

資 料

現代情報技術の条件下における 医師・患者間の秘密の刑法上の保護（1）

ウルリッヒ・ズイーバー

甲 斐 克 則 監 訳

岡 部 雅 人

一 家 綱 邦

小 野 上 真 也

新 谷 一 朗

訳

- I 序：医事法と情報法の交錯点
- II 刑法203条の領域におけるデータ転送の可能性
 - 1 構成要件による解決：他者に対する漏示

I 序：医事法と情報法の交錯点

被祝賀者アルビン・エーザー（*Albin Eser*）は、その20年以上にわたるフライブルクのマックス・プランク外国・国際刑法研究所での所長としての活動として、前任者であるハンス・ハインリッヒ・イエシュック（*Hans-Heinrich Jescheck*）によって始められた比較法および国際刑法のテーマを発展させただけでなく、とりわけ新たな重点として医事法のテーマをも構築した。フライブルクのマックス・プランク研究所所長の任を去るにあたり、エーザーは、当研究所が比較法および国際刑法について研究を行う以外に、医事法についてもさらに研究を進めるように、という助言を与えてくれた。筆者との個人的な会話の中で、彼はさらに、現代医療の重要問題が、——筆者がこれまで集中的に扱ってきた——情報技術の法律問題と結び付いた新たな重点となりうるかどうか、という問題も提起した。

この提案を契機として、本稿は、医事法と情報法とのこれらの限界領域に取り組むものである。その際、このような法学上の限界領域における最も重要な

領域は、現代のデータ処理の諸条件下で新たな挑戦を迫られている医師・患者間の秘密 (Arzt- und Patientengeheimniss) の人格権の保護である⁽¹⁾。このことは、とりわけ、診療所、研究室、病院、および保険会社において情報技術の利用がますます増えるにつれ、医師・患者間の基礎となるデータは、技術的および経済的な規制に服することにより、多くの人々によって上述の諸々の組織および企業の外側で自由に利用できるようにされる必要がある、という点に起因する。すでに、導入されているコンピュータ・システムの必要不可欠なメンテナンスおよび欠陥の補填により、保健衛生機関の領域において、多くの外部者が、医師ないし患者の保険の秘密の基礎となるデータに対してアクセスできるようになっている。——例えば、インターネットによる——電子的な遠隔メンテナンスは、そのつどの組織の外部の人物に対しても、このようなメンテナンスによるアクセスを認めている。病院や診療所の情報システムおよびネットワークは、同時に——データ保護を委託された者の報告および監督官庁の報告が示すように——患者のデータについて、新たなアクセス可能性を許容している⁽²⁾。顧客の特別な要望に応じてソフトウェアやハードウェアを用いる (いわゆるカスタマイズ (Customizing)) の場合も、また、電子データ処理 (EDV) の領域で、多くの他の顧客に対して特別なサービスを行う場合も、勤務している技術者は、以下の場合に刑法203条によって保護されるデータを取

-
- (1) 被祝賀者は、彼の「医療と刑法 (Medizin und Strafrecht)」についての「保護法益を志向する問題展望 (schutzgutorientierte Problemübersicht)」において、対抗利益を指摘した。すなわち、「分業的医業の処置や運営といった今日的な諸条件の下では、病院の運営を機能させるためには、有効な健康保護のみならず、ともすれば、むしろ有効な重要情報の流出でもある」、と。Eser, ZStW 97 (1985), 1ff., 41参照。
- (2) 例えば、LT-Drs. (Baden-Württemberg) 13/40, S. 90; *Landesbeauftragter für den Datenschutz in Baden-Württemberg*, 22. Tätigkeitsbericht, 2001, S. 51; *Landesbeauftragter für den Datenschutz Mecklenburg-Vorpommern*, Sechster Tätigkeitsbericht 2002/2003, S. 83; *Sächsischer Datenschutzbeauftragter*, 9. Tätigkeitsbericht, 2001. S. 172; *ders.*, 11. Tätigkeitsbericht, 2003, S. 201, *Hessischer Datenschutzbeauftragter*, 29. Tätigkeitsbericht, 2000, S. 67参照。「結合した営業」の下での守秘義務およびデータ保護については、Ortner/Geis, MedR 1997, 337; Rieger, MedR 1998, 75, 79f.; Wehrmann/Wellbrock, CR 1997, 754をも参照。遠隔医療 (Telemedizin) につき詳しくは、Dierks/Feussner/Wienke, Rechtsfragen der Telemedizin, 2001; Ulsenheimer/Heinemann. MedR 1999, 197参照。

り扱っている。例えば、システムのメンテナンス、オペレーティング、再起動準備、ネットワークの準備、もしくはバックアップ処理の構築などの場合である。外部のデータ・アーカイブは、外部企業における秘密データの、さらに広範にわたる大量の外部蓄積 (Auslagerung) をもたらず。病院ないし保険会社のコンピュータ・センターのアウトソーシングにおいては、それどころか、外部者が多数の企業のデータ処理を経済的に個別の事業として運営しようとする場合、そのコンピュータ・センターの全データが外部企業の自由裁量に属する。適切な規制がないと、——すでに外国から報告されているように——場合によっては、患者の健康データが実際に蓄積されているデータにトラブルが発生してはじめて患者に明らかとなることがある。

このような (遠隔) メンテナンス、カスタマイズ、ネット接続、外部データ・アーカイブないしコンピュータ・センターのアウトソーシングのプロセスは、個人に関するデータに触れるかぎり、また、それによって一般的なデータ保護 (刑) 法 (特に連邦データ保護法44条, 43条) に触れるかぎり、法的観点の下で、比較的簡単にうまく扱うことができる。データ保護法は、連邦情報保護法3条7項の意味における「地位」の範囲内のデータ利用にかぎらず⁽³⁾、とりわけ、以下の場合に、個人に関するデータの転送を受託者に明確に許す、指示に基くデータ加工に向けた特別の用途をも含むのである。すなわち、データ保護法上の用途に向けた組織的・技術的対策を特別に考慮して入念に選り出し、指示の範囲においてのみ個人に関するデータを調査、処理、および利用することを顧慮して、委託者がデータ保護法上の用途の遵守をチェックする場合、である⁽⁴⁾。

(3) この点については、Gola/Schemerus, BDSG-Kommentar, 7. Aufl. 2002, §3 Rn. 48ff.; Seelos, Informationssysteme und Datenschutz im Krankenhaus, 1991, S. 52参照。

(4) 特に、連邦情報保護法11条参照。部分的には、社会法典 X80条は、社会生活上のデータについて、より厳格な要件を含んでいる。特に、社会法典 X80条5項によれば、公人の立場にない人にそのデータを伝達することは、次の場合に限定的に許容されるにすぎない。すなわち、さもなければ、委託者の下で営業の処理 (Betriebsablauf) の故障が生じうるか、伝達された作業が受託者の下で著しく安価で処理されるものであり、かつ、指示が委託者の全データの蔵置を含まない、という場合である。全データの蔵置の大部分は、委託者に留保されねばならない。医療部門に関する州法上の特別規定については、後出注 (106) 参照。

これに対して、伝達された個人に関するデータが、刑法203条による医師の秘密の特別な保護、もしくは203条に応じた別の職業上の秘密の保護をさらに受けるならば、状況は非常に困難なものとなる。というのは、——以下に詳述するように——刑法203条における特定の職業上の秘密の領域において、適切な意見に従った委託データ処理に関するデータ保護法上の種々の規定が、広範に漏示する権限を直ちに意味するわけではないからである。——1962年草案185条、186条に依拠し、かつ帝国刑法典300条に基づく⁽⁵⁾——刑法203条の規定は、委託された職業上の秘密を権限なく漏示する職業上の秘密保持者を、1年以下の自由刑または罰金刑によって威嚇している。刑法203条5項は、対価と引換えに、または他の者に利益を得させ、もしくは他の者に損害を与える目的をもった行為に、加重的な刑罰による威嚇（2年以下の自由刑または罰金刑）を科している。さらに、刑法204条は、保護された秘密の権限なき利用について規定している。

この刑罰による威嚇が保健衛生機関の領域で妥当するのは、刑法203条1項1号に規定されている、医師、歯科医師、獣医師、薬剤師、およびその他の治療業に属する者、ならびに刑法203条1項6号に規定されている健康保険、災害保険もしくは生命保険の企業に属する者、または民間医師の診療費精算所に属する者、である。加えて、刑法203条2項は、公務担当者、および公務についての特別義務者などを、職業上の秘密保持者の範囲に取り入れている。刑法203条3項2文によると、彼らの「職業として活動する補助者」（すなわち、特に秘密保持者の命令の範囲内で働いている者たち）と、2項で規定されている者たちは、同等に扱われている。これに対して、刑法203条3項は、職業上の秘密保持者の協力者、下請企業、および共同企業の範囲で職業上の秘密を転送する権限については、明文上の規定を設けていない。今日では患者の秘密は、もはや個々の医師、場合によってはその医師の診療補助者にも委託されるだけでなく、複合的な組織およびネットワーク（例えば、系列的な小規模な病院間の共同業務、もしくは大規模な提携病院の共同業務）において処理されるという現代の問題性を、立法者は、確かにデータ保護法においては配慮したが、刑

(5) 成立史についての詳細は、Rogall, NStZ 1983, 1, 2参照。医師の守秘義務の歴史的発展については、B. Lilie, Medizinische Datenverarbeitung, Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht, 1980, S. 52f. およびそこに掲載されたその他の文献; Laufs / Uhlenbruck-Schlund, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, §69 Rn. 1 ff. 参照。

法203条においては配慮していないのである。

それゆえ、今日では、医療業務、研究室、病院、私的な健康保険、災害保険もしくは生命保険、ならびに民間医師の診療費精算所において、外部の整備技術者が従事している場合、もしくは外部のアーカイブ企業を通じて、患者の資料に関する文書をアーカイブする際、病院の情報システムおよび他のネットワークを構築する際、もしくは保険企業のコンピュータ・センターがアウトソーシングする際に、技術職員が組み込まれている場合、実際上きわめて法的に不安定になっている。したがって、医師たちは、例えば、コンピュータ・システムの遠隔整備を使用する際に、刑法203条1項による処罰を恐れている⁽⁶⁾。患者の特別な承諾なき診療報酬請求権の譲渡は、民事判例によって、刑法203条違反を理由に、無効とみなされている⁽⁷⁾。同じ根拠で、競争法上の不作為の訴えという枠組において、相手の競合企業が、下請け経営者を通じて患者の保険資料をアーカイブすることを防止することは、成功している⁽⁸⁾。さらに、とりわけ、すでに言及した保険企業のコンピュータ・センターがアウトソーシングする際にも、特に法的に不安定になっている。多数の大規模な保険コンツェルンは、健康保険、生命保険、および災害保険という領域での刑法203条違反を心配して——コストの削減およびデータの安全性という観点が重要性を持つことも多々あるが——その企業の電子データ処理部門をアウトソーシングするこ

(6) 医学分野における遠隔整備については、*Ehmann*, CR 1991, 293; *Wienke / Sauerborn*, MedR 2000, 517, 519. 医師たちにとっての法的状況は、守秘義務が、職業上の命令によっても確認され（ドイツの医師に対する模範職業規則9条参照）、そして職業上の義務違反や職業上の品位を傷つける行為としての過失による違反には、職業法上の措置が科されうるということを通じて、さらに厳しいものとなっている（例えば、§§29ff., 55ff. *Heilberufe-kammergesetz Baden-Württemberg*; *Landesberufengericht für Heilberufe beim OVG Münster*, Urteil v. 16. 3. 1982, in: *Heile et al.* (Hrsg.), *Sammlung von Entscheidungen der Berufsgerichte für die Heilberufe*, Stand 2001, S. 460 参照）。民法上の損害賠償請求についても、過失で十分とされている。この点については、*B. Lilie*（前出注（5））S. 66ff. 参照。前述の模範職業規則10条5項は、コンピュータ・データ処理の使用について、電子的データ保持者の記録文書や異なる記録メディアには、特別な安全措置および保護措置が必要であると規定している。

(7) これについては、II. 2. a 以下をも参照。

(8) 例えば、*OLG Düsseldorf* CR 1997, 536ff. および *Ehmann*, CR 1997, 538の論評参照。

とを断念している。これに対して、その企業のコンピュータ・センターを、すでに独立したサービス業者へと移行させている保険企業もあるが、この企業は、処罰だけでなく、——実際には、少なくとも短期間で起きることはほとんどないが——高額の投資による事後清算もまた恐れている。要するに、以上のことから、保健衛生機関において現代の情報技術を使用する際には、刑法203条の刑罰による威嚇ゆえに、法的不安定性や新たな技術的解決に直面している法律上の障害が非常に重大なものとなっている、ということが確認できる⁽⁹⁾。

このことは、被祝賀者 [ユーザー] の医事法と情報法との交錯点への眼差しが、とりわけ医師・患者間の秘密という領域において重要な法的諸問題に通じている、ということを示している。それゆえ、本稿は、それによって投げかけられた、すでに概観した現代の情報技術状況における医師・患者間の秘密の転送 (Weitergabe) という法的諸問題に検討を加えるものである。

II 刑法203条の領域におけるデータ転送の可能性

法学的観点の下では、保健衛生機関における現代の情報技術の使用に際しての刑法203条による可罰性の問題が、特に激しく議論されている。なぜなら、刑法203条の秘密概念は、きわめて広く理解されているからであり⁽¹⁰⁾、また、適切な職業上の秘密のアクセス可能性は、他の人に対しては、重要な電子データ処理に際して、総じて不可避だからである。それゆえ、例えば、誰かがある医師によって治療されるという事実は、医師もしくは保険会社により秘密にさ

(9) ちなみに、類似した問題が、保健衛生制度の範囲内だけでなく、刑法203条が規定している他の秘密保持者、例えば、弁理士、公証人、公認会計士、帳簿検査士、ならびに結婚相談員、教育相談員、もしくは少年相談員によって、現代の情報技術を使用する際にもまた、発生している (刑法203条1項4号)。これらの者は、データ整備に際して、そしてアウトソーシングやデータ遠隔整備に際しては、公的職務と同等とみなされている。このことは、保健衛生機関について述べている本稿において、とりわけ職業上の秘密保持者のデータに、コンピュータ・データ処理人員がアクセスするという重要な法的問題性においては、医事法をはるかに超えた意味を有している。

(10) 秘密概念に対する単に個々の様な要求については、例えば、*Lackner/Kühl*, §203 Rn. 14; *LK-Schünemann*, §203 Rn. 19ff.; *MK-Cierniak*, §203 Rn. 11ff.; *NK-Jung*, §203 Rn. 4f.; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 5ff.; *Tröndle/Fischer*, §203 Rn. 3ff. 参照。

れているのである⁽¹¹⁾。適切にも、私的な健康保険、災害保険、または生命保険の領域においては、ある人が(健康)保険をかけられている、という事情がすでに秘密となりうる⁽¹²⁾。たとえ多くのデータが保健衛生機関において暗号化され、もしくは匿名化されて伝達されうるとしても⁽¹³⁾、すでに技術的に不可能であるか、少なくとも経済的にほとんど支持できない多くの事例が存在する。すなわち、適切にも個人に関するデータを匿名化された形でのみ処理する(そして、それによって電子データ処理の領域で活動している人に対して、個人に関係する秘密にアクセスできないようにされる⁽¹⁴⁾)か、もしくは、そのデータを、アクセス制御システムによって電子データ処理職員に対して遮断する(そして、それによって秘密の「漏示」を他の者に対して回避する⁽¹⁵⁾)という事例である。それゆえ、例えば、健康保険の領域における計算センターの外部委託の場合においては、保険会社とその顧客との間の接触に際して(例え

-
- (11) BGHSt33, 148, 152; 45, 363, 366; OLG Bremen MedR 1984, 112 f.; OLG Oldenburg NJW 1982, 2615 f.; LG Köln NJW 1959, 1598f.; *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 9; LK-Schünemann, §203 Rn. 29; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 7; *Tröndle/Fischer*, §203 Rn. 4; これと異なる見解として、LG Oldenburg NJW 1992, 1563, 1564参照。
- (12) *Ayasse*, VersR 1987, 536, 537; *Frels*, VersR 1976, 511, 512; *Rein*, VersR 1976, 117, 120も同旨。Otto, wistra 1999, 201, 202によれば、公的で法的な民間金融機関に対して開かれている。
- (13) この点については、*Dierks*, in: *Dierks/Feussner/Wienke* (前出注 (2)), S. 1, 29 参照。
- (14) 刑法203条は、秘密の転送を要求しており、それゆえ、例えば、保険会社が外部委託会社に保険受取人の秘密ではなく、匿名化されたデータを伝達した、という場合はありえない。自然人または法人に対する秘密に関して、OLG Karlsruhe NJW 1984, 676; VG Münster MedR 1984, 118, 119; *Ayasse*, VersR 1987, 536, 537; *Langkeit*; NStZ 1994, 6, 7; LK-Schünemann, §203 Rn. 49; *Rogall*, NStZ 1983, 1, 5; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 19; SK-Hoyer, §203 Rn. 28 参照。
- (15) 通説によれば、秘密は、それが何らかの方法で他者に伝わったときに、「漏示」されている。口頭による通知の場合は、その際に、承知されていること(Kenntnisnahme)が要求される。それは、書類およびその他の化体した秘密の場合には、他者による承知の可能性による保管の入手で十分であるのに対してそうなのである。後者に対して、通説は、相当程度、保護された情報の「明白性」を要求している。これについては、LK-Schünemann, §203 Rn. 41 および MK-Cierniak, §203 Rn. 52 におけるさらなるアプローチ参照。

ば、手紙の表現に際して)、知りえた平文情報により、介在する技術者が接触することにもならざるをえない。電子データ処理システムおよび内部ネットワーク（イントラネット）の領域における整備および欠陥除去に際しても、多くの状況において、整備技術者に、職業上の秘密へのアクセスは拒まれていない。それゆえ、暗号化、匿名化、またはアクセス・コントロールといった、データ保護の理由から要求されるようなもの⁽¹⁶⁾の技術的な解決は、多くの場合に問題点を解決しえない。かくして、学説上、サービス業者による電子データ処理装置へのアクセスは、その中に保存されたあらゆる秘密の漏示を意味する、ということも確認されている⁽¹⁷⁾。

それゆえ、刑法203条による保健衛生機関およびその他の職業上の秘密保持者の領域における情報技術の使用は、多くの場合においては、次の場合にのみ適法である。すなわち、

一他者に対して秘密を漏示することが否認されうる場合、

一または、特別な許可文（とりわけ秘密保有者の承諾ないしは合意⁽¹⁸⁾）があ

(16) それについては、医療実務における医師の守秘義務、データ保護およびデータ処理に関する連邦医師会の勧告に対する付帯条項 DÄBl. 1996, C-1984および *Garsika*, ZaeFQ 1999, 781, 783; *Der Landesbeauftragte für den Datenschutz im Saarland*, ArztR 1999, 182, 186参照。

(17) *Ehmann*, CR 1991, 293; *Meier*, Der rechtliche Schutz patientenbezogener Gesundheitsdaten, 2003, S. 153 f.; *Otto*, wistra 1999, 201, 202; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 19, 28参照。

(18) 刑法203条に関するこの興味深い諸事案における、構成要件を阻却する合意または違法性を阻却する承諾が問題であるか否かという疑問は、きわめて議論のあるところであり、また、この文脈において、全面的には解明されえない。さらに、構成要件阻却一般については、*Roxin*, Strafrecht AT-I, 3. Aufl. 1997, §13 Rn. 12ff.; *Weigend*, ZStW 98 (1986), 44, 61および、とりわけ刑法203条について、LK-Jähnke (10. Aufl.), §203 Rn. 56; NK-Jung, §203 Rn. 21; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 22参照。違法性を阻却する承諾一般については、*Lackner/Kühl*, Vor §32 Rn. 10; LK-Hirsch, Vor §32 Rn. 96ff.; および、とりわけ刑法203条について、OLG Schleswig NJW 1985, 1092; *Lackner/Kühl*, Vor §201 Rn. 2; *Rogall*, NStZ 1983, 1, 6; *SK-Hoyer*, §203 Rn. 67; *Tröndle/Fischer*, §203 Rn. 31. 区別するもの一般として、BGHSt 23, 1; BGHSt 26, 70; Sch-Sch-Lenckner, Vor §§32ff. Rn. 29ff.; LK-Hirsch, Vor §32 Rn. 96ff.; NK-Paffgen, Vor §32 Rn. 45, 152ほか、および、とりわけ刑法203条について、LK-Schünemann, §203 Rn. 93. 本稿は、この興味深い諸事案に対して、原則として、違法性を阻却する承諾から出発する。というのは、刑法203条の構成

り、それゆえ、漏示が「権限のない」ものではないとみなされうる場合。

これら2つの——ここでは具体的説明のために宣伝効果の大きい「構成要件による解決 (Tatbestandlösung)」および「正当化による解決 (Rechtfertigungslösung)」と書き換えるが——結節点は、以下において、その根拠づけと射程について分析されるべきである。その際、学問的観点からとりわけ興味深いのは、(例えば、法益保有者の推認的意思表示の) 同じ事象問題は、2つの異なる解決に際してどのような形で発生し、そして解決されるのか、ということである。

1 構成要件による解決：他者に対する漏示

a) 刑法203条における「漏示 (Offenbaren)」という構成要件的要素は、他者に関する職業上の秘密を入手できる状態にされることを前提にする。上述の、「構成要件による解決」と呼ばれ、通説によって代表される出発点となる考え方は、狭い組織の統一体もしくは職務の統一体内部での転送に際しての、秘密を他者に対して、そのように入手可能にすることを否定する。したがって、例えば、患者の秘密を医師が診察補助者に伝えることは、学説の大部分では、他者への転送とはみなされていない。もちろん、この出発点は、争いのないものではない。少数説は、自然人の間でのあらゆる通知を、構成要件に該当する漏示とみなしている。それは、この自然人が同一組織に属するか否かを考慮しない⁽¹⁹⁾。それゆえに、後者の説は、相応のケースでは、まずは、患者の

要件が、そのかぎりでは、——職務の統一体の中で明らかなものにおける後述の記述された制限を除いて——「権限のないこと (Unbefugtheit)」というメルクマールなしでも、典型的な不法を記述するからであり、また、違法性を阻却する承諾を認めることは、関係者の態度を適切に一般的に適法なものとして特徴づけることになり、犯罪構成要件に該当しないもの、そしてそれゆえに法倫理的に中立 (indifferent) なものとしてのみ特徴づけるのではないからである。最初に挙げられた観点については、*Rogall*, NStZ 1983, 1, 6参照。最後に挙げられた人工妊娠中絶についての議論からの観点については、BVerfGE 88, 203, 273ff. 参照。適切な批判として、*Eser*, JZ 1994, 503, 506ff., Sch-Sch-Eser, §218a Rn. 13ff. 参照——例えば、*Meier* (前出注 (17)), S. 163および Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 24のように——違法性を阻却する承諾の前提と同じ方法で合意の条件が定められる場合には、意見の衝突は、結論において実践的な意味を持たない。

(19) 例えば、*Jung*, in: *Constantinesco-Gedächtnisschrift*, 1983, S. 355, 363f.;

(明示的、推認的もしくは推定的) 承諾という構成に関する正当化の次元で、無罪とする方向に通じる⁽²⁰⁾。

一定の組織の統一体もしくは職務の統一体の中で秘密の「漏示」の拒否を基礎づけることを探求する場合には、とりわけ「漏示」という概念の限定に関する2つの異なる視点が確認される。1つには、——任意利用の権限付与の主観的な視点が強調することであるが——秘密を保持する者は、これを特定の個人ではなく、施設(例えば、診療所または保険会社)に度々伝える、ということが指摘される⁽²¹⁾。もう1つは、——むしろ守秘義務の観点から関連する職務の統一体という客観的な区分につながるものであるが——漏示は、「知っている者または知りうるべき者の集団からの事実の伝達⁽²²⁾」と定義される⁽²³⁾。前者として挙げた——法益保持者の自己決定権に基づく——視点は、説得力がある。つまり、刑法203条における処分権限のある法益保持者は、自己の秘密を個人に対して、それどころか完全に万人に対して開放することができる(したがって、後者の場合には、刑法203条の意味における秘密はもはや存在しない)だけでなく、限定された者の集団に対しても開放できるので、個人に限定

Seelos (前出注(3)), S. 60ff; *SK-Hoyer*, §203 Rn.33ff. 参照。

- (20) その点で、最初に挙げた構成要件による解決は、「漏示」という構成要件要素を除外することの前提条件は、(とりわけ民事)裁判所が有効な承諾に関して展開してきた厳しい要件を必ず負うわけではない、ということに帰着する。
- (21) *LG Bonn NJW* 1995, 2419,2420; *Langkeit*, *NStZ* 1994, 6f.; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 19 a. E. 参照。同旨のものとして、*Ayasse*, *WersR* 1987, 536, 537; *Rein*, *VersR* 1976, 117, 120; *Rogall*, *NStZ* 1983, 1, 8がある。これに対して、*BGH NJW* 1993, 1638, 1639は、弁護士が自己の組合の中の税理士に報酬請求権を譲渡した事例で、被告人は、組合ではなく独占的に弁護士に被告人の私的なデータを委ねた、ということを目指している。
- (22) そのように説くものとして、すでに *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes*, 1968, S.51; *Meiner* (前出注(17)), S. 155ff.; *Niedermaier*, in: *Roxin/Schroth*, *Medizinstrafrecht*, 2. Aufl. 2001, S. 393, 371f. がある。また、*Eb. Schmidt*, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, S. 16 („Kreis von Wissenden”); *BverfGE* 32, 373, 382 („Kreis der Wissenden”); *Tröndle/Fischer*, §203 Rn. 26 („Anteilnahme an dem gleichen Vertrauensverhältnis”); ならびに *LK-Schünemann* § 203注(86)に挙がっている文献をも参照。
- (23) これについてはまた、*Langkeit*, *NStZ* 1994, 6; *LK-Schünemann*, §203 Rn. 41; *MK-Cierniak* §203 Rn. 50をも参照。また、*BGHZ* 115, 123, 128 も、この方向にある。

された秘密保持意思の任務は、すでに刑法203条の構成要件から脱落せられる⁽²⁴⁾。これに対して、第2の——患者の意思ではなく、例えば、医療処置のために、伝達が客観的に不可避であることに適合する——理由づけは、——反対の患者意思に関する根拠がない場合——患者が自己の秘密漏示の名宛人に関する推認的意思表示の解釈には、「理性的」患者像が指向され、そしてそれゆえに客観化されている場合に限って正当なものとなるように思われる⁽²⁵⁾。

b) そうすることで可能になる構成要件の解決によれば、判例および学説では、「漏示」という構成要件の要素の制限は、とりわけ役所間の通知の場合、次のようにみなされる。すなわち、通説によれば、秘密が処理権限を有する公務員に伝達されるか、さらには規定通りに、例えば、内部業務の報告のために用いられている場合には、1つの役所の内部業務連絡では、漏示というのは存在しない⁽²⁶⁾、と。それに加えて、指摘されるのは、役所間での通知に際しては、通常、信頼は、——例えば、医師や弁護士のように——公務員に個人的に与えられるのではなく、その役所の代表者として与えられる、ということである。その際に、1つの役所⁽²⁷⁾の内部的業務連絡の範囲は、機能上の役所の概念によって決定される。そのことと、外部の他の役所との通知とは区別される⁽²⁸⁾。同じような理由づけにより、通説は、守秘義務者が、(私的または公的

(24) *Meier* (前出注 (17)) S. 157 ff. の結論においても同様である。彼は、確かに、漏示を肯定するが、社会的妥当性という基準を用いて構成要件該当性を否定するに至った。これについてはまた、*Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 5. Aufl. 2003, Rn. 476; *Roßnagel/Schirmer*, *Handbuch Datenschutzrecht*, 7. 12/44をも参照。

(25) これについては、特に *Jung* (前出注 (19)), S. 363f. 参照。

(26) *Lackner/Kühl*, §203 Rn. 21; *LK-Schünemann*, §203 Rn. 44および150; *Schmitz*, *JA* 1996, 772, 777; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 45; *Ulmer*, *CR* 2003, 701, 706参照。結論としては、*Meier* (前出注 (17)) S. 205もまた同様である。

(27) それと区別されるべきは、——ここではこれ以上は検討しないが——その役所の中で、医師または病院が任務遂行のために、患者に関する情報を必要とする場合である。そのかぎりでは、とりわけ社会権上、開示権限だけではなく開示義務をも考慮して、医師の守秘義務が相当に法律上破られることがある (この点について包括的で批判的なものとして、*Eberbach*, in: *Eser/v. Lutterotti/Sporcken*, *Lexikon Medizin-Ethik-Recht*, 1989, Sp. 735ff. 参照)。

(28) *MK-Cierniak*, §203 Rn. 97; *Rogall*, *NStZ* 1983, 1, 8参照。また、注意すべきは、「漏示」という構成要件の要素は、組織の統一体もしくは関連会社内で

な) 組織の統一体もしくは職務の統一体の範囲の中で秘密を転送する場合にも、刑法203条1項の意味における漏示を認めない。その際に、このような「組織の統一体」の例として挙げられるのは、刑法203条1項6号に従って病院⁽²⁹⁾または保険会社である⁽³⁰⁾。いずれにせよ、その際に、この現代的な「組織の統一体」の大きさおよび複雑さを顧慮すれば、どのような人々および部門がその都度の職務の統一体に分類されうるのかは、しばしば明確に説明されていない⁽³¹⁾。

通説は、組織の統一体もしくは職務の統一体を決定するにあたって——その内部では、何ら構成要件に該当する漏示が行われるべきでない——客観的な限定を目指す方向へと向かっており、直接的に医師が投入されることによってチーム化されるメンバーが重要でなければならない、とする。なぜなら、そのようなメンバーは、医療行為を決められたとおりに行う場合に助けとなるものだからである。これに対して、組織的にチーム化された範囲を超えて勤務する人たちは、「知りうるべき者の集団」⁽³²⁾にはもはや属しない。学説は、具体的な

の当該通知が、通常のかつ効果的な任務遂行のために必須の場合にのみ除外されるということ、である。組織の統一体または役所内での権限のない者への——例えば、噂話からの——通知は、常に構成要件に該当する漏示となる。

LK- Schünemann, §203 Rn. 44; Rein, VersR 1976, 117, 121参照。

(29) Kreuzer, NJW 1975, 2232, 2235; Langkeit, NStZ 1994, 6f. 参照。これに応じた限定については、直ちに以下を参照。

(30) Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 19 a. E 参照。

(31) 例えば、LG Bonn (NJW 1995, 2419, 2420) は、詳細な理由づけなく、病院の「計算センター」をその組織の一構成単位とみなす。これと異なる見解として、Meier (前出注 (17)) S. 180がある。ここでは「計算センター」という言葉で、病院内の決算処理所が想定されていることが明らかである(多くのその他の関連する判例および文献においても同様である)。これに対して、イッツェホエ地方裁判所(LG Itzehoe)は、重要な組織の一構成単位を決定する際に、決算の権限を有する病院内の共同労働者が刑法203条1項1号、3項に従って、守秘義務を負うことが重要であると考え。もっとも、構成要件の解決または違法性阻却的解決のいずれに従うかは明らかではない。情報の受領者自身が守秘義務を負うという条件は、(黙示的または推定的)承諾の承認にとって十分ではないということには異論がない。この点については、また後出注(42)をも参照。

(32) Meier (前出注 (17)), S. 155f.; Niedermair (前出注 (22)), S. 393, 398がそうであるし、また、Laufs/Uhlenbruck-Schlund (前出注 (5)), §75 Rn. 45; もおそらくそうであろう。また、Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 19をも参照。

事案⁽³³⁾で、情報受信者が当該秘密を漏示することの要件を修正することにより、ならびに、患者ははじめから人の介入を考慮に入れているという基準によって、そのような限定を補充するのである⁽³⁴⁾。

漏示が構成要件に該当しないことを明確にする上述の理由づけは、学説において多く支持されるところではあるが、その推論において、ほとんど理由づけとなっていないという批判は、患者が自己の秘密をありふれた症例に関して、いずれにせよ必然的にかつ直接に治療経過に介入し、そのような秘密を「およそ把握」しうるすべての人々に委ねているかぎりにおいて、的確なものである⁽³⁵⁾。このことは、——実験室ないし当直勤務職員のように——必要とあれば治療に関与させられる者についても妥当しうる。これに対して、治療終了後の書類の内部管理は、ある限界事例を形成する⁽³⁶⁾。治療に関するオリジナル文書のアーカイブ〔保管〕は患者の利益に役立ち、これらは通常期待されるも

-
- (33) *Bockelmann* (前出注 (22)), S. 39; *Lin*, Persönlichkeitsrechtsverletzung des Patienten und Arzthaftung, 1996, S. 51; *Meier* (前出注(17)), S. 156; *Rieger*, Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl. 2001, 4740/27参照。また, *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 7; *Niedermair* (前出注 (22)), S. 398もおそらくそうであろう。 *Andreas*, ArtztR, 2000, 296, 298によれば, 医師である病院長 (der ärztliche Direktor) は, 病院長が当該患者の治療に関係しており, そのような理由から〔当該データを〕知ることが必要な場合にのみ患者のデータを入手してかまわない。
- (34) *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 7およびそこに掲載されたその他の文献参照。いわゆる病院情報システムに患者データを集積することは——そのシステムの内部では, はじめから異なる診療科ないし専門医院が患者情報を自由に利用することができる——, それゆえ, この方法によっては制限されえない。この点については, *Seelos* (前出注 (3)); *Hessischer Datenschutzbeauftragter* (前出注 (2)), S. 67; *Landesbeauftragter für den Datenschutz in Baden-Württemberg* (前出注 (2)), S. 55f.; *Reichow/Hartleb/Schmidt*, MedR 1998, 162, 163f. 参照。
- (35) そのような主観的要素は, 通説によれば, 正当にも, 組織の統一体の内部における告知の構成要件の解決にとって本質的な基礎である。前出注 (21) ならびに BGH NJW 1999, 2731, 2734参照。共同参加医 (Konsiliararzt) については, 例えば, *Meier* (前出注 (17)), S. 359ff.; *Rieger/Kiesecker*, Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl. 2001, 4740/55ff. 参照。
- (36) この点については, *Klöcker/Meister*, Datenschutz im Krankenhaus, 2. Aufl. 2001, S. 74; *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 8; *Meier* (前出注 (17)), S. 383; *MK-Cierniak*, §203 Rn. 51を見よ。

のであるから、これらはなお、本来の治療経過に分類されうるものである。これに対して、場合によって生じうる、スペース確保のための（原本の破棄に際しての）事後のマイクロフィルム化は、——外部企業による原本のアーカイヴと同じように——組織的なチーム化（Vereinfachung）の処置として、以下で詳細に分析される「承諾による解決」の下でのみ正当化される。

c) さらにまた、一般的な見解によれば、刑法203条3項2文の意味における業務の遂行に向けて必要となる補助者（*Hilfeskäfte*）に対して一次的な守秘義務を有する者が通知する場合であっても、漏示には該当しないとされる⁽³⁷⁾。このことは、とりわけ、この場合には秘密は「知りうるべき者の集団」という文言からは引き出されるものではない、という上述の論拠によって説明される。このように、刑法203条の構成要件を限定することは、もちろん、すでに方法論上の観点において問題のあるものである。というのも、現行法における「職業として活動する補助者」の概念は、きわめて異なった機能で用いられるからである。補助者概念は、さしあたり、刑法203条3項2文で可罰性を基礎づける形式で用いられているので、（1項の拡張によって）身分犯の正犯の範囲を言い換えている⁽³⁸⁾。補助者概念は、さらに、補助者概念が——一部は、刑法203条1項によって理解される業務の担い手に、同じく他者について——刑事訴訟法53条による証言拒否権および、証言拒否の権限のある者につい

(37) 例えば、OVG Lüneburg, MedR 1985, 230, 232; *Andreas*, ArztR 2000, 296, 299; *Bockelmann* (前出注 (22)), S. 38f.; *Kilian*, NJW 1987, 695, 697; *LK-Schünemann*, §203 Rn. 43; *Eb. Schmidt* (前出注 (22)), S. 36; *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517参照。その際、刑法203条に関する学説の多くは、実際上は、患者の秘密が、さしあたりは医師に委ねられているか、もしくは医師に知られているという場合で、かつ、これら医師が「分配者（Verteiler）」として立ち現れるといった状況のみを念頭においているように思われる。後出注 (55) で詳細に論じる事例状況、すなわち、秘密はまずはじめに助手（Hilfepersonal）に委ねられ、その後、助手からさらに医師に委ねられるという事例状況は考慮されない。この点については、*Meier* (前出注 (17)), S.166ff.; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 24 b およびそこに掲載されたその他の文献参照。

(38) 同様の問題提起が「定評のある助言的地位のメンバー（Mitglied einer anerkannten Beratungsstelle）」（刑法203条1項4文a）および、刑法203条1項6文の意味における「企業の所属（Angehörige eines Unternehmens）」の概念の下で生じる。この点については、*Rudolphi*, in: *Baumann-Festschrift*, 1997, S. 412, 416ff. ないし *MK-Cierniak*, §203 Rn. 37; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 41; *Tröndle/Fischer*, §203 Rn. 18参照。

ての拘留特権にまで及んでいる(刑事訴訟法53a条, 97条2項2文)場合、刑事訴訟法上の機能を有する⁽³⁹⁾。これと区別されるのは、——可罰性を制限する——権限規範について当面の関心となっている、第3の理由づけ機能である。

学説においてはたいていは十分に相互に維持されておらずそのつどの異なった機能を伴う、それによって理解される3つの補助者概念を同一視することは⁽⁴⁰⁾、方法論的には直ちには正当化されず、それゆえ、結論において何ら自明のものではない。特に、「職業として活動する補助者」に情報を伝達することは、これらの人たちは「知りうるべき者」であるがゆえに、一般的に漏示にはあたらない、とする結論は、誤りである⁽⁴¹⁾。このような結論は、上述の様々な「補助者基準」の機能を否定するだけでなく、病院経営セクターにおける、分業的なプロセスの複雑さをもなおざりにするものである。秘密を伝達しても不可罰とされる補助者の範囲は、それゆえに、独立のものでなければならないし——その他の認識可能な基準を欠いているために——上述の患者の意思という視点を再び取り上げることで決定されるのである。その際、情報〔操作〕権限者の範囲というのが、彼ら自身、刑法203条により守秘義務を課せられるものではない人たちをも含む、という点をはじめから除外されているわけではない。ましてや、具体的事例において、秘密は、刑法203条に該当する一定の職務の統一体のすべての守秘義務者に対して、自由にアクセスできるようにされるべきである、という点を前提とすることなどはできない⁽⁴²⁾。

(39) この点については、例えば、病院の管理者についてのOLG Oldenburg Nieders. Rechtspflege 1982, 184参照。

(40) 例えば、LK-Schünemann, §203 Rn. 77参照。シューネマンは、当該概念の可罰性根拠づけ機能のところで、次のような引用に依っている。すなわち、刑事訴訟法53a条の意味における幫助者に該当し、かつ、そこでは、幫助者の証言拒否権についての訴訟に関する規範が、刑法203条3項の実質的な刑罰規範の拡張、ならびに「組織の統一体」の受け入れとはまったく異なる機能を有し、その組織の統一体の内部では、刑法203条1項の意味における開示は存在しないという点は考慮されない、という引用である。

(41) しかし、例えば、Andreas, ArztR 2000, 296, 299; Wienke/Sauerborn, MedR 2000, 517は、そう解している。Laufs/Uhlenbruck-Schlund (前出注(5)), §75 Rn. 45, およびLK-Schünemann, §203 Rn. 41および43は、明確ではない。

(42) 通説によれば、告知(Mitteilung)の可罰性は、〔情報の〕受領者自身が守秘義務を有しているということを理由として否定されることはない。RGSt

他の説得力ある理由づけは明らかになっていないので、構成要件に該当しない「補助者」に対する秘密の漏示は、上で基礎づけられた範囲内でのみ可能である。その範囲で——「合理的」な患者を対象とすることに反対する根拠がない場合——患者の意思は、このことを承認している。この枠組みにおいてのみ、例えば、「合理的な」患者は、守秘義務を負わない者に彼の秘密を転送することを通常は拒否しているが、これに対して、守秘義務を負う者への通知には、一定の場合には了承していると言いうる、ということが基礎づけられる。それゆえ、可罰性を根拠づける補助者の概念と、可罰性を阻却する補助者の概念との間には、確実な意味連関が存在しているが、少数説は、これらを自動的に同等に扱っている。それゆえ、結論としては、構成要件に該当しない「補助者」への通知が、構成要件に該当しない特定の組織の統一体もしくは職務の統一体への通知より広がることはない。したがって、「補助者」という標語が、上で検討した職務の統一体の構成以上に、構成要件に該当しない通知が認められる余地を提供することはないのである。それゆえ、「補助者」との情報交換という問題性すべては——通説的な注釈書とは異なり——（とりわけ体系的に適切でない、可罰性を基礎付ける「補助者の概念」もしくは刑事訴訟法上の「補助者の概念」を検討するのではなく）組織の統一体もしくは職務の統一体の問題と一緒に扱われるべきであり、少なくともこの問題性の特別事例として扱われるべきである。

しかしながら、判例および学説が、刑法203条3項2文の意味における「職業として活動する補助者」の範囲を一次的かつ抽象的に、守秘義務を負う者の本来的な職業活動に対する補助者の組織的な分類に基づいて決定する場合には、判例および学説は、結論においては以下の点で根本的な一致をみている。このかぎりでは——たいていの場合は説得力ある理由づけがなく——、補助者の活動が、守秘義務を負う者を「本来的な職務遂行」の際に補助しており、これが「直接の内部関係において、守秘義務を負う者の活動と関係して」いるか、もしくは守秘義務を負う者の職業活動を「直接に補助して」いなければならないことが要求されるのである。これに対して、補助者の活動によって、守秘義務

57, 13, 14; BGHZ 116, 268, 272; BayObLG NStZ 1995, 187f.; VG Münster MedR 1984, 118, 119; Gramberg-Danielsen/Kern, NJW 1998, 2708, 2709; Gropp, JR 1996, 478, 479; LK-Schünemann, §203 Rn. 42; MK-Cierniak, §203 Rn. 49; Rein, VersR 1976, 117, 120; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 19および 21; Tröndle/Fischer, §203 Rn. 30参照。

務を負う者の職業活動に関して単に外見上の諸条件が創出されているにすぎないならば、不十分である⁽⁴³⁾。医療活動という枠組みにおいては、補助者の活動は、むしろ「患者に対する活動と、本質的に適合して」結び付けられるか⁽⁴⁴⁾、もしくは「医師が、補助者の活動を、彼の患者への治療を実践しうるために、組織に基づく分業なしで共に処理しなければならない」という性質を有していなければならない⁽⁴⁵⁾。これらの様々な基準に基づいて、通説によると(とりわけ病院における)医師の守秘義務の範囲内では、要件とされる医師の活動との「直接」の内部関係は、外部のマイクロフィルム企業およびアーカイヴ企業について⁽⁴⁶⁾、そしてコンピュータ・センターおよび診療費精算所について⁽⁴⁷⁾、ならびに電子データ処理整備企業⁽⁴⁸⁾については認められない。なぜなら、その業務は、単に「職務遂行のための外見上の諸条件を発生させる」だけであり、医師との内部関係にはないからである⁽⁴⁹⁾。さらに、判例および学説によっては、まず、その時々役割(そしてそれとともに直接性の基準)が指摘され⁽⁵⁰⁾、さらに刑法203条3項2文の意味における一般的な補助者の性質もまた指摘され⁽⁵¹⁾、場合によっては刑法203条の意味における補助者としての

(43) *Ehmann*, CR 1991, 293, 294; *Lackner/Kühl*, §203 Rn. 11b; *LK-Schünemann*, §203 Rn. 82 f.; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 64参照。同旨, *SK-Hoyer*, §203 Rn. 49; OLG Oldenburg NJW 1982, 2615, 2616 (刑事訴訟法53条について)。

(44) *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 9が, そうである。

(45) OLG Oldenburg NJW 1982, 2615, 2616; *Bongen/Kremer*, NJW 1990, 2911; *Hahne/Reutecke*, MedR 1988, 235, 237; *Seelos* (前出注 (3)), S. 63; *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517が, そうである。

(46) OLG Düsseldorf CR 1997, 536, 537 f., *Ehmann*, CR 1997, 538, 539; *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 9; *LK-Schünemann*, §203 Rn. 78 参照; これと異なる見解として, *Kilian*, NJW 1987, 695, 697参照。

(47) *Bongen/Kremer*, MDR 1991, 1031f.; *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 9; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 27; *LK-Schünemann*, §203 Rn. 78参照, 特に根拠は示していないが, これと異なる見解として, *Tröndle/Fischer*, §203 Rn. 11参照。

(48) *Wienke/Sauerborn*, MedR 2000, 517, 518; *Otto*, wistra 1999, 201, 202 f. 参照。

(49) *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 64; この根拠において, 病院の中央書類事務所 (Schreibbüro) に対しても批判を加えるものとして, *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 8がある。

(50) 例えば, *Ehmann* CR 1991, 293, 294; *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 7; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 64; *Wienke/Sauberborn*, MedR 2000, 517。

具体的な活動⁽⁵²⁾もまた指摘されている。これらの様々な限定は、患者の意思が、相応の「治療に関する」活動を行う者に彼の秘密を漏示することを許容しているゆえに、またそのかぎり、上述の構成要件不該当性の理由づけを根拠として、適切なものとなる。

学説においては、さらに、刑法203条3項2文の意味における「職業的に勤務している補助者」の分類が、さらに広い基準として、守秘義務を負う者の指揮権限を必要とするのか否かについて争われている。刑法203条3項2文の行為者について述べている（したがって可罰性を拡張する補助者の概念に関する）大部分の注釈書では、このような指揮権限は、説得力のある基準とはされてない⁽⁵³⁾。これに対して、刑法203条3項2文の「職業的に勤務している補助者」に通知する際の、「漏示」概念を限定する議論においては（したがって可罰性を制限する補助者概念については）、第1次的に守秘義務を負う者のこのような指揮権限が、一部の学説からは要求されている⁽⁵⁴⁾。この双方の見解は——すでに明らかになったように——矛盾しない。ここで検討した権限規範（Ermächtigungsnorm）を決定する際に、通知を受け取る者の指示従属関係は、確かに、患者の意思を解釈するための1つの指標にはなりうる。患者の意思は、彼の秘密を、医師に従属している者という狭い範囲にのみ入手可能とすることを欲している。しかしながら、患者がその秘密を、直接通知を受け取る以外の者にも知らせるが、直接通知を受け取る者がその者に対して指揮権限を有していないような多数の事例群が存在している。例えば、患者がその秘密を、診察補助者もしくは看護師に通知し、さらに患者が、これらの指示に従属している者たちが、担当の医師たちに彼の秘密を伝達することを了承していることが自明な場合である⁽⁵⁵⁾。主治医の指示に従属する、同じ権利を有する医

(51) 明らかにこの意味を採るものとして、OLG Düsseldorf CR 97, 536, 537 f.; *Ehmann*, CR 1991, 293, 294; LK-Schünemann, §203 Rn. 41, 78; *Wienke/Sauberborn*, MedR 2000, 517, 518.

(52) おそらくこの意味を採るものとして、*Ehmann*, CR 1991, 293, 294; 慎重な見解として、*Wienke/Sauberborn*, MedR 2000, 517, 518.

(53) MK-Cierniak, §203 Rn. 115; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 64参照。おそらくこのような見解を採るものとして、*Lackner/Kühl*, §203 Rn. 11b; NK-Jung, §203 Rn. 9参照。これと反対の見解として、A. LK-Schünemann, §203 Rn. 77 f.; SK-Hoyer, §203 Rn. 48; *Tröndle/Fischer*, §203 Rn. 21参照。

(54) *Ehmann*, CR 1991, 293, 295; *Kilian*, NJW 1987, 695, 697参照。

(55) この場合に、指揮権限は、ある意味で情報の流れとは逆の方向にある。

師たちの間で、患者の秘密がそのつど取り交わされる場合、例えば、医師たちが交代制で勤務しているような場合には、上と同じことが妥当する。

正当にも、通説は、形式的な雇用関係の範囲内での補助者の非独立的な活動を求めている。そのため、(可罰性を広げる補助者概念という意味における)秘密保持義務者の範囲に、医師を支える妻も組み込まれる⁽⁵⁶⁾。職業関係の労働法的位置付けは、そのかぎりでは有力にはなりえない。というのは、当事者の視点からは、処置行為への機能的結合の(団体法的または雇用関係法的)理由づけは、取るに足りないからである。

d) このような分析から明らかになるのは、次のようなことである。すなわち、「構成要件による処理」の主たる適用範囲は、水平的かつ垂直的分業により組織された医療処置行為の領域にあり、ならびに、保険会社への通知に拠るところが大きい。医療活動に際して事実適合するのは、患者は、処置の開始に際して、処置に従事する者との、その者の専門に合った処置の範囲での情報交換から始め、その際にもちろん患者は、一般的または特定の情報との関係で、自らが希望する通知を受けた者の範囲の制限を表明する可能性を有するという考え方が。これに相応した漏示可能性は、診療契約の事後処理(例えば、文書化、秘書の書記事務、または決算)⁽⁵⁷⁾と直接に関係する組織上の事柄が問題になるかぎりでも、その組織上の事柄が同一の組織体の中のメンバー(非医療従事者も含む)によって実行され、このメンバー自身が「拡大された」守秘義務に服する場合には、是認しうる⁽⁵⁸⁾。これに対して、処置行為から離れて位置する従業者(例えば、洗濯業者、同様に電子データ処理の整備技術者)については、患者がそのような者たちに考えが及ぶことはないので、構成要件的解決は通常は問題にならない。

(56) LK-Schünemann, §203 Rn. 82; Rieger/Kiesecker (前出注 (35)) 4740/6; Sch-Sch-Lenckher, §203 Rn. 41, 64; SK-Hoyer, §203 Rn. 49参照。場合に依じてのみ共同補助者が参加する事例については、Lackner/Kühl, §203 Rn.11b; MK-Cierniak, §203 Rn. 116およびNK-Jung, §203 Rn. 9参照。

(57) (中央の書類事務所とは異なり)秘書に分類される個別の医師については、Langkeit, NStZ 1994, 6, 8; Meier (前出注 (17)) S. 181参照。

(58) これに対しては、制定法上の義務の履行が問題であるかぎり、さらなる漏示はもはや考慮されない。ここでは、権限委譲の権限は、制定法から直接的に導き出されるようである。例えば、企業内のデータ保護の委託の管理権限に関しては、連邦データ保護法4条を、届出法上の文書化および回答義務の企業内の権限委譲については、§25 Abs. 2 MeldeG Baden-Württemberg 参照。

より大規模なことが行われているのは、本来的に医療看護の分野外の企業、特に健康保険企業においてである。というのは、その点においては、信頼関係は、初めから企業には適用され、特定の個人または職務領域には適用されないからである。ここでは、すべてのその職員協働者に情報に関する権限が与えられているとみなすことが十分に根拠となり、その都度の企業内の職務上の課題が、当該データへのアクセスを、とりわけ電子データ処理整備職員に許し、そして求める。その職員は、——古典的な用語に従えば——ここでは医療行為における場合と異なり、「直接的に」保険関係の清算処理に組み込まれる。当然に、この場合において問題になるのは、最初の情報に関する権限を与えられる者の範囲が、外部に位置する「共同事業者」にまで広がることである。それゆえ、〔データを〕受け取る企業が、保険に関してのみコンツェルンの子会社として働く場合、実際に保険会社の計算センターの重要なアウトソーシングは、場合によっては構成要件に該当しないと評価される。

これに対して、健康保険、災害保険または生命保険の全データのストックを独立した第三の会社にアウトソーシングすることは、もはや——被保険者の意思によってカバーされる——構成要件に該当しない漏示ではない。このような結果は、新たな計算センターにおいては、このセンターが引き受けた保険会社の職員だけが、これまでの被保険者の過去の秘密を取り扱うということでは回避されない。そのことによる従業員の移動に基づいて、すでに入手しているデータ資料の法的に問題のないやり取りが、職員レベル・協力社員レベルで、移行期間だけ実現されることを除いて⁽⁵⁹⁾、同時に、過去の顧客の新たに生じた秘密のやり取りに関して問題が生じる。なぜなら、この秘密は、払戻し申請の提出に際して、保険会社の社員（計算センターの社員ではない）によって取り扱われることから生まれるからである。さらには、計算センターの当該従業員はアウトソーシングした保険会社と追加的な労働契約を結ばされると考えることは、解決策とはならないであろう。それと結び付く労働法的小および租税法的小の問題は除いても、新たな使用者となる保険会社のデータ保管は存在し続ける。診療所および弁護士事務所に見いださる変型では、すでに予定されている受取りの前に少なからぬ期間、協働者または社員として、情報取得者を業務に従事させるのであり⁽⁶⁰⁾、それは、その者に組織の統一体のメンバーとして過去

(59) 業務または事務所の譲渡という枠組内の「2つの戸棚モデル」に伴うパラレルな問題については、Rieger, MedR 1992, 147, 149f.; Michalski/Romermann, NJW 1996, 1305, 1309, ならびに Meier (前出注 (17)), S. 364参照。

のデータにアクセスすることを可能にするためであり、そして、それは、アウトソーシングの手本にはなりえない。というのは、アウトソーシングは、業務の一部を他者たる企業に出すことを目的とするのであって、従来の企業の、「外部者」を用いての業務の引受を目的としないからである。

かくして、ここまでの中間的なまとめは、次のようになる。すなわち、刑法203条の領域における「構成要件による解決」を用いても、最初に示した、医療制度への電子データ処理 EDV 導入に際しての医師・患者間の秘密に関する問題の限られた一部しか解決できない。最後に示した諸事例では、とりわけ、当該事例において刑法203条の構成要件が、次のような理由だけでは充足されないことを考慮に入れると、広範な拡充には限界が設定される。その理由とは、患者または被保険者は、医師にだけでなく、全体としての職務の統一体もしくは組織の統一体である「診療所」もしくは「保険会社」にも自己の秘密を委ねているということである。それゆえ職務の統一体もしくは組織の統一体に対するこのような信頼が明確に存在しないかぎり、問題の解決は違法性阻却の次元でしか探求されないが、その検討においても、同様に重大な諸問題が立ちはだかっているのである。

（未完）

(60) この点については、BGHZ 148, 97, 102 ならびにまずは BGH NJW 1995, 2026, 2027; BGH NJW 1995, 2915, 2916; BGHZ 148, 97, 103f.; LG Darmstadt NJW 1994, 2962, 2963; LG Baden-Baden NJW-RR 1998, 202, 203参照。