

Louis D. Brandeis 裁判官の 表現の自由論

桧垣伸次

はじめに

本稿は、Louis D. Brandeis 裁判官の表現の自由論を概観するものである。

日本では、Brandeis は、プライバシーについての Samuel Warren との共著論文⁽¹⁾やブランダイス・ブリーフ、ブランダイス・ルール、そしてシオニズム運動との関わり等⁽²⁾で知られている。これらのほかに、Brandeis は、連邦最高裁裁判官として、Oliver W. Holmes 裁判官とともに、1900年代前半の連邦最高裁において、表現の自由の擁護を主張したことでも有名である。

(1) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

(2) Brandeis 裁判官について論じるものとして、丸田隆「世紀転換期のアメリカと若き法律家ブランダイス——『ソーシャル・リベラリズム法学』形成の時代」甲南法学27巻3・4号（1987年）323頁、鶴飼信成（日弁連法務研究財団編）『憲法と裁判官——自由の証人たち』（日本評論社、2016年）、大西清彦「『規制された競争』と財務公開（一）、（二・完）：ブランダイスのマネー・トラスト批判を中心に」北海道情報大学紀要2巻2号（1991年）11頁、同3巻2号（1992年）43頁、中山和久「ブランダイス判事のアメリカ法史に於ける意義」早稲田法学会誌2巻（1950年）129頁等がある。

現在では、アメリカは表現の自由を強力に保護しているといわれている。ヘイト・スピーチなどの過激な表現の規制に消極的であることから、ヨーロッパ諸国と対比され、アメリカの「特殊性」あるいは「例外性」が指摘されることもある。しかし、アメリカは建国以来表現の自由を強力に保護してきたわけではなく、「表現の自由論は1919年に始まった」といわれることがある。⁽³⁾ 1919年は、Abrams v. United State⁽⁴⁾において、Holmes 裁判官が反対意見を執筆した年である。同年の Schenck v. United States⁽⁵⁾において、「明白かつ現在の危険」に言及して表現規制立法を合憲とした Holmes 裁判官が、Abrams 判決では反対意見を執筆して、「思想の自由市場論」と「明白かつ現在の危険」とを結びつけて、表現の自由を擁護したことは周知の通りである。⁽⁶⁾ Abrams 判決における Holmes 裁判官反対意見には、Brandeis 裁判官が同調している。そして、以後、両者は、多くの事件で表現の自由を擁護する意見を執筆して、しばしば互いの意見に同調している。

しかしながら、この時代の Holmes 裁判官や Brandeis 裁判官の立場は多数派ではなかった。実際に連邦最高裁が表現の自由を強力に保護するようになるのはウォーレン・コートの時代からである。ウォーレン・コートの諸判決でしばしば引用されるのは、Whitney v. California⁽⁷⁾における Brandeis 裁判官の結論同意意見（以下、「Brandeis 意見」とする）である。

(3) Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 MINN. L. REV. 1256, 1278 n. 97 (2005)

(4) Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

(5) Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

(6) 木下智史「違憲審査基準としての『明白かつ現在の危険』基準・再考」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配（下）』（成文堂、2008年）295、299-301頁。

(7) Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

David Cole は、Brandeis の理論は、Alexander Meiklejohn により再発見され、New York Times v. Sullivan における法廷意見に行きついたと指摘する⁽⁸⁾。Brandeis 意見は、「アメリカ法が表現の自由に与える強力な保護にとつて最も重要な説明」であるとも指摘される。また、今日の修正1条法理の基礎を築いたのは Holmes ではなく Brandeis であるとの見解もある⁽¹⁰⁾。

アメリカが、しばしばその特殊性あるいは例外性が指摘される表現の自由論を發展させてきたのは、アメリカ社会がそれを選択してきたからだといわれる⁽¹¹⁾。しかしながら、Whitney 判決における Brandeis 意見の影響がなければ、公民権運動やベトナム戦争の時代の諸判決は、全く異なるものであったであろうとも指摘される⁽¹²⁾。このように、アメリカの表現の自由論

(8) David Cole, *Agon at Agora: Creative Misreadings in the First Amendment Tradition*, 95 YALE L.J. 857, 891 (1986).

(9) NEIL RICHARDS, *INTELLECTUAL PRIVACY: RETHINKING CIVIL LIBERTIES IN THE DIGITAL AGE* 30 (Oxford University Press 2015); また、Steven J. Heyman は、Brandeis 意見は、アメリカの歴史上、「最も力強く、雄弁な表現の自由の擁護である」と述べる。STEVEN J. HEYMAN, *FREE SPEECH AND HUMAN DIGNITY* 106 (Yale University Press 2008); また、Brandeis 意見は、「連邦最高裁判官が執筆した中で、最も頻繁に引用される文章」であるともいわれている。Bradley C. Bobertz, *The Brandeis Gambit: The Making of America's "First Freedom," 1909-1931*, 40 WM & MARY L. REV. 557, 645 (1999).

(10) MELVIN I. UROFSKY, *LOUIS D. BRANDEIS: A LIFE* 545 (Schocken 2009); Philippa Strum は、アメリカが、表現の自由についてその独特のアプローチを展開していくきっかけとなったのは Whitney 判決における Brandeis 意見であるとの指摘する。PHILIPPA STRUM, *SPEAKING FREELY: WHITNEY V. CALIFORNIA AND AMERICAN SPEECH LAW* 1, 2 (University Press of Kansas 2015); また、奥平康弘は、Brandeis 意見が、アメリカの「表現の自由の歴史にとって転機ともいえる重大な意味を持つ文書である」と述べている。奥平康弘『「表現の自由」を求めて』(岩波書店、1999年) 169頁。

(11) SAMUEL WALKER, *HATE SPEECH—THE HISTORY OF AN AMERICAN CONTROVERSY* 2, 159 (University of Nebraska Press 1994).

の発展について Brandeis 裁判官が果たした役割は非常に大きい。本稿では現代の表現の自由論をより理解するために、Brandeis 裁判官の表現の自由論を検討するものである。

1 Brandeis が裁判官になるまで

後に見るように、Brandeis 裁判官と Holmes 裁判官の表現の自由論が異なる理由の1つに、彼らの経歴も関係していると指摘される。本項では、Brandeis が連邦最高裁判官になるまでを概観する⁽¹³⁾。

Brandeis は、1856年11月3日に、ケンタッキー州レイビルで生まれた。彼の両親 (Adolph Brandeis, Frederika Wehle Dembitz) はプラハから亡命してきた移民である⁽¹⁴⁾。彼らは民主主義を熱烈に信奉しており、公的生活に積極的に参加することは、市民の義務であったと考えていた。Adolph は自由を求める革命に情熱を燃やしており、彼の革命に対する楽観主義は、Brandeis に大きな影響を与えたと指摘される⁽¹⁵⁾。また、Adolph は、食料品

(12) Ashutosh A. Bhagwat, *The Story of Whitney v. California in CONSTITUTIONAL LAW STORIES* 383, 406 (Michael C. Dorf ed. 2d ed. Foundation Press 2009).

(13) 以下の記述は、JEFFREY ROSEN, *LOUIS D. BRANDEIS: AMERICAN PROPHET* (Yale University Press 2016), STRUM, *supra* note 10, UROFSKY, *supra* note 8, Felix Frankfurter, *Mr. Justice Brandeis and the Constitution*, 45 HARV. L. REV. 33 (1931), Myron H. Bright & David T. Smorodin, *Book Review: A Flawed Tale*, LOY. L. A. L. REV. 205 (1983), 丸田・前掲注2に依拠している。

(14) なお Brandeis は母方の伯父である Lewis N. Dembitz を尊敬しており、当初は David だったミドルネームを Dembitz とした。Lewis はシオニストであり、後に Brandeis がアメリカのシオニスト運動の指導的立場となるのは、彼の影響があったと指摘される。ROSEN, *supra* note 13 at 32-33.

(15) *Id.* at 28; Brandeis の両親は、「欧州を追われて移住してきた亡命者」であるがゆえに、「政治的社会的な圧迫に対して自由を愛しこれを守ろうとする気質は伝統的に培われていた」といわれる。中山・前掲注2・130

店やコーンスターチの工場を経営していたが、後者がうまくいかず、ケンタッキー州のルイビルに引っ越した。そこで新しいビジネスを始め、拡大していった。Brandeis は Adolph から、知的な能力を発展させ、個人的かつ経済的でありながら、家族や共同体に必要な自由で専念できる、小規模なビジネスマンの例を吸収した。Frederika は熱心な奴隷廃止論者であり、Brandeis の家には使用人はいたが奴隷はいなかった。なお、そのため、ケンタッキー州の隣人たちからの評判は良くなかったともいわれる。

1873年の恐慌で父のビジネスが破綻した。この時、Brandeis は、「他人の金 (Other People's Money)」——後に彼が著書のタイトルとした——を賭ける巨大な銀行の危険性を学んだとされる。この時、Adolph は家族をヨーロッパに連れていき、自身のルーツを見せた。Brandeis はドレスデンの実業学校で、帰納法的な論法や、事実を熱心に検討することによって新しい考え方を発展することの重要性を学んだ。ここから、後に彼が表現の自由やシオニズム、女性参政権などの重要な争点について考え方を変えてきたことの原点があるといわれる。⁽¹⁶⁾

1875年にアメリカにもどった Brandeis は、奴隷廃止論者であった叔父が弁護士であった影響から、法律を学ぶためにハーバード・ロースクールに入学した。父である Adolph の経済的な問題から、Brandeis は、授業料のために借金して、質素な暮らしをした。1878年にハーバード・ロースクール大学を優秀な成績で卒業した Brandeis は、1879年に Samuel

頁。

(16) ただし、Brandeis は、巨大なビジネスや政府の危険性などの、特定の問題についての基本的な考え方は変えなかった。なお、Brandeis はドイツでの生活には否定的であった。Brandeis が深夜に帰宅したとき、鍵を忘れたことに気が付いて、口笛を吹いてルームメイトを起こそうとしたら、警察によって譴責されたという経験がある。Brandeis は、このようなドイツのパターナリズムにうんざりしていたという。Id. at 33-34.

Warren とともにボストンで法律事務所を開設した。⁽¹⁷⁾ また、マサチューセッツ州最高裁の首席裁判官で、後の連邦最高裁裁判官となる Horace Gray のクラークとなった。同事務所は成功し、開設後数年以内には、Brandeis は公益を実現するために多くの時間を割くことができるほど経済的に安定し、公益に関する事件を、料金を受け取ることなく引き受けるようになった。それと同時に、裁判所だけでなく、政治的な領域でも活動するようになった。Brandeis の著書の、*The Curse of Bigness* や、*Other People's Money* という表題からうかがえるように、Brandeis の関心は、大企業の独占や銀行、大企業による政府職員への汚職などに向けられた。⁽¹⁸⁾ これらの活動から、Brandeis は、「人民の弁護士 (People's lawyer)」と呼ばれた。父が実業家であったことから、Brandeis は当初、制約を受けない資本主義の価値を確信し、労働運動の展開には懐疑的であったといわれる。しかし、1902年に靴工場を経営する依頼人の事件を担当したころから考えを変えた。その事件では、事業がうまくいかず、労働者は一時的な賃金の削減を拒否していた。工場を訪れ、労働者や労働組合の構成員と会話を交わした Brandeis は、労働組合の人々に感銘を受け、アメリカにおける労働者の立ち位置について、考えざるを得なかった。徐々に Brandeis は、労働組合と産業の民主主義 (Industrial democracy) の擁護者となっていた。⁽¹⁹⁾

(17) 1890年には、Brandeis と Warren は、著名な論文「プライバシーの権利」を執筆した。同論文執筆の経緯などは、宮下紘『プライバシーの権利——自由と尊厳の衝突——』（中央大学出版部、2015年）第I章を参照。

(18) このような関心から、Brandeis は、「ウィルソン大統領の独禁法制約に助言を与え、銀行業界を規制するために連邦準備制度創設に力を貸」した。阿川尚之『憲法で読むアメリカ史（全）』（筑摩書房、2013年）320頁。

(19) Brandeis は、資本主義そのものを批判したのではなく、資本主義の名のもとに、その精神と民主主義を危うくする集中化を批判したのである。David M. Rabban, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, 50 U. CHI. L. REV. 1205, 1324 (1983).

Brandeis は、自己統治のための3つの要件があると考えており、それは産業と同様に政治にとっても重要であると考えていた⁽²⁰⁾。それは、労働者は、①自らの主人でなければならないということ、②他者とともに、そして他者のために働かなければならないこと、そして、③考えなければならないこと、である⁽²¹⁾。そして Brandeis は、民主主義は、考える人々の間、そして標準的以上の知性を持った人々の間においてのみ可能であると考えていたが、ここでいう知性とは、生来的なものではなく、努力によって得られるものである⁽²²⁾。Brandeis のこの産業および政治的な民主主義は、労働者や市民は自己統治できるよう自信を教育する義務を持つという考えに基づいている⁽²³⁾。この考え方は、後にみる Whitney 判決にみられるものである。Whitney で用いられる「彼らの能力を発展させる」というフレーズは、1913年のインタビューですでに使われており、そこでは、Brandeis は「州の最終的な目的は、人間が自身の能力を発展させることができるように、自由にあることである」と述べたとされる⁽²⁴⁾。

1916年に、Brandeis は、Woodrow Wilson 大統領によって連邦最高裁の裁判官に指名された⁽²⁵⁾。Brandeis 裁判官の指名には、産業界や経済界からの多くの反対があった。William Howard Taft を含む、7名のアメリカ法曹協会の元会長も反対したという⁽²⁶⁾。鶴飼信成によると、Brandeis の指名

(20) Brandeis は、政治的自由と経済的自由は密接に結びついており、経済的な自己充足は、政治的自由の前提条件であると考えていた。Id. at 1324.

(21) ROSEN, *supra* note 13 at 47.

(22) Id. at 47-48.

(23) Id. at 48.

(24) Id.

(25) なお Brandeis は、1912年の大統領選挙において、ウィルソンを支援し、彼のために演説も行ってた。ウィリアム・H・レンクイスト（根本猛訳）『アメリカ合衆国最高裁——過去と現在』（心交社、1992年）243頁。

に対する反対意見として、Brandeis は、①「急進主義者で、強い社会主義的傾向を持った、非現実的な理論家である」、②「偏見と不寛容とにそそのかされて、無暗に発言する」、③「『自己宣伝家』で、個人的利益を求めて方法を選ばない」、④「最高裁判所判事の任にふさわしい『司法的気質』をもっていない」、が挙げられる⁽²⁷⁾。Brandeis が、急進派で、アメリカの法律家として「『アウトサイダー』とみられていた」ことから、反対意見が相次いで、公聴会では長い議論になった⁽²⁸⁾。また、Brandeis の連邦最高裁判官就任に対する反対は、彼が初めてのユダヤ系の最高裁裁判官となることへの反発もあったといわれる⁽²⁹⁾。Brandeis の任命が上院で承認されるまで、約5カ月もかかった。

2 ブランダイス裁判官の表現の自由論——到達点としての Whitney 判決

(1) Brandeis 裁判官の意見

1916年に連邦最高裁の裁判官となった Brandeis は、後にみるように、当初は表現保護的な意見を執筆していなかったが、1919年の Abrams 判決の Holmes 裁判官反対意見に同調して以降、表現保護的な意見を執筆するようになる。そして、以下の判決を通じて、Brandeis は表現と民主主義との関係について探り始めた⁽³⁰⁾と指摘される。その到達点ともいえるのが

(26) G. Edward White, *The Canonization of Holmes and Brandeis: Epistemology and Judicial Reputations*, 70 N.Y.U. L. REV. 576, 596 (1995).

(27) 鶴飼・前掲注2・7頁。Brandeis 裁判官の承認を巡る議論は、同6-10頁を参照。

(28) レーンクイスト・前掲注25・243頁。

(29) ただし、Rehnquist によると、Brandeis は、「最高裁判所のポストを用意された最初のユダヤ人」ではなく、「実際に最高裁判所の裁判官席に座った最初のユダヤ人」である。レーンクイスト・前掲注25・243-244頁。

Whitney 判決である。まずは、Brandeis 裁判官が執筆した意見（主として反対意見）のうち、重要なものをいくつか概観する。

① Schaefer v. United States⁽³¹⁾

同事件は、防諜法（Espionage Act）の合憲性が争われた事件である。McKenna 裁判官が執筆した法廷意見は、防諜法の合憲性を支持して、上訴人らの有罪を支持した。Brandeis 裁判官の執筆した反対意見（Holmes 裁判官同調）は、明白かつ現在の危険の基準は“rule of reason”であり、これが適切に適用されたのならば、「表現の自由を、善意の圧政的な多数派の圧制から、そして無責任で熱狂的な少数派の乱用から保護するだろう」と述べている。⁽³²⁾

② Pierce v. United States⁽³³⁾

同事件も、防諜法の合憲性が争われた事件である。Pitney 裁判官が執筆した法廷意見は、防諜法の合憲性を支持して、上訴人らの有罪を支持した。Brandeis 裁判官が執筆した意見は（Holmes 裁判官同調）、「新しい立法や制度を通してより良い状態のために戦うための自由な人間の基本的な権利は、市民の議論による、その権利を守るためになされる努力が、既存の法への不服従を求める違法な煽動と解釈されるのであれば、保持できないであろう」と述べている。⁽³⁴⁾

③ Gilbert v. Minnesota⁽³⁵⁾

同事件は、戦争への反対することなどを禁止するミネソタ州の煽動法の合憲性が争われた事件である。McKenna 裁判官が執筆した法廷意見

(30) STRUM, *supra* note 10 at 99-100.

(31) Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920).

(32) *Id.* at 482 (Brandeis, J., dissenting).

(33) Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920).

(34) *Id.* at 273 (Brandeis, J., dissenting).

(35) 254 U.S. 325 (1920).

は、ミネソタ州法の合憲性を支持して、上訴人の有罪を支持した。反対意見⁽³⁶⁾を執筆した Brandeis 裁判官は、以下のように述べる。

合衆国市民の、自身または国の利益のために、連邦法の制定および政府の行為に加わる権利は、必然的にそれらについて話すあるいは書く自由を含んでいる。……市民によるこの権利の完全で自由な行使は、通常はその市民の義務でもある。……衝突する意見の表明は、政府の行為における賢明さの重要な前提となっている。その抑制においては通常、最も深刻な危機がある。

④ Whitney 判決

本件は、カリフォルニア州のサンディカリズム法の合憲性が争われた事件⁽³⁷⁾である。

(36) *Id.* at 338 (Brandeis, J., dissenting).

(37) 本件の被告人である Charlotte Anita Whitney (以下、単に“Whitney”とした場合は、彼女のことを指す)は、1867年にカリフォルニア州オークランドで生まれた。彼女の家はアッパーミドル階級であり、父方の祖先はメイフラワー号に乗ってアメリカにきたピルグリムだった。そのうちの一人は、マサチューセッツ湾植民地総督の Thomas Dudley だった。Whitney の叔母の一人は、Stephen J. Field 裁判官と結婚しており、Whitney は、子どもの頃や大学のクリスマス休暇などは、子どものいなかった Field 裁判官夫妻と多くの時間を過ごした。Whitney の父親 George Whitney は健康上の理由から、ニューイングランドの厳しい気候から逃れるために、1860年代にカリフォルニアに移住した。また、George Whitney はカリフォルニア州上院議員を務めたこともある。Whitney の家族は、毎年7月4日には独立宣言を大声で読み上げる家庭だった。

Whitney が生まれたのは南北戦争が終結した2年後であり、南部は再建の時期であった。この時期に北部では工業化が始まり、アフリカ系アメリカ人の権利や工業化は、Whitney に大きな影響を与えた。Whitney は、1885年に Wellesley カレッジに進学した。1880年代に高等教育を受けた女性性は2%以下だったといわれる。

同事件では、Sanford 裁判官が、サンディカリズム法を合憲として、Whitney の有罪を支持する法廷意見を執筆している。結論同意意見 (Holmes 裁判官同調) を執筆した Brandeis 裁判官は、以下のように述べる。⁽³⁸⁾

このような事件について妥当な結論に達するために、我々は、なぜ州が、大多数の市民が、虚偽であり害悪をもたらすような結果を伴っていると信じているような社会的、経済的、そして政治的理論を広めることを禁止する権力を否定されているのかを、心に留めておかなければならない。

独立を勝ち取った者たちは、州の最終的な目的は、人々が自身の能力を発展させるために、彼 (女) らを自由にすることであり、その政府において、熟慮した力は、恣意的なそれに打ち勝つべきであると信じていた。彼らは、自由を、目的であるとともに、手段でもあると評価していた。彼らは、自由は幸福の秘訣であり、勇氣は自由の秘訣であると信じていた。彼らは、好きなように思考し、好きなように話す自由は、政治的な真実を発見し、広めるために不可欠な手段であると信じていた。すなわち、自由な言論や集会なしには、議論は役に立た

このように、Whitney は裕福な家庭で育ち、当時の女性としては珍しく、高等教育も受けることができた。しかし、1893年に大学の同窓生が働く、ニューヨークの隣保館を訪れた際に、移民や貧困を初めて目の当たりにしたことがきっかけで、Whitney は、社会制度の問題に気づき、それを変えたいと思うようになったといわれる。その後、女性参政権の問題や、労働運動など、さまざまな問題に取り組むようになった。See, e.g., Vincent Blasi, *The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California*, 29 WM & MARY L. REV. 653 (1988), STRUM, *supra* note 10.

(38) *Whitney*, 274 U.S. 374-377 (Brandeis, J., concurring).

ないものになるであろう。自由な言論や集会により、議論は通常、有害な理論の普及に対抗する適切な保護に値するであろう。自由に対する最も重大な脅威は、無気力な人々である。政治的な議論は、政治的な義務であり、このことはアメリカ政府の最も基本的な原則であるべきである。……思考や希望、想像力を挫くことは危険である。恐怖は抑圧をもたらす。抑圧は嫌悪をもたらす。嫌悪は安定した政府にとって有害である。……多数による支配の専制を認識して、彼らは自由な言論や集会が保障されるために憲法を改正した。深刻な損害の恐怖は、それだけでは自由な言論や集会の抑制を正当化できない。人々は魔女を恐れ、女性たちを焼いた。不合理な恐怖の束縛から人々を解放することが、言論の機能である。自由な言論の抑制を正当化するためには、言論がなされたら深刻な害悪が発生するであろうという恐怖について、合理的な根拠がなければならない。その危険が即座のものであると信じる合理的な根拠がなければならない。防ぐべき害悪が深刻なものであると信じる合理的な根拠がなければならない。……。

革命によって独立を勝ち取った者たちは、臆病者ではなかった。彼らは政治的な変化を恐れてはいなかった。彼らは、自由を犠牲にした秩序を称揚してはいなかった。

(2) Holmes と Brandeis

Whitney 判決における Brandeis 裁判官の結論同意意見には、Holmes 裁判官が同調している。両者は、連邦最高裁で16年間同僚であり、非常に親しい友人であり、「陰と陽のように互いを補う」関係にあったといわれる。⁽³⁹⁾

(39) Evan B. Brandeis, *Legal Theory and Property Jurisprudence of Oliver Wendell Holmes, Jr., and Louis D. Brandeis: An Analysis of Pennsylvania Coal*

表現の自由が問題となる事件において、「はじめに」で挙げた Abrams 判決のように、Brandeis 裁判官と Holmes 裁判官はしばしば互いの意見に同調している（その多くが反対意見である）。そのため、しばしば Brandeis 裁判官と Holmes 裁判官とはまとめて論じられる。しかし、後述するように、両者の表現の自由理論は異なるものであった。以下では、Holmes 裁判官との異同に着目しつつ、Brandeis 裁判官の表現の自由論を検討していく。

Neil Richards は、1919年を境に、Brandeis 裁判官と Holmes 裁判官が⁽⁴⁰⁾考え方を変え、表現の自由を強力に擁護するようになったと指摘する。1919年後半以降、Brandeis 裁判官（と Holmes 裁判官）は、言論保護的な反対意見を執筆するようになっていく。Holmes が Learned Hand の影響を受けたことはしばしば指摘されている。⁽⁴¹⁾ Richards は、Brandeis と Holmes は、“The Nation” や “The New Republic” のような進歩的な雑誌による批判や、ハーバード・ロースクールの Zechariah Chafee の影響を

Company v. Mahon, 38 CREIGHTON L. REV. 1179, 1187 (2005); Holmes と Brandeis との交流については、UROFSKY, *supra* note 10 at 564-570 等。両者の関係について、首席裁判官だった Taft は、「Holmes は完全に Brandeis に支配されているため、それにより Brandeis には 2 票与えられている」と語ったといわれる。PHILIPPA STRUM, LOUIS D. BRANDEIS: JUSTICE FOR THE PEOPLE 309 (Schocken Books 1984).

(40) RICHARDS, *supra* note 9 at 33; なお、Brandeis が Abrams 判決まで反対意見を執筆あるいはそれに同調しなかった理由として、Brandeis がウィルソン大統領の戦争に関する政策を支持していたことも挙げられることがある (Brandedis はもともとウィルソンの支持者であった)。Rabban, *supra* note 19 at 1331.

(41) Holmes と Hand は、1918年 6月にニューヨークからボストンに向かう列車で偶然出会い、表現の自由条項の意義について議論したといわれる。その議論は、後に手紙のやり取りを通じて続けられた。STRUM, *supra* note 10 at 93.

受けたことを指摘する。⁽⁴²⁾ともあれ、これらの影響を受けて執筆されたのが、1919年開廷期のAbrams判決におけるHolmes裁判官反対意見である。

Abrams判決におけるHolmes裁判官反対意見は、Schenk判決とは異なり、いわゆる「明白かつ現在の危険」テストを言論保護的に用いるようになる。Brandeis裁判官は、このHolmes裁判官反対意見に同調している。⁽⁴³⁾Abrams判決以降、表現の自由が問題となる事件では、Holmes裁判官とBrandeis裁判官は、しばしば反対意見を執筆し、互いに同調している。Whitney判決におけるBrandeis意見も、Abrams判決やGitlow判決におけるHolmes裁判官の意見が述べた明白かつ現在の危険の基準を再び述べたものに過ぎないともいわれる。⁽⁴⁴⁾しかしながら、Brandeis裁判官とHolmes裁判官とでは、なぜ表現の自由が憲法上特別な保護を受けるのかについての根拠が異なっていたことが指摘される。⁽⁴⁵⁾そして、この点について、アメリカの表現の自由の分野において、Brandeis裁判官の影響(Holmes/Brandeisの影響ではない!)が非常に大きいことが指摘される。⁽⁴⁶⁾

Abrams判決におけるHolmes裁判官反対意見は、一度も民主主義に言

(42) RICHARDS, *supra* note 9 at 34-35.

(43) *See, e.g.,* UROFSKY, *supra* note 10 at 553.

(44) ただし、Brandeis意見は、以下の3点について、明確にしたともいわれる。1つ目が、同基準の適用にあたり、裁判所は立法府に敬讓を払わなくてもよいとする点である。2つ目が、明白かつ現在の危険は、緊急事態とごく接近したものでなければならないという点である。3つ目が、避けるべき危険が重大なものでなければならないという点である。Bhagwat, *supra* note 12 at 397.

(45) *See, e.g.,* JOHN DENVER, *FREEING SPEECH: THE CONSTITUTIONAL WAR OVER NATIONAL SECURITY* 59 (New York University Press 2010); RONALD J. KROTOSZYNSKI, JR., *THE FIRST AMENDMENT IN CROSS-CULTURAL PERSPECTIVE* 17 (New York University Press 2006).

(46) Bhagwat, *supra* note 12 at 401.

及しておらず、「思想の自由市場」のメタファーに依拠している。⁽⁴⁷⁾これに
対して、Whitney 判決における Brandeis 意見は、Holmes の思想の自由市
場論には言及せず、⁽⁴⁸⁾ 民主的な政府への市民の参加の重要性を強調している。
Cass Sunstein は、両者の違いを、消費者主権——自由市場の背後にある
もの——と政治的主権——自由国家の背後にあるもの——という、対立し
うる 2 つの概念に着目して指摘する。⁽⁴⁹⁾ Sunstein によると、Brandeis の、
自由の最大の脅威は「無気力な人々」であるという主張および公的な議論
は「政治的な義務」でもあるという主張は、Holmes とは相容れない。⁽⁵⁰⁾

Brandeis の表現の自由論を検討するうえで、重要なのが Whitney 判決
と同じくサンディカリズム法が問題となった Ruthenberg 事件
(Ruthenberg v. Michigan) である。結論同意意見であった Whitney 判決
とは異なり、Brandeis は、この事件で反対意見を執筆しようとしていた。⁽⁵¹⁾
Brandeis は、以下のように書いている。

(47) DENVIR, *supra* note 45 at 59.

(48) *Id.* at 59-60.

(49) CASS R. SUNSTEIN, #REPUBLIC: DEVIDED DEMOCRACY IN THE AGE OF SOCIAL MEDIA 52 (Princeton University Press 2017).

(50) *Id.* at 56.

(51) Whitney と比べると、Ruthenberg の方がよりラディカルな信条をもち、
よりラディカルな行為に及んだ。たとえば、Whitney は 1 回しか逮捕され
ていないが、Ruthenberg は「もっとも逮捕された共産主義者」という評
判だったといわれる。それでも Whitney では Brandeis は結論同意意見で
あるのに対して、Ruthenberg では反対意見を執筆していた。そのため、
Ronald K. L. Collins と David M. Skover は、Whitney 判決における Brandeis
裁判官結論同意意見を、curious concurrence と表現している。Ronald K. L.
Collins & David M. Skover, *Curious Concurrence: Justice Brandeis's Vote in
Whitney v. California*, 2005 SUP. CT. REV. 333, 336-337; Whitney では反対
意見とはならなかった理由としては、Whitney の弁護士が、事実審で修正
1 条の主張をしなかったことなどが挙げられる。

このような事件について妥当な結論に達するために、我々は、なぜ州が、大多数の市民が、虚偽であり害悪をもたらすような結果を伴っていると信じているような社会的、経済的、そして政治的理論を広めることを禁止する権力を否定されているのかを、心に留めておかなければならない。……。

民主主義において、公的な議論は政治的な義務である。この原則は、アメリカの統治制度の基礎にある。好きなように思考し、好きなように話す自由は、政治的な真実を発見し、広めるために不可欠な手段である。自由な言論や集会なしには、議論は役に立たないものになるであろう。自由な言論や集会により、議論は通常、有害な理論の普及に対抗する適切な保護に値するであろう。独立を勝ち取った者たちは、自由を、目的であるとともに、手段でもあると評価していた。彼らは、自由は幸福の秘訣であり、勇気は自由の秘訣であると信じていた。彼らは、自由に対する最も重大な脅威は、無気力な人々であると認識していた。また、彼らは、安定した政府に対する最も重大な脅威は抑圧であると認識していた。……。多数による支配の専制を認識して、彼らは自由な言論や集会が保障されるように憲法を改正した。

口頭弁論から約10か月後、Ruthenberg 判決が出される直前の1927年3月2日に、Ruthenberg が亡くなったため、最高裁は、誤審令状を棄却し⁽⁵²⁾た。Brandeis は当初は Whitney 判決の結論同意意見はたったの2段落しか執筆していなかった⁽⁵³⁾。しかし、Brandeis は Ruthenberg における反対意見を修正して、Whitney 判決で用いることができた。

(52) *Id.* at 372.

(53) *Id.*; なお、同論文の Appendix B に、当初の Brandeis 意見が掲載されている。両判決の異同については、別稿で検討したい。

このようにして執筆された Whitney 判決の Brandeis 意見だが、その特徴は、しばしば指摘されるように、表現の自由論と民主主義との関係⁽⁵⁴⁾を論じていることである。この点は、Ruthenberg 判決の反対意見で Brandeis が強調していた点でもある。また、民主主義に不可欠である意見の交換を促進することを目的として、表現や集会の自由を保障するために、建国の父たちは憲法を改正したと指摘している点も同様である⁽⁵⁵⁾。自己統治のためには、表現の自由が不可欠である。なぜなら、沈黙が強制されたのなら、自己統治が不可能な、無気力な市民を生み出してしまうからである⁽⁵⁶⁾。これに対して、Holmes は民主主義と革新的な立法を軽蔑していたといわれる⁽⁵⁷⁾。

John Denvir は、Whitney 判決における Brandeis 意見を、「民主的な自己統治原則の、現代における最初の表明」⁽⁵⁸⁾であると指摘する。Strum は、上で挙げた諸判決で Brandeis は、表現は良い政府を導くであろうし、それは「より良い状態」に帰着する、と主張していると指摘する⁽⁵⁹⁾。Whitney 判決で、Brandeis は、公的な議論を、政治的な義務と捉えている。Bhagwat によると、Brandeis の民主主義観にあるのは、人民主権や自由で安定した社会への方法としての民主過程への人民の参加、そしてその参

(54) なお、Brandeis は、表現の自由とは異なり、経済的自由の規制については、政府の権限を認めていた。誤った経済政策は経済を傷つけることはあっても国の民主的な本質に影響を与えることはないが、表現の規制は民主主義そのものを阻害するからである。STRUM, *supra* note 10 at 119; 経済的自由の規制に対する Brandeis のこのような姿勢は、上述のように彼のこれまでの活動や進歩派としての思想を反映するものである。

(55) *Id.* at 108; また、同反対意見で Chafee の論文や Jefferson の就任演説を引用するなど、彼らの影響がうかがわれる。

(56) RICHARDS, *supra* note 9 at 30.

(57) ROSEN, *supra* note 13 at 7.

(58) DENVIR, *supra* note 45 at 60.

(59) STRUM, *supra* note 10 at 100.

加の決定的な要素としての民主的熟議への心からの信頼⁽⁶⁰⁾である。また、公衆の参加や熟議の正統化は単に道具的なものではない⁽⁶¹⁾。これは、選出された政治家ではなく、人民が我々の政府制度を規定するという思想についての、革新派としての Brandeis のコミットメントに由来するものである。そして、そのために表現の自由が必要となる。なぜなら、人民の間での熟議ができなければ、人民は政府を規定することができないからである。Bhagwat は以上のように指摘したうえで、Whitney 判決で、Brandeis は、憲法に人民主権——アメリカ革命が、アメリカの政治的イデオロギーの中心に置いた——を再導入しようとしたと主張する⁽⁶²⁾。Brandeis は James Madison がフェデラリスト第51篇で述べたのと同様に、国家は不完全である⁽⁶³⁾と考えていた。そのため、人民によって常に審査されなければならない⁽⁶⁴⁾のである。ここで、表現の自由は、公共善を追及するための道具と考えられている⁽⁶⁵⁾。Brandeis によると、表現の自由は、個人の幸福のためだけでなく、民主的な政府が機能するためのものである⁽⁶⁶⁾。Whitney で述べているように、Brandeis にとって、表現の自由は、個人にとってよりも国家にとってより重要なものである⁽⁶⁷⁾。そのため、市民による表現の自由の行使は、権利であるのと同様に、義務でもある⁽⁶⁸⁾。これに対して、Ronald J.

(60) Bhagwat, *supra* note 12 at 403.

(61) *Id.*

(62) *Id.*

(63) STRUM, *supra* note 10 at 115.

(64) *Id.*

(65) Christoph Bezemek, *The Epistemic Neutrality of the “Marketplace of Ideas”*: Milton, Mill, Brandeis, and Holmes on Falsehood and Freedom of Speech, 14 FIRST AMEND. L. REV. 159, 171-172 (2015).

(66) Rabban, *supra* note 19 at 1339.

(67) *Id.*

(68) *Id.*

Krotoszynski は、Holmes は、自由な言論はそれ自体が目的となると考えていると指摘し、この点が Holmes と Brandeis の重要な違いであると強調する。⁽⁶⁹⁾

このように、Brandeis の表現の自由論は、Holmes のそれとは異なる。Sunstein が指摘するように、政府が政治的な異論を抑制しようと試みる時には、Holmes と Brandeis の表現の自由論は手を取り合って進む。⁽⁷⁰⁾ 実際に彼らはお互いの意見にしばしば同調している。だが、これは「偶発的な同盟関係」に過ぎず、両者は敵対しうる関係にある。⁽⁷¹⁾ Rehnquist は、Brandeis は「彼の考える正義が世界で勝利を収めることを願う十字軍的な願望を持った一種の禁欲主義者」であり、これに対して Holmes は「究極の懐疑論者だった」と、両者の違いを説明している。そして、「二人が違う時代の最高裁判所にいたとしても、やはり意見を同じくしていたかは、議論の余地がある」と指摘する。⁽⁷³⁾ Brandeis は、アメリカはすべての者にとっての正義が達成できる場所だと考えていたが、それは、市民の関与なしには達成できないと考えていたのである。⁽⁷⁴⁾ そのため、Brandeis は、

(69) KROTOSZYNSKI, *supra* note 45 at 14-18.

(70) CASS R. SUNSTEIN, *DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH* 28 (The Free Press 1993).

(71) *Id.*; Brandeis の伝記を執筆した Philippa Strum は、Holmes と Brandeis が表現の自由についてのアプローチを共有していたと考えるのは間違いであると明言している。PHILIPPA STRUM, *BRANDEIS: BEYOND PROGRESSIVISM* 117 (University Press of Kansas 1993); Holmes の表現の自由論については、G. Edward White, *Justice Holmes and the Modernization of Free Speech Jurisprudence: The Human Dimension*, 80 CAL. L. REV. 391 (1992); 金井光生『裁判官ホームズとプラグマティズム——〈思想の自由市場〉論における調和の靈感』(風行社、2006年)など。

(72) レーンクイスト・前掲注25・245頁。

(73) 同上。

(74) STRUM, *supra* note 10 at 100.

Gilbert 判決において、市民の参加は、市民個人よりも、国家にとって重要であると述べているのである⁽⁷⁵⁾。John Rawls は、Whitney 判決における Brandeis 意見の強みは、「民主制における自由な政治的表現の役割の認識」にあると指摘している⁽⁷⁶⁾。

Pnina Lahav は、①知的な影響、②政治理論、③気質という3つの観点から、両者の違いを描く。①、②について、Lahav は、Holmes は John Stuart Mill の「自由論」に依拠しているのに対し、Brandeis は5世紀のアテネ人、特に Pericles の「葬送演説」に依拠している点を指摘する⁽⁷⁷⁾。この点に関して、Brandeis に最も影響を与えたのは、Alfred Zimmern の『ギリシャ共和政』だったといわれている⁽⁷⁸⁾。Zimmern は、アテネの政治を市民権の発達と市民権の観念という2部構成で検討しており、後者は「『葬送演説』のほぼ焼き直しだった」と指摘される⁽⁸⁰⁾。真実は永遠ではないと考えており、その時々多数派が信じるのが真実であると考えていた Holmes とは異なり、Brandeis は、不変の真実というものがあると信じており、それが民主的な徳であった⁽⁸¹⁾。Zimmern は、アテネを現代民主主義

(75) *Id.*

(76) JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 351-352 (Columbia University Press, Expanded ed. 2005).

(77) ただし、Holmes は、Mill の主張をただ唱えているのではなく、州の中立性、懐疑主義、そして社会的ダーウィニズムを織り込んでいると指摘する。Pnina Lahav, *Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justifications for Free Speech*, 4 J. L. & POL. 451, 455 (1988).

(78) *Id.* at 463.

(79) Brandeis のロークラークを務めたこともある Paul A. Freund によると、同書は、後に、Brandeis が、最も友人に勧めた本となった。Paul A. Freund, *Mr. Justice Brandeis: A Central Memoir*, 70 HARV. L. REV. 769, 790 (1957).

(80) Lahav, *supra* note 77 at 462.

(81) STRUM, *supra* note 10 at 112-113.

のモデルとみており、「小さな集団」における市民による活発で真剣な、⁽⁸²⁾対面での熟議のみが、民主的な徳を守ることができる⁽⁸²⁾と述べている。Brandeis は、多数派は時には専制的になるかもしれないが、それでも熟議を通じて、市民は一人では知りえない共通の善に到達できると信じてい⁽⁸³⁾た。Brandeis は、このような共通善は州の目的であると述べるが、この⁽⁸⁴⁾点もまた、Pericles が述べていたことである。Brandeis によると、正しく行動する個人の善は、民主主義の正統性の源泉であり、それを支持する理由⁽⁸⁵⁾だった。そして、個人は良き市民となり、公共善を同定できるように⁽⁸⁶⁾なる。

ただし、Brandeis は Pericles や Zimmern の述べていることをただそのまま述べているわけではない。前述したように、Brandeis は Whitney 判決で、建国の父たちに言及するが、彼らに対する見解は、Pericles や Zimmern の影響を受けている。Pericles は、人々を、アテネ人とその敵の2つのモデルに分類して、前者は「勇敢で、希望と自信に満ち、そして大胆であるが、思慮深く、ゆったりと落ち着いた」人びとであるのに対し、⁽⁸⁷⁾後者は、「無知で臆病で、恐怖に突き動かされている」人びとであると述べている。これと同様に、Whitney 判決でも、Brandeis は良い人々と悪い人々という対比を用いて、建国の父たちを前者と考えて、彼らは、後者の⁽⁸⁸⁾ような人々を避けることを望んでいた。

また、Lahav は、Holmes はリバタリアンであるのに対し、Brandeis は

(82) ROSEN, *supra* note 13 at 22.

(83) *Id.* at 23.

(84) Lahav, *supra* note 77 at 463.

(85) *Id.* at 466.

(86) *Id.*

(87) *Id.* at 462.

(88) *Id.*

リパブリカンであると指摘する⁽⁸⁹⁾。Brandeis は、Ruthenberg 事件や Whitney 事件で Jefferson 大統領の就任演説を引用するなど、ジェファソニアン的な観念を支持していた。この点で、Brandeis は、Albert J. Nock の「ジェファソン」⁽⁹⁰⁾ に影響を受けていたといわれる⁽⁹¹⁾。Brandeis は、Jefferson と同様に、人民は、個人的および政治的に自己統治できるように、自身を教育する義務があると熱烈に信じていた⁽⁹²⁾。Brandeis は、民主主義は、自身の自由を理解して守ることができるような、教育された市民なしには、自由を維持することはできない、という Jefferson の信念も共有していた⁽⁹³⁾。なお、Jeffrey Rosen は、Brandeis は、Jefferson よりも民主主義の信奉者であったと指摘する。なぜならば、Brandeis は、すべての労働者が、民主主義と自由の生存に不可欠な自己を教育する能力を持つと信じていたからである⁽⁹⁴⁾。

このように、両者には①知的な影響、②政治理論の点で違いがみられるが、Lahav はさらに、③気質の違いを指摘する。Holmes は基本的に懐疑的で悲観主義者であるのに対し、Brandeis は楽観主義者であることがしばしば指摘される⁽⁹⁵⁾。Brandeis は、より良い未来についての確信をもった

(89) Cass Sunstein は、Holmes の思考の根源には、近代的な、利益集団の多元主義があるのに対し、Brandeis の思想のルーツは、古典的な共和主義にあると指摘する。CASS R. SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH 27 (The Free Press 1993).

(90) ALBERT J. NOCK, JEFFERSON (Harcourt, Brace and Company 1926).

(91) ROSEN, *supra* note 13 at 9.

(92) *Id.* at 17; ここでいう教育とは、学校教育のことではなく、市民が互いに公的関心事について話し合うことにより得られるものである。STRUM, *supra* note 10 at 118.

(93) ROSEN, *supra* note 13 at 21.

(94) *Id.* at 24.

(95) Lahav, *supra* note 77 at 453-454; Sunstein もまた、Holmes の現実的

ビジョンがあり、それゆえ、Brandeis は、Whitney で述べたような、「勇気を持った、自恃心のある人間」になることができる能力を、個人が持っている⁽⁹⁶⁾と信じている。懐疑的で悲観主義者であるという Holmes のこの気風は、彼の自由市場というメタファーと適合的である。Holmes によると、最も支持者が多い思想が勝つのであり、裁判官や国はその結果について、いかなる利害関係ももたない⁽⁹⁷⁾。Holmes によると、人々との交流は特権であり、政治的義務ではない⁽⁹⁸⁾。このような立場は、Brandeis は受け入れることはできないだろう。若き日の Brandeis は、ノートに「人生という劇場において、観客としていられるのは神と天使だけである」という言葉を書いていた⁽⁹⁹⁾。Brandeis は、社会や自身を改良する力があるという点について、個人に対する確信を持っており、その確信が、彼を Pericles の演説への共鳴や、幸福は政治的な生活にあるという彼自身の考察に導いたと指摘される⁽¹⁰⁰⁾。社会を変革するという人々の努力に対して軽蔑的であったともいわれる Holmes とは異なり、Brandeis は、個人の尊厳と自律についての強固な信念と人道主義とを併せ持った活動家であるといわれる⁽¹⁰¹⁾。

このような両者の違いについて、彼らの出自や経歴にその理由の一端があると指摘されている。Bhagwat は、Holmes の思想の自由市場論につい

な懐疑主義とは異なり、Brandeis は極めて楽観的であると指摘する。
SUNSTEIN, *supra* note 70 at 27.

(96) Lahav, *supra* note 77 at 467.

(97) Holmes は、Laski に宛てた手紙の中で、「もし大衆が地獄へ行くことを望むのなら、私はそれに協力するだろう」と述べている。*Id.* at 469.

(98) *Id.* at 469.

(99) *Id.* 469.

(100) *Id.* at 470.

(101) ある Holmes のロー・クラークは、両者の違いについて、「Brandeis は、抑圧される者への共感を持ち、Holmes は、抑圧する者を軽蔑していた」と述べたといわれる。Rabban, *supra* note 19 at 1321 (1983).

て、彼の時代や場所の影響を指摘する。すなわち、Holmes は1841年にボ
 ストンで生まれ、南北戦争に参加している。⁽¹⁰²⁾ 上述のように、Holmes は悲
 観主義者であったことが指摘されるが、この点について阿川尚之は、2度
 も瀕死の重傷を負った「若き日の戦争体験によるものであろう」と指摘す
⁽¹⁰³⁾
 る。また、彼の世代は、ダーウィニズムと進化論に最も影響された世代で
⁽¹⁰⁴⁾
 ある。Holmes はスペンサーの理論を拒絶したが、それにもかかわらず、
 彼の思考（修正1条論も含む）は、彼が育ってきた時代の思想的な雰囲気
 の影響を受けていた。⁽¹⁰⁵⁾ Bhagwat は、これに対して、Brandeis は、Holmes
 より15歳しか若くないとはいえ、彼の知的ルーツは、Holmes とは大きく
 異なり、極めて近代的であったと指摘する。⁽¹⁰⁶⁾ 上述したように、Brandeis
 はユダヤ人であり、両親は移民である。彼の両親は、ロマン主義派のリベ
 ラルであり、当時のヨーロッパではなしえなかった自由、平等といったも
 のをアメリカで経験したことから、子どもたちに対して、アメリカンドリー
 ムに対する信念を教え込んでいた。⁽¹⁰⁷⁾ また、南北戦争が与えた影響も

(102) Bhagwat, *supra* note 12 at 402.

(103) 阿川尚之は、以下のように述べている。阿川・前掲注18・315-316頁。

若き日の戦争体験によるものであろう。ホームズ判事はものごとすべて
 に対して懐疑的であった。人生は移ろいやすく、人の命はむなしい。この
 世に絶対の真実などない。……。

アメリカの民主主義と平等原則の価値を認めながら、大衆を馬鹿にせず
 にはいられない。たぐいまれな才能を持ちながら、そして大きな功績を残
 さねばとあせりながら、どこか投げやりなところがあった。父親はそんな
 息子を、「人生を深刻な演劇ととらえて、自分は観客に徹している」と評
 した。

(104) Bhagwat, *supra* note 12 at 402.

(105) *Id.*

(106) *Id.* at 403.

(107) Lahav, *supra* note 77 at 469-470.

Holmes と Brandeis とでは異なる。上述のように、実際に従軍した Holmes とは異なり、Brandeis は、当時はまだ子どもであり、戦争の恐怖を直接体験してはいない⁽¹⁰⁸⁾。そのため、南北戦争の結果を、善の悪に対する勝利として認識しえた⁽¹⁰⁹⁾。また、南部に居住してはいたが奴隷解放主義者であった Brandeis の両親は、南北戦争中に北部の人々に食料などを提供しており、Brandeis は、このような両親の活動を自身が従うべきモデルとしたとされる⁽¹¹⁰⁾。

Brandeis とは異なり、Holmes は、「代々の『ニューイングランド貴族』だった⁽¹¹¹⁾」といわれる。阿川は、Brandeis について、「ボストンの良家に生まれたホームズとは違って、南部出身で名門高校や大学を出ていないユダヤ人の少年は、疎外感を味わったようだ⁽¹¹²⁾」と述べている。同様に、Strum は、Holmes の経験の大部分は、ボストンのブラーミンの世界に限られており、その例外が南北戦争での経験であることを指摘する⁽¹¹³⁾。その経験が、Holmes を、適者生存を信じる社会的ダーウィニズムに転向させた⁽¹¹⁴⁾。これに対して、Brandeis は、教育は最低限だがその思想は多くのブラーミンよりも合理的にみえる労働者の経験がある⁽¹¹⁵⁾。Brandeis の批判は、裕福なエリート層——Holmes が「適者」であるとみなした人々——に向けられている⁽¹¹⁶⁾。Brandeis 裁判官のロークラークであった David Riesman は、

(108) *Id.* at 470.

(109) *Id.*

(110) *Id.* 470.

(111) レーンキリスト・前掲注23・237頁。

(112) 阿川・前掲注18・319

(113) STRUM, *supra* note 10 at 113.

(114) *Id.*

(115) *Id.*

(116) *Id.*

Brandeis は「権力と人間の能力に対して懐疑的であったが、同時に、人間の発展の可能性に対して驚くほど信頼をおいており、選挙民が真実を発見することを信じていた」と述べている。このような違いもあり、Holmes は「悲観的な知識人」となり、Brandeis は「楽観的な信奉者」になり、表現の自由に関する両者の違いはこのような事情を反映しているといわれる。⁽¹¹⁷⁾

む す び

本稿で見てきた Brandeis の表現の自由論は、アメリカで表現の自由が強力に保護されるようになったウォーレン・コートの諸判決に取り入れられていることが指摘される。はじめにで挙げたように、Whitney 判決は、Sullivan 判決に取り入れられ、また、Pierce 判決は、Gertz v. Robert Welch の「誤った思想というものはない」という1節に取り入れられていると指摘される。⁽¹¹⁸⁾ Brandenburg 判決は、Brandeis 版の明白かつ現在の危険の基準を採用して、Whitney 判決を明確に覆したとの評価がある。⁽¹¹⁹⁾ また、政治的表現への近年の焦点は、修正1条の中心的な要素であるとも指摘される。⁽¹²⁰⁾ すなわち、アメリカの表現の自由論を検討する際には、Brandeis の表現の自由論を検討する必要がある。本稿では、Brandeis と Holmes の表現の自由論の違いを概観しただけであり、より詳細な検討は別稿に委ねたい。

(117) Bhagwat, *supra* note 12 at 403.

(118) RICHARDS, *supra* note 9 at 39; なお、同判決の該当箇所は、Jefferson の最初の就任演説を引用している。418 U.S. 323, 339-340 (1974).

(119) Helen Garfield, *Twentieth Century Jeffersonian: Brandeis, Freedom of Speech, and the Republican Revival*, 69 OR. L. REV. 527, 537-538 (1990).

(120) Bhagwat, *supra* note 12 at 406; 拙著『ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察——表現の自由のジレンマ』（法律文化社、2017年）第4章、第5章。

The Theory on Free Speech of Justice Louis D. Brandeis

論

Shinji HIGAKI

Many Scholars pointed out that the U.S. doctrine on free speech is quite exceptional among the world. However, U.S. Supreme Court had not protected freedom of speech eagerly until the middle of 20th century. Frederick Schauer claimed that the First Amendment started in 1919. In this year, Justice Oliver W. Holmes wrote dissenting opinion in *Abrams v. United States* and Justice Brandeis concurred it. From this, they had written opinions protecting free speech and concurred each other. But their opinion had not constituted majority until the Warren Court. Many scholars claim that the Warren Court adopted the doctrine on free speech of Holmes (and Brandeis).

説

Many decisions in the Warren Court protecting free speech strongly, such as *New York Times v. Sullivan*, however, quoted Brandeis' concurring opinion in *Whitney v. California* frequently. Therefore, some scholars point out that it would be Brandeis (NOT Holmes and Brandeis) who put together the basis of modern First Amendment doctrine. This paper analyzes the theory on free speech of Justice Brandeis focusing on the differences between Holmes and Brandeis.