

論 説

アメリカにおける医療産業と病院合併 (1) ——反トラスト法訴訟を通じて——

大 浜 啓 吉
高 島 章 好

はじめに

第一章 アメリカ医療産業の現実

- I アメリカにおけるヘルスケア・サービスの提供体制
- II 病院合併の現状と病院合併と合併急増の背景

第二章 反トラスト法と病院合併

- I 反トラスト法の概要と理論
 - 1 適用関連法規
 - 2 理論と判例
- II 反トラストガイドライン
 - 1 1992年司法省・FTCによる水平合併ガイドライン
 - 2 1993年全国司法長官会議による水平合併ガイドライン
 - 3 1996年医療分野における反トラストガイドライン

III フィラデルフィア国法事件判決

第三章 非営利病院合併と反トラスト法訴訟

- I 非営利病院合併事件に対する

反トラスト法分析

- 1 医療分野における反トラスト法執行の一般理論
- 2 非営利の抗弁
 - (1) 否定的判例
 - (a) アメリカ・ホスピタル社FTC
 - (b) 合衆国対クリフォード・メモリアル社事件 (以上、本号)
 - (c) FTC対ユニバーシティー・ヘルス事件 (以下、次々号)
 - (d) 合衆国対マーシー・ヘルスサービス事件
 - (2) 好意的判例
- II 伝統的反トラスト分析からの脱却
- III 反トラスト法における医療の考察

むすび

はじめに

アメリカ社会における、医療供給システムは「自由主義」と「企業性」を大きな特徴とする。保険制度も医療施設も民間が基本になっており、患者に対しては自己責任に基づく健康管理が要求され、医療提供者・医療機関に対しては専門家としての自立性が保障される。他方、企業性は、医療需給に関わる公正性と効率性の追求となって現れる。マネジドケアに代表される近年のアメリカ医療制度改革の方向性はこの二つの特徴が密接に関連しており、したがって、問題もまたこの二つに帰することができる。

アメリカでは、わが国と異なり営利法人（株式会社）による医療経営が認められている。医療費の高騰や医療過誤等の問題解決のための医療制度改革の流れそれ自体が医療の企業化を促進しているが、問題は非営利病院にある。民間の非営利病院は伝統的に地域社会に根付いているが、利益追求の姿勢が全くないということはない反面、営利企業のように株価による短期利益の追求に走ることは稀である。もっとも、近時、マネジドケアによる医療供給者間の競争・医療の企業化によって、企業家的に行動する医師や非営利病院が増えていることも事実である。

アメリカの医療供給システムは自由主義の理念を基本においた上で、病院に対しては費用償還型、医師に対しては自由料金型の支払い方式がとられ、我が国の社会保険制度による診療報酬の上限設定のような価格規制は長らくとられてこなかった。ある一定地域における非営利病院が合併によって過度の市場力集中が生じた場合に、他の一般的な財における市場と同様に反トラスト法訴訟において展開されてきた経験的なアプローチに従って解釈するのか。伝統的解釈では非営利病院は反トラスト法の埒外におかれていたが、近年の判例は医療という側面を判断材料にするかどうかで判断が分かれている。

本稿は、アメリカ医療供給システム、とりわけ非営利病院間の合併と反

トラスト法訴訟の問題を扱う。すなわち、医療の領域に反トラスト法という市場経済理念という光を当てることによって、医療の意味するところを考察したい。

第1章 アメリカ医療産業の現実

I アメリカにおけるヘルスケアサービス提供体制

アメリカにおける一般的な受診パターンとは、患者はまず近所で診療所を開業するゲートキーパーと呼ばれる開業医の受診を受け、ゲートキーパーが必要と判断すれば病院等の他の医療機関に紹介され、治療の段階に応じた診療を受けるというものである。

ゲートキーパーによって紹介される医療施設は大きく分けて、急性期病院 (Acute Hospital) と外来手術センター (Ambulatory Surgery Center) である。簡単な手術で済む場合は外来手術センターで日帰り手術を受け、その後外来リハビリ施設 (Outpatient Rehab Center) でリハビリを受けるか、自宅で在宅医療サービス (Home Health Care) を受ける。入院が必要な場合は急性期病院で手術を受け、それから亜急性治療施設 (Sub Acute Facility) で回復期を過ごし、入院リハビリ施設 (Inpatient Rehab Center) でリハビリを受ける。容体が安定した段階で、ナーシングホーム (Nursing Home) か在宅医療サービス (Home Health Care) を利用する。アメリカでは急性期病院に入院する期間が極めて短く、一連の治療が終了した段階で退院させられるため、継続的な治療や看護のためのヘルスケア提供機関が存在する⁽¹⁾。ナーシングホーム、長期療養病院、リハビリ病院

(1) 実際に日米の一般病院の平均滞在日数を示したデータによると、1996年の段階でアメリカは7.8日間、対して日本は33.5日であると示されており、かなりの短期間であることが分かる。ただしこのデータによると、日米ともに1985年以降一貫して短縮傾向にある。参照、週刊社会保障編集部編『欧米諸国の医療保障 第7版』(法研、2000年) 282頁以下、表6-2-20参照。

等を後急性期入院医療施設 (Post Acute Care Facility) という。終末看護や痴呆性疾患の場合はホスピス (Hospice) が利用される⁽²⁾。

病院の組織について、病院は全米で約6300程度存在し、その大半が急性期病院で約5200 (1996年の段階では5134) 存在する。その他は長期病院 (long term hospital) と精神病院等である。この急性期病院の設立主体の割合として、アメリカ国内の急性期病床873,000床 (1995年) のうち、最も多いのが教会団体をはじめとする民間非営利組織⁽³⁾で69.9%を占め、次に多いのが政府系組織で18.0%, 営利企業が占める割合は最も低く12.1%である⁽⁴⁾。

アメリカの病院業界の主流は病院チェーン (Hospital Group) である。病院チェーンは非営利組織も営利病院チェーン⁽⁵⁾同様に積極的なチェーン展開をしている。何らかの親組織に所属する病院は、これまで営利病院や非営利病院でも宗教系病院や政府系の病院に限られていたが、現在では非宗教の非営利病院までもチェーン化され始め、その数は1997年に約600病院である。営利病院や宗教系病院を含めるとその数は約2000に及ぶ⁽⁶⁾。営

(2) アメリカにおいて、このように患者の症状の程度や治療の緊急性に応じてきめ細かく細分化されているのは1980年代後半からのマネジドケアの普及に伴い、医療提供者側が、自らの守備範囲を限定するとともに、入院患者の早期退院を促進し、費用の削減に努めた結果である。週刊社会保障編集部編『欧米諸国の医療保障 第7版』(法研, 2000年) 272頁参照。

(3) これは、歴史的にも古く、アメリカの典型的な病院である。多くは民間の篤志家や教会関係者の基金によって設立され、民間人が理事会を構成し、運営されている。歴史的に見て慈善事業的色彩を色濃く呈してきた病院であると言える。川原邦彦『アメリカの病院革命』(日本経済新聞社, 1986年) 22頁参照。

(4) 医療経済研究機構監修『米国のヘルスケア・ビジネス』(法研, 1998年) 57頁参照。この数値はアメリカ病院協会 (American Hospital Association) がまとめた“Hospital Statistics 1996-97”によるデータに基づくものである。

(5) 病院経営株式会社とも言われる。多くの病院を傘下に持つ投資家所有という株式会社形態の営利病院をいう。ゆるやかな連携で参加する病院も含めた形式も含まれるので、最近では「マルチホスピタル病院」といわれる。川原邦彦, *supra* note 3, at 21.

(6) See, Modern Healthcare, May 25, 1998, at 46. 親組織の開設者区分毎に傘下

利病院チェーンの発展は顕著であり、運営病床数上位10社を見ると、徹底的な経営合理化により短期間で急成長を遂げた営利チェーンが上位3社を占めている⁽⁷⁾。しかし4位から10位はすべて非営利病院チェーンが占めている⁽⁸⁾。

II 病院合併の現状と合併急増の背景

現在、アメリカの病院産業は病院間の合併・買収によって競争に強い病院連合システムや病院チェーンが登場し、大手企業の参入によって医療サービスの産業化、病院経営の合理化・多角化が進められている。特にその動きは1990年代に入ってから顕著な上昇を見せている。統計によると、1990年には13の病院合併が起きており、1991年には23、1992年は15、そして1993年では18とほぼ横ばい状況だったが、1994年には全国で650の病院が184の合併・買収に参与するという飛躍的な増大を見せており1995年には735の病院が230の病院合併に、1996年には768の病院が235の病院合併に、そして1997年には627の病院が217の合併・買収に関連したと報告されている⁽⁹⁾。1994年から1996年にかけて、全国に5200ある連邦病院以外の病院の

病院数を見ると、1996年では営利病院チェーンは830病院、非営利病院チェーンは1142病院（うちカトリック系が459病院、その他の宗教系病院が123、非宗教の非営利病院は560病院）で、合計1972病院がチェーンの傘下にある。

- (7) 第1位の営利病院チェーンであるコロンビア・HCAヘルス社（Columbia/HCA Health Corp.）は、急性期病床数62,708（1996年）と第2位のテネット・ヘルスケア社（Tenet Healthcare Corp.）の27,959を大きく上回る全米最大の病院チェーンである。創業は1988年で、急性期病院を中核として収益性の高い在宅・外来との組み合わせで短期間のうちに高収益を実現した。第3位はクオラム社（Quorum Healthcare Group）で病床数は22,235である。医療経済研究機構監修『米国のヘルスケア・ビジネス』, 58, 60-65頁参照。
- (8) 4位から10位の非営利病院チェーンうち5つが教会系の非営利病院チェーンである。その中には本論文でも取り上げるマーシー・ヘルスサービス社（Mercy Health Services Corp.）も病床数4,341と第9位に位置づけられている。医療経済研究機構監修, *supra* note 7, at 58.
- (9) See, Sandy Lutz, “Mergers and Acquisition Report; 1995: A Record Year for Hospital Deals”, *Modern Healthcare*, Dec. 18, 1995, at 43. See, also *Modern*

うち、約40%の病院が合併・買収の当事者となっている⁽¹⁰⁾。もちろんこれには非宗教の非営利病院同士の合併・買収・提携も含まれるが、非宗教の非営利病院間の合併は主に競争の激化した都市部から外に展開する形で、郊外の中小病院を積極的に買収したり、比較的近隣地域に立地する病院間の合併・提携を行ったりしており、その規模も営利病院や宗教系の非営利病院の組織に比べると小規模である⁽¹¹⁾。

このような合併の背景にはマネジドケアの発展がある。アメリカの医療政策は「個人主義」と「自由主義」が基本である⁽¹²⁾。すなわち、患者に対しては自己責任に基づく健康管理を要求し、医療提供者に対してはその自立性を保障する。つまり専門家の優位を前提としたヘルスケア提供体制が基本である⁽¹³⁾。この専門家中心主義を前提としてヘルスケア提供体制に「管理」の概念を導入したのがマネジドケアである⁽¹⁴⁾。

Healthcare, Jan. 12, 1998, at 40.

- (10) See, Bruce Japsen, "Another Record Year for Dealmaking: Activity Among Medium-Size Companies Fuels Continued Drive Toward Consolidation", *Modern Healthcare*, Dec. 23, 1996, at 37. ここでいう連邦病院とは、復員軍人病院 (Veterans Administration Hospital) をいう。
- (11) 一病院チェーンあたり平均病院の数は、営利75.5病院、非営利7.6病院で、その内訳はカトリック病院が48%, その他宗教が28.6%, 非宗教非営利が23.4%である。See, *supra* note 6, at 46.
- (12) アンドル・アッカンプアム『アメリカ社会保障の光と影』(大学教育出版, 2000年) 69頁。この著書の中で彼は、「ここに言う「自由主義」とは、医療受益者、すなわち患者からすれば「自由な受診と治療」を意味し、医療提供者・医療機関からすれば診療報酬の自由な決定権を意味するものである」と述べている。
- (13) このアメリカ医療政策の性格については、次の文献を参照せよ。Rand E. Rosenblatt, "Health Law" (David Kairys ed., *The Politics of Law*, 3rd ed. 1998), John H. McArthur, "The Two Cultures and the Health Care Revolution" *JAMA*, March 26, 1997-vol. 277 no.12 at 985-986.
- (14) マネジドケアの概念が誕生するきっかけとなったのが、1973年に制定されたHMO (Health Maintenance Organization, 健康維持組織) 法である。本来は公衆衛生法に対する追加改正法として成立したもので、皆保険制度のないアメリカにおける包括的な医療保障体制を構築する手段として位置づけられたものであった。HMOについては、大浜啓吉、関根雅樹「アメリカにおけるメディ

アメリカ国民の約87%は何らかの民間医療保険に加入しているが、アメリカには依然として国民皆保険制度がない。医療費は自己負担が前提で、保険加入の選択も各自の意思に任せられている。このような「自由主義」は医療費増大の大きな原因の一つであった。医療費増大の抑制として、医療保険基金と医療提供者、そしてその利用者を組織化して全体として管理するのがマネジドケアである。これは予算の観点から一定の制約を課し、医師の行う医療行為をコントロールしようとするものであり、目標実現を最大限尊重する考え方である。目標は「医療費の高騰」や「医療の質」をコントロールすることであり、「より低いコストで、より質の高い医療サービスを提供」することにある。

具体的手段として人頭払いなどの経済的インセンティブや入院の事前承認、医師の診療実績を平均値と比較するなどの利用管理 (utilization management) があるが、結果の評価を重視するものであり、従来の専門家主導のシステムとは対照的である⁽¹⁵⁾。

ケアの発展とDue Processの権利」『比較法学』35巻2号289頁以下参照。なお、広井良典「医療制度」藤田 伍一・塩野谷 祐一編『先進諸国の社会保障7 アメリカ』(東京大学出版会, 2000年) 172, 173頁以下は、マネジドケアについて一般的な定義をしている。主要内容は以下4点である。

- ①医療内容への(医師以外の)第三者の介入…医療行為について、医師の自由裁量に委ねるのではなく、その内容に何らかの形で第三者、とりわけ支払機関である保険者が介入し一定のコントロールを行うこと。
- ②定額制を中心とする支払方式…医療費の支払方式について、伝統的な出来高払い (fee-for service) に代えて何らかの定額制ないし見支払制を導入し、医療サービスの提供にあたっての医師ないし医療機関のインセンティブの変更を図ろうとすること。
- ③予防・健康増進の積極的取り組み…給付内容について伝統的な事後補填型、換言すれば治療中心の保険給付に代えて、予防ないし健康増進という要素を給付の中に積極的に取り込み、結果としてより費用対効果の高い医療保険の給付パッケージを実現しようとする。
- ④医療システムへの競争原理ないし市場原理の導入…医療保険システムについて、医療機関・保険者の選択や私的保険の要素を積極的に取り入れ、医療の中に何らかの競争原理(ないし市場原理)を導入すること。

医療におけるマネジドケアの使命は患者の治療であるが、それと共にマネジドケア加入者全体の健康状態を向上させること、すなわち「個々の患者重視」から「集団全体の健康重視」の医療システムへの転換が重要である。そのためには集団全体の利用管理、需要管理といった要素が重視され、医療の企業化が進展していった⁽¹⁶⁾。

アメリカの医療産業は、マネジドケアの進展にみられるように医療におけるコスト抑制という経済的インセンティブによって改革が行われている。病院も、病院運営コストおよび病院サービス価格の低下を追求している⁽¹⁷⁾。病院経営は現在次の3つの問題に直面している。第一は、病院が現在過剰なキャパシティを抱えていることである⁽¹⁸⁾。これは1950年代から60

-
- (15) ある論者は、専門家中心主義に対比する概念として「マネジリアリズム（経営管理主義）」という概念を用いている。田村誠「マネジドケアと米国医療の変容」『病院』58巻1号（1999年1月）47-54頁参照。

マネジリアリズムは、80年代のサッチャー、レーガンという新保守主義時代に社会政策の分野に急速に普及した概念である。民営化（privatization）路線の中で最後まで民営化が困難であった教育や医療の分野で、効率化を進めるためにマネジリアリズムの概念が導入された。

- (16) 田村誠「マネジドケアと米国医療の変容」『病院』58巻3号（1999年3月）251頁以下は、医療の企業化（corporatization）について、次の3点を指摘している。①「医療管理（medical management）」の企業化。医療サービス自体を管理することで、業務の内容はマネジドケア組織の加入者の入院や高額な手術、検査の適切な利用を管理する。②医師診療管理企業（PPM）の急速な成長。これは経営面から医師の診療管理を行うものである。PPMが診療所の有形資産（建物・設備など）を買い取った上で、医師を「従業員」として雇用し、PPMが会計・物品購入・マネジドケア組織との交渉等の経営面を担当する。③カーブ・アウトの推進。カーブ・アウトとは、マネジドケア組織が特定の疾病に対する医療サービス、特定の医療行為、あるいは特定の患者集団を他の専門組織に任せる契約を言う。
- (17) 1983年にDRG／PPS（Diagnosis Related Groups/Prospective Payment System）という制度が導入されたことの影響が大きい。これはメディケアの財政支出を抑制する目的で始まったが、基本的には診断名・病名が決まると、重症であれ軽症であれ決まった診療報酬しか出ない。だからコストの嵩む重症の患者の場合、その赤字分は病院が負担することになり、結果的に病院の経営努力が求められる。

年代にかけて、政府が地域医療計画の策定や病院建設に補助金を出し、病院サービスの大幅な構築・拡張がなされたことに起因している。第二は、入院手術にかかるコストが高いということである。そして第三は、治療コストが低い反面、高い診療報酬が設定されている医療が増加していることである⁽¹⁹⁾。こうした背景のもとに医療の効率性が求められ、マネジメントケアが必要とされるのである。

マネジドケア概念の根底には、「最適なコスト」で「最適な治療」を「最適な場所」で提供するという考え方がある。マネジドケアによる、健康保険料の抑制、DRG/PPSによるコスト抑制政策、PPOによる外来診療の奨励によって、病院は患者に対し入院を減らし、滞在期間を短くし、コストのかからない外来治療を提供することで経営の合理化を図る。

合併は、病院経営コスト削減に効果のある手段である。二つの病院が一つの大きな組織になれば、様々なコストの削減が実現する。労働力の削減、運営費用の削減などがもたらされ、また当該地域における患者総数の拡大によってもたらされる利益もある。それによって良質の医療サービスの可能性も生まれる。

しかし合併は、利用者にとってコスト高をもたらしこともありうる。そこで、病院合併に対しても連邦反トラスト法による縛りが必要なのではないのか。つまり、病院経営者にとっては利益追求、消費者に対してはより高い医療費という点で、反トラスト法の対象と変わらないのではないかが

(18) See, Ugur Yavas & Donald J. Shemwell, "Competing for Patients and Profit; Analytical Framework Can Help, Marketers Determine the Competitive Strengths and Weaknesses of Hospitals", *Journal of Health Care Marketing*, June 1, 1996, at 30.

(19) この背景にあるのがPeer Review Organization (PRO) という制度である。DRG/PPSと同時に導入されたが、その目的は入院の必要性・適切性の事前審査である。具体的には医者が出した入院指示に対して、国と契約関係にある民間の機関がその適切性について審査する。本来の目的は入院コストの抑制であり、特に眼科手術、中絶手術、緊急手術などに対して入院手術を拒否し外来手術を奨励した。

議論されるようになってきた。実際、行政機関の側も反トラスト法施行に向けての検討を開始することとなった⁽²⁰⁾。

急速な病院合併の進展は「Merger Mania (合併中毒)」と揶揄されている⁽²¹⁾。この病院合併という現象に対して、行政機関は反トラスト法執行という手法が用いられる。以下では、非営利病院間における病院合併の事例を中心に反トラスト法執行がどのような理念の下に行なわれているかを考察したい。

第2章 反トラスト法と病院合併

I 反トラスト法の概要と理論

1 適用関連法規

アメリカの独占禁止法制が反トラスト法と呼ばれるのは、歴史的理由からである。すなわち、南北戦争後確立した大企業体制が、スタンダード石油の例にみられるように、自己の株式を受託者委員会 (board of trustees) に信託し、この委員会が巨大経済力を背景に議決権の行使を通して支配的

(20) See, Michael S. Jacobs, "Presumptions, Dawn Presumptions and Economic Theory: The Role of Empirical Evidence in Hospital Merger Analysis", 31 Indiana Law Rev. 128-129 (1998).

(21) See, Victor R. Fuchs, "Managed Care and Merger Mania", JAMA, March 19, 1997 vol. 277, no.11 at 920-921. この論文は、営利目的当事者間の病院合併に関して、「合併によって規模の利益や、余剰キャパシティーの整理、取引コストの削減、情報フローの改善などの社会的利益の上昇が見込まれるが、多くの合併・買収が、株価を釣り上げるためだけのものであり、社会的価値を生み出していない。合併により組織が大きくなりすぎてしまい、大きな金融機関のようにつぶすには大きすぎる結果となり、非効率的な組織が存在することになっている」と述べている。また、See, Susan Berke Fogel & Lourdes A. Rivera, "Merger Mania: Religious Hospital Mergers and Access to Reproductive Health Services", Clearinghouse Review vol. 33 no.1-2, May-June 1999, at 30-49 (カトリック系の病院による買収合併により中絶手術などリプロダクティブ上の権利と当該病院の宗教上の理念とが衝突する場合についての問題を提起)。

権力を揮い各種の濫用行為を行った。これに対して社会的に大きな反発が起り、遂には反トラスト法の制定に至ったのである。

反トラスト法は、1890年のシャーマン法 (Sherman Act)、これを補強する形で1914年に制定されたクレイトン法 (Clayton Act) と連邦取引委員会法 (Federal Trade Commission Act) の3つの主要な法律および多くの判例からなる。

反トラスト法の執行機関は、連邦取引委員会 (Federal Trade Commission) と司法省 (具体的にはthe Antitrust Division of the Department of Justiceが担当) である。FTCは、クレイトン法と連邦取引委員会法を主管し、司法省はシャーマン法とクレイトン法を主管している。もっとも、後に触れるように、判例上、連邦取引委員会法の規制範囲はシャーマン法の規制範囲を含むとされているので、実際には両者の管轄権はオーバーラップしている。

そこで、水平的病院合併の問題⁽²²⁾を検討する前に反トラスト法令の概略を見ておこう。

(1) シャーマン法⁽²³⁾ (The Sherman Act)

1890年に制定されたアメリカ独占禁止法の基本法である。取引制限の共謀又は結合の禁止 (1条)、独占の禁止 (2条) を規定している⁽²⁴⁾。その背景には、限られた個人または会社の掌中に市場支配力 (market power) が集中することの危険性、当該会社が相手方の競争会社に打ち勝つために略奪的な実務に訴えるかもしれないという懸念、不合理な目的実現のためもしくは競争破壊のために極端な方法が採られる懸念等があった⁽²⁵⁾。シャーマン法は反トラストに係るコモン・ローを創り出すための司法管轄権を新

(22) Rand E. Rosenblatt, Law and American Health Care System (The Foundation Press, 1997).

(23) 15 U.S.C.A. § 1-7 (1994).

(24) 村上政博『アメリカ経済法』(弘文堂, 1993年) 11頁以下参照。

(25) See, Ernest Gellhorn & William Kovacic, "Antitrust Law and Economics in a Nutshell" (4th ed. 1994) 17-18.

たに連邦裁判所に設けたともいわれる⁽²⁶⁾。

シャーマン法第1条は、取引制限の禁止を規定している⁽²⁷⁾。特にシャーマン法は司法省、私人、州の司法長官に対して刑事上・民事上の訴訟を提起する権限を与えている⁽²⁸⁾。シャーマン法1条が予定する実務として挙げられる行為としては水平的な価格協定 (price fixing)、グループ・ボイコット、抱き合わせ契約 (tying agreements)、そしてこれら以外の通商に対して不合理な影響を及ぼすものと広範に解釈される行為が挙げられる⁽²⁹⁾。

シャーマン法第1条の下で訴えられた行為は、まずそれが当事者の意思に基づく共同行為かどうかを審査する⁽³⁰⁾。水平的市場において裁判所は、価格協定、市場分割、グループ・ボイコット、そして強制的抱き合わせ契

(26) Id. at 22. もっとも、シャーマン法は次の点でコモン・ローと異なる。①コモン・ローは州単位で機能するのに対して、シャーマン法は連邦法であって連邦においては統一的に運用することが出来る。②コモン・ローによる救済は損害賠償だけであるのに対して、シャーマン法には差止命令や刑事罰、三倍賠償の救済方法が規定されている。

(27) シャーマン法1条は次のように規定している。「数州間の、あるいは外国との取引 (trade) または通商 (commerce) を制限するすべての契約、トラストその他の形態による結合 (combination) または共謀 (conspiracy) はこれを違法とする。ここにおいて違法と宣言されるような契約を締結したり、結合または共謀に従事する者はすべて重罪を犯したものと見做し、有罪の決定があれば、裁判所の裁量権により法人の場合には1000万ドルを超えない罰金、その他個人の場合には35万ドルを超えない罰金もしくは3年を超えない禁錮刑を科し、またはその双方を併科とする。」15 U.S.C.A. § 1-7 (1999)。

(28) 15 U.S.C.A. 15 (c) (1994). 州の司法長官は州民の代表として反トラスト訴訟を開始し損害賠償を得ることが出来る。

(29) William C. Holmes, "Antitrust Law Handbook" at. 134-135 (1995). 水平的価格設定とは、同水準の市場構造を有する2以上の当事者が消費者に課す価格について協定する場合に生じる。グループ・ボイコットとは元来水平的関係にある2以上の競争業者による特定の者との取引拒絶についての共謀を意味する。抱き合わせ契約はある製品、サービスを利用するために、別の製品、サービスの購入を条件としたりまたは購入自体を制限する取り決めをする場合に生じる。

(30) Id. at 135. シャーマン法第1条が適用されるのは契約、結合、共謀という形態の行動であり、片面的な行動には適用されない。

約 (coerced tie-in agreements) が含まれる場合は当然違法 (per se illegal) と見なすのである。

その行為が当然違法とみなされていない場合、裁判所は「合理の原則 (rule of reason)」分析を適用する。裁判所はその行為について被害を及ぼす可能性と費用を抑制するという競争促進的効果とを比較考量する。合理の原則を適用する場合、裁判所は市場占有状態や市場参入の容易性、競争の効果、当該行為により実現される効率性などの諸要素を検討する。

シャーマン法の文言は簡明かつ包括的である。シャーマン法の解釈は当該規定の適用範囲の解釈に係る裁判官の理論と法自体の自己規制によってのみ限定される。法の文言が曖昧であるため、裁判所の裁量の働く余地が大きい⁽³¹⁾。

シャーマン法に不備が多い。一つは、シャーマン法は競争制限を及ぼす恐れがある場合に萌芽的段階で摘み取れないという点であり、今一つは、シャーマン法の文言は余りに包括的すぎる点である。特に反競争の効果を及ぼす蓋然性がある一定の行為を禁止する必要性が大きかったので⁽³²⁾、そこで新たにクレイトン法が制定されることになった。

(2) クレイトン法⁽³³⁾ (The Clayton Act)

1914年にクレイトン法は、価格差別、不当な排他的取引契約、株式または資産の取得等の規制を行う。その立法目的はシャーマン法違反となる行

(31) シャーマン法は2カ条しかないから、違法性判断基準の予測可能性は低く、判例法の形成が必然的であるという意味で、コモン・ロー的な性格を帯びている。越知保見『欧米独占禁止法の解説』(商事法務研究会, 2000年) 10-12参照。

(32) シャーマン法ではトラスト状態の始まりやその状態が実現する以前に当該トラストや共謀、独占状態の形成を捕えることが出来なかった。後のクレイトン法が制定される結果になったのは、最高裁がシャーマン法に対して過度に謙譲的姿勢で文言通りに解釈したことに対する議会の失望の現われである。See, Laura L. Stephens, "Nonprofit Hospital Mergers and Section 7 of the Clayton Act: Closing an Antitrust Loophole", 75 Boston University Law Review, 477, 484 (1995).

(33) See 15 U.S.C.A. §§ 12-27 (1994).

為を未然に防ぐこと（予防規制）にある⁽³⁴⁾。シャーマン法と違って刑事責任追求の規定がない。

原始クレイトン法第7条⁽³⁵⁾は、合併および株式取得のみを規制対象としていたが、1950年セラー・キフォーバー法（the Celler-Kefauver Act）により改正された。これによって将来競争を減殺するおそれもしくは独占状態の形成に繋がるような効果を有する行為、すなわち競争相手が有する資産の全部または一部の取得、垂直合併、混合合併にまでその適用範囲を拡大した⁽³⁶⁾。1980年には、議会はクレイトン法第7条を改正しその適用範囲を連邦取引委員会の管轄権に属する個人にまで及ぼした。

シャーマン法は司法省反トラスト局が執行権限を有するのに対して、クレイトン法では司法省とFTCによる共同管轄である。司法省は競争制限的行為を抑制するため連邦地方裁判所にエクイティ上の訴え⁽³⁷⁾を提起する

(34) 松下満雄『アメリカ独占禁止法』（東大出版会、1982年）9頁。Mark J. Swearingen, “Applying Antitrust Law to Nonprofit Healthcare Entities: Arguments for a Greater Attention Detail”, 33 Journal of Health Law, (2000). なお、クレイトン法は反競争的行為を「萌芽の段階で」規制する。それは単なる理論的可能性ではなく、合理的蓋然性が必要である。

(35) See 15 U.S.C.A. 18 (1994). クレイトン法第7条「通商、または通商に影響を及ぼすような活動に従事している者が、直接もしくは間接的に他の同様に通商、又は通商に影響を及ぼすような活動に従事している者の株式その他の持分の全部または一部を取得し、又は連邦取引委員会の管轄に属する者が、同じく通商に従事する他の者又は通商に影響を与える活動に従事する者又は通商に影響を与える活動に従事する他の者の資産の全部または一部を取得するにおいて、かかる取得の結果が国のいずれかの地域における通商のいずれかの分野における競争を実質的に減殺したり、又は独占を形成する恐れがあるときは、これをしてはならない。」

(36) クレイトン法は、1950年まで適用範囲を株式取得に限定していたため、株式と無縁の非営利主体にはクレイトン法の適用はなかった。See Laura L. Stephens, “Nonprofit Hospital Mergers and Section 7 of the Clayton Act: Closing an Antitrust Loophole”, 75 Boston University L. Rev. 484 (1995).

(37) これは違反を中止させ将来の違反を防止するために、違反者に対して一定の作為または不作為を命ずる特定履行（specific performance）、差止命令（injunction）を求める訴訟である。損害賠償などコモン・ロー上の救済とは区

ことができる。これに対して、FTCは行政機関として、行政上の審理⁽³⁸⁾と連邦地方裁判所の訴訟をすることができる⁽³⁹⁾。また私人の側も、反トラスト法違反によって損失または損害がもたらされるおそれのある場合にクレイトン法16条に基づき、差止命令を求めて民事訴訟を提起することができる。損害賠償に関してはクレイトン法7条違反による損害に対して、受けた損害額の3倍と適正な弁護士費用を含む訴訟費用を獲得する損害賠償訴訟を提起することができる。

なお、1976年に制定されたハート・スコット・ロディノ反トラスト強化法(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976)は、合併について事前届出制を採用した⁽⁴⁰⁾。届出受理のあと、一定の待機期間を経て株式取得は実施される。司法省・連邦取引委員会は当該取得がクレイトン法第7条に違反すると判断する場合、同意判決手続をとるか、事前差止命令を求めて提訴することができる。

(3) 連邦取引委員会法 (the Federal Trade Commission Act)⁽⁴¹⁾

これは、連邦取引委員会 (FTC) を設置するために1914年に制定された。実体的規定としては5条が置かれており、通商における不公正な競争及び不公正又は欺瞞的な行為又は慣行を違法とするものである。

別される。その内容としては協定の破棄、特定行為の禁止、株式処分命令、原状回復命令、企業分割命令などがある。

(38) 連邦取引委員会は違反事件に対して、審理の結果、違反事実が存在し排除措置を命じることが相当と判断した場合に相手方と排除措置について合意し同意命令 (consent order) を発する。排除措置命令は裁判所の差止命令とほぼ同様の効果をもつ。最終決定に不服がある場合、連邦控訴裁判所に訴訟を提起することが出来る。大浜啓吉「制限審査法理の変容と法の支配」『高柳信一先生古稀・行政法学の現状分析』(勁草書房、1991年) 479頁参照。

(39) 佐藤一雄『アメリカ反トラスト法—独占禁止政策の原理とその実践』(青林書院 1998年) 19頁以下参照。

(40) 1億ドル以上の年間売上高又は総資産を有する者が、1000万ドル以上の年間売上高又は総資産を有する者の株式もしくは資産の15%または1500ドルを超えて取得又は所有することとなるときは、当事者及び連邦取引委員会は届け出なければならない。15 U.S.C. 18A (1999)。

(41) 15 U. S. C. A. 45 (a) (1) (1999)。

FTCは連邦取引委員会法をもってシャーマン法違反を訴えることができる⁽⁴²⁾。FTCが連邦取引委員会法を執行する場合、クレイトン法やシャーマン法に比べて制限が少ないため、反トラスト法の精神に基づく価値を超えた公共の価値を考慮することが出来るのである⁽⁴³⁾。FTCは何が「不公平」かの判断をルールメイキングを通じて行うことができる⁽⁴⁴⁾。

2 理論と判例

反トラスト法政策の課題は、私人が経済的支配力を獲得しそれを維持し得る限界と、社会が裁判所を通じてその経済的支配力を制限し得る限界の線引きである⁽⁴⁵⁾。

反トラスト法政策の目的とその実現については見解の対立がある。一つは、市場は私人が及ぼす統制に拘束されないように作用すべきであり、この目的を実現するために裁判所に積極的役割を期待するものである。この見解は、伝統主義者アプローチ (traditionalist approach) と呼ばれる。こ

(42) FTCはシャーマン法については直接の管轄権を有していないが、連邦取引委員会法は文言が包括的である（5条a項は「通商におけるもしくは通商に影響を及ぼす不公正な競争方法及び不公正な欺瞞的な行為又は慣行はこれを違法とする」と規定している）ため、文理上シャーマン法・クレイトン法に違反する行為についても、FTCに執行権限が与えられている。つまり、FTCはシャーマン法ばかりでなく、それに漏れる反競争行為についても、「不公正な競争方法」として執行することが出来るのである。もっとも、刑事上の権限はないので民事上の差止命令等にとどまる。村上政博『アメリカ独占禁止法』（弘文堂 1999年）20頁参照。

(43) See, Mark J. Swearingen, “Applying Antitrust Law to Nonprofit Healthcare Entities: Arguments for a Greater Attention Detail”, *Journal of Health Law*, vol. 33, no.1, winter 2000. See, also Jerrold G. Van Cise, William T. Lifland & Laurence T. Sorkin, “Understanding the Antitrust Law (9th ed. 1986) at 45-47.

(44) FTCには反トラスト法問題を担当する競争局のほか、消費者保護問題を担当する消費者保護局が置かれている。佐藤一雄 *supra* note 39 at 21頁参照。

(45) See, Stephen F. Ross, “Principles of Antitrust Law” 1 (The Foundation Press 1993).

れによれば、裁判所の役割は競合し合う利益の比較衡量を行うことであり、この利益には経済的利益とはいえない効率性も含まれる。

いま一つは、反トラスト法政策の焦点は経済的効率性のみであり、裁判所はその保障に自らの役割を収斂させるべきであるとする見解であり、シカゴ学派 (the Chicago School) と呼ばれる。シカゴ学派によれば、裁判所による行為は市場領域への介入である。だから裁判所が反トラスト法上の目的を業務上の正当な慣習と比較衡量すること自体、結果的には、本来、立法的に措置されるべき領域に対する介入に他ならないということになる。

伝統主義者は、法のすべての領域において、裁判所は競合利益を比較衡量する任務を担っており、この点は反トラスト法においても同様だと考える。これに対してシカゴ学派は、短期的な効率性に力点をおき、その促進こそ目的であるとするのである。しかし、短期的効率性は会社の生産能力を高めるが、必ずしもすべからく消費者に対して利益をもたらすとは限らない。

これら2説の折衷説として、競争政策は消費者の福利 (consumer welfare) を向上させることにあるとする見解がある。これはジェファソニア学派 (Jeffersonian school) と呼ばれる。これによれば、合併がコスト削減をもたらしたとしても、そのことで品質・サービス低下や新製品・サービス開発が損なわれるような場合には合併は否定される。つまり非経済的要素が効率性に勝ることを認めるのであり、シカゴ学派の効率性のアプローチとは立場を異にする⁽⁴⁶⁾。

ところで、水平的合併について、ウォーレンコート (Warren Court) では、以下3つの場合を不法と考えた。①合併後の主体が過度の市場占有 (30%) を有することになる場合⁽⁴⁷⁾、②対抗力ある個別具体的な競争者が

(46) Id. at 6-7.

(47) United States v. Philadelphia National Bank. 374 U.S. 321 (1963). フィラデルフィア国法銀行事件において、最高裁は30%の市場占有が過度の市場占有を

競争から排除される場合⁽⁴⁸⁾、③いかに大きな規模を有する会社であっても、独占に向かっていると思われる市場から排除される場合⁽⁴⁹⁾である。この理論の背景には1960年代から1970年代の反トラスト政策をリードしたハーバード学派の理論があった⁽⁵⁰⁾。

これに対して、1970年代に台頭してきたのがシカゴ学派である。ハーバード学派が厳格に市場構造の分析を行うのに対し、シカゴ学派は規制緩和的な考え方に立つ。シカゴ学派は反トラスト法の目的を、「消費者の福利」(consumer welfare)と「効率的経済配分」(allocative efficiency)と捉える⁽⁵¹⁾。

判例法における違法性基準は、いうまでもなく個々の事案に応じて適用されるが、反トラスト法の執行機関としては、当局内部における事務処理基準（多くは訴追基準）を統一化し、かつ事業者に対してあらかじめ違法性基準を明らかにして違反行為を行わないようにその注意を喚起する必要がある。そのためのガイドラインを設ける必要がある。今日、裁判所にとっても、司法省・FTCにとってもガイドラインのもつ意味は大きい。このガイドラインは、シカゴ学派の影響を強く受けているが、以下では、当局によって公表された主要なガイドラインを病院合併問題との関連で検討してみよう。

表すと認めた。

(48) 対抗力ある競争者の排除に関する判決として、United States v. Aluminum Co. of America, 377 U.S. 271 (1964).

(49) 集中化傾向のある市場からの会社の排除に関する判決として、Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962) ; United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966).

(50) 佐藤一雄 *supra* note 39, 10章第2節参照。

(51) シカゴ学派では、反トラスト法の中心的目的を「競争の保障」と捉える。競争の保障は市場メカニズムの作用により、消費者による選択の自由が機能することになり、社会的消費需要の汲み上げが行われ、それが企業間競争にフィードバックされる。フィードバックによる企業間競争が技術的進歩等をもたらし、生産的効率性 (productive efficiency) の実現が図られ、便益が消費者に還元され、配分的効率性が達成されると考えるのである。佐藤一雄 *supra* note 39 at 322.

II 反トラストガイドライン

1 1992年司法省・FTCによる水平合併ガイドライン

1992年、司法省と連邦取引委員会は共同で水平合併に関するガイドラインを公表した⁽⁵²⁾。行政機関側の目的は、反競争的活動を防ぐことで自由市場を保護し、効率性を高める一方で、競争を促進させる活動に対しては、障害を無くすことである。

ガイドラインは、当事者に挙証責任や立証責任を課さない。ガイドラインの目的は、数社が協調行動をとって市場支配力を行使したり、1社が単独で市場支配力を行使したりする水平合併を阻止することにある。個別具体的な合併事例において、5段階の分析手法を用意している。①市場集中の状況 (Market Definition, Measurement and Concentration), ②競争制限効果 (Potential Adverse Competition Effects), ③新規参入 (Entry Analysis), ④効率性 (Efficiencies), ⑤経営破綻 (Failure and Exiting Assets) がこれである⁽⁵³⁾。

ガイドラインは、行政機関がある合併を訴えるかどうかを判断する際の指針である。分析の中心的かつ根本的要素は市場支配力である。まず行政機関は、当該合併により集中状態が増進されるかどうかを判断する。集中状態が増進されなければ、その分析はその時点で終了する。しかし増進すると判断されれば、その集中状態の増進によって反競争の懸念が生じるかどうかを評価する。次に行政機関は、適度に別の競争者による参入があれば反競争の影響の蓋然性に対抗することができるかどうかを検討する。そして、合併以外の手段で、かつ考えうる別の手段を通じても得ることができる効率性を評価する。そして最後に行政機関は合併をしなければ当事者のうちどれかが経営破綻に陥るのかを考察する。

(52) Press Release, Justice Department and Federal Trade Commission Issue Horizontal Merger Guideline (April 2, 1992).

(53) Id. at 0.1.

ガイドラインは、市場集中と市場支配力との間に比例的な関係を規定している。一般的には、市場集中が大きくなれば、それだけある会社が行事が出来る市場支配力も大きくなる。その場合、行政機関は関連製品市場の画定をしなければならない。関連製品市場とは、現在または将来において仮定上唯一の売手となる会社が、「小幅であるが有意かつ一時的なものではない (small but significant and non-transitory)」価格引上げを課することができる製品またはその製品の集合体をいう。「小幅であるが有意かつ一時的でない」価格引上げを行うと仮定して、これに対して買手の対応、当該製品の販売量の増減が見られるかどうかを分析する⁽⁵⁴⁾。具体的には買手が当該製品の代替品として考えられるものの購入へ切り替わるかどうかという影響を判断するのである。この作業を繰り返して、考えられる代替品を追加していくことにより、当該関連市場を構成する製品の集合体を特定していくのである。

製品市場の画定の後は、それぞれの製品に対する地理的市場の画定を行う。地理的市場とは、関連製品の現在または将来において仮定上唯一の売手である会社が「小幅であるが有意でかつ一時的でない」価格引上げを課することが出来るような地域をいう。地理的市場においては、製品市場の場合と同様の作業を当該製品の生産拠点について行い、別の市場における当該製品の購入へ切り替えをすることが可能な地理的な広がり範囲を判断し、それを画定する。

製品市場と地理的市場の画定をした後、行政機関は当該市場における当事者が保有するであろう市場占有率を算定する。その市場占有率はハーフィンダール・ハーシュマン指数 (Herfindahl-Hirshman Index, 以下HHIとする) を用いて測定される⁽⁵⁵⁾。競争に対して、水平的合併によって及ぼされ

(54) 村上政博『アメリカ独占禁止法』(弘文堂, 1999) 189頁以下。「小幅であるが有意かつ一時的でない」価格引上げとは、原則として将来にわたって継続する5%の価格引上げを言うが、具体的な数値は当該産業の性質に応じて決められる。

る影響を評価するにあたっては、合併後の市場集中度と合併による市場集中度の増加という二つの指標が有益である。すなわち、行政機関は、合併後のHHIと合併によるHHIの増加を検討する。合併後のHHIが1800以上であれば高度に集中が進んでいる市場とみなされるが、その中でも合併によるHHIの増加が50以上100未満ならば反競争的影響を及ぼす蓋然性があると考え、HHIの増加が100以上ならば市場支配力の推定がなされ、競争制限効果をもたらす恐れがあると推定される。ただしこの推定は諸事由の分析によって反証しうるものである。市場占有率と市場集中度が分析の出発点をなす。

ガイドラインは、新規参入の容易性は高い数値のHHIとHHIの高い増加によって形成された反競争的效果に対する懸念を緩和する一つの要素であることを明確に示している⁽⁵⁶⁾。なぜなら新規参入が容易であれば、合併後の当事者は協調行動や一方的行動等によって価格引上げを実行し利益を得るということは出来ず、当該合併によって市場支配力が形成・強化され、または市場支配力の行使を助長することにならないからである。当事者が市場に対し、時宜を得た方法による参入で、しかもその参入に蓋然性があり、かつ十分な規模のある参入を行う場合、その新規参入は容易であると

(55) Supra note 52 at 1.5. ハーフィンダール・ハーシュマン指数とは、当該市場における全競争会社のシェアの数字を二乗した数字の和である。伝統的に裁判所が用いてきた市場集中度の指標は「上位4社集中度 (the four firms concentration ratio, CR4)」等の「累積集中度」指標であったが、これでは上位4社の市場占有以外の市場構成については十分とは言えず、HHIは当該市場の全体としての集中状態を見るのにはこの指標よりも優れているとされる。行政機関は市場集中状態をHHIに応じて、HHI1000以下であれば「集中が進んでいない (unconcentrated) 市場」、HHI1000以上1800未満ならば「やや集中が進んでいる (moderately concentrated) 市場」、そしてHHI1800以上であれば「高度に集中が進んでいる (highly concentrated) 市場」と大きく3つに分類している。佐藤一雄 supra note 39 at 328. See, Richard C. Wade, “Hospital Horizontal Mergers and Antitrust”, 1997 Michigan L. Rev. 1290, at 1289, footnote n 58 (1997).

(56) Press Release, supra note 52 at 2.0.

評価され、そのような新規参入であれば高度な市場集中状態における反競争的効果を抑止し、合併後の当事者による市場支配力の行使を抑止することが出来ると行政機関は判断する⁽⁵⁷⁾。

合併により著しい効率性が実現することがある。行政機関は効率性について当該合併によって実現される可能性および他の方法では実現できないであろう効率性を考慮する。これが合併に特有の効率性 (merger-specific efficiencies) であり、この効率性が認められる合併に対して行政機関は訴えを提起しない⁽⁵⁸⁾。ガイドラインが示す具体的な効率性には、大量生産によるコストダウン・支出の削減・設備の統合などがある。しかし合併しようとする会社が、合併以外の手段を用いてこれらの効率性を実現することが出来る場合には、行政機関は合併による効率性を認めない。

合併分析における最後の要素が経営破綻である。合併する当事者の一方が、合併しなければ経営破綻を来し、事業を清算し市場から退出することが見込まれるかどうか行政機関は考慮する。経営破綻が認められれば、前述した市場集中の状況、競争制限効果、新規参入、効率性の分析のいかんを問わず当該合併には市場支配力を形成・強化し、または市場支配力の行使を助長する恐れはないと判断される⁽⁵⁹⁾。つまり上記の分析に引かかる

(57) ガイドラインでは当該市場が競争者によって保障されるような新規参入が存在するかについて、具体的には、以下3つのテストに基づいて分析される。すなわち①時宜を得たものであるかどうかについては、参入の企画から実際までが2年以内かどうか。②蓋然性については、市場が合併前の価格でも利益を得る場合であるか。その販売可能量は、当該参入当事者の最小生存規模による生産量を上回っているか。③そして新規参入が市場価格を合併前の価格水準に戻すのに十分な生産規模で行われるかどうか。

(58) 行政機関側が、効率性の有無やその程度を検証することは実際には困難な作業である。なぜなら、合併する当事者の側に効率性に関連する情報が存在するからである。合併当事者の側には行政機関が合理的な手段によってその効率性を検証できるようにする用意が求められ、この効率性の主張にはその可能性と程度を具体的に主張することが求められる。この合併に特有の効率性が検証された場合、その効率性を「認識しうる効率性 (cognizable efficiency)」という。認識しうる効率性により当該合併が競争制限効果を生じないとされる場合、行政機関は当該合併を提訴することはない。See, supra note 52. at 4.

ような合併であっても、市場状態が悪化することはないと行政機関は考える。

2 1993年全国司法長官会議による水平合併ガイドライン⁽⁶⁰⁾

1993年、州司法長官からなる全国司法長官会議 (National Association of Attorneys Generals, NAAG) が水平合併ガイドラインを出した。実際上、医療産業に関する司法省およびFTCによる共同の反トラスト法執行ガイドラインであり、個別産業に対する初のガイドラインである⁽⁶¹⁾。市場画定と新規参入については、1992年の司法省・FTCガイドラインとほぼ同じものであるが、効率性を重視していない点で異なる⁽⁶²⁾。1993年ガイドラインは、効率性を合併の抗弁とすることを認めず、合併会社がどの程度正確に効率性を実証できるかを問題としている。もっとも、HHIでの市場集中度が過剰な場合に当事者側の市場集中度を緩和する要素を考慮事項とする余地を認め、合併以外に残された手段が無いならば、裁判所は合併の潜在的な反競争の効果を監視する救済手段をとることが出来る。そして、病院合併が例外に当たることを明確にしている。

93年ガイドラインは、6分野から構成されている。小規模医療機関同士の合併、高額医療機器等に関するジョイント・ベンチャー等、当局が問題としないセーフティーゾーンを明確にし、これを越えるものについては合

(59) 経営破綻の分析については、以下に述べる具体的な条件、すなわち、①近い将来の債務履行が不可能であること、②破産法による更生が不可能であること、③当該合併による場合とは別の方法について善意の努力がなされたこと、④当該合併による以外には合併される企業の資産が失われる結果となることを満たしていればやむを得ない次善の策として認められる。ここでは伝統的な破綻企業理論 (failing companies doctrine) が採用されていると思われる。See, *supra* note 52 at 5.0, 5.1.

(60) “National Association of Attorneys General, horizontal Merger Guidelines”, WL874318 (A.B.A.), 1994.

(61) 今野敦志「アメリカ医療分野における反トラスト関係の動き」『公正取引』No.564 (1997年10月) 29頁。

(62) Richard C. Wade, *supra* note 55 at 1290.

理の原則により判断することにした。同ガイドラインは、1994年9月に改定されたが、基本方針に変更はなく、6分野の内容を一部手直しし、新たに3分野を付け加えた。具体的には次の9分野からなる⁽⁶³⁾。

- ①病院間の合併
- ②高度技術またはその他の高額医療機器に関する病院ジョイント・ベンチャー (hospital joint ventures)
- ③専門化された臨床サービスまたはその他の医療サービスに関する病院ジョイント・ベンチャー
- ④医療提供者が医療サービスの購入者に対して料金に全く関係しない情報を共同で提供すること
- ⑤医療提供者がその購入者に対して料金に関係する情報を共同で提供すること
- ⑥医療サービス提供者が価格およびコストに関する情報の交換に参画すること
- ⑦医療サービス提供者間で共同購入の取り決めを締結すること
- ⑧医師のネットワークに関するジョイント・ベンチャーの設立
- ⑨他業種に携わる医療サービス提供者のネットワークの設立 (multi-provider network)

3 1996年医療分野における反トラストガイドライン⁽⁶⁴⁾

1996年司法省とFTCは、1993年と1994年の水平合併ガイドラインにおける政策を更新・拡張するために、医療分野における反トラスト法執行政策に関するガイドラインを改定した。この改定では特に医師のネットワークに関するジョイント・ベンチャーと他業種に携わる医療サービス提供者

(63) なお、司法省及びFTCは医療分野に携わる者に対して90日以内の迅速なビジネス・レビューを行うこととした。

(64) See, Department of Justice & Federal Trade Commission, Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care (1996). gopher://Justice12.usdoj.gov:70/11/atr/Guidelines 参照。

のネットワークに関するガイドラインの改定・拡張がなされた。財政的に統合されていない医療費の支払機関と医師のネットワーク間における、第三者を介した価格情報の交換について詳細な指針が盛り込まれた。ここでは病院間の合併のみをとりあげる。

病院間の合併は、このガイドラインに基づいて判断されるが、その際、1992年ガイドラインの5段階の分析手法が適用される⁽⁶⁵⁾。競争分析を迅速かつ容易にするために、ガイドラインのなかで反トラスト法執行におけるセーフティー・ゾーンを設け、この要件に該当する場合は訴追しない。セーフティー・ゾーンとは、二つの急性期一般病院（設立5年以上）が合併する際、①一方の病院が最近3年間にわたって平均100床以下しか許可病床を有していず、②最近三年間にわたって1日あたりの入院患者の平均が40人を下回る場合である⁽⁶⁶⁾。

もっとも、セーフティー・ゾーンに該当しない場合においても、5段階分析を適用した結果、競争制限効果が生じると推定されたとしても、次の

(65) 石田道彦「反トラスト法からみたアメリカ医療—病院合併をてがかりに—」『法制研究』vol.68 no.1 (2001年7月)は「医療分野における反トラスト法執行に関するガイドライン（合同声明）」を紹介している。これによれば、分析手順は次の通りである。①製品市場（product market）および地理的市場（geographic market）の画定を通じて関連市場を画定する。②現在当該製品を生産・販売している企業および「一定範囲の潜在的競争企業（uncommitted entrant）」を含めて関連市場を構成する企業（participant）を特定する。③当該市場における構成企業の販売額、販売量、生産能力などにもとづき市場占有率を算定する。④当該市場集中の状況を測定する。その測定のためにHHIを用いる。合併後のHHIが1800以上であると高度に集中が進んでいる市場であると評価される。合併後の集中度とその増加率をもとに、当該合併が競争制限効果をもたらす可能性があるかと判断される場合に次の段階へ進む。⑤構成企業が協調行動を行う可能性や一方的価格引上げの可能性について検討する。⑥外部からの新規参入が容易であるか、競争制限的市場構造のリスクを上回るだけの効率性が当該合併により生み出されるか、当該合併が経営破綻した会社の救済に該当するかを検討し、いずれかに該当する場合には提訴の対象としない。

(66) 特段の事情があれば別である。See, Department of Justice & Federal Trade Commission, Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care (1996), at A.

要件を満たす合併であれば行政機関による訴追はない。①合併後も強力な競争相手が存在する、または合併当事者である病院の機能がそれぞれ異なっているために、当合併により市場支配力が行使される可能性が低い。②合併以外の手段によらなければ実現できないコストの大幅な節減が可能となる。③合併しなければ経営破綻が確実である⁽⁶⁷⁾。このような場合には、合併が行われたとしても実質的な競争制限効果をもたらさないと判断されるのである。

Ⅲ フィラデルフィア国法銀行事件判決

クレイトン法7条が合併事業に適用されるかどうかは、法律制定当初において必ずしも明らかではなかった。1960年代を通じて、最高裁はクレイトン法7条の判例形成に努めてきたが、問題はどのような合併が実質的に競争を減殺するのか、その判断枠組みを確立することにあった。

Brown Shoe判決はその嚆矢となるものである⁽⁶⁸⁾。1950年のクレイトン法修正の後、議会が明らかにした立法意思に照らして、連邦取引委員会も裁判所も共に、合併に際して経済的なデータが果たす役割の重要性を認識するようになった。コントロールされた市場の占有状態を表す統計が市場支配力を示す第一の指標とされる。もちろん、反競争の効果の蓋然性を判断するためには、個別具体的市場の構造やその沿革、将来の展望なども考慮材料となり得る。このように、違法性の推定基準を市場占拠と集中度におき、これらをもとに違法性判断を下すべきことを示したのがブラウン・シュー判決である。判決は考慮すべき要素として、市場における既存の集中状態の程度、市場集中状態への傾向、市場内における買手の締め出し、市場への新規参入の難易さ等を挙げている⁽⁶⁹⁾。

(67) Id. section I.B.1.

(68) Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962). 松下満雄, *supra* note 34 at 109.

(69) Id. at 322.

これに対して、1963年のフィラデルフィア国法銀行事件判決は、ブラウン・シュール判決に比べてルールに基づいたアプローチを意識的に採用している。経済的集中度の事実認定から反競争的效果の存在（違法性）を推論するという手法がそれである⁽⁷⁰⁾。すなわち、関連市場において過度な割合で占有を統御しうる会社を生み出し、その結果当該市場において市場集中度に重大な増加を引き起こすような合併は、本来的に見て競争を実質的に減殺する蓋然性が高い。それゆえ、そのような合併は反競争的影響を及ぼす蓋然性が無いことを明確に示す証拠がない場合には禁止されなければならないと判示した⁽⁷¹⁾。

もっとも、フィラデルフィア国法銀行事件判決にも、未解決の問題が残されている。経済的集中度が反競争的效果に係る推論が引き起こされるのは、どの段階か。そこから導き出された推論に対しては反証が可能か。仮にそうであるとして、市場支配力が存在という事実問題と反競争的效果という理論上の推論はともに争えるのか。合併の効果が実質的に競争を減殺するものではないことを実証するのに十分な証拠とは何か、等々がこれである。

General Dynamics判決は、こうした疑問に一定程度答えを与えるものと思われる⁽⁷²⁾。この事件の中心的な問題は、行政機関が導き出した統計上の証拠が市場支配力の存在を実証するのに十分であるかどうかということであった。市場支配力は通常、市場占有状態から推論される。しかしGeneral Dynamics判決で、最高裁は過去における市場活動は必ずしも将来における市場支配力を指し示すものではないと判示した。すなわち、「論理上の問題として、過去における生産活動の証拠をもって当該会社が将来においても競争しうる存在であることを示唆するとは必ずしも言えな

(70) United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, 363 (1963).

(71) Id. 363. なお、判決は「あまりに広範な経済上の調査を認めることは議会の立法意思を覆す危険性に繋がるもので、この点について慎重でなければならない」と述べている点に留意せよ。

(72) United States v. General Dynamics Corporation, 415 U.S. 486 (1974).

い」と述べている⁽⁷³⁾。その理由付けとして、石炭産業では、完全に自社のみの蓄え (uncommitted reserves) が、将来における市場支配力を示すのに最も適したものであるからだとする。最高裁は、合併される当事者は完全自己蓄えがあまりないと事実認定し、その結果、合併によって市場支配力は形成されず、よって当該合併による反競争的效果は存在しないと判示した。

General Dynamics判決がフィラデルフィア国法銀行事件判決との関係でどのように位置付けられるべきかについては、見解が分かれる⁽⁷⁴⁾。この判決は、市場支配力の存在を議論の余地のある事実問題として取り扱った判決であるが、推論について問題が残るとした点が重要であろう⁽⁷⁵⁾。

裁判所の側は、違法性の推論を形成する、もしくはクレイトン法第7条違反である一応有利な事件を立証するのは市場占有を示すデータであると考える立場で固まりつつある⁽⁷⁶⁾。その際、裁判官はこの推論が反証可能な

(73) Id. at 501.

(74) フィラデルフィア国法銀行事件判決と異なるアプローチを示すものとした判例として、Kaiser Aluminium & Chemical Corp. v. FTC, 652 F.2d 1324 (7th Cir. 1981). 曰く、「ジェネラル・ダイナミクス事件判決は、フィラデルフィア国法銀行事件判決での市場占有状態に基づく違法性の推定を反証するための経済的証拠を許容することに対して肯定的な立場であることを新たに明らかにした判決である」と。Id. at 1340. 他方、ジェネラル・ダイナミクス事件判決は、フィラデルフィア国法銀行事件判決で明らかにされたルールに基づくアプローチをさらに磨き上げることを目的とした判決であり、実質的に変えようという意図を持った判決ではないとする判決として、FTC v. University Health, Inc., 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991).

(75) ブラウン・シュエ事件判決が、多様な要素に基づく審査アプローチを採ったのに対して、フィラデルフィア国法銀行事件判決は、経済的集中度の事実認定から反競争的效果の存在を推論するという枠組み (ルール) を設けた。他方、ジェネラル・ダイナミクス事件判決は、推論に対して反証が可能であることを明らかにしたが、その際の判断要素は、どの程度カテゴリカルな性格を有するものなのか等不明な部分も多々ある。ある意味では、この判決はフィラデルフィア国法銀行事件判決における推論を単なる負担転換の原則 (burden-shifting rule) に変えたに過ぎないともいえる。

(76) FTC v. University Health, Inc., 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991).; United

性質であることを強調することもしばしばである⁽⁷⁷⁾。クレイトン法第7条分析における中心的問題について、反証可能な違法性の推論という観点からすると、合併する被告側に対して、この推論について反証し、行政機関が示した一応有利な事件を覆す手段を積極的に模索するよう促していることである。市場占有状態に基づく推論に対して、積極的に反証することが可能である要素が存在し、しかもそれは拡大しつつある。例えば、①市場参入の容易性、②効率性、③破綻会社もしくは、弱者としての立場にある競争者、④市場における合理的購買者の存在、⑤非営利という性格、⑥市場条件の変化、⑦合併が価格の引上げを生じさせないことを示す直接的な証拠、⑧反競争的行為はしないという合併当事者の約束の存在などがこれに含まれる。

ところで、フィラデルフィア事件判決は、二段階の定式からなる。第一は、市場占有状態と市場支配力を同一視することであり、第二は、市場支配力と反競争的効果を同一視することである。第一段階で、市場占有状態の代用として市場支配力の存在が事実審査され、第二段階では、市場支配力の事実認定から理論的に反競争の効果が推論される。General Dynamics判決以降、フィラデルフィア国法銀行事件判決における定式の第一段階を争うことが出来ることになった⁽⁷⁸⁾。問題は、市場支配力の審査

States v. Long Island Jewish Med. Ctr., 983 F.Supp. 121 (E.D.N.Y. 1997) ; Butterworth, 946 F.Supp. 1294 ; United States v. Mercy Health Servs., 902 F. Supp. 968, 975 (N.D. Iowa 1995).

(77) See University Health, 938 F.2d at 1218 (推論は反証可能であると判示している) ; Butterworth, 946 F. Supp. at 1294 (「予備的事前差止救済を防ぐために被告側は、統計上の証拠が存在するにもかかわらず、問題とされる合併には反競争的効果を引き起こす可能性は無いということをこの事件の事実に基づいて示すことで、一応有利な事件に対して反証を挙げなければならない」と述べている) Mercy Health, 902 F.Supp. at 976 (もし行政機関側が一応有利な事件であることを立証したならば、被告側は以下に述べることを示すことで、違法性の推定を覆すことが出来る。すなわち、関連市場において当該吸収合併が競争に対して及ぼす影響の可能性について市場占有状態からの分析では不正確な考察しか為し得ないという点である)

である。これも二つに分け得る。一つは、市場支配力は存在するのか否かであり、製品市場と地理的市場の画定と経済的集中度の水準の算定が問題とされる。今ひとつは、市場支配力が行使される可能性はあるのかどうかであり、市場参入の容易性や共謀関係を緩和する可能性のある様々な考慮事項が検討される。すなわち、画定された市場が反証可能であるか、正確であるかについて審査し、さらには画定された市場において高度な市場集中状態が存在する場合、それを市場支配力と同一視することが出来るのか否かを評価するのである。しかし第二段階の審査はまだ判例上確立されているとはいえないことに留意すべきである。

第3章 非営利病院合併と反トラスト法訴訟

I 非営利病院合併事件に対する反トラスト法分析

1 医療分野に対する反トラスト法執行の一般論

シャーマン法第1条は、「契約、トラストそして他の形態による結合又は共謀」に適用される。規制の対象は取引制限協定の共同行為であるが、規定は包括的であり、裁判所に大幅な裁量権を認めている⁽⁷⁹⁾。その結果、

(78) 合併ガイドラインはその実例である。1992年のガイドラインでは、中心的焦点は経済的市場（製品市場と地理的市場）の画定と市場集中度の水準の算定である。訴追するかの判断はその結果による市場集中度の割合に直接結びつけられる。新規参入や共謀状態を緩和する経済的要素の範囲について、当該ガイドラインでは市場支配力が存在するとした場合、それを行使し得るか否かを述べる際にその手続へ移行する。フィラデルフィア国法銀行事件判決の定式の第二段階、すなわち市場支配力が望まれない結果を生み出すか否か、もしくは合併による競争肯定的な利益は反競争的效果と認められる効果と比較衡量することが出来るか否かの点について、審理は経済的効率性の観点から行われる。

(79) 例えば、市場分割協定と中小企業の共同事業についてカルテルが問題となったトブコ事件において、最高裁判決は、トブコ社が課した独占的販売地域制限協定は水平的協定に該当すると判断した。水平的市場分割協定は競争制限的要素が内在しているのであるから、価格協定同様に当然違法であるとしたので

判例は当然違法の原則 (per se illegal) と合理の原則 (rule of reason) という基本的な法的枠組みを設けてきた。

「当然違法」の原則とは、ある一定の行為についてはその行為の形式が備わっただけで違法とし、その行為が市場に与える影響、その事件における特殊状況との関係での当該行為の当不当などについてケース・バイ・ケースの判断をする必要がないとするものである。競争者間の価格協定、市場分割協定などのカルテル、共同行為による取引拒絶 (ボイコット)、ある

ある。United States v. Topco Association Incorporation, 405 U.S. 596, 608 (1972).

なお、当然違法の原則を修正する最高裁判例がある。ブロードキャスト・ミュージック事件は音楽著作権に関する包括的実施許諾方式 (blanket license) がシャーマン法 1 条に違反すると主張された事件であるが、最高裁は当該包括的実施許諾方式は形式的には価格協定に該当するが、その効果は計算によるだけの効果でしかなく、競争制限のみを目的とするものではない。著作権利用許諾に伴うコストを削減するなど他の方法では実現できない経済的効率性をもたらすものであり、当然違法の原則を適用するのではなく合理の原則の下で評価すると判示した。Broadcast Music Incorporation v. Columbia Broadcasting System Incorporation, 441 U.S.1 (1979). マリコーバ群メディカル・ソサイエティー事件は、医療法人への支払請求額に限度額を設ける目的で医師がその保険の被保険者を治療した際に被保険者に請求する診療料金に限度額を設けた診療料金体系が問題となった事件である。最高裁の判断は分かれた。多数意見 (4 判事) はこの取り決めが競争関係にある医師間で診療料金の最高額を協定したものであり価格協定に該当し当然違法であるとした。これに対して、少数意見 (3 判事) は、その取り決めが医療産業における医療保険という裁判所がそれまでに取り上げた経験の無い新規のものであり、ブロードキャスト事件と同様に他の方法では達成できない便宜を被保険者に与える集団的料金設定であると認定する余地がある。従って、合理の原則を適用しその取り決めの目的と効果について証拠調べを行い審理を尽くすべきであるとした。Arizona v. Maricopa Country Medical Society, 457 U.S. 332 (1982). また、CAA (全国大学体育協会, National Collegiate Athletic Association) 事件で問題となったテレビ放送規約について最高裁は、NCAAの当該規約は当然違法になる価格協定、数量制限協定に該当するが、その協定が大学フットボールという商品 (試合) であることから、合理の原則に従って違法性を判断すると判示した。ただし合理の原則の下でも、NCAAが競争制限効果を上回るだけの正当化事由を主張・立証できない場合には、現行規約はシャーマン法1条に違反すると判示した。NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85, 100-104 (1984).

種の抱き合わせ契約 (tie-in contact) などがこれに当たる⁽⁸⁰⁾。平たく言えば、悪性とみなされる水平的合意をカテゴライズしたものであり、これに該当する場合には、行為の目的、効果、正当事由、市場支配力の有無、市場構造、経済情勢などの抗弁は一切許容されない。原告はそのような合意の存在を立証すれば足りる⁽⁸¹⁾。

当然違法の原則に該当しない場合には、「合理の原則」の妥当性の検討が行われる。これは、一定の行為類型について、その当不当の判断を当該行為が市場に与える具体的な反競争効果の有無により、ケース・バイ・ケースで行うものである⁽⁸²⁾。課された制約が競争を促進させるものか、それとも競争を抑圧・破壊するものかを比較衡量する。典型例としては、私的独占、垂直的地域取り決め、排他条件付取引などがある。

二つの原則に共通するのは、合意もしくは共謀という証拠の存在である。両者の相違は、当該違法行為に対する被告側の正当事由を考慮事項としかどうかという点である。当然違法の原則では正当事由は考慮されないのに対して、合理の原則では正当事由が考慮事項となる。合理の原則の適用がある行為類型においては、市場との関係で具体的に反競争的效果を有することを立証する必要があるが、その立証責任は訴追側ないし原告にある。

1970年代半ばから、カルテル規制が強化され、専門自由業にもカルテル規制が適用されるようになった。専門自由業は伝統的に私的自治の領域であって、カルテル規制からは外されていたのであるが、時代の変化によりサービス産業として発達してきたことを反映したものといえよう。その嚆矢となったのが、ゴールドファーブ・バージニア州弁護士会事件⁽⁸³⁾であ

(80) 松下満雄, *supra* note 34, at16.

(81) See, James F. Blumstein, "The Application of Antitrust Doctrine to the Healthcare Industry: The Interweaving of Empirical and Normative Issues", 31 *Indiana L. Rev.* (1998) 99-101.

(82) 松下満雄, *supra* note 34 at17.なお、村上政博 *supra* note 54 第2章第1節参照。

る。

この事件で、ヴァージニア州フェニックス郡に住む原告ゴールドファーブ夫妻が不動産取得目的で金融機関から融資を受けるため、担保権設定の目的で弁護士に当該不動産の所有権調査を依頼し、同郡の弁護士30数名に価格見積もりを求める手紙を出した。ヴァージニア州では、所有権調査の資格は弁護士に限定され、しかも弁護士会の報酬規程は所有権調査の最低報酬額を1%と定めていた。原告が規程報酬額以下での調査の引き受けを問い合わせたところ、回答した弁護士全員がこれを拒絶した。そこで、原告は報酬規程は会員を拘束するカルテルであるとして弁護士会に対して損害賠償を請求した。

最高裁判所は、①報酬規程を下回る額で仕事を引き受けた場合、懲戒処分されることになっていること、および打診を受けた弁護士全員が規程の報酬額に固執したことは、弁護士を拘束する価格協定に該当すること、②連邦議会は、知的専門職に対して適用除外を明示しておらず、所有権調査は金銭を対価とするサービスであってシャーマン法の商業に該当すると判示した。

従前の判例法理を本件に適用すれば、「価格協定」に該当するのであるから、当然違法ということになる筈である。しかし本件で、判決はある種の自主規制は専門職にとって違法な協定に当たらないこと、および専門職については当然違法の原則が他の場合と異なる緩やかな基準で適用されること、を認めた。当然違法の原則の緩やかな基準の適用というのは実質的には合理の原則の適用と変わらない⁽⁸⁴⁾。特に1970年代以降、経済分析重視の動向が強まるに連れて、当然違法の原則の硬直的な運用に対する見直しの動きがある⁽⁸⁵⁾。

問題は、連邦反トラスト法が医療領域に適用される場合であるが、医療

(83) Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975).

(84) 滝川敏明『日米EUの独禁法と競争政策』(青林書院, 1996年). 26頁。

(85) 村上政博 *supra* note 24, at 48.

もまた専門自由業に近い性質を持っており、元来その目的は純粋な経済的目的をもつとはいえない。反トラスト法を適用するにあたっては様々な要素を考慮しなければならないであろう。換言すれば、競争促進的な性格を有するものと見るか、あるいは競争に対する無制限の制約と考えるのかにポイントがあるものといえよう⁽⁸⁶⁾。

2 非営利の抗弁

反トラスト法訴訟において病院合併が問題とされる場合、行政機関は裁判所に対して、当該合併の予備的事前差止命令の請求をするのが一般的である。判例上、この請求に対して裁判所は、証拠提出責任の転換 (burden-shifting) のアプローチを用いる⁽⁸⁷⁾。これは、まず行政機関が前述したガイドラインに従い、病院合併によって関連市場における過度の市場支配力が形成されるという一応の証拠を提出する。これに対して被告は違法性の推定を破るために反証するプロセスを指す。もともと証拠提出責任 (the burden of producing evidence) はトライアルの過程で当事者間を移動するものであり、被告は行政機関の市場支配力の算定は誤りであるとか、市場に対する新規参入は容易であることなどを抗弁するが、非営利病院間の合併においては、効率性の抗弁⁽⁸⁸⁾や非営利の抗弁という積極的抗弁

(86) See, James F. Blumstein, "The Application of Antitrust Doctrine to the Healthcare Industry: The Interweaving of Empirical and Normative Issues", 31 Indiana L. Rev. 101 (1998).

(87) See, Steven C. Sunshine, "Nonprofit Use Intent As Defense", The National Law Journal, March 1997. 行政機関が経済的に画定された市場において合併により過度の占有状態を有するということを証明した場合、違法性について一応有利な推定が働く。これをprima facie caseという。これは被告からの指示表決や却下の申立てを免れるだけの証拠が提出されているということであるから、「一応有利な事件」と訳されるが、行政機関の主張に「一応の推定」が働くということになる。田中英夫編『英米法辞典』(有斐閣, 1991年) 参照。

(88) 効率性の抗弁については、合併ガイドラインにおいて、合併による潜在的な効率性が実質的であり、そのような効率性が合併によらなければ実現されず、そのような効率性による利益が消費者に還元される場合に効率性の抗弁が考慮

(affirmative defense) を行う点に一つの特徴がある。

1980年代半ば以降、非営利病院合併に対して行政機関が提起するクレイトン法第7条訴訟に対して、被告は非営利性を積極的抗弁としてきた。すなわち、合併が行われても、非営利病院側には、利益最大化を図る意図はなく、仮に市場力を得てもそれを行行使することはないと主張してきた。

この非営利の抗弁に対して、積極的姿勢をとる判例と逆に消極的姿勢をとる判例がある。問題は、非営利病院であっても競争があり市場集中が起こり得るとみるかどうかである。非営利性がそうした脅威を消し去るとみる者は、①非営利病院は利益最大化を目的とするのではなく、地域社会に良質の医療サービスで貢献することを目的とすること、②非営利病院の理事会の構成メンバーには慈善家や聖職者が多く利潤追求をもつものが少ないこと、③統計的にも非営利病院の高度な市場集中状態は低価格と一致することが示されていること、④合併による効率性は医療の質の改善や低価格という形で消費者に還元されていること、などを主張する。

これに対して、FTCと司法省は非営利という性格は、クレイトン法第7条分析とは関連性のないとして反対の立場をとる⁽⁸⁹⁾。合併ガイドライン⁽⁹⁰⁾にも医療ガイドライン⁽⁹¹⁾にも非営利という性格については関連性のある要素として言及していない。非営利の抗弁を認めない立場によれば、非営利主体といえども、営利主体と同様、運営主体は使用者の福利を最大化するという本来人間が有する経済的なインセンティブを有しており、質的改善を図るための資金供給や、より優秀な医師やスタッフを雇用するための

されることを認めている。John B. Saville & James Vincequerra, "Antitrust Issues of Non-profit Hospital Mergers" St. John's Journal of Legal Commentary, vol.13, winter 1998, at 449.

(89) FTC v. Frreman Aospital 911 F. Supp. 1213 (8th Cir. 1995). 事件参照。FTCは非営利性を明らかに無視している。

(90) 1992年制定され1997年に改定された司法省と連邦取引委員会による水平的合併に関するガイドライン参照。

(91) 1996年制定された医療分野における司法省と連邦取引委員会による反トラスト施行政策参照。

経済的インセンティブをもつと主張される。FTCも同様の主張を述べており、「他の産業と同様に医療分野においても、効率的な活動や消費者の利益を保護するには、競争の方が非営利病院の理事会が有する地域社会に対する精神よりもより信頼がおけるものである。」と述べている。

そこで、以下では、病院合併事件に関する判例を通して非営利の抗弁の問題を検討してみよう。

(1) 非営利の抗弁に対する否定的判例

非営利の抗弁という問題について裁判所の見解を述べた最初の事件がアメリカ・ホスピタル社事件である。

(a) アメリカ・ホスピタル社対FTC事件⁽⁹²⁾

テネシー州、カタヌーガ (Chattanooga) 地区におけるアメリカ・ホスピタル社による2つの病院の買収によって、同社の市場占有率が14%から26%に増加し、上位4社集中度が79%から91%に増加した。これに対してFTCがクレイトン法第7条に違反するとして訴追した事件である。

FTCは、1982年に司法省によって施行された企業結合ガイドライン⁽⁹³⁾に基づいて本件を分析した。その結果、この市場は市場集中の傾向にあると判断し、医療サービス分野においては価格弾力性が低く、患者の医療サービス価格に対する反応は鈍いものであり、病院側による市場支配力の行使が容易であって、市場構造の劣化をもたらすと認定した⁽⁹⁴⁾。裁判所もこれを認容した。

(92) Hospital Corporation of America v. FTC, 807 F.2d 1381, 1390 (7th Cir. 1986), cert. denied, 481 U.S. 1038 (1987).

(93) 1982年に司法省によって施行された企業合併ガイドラインはシカゴ学派の影響の下で作成されたとされるが、そこにおける水平企業結合の違法性判断のポイントは2点である。①水平的協調行動を助長することになるか、②市場支配力を形成・強化し、市場支配力の行使の助長となるような、水平結合を規制することである。ここでは当該企業結合の時点における「効率性」の増加と反競争的效果との比較衡量判断に専ら焦点が当てられている。佐藤一雄 *supra* note 39, at 323.

(94) Hospital Corp. of America, 807 F.2d at 1386 (7th Cir. 1986).

本件の場合、合併する病院がそれぞれ異なる性格を有していた。合併時、アメリカ・ホスピタル社はその地区で最大の資産を有する病院チェーンであったが、買収される側は非営利の性格をもつ病院であった。被告は、所有権や構造上の違いがあるので、両病院は各々別行動をとるし、買収される非営利病院は営利的な競争者と共謀していないと主張した。これが非営利の抗弁の中身である。

裁判所はFTCの事実認定を受け入れ、被告の主張にある非営利という性格がもたらす効果は「憶測」に過ぎないとした。ポズナー裁判官は、非営利という形態をとることによって人間の本質が変わるということはないし、また非営利という性格が競争に特別の意味をもたない旨述べ、被告の主張を認めなかった⁽⁹⁵⁾。

(b) 合衆国対ロックフォード・メモリアル社事件⁽⁹⁶⁾

本件は、イリノイ州ロックフォード市において、地域最大規模の非営利病院の合併が問題になったものである。司法省は、シャーマン法1条およびクレイトン7条違反を理由に予備的事前差止命令を求め、連邦地裁はこれを認容した⁽⁹⁷⁾。

連邦地裁は、司法省による事実認定を認容し、合併がクレイトン法7条に違反するとし、シャーマン法1条違反については触れなかったのに対して、控訴審はシャーマン法1条に基づく主張に対しても裁判所の判断が及ぶと判示した⁽⁹⁸⁾。そして、シャーマン法1条違反もクレイトン法7条と同様の分析アプローチが妥当するとした。まず裁判所は、急性期医療病院によって提供される医療を製品市場として考察し、外来診療でも同じサービスを提供することができるから、合併病院が治療価格の釣り上げを行っても競争は生じるという病院側の主張を退けた。その理由として、裁判所は

(95) Id. at 1390.

(96) United States v. Rockford Memorial Corporation, 898 F.2d 1278 (7th Cir. 1990) .

(97) 717 F.Supp.1251 (1989).

(98) United States v. Rockford Memorial Corporation, 898 F.2d 1278, 1280.

「外来診療を専門とする医療提供者によるサービスと急性期医療病院でしか提供できないサービスは無関係である。外来診療を専門とする医療提供者は急性期医療病院が提供するサービスを供給しないのであるから、外来診療を専門とする医療提供者から急性期医療病院と同様の医療提供を受けることが出来るということをもって、サービスの価格に対する監督が働くということにはならない」と述べた⁽⁹⁹⁾。

控訴審は、市場画定の結果、合併により市場占有率は64%から72%になり、最大規模である2つの病院が市場の約90%の支配力を有する結果になるとし、当該合併は違法性の推定を引き起こすと判断した。行政機関が証拠提出責任を果たしたことで、違法性の推定が働き、被告の側でそのような市場占有状態により導かれる一般的推論を覆す証拠を提出する責任（証拠提出責任の転換）が生じることになる⁽¹⁰⁰⁾。そこで、病院側は非営利の抗弁、すなわち非営利という性格によって利潤最大化に対する懸念は払拭されるから、非営利病院が反競争的行為を誘発する恐れはないと主張したのである。しかし控訴裁判所は、「証拠も証人も存在しない。あるのは非営利の性格をもつ財・サービスの供給者は利潤追求者よりも競争促進的だという主張だけである」として被告の主張を退けた。

ロックフォード・メモリアル社判決でも、アメリカ・ホスピタル社判決と同様に、非営利の抗弁は証拠不十分として否定された。病院合併が競争に及ぼす影響について確立した評価基準もなく、また裁判官にとっても判断の基礎となる確実な経験的証拠が無いことが大きいと思われる。ポズナー裁判官がいうように、「病院産業においても、他の産業と同様に市場集中度が価格に及ぼす実際の影響について裁判所は研究を深めるべきである。……病院数が減少すればそれだけ病院治療の価格が上昇するというのは疑義のある仮定に過ぎない⁽¹⁰¹⁾。」今後、様々な統計上の分析や病院産業

(99) Id. at 1282-1284.

(100) Id. at 1283-1285.

(101) Id. at 1286.

市場における価格と市場集中度の相関関係の研究などが深められることが待たれるところである。

非営利の抗弁は、それを支える証拠の点で行き詰まったといえよう。そこから逆に、新しい方向が示されているともいえよう。アメリカ・ホスピタル事件、ロックフォード事件ともに、第7巡回裁は非営利という性格によって反競争的效果に対する懸念が緩和されるという理論について、法の問題として論じることを拒否しなかった。医療産業が反トラスト法の対象として登場するようになったのは新しい現象である。したがって、特殊な市場構造が及ぼす経験上の効果に対して、裁判所に蓄積がなく戸惑うのはもっともなことであるが、仮に十分な証明力のある証拠が提示されたならば、非営利という性格に対し裁判所が格別の考察をする可能性は残されているといえよう⁽¹⁰²⁾。

(102) See, Mark J. Swearingen, “Applying Antitrust Law to Nonprofit Healthcare Entities: Arguments for a Greater Attention to Detail”, 33 Journal of Health Law, 1390 (2000).