

# 誤同定と社会的評価に関する覚書

梶原健佑

法が引き受けるべき課題の第一は、これまで法が一定の価値観や文化に偏向してきた部分を読み解き、これを解除することによって、あるべき中立性を回復していくことだろう<sup>1)</sup>

## 1. 問題の所在

### (1) 検討の対象

本稿は、他者のアイデンティティに関わる誤った情報を公表すること——本稿はこれを誤同定 (misidentification) という——の法的責任のあり方について検討しようとするものである。具体例を挙げると、白人のことを有色人種であると述べたり、ヘテロセクシュアルの人のことをホモセクシュアル (またはバイセクシュアル) だと述べたりすることが、本稿のいう誤同定にあたる。誤同定はそれにより、自らのものとは異なるアイデンティティを持つ者として社会に認識される恐れを生むのであるから、少なくとも不快感や居心地の悪さを被害者に覚えさせるであろうことは想像に難くない。さらに、こうした誤同定のうち特定のアイデンティティ情報については、当該アイデンティティ集団が社会において置かれている状況によって、そうした不快感等に止まらない被害の発生を被害者が訴えることがある<sup>2)</sup>。そのさい最もよく用いられるのが名誉毀損の主張であるので、本稿は、誤同定を名誉毀

1) 志田陽子「セクシュアリティを『法』の問題として考える」関修・志田哲之編『挑発するセクシュアリティ』(新泉社、2009年)49頁。

2) ヘイトスピーチ問題を研究対象としてきた本稿筆者にとって近年気にかかるのは、所謂「在日認定」といわれる事象である。朴一『僕たちのヒーローはみんな在日だった』[講談社、2016年]170-71頁は「なぜコリアンとは無関係な人物を『在日認定』しようとするのだろうか。そこには、在日コリアンに蔑視的・差別的な感情を抱いてきた日本社会のゆがみを利用して、『在日』と認定した人物に対する世間の評価を下げたいという邪悪な意図が感じられる。」とする。

損と評価することが可能か、または適切かという論点を、民事（不法行為法）の名誉毀損法制に焦点を絞って検討してゆく<sup>3)</sup>。

## (2) 社会的評価をめぐる「事実」と「規範」

以下の行論に必要な限りで、名誉毀損法制について確認しておこう。名誉毀損にいう「名誉」が何を意味するかについては、現在では民事・刑事を問わず、「外部的名誉」を指すとの理解で大凡争いのないところである。「外部的名誉」とは、その人が外部、すなわち社会から受ける客観的な評価のことを指す。したがって、外部的名誉は「社会的名誉」とも呼ばれる。「名誉」なる概念のなかには、この「外部的名誉」のほかに、外部からの評価とは全くかかわりのない、本人の真価あるいは内在する人格的価値としての「内部的名誉」、そして、自分自身の人格的な価値について本人が付与している主観的な評価を指す「名誉感情」も含まれると解されるが、名誉毀損法制によって保護されるのは外部的名誉に限られるとされる。

この点に関する最高裁の明確な判示は民事にしかないようである。平成9年のとある判決は、「不法行為の被侵害利益としての名誉（民法七〇条、七二三条）とは、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価のことであり……、名誉毀損とは、この客観的な社会的評価を低下させる行為のことにはかならない。」と述べており<sup>4)</sup>、民事名誉毀損法制全般にわたって名誉とは外部的名誉を指すとの判断が示されていると解される<sup>5)</sup>。それでは、ある人物が、虚構に彩られた、本来得るべきも

3) ちなみに、誤同定をめぐる場合は、対象者の真のアイデンティティを何ら顧慮することなく、「ホモ」「アスベ」などの語句を相手にただ投げつける事例も想定されるところ。この場合には、「(誤った)事実の摘示」というよりも、アイデンティティ情報を示す語それ自体が「ブス」や「バカ」と同様の一種の侮蔑的な罵倒表現として機能していることになる。かかるケースを誤同定のなかにも含めるべきかには本来、検討の余地があるものの、異なるアイデンティティを押し付けられるという共通項は見て取れるので、本稿は「事実の摘示」として行われるものを主として取り扱いつつも、ひとまず、両睨みで検討を進めることにしたい。

4) 最一小判平成9年5月27日民集51巻5号2024頁。

5) 建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』（有斐閣、2014年）18頁。最二小判昭和45年12月18日民集24巻13号2151頁、最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁も併せ参照のこと。

のよりも不当に高い社会的評価を享受している場合に、真実が暴かれることによって本来あるべきレベルにまで評価が下がったならば、当該表現を名誉毀損として違法視すべきなのであろうか。名誉毀損罪を定める刑法230条1項は、「その事実の有無にかかわらず」処罰されうることにしている。これによれば、仮に虚構で形作られた土台に築かれた（本来受けるに値しない）高評価を、真実を暴露することにより低下させても名誉毀損は成立することになる。つまり、いわゆる「虚名」も保護の対象に含められているわけである。不法行為としての名誉毀損についても、「真实性・真実相当性の法理」から同様の帰結が導かれる。すなわち、同法理は、「その行為が公共の理解に関する事実に係りもっぱら公益を図る目的に出た場合に」限り、真实性（あるいは真実相当性）の証明による免責を認めている<sup>6)</sup>。情報の真实性は絶対的な免責事由とはなっておらず、一部の例外を除いては、真実を暴露することにより虚名が剥落したとしても社会的評価の低下が認められるわけであり、民事においても虚名は原則として保護されているとの結論に至る。

この虚名保護をめぐるのは刑法学の議論が理論的に精緻である。以下での分析に有用なので確認しておきたい。すなわち、外部的名誉がさらに、事実的名誉（事実説）と規範的名誉（規範説）とに区別され、前者は現に通用している社会的評価を、後者は本来あるべき社会的評価をそれぞれ意味すると解されている。そして、230条1項の規定からすると、「現行法においては、こうして事実的名誉が保護されていることに疑問の余地はない<sup>7)</sup>」と結論されるのである。上述のとおり民事においても虚名が保護されるので、現行の名誉毀損法制によって保護される対象は、民事・刑事を問わず事実的名誉と解されていると纏めることが許されよう。

本稿は、如上の摘示事実の真偽に着目する局面に加えて、名誉毀損の「判定」の局面においても、事実／規範の対立位相が存在すると考える。説明しよう。

6) 最一小判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁。

7) 山口厚『刑法各論〔第2版補訂〕』（有斐閣、2010年）135頁。

名誉毀損不法行為法制では、民法710条により財産的損害のみならず非財産的損害の賠償請求も可能である。実際の事件では、数的に算定できる有形損害よりも、精神的損害を主とする無形損害が（原告の主張を踏まえて裁判官によって半ば感覚的に）認定され、賠償が命じられることが殆どである。このとき、原告が主張立証すべき「損害発生」と「因果関係」の両要件については、「名誉毀損が認められれば、通常は慰謝料（精神的損害）が因果関係のある損害として認められる<sup>8)</sup>」構造となっている。つまり勝負どころは、争われている表現が名誉毀損に該当するか否か、なのである。この名誉毀損の判定について最高裁は、こう述べている。「名誉を毀損するとは、人の社会的評価を傷つけることに外ならない。それ故、所論新聞記事がたとえ精読すれば別個の意味に解されないことはないとしても、いやしくも一般読者の普通の注意と読み方を基準として解釈した意味内容に従う場合、その記事が事実と反し名誉を毀損するものと認められる以上、これをもつて名誉毀損の記事と目すべきことは当然である<sup>9)</sup>」。「一般読者の普通の注意と読み方」というこの基準は、直感的な分かりやすさはあるものの、裁判所は実際に世論調査を行うわけでもないので、現実の裁判では、裁判官が考える「一般」読者を基準にして判定されることになる。

では、規範的には社会的評価に関係するべきではない事柄が、実際には、社会（の一部）において低い社会的評価と結び付いているとの現状把握に裁判官が至った場合、裁判官は、現状＝事実に基づいて当該事実の公表が社会的評価の低下をもたらすと認定し、名誉毀損の成立を認めなければならないのだろうか。それとも、規範的に判定し、そうした事柄は社会的評価に結びつくべきではないのだから、社会的評価の低下は否定されるべきなのであろうか<sup>10)</sup>。誤同定と社会的評価の関連を検討しようとする本稿は、この事実／規範の対立軸を思考の補助線として<sup>11)</sup>、以下、検討を進めたい。

8) 松尾剛行『最新判例にみるインターネット上の名誉毀損の理論と実務』（勁草書房、2016年）26頁。

9) 最三小判昭和31年7月20日民集10巻8号1059頁。

10) 潮見佳男は「社会的評価に関係しない人格的価値の侵害は……名誉毀損とはならない」

この課題に取り組むため、本稿は次のように展開される。まず、わが国の実務において、この判定がどう為されているか、裁判例を確認するところから始める(2)。次いで、日本の実態を評価するための比較対照として、アメリカの裁判例を分析する。そこでは主に、人種の誤同定をめぐる裁判例(3)と、同性愛の誤同定をめぐる裁判例(4)の歴史的な変遷が、学説や関連の法制度や判例と併せて描写される。かかるアメリカの判例・学説を踏まえて、最後に、若干の考察を付して検討の方向性を明らかにしたい(5)。

## 2. 日本の裁判例

### (1) 出身(国籍)に係る誤同定

第一に、出身・国籍に係る誤同定表現をめぐるのは、神戸地裁尼崎支部平成20年11月13日が重要である。本件の概要は次のとおりである。月刊誌Willが2006年5月号誌上において、原告・土井たか子の本名が「李高順」であり、朝鮮半島出身者である旨の記事を公表した。記事公表当時は議員ではなかったものの、かつて衆議院議長も務めた著名な政治家である原告は、記事の内容のいずれもが虚偽であり、名誉毀損にあたるとして損害賠償と謝罪広告の掲載を求めた。これに対し一審・神戸地裁尼崎支部は、記事による名誉毀損、名誉感情や人格的利益の侵害を以下のように述べて肯定し、その内容が虚偽であり、真実相当性の抗弁も成立しないとして不法行為の成立を認めた<sup>12)</sup>。「本件記載を部分的にみると……主として、原告について、本名が『李高順』であるという事実と、出身が朝鮮半島であるという価値中立的な客観的事実

---

と述べて、今日の民事裁判において本来は名誉毀損の枠組みに入らないはずの表現が名誉毀損の名の下で議論されていることを指摘する(潮見『不法行為法I(第2版)』[信山社、2009年]174頁)。

- 11) 大橋正春「名誉毀損の成否——『一般の読者の普通の注意と読み方』について」門口正人判事退官記念『新しい時代の民事司法』(商事法務、2011年)511-512頁は、やはり社会的評価の低下に関して規範と事実の対比を論じているが、読者を抽象的な存在として捉えるか、あるいは、事実即して具体的に捉えるかに基づいて区分していると思われ、本稿の分類・対比とは少し異なっているようにみえる。
- 12) 判時2035号122頁。謝罪広告の請求は棄却している。上訴はいずれも棄却されている(大阪高判平成21年4月24日判例集未登載、最三小決平成21年9月29日判例集未登載)。

を摘示するものといえなくもない。しかしながら、本件記事は、北朝鮮による日本人拉致事件に対する社会民主党の姿勢を批判するという文脈であるところ、一般の読者の普通の注意と読み方によれば、本件記事は、北朝鮮による日本人拉致事件に対する社会民主党の対応が十分でなかったと考えられる原因の一つとして、原告が朝鮮半島出身であって、本名が朝鮮人と思しきものであることを摘示しているものといえることができ、長年にわたって衆議院議員であって、かつ、衆議院議長や社会民主党の党首までも務めた原告が、日本以外の本国の利益を優先して、日本国民の安全などの利益を蔑ろにするという日本の政治家としてあるまじき行為をしていたかの印象を与えるものであって、原告の社会的評価を低下させることは明らかであるというべきである。」

ここでは、結論において社会的評価の低下が認められているものの、原告を取り巻く状況との関わりでそう判断されているのであって、「出身が朝鮮半島であるという価値中立的な客観的事実を摘示する」こと自体で社会的評価の低下を認定しているわけではないことに注意が必要である。

## (2) 被差別部落出身に係る誤同定

次に、被差別部落出身である（あるいはルーツがある）ことの公表が名誉毀損となり得るかをめぐっては、誤同定の事案は確認できなかったものの、真実情報の公表の事例においてこれを否定した高知地判平成4年3月30日<sup>13)</sup>が注目される。裁判所はこう述べている。記事の「内容は、原告の父親の出身や私生活及び原告の父親に対する私的な態度を指摘し……たものであるから、……原告のプライバシーを侵害するというべきである。……原告は、右行為が原告に対する名誉毀損に当たると主張しているが、名誉とは人がその品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的な評価であり、名誉を毀損するとは右評価を低下させることを意味するところ、これらの私生活上の事実は、原告自身の私生活上の不行状と異なり、原告の社会的地位に照らし、その職責を遂行する能力や資質を判断するに際して考

13) 判時1456号135頁。

慮されるべきでない私的事項であり、原告に対する社会的評価を低下させる性質を持つものということとはできず、したがって、右記事の掲載は、たとえ原告に精神的苦痛を与えるとしても、その名誉を毀損するものとはいえない。かかる情報は公開を欲しない私事であって、その暴露がプライバシー侵害を構成するかもしれないけれど<sup>14)</sup>、社会的評価の低下をもたらすべきではない事柄であり、名誉毀損は成立しないとしたのである。

### (3) 性的指向に係る誤同定

これらに対し、同性愛者である、または同性と性的関係をもったという内容の虚偽情報の公表については、社会的評価の低下を肯定する裁判例がある。まず、週刊誌『週刊新潮』が、新聞社社長（当時）を被害者とする逮捕監禁事件に関する記事を『『毎日社長拉致』で新聞が書けなかった『社内抗争』と『ホモ写真』』との見出しを付して掲載するとともに、この見出しを新聞広告と電車の中刷り広告として掲載・掲示したことに対して、当該記事及び広告が、社長及び新聞社の名誉等を毀損するものであるとして損害賠償と名誉回復措置を求めた事件がある。記事が取り上げた逮捕監禁事件とは、社長が逮捕監禁され、その間に、両手首及び両足首を粘着テープで縛られ、全裸にされた上で、男性とわいせつな行為に及んでいるかのような写真を撮影され、新聞社社長を辞任しないと写真をばらまく等と脅迫された、というものである。記事内では「いかにも……社長がホモであるかのような写真に見せるためでした」等と述べられ、社長（原告・控訴人）が同性愛者であると記載されているわけではなかった。一審東京地裁<sup>15)</sup>は、見出しの「ホモ写真」との語は「男性同性愛行為を撮影した写真の存在を暗示するものではあるが、それ自体として、原告……が同性愛者であることを暗示するもの

14) 大阪地判平成27年10月5日LEX/DB25541393は「本件記事1は、原告の実父及び叔父が暴力団組員であるという事実及び原告が同和地区の出身者であるという事実を摘示するものであるところ、これらの事実、私生活上の事実であり……、暴力団に対する今日の社会的評価や同和問題に関する歴史的経緯に鑑みれば、一般人の感受性を基準として原告の立場に立った場合、公開を欲しないであろうと認められる事実……である」としている。

15) 東京地判平成18年1月18日判時1946号55頁。

とはいえない」と処理したが、東京高裁は次のように述べて、基本的に同性愛誤同定について名誉毀損の成立を認める判断を示した。「『ホモ写真』という表現は、男性同性愛行為を撮影した写真の存在を示唆するものであるところ、前判示のとおり、既に本件犯行に関する報道において、控訴人……が衣服を脱がされて写真を撮影されたとの事実が明らかになっている状況においては、広告を見た者に、控訴人……が男性同性愛行為をしている写真があるものと誤解させ、ひいては、控訴人……のかなり大きな顔写真が添えられていることと相まって、控訴人……が同行為を愛好する者であるとの誤解をも与えかねない表現であるというべきである。」「現在の日本社会においては、同性愛者、同行為を愛好する者に対しては侮蔑の念や不潔感を抱く者がなお少なくないことは公知の事実ともいえるのであって、このような状況において、控訴人……がかかる嗜好を持つ者と誤解されることは同控訴人の社会的評価を低下させるものということができる。」<sup>16)</sup>

また、東京地判平成21年9月25日<sup>17)</sup>も「男性と性行為に及んだ……印象を与えるもので、……名誉を毀損するものということができる」と、極めてあっさり同性愛誤同定表現の名誉毀損性を肯定してみせている。

#### (4) 発達障害・精神障害と社会的評価

発達障害や精神障害に関しても社会的評価の低下が争われてきた。しかし、ここでは、「事実摘示が精神病ないし精神異常者であるという事実摘示であるか、それとも単なる罵詈雑言かには注意が必要である。<sup>18)</sup>」既述のように、後者は典型的な誤同定とは言い難いものの、それが罵詈雑言、罵倒表現として実際に機能しているとすれば、背景には障害や疾病を抱えた人に対

16) 東京高判平成18年10月18日判時1946号48頁。東京高裁は、記事中の見出しは記事と併せて読まれば(誇張表現により読者に誤解を与えかねないものの)社会的評価を低下させるものではないと判断しつつ、広告の掲載・揭示については、広告だけを目にして記事を読まない読者のなかには、一般に週刊誌広告が一定の省略や誇張表現を含んでいると了解していたとしても、「控訴人がかかる嗜好を有するものであるとの印象ないし疑惑をそのまま残す者も生じる」として名誉毀損の成立を肯定している。なお、「嗜好」との表現は原文ママ。

17) 2009WJLJPCA09258011。

18) 松尾・前掲注8、89頁

して社会が低い評価を（少なくとも一定の割合で）与えていることの一つの証左ということになる。

たとえば、原告を指して「アスペルガー症候群じゃね？一度病院で診てもらった方がいいよ。」と論じたことが名誉毀損に当たるかが争点となった裁判で東京地裁は、「アスペルガー症候群は発達障害の一種と解されるところ、今日の日本社会においては必ずしもアスペルガー症候群をはじめとする発達障害についての理解が十分とはいえず、社会的に偏見が残っているといわざるを得ず、そのような発達障害を抱えているかのような論評を適示する本件コメント2は、原告……の名誉を毀損するものであるというべきである」と述べて、社会的評価の低下を認めた<sup>19)</sup>。

精神疾患をめぐっては、ネット掲示板への「Xの自作自演は頭と心の病気」等の書き込みが不法行為に当たるかが争われた事件で、当該部分について東京地裁が「原告の自作自演行為が頭と心の病気によるものであるとの事実を摘示しているところ、一般読者に対して、原告が精神疾患に罹患しているとの印象を与えるものでありその社会的評価を低下させるとともに、社会通念上許される限度を超えて原告を侮辱するものであると認められる」と判断した事例がある<sup>20)</sup>。このほか、誤同定事案ではないが、『統合失調症の疑い』との本件記載は……現在の社会の実情に照らせば、これにより原告の社会的評価が低下し得ることは否定できない」とした例もある<sup>21)</sup>。

#### (5) 小括

ここまで、誤同定に関わる幾つかの裁判例を領域ごとに確認してきた。いずれも社会の一部には偏見が現存していると考えられるものの、そうした偏見の実態を重視して社会的評価の低下を肯定する裁判例と、反対にこれを否

19) 東京地判平成25年10月18日LEX/DB25516835。また、東京地判平成27年11月16日HLEX/DB25534716は、「原告が発達障害（ADHD）ではないかとか、病院に行った方がいいなどといった表現は、全体として原告を侮蔑し、貶める表現であって、社会通念上許される限度を超える侮辱行為に当たるといえる。」と述べて、名誉毀損ではなく侮辱を認めている。

20) 東京地判平成20年2月18日2008WLJPCA02189004。

21) 東京地判平成27年12月11日2015WLJPCA12118025。

定する裁判例とがあることがわかる。裁判例の傾向としては前者の立場に立つものが多く、それゆえ、「伝統的な見解は、社会に偏見・差別が存在するのである以上、そのような事実を摘示されれば社会的評価が現実に低下するのであるから、なお名誉毀損に当たるとしており……、裁判例もそのような傾向である<sup>22)</sup>」と解説されている。ただし、後者の立場からの裁判例も一部存在しており、こちらの見解は、仮に偏見が現存しているとしても、社会的評価の低下をもたらすべきではないという規範論に基づいているように思われる。社会的評価の低下を事実に基づいて判断する裁判例と、規範に基づいて判断する裁判例とが併存しており、不統一の状況にあるわけである。この状況をどう評価すべきかの検討のため、次節では比較の素材をアメリカの事例に求めたい。

### 3. アメリカの裁判例 (1)～人種等

#### (1) アメリカ名誉毀損法

アメリカでは不法行為法制は州ごとに異なっており、それぞれの法域において裁判所による判例法と一部の制定法とによって継続的に形作られてきた。名誉毀損不法行為法についても同様の多様性が存しており、筆者の能力で精確な全体像を示すことは不可能ではあるが、こちらも以下の行論に必要な限りの事情を確認しておきたい。

①**名誉毀損とは？** 各州の不法行為法を最大公約数的にまとめたアメリカ法律協会のリステイメントによると、名誉毀損不法行為責任が生じる第一の条件は、「第三者についての、虚偽で名誉毀損的な言辞<sup>23)</sup>」である。さらに、何ををもって名誉毀損と判断するかについて同じくリステイメントは、「ある表現 (communication) が、他人に対するコミュニティの評価を

22) 松尾・前掲注8, 88頁。佃克彦『名誉毀損の法律実務〔第3版〕』(弘文堂, 2017年) 7頁も参照。

23) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 558. なお、この定式にみられるとおり、アメリカ法では言辭の虚偽性は必要条件であり、日本法のように虚名が保護されることがないことはよく知られているが、本稿が考察対象としているのは虚報であるので、この点はさしあたり考察に影響を及ぼさない。

低下させ、あるいは、第三者をして同人との交際や取引を躊躇させるような世評 (reputation) を害する傾向をもっていれば、名誉毀損的 (defamatory) である<sup>24)</sup>と定義してみせており<sup>25)</sup>、社会的評価を低下させる表現が名誉毀損と評価され、表現者は不法行為責任を問われることが分かる。

②世評の低下の判断枠組み では、アメリカ法にあっては、世評の低下を実証的に判断しているのか規範的に判断しているのか。言辞の名誉毀損性の判断枠組みについて確認しよう。検討の鍵となるのは、コミュニティ概念である。世評の低下を測るコミュニティを、原告周囲の少数で考えるのか、より広い地域を捉えるのかによって自ずと言辞の性格付けに関する結論は異なってくる。また、社会ないしコミュニティの評価如何といっても、実際に世論調査や住民投票を行って決めるわけではないので、その傾向の判断は結局のところ判定者 (裁判官等) の考え方に依存する。このとき、判定者の想定する「コミュニティ」として、「大多数が偏見にまみれた人々からなるコミュニティ」と「少数ではあるが偏見から自由な人々によるコミュニティ」のどちらに置かれているかでも結論は異なってくる。まさに「コミュニティの選択が名誉毀損責任を判定するにあたって決定的な要素なのである<sup>26)</sup>」。

この論点に関して、アメリカの判例・学説は2つのアプローチを示してきた。第一は、「相当数の (substantial) ちゃんとした (respectable) マイノリティの視点で」というものである。これは、Oliver W. Holmes判事が執筆した1909年のとある連邦最高裁判決 (法廷意見) のなかに示された、「コミュニティの有力かつちゃんとした部分」あるいは「コミュニティにおける相当数の (considerable) ちゃんとした層 (class)」との表現<sup>27)</sup>に起源をもっており、「有力な (important) ちゃんとしたマイノリティの視点で」とも表されることもある。リストイトメントも、社会的評価の低下を、コミュニティ

24) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 559.

25) See Robert C. Post, *The Social Foundation of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CAL. L. REV. 691, 718 (1986).

26) Lyrrisa Barnett Lidsky, *Defamation, Reputation, and the Myth of Community*, 71 WASH. L. REV. 1, 7 (1996).

27) Peck v. Tribune Co. 214 U.S. 185, 190 (1909).

内の全ての人の視点はもとより、マジョリティの視点で判定する必要もないとし、「相当数のちゃんとしたマイノリティの視点で」考えればよい、とコメントを加えている。さらに、ある集団の判定基準が反社会的なものであるならば、仮にその集団が相当数といえるとしても、裁判所はそれに依拠すべきではないとも述べている<sup>28)</sup>。この第一のアプローチは、「相当数の」という定量的・計量的な指標に重点があると理解されているようではあるものの、これに加えて、「ちゃんとした」という規範的・倫理的な指標とセットになって構成されている<sup>29)</sup>。後者は規範的な評価を掌るもので<sup>30)</sup>、公序ないし公共政策 (public policy) の方向性も加味した、あるべき社会的評価について語る余地が含まれている<sup>31)</sup>。

アプローチの第二は、「コミュニティの真つ当な考えをもった (right-thinking) メンバーの視点で」というものである<sup>32)</sup>。ある論者によれば、第一のアプローチが量的な判定に依拠している一方で、こちらは、「メインストリームの見方を確認するための質的なアプローチにもっと関心を集中させてきた<sup>33)</sup>」と評価されている。このアプローチもまた、表現の性格に関して、wrong-thinkingな集団内部で通常とは大きく異なる判断が行われたとしても裁判所はそれを受け入れるべきではない、という意味をもっているものと解される。しかし、「真つ当な考え」の実態はそれほど明瞭ではなく、「理に

28) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §559 cmt. e.

29) Lidsky, *supra* note 26, at 7

30) Daniel More, *Informers Defamation and Public Policy*, 19 GA. J. INT'L & COMP. L. 503, 516 (1989).

31) *Id.* at 518. 直前の本文で紹介したリステイトメントにおける反社会的集団への言及に、規範的な公序重視の判断方法を肯定する暗黙の方向性を見て取る論者もある。See Matthew D. Bunker, Drew E. Shenkman and Charles D. Tobin, *Not That There's Anything Wrong with That: Imputations of Homosexuality and the Normative Structure of Defamation Law*, 21 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 581, 607 (2011).

32) たとえば, *Sydney v. MacFadden Newspaper Pub. Corp.*, 242 N.Y. 208, 211-12 (Ct. App. 1926) や *Kimmerle v. New York Evening Journal*, 262 N.Y. 99, 102 (Ct. App. 1930)。More, *supra* note 30, at 510によれば、こちらのアプローチはローマ法にまで遡ることができる歴史的なものだという。

33) Amy Kristin Sanders, *Defining Defamation: Community in the Age of the Internet*, 15 COMM. L. & POL'Y 231, 238-39 (2010).

適った (reasonable)], 「平均的な」, 「通常の知性を備えた」といった語で代替されたりしているようで<sup>34)</sup>, 結局のところ, 裁判官の主観的・規範的な評価の隠れ蓑になっているとの評価もある<sup>35)</sup>。とはいえ, 「right」という語に含まれる規範的な含意に鑑みれば, より広く, 社会的な正しさの規範を評価にあたって注入することが可能となるであろう。

両アプローチのいずれを採用しても, 社会的評価の低下の判定を規範的に行う余地が理屈の上では認められることが明らかとなった。そこで, 本稿が焦点を当てる誤同定に関して実際のアメリカの裁判所がどのように判断したかを順次確認することにしたい。

③slanderとlibel それら裁判例に歩を進める前に, アメリカ名誉毀損法についてさらに前提として理解されるべき幾つかの点を確認しておく。アメリカ法ではdefamation(名誉毀損)をslander(口頭誹毀)とlibel(文書誹毀)に区別し, 後者について表現者の責任を重く見るのが通例である<sup>36)</sup>。その理由は, 周囲で聞いていた人に覚知されるだけの口頭での一過性の発言からもたらされる被害よりも, 文章や映像など何らかの伝播可能性も再読可能性も大きい媒体に乗せられたメッセージからもたらされる被害の方が大きいと考えられるためである。したがって, 同内容であっても, 口頭であれば責任を問われないけれど文書で公表されたら有責とされることがある。

④per seとper quod 訴訟において両者の違いが際立つのが損害の証明の場面である。コモン・ローの原則的な立場からすると, 名誉毀損訴訟を提起する原告は, 勝訴判決を得るために損害を被ったことを証明しなければならないはずである<sup>37)</sup>。ところがlibelについては, 言辞が対象者の世評を低下させる傾向があり, それによって, 公衆が対象者を嫌悪, 軽蔑または嘲笑の対象としたり, 格下げしたり, 公衆からの尊敬を低下あるいはコミュ

34) See *Albright v. Morton*, 410 F.3d 69, 72 (1st Cir. 2005); *Van Meter v. Morris*, 2011 Tex. App. LEXIS 9847, 9-10 (Tex. Ct. App. 2011); *Robinson v. Radio One, Inc.*, 695 F.Supp.2d 425, 427 (N.D. Tex. 2010).

35) More, *supra* note 30, at 510. See also Post, *supra* note 25, at 737 n.242.

36) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 568.

37) *Id.* § 558.

ニティの信頼を低めたりする性質を本来的に持っているとして名誉毀損的 (defamatory [libelous]) だと一度認定されれば、当該表現による損害発生は当然のこととして自動的に推定され、原告は特別な証明を求められることはない<sup>38)</sup>。これを libel per se といい、このような言辞の性質を libelous per se という。これに対して、言辞の文面上・性質上の理解によれば名誉毀損的な性質を持っているとは断定できないものの、当該表現を取り巻く特殊な状況に即して考えれば名誉毀損が成立すると考えて然るべき事案も想定できる。この場合は原則に立ち戻り、原告は当該表現の名誉毀損性等とともに、per se では求められることのない、表現によって生じた特別な損害の発生を証明しなければならないとされている。libel per quod という。

他方、slander は基本的に損害発生の推定を受けることはなく、立証が原告に求められることになっている。ただし、コモン・ローの伝統は、例外的に次の4つのカテゴリーについて、本質的に名誉毀損的なものと考えてきており、libel ではもちろんのこと、slander であっても損害の立証を不要としてきた (slander per se [slanderous per se])<sup>39)</sup>。(a) 犯罪、(b) 感染症など忌み嫌われる疾病 (loathsome disease)、(c) 事業や取引に実害を与えるような内容、(d) 女性の性的な不貞・乱倫 (unchastity)、がそれである。この例外的な4範疇に該当しない場合には、損害の立証は必要だとされる (slander per quod)<sup>40)</sup>。

## (2) 人種に係る誤同定 (racial misidentification)

それでは、誤同定をめぐるアメリカの裁判例の検討に移ろう。

まずは、白人のことを黒人だと虚偽の紹介をしたり、白人に「negro」と呼びかけたりすることが名誉毀損とされているかを探る<sup>41)</sup>。

38) *Id.* § 569.

39) *Id.* § 570-74. 州によっては slander per se を認めず、slander では普く損害の立証を必要とするところもある。

40) 名誉毀損法の憲法化以降、損害の証明についても議論が大きく展開しているが、本稿では扱わない。

41) *See generally* Annotation, J.H. Crabb, *Libel and Slander: Statements Respecting Race, Color, or Nationality as Actionable*, 46 A.L.R.2d 1287 (1956).

①**肯定例** 裁判例の紹介に先立って、アメリカにおける黒人差別とその克服への道程を振り返っておくと、悪名高きDred Scott v. Sandfordは、「一世紀以上前から黒人は劣った存在とみなされ、社会的または政治的關係において白人と交際するのは完全に不適當であるとされ、非常に劣位であるので、尊重せよと白人を拘束するような如何なる権利も有しなかった。……この見解は、当時、白人文明社会において確固たる普遍的なものであった。<sup>42)</sup>」と述べ、それが合衆国憲法によっても変更されていないことを強調した。その後、南北戦争中の1962年に奴隷解放宣言が発せられ、内戦終結後の65年には奴隷制度を廃止する合衆国憲法修正13条が発効したものの、奴隷から解放されても黒人に白人と完全に同等の法的権利が認められたわけではなかった。黒人にも平等な法的権利が保障されるべきことを謳う公民権法の成立は翌66年であり、この保障を連邦の憲法レベルで確実にするべく修正14条が提案され、68年に発効した。さらに、投票権をめぐることは、人種・肌の色・従前の奴隷身分を理由にする投票権の剥奪を禁じた修正15条が70年に発効し、投票権付与の前提条件としてそうした条件を州が設けることを禁じ、また、白人が黒人の投票を妨害することを禁じるなどした公民権法も成立している(1870年、71年)。しかし、この後の道程も一直線ではなかった。75年には、黒人の陪審員となる資格の剥奪を許さず、また、公権力による差別禁止を超えて、ホテル、交通機関、劇場等の人種平等利用を保障する公民権法が一旦は成立したものの、同法は、私人の差別行為を禁じるものであり、州の人種差別を禁じる修正14条によって連邦議会に与えられた権限を越える立法だとして違憲の判定を受けることになる(1883年)<sup>43)</sup>。このころから南部諸州においては、交通機関の車両、学校、レストランなどで人種分離を強制・容認したり、異人種間婚姻を非合法化したりする種々のジム・クロー法が作られた。こうした人種の分離・分断を狙った州法をめぐることは幾度か訴訟も提起されたものの、83年には異人種間婚姻禁止法は合憲とされ<sup>44)</sup>、96年には

42) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393, 407 (1857).

43) 109 U.S. 3 (1883).

44) Pace v. Alabama, 106 U.S. 583 (1883).

Plessy v. Fergusonで「分離すれども平等」が肯定され、こうした連邦最高裁のお墨付きを得て有色人種差別政策は継続してゆくこととなる。また、投票権に関してみると、1894年には黒人選挙権保護規定の多くを廃止する連邦法の改正が行われ、1940年ごろまで、「事実上、公民権法空白の時期、人種差別拡大の時期<sup>45)</sup>」となった。南部諸州は投票税を課したり、父祖条項を設けたりするなどして、黒人の投票を何らかの形で阻止しようと画策したのだった。

こうした法的・社会的状況を背景に、誤同定について裁判所は、当初は黒人やムラートが市民権やその他の法的権利をもたないことを理由に名誉毀損(per se)の成立を認めていた<sup>46)</sup>。ところが、有色人種であることのみを根拠とした法的権利の剥奪・差別が否定されていくなかで、裁判例は次第に、理由づけの軸足を社会的な差別が厳然として存在していることに移すようになる<sup>47)</sup>。たとえば、1888年のルイジアナ州最高裁判決Spotorno v. Fourichon<sup>48)</sup>は、州の社会慣習や偏見等に照らして、白人を黒人だと表現することが害悪を与えるということに議論の余地はなく、そうした社会的な状況は単に事実として存在していると認定してslanderの成立を認めた。

20世紀に入っても裁判所の姿勢に変化はみられなかった。幾つかの州裁判所の判断を確認しよう。1905年のサウスカロライナ州最高裁判決であるFlood v. News & Courier Co.では、新聞が白人を「colored」と誤って表記したことが争われた<sup>49)</sup>。裁判所は、異人種間婚姻の禁止、人種別車両、人種別学等の法制度の現存、社会における人種間の地位の優劣の存在、合衆国憲法修正13、14、15条は人種に関する社会のあり方には触れていないこ

45) 大谷康夫『アメリカの黒人と公民権法の歴史』(明石書房、2002年)71頁。

46) Samuel Brenner, *Negro Brood in His Veins: The Development and Disappearance of the Doctrine of Defamation per se by Racial Misidentification in the American South*, 50 SANTA CLARA L. REV. 333, 348-55 (2010).

47) John C. Watson, *Defamation by Racial Misidentification: A Study of the Social Tort*, 4 RUTGERS RACE & L. REV. 77, 88-87 (2002).

48) 40 La. Ann. 423 (1888).

49) 50 S.E. 637 (1905).

とを理由に、白人を黒人と誤同定することはlibel以外の何物でもないと結論づけた。また1913年のMorris v. Stateは、ある女性を指してnegroの子孫であるとか泥棒の子孫であるなどと発言したことが口頭誹毀罪 (crime of slander) に問われた刑事事件であるが、アーカンソー州最高裁は、制定法により黒人車両と白人車両が分けられ同一車両に乗車することは違法であり<sup>50)</sup>、ストリートカーも分離を必要としていたこと、人種別学であること、異人種間婚姻も許されていないことなどを「社会状況」とし、その下では、「白人のことを黒人だと言うことは、被害者の名声や性質を悪化させようとの意図でなされたと考えて間違いない<sup>51)</sup>」と認定して名誉毀損を肯定した。1914年のヴァージニア州最高裁判決Spencer v. Looneyでも、白人家族を「God damned Negroes」と述べたことが名誉毀損的であるかが争われ、裁判所は、当該地域社会における白人と黒人との間の社会的格差の存在、合衆国憲法の修正条項は事実上の社会的条件の相違には及ばないことを確認して、これを肯定した<sup>52)</sup>。さらに、1915年のアラバマ州最高裁判決であるJones v. R.L. Polk & Co.は、有色人種であることは犯罪や非行、精神的・道徳的・身体的な欠陥 (fault) とは無関係であることを論じながらも、「この法域で通用している特有の社会状況の下では、白人女性を指して、negroであるという意味を込めて彼女は有色人種である旨を公表したり、彼女の血筋のなかにはnegroの血が入っている旨を公表したりすることは名誉毀損にあたる (libelous)<sup>53)</sup>」と語った。1916年のオクラホマ州最高裁判決Collins v Oklahoma State Hospitalは、他人を公衆の嫌悪・軽蔑の目にさらすような虚偽・悪意の言明の出版はlibel per seであるとの一般論を述べたうえで、同州では人種別学や車両分離が存在し、克服不可能な人種間の壁が構築されていて、白人に対する黒人の劣位が習慣に染みついてしまっている現状から

50) こうした車両を人種別に分けて運行するシステムは、しばしば誤同定のトラブルを引き起こしたようである。たとえば、May v. Shreveport Traction Co., 127 La. 420 (La. 1910) 参照。

51) 109 Ark. 530, 533 (1913).

52) 116 Va. 767 (1914).

53) 190 Ala. 243, 244 (1915).

すると、白人を有色人種であると誤同定するのはlibelous per seである、と判断した<sup>54</sup>。また、negroと同義とされるcoloredも、さらにその略語であるCol.も、白人に用いられる場合にはlibelous per seだと判示した<sup>55</sup>。

こうした判決は1950年代まで続く。1954年のミシシッピ州最高裁判決Natchez Times Pub. Co. v Duniganは、新聞が白人女性を誤ってnegro womanと描写したことが争われたもので、同様にlibel per seの成立を認めた。裁判所は、言明が世評を害する傾向をもち、それゆえ、対象者を社会のなかの公衆に嫌悪・軽蔑・奇妙・格下と思わせ、コミュニティ内での信用を低下させるようならばコモン・ロー上のlibelが成立するとし、白人に対する黒人誤同定はこの定義に当てはまるとした<sup>56</sup>。また、1957年のBowen v. Independent Publishing Co.は、「Negro News」という見出しの下に、また、非白人の(colored) 絵を添えて、白人女性の息子が政府の病院に移送されたという内容を報じた新聞報道について、libel per seとなるかが争われたものである<sup>57</sup>。サウスカロライナ州最高裁は、有色人種の法的地位に変化はあれども、名誉毀損の判断の基礎となる社会的地位に関しては、なお人種間に差が存在しており、州内に根を張っている社会的慣習からすると、現在でもlibel per seが成立する、とした。この1957年の判決が、裁判所が人種誤同定を名誉毀損と結論づけた最後の例のようである<sup>58</sup>。

以上みたように、「合衆国憲法批准後の数年から20世紀中ごろにかけて、アメリカ南西部の州（および北部の一部の州）の裁判所は、不法行為訴訟のなかで、『Mulattos』『Colored』『Negros』『Niggers』と誤同定されたper se

54) 76 Okla. 229 (1916). 同じく1916年のAxton Fisher Tobacco Co. v. Evening Post Co., 169 Ky. 64 (Ky. Ct. App. 1916) も現実に着目している。

55) 連邦裁判所の判断にも注意を向けておこう。第6巡回区控訴裁判所の判決であるStultz v. Cousins, 242 F. 794 (1917) は、純粋な白人ではないとの内容の文書の公表は、少なくとも人種間に顕著な社会的格差が法と慣習とによって確立されているコミュニティにおいてはlibelous per seであると判示して、事実としての社会的格差を基礎に名誉毀損の判断を行うことを明らかにした。

56) 221 Miss 320 (1954).

57) 96 S.E.2d 564 (1957).

58) Brenner, *supra* note 46, at 336.

defamatory (slanderous or libelous) な言明の使用について、被告人の責任を繰り返し肯定してきた。<sup>59)</sup>」そして、その判断に修正14条は影響を与えなかった。注目すべきことは、「黒人が白人だと誤って認識されたとしても救済されることはなかった<sup>60)</sup>」点である。つまり、人種を間違えて描くことそのものが違法なのではなく、あくまで社会的劣位にある有色人種に誤認されれば白人の世評に傷がつくと判断され続けたわけである。「白人である原告を黒人だと述べるのが、彼／彼女を道徳的に劣位で、尊厳を一部欠いた状態として描き出す<sup>61)</sup>」ものだということが裁判所によって確信されていたことが分かる。

②否定例　ただし、1957年まで一度も名誉毀損を否定した裁判例がなかったわけではない。1911年のケンタッキー州控訴裁判所判決William v. Riddleは「忌々しいnegro」「彼の母はムラート」という表現について、明確にslander per seを否定した<sup>62)</sup>。William判決は19世紀の3つの判決を先例として引用し、この結論を導いている。「akin to negro」という表現に関する1818年のBarrett v. Jarvis（世界各地で存在した非黒人の奴隷・農奴及びその子孫に誤同定することは名誉毀損とは考えられていない以上、奴隷との関連が名誉毀損を根拠づけるわけではないこと、仮に肌の色の黒さが根拠だとすれば浅黒い肌の色をもつ人が大半を占める地域にルーツをもっていることも名誉毀損的だとされるはずだがそうは考えられていないこと、[その時点で]選挙権をもたない女性に誤同定することは名誉毀損的とされていない以上、選挙権等の法的権利をじゅうぶんには持っていないことも根拠たり得ない

59) *Id.* at 334-35.

60) Haven Ward, "I'm Not Gay, M7kay?": Should Falsely Calling Someone A Homosexual Be Defamatory?, 44 GA. L. REV. 739, 750 (2010). See also Jonathan Kahn, *Controlling Identity: Plessy, Privacy, and Racial Defamation*, 54 DEPAUL L. REV. 755, 759 and 777 (2005). 後年の判決ではあるが、黒人原告の写真を掲載すべきところに白人の写真に掲載したことについて、名誉毀損を否定したJohnson v. Staten Island Advance Newspaper Inc., 824 N.Y.S.2d 755 (N.Y. Civ. Ct., 2004) も参照。

61) Gregory K. Davis, *A Bottom-Up Approach to LGB Defamation: Criticizing Narratives of Public Policy and Respectability*, 13 DUKEMINER AWARDS 1, 15-16 (2014).

62) 145 Ky. 459 (Ky. Ct. App. 1911).

こと等を述べた)や、「yellow negro」という表現をめぐる1832年のJohnson v. Brown (犯罪者扱いでもなく、[メリーランド州では有色性のみを根拠にして法的権利を奪うような法律はないため] 法的権利の不完全さも根拠にならず、結局、誤同定は単に人を恥辱を抱かしめるのみだと判断)、そして、「free negro」と呼んだことが争われたMcDowell v. Bowles<sup>63)</sup> (黒人であることは犯罪でも病気でもなく、当該事実関係において原告の職業に触れて述べられた部分もないことから、slander per seには当たらないと判示)がそれである(カッコ内はWilliam判決のまとめに拠った)。

また、原告を指して黒人の血を引いていると述べたことがslanderにあたるかが争点であったノースカロライナ州最高裁判決Deese v. Collinsも、上記McDowell判決をやはり参照しつつper seを否定した<sup>64)</sup>。McDowell判決の事案と同様、犯罪や病気の指摘でなく、原告を取引や業務の側面で軽蔑させるものでもない、というのである。

名誉毀損を否定するこうした裁判例は当時、あくまで稀有な例であったのだが、1950年代以降は、この種の事例自体が見られなくなったと指摘されている<sup>65)</sup>。そして確かに、直接この論点が争われた事件は——私の粗い検索によっては——発見できなかったし、僅かに確認できた関連判例から裁判所の傾向を窺い知ることにはできる。その例の一つは、白人女性の死亡記事が誤って公表され、その記事の中に示された葬儀予定の葬祭場が黒人用のものであったことから、当該公表によって黒人に間違えられ嘲笑や軽蔑を受けることになるので名誉毀損が成立する等の主張が争われたThomason v. Times-Journal, Inc.である。1989年、ジョージア州控訴裁判所は、Palmore v. Sidoti (後述)を引用しつつ、エキセントリックな集団の特殊な捉え方は名誉毀損の根拠たり得ないと述べている<sup>66)</sup>。

---

63) 53 N.C. 184 (1860).

64) 191 N.C. 749 (1926).

65) See Davis, *supra* note 61, at 17; Lidsky, *supra* note 26, at 30; Watson, *supra* note 47, at 103ff. (2002).

66) Thomason v. Times-Journal, Inc., 379 S.E.2d 551 (Ga. Ct. App. 1989).

裁判例の減少、裁判所の判断の変化の原因として、ここでは2つの要因を挙げておきたい。第一は、有色人種をめぐる制定法の成立である。最後の肯定例として紹介した1957年のBowen判決が出された同じ年の公民権法を皮切りに、連邦レベルでは数次にわたって公民権法が成立した。なかでも、公共施設、ホテル、飲食店、劇場等の一定の市営施設における人種差別を禁じ、公教育の人種統合を命じる64年公民権法がハイライトといえる。このころ、連邦のみならず州レベルでも公共施設の人種差別を禁じる州法が制定されてきていた。第二は、連邦最高裁の判断である。教育をめぐるのは54年にはBrown v. Board of Education of Topekaが「分離すれども平等」を否定したし<sup>67)</sup>、56年には交通機関の人種分離車両について、64年と67年には異人種間婚姻禁止についてそれぞれ違憲判決が示されていた<sup>68)</sup>。

連邦最高裁の判断といえば、1982年に出されたPalmore v. Sidotiが本稿のテーマにとって重要な判断を示している。このPalmore判決は、元妻（白人女性）が後に黒人男性と再婚したことを理由の一つに挙げて、（離婚時に妻が持つこととされていた）子どもの親権を剥奪して自らに変更するよう求めた事件であり、裁判所は、黒人に対する偏見が社会の一部に現に存していることを認めたとうえで、「憲法はそうした偏見をコントロールすることはできないが、しかし、それを容認することもできない。私人のバイアスは法の及ばぬところであるかもしれないが、法は直接間接にそれらに法的効果を与えることはできないのだ<sup>69)</sup>」と述べた。この判旨を人種誤同定に延長すれば、次の帰結が得られるであろう。「マイノリティであると誤同定を受けた……という理由で原告に法的な賠償を与えるというのは、マイノリティは忌避されるべき何かだと言うに等しい。21世紀にあって法は、このような本質的な人種差別的宣言を擁護することは全くもってできない。<sup>70)</sup>」「修正14条の平等

67) 347 U.S. 483 (1954).

68) Browder v. Gayle, 352 U.S. 903 (1956); McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

69) 466 U.S. 429, 433 (1984).

70) William C. Nevin, "Fighting Slurs": *Contemporary Fighting Words and the Question of Criminally Punishable Epithets*, 14 FIRST AMEND. L. REV. 127, 157 (2015).

保護条項……からすると、裁判所は人種的劣位の概念に対して信用ないし信任を与えるような法的裁定を維持することは不可能である。<sup>71)</sup> 実際、既に紹介したように、1989年のThomason判決はこのPalmore判決を引用して人種誤同定の名誉毀損性につき否定の結論を導いている。

以上のような制定法・判例両面での法状況の変化が裁判官の考え方を換え、また、それを見越して訴訟提起も減ったものと想像されるのである。アメリカの論者らは一様に、1957年以降の裁判では「そうした表現は名誉毀損的ではないということが明らかであると万遍なく考えられるようになっていく。<sup>72)</sup>」[「現在では、アフリカ系アメリカ人として誤って呼ばれることは世評を傷つけるものではないことを裁判官たちは自明なもののみならず、<sup>73)</sup>」]、「コーカサス人を指してアフリカ系アメリカ人だとか人種においてミックスだとか虚偽を述べることは名誉毀損的であると解されえないというのは、過去はどうであったにしても、現在は完全に確立している<sup>74)</sup>」などと述べて、今日では人種誤同定は名誉毀損たり得ないことを確認している。

③人種関係的な罵倒表現 ところで、黒人を表す「nigger」などの語を事実の摘示としてではなく罵倒表現として発する場合、これにより名誉毀損は成立するのであろうか（口頭でなされるのが通常であろうから多くはslanderの成立が問題となる<sup>75)</sup>）。新聞記事の中で「Negro」「Chink」という蔑称と共に言及された原告が名誉毀損を訴えたMitchell v. Tribune Co. (1951) でイリノイ州控訴裁判所は「原告に対するかかる言及はlibelous per seではない<sup>76)</sup>」と述べている。同様に、白人原告を「nigger」と呼んだことがslander per seにあたるかが争われたWright v. F. W. Woolworth Co.

71) Davis, *supra* note 61, at 18.

72) Lidsky, *supra* note 26, at 31.

73) *Id.* at 9.

74) Courtney G. Joslin & Lawrence C. Levine, *The Restatement of Gay(?)*, 79 BROOKLYN L. REV. 621, 659 (2014).

75) ちなみに、例えば怒りに任せて罵倒表現として用いられた場合、それを聞いた人間からすると合理的な事実言明として理解されないことも多い。See RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 566 cmt. e.

76) 343 Ill. App. 446, 447 (Ill. App. Ct. 1951).

(1935)も、per seは成立せず、特別損害の証明がない限り勝訴し得ないと結論した<sup>77)</sup>。

また、誤同定からは離れるけれども、Bradshaw v. Swagerty (1977)は、「nigger」は歴史的に侮辱・罵倒・軽視の一種として用いられてきたけれどslanderous per seとして認識されるいかなるカテゴリーの中にも含まれないと述べ、黒人男性を「nigger」「bastard」と呼んだことはslander per seに当たらないとした<sup>78)</sup>。同様に、取引をめぐるトラブルから、黒人男性に対して「nigger」「お前の『黒いケツblack ass』を店に入れるな」「niggerとの取引など望んでも必要でもなかった」と述べたことがslanderにあたるか争われたLedsinger v. Burmeister (1982)でも、「本件において、『nigger』という人種差別的蔑称は不快なものであるかもしれないが、その本来的かつ通常の趣旨は、黒人を指すスラングとして用いられており、その意味合いは名誉毀損的なものではない<sup>79)</sup>」と述べられている。

以上みたように、アメリカにおいて人種関係的罵倒表現は、語そのものの性質として直ちに名誉毀損的なもの、とは考えられておらず、個別の状況下で当該表現から特別の損害が発生したことを証明しない限りは救済を得ることはできないようである。

### (3) nationality (国籍, 民族) に係る誤同定

人種とは異なる国籍、民族に係る誤同定事案にも僅かだが触れておこう。白人女性を指して「メキシコ人との“混血”(half-breed Mexican)」等と発言したことがslander per seにあたるかが争われた事件で、1927年、ネブラスカ州最高裁は、奴隷制の残滓として南部諸州では人種別学が維持され、人種間の結婚が禁止されている現状を前提にして、白人を指して黒人だとか、黒人の血を受け継いでいるとか誤同定することが名誉毀損にあたることを確認したうえで、メキシコ人への誤同定とはそれとは異なるとした。その理由は、

77) 281 Ill. App. 495 (Ill. App. Ct. 1935).

78) 563 P.2d 511, 514 (Kan. Ct. App. 1977).

79) 114 Mich. App. 12, 21 (Mich. Ct. App. 1982).

裁判所が判示するところでは、メキシコ人は白人、先住民、両者のミックスで構成されており、黒人ではないからだ、という。つまり、メキシコ人と呼びかけられるのは、ドイツ人、スウェーデン人、カナダ人だと呼びかけられるのと変わりがなく、嘲笑、不名誉、恥辱を受けるものではない、というのだ<sup>80)</sup>。

また、「あのアラブ人」、「ラクダ乗り」という表現をめぐるインディアナ州控訴裁判所は1999年、それらは原告をしてアラブ人であると同定する表現であるが、それ自体に名誉毀損的な意味合いをもつものではないとした<sup>81)</sup>。さらに、イタリア人移民に対するスラングである「guinea」という語について、その語自体が本質的に名誉毀損の意味合いをもつわけではないと述べられた例もある<sup>82)</sup>。

以上の裁判例からは、(少なくともある時期までの)アメリカでは、白人／黒人の区別は極めて重要な意味をもつものの、それと直接には結びつかない国籍や民族的出自については、それ自体として本質的に名誉毀損的な意味合いを帯びることはない、と考えられてきたといえそうである。今日、「人種、宗教、民族のラベルが名誉毀損的な意味合いを持っているという考えは、ほとんど否定されたものとなった<sup>83)</sup>」との評価も見られるところである。

#### 4. アメリカの裁判例 (2)～性的指向

##### (1) 判例

次いで、ヘテロセクシュアルの人を同性愛者だと誤って公表すること

80) Davis v. Meyer, 115 Neb. 251 (1927). ただし、当時のメキシコ人への差別実態の理解をめぐって判決の認定に疑問を呈する論者がある。See George A. Martinez, *Legal Indeterminacy, Judicial Discretion and the Mexican-American Litigation Experience: 1930-1980*, 27 U.C. DAVIS L. REV. 555, 573, n 91 (1994).

81) Northern Indiana Public Service Co. v. Dabagia, 721 N.E.2d 294 (Ind. Ct. App. 1999).

82) Arturi v. Tiebie, 179 A.2d 539, 542 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1962) (Sullivan, J., concurring).

83) Holly Miller, *Homosexuality as Defamation: A Proposal for the Use of the "Right-Thinking Minds" Approach in the Development of Modern Jurisprudence*, 18 COMM. L. & POL'Y 349, 354 (2013).

(misidentifying homosexuality, imputation of homosexuality) の名誉毀損該当性を検討する<sup>84)</sup>。こちらもしステイメントには答えがなく<sup>85)</sup>、それ以降の判例の蓄積に委ねられている。裁判例も相当数みられるものの、2010年の段階で、裁判例の「トレンドはそれほど明確ではない<sup>86)</sup>」と述べられるように、まだ確たる結論は出ていない領域である。

2003年までアメリカ連邦最高裁はソドミー処罰が憲法違反ではないと判示してきたため、ソドミー処罰のある州において同性と性交渉に及ぶ男性同性愛者は罪を犯したことになる。先に確認したように、犯罪者であることや淫らであることは口頭であっても疑いなく名誉毀損的とされてきたため (slander per se), かかる状況下では、同性愛者に誤同定されることを名誉毀損だと容易に結論付ける道筋が見えてくる。以下、確認していこう。

①**肯定例** Lawrence v. Texas<sup>87)</sup> までは、ソドミー行為が犯罪であることを理由にした肯定例が散見される。まずは同判決で舞台となったテキサスの事例から見ていくことにする。たとえば、男性同士で特殊な (unnatural) 関係を持っているとの意味合いを込めて、「クイア (queer)」だと表現した発言内容が虚偽であり原告の名誉を毀損するものだとして訴えられた事案がある。1959年、テキサス州の民事控訴裁判所は、ソドミーを処罰する制定法が存在することを理由に、当該表現は、原告が法律上の罪を犯したと指弾するに等しいとして、slander per seの成立を認めている (Buck v. Savage)<sup>88)</sup>。同じくテキサスの事件であるHead v. Newton (1980) でも州民事控訴裁判所は、誰かを指して同性愛者あるいはクイア呼ばわりすることがslanderous per seだとの結論を維持した。その理由として裁判所は、当時のテキサス州の刑法典がソドミーの罪を罰金刑に止め、懲役刑を科さないことにしているとしても、犯罪であることには変わりなく、誤って犯罪者だと指

84) See generally Patricia C. Kussmann, J.D., *Imputation of Homosexuality as Defamation*, 7 A.L.R.6th 135 (2005).

85) Hayes v. Smith, 832 P.2d 1022, 1024 (Colo. Ct. App. 1991).

86) ROBERT D. SACK, SACK ON DEFAMATION § 2:4.4, at 2-33 (4th ed. 2010).

87) 539 U.S. 558 (2003).

88) 323 S.W.2d 363 (Tex. Civ. App. 1959).

摘しているからだ、と述べている<sup>89)</sup>。

しかしながら、ソドミー処罰法の存在は必ずしも同性愛者誤同定を（犯罪性を根拠とした）名誉毀損へと自動的に直結させるものではない<sup>90)</sup>、また、全ての州が処罰を法定していたわけではないこともあって、2003年以前から、名誉毀損性を肯定する裁判例のなかには別のルートを進めるものも見られた。ルートの1つは、犯罪同様、per seの一類型とされる「不貞・乱倫 (unchastity)」である。たとえば、カリフォルニア州控訴裁判所判決 Schomer v. Smidt (1980) は、州法が同性間の性交渉を犯罪としていなくとも、それが不道徳でアブノーマルであることを理由に slander per se を認めている。同判決は、合法的な行為と適切で道徳的な行為とは一致するわけではないとして、犯罪性の有無ではなく貞節 (chastity) の観点から、同性愛行為に従事した旨の表明は slanderous per se であると結論づけた<sup>91)</sup>。従来は未婚女性の婚前交渉や婚姻女性の不倫で認められてきた「不貞・乱倫」の観念がレズビアン性の性交渉に拡張されたわけである。別の例としては、ミズーリ州最高裁の判決である Nazeri v. Missouri Valley College (1993) が挙げられる<sup>92)</sup>。これは、女性原告は有名な同性愛者である訴外人と何年も同居しており、同女と暮らすために夫子を棄てたという趣旨の被告の発言が slander

89) 596 S.W.2d 209 (Tex. Civ. App. 1980). 連邦控訴裁も Plume v. Landmark Chevrolet, Inc., 122 F.3d 308 (5th Cir. 1997) で、テキサス州のソドミー処罰法の存在を根拠として、エイズに罹患していた人物を「ホモ野郎 (f\*\*\*ing faggot)」と呼んだことは slander per se にあたると判示した。無論、Mazart v. State, 441 N.Y.S.2d 600 (N.Y. Ct. Cl. 1981) 等、テキサス以外でもソドミー処罰法を重要視する判断は確認できる。

90) 本来、同性愛者であることと同性間の性交渉に及んでいることは明確に区別されるべきであり、仮に後者は犯罪を構成するとしても、前者を指摘しただけで自動的にその人物が罪を犯していると結び付けるのは慎重さを欠く決めつけといえる。Patrice S. Arend, *Defamation in an Age of Political Correctness: Should a False Public Statement that a Person is Gay be Defamatory?*, 18 N. ILL. U. L. REV. 99, 108ff. (1997); Jay Barth, *Is False Imputation of Being Gay, Lesbian, or Bisexual Still Defamatory?: The Arkansas Case*, 34 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 527, 537 (2012). 参照、上村貞美『性的自由と法』(成文堂、2003年) 177-178頁。この点、正当にも Donovan v. Fiumara, 114 N.C. App. 524, 529-30 (1994) や Albright v. Morton, 321 F. Supp. 2d 130, 137 (D. Mass. 2004) が両者を区別して論じていることは留意されてよい。

91) 113 Cal. App. 3d 828, 835 (Cal. Ct. App. 1980).

92) 860 S.W.2d 303 (1993).

にあたるかが争われたものである。裁判所はこの発言内容が原告と同居人が性的関係にあると読者が理解させるものだと確認して、slander per seにあたるとした。裁判所は、言明の名誉毀損性の判断は時代・場所とともに一樣ではないことを指摘しつつ、寛容や受け入れに向けた同性愛者グループの努力にもかかわらず、なお偏見が残存していると現実を把握し、ミズーリ州では名誉毀損性をもつと結論づけた。その理路は、犯罪性ではなく、やはり不貞・乱倫性に求められている。性的指向と性的行為に関しては非常にプライベートで非常にセンシティブであり、これにまつわる誤情報の公表は特に有害で、世評にダメージを与えるものと考えられなければならないとした。

不貞・乱倫性を根拠とするこの筋立ては、“男性原告は同性愛者で、しかも原告が勤める会社の他の男性社員と性的な関係を持っている”と語ったことが争われた、2008年の連邦地裁判決Gallo v. Alitalia-Linee Aeree Italiane-Societa per Azioniでも用いられた<sup>93)</sup>。裁判所は、ニューヨーク地域では、州内で一定数の人々が同性愛に対し特に非難に値する不道德な行為だと捉えているがためにslanderous per seだとしてきた裁判所の先例があり、公的な政策が進展してもなおホモ・フォビアは広く根深く維持されており、女性の不貞・乱倫と同程度に名誉毀損的なものと解される、と述べた。

さらに、とある警察官に対し同僚が、同性愛者を表す「little fruit」の語で度々呼びかけるなど<sup>94)</sup>、他の同僚の面前で同性愛者であるかのように扱われたことが名誉毀損に当たるとして損害賠償を求めた裁判Manale v. City of New Orleans, Dep't of Policeが注目される<sup>95)</sup>。第5巡回区連邦控訴裁判所は、ルイジアナ州では、公衆からの信用を奪い取ったり、職業や世評に傷をつけたりするような傾向をもつ表現であれば、悪意と虚偽性とは自動的に推定される (defamatory per se) と確認したうえで、本件の場合、それに該当するとした。この判示は、ビジネスへの損害というper seの第3の類型を同性

93) 585 F.Supp.2d 520 (S.D.N.Y. 2008).

94) 「fruitcake」の語が争われたHabib v. Winther, 2008 Wash. App. LEXIS 1903 (2008)も参照。

95) 673 F.2d 122 (5th Cir.1982).

愛誤同定が充足すると認めたものだと理解できよう。

以上の裁判例を分析してみると、同性愛誤同定について、「病気の公表」に当たるとして *per se* を認めた例はなく、犯罪、乱倫、ビジネスの3つのどれかに当てはまることを根拠していることがわかる<sup>96)</sup>。

ところで、先に確認したように、テキサス州法域においてはソドミー処罰を規定する州法の存在を前提に、同性愛誤同定は対象者を犯罪者扱いするものだという理由づけで名誉毀損が認められていた。ところがLawrence判決により同法は違憲と判定され、その前提は失われることとなった。その後、テキサスにおいて裁判所のリーズニングはどう変わったのだろうか。この点、連邦地裁判決Robinson v. Radio One, Inc.は、社会的な事実の次元で同性愛の誤同定が対象者を嫌悪、軽蔑、嘲笑 (hatred, contempt, ridicule) に陥らせるものであるか否かが本質的な問題であるとして、誤同定が名誉毀損的性質をもつとの結論は変えなかった<sup>97)</sup>。ここではslander *per se*を導く4つの領域のどれかに当てはまるかではなく、名誉毀損性の本来的定義の1つである、他者を嫌悪・軽蔑・嘲笑させる性質のものであるか否かという基準で量られている。かかる基準は従来、libelで用いられてきたものであって、同性愛誤同定についても別の法域において適用例が見られたところである<sup>98)</sup>。

96) Arend, *supra* note 90, at 103.

97) 695 F.Supp.2d 425, 428 (N.D. Tex. 2010).

98) See Robert D. Richards, *Gay Labeling and Defamation Law: Have Attitudes Toward Homosexuality Charges Enough to Modify Reputational Torts?*, 18 *COMMLAW CONSPICUOUS* 349, 364ff. (2010). たとえば, Matherson v. Marcello, 473 N.Y.S.2d 998 (App. Div. 1984) では、「原告を公衆の軽蔑、嘲笑、嫌悪又は恥辱にさらしたり、真っ当な考えをもった人々の心のなかに彼に対する悪しき評価を誘発したり、社会における友好的交遊関係を奪い去ったりする傾向をもつ」表現であれば特別損害の立証なしで構わないとし、「社会的及び経済的なインパクトの観点からすると、同性愛誤同定がもつ潜在的で可能性のある害悪を無視できない」のであり、「今日、同性愛に対する社会的な名誉が我々の間に残っていないとは言えない。正しいか間違っているかはともかく、多くの人が同性愛を不道徳なものだと、なお見ている。」と述べた (at 1005)。また、Thomas v. BET Sound-Stage Restaurant/Brettcoc, Inc., 61 F. Supp. 2d 448, 457 (D. Md. 1999) は、メリーランド州の名誉毀損不法行為法において名誉毀損的とは、公衆の侮蔑・憎悪・軽蔑・嘲笑に晒すようなものをいう、と確認したうえで、性的指向に係る誤同定は名誉毀損の「典型」であり、今日、原告を軽蔑させるものであることは疑いを入れない、と述べた。

こうして、州法の廃止やLawrence判決後の不可避的な対応により、各州でソドミー処罰法が根拠として使えなくなった後は、「乱倫」性か「誰かを嫌悪、軽蔑、嘲笑に陥らせる」という基準でper seの成立を認めようとする判決が多く見られると分析されている<sup>99)</sup>。

②否定例　しかし一方で、Lawrence判決以降、連邦裁判所の判決に影響が出てきている<sup>100)</sup>。もはやper se法理を維持できない、と結論する裁判所も現れるようになったのである<sup>101)</sup>。2003年以降の裁判例を4つ取り上げよう。

第一に、マサチューセッツ州法における名誉毀損が争われた2004年のAlbright v. Mortonで連邦地裁は、同性愛誤認定は犯罪の指摘とは異なること、また、肯定すれば差別にお墨付きを与えてしまうと述べた。同判決は、犯罪との関係を重くみてper seと認定した諸判決<sup>102)</sup>がLawrence判決によって論拠を失ったと述べ、前例の踏襲は「同性愛者たちの生を貶める」ものだという<sup>103)</sup>。曰く、もし裁判所が「誰かを同性愛者だと呼ぶことがdefamation per seだということに同意するならば、それは、事実上、(同性愛者は不道徳だという)感情を正当なものと確認し、同性愛者を二級の地位に格下げすることを正当化することになるだろう。<sup>104)</sup>」

同様のことはMurphy v. Millennium Radio Group LLCでも述べられた。原告を同性愛者だと表現したことが名誉毀損に当たる等として訴えられたこの事件で、連邦地裁は、同性カップルに異性カップルと同等の権利利益を与えないのはニュージャージー州憲法の平等保護条項に違反すると判断した2006年の州最高裁の判決や同性パートナーに法的承認を与える新しい州法の整備を捉えて、今日の州最高裁であれば、誰かに同性愛者扱いされたことによって名誉は毀損されると判断して、同性愛者に対する差別を正当化するよ

99) Miller, *supra* note 83, at 357; Bunker et al., *supra* note 31, at 591.

100) Bunker et al., *supra* note 31, at 596ff.

101) See Lewittes v. Cohen, 2004 U.S. Dist. LEXIS 9467, at 10 n.5 (S.D.N.Y. 2004).

102) See Plumley, 122 F.3d at 310-11; Nazeri, 860 S.W.2d at 312; Head, 596 S.W.2d at 210.

103) 321 F. Supp. 2d 130, 137 (D. Mass. 2004).

104) *Id.* at 138. See also Albright v. Morton, 410 F.3d 69 (2005).

うなことは考えにくいと述べた<sup>105)</sup>。

以上の2判決は名誉毀損を肯定することによりLGBの人々に対するステイグマに政府がお墨付きを与えることになってしまう点に留意している<sup>106)</sup>。この点、前項において肯定例として紹介した2008年のGallo判決も結論においては肯定しつつも、判決がホモ・フォビアにお墨付きを与えるものとして解釈されるべきではなく、仮に社会における偏見がなくなれば喜んで判断を変更したいと述べていたことが注目される<sup>107)</sup>。同判決に明らかのように、ニューヨーク州は比較的遅くまで同性愛誤同定の名誉毀損該当性を肯定してきたが、ようやく変化が訪れた。まずは連邦地裁が先鞭をつけた。とある男性と性的関係にあったなど書かれたことにつき名誉毀損で出版社を訴えた *Stern v. Cosby* でニューヨークを管轄する連邦地裁は、2009年現在のニューヨーク州上訴裁判所ならば同性愛誤同定を *per se* の4領域と同等に恥辱、格下げ等をもたらすものと考えたであろうか、という点がここで問われていると問題設定したうえで、これに否定の結論を与えた<sup>108)</sup>。理由として連邦地裁は、㊦ *Lawrence* 判決が同性愛者の性交渉を完全合法化したこと、㊧ 2009年の世論調査で同性婚に好意的な見解が多数派であったなど、ニューヨーカーの世論は同性愛者を恥だとか憎らしいとか考えていないこと、㊨ ニューヨーク州上訴裁判所の最近の判決も同性愛に対する広汎な不人気を認定したり確認したりはしていないこと、を挙げた。判決では前年に出されたGallo判決に関しても論及されており、同判決のいうように同性愛者たちが社会の偏見に直面しているのは事実であろうけれども、そこからそれが全体の主要な傾向であるかのような結論は引き出せないし、裁判所が肯定の結論を出せば、

105) 2010 U.S. Dist. LEXIS 32631 (D.V.J. 2010) at 20-21. *See also* *Murphy v. Millennium Radio Group LLC*, 650 F.3d 295 (3d Cir. 2011); *Murphy v. Millennium Radio Group LLC*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 83854 (D.N.J. 2013); *Murphy v. Millennium Radio Group LLC*, 2015 U.S. Dist. LEXIS 10719 (D.N.J. 2015).

106) Anthony Michael Kreis, *Lawrence Meets Libel: Squaring Constitutional Norms with Sexual-Orientation Defamation*, 122 *YALE L.J. ONLINE* 125, 131 (2012).

107) 585 F.Supp.2d at 549-50.

108) 645 F.Supp.2d 258 (S.D.N.Y. 2009).

彼らの性的指向だけを根拠に犯罪者同然の扱いをすることになってしまう、と語った。そして、2012年のYonaty v. Micolla<sup>109)</sup>に至って州裁判所も態度を転換させた<sup>110)</sup>。この事件は、ガールフレンドの周囲に「あいつはゲイだ」という誤情報を伝達されたことで、その関係が途絶してしまったことから、心無い噂を信じて当該情報を広めた被告に対して原告が名誉毀損等の不法行為を理由に訴えてた事案である。州最高裁判所控訴部はslander per seに関して自らの過去の判例が、犯罪、取引・業務等への害悪を与える傾向、忌まわしい病気、女性の乱倫とは別に、第5領域として同性愛誤同定を加えてきたと認めたとうえで<sup>111)</sup>、今日の確立したLGB関連の公序の状況を考えれば、州裁判所として従来の判例を変更しなければならないと述べた。裁判所は、同性愛誤同定をper seカテゴリーに置くことは、同性愛者だと誤同定されることは恥ずべきことだという前提に乗るもので、あたかもLGBの人々が犯罪者であるかのように扱うものだ、という原告の主張を肯定し、Lawrence判決の存在、ニューヨークにおける性的指向に基づく差別を禁じる人権法、同性カップルに結婚を認める婚姻平等法といった法律の存在に代表されるその後の展開を踏まえて判断を変えたのであった。

こうした否定の結論を示す一連の裁判例にとってはLawrence判決が一つの画期となったことに疑いの余地はない。そしてこれら裁判所が同性愛誤同定の判断にあたって同判決を参照したことは、同判決の同意意見においてSandra D. O'Connor判事が、「テキサス州では誰かを同性愛者よばわりすることは、“同性愛者”という言葉が“犯罪者だと指摘することになる”がゆえにslander per seとなる。……州側は、当該ソドミー法のゆえに、同性愛者であることは犯罪者であると推定させるものだと認めている。……それゆえ、テキサス州のソドミー法は、刑法外の一連の諸領域において、集団としての同性愛者に対する差別をもたらすことになる。<sup>112)</sup>」とわざわざ言及して

109) 945 N.Y.S.2d 774 (App. Div. 2012).

110) See Recent Case, 126 HARV. L. REV. 852 (2013).

111) See Privitera v Town of Phelps, 435 N.Y.S.2d 402, 4 (App. Div. 1981); Tourge v City of Albany, 727 N.Y.S.2d 753, 755 (App. Div. 2001).

112) 39 U.S. 558, 583-84 (2003).

いたことに照らしても、じゅうぶん理由のあることといえる。しかし、一連の裁判例が述べるところから明らかなように、否定の結論を導いたのは、それだけが原因ではない。州法レベルで、同性婚が認められたり、性的指向に基づく私人間での差別を違法とする制定法が作られたり<sup>113)</sup>、同性愛者に友好的な法的状況が次第に整備されてきたことも大きく影響しているようである。法整備が判断を変えた点は黒人誤同定と同様と評価できる。

なお、同性愛誤同定を否定する裁判例がLawrence判決以前に存在しなかったわけではないし、2003年以前の議論のなかでも将来的には裁判所の結論も否定の方向へと向かっていくことを予測する声は出ていた。たとえば、1990年のBoehm v. American Bankers Ins. Group, Inc.は「この論点に関する今日的理解では、性的指向に関する言明がslander per seになることはない」と判断していたし<sup>114)</sup>、1996年の論文でLyrisa Lidskyは、当時、多くの裁判所が同性愛と誤同定することを名誉毀損と取り扱っていることを確認しつつも、「1960年代の人種の諸裁判例と同様に、いつの日か、今日の同性愛の判例も時代錯誤なものに見える日が来ること」に期待を寄せていた<sup>115)</sup>。

③損害の証明を必要とする裁判例 とはいえ、libel per seやslander per seの成立が否定されるとしても、発言者に名誉毀損責任が一切発生しないとは言いきれない<sup>116)</sup>。以前からper seの成立を否定する場合には、per quod名誉毀損の可能性に言及したり、成否を検討したりする裁判例が見られたところである。つまり、自動的に損害の発生を推定して不法行為の成立を認めるのではなく、原告が具体的な損害発生を証明できるのであれば賠償を認めて

113) 雇用差別をめぐるのは、州以下のレベルでは法的に禁止しているところのみられる。参照、森戸英幸「性的指向に基づく差別——雇用の局面を中心に」森戸=水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』(日本評論社、2008年)177-186頁、独立行政法人労働政策研究・研修機構「諸外国のLGBTの就労をめぐる状況」(2016年)6~17頁〔和田佳浦〕<http://www.jil.go.jp/foreign/report/2016/pdf/0531.pdf> (last visited 2018.1.31)。

114) 557 So. 2d 91, 94 (Fla. Dist. Ct. App. 1990)。

115) Lidsky, *supra* note 26, at 36. See also, Kenneth L. Karst, *Myths of Identity: Individual and Group Portraits of Race and Sexual Orientation*, 43 UCL A. L. REV. 263, 363 (1995); Richards, *supra* note 98, at 370.

116) Ward, *supra* note 60, at 758-59.

もよいという考え方である。

この方向性を志向する幾つかの裁判例を挙げておこう。ソドミー処罰法が存在していなかったためにslander per seの成立を認めない一方で、特別損害・現実損害の証明によってslander per quodの成立可能性を検証したKey v. Ohio Department of Rehabilitation and Correctionや、被告の悪意に留意してper quodが成立する可能性にふれたHayes v. Smithのほか、Donovan v. Fiumara, Albright v. Mortonがそれである<sup>117)</sup>。このうちMorton判決において、軍人や聖職者のような職業規範として同性愛が禁じられている領域にあっては職を続け生計を維持するのに即座に大きな影響を与えることが予測されるので例外的にper quodの成立可能性がある」と述べられていることが注目される。Lawrence判決後の裁判例に目を移しても、②の否定例として紹介したStern判決のほか、Wilson v. Harvey, Greenly v. Sara Lee Corp.など、per quodの可能性を探る裁判例は幾つも見られるところである<sup>118)</sup>。

## (2) 学説

同性愛誤同定については、同性愛者を取りまく法的・社会的状況がここ四半世紀ほどの間に大きく変動していることもあって、アカデミズムで議論されることもしばしばである。

①**実損害 対 公序** 肯定派のある論者は、同性愛者であることが社会においてネガティブに捉えられている現実を直視すべきだという<sup>119)</sup>。仮に裁判所がそこから目を逸らして名誉毀損性を否定したとしても、それによって現実世界の偏見を除去できるわけではなく<sup>120)</sup>、現状に即した判断をするべきだと主張するのである。別の論者も同様に解した上で、「同性愛の誤同定を名誉毀損的だ……と解することを捉えて、同性愛嫌悪にお墨付きを与えたと理解

117) 順に、598 N.E.2d 207, 209 (1990), 832 P.2d at 1026 [同性愛であることの指摘はそれ自体単独で名誉毀損的とはいえないというHayes判決の判断はMiles v. National Enquirer, Inc., 38 F. Supp.2d 1226, 1228-29 (D. Colo. 1999) に受け継がれている], 114 N.C. App. at 537-38, 321 F. Supp. 2d at 139.

118) 842 N.E.2d 83 (Ohio Ct. App. 2005); 2008 U.S. Dist. LEXIS 35472 (E.D. Cal. 2008).

119) Richards, *supra* note 98, at 373.

120) *Id.* at 369.

されるべきではなく、むしろ、同性愛者たちが日々直面している生の現実を認識したものととして、なおかつ、同性愛嫌悪に基づく表現行為に対する制裁として理解されるべき<sup>121)</sup>」であって、「不法行為訴訟で勝利して得られる民事救済は、苦しんだ原告に対する損害填補のみならず、被告の行為に対するコミュニティの不賛成 (disapproval) の反映でもある<sup>122)</sup>」という。

他方で、否定派の論者らは、名誉毀損を肯定することによって同性愛差別に対して裁判所が公認を与えたような効果が生じることに危惧を表明している<sup>123)</sup>。彼らは、誤同定被害者に一定の実損害が発生していることを認めつつも、同性愛差別に与しないという公序としての価値ないし平等の利益が上回ると考えるのである<sup>124)</sup>。名誉毀損不法行為訴訟で原告が救済を得るためには、社会的評価の現実の低下のみならず、救済が規範的に有意であることも示さなければならないといわれることもあるところ<sup>125)</sup>、この立場からは、誤同定に(一律に)救済を与えることにより社会の差別的な偏見にお墨付きを与える効果が生じるのは規範的に許されないことであり、やはり原告勝訴の判決を与えるべきではない、と結論されることになる<sup>126)</sup>。

ある論者の言では、「裁判所は当該原告個人をより大きな善の追求のために犠牲にすべきである。同性愛誤同定事件の原告個人に生じる害悪は、同性愛者たちの人間性 (humanity) を踏みにじる視点へ制度的なお墨付きを与えることによって生じるとつもない被害を上回ることはほとんどない<sup>127)</sup>」とされる。さらには、先に確認したように、名誉毀損性を判断するのは「相当数のちゃんとした (respectable) マイノリティの視点で」とされ

121) Eric K.M. Yatar, *Defamation, Privacy, and the Changing Social Status of Homosexuality: Re-Thinking Supreme Court Gay Rights Jurisprudence*, 12 LAW & SEX, 119, 156 (2003).

122) *Id.* at 156.

123) 例えば, Barth, *supra* note 90, at 540-42.

124) Miller, *supra* note 83, at 367; Bunker et al., *supra* note 31, at 608.

125) Recent Case, 126 HARV. L. REV. at 857; Ward, *supra* note 60, at 752; Post, *supra* note 25, at 712-13.

126) Milller, *supra* note 83, at 372-73.

127) Ward, *supra* note 60, at 766.

ているので、肯定の評価を下すことは、「ホモ・フォビアが立派なことであり (respectable), ホモ・フォビアが法的に尊重される価値あるものだ」と宣明することになってしまう、とも論じられる<sup>128)</sup>。

②法状況の変化 現実を重視する肯定派からすれば、コミュニティの評価が変化すればもちろん結論も変化する。この変化を認定するひとつの指標は、代表機関である議会が制定する法律である。では、どのような内容の法律が重視されるのだろうか。たとえば、Lawrence判決以前のたとある論文は、同性愛差別禁止を定める法律の有無のほか、特にソドミー処罰法の有無と、同性婚ないし同性パートナーシップ法の有無が鍵になると考えていた<sup>129)</sup>。また、Lawrence判決後に書かれた別の論文は、同性婚あるいは類似の制度を認めている州制定法があるか否かを特に重視していた<sup>130)</sup>。こうした観点からすると、近時の同性愛者をめぐる法状況の大きな変化は、名誉毀損性 (per se) 否定の方向性を決定づけるのではないかと思料される。同性婚についても周知のとおり、すでに州レベルではこれを認める例もあったところ、2013年にUnited States v. Windsorが<sup>131)</sup>、2015年にObergefell v. Hodgesが示された<sup>131)</sup>。Obergefell判決を経て各州で制度が整えられていくであろうから、状況は劇的に変化し、評価の針は否定の方向に大きく傾くことになろう。

ただし、同性婚は数多くの要素の1つに過ぎないと考える論者もいる<sup>132)</sup>。この観点からは、私人間の性的指向に基づく差別を禁止する州法の有無、あるいは (何度も挑戦されつつも成功をみていない) 連邦法が成立するかが大きな鍵となろう<sup>133)</sup>。

128) *Id.* at 761

129) Yatar, *supra* note 121, at 154. Lawrence判決前に執筆されているので、Hardwick判決が見直されるまでの間は連邦最高裁も名誉毀損的だと解するだろうと述べられている (at 157-58)。

130) Miller, *supra* note 83, at 371

131) 570 U.S. \_ (2013); 576 U.S. \_ (2015).

132) Richards, *supra* note 98, at 355 and 363.

133) See Randy M. Fogle, *Is Calling Someone "Gay" Defamatory?*, 3 LAW & SEX, 165, 185-87 (1993). このほか、かつては同性愛者の軍務は禁じられていたものの、Don't Ask, Don't Tell政策の期間を経て、禁止を解く制定法 (連邦法) がようやく2010年に成立

③per quod per seの成立を否定する論者のなかでもper quodに対する見方は分かれる。4領域に同性愛誤同定が含まれないことを理由にper se成立の可能性は否定しつつも、ホモ・フォビアのコミュニティ内であれば実害が生じ得ることを理由に、per quodの可能性は否定されるべきではないとの理解が片方にある。この論者にいわせると、不法行為法の役割は社会慣習(習律)を変える点にはなく、「同性愛者であるとの指摘が明らかに、ナチュラルにもはや有害ではないと言えるときまでは、裁判所はポリティカリ・コレクトの立場を取るのを控えるべきであり、名誉毀損の訴訟原因は存在すると認識しなければならない<sup>134)</sup>」という。ところが、他方には、per seであれper quodであれ、結局のところ、名誉毀損性を認めるのであれば同性愛者に対する私人間でのスティグマ付与にお墨付きを与えるものであって、認められるべきではないと強く主張する見解もある<sup>135)</sup>。

## 5. 若干の検討

許された紙幅は既に尽きつつあるが、幾つかの論点について若干の検討を及ぼしておくことにしよう。

### (1) 名誉毀損の判定における事実と規範

①アメリカでの議論 論文中で何度か確認したように、アメリカでは表現が名誉毀損的であるかの判定は「相当数のちゃんとした(respectable)マイノリティの視点」あるいは「コミュニティの真つ当な考えをもった(right-thinking)メンバーの視点」から、裁判官によって判断される。社会に偏見が存在している場合、ここにいう「respectable」や「right」の語に含まれる規範的含意をどこまで重視するかによって結論は異なってくる。真つ当な考えをもったメンバーの視点とはつまり、道徳的なコミュニティのことであ

したことも1つの考慮要素たりうる。参照、井樋三枝子「【アメリカ】同性愛者の軍務禁止法の廃止」外国の立法246-2(2011年)、中曾久雄「アメリカ軍におけるDon't Ask, Don't Tell政策の撤廃への道程(1)」愛媛法学会雑誌44巻1-2号(2017年)93頁以下。

134) Arend, *supra* note 90, at 114.

135) Kreis, *supra* note 106, at 140.

ると正面から読み替えるべしとの主張もある<sup>136)</sup>。道徳的規範の内容は、ただ裁判官自身の見方から充填されることもあるが、判断の主観性を緩和すべく、「先進的な」制定法や判例の展開を手掛かりにした公序 (public policy) と同視されることもあろう<sup>137)</sup>。

ただし、こうした規範的判断方法には批判も多い。曰く、「尊重すべき事柄 (respectability) に関するコミュニティの基準を州法と同等視し……『コミュニティ』の概念を混乱させ、不適切に操縦している。このモデルはまた、公序に賛成する者のみが正しい考え方をしており、彼らの意見が司法的に尊重に値するというスキームを構築することによって、誰が、若しくは、何が正しい考えであるかを混乱させている。」こうした論者が強調するのは、規範的判断に偏って結論を出すならば、実際に生じている被害事実が無視される点である<sup>138)</sup>。とくに、誤同定情報を、表現者が意図的に悪意をもって公表した場合であっても損害回復は許されないこととなり、それは許されるべきではないというのだ<sup>139)</sup>。さらには、名誉毀損を否定すれば、被害を被った原告に救済を与えず放置することになるのは勿論、被告に今後も同種の発言を行っても構わないというメッセージを与え、むしろ被告を後援するかのごとき効果をもたらすと論じる見解も見られる<sup>140)</sup>。裁判官はあくまで社会の「観察者 (observer)」としての役割を果たすべきであり、社会内の実状に即した記述的 (descriptive) な判定に徹すべきだというのである<sup>141)</sup>。

時代の変化は人々のものの見方も変えるのであり、「“共産主義者”であるとか“ニグロ”といった言葉は、ある時代には名誉毀損的であると考えられ、別の時代にはそうではない<sup>142)</sup>」といわれる。社会に現存する (階級的な) 人

136) LAWRENCE McNAMARA, REPUTATION AND DEFAMATION 212ff (2007).

137) Stern判決は住民による投票の結果を重視した (645 F.Supp.2d at 274). See Abigail A. Rury, Note, *He's So Gay ... Not That There's Anything Wrong With That*, 17 CARDOZO J. L. & GENDER 655, 680-82 (2011).

138) Davis, *supra* note 61, at 27; Lidsky, *supra* note 26, at 22 and 39. See also More, *supra* note 30, at 513.

139) Davis, *supra* note 61, at 30; More, *supra* note 30, at 523.

140) Lidsky, *supra* note 26, at 23.

141) 126 HARV. L. REV. at 856.

142) SACK ON DEFAMATION § 2:4.4, at 2-33 (4th ed. 2010).

種間格差の実態が名誉毀損を基礎づけると考えられてきたけれども<sup>143)</sup>、「黒人」に対するアメリカ国内の偏見は次第に断罪され、是正されてきた。したがって今日、人種誤同定が名誉毀損と考えられていないのは、社会において偏見が次第に除去されてきたという「事実」に即しているといってもよいのであろう<sup>144)</sup>。とはいえ、今日においても、アメリカにおける非白人に対する偏見には一部になお根強いものがある以上、人種それ自体を個人の世評と結びつけるのは一部の誤った考え方であるという倫理的な判断、すなわち「規範」に依拠して判断がなされているとみることも不可能ではない<sup>145)</sup>。即ち、実際には裁判所は、観察者としてのみならず、社会の当事者・参与者 (participant) としての役割を同時に担っており、裁判所が示す結論は、記述的かつ規範的なハイブリッドな判断によって導かれるようである<sup>146)</sup>。

社会の見方がなお流動的な場合、裁判所は、事実と規範のどちらをヨリ重視するかを突き付けられることになる。同性愛誤同定に関して裁判所の判断がこれまで分かれていたのは、社会内の偏見の存在は事実として認識しつつ、規範的に一步踏み込んで判断するべきかをめぐる理解の相違に起因する。保守層の同性愛者に対する嫌悪感や偏見は当面維持されていくと想像されるものの、Lawrence判決、Obergefell判決を経た後の裁判所の判断は、連邦最高裁の示した公序に従って名誉毀損性否定の方向に収斂していくものと想像される。

では、人種、性的志向に続くものは何であろうか。アイデンティティに係る情報、とりわけ本人にはどうすることもできない不変性のものについて、一般的に名誉毀損から除外する方向に向かうであろうか<sup>147)</sup>。そうした一般化は現時点で広く受け容れられたものとはいえないが、この方向性を明言する

143) See Post, *supra* note 25, at 725-26.

144) Miller, *supra* note 83, at 354.

145) McNAMARA, *supra* note 136, at 196.

146) 126 HARV. L. REV. at 857; Bunker et al., *supra* note 31, at 585.

147) See Clay Calvert, *Difficulties and Dilemmas Regarding Defamatory Meaning in Ethnic Micro-Communities: Accusations of Communism, Then and Now*, 54 U. LOUISVILLE L. REV. 1, 29-31 (2016).

論者も出ている。たとえば、「裁判所はある個人のもつ不変的な特徴や自分で選び取ったわけではない地位に関する名誉毀損的表現と、自発的な非違行為や不正行為（misconduct or malfeasance）に関する名誉毀損的表現とを厳密に区別する」べきであり、前者を法的な意味では名誉毀損的とはいえないと判断すべきである、という具合である<sup>148)</sup>。そして具体的には、人種・民族的なバックグラウンド、性的指向、精神的・身体的な疾病・障害（illness or disability）などが含まれるという<sup>149)</sup>。

②日本での議論　ところで、日本においても既に刑法学界でこの問題は提起され、議論されている。佐伯仁志は次のようにいう。「人格と無関係とされるべき事実の公表であっても、現実に社会的評価が低下する危険があれば、すべて名誉毀損とするのは、人格の保護にけして有益ではないと思われる。社会の偏見を追認し固定化する危険があるからである。……身体的特質を始めとする人格と無関係な事柄は、原則として名誉から除かれるべきであると思われる。<sup>150)</sup>」後にはさらに明確に、「病気であることとその人の名誉は無関係であろう。同様の意味で、身体的障害や精神的障害を持っていることも名誉とは関係がないとすべきである。<sup>151)</sup>」と述べている<sup>152)</sup>。

これに対し刑法学説からは否定的な態度が示されてきた。「社会的評価の保護とは、『現存している』社会的評価自体の保護を意味し、『あるべき』社会的評価を保護するものではなく、裁判所が社会的評価のあるべき姿を追求するわけではない以上、これらの事実を除外する必要はない<sup>153)</sup>」とか、「これらの事実を人格的価値と結び付ける人々が現実に相当数存在するなら、これらの事実の摘示による現実の社会的評価の低下から被害者を保護すること

148) Bunker et al., *supra* note 31, at 603.

149) McNAMARA, *supra* note 136, at 219も、人種・同性愛と同じように、精神的な病の誤同定を名誉毀損的と判定するべきではないとする。

150) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護——主に刑法的観点から——（4・完）」法学協会雑誌101巻11号（1984年）70頁。

151) 佐伯仁志「名誉とプライバシーに対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』（日本評論社、1996年）77頁。

152) 参照、井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣、2016年）162-163頁。

153) 高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2014年）160頁。

は、なお必要ではないだろうか<sup>154)</sup>」等というのである<sup>155)</sup>。さらに、鳥田聡一郎は「ある事実の摘示を根拠に処罰することが、評価の『追認』を意味するのは、『あるべき』名誉を保護すべきと考えるが故であり、通説の思考によれば、「ある事実の摘示について名誉毀損罪を認めたからといって、それは、当該事実が社会的評価に影響すべきだ、と裁判所が判断していることを意味しない」という<sup>156)</sup>。

③検討 名誉概念につき、規範的名誉／事実的名誉のいずれが適切であるか検討するに際して念頭に置かれていたのは、従来概ね、摘示事実の真偽であったように思われる。このとき、事実の真偽を重視して規範的名誉を保護すべきと考えるならば、本稿が扱ってきた“事実の評価”の局面でも規範的に、つまり「あるべき」名誉を採用することが「内在的に一貫している<sup>157)</sup>」と分析されている。ただ、事実の真偽の局面については、真実性証明を絶対的抗弁として規範的名誉概念を採用していると解されてきたアメリカにあっても、“事実の評価”の局面では社会実態に即した判断が多く示されてきたところであり、両者の結びつきは必ずしも論理必然の関係にはないように思われる。

法も社会的評価も、社会の実態と無関係ではありえず、名誉毀損性の判断も社会的事実に基づいて行われることは自然である。ただし、時の流れとともに常に変化する「事実」について、裁判所は注意深く見定める必要があるし、また、何度も確認してきたように、「事実」にのみ基づいた判定では社会内部の偏見を追認し、差別を助長・固定化してしまう危険を等閑視することはできないように思われる<sup>158)</sup>。裁判所は、社会の一定割合における規範意

154) 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）133頁。

155) 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）110頁、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣、2015年）85頁なども同旨。

156) 鳥田聡一郎「秘密・名誉に対する罪」伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）118頁。

157) 同上。

158) 裁判所が抱えるこの「ジレンマ」については、すでにDavid Riesman, *Democracy and Defamation: Fair Game and Fair Comment II*, 42 COLUM. L. REV. 1282, 1296 (1942) において指摘されていた。

識の変化の兆しを敏感にとらえるべきであり、その変化が自由や平等の理念に適っているならば、たとえ社会の相当数の意識変化が完了していなくても、社会における何らかの兆しの存在という事実に基づいて規範的判定に踏み込むことは許されよう。むしろ、裁判所が社会の圧倒的通念と乖離した規範的判断を押し付ければ、裁判そのものに対する信頼に悪影響を及ぼしかねないわけであるが、事実完全に後追いするだけでなく、一步先、半歩先を行く判断に進むことを懼れるべきではない。この点、次のように述べる我が国の下級審裁判例が注目される<sup>159)</sup>。「ある表現が人の社会的評価を低下させるものであるかどうかは、一般の読者の普通の注意と読み方を基準として判断すべきものであることは前述のとおりであるが、この判断は個人の人格的利益と表現の自由を始めとする種々の利益の調整を必要とする規範的価値判断であることから、仮に一般読者の総意が現実に存在し、これを覚知することができたとしても、一般読者の総意が直ちに名誉毀損の有無を決するものではなく、裁判所において、これを参考にしつつも、関連する全ての事由について公正かつ十分な考慮を払った上で、あるべき一般読者の読み方を想定し、これに基づき判断を行う必要があるものと考えられる。」

## (2) 名誉毀損以外の不法行為

なお、仮令名誉毀損の成立を否定すべきだとしても、当該表現が一切の法的責任から放免されるわけではない<sup>160)</sup>。他の不法行為が成立する余地は残されている。本稿にはそれらの詳細を論じる準備も余裕もないものの、検討の方向性についてのみ簡単に論じておきたい。

本稿が検討してきた類の情報の公表は、仮にそれが真実であるならばプライバシー侵害の不法行為が成立する可能性がある。原告が、実際には同性愛者であるとか、被差別部落出身であるとかの事実を公にせず生活し

159) 東京地裁平成16年8月24日判時1871号90頁。

160) 参照、大石泰彦「判批」青山法学論集48巻1=2号(2006年)291頁、高佐智美「判批」谷口洋幸ほか編『性的マイノリティ判例解説』(信山社、2011年)61頁。また、一般論として誤同定の名誉毀損性を否定するとしても、事案特有の事情を考慮して社会的評価の低下が肯定されること(アメリカ法にいうper quodの成立)まで一切否定されるべきではあるまい。

ているならば、その公表はプライバシー侵害といえるのではないか<sup>161)</sup>。この点、2.(2)で紹介した高知地判平成4年3月30日が再度確認されるべきである。さらに、当該情報が虚偽であった場合にもプライバシー侵害不法行為の成立は検討に値する。というのも、わが国のプライバシー侵害のリーディングケースである「宴のあと」事件の東京地裁判決は「私生活の公開とは、公開されたところが必ずしもすべて真実でなければならないものではなく、一般の人が公開された内容をもつて当該私人の私生活であると誤認しても不合理でない程度に真実らしく受け取られるものであれば、それはなおプライバシーの侵害としてとらえることができるものと解すべきである」と述べ、要件の1つを「(イ) 私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのあることがらであること」と定式化している<sup>162)</sup>。この定式は情報の真偽を問っていない。プライバシー権論の発祥国であるアメリカ法の分類に従えば、上記要件は、私事公表 (public disclosure of private fact) プライバシー侵害とともに、公衆の誤認を生じさせる (false light in the public eyes) プライバシー侵害を対象とするものといえる<sup>163)</sup>。

また、2.(1)で紹介した神戸地尼崎支判平成20年11月13日は「……人は、自己の氏名や出身地を人格の重要な構成要素として捉え、これらに強い愛着を抱くことが自然であること……などによれば、本件記載が氏名や出身地について価値中立的な事実を摘示するものであるとしても、明らかに虚偽の事実を記述するものである以上、本件記載は原告の名誉感情や人格的利益を侵害するものといえることができる」と述べ、名誉感情侵害や人格的利益侵害という構成を同時に検討している。外部的名誉以外の主観的な(名誉)感情の侵害を不法行為として構成するアプローチはアメリカ法にも一部存在している。たとえば、①故意または無謀にもなされた、②極端かつ極悪な行為で、③精神的苦痛との間に因果関係があり、④苦痛は深刻であること、という

161) 参照、拙稿「秘匿性(不快性)要件に関する覚書」山口経済学雑誌66巻6号掲載予定。

162) 東京地判昭和39年9月28日下級裁判所民事判例集15巻9号2317頁。

163) なお、本稿で紹介したアメリカの事例のなかには原告が名誉毀損以外に、この不法行為の成立も主張したものもある。

例外的条件の下で損害賠償を認める「故意による精神的苦痛の惹起 (IIED, Intentional Infliction of Emotional Distress)」がそれである。成立要件はかなり厳しいので誤同定事案で不法行為の成立を勝ち取ることは容易ではないものの、3. (2) ③で取り扱ったLedsinger判決では、名誉毀損の成立は否定された一方、IIEDの成立は認められている<sup>164)</sup>。

このように、名誉毀損以外の不法行為の成立につき、検討の可能性はなお開かれている<sup>165)</sup>。

### (3) 私人間の差別と憲法

最後に、憲法との関連にも一言だけ触れて稿を閉じることにした。論点は、私人間の偏見・差別にお墨付きを与えるような裁判所の判断に、平等保護を定める憲法が何らかの制限や効果を及ぼすことがありうるか、である。

たとえば、「ある特定の形態の私的な人権侵害行為が事件になり、司法の介入によってそれが司法的に執行 (enforce) された場合に、その執行を違憲の国家行為とする<sup>166)</sup>」司法的執行の理論を用いようかは検討されても良からう。「裁判所が人種的偏見に基づく名誉毀損の訴訟提起を肯定することはステイト・アクションにあたり、修正14条の平等保護条項に違反することになると想定しているのは、おそらく適切である<sup>167)</sup>」と述べるLidskyの見解は、この延長線上で理解することができる<sup>168)</sup>。しかし、誤同定事案では典

164) Van Meter判決は結論においてper se slanderousであることを肯定しているものの、被告は度重なる意図的で悪意ある発言によって原告に極度の屈辱感や恥ずかしさを惹き起こさせており、これら極端かつ極悪非道な性質の発言により原告が精神的損害を受け、発言が仕事の上での経済的損失を発生させ、脳卒中の原因になったかもしれないとのトライアルコートの認定を覆すに足る材料はない旨の判示は、むしろIIEDとの親和性を筆者に感じさせる。

165) 「誤報されない権利」を基礎にした不法行為の可能性について、佃・前掲注22, 142頁以下参照。

166) 芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」同『現代人権論』(有斐閣, 1974年) 40頁。

167) Lidsky, *supra* note 26, at 32.

168) See also Watson, *supra* note 47, at 104; Kreis, *supra* note 106, at 138-39. ちなみに、Davis, *supra* note 61, at 21は、修正14条事案において同性愛差別が人種差別ほど疑わしい区分と考えられていないことから、同性愛誤同定について人種誤同定の場合と同様の結論が必ずしも出るわけではない、という。

型的司法的執行の場面と異なり、差別行為そのものの裁判を通じての実現云々が争われているのではなく、当事者を取り巻く社会的偏見の事実が裁判所の判断の背後に控えているに過ぎない（その限りでNew York Times v. Sullivan<sup>169)</sup>で示された憲法と不法行為訴訟との関係とも問題の構造は同一でない）。また、司法的執行の理論を採用したShelley v. Kraemer<sup>170)</sup>の評判は芳しくなく、その射程は限定的に解されていること等と併せ考えても、憲法規範が裁判所の当該判断を直接的に規律統制するとの見解をそのまま受け入れることは容易でない<sup>171)</sup>。そして、日本法の文脈でも事情は同じである。

とはいえ、私人間の紛争であっても、その解決にあたって裁判所が、憲法が拠って立つ基本的価値を参照することは、要請されこそすれ、忌避されるべきではない。人種や性的指向等に基づく差別が許されないという基本的価値が揺るぎないものと考えるならば、これに反する現実に裁判所が依拠し続けなければならない道理もなかりう。やはり、社会の意識変化の一步先、半歩先くらいを進むことが期待されてよいように思われる<sup>172)</sup>。

〔付記〕本稿は2017年3月13日に山口大学で行われた研究会での報告を基にしたものである。なお、同報告はJSPS科研費 JP 26780015の助成による成果の一部であった。

---

169) 376 U.S. 254 (1964).

170) Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948).

171) See Brenner. *supra* note 46, at 336 n.24.

172) 同性愛誤同定に関して、かつてPostが、現状においてコミュニティがホモ・フォビアであるとして、それを無批判に追認して判断することは、合衆国憲法の価値としての“旧来秩序から飛び立つ権利”としてのオートノミーとの間で緊張関係を生むことになりかねない、と述べていたことも想起したい (Post, *supra* note 25, at 737ff.)。