

ニーダーザクセン州の「公の安全と秩序に関する法」の 法改正について

菟原 明

I. はじめに

2009年の年が明けて間もなくのこの1月13日、クリスティアン・シュタルク教授から3本の論稿が送られてきた。現在、同教授は、ゲティンゲン大学定年退職⁽¹⁾後、1751年に創設されたゲティンゲン大学科学アカデミー (Akademie der Wissenschaften zu Göttingen) 総裁に選出され、2008年4月1日から4年間の任期でこれに就いている。

送られてきた論稿のなかの一本に、ニーダーザクセン州での2007年11月25日法による「公の安全と秩序に関する法律 (das Niedersächsische Gesetz über öffentliche Sicherheit und Ordnung =Nds.SOG)」改定に関する論稿„Das neue Recht polizeilicher Datenerhebung und -verarbeitung in Niedersachsen“, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl), 6/2008, S. 145–152が含まれていた。

連邦憲法裁判所は、2005年7月27日判決 (以下では、同判決と略記する) で、Nds.SOG 第33a条第2号および第3号 (遠隔通信の監視によるデータ収集) を、信書、通信および電気通信の秘密を保障する基本法第10条に合致せず、違憲、無効とした⁽²⁾。その理由は、形式的な観点においては (BVerfGE 113, 364ff.)、①基本法第19条第1項第2文の引用命令に違反していること、②ニーダーザクセン州立法者が立法権限を踰越していることに、実質的観点においては (BVerfGE 113, 375ff.)、③規範の特定性と規範の明確性 (Normenbestimmtheit und Normenklarheit) を要求する法治国家命令に違反し、また、基本権制限法律の適切性 (Angemessenheit) に関する比例性原則に違反すること、④絶対的に保障されるとされる私的生活形成の核心領域保護に違反すること、に求められた。シュタルクは、同判決に応答するニーダーザクセン州の同法改定に際して、報告者草案 (der Referentenentwurf) にもとづいて、ニーダーザクセン州内務・スポーツ省に、2006年および2007年に専門家として助言を与える機会をもった。シュタルクの本稿は、同判決を契機とする Nds.SOG 改定にかかわる諸問題を検討対象としたものである (以下、本稿からの引用は頁数のみを記す)。なお、ニーダーザクセン州の立法者は、2007年11月25日法 (GVBlS. 654) により、Nds.SOG を改定している。

この Nds.SOG 改定の主目標は、データ収集とデータ処理に関する Nds.SOG の諸規定を、①諸々の新たな挑戦に、とりわけテロリズムを通じてのそれに適応させること (なお、ドイツ

では、2006年6月、ローカル線列車 (Regionalzüge) にてトランク爆弾による重大なテロ行為の企てが発覚し、実行者は、フランクフルト中央駅構内のビデオ撮影を通じて即時に探知される、という事件があったとのこと)、そしてまた、②2005年7月27日連邦憲法裁判所によって違憲、無効とされたNds.SOGの第33a条第1項第2号および第3号(遠隔通信の監視を通じてのデータ収集)を、同判決へ適応させること、であった。結論先取的にいえば、シュタルクは、Nds.SOGの改定が概ね成功裡に両目標を達成している(ただし、①については若干の留保をとまう)と肯定的に評価しているといえよう。本小論は、シュタルクの本論稿の紹介もかねて、とりわけ、この二つの主目標に対して、ニーダーザクセン州がNds.SOG改定を通じてどのように応答したのか、また、シュタルクがそれをどのように評価したのか、をみることにする。とはいえ、紙数の関係でそれは概略的でしかなく、見出しも著者の付けたものではない。

- (1) 退職記念講演論稿につき、菟原明『『一般国家学 (Allgemeine Staatslehre)』の存在理由? —Ch. シュタルク教授定年退職講義』(法学研究所報第26号2006年3月)をみよ。
- (2) BVerfGE 113, 348: 本判決の評釈として、西原博史「予防的通信監視と通信の秘密・比例原則—ニーダーザクセン警察法改正違憲判決」〔ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008年)〕254頁がある。この問題と関連する連邦憲法裁判所判決としてとりわけ重要なのは、BVerfGE 100, 313: 本判決の評釈として、小山剛「戦略的監視の限界」(同編『ドイツの憲法判例Ⅲ』)247頁; BVerfGE 109, 279: 本判決の評釈として、平松毅「住居に対する高性能盗聴器による盗聴—「大盗聴 (Großer Lauschangriff) 判決」(同編『ドイツの憲法判例Ⅲ』)320頁; BVerfGE 110, 33 (税関刑事局事件); BVerfGE 115, 320 (網目スクリーン捜査)、である。このような「安全」(と「自由」)にかかわる憲法上の諸問題を検討する小山剛の一連の業績につき、西原博史・同評釈註(4)、(5)掲載論文参照。また、小山剛「憲法学上の概念としての『安全』」〔慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 公法I—慶應義塾創立150年記念法学部論文集』(慶應義塾大学出版会、2008年)〕325頁もみよ。本記念論文集には、葛西まゆこ(本学法律学科教員)「アメリカ憲法学における第二の権利章典 (The Second Bill of Rights) の位置づけ—憲法上の権利としての生存権の意義について—の予備的考察」(233頁)も収載されている。

II. 主要目的—その②について

(1) Nds.SOGの改定 (S.145) ニーダーザクセン州の立法者は、Nds.SOG改定により、同判決にどのように応答したのであろうか。改定された条項をみてみよう

同判決により違憲、無効とされた Nds.SOG 旧第33a 条第1項第2号、第3号の内容とは、第1項「警察は、遠隔通信の監視と記録を通じて、以下の者に関し個人関連データを収集できる。」

第2号「その者 (Personen) にあって、事実がその者が重要な意味をもつ犯罪行為を犯すであろうという想定を正当化する、その者に関してであり、この犯罪行為の訴追または防止に対する事前配慮 (Vorsorge) が他の方法では可能と思われない場合である。」ならびに、

第3項「これが第2号により犯罪行為の訴追または防止のための事前配慮に不可欠である場合には、第2号にあげられた者に接触する者および付随する者に関して。」、というものである。Nds.SOG は、違憲、無効とされたこの二つの号を削除し、新たに第1項を以下のように定め、また、新たに第3項が挿入され、従来の第3項が第4項となった。この新第3項は、同判決への直接的応答である：

第1項：「警察は、人 (Person) の身体、生命または自由に対する現在の危険を防禦するために、個人関連データを、遠隔通信の監視およびその記録を通じて収集できるのは、

- 1 事実関係の捜査が他の方法では可能と思われない場合には、第6条および第7条に列挙された者に関して、また、
- 2 これが物 (Sache) の捜査にとって不可欠である場合には、第8条に列挙された者に関する同条の要件のもとで、である。」

第3項：「第2項第1文第1号の措置 (遠隔通信の内容のデータ収集) は、個別的事件において事実上の手がかり (die tatsächliche Anhaltspunkte) にもとづき、その措置がもつばら、最高度に個人的として、私的生活形成の核心領域に算入され得る通信を捕捉することから発せられ得る限りにおいて、許容されない。このような手がかりが後に明らかとなる場合には、この措置は、中断されねばならない。第35a 条第3項第2文および第3文は、準用される。」

ちなみに、新第35a 条第3項第2文および第3文とは、「……この措置を通じて私的生活形成の核心領域のデータが捕捉される場合には、このデータは、蓄積され、改変されまたは利用されてはならない；これに相応する記録は、遅滞なく消去されねばならない。私的生活形成の核心領域のデータが収集されたという事実およびこのデータの消去は、文書で証明されねばならない。」、である。

本改定第3項において、とりわけ問題となるのは、「私的生活形成の核心領域」との文言の意義の検討であろう。

(2) Nds.SOG 新第33a 条第3項 (S. 145f.) (a) 私的生活形成の核心領域にとって重要なデータ保護同判決は、Nds.SOG 第33a 条が、遠隔通信の監視に対する授權は、私的生活形成の絶

対的に保護される核心領域への介入を回避する目的のために十分な手段を講じていない (BVerfGE 113,390)、と判断した。それとともに、同判決は、この核心領域に属さないのは、「具体的な可罰的行為と直接関連する、たとえば、差し迫った (bevorstehend) 犯行計画に関する指図または犯された犯罪行為に関する報告といったような通信内容である」(BVerfGE 113,391)とも判示したが、この言述が、技術的な装置による居住空間の監視だけでなく、遠隔通信の監視にも妥当するとすれば、これが誰の間(例：夫婦、親子その他信頼できる者)で会話されたとしても「核心領域」には属さない。だが、問題なのは、盗聴される会話内容が確実に予見可能ではなく、遠隔通信が私的生活形成の核心領域から捕捉される、というリスク (Risiko) があるという実際の困難がある場合であろう。これにつき、連邦憲法裁判所は、①このリスクは、危殆化された法益の特別高位な順位に際してと、②将来の犯罪行為の実行との直接的な関連を推知させる具体的な手がかりを通じて特徴づけられる情況に際しては、場合によったら憲法上受忍されるべきである (BVerfGE 113,392) と述べることで、比例性審査を要求している。シュタルクは、Nds.SOG 新第3項が同判決のこの二つの要請を正当に評価している、という。その理由として彼があげるのは、第一に、人の身体、生命または自由の保護が問われ、これでもって、特別高位の法益 (基本法第2条第2項) が示されており、第二に、上記の法益に対する現在の危険の防禦が問題とされねばならない、である。ちなみに、「現在の危険」とは、Nds.SOG 第2条第1号bによれば、「損害的な事件 (das schädige Ereigniss) の作用がすでにはじまったか、あるいは、この作用が直接かすぐさまに確実性に類する蓋然性をもって差し迫っている危険」である。

(b) 「もっぱら (ausschließlich)」 シュタルクは、第3項にいう「もっぱら」という副詞のもつ重要性を強調する。その理由として彼が説くのは、この副詞がなければ、Nds.SOG 第35a条第3項に従い、(遠隔通信の監視の) 中断を実現するために、会話が最高度に個人的な事柄 (例：異性・同性関係、その他の親密関係) で始められ得ることとなる、ということである。それはまた、このような会話形態を通じて、会話当事者は、警察にとって重要な通信を「妨げられることなく」行い得ることにもなる。しかし、第33a条第3項は、このような中断の必要性を排除することに成功している。シュタルクはいう、「核心領域にとって重要な会話と並んで、警察にとって重要な会話も行われている、ということに対する具体的な手がかりがあるならば、このことは、『遠隔通信の監視』という探知方法の排除に帰着し得ない」、と。同判決も、これと同一方向にあることを、①会話経過に関する予測の不確実性、②危殆化される法益の特別高位な順位、③犯罪行為の将来の実行に向けての直接的な関連性を推知させる具体的な手がかり、といった諸観点のもとでは、盗聴措置が私的生活形成の核心領域からの通信を捕捉する、というリスクは受忍されねばならない (BVerfGE 113,392)、との言述が示して

いる。

(3) Nds.SOG 第35a条の介入要件 (S. 146f.) シュタルクは、Nds.SOG 第35a条は、技術的手段の秘匿された使用 (der verdeckte Einsatz) を通じてのデータ収集を、とくにまた住居におけるデータ収集を規律していた旧規定に較べて、介入要件を、以下3点で狭めていることを指摘する。すなわち、①第35a条第1項第1文第2号：住居の監視に際しては、重要な (erheblich) 意味をもつ犯罪行為の実行の危険だけではもはや十分とはいえない。むしろ、「特別重大な (schwer wiegend) 犯罪行為」が問われねばならない。特別重大な犯罪行為がなにかは、Nds.SOG 第2条第10号 a-k で確定的に (abschließend) 規定されている。②第35a条第1項第1文第1号、第2文第2号および第3号は、住居における盗聴を、そこに居合わせている個人を顧慮して制限する。③核心領域の保護は、第35a条第2項第1文において以下のように規律されている：「この措置は、事実上の手がかりにもとづき、とりわけ監視すべき部屋 (Räumlichkeiten) の種類 (Art) および監視すべき個人 (Person) 相互の関係につき、監視を通じて私的生活形成の核心領域に帰属させられ得る経過 (Vorgänge) は、捕捉されない、ということが想定され得るかぎりにおいてのみ命じられ得る。」

(4) 抑制的居住空間の監視と予防的居住空間の監視における憲法上の規準の差異 (S. 147)

シュタルクは、Nds.SOG の介入目的が基本法第13条第4項の「予防的 (präventiv)」危険防禦にあるとして、同第13条第3項および刑事訴訟法での刑事訴追のための「抑制的 (repressiv)」介入とは異なる、と捉える。同判決は、秘匿された技術的手段の使用を通じての居住空間の監視に関係しておらず、これに関しては、大盗聴に関する連邦憲法裁判所判決 (BVerfGE 109, 279) が決定的であるとされるが、とはいえ、それは、「抑制的」措置を問う基本法第13条第3項および刑事訴訟法の諸規定に関するものであり、「予防的」危険防禦措置 (基本法第13条第4項) を問う Nds.SOG とは異なる。すなわち、シュタルクは、住居への介入の憲法上の授権を、「抑制的」な、刑事訴訟法の介入とでの、「予防的」な、警察上の介入とでの諸要件を対置し、以下5つ面で抑制的介入が予防的介入よりも厳格な規準のもとにあるという。

①抑制的介入は、3名の裁判官で占められる裁判官団 (Spruchkörper) によって命じられる一危険が差し迫っているときにだけ、この決定は、個別の (einzeln) 裁判官が下し得る一方、予防的介入は、1名の裁判官を通じて命じられる一危険が差し迫っているときは、別の法律上規定された官署も命令を下し得る。いうまでもなく、これは、裁判官の確認が必要である。

②抑制的介入に際しては、聴覚的な監視だけが許されるが、予防的介入に際しては、一般的な「技術的手段」、それ故また、ビデオ監視も許される。

③抑制的処置は、法律で個別的に規定された特別重大な犯罪行為を何人であれ実行した、と

いう嫌疑を前提とするが、予防的に、公の安全にとって、とりわけ公共の (gemein) 危険や生命の危険にとって差し迫った (dringend) 危険の防禦に向けての処置は、許される。

④抑制的措置の要件は、被疑者がおそらく (vermutlich) 住居に滞在している、ということである。予防的措置は、差し迫った危険の防禦に向けて行われるが、この時点では、まだ被疑者はいない。

⑤抑制的措置の要件は、基本法第13条にふれない、別の事実関係の探知 (Ermittlung) を顧慮して特別な比例性審査であるが、一方、予防的措置に際しては、ただ一般的な比例性原理が妥当するにすぎず、一切の基本権介入は、このもとにある。

この両者の5つの面での介入の違いは、以下のように確認されるであろう。「抑制的介入」では、捜査され、処罰されるべき犯罪行為が行われたという点にあり、このために必要な機器は、具体的な事実関係に関連づけられ、特定の目的に向けて使用されるが、「予防的介入」は、差し迫った危険の防止という点にある。この危険は、明瞭に予測可能な特定の犯罪事実として描出されず、脅かされている法秩序の侵害を防護すべきであり、これに適切な機器は、速やかに見出され、使用されねばならない。それ故、予防的な措置にとっての要件は、抑制的措置のための要件よりも狭く理解されない、ということである(3)。

(3) 警察法上の危険概念の変遷につき、vgl.M.J.Pils, Zum Wandel des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht -Oder : Wie viele Körner bilden einen Haufen?, in : DÖV22/2008, S. 941ff.

(5) Nds.SOG 第2条第10号 (特別重大な犯罪行為) (S. 147) それでは差し迫った危険を防止すべき予防的介入は、いったいどのような犯罪行為に対して許されるのか、が当然問題となろう。この点につき、シュタルクは、Nds.SOG が予防的危険防禦を目的とすることを前提にして、Nds.SOG 旧第35条第2項第1号の「重要な意味をもつ犯罪行為 (eine Straftat von erheblicher Bedeutung)」との文言が、新たに第35a条で「特別重大な犯罪行為 (besonders schwer wiegende Straftat)」と改定されたが、この「特別重大な犯罪行為」とは、Nds.SOG 新第2項第10号での犯罪行為のカタログと関連づけることで識別可能である、という。同号は、11の犯罪行為を列挙するが、そこでは、公の安全に対する単純な危険だけではなく、公の安全に対する重要な (erheblich) 危険、重大な (schwer) 危険、それどころか最も重大な危険も記されている。シュタルクは、このような立法化のうちに、ニーダーザクセン州の立法者が住居の不可侵への介入の重大さをはっきりと識別可能に埋め合わせ、そして、この法律上の定式化においてすでに、比例性原則を正当に評価しようとのぞみ、これに成功している、と論じる。

(6) Nds.SOG 第35a条第3項第1文 (会話監視の中断) (S. 147f.) 同第1文によれば、措置

(住居における隠された技術的手段の使用)は、私的生活形成の核心領域がデータ収集によって捕捉される場合には、中断されねばならない、と定める(前記第35a条第2項および第3項もみよ)。ところで、私的生活形成の核心領域における会話が監視されてはならず、開始された盗聴措置が中断されねばならない、とまず最初に法律上規定されるならば、犯罪行為の謀議や、犯罪行為の計画に関する居住空間での会話を、たとえば、異性愛的、同性愛的な内密会話でもって始め、やり通すことは当該仲間内では簡単であり、その結果、継続的な盗聴は不可能となる。このような諸困難と連邦憲法裁判所は、2004年3月3日判決では対決せず、また、2005年7月27日同判決では裁断しなかった。シュタルクは、しかし、ニーダーザクセン州の立法者は、Nds.SOG 新第35a条第3項でもって、これら諸困難を適切に(angemessen) 顧慮し、①可能なかぎり私的生活形成の核心領域に関わる会話を監視しないこと、②第35a条第1項で示された重大な危険と直接的な関連をもつ会話の監視の可能性、という規律責務を、人間の尊厳と結合された私的生活形成の核心領域を保護するとまさしく同様に、公共(Allgemeinheit)に対する最も重大な危険と同時に、多数の個人に対するそれをも防止するという州(Staat)の義務を顧慮し、最終的には、これらすべてが管轄権をもつ官庁にとって所掌可能である、とする法律上の定式化に成功している、と評価する。

(7) その他のNds.SOGの課題について(S.148f.) シュタルクは、さらに、①公共的な催しや公共的空間での技術的手段の使用を通じてのデータ収集(Nds.SOG 第32条)、②比較的長期にわたる隠された人物観察を通じてのデータ収集(Nds.SOG 第34条)、信頼する者の利用を通じてのデータ収集(Nds.SOG 第36条)、および、④身分を秘匿した探知者を通じてのデータ収集(Nds.SOG 第36a条)、等の重要な問題点につき詳述しているが、紙数の関係で省略する。

Ⅲ. 主要目的—その①について

ここでもっばら問われるのは、いわゆる「テロによる」犯罪行為(と、それと同等の重大な犯罪行為)の防禦のための監視措置の可能性について、である。

(1) Nds.SOGにおける現在の危険ではない危険の克服(S.149f.) テロによる危険やそれと同等の重大な危険にあつて、通例、現在の危険(その定義につき、前記Nds.SOG 第2条第1号b)が問われるのではない。テロ行為(Terrorakt)が重大であればあるほど(je schlimmer)、それは、ますます長期的かつ念入りに(desto länger und gründlicher) 準備される。この場合、官庁は、現在の危険を待つてではなく、この危険に対し何らかの予防的措置をとることで危険防止を企図せざるを得ない。そうであれば、監視措置は、すでに危険の現在性に先行して命じられ得ることが必要となる。Nds.SOGは、これに備えるに、以下の条項をもつ。すなわち、①長期間の探察を通じて(Nds.SOG 新第34条第1項第2号)の、信頼する人物の利用を通じ

て (Nds.SOG 第36条第1項) の、また、身分を秘匿した探知者の利用を通じて (第36a 条第1項) のデータ収集のために、人物の観察が規定される：「これらの人物にあって、事実 (Tatsachen) が、彼らが重要な意味をもつ犯罪行為を実行するであろうことを、そして、この犯罪行為の防止が他の方法では可能と思われない場合には、この想定 (Annahme) は正当化される」と (Nds.SOG 新第34条第1項第1文第2号)。

②居住空間の監視を通じてのデータ収集は、現在の危険の防禦に向けてだけでなく、また「ある人物が特別重大な犯罪行為 (besonders schwer wiegende Straftat) を実行するであろう危険の防禦へ向けて」も許容される (Nds.SOG 新第35a 条第1項第1文第2号)。さらに、③別のデータ収集手続に対する居住空間の監視に際しての犯罪行為の重大性についての強化 (Verschärfung) は、刑事訴訟法にしたがう住居の監視についての連邦憲法裁判所の判決に依拠する (BVerfGE 109, 279, 344ff.)。いうまでもなく、ここで問題となる「危険」概念は、Nds.SOG 第2条第1号 b にいう現在の危険概念ではなく、「現在の危険ではない危険」、すなわち、Nds.SOG 第2条第1号 a にいう「具体的な危険、すなわち、個別の事件において、近いうちに公の安全または秩序に対する損害が生じるであろう、という十分な蓋然性がある事態」であり、危険は、同号 c では、「客観的に (sachlich) 高められて重大な危険」として、また、同号 d において「身体および生命に対する危険」として現れている。

さらに、住居への予防的な、警察上の介入を規律する基本法第13条第4項がいう「差し迫った (dringend)」危険とは、裁判例 (BVerfGE 47, 31, 40 ; LVerfGE 11, 265, 285f.) と支配的な学説によれば、現在またはただちに現れるという意義での時間的契機ではなく、脅かされている損害の範囲を目指している、と捉えられているようである。

(2) Nds.SOG 新第33a 条第1項の補完の勧告 (S. 150) シュタルクは、Nds.SOG 新第33a 条では、遠隔通信監視を通じてのデータ収集の授権に際して、まだ現在のとはいえないが、迫りくる (abzeichnend) 重大な危険の防禦の可能性が欠けている、という。そして、憲法上上の評価からすれば、住居の不可侵 (基本法第13条) への介入は、郵便の秘密や電気通信の秘密よりも、いっそう重大である (schwerer wiegen) ことから、Nds.SOG 新第35a 条第1項第2号に適合する規律は、憲法の枠組みにとどまっている。そこから帰結するのは、テロによる攻撃は、念入りに準備され、そして、危険防禦という国家の責務は、盗聴措置が許容されるに先立ち、危険の現在性または損害の発生が差し迫っているにちがいない場合に、まさしく麻痺させられてしまうであろう、ということである。そうであれば、Nds.SOG 新第35a 条第1項第2号による居住空間の監視は許容されるが、しかし、遠隔通信の監視は許容されない、ということもあり得ない。より些細な介入が許されないが故に、より重大な介入が取られるはずである場合には、比例性原則違反となる。このような理由から、シュタルクは、Nds.SOG 新第33a

条を、第35a条第2項第1文の第二の要件のために補完することを勧める。すなわち、第33a条第1項：「警察は、人の身体、生命または自由にとっての現在の危険の防禦につき、あるいは、人が特別重大な犯罪行為を実行するであろう危険の防禦につき、個人関連データを、遠隔通信の監視と記録を通じて収集することができる。」、と。

(3) 公共の催しおよび公共空間でのビデオ監視 (S. 150f.) さらに、テロによる危険防禦のために公共 (での催しや場所) でのビデオ撮影とその記録 (の転送) が、問題となる。この場合、ビデオ監視の本来の課題は、テロ行為に鑑みれば、(駅、空港等の) 通路場所で、実行場所にとっての重要な (erheblich) 危険を識別する、という点ある。ビデオ監視は、①計画された犯罪を識別する、②犯罪行為者の威嚇を目的とし、そして、③場合によつたら阻止されない犯罪を後に捜査することを可能とする、そのほかに、④住民の安全感情を強化する、という役割がある、といわれる。シュタルクは、イゼンゼーの一文を引用しつつ、「憲法は、市民の安全を維持するという責務を与えているが故に、『安全を保障する規範は、立法者にとって任意に処理できるのではなく、一定の方法で憲法を通じて決定され、また正当化される』(Josef Isensee, Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 111 Rn. 85)」、と。

シュタルクはまた、「公共的に接近できる場所での映像撮影や、場合によってはその記録も、危険が認識されなかったかぎりにおいて (sofern)、ないしは、その危険が危険の防禦または刑罰の訴追に向けてもはや必要とはされないかぎりにおいて (soweit)、撮影が消去されることが保障される場合には、そこに偶然居合わせた人の基本法第2条第1項を通じて保護される領域への重大な介入はない。映像撮影や記録が消去されないかぎりにおいて、それらは、Nds. SOG 第1条第1項で定められたとは別の目的に向けて、使用されることがあってはならない。そのかぎりにおいて、Nds. SOGのごく最近の改定に際して、実効的な手段を、重大な危険の識別に向けて開く (eröffnen) ことは、なおざりにされてしまった」、ともいう。

(4) 介入権限について (S. 151f.) Nds. SOG 第1条第1項第1文は、犯罪の訴追のための事前配慮はもはや一般的に警察の責務には属さない、というように改正された。そのかぎりにおいて、同判決 (BVerfGE 113, 369-375) の、各州は、警察に犯罪行為の訴追のための事前配慮目的に向けての遠隔通信の監視を授權する権限をもたない、ということが考慮された。しかし、遠隔通信の監視以外の刑事訴訟法上のデータ収集措置もあることからすれば、刑事訴追の事前配慮そのものをニーダーザクセン州警察法で規律することは、得策ではない、とシュタルクは判断する。

連邦憲法裁判所によって同判決では、ただ、刑法第129条、第129a条が捕捉する (犯罪的なまたテロ行為上の結社の形成) かぎりにおいてのみ、予備行為 (Vorbereitungshandlungen)

は捉えられ得ている。要するに、刑事訴追の事前配慮は、わずかに危険防禦責務の副次的効果（Nebeneffekt）としてのみ可能である。実践的には、このことは、警察は、事後の刑事訴追を可能とするために、駅または駅前広場（この場合は、連邦警察）でビデオ撮影を行ってはいらないのではなく、ただ、危険すなわち犯罪行為を防止するためにだけ、撮影を許される、ということの意味する。これに対してシュタルクは、批判的な結論を提示する。すなわち、「予防であることすべては、Nds.SOG 第38条、第39条の枠内において、事後に刑事訴追するために利用されるが、しかし、それは、もはや唯一、刑事訴追の事前配慮と宣言されてはならない。だがしかし、危険防禦の優位は、犯罪行為または未遂（Versuch）の完成後の防禦の失敗に際して、危険防禦に際して集められたデータを刑事訴追のために利用することを排除しない。別様に定式化すれば：『予防であること、また、事後に刑事訴追のために利用され得ることすべては、警察の責務に属する。』」、と。

IV. おわりに

シュタルクの本稿は、連邦憲法裁判所同判決によって、ニーダーザクセン州の「公の安全と秩序に関する法律」前述諸規定が違憲、無効と判断されたが、これに対して、同州がどのように対応したかを知るうえで貴重な資料といえよう。シュタルクの本稿でも展開された、特別重大な犯罪行為（テロ行為等）に対する予防的危険防禦（安全の確保）措置と基本権（自由）の保障との間のバランスを、憲法上、また、法律上どのようにとるか、また、とれるのか、憲法学における深刻な現在の課題の一つがここにある。〔2009年1月30日提出〕