

〔論 説〕

アルゴリズムに対する透明性・公正性・
公平性等の観点からの法的統制

松 尾 剛 行

- I はじめに
 - 1 ますます大きな役割を果たす AI とアルゴリズム
 - 2 アルゴリズムのリスク
 - 3 既に発生しているアルゴリズムを原因とするトラブル
 - 4 日本においても食べログ事件等において現に司法機関におけるアルゴリズムへの統制が行われていること
 - 5 透明性・公正性・公平性に着目してアルゴリズムに対する法的統制を論じること
- II アルゴリズムに対する現行法による統制
 - 1 アルゴリズムに対する統制か、アルゴリズムを利用する者に対する統制か
 - 2 競争法
 - 3 透明化法
 - 4 憲法の間接適用
 - 5 民法
 - 6 消費者契約法等
 - 7 労働法
 - 8 個人情報保護法
 - 9 業法
 - 10 その他
- III 食べログ事件にみるアルゴリズムに対する法的統制
 - 1 事案の概要
 - 2 裁判所の判断
 - (1) 優越的地位の有無
 - (2) 優越的地位を「利用して」の該当性
 - (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」の該当性（公正競争阻害性の有無）
 - (5) 原告代理人の訴訟活動
 - 3 優越的地位の濫用に関する議論
 - (1) 優越的地位
 - (2) 利用して
 - (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) 公正競争阻害性の有無
 - 4 判決の意義
 - 5 公正性・公平性の重要性
 - 6 透明性の重要性
 - 7 実務への示唆
- IV アルゴリズムに対する法的統制の立法論

- 1 立法によるアルゴリズムに対する統制強化は必要か？
 - 2 透明性を中心とした手続論
 - (1) はじめに
 - (2) ①一般的に適用される透明化のルールのあるべき姿
 - (3) ②裁判所と相手方当事者への開示
 - (4) テクノロジー企業としての透明性等の要請に応えるガバナンスのあり方
 - 3 公平性・公正性を中心とした実体論
 - (1) 一般的な公平性・公正性
 - (2) 独禁法
 - 4 救済の内容
 - 5 ハードローとソフトローの適切な役割分担
- V おわりに

I はじめに

1 ますます大きな役割を果たす AI とアルゴリズム

2022 年夏に大きな話題を集めた Midjourney や Stable Diffusion 等の画像生成 AI、そして 2022 年 11 月にリリースされた ChatGPT 等、AI が社会の注目を集めている¹⁾。アルゴリズムは AI が入力を入力に変換する一連の計算手順と言われる²⁾ところ、AI は、アルゴリズムを利用して出力を行う。もちろん、どのようなデータが AI に入力されるかによっても AI の出力は影響されるが、アルゴリズムもまた AI の出力を決定する上で極めて重要な役割を果たしている。

そして、現代社会においてはアルゴリズムが様々な分野で広く利用されている。例えば、我々が日々目にする web 広告は、アルゴリズムに基づき、一番効果的とされるものが表示される³⁾。また、ビッグデータとアルゴリズムを組み合わせ、その人の行動履歴等から性格や傾向等を炙り出し、マーケティングや人事等に役立てるためのプロファイリングが行われており、その人や家族さえ知らないようなその人の本当の性向等を正確に推知することができると言われる⁴⁾。更に、リーガルテックと言われる分野においては、例えば契約審査をアルゴリズムが支援し、見落としや漏れをなくすことができるとされている⁵⁾。

¹⁾ ChatGPT につき松尾剛行『ChatGPT と法律実務』（弘文堂、2023 年）及び中央経済社編・田中浩之ほか著『ChatGPT の法律』（中央経済社、2023 年）を参照。

²⁾ デジタル市場における競争政策に関する研究会「アルゴリズム/AI と競争政策」（2021 年 3 月）5 頁 <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2021/mar/210331_digital/210331digital_hokokusho.pdf>（2024 年 2 月 4 日最終アクセス。以下同じ。）。

³⁾ 松尾剛行『広告法律相談 125 問』（日本加除出版、第 2 版、2022 年）197 頁以下参照。

⁴⁾ ビクター・マイヤー・ショーンベルガー＝ケネス・クキエ著（斎藤栄一郎訳）『ビッグデータの正体 情報の産業革命が世界のすべてを変える』（講談社、2013 年）92-93 頁参照。板倉陽一郎「デジタルプラットフォームは Cookie（クッキー）で何をしているのか？」法学セミナー 2023 年 11 月号も参照。

⁵⁾ 松尾剛行「リーガルテックと弁護士法に関する考察」情報ネットワーク・ローレビュー 18 巻（2018 年）1-23 頁、同「リーガルテックと弁護士法 72 条—『法務省ガイドライン』を踏まえた鑑定等該当性についての検討—」橋研究第 48 巻第 3・4 合併号（通巻 198 号、2024 年）1 頁及び筆者が代表理事を務める AI・契約レビューテクノロジー協会会員各社のプロダクトを参照のこと。なお、リーガルテックとの関係では、2023 年 8 月 1 日に公表された法務省大臣官房司法法制部「AI 等を用いた契約書等関連業務支援サービスの提供と弁護士法第 72 条との関係について」（2023 年 8 月）

<<https://www.moj.go.jp/content/001400675.pdf>>が重要である。

このように、社会においてアルゴリズムがますます大きな役割を果たしていることから、アルゴリズムが適切に扱われることで、社会の便益が増大することが期待される。

2 アルゴリズムのリスク

このように、上手に利用することで、アルゴリズムは大きな便益をもたらすことができるものの、その設計や利用方法次第では大きなトラブルが生じるリスクもある。

既に様々なリスクが指摘されているものの⁶⁾、これらを総括すると、①AIが間違える可能性がある⁷⁾こと、②AIがなぜその結果を出したかが不透明でブラックボックスになりかねず、間違いがあるかどうかやなぜ間違ったかの検証が困難であること、③AIの出した結果そのものが間違いではなくても、処理の過程でプライバシー、セキュリティ等の権利利益を害する結果を生じさせる可能性があること、④公正競争の観点から懸念があること⁸⁾、⑤(③の主に過失による権利利益侵害と異なり、)特定の不当な意図(例えば差別的意図)を持ってアルゴリズムを設計することで、利用者やAIによるデータ処理の対象となる者等の権利利益を侵害することができ、かつ、そのような不正の存在がブラックボックス性(②)によって判明しにくいこと等が主たる懸念事項と思われる。

⁶⁾ 松尾・前掲注1) ChatGPTと法律実務 16頁。導入後に出力やプログラムが変化し得ること、ブラックボックス性、誤謬の問題等を挙げるものや(久末弥生編『都市行政の最先端 法学と政治学からの展望』(日本評論社、2019年)126頁以下[松尾剛行])誤りの可能性、誤りかどうかを検証することの困難性、プライバシーの問題、トレードオフ、事後的修正の困難性等を挙げるものもある(松尾剛行「行政におけるAI・ロボットの利用に関する法的考察」情報ネットワーク・ローレビュー17巻98頁(2019年)以下)。なお、総務省=経済産業省「AI事業者ガイドライン案」

(https://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01ryutsu20_02000001_00009.html?fbclid=IwAR0futq9mN-fVy8I25Cwo4SvNkCALs_Q1X8XSfvNMBPdWLVofusl1Tl6amI)や、「広島 AI プロセス G7 デジタル・技術閣僚声明」の付属書である「全ての AI 関係者向けの広島プロセス国際指針」(https://www.soumu.go.jp/main_content/000915262.pdf)等の各原則も裏を返せばAIのリスクをまとめたものと評することができる。

⁷⁾ 即ち、本稿において後述する、不公正・不公平な結果を出す可能性があるということである。

⁸⁾ 松尾・前掲注1) ChatGPTと法律実務 138頁以下参照。例えば、アルゴリズムの構築にあたっては、学習のために大量のデータが必要であり、うまく学習させることで有用なAIを開発し、多くのユーザを獲得できるが、プラットフォームにおいて認められるネットワーク効果同様に、そのAIが獲得した多数のユーザのデータから学習を更に進め、より有用なAIとなることで、独占や寡占等が生じやすく、公正競争を害する可能性がある。

そして、上記 1 で述べたアルゴリズムの意義に鑑みれば、これらのリスクのうち、データに起因するものは（AI のリスクではあっても）アルゴリズムのリスクとは必ずしも言えないものの、それ以外のリスクはアルゴリズムのリスクと評することができる可能性がある。

3 既に発生しているアルゴリズムを原因とするトラブル

そして、これらのリスクは既に顕在化し、アルゴリズムが原因（の一部）と思われるトラブルが既に発生している⁹⁾。

例えば、オンライン広告について、ビッグデータ解析から不安を増大させて、その不安に応じたマッチポンプ的な広告で購買行動を誘発することが「カモを作り出す」ものとして、「個人の自律的な意思形成を根拠とする契約原理を揺さぶる」可能性が指摘される¹⁰⁾。また、人事データに関するプロファイリングの中には問題があると批判されるものもある¹¹⁾。

海外にまで目を向けると、アルゴリズムによる重大なトラブルが複数発生している。例えば、オランダでは、社会保障や税の不正受給・還付等を特定するための機械学習アルゴリズムが、貧しい地域に住む人に対し不当に育児手当を返還させる等の問題を起こし、大きな問題となった¹²⁾。英国では、日系企業が買収した同国のコンピューター企業が提供した郵便局システムの欠陥により 700 人

⁹⁾ 以下で説明する例以外の例については、内田聖子「デジタル・デモクラシー ビッグ・テックとの闘い（第3回）アルゴリズム・ジャスティス」世界 954 号（2022 年）153 頁参照

¹⁰⁾ 山本龍彦編著『AI と憲法』（日本経済新聞出版社、2018 年）48-49 頁。なお、Woodrow Hartzog, Privacy's Blueprint, Harvard University Press 146 頁（勁草書房から筆者が共訳者として 2024 年に翻訳書出版予定）はたばこをやめたい人にとって一番脆弱なタイミングで割引クーポンを表示するプロファイリングの例を挙げている。

¹¹⁾ 人事データの適切な取り扱いにつき、山本龍彦＝大島義則編著、一般社団法人ピープルアナリティクス&HR テクノロジー協会編『人事データ保護法入門』（勁草書房、2023 年）を参照。なお、筆者も事態収拾に関与したリクナビ事件（個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律に基づく行政上の対応について」（2019 年 12 月 4 日）<https://www.ppc.go.jp/files/pdf/191204_houdou.pdf>参照）がデータの問題かアルゴリズムの問題かは難しい所である。もちろんデータを適切に収集し、説明・同意を得るといった部分の占める割合は大きいですが、そもそもそのようなアルゴリズムを適用すべきかが問われたという意味ではなお、アルゴリズムの問題と評することができるのではないか。

¹²⁾ 有限責任あずさ監査法人「AI の適切性検証への取り組み」（2022 年 2 月 15 日）5 頁 <https://www.soumu.go.jp/main_content/000826719.pdf>及び岩佐淳士「突然、詐欺犯のぬれ衣...オランダ、AI が標的にした 2 万 6,000 人」毎日新聞（2022 年 6 月 1 日） <<https://mainichi.jp/articles/20220530/k00/00m/030/196000c>>参照。

以上の郵便局長らが横領や不正経理の無実の罪を着せられたとされる事案もある¹³⁾。アルゴリズムによって、個人ごとに異なる価格を設定し、高い金額を払いそうな人に高い価格を設定するといった価格差別も問題とされている¹⁴⁾。更に、中国においてコロナ感染症流行時に健康コードが赤色だと隔離をしたり公共施設に入れなくなったりするという状況を利用し、「河南省レッドコード事件」と呼ばれる事件が発生した。即ち、2022年4月に河南省の複数の地方銀行がオンライン上の預金口座を凍結したため、預金者らが抗議しようと同年6月12日ごろに河南省入りすると、健康コードが赤色になり、隔離されたり追い返されたりした。調査の結果、健康コードのアルゴリズムが悪用され、抗議者が（健康であるにもかかわらず）河南省に入れないようにされたことが判明した¹⁵⁾。

4 日本においても食べログ事件等において現に司法機関におけるアルゴリズムへの統制が行われていること

このようなアルゴリズムの問題は、社会的批判の対象となることは多いものの、これまで日本において司法機関がアルゴリズムの違法性について判断をした事例は必ずしも多くなかった。

例えば、筆者がVTuberを代理して国際動画共有プラットフォームを東京地裁で訴えて「勝利」した事案¹⁶⁾においては、国際動画共有プラットフォームがアルゴリズムを利用し、何も悪いことをしていないVTuberの行為を、重大な迷惑行為（スパム行為）だと認定した。そこで、筆者は当該VTuberを代理してこの誤った認定の解除を求めて訴訟を提起した。同事案では、アルゴリズムそのものの違法性を問題とするのではなく、実態として利用規約に違反していないにもかかわらず

¹³⁾ Mariko Oi, Fujitsu: How a Japanese firm became part of the Post Office scandal, BBC News October 14, 2022, available at <https://www.bbc.com/news/business-61020075>.

¹⁴⁾ 例えば中国の事例につき、石本茂彦＝松尾剛行＝森脇章編著『中国デジタル戦略と法』（弘文堂、2022年）72頁、144頁参照。

¹⁵⁾ 齊魯壹点「河南省の『レッドコード事件』に対する公式回答、メディア：勝手にレッドコードを付与した人は厳しく責任を追及されるべき（河南“红码事件”官方回应、媒体：随意给人赋红码应被严肃追责）」（2022年6月15日）

<<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1735682467520919986&wfr=spider&for=pc>>。

¹⁶⁾ 松尾剛行「プラットフォームによるアカウント凍結等に対する私法上の救済について」情報法制研究10巻(2021年)66頁<https://www.jstage.jst.go.jp/article/alis/10/0/10_66/article/-char/ja>及び同「情報化社会と法」法学セミナー807号(2022年)20頁。なお、その後の類似の凍結対応の実務の展開については高田晃央＝松尾剛行「X(旧Twitter等)のSNS凍結に対する法的対応」2023年度情報ネットワーク法学会第23回研究大会 2023年12月10日を参照のこと。

ならず、誤って利用規約違反だと認定したことの違法性を問う法律構成とした。それは、アルゴリズムを利用するか否かについては国際動画共有プラットフォームに一定の裁量があるとしても、少なくとも VTuber が利用規約に違反していない限り、利用規約違反を前提としたペナルティを課すことはできないはずだという形で、アルゴリズムの違法性そのものを問わずに議論をすることができた事案だったからである¹⁷⁾。

他にも、東京労働委員会においては現在 AI による人事評価が争われていると報じられているものの、本稿執筆時点において、未だに判断は出ていない¹⁸⁾。

要するに、アルゴリズムが間接的に問題となる事案は多かったものの、特定のアルゴリズムが直接違法か否かが司法判断の対象となる事案は日本においては少なかった。

このような中で、いわゆる食べログ事件について 2022 年 6 月に東京地方裁判所において第一審判決が下され、その中で、アルゴリズムが違法であると認定された（その詳細は III を参照）¹⁹⁾。そこで、アルゴリズムに対する法的統制は既に仮想事例の問題ではなく、現実問題として検討する価値が高いと考える。

5 透明性・公正性・公平性に着目してアルゴリズムに対する法的統制を論じること

ここで、アルゴリズムに対する法的統制は様々な観点のものがあり得る。以下では、透明性及び公平性・公正性に着目したい²⁰⁾。

まず、アルゴリズム、とりわけ学習型のアルゴリズムは、透明性が低い、または不透明だと言われることが多い。どのようなアルゴリズムがどのようなデー

¹⁷⁾ なお、校正中の 2024 年 1 月 29 日にレイシャルプロファイリング訴訟と称される、外国にルーツを持つというだけで（日本国籍の人を含む）多くの人が不審事由もなく職務質問を受けるといふ訴訟が東京地方裁判所に提起された。しかし、訴状（<<https://www.call4.jp/file/pdf/202402/ad1dbcd370a7ece6927e1e5aa9c014ee.pdf>>）を見る限り AI・アルゴリズムによるプロファイリングの問題ではないように思われる。

¹⁸⁾ 国分瑠衣子「IBM『AI 人事評価』、元人事責任者も知らない全容 労使紛争、都労委で証人尋問」弁護士ドットコムニュース（2022 年 05 月 20 日）<https://www.bengo4.com/c_5/n_14490/>。

¹⁹⁾ 東京地判令和 4 年 6 月 16 日 LEX/DB 文献番号 25593696。以下、この判決を、「食べログ判決」又は「本判決」と呼ぶことがある。なお、筆者は原告代理人の一人を務めた。

²⁰⁾ 成原慧＝松尾剛行「AI による差別と公平性—金融分野を題材に」個人金融 2023 年冬号 11 頁<https://www.yu-cho-f.jp/wp-content/uploads/2023winter_articles02.pdf>参照。なお、プロファイリングの文脈でこれに注目するものとして、福岡真之介他編『AI プロファイリングの法律問題』（2023 年、商事法務、初版）214 頁以下がある。

タをどう処理した結果としてその出力となっているのか、という点が明らかにされず、いわば「ブラックボックス」の中で処理されることは、とりわけ、出力結果に対して不満がある人にとっては不信感を招くものである。この問題は AI の類型を問わず存在するが、「もし A なら B」(if A then B) という形で構造化した知識 (ルール) を人間が AI に教え込むという、いわゆるルールベース AI²¹⁾であれば、アルゴリズムの内容自体は一定以上の透明化が原理的に可能であって、後はこれを透明化すべきかの問題に焦点があたることになる。これに対し、大量のデータを学習させることで、いわば AI 自身に AI を構築させるようなデータの入力のような外部との相互作用を通じて自らの内部状態を変化させ、これによりシステムの性能を向上させる機械学習を利用した AI (学習型 AI)²²⁾においては、そもそも原理的に透明化に一定の限界があるともされている²³⁾。

次に、公正性及び公平性は (透明性と異なり) アルゴリズムの内容・実体の問題である。公正性 (fairness) は論者によって趣旨が異なる²⁴⁾し、法分野によっても異なり²⁵⁾、そもそも価値観や倫理観に依存するとの指摘もある²⁶⁾。法律の世界における議論としては、MEASURING ALGORITHMIC FAIRNESS²⁷⁾が、公正性には

²¹⁾ 松尾剛行＝西村友海『紛争解決のためのシステム開発法務』(法律文化社、2022年)2頁

²²⁾ 松尾＝西村・前掲注21)1頁。

²³⁾ この点については、主に学習型 AI を前提にどのように説明を可能とするかという説明可能 AI (XAI) の研究も行われている。原聡「機械学習モデルの判断根拠の説明～Explainable AI 研究の近年の展開～」(2020年6月12日) <https://www.slideshare.net/SSII_Slides/ssii2020ts-explainable-ai>を参照。

²⁴⁾ 例えば山本龍彦＝尾崎愛美「アルゴリズムと公正」科学技術社会論研究16号(2018年)97頁<https://www.jstage.jst.go.jp/article/jnlsts/16/0/16_96/_pdf/-char/ja>は、憲法適合性という意味で公正を用いる。

²⁵⁾ 例えば独占禁止法における「公正」(例えば独禁法2条9項6号「公正な競争を阻害する」における「公正」)は、市場競争における公正性を想定している。

²⁶⁾ 公平性とはどの要素を平等化したいのか、どういう社会を望むのか、などの外部から与えられた目標に依存して定義されるところ、モデルに限ればその中で公平性を最大化できるがガバナンスという観点からすれば、望むべき社会の在り方を議論しなければならない。よって公平性の定義はその時代における倫理観、価値観に依存するということを念頭に置かなければならないとする中川裕志「デジタルアーキテクチャデザイン:6. デジタル社会におけるAIガバナンス—倫理と法制度—」情報処理62巻6号(2021年) e35-e36頁 <https://ipsj.ixsq.nii.ac.jp/ej/index.php?active_action=repository_view_main_item_detail&page_id=13&block_id=8&item_id=211089&item_no=1>。

²⁷⁾ Deborah Hellman, “Measuring Algorithmic Fairness”, VIRGINIA LAW REVIEW 106 (4), June 2020, available at

<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=49908412710207511806907210210901702803605406800606901612406512311200310002408307807300012300710103804302902509800009606410402611404>

比較を行うかで **comparative** 及び **noncomparative** に分岐するところ、比較を行う場合において、アルゴリズムによりスコアリングが行われた 2 つのグループが相互にどのように取り扱われるかの比較によって公正性を検討する等と論じている。本稿においては、公正性について、公平性 (equality) を含むものの、それに限られない内容面としてのアルゴリズムの判断の正しさを包括した概念として議論する²⁸⁾。そして、公正性の中核にあり、かつ、評価が比較的容易なものは公平性²⁹⁾である³⁰⁾。成原慧によれば、アルゴリズムが発生させる差別等の不公平な結果は、①アルゴリズムの設計に起因する差別、②学習するデータに起因する差別、③集団の属性に基づく判断に起因する差別、及び④人間による AI への責任転嫁が主なものである³¹⁾³²⁾。なお、技術者の間でも、Fairness-aware Machine Learning³³⁾や公正配慮型データマイニング³⁴⁾等の形でアルゴリズムの公正性に配慮すべきという議論がなされている。

そこで、以下、透明性・公正性・公平性に着目して、アルゴリズムに対する法的統制、例えば独占禁止法によって問題のあるアルゴリズムを違法とすることは是非やその条件等に関する解釈論及び立法論について論じていきたい。

2012092028107124082028026099004022053007039081103031099067107097007028092097006088072108031065113079070097003027027081119&EXT=pdf&INDEX=TRU

²⁸⁾ なお、原嶋瞭ほか「日本の産業構造を踏まえた AI の公平性に関する企業の役割の考察」人工知能学会全国大会論文集 JSAI2022 (2022 年) 1 頁

<https://www.jstage.jst.go.jp/article/pjsai/JSAI2022/0/JSAI2022_4G1OS4a04/_pdf/-char/ja>は社会・技術・実運用に分類する。

²⁹⁾ 公平性基準とは、数理的に公平な状態や偏っている状態を定義し、差別的な状況の指摘に役立てようというものとする前田春香「アルゴリズムによる差別にかんする予備的検討——公平性基準に着目して」哲学の探求 48 号 (2021 年)

<https://www.wakate-forum.org/data/tankyu/48/09_138-156.pdf>139 頁参照。

³⁰⁾ 成原=松尾・前掲注 20) 11 頁参照。

³¹⁾ 宮下萌編著『テクノロジーと差別：ネットヘイトから「AI による差別」まで』（解放出版社、2022 年）173 頁〔成原慧〕参照。

³²⁾ 但し、①は故意を想定しているものの、②や③の発生を想定して適宜人間の方でそのミスが影響を与えないようリカバーすることが十分にできていないという過失類型も別途想定され得る。

³³⁾ 神寫敏弘「人工知能と公平性」人工知能 37 巻 2 号 (2022 年) 230 頁

<https://www.jstage.jst.go.jp/article/jjsai/37/2/37_230/_pdf/-char/ja>。

³⁴⁾ 神寫敏弘「中立性・公正性に配慮したデータ分析」人工知能学会全国大会論文集 JSAI2013 (2013 年) 1 頁<https://www.jstage.jst.go.jp/article/pjsai/JSAI2013/0/JSAI2013_3L1OS06a1/_pdf>。

なお、アルゴリズムの透明性・公正性・公平性の問題に関し、既に COMPAS といわれる米国の再犯予測 AI³⁵⁾や犯罪予測 AI³⁶⁾、金融法³⁷⁾等の観点から議論が行われているが、本稿の議論の対象外とし、他日を期したい。

II アルゴリズムに対する現行法による統制

1 アルゴリズムに対する統制か、アルゴリズムを利用する者に対する統制か

本稿はアルゴリズムに対する法的統制を問題とするところ、アルゴリズムに対する統制をことさらに取り上げることに對しては、批判があり得る。即ち、アルゴリズムそのものを問題とするまでもなく、アルゴリズムを利用する者やその（アルゴリズムの利用を含む）行為に對して、それが例えば契約違反や不法行為だ等として問題視すれば足りる、という考えである。

例えば、上記(前掲注 16 参照)の VTuber の事案においては、何も悪いことをしていない VTuber が、国際動画共有プラットフォームのアルゴリズムの誤りによって、スパム行為という迷惑行為をしたと認定された。この場合、アルゴリズムは確かに誤った結果を導き出しているが、これを「アルゴリズムが違法だ」としてアルゴリズムに對して統制をかけることが適切か、という点については躊躇があるところである。即ち、Hallucination (幻覚) と呼ばれる誤った回答を提示することで有名な ChatGPT 等を例にとるまでもなく、アルゴリズムは必ず間違えるものである。そこで、アルゴリズムが単に間違えたというだけでただちにそのアルゴリズムを違法とするべきではないだろう。

³⁵⁾ 前田春香「アルゴリズムの判断はいつ差別になるのか：COMPAS 事例を参照して」応用倫理 12 号 (2021 年) 3 頁

<https://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/bitstream/2115/80958/1/12_01_Maeda.pdf>、山本=尾崎・前掲注 24)、緑大輔「アルゴリズムにより再犯可能性を予測するシステムの判断結果を考慮して裁判所が量刑判断を行うことが、適正手続保障に反しないとされた事例[アメリカ合衆国ウィスコンシン州最高裁 2016.6.13 判決]」判例時報 2343 号(2017 年)128 頁及び山本龍彦『恐ろしいビッグデータ』(朝日新聞出版、2017 年) 175-176 頁等参照。

³⁶⁾ 北野隆志「AI・ビッグデータを用いたプロファイリングの現状と課題：犯罪予測アルゴリズムを使用した警察活動と差別の再生産」京都経済短期大学論集 28 卷 1 号 (2021 年) 41 頁。

³⁷⁾ アルゴリズム・AI の利用を巡る法律問題研究会「投資判断におけるアルゴリズム・AI の利用と法的責任」金融研究 38 卷 2 号 (2019 年) 1 頁、鹿島みかりほか「投資判断におけるアルゴリズム・AI の利用と法的責任——アルゴリズム・AI の利用を巡る法律問題研究会報告書の概要」Law & Technology 84 号 (2019 年) 89 頁。

もっとも、このように、アルゴリズムが間違える可能性があることが既に周知の事実である以上、サービス全体やシステム全体においてはアルゴリズムの間違いを何らかの方法で補う必要がある。例えば、上記の VTuber の事例であれば、その提供するサービスの中で、又は利用規約違反を摘発するための（人間と AI を総合した）システム全体として、例えば「ケンタウロスモデル」³⁸⁾の採用により、アルゴリズムの間違いを適時に修正していれば、アルゴリズムにミスはあってもシステム全体としては適切に補い、適切なサービスを提供していることになる。しかし、そのようなアルゴリズム外の対応がされない場合に、アルゴリズムそのものが意図された結果として、又は、アルゴリズムを利用するプラットフォーム事業者等がアルゴリズムによるそのような振る舞いを知りながらなお放置したことにより、一部の種類のユーザに対して必ず不公正・不公平な結果をもたらすのであれば、このような状況に対し、何らかの対応が必要である。そして、そのようなアルゴリズムを違法とする（可能性があるとする）法制度は、アルゴリズムの安易な利用に警鐘を鳴らすという意味だけでなく、アルゴリズムという公開したくないものについても、そのアルゴリズムに問題があればその違法性が争われ、裁判所に対して説明を求められる可能性が出てくる（後記 IV・2 参照）という意味においても有用である。また、そのようなアルゴリズムに対して、法律に基づき、一定の内容の開示等の透明化を求めることは、ユーザがアルゴリズムを信頼し、安心して AI・アルゴリズムを利用することができる社会に繋がるのみならず、結果的にはその内容の適正（公正で公平なアルゴリズム）にも繋がるだろう。

以下、現行法におけるアルゴリズムに対する統制ツールを概観したい。

2 競争法

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独禁法」という。）を含む競争法は、市場競争の公正性を担保する法分野であり、公正取引委員会の報告書等において、（典型的にはプラットフォームによる）アルゴリズムを利用した行為が

³⁸⁾ 人間と AI が協働する姿。山本前掲注 10・103 頁（これを紹介するものとして横田明美「効率性や経済合理性を『ほどほど』に統御するための公法学」自治総研通巻 487 号（2019）79 頁も参照）及び松尾剛行『AI・HR テック対応人事労務情報管理の法律実務』（弘文堂、2019 年）64 頁参照。なお、人間の関与につき福岡他・前掲注 20）312-331 頁も参照。

市場競争の公正性を阻害する場合には独禁法違反となる可能性があるとし唆されていた。独禁法違反には、大きく私的独占、不当な取引制限（カルテル、入札談合等）及び不公正な取引方法等に分かれる。そして、アルゴリズムやそれを利用する行為がこれらの要件を充足すれば、独禁法により規制（禁止）される。

山本龍彦は「いくら透明性が確保されても、スコアリング・サービスが独占・寡占状態で、ユーザーに選択の余地がなければ、そのサービスが利用するアルゴリズムに嫌われたらおしまい、となってしまう」としてアルゴリズムの独占・寡占と対抗するための手段としての競争法の重要性を指摘する³⁹⁾。

公正取引委員会の報告書である「アルゴリズム/AI と競争政策」は、アルゴリズムと競争政策に関する重要な論点として協調行為、ランキング操作、パーソナライゼーション等を挙げている⁴⁰⁾。このようにアルゴリズムと競争法の議論の対象には、様々なものがあり、協調行為が不当な取引制限に該当する可能性⁴¹⁾や、データの競争法上の意義⁴²⁾等が論じられている。

後述 III の食べログ事件で優越的地位の濫用が認められていること、及び、以下で「報告書」と定義する、「飲食店ポータルサイトに関する取引実態調査について」においても、アルゴリズムによるランキングに関連して競争が制限され得る場合について論じられ、優越的地位の濫用を中心とする不公正な取引方法が検討されていることから⁴³⁾、以下では、優越的地位の濫用を中心に検討したい。

独禁法 2 条 9 項 5 号は優越的地位の濫用を定める。①優越的地位にある事業者が、②その地位を利用して、③相手方に不利益を与え（不利益行為）、④公正競

³⁹⁾ 山本龍彦＝プラットフォームビジネス研究会「デジタル・プラットフォームビジネス研究の最前線 (11) AI と憲法 (上) アルゴリズム、プライバシー、デモクラシー」法時 94 巻 5 号 (2022 年) 98 頁。

⁴⁰⁾ デジタル市場における競争政策に関する研究会・前掲注 2)。池田毅「デジタルカルテルと競争法——AI・アルゴリズム・IoT は独禁法理論に変容をもたらすか」ジュリ 1508 号 (2017 年) 55 頁。

⁴¹⁾ デジタル市場における競争政策に関する研究会・前掲注 2) 23 頁以下。土佐和生「アルゴリズムと共謀」甲南法学 61 巻 1-4 号 (2021 年) 137 頁、アルゴリズムとカルテルの問題がある。OECD, *ALGORITHMS AND COLLUSION: COMPETITION POLICY IN THE DIGITAL AGE* (2017)、小田切宏之「アルゴリズムと共謀—経済分析のサーペイと競争政策への含意—」CPRC ディスカッション・ペーパー (2022 年 3 月)。

<https://www.jftc.go.jp/en/cprc/reports/discussionpapers/index_files/CPDP-87-J.pdf>も参照。

⁴²⁾ 市川芳治「AI 時代の競争法—現在までの議論の概観から」法の支配 197 号 (2020 年) 101-104 頁。

⁴³⁾ デジタル市場における競争政策に関する研究会・前掲注 2) 32 頁以下。

争阻害性（「正常な商慣習に照らして不当に」）が認められる場合には、その行為は不公正な取引方法として違法となる⁴⁴⁾。

まず、事業者が①優越的地位を持つには、取引の相手方との関係で相対的に優越した地位にあれば足り、優越的地位にあるとは、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、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場合をいうと解されている。これは取引依存度、市場における地位、取引先変更可能性、その他取引の必要性を示す具体的事実が総合的に考慮される⁴⁵⁾。

次に、これを②利用している必要があるところ、優越的地位にある者が、取引の相手方に対して不利益行為を行えば、通常「利用して」行われたと認められる⁴⁶⁾。

③不利益行為としては、購入利用強制、協賛金等の負担要請、従業員の派遣要請、受領拒否、返品、支払い遅延、減額、取引の対価の一方的決定等が伝統的に類型として論じられてきた⁴⁷⁾ものの、「これらの行為類型に限られるものではない」⁴⁸⁾とされており、アルゴリズムを利用して相手方に不利益を与えることも含まれる。

④公正競争阻害性は、問題となった業界における取引実態を加味しつつ、専ら公正な競争秩序維持の観点から判断される。具体的には、(a)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場合や、(b)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場合に、公正競争阻害性が認められると解されている。なお、行為者が多数の取引の相手方に対し組織的に不利益を与える場合や、特定の取引の相手方にしか不利益を与えていないときであっても、その不利益の程度が強い、又はその行為を放置すれば他に波及するおそれがある場合には、公正競争阻害性を肯定する要素として考慮される⁴⁹⁾。

⁴⁴⁾ 菅久修一編著『独占禁止法』（商事法務、第5版、2024年）179頁。

⁴⁵⁾ 菅久・前掲注44）179-181頁。

⁴⁶⁾ 菅久・前掲注44）181頁。

⁴⁷⁾ 菅久・前掲注44）181-184頁。

⁴⁸⁾ 菅久・前掲注44）13頁。

⁴⁹⁾ 菅久・前掲注44）184-185頁。

そして、アルゴリズムと優越的濫用に関し、具体的なユースケースについて分析を行った重要な報告書が、2020年3月18日の「飲食店ポータルサイトに関する取引実態調査について」（以下「報告書」という。）⁵⁰⁾である。報告書は、食べログ等の飲食店ポータルサイトがアルゴリズムを変更して評点を引き下げる行為が優越的地位の濫用になり得ることを明らかにした。

即ち、飲食店ポータルサイトは、口コミ等のデータにアルゴリズムを適用し、飲食店に対し評点（例えば3.0点や4.0点等）を付しているところ、店舗の評価（評点）が消費者の飲食店選びの重要な一つの要因になっていると指摘し、飲食店の閲覧数や予約数が評点に影響されるので飲食店側にとっても、店舗の評価（評点）は重要な競争手段となっていることを明らかにした。その上で、店舗の評価（評点）の決定に不公正や不透明な部分を感じるといった飲食店の意見が紹介された。これらを踏まえ、以下の見解を表明した⁵¹⁾。

「飲食店ポータルサイトがある飲食店の店舗の評価（評点）を落とすことが、直ちに独占禁止法上問題となるものではないが、例えば、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。また、例えば、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、例えば、自らに都合のよい料金プランに変更

⁵⁰⁾ 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について」（2020年3月18日）<<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/mar/200318.html>>。これ以外にも公正取引委員会「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査（オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引）について」（2019年10月31日）<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/oct/191031_2.html>等も参照。

⁵¹⁾ 報告書49頁。

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。店舗の評価（評点）の決定について、上記のような恣意的な設定・運用を行う場合には、独占禁止法上問題となるおそれがあるため、このような設定・運用を行わないことが公正かつ自由な競争環境を確保する観点から必要である。」

加えて、報告書は、アルゴリズムの透明性が欠けていると、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からみれば、例えば、自らにとって都合のよい契約プランに変更させるなど、自己の販売施策（営業方針）に従わせやすくなるという効果が生じやすくなることを指摘した上で、不透明な状況を改善することが公正かつ自由な競争環境を確保する観点から望ましいとした。また、店舗の評価（評点）に関係する重要な要素については、飲食店及び消費者に対して、可能な限り明らかにするなど、店舗の評価（評点）の取扱いについて、透明性を確保することが公正かつ自由な競争環境を確保する観点から望ましいとしている⁵²⁾。

このような議論は、まさに III で後述する食べログ判決の認定・判断につながったところである。

3 透明化法

令和 2 年に制定された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（以下「透明化法」という。）は、デジタルプラットフォームの行為を念頭に公正性・透明性を問題とする。即ち、同法は、「(略) 特定デジタルプラットフォーム提供者の指定、特定デジタルプラットフォーム提供者による提供条件等の開示、特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性についての評価その他の措置を講ずることにより、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を図り、もって特定デジタルプラットフォームに関する公正かつ自由な競争の促進を通じて、国民生活の向上及び国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」（法 1 条）。

⁵²⁾ 報告書 49-50 頁。

透明化法は、アルゴリズム規制というよりも、むしろプラットフォーム（デジタルプラットフォーム）規制と評すべき法令である。即ち、二重のネットワーク効果⁵³⁾によって、一部のプラットフォームますます強い交渉力を獲得している。このような強大なプラットフォームにおいては、そのプラットフォームが嫌だからと言って簡単に別のプラットフォームに移動できないというロックイン効果がある。このような交渉力の格差を背景に、不公正な行為⁵⁴⁾や不透明な行為が懸念される。そして、そのような行為を規制するため、透明化法が制定された。

一見、透明化法はアルゴリズムを問題視するものではないように思われる。しかし、実際には、プラットフォームの行う問題行為の中ではアルゴリズムを利用して不公正な行為や不透明な行為が懸念されている。例えば、オンラインショッピングプラットフォームにおいて、同時にプラットフォーム自身による販売と出店者による販売が実施される場合に、検索の際にいつもプラットフォーム自身による販売が優先的に表示されるというのは、検索アルゴリズムの問題である。また、同じ商品について、出店者の価格より自動的に少し有利な価格をプラットフォーム自身の販売商品につけることで、出店者ではなくプラットフォーム自身の商品が選ばれるようにする等の行為もアルゴリズムを利用することで実施可能である⁵⁵⁾。

確かに理論上は、プラットフォームがアルゴリズムを利用せずに不公正・不透明な行為を行うことも可能ではある。しかし、プラットフォームが大量のユーザ（消費者的ユーザと事業者ユーザの双方が存在する）との関係を処理する上で全ての取引を1つ1つ人間のオペレーター等が確認・検証して対応するというのは到底現実的ではない。よって、（一部は人間とAIが協働する、1で上述したいわゆるケンタウロスモデルを採用するとしても、）かなりの部分はアルゴリズムが対応することが現実的である。その意味では、透明化法はまさにアルゴリズムの統制の意味も持つ法律である。

例えば、透明化法5条2項1号ハは「当該特定デジタルプラットフォームにより提供される場において、一般利用者（特定デジタルプラットフォームを利用するも

⁵³⁾ 曾我部真裕ほか『情報法概説』（弘文堂、第2版、2019年）81-82頁。

⁵⁴⁾ なお、ここでは、透明化法1条の目的に「公正かつ自由な競争の促進を通じて」とあるように、公正競争の文脈における不公正性が問題となっていることに留意されたい。

⁵⁵⁾ なお、前掲注16)のVtuberの事例もアルゴリズムをプラットフォームが不当に利用したものである。

のに限る。以下、この条において同じ。）が検索により求める商品等に係る情報その他の商品等に係る情報に順位を付して表示する場合における、当該順位を決定するために用いられる主要な事項（商品等提供利用者からの当該特定デジタルプラットフォーム提供者に対する広告宣伝の費用その他の金銭の支払が、当該順位に影響を及ぼす可能性がある場合には、その旨を含む。）の開示を求めている。この条文はオンラインモールプラットフォームを念頭に置いている。消費者がオンラインモールでどの商品を購入するかを決定するに当たって、何度も「次へ」をクリックして、検索順位が下位の商品まで調査するということはあまり多くない。むしろ、ある程度上位の商品同士を比較してそのうちのどれを買うか決めるということが多いただろう。だからこそ、商品掲載順位というのは、オンラインモールプラットフォームに出店する事業者及び消費者にとって決定的に重要である。しかし、それが公正な方法その他内容に問題がある方法で決定されることも問題があるし、仮に内容自体には問題がないとしても、それが不透明で、なぜその商品がそのような順位なのか分からないということであれば、それもまた問題である。そこで、商品掲載「順序を決定するために用いられる主要な事項」を開示すべきとしている。とりわけ、その順位の上位のものが、例えば顧客から評価されているから上位なのか、それともプラットフォームに広告宣伝費用などを支払っているから上位なのかというのは、関心が高いところである。そこで、広告料等の「金銭の支払が、当該順位に影響を及ぼす可能性がある場合には、その旨」も一般利用者へ開示すべきとされている。このような規定に対しては、出品者から不信の声が強く、また世界的に競争当局の関心事項となっている点が透明化されたとして、期待を表明するものがある⁵⁶⁾。但し、あくまでも「主要な事項」の開示が求められているにとどまり、アルゴリズムそのものの開示までは求められていない⁵⁷⁾ため、何をもって「主要な事項」、即ち、主なパラメータであるとするのか明らかでないことがある。そこで、開示された事項が主なパラメータであると考え

⁵⁶⁾ 安平武彦「デジタルプラットフォームをめぐる規制の到達点と実務（2）デジタルプラットフォーム取引透明化法の施行を踏まえて」NBL1196号（2021年）61頁。

⁵⁷⁾ 北島洋平ほか「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向けた共同規制の創設」時の法令2113号（2021年）39頁。

理由についても、プラットフォームに説明義務を課すべきであるとして、ランキングの透明性に関するガイドラインの作成を求める声もある⁵⁸⁾。

III で後述する食ベログ事件も、もし食ベログ（正確には運営者であるカカコム）に対して透明化法が適用されれば内容の公正性及びアルゴリズムの透明化（但し上記のとおり、アルゴリズムの完全公開を意味するものではない）につき一定程度の対応が義務付けられていたはずである。しかし、透明化法は適用対象が Amazon、楽天、Yahoo!、Apple (iTunes)、Meta 及び Google のみに限定されていた⁵⁹⁾。その後、広告プラットフォームを追加する改正がなされたものの、それでも対象範囲は限定され⁶⁰⁾、今後も大幅拡大は想定されていない⁶¹⁾。

透明化法に対しては毎年事後検証（モニタリング会合）が実施される⁶²⁾。同会合は、「アプリ表示順位やデータ利用について自社優遇は存在しないとの説明があった Apple 及び Google について、今回提供された情報だけでは、自社優遇の有無に対する懸念を払拭するのに十分とは言えなかった」と指摘している⁶³⁾。

なお、透明化法とは別に、取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律が存在する。透明化法は、主として、特定デジタルプラットフォーム提供者（同法 2 条 5 項・4 条 1 項）と商品等提供利用者〔同法 2 条 3 項〕（例えば、オンラインショッププラットフォームに出店する事業者）との関係を対象とし、補完的に、一般利用者〔同条 4 項〕との関係にも関心を持つ。これに対し、取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律は、プラットフォームが消費者との関係（PtoC）において（例えば、消費者とオン

⁵⁸⁾ 鈴木康平「デジタルプラットフォーム規制における透明性に関する規定の検討-EU 法と日本法の比較を通じて」情報通信政策研究 5 巻 1 号（2021 年）II-20 頁
<https://www.soumu.go.jp/main_content/000774572.pdf>。

⁵⁹⁾ 経済産業省「『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』の規制対象となる事業者を指定しました（2021 年 4 月 1 日）」
<<https://www.meti.go.jp/press/2021/04/20210401003/20210401003.html>>。

⁶⁰⁾ 経済産業省「『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』の規制対象となる事業者を指定しました（2022 年 10 月 3 日）」
<<https://www.meti.go.jp/press/2022/10/20221003006/20221003006.html>>。

⁶¹⁾ 安平・前掲注 56) 60 頁。

⁶²⁾ 泉水文雄「カカコム事件—ポータルサイトのアルゴリズム変更と独禁法」法教 509 号（2023 年 2 月）73 頁。

⁶³⁾ 経済産業省「デジタル・プラットフォームの透明性・公正性に関するモニタリング会合意見とりまとめ」17 頁（2022 年 11 月 11 日）<https://www.meti.go.jp/shingikai/mono_info_service/digital_platform_monitoring/pdf/20221111_1.pdf>。

ラインショッププラットフォームに出店する事業者等との紛争解決促進のために）行うべき措置等を主に規定している⁶⁴⁾。

4 憲法の間接適用

平等（公平）に関する憲法 14 条は民法等の一般条項を通じて私人間にも間接適用される⁶⁵⁾。そして憲法が保障する価値観を著しく脅かすプロファイリングは現行法上も許されないとして、例えば高額商品・サービスを販売するため、意思能力・判断能力が脆弱である未成年者や障害者を探索して行うターゲティング広告を違法とするものがある⁶⁶⁾。アルゴリズムが例えば不公平で差別的なものである場合、憲法 14 条の間接適用により、特定の行為が公序良俗（民法 90 条）違反や不法行為（民法 709 条）とされることがある⁶⁷⁾。

5 民法

4 で述べた、憲法の間接的用の結果として不法行為等となり得る点に加え、契約違反を意図したアルゴリズムの利用そのものが契約違反等となるか否かが問題となる。例えば、利用規約その他の契約内容を構成すると評価される記載の中でプラットフォームが「公平に評価して評点を決定する」と明記していたにもかかわらず、特定のグループを差別するような、不公平に評価をして評点を決定するアルゴリズムを導入した場合が問題となり得る。また、あるプラットフォームが利用規約上は「A、B 又は C の場合にアカウント凍結等の措置を講じる」⁶⁸⁾と規定していたところ、A・B・C のいずれの要件も満たさないにもかかわらず、「これまでにアカウント凍結されたアカウントの凍結以前の挙動（のうち、凍結されていないアカウントの挙動と異なる部分）に関する大量のデータを機械学習させ、特定のアカウントの挙動がそのような過去凍結されたアカウントの挙動との間で

⁶⁴⁾ 泉水・前掲注 62) 72 頁。

⁶⁵⁾ 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法』（岩波書店、第 8 版、2023 年）119 頁。間接適用の例としては日産自動車事件（最判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 卷 2 号 300 頁。）や医学部女子受験生差別事件（最判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 卷 2 号 300 頁）等がある。

⁶⁶⁾ 福岡他・前掲注 20) 178 頁。

⁶⁷⁾ 但し、それを憲法 14 条の間接適用の結果だとわざわざ明示すべきか、端的に当該アルゴリズムが公序良俗に反するとか、不法行為の要件を満たすと述べれば足りるかは具体的事案にもよるだろう。

⁶⁸⁾ ここでいう「A、B 又は C」には例えば「スパム行為等と呼ばれる他のユーザに著しく迷惑をかける行為」等が入ること想定される。

80%以上の類似度があると判断すればそのアカウントを凍結する」というアカウント凍結アルゴリズムを導入するような場合も考えられる。

現に上記の評価アルゴリズムが利用されて具体的に評点が付けられた場合や、アカウントが実際に凍結された場合においては、まさに契約内容と実際のアルゴリズムを利用するプラットフォームの行動が異なることをもって債務不履行となり得るだろう。また、そのような行為が故意過失による違法な権利侵害（又は法律上保護される利益に対する侵害）だとして不法行為（民法709条）とされる可能性もある。もっとも、特に後者の凍結アルゴリズムについて言えば、特定のアルゴリズムが導入されたことが判明した場合に、現に凍結されてから闘うのではなく、そのアルゴリズムの導入自体が問題だ、として事前に異議を申し立てられないかが問題となる⁶⁹⁾。

例えば、当該プラットフォームが事前に「これまでは人間が1つ1つ利用規約違反かを確認してアカウントを凍結していたが、今後は過去の凍結アカウントの挙動と80%以上の類似度があれば自動的にアカウントを凍結する」とアナウンスしたとしよう。もしそうであれば、「債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」（民法415条2項2号）として、債務不履行を理由としている損害賠償（債務の履行に代わる損害賠償、同項柱書）の請求等を行うことができる可能性がある⁷⁰⁾。

これに対し、密かにアルゴリズム変更がされてしまい、多くの「冤罪」の被害者が声を上げ、その被害の内容を総合すると、過去の凍結アカウントの挙動をベースとした新しいアカウント凍結アルゴリズムが導入されたことが推測されているというだけであれば、少なくとも「履行を拒絶する意思を明確に表示した」との要件は満たさないだろう⁷¹⁾。

⁶⁹⁾ 自らのアカウントの挙動と過去凍結アカウントの挙動の間に80%以上の類似度が認められるかは、将来の自らのアカウントや去凍結アカウントの挙動次第であるが、凍結を座視して待つのではなく、利用規約を遵守する前提で自由にアカウントを利用したい、という考えは尊重に値するだろう。

⁷⁰⁾ なお、民法542条1項2号等の「履行を拒絶する意思を明確に表示した」とも解し得るが、ユーザは必ずしも契約を解除したいと思っていない訳ではないように思われる。

⁷¹⁾ それでも現に「冤罪」でアカウントを凍結された被害は、なお債務不履行及び不法行為の主張を行うことができる。

6 消費者契約法等

上記の民法的対応に対し、一部のプラットフォーム等は「狡猾」にも、利用規約において、「ユーザはアルゴリズムの判断によるアカウント凍結等について承諾し、免責する」等の条項を入れ、それに同意させるかもしれない。

しかし、そもそも故意・重過失による違法行為については事業者同士であってすらその免責は無効であり、特定のアルゴリズムを導入すれば特定のグループ（又は特定の要件を満たした）ユーザに対して損害が生じるだろうという故意ある場合やそれを容易に知ることができたといった重過失の場合には、事業者同士でも免責はされない⁷²⁾。

加えて、消費者契約であれば、事業者故意重過失があるとまで言える場合でなくとも、より容易に不当な利用規約に対する対応を行うことができ、結果的にプラットフォーム等がアルゴリズムを濫用することをより容易に予防できる。

例えば、モバゲー事件⁷³⁾においては、ゲームプラットフォームが「会員として不適切であると当社が合理的に判断した場合」等に会員資格取消措置等を行い、その場合のプラットフォームの責任を免除する旨の条項が消費者契約法により無効となるかが問題となった。裁判所は、プラットフォームが合理的判断をした結果として会員資格取消措置等を行ったつもりでいても、客観的には当該措置等がプラットフォームの債務不履行又は不法行為を構成することは十分にあり得るところで、プラットフォームは、そのような場合であっても、この条項に基づき、損害賠償義務が全部免除されると主張し得るとした。その結果、消費者契約法8条1項1号⁷⁴⁾及び3号⁷⁵⁾の各前段に該当するとして、かかる条項を消費者契約法に違反する不当条項として無効とした。これはあくまでも1つの例に過

⁷²⁾ 奥田昌道編『新版注釈民法 10 (2) 債権 (1) 債権の目的・効力 (2) —415条~426条』(有斐閣、2011年) 247頁。

⁷³⁾ 東京高判令和2年11月5日消費者法ニュース127号190頁(2021年)。

⁷⁴⁾ 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除し、又は当該事業者はその責任の有無を決定する権限を付与する条項。

⁷⁵⁾ 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除し、又は当該事業者はその責任の有無を決定する権限を付与する条項。

ぎないが、消費者契約法の適用により、このような不当な利用規約を無効にすることができる⁷⁶⁾。

7 労働法

外資系企業が解雇すべき従業員をアルゴリズムで選別するとか上記 I・4 の東京労働委員会で審理中の事案のように、アルゴリズムを利用して人事評価を実施することがある。労働基準法 3 条⁷⁷⁾や男女雇用機会均等法 5 条⁷⁸⁾・6 条⁷⁹⁾等は使用者・事業主による労働者差別禁止を定めているところ、このようなアルゴリズムを利用した人事の決定が、これらの規律との関係で問題となりうる。

この点、筆者が『AI・HR テック対応人事労務情報管理の法律実務』でも詳述したとおり、労働法の規制というのはアルゴリズムそのものに対して向いているのではないと一応いうことができそうである。即ち、労働法の規制は、労働関係において利用されるアルゴリズムが透明か、公平か、公正かといった点を直接問題としてはいない。むしろ、アルゴリズムを利用しようがしまいが、その解雇や人事評価等が、結果的に適正な内容であって、その適正性を説明できるか⁸⁰⁾等

⁷⁶⁾ なお、消費者法全体との関係では、「消費者法の現状を検証し将来の在り方を考える有識者懇談会における議論の整理」 < https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/meeting_materials/review_meeting_004/assets/consumer_system_cms101_230724_01.pdf > 9 頁が AI による「個別化」には統計的に必然的に生じる誤推定の問題があり、また、現在、消費者取引において AI 技術を活用しているのは圧倒的に事業者であることから、消費者と事業者との間に情報処理能力という新たな非対称性が生じこれによる格差が拡大している。事業者による一方的な AI の利用は、限定合理性をはじめとする消費者の脆弱性を「個別化」して引き出し、悪用ないしは誤用することを可能にしているとした上で、AI それ自体を含む技術やシステム設計が取引を規律することを前提に、そこでの規律の在り方を、体制整備義務や透明性確保、事後的監査の仕組みなどを組み合わせることで法によって担保するアプローチが有効と考えられるとしていることが参考になる。

⁷⁷⁾ 使用者は、労働者の国籍、信条又は社会的身分を理由として、賃金、労働時間その他の労働条件について、差別的取扱をしてはならない。

⁷⁸⁾ 事業主は、労働者の募集及び採用について、その性別にかかわらず均等な機会を与えなければならない。

⁷⁹⁾ 事業主は、次に掲げる事項について、労働者の性別を理由として、差別的取扱いをしてはならない。

- 一 労働者の配置（業務の配分及び権限の付与を含む。）、昇進、降格及び教育訓練
- 二 住宅資金の貸付けその他これに準ずる福利厚生の措置であつて厚生労働省令で定めるもの
- 三 労働者の職種及び雇用形態の変更
- 四 退職の勧奨、定年及び解雇並びに労働契約の更新

⁸⁰⁾ なお、使用者の行うそれぞれの人事権行使の類型が、解雇なのか人事評価なのか等に応じて求められる説明の程度は変わるだろう。

が問題とされている。その意味で、労働法の規制はその過程におけるアルゴリズムに直接的に適用されるものではない。

例えば、使用者が、アルゴリズムを利用した結果として、重要な事実を無視し、事実誤認に基づき人事評価をしていけば、人事権の濫用になり得るだろう。また、（仮に結果的には解雇すべき人を正しく選び出しているとしても、）例えば、従業員を解雇するのであれば、使用者は、裁判所に対し「客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない」（労働契約法 16 条）旨を説明することができなければならない。アルゴリズムの不透明性（I・2 参照）の結果として、対象となる労働者や裁判所に対して「AI がこの人を解雇しろと言っているから解雇した」程度しか説明することができなければ、労働契約法 16 条の要件を満たさないとして解雇は無効と判断されるだろう。

だからこそ、労働法制をもってアルゴリズムの透明性・公平性・公正性を直接規律すると捉えることは必ずしも適切ではなく、むしろ労働関係において適用されるアルゴリズムが不透明・不公平・不公正である場合に「結果的」に労働法違反も生じ得るという関係にあると捉えるべきであろう。

8 個人情報保護法

EU の個人データ保護法制である GDPR²² 条 1 項は「データ主体は、当該データ主体に関する法的効果を生じさせる、又は、当該データ主体に対して同様の重大な影響を及ぼすプロファイリングを含むもっぱら自動化された取扱いに基づいた決定の対象とされない権利を有する」として、自動化された取扱いに基づいた決定の対象とされない権利を認める。個人情報保護法の令和 2 年改正時に、このような規制は法律上は明記されなかったものの、個人情報保護委員会は個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン（通則編（以下「ガイドライン通則編」という。））3-1-1*1⁸¹⁾において「例えば、本人から得た情報から、本人に関する行動・関心等の情報を分析する場合、個人情報取扱事業者は、どのような取扱いが行われているかを本人が予測・想定できる程度に利用目的を特定しなければならない。」として、例えばプロファイリングを行うのであれば、プロファイ

⁸¹⁾ https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240401_guidelines01.pdf

リングを行う旨を特定する⁸²⁾。ただし、あくまでもそのような状況である旨を説明することが求められているに過ぎない。つまり、説明さえすれば、それを超えて同意を得ること等は求められておらず、規制の強度は低い。

なお、個人情報保護法 19 条⁸³⁾は不適正な利用を禁止するところ、この条文がアルゴリズムを利用した個人情報の処理に関して不公正・不公平が生じた場合に利用することができる可能性がある。もっとも、具体的にいかなる場合にその利用が「違法又は不当な行為を助長し、又は誘発するおそれがある方法」とされるのかは不明確と言わざるを得ない⁸⁴⁾。例えば、アカウントの挙動という個人情報に基づき、アルゴリズムが不当にアカウントを凍結することが不適正な利用に該当するという解釈はあり得るものの、少なくとも現時点でそれをガイドライン・Q&A は明記していないし、個人情報保護委員会による関連する執行事例も見当たらない。

9 業法

「電気通信事業者は、電気通信役務の提供について、不当な差別的取扱いをしてはならない」とする電気通信事業法 6 条等の業法による規制も存在するものの本稿では詳論しない。

10 その他

EU の AI 法案⁸⁵⁾はリスクベースのアプローチにより、アルゴリズムに対する統制を試みている。即ち、利用禁止 (5 条) やハイリスク (6 条、付属書 II、III 参

⁸²⁾ そして個人情報保護法 21 条 1 項が「あらかじめその利用目的を公表している場合」以外には個人情報取得に際し、通知・公表義務を課していることを踏まえ、プロファイリングを行う企業（個人情報取扱事業者）は、多くの場合、プライバシーポリシーにプロファイリングを行う旨を明記して公表している。

⁸³⁾ 「個人情報取扱事業者は、違法又は不当な行為を助長し、又は誘発するおそれがある方法により個人情報を利用してはならない」。

⁸⁴⁾ なお、個人情報保護委員会はパブリックコメント（<https://public-comment.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000223334>）57 番で、一般論として不当なプロファイリングが 19 条の要件に該当すれば違法となり得るとした上で、「プロファイリングの目的や得られた結果の利用方法等を踏まえて個別の事案ごとに判断する必要がある」としている。この点については福岡他・前掲注 20) 50-53 頁参照。

⁸⁵⁾ 校正時点での最新版は 2024 年 1 月 26 日に公表された「Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial

照)、限定リスク、最小のリスク等のリスクの高低に応じた類型を定めている。ここで、附属書 III4 は「雇用、労働者管理、及び自営業へのアクセス」として「(a) 自然人の採用又は選考のために使用することが意図された AI システムであって、特に、求人ターゲット広告を行う、応募書類の分析及び選別、そして候補者の評価のために使用することが意図されたもの、(b) 労務に関する関係に関する条件に影響する決定、昇進及び労務に関連する契約関係の終了の決定、個人の行動または個人的特徴に基づくタスクの割当て、並びに当該関係にある者のパフォーマンス及び行動のモニタリング及び評価に使用することが意図された AI」をハイリスクとする。この点を、消費者が利用する飲食店候補の評価のため、自営業者である飲食店経営者に対して使用するシステムに類推適用する程度であろう⁸⁶⁾。

とはいえ、EU の AI 法案があくまでも、AI やアルゴリズムにフォーカスした規制であって、競争やその意味での公正性・透明性にフォーカスした規制ではない⁸⁷⁾という点には留意が必要であろう。

つまり、当事者同士が平等・対等であったり、そのアルゴリズム利用行為が市場競争を歪めなかったりする場合において、飲食店評価アルゴリズムは直ちに厳しい審査の対象にはならないが、もし優越的地位にある当事者がアルゴリズムを市場競争を歪める形で利用すれば、それとは異なる競争法の規制が適用されるという関係にあると解すべきであろう。

なお、ここで問題とするアルゴリズムの公平性・公正性はプロファイリングのみを問題とするものではないが、プロファイリング規制との関係は深い⁸⁸⁾。

Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts - Analysis of the final compromise text with a view to agreement」(<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>)である。簡単な解説につき松尾剛行「EU『AI法』の解説とその影響」(金融財政事情掲載予定)を参照。

⁸⁶⁾ なお、この規定の元々の(類推適用される前の)想定は、人事評価アルゴリズム等をハイリスクとすることであろう。

⁸⁷⁾ 透明性やリスクを管理して正しい判断を確保するという趣旨の規制はあるが、競争にはフォーカスしていない。

⁸⁸⁾ 食ベログ事件を取り上げる福岡他・前掲注 20) 18 頁参照。その他条理を根拠とできる可能性もあるが、本稿では詳論しない(岡田安功「『AIのアルゴリズムを説明してもらう権利』について」静岡大学教育研究 16 巻(2020年) 116 頁参照)。

III 食ベログ事件にみるアルゴリズムに対する法的統制

1 事案の概要

「食ベログ事件」はレストランチェーンである原告（韓流村）が飲食店プラットフォーム「食ベログ」を運営する被告（カカコム）を訴えたものである。食ベログ事件第一審判決（以下「第一審」を省略する）の主文の重要部分は以下のとおりである。

「被告は、原告に対し、3840万円及びこれに対する2019年5月21日から支払済まで年5分の割合による金員を支払え。」

即ち、東京地方裁判所は被告カカコムの行為の独占禁止法違反を認定し、3840万円の損害賠償を原告韓流村に支払うことを命じており、これは原告韓流村にとっての勝訴判決である。

より詳細な事案の概要を、食ベログ事件判決に沿って（なお、本稿で食ベログ事件に言及する際には、特に明記しない限り、公開された判決文に沿って記載する。）述べると、複数の焼き肉店を運営する原告が、被告が、その運営する飲食店ポータルサイト「カカコム」において、2019年5月21日（以下「本件基準日」という。）、カカコム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（以下「本件アルゴリズム」という。）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（以下「チェーン店」という。）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ところ、上記行為は私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独禁法」という。）に違反する行為（取引条件等の差別取扱い又は優越的地位の濫用に該当し、独禁法19条に違反するもの）であり、これにより著しい損害を生ずるおそれがあるなどと主張して、被告に対し、独禁法24条に基づき、本件アルゴリズムにおいて、原告が運営するチェーン店の評点の算出に当たり、チェーン店であることを理由に、当該評点を、チェーン店でない飲食店（以下「非チェーン店」という。）の評点に比して下方修正して設定するアルゴリズム（ルール）を使用することの差止めを求めるとともに、被告の上記独禁法違反行為により、原告が運営する飲食店の評点が下落し、来店者数及び売上が減少したと主張して、被告に対し、不法行為に基づく損害賠償として、売上の減少及びブランド価

値等の毀損による損害金（合計約9億3,195万円の一部である約6億3,905万円）及び遅延損害金の支払を求めた事案である。

様々な争点のうち、被告が本件基準日に行ったアルゴリズムの変更であって当裁判所が認定した内容によるもの（以下「本件変更」という。）が優越的地位の濫用（独禁法2条9項5号。そのうちの同号ハ「(略) 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。」）に該当するか否かが主な争点となった⁸⁹⁾。そこで、この点に関する裁判所の判断内容について次項で説明する。

2 裁判所の判断

以下、LEX/DB で文献番号 25593696 として公開されている判決文をベースに、LEX/DB の匿名化により文中「P5」となっている部分を「カカコム」に変えて要約する。カカコムの申し立てた閲覧制限に関する裁判所の決定の結果、原文の一部が不掲載とされていることに留意されたい。

(1) 優越的地位の有無

裁判所は、優越的地位の有無は、〔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〕当該行為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を総合考慮して判断すべきとした。

〔1〕当該取引の相手方の当該行為者に対する取引依存度につき、原告の売上に占める被告経由売り上げの割合は、平均 31%であった。そして本件変更が行われた後、被告が本件変更の事実を認める前から本件変更の存在を主張して本件訴えを提起しつつも、原告がその各店舗について有料店舗会員であり続けた。これらの事実からすると、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いるといえるとした。

⁸⁹⁾ 優越的地位の濫用の一般論につきII・2参照。なお、差別取扱いも問題となったものの、この点については判断が示されていない。「本件では取引条件等の差別取扱いに該当するかが核心的な争点であると考えられるが、本判決はこの点について結果として判断を示しておらず、疑問である」とする長澤哲也「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—カカコム事件」有斐閣 ONLINE ロージャーナル 2022年12月20日 <<https://yuhikaku.com/articles/-/12453#h2-3-1>>参照。

〔2〕当該行為者の市場における地位につき、〔ア〕本件基準日の前日時点において、被告は、日本全国の掲載可能なほぼ全ての飲食店及び約 3090 万件の口コミを掲載しており、〔イ〕平成 28 年 3 月時点において、約 4 万 9000 店の有料店舗会員が掲載されており、〔ウ〕掲載されている飲食店の店舗数や有料店舗会員数において、他の飲食店ポータルサイトを上回るか又はそれらと並んで上位を占めていた。これに加え、〔ウ〕複数の飲食店ポータルサイトを利用する飲食店も多くあることを考慮すると、被告が運営する食べログは、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ものといえるとした。

〔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については、食べログに掲載されている各飲食店からみれば、その店舗を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）するものであった。原告は、本件変更前から本件基準日店舗について有料店舗会員として広告料を費やし、食べログを経由した来店者によって売上の平均 31%を得ていたことや、原告が本件変更後も、本件基準日店舗について有料店舗会員であり続けたことを踏まえれば、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、重要性は高いものといえるとした。

以上を総合すれば、原告は、被告の運営する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、被告が著しく不利益な要請等を行っても、これを受け入れざるを得ない状況にあると認められる。そうすると、被告は、原告との間で優越的地位にある（被告の取引上の地位が原告に対して優越していた）というべきであるとした。

（2）優越的地位を「利用して」の該当性

原告に対して優越的地位にある被告が、本件変更を行って原告に対して「正常な商慣習に照らして不当な」の要件に当たる上記の不利益を課した取引を実施したのであるから、本件変更は、優越的地位を「利用して」の要件に当たるものと優に認められるとした。

(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」

食べログの評点は、食べログに掲載されている飲食店について、被告が本件アルゴリズムに基づいて算出し、食べログ上の当該店舗のページ上に掲載するものであるところ、原告は、本件基準日店舗について店舗会員として食べログを利用し、食べログ上の当該店舗のページ上に当該店舗の情報を掲載しているというのであるから、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」に当たるとした。

その上で、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とした。

そして、これらの事実によれば、「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、【閲覧制限による省略】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ふべきである」（強調筆者）とした。

(4) 「正常な商慣習に照らして不当に」の該当性（公正競争阻害性の有無）

公正競争阻害性については、例えば、[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、促進の観点から是認さ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とした。

そして、上記の観点からすると本件変更は「店舗会員であってチェーン店に該当する原告にとって不利益となるものである。また、本件変更は、食べログに掲載されている飲食店のうちチェーン店についてのみ（ただし、ファミリーレストランやファストフード店を除く。）適用されるものであるところ」（強調筆者）、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一つとして公表されていること、現に、本件変更後は本件 21 店舗における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、原告のようにチェーン店を運営する事業者が被る不利益の程度は大きいといわざるを得ないとした。

また、被告が事前に公表しているのは、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、本件変更がなされることは原告を含むチェーン店にとってあらかじめ計算できない不利益であるとした。

そこで、被告が本件変更を行ったことは、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、原告にとってあらかじめ計算できない不利益を与えるものであり、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、促進の観点からは是認さ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」という要件に当たるといえることができるとした。

(5) 原告代理人の訴訟活動⁹⁰⁾

記者会見等によると原告代理人らは以下のような訴訟活動を行なった。

アルゴリズムの公開をカカコム側が強く拒否したため、原告側は **Internet Archive** の **Wayback Machine** を利用して、大量に2019年5月21日（判決でいうところの「本件基準日」）前後の評点がチェーン店においてのみ大幅に低下していることの証拠を提出した。

要するに、チェーン店をターゲットとして「殊更に点数を落とす」アルゴリズムを適用したとしか説明できない状況の存在を示した。その結果、カカコムがアルゴリズムを開示するか、本件基準日における大量のチェーン店においてのみ発生した評点低下は評点引き下げアルゴリズムを適用したことでしか説明できないので、その旨認定されるかのいずれかの状況となった。

結果として、カカコムは2019年5月21日に「何らかの」アルゴリズムが変更されたことを認め、閲覧制限を申し立てた上でそのアルゴリズム変更の内

⁹⁰⁾ 本稿及びその他の本稿記載の内容は全て記者会見等で公表済みのものである。

容に関する一定の説明がなされ、それに基づき、裁判所が上記の判断を行った。データベース上では、閲覧制限が認められた部分が黒塗りされた判決が公開されている。閲覧制限の結果、重要部分が省略されているものの、上記（3）のとおり、「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ふべきである」や「店舗会員であってチェーン店に該当する原告にとって不利益となるものである。また、本件変更は、食べログに掲載されている飲食店のうちチェーン店についてのみ（ただし、ファミリーレストランやファストフード店を除く。）適用されるものであるところ」という部分等が黒塗りされずに残っていることに留意されたい。

加えて、原告は、裁判所が公正取引委員会に意見を求めることができる、求意見制度⁹¹⁾を利用した。当初原告は、損害賠償のみを請求していたが、東京地裁の通常部から商事部（民事第8部）⁹²⁾への移送に加え、裁判所による求意見制度（独禁法79条）の利用をも期待して、独禁法24条に基づく差止を追加した⁹³⁾。東京地裁は公取委に意見を求め、公取委がそれに回答している⁹⁴⁾。本件は差止請求に関し裁判所から公正取引委員会に意見が求められ、公取委意見書を提出した初めての事例である⁹⁵⁾。まず公正取引委員会OBの意見書が提出され、その上で、原告として求意見制度の利用を申請したところ、歴史上初めて公正取引委員会

⁹¹⁾ 独占禁止法79条「裁判所は、第二十四条の規定による侵害の停止又は予防に関する訴えが提起されたときは、その旨を公正取引委員会に通知するものとする。②裁判所は、前項の訴えが提起されたときは、公正取引委員会に対し、当該事件に関するこの法律の適用その他の必要な事項について、意見を求めることができる。③公正取引委員会は、第一項の訴えが提起されたときは、裁判所の許可を得て、裁判所に対し、当該事件に関するこの法律の適用その他の必要な事項について、意見を述べるることができる」。

⁹²⁾ 東京地裁に継続する24条訴訟は、原則として民事第8部に集中配転される。長澤哲也＝多田敏明編著『類型別独禁民事訴訟の実務』（有斐閣、2021年）17頁参照。

⁹³⁾ 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5日）<<https://portal.shojihomu.jp/archives/33522>>。

⁹⁴⁾ 公正取引委員会「令和2年（ワ）第12735号差し止め請求事件に係る求意見について」公審650号（令和3年9月16日）<<http://xn--59jzfoh853nt87b8ku.com/wp-content/uploads/2022/04/db3ccaf7e89166e3b6a3825df054d934.pdf>>。

⁹⁵⁾ 公正取引委員会委報道発表「令和3年委員長と記者との懇談会概要」（令和3年3月）<<https://www.jftc.go.jp/houdou/kouenkai202009-/210325kondan.html>>。なお、「デジタル分野等の先端的な論点に関しては、求意見・意見陳述制度の適切な活用により、公取委の解釈基準が民事訴訟に反映されることは重要」とする長尾愛女「判批」新・判例解説 Watch 経済法 No.86 の4頁<http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-120862294_tkc.pdf>も参照。

が意見（以下「公取委公取委意見書」という。）を提出し、その内容は事実上原告の見解が正しいと認めるものであった⁹⁶⁾。

3 優越的地位の濫用に関する議論

以下、本判決に関する評釈等における優越的地位の濫用に関する議論を概観したい。

(1) 優越的地位

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、公正取引委員会ガイドラインが挙げる 4 つの要素⁹⁷⁾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⁹⁸⁾。

原告の価格コムに対する 31%という依存度の評価として、「大型小売店による納入業者に対する優越的地位の濫用事件でも、度々、納入業者の取引依存度が論点となってきた。例えばエディオン事件（公取委令和年元 10 月 2 日審判審決）においては、平均 8-9%台以上である。取引依存度 31%は相当に依存度が高い部類に入るといえるだろう。」とするものがある⁹⁹⁾。

⁹⁶⁾ 公正取引委員会カカコム・前掲注 94) の公取委意見書。なお、これが最初の事案であることにつき菅久編・前掲注 44)265 頁。

⁹⁷⁾ 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」（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（本件判決・第 5 の 1 (1) ア (イ)）。

⁹⁸⁾ 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「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 4 の 1 (3)

<<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/mar/200318-2.pdf>>29 頁）。

⁹⁹⁾ 長谷河亜希子「判批」公正取引 870 号（2023 年）75 頁。なお、越知保見「カカコム事件—DP に対し優越的地位の濫用を適用した最初の司法判断—東京地判令和 4・6・16」ジュリ 1586 号（2023 年 7 月）118 頁は「依存関係・取引の必要が優越的地位を基礎づけるのは、取引額が

ここで、原告が本件変更後にカカクコム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（ない）」という裁判所の判断については、一見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ものの、取引依存度、市場における地位の他カカクコムが有料店舗会員及びユーザへ提供する機能の「仕組み」が飲食店に対して「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」ものであることから、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ものがある¹⁰⁰⁾。また、同判決のように考えると、飲食店検索サイトだけでなく、宿泊施設検索サイトなどでも優越的地位にあるプラットフォームはそれなりの数が存在しそうだとするものがある¹⁰¹⁾。

(2) 利用して

被告が、本件変更はそれまでのアルゴリズムに客観的な欠陥・問題点があつて、それを改善するためのものであるという説明責任を果たしたときには優越

大きくなってしまいうために他に取引先を変えられないというものであるが、本件の場合、有料会員であることをやめることはでき、やめても評点が変わるものでもないし、それが変わるのであれば、そのこと自体が問題である。契約関係があろうがなかろうが（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・取引上の必要性とはいえない」とする。しかし、有料会員としての依存関係があるところ、それと評点が密接不可分だ、ということがポイントであろう。

¹⁰⁰⁾ 岡田直己「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—カカクコム損害賠償請求事件」青山法学論集 65 巻 1 号（2023 年）213-215 頁。なお、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」という指摘をする柴田潤子「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 年）47 頁も参照。

¹⁰¹⁾ 泉水・前掲注 62) 68-69 頁。なお、越知・前掲注 99) 116-117 頁は、①エコシステムとも呼ばれる巨大な市場を支配する巨大 DP と②特定の事業において有力な事業者である DP を区別して、利益状況を考えるべきとする。

的地位の濫用行為には該当しないものの、被告はその立証には成功していないことから、本件変更が恣意的であるか合理的であるかについて、アルゴリズムの本件変更に関する周辺事実、関連事実が詳しく明らかに認定されることが望ましいとするものがある¹⁰²⁾。

(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」

評点は、消費者による飲食店選びの参考情報の一つとして掲載されている上、カカクコム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ことから、カカクコム上に本件アルゴリズムによって算出された評点が掲載されることは、カカクコムに係る有料店舗会員となるか否かの判断に影響するものといえ、被告が無料店舗会員及び非店舗会員についても評点を公開しているとしても、被告がカカクコム上の当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」に当たり、また、本件変更は、評点の性質を踏まえれば原告に不利に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とするものがある¹⁰³⁾。

公正取引委員会も、公取委意見書の中で、「飲食店としては...店舗会員となり、『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¹⁰⁴⁾。

これに対し、長澤は、原告は店舗会員としてカカクコム上の自社店舗のページに当該店舗の情報を掲載しており、アルゴリズムに基づき算出された評点は当

¹⁰²⁾ 村上政博「食べログ事件東京地裁判決(令和4年6月16日)」国際商事法務 51 卷 5 号(2023年) 611 頁。なお、アルゴリズムを変更し評点を引き下げること手段として、原告に対し、その自主性を抑圧して何らかの不利益行為をしたとの事実は摘示されていないとする長澤・前掲注 89) 議論については、公取委意見書が「『自らに都合の良い料金プランに変更させるなど』との記載は、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なければならぬという趣旨までは含んでいるのかについては、そのような趣旨まで含んでいない。」としているように、それ以外の要件が満たされている場合において、「利用」の部分で高いハードルを設けるべきかは疑問である。

¹⁰³⁾ 長谷河・前掲注 99) 73-74 頁。

¹⁰⁴⁾ 公正取引委員会・前掲注 94) 公取委意見書 7-8 頁(第3の1(3)イ)。

該店舗のページ上に掲載されるだけで原告が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指摘する¹⁰⁵⁾。また、越智も「今回生じた不利益は、評点を下降する行為によって行われており、評点は会員でなくとも行われるので、本件変更は、取引の実施によって生じた不利益とはいえないとする¹⁰⁶⁾。しかし、単に評点が掲載されるということ自体が問題なのではなく、原告が有料会員として広告料等の支払いを行っているところ、なぜ広告料を支払うかといえば、その根幹が（公正に付されていると被告が称する）評点であるという点が重要であるように思われる。

なお、本判決はこの点を明示していないものの、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、（不利益となるように）「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ことになるのであろうとするものがある¹⁰⁷⁾。

本判決が指摘する事情のうち、本件変更を事前通知されたとしてもチェーン店運営をやめるのは困難であること¹⁰⁸⁾は、優越的地位を示す事情に過ぎず、不利益行為該当性の判断を左右しないとするものがある¹⁰⁹⁾。

なお、利益侵害性や公正競争阻害性に関する考え方は、優越的地位濫用の公正競争阻害性の理解の仕方にも左右され、搾取規制に重点を置くのか、行為者が本来得ることのない利益を得る（又は本来負担すべき不利益を回避する）ことに対する規制を重視するのか等によって判断が異なる可能性があり、また、上記の前提条件を、「取引」「実施」要件、「不利益」要件又は「不当」性要件のどれに反映させるのかも論者により異なる可能性はあるところ、公正競争阻害性の検討以前に行行為要件において優越的地位濫用の適用の有無を決したいという立場からは、前二者の要件論に反映させることになろうが、「取引」「実施」は文言として評価的要素を盛り込みにくい面があることからすると「不利益」要件にて検討することになろうとするものもある¹¹⁰⁾。

¹⁰⁵⁾ 長澤・前掲注 89)。

¹⁰⁶⁾ 越知カクコム・前掲注 99) 118 頁。なお、岡田直己・前掲注 100) 216 頁も参照。

¹⁰⁷⁾ 泉水・前掲注 62) 70、71 頁。

¹⁰⁸⁾ 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 1581 号（2023 年）7 頁。

¹⁰⁹⁾ 瀧川和彦「評点算出のアルゴリズム変更による優越的地位の濫用—東京地判令和 4・6・16」令和 4 年重判解ジュリ臨増 1583 号（2023 年）228 頁。

¹¹⁰⁾ 多田・前掲注 108) 7 頁。

(4) 公正競争阻害性の有無

本判決は、判例法上、はじめて、「正常な商慣習に照らして不当に」に該当するか否かについて、意図・目的、態様（取引相手方の自由な意思を抑圧する程度）、不利益の内容程度をその判断要素として列挙したところに大きな価値があるとするものがある¹¹¹⁾。

優越的地位の濫用の要件である「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の基盤が侵害されることを内容とするものである¹¹²⁾。即ち、優越的地位の濫用は、相手方の意思に反し、その自主性を抑圧する性格を有する行為であることを違法性の本質とするとするものがある¹¹³⁾。その上で、長澤はアルゴリズムを変更し評点を下げることで原告の自主性は抑圧されていないとする。しかし、被告は予め通知せず本件変更を行いチェーン店のみに不利益となるよう取引を実施しており、本件変更により自らの飲食店ポータルサイトにとって都合の良いプランに変更または維持させた点に取引主体の自由かつ自主的な判断の侵害が認められたと解されるという見解¹¹⁴⁾を採用すべきである。

また、本件変更が少なくとも、食ベ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が、（食ベ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とするものがある¹¹⁵⁾ところ、食ベログが No.1 プラットフォームであることから食ベログにおける自由競争の減殺は即ち飲食店間の自由競争の減殺という評価もできるし、それだけ大きなプラットフォームであればそこにおける飲食店間の競争自体が競争法の保護すべき自由競争だという評価もできるように思われる。

公表された評点の意義、評価方法等、アルゴリズム変更による不利益の程度、不利益が原告を含む対象飲食店に通知がないこと、対象飲食店に直接の利益がないことが考慮されたところ、本判決は、とりわけ本件変更を事前通知しておらず、その結果、対象飲食店は本件変更による不利益を可能な限り回避する機会を

¹¹¹⁾ 村上・前掲注 102) 607-608 頁。

¹¹²⁾ 独占禁止法研究会「独占禁止法研究会報告 不公正な取引方法に関する基本的な考え方」(昭和 57 年 7 月 8 日) <<https://shiraishitadashi.jp/archives/1982-07dokkinken.pdf>>。

¹¹³⁾ 長澤・前掲注 89)。

¹¹⁴⁾ 湊川・前掲注 109) 228 頁。

¹¹⁵⁾ 岡田直己・前掲注 100) 230-231 頁。

失ったことを問題にしたと考えられるとするものがある¹¹⁶⁾。本件では、飲食店ポータルサイトの取引において、特定の飲食店のみに適用されるようなアルゴリズムの変更を事前事後の通知なく、不透明な形で行い、それによりあらかじめ計算できない少なからぬ不利益を与えたことが優越的地位の濫用として問題となっているとするものもある¹¹⁷⁾。事前通知をユーザ（消費者）に行うのであれば、ユーザも本件変更を前提とした飲食店選びをする点で不利益性の緩和効果を見込めるとするものもある¹¹⁸⁾。これに対し、あらかじめ変更内容を知らされたとしても、チェーン店運営を中止できないことから、原告の対応による不利益性の緩和効果は見込みにくいとの指摘¹¹⁹⁾もあるが、例えばチェーン店を理由に評点が下げられたのであれば、「チェーン店を理由に評点を下げられたものの、味やサービスに変わりはない」という説明をする余地が出てくるであろう。

評点算出の仕組みを変更すれば評点が上がる者も下がる者も不可避免的に生じる¹²⁰⁾という指摘もあるものの、一定のグループにターゲットを絞り、そのグループが不利益になるようなアルゴリズム変更が正当化されるか、というのが本件における本質的な問題であり、例えば仮に特定の要件を満たすチェーン店をターゲットにしたのであれば、そのような事情を理由に評点を低下させることが正当化されるかの問題と思われる。

4 判決の意義

本件は、デジタル・プラットフォーマーに関し、優越的地位の濫用の適用が問題になった事例についての最初の司法判断であり、アルゴリズムの変更の問題に優越的地位の濫用を適用できるかという問題としての最初の司法判断でもある¹²¹⁾、アルゴリズムに対する法的統制が議論される中で、実際に裁判所におけるアルゴリズムに対する統制が実現したことは、大変意義深いものだと考える。

上述のとおり（I・4）、アルゴリズムそのものへの法的規制については、議論はされているものの、係争事案が多いとは言えない。人事評価等に用いたアルゴ

¹¹⁶⁾ 泉水・前掲注 62) 69-70 頁。

¹¹⁷⁾ 渕川・前掲注 109) 228 頁。

¹¹⁸⁾ 多田・前掲注 108) 7 頁。

¹¹⁹⁾ 多田・前掲注 108) 7 頁。

¹²⁰⁾ 多田・前掲注 108) 7 頁。

¹²¹⁾ 越知・前掲注 99) 116 頁。

リズムについて東京都労働委員会で争われている事案については、まだ判断が出ていない¹²²⁾。報告書においては、一般的、抽象的な形でアルゴリズムの不当な適用による評点引き下げに対する優越的地位濫用（及び差別取引）の可能性が指摘されていたが、あくまでも一般論、抽象論に過ぎなかった。

そのような意味で、食べログ判決は報告書の議論を具体的状況に適用し、特定のアルゴリズムを直接司法によって違法と判示した同判決の意義は大きい。

なお、食べログ判決はアルゴリズムの「変更行為」への統制なのか、それともアルゴリズムそのものに対する統制かという議論はあり得る。ここでは、裁判所が評点を付与することが「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」することになる、としていることが重要であると考えられる。つまり、最初からそのアルゴリズムを利用しておりアルゴリズムそのものは変わらないとしても、途中から優越的地位を得たならば、その段階で（アルゴリズムそのものに変更がなくとも）優越的地位の濫用となり得るだろう。また、最初から優越的地位がある場合には、アルゴリズムの変更を観念できず、最初から（アルゴリズム適用開始時点で）優越的地位濫用になるということと理解される。よって、「変更」への統制というよりは、アルゴリズムへの統制と理解すべきであろう¹²³⁾。

5 公正性・公平性の重要性

人間が決定・判断せず、アルゴリズムの導き出した結果に委ねるならば、一見、人間であれば生じ得る恣意的判断等が回避でき、その内容として公正な判断になるようにも見える。例えば、人間の上司が人事評価をするのであれば、部下に対する好き嫌いが反映して恣意的になり得るが、アルゴリズムに委ねることで公平・公正な人事評価が実現するのではないか、といった議論も見かける。しかし、これは大きな誤りであって、アルゴリズムを利用することで不公平・不公正が生じることは十分にあり得る。

¹²²⁾ JMITU 日本アイビーエム支部「A I 不当労働行為事件 5 月 16 日に証人尋問」

<<http://www.jmitu-ibm.org/2022/04/8461.html>>。

¹²³⁾ もちろん訴訟上、裁判所の理解を得やすいのは「変更によって、これまでのベースラインから不合理かつ不当な切り下げを受けた」という議論であることから、訴訟においては「変更」にフォーカスして議論がなされたものの、それと本判決の内容をどう解釈すべきかは異なるだろう。

そもそも、アルゴリズムを設計する際に¹²⁴⁾、アルゴリズムが恣意的な結果を導くように設計すれば、当然のことながらそのアルゴリズムにデータを投入した結果は恣意的になる。評価アルゴリズムやランキングアルゴリズムについては、「順位を決定するために用いられる主要な事項」（透明化法5条2項1号ハ）等が重要とされているところ（上記Ⅱ・3）、例えば、通常は要素としない要素を要素とする、通常は主要な要素としない要素を主要な要素とする、通常は主要な要素とする要素を主要な要素としない、通常は要素とする要素を要素としない等の対応をすれば¹²⁵⁾、その結果として恣意的で偏頗な結果を出力するアルゴリズムとなるのは当然である。

加えて、仮にアルゴリズムの設計者が善意であっても、様々な原因でアルゴリズムの「誤り」が生じることは既にⅠ・2で述べた通りである。例えば、Deep Learningを利用した学習型AIを前提とすると、学習用データに偏見（バイアス）等が混じっていれば、それに基づき学習させることで、学習用データに存在する偏見がアルゴリズムに取り入れられ、不公正となるということもあり得る¹²⁶⁾。

食ベログ判決は、カカコムによるアルゴリズム変更（本件変更）に公正競争阻害性がある、つまり、公正な競争秩序の維持、促進の観点から是認される商慣習に照らして不当な対応だったと認定した。ここでいう公正性は、競争法の文脈における公正性であるが、原告（を含むグループ）をターゲットとしてこれに不利益となるような取引を実行したと認定されており¹²⁷⁾、その意味では、競争法の文脈以外においても不公正な事案と評することができるだろう。

¹²⁴⁾ 設計の重要性についてはプライバシーの文脈における WOODROW HARTZOG, “PRIVACY’S BLUEPRINT”, *The Battle to Control the Design of New Technologies* (2018) を参照。

¹²⁵⁾ なお、ここでは、そのような対応に合理的理由がないことが前提となっている。

¹²⁶⁾ データプロセスの全体を見渡し、データを可視化し、測定、選択、アノテーション、アルゴリズムの各過程のバイアスを発見し、適切に対応すべきと説く古川直裕「機械学習システムの法務・コンプライアンスリスク（中）」NBL1149号（2019年）40-44頁及びAIのアルゴリズムバイアスによる差別の助長について述べる高橋大祐「AI等のテクノロジーが及ぼす人権への影響と法務対応」*Business law journal* 13巻8号（2020年）55-56頁を参照。

¹²⁷⁾ 「被告は、P5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、(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べきである」。

6 透明性の重要性

本判決は、結果的に違法なアルゴリズム変更の存在を認定した。しかし、そもそも、アルゴリズムに透明性があり、例えば、2019年5月21日時点（本件基準日時点）において、これまでA（例えばチェーン店であること）という要素をアルゴリズムにおける評点の評価要素に入れていなかったところ、新たにAを評価要素に入れるとか、これまでは少なくとも主要な評価要素ではなかったBを主要な要素にするとか、これまで主要な評価要素であったCを主要な要素にしないといった状況が生じれば、その情報を開示しなければならないルールになっていけば、本件変更が実施されなかった可能性が高いように思われる。即ち、変更が不合理であれば、開示を義務づけられることによって「合理的な説明をすることができない変更をしない」という判断に行きつきやすくなる。

この点について、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く、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ところ、開示対象たる「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右し得る情報は開示されるべきであるとするものがある¹²⁸⁾。

金融分野においては、信用格付機関（信用格付業者）には、格付け方針等の公表と変更の場合の公表を義務付ける法規制がされている。金融商品取引法66条の36およびこれを受けた金融商品取引業等に関する内閣府令314条3項本文により、「信用格付業者は、格付方針等について重要な変更を行うときは、あらかじめ、変更する旨及びその概要を公表するものとする。」とされており、変更に関する事前規制が設けられている。したがって、例えば、新しくSDGsの観点を格

¹²⁸⁾ 岡田直己・前掲注100) 229頁。なお、越智は「変更が恣意的・不透明である場合には問題になるが、本件はチェーン店ディスカウントという理由が明確であり、恣意性・不透明性はない。」（越智・前掲注99) 118頁）とするものの、この点は閲覧制限のため、未だに公表されておらず、少なくとも世の中にとっては「明確」にはなっていない。

付けにおける重要な判断基準に導入する等の格付け方針等の重要な変更を実施するのであれば、事前公表が必要とされる。このような規制は、金融法分野に特有のものではなく、社会的に信頼される格付けの提供を事業として行う主体に、一般的に要請されるものである。アルゴリズムについて透明性リスクがあるという観点に加え、いわば一般に信頼される「格付け業者」であるという点は、食べログの運営主体たるカカクコムに対する透明性の要請の程度を更に高めると言えるだろう。

このように、本判決は、カカクコムの行ったような行為をそもそもさせないという意味においてアルゴリズムの透明性の重要性を示す判決といえよう。

7 実務への示唆

確かに、本判決が認定したような差別的なアルゴリズムを意図的に利用する事態はそこまで多くはないように思われる。その意味では、食べログ判決の射程はそこまで広くないと思われる。

ただし、3点に留意が必要であろう。

まず、故意だけではなく、過失があれば不法行為は成立する。そして、意図的なものでなくとも、I・3で述べたように、AIその他のアルゴリズムが差別的な判断をしたとして問題となった事例は多い。そうすると、設計・学習・テスト等の過程でなすべき注意を払っていれば差別等を行わないようなAIとなったのに、その注意を払うことを怠ったとされれば、過失を理由に責任を追及される可能性がある。

次に、報告書における説明の内容を公正取引委員会が比較的広く適用する姿勢を示しているということである。例えば、公取委意見書では、報告書の「例示」があくまでも例示列挙であり、限定列挙ではないから、例示に該当しなくとも違法であることがあり得る等として、具体的なカカクコムの行為の違法性を裏付ける回答がなされている¹²⁹⁾。あくまでも公正取引委員会という行政の回答に過ぎないものの、実務上裁判所がこれを重視する傾向にある。そうすると、報告書その他公正取引委員会が公表した見解を狭く理解すれば適法となり得る行為についても、訴訟になれば、求意見回答によって公正取引委員会が（少なくともそれ

¹²⁹⁾ 公正取引委員会・前掲注94) 公取委意見書9-10頁。

が実質的に公正な競争環境に悪影響を及ぼすものである限り) 広めの解釈を示す可能性に留意すべきである。

最後に、食べログ判決を契機として、アルゴリズムに対する法的統制の議論が進むと理解されるどころ、その中では、例えば、既存の独禁法等の法令の解釈により、また、例えば、新法の制定により、アルゴリズムへの統制が強化される可能性がある。

IV アルゴリズムに対する法的統制の立法論

1 立法によるアルゴリズムに対する統制強化は必要か？

このように現行法でも一定のアルゴリズムに対する統制が可能であり (II)、実際に、食べログ事件ではアルゴリズムを違法とする判断が出され、まさにアルゴリズムへの統制が裁判所によって行われた (III)。すると、現行法だけでアルゴリズムへの統制として十分ではないかという考えもあるところであろう。

加えて、そもそもアルゴリズムに対しては法律以外、例えば、(社会) 規範、市場、そしてアーキテクチャによる規制¹³⁰⁾を実施することも可能である。

その意味では、現行法で十分であって、また、法律に不十分なところがあっても、(社会) 規範、市場、そしてアーキテクチャによる規制で足りるという見解も傾聴に値する。

しかし、(プログラムの) コードがインターネット時代におけるアーキテクチャの典型とされているところ、アルゴリズムもコードの一種であることに留意すべきであろう。特にプラットフォームやアルゴリズムが既に権力や統治者と評することができるような強大な地位を有する状況になっている¹³¹⁾。このようなプラットフォーム等がアルゴリズムを用いているという点に鑑みれば、アルゴ

¹³⁰⁾ Lessig Lawrence, “The New Chicago School”, *The Journal of Legal Studies* 27, no.S2 (1998) pp.61-91.

¹³¹⁾ プラットフォームを統治者としてその監視を論じる山本龍彦「アルゴリズム社会の“統治者”プラットフォーム監視は責務」*Journalism380*号 (2022年) 28頁、アルゴリズムが権力だとするものに平井智尚「アルゴリズムを通じた『権力』への関心とその隘路」*慶応メディア・コミュニケーション研究所紀要* 71号 (2021年) 37頁。<https://www.mediacom.keio.ac.jp/wp/wp-content/uploads/2021/04/07_Hirai-Tomohisa.pdf>。

リズム以外の方法による統制が不可能とまでは言わないものの、強大なプラットフォームによる利用者等に対する一種の統制手段と評することもできるアルゴリズムに対する統制手法の検討対象から、法律を除外すべきではないだろう。

加えて、透明性が欠けていると、社会規範や市場による統制が効かないという視点も重要である。そもそもアルゴリズム変更の際の重視すべき要素の変更等を公開することが義務付けられれば、それに基づき社会規範に基づく非難や市場（消費者がカカコムを利用しない）等による作用によって法律を使わなくとも解決する可能性はある（上記Ⅲ・6参照）。しかし、現時点では少なくとも透明化法の直接の適用対象以外にそのような法的義務はない。

このように、強大すぎるプラットフォームがアルゴリズムを用いる状況に適切に対応するという観点からも、法律による対応の検討が必要である¹³²⁾。

2 透明性を中心とした手続論

(1) はじめに

透明化法は、検索結果の「順位を決定するために用いられる主要な事項」（透明化法5条2項1号ハ）の開示を求める等、透明性等を重視している。もちろん、法律によるアルゴリズム統制のあり方を考える上で透明化法を参照するにあたっては、上記Ⅱ・3で述べた適用対象の狭さと言った限界や、そもそもプラットフォームにフォーカスしておりアルゴリズムそのものを規制しているものではないといった相違点に留意することは必要である。そうではあっても、透明化法の志向する方向性はアルゴリズムの透明性の問題の解決のための立法論においても参考になるだろう。例えば、透明化法5条2項1号ハにおける主要な事項（主要な要素）の開示義務は、プラットフォームの利用するアルゴリズムや、順位決定アルゴリズム以外にも、アルゴリズム一般に拡張できるのではないか。

ここで、透明性に関するルールを策定するにあたっては、①消費者や例えばオンラインショッププラットフォームであれば出店企業等の事業者ユーザー一般に

¹³²⁾ 警察等の法執行分野でも AI は魅力的だが人権や法原則を傷つけかねない諸刃の剣であり、だからこそ、責任ある AI が重要と論じられていることを参照。竹村典良「刑事司法における『ブラックボックス・アルゴリズム』の脱却と『責任ある AI』の確立:ブラックボックスからクリアシステムへの転換」桐蔭法学 28 卷 1 号（2021 年）69-76 頁 <<https://toin.repo.nii.ac.jp/records/528>>。

対して開示すべき内容と、②裁判で争われる場合に訴訟の相手方当事者及び裁判所に限定して開示すべき内容の2つを区別するべきである¹³³⁾。

(2) ①一般的に適用される透明化のルールのあるべき姿

まず、筆者として「全てのアルゴリズムの詳細を全世界に公開すべき」とは一切考えていない。消費者や事業者ユーザに対しては、一般的には「アルゴリズムによる決定・判断に用いられる要素を合理的な範囲において開示・説明する」べきという法的規制をかけるべきであると考え、あくまでもそのような限られた範囲における開示・説明にとどまる。

透明化法は既に一定のデジタルプラットフォームに対し、一定のアルゴリズムに限定して開示義務を課している。そして、透明化法が適用されない場合においても、どのような要素や考え方に基づいて表示順位、評価、アカウント凍結等を決定しているのか等を合理的範囲で公表・説明するべきということである。また、既に説明済みのアルゴリズムから変更がなされる場合にも、その変更の際に前もってそのような基準・要素の変更を説明するべきことになるだろう。

典型的には食ベログにおいて、仮に、「チェーン店であることを理由に点数を引き下げるアルゴリズム」を導入するのであれば、その旨（新たなアルゴリズムにおいては「チェーン店」が主要要素になること）を明らかにするべきだった、ということである。そのような開示がなされれば、ユーザはそれを前提に食ベログの評点を吟味することができる。もし、そのような事実が開示されないと、上記事例において、消費者は、食ベログの点数を、チェーン店と普通の店の間で差をつけることなく決定されたものと誤解してしまう。その結果、点数が下がれば、それは味やサービスが下がったからだとして消費者が誤解してしまう。だからこそ、合理的な範囲においてアルゴリズムの開示・説明を法的に義務付けるべきである。

具体的な開示・説明の対象としては、重要な要素は何か、特に一般に重要ではない要素であるにもかかわらず重要とされるものは何か、一般には要素とはさ

¹³³⁾ なお、異議申し立て窓口の設置等をアカウントビリティの問題として論じるものもあるが（福岡他・前掲注20）302-305頁）、単に窓口を設置して補償をすればいいものではない。異議申し立て窓口の設置等をすればいいという話ではなく、当然に異議申し立て窓口の設置等がなされる前提で、それに加えて以下のようなアルゴリズム開示がされるべきと考える。

れないものの要素にしているものは何か、一般に重要とされる要素で要素としていない又は重要性が低い要素としているものは何か等が考えられる。

このような議論に対し、アルゴリズムの重要な要素を開示することが原理的に不能であるとか、ユーザがアルゴリズムの内容を悪用する「ゲーミング」¹³⁴⁾の防止のためにアルゴリズムを明らかにできない場合がある、という反論があり得るだろう。しかし、その点は「合理的な範囲」の解釈によってカバーすればいいように思われる。

例えば、特定のゴールを実現しようとして機械学習を行った結果として生み出されたアルゴリズムのように、当該アルゴリズムが具体的にどの要素を基に判断をしているかを明示することが原理的に困難なアルゴリズムはあり得る。例えば、SNS のアカウント凍結アルゴリズムについて、過去にアカウントを凍結されたアカウントの挙動に関するデータを学習させ、類似挙動をするものについてアカウントを凍結するという場合が考えられる。このようなアルゴリズムについては、「過去に凍結されたアカウントの、アカウント凍結以前における挙動を大量に機械学習させた」以上の説明のしようがないということもあり得るだろう。そうであれば、開示が求められるのは合理的な範囲である以上、まさに「過去に凍結されたアカウントの、アカウント凍結以前における挙動を大量に機械学習させた結果」であると説明・開示することのみが義務付けられることになる。

ここで重要なのは、このような合理的な範囲の開示が義務付けられることで、そのアルゴリズムが、利用規約違反かどうか¹³⁵⁾を直接判断するものか、それとも、その点は判断の対象とせず、過去のアカウント停止をされたアカウントのアカウント凍結以前における挙動と類似するか否かを判断対象としているのかが明確になることである。その結果、上記 I4 で述べた VTuber が誤ってスパム認定された事案のような場合において、VTuber として裁判所に対してより説得的にその主張を行うことができるようになる。プラットフォームが、その用いるアルゴリズムにおいて、利用規約違反かどうかを判断するものではないというこ

¹³⁴⁾ 例えば、動画共有サイトのリコメンドアルゴリズムであれば、そのアルゴリズムでリコメンドされる可能性を高めることだけに特化させた、特に面白くない動画が多数リコメンドされるといった状況が考えられる。

¹³⁵⁾ 例えば、短期間における同じ投稿の繰り返し、投稿内容と無関係な内容のタグを大量に付する等が利用規約において明記されることがある。

とが説明・開示されれば、(そのアルゴリズムによってアカウント凍結等の不利益を受けた) ユーザとして「利用規約に違反したと判断・認定されていないのに利用規約違反だと通知されたことはおかしい」と主張して争うことができるのである。このように、具体的な要素が何かを説明する上で原理的に一定以上の限界がある事案であっても、合理的な範囲での透明性が確保されることには実務上大きな意義がある。

同様に、動画サイトのリコメンドアルゴリズムの詳細を明らかにすると、ゲーミング(例えば、アルゴリズム上できるだけリコメンドされやすくなることに特化した動画の作成・投稿)の可能性が生じる。そのようなゲーミング防止も合理性の1要素となり得るだろう。例えば、ゲーミング防止等を踏まえた検討の結果、「次の動画のリコメンドは、離脱可能性を最小化するよう、行動パターンが類似している他のユーザのリコメンドに対する反応(リコメンドされた動画視聴の有無)から類推して行っています。ここでいう行動パターンにはチャンネル登録、検索、コメント欄への書き込みを含みます。」という説明・開示や「次の動画のリコメンドは、離脱可能性を最小化するよう、行動パターンが類似している他のユーザのリコメンドに対する反応(リコメンドされた動画視聴の有無)から類推して行っています。ここでいう行動パターンには当社(動画サイト運営会社)のグループ会社の提供するインターネット検索履歴や、当該グループ会社の提供する電子メールサービスにおけるやりとりの内容を含みます。」という説明・開示しかできないということはある。しかし、前者なのか後者なのかで、ユーザとして自己のどのような範囲の情報がどのように利用されるかが大きく異なる(特に後者であれば、想定外の情報が利用されているとしてユーザに驚きを与えかねない)ため、このような点の説明を義務付けることには大きな意味があるだろう。

ここで、プロファイリングの文脈で、プロファイリングが実施されていること、ロジックの基本的な情報、プロファイリングや対象者の個人データ取得項目や取得するデータ項目、結果が利用される範囲、結果に影響を与えた主要なデータ項目の開示を(プロファイリングのレベルに応じて)認める見解は筆者の見解とも親和的である¹³⁶⁾。

¹³⁶⁾ 福岡他・前掲注20)274-283頁。なお、個人情報保護法に関するガイドライン通則編3-1-1*1の利用目的の明示方法としてのAI等による分析の記載等から、アルゴリズムに対する公正性・

なお、II・8で述べたとおり、GDPRは個人データの利用の文脈でもっぱら自動化された取扱いに基づいた決定の対象とされない権利（22条）を定めている。このようなアルゴリズムを利用せずに人間の手によって判断すべきだ、という主張は傾聴に値するものの、このような厳しい規制を少なくとも全てのアルゴリズムに課すことには躊躇があるところである。

(3) ②裁判所と相手方当事者への開示

現にアルゴリズムが違法だとして争われている場合において、「アルゴリズムは営業秘密だから開示できない」として、裁判所と相手方当事者に限定した開示すら拒否するのは、企業の姿勢としていかがかと思われる所である。閲覧制限制度（民事訴訟法92条¹³⁷⁾が存在し、アルゴリズムを提出しても閲覧制限を掛ければ、裁判所と相手方当事者しか見ることができない以上、アルゴリズムの全体像を詳細に明らかにすべきである。ここで、常にコードそのものを開示することまでは求められないと考えるものの、例えば「つまみ食い」的開示だけを行うことで、一審で敗訴した後に控訴審で「後出し」で実はアルゴリズムの内容は違った等という主張をする道を残すようなことは絶対に許されてはならない。このようなアルゴリズムの開示については、裁判所として、現行法の運用として文書提

透明性の統制をかけていく可能性が示唆されている（山本龍彦＝プラットフォームビジネス研究会「デジタル・プラットフォームビジネス研究の最前線（12）AIと憲法（下）アルゴリズム、プライバシー、デモクラシー」法時94巻6号（2022年）79-84頁）。加えて、前述（脚注85参照）のAI法案では透明性に関する義務が課せられており、例えば汎用目的AI（general purpose AI）については、モデルの技術文書の策定と更新（AI法案52c条1項(a)号）、汎用AIモデルをAIシステムに統合したAIシステム提供者に対する情報提供等（AI法案52c条1項(b)号）、著作権法を尊重するポリシーの実施（AI法案52c条1項(c)号）、AIオフィスの提供するテンプレートに基づき汎用AIモデルの訓練に用いたコンテンツに関する十分に詳細なサマリーを策定し、公表する（AI法案52c条1項(d)号）義務等の透明性に関する義務が課せられている。

¹³⁷⁾ 1項「次に掲げる事由につき疎明があった場合には、裁判所は、当該当事者の申立てにより、決定で、当該訴訟記録中当該秘密が記載され、又は記録された部分の閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又はその複製（以下「秘密記載部分の閲覧等」という。）の請求をすることができる者を当事者に限ることができる。

一 訴訟記録中に当事者の私生活についての重大な秘密が記載され、又は記録されており、かつ、第三者が秘密記載部分の閲覧等を行うことにより、その当事者が社会生活を営むのに著しい支障を生ずるおそれがあること。

二 訴訟記録中に当事者が保有する営業秘密（不正競争防止法第二条第六項に規定する営業秘密をいう。第百三十二条の二第一項第三号及び第二項において同じ。）が記載され、又は記録されていること。」

出命令（民事訴訟法 223 条）を積極活用することで対応すべきであるが、仮に、現行法では十分に対応できないのであれば、法改正も検討すべきである。

(4) テクノロジー企業としての透明性等の要請に応えるガバナンスのあり方
なお、テクノロジー企業としての透明性等の要請に応えるガバナンスのあり方として、山口は、Meta によるトランプ元大統領の Facebook 投稿制限事案の文脈で、テクノロジー企業としての自由、責任、透明性等の要請に応えるガバナンスのあり方が問われる¹³⁸⁾とし、自由と並び立つ鍵概念として「共創」に着目した上で、国・地域の枠を越えて企業や個人を含む社会権力の多様な担い手が共に携わり事実上の規範力を創出するルール形成を視野に入れ、希求される人権保障の礎となる基底的な価値原理としての「自由」、そして、国家権力のみならず私的秩序における権力の担い手も抑制・均衡と価値実現のダイナミズムに組み込んで「共創」を構造化させる制度デザインの双方が必要であり、情報権力分立——即ち、統治権力における抑制・均衡を担う主体の一層の多様化・分散化・国際化等を通じた、統治構造そのものの透明化・民主化——が要請されると結んでいる¹³⁹⁾。上記のとおり、プラットフォームが「権力」とも言えるような力を有していることから、ガバナンスの面からも透明性を実現する立法論が望ましいだろう。

3 公平性・公正性を中心とした実体論

(1) 一般的な公平性・公正性

上記 II・4 のとおり、例えば差別をするアルゴリズムが導入された場合に、公序良俗（民法 90 条）や不法行為（民法 709 条）といった民法の一般条項に憲法 14 条を間接適用する等の方法で違法とすることは現行法上も可能である。

但し、それが一般条項である以上、あくまでもケースバイケースの判断がされるに過ぎない。そこで、それだけでは被害者として容易に救済を受けることができない。ここで、既に、アルゴリズムを利用した不公正・不公平な行為の類型が徐々に明らかになっている。そこで、例えば、短期的にはガイドライン上でその

¹³⁸⁾ 山口いつ子「情報権力分立—自由と共創のためのデジタル統治構造の透明化・民主化—」*情報学研究* 101 号（2021 年）52 頁。

¹³⁹⁾ 山口・前掲注 138) 55 頁。

ような違法と解釈される行為類型を明示し、長期的にはアルゴリズムの公正性等に関する立法措置を講じ、これを規制すること等も考えられる¹⁴⁰⁾。

(2) 独禁法

加えて、競争を歪める場合には、食べログ判決と同様に独禁法が適用されるべきである。食べログ事件においては、優越的濫用という一般法理をいかに個別事案に適用するかという点が重要なハードルであった。しかし、報告書が存在したこと、及び、求意見制度を利用したことが食べログ事件判決に至った重要な理由である。例えば公正取引委員会のガイドラインや報告書等が存在しない分野において裁判所によって優越的濫用が認定されたかということ、実務上はなかなか難しかったのではないか。

この点は、公正取引委員会の報告書やガイドライン策定を期待するという方法もあるが、各業界ごとに、どの範囲であれば適正なアルゴリズムと認められるかを専門家の意見を聞きながらまとめるということも考えられる。「アルゴリズムによる決定・判断に用いられる要素を合理的な範囲において開示・説明する」ルールについても、各業界が当該業界における「合理的な範囲」とは何かをガイドライン等で明確にすることが期待される。

加えて、元々存在していた下請法に加え、最近制定された透明化法やフリーランス保護新法（特定受託事業者に係る取引の適正化等に関する法律）等、独禁法と類似する分野における特別法が続々と制定されている。そこで、アルゴリズムと優越的地位の濫用のような問題について、専門的な法令を制定することで、より明確にこれを規律することも期待される。

なお、行政と裁判所の協調による適切な執行の重要性も強調しておきたい。今回は、公正取引委員会は報告書を作成したものの、カカクコムに対する行政処分を行わなかった。行政処分が行われれば、より広範な救済が迅速に行われたとこ

¹⁴⁰⁾ なお、消費者との関係では、消費者が気付かない間に不利な判断・意思決定をしてしまうよう誘導するいわゆるダークパターン（景品表示法検討回「報告書」

<https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/meeting_materials/review_meeting_004/assets/representation_cms212_230302_01.pdf>37頁以下)の一部がアルゴリズムの悪用事例であり、アルゴリズムを悪用するダークパターンに対し、まずは消費者庁等が問題事例をガイドライン等で明確化した上で、当該問題事例が現行法で規制できていないのであれば、規制を検討することが考えられる。

ろである。その意味では、今後は公正取引委員会がより積極的にアルゴリズム分野においてその役割を果たすことが期待される。

4 救済の内容

米国においては、連邦取引委員会（FTC）と WW インターナショナル社（旧ウェイト・ウォッチャーズ）の和解の中で、同社が違法にデータを収集し、そこからアルゴリズム等を生成したとして、アルゴリズムの廃棄が認められた¹⁴¹⁾。

アルゴリズム透明性・公正性・公平性に関する違法行為が行われた場合には、最終的にはアルゴリズムの廃棄を含む救済がなされるべきである。そうでなければ、いわば「やったもの勝ち」として、違法行為をしてでも最強のアルゴリズムを構築することで覇権を握ろうといった誤ったインセンティブを与えてしまう。この点については、例えば独禁法 24 条の差止め請求等によって実現を図るべきであるが、現行法で不十分であれば法改正を検討すべきである。

5 ハードローとソフトローの適切な役割分担

最後に、報告書というソフトローが食ベログ事件において大きな役割を果たした。裁判所の判断枠組みを見ても、報告書及び公取委意見書を参考として判断をしていることが窺われる。裁判に至る前の予防法務においても、プラットフォーム等がアルゴリズムを利用する際に、ガイドラインや報告書等があれば、それを踏まえて適正なアルゴリズムの利用に向けた対応を行うことができる。そこで、ソフトローが適切に役割を果たすべきところでは、ソフトローを用いるべきである。上記の AI 事業者ガイドライン（脚注 6 参照）もソフトローの一種である。

但し、だからと言って筆者としてアルゴリズムに対する統制がソフトローだけで足りるとは考えていない。即ち、ソフトローだけであれば、それに違反した場合に（社会的制裁等はある得ても）法的制裁がない、ということになりかねない。仮にガイドライン等のソフトローに違反すれば、最後は違法とされる、という意

¹⁴¹⁾ UNITED STATES OF AMERICA v. KURBO INC. and WW INTERNATIONAL, INC., 3:22-cv-00946-TSH (N.D. Cal. Mar. 3rd, 2022), available at https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/wwkurbostipulatedorder.pdf.

味におけるハードローが背後にあることによって、よりよくソフトローがその役割を果たすことができる。

例えば、抽象的な（優越的地位の濫用を含む）ハードローの法規制をどのようにアルゴリズムに落とし込むべきかについて、ソフトローとしてのガイドラインや報告書等を策定するが考えられる。確かに、当該ガイドラインや報告書等はあくまでも公取委等のソフトロー作成者の解釈を示したものに過ぎない。しかし、仮に特定のプラットフォーム等がアルゴリズムを導入・変更等する際に、ガイドラインや報告書等のソフトローに違反し、その事案が裁判所に持ち込まれれば、裁判所は、最後は優越的地位の濫用等の抽象的なハードローの法規制を持ち出して、アルゴリズム（又はその導入・変更）を違法と認定することになる。

V おわりに

以上は筆者の現時点の考えに過ぎず、また、本稿校正時点において上告審で係争中である。その意味では、まだまだ状況は流動的であるが、それでも現時点でこのようなアルゴリズムの問題を世に問うことには意義があると考え¹⁴²⁾。

本稿作成にあたり、九州大学准教授成原慧先生、弁護士野田隼人先生及び九州大学准教授西村友海先生から貴重な助言を得た。また、早稲田大学博士課程杜雪雯様及び同修士課程宋一涵様に脚注整理等をして頂いた。そして、担当編集を兼任してくださった Law & Practice 松村健太郎編集長にも、大変お世話になった。ここに感謝の意を表す。なお、本発表の誤りはすべて当職の責任である。

以上

¹⁴²⁾ 本稿脱稿後に食べログ事件控訴審判決（東京高判令和6年1月19日）が下された。これに対し、韓流村は上告しており、現時点で上告審で審理中である。