

〔論 説〕

過去の制憲権と現在の司法権

—ロバーツ・コートの修正2条論を手がかりに—

藤 井 樹 也

はじめに

日本では近年、立憲主義の語が一種の流行語となり、関連する諸問題に新たな関心が向けられるようになった。そのようななかで、従来の憲法学説が本格的検討を避けてきたと思われる論点の一つに、本稿では目を向きたい。すなわち、憲法の制定期にあっては、諸個人の利益や国家の存立にとって不可欠である等の理由により政策的合理性を有していた憲法規定が、その後数十年、数百年の時間を経て、諸事情の変化（または制憲時の特殊事情の変更）を受けて政策的合理性を喪失し、現在では諸個人の利益や国家の存立に対するマイナス面が無視できなくなるなど、政策的に不当・不合理な憲法規定と評価されるに至った場合に、とりわけ司法部門にとって、どのような対応が立憲主義にかなうのかという問題である。

本稿のテーマとなるアメリカ連邦憲法修正2条は、アメリカ連邦が国家として形成されて間もない1791年に成立した古い憲法規定であるにもかかわらず、近年になって顕著な意見の対立を招いており、大統領選挙に際しても重要な争点の一つとされている。この規定に関連して、大沢秀介は、アメリカの立憲主義について分析した近時の論稿において、「最近アメリカで合衆国憲法の世界的影響力が低下しているという指摘のあることが注目される」と述べ、その根拠の一つとして「『銃を所持する権利』などのように古いこと」という理由が挙げられていることを指摘している¹。この指摘は、過去の制憲権によって憲法典に組み込まれた古い憲法

規定の存在が、立憲主義との関係で、現代の司法権にとって困難な課題を突きつけることを物語っており、日本における同種の問題を考えるうえで、アメリカ憲法修正2条が提起するさまざまな難問を考えることは有益な営みとなろう。

以下、本稿の前半では2000年代の連邦最高裁判決による *Heller I* 法理の形成過程を、後半では *Heller I* 法理の具体化状況を概観し、最後に若干のコメントを加えることにする。

1 *Heller I* 法理の形成

(1) *Heller I* 判決以前の状況

アメリカ連邦最高裁は、2008年の *District of Columbia v. Heller* 判決（以下、*Heller I* 判決）²で、修正2条の規範内容に関する判断を示した。それに至るまでの間、すなわち同条が1791年に成立して以降2世紀を超える期間においては、修正2条に関する断片的な判断を時折示すにとどまっていた³。

比較的の早期の事例として、19世紀後半の3事例がある。第一に、1876年の *United States v. Cruikshank* 判決⁴は、1873年にLouisiana州で発生した白人による黒人に対する大量殺傷事件（*Colfax Massacre*）に関わる裁判の一つにおいて、加害者らが1870年の *Enforcement Act* に違反して、被害者らの武器を携帯する権利を含む憲法上の権利を剥奪するために集合・共謀した罪に問われた事例に関する判断であった。連邦最高裁（*Waite* 法廷意見）は、修正2条が連邦議会による侵害に対する保障を超えるものではないと指摘し、私人による侵害行為からの保護は各地の立法により内部警察権に委ねられるべきであるとして、被害者らの武器携帯権の侵害に関わる訴追を斥けた。

第二に、1886年の *Presser v. Illinois* 判決⁵は、Illinois州の正規の志願制

1 大沢秀介「アメリカにおける『立憲主義』」法学教室 428号 16頁、22頁（2016）。

2 *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

3 *Heller I* 判決以前の諸事例については、高井裕之「合衆国憲法修正2条をめぐる最近の議論について」産大法学 30巻3・4号 40頁、55～59頁（1997）を参照。

4 *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1876).

民兵組織または連邦軍に属しない者が、州知事の許可を受けずに軍事的組織を結成して武装集団に参加し行進・訓練を行ったとして、当該行為を禁止する同州法違反の罪に問われた事例に関する判断であった。連邦最高裁（Woods 法廷意見）は、*Cruikshank* 判決に依拠して修正 2 条が州の権限でなく連邦議会・連邦政府の権限を制限するにとどまることを指摘して同条違反の主張を斥けるとともに、本件州法は修正 14 条が保護する連邦市民の特権・免除を侵害していないこと、および、本件州法がデュー・プロセス侵害にあたらないことは明白であることを指摘した。

第三に、*Miller v. Texas* 判決⁶は、殺人罪により州裁判所で死刑判決を受けた者が、連邦最高裁に上訴した事例に対する判断である。上訴人は、公道でピストルを携行した行為の処罰根拠とされた、危険な武器の携行を禁止する Texas 州法が、修正 2 条に違反するという主張を上訴理由の一つとしてあげていた。連邦最高裁（Brown 法廷意見）は、修正 2 条が連邦政府の権限のみを制限するものであって州裁判所では援用できないとして、修正 2 条違反の主張を斥けた。すなわち、19 世紀後半の 3 事例はいずれも、修正 2 条が連邦政府に対する制約であることを強調する一方で、修正 14 条への編入問題に関する議論は未成熟な段階にあったことができる。

その後の事例として、1939 年の *United States v. Miller* 判決（以下、*U. S. v. Miller* 判決）⁷がある。この事例は、銃身 18 インチ未満の二連式散弾銃（ショットガン）を Oklahoma 州から Arkansas 州へ輸送した者が、輸送にあたって当該銃器を登録せず、また、必要書類に譲渡税 200 ドルの納付を証明する印紙を貼付しなかった行為が、1934 年全米銃器規制法（National Firearms Act; NFA）違反に問われたものである。連邦最高裁（McReynolds 法廷意見）は、①銃身 18 インチ未満の散弾銃の保持・使用とよく規律された民兵の維持・効率化との間に合理的関係があることを示す証拠がないので、修正 2 条が当該武器を保有・携帯する権利を保障しているとはいえないこと、②修正 2 条が民兵の維持・実効化を目的として制定されたことを念頭に同条を解釈・適用する必要があること、③制憲期には常備軍に対する反感が強く、兵士よりも主として市民からなる民兵に

5 *Presser v. People of State of Illinois*, 116 U.S. 252 (1886).

6 *Miller v. Texas*, 153 U.S. 535 (1894).

7 *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

よって適切な国防が保障されるという観念が一般的であったことを指摘して、修正2条違反を認定した連邦地裁による原判決⁸を破棄した。

以上に加え、連邦政府による銃規制が修正2条でなく州際通商条項との関係で問題となった近年の事例として、United States v. Lopez 判決⁹がある。この事例は、Texas 州内の高校に拳銃と弾丸を持ち込んだ被告人(12歳)が、スクール・ゾーン内で銃器を所持する行為を連邦法上の犯罪と定める1990年ガン・フリー・スクール・ゾーン法(Gun-Free School Zones Act; GFSZA)違反に問われたものである。連邦最高裁(Rehnquist 法廷意見)は、本件規制が州際通商ルートの規制、州際通商の手段・対象物品に関わる規制、州際通商に実質的に影響を及ぼす行為に対する規制のいずれにも該当しない等として、連邦議会の州際通商規制権限を逸脱すると判断した。

以上のように、*Heller I* 判決以前にあっては、連邦最高裁は修正2条の法意について正面から明確な判断を示していたわけではなかった。*U.S. v. Miller* 判決は、修正2条の保護対象を民兵による軍事使用に役立つ武器に限定したと理解可能であるが、具体的にどのような武器がそれに該当し、銃身18インチ未満の散弾銃以外のどのような武器が修正2条の保護対象外となるのかという点が、明確にされたわけではなかった。また、同判決が個人権説をとったのか集団権説をとったのかという点も明確ではなく、「いずれの読み方も可能」¹⁰という評価がなされ、個人権説が支配的な立場を確立してきたわけではなかったのである。

(2) *Heller I* 判決

このような背景の下で、連邦最高裁が修正2条の規範内容に関する本格的な検討を加えたのが、2008年の *Heller I* 判決であった¹¹。この事例は、

8 United States v. Miller, 26 F. Supp. 1002 (W.D.Ark. 1939).

9 United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995). 同判決を紹介・検討する文献として、中村民雄「最近の判例」アメリカ法1996-1号161頁(1996)を参照。

10 高井・前掲注(3)59頁。

11 *Heller I, supra*, 554 U.S. 570. 同判決を紹介・検討する文献として、別注に掲げた文献のほか、藤井樹也「アメリカにおける銃規制と連邦最高裁判所」成蹊法学71号71(25)頁(2009)、会沢恒「英米法判例研究」北大法学論集60巻2号644頁(2009)、Shawn Huizenga「銃規制と合衆国憲法第2修正の解釈—District of Columbia v. Heller を題材として」近畿大学法学57巻2号109

自宅で拳銃を所持するための登録が認められなかった原告らが、その根拠とされた Columbia 特別区（以下、D.C.）の制定法が修正 2 条違反にあたることを主張して、その執行差止を求める訴えを提起したものである。同法は、未登録銃器の所持を禁止し、ピストルに関しては新たな登録を原則禁止するとともに無許可携行を禁止し、登録済みの長銃（ロングガン）等の銃器に関しては弾丸を抜いて分解するか、トリガー・ロックで引き金を固定するなどして保管することを義務づけていた。連邦地裁が本件訴えを却下した¹²のに対し、連邦控訴裁（D.C. Cir）は、拳銃の所持を禁止し、銃器が自宅で機能しないようにする本件規制は、修正 2 条によって保障される個人の銃器所持の権利を侵害すると判断した¹³。

以上の事例に関して、Scalia 法廷意見（Roberts, Kennedy, Thomas, Alito 同調）は、大要以下の理由により、本件規制が自己防衛に適用される限りで修正 2 条違反にあたることを判断した。

- ① 修正 2 条の前半部に書かれた目的は、後半部の射程を限定も拡大もしないので、民兵の活動に関わりなく、銃器を所持し自宅での自己防衛のために使用する個人の権利が保障される。
- ② 修正 2 条制定期の用例に照らすと、人民の権利とは個人の権利を意味し、民兵とは共同防衛に参加するすべての男性を意味した。歴史的証拠もこの解釈を裏づける。
- ③ 「通常の軍事的装備」という用語を使用した *U.S. v. Miller* 判決は、修正 2 条の保護対象を軍事用兵器に限定したのではなく、民兵が召集される際に通常用意される武器、つまりその時代に「一般的に使用（in common use）」される種類の武器に限定したにすぎない。
- ④ 修正 2 条が保障する権利も無制限ではない。秘匿の禁止、重罪犯や精神病患者による所持の禁止、学校・政府庁舎等への携行の禁止、

頁（2009）、富井幸雄「最近の判例」アメリカ法 2009-1 号 153 頁（2009）、富井幸雄「第 2 修正：個人の武器所持権」樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太編『アメリカ法判例百選』106 頁（2012）、勝田卓也「コロンビア特別区の厳格な銃規制が合衆国憲法第 2 修正を侵害するとした最高裁判決」法学雑誌 57 巻 2 号 1（286）頁（2011）を参照。

12 Parker v. District of Columbia, 311 F.Supp.2d 103 (D.D.C. 2004).

13 Parker v. District of Columbia, 478 F.3d 370 (D.C.Cir. 2007).

「危険かつ特殊な武器 (dangerous and unusual weapons)」の禁止は可能である。

- ⑤ 自己防衛の権利が修正 2 条の核心にあること、拳銃はアメリカ人に最も選好されている一般的な防衛用の武器であること、自宅は自己防衛の必要性が最も高い場所であること、本件規制がとくに厳格な規制であることから、拳銃所持の禁止とトリガー・ロック等の要求は、修正 2 条違反である。

以上に対して、Stevens 反対意見 (Souter, Ginsburg, Breyer 同調) は、修正 2 条の条文および制定史を根拠に、同条が保障するのは州の民兵を維持するための軍事的な武器保有であると主張した。また、Breyer 反対意見 (Stevens, Souter, Ginsburg 同調) は、個人の自己防衛権を認める法廷意見を前提としても、本件規制は修正 2 条に反しないと主張した。

このように、*Heller I* 判決は、歴史的証拠をもとに個人権説に基づく修正 2 条理解を裏づけようとしており、Scalia 裁判官のオリジナリズムとの関係でも注目される。もっとも、Stevens 反対意見もまた、歴史的証拠に依拠して異なる結論を正当化しようと試みていることから、オリジナリズムの方法論を採用したからといって、直ちに客観的な結論を正当化できると考えるのは早計であり、オリジナリズムのヴァリエーションによって結論が左右される部分があることにも注意が必要である¹⁴。さらに、具体的な規制が修正 2 条違反に該当するかどうかを判断する審査基準も明示されていない。Breyer 反対意見は、本件規制が修正 2 条に反しないと主張したが、Scalia 法廷意見もまた、例外的に銃規制が可能な場合が存在することを認めており、両者の相違を修正 2 条の制約が許される範囲・程度の違いとみることも不可能ではない。このことから、*Heller I* 判決は、具体的な銃規制のうち、修正 2 条のもとでどの規制が許容されどの規制が許容されないのかという、實際上極めて重要な問題の多くを先送りしたと評価することも許されよう。この時点では、修正 2 条による制約が修正 14 条を

14 Scalia 法廷意見による歴史的証拠の取扱いに恣意的な部分がみられることを指摘する文献として、青山武憲「最近の連邦最高裁判所による『武器携帯権』に関する判決—District of Columbia 対 Heller」日本法學 76 卷 1 号 29 頁 (2010)、団上智也「A. スカーリアの原意主義における理論と実践—ヘラー判決を素材として—」憲法論叢 18 号 55 頁 (2011) を参照。

通じて州・地方政府に対しても妥当するののかという点も明らかにされていなかった。Cass R. Sunstein は、*Heller I* 判決のオリジナリスト的な傾向とともに、プライバシー権に関する *Griswold v. Connecticut* 判決¹⁵と同様、新たな問題に関する射程を限定した判断を示したにとどめ、多くの問題を将来に委ねたとして、そのミニマリズムの傾向を指摘した¹⁶。

(3) *McDonald* 判決

Heller I 判決で問題とされた D.C. 法は、連邦議会の規律の下に設置された D.C. 議会による制定法であったため（連邦憲法 1 条 8 節 17 項）、D.C. が連邦政府とは区別される一種の地方政府であるとはいえ、州とも区別されることから、修正 2 条が州またはその支配下にある地方政府に適用されるかという問題は先送りされたといえる。修正 2 条の解釈として、同条を連邦政府による州権侵害に対する禁止規範と理解する集団権説が従来有力であったことから、この問題は特別な重要性を帯びていた。そして連邦最高裁は、*Heller I* 判決の 2 年後に下された 2010 年の *McDonald v. Chicago* 判決¹⁷で、この問題に関する回答をすみやかに提示した。

この事例は、Chicago 市住民（原告 McDonald ら）、Chicago 郊外の Oak Park 村住民、および、全米ライフル協会（National Rifle Association; NRA）、Illinois 州ライフル協会（Illinois State Rifle Association）等の団体が原告となって、有効な登録証のない銃器の市区域内での所持を禁止した Chicago 市条例¹⁸と、同様の Oak Park 村条例¹⁹の修正 2 条適合性を、複

15 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

16 Cass R. Sunstein, *Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold*, 122 HARV. L. REV. 246 (2008).

17 *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010). 同判決を紹介・検討する文献として、Shawn Huizenga 「*McDonald v. City of Chicago: Incorporation of the Second Amendment*」近畿大学法学 59 巻 2・3 号 117 頁 (2011)、浅香吉幹 「最近の判例」アメリカ法 2011-1 号 238 頁 (2011) を参照。

18 当該 Chicago 市条例は、対象となる銃器の有効な登録証がない場合、または、対象となる銃器が登録できないもの（銃身を短く切った散弾銃やマシンガンなど）である場合に、当該銃器を市区域内で所持、隠匿、支配、譲渡、販売申込み、販売、提供、交付、受領する行為を禁止していた（§§ 8-20-040 (a), 8-20-050）。

19 当該 Oak Park 村条例は、禁止対象となる銃器を、ピストル、リヴォルヴァ、銃、小型武器であって、そのサイズ・性能の点で身体に隠し持つことが可能

数の訴訟により連邦裁判所で争ったものである。被告側が住民の財産・身体・生命の保護を目的に掲げたのに対し、原告側は拳銃の登録がほとんどできないため、住民による拳銃の所持が事実上禁止され、当該禁止によって住民が犯罪者に対し無防備になると主張した（原告には実際の犯罪被害者が含まれていた）。連邦地裁は、拳銃の禁止を合憲とした連邦控訴裁先例に従うべきであり、*Heller I*判決は本件に及ばないとして本件規制を合憲と判断した²⁰。連邦控訴裁（7th Cir.）は、19世紀の古い連邦最高裁先例は修正14条による修正2条編入の問題を考慮していないとして、原判断を支持した²¹。

以上の事例に関して、Alito 一部法廷意見（Roberts, Scalia, Kennedy, Thomas 同調）・一部相対多数意見（法廷意見に同調した4名のうちThomas以外の3名が同調）は、大要以下の理由により、原判決を破棄し事実を連邦控訴裁に差し戻した。（以下のうち相対多数意見にとどまった部分は④である）。

- ① *Heller I*判決は、自己防衛の目的で武器を保有・携帯する権利を修正2条が保障するとして、拳銃を自宅で所持することを禁止するD.C.法を違憲とした。本件Chicago市・Oak Park村にも上記D.C.法に類似の法が存在する。
- ② 権利章典のほとんどの規定は、連邦政府と州の双方に全面的に適用される。判例上確立した基準に従えば、以下のとおり、修正2条が保障する権利は州に全面的に適用される。
- ③ 先例上、州に対する権利保障は修正14条のデュー・プロセス条項の問題とされているので、*Slaughter-House Cases*判決²²による修正14条の特権免除条項解釈をここで再検討する必要はない。
- ④ *Cruikshank*判決、*Presser*判決、*Miller*判決は、その後の判例によ

であり、一般に拳銃であると観念されるものをいうと定義していた（§ 27-1-1）。

20 *National Rifle Association of America, Inc. v. Village of Oak Park*, 617 F.Supp.2d 752 (N. D. Ill. 2008).

21 *National Rifle Association of America, Inc. v. City of Chicago*, 567 F.3d 856 (7th Cir. 2009).

22 *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873).

る修正14条解釈（選択的編入理論）を反映していないので、これら3先例に拘束される必要はない²³。

- ⑤ 先例によれば、デュー・プロセス条項による州に対する権利保障の有無は、特権免除条項が保障する連邦市民としての権利とは独立の問題であり、修正1条～修正8条による列挙からも独立に判断される。保護の程度や救済も連邦に対する権利と異なってよい。
- ⑥ 先例は、Black 裁判官の全部編入理論でなく選択的編入理論を採用したが、権利章典による保障のうち、未編入の保障はごくわずかにとどまる²⁴。編入された権利は、連邦に対する場合と同じ基準で州に対しても保障される。
- ⑦ 修正2条の武器保有携帯権が、わが国の秩序ある自由（ordered liberty）の仕組みにとって基本的であるか、わが国の歴史と伝統に深く根ざしたものであるかという先例の判断基準に従って判断する。
- ⑧ 自己防衛は基本的権利であり、個人の自己防衛は修正2条の中核的要素であって、最も選好されている拳銃の自衛目的使用が認められるべきであるとした *Heller I* 判決は、この権利がわが国の歴史と伝統に深く根ざしたものであることを明らかにした。
- ⑨ 権利章典の起草当時の人々は武器保有携帯権を基本的なものと考え、諸州憲法にもこの理解が現れている。その後、連邦政府による民兵の非武装化に対する危惧は薄れたが、自衛目的の武器携帯保有権は重視された。また、解放奴隷による銃器保有の禁止は基本的権利の侵害として問題視され²⁵、修正14条の制定者たちは武器携帯

23 Alito 相対多数意見（II-C）は、*Cruikshank* 判決が連邦政府に対してのみ保障されるとしていた平穏に請願する権利が、60年以上後の連邦最高裁判決により、修正14条を通じて州に対しても適用されることになったことを指摘している。*McDonald*, 561 U.S. at 759, quoting *De Jonge v. Oregon*, 229 U.S. 353 (1937).

24 Alito 法廷意見（II-D-2）によると、未編入の保障は、武器保有携帯権（修正2条）、全員一致の刑事陪審評決の保障（修正6条）、兵士の宿営制限（修正3条）、大陪審による訴追の保障（修正5条）、民事陪審審理の保障（修正7条）、過大な罰金の禁止（修正8条）にとどまる。*McDonald*, 561 U.S. at 765 n.13.

25 憲法上の武器携帯保有権の平等保障を明示した1866年の連邦法規定（Freed-

保有権を基本的権利だと考えた。

以上に対して、Stevens 反対意見への反論を主眼とする Scalia 同意意見があるほか、Thomas 一部同意意見・一部結論同意意見が、上記 Alito 意見と異なり、合衆国市民の特権というべき武器保有携帯権が修正 14 条の特権免除条項を通じて州に対しても保障されるという、いっそう直截的な立場をとっている。Thomas 意見によれば、修正 14 条の成立期において、「特権 (privileges)」、「免除 (immunities)」といった言葉は、「権利 (rights)」という言葉と同義に使用されており、特権免除条項の保障対象には連邦憲法が列挙する個人的権利が包含され、武器保有携帯権もそれに含まれていたというのである²⁶。

他方で、Stevens 反対意見は、本件を実体的デュー・プロセス事例と位置づけ、修正 2 条の武器保有携帯権の編入でなく、当該権利が修正 14 条の保障する「自由」に含まれるかが問題であるとした上で、銃の誤用が被害者の自由を侵害する危険性、諸州による銃規制の伝統、各地方の規制裁量を尊重する必要性、修正 2 条が連邦から州を保護するための規定であったことなどを指摘して、修正 14 条により州に対しては武器保有携帯権が保障されないと主張した²⁷。また、Breyer 反対意見 (Ginsburg, Sotomayor 同調) は、修正 2 条の文言、歴史、理論から自衛目的の武器保有携帯権は基本的権利といえないこと、州でなく連邦の、議会でなく裁判所に、銃規制権限を移行させる根拠がないことから、修正 14 条は修正 2 条の武器保有携帯権を編入していないと主張した²⁸。

このように、*McDonald* 判決は、修正 2 条（およびそれを具体化した *Heller I* 法理）が連邦政府と州・地方政府の双方を同様に拘束することを明らかにした。*Heller I* 判決が個人権説を前提とする修正 2 条解釈に立脚した以上、修正 2 条を州権保護規定とみて編入を否定する考えはその時点で劣勢に立たされていたといわざるを得ず、*McDonald* 判決が修正 2 条による個人権保障を州・地方政府に対しても及ぼしたことは、*Heller I* 判決

men's Bureau Act of 1866, § 14) が好例とされる。*McDonald*, 561 U.S. at 773.

26 *McDonald*, 561 U.S. at 813, 822-850 (Thomas, J., concurring in part and concurring in the judgment in part).

27 *McDonald*, 561 U.S. at 883, 891-892, 899, 902-905, 911 (Stevens, J., dissenting).

28 *McDonald*, 561 U.S. at 913 (Breyer, J., dissenting).

を維持する以上はむしろ自然な帰結であったといえる。また、武器保有携帯権が保守派の主張であったという政治的意味合いを度外視すれば、理論上は、権利章典による権利保障をそのまま州・地方政府に対しても妥当させるという編入理論には、連邦憲法による権利保障を強化するというリベラル派の政治イデオロギーに親和的な側面があるということもでき、保守かりベラルかという単純な政治の色分けをもとに、判例法理に一刀両断の評価を加えることには慎重である必要がある。ただ、法的理論に注目するならば、*McDonald* 判決が *Heller I* 法理を修正 14 条にそのまま編入した結果、具体的にどのような規制が許されるのかを判定する審査基準が明示されていないという *Heller I* 判決の問題が、州・地方政府による銃規制に関してもそのまま引きつがれる結果となった²⁹。すなわち、*Heller I* 判決・*McDonald* 判決は、修正 2 条の基本的な規範内容を明らかにしたが、連邦および州・地方政府による具体的な銃規制の可否に関する未解決の問題を、少なからず将来の事例に委ねることになったのである。

2 *Heller I* 法理の具体化

(1) *Heller I* 判決・*McDonald* 判決後に残された問題

McDonald 判決が修正 2 条による権利保障をそのまま修正 14 条に編入した結果、*Heller I* 法理が連邦政府と州・地方政府の双方に妥当することになった。その結果、連邦政府のみならず州・地方政府による具体的な銃規制が、*Heller I* 判決によって留保された例外的規制として許容されるのかどうかという問題が、その後の判例の蓄積に委ねられることになった。とりわけ、*Heller I* 法理を前提とした場合、拳銃以外のさまざまな武器の保有・携帯にも修正 2 条の保護が及ぶのが問題となる。例えば、ナイフ、短剣、スタン・ガン、テイザー、ペッパー・スプレー、警棒、空気銃（エア・ガン）、洋弓銃（クロスボウ）、吹き矢（ブローガン）などを、護身用に保有・携帯する行為を禁止・規制することが許されるのかという点が問題となる。また、危険・特殊であるという理由で禁止・規制可能とされる武器に、NFA が規制対象としていた機関銃（マシンガン）、銃身を切断した散弾銃・ライフルのほか、攻撃用の武器（assault weapon）と呼ばれるセミ・オートマティック・ライフル（Colt AR-15 など）や、爆発

29 Huizenga・前掲注（17）144 頁。

物、有毒物質、病原菌、あるいは、それらを搭載・発射可能な飛翔体（ドローン）などが含まれるのかという点も問題となる。さらには、攻撃訓練を施した護衛犬（ピットブル、ロットワイラーなど）その他の動物（猛獣、猛禽など）の飼育・同伴、そして今後は、金属探知機等によって発見することが困難ないし不可能な形状・素材による銃器や、護身用ロボットの保有・携帯・同伴などの規制可能性が問題となる事態も想像される。また、ハンティング、クレイ射撃、あるいは趣味としての武器コレクションなどといった、娯楽・レクリエーション目的での武器の保有・携帯が規制可能であるのかという点も問題となろう。他方で、精神異常者や犯罪者による武器保有・携帯制限の合憲性についても、制限の範囲や許容される制限の程度に関する具体的な境界線、例えば、重罪よりも軽度の犯罪によって有罪とされた者に対する規制も許容されるのか、犯罪の性質によって規制可能性が左右されるのか、1回の犯罪を根拠とする生涯にわたる制限も可能なのかといった諸問題が、*Heller I* 判決・*McDonald* 判決後に残されたといえよう。以下、その後の諸判例による *Heller I* 法理の具体化状況を概観する。

(2) *Caetano* 判決

まず、上記諸問題のうち、スタン・ガンの所持・携行に修正2条の保護が及ぶのかという点についての連邦最高裁の判断が示されたのが、2016年の *Caetano v. Massachusetts* 判決（以下、*Caetano* 判決）³⁰である。本件の事実経過は以下のとおりである。2011年9月、Massachusetts州 Ashland のスーパーマーケットで経営者が万引き犯を取り押さえた際、駐車場にいた Jaime Caetano（本件被告人、以下C）ら2名にも共犯の疑いが生じた。警察官がCの同意を得てバッグを捜索したところ、万引きの証拠は見つからなかったが、スタン・ガンを発見した。Cは暴力的な元交際相手に対する自衛目的であると説明し、警察官もその説明を信じたが、この行為が私人による電子的武器の所持を一律禁止する州法規定³¹に違反す

30 *Caetano v. Massachusetts*, 136 S.Ct. 1027 (2016).

31 本件州法は、人を一時的に無力化または殺傷する電流、電波、電子線を発するポータブル装置または武器の私的所持（ただし所定の公務員および供給・販売元による必要とされる所持は例外的に許容される）を禁止し、刑として罰金、矯正施設での身体拘束、または両者の併科を規定していた。Mass. Gen.

るとして、C は逮捕された。

州事実審裁判所は、裁判官による審理 (bench trial) により C を有罪とし、C は州最高裁に上訴した。州最高裁は、スタン・ガンが修正 2 条の保護を受ける武器に該当しないとして C の主張を斥けた³²。その理由とされたのは、以下の諸点である。①スタン・ガンは、伝統的に携行が禁止されてきた「危険かつ特殊な武器」(*Heller I* 判決を引用³³) に該当する。②スタン・ガンは、修正 2 条の制定期に「一般的に使用」(*Heller I* 判決を引用³⁴) されていなかった。③スタン・ガン私的所持の一律禁止には合理的根拠がある。④本件所持は修正 2 条による保護の中核とされる自宅での所持ではなかった。

連邦最高裁は、Per curium の判決により、本件州法が修正 2 条に反しない理由として原判決があげた以下の 3 点が、連邦最高裁先例である *Heller I* 法理に反するとして、原判決を破棄し事案を原審州最高裁に差し戻した。

- ① スタン・ガンが修正 2 条の制定期に「一般的に使用」されていなかったから保護されないとした原判断は、修正 2 条による保護がその制定期に存在していなかった武器にも及ぶという *Heller I* 判決の明確な判示に反する。
- ② スタン・ガンが現代の発明品であるから「特殊」なものにあたるとした原判断は、「特殊」かという問題と、制定期に「一般的に使用」されていたかという問題を同視しているので、上記①と同じ理由で *Heller I* 判決に反する。
- ③ 現代的視点からスタン・ガンが軍事的に使用可能だとした原判断は、戦時に使用可能な武器のみが修正 2 条によって保護されるという考えを否定した *Heller I* 判決に反する。

以上に対し、Alito 結論同意意見 (Thomas 同調) は、①本件が DV 加

Laws, ch. 140, § 131J.

32 Commonwealth v. Caetano, 26 N.E.3d 688 (Mass. 2015).

33 Commonwealth v. Caetano, 26 N.E.3d at 692, citing *Heller I*, 554 U.S. at 627.

34 Commonwealth v. Caetano, 26 N.E.3d at 693, citing *Heller I*, 554 U.S. at 624-625, 627, quoting *Miller*, 307 U.S. at 179.

害者からの自衛を目的とするスタン・ガン所持が犯罪とされてしまった事例であったこと、②電子的スタン・ガンが修正2条の保護から外されないことは、電子的コミュニケーション手段が修正1条の保護を受け³⁵、電子的受像装置が修正4条の制約を免れない³⁶ことと同様であること、③ *Heller I* 判決によって軍事的に使用可能な武器のみが修正2条によって保護されるという考えが否定されたが、スタン・ガンやテイザーはいずれにせよ法執行職員、矯正施設職員だけでなく連邦軍の装備として採用され、また自衛手段として一般にも広く普及していること、④Cが2人の子の父親を撃ちたくないと考えて拳銃でなくスタン・ガンを選択したのかもしれない、市民が自衛のためにより大きな力を使用することを裁判所が強要してはならないことなどを指摘した。

このように、連邦最高裁は、拳銃以外の武器の保有・携帯についても修正2条の保障を否定しないという立場にたち、スタン・ガンをはじめとする、修正2条の制定期に普及していなかった新型の武器についても、連邦憲法による保護が及ぼされる可能性を肯定した。また、本件がDV加害者からの自衛を目的とする女性による所持事例であったことを指摘するAlito意見も注目される。スタン・ガンのように殺傷能力や威嚇力の点で拳銃ほどの威力がない護身用具（致命的打撃を加えない武器）にも、その特性に応じたニーズがあるのであって、*Caetano* 事件でも、性暴力に対する女性の自衛を擁護する非営利団体が、Amicus Curiaeとして上訴人Cを支援する意見書を提出した³⁷。

(3) 下級審判決

Heller I 判決の後、連邦下級審および州裁判所でも、残された諸問題に関するさまざまな判断が続いている。

35 *Caetano*, 136 S.Ct. at 1030-1031, citing *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

36 *Ibid*, citing *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

37 Brief of Arming Women Against Rape & Endangerment as Amicus Curiae in Support of Petitioner, *Caetano v. Commonwealth of Massachusetts*, 2015 WL 4883182. SCOTUS Blog のウェブ・ページ (<http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2015/11/14-10078-Amicus.pdf>) に搭載 (2016年9月25日閲覧)。

(a) 新たな銃器登録制度—*Heller II* 訴訟 まず、*Heller I* 判決後の D.C. 法をめぐる連邦下級審での一連の裁判が注目される。D.C. は、*Heller I* 判決による違憲判断に応じた法改正により 2008 年銃器登録改正法 (Firearms Registration Amendment Act; FRA)³⁸による新たな銃規制を試みた。すなわち、2008 年 D.C. 法は、①原則として D.C. 内のすべての銃器の登録が必要であるとし (§ 7-2502.01(a))、②銃器登録時に、申請者の出頭、指紋採取、写真撮影を要求し (§ 7-2502.04)、③銃器登録時に、対象となる銃器を警察に持参し検査を受けることを要求し (§ 7-2502.04(c))、④3年ごとの登録更新を要求し (§ 7-2502.07(a))、⑤1丁あたりの登録手数料 13 ドル、指紋採取の手数料 35 ドルを徴収し (§ 7-2502.05(b))、⑥1時間の安全講習、および、⑦銃器関連法規の知識テストを義務づけ (§ 7-2502.03(a)(13))、⑧登録可能な銃器の数を 30 日につき 1 丁に制限した (§ 7-2502.03(e))。また、⑨銃器登録には資格制限があり、過去 5 年以内に薬物犯罪や暴力犯罪で有罪とされた者、重大な精神疾患を有する者、18 歳未満の者などが欠格者とされた (§§ 7-2502.03-07)。他方で、⑩攻撃用の武器の登録および大容量 (10 発超) の弾倉の所持が禁止された (§§ 7-2502.02(a)(6), 7-2501.01(3A)(A), 7-2506.01(b))。

銃器の登録が認められなかった原告らによって、ただちに改正 D.C. 法の違憲性を争う訴えが提起されたのに対し、連邦地裁は、D.C. 勝訴のサマリ・ジャッジメントを下した³⁹。そして、連邦控訴裁 (D.C. Cir.) は 2011 年に、拳銃の登録制を合憲とし、修正 2 条は「一般的に使用」される武器を保護するが「危険かつ特殊」な武器は保護されないという *Heller I* 判決の判示に依拠して、攻撃用の武器および大容量の弾倉の禁止 (⑩) も合憲とする一方で、長銃の登録制については判断を留保しつつ、判断基準は中間審査によるとして事案を連邦地裁に差し戻した⁴⁰。2011 年の連邦控訴裁判決の後、2012 年改正法 (Firearms Amendment Act)⁴¹が成立し、ピストルを登録する際の弾道検査を不要とするなどの若干の規制

38 D.C. Law 17-372, codified in D.C. Code Title 7, Human Health Care and Safety, Subtitle J, Public Safety, Chapter 25, Firearms Control, Unit A, Firearms Control Regulations, §§ 7-2501-2509.

39 *Heller v. District of Columbia*, 698 F.Supp.2d 179 (D.D.C. 2010).

40 *Heller v. District of Columbia*, 670 F.3d 1274 (D.C. Cir. 2011).

41 D.C. Law 19-170.

緩和が実施された。差戻審の連邦地裁は、専門家証人の鑑定に基づき、D.C. 勝訴のサマリ・ジャッジメントを下した⁴²。

以上を受け、連邦控訴裁は2015年に、中間審査により以下のとおり規制の一部を違憲とする判断を下した(2016年に再審査請求を却下)⁴³。すなわち、①長銃の登録制自体は最小限の制約であり修正2条に違反しない。②出頭・指紋・写真要件は、公共の安全を増進するので中間審査を満たし合憲である。③持参要件は、公共の安全を増進する証拠を欠くので中間審査を満たさず修正2条に反する。④3年更新制は、各種変更の届出制が別に存在するので公共の安全を増進せず中間審査を満たさないので修正2条に反する。⑤手数料は合憲の制度に伴う合理的手数料なので合憲である。⑥教習要件のうち安全教習は、公共の安全を増進するので中間審査を満たし合憲だが、⑦知識テストは、公共の安全を増進する証拠を欠くので中間審査を満たさず修正2条違反である。⑧月1丁制限は、違法取引を減らす証拠を欠き公共の安全を増進しないので修正2条違反である。

こうして、D.C. 法の定める登録制に伴う追加的規制のうち、上記③④⑦⑧が修正2条違反とされ、規制の一部が修正2条違反として否定されることとなった。他方で、攻撃用の武器や大容量の弾倉の禁止(⑩)は *Heller I* 判決の判示に依拠して合憲とされている。また、D.C. 巡回区連邦控訴裁が修正2条違反の判定基準として中間審査を適用することとし、実質的な政府利益の存在と手段が必要以上に広汎でないことを要求した点は、中間審査基準自体の不明確性を割り引く必要があるものの、判定基準を明確化しようという努力のあらわれとみることができよう。

(b) 射撃場の規制 *McDonald* 判決を受けて Chicago 市条例が改正され、拳銃保有の禁止措置が廃止される一方で、それに代わって導入された具体的規制の合憲性が問題になった事例として、*Ezell v. City of Chicago* 判決⁴⁴がある。この事例では、同条例が合法的な銃保有の条件として1時間の射撃訓練を要求していながら、市内での射撃場設置を禁止した措置が、射撃場での練習によって射撃技術を磨く権利を保護する修正2条に違

42 *Heller v. D.C.*, 290 F.R.D. 1 (D.D.C. 2013), *Heller v. District of Columbia*, 952 F.Supp.2d 133 (D.D.C. 2013), *Heller v. District of Columbia*, 45 F.Supp.3d 35 (D.D.C. 2014).

43 *Heller v. District of Columbia*, 801 F.3d 264 (D.C.Cir. 2015).

44 *Ezell v. City of Chicago*, 651 F.3d 684 (7th Cir. 2011).

反するという主張が原告らによってなされた。

以上の事例に関して、連邦控訴裁 (7th Cir.) は、①修正 2 条の保障する権利の中核は、自己・家族・自宅を防衛するための武器保有携帯権であること、②防衛のための武器携帯保有権に対応する武器使用の技能を獲得・維持する権利が、この権利に内包されていること、③適切な規制のもとで公衆に利用される射撃場が、公共の健康・安全に対する重大な脅威となるとはいえないことを指摘して、射撃場設置の禁止によって修正 2 条が保障する権利が侵害される強い蓋然性が原告によって証明されたとして、暫定的差止命令の請求を認容した。

ここでは、修正 2 条が保障する中核的な武器携帯保有権に付随する、派生的な権利が修正 2 条によって保護されるという理論が展開されていることが注目される。実際問題としても、銃器を所持している者に訓練の機会を付与せず、射撃技能が不十分なまま留め置くことは、社会にとってかえって危険であるといえる。また、射撃訓練を銃器保有の条件と定めながら訓練の機会を否定することは、銃器の保有権を実質的に否定するも同然であるという主張にも理由があるといえる。具体的にいかなる派生的権利が修正 2 条に内包されるのかという問題は、今後の事例に委ねられよう。

(c) ナイフの所持規制 2015 年の *City of Seattle v. Evans* 判決⁴⁵で問題になったのは、ナイフの所持であった。この事例は、警察官がスピード違反車両の停止を命じたところ、挙動不審でマリワナ臭のする被告人のポケットに固定刃の鞘付き小型ナイフ (キッチンナイフ・果物ナイフ状の刃物) があったため、ナイフの不法使用を禁止する Seattle 市条例 (12A.14.080) 違反の罪で訴追されたというものであった。この事例に関して、Washington 州最高裁は、①固定刃の果物ナイフは、自己および州の防衛のために武器を保有する個人の権利を保障する州憲法 I 条 24 節が保護する武器にあたること⁴⁶、② *Heller I* 判決によると、修正 2 条が保護す

45 *City of Seattle v. Evans*, 366 P.3d 906 (Wash. 2015).

46 Washington 州最高裁は、同州憲法 I 条 24 節の淵源にあたる、Oregon 州憲法 I 条 27 節に関する Oregon 州最高裁判決を参照している。*State v. Delgado*, 692 P.2d 610 (Or. 1984) は、飛び出しナイフを所持していた者が州法違反に問われた事例で、州最高裁は、州憲法 I 条 27 節が保護する武器には銃器だけでなく個人の防衛のために携行される武器が含まれ、飛び出しナイフはポケットナイフと同様アメリカで一般的に使用される武器にあたるので、その

る武器とは、伝統的に自衛のために使用された武器であって、果物ナイフは保護される武器にあたらないことを指摘して、本件市条例は本件に適用される限りで合憲であると判断した。

また、2014年のState v. Deciccio判決⁴⁷は、武器コレクションを趣味とする者が、短剣（刃渡り5.5インチ、柄4.5インチ、鏢2インチの諸刃の剣）と警棒（伸縮可能な金属製のもの）をConnecticut州の旧住居からMassachusetts州の新住居へ自動車で運搬した行為が、自動車内で許可なく武器を保持する行為を重罪と定めるConnecticut州法違反の罪に問われた事例に関する判断であった。州最高裁は、①短剣はアメリカで長年軍事的に使用され、警棒は伝統的に警察（歴史的に民兵が担ってきた機能を遂行している）によって公共安全を守るために使用されてきたので、いずれも修正2条が保護する武器にあたること、②短剣と警棒は「危険で特殊な武器」には該当しないこと、③運搬の禁止は新住居での所持を事実上禁止することになるので、修正2条の保護する権利の中核の周辺を害することを指摘して、本件運搬行為の禁止が修正2条違反にあたると判断した。

ナイフの所持規制に関する上記州最高裁の判断は結論が分かれているが、2014年のConnecticut州最高裁判決が、娯楽目的の武器コレクターによる運搬行為を、修正2条を根拠に保護したことは注目される。

(d) その他の武器規制 まず、危険度が高いとされる種類の武器の規制に関わる事例がある。2016年の連邦控訴裁（5th Cir.）Hollis v. Lynch判決⁴⁸は、機関銃は「危険かつ特殊」であり「一般的に使用」されるものでないので、修正2条が保護する武器にあたらないとして、その所持を禁止する連邦銃器規制法（Gun Control Act）の規定（18 U.S.C.S. § 922 (o)）は修正2条に反しないと判断した。また、2012年の連邦控訴裁（9th Cir.）United States v. Henry判決⁴⁹は、機関銃は高度に「危険かつ特殊な武器」であるので、自作の機関銃を自宅で所持する行為を連邦銃器規制法によって処罰しても、修正2条に違反しないと判断した。他方で、2016年の連邦控訴裁（4th Cir.）Kolbe v. Hogan判決⁵⁰は、セミ・オートマ

所持を禁止する州法は州憲法違反であると判断した。

47 State v. Deciccio, 105 A.3d 165 (Conn. 2014).

48 Hollis v. Lynch, 827 F.3d 436 (5th Cir. 2016).

49 United States v. Henry, 688 F.3d 637 (9th Cir. 2012).

50 Kolbe v. Hogan, 813 F.3d 160 (4th Cir. 2016).

ティック・ライフルと 10 発を超える容量の取り外し可能な弾倉は市民が一般に所持する武器であるので、これらの所持を禁止する Maryland 州法は、厳格審査により修正 2 条違反にあたると判断した。この判断は既述の *Heller II* 訴訟の 2011 年連邦控訴裁判決と好対照である。

つぎに、自宅外での武器の携行規制に関わる事例がある。2014 年の連邦控訴裁 (9th Cir.) *Peruta v. County of San Diego* 判決⁵¹は、モーターホームに居住する者が正当理由を欠き居住要件を満たさないとして武器の隠匿携行の許可証を取得できなかった事例で、自衛のための武器携行を認めなかったのは修正 2 条違反にあたると判断した。また、2012 年の連邦控訴裁 (7th Cir.) *Moore v. Madigan* 判決⁵²は、*Heller I* 判決・*McDonald* 判決が自宅での自衛を重視したのは、自宅外での自衛が重要でないことを意味するわけではないので、装填された銃を自宅外で携行する権利が修正 2 条によって保護されるとして、装填された銃の携行を禁止する Illinois 州法を修正 2 条違反と判断した。他方で、2012 年の連邦控訴裁 (2d Cir.) *Kachalsky v. County of Westchester* 判決⁵³は、自宅外で自衛のために拳銃を携行する許可を得られなかった者が訴えを提起した事例で、中間審査を適用し、公共の安全をまもり犯罪を抑止する州の利益を認め、本件不許可の根拠となった New York 州刑法の規定 (§ 400.00(2)(f)) は修正 2 条に違反しないと判断した。また、2011 年の連邦控訴裁 (4th Cir.) *United States v. Masciandaro* 判決⁵⁴は、国立公園区域内において装填された拳銃を自動車内で携行した者が連邦規則違反に問われた事例で、中間審査基準により、国立公園を訪れた人々の安全に対する実質的政府利益の存在と禁止が限定的であることを認め、当該規制は適用上修正 2 条に反しないと判断した。このほか、2011 年の連邦控訴裁 (9th Cir.) *Nordyke v. King* 判決⁵⁵は、郡所有地への火薬・弾薬の搬入を禁止する California 州 Alameda 郡条例によって、フェアグラウンドでのガン・ショウの開催が妨げられると主張する原告が訴えを提起した事例で、修正 1 条および平等保護条項を根拠とする主張に関して被告郡勝訴のサマリ・ジャッジメントを下す一方

51 *Peruta v. County of San Diego*, 742 F.3d 1144 (9th Cir. 2014).

52 *Moore v. Madigan*, 702 F.3d 933 (7th Cir. 2012).

53 *Kachalsky v. County of Westchester*, 701 F.3d 81 (2d Cir. 2012).

54 *United States v. Masciandaro*, 638 F.3d 458 (4th Cir. 2011).

55 *Nordyke v. King*, 644 F.3d 776 (9th Cir. 2011).

で、修正2条を根拠とする主張についてはさらなる審理が必要であるとして、事案を原審に差し戻した。このように、自宅外での自衛目的の武器所持に関しては、連邦控訴裁の間に判断の不統一がみられる。

さらに、重罪犯による銃器所持の禁止に関わる事例がある。2016年の連邦控訴裁(9th Cir.) *United States v. Phillips* 判決⁵⁶は、重罪犯は修正2条の武器保有携帯権を保障される個人とは異なるカテゴリーに属すると述べた2010年の先例⁵⁷に依拠して、重罪犯による銃所持を禁止する連邦銃器規制法の規定(18 U.S.C.S. § 922(g)(1))が修正2条に反しないと判断した。また、2010年の連邦控訴裁(7th Cir.) *United States v. Skoien* 判決⁵⁸は、DVの軽罪に処せられた者の銃所持を生涯にわたり禁止する連邦法規定(Lautenberg Amendment; 18 U.S.C.S. § 922(g)(9))について、DVは家族間の犯罪であるため軽く処罰されていること、DVにおける銃器使用は致命的となること、DVには再犯傾向があることを指摘して、銃所持禁止は修正2条に反しないと判断した。このように、連邦控訴裁は重罪犯のみならず、DV軽罪犯についても生涯にわたる銃所持禁止を合憲としているが、生涯にわたる銃所持の一律禁止措置の歴史が浅いので、これを正当化するのは困難であるとする学説もみられる⁵⁹。

おわりに

最後に、以上に概観した *Heller I* 法理の形成後のその具体化過程をもとに、若干のコメントを付して結びに代えたい。

第一に、アメリカにおける武器の保有・携帯の具体的規制は、修正2条の前半部に規定された民兵とのかかわりによって説明することが困難な部分を内包した形で発展してきている。武器保有携帯権と民兵とのかかわりを強調するならば、理論上は、軍事的使用のために有用な武器の保有・携帯を許容(ないし奨励)すべきだという結論に傾くはずである。しかし、*Heller I* 法理は「危険で特殊な武器」は規制可能であるという例外を設定し、最も一般化した拳銃をベイスラインとしつつ、一定以上の威力を有す

56 *United States v. Phillips*, 2016 WL 3675450 (9th Cir. 2016).

57 *United States v. Vongxay*, 594 F.3d 1111 (9th Cir. 2010).

58 *United States v. Skoien*, 614 F.3d 638 (7th Cir. 2010).

59 C. Kevin Marshall, *Why Can't Martha Stewart Have a Gun?*, 32 HARV. J. L. & PUB. POLICY 695 (2009).

る武器については禁止・規制できることにした。その結果、機関銃については判例上禁止が容認される傾向にあり、攻撃用の武器といわれるセミ・オートマティック・ライフルについても、実際に警察が「パトロール・ライフル」としてパトカーに標準装備する例があるなど⁶⁰、ある意味では相当程度まで「一般的に使用」されているにもかかわらず、規制を合憲とする例がみられるのである。

第二に、拳銃がベイスラインとなっている結果、それよりも威力が低い護衛用具の位置づけに不明確な部分がある。たとえば、*Heller I* 判決後の改正 D.C. 法においては、拳銃規制が緩和される一方で、テイザーは危険な武器とされ拳銃よりも厳格な規制を受けており、いくつかの州で同様の現象が生じている⁶¹。日本の常識からすると、拳銃よりもスタン・ガンの規制のほうが厳しいのは逆のように感じられるところであろうが、武器保有携帯権が保障される以上、一定程度の殺傷力と威嚇力を有する武器でなければ、その保有・携帯を保障しても意味がないということなのかもしれない。今後、技術の発展に伴い、拳銃と同程度の殺傷力・威嚇力を有するテイザーが普及した場合には、規制のあり方に変化が生じることが予想される。また、ロボット技術の発展により、攻撃者の善悪を自動的に判別して、「悪い」攻撃者だけに必要最小限の反撃を加える護身用具や護身用ロボット⁶²が登場した場合には、拳銃がベイスラインとなっている現状にかかわらず、拳銃規制の強化が可能となるのかという点も問題となろう。

第三に、*Heller I* 法理は決して武器保有携帯権を制約できない絶対的権利としているわけではなく、その具体化にそれなりの合理性があるとしても、現実問題として、銃乱射事件や銃器を使用したテロ行為が多発し、毎年のように多くの人々が命を落としている。アメリカの広大な国土に鑑みると、日本とは異なり、とりわけ非都市地域での市民の非武装化は非現実

60 NICHOLAS J. JOHNSON, DAVID B. KOPEL, GEORGE A. MOCSARY & MICHAEL P. O'SHEA, FIREARMS LAW AND THE SECOND AMENDMENT REGULATION, RIGHTS AND POLICY 816-817 (2012).

61 Craig S. Lerner & Nelson Lund, *Heller and Non-Lethal Weapons*, 60 HASTINGS L. J. 1387, 1407-1408 (2009).

62 将来のロボット兵器と修正2条の関係を分析するものとして、以下の文献を参照。Dan Terzian, *The Right to Bear (Robotic) Arms*, 117 PENN ST. L. REV. 755 (2013)

的であり、政策的に妥当ではないように筆者自身は感じるが、それにしても、修正2条と *Heller I* 法理のもとでは、銃を保有する人々も必要だと感じる程度の最小限の実効的な銃規制をすることさえ困難なのではないかという疑問にも理由があろう（たとえば、ガン・ショウでのバックグラウンド・チェックが非常に甘いという問題がかねてから指摘されている）。これはすなわち、修正2条自体が政策的合理性を喪失した規定だというべきではないのかという問題であり、まさしくここで、過去の制憲権と現在の司法権との関係が問われるといえよう。NRA の影響力や大統領候補者の選挙対策の必要性などが背景となって⁶³、現代のアメリカでは修正2条の改正問題は困難な課題となっているが、このように政策的合理性を喪失した古色蒼然たる憲法規定が残存している場合に、現在の司法権がなすべき対応は、憲法規定の意味を現代的な必要性にあわせて柔軟に解釈し直してゆくことなのか、それとも過去の制憲権に拘束されることなのか。極めて難問であるが、立憲主義がその本質上、過去の制憲権による拘束を出発点とすることから、筆者は後者が妥当であると考えてきた。とりわけ、「護憲」と俗称される政治運動上の立場は、論者の望む政策が憲法規定の形式上の改変を経ることなく常に許容または要請されると想定せざるを得ない点で、本来的に立憲主義と親和しない因子を内に抱えているといえる。また、一方でアメリカの修正2条論に関しては、「オリジナリストは保守派であって賛成できないから、憲法の意味を時代にあわせ柔軟に解釈すべきである」と主張しつつ、他方で日本国憲法の同種の条項に関しては、「時代にあわせた柔軟な解釈により制憲者が意図した意味を変更することは、立憲主義に反するから賛成できない」と主張する姿勢は、方法論的一貫性を欠き妥当ではないと考える。日本における立憲主義のあり方を考えるうえで、本稿で紹介したような、一見日本では無縁であるように感じられるアメリカの事例も参考にならう⁶⁴。

63 西山隆行「アメリカにおける銃規制と利益集団政治」甲南法学 56 巻 3・4 号 1 頁 (2016)。

64 本稿は成蹊学園の助成による平成 26～28 年長期在外研修の成果の一部である。