は、差別的取扱いの公正競争阻害性に関して説示されるべき内容である。この点は、優越の判示⑤でも説示されているが、判示③に書かれている内容の方が正常の事業活動であること(合理性を有すること)の理由として説得的である。なお、消費者に対して、方針の変更を開示したことが好ましいが、それは、原告に対して負う債務ではないとする判示③括弧書きの点は、越知・ジュリスト評釈において指摘していた点である。

## VI 優越的地位の濫用の「正常な商慣習に照らして不当に」の解釈

### 1 高裁判決の判示内容

本判決は、不利益の意義を差別的取扱いにおける不利益性と同義に関して肯定したうえで、「正常な商慣習に照らして不当に」に該当しないとした。

「正常な商慣習に照らして不当に」は、優越的地位の濫用が不公正な取引方法として規制される趣旨が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の基盤が侵害されることを防止しようとする点にあることからすれば、取引の実施等の意図・目的、態様、不利益の内容・程度等を総合的に考慮して、取引の相手方の自主性を抑圧する行為であるか否かという見地から判断するのが相当である。(判示①)

本件変更等についてみれば、競争者と比較して「どの程度来店人数等が減少しているのかに関しては証拠上必ずしも明らかではない。(判示②)

本件変更等は、従前の本件アルゴリズムを適用して評点を算出する方法【8行の非開示部分】という課題を生じていたこと、そこで、以上のような課題を修整するために新ロジックを導入することにしたが【2.5行の非開示部分】ことから本件変更を実施することとし、さらに、【3行弱の非開示部分】という本件影響度調整を行うことにしたことが認められ、これらの本件変更等の実施は、一定の合理的目的の下で相当な範囲において行われたものと評価される。

加えて、本件変更等の実施によって、被告において、本件21店舗の顧客に提供する飲食物の味やサービス、あるいは広告宣伝活動が従前よりも制限されたなどといった事実は認められない。本件変更等の結果、評点が下落したことによって、ランキング検索における上位に表示されなくなるなどの食べログ利用者に対する露出度（影響度）が低下する事態が発生することになることは認められるが、これは、もともとランキング検索等に内在する制約にすぎないのであって、他の広告宣伝活動によって一般消費者に対してアピールをすることは妨げられないといえる。以上を総合的に考慮すると、原告の「取引主体としての自主性を抑圧する行為であるとまではいえない。（前段を含み判示③）

また、本件変更等の内容を全体としてみれば、「一般消費者から信頼される公正な評点の算出に近づくことを目指したもの」であって、評点下落による不利益が「合理的な範囲を超えたと認められるほど大きいとまでは認められない（……従来の評点は）チェーン店に対する多数のロコミ等による過大評価の結果にすぎないとみることでもできる。）。評点算出アルゴリズムの定期的見直しの予定とそれに伴う評点変動が食べログで公開されていた以上、前記の程度の不利益は予め計算できない程度のものではない。（判示④）

なお、本件変更等の具体的内容が事前に通告されるべきとした場合、飲食店が評点変動対策を講じ、本件変更等の目的の実現が不可能になるとも考えられ、評点が飲食店の関与に影響されるような事態を生じさせ、「評点に対する一般消費者からの信頼を損ない、…食べログの運営自体に重大支障を生ずることになりかねない」（判示⑤）

## 2 全体的評価

(1) 差別的取扱いに関し、正常な事業活動の射程に含まれたと判断されたことの意義

優越に関する判示は、抑圧性を基準に考慮することを説示した点は、高く評価されるべき判示であるが、なぜ、差別的取扱いの人為性ではなく、抑圧性を基準にするかの理由が明らかにされていれば、より説得力があった。しかも、抑圧性を基準にすると述べてつつ、実際は、著しい不利益性の有無を論じているので、評釈・学説、将来事件を担当する裁判所において、抑圧性を基準にした意義が不明瞭となっている。この点は、差別的取扱いで正常な事業活動の射程に含まれ、債務不履行も不法行為も成立

しないとしたうえで、さらに、優越に該当することがあるのか、という形で問題提起されるべきであった(説示の論理的流れの観点からは、不法行為・債務不履行の後に論じるべきであった)。

本件では、正常な競争行動・公正な行動の結果、生じた不利益であるから、公正競争阻害性を欠き、差別的取扱い・不法行為・債務不履行はいずれの観点からも違法ではないのであるから、事例判断においては、優越においても、不当不利益にはあたらないと解すべきであり、(債務不履行・不法行為について先に認定判断していれば)これだけの論及でも足りる。

## (2)抑圧性が必要とされる理由・人為性との関係

本判決は、優越においては、人為性ではなく、抑圧性の観点から「正常な商慣習に照らして不当に」の該当性を判断することを示唆する。それは、田中・解説の指摘し正しいアプローチであり、それを司法が指摘したことには格別の意義がある。それは、独禁法と私法の関係のみならず、自由競争減殺の問題と自由競争基盤侵害の問題の異同を明確に示すものだからである。

ただし、繰り返すが、本件での抑圧性についての具体的適用で、著しい不利益が生じていないことが抑圧性を否定する理由として詳しく説示したことは、その意義をつや消しにしている。

ここでの著しい不利益が生じたことの立証がないとの理由づけ自体は、間違いではないが、抑圧性を軸に考えれば、本件では、正常な事業活動が行われただけであるから、著しい不利益の有無にかかわらず、抑圧性がないと認定されるべき事例であり、むしろ、なぜ、優越において抑圧性が不当性の判断の基準になるかにこそ、力を入れて論じられるべきであった。

## (3)抑圧性の意義

自由競争減殺が認められない理由が正常な競争行動とされる場合には、優越でも不当性が認められる余地はないと解すべきであり、本件はその場合に該当する。優越の問題がなお残るのは、競争の機能を損なっていることの立証・市場への悪影響の立証が難しいために、自由競争減殺がそもそも問題にならない事例(優越で伝統的に取り扱われてきた購買力濫用・金融力濫用・フランチャイザーの地位の濫用はいずれもそのような事例である)である。そのような場合に、取引当事者間の不正手段的な態様での不公正な取引の実施が行われることがあり、それを規制するのが優越である。例示条項にはそのような不正手段的な態様の行為が並んでおり、例示条項を見れば、以上の趣旨は明らかである。田中・解説、優越ガイドライン<sup>19</sup>は、その考え方に沿って、包括条項を用いる場合には、その不正手段性が「抑圧性」(優越ガイドラインでは強制性)

<sup>19</sup> 平成 22 年 11 月 30 日「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」

という要件で表現されているのである。抑圧性が条文に書かれていないとして、否定的に解する見解が今日有力化し、それが DP ガイドラインのような解釈を導いたものだが、抑圧性を考慮することは、条文の趣旨に照らして必然的なものである。

抑圧性というのは、①意思決定への抑圧性という行為態樣的な観点とともに、②自分またはその関係者に劣位の者に帰属する利益を得ているという観点(不当利益性)の観点も重要である。本件には、そのいずれの要素もない。被告は原告と交渉して利益を得ようとしたわけでもなく、また、評点変更によって、自己に利益を得たものでもない。不当利益性の観点は、公取委職員による CPRC のディスカッション・ペーパー<sup>20</sup>(以下「能率競争 DP」という)でも指摘され、ダイレックス判決が正しく説示している。

以上に関し、これまでの先例の考え方の変遷をまとめたうえ、詳細に述べると以下の通りである。ただし、不当な利益の観点は、Ⅶで詳述する。

### 3 優越の不当不利益性についての考え方の変遷

#### (1) 田中・解説の考え方

優越が規定された当時の考え方は、田中・解説に解説されている。優越には、2条9項5号には、イ、ロ、ハの例示条項があり、ハの例示条項任の後に一般条項として「不利益を与える行為」という包括条項が規定されている。例示条項に記載されている行為は、優越にある者が優越的地位を利用して、契約を破ったり、欲してもいないものを押し付けるなど単に正常な競争手段といえないというだけでなく、取引の相手方を抑圧するような態様の不正手段行為が並んでいる。したがって、不利益行為についての一般条項も、本来は例示条項に匹敵するような取引の相手方の意思決定を抑圧するような態様の不正手段行為を対象とするものと解されてきた。

田中・解説では、不利益性の意義として以下のように解説されている。「取引当事者が完全に満足することはまれであり、何らかの意味で、双方または一方に不利益が生じるものである」と述べ、そのような不利益では、不当不利益にはあらず、不利益に当たるには、抑圧性・伝播性・著しい不均衡性が必要である(90頁)と指摘している。

優越ガイドラインは、上記を引用しつつ、抑圧性という表現を使わず、「余儀なくされる」という表現が使われている。イ、ロの例示条項に出ている「させる」という表現が用いられているため、抑圧性を例示条項に近い表現で表現したものであった。しかし、その結果、学説においては、「させる」という表現は、5号ハには用いられてい

---

<sup>20</sup> 田辺治「「能率競争」概念からみた優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関する一考察」CPRC ディスカッションペーパーCPDP-90-J May 2022

ないので「余儀なくさせる」ことも要件ではなく、要請を受け入れているのだから余儀なくされていることは推認されるところの解釈も行われ始めており<sup>21</sup>、DP ガイドラインに至る解釈変更の萌芽が生まれていた。

#### (2) 岐阜信組事件最判と従来の方考のまとめ

優越に関する唯一の最高裁判決である岐阜信組事件最判は、法令違反という行為の不正手段性を基礎として優越の不当性・不利益性を解釈した判決である。同事件では、地裁判決が両建て預金の拘束は、借入人に不利益を与えるものとして契約全体を無効にしたのに対し、契約を無効とせず利息制限法違反（法令違反）の部分の金利支払いのみを損害と認めた。

同最判と田中・解説の考え方を総合すると、「不当不利益」とは、期待される利益・抑圧性があることが前提であり、理論上、期待される利益が、法令・契約または商慣習上存在し、抑圧的な態様でその利益が侵害されることが必要であると考えられていた。

#### (3) DP ガイドライン・公取委意見書の考え方

DP ガイドラインは、抑圧性という要件が条文になく、「させる」という要件も5号ハにおいては使われていないことから、抑圧性の要素を完全に取り払った。その結果、「不利益」が生じれば、不当性が推認されるがごとく解釈となっていた。公取委意見書は、DP ガイドラインを引用していないが、和光堂事件最判、ラルズ事件東京高判、優越ガイドラインを引用してDP ガイドラインが司法判例と従来の方考によって正当化されるかのように主張するものとなっている。

#### (4) DP ガイドラインの解釈の問題点

DP ガイドラインのような解釈をとると、自由競争基盤の侵害としての意義を失わせ、自由競争減殺型と同じように「不当性」を考えざるを得なくなる。これに対し、優越では競争への悪影響は見なくていいという主張が行われる。しかし、その解釈は、抑圧性があるからこそ成り立つ解釈であり、それを取り払い、かつ、優位の者の不当な利益も必要ないとの公取委意見書の立場を取ると、優越は不法行為の要件を満たせばほぼ成立することになる。しかし、IIで述べた通り、欧米でも日本の最判（及び本判決）でも、正常な競争行動によって損害・不利益が生じたとしても、不法行為は成立しないとの法理が確立しており、抑圧性を取り払えば、不法行為が成立しない理由と同じ理由で優越も成立しなくなるだけなのである。その結果は、自由競争減殺型の人為性で優越を考えることになり、優越の独自の存在意義は失われることになる。それが優越の制度趣旨から乖離した運用であることは明らかである。

<sup>21</sup> 伊永大輔「優越的地位の濫用の成立要件とその意義」経済法学会年報第35号16頁

#### (5)公取委意見書の問題

しかも、公取委意見書には、先例に反する重大な指摘が含まれている。問題となる行為が事業経営上の必要性や合理性等があったとしても正当化されることにはならないと指摘し、和光堂事件最判を引用し(8頁)、同最判を起点として、事案の全く異なるラルズ事件東京高判からDPガイドラインの解釈を導いている点である。しかし、同最判は、事業上の合理性を考慮することを明示した資生堂事件最判、事業活動の自由を保障しつつ、人為的な制限のみを禁止することを旨とすると説示したNTT東日本事件最判によって覆されたか、あるいはその射程は限定され、和光堂事件最判が判示した原則違法とされる再販価格維持に限定されていると考えるべきであり、和光堂事件最判に依拠して、事業上の必要性・合理性が抗弁事由にならないと考えることは全く無理がある。

#### (6)地裁判決の問題

地裁判決は、DPガイドラインとは異なり、人為性という自由競争減殺と同じ規範に拠ることを冒頭で明らかにしている。人為性で考えるならば、本件は、有償会員を優遇しないという公正な対応を取っているのであり、当然に人為性なしと解すべきであるのに、有償会員を優遇しなかったことを債務不履行と見て人為性(不当性)を認めるという真逆の解釈を行った。

その解釈が思慮を欠くものであることが、本判決によって明らかになっているが、地裁判決がこのように解釈する過程の問題として、差別的取扱いについての検討を飛ばして、優越だけを検討し、優越で違法なのだから、差別的取扱いは考えなくてもよいと考えたことにある。差別的取扱いとしても人為性が認められるのかを検証する姿勢があれば、有償会員を優遇しなかったことが債務不履行であり、優越の不当性(人為性)を基礎づけるという解釈の非常識さに気が付いたはずである。

### 4 判示②③④の規範の具体的適用に関する評価

#### (1) 抑圧性と不利益の内容・程度の関係

田中・解説が指摘した伝播性・著しい不利益性という点について、判決は、著しい不利益が立証できていないことが抑圧性を否定する考慮要素と考えるようである。「どの程度来店人数等が減少しているのかに關しては証拠上必ずしも明らかではない」とし、抑圧性があるかを総合判断している判示③④においては、評点下落による不利益が「合理的な範囲を超えた」と認められるほど大きいとまでは認められない」と認定している。

判決は、不当性に関して、従来、この点は、「不利益」の解釈問題とされていたが、本判決では、「不当性」の解釈問題としている。不当性は、抑圧性を軸に考え、不利益の内容・程度—不利益の著しさとともに、)不利益の不合理性(直接の利益を劣位の者に与えているか)、計算できない不利益であるか—を、抑圧性を認定するための考慮要素とみている。不正手段性にあることを考えるとこの解釈にも相当の理由がある。

## (2)著しい不利益がないと認定したことの評価

著しい不利益が立証されていないことについての認定は以下のようなものであるが、それ自体は相当な理由がある。判示②では、「どの程度来店人数等が減少しているのかに關しては証拠上必ずしも明らかではな」とし、抑圧性があるかを総合判断している判示③④においては、評点下落による不利益が「合理的な範囲を超えた」と認められるほど大きいとまでは認められない」と認定している。

これは、2つの点を指摘している可能性がある。一つは、コロナの影響により、他の店舗の来客数も減少しており、実際の来店客の減少が、コロナによるものか評点変更によるものかは明らかでないとの趣旨と思われる。これは、鶴岡灯油事件最判(最判平成元年12月8日民集 第43巻11号1259頁)<sup>22</sup>の論理に従うものである。競争者の来客状況まで立証を要求することは立証のハードルを上げ過ぎているかのような批判もあるようだが、輸入価格が上昇した場合に、その要因による損害を控除する必要があるのは、鶴岡灯油事件最判の考え方である。

しかも、鶴岡灯油の場合、損害の立証であったが、本判決は、抑圧性という「不当性」を基礎づける事情であり、それが立証されないと「不当性」の要件が立証されていないことになるのであるから、立証されていないことで請求を棄却することにも相当の理由がある。

第2は、判示③において、(…従来の評点は)「チェーン店に対する多数の口コミ等による過大評価の結果にすぎないとみることもできる。」と述べた点を読み合わせると、来店数の大きな減少は、評点が過大であったことを示す事実とも評価できることを示唆しているようでもある。これは、変更前の評点3.5というのは、焼き肉のランキングで最高評価を得ている有名焼肉店の評点と同じレベルであり、そのような最高評価が適正に得られたものであれば、食べログの評点が下げられてもそれほど来店数が減少することはないのではないかと、来店数が大きく減少した事実は、それまでの評点が過大であったことを示す事実であって(判示④参照)、損害の大きさを推認する事実と直ちに評価できないとしたものであるようでもある。

---

<sup>22</sup>同事件は、オイルショックによる狂乱物価が生じた時期の価格協定であるが、原油の値上がりによる中東での産油国のカルテルによる価格上昇の影響があり、石油元売り業者によるカルテルの結果、価格が上昇した部分が明確ではなかったため、損害の立証がされていないとされた事例である。



### (3) 抑圧性と人為性・不当な利益

本判決は 正常な事業活動の結果、生じた不利益であることは、不利益の内容・程度において、抑圧性を生じる程度の不利益ではないと考えているようでもある<sup>23</sup>。ただし、不利益性を肯定したうえで、抑圧性を生じる程度の不利益でないから不当性がないと考えているため、一見すると混乱した印象を与えている。端的に、人為性がない行為(正常な競争行動の射程にある行為であれば、(不利益の内容・程度からの推認に拠るまでもなく)抑圧性を欠くと認定した方がはるかに分かりやすかったと思われる。

本件を離れた一般論としても、不利益の内容・程度を重視すると、不利益が大きいとして、正常な競争行動であるのに、不当不利益性を導く解釈が取られかねない。抑圧性を推認する推認の事情としては、優位の者又はその者と特殊な関係にある者に不当な利益を与えたかという観点こそが重要であるが、本判決には、この観点が欠けている。この観点は、能率競争 DP で指摘され、ダイレックス判決では、この観点と構造的依存性の観点の観点を重視して、優越的地位を認定する。その観点到てば、本件は優越的地位も否定されるべき事例であった。Ⅶで詳述する。

## 5 優越における事前告知の要否

### (1) 優越の判示⑤と債務不履行の判示③の評価

地裁判決は、優越との関係では、事前告知しなかったことが濫用性を基礎付けるとし、公取委意見書は、アルゴリズムの変更を事前に飲食店に可能な限り明らかにする措置がとられたか否かが「あらかじめ計算できない不利益」を判断するにあたって考慮要素になるとしていた(10 頁)が、Ⅲ. 6、Ⅴですでに述べたように、本件で事前告知することは、非会員より会員を優遇することになり、それをしないことが DP としての公正な対応であり、それを「あらかじめ計算できない不利益」とみることはできない。なお、EU の P2B 規則は、DP に対し、基準の変更に関する開示を求めるが、これは透明性の観点であり、事前である必要はないし、有償契約者への差別的取扱いを正当化する比較法的根拠を与えるものではない。本判決も、消費者に対して、方針の変更を開示したことが好ましいが、それは、原告に対して負う債務ではないとする判示する(債務不履行に関する判示③括弧書参照。越知・ジュリスト評釈も参照)。

---

<sup>23</sup> 本判決が差別的取扱いの公正競争阻害性と同じような説示を行っている趣旨は、本件では、正常な事業活動が行われているだけで、抑圧的な行為態様はどこからも見いだせないということにあるようでもある。

## (2) 民法上の解約制限法理・約款理論と手続き的瑕疵の問題

本件は、事前告知することがむしろ不公正な取扱いとなるので、以上の法理で十分であるが、信義則違反などで発現する私法の強行法規的部分が独禁法の反競争性の規範に取り込まれている場合があり、その場合の考え方を参考までに指摘する。

例えば、民法では解約について継続的契約に関し、信義則・信賴関係保護の理論として解約権が制限される法理が展開されてきたが、優越においても、契約の変更に関する協議義務が優越ガイドラインに定められている。優越の規定は、民事上の信義則・信賴関係保護の理論が十分に機能しないために公法的に継続的契約・約款における契約上の利益を保護している側面があるので、継続的契約の法理や約款理論が競争法の規範の一部を形成するものとして参照されることはあり得る。優越ガイドラインの協議義務は、民事の強行法的規範が独禁法に取り込まれたものである。独禁法上は、そのような協議を経れば、抑圧性がなくなり、また「あらかじめ計算できない」不利益ではないものと評価される<sup>24</sup>

楽天の送料込み価格への価格表示を統一する規約変更の問題<sup>25</sup>も優越の問題としてはそのような問題として認識すべきであった。規約変更までの期間が2カ月であったことは継続的契約の法理との関係では、やや十分ではなかったようにも見える。しかし、約款に関する民法548条の4が必要性と手段の相当性を規定しているのは、1対多の契約においては、継続的契約の法理が約款の変更との関係では修正され、より短期の告知で相当性を認めているので2カ月の期間は十分であったとも解されうる。いずれにせよ、公取委は1年以上たった後でも、なおこれをあらかじめ計算しがたい不利益としてなお優越に該当すると考えたことは従来の公取委実務がDPガイドラインで変更されていることを示すものである。本件も、楽天の主張するアマゾンとの競争を活性化するという競争促進効果との関係を考慮すべき事例であり、その点では、正常な競争行動の射程に含まれるか(人為性があるか)で、判断されるべき問題である。

<sup>26</sup>。

## Ⅶ 不当な利益と依存性・ダイレックス判決

---

<sup>24</sup>規約変更と約款の関係、ドイツの約款と競争法の関係についての詳細は、越知・経済法学説139頁、148頁

<sup>25</sup> 令和3年12月6日発表(楽天グループ株式会社に対する独占禁止法被疑事件の処理について)。楽天が、出品者に対し、3980円以上の商品についての価格表示を送料込みとすることを求めた事件である。

<sup>26</sup> 民法の強行法規規定との関係は、デジタルと競争過程VI(全体)、越知・経済法学説130頁で詳述している。

## 1 優越的地位は存在するか

### (1)本判決の判示とその問題

本判決は、優越的地位に関し「本件アルゴリズムの内容を自らの判断だけで変更して適用することにより、当該飲食店の評点を上下させることのできる地位を有するものであるから、このような意味において、被告は、これら飲食店との関係において取引上の優越的地位を有する」とする。

しかし、その評点を上下させることは、取引関係がない者に対してもできるものであり、契約内容に関係がない評点の上下を優越的地位の根拠とすることは「取引の実施」の解釈以上に無理がある。優越的地位には、取引関係を失ったことにより事業継続に重大な支障が生じる程度の取引依存度(取引の必要性と呼ばれることもある)が必要とされているが、本件の場合、会員でなくなったからと言って、事業が継続できないものではないし、評点が行われなくなるものでもない。(会員になるか否かに関係なく)発生するレベルの依存関係は、取引上の依存関係・取引上の必要性があるとは言えない。

優越的地位は、従来、①劣位の者の優位の者に対する取引依存度、②優位の者の市場における地位、③劣位の者にとっての取引先変更の可能性、④その他劣位の者にとって取引をすることの必要性・重要性、を示す具体的事実を総合判断するとされてきたが、どの要件も厳格に解されず、依存性を簡単に認める結果、実際には、交渉上の優位性によって簡単に発生する概念とみなされてきた。英訳は、*Abuse of superior bargaining position (ASBP)*とされ、この訳語は、上記の4要素を反映するものではなく、誤導的な訳語であるのにそれが定着してきたのは、実際には、交渉上の優位性があれば発生する概念と把握されてきた経緯を著わしているともいえる。しかし、本件は、評点に関し、交渉さえ行っていないのである。

### (2)ドイツの相対的市場支配とダイレックス判決の考え方

そのような簡単に優越的地位を認める実務がドイツの相対的市場支配(*relative dominance*)という概念によって比較法的にも支持されうるかのように論じられてきた。しかし、ドイツでは、「依存性」(*dependency*)とは、構造的な依存性を意味し、それが充足されるためのハードルは高い。日本の公取委が行っているような安易な「依存性」(あるいは「交渉上の優位性」)の認定による優越の適用はドイツの相対的市場支配の慎重な運用とは全く異なるものである<sup>27</sup>。最近、ダイレックス判決は、上記の優越的地位と依存性の問題に関し、ドイツの相対的市場支配の概念に真に整合的な解釈で本件でも参照されるべき重要な解釈を行っている。

---

<sup>27</sup> この点は、越知・経済法学説第3.IIで詳細に論じている。

## 2 ダイレックス判決の2つの意義：不当な利益と構造的依存性

ダイレックス判決は、優越的地位とは、優位にある事業者の利益の確保に向けられた計画的・組織的な一連の抑圧的な行動を行い得る地位にあるとして、以下のように説示する。

「多数の納入業者に対して、Xの利益を確保することなどを目的として(下線①)、役員等の指揮ないし関与の下、組織的かつ計画的に一連のものとして行われた(下線②)ものであると認められ、これらの事情を総合考慮すれば、……X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、Xが著しく不利益な要請等を行っても、これを受け入れざるを得ないような場合にあったということができる」

下線①は、優越の規制の問題は、劣位の者の不利益ではなく、優位の者が利益を確保することであることを明らかにし、下線②は、取引依存度に関し、個別の依存度ではなく構造的依存性を問題にすることを明らかにするものである。これらの説示は、ドイツの相対的市場支配の考え方に整合し、優越の本質に合致する説示であり、また、従来、濫用行為の問題と考えられてきた問題を優越的地位の問題とするものである。

## 3 不当な利益の観点

### (1) 不当な利益の観点と能率競争

公取委意見書は、「飲食店に生じる不利益から直接的に飲食店ポータルサイトが利益を得ていなければならない趣旨を含んでいるのか」については、(その理由を示すことなく)そのような趣旨まで含んでいないと回答している(10頁)。しかし、田中・解説が、優越の不当性に抑圧性を要求したのは、(i)経済的弱者の弱みにつけこんだ抑圧的行為は、私的自治の濫用であり、(ii)不利益を生じた行為の不正手段性に濫用行為性があり、そのような行為によって得た行為者の不正な利益が能率による競争に反するとするという、行為者の不正な利益を問題にする趣旨であった、能率競争DPにおいても、不利益を生じた行為の不正手段性に濫用行為性があり、そのような行為によって得た行為者の不正な利益が能率による競争に反するとしていた<sup>28</sup>。公取委意見書は、田中・解説、優越ガイドラインの考え方に反するだけでなく、DPガイドラインですらとっていない考え方である(同ガイドラインは、搾取性を基礎にしており、優位の者が利益を得ることが必要と解していた)。

### (2) EDEKA事件と unfair advantage という考え方

能率競争DPの立場は、ドイツで購買力濫用について初めて相対的市場支配を適用したEDEKA事件<sup>29</sup>で採られている考え方であり、デジタル経済におけるプラットフォーム

<sup>28</sup> 学説では、間接競争侵害説は、競争への悪影響を立証しなければならないことになるとして、批判されていた。能率競争DPは、不正手段性がある場合には、行為に一般的抽象的危険性がある(それ自体が競争過程への侵害である)ので、競争への具体的影響を立証する必要はないという理論により間接競争侵害説の根拠をも補強している

<sup>29</sup> BGH Kartellsenat KVR3/17 23 Jan.2018 WuW2018 p209 デジタルと競争過程VI(上)497頁以下、越知・経済法学説139頁、越知・競争法大全52頁。

一の反競争性の理由としてしばしばあげられる unfair advantage という考え方である。ダイレックス判決はかかる unfair advantage の考え方を明確に指摘した最初の司法判断として格別の意義を有するものである。

EDEKA 事件では、4 大スーパーマーケットの一つである EDEKA が Plus という中堅スーパーと事業統合を行ったことを契機として、納入業者に対し、Plus の契約条件を納入業者に不利な方向で変更し、Plus の店舗のリノベーションのための協賛金を要請した事例である。最高裁は、協賛金を支払わせることは小売業者の長期投資にサプライヤーがコストを負担させるものであり、協賛金の支払いにより、Plus が競争上の優位性を得ることは業績に基づく競争ではないとして、相対的市場支配規制を適用した。これは、地位の不当利用により、unfair advantage を得ることが業績に基づく競争ではないとするものである。

競争上のフェアネスを不当な取引上の優位性の取得—unfair advantage—ととらえる考え方は、フェアネスと有効競争(業績競争)の考え方を架橋する理論として、現在のデジタル経済における先例・DMA の立法趣旨でしばしば用いられる理論となっている。

#### 4 依存性の意義

##### (1) 日本の現在の依存性の運用

日本では、当事者間の関係だけで、依存性を考え、10%程度の取引依存度になっても取引の必要があるとか、取引先を変えるとスイッチングコストがかかるという理由で簡単に優越的地位を認め、それよりも依存度が小さい事業者との関係では優越的地位がないとしてきた。日本のドイツ競争法の専門家は、以上のような運用をドイツの相対的市場支配規制もそのように運用されていると説かれてきた(例えば、舟田・総論 472 頁)。

##### (2) ドイツ競争法の相対的市場支配の意義

しかし、ドイツ競争法の相対的市場支配は、構造的依存関係が問題となるものであり、単なる交渉上の格差によって依存性が認められることはない。

ドイツの相対的市場支配は、有効競争の市場構造要因に由来する。ドイツでは市場支配的地位を有していない場合であっても、市場構造によっては、有効に競争が機能しない場合があることが認識され、その市場構造要因として、優越的市場支配 (superior dominance) がある場合と相対的市場支配がある場合が規定されている。いずれも、市場全体を見たうえで、競争が機能しない市場構造が生じる恐れがある場合にのみ問題になる。相対的市場支配の対象となるのは、市場支配的地位(40%でその存在が推定される)、優越的市場支配(横の関係での構造的優位性が生じる場合をカバーする)がないにもかかわらず、市場構造により有効競争が機能することを妨げる状況があると考えられる場合である。単に当事者間での依存関係だけを考えて認定されるものではない。そして、購買力濫用が問題になる大規模小売市場においてさえ、構造

的依存性・相対的市場支配を認めるのに慎重であり、EDEKA 事件によって、優位の者の競争上の地位を不当に強化する場合によく同規制が適用されることになったのである<sup>30</sup>。

日本のドイツ競争法の専門家ドイツの相対的市場支配における依存性(dependency)を「依存性」ではなく、「従属性」という訳語を使って縦の取引関係での交渉力不均衡規制(1対1の関係の規制)として紹介されることもあるが、ドイツの相対的市場支配類型は、そのような1対1の関係での従属性ではなく、構造的な依存性(1対多の関係の依存性)を問題にするものである。

### (3)D 日本で1対多の関係を問題にしてきたことの意味

DP ガイドライン以前の日本の優越の考え方を指摘する細田論文<sup>31</sup>によれば、同論文によれば、優越が適用されるのは、「類型的に濫用が行われがちで、特殊指定の対象になりうる場合である」とし、1対1ではなく、1対多の関係(あるいは行為の広がり)を問題にしてきたとされる。この考え方は、市場支配的地位・その萌芽段階である自由競争減殺の有力な事業者基準(ドイツでは優越的支配でカバーされる)でカバーされない場合で、市場構造上の問題がある場合に適用するとしているもので、ドイツよりは緩やかな基準であるものの相対的市場支配に近い考え方である。

### (4)ダイレックス判決における依存性の判示の意義

ダイレックス判決は、取引依存度に応じて4つのグルーピングを行いながら、その4つのグループすべてについて、優越的地位にある者の利益の確保に向けられた計画的な一連の行為があることの指摘を繰り返している。これは個別的依存度が問題なのではなく、Xが著しく不利益な要請等を行っても、これを受け入れざるを得ないという構造的依存度があるかが問題であり、構造的依存性が認められれば、個別的に依存性が小さいことによって優越的地位が否定されるものではないと解するものであるといえる。「優越的地位にある者の利益の確保に向けられた計画的な一連の行為があること」を問題としたことは、細田論文の指摘する1対多の関係(あるいは行為の広がり)を重視したものであり、ドイツの相対的市場支配の考え方と整合的なものである。

### (5)行為要件と地位要件の関係

不当な利益を地位要件で考えることは、行為要件と地位要件が混同されているかに見えるが、EUでもおよそ濫用行為が行い得ないような場合には地位要件も満たさない

---

<sup>30</sup> 以上のドイツの相対的市場支配についての詳細と依存性概念が日本で歪曲して理解されている状況については、越知・経済法学説 127 頁

<sup>31</sup> 細田孝一「優越的地位の濫用規制の新展開―適用範囲の拡大の問題性」同志社大学法学第73巻6号(424号1269頁)(2021年)。

とされている。EUの市場支配的地位の定義は、①相当程度まで(appreciable extent)競争者と顧客そして消費者から独立に行動することが許容されることを通じ、②関連市場における有効競争(effective competition)の維持を妨げることができる企業が享有する経済力に関わる地位とされている<sup>32</sup>。ここで、独立に行動する能力、有効競争を妨げることができる地位というのは、濫用行為を行い得る地位であり、EU競争法では、濫用行為を行い得る能力を有することを地位要件の問題としている。この考え方は、ダイレックス判決が行ったように、濫用行為を行い得る能力がない場合、優越的地位を否定することの比較法的根拠を与えるものである

#### (6) 本件における適用

構造的依存性の観点、ドイツ競争法の相対的市場支配の観点からは本件で、優越的地位が認められる余地は全くない。

評点事業の場合、すべての事業者は、有力な事業者の評点によって、売り上げの上下が生じることは避けられない。例えば、社債・株式を発行する事業会社すべては格付け機関(S&P、ムーディーズ)に対し、依存性を有することになりかねない。その依存性を構造的依存性として慮し、既存の事業者の評点の下降に手心を加えたのでは、評点の公正性が損なわれる。取引条件を変更したり、取引をやめたりすること、それによって第三者の売り上げが左右されること(売り上げが減少すること)を依存性というならば、重要な取引先はすべて依存関係を有することになり、正常な事業活動が、独禁法によって抑制されることになりかねず、独禁法の目的に反する運用が、独禁法によって促進されるという矛盾した事態が生じる。そのような依存性は構造的依存性とはなりえない。構造的依存性とは、取引関係から生じる依存性であって、契約関係があろうがなかろうが生じる依存性は構造的依存性ではない。

そして、本件では、取引関係は、食べログのサイトにおいて、有償契約者をより視認性の高い場所に表示するという取引関係であり、評点を優遇することは取引の内容ではない。本判決自身、評点に関する権利はないと述べている。そのように取引上の権利関係がないのであれば、取引上の依存関係は成立せず、取引の仕組みにおいて依存関係が生ぜしめるような取引関係は存在しない。

加えて、評点の変更によって、被告は何らの利益を得ていない。これらの事情は、構造的な依存関係を否定する決定的要因である。

さらに、ドイツ競争法の相対的市場支配は、絶対的市場支配がなくとも(競争上の制約を受けずに)独立して行動することができる場合に、それによって生じる反競争的行動を規制する規定である。評点ポリシーの変更が行われた理由は、食べログの評点事業への消費者の信頼を失うことを恐れたためであり、競争上の制約が機能していることを示す事情であって、(競争上の制約を受けずに)独立して行動するという「支配」

---

<sup>32</sup> Michelin v. Commission [1983] ECR 3461 [1985] 1 CMLR 282

の概念に該当していないことが基礎づけられている。したがってそもそもドイツ競争法の考え方からは相対的市場支配が問題になる事例ではない。

評点事業者が特定の評点対象者に恣意的・差別的に低く評価する事態に関しては、本判決は、不法行為に関し、法律上保護された利益が生じる場合があると説示している。そのような場合は、差別的取扱いあるいは取引妨害で問題とされるべきであり、優越的地位の要件としての構造的依存性を肯定する理由にはなりえない。

取引依存度に関し、個別の依存度ではなく構造的依存性を問題にするダイレックス判決の考え方に従い、本件は、依存性・優越的地位自体が否定されるべきであった。

## VIII 取引の実施

本判決は、差別的取扱いと同義に解するとだけ述べて、取引の実施に該当するとする。

しかし、本件は優越の取引の実施を同じように考えるべきかに再考を迫る事例であるようにも思われる。有償会員契約は表示を優遇する契約であり、アルゴリズムの変更あるいは評点の実施に関し、権利を有するものではないばかりか、優遇が行われていれば、消費者の信頼性・DPとしての公正性にかかわる。いわば、評点行為に関連させないことが独禁法上、義務付けられ、そのように(関連しないように)行っている行動(正常な競争行動・本来は要件の不充足が導かれるべき行動)をとらえて、関連する行為であるとする(濫用性の要件を満たす)のは、不合理である。差別的取扱いにおける取引の実施とは分けて考え、優越においては、契約上の権利義務が濫用されたかで問題になる以上、「取引の実施」は、当該契約上の権利の履行・不履行で考えるべきである<sup>33</sup>。

## IX 優越の包括条項の利用に関する小括

優越の包括条項を用いることができるかについては、以下の点に留意する必要がある。

正常な競争行動の射程に含まれる場合：「正常な商慣習に照らして不当に」に該当する余地がない。優越の独自の存在意義は、不正手段的な態様が行われているのに、競争へ悪影響(競争機能侵害)が、立証ができない場合である。

---

<sup>33</sup> 岡田直己「地裁判決評釈」青山法学論集 65 巻 1 号 197 頁(2023)は、取引の実施があると解することに否定的である。



本件で明らかになったのは、優越の包括条項を適用する場合には、自由競争減殺型が主張されていなくとも、正常な競争行動を逸脱する人為性があるかという観点からまず考察することの重要性である。それをしないと、正常な競争行動、公正な行動が、不利益があるというだけで、優越に該当するとされることになる。このプロセスを省くと優越が活発な競争を阻害するために用いられる危険性があり、それを明らかにしたのが本件の意義である。

不正手段的な態様が行われているか否かに関しては、抑圧性・不当な利益・構造的依存性の観点が重要な分析の視点である。

抑圧性は、不正手段性の観点から判断される。自由意思の抑圧という行為態様の側面と優位の者(あるいは優位の者と契約関係など自己に準じる地位にある者)に利益が生じている点が重要である。不利益の内容・程度(著しさ、直接の利益を与えているか、あらかじめ予測可能か)は、自由意思の抑圧を推認する考慮要素になり得るが、より重視されるべきは、不当な利益の観点である。

構造的な依存関係も優位の者の不当な利益もない場合は、優越的地位自体が否定されるべきである。本件の依存関係は有償会員であろうと非会員であろうと生じるものであり、構造的依存関係はなく、不当な利益もないので、優越的地位自体を否定することも相当の理由がある。

また、「取引の実施」を否定することにも相当の理由がある。

## X 結 語

本判決は、DPガイドラインに基づく優越の解釈の問題を明らかにするものである。DPガイドラインによって優越の要件が緩和されすぎたため、自己と契約のある者を優遇しないという公正なものとして評価されるべき行為が、不公正とみなされる状況が生じたのである。

加えて、公取意見書が優位にあるものの不当な利益さえ必要ないと解したことで、優越該当性は不法行為の要件に限りなく接近した。その結果、本件は、公正な取引方法と優越に関する基本的な論点に関する解釈を明らかにしただけでなく、競争保護と私法の関係という競争保護に関する基本的問題が提起され、本判決はその解釈に対する正しい方向性を明らかにした。ただし、本判決は、依然として不利益にこだわり過ぎている点があったが、これについてはダイレックス判決が、優位なものによって生じる不当な利益(unfair advantage)こそ、優越の解釈の軸になることを示唆していた。

2つの判決を総合すれば、自由競争減殺型不公正な取引方法と優越(自由競争基盤の侵害)の基本的な問題と正しい解釈の方向性が明らかとなる。審判制度が廃止され、東京地裁民事8部が独禁法事件の担当部署となって以降、カルテル・私的独占事件に関

しては、最高裁判決理論を活かした適切な判示が行われてきたが、不公正な取引方法の事件に関しては、資生堂事件最判以降の最判理論が看過されていた(。地裁判決が(評点を下げることについての合意に反するので)債務不履行だとして差別的取扱いについての法解釈を示さずに、優越的地位の濫用の該当性を認めたことは、その問題を顕在化させるものであった。

それは公取委意見書があったからでもあるといえるが、和光堂事件最判に依拠する公取委意見書は、資生堂事件最判以降の最判理論と相いれず、その意見書に準拠出来ないことは一見して明らかであり、その点を地裁判決が看過したことも、東京地裁民事8部の不公正な取引方法に関する事件処理の問題を顕在化させるものであった。

さらに公取委意見書が、和光堂事件最判を引用し、同最判を起点として、DPガイドラインよりさらに競争保護の基本と相いれない解釈を推し進めたことは、高知県農協事件東京高判(令和元年11月27日)が、拘束条件付き取引において和光堂事件最判を引用し、それが最高裁で上告不受理とされたことに由来する点もある。上告不受理は、最高裁の考えを示さなかっただけであり、それによって資生堂事件最判やNTT東日本事件最判が否定されるものではないと考えることは法曹関係者にとっては常識であるが、公取委がそのように解しておらず、公取委において和光堂事件最判が再販価格維持事件以外の先例になるとの誤解が生じていることも明らかになった。

以上のような諸事情は、最高裁が本件に関し、上告を受理して判断を行うべき格別の事情と考えられる。加えて、デジタル経済時代の不公正な取引方法と優越、独禁法と私法の関係に関し、包括的な最高裁の考え方を示すべき絶好の機会であるとも考えられ、最高裁の判断が期待される。本稿と引用された筆者の論考がその参考になれば幸いである。なお、本稿脱稿後、本稿と注(12)のカラハ講演に関し、CPRCセミナーで講演を行っており、そのパワーポイント資料も参照されたい。