

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（２・完）

ウルリッヒ・ズィーバー

甲斐克則 監訳

岡部雅人

一家綱邦

小野上真也 訳

新谷一朗

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（以上42巻2号）
- 2 正当化による解決：特に明示的・推認的・推定的承諾（以下本号）

III 結 語

2 正当化による解決：特に明示的・推認的・推定的承諾

正当化レベルでは、当面の問題の解決のために、とりわけ承諾という思想に基づく正当化事由が考えられる。その際には、第1に、明示的ならびに推認的承諾の表明が問題となる。さらに、推定的承諾という正当化事由が問題となる。さらに可能な正当化事由は、緊急避難、正当な利益の主張（Wahrnehmung berechtigter Interessen）、および委託されたデータ処理のようなデータ保護法上の許容規範の相応の援用である。

a) 明示的承諾は、すでに表明の文面が具体的に判断されうる干渉を正当化している場合に存在する。そのような承諾の表明は、もちろん、法益保持者の自由裁量権、および相当の承諾の表明に加えて、とりわけ法益保持者の承諾能力、相当の意思の欠缺がないこと、および承諾者の説明を要求している。その際、有効な承諾は、関係者が自らの決定の意味と射程とを見通していること

を前提とする⁽⁶¹⁾。それゆえ、この観点の下で問題なのは、包括的かつ形式的な権限である。そのような漏示する権限に対して、刑法的観点から必要なのは、その開示権限が、——民法305条以下による民法上の普通取引約款統制の適用とは無関係に⁽⁶²⁾——関係者に対して、その開示権限の諸々の作用において見通すことができるということである⁽⁶³⁾。他方で、このための前提は、分別のある関係者が、自らの承諾の表明の意味と内容とを——いずれにしても本質的に——理解できる十分な説明である。しかしながら、形式的な承諾の表明は、承諾の表明が十分に明確である場合にのみ、そのことを考慮に入れている。

その際、判決のこのような承諾への要求は、ここで探求されている領域においては、非常に高い。判決によって、例えば、その際に民間医師の診療費精算所が患者計算の「処理」を委託された承諾は、不十分なものとみられていた。その点で、それと同時に報酬請求も譲渡されるべきであり、また、この目的のために患者のデータが転送されることになっているということが、患者には認識できないものとされていた⁽⁶⁴⁾。それゆえ、医師の報酬請求の譲渡のために、連邦通常裁判所は、承諾の表明の範囲の明確さに関して、次のことを要求している。すなわち、承諾の表明は、例えば、「清算書の作成のために必要なあらゆる治療データ」を取り込むことが必要であるということを経推測できなければならない、と⁽⁶⁵⁾。秘密の漏示の動機や目的に関しては、曖昧で不確かな定式化が回避されなければならない。その定式化は、承諾している秘密保持者を、その動機や目的について不明確なままにするものであり、そのような曖昧な方法で、また、その目的連関に基づいて、漏示された秘密が利用されるものである。同じことは、当該秘密が漏示される個人の識別にも妥当する。例えば、「保険者の取引相手」というような一般的な言い回しでは、十分ではない。

(61) これについて包括的なものとして、LK-Schünemann, §203 Rn. 94, 103f.; MK-Cierniak, §203 Rn. 58; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 24参照。

(62) これについては、例えば、LK-Schünemann, §203 Rn. 104; Meier (前出注(17)), S. 168f., また、データ保護法については、Gola/Schomerus (前出注(3)) §4a Rn. 8およびそこに掲載されたその他の文献参照。

(63) この点については、LK-Schünemann, §203 Rn. 104; Meier (前出注(17)), S. 169; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 24参照。

(64) OLG Karlsruhe NJW 1998, 831, 832参照。

(65) BGH NJW 1992, 2348, 2350参照。そのかぎりでは、BGHZ 95, 362; OLG Celle NJW 1980, 347, 348をも参照。

ここで探求されている領域においては、このような承諾による解決は、一連の事案において、確かに実際には実現不可能である。それゆえ、例えば、保険部門において、——部門ごとに標準化された——被保険者の承諾の表明は、原則としてコンツェルンの内部の計算センターへのデータ伝達だけに関係し、また、まさに独立したアウトソーシング企業へのデータ伝達を許さないのである。多数の被保険者における新たな承諾の表明の獲得は、これらの事案においては、実行不可能である。というのは、個々の被保険者による承諾の拒否は、あらゆるアウトソーシング・プロジェクトを遮断するであろうからである。同様のことは、主として完了した治療事案からデータストックが構成される、患者治療の領域においても妥当する。それゆえ、相当な努力をしたとしても、かなりの数の関係者が実際には算出されえず、また、明示的承諾が要請されうる。ちなみに、このような承諾は、大量の取引において問題がある。というのは、（とりわけ規格化された部門の標準化にはめ込まれた表明に際して）たびたび、その承諾の伝達のための経済的強制が存在するからである。その強制は、そのような場合であっても、再び、普通取引約款法上およびデータ保護法上の内容統制によって補われなければならないのである。この特別な問題点は、最終的な評価において、もう１度取り上げることにしたい。

b) ここで関心が持たれているいくつかの事例において、寛大な方法で、一貫した態度による推認的承諾ないし黙示的に与えられた承諾⁽⁶⁶⁾と取り組むことができるような場合、この問題状況はよりわかりやすいであろう。推認的承諾ないし黙示の承諾は、ここで検討されている領域において、（推認的承諾のもとでの積極的な）患者の態度が、予見可能で予定された漏示と、名宛人や内容に関して十分に述べられた漏示とに、以上のことを理解しえたという承諾の意味においてのみ緊密な関係を有するということを前提とする⁽⁶⁷⁾。このよ

(66) このような——刑法203条に関する刑法上の学説で、たまにしか見いだされない——区別のより詳細については、Meier（前出注（17））、S. 176ff. 参照。推認的承諾の場面では、一定の積極的態度と関連し、そのような態度が（その他の意義と並んで）、開示に同意したとみなされる一方で、「黙示の」承諾の場面では、知らされている者が単に何もなさなかったことについて、いかなる範囲で同意における言明の重要性が認められうるかということが問題となる。なぜなら、沈黙を守る者が、自己の正反対の意思を外部に表明したとしたら、「沈黙は同意とみなされる」という古い法的ルールの適用領域が問題となったであろうことが見込まれるからである。この点については、Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. 2003, Vor §116 Rn. 8参照。

うな意味で、例えば、保険カルテの引渡しは、(他の医師らに医療上のデータを要求したり、引き渡したりということではなく) 決済上重要なデータを所轄保険医協会ないし健康保険組合に送達することで、推認的承諾とみなされるのである⁽⁶⁸⁾。その他の医師らによって、内部情報網に関して許容された方法で集められ記録された初期の記録が閲覧されるという推認的な説明は、医療上の共同施設⁽⁶⁹⁾ または病院における治療行為の承諾と結びつく⁽⁷⁰⁾。これに対して、推認的承諾ないし、黙示の承諾によって患者に関する書類の部外秘でのアーカイヴを行うかどうか、また、どのような要件でそれが充足されるかは、異なっていて判断される⁽⁷¹⁾。メンテナンス調整によるデータアクセスの範囲につい

(67) 同旨、*Meier* (前出注 (17)), S. 177; また、*Langkeit*, NStZ 1994, 6, 7をも参照。

(68) *Laufs/Uhlenbruck-Schlund* (前出注 (5)), §75 Rn. 29; *Meier* (前出注 (17)), S.177; *MK-Cierniak*, §203 Rn. 62 ——そこには、これまでのさらなる事例や限界づけが呈示されている——参照。

(69) 社会法 V140a 条に該当するいわゆる統合的な扶助 (*integrierten Versorgung*) の領域では、治療を行う給付提供者は、次の場合にのみ、社会法 V140b 条 3 項に基づいて (統合的な扶助に関与する者のすべてが、そのつと必要な範囲で自由に利用することのできる) 共有記録から、被保険者に関する診療データおよび医師の所見を引き出すことができる。すなわち、被保険者が、治療を行う給付提供者に対して、自己の同意を委ねており、具体的に定まっている診療症例に関する情報が利用されるべきであり、かつ、給付提供者が刑法203条に基づく守秘義務についての人的範囲に含まれるという場合である (社会法 V140a 条 2 項第 2 文)。「ホームドクター・モデル」(社会法 V73条 1 項)における類似の問題に関する諸規定とは対照的に、これに代わる特別の形式要件は予定されていない。また、そもそもいかなる要件のもとで、当該記録中の患者データを利用してよいのかという点についても規定されていない。しかし、以上の形式要件を立てるかぎりにおいては、それら諸規定は、データ保護法に関してのみ重要である。それゆえ、口頭による承諾、推認的承諾ないし完全に黙示の承諾も、開示権限〔に関する問題〕として、刑法203条の問題となるのである。この点については、また、後出 II. 2. f. をも参照。制度化された医師の協働の領域における開示権限については、また、*Meier* (前出注 (17)), S. 368 f. をも参照。

(70) これらの諸事例における明示的承諾ないし推定の承諾の適法性に賛成する者として、*Seelos* (前出注 (3)), S. 62がある。診療所の引渡し (*Praxisübergabe*) については、後出注 (82) をも見よ。

(71) *Langkeit*, NStZ 1994, 6, 8; *Meier* (前出注 (17)), S. 181参照。いずれにせよ、外部機関による患者関係の書類の保管の場合に、推認的承諾は否定される

ては、一般的な刑法上の諸原則に従って、例えば、次の場合に、推認的承諾ないし黙示の承諾が考慮されうるのであろう。すなわち、医師が病院の待合室で、電子データ処理技術補助員を介在させることを伝えた後に、または、保険契約が一般的な回状（Rundschreiben）のなかで、これから予定されているアウトソーシングに関して述べており、かつ、それによって、そのような通知は承諾であるとみなされることに関して、被保険者が沈黙すること〔の意味〕に言及した後で、当事者らが反論しないであろう場合である。

もっとも、このような構成は、民事判例がそのような推認的承諾を、患者の情報自己決定権を考慮して、主として刑法203条の領域ではもはや承認せず、明確に明示的な承諾を要求している、という問題に直面する。私的な精算所での診療報酬請求の譲渡について、広範にわたる民法判例——連邦通常裁判所の判例についても——を参照しうるかぎり（そのような譲渡は刑法203条違反を理由として無効とみなされる）、また、診療所および弁護士事務所から、依頼人の全体を後任に引き渡すことついて、当該判例が指摘されうるかぎりにおいてである。つまり、ここで判例は、推認的承諾（同様に推定的承諾）を受け入れることに、長い間、かなり寛大なものであった。推認的承諾に基づいて（部分的には推定的承諾にも基づいて）、例えば、診療報酬ないしは弁護士報酬⁽⁷²⁾の譲渡、診療所ないしは弁護士事務所⁽⁷³⁾の売却に際しての患者カードないし依頼人カードの引継ぎ、ならびに、職務上重要な調査結果を雇用者に通知するにあたっての、ホームドクターを通じて相談された企業専属医の授権は、正当化された⁽⁷⁴⁾。

もっとも、この判例は、1983年12月15日連邦憲法裁判所の国勢調査判決⁽⁷⁵⁾により情報自己決定権が権利として承認されたことによって、決定的な方法で変化した。この判決以後、連邦通常裁判所は、まず、医師または歯科医の報酬

べきである。LK-Schünemann, §203 Rn. 109参照。現代の分業的な患者の付添人や「有効なコントロール可能性」（Kilian, NJW 1987, 695, 697がそうである）の存在といった要件をただ考慮するだけでは、いずれにせよ、刑法203条の意味における開示権限には該当しえない。

(72) LG Kleve NJW 1991, 756；AG Grevenbroich NJW 1991, 1535がそうである。

(73) BGH NJW 1974, 692がそうである。

(74) OLG Braunschweig BB 1958, 340, 341がそうである。この点については、また、Lackner/Kühl, §203 Rn. 18をも参照。

(75) BVerfGE 65, 1.

請求権を営業上の診療費清算所へ譲渡することについての説明を求めた。すなわち、医師の守秘義務に鑑みると、医師は、「患者の承諾を明白かつ明瞭な方法で確保する」責任を負う、というのである。「黙示の合意という印象を回避するために、患者のデータを転送することに異議を唱えることは、本来的には患者の専権事項」ではないであろう。それゆえ、患者の態度が法的に重要な意味を持つのは、開業医の職務遂行の外部決済が、ある程度慣例となっており、かつ、医療処置を受ける際に（データの転送に対して）異議を唱えなかったことが、客観的かつ合理的に見たときに、もっぱら承諾として理解されうることが自明である場合のみである。それゆえ、医師の診療報酬請求権を経営上の診療費清算所へと譲渡することは、民法134条との関連で、刑法203条違反を理由として無効である。なぜなら、患者は、報酬請求権に対する抗弁を申し立てる際に、場合によっては被譲渡人に対して秘密を漏示するように強いられるかもしれないからである⁽⁷⁶⁾。それゆえ、患者が、医師の待合室にある掲示によって診察料清算所へのデータ伝達について注意を喚起されたが、治療の過程でデータ伝達に対して異議を唱えない場合、最新の判例に従っても、推認的もしくは黙示的承诺を認めるには不十分である⁽⁷⁷⁾。同様に、患者がすでに診察料清算所を通じて異議を唱えることなく医師の請求書を受け取った後で、患者が医師の履行を請求している場合にも、推認的承诺もしくは黙示的承诺が前提とされることはない⁽⁷⁸⁾。結論として、医師の報酬請求権を（営業上ならびに職業階層上の）診療費清算所へと譲渡するにあたり、推認的承诺を認めることには根拠がない⁽⁷⁹⁾。ちなみに、これと同様の説明が、弁護士報酬請求権の譲渡

(76) BGHZ 115, 123, 127ff.; BGH NJW 1992, 2348, 2350; BGH NJW 1996, 773, 774; OLG Düsseldorf NJW 1994, 2421, 2422参照。歯科医師については、OLG Hamm NJW 1993, 791, 792ff.; OLG Karlsruhe NJW 1998, 831, 832参照。

(77) OLG Düsseldorf NJW 1994, 2421, 2422（営業上の手形交換所（Aprechnungsstelle）について）参照。BGHZ 115, 123とNJW 1992, 2348において連邦通常裁判所は、この問題を形式的に判断しなかったが、相当の待合室での掲示に患者が異議を唱えなかったことを、十分な推認的承诺とはみなさないという傾向にあることを認めた。学説の一部にはこれと異なる見解がある。Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 24b; LK-Jähnke (10. Aufl.), §203 Rn. 69参照。

(78) BGH NJW 1992, 2348, 2349参照。

(79) また、Bongen/Kremer, NJW 1990, 2911, 2912; Deutsch/Spickhoff（前出注(24)）、Rn. 96; Gamberg-Danielsen/Kern, NJW 1998, 2708, 2710; Laufs/Uhlenbruck-Schlund（前出注(5)）、§75 Rn. 59; Meier（前出注(17)）、S.

や⁽⁸⁰⁾ 税理士の職務に基づく請求額の譲渡⁽⁸¹⁾ に関する民事判例にも妥当する。すでに言及した診療所の売却に関してもまた、連邦通常裁判所は、いまや、以前の寛大な判例において表明した任務の下で、患者の資料の転送に対する推認的合意は一般的には排除されるとの評価を確かに下しているが、患者が筋の通った態度によって明白に承諾を表明しなければならないことも要求しているのである⁽⁸²⁾。

学説は、情報に関する自己決定権の価値の高さを引き合いに出して、部分的にこの判例に賛同している⁽⁸³⁾。しかし、判例は「度を過ぎて」おり、それゆえに比例性原則に違反しており、医療の範囲内での患者の利益にとって正当ではなく、また業務委託に従った患者の記録の保管に際して問題を解決することはほとんどない、という見解が主張されることも稀ではない⁽⁸⁴⁾。刑法の学説

380; *Rieger/Kiesecker* (前出注 (35)), 4740/59; *Roßnagel/Schirmer* (前出注 (24)), 7. 12/73; *Taupitz*, MDR 1992, 421, 423も、そのように主張する。刑法203条1項6号の枠組みで営業上の診療費精算所と業務上の診療費精算所が同等に扱われていることについては, OLG Stuttgart NJW 1987, 1490, 1491; LK-Schünemann, §203 Rn. 70; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 41; Tröndle/Fischer, §203 Rn. 18をも参照。

- (80) BGHZ 122, 115; BGH NJW 1993, 2795; BGH WM 1995, 1357参照。
- (81) BGH NJW 1996, 2087; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 1285; LG Konstanz NJW 1992, 1241参照, 税理士の活動による請求の差押え可能性については, OLG Stuttgart NJW 1994, 2838参照。
- (82) BGHZ 116, 268, 273参照。業務の引受人が、譲渡人の脱退によってすでに活動しているならば、新たな医師の閲覧は、職務の統一体の観点においてすでに構成要件に該当しない(前出注 (60))を見よ。また, *Rieger/Kiesecker* (前出注 (35)), 4740/62をも参照)。もちろん、このことも、患者が新たな治療を受けていることを——*Meier* (前出注 (17)), S. 365f. の技術的な解決と同様に——前提としている。具体的な治療とは別個のすべての患者のカルテファイルの調査は、「参加者」に対して禁じられたままである。この点については, OLG Köln NZG 1999, 607; v. *Lewinski*, MedR 2004, 95, 99参照。
- (83) 例えば, *Bongen/Kremer*, MDR 1991, 1031; *Langkeit*, NSTz 1994, 6, 7f.; *Taupitz*, MDR 1992, 421, 422; *ders.*, MedR 1991, 327, 330f. 参照。
- (84) 有益なものとして、例えば, *Taupitz*, MDR 1992, 421, 424参照。連邦通常裁判所の判例による実践的な問題については, *Andreas/Dehong/Bruns*, Arztrecht in der Praxis, 2001, Rn. 384ff.; *Berger*, NJW 1995, 1584, 1585ff.; *Hülsmann/Maser*, MDR 1997, 111, 112f.; *Kamps*, NJW 1992, 1545.; *Rieger*, MedR 1992, 147, 148ff.; *Michalski/Römermann*, NJW 1996, 1305, 1308f.;

の一部においても、民事判例は同様に「比較的厳格である」として批判されており、そして「情報自己決定権の過剰使用⁽⁸⁵⁾」が警告されている。しかし、多数説は、この判例を承認しているのである⁽⁸⁶⁾。

結果的に、折衷的路線が妥当であろう。連邦通常裁判所が民事事件において、非公式の自己決定権の意味に基づいて、とりわけ、特別にセンシティブな健康に関するデータの領域において推認的承諾を制限的にしか承認していないことは、アプローチとして正しいように思われる。厳格な要件は、とりわけ（遠隔からの整備におけるような）第三者によるあまりありえないような主張（Wahrnehmung）が疑問視される場合だけでなく、秘密保持者に（情報自己決定の領域においても）⁽⁸⁷⁾さらなる法益侵害の危険が迫る場合にも妥当する⁽⁸⁸⁾。しかし、判例の個々の決定においては、推認的承諾の要件は、刑法的観点からは、行き過ぎであるように思われる⁽⁸⁹⁾。その点で、推認的承諾は、

Schäfer, wistra 1993, 281, 284をも参照。

(85) *Tröndle/Fischer* (49. Aufl. 1999), §202 Rn. 28a がそうである。

(86) *Lackner/Kühl*, §203 Rn. 18f.; LK-*Schünemann*, §203 Rn. 110 ; MK-*Cierniak*, §203 Rn. 65 ; *Tröndle/Fischer*, §203 Rn. 33 ; SK-*Hoyer*, §203 Rn. 78 ; 部分的に大まかなものとして, Sch-Sch-*Lenckner* §203 Rn. 24b.

(87) OLG Karlsruhe NJW 1998, 831, 832参照。

(88) 少なくとも、決算データへのアクセスのために、しかも、いわゆる実践ネット（前出注（69）参照）の操業のために、社会法 V 295条 1 項 3 号、301条 1 項も参照させられうるであろう。その点では、健康保険医の統合に際して、データの「機械で読み取り可能な」記録および送付が必要とされる場合には、（たとえ、社会法 V300条 2 項、300条 2 項第 2 文において、薬局やその他の給付調達者による計算センターの要求のみが規制されていても）医師自身が、もしくは、治療業務に含まれる「補助者」が、必要なコンピュータ情報処理整備業務をも果たしうるであろう、ということに期待はできない。それゆえ、立法者は、暗黙のうちに、特別なコンピュータ情報処理教育を受けた職員はサービス業の範囲内で患者の秘密を理解できる、ということを前提としている。上述のように、受領権の与えられる人の範囲が、治療を行う関係者に制限される場合（直接性原理）、これらの諸事案においては、確かに開示がある。しかしながら、その開示のためには、むしろ、必要な範囲内で、暗黙の法律上の開示権限の承認が考慮されうるであろう。

(89) もっとも、OLG Karlsruhe NStZ 1994, 141, 142は、あまりに寛大すぎる。それは、裁判長に対して、結論が定まっており、診断の通知を含む、黙秘義務の免除として出廷した被告による、雇用者に対する医師の特定の労働無能力の証明の法案の解釈である。それについては、MK-*Cierniak*, §203 Rn. 62 ; Sch

医療の領域において、身体の一貫性への侵襲の際にも——そしてまさにその際に——広く適用されるということが想起されうる⁽⁹⁰⁾。

それゆえ、以上のことから、刑法203条にいう秘密保持者による電子データ処理装置の——場合によっては外部からの——技術的整備員の動員を、一定の範囲で推認的承諾によって正当化することが、確かに可能であるように思われる。しかしながら、推認的かつ黙示的な承諾を——従来の民事判決さえも超えて——適度に承認するとしても、最初に論じたあらゆる事例群を合理的に解決することは不可能である。例えば、一般的な保険の諸条件が、データ処理を、コンツェルン内部の計算センターでのみ許す場合、この承諾は、（すでにこの正確かつ締結した契約上の規制のために）保険計算センターのアウトソーシングへの「推認的」承諾によっては、独立のサービス業者にまで拡張することができない。

c) 推定の承諾という正当化事由もまた、問題を解決しない。刑法においては、「推定の承諾」という概念の下で2つの異なる——また様々な評価の観点に基づく——事例形態が理解されている。すなわち、第1の形態は、被害者の構成要件阻却的了解もしくは違法性阻却の承諾がタイミングよく得られないが、あらゆる事情の評価は、被害者が質問されうるであろうときに、その者が自己の承諾を表明するであろうという推定を正当化する諸事例に該当するものである（いわゆる被害者の利益のための行為）。さらにもうひとつ、被害者の承諾が確かに得られうるであろうが、被害者が質問に対して何の価値も置かないことによるとされうる事例群が考えられる（いわゆる利益の欠乏による正当化⁽⁹¹⁾）。刑法203条の適用領域について、連邦通常裁判所の民事判例は、これを以下のような表現で述べている。すなわち、「秘密保持者は、疑う余地なく、

—Sch-Lenckner, §203 Rn. 24bがある。正当にもこれに批判的なものとして、Schlund, MedR 1994, 156がある。

(90) 判例のうち、BGH NJW 1961, 261, 262；BGH NJW 1966, 1855参照。学説のうち、Bockelmann（前出注（22））、S. 54；Deutsch/Spickhoff（前出注（24））、Rn. 197；LK-Hirsch, Vor §32 Rn. 111；Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, 1996, S. 105参照。

(91) 刑法上の見解のうち、それについては、Lackner/Kühl, Vor §32 Rn. 19；Sch-Sch-Lenckner, Vor §§32ff. Rn. 54および§203 Rn. 27；Meier（前出注（17））、§. 182f.のみ参照。しかしまた、一部では、この第2の事例群に対して、関係者が質問されえないということが求められている。SK-Hoyer, §203 Rn. 79参照。

また、認識可能な程に、秘密保持の利益を有していない。あるいは、秘密保持者は、タイミングよく質問されえない」、と⁽⁹²⁾。実務では、それとともに、推定的承諾には、ここで論じられた領域に対して、——推定的意思の死後の探求の諸事案におけるものを除いて⁽⁹³⁾——推認的かつ黙示的な承諾を超える大きな意味が与えられないであろう。

d) オットー⁽⁹⁴⁾は、緊急避難(刑法34条)を再び取り上げることで、コンピュータ・ネットワークに関するメンテナンスおよびサービス関係の業者が公的金融機関における機密を知ることを広範に正当化すべきだと主張するが(刑法203条2項1号、2号)、この見解は、ここで検討される事例に応用できるのではなく、その他の点では不明確でさえある。刑法34条の正当化事由は、確かに、経済上の法益保持者をも保護する。医師法に関する民事事件の判例によれば、費用対効果分析の観点の下での経済上の言及は、とりわけ、行為者の固有の危険領域に介入する、差し迫った経済上の損失を防衛することが問題となる場合、医師による守秘義務の侵害を、もちろん原則的には正当化しないとすることができる⁽⁹⁵⁾⁽⁹⁶⁾。刑法34条が、個別の状況下で適用可能であるとみなされるかぎり、行為者が漏示によって固有の経済上の利益を追求する場合に(例えば、医療報酬や弁護士報酬の件で提訴するような場合)、利益衡量や妥当性の検討の際には、さもなければ守秘義務者が實際上権利を欠くこととなったであろうという点、および、これらの事案において秘密に関与する者に関して守秘義務者の財産に危険が及ぶ結果となったであろうという点が考慮される⁽⁹⁷⁾。しかし、これは両者の衡量の問題であり、当該検討領域における電子

(92) BGHZ 115, 123, 126; さらに, BGHZ 122, 115, 120; BGH NJW 1993, 1638, 1639参照。

(93) Kolhoss, in: Festschrift für Wolfram Henckel, 1995, S.463, 466f.; Kersten, CR 1989, 1020, 1023; Meier (前出注 (17)), S. 184f. 参照。

(94) Otto, wistra 1999, 201, 204ff.参照。

(95) BGHZ 115, 123, 129参照。同旨のものとして, OLG Oldenburg NJW 1992, 758がある。

(96) BGH JR 1977, 26参照。

(97) BGHZ 122, 115, 120; BGH NJW 1993, 2371, 2372; MK-Cierniak, §203 Rn. 86; Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 30; SK-Hoyer §203 Rn. 83参照。そこでは、当然に、少なくとも間接的に、訴えの提起がなされた請求権が実際に存在するということが仮定されている。そこから、細分化したものとして, Schmitz, JA 1996, 949, 954がある。

データ処理業務遂行から、経済的に動機づけられた〔情報の〕引き出しに転用されないものである。他者の「危険」が（例えば、承諾を事後に得ることによって）回避可能であるといったようなあらゆる事例においてさえ、刑法34条は排除されるのである⁽⁹⁸⁾。

e) 判例および一部の学説では、結局のところ——直接的利用ないしは類似の利用につき——刑法193条に対応する「正当な利益の主張」の観点も、刑法203条に関する正当化事由として認められている⁽⁹⁹⁾。それにより、ある所為は、それが、法益の衡量や利益衡量の原則に従って、少なくとも行為者にも関係する、正当な利益の主張にふさわしい手段を前提とする場合には必ずや正当化される⁽¹⁰⁰⁾。一部ではあるが、かつての判例もまた、無権限であることの解釈に際して、刑法34条や刑法193条を引き合いに出すことなく、単純な法益や利益の衡量のみを行っていた⁽¹⁰¹⁾。刑法34条と刑法193条の利用と、単純な利

(98) それゆえ、違法性阻却的緊急避難は、次の場合に、例外的な事例として問題となるにすぎない。すなわち、例えば、技術面の侵害があった場合に、——医師に、患者に対する時宜に適った資格ある治療行為を行わせるための情報にアクセス可能とするため、ないしは、コンピュータデータ処理システムを 작동できるようにするためには——患者らの健康被害の回避に向けて、コンピュータデータ処理の専門家の即時の介入が必要であるという場合である。Meier（前出注（17）），S. 392；Ulsenheimer/Heinemann, MedR 1999, 197, 202参照。

(99) 刑事判例のうち，KG JR 1985, 161, 162；民事判例のうち，BGHZ 122, 115, 120；BGH NJW 1993, 2371, 2372；学説のうち，Laufs/Uhlenbruck-Schlund（前出注（5）），§114 Rn. 15.；Rogall, NStZ 1983, 1, 6；Schäfer, wistra 1993, 281, 284f. 参照。報酬請求権の貫徹および損害賠償請求権の拒否のような個別事例に賛成する者として，Borchert, ArztR 1990, 171, 178f.；Meier（前出注（17）），S.201ff. がある。これと異なる見解として，Bongen/Kramer, NJW 1990, 2911, 2912；MK-Cierniak, §203 Rn. 84；Niedermair（前出注（22）），S. 409；NK-Jung, §203 Rn. 25；Schmitz, JA 1996, 949, 953f.；Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 33；Schünemann, ZStW 90（1978），S.11, 61f.；SK-Hoyer §203 Rn. 98；Tröndle/Fischer, §203 Rn. 36がある。

(100) この点について詳細なものととして，Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969, 特に S.13f., 66ff. がある。そこでは，1962年草案186a 条に関連して，まさに，軽率なおしやべりの構成要件（Indirektionstatbestände）に関して，刑法193条を超えて適用可能な違法性阻却事由が検討されている。

(101) ——刑法34条の創設以前について—— BGHSt 1, 366, 368；BGH MDR 1956, 625；BGH NJW 1968, 2288；OLG München MDR 1956, 565がそうであ

益衡量との区別はもちろん、結局のところ、きわめて取るに足りないものであるから、限界事例についてのみ意義を有するにすぎない⁽¹⁰²⁾。

f) かくして、いかにして、この重要な連関において、とりわけ特殊なデータ保護法上の許容規範に由来しうるか、という法的な情報権限の利用に関する問題のみが最後に立てられるのである。一般的なデータ保護法におけるデータの移転に関する規定が——異なる規制領域や利用領域によって——問題となるか⁽¹⁰³⁾（特に連邦データ保護法 3 条 7 項⁽¹⁰⁴⁾の意味における「立場 (Stelle)」、つまりはその指示の内部でのデータ利用について、それゆえ、「第三者」への伝達ということがまったく存在しない）、連邦データ保護法 28 条以下や社会法⁽¹⁰⁵⁾ないし病院法⁽¹⁰⁶⁾における比較衡量条項も問題となる。当該データ保護法上の諸規定のそのような妥当性は、刑法 203 条の意味における権限規範としても、確かに、——自己決定に関して、限定的に保障された権利の包括的な衡量によって——学説では散発的に肯定されている⁽¹⁰⁷⁾。しかし、多数の見解

った。

(102) *Lackner/Kühl*, §203 Rn. 25; *Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 30. 参照。

(103) 連邦データ保護法および各州のデータ保護法との関係については、*Gola/Schomerus*（前出注 (3)）, §1 Rn. 19 のみ参照。

(104) この点については、*Gola/Schomerus*（前出注 (3)）, §3 Rn. 48ff.; *Seelos*（前出注 (3)）, S. 52 参照。

(105) 特に社会法 X §§67ff, 社会法 I §35 参照。

(106) 例えば、バーデン・ヴュルテンベルク州 LKHG43 条以下；バイエルン州 KHG27 条；ハンブルク州 KHG7 条以下参照。プレーメン州には、特別の病院データ保護法（HB-GBl. 1989, 202；2003, 47）が存在し、ノルトライン・ヴェストファーレン州には、特別の健康データ保護法（NRW-GBl. 1994, 84）が存在する。連邦病院法の適用領域につき、一般的には、*Klöcker/Meister*（前出注 (36)）, S.17. いかなる範囲で患者データのデータ処理指示に向けた病院法における連邦法上の特別規定と、データ処理指示についての一般的なデータ保護法上の諸規定とが異なるかという問題は、これと代わって、深くは追求されていない。これについては、例えば、バーデン・ヴュルテンベルク州 LKHG48 条（指示による患者データの加工）；バイエルン州 KHG27 条 4 項 5 文 6（各病院による、ないしは、各病院における病院データの保管）；さらに、BayVerfG CR 1989, 530；BVerfG CR 1991, 296（患者データのマイクロフィルム化）参照。

(107) *Heckel*, NVwZ 1994, 224, 228 がそうである。さらに、*Sch-Sch-Lenckner*, §203 Rn. 53c. *Ehmann*（CR 1997, 538, 539）もまた、原則的にそのような違法性阻却の可能性から出発するようである。連邦法の立法者も、原則として、刑

は、データ保護法上の諸規範を、203条の下での正当化事情としては拒絶している⁽¹⁰⁸⁾。この最後に挙げた見解には賛同しうる。この見解は、まず、連邦データ保護法1条3項第2文の文言から根拠づけられうるものであり、そこでは、法的な秘密保持義務や、法的な規定に依拠しない職務上ないし特別の守秘義務の確保についての義務は、手付かずのままである。しかし、この結論については、連邦データ保護法によってプライベートな領域の保護を強化し、付随的な正当化事情によってではなく、プライベートな機密の侵害を除去しようとする、立法者の明白な意思もまた、以上のような結論を述べる。データ保護法上の権限規範の制限された妥当性だけが、法秩序の統一性の原則にも矛盾せず、権利行為によって同時に許容したり、禁止することはできない。なぜなら、データ保護法が、データの蔵置、処理、通知を正当化するかぎりでは、そのことをもってすでに秘密の漏示を許容するということにはならないからである⁽¹⁰⁹⁾。

しかしながら、データ保護法上の承諾要件が、刑法203条の枠組みにおいても妥当するののかという問題は、個人に関するデータの処理に対する承諾に関す

法203条1項の意味における「権限」を認めるという点において、彼に賛同しうる（同旨、LK-Schünemann, §203 Rn. 13；Rogall, NSTZ 1983, 1, 7；Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 29；LT-Drs. Baden-Württemberg 10/5620（1991年7月23日連邦病院法改正法律案），S. 12；OLG Düsseldorf CR 1997, 537, 538の命に基づくもの）。しかしながら、エーマン（Ehmann）は、自身が言及したハンブルグ病院法9条がもたらデータ保護法上の規定内容であると指摘することを見落としているといえよう。

- (108) 特にMeier（前出注（17）），S. 187；Rogall, NSTZ 1983, 1, 7参照。結論において同旨のものとして，Seelos（前出注（3）），S. 59f. がある。連邦データ保護法（BDSG）11条について専門的なものとして，Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 1993, §11 Rn. 5；Simitis/Walz, BDSG-Kommentar, 5. Aufl. 2003, §11 Rn. 31もある。特に，保健領域にとって特別の重要性を有する連邦データ保護法（BDSG）28条7項は，秘密保持義務が存在する範囲でのみ利益権を認めているにすぎず，したがって，刑法上有効な開示権限としては理解されえない。Meier（前出注（17）），S. 68；Simitis/Simitis, aaO., §28 Rn. 341参照。

- (109) 許容規範の規範特種的な射程範囲の相応の限界は，その他の領域でも見受けられる。すなわち，射撃練習の遂行についての許可は，武器に関する法律（Waffengesetz）に基づいて，例えば，それによって「許容された」発砲によって他人を侵害しなかった場合を正当化する。

る多数のデータ保護法上の規定が、刑法総則よりも高度な要件を課している範囲内でも意味を有するのである。つまり、連邦データ保護法 4 a 条は、文言上、書式の遵守、ならびに特別な説明を要求している⁽¹¹⁰⁾。そのかぎりでは、このような書式に関する諸要件が、刑法203条における承諾にも及びうるのか、という問題はなお存在しているのである。その問題について判例と学説は、異なった——見たところ、対立しているように思われる——態度をとっている。この問題を詳細に検討している論者たちは、刑法203条における正当化的承諾に対する連邦データ保護法 4 a 条の有効性を、通常は否定している⁽¹¹¹⁾。しかしながら、とりわけ民事判例および民事の学説においては、——しばしば論証学的にすぎない——命題が存在している。その命題によると、連邦データ保護法 4 a 条は、刑法203条の適用範囲においても有効たりうるべきだ、というのである。連邦通常裁判所は、例えば、医師の「電子的に保存された治療に関する資料」について、「業務の後任者に伝達することが、連邦データ保護法旧 3 条 5 項の意味における『伝達』として評価されうる場合には、患者の書面による承諾」を得ることを要求している⁽¹¹²⁾。民法上の学説は、連邦通常裁判所と類似の命題を有しているが、多くの場合、連邦データ保護法 4 a 条の書式要

(110) 連邦データ保護法は、2001年 5 月18日法 (BGBl. 2001 I S. 904) による改正以来、新たな 3 条 9 項を含んでいる。すなわち、3 条 9 項は、健康データを「特別な種類的人格関係のデータ」とみなしており、そして、例えば、連邦データ保護法4a 条 3 項においては、そのようなデータに対する承諾に特別な要件を課している。GKV 健康保険制度改正法2000年版における社会法 V73条 1 b 項をも参照。専門医とホームドクターとの間で相互に情報を交換することに対する承諾について文言を改正する要求が述べられており（これについての批判として、Meier (前出注 (17)), S. 257; Klöcker/Meister (前出注 (36)), S. 67), これは、データ保護法上の規定として理解されうるかぎりでは（同旨、Roßnagel/Schirmer (前出注 (24)), 7. 12/138), 発展史からも発生している (BT-Drs. 14/1977, S. 167参照)。

(111) Auernhammer (前出注 (108)), §1 Rn. 29, §39 Rn. 4; Heyers/Heyers, MDR 2001, 1209, 1212; Laufs/Uhlenbruck-Schlund (前出注 (5)), §76 Rn. 24f.; LK-Schünemann, Sch-Sch-Lenckner, §203 Rn. 24a; Langkeit, NStZ 1994, 6, 7がそうである。おそらく結論においては、Seelos (前出注 (3)) も同旨であろう。同じことが AGBG の諸規定——これは今や民法典においても理解されている——に当てはまるものは、Ayasse, VersR 1987, 536, 538に挙がっている。

(112) BGHZ 116, 268, 273参照。比較可能な事案につき、OLG Bremen, NJW 1992, 757も同旨である。

件が、連邦データ保護法３条に従った、第三者に対するデータの伝達についてのみ有効なのか、そして、連邦データ保護法11条による委託データ処理の際、および委託者から受託者へとデータを転送する際に⁽¹¹³⁾、連邦データ保護法３条４項３号の意味における「伝達」は存在しないのか（それでもなお刑法203条の意味における「漏示」は存在しうるのか）については、不明確なままである。

書式要件を肯定している学説の態度においては、すでに言及した連邦通常裁判所の判決と同様に、とりわけ、書式要件はデータ保護法上の要求を充たすためにのみ必要なのか、それとも刑法203条における刑法上の承諾に関する（各々の適用領域における）ルールを修正をもするのかについても、未解決のままにされている。しかしながら、データ保護法上の承諾の形式要件を、刑法203条による承諾についてまで、このように拡張することは、データ保護法上の許容規範を、刑法203条によって保護されている職業上の秘密への侵害へと適用することが否定されるのと同じ理由で受け入れられない。なぜなら、データ保護法と刑法という双方の規制領域は、独立して並存しているからである。これに対して、連邦データ保護法１条３項２号の文言は、すでに、法的に守秘義務を負うものに課される義務に「影響を受けない」ということを出発点としている。「影響を受けない」とは、双方——ここでは刑法203条と連邦データ保護法——の規定は、並存して有効なのであることを意味するのみで⁽¹¹⁴⁾、データ保護法上の諸々の規定が刑法上の要件を修正する、ということまでは意味していない。各々の規定によって保護される法益に鑑みると、刑法203条１項の所為客体は、個人に関するデータではなく、秘密である、ということもまた重大である。加えて、刑法203条において、刑罰に値する不法は、形式要件の不備にではなく、開示権限の不存在にある⁽¹¹⁵⁾。かくして、刑法203条と、連邦

(113) *Bongen/Kremer*, MDR 1991, 1031, 1032; *König*, CR 1991, 473, 474; *Körner-Dammann*, NJW 1992, 729, 730f; *Laufs/Uhlenbruck-Schlund* (前出注(5)), §76 Rn. 24; *Rieger*, MedR 1992, 147, 148; *Taupitz*, MedR 1991, 327, 330f.; *ders.*, MDR 1992, 421, 423参照。伝達と委託データ処理との相違については、*Bongen/Kremer*, NJW 1990, 2911, 2913。 *Lackner/Kühl*, §203 Rn. 18は、ここで検討した問題性への議論を行うことなく、連邦データ保護法４条２項の医師の秘密という領域への有効性について述べている。

(114) *Heyers/Heyers*, MDR 2001, 1209, 1212; *Klöcker/Meister* (前出注(36)), S. 23; *Meier* (前出注(17)), S. 187; *Simitis/Walz* (前出注(108)), §1 Rn. 185参照。

データ保護法の規定との関係については、「自律した 2 つの制限モデル (autonomen Zwei-Schranken-Modell)」と言われるのである⁽¹¹⁶⁾。それゆえ、連邦データ保護法 4 a 条による書面による意思表示は、個人に関するデータの処理に対する承諾についてのみに必要なのであり、その承諾は、データ保護法で規定されている以外の許容規範（例えば、委託データ処理機関）によってデータ処理が正当化される場合には、考慮されなくてもよい。

社会法もしくは病院法の規定が、特別な伝達義務を考慮に入れているか、もしくは形式要件を置いているかぎり、上記のものと同じ方法で解釈によって以下のことを確定しうる。すなわち、その規定が（とりわけ社会法 X67 条についての通説のように）データ保護法のみには帰属させられているのか（そしてそれゆえに、刑法 203 条による無罪のためには、少なくとも追加的に、秘密保持者の推認的決定が存在しなければならないのか）、もしくはその規定が——社会法 V 294 条、295 条、298 条についての通説のように——刑法 203 条の意味における開示権限をも規定しているのか、である⁽¹¹⁷⁾。データ保護に関する特別法上の諸規定が、刑法 203 条の意味における開示権限としてもまた効力を有する場合は⁽¹¹⁸⁾、例外である。それゆえ、データ保護法上の規範は、刑法 203 条

(115) 同旨、MK-*Cierniak*, §203 Rn. 60 ; Sch-Sch-*Lenckner*, §203 Rn. 24 a およびそこに掲載されたその他の文献。

(116) これについてはまた、Simitis/*Walz*（前出注（108））, §1 Rn. 185 : *Klöcker/Meister*（前出注（36））をも参照。医療の領域における典型的なデータの流れについて、この 2 つの線によって分析を加えるものとして、*Meier*（前出注（17））S. 354 ff. がある。実態的な解決モデルの発展に対しては、複合体双方の自律が重大な意義を有する。なぜなら、具体的事実においては、これによって、一方では承諾（形式を欠いていてもよい）が、203 条違反を正当化しうるし、他方では（さらに書面による承諾を得ることなく）データ保護法違反は、委託データ処理の構成や、他の「場所」へのデータ移動の防止によって排除されうるからである。（一定の安全確保要求と指示権限の遵守のように）特定の要件を標準化したうえで、データ保護法が承諾なき委託データ処理を許容する理由について、データ保護法上の刑罰の免除と、刑法上の免除との相違を詳細に検討し、分析を加えることは魅力的である。しかし、前提としている議論枠組では、これは不可能である。

(117) *Laufs*, *Arztrecht*, 5. Aufl. 1993, Rn. 445 ; LK-*Schünemann*, §203 Rn. 124 ; *Rogall*, *NStZ* 1983, 6, 7 ; Roßnagel/*Schirmer*（前出注（24））, 7.12/130 参照。これと明らかに異なるものとして、*Meier*（前出注（17））, S. 188（社会（福祉）法 67d 条に対する特別規範）参照。

違反への正当化に関して、何ら本質的な役割を果たさない。他の結論に至るためには、立法者が活動的であることが要求されるであろう。

g) かくして、問題となっている正当化規範への検討により、保健衛生機関において電子データ処理技術を使用する際に、正当化規範によって通知を不可罰とする余地は、個々の事例において、構成要件に該当しない漏示という領域と確実に区別されうる、という結論に至る。この結論は、承諾について、とりわけ、秘密の転送に対する（正当化的）承諾の時点、結節点、内容および有効要件は、法益保持者によって、秘密漏示の名宛人の範囲が詳細に記される際に相当な要件と必ずしも一致している必要はない、ということに基づいている⁽¹¹⁹⁾。秘密の伝達に対する承諾も、秘密漏示の名宛人の範囲を詳述することも、法益保持者の自己決定権に基づいているので、双方の解決モデルの結論が、あまり異なった結論には至ることはない。

III 結 語

保健衛生機関における現代の情報技術の使用により、今日、多くの諸事案において、医師および患者の秘密が、技術的かつ経済的な物的強制ゆえに、電子データ処理の領域に動員されている職員に知られるという結果になっている。このことから、そのかぎりで勤務している人々にとって、実際に、刑法203条に鑑みて、相当の可罰性リスクが生じている。

古典的な刑法解釈論を用いて、当該諸事案の一部に対して、適切な解決が展開されうる。すなわち、刑法203条の構成要件においては、特に、刑罰法規によって保護されている人々は、自らの秘密を、各秘密保持者に個人的に委ねているだけでなく、これらの勤務している特定の人々にも委ねている、という制限が正当化される。それゆえ、適切な諸事案においては、権限のない秘密の漏示は存在しないのである。この結論は、似たような範囲において、また、同じ

(118) (包括的には) バーデン・ヴェルテンベルク LKHG §49, Art. 27 Abs. 5 S. 2 Bayer. KHG (推定的承諾がある際の、前任・共同・後任の治療者への開示権限) 参照。

(119) より詳細な比較を行うには、多数の問題への分析が必要であり、それゆえ本稿との関係においては、不可能であろう。構成要件該当性を欠く開示の際——それゆえに結局は「委託」となる際——に、承諾能力と説明という要件がどの程度要求されるのかという問題設定のみが、模範的なものとなるであろう。

(すなわち同じく患者の意思を参考にする) 価値の基礎づけによって、正当化レベルでも、推認的承諾によって根拠づけられうる。とりわけ、刑法上の評価のために、医師と患者の間の秘密の領域において、情報の自己決定権に基づいて、推認的承諾を、めったにない例外的事案においてのみ認める、民法の判例の要件を緩和する場合に、そうなのである。それゆえ、特に、コンピュータ情報処理の領域における企業内部の職員による職業上の秘密へのアクセスは、刑法203条と相容れるものである。これに対して、——実際に中心的な——会社関係者以外の電子データ処理技術者へのデータ転送に対して、また、保健衛生機関におけるカスタマイズिंगおよびアウトソーシングの諸事案に対して、これらのアプローチは、法的に安定した解決を提供しない。このことは、データ保護法上、「委託におけるデータ処理」が承諾なしに可能であろう諸事案にも妥当する。

最初に述べた諸事案のより広い部分では、刑法203条によって保護された人々が、コンピュータ情報処理の領域において活動している人々および企業への自己の秘密の伝達に明示的に承諾している場合には、法的に安定した解決が可能である。このような承諾は、例えば、医師の清算データから民間医師の診療費精算所への伝達の際に、または、健康保険、災害保険および生命保険のデータから、——法的にも独立した——コンツェルン内部の保険計算センターへの伝達の際に、定着した。もっとも、そのような問題解決のための前提条件は、これらの承諾が明示的に表明されており、かつ、患者または保険利用者が、その前に、医師と患者との間の秘密の保持が義務づけられた自己のデータの、データ伝達および処理について、十分に情報を与えられていたという場合である。それゆえ、明確な承諾の表明に基づいて電子データ処理職員を動員することは、まず、ここで取り扱う問題の解決のための「王道」として現れる。その王道は、それゆえ、将来、適切な事案状況においても、歩まれるべきである。それは、その王道が、各法益保持者の自己決定権を考慮しているからである。

しかしながら、「承諾による解決策」に関しては、これらの解決が、すべての事案で実行可能ではないということも考慮されうる。したがって、相応の添え書に基づいてすべての顧客の承諾を得ることは、例えば、保険会社の計算センターのアウトソーシングに際して、実際にはほとんど不可能である。承諾していない顧客は除外されるか、または、その顧客のために特別な社内計算センターが設立されなければならない、という理由で、一連の純粋な「承諾による

解決策」は、この領域に存在するのであろうか。そのことは、アウトソーシングによって手に入れようと努められる合理化作用を再び失わせてしまうであろう。同じような方法では、健康保険会社の外部でアーカイブをする場合には、あらゆる（例えば、移転された、もしくは死亡した）過去の患者の承諾は不可能である。

しかしながら、このことは、「承諾による解決策」の唯一の欠点ではない。さらに、純粹な「承諾による解決策」による法益保持者の自己決定権の保持は、現代の大量取引においては、とりわけ以下の理由から問題がある。その理由とは、相応の承諾の表明は、通常、（保険経済においては、例えば、部門を越えて）標準化しており、また、当該法益保持者は、この承諾の表明の承認に向けての経済的強制および社会的強制に、たびたび抵抗しえない、というものである。それゆえ、患者または保険会社の自己決定権の保護は、現代の「大量取引」の諸事案において、実際には、法益保持者の自律に基づかずに行われているが、判例によって標準化された〔意思〕表示のコントロールを越えて、一般取引約款に関する法ならびに競争法およびデータ保護法の手を借りて行われている。しかしながら、この方法は厄介であり、常に適切な解決を結果としてもたらすわけでもない。それゆえ、現代のデータ保護法が、今調査しているこの領域において、承諾による解決に限定せず、例えば、委託データ処理の機関のような異なる手段を用いて、相応のデータ転送の前提条件を（例えば、必要な安全要求および指定権（Weisungsrechte）に関して）独立して規格化しているという偶然もないであろう。

最後に挙げられたこの視点を考慮する際には、必要な正当化規範の内部統制および具体化を、一般取引約款との結び付きにおいて、より多くの裁判所を経ての模範的なプロセスの途中ではじめて生み出すのではなく、直接、法律による具体化によって生み出すことが、当然であると思われる。そのような解決に有利に作用するのは、刑法203条が、通説によるその解釈において、そのような規定を、すでに、ある種の——具体化されたものであろうと——「補助者」についても含んでいるという事実だけではない。立法者による相応の決定の模範として、とりわけ、すでに何度か言及された、データ保護法上の、連邦データ保護法11条における「委託データ処理」も挙げることができる。それは、どのような条件の下で、コンピュータに貯蔵された個人に関するデータが、——保健医療領域からも——他の人々に転送されることが許されるかを定めているものである。保健衛生機関におけるデータ処理の特別な法律上の規制のさらな

る例は、様々な州病院法の中にある。

それゆえ、刑法203条の領域における、許された「電子データ処理の補助者」の同様の具体化は、経済および医療における関連領域の需要を法的安定性によって満たすのみならず、患者の権利を、「承諾による解決」によるよりも、ずっと効果的に保護するであろう。その際に規定されうるであろうものは、例えば、技術上の補助人員の動員の必要性、伝達された職業上の秘密の処理のための必要な技術上の保護措置、関係者に対する必要な解決のための必要条件、および、場合によってはその反論権である。その際、立法者は、以下のことがはっきりとわかっているなければならないであろう。すなわち、職業上の秘密保持者の場合に補助者を動員することの可罰性を基礎づける問題、および、刑事訴訟に関する問題が、ここで論じられた権限規範の範囲とは無関係であるが、この改正の機会に際して、同様に、規定されるべきである、と。それは、とりわけ、GKV 現代化法 [法律上の健康保険の現代化に関する法律] が、2003年11月14日に、ここですでに、刑事訴訟法97条2項第2文の差押え禁止の拡大を、電子データ処理職員業務者に対してもたらした後に、そうである⁽¹²⁰⁾。

それゆえ、相応のデータ保護法上の構想をよりどころとする刑法203条に対する——とりわけ電子データ処理技術の補助従業員に関する——「補助者による解決」の明確化は、現行法システムにおける異物を意味するものではない。相応の権限規範は、実際に、とりわけ、法的安定性を提供し、医療における情報技術の使用を軽減し、保健衛生機関における費用を下げ、かつ、——適切な規定を前提として——とりわけ患者の秘密保護を改善しうるであろう。そのような解決は、とりわけ医事法および情報法の調和のとれたバランスにも寄与す

(120) 2003年11月14日の「法律上の健康保険の現代化に関する法律 (GKV 現代化法)」によって、刑事訴訟に関する差押え禁止の観点が明確にされた。すなわち、社会法 V291a 条の意味における健康カードは、今や、一般的に (それを考慮することなく、その保管をしている者) 差押えを必要としないままであり、また、差押えを必要としない物は、今や、保護されている。それは、それらの物が、従業員の保管にある場合に明確にされたのである。それは、刑事訴訟法97条2項第2文において挙げられているもののために、人に関するデータを、収集し、加工し、または利用する。それに対して、刑事訴訟法53条、53a 条の領域において、立法者は無為にとどまっている。実体刑法上、立法者は、これまで、GKV 現代化法の枠内で、社会法 V307a 条によって、電子健康カードに含まれているデータへの権限のない介入を、刑罰の下におくことで満足していた。

るであろう。

【監訳者あとがき】

ここに２回に分けて訳出したのは、ドイツのマックス・プランク外国・国際刑法研究所所長であるウルリッヒ・ズィーバー教授が同研究所の前所長アルビン・エーザー博士の古稀祝賀論文集に寄稿された論文（原題は、*Ulrich Sieber, Der strafrechtliche Schutz des Arzt-und Patientengeheimnisses unter den Bedingungen der modernen Informationstechnik. Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, (SS. 1155-1183)*）である。医療情報の問題は、日本においても実に重要であるが、医事刑法の観点からの研究はまだ不十分であることから（甲斐克則「医療情報と刑事法」年俵医事法学22号（2007）87頁以下参照）、ズィーバー教授の承諾を得て訳出し、今後の議論の糧としたい。この論文は、早稲田大学大学院法学研究科の2006年度秋学期の私の授業で徹底的に検討して輪読したものであり、訳者はその当時の参加者である。当然のことながら、訳文については、監訳者がすべて責任を有することを付記しておく。なお、訳文中、圈点部分は、原文ではイタリック体である。最後に、翻訳を快諾していただいたズィーバー教授に謝意を表する。

（甲斐克則）