

ルイス・ブランドイスのプライバシー権

—34歳と71歳のブランドイスをつなぐ言葉—

宮 下 紘[※]

- I. ルイス・ブランドイスが残した問い
- II. 1890年「プライバシーへの権利」—34歳
- III. 1928年「プライバシーへの権利」—71歳
- IV. プラダイスをつなぐ言葉
- V. ブランドイスのプライバシー権の進化

I. ルイス・ブランドイスが残した問い

1890年12月15日、弁護士ルイス・ブランドイスは、サミュエル・ウォーレンとの共著でハーバード・ロー・レビュー第4巻5号「プライバシーへの権利 (The Right to Privacy)」において「今や生命への権利は人生を享受する権利—独りにしておいてもらう権利 (the right to be let alone) を意味するようになった」²と論じた。

1928年6月4日、*Olmstead v. United States*³の反対意見において、裁判官ルイス・ブランドイスは「独りにしておいてもらう権利—最も包括的な権利の1つであり、文明人によって最も高く評価された権利」⁴であると言い渡した。

ルイス・ブランドイスは、プライバシー権の創設の父であり、プライバシー権を唱道した弁護士であり、そしてプライバシー権を現実に擁護した裁判官で

※ 駿河台大学法学部准教授・ハーバード大学ロースクール客員研究員（在アメリカ合衆国マサチューセッツ州）。

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

2 *Id.* at 193.

3 277 U.S. 438 (1928).

4 *Id.* at 478 (Brandeis, J., dissenting).

あった。1890年の論文は、「すべての中で最も影響力のある法学紀要論文」⁵であると評され、1928年判決の意見は「アメリカ法の中で最も雄弁で、最も引用されたひとつである」⁶と言われる。かつての少数意見であったブランダイスのプライバシーの権は、多数意見となり⁷、世代を超えて今なおその正当性が確認され続けている。

他方で、ブランダイスがプライバシー権を主張するきっかけとなった1890年の共著論文については、様々な批判がなされてきた。たとえば、ウォーレンとブランダイスの論文の意義は「誇張されすぎ」⁸であり、「裁判所において解決不能」⁹であると批判されてきた。また、論文は画期的な作品と評価されてきたが、実際には「ほとんど読まれてこなかった。たとえ、それを読んだ者であっても、ウォーレンとブランダイスの問題への主張と彼らの議論の歴史的淵源を疑問に思うことなく驚くほど受容してきたことがはびこってきた」¹⁰。さらに、「ウォーレンとブランダイスの不法行為の時代は終わった」¹¹とさえ宣告される。しかし、これらの批判の多くは、ブランダイスのプライバシー権に関する1890年時点のものである。すなわち、1890年の論文と1928年判決の意見のブランダイスのプライバシー権に共通する思想それ自体は批判されていないし、むしろそれ自体が何であるかすら必ずしも明らかにされていないように思われる。1928年の判決後のNew York Timesは「数十年前、ブランダイスは当時若い弁護士であったが、プライバシー権を擁護した。彼のプライバシー権はどれほど

5 Harry Kalven Jr., *Privacy in Tort Law: Were Warren and Brandeis Wrong?*, 31 LAW & CONTEMP. PROBS. 326, 327 (1966).

6 MELVIN I. UROFSKY, LOUIS D. BRANDEIS: A LIFE 630 (2009).

7 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

8 DON R. PEMBER, PRIVACY AND THE PRESS: THE LAW, THE MASS MEDIA, AND THE FIRST AMENDMENT 56 (1972).

9 Diane L Zimmerman, *Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis Privacy Tort*, 68 CORNELL L. REV. 291, 365 (1983).

10 James H. Barron, *Warren and Brandeis, The Right to Privacy*, 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1890); *Demystifying a Landmark Citation*, 13 SUFFOLK U. L. REV. 875, 877 (1979).

11 Edward J. Bloustein, *Privacy, Tort Law, and the Constitution: Is Warren and Brandeis' Tort Petty and Unconstitutional as Well?*, 46 TEXAS L. REV. 611, 613 (1968).

今残っているのだろうか」¹²と問いを提起していた。ブランドイスのプライバシー権を理解するには、彼のプライバシー権の進化の過程において1890年と1928年におけるブランドイスをつなぐ何かを見出さなければならぬのである。

ブランドイスのプライバシー権を理解するには、さらにもう1つの困難が伴う。それは、ブランドイスがいわゆる表現の自由の強力な擁護者でもあるという事実である。ブランドイスは裁判官として、1927年 *Whitney v. California*¹³において「公的な議論は政治的な義務である」¹⁴ことを宣言する。そして、「自由な言論の主題におけるこれまで執筆された意見で最も重要な司法の意見」¹⁵と言われる同意意見を述べる。「この国の独立を獲得した者らは、考えたいように考える自由、そして思ったことを発言する自由が政治の真実を発見し、広めることに不可欠な手段であると信じていた」¹⁶。ブランドイスのいわゆる表現の自由に関する意見は、「古典」、「傑作」、「卓越」そして「雄弁」であると称賛され続けてきた¹⁷。ブランドイスが、「公的な議論を政治的な義務である」とまで主張する一方で、「独りにしておいてもらう権利」を論じた、この一見矛盾する論理をどのように捉えるべきか。

実際、幾度となくこの問題に取り組んできた中¹⁸、最高裁は2001年にこれを正面から取り上げた。*Bartnicki v. Vopper*¹⁹では、法廷意見、同意意見、反対意見のいずれもがブランドイスに言及する。しかし、いずれの意見も1890年の論文²⁰によって立つのであるが、意見によっては1928年の反対意見²¹に好意で

12 *Government Lawbreaking*, N.Y. TIMES, Jun. 6, 1928 at 24.

13 274 U.S. 357 (1927).

14 *Id.* at 375 (Brandeis, J., concurring).

15 Vincent Blasi, *The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California*, 29 WM. & MARY L. REV. 653, 660 (1988).

16 *Whitney*, 274 U.S. at 375 (Brandeis, J., concurring).

17 HAIG BOSMAJIAN, ANITA WHITNEY, LOUIS BRANDEIS, AND THE FIRST AMENDMENT 125 (2010). See also Ashutosh A. Bhagwat, *The Story of Whitney v. California: The Power of Ideas*, in CONSTITUTIONAL LAW STORIES 383 (Michael C. Dorf ed., 2d. 2009).

18 See, e.g., *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967); *Cox Broadcasting v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989).

19 532 U.S. 514 (2001).

20 See *id.* at 534, 537 (Breyer, J., concurring), at 553 (Rehnquist, J., dissenting).

あったり、さらに別の意見ではWhitney判決の同意意見²²が引用される。このように、ブランダイスの作品は、それがプライバシー権に関するものである限り、いまなお現実にその解釈方法は決着がつかず、我々はいまだ「ルイス・ブランダイスの亡霊」²³から解放されていない。ブランダイスのプライバシー権は、120年の年月を経ても、1890年と1928年のブランダイス、そして彼が残したいわゆる表現の自由に関する判決は、いまなお重大な課題として議論を喚起し続けている。

「プライバシーは当然のことながらブランダイスの長年にわたる主要な問題であり続けた」²⁴と言われる。重要なことは、「独りにしておいてもらう権利」という言葉ではなく、その言葉の背景に何が存在したかである。1890年と1928年の2つのプライバシー権がブランダイスにとってどのような関係にあるのか、そして、それは彼が残したいわゆる表現の自由の問題とどのような関係にあったのか。そこで、本論文は、ブランダイス自身が「法はオリジナル・ソースに当たることによってしか学ぶことができない」²⁵と教を説いたとおり、ブランダイスにとってのプライバシー権に関する言葉を再読し、そこからブランダイスのプライバシー権に関する一貫した思想を明るみに出すことを目的としている。言い換えれば、34歳のときに共著として執筆した「プライバシーへの権利」の論文と71歳のときに判決として意見を述べたプライバシー権のそれぞれを貫くルイス・ブランダイスにとってのプライバシー権の根底にあるものを再確認することである。そして、そのことが今なお語り継がれるブランダイスのプライバシー権の神髄を理解し、彼のプライバシー権を継承する手掛かりになると考えられる。

21 See *id.* at 536 (Breyer, J., concurring).

22 See *id.* at 535.

23 Kelly O. Wallace, Bartnicki v. Vopper: *The First Amendment versus Privacy and the Ghost of Louis Brandeis*, 53 MERCER L. REV. 893 (2002).

24 PHILIPPA STRUM, LOUIS D. BRANDEIS: JUSTICE FOR THE PEOPLE 325 (1984).

25 Louis D. Brandeis, *The Harvard Law School*, 1 GREEN BAG 10, 19 (1889).

II. 1890年「プライバシーへの権利」—34歳

1. サミュエル・ウォーレンとゴシップ記事

(1) ウォーレンの結婚式とゴシップ記事

1883年1月25日11時45分から、サミュエル・ウォーレンとマベル・バヤードはワシントンDCのAscension教会において結婚式を挙げた。サミュエル・ウォーレンは、この結婚式の約7年後にブランダイスと共著で「プライバシーへの権利」の論文を公表することになるが、ブランダイスとはハーバード・ロースクール時代からの友人であり、ブランダイスとともにボストンで法律事務所を設立した弁護士であった。花嫁のマベル・バヤードは、父が有名な上院議員で大統領候補者でもあり、後に国務長官も務めたトマス・バヤードの娘であった。花嫁は白の光沢のウェディングドレスに身を包まれ、金色のネックレスを付け、10人の案内役と8人の花嫁の付添女性に囲まれる中、ウォーレンとバヤードの結婚式は正午の教会の音を迎えた。午後1時から2時半の結婚式に続くレセプションにはバヤード上院議員での自宅に数百人の招待客が来て、4時に新郎新婦が電車に乗るまで、二人を祝ったとされる。

翌朝の新聞記事、1883年1月26日のNew York Timesは1面に「ワシントンの社交世界」という見出しで前日の結婚式での花嫁の衣装や出席者の氏名などを含め当日の結婚式とレセプションの様子を記事にした²⁶。そして、Washington Postは「華々しい結婚式」という見出しの下、「デルウェアとボストンの貴族の血統が参列した英国式のセレモニー」という小見出しを付けている²⁷。さらにその翌日のChicago Daily Tribuneは「結婚」という見出しで「イブニング・ドレスであふれる中、多くの者は外出着で暗い色の帽子を身に着けていた」²⁸と書いている。1月27日のBoston Saturday Evening Gazetteは「結婚式は絵にかいたような非常に可愛らしい式」であると指摘し、「新婚カップルは午後にはニューヨークに向かう列車で出発し、そこから将来の住居のあなたの街へと向かった」²⁹と記している。

26 *The Washington Society World*, N.Y. TIMES, Jan. 26, 1883 at 1.

27 *A Brilliant Bridal*, WASH. POST, Jan. 26, 1883 at 4.

28 *Matrimonial*, CHICAGO DAILY TRIBUNE, Jan. 27, 1883 at 2.

29 *Washington Society*, BOSTON SATURDAY EVENING GAZETTE, Jan. 27, 1883 at 2.

もつとも、新郎ウォーレンと新婦バヤードはこのような記事が出ることも予想できたのかもしれない。結婚式前の1882年10月22日Boston Daily Globeは毎週報じていた「ゴシップ表」の中で「Mount Vernon Streetのサミュエル・ウォーレンとバヤード上院議員の娘マベル・バヤードの婚約が発表された」³⁰と周知していた。同じくその翌日のWashington Postにはすでに「バヤード上院議員の娘マベル・バヤードとボストンのウォーレンの婚約が発表された。挙式は近々執り行われる」³¹という記事が出ていた³²。結婚式直前には、いくつかの例を挙げるならば、1月18日のNew York Timesには「ワシントンのゴシップ」という見出しで「デルウェア上院議員のバヤードの娘マベル・バヤードとボストンのサミュエル・ウォーレンの挙式の招待状はもうなくなった」³³、また1月21日のNew York Tribuneには「今週は楽しいことではいっばいである」という冒頭の文に始まり「マベル・バヤードがボストンのサミュエル・ウォーレンと25日にワシントンで結婚する」³⁴と書かれている。このように、婚約の記事が公表された1882年からプライバシー権の論文が公表されるまでの間、新聞においてバヤードとウォーレンの結婚からマベルの母の葬儀や夫婦の娘に関する約60ものゴシップ記事が掲載されてきた³⁵。ウォーレンとブランダイスの「プライバシーへの権利」の論文には次の有名な一節がある。

「プレスは礼節と品格の明確な境界をあらゆる方面で踏み越えている。ゴシップはもはや暇人と悪意を持った人の気晴らしではなく、産業と厚かましさがつきまとう商売となった。」³⁶

30 *Table Gossip*, BOSTON DAILY GLOBE, Oct. 22, 1882 at 7.

31 *City Intelligence*, WASH. POST, Oct. 23, 1882 at 4.

32 1882年12月26日のWashington Postはウォーレンがわずか1文であるが、ウォーレンがクリスマスにワシントンDCへ来たことを記している。*Personal*, WASH. POST, Dec. 26, 1882 at 4.

33 *Gossip of Washington*, N.Y. TIMES, Jan. 18, 1883 at 1. ちなみに、同記事には、「日本の大臣テラシマが金曜夕方に公館でレセプションの招待券を配布する…。テラシマの公館には女性がいないため、男性のみの招待である」とも書かれている。

34 *The Week in Society*, N.Y. TRIBUNE, Jan. 21, 1883 at 7.

35 See generally Amy Gajda, *What If Samuel D. Warren Hadn't Married a Senator's Daughter?: Uncovering the Press Coverage that Led to "The Right to Privacy"*, 2008 MICH. ST. L. REV. 35, 44 (2008).

36 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 196.

(2) ウォーレンの娘の結婚式?とゴシップ

19世紀後半は、アメリカのジャーナリズムの革命期と呼ばれ、1880年から1890年の10年間に週刊の新聞紙は7,811紙から13,559紙にまで増え、また、南北戦争前の1850年にはデイリー紙の発行部数が758,000部であったが、1890年には10倍以上の8,387,000部にまで増加していたことが指摘されている³⁷。当時ボストンには、毎週日曜に「ゴシップ表」を掲載したBoston Globeをはじめ、Boston Journal, Boston Daily Advertiser, そしてBoston Evening Transcript など8紙があったと言われ、特にこれら4紙は「貧相なジャーナリズム、悪趣味、いくらか扇情的で、ゴシップの例」³⁸であると言われてきた。ウォーレンとブランドイスの論文でも「好色的な趣味を満たすため、性的関係の詳細が日々の新聞で広く報道されている。暇人の関心を引くため、コラムというコラムがくだらぬゴシップで満ち溢れており、一家の団欒へ侵入することによってしか書き得ないものである」³⁹と当時のプレスが批判されている。そして、それは当時のウォーレンが自ら論文で語ったとおり、彼自身が「プライバシーの侵害を通じた、単なる身体的な損傷によってもたらされるよりもはるかに大きな精神的な苦痛と苦悩を受けること」⁴⁰になったとも考えることができる。

そのため、このような1883年1月25日のウォーレンとバヤード嬢の結婚式以降の一連のゴシップ記事こそが1890年のプライバシー権の論文を生み出したと考えられてきた、と論じた者が多かったのももっともであろう。「プライバシーへの権利」の再読を経て、プライバシー権に関する膨大な量の判例を4類型化したウィリアム・プロッサー教授は次のように指摘する。すなわち、社会的に見て、ウォーレン夫人は高い地位にあり、ボストンの新聞、特にBoston Saturday Evening Gazetteは「貴族の血統」に関する記事を好み、彼女たちを書きたてたのであったと言う⁴¹。その後、夫ウォーレンがブランドイスと共著で「プライバシーへの権利」の論文を執筆するが、「このすべてのことはサミュエル・ウォーレンの娘の結婚式から生じた不思議な木なのである」⁴²と結論付ら

37 PEMBER, *supra* note 8, 10-11.

38 *Id.* at 39-40.

39 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 196.

40 *Id.*

41 William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383, 383 (1960).

れている。このように指摘するプロッサー教授の論文の影響力は偉大なものであり、「今日ではウォーレン・ブランダイスの論文の最も有名な説明方法である」⁴³と言われてきた。このプロッサー教授の説明に続く多くの論者はウォーレンとブランダイスの論文がウォーレン夫婦に関するゴシップに帰因すると信じられてきた。たとえば、「論文の契機は1890年のウォーレンの娘の結婚式をプレスが報道したことへのウォーレンのいらだちから生じたものであることはいまやよく知られている」⁴⁴と説明される。さらに、ブランダイスの伝記をまとめた論者ですら「Saturday Evening Gazetteは『貴族の血統』の記事を得意としており、けばけばしく詳細にウォーレンとマベル・バヤードの活動を報道したのは当然のことであった。このことがウォーレンをいらだたせたのであり、この問題をブランダイスのところに持ち出したのであった。この論文はこの結果である」⁴⁵と述べる。

しかし、現時点で明らかになっている資料からしてSaturday Evening Gazetteが取り上げた「ウォーレンの娘の結婚式」の記事が「プライバシーへの権利」の論文の直接の引き金となったという短絡的な指摘は、少なくとも「この説明のいずれも正しくない」⁴⁶、「全く不正確」⁴⁷、そして「極めて疑わしい」⁴⁸とも考えられてきている。より正確に述べるのであれば、第1に、ウォーレンの娘の結婚式に関するゴシップ記事を憂慮して「プライバシーへの権利」を執筆するにはあまりに早すぎる。父親であったウォーレンは結婚して7年目であり、長女は当時6歳であり1905年に娘が結婚するまでには15年も前の話であった⁴⁹。ウォーレンがブランダイスと論文を公表した1890年前にはそもそもウォーレンの娘の結婚式は開かれていない。第2に、ウォーレンをいらだたせたとされたBoston Saturday Evening Gazetteの記事は、「何十年間のポスト

42 *Id.* at 423.

43 PEMBER, *supra* note 8, at 24.

44 Harry Kalven Jr., *Privacy in Tort Law: Were Warren and Brandeis Wrong?*, 16 L. & CONTEMPORARY PROBLEMS, 326, 329 n22 (1966). Prosser教授の論文を参照している。

45 ALPHEUS THOMAS MASON, BRANDEIS: A FREE MAN'S LIFE 70 (1956).

46 UROFSKY, *supra* note 6, at 777 n98.

47 Barron, *supra* note 10, at 892-3.

48 LEWIS J. PAPER, BRANDEIS 35 (1983).

ンの新聞に出ていた他のいくつかの結婚式の記事と大差はなかった」⁵⁰。むしろ Boston Saturday Evening Gazetteは「決してスキャンダルな記事ではなく」⁵¹、また「最も知的で影響力のある読者層」を対象として「対立する利益について公正かつ一貫した政策」を採っているとすら評価されている⁵²。このように、現時点では、少なくともこれまでプロッサー教授が説明してきたような合理的な根拠は見当たらず、少なくとも論文の背景をもっぱらウォーレンのゴシップ

49 そのため、「プライバシーへの権利」の論文の背景について、プロッサー教授の説明はウォーレンの（娘の？）「結婚式の物語」を誇張しすぎている可能性がある。そして、仮にプロッサー教授が「プライバシーへの権利」の論文をゴシップ記事への憂慮の一環として生じた論文として読解した上でウォーレンの家庭に関するゴシップ記事が「プライバシーへの権利」の論文の執筆の主要な原因であるとする分析に欠陥があるならば、プロッサー教授が広めてきたプライバシーの4類型そのものもたまたましかしたら再考を要するものとなるのかもしれない。言い換えれば、プロッサー教授は、この論文の前半を「プレスの増え続ける乱用が救済を与えた」（Prosser, *supra* note 41, at 384）とまとめているように、メディアの不法な侵害の対抗策として不法行為法上のプライバシー権を強調しすぎた可能性を否定できなくなろう。See generally, Neil M. Richards & Daniel J. Solove, *Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy*, 98 CAL. L. REV. 1887 (2010).

50 Barron, *supra* note 10, at 894. Boston Saturday Evening Gazetteについては、「『イエロー・ジャーナリズム』の時代」にあって「ウォーレン夫人のパーティーを非常に私事に立ち入って困惑させるようにこと細かに報じた」（Prosser, *supra* note 41, at 383. See also Mason, *supra* note 45, at 70.）と指摘されるが、これが具体的にどの記事を指しているのかは示されていない。筆者が確認した限りでは、1883年1月27日付のBoston Saturday Evening Gazette (Harvard University, Widener Library, Microfilm NC 1251, Jan. 6, 1883-Dec. 26, 1885) のウォーレン夫婦の結婚式に関する記事はNew York Times, Washington Post等の記事とほとんど同じ内容であった。なお、Boston Saturday Evening Gazetteについては、マイクロフィルムが出るまではその入手が困難であったと言われている（See PEMBER, *supra* note 8, at 41; Barron, *supra* note 10, at 898 n121.）。

51 PAPER, *supra* note 48, at 35.

52 Barron, *supra* note 10, at 899. なお、ウォーレンの娘ではなく、「Gazetteによるデルウェア出身の政治家に対する1889年の痛烈な批判がサミュエル・ウォーレンをいらだたせたのはもっともである。…ウォーレンが義父に関する手厳しい記事を許すことができるほどの詩情をもった通常の男性であったならば…」（*Id.* at 907）とも指摘される。しかし、この指摘も論文の公刊の時期からみて無理のある説明であろう。See Gajda, *supra* note 35, at 39.

記事に対する個人的な嫌悪に求める説明については、それを支える客観的な証明が提示されていないと言わなければならない。いずれにせよ、1890年「プライバシーへの権利」の論文のもう一人の作者、ルイス・ブランダイスの思考を見ることなく、この論文の出自と評価を決定づけるのは適当ではない。

2. ブランダイスにとっての1890年論文

(1) ブランダイスの婚約

「プライバシーへの権利」の論文の共著のもう一人であるルイス・ブランダイスは論文公開に向けてどんな心境だったのだろうか。当時、ブランダイスは34歳で前年までパートナーであったウォーレンとともに設立したボストンの「ウォーレン&ブランダイス」法律事務所—ウォーレンとのパートナーが解消されても1897年まで「ウォーレン」の看板をさげることにはなかった—で弁護士として働いていた。論文が公開される直前の1890年11月29日付の一通の手紙がある。

「『プライバシー』に関する論文の証明書が発行された…。まだ全部を読み通していないけれども、私が読んだ少しの部分は私が思っていたほど良い出来ではなかった」⁵³。

この手紙の名宛人はブランダイスが1890年10月4日に婚約したばかりのアリス・ゴールドマークであった。ブランダイスにとっての「プライバシーへの権利」の論文は、生涯のパートナーであるアリスとの結婚を決意した「1890年のおそらく初秋」⁵⁴に執筆されていたことが十分に予想される⁵⁵。そして、先の手紙に続き、1890年12月4日にはブランダイスはアリスに「自分の不完全さ」を打ち明ける。

「17年間私は他者のアドバイスをほとんど求めずに、ましてやそれを頻繁

53 *Letter from Louis D. Brandeis to Alice Goldmark*, Nov. 29, 1890 in *LETTERS OF LOUIS D. BRANDEIS VOL. I (1870-1907): URBAN REFORMER 94-95* (Melvin I. Urofsky & David W. Levy eds., 1971).

54 PEMBER, *supra* note 8, at 23.

55 ちなみに、1889年11月にはブランダイスは、本来口頭弁論を行う弁護士が現れなかったため、急きょ代わりには初めて合衆国最高裁で口頭弁論 (*Wisconsin Central Railroad Company v. Price County*, 133 U.S. 496 (1890)) を行った時期でもあった。See MASON, *supra* note 45, at 70-1.

に好むことなく、一人でやってこれた。私はこの間自分の道を歩んできたし、他者の影響を受けることなどなかった。でも、アリス、今すべてが変わった。私は君からのアドバイスと同意、さらに支援を心から頼りにしている自分を見つけた。日々私は自分の不完全さをますます感じるようになっていく。私はあなたの心の中でもっと大きくなっていく自分を見つけた。だから私はとても幸せである。』⁵⁶

これはハーバード・ロー・レビューで歴史に残る「プライバシーへの権利」の論文が1890年12月15日に公刊される直前の手紙である。どうやら、ブランドイスはこの論文の後の世代の評価とは逆に論文の執筆から「思っていたほど良い出来ではなかった」と告白し、さらに「自分の不完全さ」を認めていたとも受けとめることができそうである。

(2) 公開の義務

やはり「プライバシーへの権利」の論文はウォーレンの結婚がなければ、生み出されなかったのだろうか。この点、ウォーレンとは対照的に、共著の一人であったブランドイスは、「プライバシーへの権利」を公表する前まではメディアにはほとんど露出していなかった。むしろブランドイスは自身の3か月後の結婚を控え、ウォーレンの結婚式のときのようなゴシップ記事から自らを防衛するためにウォーレンとともにこの論文を執筆したと見ることもできないわけではない。しかし、アリスとの手紙をさらに読み進めると、話はそう単純ではなさそうである。

「もちろん君はプライバシーと公衆の意見 (Public Opinion) について正しい。すべての法は、法の背後にある公衆の意見がなければ死んだ文字となる。でも、法と公衆の意見は絡み合っている。つまり、両者はどちらも力を与えさせている。』⁵⁷

このように、ブランドイスは「プライバシーと公衆の意見」の双方の重要性を認識しつつ、「プライバシーへの権利」の論文に対する自省をアリスに打ち明けたとみられる。その証左として、ブランドイスは論文公表からわずか2か

56 *Letter from Louis D. Brandeis to Alice Goldmark*, Dec. 4, 1890 in *supra* note 53, at 95.

57 *Letter from Louis D. Brandeis to Alice Goldmark*, Dec. 28, 1890 in *supra* note 53, at 97.

月後の別の手紙では『『公開の義務 (The Duty of Publicity)』に関する論文を書く』⁵⁸ことをアリスに伝えている。この「公開の義務」の論文は「ある種以前の論文 [プライバシーへの権利の論文] の対になるが、本当に興味がある論文である」⁵⁹と書き残していた。そして、ブランダイスはその手紙で「人の行動を日の光によって明るみに出されたとしても、それは太陽が浄化させるようにその人たちを清めることとなろう」⁶⁰と記した。残念ながら、ブランダイスの「公開の義務」というタイトルの論文は世に生み出されることがなかったが、アリスとの手紙の一連のやり取りからブランダイスの「プライバシーへの権利」の論文に対する見方を推察することができよう。

ブランダイスにとっての「プライバシーへの権利」の論文は、その後半に彼の主張が含まれていたと考えることができる。論文の後半部分には、「プライバシーへの権利の限界」について「プライバシーへの権利は公的又は一般的な関心事項のいかなる公開を禁じるものではない」⁶¹という主張に始まり、公開の重要性を指摘する。他方で、「人は公開の限界を設定する権限を一般に保有している」⁶²として、「自らの思考、思想そして感情を他者にどの程度伝えるべきかを決定する権利」⁶³—これはいわゆる自己情報コントロール権の内容にも近いと捉えることができる—があることを確認する。「Publicity」と「Privacy」、そして「義務」と「権利」という、一見矛盾衝突するそれぞれの対概念について、人は「Publicity」の「義務」を負うが、同時に「Privacy」の「権利」を

58 *Letter from Louis D. Brandeis to Alice Goldmark*, Feb. 26, 1891 in *supra* note 53, at 100. なお、ここで用いられているpublicityは、「パブリシティ」権を指しているかどうか必ずしも明らかにはなっていないが、むしろ単純な「公開」を意味しているものと理解される。

59 *Id.*

60 *Id.* この言い回しは後のブランダイスの著書の一節（公開に何ができるか）において「太陽の光は最良の消毒液であり、電気の光は最も有能な警官である」として著される。LOUIS D. BRANDEIS, *OTHER PEOPLES MONEY: AND HOW THE BANKERS USE IT* 92 (1914).

61 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 214.

62 *Id.* at 198.

63 *Id.* この一節に示されるように1890年論文はプレスだけを対象としているわけではなく、「不正かつ同意のない」(*Id.* at 195 n7.) 私人の肖像に対する経済的搾取を問題としていた。

有すると説く。すなわち、「公開の義務」を重んじるブランダイスにあっては、Privacyの権利をPrivacyとPublicityとの緊張関係の図式からPublicityの義務の限界設定の問題として捉えていたとも読むことができる。共著の一人であるブランダイスにとっての1890年「プライバシーへの権利」の論文は、単にプレスから「独りにしておいてもらう」ための人の私秘性の保護ではなく、「公開の義務」のもと、「無情な公開 (ruthless publicity)」⁶⁴、「望ましくなく、望まれない公開 (undesirable and undesired publicity)」⁶⁵といった「公開に対するもろさ (sensitive to publicity)」⁶⁶に対する提言をなしていると考えられることは、当時ブランダイスがどれほど表現の自由の問題に関心を持っていたかは知るすべがないが後に紹介する彼のいわゆる表現の自由に関する判決からも推察できよう。

このように、ブランダイスにとって1890年の「プライバシーへの権利」の論文は、少なくともウォーレンほどプレスに対する敵対心があったわけではなく、ゴシップ記事に対する不快感が直接の原因であったとする直接的な証拠はない⁶⁷。その意味で、「ウォーレンがプライバシーの問題に過度に神経質であったとしても、ブランダイスは驚くほど曖昧であったのである」⁶⁸。だとすれば、ブランダイスがアリスへの手紙に残したように「我々が望むことはプライバシーの侵害が必ずしも生み出されないよう人々に分かってもらうことであり、そして、そのような侵害へと自らを陥らせようとする愉快さを恥ずかしせしめることである」⁶⁹。これは「プライバシー」を「権利」として保護するのみならず、

64 *Id.* at 214.

65 *Id.* at 214.

66 *Id.* at 196.

67 1890年前にブランダイスを取り上げた新聞記事としては、たとえば、ブランダイスが税法の講義を担当した記事 (*Surplus Revenue: A Lecture on Taxation and Finance in Dr. Hale's Church: The Various Theories Discussed*, BOSTON DAILY GLOBE, Jan. 28, 1884 at 2), また訴訟に関する記事 (*Lamson Victorious: Judge Holmes Decides Against an Injunction*, BOSTON DAILY GLOBE, Dec. 13, 1889 at 5; *Disease Germs in Racs: Said to Necessary Dr. Cushing's Testimony*, BOSTON DAILY GLOBE, May 12, 1886 at 3; *The Court Record: Supreme Court of the United States. District Courts*, WASH POST, Nov. 7, 1889 at 7.)などで、ブランダイスの私事を記載するようなゴシップは現時点で見当たらなかった。

68 Barron, *supra* note 10, at 910.

「不可侵の人格 (inviolable personality)」⁷⁰を侵すことなく「公開」を「義務」として履行させるためのメッセージだったとも受け止めることができる。

3. ウォーレンとブランダイスの接点

これまで見てきたとおり、「プライバシーへの権利」の論文は、ウォーレンとブランダイスという2人の手によって生み出された作品であるものの、プレスへの不快の念を抱いたウォーレンとむしろ公表の義務があると考えていたブランダイスとでは、両者はその論文の核心にある主張に隔たりがあったと見られる。この論文は、ウォーレンが「主要な執筆者 (the primary author)」⁷¹であり、ブランダイスは「いやいや (reluctant)」⁷²この論文に氏名を掲載したのだろうか。では、仮にこのような隔たりがあったとしても、なぜウォーレンとブランダイスは共著として「プライバシーへの権利」の論文の着想へと至ったのだろうか。

(1) 永遠の若さを有するコモン・ロー

第1に、ウォーレンとブランダイスが当時のメディアを代表とした科学技術の発展に対しても敏感であったことは「プライバシーへの権利」の論文の特徴の1つとして強調されなければならない。「プライバシーへの権利」の論文において「永遠の若さを有するコモン・ローが社会の要請に応えるべく成長する」⁷³と謳われていたことは彼らの「生ける法 (living law)」⁷⁴への思い入れがあったと見ることができよう。そして、この「生ける法」により「政治的・社会的・経済的变化が新たな権利の承認をもたらした」⁷⁵。1880年代には電話、1890年代にはマイクがそれぞれ発明され普及するとともに、いわゆるインスタントカメ

69 *Letter from Louis D. Brandeis to Alice Goldmark*, Dec. 28, 1890 in *supra* note 53, at 97.

70 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 205.

71 PAUL A. FREUND, *PRIVACY: ONE CONCEPT OR MANY* 184 (1971).

72 Anita L. Allen, *Privacy Torts: Unreliable Remedies for LGBT Plaintiffs*, 98 CAL. L. REV. 1711, 1718 (2010).

73 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 193.

74 ブランダイスは別の機会に“The Living Law”というタイトルで論文を公表している。See Louis D. Brandeis, *The Living Law*, 10 ILL. L. REV. 461 (1916).

75 *Id.*

ラ (instantaneous photography) が登場した。これらの新たな技術の発達によりアメリカ法がプライバシー権の定義の必要性が高まり、その必要性にいち早く気付いたのがウォーレンとブランドイスであったことはアラン・ウェスティン教授の指摘のとおりであろう⁷⁶。論文が公表された翌年には「進化という偉大な法理が生物学や進学のみならず、法においても支配されているようである」⁷⁷と雑誌で紹介されているとおり、時代の進展とともにプライバシー権が必要となったことをウォーレンとブランドイスは確信していたのであろう。

(2) 「裁判所の審査」

第2に、当時ボストンでは「ウォーレンがボストンのビジネス界とのコネをもっていたため」⁷⁸初年度から成功した法律事務所であったが、彼らは若手弁護士であったことから「貴族的な弁護士業 (the patrician lawyer-merchant)」⁷⁹の新たな試みとしてプライバシー権の「裁判所の審査」⁸⁰を見込んでいたのかもしれない。すなわち、「論文は私的な監視の状況における利益の司法による衡量が効果的な救済を提供することができる」と期待していた⁸¹。ハーバード・ロー・レビューは、ブランドイス自身がその設立から関わっており、同窓会の事務局長でもあったブランドイスの提案で同窓生として活躍している裁判官や弁護士ら全員に対して配布された⁸²。実際、この論文の公刊の約半年後の合衆国最高裁の判決には、クーリー裁判官の「完全な免除、すなわち独りにしておいてもらう権利」という一節とウォーレンとブランドイスの論文に出てくる「不

76 ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM* 338-9 (1967). 他方、ウェスティン教授は、大規模な監視に対しては、ウォーレンとブランドイスのコモン・ロー上のプライバシー権では、①そもそも盗聴等による監視は本人が必ずしも気づかないこと、②財産的な構成をしていること、③損害の認定がしづらいこと、④政府ではなく私的な侵害を念頭に置いていたこと、⑤貴族的な価値に基づく主張であったこと、⑥立法の必要があったことなどから現実問題に対処できなかったという。See *id.* at 347-9.

77 *The Right to Be Let Alone*, 67 ATLANTIC MONTHLY 428-9 (1891).

78 LEONARD BAKER, *BRANDEIS & FRANKFURTER: A DUAL BIOGRAPHY* 27 (1984).

79 Barron, *supra* note 10, at 907. ブランドイスは高度な自律心をもって弁護士活動にあたっていたと言われる。See Clyde Spillenger, *Elusive Advocate: Reconsidering Brandeis as People's Lawyer*, 105 YALE L.J. 1445 (1996).

80 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 196.

81 WESTIN, *supra* note 76, at 349.

82 UROFSKY, *supra* note 6, at 82.

可侵の人格」がさっそく登場する⁸³。この判決文を手掛けたのは、ハーバード大学ロースクール出身であり、かつてマサチューセッツ州最高裁の首席裁判官時代にブランダイスをロークラークとして受け入れたホレイス・グレイ裁判官であった⁸⁴。

また、1902年6月27日にニューヨーク州控訴裁判所において下されたRober-son v. Rochester Folding Box Co.⁸⁵においては、ウォーレンとブランダイスの「プライバシーへの権利」の論文が引用され、また同論文を「巧みな論文 (a clever article)』⁸⁶と形容される中、プライバシー権の侵害の有無が問われた。この事件では、製粉業者の広告に本人の同意なしに写真等を掲載されたことがプライバシー権を侵害するものではないと判断された。しかし、判決では、「いわゆる『プライバシーの権利 (the right of privacy)』、言い換えれば、独りにしておいてもらう権利」が、「人はこの世間から潜る権利 (the right to pass through) を有しているという主張に基づいている」⁸⁷と指摘されている⁸⁸。

さらに、ブランダイスを喜ばず判決が1905年3月に下された。Pavesich v.

83 *Union Pacific Railway Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250, 251 (1891).

84 ブランダイスは、「快適で興味深く…非常にためになる」と述べた、グレイ首席裁判官のロークラークをすることとなった。*Letter from Louis Brandeis to Alfred Brandeis*, Jul. 31, 1879 in *supra* note 53, at 44. ちなみに、この手紙にはブランダイスが法に関する執筆活動への興味が示されているものの、「私は実務家弁護士として認知されたい」と記されていた。

85 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (N.Y. 1902).

86 *Id.* at 547.

87 *Id.* at 544. 法廷意見では、the right “of” privacyとしてウォーレンとブランダイスの論文が引用され、この語が用いられている。他方、反対意見では、the right “to” privacyとthe right “of” privacyのいずれもが使われている。当時、プライバシーへの権利という語自体が定着していなかったとも捉えることができよう。

88 本件を審理した裁判官の一人は、判決後に「女性の美は、彼女の美德に次いで、全くの栄冠であり、土地や牛という財産に適用される規則や原則を適用することは…品位をおとしめる」と述べるとともに、「いわゆるプライバシー権は道徳主義者や社会改革者にとっては魅力的な考えの象徴であろうが、立法者にとっては…深刻な困難とともに放棄されることとなる」とColumbia Law Reviewで論文を公表した。See Denis O'Brien, *The Right of Privacy*, 2 COLUM. L. REV. 437, 445 (1902). もっとも、翌年1903年には、ニューヨーク州法において、宣伝商用目的で無断で氏名等を利用することを禁じられることとなった。Act of Apr. 6, 1903, ch. 132 §1-2, 1903 N.Y. Laws 308.

New England Life Insurance Co.⁸⁹において、コブ裁判官は、ウォーレンとブランドイスの論文を引用し、本人の同意なく広告に写真掲載をしたことがプライバシーの侵害であることを認めた。そして、「その論文において筆者らは巧みにまた力強くプライバシー権の存在を主張し、当時その論文は非常に多くの注目を集めた」⁹⁰ことを指摘している。実は、本判決を執筆したコブ裁判官は、本判決をブランドイスに直接手紙で知らせている。これを受けたブランドイスは「あなたの包括的で力強い意見はプライバシー権を既存の法的権利であるとして確立しようと前進させようとするもので、それを読んで、昨日喜ばしくなった」⁹¹と返事を書いていた。判決においても論文で示された1890年以前の先例が参照され、ブランドイスが重視した事実と経験に基づく「既存の法」⁹²の延長上にプライバシー権があることが確認されたのであった。さらに、ブランドイスは、ニューヨーク州の弁護士仲間にもすぐにこの判決について紹介し、「プライバシー権がついに司法の承認を受けていることに私と同じようにあなたも喜んでいると思う。彼の意見が我々の法において確立した法理にまもなくなるであろうことを示唆する手紙を私はコブ裁判官から先日受け取った」⁹³と記していた。

さらに、ニューヨーク州のRoberson判決とジョージア州のPavesich判決はほぼ同じ事件であるが、逆の結論が出たことについて、新聞記事は「前者〔ニューヨーク州控訴裁判所〕よりも後者〔ジョージア州最高裁〕の方が文明(civilization)を信頼できる機関であることを示している」⁹⁴、「ジョージアの先例に続くことになり、ニューヨークの先例は無視されることに疑いはない」⁹⁵、「ジョージアの法こそ、どうにかして必ずニューヨーク法になるべきである」⁹⁶

89 122 Ga. 190; 50 S.E. 68 (Ga 1905).

90 *Id.* at 206.

91 *Letter from Louis D. Brandeis to Andrew Jackson Cobb*, Apr. 17, 1905, in *supra* note 53, at 303-4.

92 Warren & Brandies, *supra* note 1, at 197 & 206.

93 *Letter from Louis D. Brandeis to James Bettner Ludlow*, Apr. 20, 1905 in *supra* note 53, at 306.

94 *The Right to Privacy*, N.Y. TIMES, Apr. 23, 1905 at 8.

95 *The Right to Privacy*, N.Y. TRIBUNE, Jul., 19, 1905 at 6.

96 *The Right of Privacy*, L.A. TIMES, Jul. 28, 1905 at II 4.

と評している。このように「プライバシーへの権利」の論文は、すでに15年後には当初そのきっかけであったと言われてきたプレスの反応すら変えてきた様子がうかがえる。

これに続くようにプライバシー権は、1909年にはケンタッキー州⁹⁷で、1910年にはミズーリ州⁹⁸でそれぞれプライバシー権を認める判決が下される。すでに1912年には「プライバシー法」の論文では「今やプライバシー法については運用段階にある」⁹⁹という指摘があるとおりに、論文としてのプライバシー権からそれが実務としてのプライバシー権へと移行していったのが分かる。この論文の60年後にはほとんどの州においてプライバシーの個人の権利をコモン・ロー上の原則として認めていた。約300のプライバシー権に関する訴訟が1890年から1950年の間に判決を下された¹⁰⁰。プライバシー権の発展、特に州レベルにおける立法、についてはウォーレンとブランダイスのプライバシー権を基にそれが「標準化 (standardized)」¹⁰¹されていった。当時の金ピカ時代を象徴するように、「プライバシーへの権利」の論文は、「東海岸に始まり、中西部へと進出し、西海岸での改革が行われ、大草原、山脈の州、南西部へと拡大した」「開拓」¹⁰²のごとく広まっていった。

(3) 社会的プライバシー

「プライバシーへの権利」の論文の影響力は司法の場だけではなかった。1905年1-2月号のアメリカン・ロー・レビューの「プライバシーへの権利と名誉毀損法との関係」¹⁰³という論文はブランダイスに改めて自信をもたらした。この論文を目にしたブランダイスは、ウォーレンに手紙を書いた。

「特に我々の論文への言及がされており、それが極めて重大な影響力 (a vital force) をいまだ有していることを示している1905年1-2月号のアメリカン・

97 *Foster-Milburn v. Ohinn*, 134 Ky. 424, 120 S.W. 364 (1909).

98 *Brents v. Morgan*, 221 Ky. 765, 299 S.W. 967 (1910).

99 Wilbur Larremore, *The Law of Privacy*, COLUM. L. REV. 694, 708 (1912).

100 See Prosser, *supra* note 41, at 386-89.

101 ARTHUR R. MILLER, *THE ASSAULT ON PRIVACY* 172 (1971).

102 Robert F. Cople, *Privacy and the Frontier Thesis: An American Intersection of Self and Society*, 34 AM. J. OF JURIS. 87, 104 (1989).

103 Elbridge L. Adams, *The Right of Privacy and its Relation to the Law of Libel*, 39 AM. L. REV. 37 (1905).

ロー・レビュー37頁、『プライバシーへの権利』を見てみることに関心があると思うだろう¹⁰⁴。

ブランドイスがウォーレンに紹介したこの論文には、1890年「プライバシーへの権利」の論文を「概念の独自性、理由づけの腕前、そしてそれが行きつく結論において、近年の法に関する論文が示した理論法学の分野において最も優れたエクスカージョンの1つである」¹⁰⁵と褒め称えている。このように、ウォーレンとブランドイスの論文は当時まだ4号を迎えたばかりの「知的独立心と探求の精神」¹⁰⁶を象徴するハーバード・ロー・レビューへの貢献とそれを通じて「プライバシーへの権利」を広めようとしていたものと考えられる¹⁰⁷。そして、ウォーレンとブランドイスは「プライバシーへの権利」の論文を公表するまでに2本の論文をハーバード・ロー・レビューにウォーレンと共同して執筆していた¹⁰⁸。3本目となる「プライバシーへの権利」の論文は、ブランドイスはプライバシーの権の論文の1年前に別の論文で「我々アメリカ人は、法について現代の英国式の体系的な教えを受けきた」¹⁰⁹と述べているとおり、イ

104 *Letter from Louis D. Brandeis to Samuel Dennis Warren*, Apr. 9, 1905 in *supra* note 53, at 302.

105 Adams, *supra* note 103, at 37.

106 Brandeis, *supra* note 25, 23.

107 ブランドイスは、ハーバード・ロースクール修了後、ミズーリ州セントルイスで弁護士活動をしていたが、ボストンにいたサミュエル・ウォーレンからハーバード・ロー・レビュー等の法律雑誌の編集の仕事の話がきっかけで「生活費がもらえるなら」、「ここでの地位をあきらめことを快くするし、そう納得できる」と言ってボストンに戻る事となった（*Letter from Louis Brandeis to Samuel Dennis Warren*, May 30, 1879, in *supra* note 53, at 34.）。しかし、実際は、法律雑誌の編集からの収入がほとんど見込めなかったため、ブランドイスは、しばらくの間「ウォーレンの部屋の1つを貸してもらって」いた（*Letter from Louis Brandeis to Frederick Dembitz Brandeis*, Jul. 20, 1879, in *supra* note 53, at 43.）。ブランドイスはハーバード・ロースクールで「evidence」の講義を担当していたものの、継続して教鞭を取るオファーを断った。

108 Samuel D. Warren Jr. & Louis D. Brandeis, *The Watuppa Pond Cases*, 2 HARV. L. REV. 195 (1888); Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Law of Ponds*, 3 HARV. L. REV. 1 (1889).

109 Brandeis, *supra* note 25, at 22. 「イギリス人がいまやランゲル教授の法教育への貢献の価値をも認めている事実を我々アメリカ人は誇りに感じているのかもしれない」、とも述べている。

ギリスで発展したコモン・ローの判例を緻密に分析している¹¹⁰。他方で、「著作物に関する彼らの思考は、事実に基づく主張というよりはむしろ本質的に理論的であった。彼らの結論は、…ほとんどが『何であるか』ではなく『何をすべきか』という主張を示していた¹¹¹と言われるとおり、これまで2本の共著論文は性格が異なる。

ウォーレンとブランダイスの論文が公表される直前の1890年7月号の雑誌には、ゴッドキンの「市民の権利」と題する論文の中に「個人の尊厳は文明化の優れた花であり、社会の中にそれが増大するほど、その社会はよりよいものとなる。しかし、プライバシーなしにはその発展または維持がほぼ不可能となる¹¹²という一節がある。ゴッドキンの論文は、1890年論文でも引用されており、その論文執筆の契機になったとも考えられないわけではない。しかし、実際には、ブランダイスは「プライバシーへの権利」の論文が公刊されて約15年後にウォーレンに宛てた手紙において、「私自身の回想によれば、我々をこの問題へと引き込んでいったのは、ゴッドキンの論文ではなく、あなたの特別な提案と社会のプライバシー (social privacy) の侵害へのあなたの根深い嫌悪感なのです。」¹¹³と記している。

このように、1890年の論文は、むしろウォーレンのメディアに対する個人的な嫌悪が多かれ少なかれあったのかもしれないが、むしろ「社会のプライバシー」という接点を持ち、「社会規範と品格と紳士らしさに対する脅威への嘆

110 この点、論文においては、イギリスの判例が紹介されているものの、たとえば、著作権保護のリーディングケースとして当時アメリカにおいても注目されていた *Woolsey v. Judd*, 11 How. Pr. 49, 55 (N.Y. Sup. Ct, 1855) を援用しなかった点など疑問も残る。See Ned Snow, *A Copyright Conundrum: Protecting Email Privacy*, 55 U. KAN. L. REV. 501, 511 (2007).

111 PEMBER, *supra* note 8, at 51.

112 Edwin Lawrence Godkin, *The Rights of the Citizen to His Own Reputation*, SCRIBNER'S MAGAZINE (July, 1890) at 65-6.

113 *Letter from Louis D. Brandeis to Samuel Dennis Warren*, Apr. 8, 1905 in *supra* note 53, at 303.

この手紙に対して、ウォーレンはブランダイスに対して、「この議論の重大性を示していることはとてつもなく面白い。…私はプライバシーの主要な侵害に対処しようような立法をあなたに立法を引き寄せてもらいたいと強く思っている」と書いていたと言われる。See *id.*

きの表明」¹¹⁴を、まだできたばかりのハーバード・ロー・レビューにおいてある種「一般市民と学問への興味」として公表したかったのだろう。ブランドイスが1890年論文公表をしてから44年もした後にニューヨーク州の弁護士に対して「一般市民と学問への興味」と言って、この論文のコピーを送付したことがその証左であろう¹¹⁵。「その動機が何であれ」¹¹⁶、そして「この論文の起源が何であれ」¹¹⁷、「すべての中で最も影響力のある法学紀要論文」¹¹⁸であると評価されてきたことは事実である。その論文では次のように述べられている。

「後に、人の精神性、感情、知性が認められるようになった。しだいにこれらの法的な権利の範囲は広がりを見せてきた。いまや、生命への権利は人生を享受する権利、すなわち、独りにしておいてもらう権利を意味するようになってきた。自由への権利は広範な民事上の特権の行使を保証するようになった。『財産』という文言は、それが有形なものであるのみならず無形なものについてもあらゆる形態の所有に折り合いをつけることほど発展してきた」¹¹⁹。

Ⅲ. 1928年「プライバシーへの権利」—71歳

1. 「プライバシーへの権利」再訪：Olmstead v. Untied States

(1) 「独りにしておいてもらう権利」再訪

ルイス・ブランドイスにとって、「プライバシーへの権利」と再び本格的に向き合うことになったのは1928年2月のことであった。「ポストン—成功した弁護士」¹²⁰として成功する中、その後、1916年には合衆国最高裁判官へと就任

114 Randall P. Bezanson, *The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change 1890-1990*, 80 CAL. L. REV. 1133, 1139 n14 (1992).

115 See *Letter from Louis D. Brandeis to Clarence Martin Lewis*, Mar. 21, 1934 in LETTERS OF LOUIS D. BRANDEIS VOL. V (1921-1941): ELDER STATESMAN 534 (Melvin I. Urofsky & David W. Levy eds., 1978).

116 ARTHUR R. MILLER, *THE ASSAULT ON PRIVACY* 170 (1971).

117 THE FAMILY LETTERS OF LOUIS D. BRANDEIS 55 (Melvin I. Urofsky & David W. Levy eds., 2002).

118 Kalven, *supra* note 5, 327.

119 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 193.

した。就任から間もなく、ヨーロッパでの戦争がはじまり、第一次世界大戦中に合衆国は、政府の機密事項を守る目的でいわゆる盗聴、通信の傍受などの政府の諜報活動を認める1917年諜報法 (Espionage Act of 1917) が制定された¹²¹。

1890年から40年近くが経過する中、ブランダイスは弁護士としてではなく、裁判官として「プライバシーへの権利」を擁護することとなった。その舞台となった、*Olmstead v. United States*¹²²における争点は、盗聴器を用いて傍受した私的な電話機の会話を証拠として用いることが、不合理な搜索及び押収を禁じた第4修正と自己に不利な証人となることを強制されないことを規定する第5修正に反するかどうかである。本件では、主犯格のOlmsteadら72名が酒を不法に所持、輸送、また輸入しており (200万ドル以上の年商)、当時禁酒法 (National Prohibition Act) で禁止された行為であったことから4名の連邦法執行官によってOlmsteadの自宅の外から8度にわたって電話機の通話が傍受された。その通話を記録したメモは775頁にも及び、その多くの通話内容は単なる報告事項にすぎなかったが、その一部が刑事責任を問われるものとなっていた。

本件は最高裁の口頭弁論が1928年2月20日と21日に行われた。しかし、ブランダイス裁判官は、自らの意見が多数意見になるのか少数意見になるのかも知る前に、すでに2月4日には本件についてメモランダムを書き始めていた¹²³。メモランダムの冒頭一文から「本件は重大な憲法上の問題を提起している」¹²⁴ことを指摘する。実際の判決文では、意見を執筆したタフト首席裁判官と、ブランダイスとは別に意見を執筆したバットラー裁判官は「唯一の問題 (a single question)」という言葉は共通しているが、すでにタフト首席裁判官とブランダイス=バットラー両裁判官はこの「唯一の問題」の見方が違っていた。タフト首席裁判官にとっては、刑事裁判における私人の通話を傍受した「証拠の利用」¹²⁵自体が問題であった。これに対して、バットラー裁判官にとっての、そ

120 UROFSKY, *supra* note 6, at 46.

121 40 Stat. 1017-18 (1918).

122 277 U.S. 438 (1928).

123 Brandeis Papers, Box 48 File 4 Feb. 4, 1928 (Harvard Law Library, Manuscript Division).

124 *Id.*

125 *Olmstead*, 277 U.S. at 438.

してブランダイス裁判官もそれを明白に意識していた「唯一の問題」は「政府が役人を用いて、適当だと考えたときは何時であっても、電話機を通じた私的な通話や会話を傍受し、聴き入り、書き留め、報告する」¹²⁶行為それ自体であった。すなわち、彼らにとってのOlmstead判決の「唯一の問題」は、盗聴という政府の行為にほかならなかった。

そして、ブランダイス裁判官のメモランダムには結論において実際の判決の意見ともほぼ同様の最後の一節がすでに示されていた。すなわち、「…政府は細心の注意を払って法を観察しなければならない。政府は模範を示して人民全体を教育する。もしも政府が法の違反者となれば、法への敬意は破壊されてしまう。すべての者が法を自らのものにさせてしまう。それはアナーキーをもたらす。品格、安全、そして自由といったものは、政府の役人が、市民に命じられた行為の同じルールに従わなければならないことを要求している」¹²⁷と記した。ブランダイス裁判官にとって、「目的が手段を正当化すると宣言することは恐ろしい報復がもたらされるのである」¹²⁸。実際の判決では「私人の犯罪を有罪とするために**政府が犯罪を犯すことを宣言すること**」（強調筆者）という言葉が付け加えられ、政府による盗聴行為それ自体を厳しく批判する。さらに、ブランダイスは、このような政府による盗聴行為自体を非難するためロークラークに盗聴が違法である各州の立法を詳細に調べさせ、その結果をメモランダムに掲載した¹²⁹。2月13日に5校が刷り上がるまでに、憲法上の問題提起と各州の立法、そして彼の結論部分を含めた7頁のメモランダムができあがっていた。

2月14日から、ブランダイス裁判官は、「裁判官席からここ数年で最も鋭い

126 *Olmstead*, 277 U.S. at 486 (Bulter, J., dissenting). See also *id.* at 471-2 (Brandeis, J., dissenting).

127 Brandeis Papers, *supra* note 123, Box 48 File 4. 実際の判決文では、順序が入れ替えられているが、*Olmstead*, 277 U.S. at 485 (Brandeis, J., dissenting). においてほぼ同じ表現で出てきている。

128 *Id.*

129 *Id.* 実際の判決文では、*Olmstead*, 277 U.S. at 479 n18 (Brandeis, J., dissenting). Olmstead判決におけるロークラークの役割の意義については、See Brand Snyder, *The Judicial Genealogy (and Mythology) of John Roberts: Clerkships from Gray to Brandeis to Friendly to Roberts*, 71 OHIO S. T. L. J. 1149, 1180 (2010).

言葉による意見の一つ」¹³⁰と言われる自らの実質的理由付けとなる核心部分を書き始める。それは、ブランドイス裁判官にとって、彼の34歳のときに書き残した「プライバシーへの権利」の論文に再び向き合う時間でもあった。「憲法の創設者にとって、生命への権利は人生を享受する権利を意味していた。彼らは人間の精神性、感情、そして知性の重大性を認めてきた」¹³¹と筆を進める。「法は信念、思考、感情、思想への保護を与えている」。これが法によって保障される意味こそが「文明人にとって、最も価値のある権利は独りにしておいてもらう権利である (to civilized man, the most valuable of rights is the right to be let alone)」¹³²。

71歳のブランドイスが34歳の頃の「自身の経験、法律の学習と徹底的な研究、現代の諸事実、個人的そして他者の立場に立った経験とロークラークの批判的分析によって裏打ちされた彼の直観」に依拠しつつ、意見の執筆過程では「しだいに感情の高まりが大きくなっていった」¹³³と言われる。1890年から1928年に至るまでに「意見が強さと雄弁さを備えたのは明白である」¹³⁴。「この反対意見の進化はブランドイスの司法の手法を物語っている」¹³⁵とも言われる。このように、ブランドイス裁判官は、Olmstead判決の意見執筆の段階において再び自らのプライバシー権に息吹を与えたのであった。

130 *Wire Tapping Held Legal for Evidence*, N.Y. TIMES, Jun. 5, 1928 at 31. さらに、翌日の記事では、「政府の法違反」という見出しでブランドイス裁判官の反対意見を紹介している。See N.Y. TIMES, *supra* note 12. また、別の新聞紙は「多数意見の結論を容赦なく批判」し、「長い意見の中で少数派の見解を明らかにした」とブランドイス裁判官の意見を評している。See *Wire Tapping to Solve Crimes Constitutional: Highest Court Upholds Acts of Federal Agents in Big Prohibition Case*, WASH. POST, Jun. 5, 1928 at 1, 3.

131 Brandeis Papers, *supra* note 123, Box 48 File 4. なお、「生命への権利は人生を享受する権利」という一節は、1890年論文では出てくるものの、この後の意見の校正過程で削除され、実際の判決文では登場しない。

132 *Id.*

133 Paul A. Freund, *Mr. Justice Brandeis*, in MR. JUSTICE 116 (Allison Dunham & Philip B. Kurland eds., 1956).

134 *Id.* at 117.

135 *Id.* at 116.

(2) 雄弁な意見

1928年2月20日と21日、口頭弁論が行われたが、政府の行為の盗聴の是非について、9人の裁判官の見方は大きく「割れた」と報道されている¹³⁶。そして、口頭弁論の後の裁判官会議では、ブランドイスは、多くの裁判官を説得できなかったようである。口頭弁論が終わったその日にブランドイスは各裁判官に対して「投票の再検討 (rearrangement) が望ましいかもしれない」¹³⁷を呼びかける手紙を回付する。

このブランドイスの手紙に動いたのが、当初盗聴を合憲とする多数派に属していたオリバー・ウェンデル・ホームズ・ジュニア裁判官であった¹³⁸。ホームズ裁判官はブランドイス裁判官に対して、口頭弁論の2日後にブランドイス裁判官から「これは君にだけです (This is only for you)」ともらったメモランダムについて、ブランドイス裁判官の熱意を感じ取っていた。「君の若い頃に主張したプライバシーへの熱意があまりに行き過ぎてしまうことを危惧している」¹³⁹と返答する。また、ホームズ裁判官は判決から約2週間してから「私はブランドイス裁判官が述べたことにすべて同意しているわけではない。しかし、彼からの依頼がなければ当然に私が執筆したことは意見として公表されていなかった」¹⁴⁰と手紙で告白していた。34歳のブランドイスが「プライバシーへの権利」の論文を発表する前からブランドイスの執筆を「すばらしい」¹⁴¹と評価してきたのはホームズであった。ブランドイスはハーバード・ロー・スクール時代からおよそ半世紀にわたって互いを尊敬し、互いに思想を影響しあってきたが、両者の関係はOlmstead判決においても表れた¹⁴²。ブランドイス裁判官

136 *Wire-Tapping Dry Case Up*, N.Y. TIMES, Feb. 22, 1928 at 8. ブランドイス裁判官とストーン裁判官のみが通信傍受の違法性を示唆している旨報道されている。

137 Brandeis Papers, *supra* note 123, Box 48 File 4.

138 PAPER, *supra* note 48, at 312.

139 Memo between LDB and OWH Feb. 23, 1928, in Brandeis Papers, *supra* note 123, Box 48 File 5., 1928年2月23日付のブランドイス裁判官のメモランダム (12頁) の裏に手書きで、LDBからOWH宛で「これは君だけです」から始まる文になっている。

140 *Letter from Oliver Wendell Holmes Jr. to Frederick Pollock*, Jun. 20, 1928, in HOLMES-POLLOCK LETTERS: THE CORRESPONDENCE OF MR. JUSTICE HOLMES AND SIR FREDERICK POLLOCK 1874-1932 (VOL. 2) 222 (Mark DeWolfe Howe ed., 1942).

のこの「プライバシーへの熱意」に対して結局ホームズ裁判官は「私の同僚 (my brother) であるブランダイスが本件について徹底的に分析をしているため、私は少しだけ付け加えさせていただこう」¹⁴³とブランダイス裁判官の立場に回ったのであった。そして、「ブランダイス裁判官が述べているとおり、憲法はおいておくとして、政府は犯罪行為によって得られたまたはそうしなければ得られない証拠を用いるべきではない」¹⁴⁴と政府による盗聴行為を「汚らしい業 (dirty business)」¹⁴⁵と非難した。ホームズ裁判官にとっては、「政府が下劣な役割を果たすくらいなら、犯人を逃してしまう方が小さな悪」¹⁴⁶なのである。このホームズ裁判官の意見は、明らかに、ブランダイス裁判官の意見に表れている「汚らしい手段 (unclean hands)」¹⁴⁷という言い回しから示唆を得ている。エクイティ上発展してきたクリーン・ハンズの原則について2月から執筆し始めたブランダイス裁判官にとって、この原則を守ることは、その主体が政府であれば「特に説得的」であり、その対象が刑事事件であれば「不可欠」であった¹⁴⁸。

ホームズ裁判官の意見は、「憲法はおいておくとして」という前置きをして、ブランダイス裁判官が調べた州法上の問題として盗聴行為の違法性を指摘した。これに対し、憲法上の問題から違憲性を指摘したのがバットラー裁判官であっ

141 ハーバード大学ロースクール時代から親しくしていたホームズから「私はあなたの論文を非常に楽しみながら読みましたが、それはすばらしい (excellent) だと思います」と評価されていた。See *Letter from Oliver Wendell Holmes Jr. to Louis D. Brandeis*, Jul. 7, 1881, in *supra* note 53, at 34. また、ブランダイスがマサチューセッツ州の法曹に試験なしで入ることが認められた夜には、ホームズとウォーレンの3人でシャンパンとビールをまぜたアルコールで祝杯をあげていた。See *Letter from Louis D. Brandeis to Alford Brandeis*, Jul. 31, 1879 in *supra* note 53, at 45.

142 See SAMUEL JOSEPH KONEFSKY, *THE LEGACY OF HOLMES AND BRANDEIS, A STUDY IN INFLUENCE OF IDEAS* 262 (1956).

143 *Olmstead*, 277 U.S. at 469 (Holmes, J., dissenting).

144 *Id.* at 469-70.

145 *Id.* at 470.

146 *Id.*

147 *Id.* at 483 (Brandeis, J., dissenting).

148 *Id.* at 484. See also *Brandeis Stands the Test of Time*, N.Y. TIMES, Jul. 2, 1966 at 11.

た。バットラー裁判官は、「役人が通信を傍受しそれを聴き入る行為は文字通り証拠のための搜索を構成することとなる」¹⁴⁹と述べ、不合理な搜索及び押収を禁じた第4修正に違反することを明らかにした。電話機を通じた「通信が、それを交わす人との間の当事者に属している」¹⁵⁰というある種の財産的構成がバットラー裁判官の理由であった¹⁵¹。プライバシーという言葉を用いずに第4修正違反を導くバットラー裁判官とは異なり、ブランドイス裁判官の意見は正面からそのプライバシー侵害について詳細に論じている。電話機によるプライバシー侵害を論証するために、ブランドイス裁判官は1890年の「プライバシーへの権利」の論文で見せた「政治・社会・経済の変化は新たな権利の承認を要求する」¹⁵²という法を取り巻く環境の変化をここでも匂わせる。マーシャル裁判官の有名な言葉を引用し、「時代が変化をもたらす (time works change)」¹⁵³ことに注目する。すなわち、「諜報活動という手段を政府に与えた科学の進歩は盗聴を止めることができそうにない」¹⁵⁴。「より巧妙でさらに広範囲にわたってプライバシーを侵害する手段を政府は手に入れた」¹⁵⁵という。1890年のときにはそれをイギリスの先例に求めたのと同様に、今回は人の邸宅と私生活の神聖さへの侵害に対抗する保障が第4修正と第5修正によって認められている先例¹⁵⁶から、封をされた私書がこれらの規定からも認められると論証する。そし

149 *Id.* at 487 (Butler, J., dissenting).

150 *Id.*

151 ブランドイスは、弁護士時代から「産業界の民主主義 (industrial democracy)」の考えを推進してきており、巨大な企業の呪いの束縛を論じ、ロックナー期にあっても憲法の財産権的構成には熱心ではなかったという評価がある。See L.S. Zacharias, *Repaving the Brandeis Way: The Decline of Developmental Property*, 82 Nw. U. L. Rev. 596 (1988).

152 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 193.

153 *Olmstead*, 277 U.S. 472 (Brandeis, J., dissenting).

154 *Id.* at 474.

155 *Id.* at 473. ブランドイス裁判官は意見執筆の過程において、新聞記事 (*Television Sets in Homes Reproduce Studio Scenes: New Device Successfully Tested: Used With Radio*, WASH. POST, Jan. 14, 1928 at 1.) が保管されており、すでに1920年代に「テレビ」の登場すら予測し、科学技術の進歩によるプライバシーと自由の侵害を想定していた。See Brandeis Papers, *supra* note 123, Box 48 File 6. See also Melvin I. Urofsky, *Mr. Justice Brandeis and the Art of Judicial Dissent*, 39 PEPP. L. REV. 919, 936 (2012).

て、政府が郵便制度を設けたのと同様に電話も政府が設立した公的なサービスであり、「封をされた手紙と私的な電話の会話との間に本質的に違いはない」¹⁵⁷。むしろブランドイス裁判官にとっては、電話はその電話線を利用する双方の会話をする人のプライバシーの侵害がされることから「電話機のプライバシー侵害に付随する悪は、手紙の封を無断で開けることに伴うプライバシー侵害の悪よりもはるかに大きい」¹⁵⁸。そして、1890年の「プライバシーへの権利」の論文とも重なり合う一節が登場する。

「憲法の創設者は幸福追求に望ましい諸条件を確保する責任を引き受けた。彼らは人の精神、感情、知性をもつ重大性を認識していた。彼らは人生の痛み、喜び、そして満足の一部だけが有形のものの中に見出すことができることを知っていた。彼らは信念、思考、感情、思想においてアメリカ人を保護することを模索した。彼らは、政府に対抗するものとして、独りにしておいてもらう権利、すなわち最も文明的な権利であり、文明化された人によって最も評価されてきた権利を付与した。この権利を保障するため、個人のプライバシーに対する政府のいかなる不法な侵害も、それがどのような手段を用いたものであれ、第4修正に違反することとなる。そして、そのような侵害によって確定された事実を刑事手続における証拠として用いることは第5修正に違反することとなる。」¹⁵⁹

(3) 一時の少数意見

こうして、ブランドイス裁判官は「独りにしておいてもらう権利」を「政府に対抗するものとして」これを認めることで、プライバシー権を憲法上保障することを明確にした。およそ4か月をかけて準備したOlmstead判決におけるブランドイス裁判官の15頁の意見を要約するならば、第1に、「時代が変化をもたらす」事実の下、プライバシーを侵害する新たな道具、換言すれば「汚ら

156 *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886). もっとも、財産権を保障したBoyd判決は、ロックナー期の判例と整合的であると理解することができる。See WESTIN, *supra* note 76, at 339-41. しかし、ブランドイス裁判官はこれを「個人の安全、個人の自由、そして私有財産のかけがえのない権利」と読み替えている。*Olmstead*, 277 U.S. at 474-5 (Brandeis, J., dissenting).

157 *Id.* at 475.

158 *Id.*

159 *Id.* at 478.

しい手段」を政府が手に入れた以上、それに対抗する法の発展が必要である。Olmstead判決において「ブランダイスは最高裁に過去ではなく、未来を向くよう呼びかけたのである」¹⁶⁰。71歳になったブランダイスであっても、34歳の時の彼と同様、法がもつ「永久の若さ」への信奉への現れであろう。第2に、政府による盗聴行為は、「独りにしておいてもらう権利」としての「プライバシーへの権利」を侵害するものとして第4修正と第5修正から認められない。後に論じるとおり、ブランダイス裁判官にとって、人の自宅への物理的侵入の有無にかかわらず、電話機を用いた通信における人の「精神、感情、知性」への精神的侵入こそが問題であった。第3に、徹底的に州法を調べ上げ、盗聴がほとんどの州において法で禁止されている事実と経験を丹念に拾い上げ自らの主張を補強した。事実と経験の積み上げによる論証方法は、1890年の論文のときと変わらぬままであった。

ブランダイス裁判官を含め、ホームズ裁判官、パットラー裁判官、そしてストーン裁判官の4裁判官の意見が通信傍受の違憲性または違法性を指摘することができた。しかし、タフト首席裁判官は、すでに多数意見を執筆し、これにほか4名の裁判官が同調した¹⁶¹。タフト首席裁判官の法廷意見によれば、「第4修正それ自体は、搜索が有形の物、すなわち、人、家、手紙、持ち物を対象としていることを示している」¹⁶²。すなわち、「合衆国は電報や電話の会話を封のされた手紙としてみなすことはしない。第4修正は本件でなされたことを禁じていない。搜索はなされていない。押収はなされていない。…被告人の自宅または事務所への立ち入りはない」¹⁶³というのが法廷意見の結論であった。

結局、Olmstead判決におけるブランダイス裁判官の意見は、1928年6月4

160 John W. Boyd, *The Reasonable Expectation of Privacy: Katz v. United States: A Postscriptum*, 9 IND. L. REV. 468, 474 (1975-76).

161 ブランダイス裁判官の説得工作により、憲法上の争点ではなく州法の観点からホームズ裁判官が態度を変えたことに憤激し、ブランダイス裁判官を、犯罪者を逃してしまう『理想主義的な』反対意見執筆者」と批判した。See ALPHEUS THOMAS MASON, WILLIAM HOWARD TAFT: CHIEF JUSTICE 259 (1965). しかし、実際は、ブランダイス裁判官の意見が単に理想主義的ではないことが後に示される。See UROFSKY, *supra* note 6, at 631.

162 *Olmstead*, 277 U.S. at 464.

163 *Id.*

日の時点において5対4で少数意見となった。

2. コモン・ロー上の権利から憲法上の権利へ

(1) 少数意見から多数意見へ

ブランダイス裁判官の71歳のときに執筆したOlmstead判決における反対意見は、しだいにその正しさが証明されることとなった。まず、判決について、「ブランダイス裁判官の少数意見の方が多数意見よりも第4修正の真の精神をほぼ言い当てている」¹⁶⁴とかつてのプライバシー権の標的であったはずのプレスは報道する。また、訟務長官は、司法省担当官に対し倫理的に問題があることから極端な事例においてしか盗聴を用いるべきではないと通達している¹⁶⁵。さらに、判決の直後からも「汚らしい手段」から手を洗うべく、電話会社は電話通信に対する盗聴やその他の介入を認めないことを表明をした¹⁶⁶。具体的な動きとしては、まず、1934年、連邦議会は盗聴による証拠を連邦裁判所において用いることを禁じる連邦通信法 (Federal Communications Act) を成立させた¹⁶⁷。次に、この法改正の翌年のクリスマスには、フランクリン・ルーズベルト大統領がOlmstead判決で有罪となったオルムステッドに恩赦を与えるとともに、8,000ドルの罰金と2287.95ドルの刑務所費用を免除した¹⁶⁸。さらに、Olmstead判決から10年も経たない1937年には、再び最高裁において盗聴の是非が争われ、7対2でブランダイス裁判官が多数派に属し「証拠を得るための役人による盗聴という慣習の道徳に関する論争が数年にわたり紛糾してきた」¹⁶⁹ことを指摘しつつ、この問題については連邦議会への敬讓を示した。そして、ブランダイスは1939年に最高裁裁判官を引退し、1941年に亡くなったが¹⁷⁰、Olmstead判決からおよそ40年の時を経てブランダイス裁判官の反対意見が法廷意見へととなるときが来た。

164 *Tapped Wires*, DAILY BOSTON GLOBE, Jun. 6, 1928 at 12.

165 *Frown on Wire-Tapping: Government Department Will Use It 'Only in Extreme Cases'*, N.Y. TIMES, Jun. 7, 1928 at 29.

166 *Phone Company Here to Bar Wire-tapping, Despite Supreme Court Decision on Legality*, N.Y. TIMES, Jun. 9, 1928 at 1.

167 Ch. 652, Title VI, § 605, 48 Stat. 1103 (1934), as amended, 47 U.S.C. § 605.

168 *Ex-King of Smugglers Gets Roosevelt Pardon*, WASH. POST, Dec. 25, 1935 at 3.

169 *Nardone v. United States*, 302 U.S. 379, 384 (1937).

1967年Katz v. United States¹⁷¹において、ブランダイスがかつて「見事に論じた」¹⁷²1928年の反対意見と1890年の「プライバシーへの権利」の論文に基づき、「第4修正は場所 (places) ではなく、人 (people) を保障している」¹⁷³とするプライバシー権が確立することとなった。すなわち、「公衆がアクセス可能な空間であっても、その人が私的なままでありたいと求めることは、憲法上保障されるのである」¹⁷⁴。Katz判決において、「一般的なプライバシー権」¹⁷⁵（強調原文）は各州に委ねられているとしても、最高裁はプライバシー権を根拠として、憲法が想定する公私区分を「場所」ではなく、「人」として捉えたのであった。また、ハーラン裁判官の同意意見では、これまでの財産的なアプローチとは異なり、「プライバシーの合理的な期待 (reasonable expectation of privacy)」¹⁷⁶が憲法上保障されていることが指摘され、後の最高裁の判例でも度々引用されることとなった¹⁷⁷。このようにして、Olmstead判決の「土台」はもはや「浸食」してしまい、「もはや支配的ではなくなった」¹⁷⁸として、Olmstead判決におけるタフト裁判官の法廷意見は実質的に覆されることとなった。Katz判決も当初は8人の裁判官の審理の中4対4で割れていたものの、Katz判決の法廷意見を執筆したスチュワート裁判官が連邦議会での通信傍受法の議論の動向と調和できるようにすべきと考え、立場を変更し、これに他の裁判官も同調した結果、最終的に7対1でOlmstead判決を覆すことを決めた¹⁷⁹。スチュワート裁判官の当時ロークラークであったローレンス・トライブ教授がKatz判決を振り返り、この判決がその後のレンキスト・コートにおいても引き継がれ、Katz判決で認められたプライバシー権としての「見えざる憲法 (the

170 「偉大な裁判官」とブランダイスを追悼する新聞記事には、Olmstead判決の反対意見の一節が引用され、「ブランダイス裁判官自身の哲学の要所」とであると指摘されている。See *A Great Justice*, N.Y. TIMES, Oct. 6, 1941 at 16.

171 389 U.S. 347 (1967).

172 *Electronic Searches*, WASH. POST, Dec. 23, 1967 at A10.

173 *Katz*, 389 U.S. at 351.

174 *Id.* at 351-2.

175 *Id.* at 350.

176 *Id.* at 360 (Harlan, J., concurring).

177 See, e.g., *Bond v. United States*, 529 U.S. 334 (2000); *California v. Ciralolo*, 476 U.S. 207 (1986); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

178 *Katz*, 389 U.S. at 353.

invisible Constitution) の形が異なるイデオロギーを超えて理にかなったように同じであり続けた」(強調原文)¹⁸⁰と述べたほど、プライバシー権は時を貫く権利となったのである。

また、Olmstead判決の2年前には、ブランダイス裁判官の席を継いだウィリアム・ダグラス裁判官の手によって、Griswold v. Connecticutの判決の中で「様々な規定の保障がプライバシーの圏域を創り出している」¹⁸¹ことが認定されていた。すなわち、Olmstead判決で問題とされた不合理な搜索押収を禁じた第4修正や自己に不利益な自己負罪を認めた第5修正だけではなく、結社の自由を導き出す第1修正、平時において同意なく自宅への宿泊を断ることを認めた第3修正、さらに、憲法に列挙されない権利が否定されるわけではないことを規定する第9修正といった権利章典の各規定の「半影 (penumbras)」¹⁸²によって「プライバシーの圏域」が憲法上保障されることとなる。また、Griswold判決の同意意見を執筆したゴールドバーグ裁判官は、Olmstead判決におけるブランダイス裁判官の反対意見の一節が「プライバシーの憲法上の保障の根底にある原理を包括的に要約した」¹⁸³と述べた。

また、1977年Whalen v. Roe¹⁸⁴において、Olmstead判決のブランダイス裁判官の反対意見が引用され、プライバシーが「個人的な事柄の開示を避ける個人の利益」¹⁸⁵として理解された。ブランダイス裁判官の反対意見は、後にいわゆる情報プライバシー権への進展にも貢献した¹⁸⁶。

さらに、Olmstead判決におけるブランダイス裁判官の反対意見はさらに21世紀になってもその効力を発揮し続けた。2012年1月、United States v.

179 Katz判決は、Olmstead判決を覆す立場と電子的な監視を一定程度維持したい立場との「政治的妥協」の産物であるという指摘があるとおりに、最高裁は当時の連邦議会の動向とも調和的な判決を下したと考えられている。See Peter Winn, *Katz and the Origin of the "Reasonable Expectation of Privacy" Test*, 40 McGEORGE L. REV. 1, 4 (2009).

180 LAURENCE H. TRIBE, *THE INVISIBLE CONSTITUTION* 56 (2008).

181 381 U.S. 479, 484 (1965).

182 *Id.* 「半影」という言葉は、Olmstead判決のホームズ反対意見で用いられている。*Olmstead*, 277 U.S. at 469 (Holmes, J., dissenting).

183 *Id.* at 494 (Goldberg, J., concurring).

184 429 U.S. 589 (1977).

185 *Id.* at 599 n. 25.

Jones¹⁸⁷においてコカイン所持の取締りのため全地球測位システム (GPS (Global Positioning System)) を用いて、令状で定められた10日間を過ぎて翌28日間にわたり自動車を追跡することが第4修正で定められた搜索及び押収に該当するか否かが争われた。最高裁は9人全員一致でプライバシーを侵害する不合理な搜索であると認定した。アリート裁判官の同意意見では、「電通通信線と物理的な接続がなされた無形のもの」¹⁸⁸というOlmstead判決におけるブランドイス裁判官の反対意見が引用され、この「無形のもの」がプライバシー権の保護の対象になることを指摘している¹⁸⁹。全地球測位システムというブランドイスがおおよそ予想すらできなかった「科学の進歩」に対しても、ブランドイスが残した「プライバシーへの権利」は応用できることが証明されたのであった。

Olmstead判決の反対意見は1890年の論文に遡ることができ、いまや最高裁のプライバシー権の解釈においてウォーレンとブランドイスの論文は「根底にある論文 (root article)」¹⁹⁰と評価されるようになった。

(2) 憲法上の権利

これらの判決以外にも、ブランドイス裁判官は、連邦政府のみならず州政府によるプライバシー侵害に対しても擁護していた。Gilbert v. Minnesota¹⁹¹では、合衆国が戦争を行うことなどを支援・援助すべきでないといかなる者に対しても書面、活字または口頭による方法で教育・唱道することを処罰するミネソタ州法が問題となった。ブランドイス裁判官は唯一反対意見を述べた。その理由は、徴兵に反対するよう勧める発言は、盗聴同様、「無形」であり、仮にいかなる場所においてもそのような発言が刑事訴追されることとなれば、「本件州法は邸宅のプライバシーと自由を侵害する」¹⁹²こととなるためである。

この点、1890年時点の論文においても、ウォーレンとブランドイスは政府

186 See generally, Richard C. Turkington, *Legacy of the Warren and Brandeis Article: The Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy*, 10 N. ILL. U.L. REV. 479 (1990).

187 565 U.S. _ (No. 10-1259); 132 S. Ct. 945 (2012).

188 277 U.S. at 479 (Brandeis, J., dissenting).

189 *Jones*, 132 S. Ct. at 959 (Alito, J., concurring).

190 *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469, 487 (1975).

191 254 U.S. 325 (1920).

192 *Id.* at 335. (Brandies, J., dissenting).

「独りしておいてもらう (to be let alone)」の言い回しをすでに用いていたトマス・クーリー裁判官は、その言い回しを著した1888年『不法行為〔第2版〕』(初版は1879年)以前に、すでに1868年には『憲法上の限界』¹⁹³の解説書を公表していた。この書物の第10章「個人の自由への憲法上の保護」には、「すべての邸宅はその人の城である」という法格言にはじまり、「政府の監視 (prying eye) に対する邸宅における市民の不可侵性 (immunity)」が保障されていることが明らかにされていた¹⁹⁴。その意味で、1928年のブランダイス裁判官のプライバシー権は1888年の『不法行為〔第2版〕』ではなく、1868年の『憲法上の限界』に依拠することができるのかもしれない。もっとも、1890年時点でブランダイスがプライバシー権をあくまで『不法行為』に求め、『憲法上の限界』には求めなかったのは、第1に、政府が物理的な不法侵入 (trespass) しか持ち得ていなかったこと、第2に、当時の邸宅の神聖さを陪審裁判によって十分に担保されていたこと¹⁹⁵が背景にあったのかもしれない。いずれにせよ、プライバシー権は、「独りにしておいてもらう権利」として、かつて「社会的プライバシー」と言われたコモン・ロー上の権利からそれが憲法上の権利へ変遷していった。

このように19世紀末に産み出された「プライバシーへの権利」の論文は、それが20世紀に少数意見から多数意見へと変わり、21世紀においてもその「極めて重大な影響力」を持ち続けている。しかし、注目すべきは、このプライバシー権の変遷過程において、その本来の性格が大きく変化してきたことである。1890年時点でのプライバシー権が想定していた対象は「プレス」であった。ところが、1928年のOlmstead判決におけるブランダイス裁判官の意見により、プライバシー権が「政府に対抗するものとして」認められることとなった。ブランダイスによる「プレス」から「政府に対抗するものとして」プライバシー権が論じられた変遷は、プライバシー権それ自体がコモン・ロー上のそれから憲法上のそれへと進化していったことに疑いはない¹⁹⁶。

193 THOMAS M. COOLEY, A TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS (1868).

194 *Id.* at 299.

195 WESTIN, *supra* note 76, at 348.

IV. ブランドイスをつなぐ言葉

1. 1920年：アメリカの自由とプライバシー

(1) フランクファーター教授への「襲撃」

「プライバシーと自由を侵害する」と反対意見を述べた1920年Gilbert判決の16日後、ブランドイス裁判官が当時ハーバード・ロー・スクールの教授、後の最高裁判官フェリックス・フランクファーターへ宛てた一通の手紙がある。

「アメリカ的ではない (un-American)。卑劣 (nasty) である。へどが出そう (nauseating) である。」¹⁹⁷

ブランドイス裁判官がこう批判したのは、諜報法に基づく政府の諜報活動であった。当時、諜報法に関する事案が最高裁では論争となり、アメリカは「市民的自由の戦場」¹⁹⁸であった。ブランドイス裁判官はフランクファーター教授に諜報活動の問題に対して手紙で「襲撃した (bombarded)」¹⁹⁹と言われるように、一連の判決について彼の考えを書き残している。ブランドイス裁判官が諜報活動を「アメリカ的ではない」と書いたのは、彼がその前年の夏に第一次世界大戦が終わったばかりのロンドンとパリの惨害を目にして、自由な言論が制約されていたエジプトとユダヤの活動の拠点を求めたエルサレムを訪れた後の経験だからであろう²⁰⁰。「卑劣である」と難詰したのは、アメリカにおける政府の諜報活動についてブランドイス裁判官は「大陸ヨーロッパと近東からの輸入で

196 もっとも、プライバシー権をコモン・ロー上のそれから憲法上のそれへと置換するには、当時は発展しなかったステイト・アクションの要件をみかさなければならぬ、という新たな課題が生じることとなった。すなわち、政府の行為に対して向けられた憲法上のプライバシー権は、それがそのまま私人間におけるプライバシー権として通用するものではないのである。See PAUL M. SCHWARTZ & JOEL R. REIDENBERG, DATA PRIVACY LAW: A STUDY OF UNITED STATES DATA PROTECTION 35 (1996).

197 *Letter from Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter*, Nov. 26, 1920 in LETTERS OF LOUIS D. BRANDEIS VOL. IV (1916-1921): MR. JUSTICE BRANDEIS 510 (Melvin I. Urofsky & David W. Levy eds., 1975). また、政府の諜報活動が「不名誉な公開、ヒステリックで知性を欠いた恐怖」であり、「寛大なアメリカ人の性質にとっては全くもって相容れない」とも記していた。*Letter from Louis D. Brandeis to Susan Goldmark*, Dec. 7, 1919, in *id.*

198 BAKER, *supra* note 78, at 253.

199 PHILIPPA STRUM ED., BRANDEIS ON DEMOCRACY 198 (1995).

あるチップ制のようであり、その1000倍悪い²⁰¹と言っていたからであろう。そして、「へどが出そうである」とまで言ったブランドイス裁判官がここまで諜報活動を攻撃する理由は何だったのか。ブランドイス裁判官が「諜報活動に根本的に反対するには、①諜報活動がそれに関与するすべての人間の心を乱す (demoralize)、②人生の喜び (sweetness) と自信 (confidence) を喪失させる、③アメリカ人に刻まれた名誉 (honor) と寛大さ (generosity) といった特に男らしい資質を捨て去らせてしまうからである²⁰²。このようにフランクファーター教授への手紙で打ち明ける。すなわち、ブランドイス裁判官にとって、政府の諜報活動によって人を「不道徳 (the immorality) と非紳士的なありさま (the ungentlemanliness)」²⁰³へと陥らせることが、「へどがでそう」と批判したのであった。このように、ブランドイス裁判官は、当時の表現の自由に関する事案で彼が提出した個別の意見には、政府の諜報活動が「不道徳と非紳士的なありさま」であり、人の内心それ自体を歪めてしまう点が背景にあったことは忘れてはならない。

(2) いわゆる「表現の自由」

「ブランドイスは第1修正の問題について1920年代になり一連の反対意見を書き始めた²⁰⁴と言われる。では、なぜ1920年代なのか。ブランドイス裁判官はフランクファーター教授に1920年の一連の判決を振り返り、フランクファーター教授に次のことを告白していた。

「私はDebs判決とSchenck判決における法廷意見への同調について全く満足していない。言論の自由の争点を考え抜けていなかった。私は言論の自由を通

200 ブランドイス裁判官は1919年開廷期が終わり、1920年6月下旬からアメリカ・シオン主義組織の代表としてユダヤの植民地であるエルサレム、ジャファ、テルアビブなどを含め、ロンドン、パリ、エジプト、パレスチナを訪問していた。See, e.g., *Brandeis Returning Feted in Palestine*, BOSTON DAILY GLOBE, Aug. 1, 1919 at 9; *Justice Brandeis to Render Report on Jewish Homeland*, THE ATLANTIC CONSTITUTION, Sep. 13, 1919 at 11. ブランドイス裁判官は1920年夏にもロンドンに行き、国際シオン主義会議の会長に選出されている。See *Brandeis Elected Zionist President: International Conference Convened in London*, Jul. 8, 1920, BOSTON DAILY GLOBE, at 6.

201 *Letter from Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter*, in *supra* note 197.

202 *Id.*

203 *Id.*

204 UROFSKY, *supra* note 6, at 557.

じてではなく、その問題を考えていた。当時、私はSchafer判決とPierce判決を執筆するまではそのことが理解できなかった。²⁰⁵

1919年に下されたDebs判決とSchenck判決は、戦時下における表現の自由に関する分岐となる重要な判決であり、そこでブランドイス裁判官は表現の自由を制限した「明白かつ現在の危険 (clear and present danger)」の法理を手掛けたホームズ裁判官執筆の法廷意見に同調していた²⁰⁶。ブランドイス裁判官は、これらの問題を表現の自由を熟慮しきれていなかった理由は何であろうか。ブランドイス裁判官は「私はホームズの『明白かつ現在の危険』に関する立場を採る代わりに、Debs判決を戦争権限として位置付けていたであろう。Schaefer判決とPierce判決において、私はそれ [ホームズの表現の自由論] から手を引くことに決心した」²⁰⁷と言う。以下論じるとおり、ブランドイス裁判官のプライバシー権について考察するには政府の諜報活動について戦時から平時の転換期における彼自身が描いた表現の自由を通じた自由論から、プライバシー権を読み解く手がかりが隠されている。

205 Brandeis Papers, *Conversations Between L.D.B. and F.F.*, Aug. 8 (?), Frankfurter, Felix, Box 114, Folder 14, (Harvard Law Library, Manuscript Division). ブランドイスとフランクファーターとの会話が8月8日(?)と記載され、何年に行われたものかは明記されていない。また、この会話の解釈をめぐっても、論者の評価が異なりうるが、ここではホームズ裁判官のアプローチとの距離が明らかになる過程においてブランドイスの戦時から平時への移行における自由論に焦点を当てて、この会話を解釈した。なお、ブランドイス裁判官は、1921年3月に下されたMilwaukee Pub. Co. v. Burlesonの反対意見において、「本件で主張された権限は戦争権限ではない」とフランクファーター教授との会話に近い言い回しをしている。See 255 U.S. 407, 436 (1921) (Brandeis, J., dissenting). なお、ブランドイス裁判官の表現の自由論の進化については、See David M. Rabban, *The Emergence of Modern First Amendment Doctrine*, 50 U. CHI. L. REV. 1205, 1320 (1983).

206 *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). ブランドイス裁判官は、「ホームズが意見を書くときは、同僚に機会を与えてくれない。彼はすぐに発射する。」ともフランクファーター教授に打ち明けていた。Brandeis Papers, *id.*

207 Brandeis Papers, *id.* 続けて、ブランドイス裁判官は、「戦時中とその後に我々が何を発言して許されないのかを未来に知らしめよう」と述べている。See *id.* もともと、ブランドイスは表現の自由を絶対的な価値としてみなしていなかったとも言われる。See, e.g., Louis L. Jaffe, *Was Brandeis An Activist?: The Search for Intermediate Premises*, 80 HARV. L. REV. 986, 999 (1986).

先に紹介したフランクフェーター教授へ宛てた手紙を書いた1920年にはブランドアイスは3件の大きな事案で政府の諜報活動に関する事件について個別意見を執筆する。手紙の中でも言及された1件目は、Schaefer v. United States²⁰⁸であり、ドイツ語による新聞記事がアメリカの徴募に不当な干渉をもたらす目的で事実とは異なることを記述したとして諜報法違反が問題とされた。まず、ブランドアイスクロウ判事は「深い感情の時代にあつて情熱を刺激させる話題について、冷静さ (calmness) が大胆さと率直さと同様に不可欠とされる」²⁰⁹と述べる。そして、ブランドアイスクロウ判事がかつて高校時代にドイツで学んだだけあつて、自らドイツ語の記事の翻訳を提示するなどして、個々の記事を緻密に分析した。ホームズ判事が加わった反対意見において、ブランドアイスクロウ判事は、陪審がこの「冷静さ」を欠き判断したことを指摘し、「言論の自由を侵害し、思想 (thoughts) と信仰 (belief) の自由を脅かす」²¹⁰(強調筆者)と結論付ける。ブランドアイスクロウ判事は、本件を表現の自由の問題のみではなく、「思想と信仰の自由」の問題と捉えた。

ブランドアイスクロウ判事の諜報活動に対する見方を変えた2件目は、手紙で触れられたPierce v. United States²¹¹である。アメリカが金融機関と投資家の利益を保護するためにアメリカは戦争をしようとしていたと記載されたパンフレットを配布したことが諜報法により罪に問われた。Schaefer判決の翌週に下されたこの判決でも、ブランドアイスクロウ判事はホームズ判事が加わった反対意見を朗読した。Schaefer判決同様、個々の表現を精査し、まず「問題とされているすべての虚偽の主張は解釈によるものであつて、公的利害に関する公的事実の議論である」²¹²と指摘する。次に、「リーフレットに虚偽の主張が含まれている証拠がない」²¹³点を注目する。そして、「新たな立法と新たな機関を通じてより良い条件を求めて励む自由な人の基本的権利は、もしも市民を従える議論に

208 251 U.S. 466 (1920). 本判決が下された6日後にはフランクフェーター教授のところに判決のコピーを送付している。See *Letter from Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter*, Mar. 7, 1920 in *supra* note 197, at 451.

209 *Id.* at 483 (Brandeis, J., dissenting).

210 *Id.* at 495.

211 252 U.S. 239 (1920).

212 *Id.* at 269 (Brandeis, J., dissenting).

213 *Id.* at 270.

よってその権利を確保しようとする試みが既存の法を犯したとしたため刑事罰として解釈されるならば、維持されえない²¹⁴(強調筆者)と論じる。すなわち、ブランドアイスカリ判官は、本件でも政府の諜報活動に対抗する道具を表現の自由ではなく、「より良い条件を求めて励む自由な人の基本的権利」という表現を用いて、自らの結論に至っている。

このように、フランクファーター教授の手紙で告白したとおり、ブランドアイスカリ判官は、「アメリカ的でない」、「卑劣である」、そして「へどが出そうである」と攻撃した政府の諜報活動の問題について、それをしだいに「表現の自由」の問題からそれを別の観点から自由論—「思想と信仰の自由」、そして「より良い条件を求めて励む自由な人の基本的権利」—を組み立てていった。この自由や権利は、ブランドアイスがシオン主義組織の代表として、あたかもこの前後の時期に数週間の航海を経てユダヤの活動拠点をパレスチナに求めていった自らが欲求していた「自由」と「権利」と重なり合うと指摘するのはいささか言い過ぎなのだろうか²¹⁵。

(3) 「プライバシーと自由」

ブランドアイスカリ判官が「私はそれ〔ホームズの表現の自由論〕から手を引くことに決心した」と述べた決定的な判決である1920年の3件目は、それが先の手紙の中では直接触れられていないものの、Gilbert判決であることに疑いはない。フランクファーター教授に宛てた別の手紙において、ブランドアイスカリ判官は、法廷意見が憲法上の特権を戯画化すると指摘する点を「私にとって最も苦痛である」と述べ、自らの「反対意見に欠陥があるかどうか」「率直な意見」を求めている²¹⁶。すでに紹介したとおり、合衆国が戦争を行うことなどを支援・援助を妨害した者を処罰するミネソタ州法が問題となったGilbert判決では、「本件州法は邸宅のプライバシーと自由を侵害する」²¹⁷(強調筆者)と判断した。Schaefer判決とPierce判決同様、これを正面から表現の自由として扱わなかった。当時第1修正を直接州に適用することができず、連邦と州との制度

214 *Id.* at 273.

215 ブランドアイスは、ハーバード・ロースクールの時代から自らがユダヤであることを秘匿してなかったが、特に1920年頃からシオン主義団体とのかかわりを深めていったことはしばしば指摘されるところである。See generally, LOUIS D. BRANDEIS ON ZIONISM: A COLLECTION OF ADDRESSES AND STATEMENTS (1999).

に関する極めて困難な技術的な法律問題に直面したブランドイスにあっては、明白かつ現在の危険の法理に象徴されるような「主要な自由な言論への自制」²¹⁸に傾倒することとなった。

そして、ブランドイスにとって、1920年以前の判決とも、またこれまで下した1920年の2件とも「Joseph Gilbertの事案は違った」²¹⁹。第1に、Gilbert判決では、Schafer判決とPierce判決とは異なり、ホームズ裁判官が同調していない単独の反対意見であった²²⁰。ホームズ裁判官は「哲学者」であるのに対し、ブランドイス裁判官は「プラグマティスト」であると言われる²²¹。Gilbert判決でブランドイス裁判官は「州法が邸宅のプライバシーと自由を侵害する」ことを指摘する。ここでいう「プライバシーと自由」の侵害とは、具体的には「父と母が息子や娘に宗教上の信仰・良心・信念の働きかけをしてはならないし、平和主義の教義を教えてはならない」²²²ことを指している。Gilbert判決におけ

216 *Letter from Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter*, Dec. 16, 1920, in HALF BROTHER, HALF SON: THE LETTERS OF LOUIS D. BRANDEIS TO FELIX FRANKFURTER 53 (Melvin I. Urofsky & David W. Levy eds., 1991). この手紙では、この年に『表現の自由』の著書を公表したチェイフィー教授 (ZECHARIAH CHAFEE JR., FREEDOM OF SPEECH (1920)) がどのように反対意見を評価するかについても記載されている。ブランドイス裁判官はWhitney判決においてもチェイフィー教授の著書を引用している。See *Whitney*, 274 U.S. at 376 n3, 377n4 (Brandeis, J., concurring).

217 *Gilbert*, 254 U.S. at 335 (Brandeis, J., dissenting).

218 Robert M. Cover, *The Left, the Right and the First Amendment: 1918-1928*, 40 MD. L. REV. 349, 377 (1981). ブランドイスの1920年代のいわゆるホームズ裁判官流の表現の自由の問題への「自制」は、戦争権限への歯止めと、そして討議による政治過程の再生が動機になったと分析される。

219 PAPER, *supra* note 48, at 283.

220 ブランドイス裁判官の単独の反対意見であるにもかかわらず、ミネソタ州法が戦争政策として制定されたものではないとブランドイス裁判官の要点を新聞記事は的確に紹介している。See *Anti-War Speech False, Court Rules: Sentence of Joseph Gilbert, of Minnesota, Who Opposed Recruiting, Upheld in Decision*, WASH. POST, Dec. 14, 1928 at 13; *Anti-War Convictions Upheld by Supreme Bench: Brandeis Dissents in Gilbert Case, Condemning Decision as Beyond the Court's Powers*, BOSTON DAILY GLOBE, Dec. 14, 1928 at 10.

221 Philippa Strum, *Brandeis and the Living Constitution*, in BRANDEIS AND AMERICA 124 (Nelson L. Dawson ed., 1989).

222 *Gilbert*, 254 U.S. at 335-6 (Brandeis, J., dissenting).

るブランダイス裁判官の反対意見は、これまでのホームズ裁判官が同調した意見とは異なり、明白かつ現在の危険の法理から「プライバシーと自由」へのシフトを見ることができる。ブランダイスにとっての後の表現の自由の個別意見の「重要な転機」²²³となった。

第2に、ブランダイス裁判官の反対意見は、表現の自由を保障する第1修正に依拠せず、「生命、自由または財産」を保障する第14修正からその結論を導き出している。反対意見においてブランダイス裁判官は「私は第14修正によって保障される自由が財産を取得し享受する自由のみを包含していると信じることはできない」²²⁴と指摘する。すなわち、ブランダイス裁判官は、表現の自由論ではなく、第14修正の「生命、自由または財産」という条文の中に州レベルの事案であっても「邸宅のプライバシーまたは公開の場において平和主義の教義を教える自由」²²⁵を認めたのであった。「プライバシーと自由」を保障するために、当時、編入理論—連邦憲法が保障する自由に関する諸規定が州においても編入されるという理論—が浸透していなかったにもかかわらず、「ブランダイス裁判官のGilbert判決の反対意見…が第二次世界大戦以降のアメリカ法を変えた憲法革命の核心」²²⁶にすでに迫っていたのであった²²⁷。

第3に、Gilbert判決における反対意見は「政府の政策を批判し改革を提唱する…始まり」²²⁸と言われるとおり、それが連邦法であろうと州法であろうとブランダイス裁判官は「プライバシーと自由」への侵害に対して、それに対して立ち向かう姿勢を明らかにしている。

このように、政府の諜報活動へのブランダイスによる一連の批判的な判決を下す過程において、それが連邦によるものであれ、州によるものであれ、政府の諜報活動が各人のプライバシーと自由、究極的には民主主義を脅かすものと考え、「Schaefer判決の意見で…小さな理論を持つこととなった。Pierce判決においてそれが最初に現れ、それからGilbert判決において完全に開花した」²²⁹

²²³ UROFSKY, *supra* note 6, at 562.

²²⁴ *Gilbert* 254 U.S. at 343 (Brandeis, J. dissenting). この判決については、ブランダイス裁判官のロータークとチェイフィー教授との手紙やり取りがあり、チェイフィー教授の自由論が一定の形で判決に影響を与えたと見られている。See Rabban, *supra* note 205, at 1343.

²²⁵ *Id.*

²²⁶ UROFSKY, *supra* note 6, at 633.

と言われるようにブランドイス裁判官独自の自由論が形成されていった²³⁰。そして、ついに、「1890年の論文と1928年のOlmstead判決の反対意見において彼が主張したプライバシーへの権利がいまや統合することとなった」²³¹。

(4) Whitney判決の同意意見とOlmstead判決の反対意見をつなぐ言葉

このように1920年に下された3件のいわゆる表現の自由の問題が、ブランドイス裁判官にとっては、それを単に第1修正の問題ではなく、それを超えた「プライバシーと自由」の問題として理解されていた。この読み方に大きな誤りがないのであれば、「彼自身の表現の自由の傑作」²³²と言われたブランドイス裁判官のあまりに有名なWhitney v. Californiaにおけるあの一節は、1920年の3件の判決の延長上にあり、そして、わずか1年後に下されたOlmstead判決

227 ロックナー期を象徴するMeyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) は州における私立小学校でのドイツ語教育を行った教員が処罰された事案であり、マクレイノルズ裁判官は契約の自由の観点からこれを違法としない判決を下した。ブランドイス裁判官がこれに同調したのは、財産的構成をして契約の自由を肯定したからではなく、むしろ第14修正から私的な空間においてドイツ語を教えることを認めたからだと考えられる。See Nathaniel L. Nathanson, *The Philosophy of Mr. Justice Brandeis and Civil Liberties Today*, 1979 U. ILL. L.F. 258, 284 (1979). 他方で、Meyer判決へのブランドイス裁判官の同調と、ブランドイス裁判官のプライバシー権が、ロックナー期の延長上にあり、それがGriswold判決以降のプライバシー権論と結びつきうる、という指摘がある。See Helen Garfield, *Privacy, Abortion, and Judicial Review: Haunted by the Ghost of Lochner*, 61 WASH. L. REV. 293 (1986). なお、ブランドイス裁判官とホームズ裁判官が行動を共にしなかった理由は、プライバシーと自由に関する見方が異なるだけでなく、州の権限に対する態度の違いであるとも考えられる。See STRUM, *supra* note 24, at 321.

228 PAPER note 46, at 283.

229 Cover, *supra* note 218, at 376.

230 ブランドイス裁判官は、この時期、言論の自由に関するデュー・プロセスの適用問題から、訴訟の権利、教育の権利、職業選択の権利、移動の権利が基本的な権利として侵害されるべきでないとして第14修正を通じた包括的な自由論の可能性をフランクファーター教授に打ち明けていた。See Brandeis Papers, *supra* note 205, Box 114, File 14, Jul. 19, 1921 (?) at 20. ((?) は原文のまま)

231 PHILIPPA STRUM, *BRANDEIS: BEYOND PROGRESSIVISM* 140 (1993).

232 Neil M. Richards, *The Puzzle of Brandeis, Privacy, and Speech*, 63 VAND. L. REV. 1295, 1323 (2010). See also Bradley C. Bobertz, *The Brandeis Gambit: The Making of America's "First Freedom," 1909-1931*, 40 WM. & MARY L. REV. 557, 643 (1999).

とも整合的に捉えることができよう。サンディカリズムを処罰する州法に対して、実質的な反対意見とも呼ぶべき同意意見においてブランドイス裁判官は自らの愛読書からの一節—ペリクレスの葬儀の式辞—を手掛かりに自由論を次のごとく論じた²³³。

「我々の独立を獲得した者は、州の究極的な目的が人の能力を発展させるために人を自由にさせることであると信じていた。つまり、その統治において、討議の力が専断的な者に勝るべきであると信じていたのである。彼らは目的としても、また手段としても自由を価値あるものとしていた。彼らは自由が幸福の秘訣であり、そして勇気が自由の秘訣であると信じていた。彼らは自らが考えたいように考え、そして考えたことを発言する自由が発見と政治の真実の広がりには不可欠な手段であると信じていた。」²³⁴

この一節は、「ホームズですら成し得なかった、いまだかつて誰もこれほど強力な訴えかけを提示したものはいない」²³⁵と賛美される。ホームズ裁判官は言論の自由の「リパタリアン」であるが、ブランドイス裁判官は「リパブリカン」であると言われる²³⁶。そして、ブランドイス裁判官の同意意見は「公民としての精神 (civic courage)」²³⁷の象徴であると評される。では、この「公民としての精神」を表明した意見はどのようなものなのか。Whitney判決においてはホームズ裁判官が同調してきたこともあり、ブランドイス裁判官にとって「市民の権利へのあまりにも大きな制限となりすぎる」²³⁸と考えた表現の自由の法理である明白かつ現在の危険の法理について「リップ・サービス」²³⁹をし

233 Freund, *supra* note 133, at 119. See also Paul A. Freund, *Mr. Justice Brandeis: A Centennial Memoir*, 70 HARV. L. REV. 769, 789–90 (1957). ブランドイスの愛読書はALFRED ZIMMERN, *THE GREEK COMMONWEALTH* (1911) であると言われる。

234 *Whitney*, 274 U.S. at 375 (Brandeis, J., concurring).

235 MELVIN I. UROFSKY, *LOUIS D. BRANDEIS AND THE PROGRESSIVE TRADITION* 141 (1981).

236 Pnina Lahav, *Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justifications for Free Speech*, 4 J.L. & POL. 451, 460 (1987). See also Helen Garfield, *Twentieth Century Jeffersonian: Brandeis, Freedom of Speech, and the Republican Revival*, 69 OR. L. REV. 527, 571 (1990). このように、ホームズとブランドイスは、しばしば憲法上の争点について同一の目的地へとたどり着いたが、必ずしも同一の旅程ではなかったと言われる。See ALPHEUS THOMAS MASON, *BRANDEIS AND THE MODERN STATE* 223–4 (1936).

237 *Blasi*, *supra* note 15, at 682.

たが、ブランドイス裁判官の意見の本質はやはり「自由」の構成方法にあった。すなわち、「自信、独創力、そして公開性が欠如した市民の程度に応じてアメリカの民主主義が貧しいものとなる」と指摘されるように、「公開性」と同時に「自信」と「独創力」が必要であり、人の「健全な精神性 (a healthy mentality)」²⁴⁰の重要性が説かれるのである。Gilbert判決における家庭における「平和主義の教義」を教えることが「プライバシーと自由」の下保障されるように、「公開の義務」の前には「プライバシーへの権利」が必要となる。Whitney判決は「私」である個人が「公」としての「市民」への転換過程における「自由」を保障した意味で「公民としての精神」を反映した判決と理解できよう。Whitney判決のブランドイス同意意見は、Gilbert判決における反対意見、そしてそれに続くOlmstead判決にみられるように、抑圧的な立法に対しては「プライバシーと自由」の論理でそれを擁護したかったと見ることは決して不当ではなからう。Whitney判決において「目的としても、また手段としても自由を価値あるものとした」²⁴¹と述べたが、かつてブランドイス裁判官は、「個人の発展は必要な手段でもあり、また追求される目的でもある」²⁴²とも言い換えていた。そして、「ブランドイスは絶対的な真実を信じていた。すなわち、彼の絶対的な真実には、人間の限界、人間の育成能力 (educability)、権力の腐敗の性質、巨大なものが有する悪、個人の尊厳の重要性が含まれる」²⁴³と言われる。このように、かつてのブランドイス裁判官のロークラークがWhitney判決について指摘するとおり、本件においても、「ブランドイスの人間の性質に関する解

238 Philippa Strum, *Brandeis: The Public Activist and Freedom of Speech*, 45 BRANDEIS L. J. 659, 683 (2007).

239 UROFSKY, *supra* note 6, at 637. Whitney判決のブランドイス裁判官の意見は、「明白かつ差し迫った危険 (a clear and imminent danger)」と定式化し、表現の自由をより手厚く保障するためホームズ裁判官よりも厳格な要件を提示した。See *Whitney*, 274 U.S. at 373 (Brandeis, J., concurring). また、ブランドイス裁判官は明白かつ現在の危険の法理それ自体が欠陥を抱えていることを認識していた。See Cover, *supra* note 218, at 385; Rabban, *supra* note 205, at 1212.

240 Blasi, *supra* note 15, at 696.

241 *Whitney*, 274 U.S. at 275 (Brandeis, J., concurring).

242 *Letter from Louis D. Brandeis to Robert W. Bruere*, Feb. 25, 1922 in *supra* note 115, at 46.

243 Strum, *supra* note 221, at 124.

積」²⁴⁴が現れていたのであった。さらに別のロークラークは、「人と人の可能性に関する彼の見解」からは「巨大主義の到来とそれがもたらす道徳のディレンマが、彼にとって憂うべきものであり、人間の人格を腐敗させていた」問題を対象として、人間のもろさを生じさせるこの問題こそが「ブランドイスの思考の核心」にあったと指摘する²⁴⁵。

ブランドイスという人物が描いた1920年における一連の判決、そしてそこから派生した1927年のWhitney判決の同意意見と1928年のOlmstead判決の反対意見は、一見すると整合性を欠いたそれらがすべて「我々を人間として定義し、人間の可能性を促進し、そして人間の欲求を象徴する」「人間の実現 (human fulfillment)」の舞台に存在し、「人間の条件 (the human condition)」を映し出している点で一致している²⁴⁶。ブランドイスは「不道徳な社会における修正可能な人間の条件」²⁴⁷としての個人像を描き出していた。実際に、ブランドイス裁判官によるWhitney判決の同意意見とOlmstead判決の反対意見を引用しつつ、一見矛盾するそれぞれ意見のいずれも同居させた判決がある。そこでは、まさに「人間の実現」を擁護すべく、サーグッド・マーシャル裁判官によって次のようにWhitney判決とOlmstead判決のブランドイス裁判官の意見が読み解かれている。

「もしも第1修正が何かを意味するのであれば、それは、自宅で独りで座り、いかなる本を読もうとも、いかなる映画を見ようとも州は人に対していかなる干渉もできないことを意味する。我々の憲法すべての遺産は**人の精神**

244 Henry J. Friendly, *Mr. Justice Brandeis: The Quest for Reason*, 108 U. P.A. L. REV. 985, 997 n49 (1960). また、Whitney判決では、Gilbert判決に比べ、結論を支えるだけの連邦法に関する証拠が乏しかったことからブランドイス裁判官が反対意見を投じなかったことと考えられる。See also Ronald K.L. Collins & David M. Skover, *Curious Concurrence: Justice Brandeis's Vote in Whitney v. California*, 2005 SUP. CT. REV. 333, 381.

245 Freund, *supra* note 133, at 97.

246 LOUIS MICHAEL SEIDMAN, *SILENCE AND FREEDOM* 1, 18 (2007). プライバシーの権利が沈黙の自由とも親和的であると考えられてきた。See also Henry J. Friendly, *The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change*, 37 U. CHI. L. REV. 671, 690 (1968).

247 PAUL A. FREUND, *THE LIBERALISM OF JUSTICE BRANDEIS* 4 (1958) reprinted from American Jewish Archive (Harvard Law Library).

(men's mind) を支配する権力を政府に付与する思想に反抗するのである。」²⁴⁸ (強調筆者)

このように、「ブランダイスが見出した人間の精神性という究極の哲学は我々の憲法において具現化されたのである」²⁴⁹。ブランダイス裁判官が「アメリカ的ではない。卑劣である。へどが出そうである。」と政府の諜報活動を非難したのは、それが伝統的な表現の自由の法理に敵対的であるばかりではなく、それを越えた戦争とそれに基づく政府の諜報活動が「人の精神」を「支配」する問題であるとみなしたからである。「人の精神を支配する権力を政府に付与する思想に反抗」という点において、1927年のWhitney判決同意意見も1928年のOlmstead判決反対意見も、決して矛盾するものではなく、同じ目的を共有している。

「人の精神」それ自体を護るべきものとして、ブランダイス裁判官は、Whitney判決の同意意見において「思考、希望、想像力」²⁵⁰と著し、Olmstead判決の反対意見では「信念、思考、感情、そして思想」²⁵¹と表現している。「人の精神」への脅威として、ブランダイス裁判官は、Whitney判決の同意意見において「人は魔女を恐れ、女を火炙りにした」²⁵²と形容し、Olmstead判決の反対意見では「もし政府が法の違反者となれば、…それはアナーキーをもたらず」²⁵³と嘲弄した。「人の精神」への脅威への反抗の道具として、ブランダイス裁判官は、Whitney判決の同意意見において「考えたいように考える自由、そして考えたことを発言する自由」²⁵⁴に訴え、Olmstead判決の反対意見において「独りにしておいてもらう権利」²⁵⁵を追求した。ブランダイス裁判官が残したWhitney判決の同意意見もOlmstead判決の反対意見も、「人間の精神」への「支配」に反抗するための「プライバシーと自由」において結ばれている。

プライバシー権を護ったOlmstead判決の数日後にその意義をフランク

248 *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 565 (1969).

249 Freund, *supra* note 133, at 117.

250 *Whitney*, 274 U.S. at 357 (Brandeis, J., concurring).

251 *Olmstead*, 277 U.S. at 478 (Brandeis, J., dissenting).

252 *Whitney*, 274 U.S. at 376 (Brandeis, J., concurring).

253 *Olmstead*, 277 U.S. at 485 (Brandeis, J., dissenting).

254 *Whitney*, 274 U.S. at 375 (Brandeis, J., concurring).

255 *Olmstead*, 277 U.S. at 478 (Brandeis, J., dissenting).

フーター教授に打ち明けた手紙には、次のように書かれている。

「盗聴の判決の解説者の中には、憲法が文字通り財産に好意的であると解釈されていると認める者がいるかもしれないが、厳密には**自由への支持**である」²⁵⁶（強調筆者）

ブランダイス裁判官の「プライバシーと自由」²⁵⁷を「相互に補強する関係」²⁵⁸がここにも明かされている。

2. 「人間の精神性、感情、そして知性」

(1) ひとつ目の言葉

フランクフーター教授はブランダイスをこのように言う。「ブランダイスにとって問題は決して解決されることはない。文明化が新たな任務のつらなりとなっている」²⁵⁹。このように、ブランダイスは、34歳から71歳への時の経過の中で文明化とともに大きな進歩と変革を遂げてきたことに疑いはない。しかし、ブランダイスの根本は変わらない。1890年のブランダイス、そして1928年のブランダイス、それぞれのブランダイスをつなぐ言葉がある。

「**人間の精神性、感情、そして知性の承認**がもたらされた (there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect)」²⁶⁰
(1890年論文)（強調筆者）

「**憲法の創設者は人間の精神性、感情、そして知性の重大性を認めてきた** (They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feelings and of his intellect)」²⁶¹ (1928年意見)（強調筆者）

ブランダイスのプライバシー権をつなぐ言葉のひとつは「人間の精神性、感

²⁵⁶ *Letter from Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter*, Jun. 15, 1928 in *supra* note 115, at 345.

²⁵⁷ *Gilbert*, 254 U.S. at 335. (Brandies, J., dissenting).

²⁵⁸ Richards, *supra* note 232, at 1339.

²⁵⁹ Felix Frankfurter, *Mr. Justice Brandeis and the Constitution*, in MR. JUSTICE BRANDEIS 124 (Felix Frankfurter ed., 1932).

²⁶⁰ Warren & Brandies, *supra* note 1, at 193.

²⁶¹ *Olmstead*, 277 U.S. at 478 (Brandeis, J., dissenting).

情、そして知性」である。ブランダイスにとっては、1890年の論文、1928年の意見、さらにはその過程にあった1920年Gilbert判決の意見いずれにも登場する「無形 (immaterial)」²⁶²なるもの、「人間の精神性、感情、そして知性」こそをプライバシー権の砦としていたことが見て取れる。このテーゼは34歳と71歳のいずれのブランダイスにも共通することである。1890年の論文では、「痛み、喜び、そして潤沢の一部からしか物理的な物は存在しえない。思考、感情、そして思想は法的承認を要求する」²⁶³と書かれていたことが、1928年の意見には「人生の痛み、喜び、そして満足の一部だけが有形の物の中に見出すことができることを知っていた。彼らは信念、思考、感情、思想においてアメリカ人を保護することを模索した」²⁶⁴とほぼ変わらぬ言い回しが使われているのである。そして、ブランダイスが敵視していたのは、それが財産という有形なるものではなく、「人間の精神性、感情、そして知性」という「無形」なものへの侵入であった。この「無形」なものへの侵入こそがブランダイスにとっての「最大の危難 (the greatest peril)」²⁶⁵であり、表現の自由論とプライバシーの侵害を構成する論理となっていたのである。このように、ブランダイスにとって、プライバシー権は表現の自由と矛盾・衝突するのではなく、「自由な言論も教育もプライバシーに依存していると想定していたことは明らかである」²⁶⁶。自らの情報の開示の範囲を決定するのと同様に、自らが発言する内容を決定する点において「人間の精神性、感情、そして知性」を有した自律的な個人像を前提とせざるを得ない²⁶⁷。その意味で、ブランダイスにとって、「人間の精神性、感情、そして知性」は「プライバシーと自由」を並列関係におくことができる、まさにプライバシーとあらゆる自由の源泉を意味している。

(2) 表現の自由との両立

翻って考えてみれば、Whitney判決においてブランダイスが護ったものは、1890年と1928年のそれぞれのブランダイスの言葉、すなわち「人間の精神性、

262 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 199, *Olmstead*, 277 U.S. at 479 (Brandeis, J., dissenting), *Gilbert*, 254 U.S. at 335 (Brandeis, J., dissenting).

263 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 195.

264 *Olmstead*, 277 U.S. at 478 (Brandeis, J., dissenting).

265 *Gilbert*, 254 U.S. at 338 (Brandeis, J., dissenting).

266 Strum, *supra* note 221, at 128.

感情、そして知性」でもある。「自らが考えたいように考え、そして考えたことを発言する自由」は「人間の精神性、感情、そして知性」を基底におかざるを得ない。そして、その限りにおいて、常に公開の義務を負うことなく、私的な空間において「自らが考えたいように考え」る自由が保障されることを前提としている。時代を遡れば、1890年の論文には次のような一節がある。

「コモン・ローによって、自らの思考、思想、そして感情を他者に伝える範囲を決定する権利を各人は保障されている。我々の統治制度のもとでは、人は表現することを決して強要されない。」²⁶⁸

「人は表現することは決して強要されない」ためには、「公開の義務」を負うことなく、「自らが考えたいように考え」る自由が保障されなければならない。ブランダイス裁判官は、ホームズ裁判官の思想の自由論を一度も使ったことがない²⁶⁹。これは自らの思想を常に市場に開放するのではなく、各人の私的な空間において「自らが考えたいように考え」る自由が必要となるためであろう。

しかし、同時に、Whitney判決では「考えたことを発言する自由」があり、「公的な議論が政治的義務である」とも述べていた。ブランダイスはすでに1890年の「プライバシーへの権利」の論文の公表後すぐに「公開の義務」の論文を執筆することを明かしていた。この事実を思い返せば、ブランダイスは、1928年のプライバシー権の再訪の前年に「公的な議論が政治的義務である」と述べていたことは決して不可思議なことではない。ブランダイス自身、1914年の著書では、反トラスト法の制定の直前であり、大企業に対する「公開の義務」を念頭に置いているものの、「公開は何をできるか」という章を設け、次

267 ブランダイスのプライバシー権はこの意味において、プライバシーと表現の自由が調整しうるものとして、自律 (autonomy) —この言葉が多義的であることには注意を要するが (See Richard H. Fallon, *Two Senses of Autonomy*, 46 STAN. L. REV. 875 (1994))—の観点から正当化されうる、という説明も決して不当なものではなからう。See, e.g., C. Edwin Baker, *Autonomy and Informational Privacy, or Gossip: The Central Meaning of the First Amendment*, 21 SOCIAL PHIL. & POLY 215 (2004); Louis Henkin, *Privacy as Autonomy*, 74 COLUM. L. REV. 1410 (1974); Joel Feinberg, *Autonomy, Sovereignty, and Privacy: Moral Ideas in the Constitution?*, 58 NOTRE DAME L. REV. 445 (1983).

268 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 198.

269 Blasi, *supra* note 15, at 673-4.

のように言う。「公開は社会と産業の病の治療として公正に推奨されている。太陽の光は最良の消毒液であり、電気の光は最も有能な警官である」²⁷⁰。問題は、「プライバシー」の「権利」として「人は表現することは決して強要されない」としても、「公開」の「義務」として「公的な議論が政治的義務である」ことをどのような関係にあると捉えるべきか。

この問題を解決する鍵は、ブランドイスが自ら表現の自由の法理への「自制」を著したGilbert判決にある。そこで彼は「プライバシーと自由」を並列し、私的な空間における言論が認められることを示している²⁷¹。これは「市民的自由が個人の活動への政府の監視がないだけでなく、公的な言論が提示される前に話し、聴き、教える機会を要求している」²⁷²と見ることができる。すなわち、言論が、自ら他者に発信する「アウトプット」の保護だけでなく、「信念、思考、感情、思想」を自らのものとして体得する「インプット」への気配りをも必要としているのである²⁷³。この「インプット」は、Gilbert判決においてブランドイス裁判官が護った「プライバシーと自由」と同様に、「公開」の「義務」の一步前にある「プライバシー」の「権利」を前提とせざるを得ない。このように、ブランドイスにとっては、戦争により抑圧されかねない「人間の精神性、感情、そして知性」への干渉を排除するための各人の「自由なインプット (free input)」が究極的には「討議の政治に必要なのである」²⁷⁴。

ブランドイスは「不合理な理性の束縛から人を自由にすることが言論の役割である」²⁷⁵と述べていた。「人間の精神性、感情、そして知性」を備えた自我でなければ、「自らが考えたいように考え、そして考えたことを発言する自由」

270 BRANDEIS, *supra* note 60, at 92.

271 Gilbert判決のブランドイス裁判官の意見で用いられたプライバシーは「第1修正プライバシー」とも呼ばれる。See Ken Gormley, *One Hundred Years of Privacy*, 1992 WIS. L. REV. 1335, 1347 (1992).

272 Richards, *supra* note 232, at 1340.

273 *Id.* なお、リチャーズ教授の立場は、1890年の論文とWhitney判決が矛盾するという前提の下、ブランドイスが時代を経てプライバシー権を進化させていく過程において表現の自由とプライバシー権が調整するというものであり、本稿の前提とは異なる。See also Neil M. Richards, *The Limits of Privacy*, 9 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 357, 368 (2011).

274 Cover, *supra* note 218, at 377.

275 *Whitney*, 274 U.S. at 376 (Brandeis, J., concurring).

を行使できない。「自由かつ恐れのない理性」²⁷⁶を有した人こそが「萎縮」せず、「自らが考えたいように考え、そして考えたことを発言する自由」を享受できる。そして、ひとたびこの「自由」を獲得した者は、「公開の義務」のもと、「公的な議論が政治的義務である」というブランダイスの別のステージへと上ることとなる。言い換えれば、1890年の論文執筆後に打ち明けた手紙と同様、Whitney判決とOlmstead判決を通して、ブランダイスは「プライバシー」と「パブリシティ」、そして「権利」と「義務」の断絶と連続という緊張関係の中から「人間の精神性、感情、そして知性」を護り抜こうとしたのである。

3. 「品格」

(1) ふたつ目の言葉

34歳のブランダイスは、イギリスのいくつかの判例を引用していたにもかかわらず、イギリスで発展した「信頼義務違反 (breach of confidentiality)」の射程が「あまりに狭すぎる」とウォーレンとブランダイスは考え、この法理を用いなかった²⁷⁷。信頼義務違反の代わりに用いたのが「品格と礼節の違反 (breaches of decency and propriety)」である。すなわち、1890年の論文には「公開の義務」との緊張関係において、「一般的な目的が私生活におけるプライバシーを保護すること」にあっても、「実際に問題となるのは品格と礼節への甚だしい違反だけである」と述べられている²⁷⁸。

また、71歳になったブランダイスは、Olmstead判決において「政府は有効でどこにでもいる教師である」²⁷⁹と述べるとおり、政府の「品格 (decency)」

²⁷⁶ *Id.* at 377.

²⁷⁷ See PEMBER, *supra* note 8, at 53. イギリスにおける信頼義務違反とアメリカのプライバシー法はその適用場面が異なることから「かなり異質である」と評価される。See Neil M. Richards & Daniel J. Solove, *Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality*, 96 GEO. L.J. 123, 159 (2007).

²⁷⁸ Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 215-6.

²⁷⁹ *Olmstead*, 277 U.S. 485 (Brandeis, J., dissenting). ブランダイス裁判官のこの一節は、政府と市民の関係を示すために「人間の条件に関する真実を大きな意味で描写した点において正しい」(強調筆者)と評される。See Carol S. Steiker, *Brandeis in Olmstead: "Our Government is the Potent, the Omnipresent Teacher"*, 79 MISS. L. J. 149, 177 (2009).

信じていた一方で、「品格」を欠いた政府の行為を敵対視し、「反全体主義(anti-totalitarianism)」²⁸⁰の観点からプライバシー権を構成しようとした。Olmstead 判決以降も、盗聴行為は「電子的な『大きな耳』(Big Ear)」²⁸¹、「いたるところでおいをかきまわる(universal snooping)」²⁸²、「現代の家を必ずガラスにしなければならない」²⁸³、「盗聴社会(the bugged society)」²⁸⁴と揶揄され、批判され続けてきた。ブランドイス裁判官自身も、盗聴行為をする政府を「悪の心をもった統治者(evil-minded rulers)」や「法違反者(lawbreaker)」といて厳しく批判した²⁸⁵。このように、「政府が…紳士(gentlemen)であるべき」こと、そして「自由かつ自己統治をする人民の間の法の尊厳、正義を統治する機能の厳粛」としての「品格」を大切にしていた²⁸⁶。

34歳のブランドイスと71歳のブランドイスをつなぐもうひとつの言葉が見られる。

「プレスは礼節と**品格**(decency)の明確な境界をあらゆる方面で踏み越えている。」²⁸⁷(1890年論文)(強調筆者)

「**品格**(decency)、安全、そして自由といったものは、政府の役人が、市民に命じられた行為の同じルールに従わなければならないことを要求している」²⁸⁸。(1928年判決意見)(強調筆者)

280 Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 807 (1989).

281 *A Plug in the 'Big Ear'*, N.Y. TIMES, Dec. 24, 1967 at 116.

282 N.Y. TIMES, *supra* note 12, at 24.

283 *The Right to Privacy*, WALL STREET JOURNAL, Mar. 5, 1936 at 4.

284 *Privacy v. Protection: The Bugged Society*, N.Y. TIMES, Jun. 8, 1969, at SM 30.

285 *Olmstead*, 277 U.S. at 479 (Brandeis, J., dissenting).

286 *Letter from Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter*, Jul. 2, 1926, in *supra* note 115, at 277-8.

287 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 196.

288 *Olmstead*, 277 U.S. at 485 (Brandeis, J., dissenting). 判決直後はこの一節を紹介する記事が多い。See WASH. POST, *supra* note 130; *Tapped Phone Calls Legal as Evidence: Supreme Court Spilt Over Decision, 5 to 4*, DAILY BOSTON GLOBE, JUN. 5, 1928 at 9; *Listening-in Approved: Court Rules on Wire-Tapping*, L.A. TIMES, JUN. 5, 1928 at 1.

「品格」は、ブランダイスのプライバシー権にとって1890年と1928年と貫く言葉となっている。さらには、1920年、いわゆる表現の自由の問題に格闘していたブランダイスは、「法の尊重」には「品格とフェア・プレイ (decency and fair play)」²⁸⁹の必要性を指摘していた。「人間の精神性、感情、そして知性」を尊重していたブランダイスにとって、自らの生は自らの手によって解釈されるべきものであり、自ら自我の造形過程にみだりに干渉することは「品格」の欠如の現れなのである。ブランダイスは、1890年の論文のときから、1928年の判決の意見に至るまで「文明化 (civilization)」²⁹⁰における「品格」を大切にしてきた。そして、「品格」を傷つける行為、たとえば、プレスが踏み越えてきたり、政府が盗聴することは、ブランダイスが重んじていた「礼節と品格」、そして「品格、安全、そして自由」の観点からプライバシー権の侵害を構成する。逆に、各自に内在する「品格」という観点からは、「我々は、私人の頭の中や私生活において、人種差別主義者、性差別主義者、そして宗教的に不寛容である権利を有している。しかし、これらの権利は、公的な場ではすべて消滅することとなる」²⁹¹とも説明することができよう。「品格」という言葉は、ユダヤの教えである” tikkun olam”，すなわち、自らの壊れた世界観を自らの内に隠匿するという教えとも結びつき、ユダヤであったブランダイスはこの言葉を擁護したのかもしれない²⁹²。フランクファーター教授が「ブランダイス裁判官は英国の伝統の文明化の基準 (the civilized standards) に忠実であった」²⁹³と賛美したとおり、彼は「品格」を重んじていた。その証左として、レッセ・フェールの時代にあって、弁護士時代に労働問題に取り組んだブランダイスが、女性労働者の「品格」の観点から「社会の病理、すなわち品格において女性労働者を支援するのに不十分な賃金」と主張していたことにも注目すべきであろう²⁹⁴。

ブランダイスが示した「品格」は、『エチケットの法 (The Laws of Etique-

289 *Burdeau v. Mcdowell*, 256 U.S. 465, 477 (1920) (Brandeis, J., dissenting).

290 Warren & Brandeis, *supra* note 1, at 195, *Olmstead*, 277 U.S. at 478 (Brandeis, J., dissenting).

291 Jed Rubenfeld, *The Right to Privacy and the Right to be Treated as an Object*, 89 GEO. L.J. 2099, 2100 (2001).

292 Erwin Chemerinsky, *Rediscovering Brandeis's Right to Privacy*, 45 BRANDEIS L.J. 643, 643 (2007).

293 Frankfurter, *supra* note 259, at 113.

tte)』にみられるような「会社のいかなる者にも私事を話すな」²⁹⁵というある種の訓示ではない。ブランドイスは、「人間の品格と個人の尊厳を賛美するために」、そして「人間の品格と尊厳の一部という非常に大きな利益」²⁹⁶を護るために、弁護士として、また裁判官として法を執行しうるプライバシー権の意義を説いてきたのである。

(2) 「品格」に基づくプライバシー権

ブランドイスが論じた「品格」による私事の公開の限界という設定問題は、実務においても参照される不法行為のリステイトメントの「プライバシーの侵害」の章において「品格の基準 (decent standards)」, 「言い換えれば、公開の限界は、プレスと何とを公衆に伝えるかを選択する合理的な自由のみならず、暴露によってその人にもたらされる個人の感情と害悪をも考慮した、共同体の品格の限界でもある」²⁹⁷と明記されることとなった。

そして、ブランドイスの「品格」という言葉を読み解き、不法行為法上のプライバシーの意義を論じたのがロバート・ポスト教授である。すなわち、「不法行為は共同体の要求に対抗する個人の利益を単に支持するだけではなく、重

294 See LOUIS D. BRANDEIS, *THE CURSE OF BIGNESS: MISCELLANEOUS PAPERS OF LOUIS D. BRANDEIS* 56, 111 (Osmond K. Fraenkel, ed., 1934). 1908年の *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908) におけるブランドイスの上告趣意書が州が労働時間を規制する立法を制定した背景について様々な資料を102頁以上に費やし、法律論がわずか2頁にとどまっていた、ブランドイス・ブリーフ (Brandeis Brief) はあまりに有名である。ブランドイスは、「社会の病理を詳細に分析し、社会立法に向けた具体案を提示する」ことに長けていた。See Marion E. Doro, *The Brandeis Brief* 11 *VAND. L. REV.* 783 (1958).

295 *THE LAWS OF ETIQUETTE OR SHORT RULES AND REFLECTIONS FOR CONDUCT IN SOCIETY BY A GENTLEMAN* 106 (1836).

296 Sheldon W. Halpern, *Rethinking the Right of Privacy: Dignity, Decency, and the Law's Limitations* 43 *RUTGERS L. REV.* 539, 563 (1991). See also Sheldon W. Halpern, *The "Inviolable Personality": Warren and Brandeis After One Hundred Years: Introduction to a Symposium on the Right of Privacy*, 10 *N. ILL. U.L. REV.* 387 (1990).

297 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §652D, Comment h. Private facts 391 (1977). 私事の公共について、何が正当な公共の利益に関する事柄に当たるかを決定するには、共同体の慣例や慣習、すなわち共同体の習律 (the community mores) を考慮に入れなければならないとも記述されている。

要な方法で個人と共同体の双方を構成するシビリティのルール (rules of civility) を保障しているのである²⁹⁸。ここでポスト教授の議論を詳しく論じることは控えるが、このように、ブランダイスが残したプライバシー権を「尊厳の利益 (dignitary interests)²⁹⁹」を保護するものであると理解し、プライバシーの侵害行為を各人が所属する共同体における社会規範に則った人格を逸脱したシビリティ・ルールの違反行為であるとみなすことができる。プライバシーを品格・尊厳と同視することは、連帯する共同体の構成員としてお互いが負っている尊敬という社会形態におけるプライバシーに根差すことを意味するのである³⁰⁰。ロスコー・パウンド教授が1890年の論文について「平均的な人にとって一般的な趨勢の事案における利益³⁰¹」を保護の対象としていると述べたが、「品格」であれ、「シビリティ・ルール」であれ、この利益を含むものと理解されよう。このように「共同体の品格のテスト (a community decency test)³⁰²」は、不法行為のリステイトメントを始め、私事の公開を制限するために現実の訴訟の場においても一定の効力を有してきたのである。

1890年の論文であれ、1928年判決の意見であれ、「プライバシーは人間の尊厳と関係する一貫した利益であった³⁰³」。1890年の論文には、「すべての不法行為プライバシーの事案は人間の尊厳と個人性 (individuality) の維持という同一の利益を伴っている³⁰⁴」ということから、これを人間の尊厳と個人性を基盤

298 ROBERT C. POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT 51 (1995).

299 *Id.* at 61. もっとも、ポスト教授は別の論文で、ウォーレンとブランダイスの論文を「人格の尊厳としてのみならず、財産としての側面への法的保護」と位置付けている。Robert C. Post, *Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property, and Appropriation*, 41 CASE W. RES. L. REV. 647, 680 (1991).

300 Robert C. Post, *Three Concepts of Privacy*, 89 GEO. L. J. 2087, 2092 (2001).

301 Roscoe Pound, *Interests of Personality*, 28 HARV. L. REV. 343, 362 (1915).

302 See Linda N. Woito & Patric McNully, *The Privacy Disclosure Tort and the First Amendment: Should the Community Decide Newsworthiness?*, 64 IOWA L. REV. 185, 198 (1979).

303 Ruth Gavison, *Too Early for a Requiem: Warren and Brandeis Were Right on Privacy vs. Free Speech*, 43 S.C. L. REV. 437, 455 (1992).

304 Edward J. Bloustein, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, 39 N.Y.U. L. REV. 962, 1005 (1964).

としうる提案がなされている。また、1928年Olmstead判決でも用いられた不合理的な搜索及び押収を禁止する第4修正についても、「人間の尊厳が…第4修正の基本的な活気ある原理としてのプライバシーとともに確立されるべきである」³⁰⁵という指摘がある。1890年の論文では「公共のプレスまたは公共の討議における品格の規範を教え込もうと意図していた」³⁰⁶のであり、1928年の判決では「政府は有効でどこにでもいる教師である」³⁰⁷と政府の品格を喚起した。

このように、共同体におけるシビリティのルールの尊重が「品格」に基づくプライバシー権論に見られるように、ブランドイスのプライバシー権が応用されてきた。これは、「信念・思考・感情・思想」という言葉に結びつく個人主義とは対置する共同体主義的な発想に依拠している。ブランドイスのプライバシー権は、個人主義と共同体主義の緊張関係の中に位置づけられるのである³⁰⁸。他方で、尊厳を基軸にプライバシーを発展させてきたヨーロッパと対比した場合、特に私人間における「品格」や「尊厳」の維持を目的とした政府の介入の論理とも結びつく可能性があることから³⁰⁹、「アメリカ法は尊厳に対する侵害を規制するのが決して得意ではなかった」³¹⁰とも言われる。さらに、そして、「品格」に基づくプライバシー権論は、原産国であるアメリカではなく、むしろ

305 John D. Castigline, *Human Dignity under the Fourth Amendment*, 2008 WIS. L. REV. 655, 660. 特に刑事分野においては、死刑問題について、「品格の進化する基準 (the evolving standards of decency)」が用いられており、この基準が第4修正の解釈にも指針となりうると指摘される。Id. at 700.

306 Bezanson, *supra* note 114, at 1139.

307 *Olmstead*, 277 U.S. at 485 (Brandeis, J., dissenting).

308 ブランドイスの個人主義と共同体主義の緊張関係については、See Daniel A. Farber, *Reinventing Brandeis: Legal Pragmatism for the Twenty-First Century*, 1995 U. ILL. L. REV. 163, 184 (1995). また、市民的自由の分野において「ブランドイスの目的は個人と共同体の調和であった」とも言われる。See STRUM, *supra* note 231, at 116.

309 実際、プライバシー権をもっぱら品格の維持に求めようとするれば、「政府に私のことについて話すことを止めてもらう権利」とも理解されかねない。See Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking about You*, 52 STAN. L. REV. 1049, 1050-1 (2000).

310 Jeffrey Rosen, *Facebook, Google, and the Future of Privacy and Free Speech*, in CONSTITUTION 3.0: FREEDOM AND TECHNOLOGICAL CHANGE 76 (2011).

る身分制社会の歴史と伝統から脱出する過程においてプライバシー権を保障してきたヨーロッパにおいてその発展がみられた³¹¹。ウォーレンとブランダイスの論文における品格という言葉が散見されることについては、ジェームズ・ホイットマン教授が分析するとおり、身分制社会の中から尊厳、名誉、そして人格を保障しようとしてきたヨーロッパにあって、ブランダイスの若い頃のドイツでの生活も考慮すれば、「ウォーレンとブランダイスは大陸法を原点においていた」³¹²とも評価することができるかもしれない。いまや「ウォーレンとブランダイスの不法行為はアメリカの偉大な革新としてではなく、失敗した大陸からの輸入として考えるのが最も適当である」³¹³とまで評価される。このように、ブランダイスが残してきた「品格」という言葉は、それが一部では応用されてきたものの、アメリカの後の世代において十分には受け継がれてこなかった可能性もあるのかもしれない。しかし、ブランダイスは1920年代のいわゆる表現の自由の判決において「理性と品格という利益の同居」³¹⁴の方法を模索してきた。そして、34歳のときも、71歳のときもブランダイスのプライバシー権の根底にある利益は、「品格」であることは彼の言葉から証明できよう。

311 ウォーレンとブランダイスの論文もまた「金持ちのプレスに対する懇願」(PEMBER, *supra* note 8, at 23), 「不法行為における社会的身分」(Kalven, *supra* note 5, at 328)を与えた、あるいは「19世紀の男性の特権の着想」であり、「文化、経済力、地位、年齢、また性別」(See Anita L. Allen & Erin Mack, *How Privacy Got Its Gender*, 10 N. ILL. U.L. REV. 441, 441 (1990))がプライバシーと結びついてきたと批判されることがある。

312 James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151, 1205 (2004). ブランダイスは、ドイツでDresden Annen-Realschuleに通っていたが、ここでの生活がいっそうアメリカの自由な空気をあこがれのものにさせたと言われる。また、ブランダイスがドイツでの生活を送ったことを指摘し、1890年論文をドイツの人格権との類似性を読み解くこともできるのかもしれない。See Paul M. Schwartz & Karl-Nikolaus Peifer, *Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?*, 98 CAL. L. REV. 1925, 1943 (2010).

313 Whitman, *id.* at 1204.

314 Stanley Ingber, *Defamation: A Conflict Between Reason and Decency*, 65 V.A. L. REV. 785, 858 (1979).

V. ブランダイスのプライバシー権の進化

ルイス・ブランダイスは、顕微鏡 (microscope) と、望遠鏡 (telescope) を備えた人物である³¹⁵。事実関係を詳細に分析する能力と、広い視野から事案の全体像を把握する能力を備えている。また、ブランダイスは、理想主義者であり、プラグマティストでもある³¹⁶。「法律の予言者」³¹⁷のごとく常に未来と理想を追い求める一方で、現実を直視し研ぎ澄まされた判断力を下す。ブランダイスは、常に矛盾を抱えていた。しかし、ブランダイスは、両手に抱えた矛盾を、積み上げてきた事実と経験の緻密な分析をもとに、「生ける法」を発展させてきた。人間の精神性の追求と品格の維持の過程で生じる自由と尊厳の対立、個人主義と共同体主義の緊張関係、そして「公開の義務」との矛盾・衝突の図式の過程から読み解かれ、結晶化された思考と論理が、「ルイス・ブランダイスのプライバシー権」である。ブランダイスのプライバシー権を、それがクーリー裁判官による言葉から借りてきたものであるにもかかわらず、「独りにしておいてもらう権利」というレッテルを貼り、その意味を解釈しようとするのであれば、それは不当にブランダイスのプライバシー権を評価することになる。同様に、ブランダイスという人物をプライバシー権それだけから読む解くこともまた彼の残してきた他の思考—契約の自由への抵抗、巨大企業・独占との闘争、シオン主義、あるいは表現の自由論—からすれば不当な見方なのかもしれない。その意味で、本稿は、1890年の論文から1928年判決の意見へのプライバシー権の進化の過程において両者をつなぐブランダイスの言葉を読み直すことにより、あくまでブランダイスのプライバシー権の一つの読み方を提示したにすぎない。

その読み方から導き出されたブランダイスをつなぐ言葉とは、「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」であった。ブランダイスのプライバシー権の一つは、ブランダイスがいわゆる「表現の自由」あるいは「公開の義務」との関係において、「アウトプット」に至るための「インプット」として必然的になければならない自我を造形、発展、そして表現する過程で生じる「人間の

315 Charles E. Hughes, *Mr. Justice Brandeis* in *supra* note 260, at 3.

316 UROFSKY, *supra* note 6, at iv.

317 Stephen G. Breyer, *Justice Brandeis as Legal Seer*, 42 BRANDEIS L.J. 711 (2004).

精神性、感情、そして知性」である。同時に、ブランダイスのプライバシー権は、自我と他者との関係を定義するために、ある種共同体社会の中で醸成・発展されてきた社会規範や文化における「品格」を反映しているものと考えられる。「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」こそが、矛盾と緊張関係の中から読み解かれた「プライバシーと自由」をつなぐ「理論を維持している」³¹⁸ブランダイスの言葉である。ブランダイスのプライバシー権は、「独りにしておいてもらう権利」から連想されるような他者との関係を遮断するための隠匿や撤退という言葉と結びつくものではない。むしろ、「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」は、共同体の中の自らの存在と本質的属性の会得と反芻の過程において、自我を造形し、解釈し、発展させ、そして表現するための概念であり、ひいてはそれが「公開の義務」を前提とした民主政の維持と発展にも不可欠な理念である。ブランダイスのプライバシー権はかかる概念と理念を内包している。

もっとも、ブランダイスをつなぐ「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」という言葉それ自体が極めて抽象的で、多義的であることから、プライバシー権は時代の変化によって、その意味を自由自在に変えることのできる「カメレオン」³¹⁹であるのかもしれない。その意味で「人間の精神性、感情、そして知性」と「品格」というブランダイスが残した言葉に背を向けて、「ウォーレンとブランダイスの英知の神髄と決別」³²⁰、あるいは「ウォーレンとブランダイスが与えた哲学的係留の…綱を切断」³²¹する試みが展開されてきた。むしろブランダイスのプライバシー権を、その作者の意図とは異なる形で解釈することは現在を生きる我々の特権である³²²。しかし、ブランダイスのプライバシー権を出発点とする限り、彼の残した言葉を適切に解釈することは現在を生

318 ALEXANDER M. BICKEL, *THE SUPREME COURT AND THE IDEA OF PROGRESS* 29 (1978).

319 Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 *STAN. L. REV.* 1193, 1202 (1998).

320 Halpern, *supra* note 296, at 543.

321 Kalven, *supra* note 5, at 333.

322 ブランダイスが中絶の問題についてまで一般原理としてプライバシー権を用いることを想定してなかったことは、彼のロークラークが示しているとおりである。See Henry J. Friendly, *The Courts and Social Policy: Substance and Procedure*, 33 *U. MIAMI L. REV.* 21, 34 (1978).

きる我々の責任でもある。

ブランドイスは常に「巨大なもの (bigness)」³²³に立ち向かってきた。ブランドイスは情報という力によって人間の精神を支配すること巨大なもののみなし「標的」³²⁴としていた。ブランドイスにとってその標的とは、1890年はそれが一線を踏み越えたプレスであり、1928年はそれが諜報活動に従事していた政府であった。もしもいまブランドイスが生きていたら、そして現在の情報通信技術を目の当たりにして、何を巨大なもののみなし、彼のプライバシー権はどのように進化しうるだろうか³²⁵。プライバシー権なるものは、科学技術それ自体の進展により、それが定義されるわけではない。むしろそれぞれの時代のそれぞれの社会がどの程度プライバシー権を願望しているかにかかっている。その意味で、「ブランドイスのプライバシー権」は「終わりなき遺産」³²⁶を我々に残したとともに、それはいまなお「極めて重大な影響力」³²⁷を有している。

323 BRANDEIS, *supra* note 294.

324 ALEXANDER M. BICKEL, *THE UNPUBLISHED OPINIONS OF MR. JUSTICE BRANDEIS: THE SUPREME COURT AT WORK* 121 (1957). ブランドイスは、「巨大な権力の集中が反民主的であると考えた」からこそ、巨大なものへと立ち向かったのかもしれない。See Mary Murphy Schroeder, *The Brandeis Legacy*, 37 SAN DIEGO L. REV. 711, 715 (2000). 例をあげるならば、ブランドイスは、小村寿太郎とランチを一緒にする仲であり (See *Letter from Louis D. Brandeis to Alford Brandeis*, Sep., 6, 1905 in *supra* note 53, at 358), 日露戦争において日本に味方したと言われる。これはロシアの腐敗した皇帝の強大な権力に対する不信感であったと評されている。See ALLON GAL, *BRANDEIS OF BOSTON* 27 (1980). あるいは、ナチスを非難し、ナチスのユダヤ迫害に対しては、すべてのユダヤをドイツから解放するよう唱道した。See Allon Gal, *Brandeis, Judaism, and Zionism*, in *supra* note 221, at 77.

325 See e.g., Connie Davis Powell, “*You already have zero privacy. Get over it!*”: *Would Warren and Brandeis Argue for Privacy for Social Networking?*, 31 PACE L. REV. 146 (2011).

326 Chemerinsky, *supra* note 292, at 657.

327 *Letter from Louis D. Brandeis to Samuel Dennis Warren*, *supra* note 53.