

AIによるコンテンツ生成と依拠性

愛知 靖之

I はじめに

筆者は、生成 AI と著作権に関し、AI 開発・学習段階と生成・利用段階で生起する諸問題を通覧する論稿¹⁾を公表した後、AI 開発・学習段階における著作権侵害の成否と権利制限規定（著作権法30条の4・47条の5）について、さらに検討を加えた成果を公表した²⁾。これに対して、本稿は、生成・利用段階での問題、すなわち、AIにより生成されたコンテンツが既存著作物の著作権侵害を構成するのはいかなる場合かを取り上げ、特に侵害要件のうち依拠を検討する³⁾。

依拠をめぐるのは、学習に用いられた既存著作物を基にしたコンテンツの生成がブラックボックス化した AI の内部処理を通じて達成されることに起因する解釈論的問題が生じており、依拠性判断をどのように行うべきかについて、これまで精力的な議論が行われてきたところである⁴⁾。特に問題となるのは、依拠について、人による創作の場合と AI によるコンテンツ生成の場合とで、考え方を違えるのかという点である。

筆者は、依拠についても前掲注1)の論稿で扱ってはいるものの、本稿では、依拠の理論的根拠を再検討した上で、人による創作との対比という観点

1) 愛知靖之「AI生成物・機械学習と著作権法」パテント73巻8号(2020年)131~146頁。

2) 愛知靖之「日本法における権利制限——著作権法30条の4を中心に」上野達弘=奥野弘司編著「AIと著作権」(勁草書房、2024年)12~41頁。

3) そのほか、類似性要件や、仮に侵害が成立するとして誰に責任を負わせるのかという問題も存在するが、本稿では取り上げない。

4) 文化庁著作権課「AIと著作権」NBL1246号(2023年)60頁。

から問題状況を整理し、前稿公刊後の議論状況も踏まえた上で考察を加える。

II 依拠の理論的根拠

著作権侵害要件としての「依拠」とは、「①他人の著作物等に接し（アクセスし）、②これを基にして」著作物等を作成・利用していることを言う⁵⁾。

この要件の根拠としては、「特許権等と異なり、権利の存在と内容が公示されない以上、自身が創作しようとするものと同一又は類似の著作物等が存在するか否かを完全に調査することは不可能に近く、そのような義務を課すことは創作活動を大きく阻害することになる」旨を指摘することができる⁶⁾。独自創作をした者に対する不測の権利行使を否定することで、独自創作の自由を確保し、これを奨励することが、著作物の多様化を促し文化の発展に資するというわけである⁷⁾。

確かに、この説明は、既存著作物に依拠せずに独自創作した場合に権利侵害を否定すべきことの論拠ではあるものの、既存著作物に依拠し、これと類似性のある著作物を作成・利用した場合に権利侵害を肯定すべきことの論拠とはなっていない⁸⁾。このような場合に権利侵害を肯定すべきことの根拠は、以下のように考えることができる。「情報は、物理的占有を観念できる有体物とは異なる無体物であり、複数の者が同時に利用することが可能である（消費の非競合性）。それゆえ、情報が公開された後は、その利用を容易かつ大量に行うことが可能であり、情報創作者がこれを人為的に排除することは困難である（消費の非排除性）。情報（無体物）が有するこのような公共財的性格ゆえに、その模倣が容易となるのである。……模倣が一切禁じられないとすると、創作者とは異なる者が、情報創作費用・開発費用が転嫁されてい

5) 愛知靖之ほか『知的財産法 [第2版]』(LEGAL QUEST) (有斐閣、2023年) 290頁 [愛知靖之]。

6) 愛知ほか・前掲注5) 290頁 [愛知]。

7) 上野達弘「著作権侵害訴訟における依拠性に係る要件事実」伊藤滋夫編『知的財産法の要件事実』(日本評論社、2016年) 134頁。

8) 高野慧太「依拠性について——依拠性要件の正当化根拠と AI 生成コンテンツ」神戸法学雑誌 72巻1・2号 (2022年) 55～56頁。

ない分安価で、オリジナルと品質の大きく異なる製品や作品を流通させることができる。このような競合品の流通により、創作者は創作費用・開発費用を回収することが困難となるため、創作インセンティブが減退する。その結果として、社会は情報の過少生産状態に陥りかねない。「そこで、知的財産法は、情報の無断利用（模倣）行為を禁止して、創作者に超過利潤の獲得を認めて創作・開発費用の回収を容易にすることで、創作インセンティブを保障すると同時に、情報の公開も促している」のである⁹⁾。すなわち、他者の著作物にアクセスし、それを基にして著作物を作成し利用することで、自分で一から独自創作を行う場合よりも、創作費用を削減することができる。このことにより、オリジナルの著作物よりも安価に作品を流通させることが可能となる。そのため、オリジナルの著作物の需要（市場機会）が奪われ、その創作者が費やした創作費用の回収が妨げられることで、創作インセンティブが減殺するというわけである¹⁰⁾。

しかしながら、このことは、そもそも、法によって情報の模倣・無断利用を規制・禁止する理由、換言すれば、知的財産法のうち創作法の存在理由そのものにほかならない¹¹⁾。以上の内容は、体系書・教科書類では、知的財産法総論部分に記載されるような内容であって、著作権法の依拠性に関する部分に直接記載される内容ではない。もっとも、模倣・無断利用が規制される客体・対象は各法で規定されており、著作権法であれば、その対象は創作的表現である。

一般に、「著作権侵害の条件として依拠性を要求する根拠は、……調査費用の増大によって説明されてきた」¹²⁾として、上記の調査の困難性に由来する独自創作の保護についてしか根拠に挙げられていないように見えても、「創作費用による説明は、従来の依拠性に関する議論においても前提とされていた」¹³⁾上でのことである。決して、調査の困難性による説明だけで依拠性の全てが根拠付けられるわけではない。もっとも、創作費用に関する説明は、著作権法における依拠性固有の正当化根拠ではなく、創作法一般に

9) 愛知ほか・前掲注5) 3～4頁。

10) 以上、高野・前掲注8) 56～57頁。

11) 標識法については、愛知ほか・前掲注5) 4頁参照。

12) 高野・前掲注8) 53頁。

13) 高野・前掲注8) 56頁。

通ずるその存在理由そのものである。したがって、特許法等においても、独自開発ではなく他者の特許発明等に依拠していた場合に権利行使が認められることは、この創作費用による説明により同様に根拠付けられることになる。他方で、独自開発である場合にも権利行使が認められることは、特許公報等により権利の存在と内容が公示されるため、調査のためのコスト負担はさほど大きくはなく、調査義務を課しても大きな支障が生じないとして正当化されることになる（過失推定規定も同様の理由により根拠付けることができる¹⁴⁾。

Ⅲ 依拠の基本的な判断枠組み——人による創作の場合

1 総説

繰り返しになるが、依拠とは、「①他人の著作物等に接し（アクセスし）、②これを基にして」著作物等を作成・利用していることを言う。著作権法上は、18条以下の著作人人格権侵害行為のほか、21条以下の支分権該当行為について、各条文中に「その著作物」すなわち著作者の著作物自体を利用していることが要件とされ、90条の2以下の著作隣接権侵害行為についても「その実演」等すなわち実演家等の実演等を利用していることが要件とされている。それゆえ、当該著作人等の著作物等以外に依拠していた場合には、当該著作

14) なお、種苗法においては、「育成者権者は、品種登録を受けている品種（以下『登録品種』という。）及び当該登録品種と特性により明確に区別されない品種を業として利用する権利を専有する」（種苗法20条1項本文）と規定されているところ、この「特性」は、品種登録簿（種苗法18条2項）により公示される（品種登録規則11条5項）。しかし、育成者権侵害の成否は、品種登録簿に記載された登録品種の特性により明確に区別されない品種であれば育成者権が及ぶと推定されるもの（種苗法35条の2）、最終的には、育成者権者・被疑侵害者双方の植物体の現物が実際に有する特性に基づいて判断される（「現物主義」）。したがって、種苗業者は、品種登録簿で登録品種の特性を確認し、それと異なる特性を持つ品種を育成することで育成者権を迂回しようとしても、現物主義からは、なお侵害が肯定される可能性がある。品種登録簿のみならず常に現物が有する特性も調査しなければならないとすると、多大な負担が生じる。登録品種の現物に接することなく育成した場合に「独自育成の抗弁」を採用する余地も大いにあると考える。以上、詳細は、愛知靖之「改正種苗法下における育成者権行使のあり方——育成者権行使における『現物主義』」パテント75巻11号（2022年）143～154頁、同「知的財産法における『過失の推定』と『依拠』——特許法と種苗法を中心に」法学論叢194巻4・5・6号（2024年）116～121頁。

者等の著作物等を利用したことにはならず、侵害が否定されるのである。したがって、依拠は、理論的には（113条も含めて）著作権・著作人人格権・著作隣接権全てに共通する侵害要件と考えられる¹⁵⁾。

実際の判断においては、原告著作物と被告著作物が、アクセスしていなければこれほど似ることはあり得ないと言えるほどに類似しているという場合には、そのまま依拠ありと推認され¹⁶⁾、被疑侵害者側で独自創作であることを立証しない限り、依拠が肯定される。

2 無意識依拠

既存著作物に直接にアクセスし、それを基にして複製物を作成する（複製）、二次的著作物を作成する（翻案）、演奏するなどの行為を行えば依拠が肯定される。既存著作物にアクセスし、それを基にして著作物を作成・利用することによって、創作費用の削減につながるものが、依拠（+類似性）がある場合に侵害が肯定される根拠となる。したがって、被告著作物が原告著作物へのアクセスにより、それを基にして作成されたものと言えるのかという客観的な事情こそが決定的に重要となる¹⁷⁾。

それゆえ、たとえば、書籍の中身を一切見ることなく、コピー機で複写をしたというケースのように、利用行為者自身が、著作物を知覚・認識していない場合であっても、当該書籍にアクセスし、それを基にして複写（複製物の作成）が行われていることに違いはないので、依拠は肯定される。

また、既存著作物にアクセスしたことがあったが、主観的にはそのことを忘れていたところ、実際には頭の中に残っていたために、当該著作物と類似する著作物が作成されたという場合にも、本人の意識はともかく、客観的には、アクセスした既存著作物を基にして類似著作物が作成されたものとして

15) 愛知ほか・前掲注5) 289～290頁。

16) もちろん、依拠を推認させる事実には限られない。詳細は、上野・前掲注7) 140～146頁を参照。

17) 本稿の立場は、依拠についてのいわゆる「客観説」に立脚するものである。これに対して、既存著作物の表現内容の認識や、これを自己の作品に利用する意思を依拠の要件とする立場（いわゆる「主観説」）もある（西田美昭「複製権の侵害の判断の基本的考え方」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系27知的財産関係訴訟法』〔青林書院、1997年〕127頁、高林龍『標準著作権法〔第5版〕』〔有斐閣、2022年〕77～78頁など）。

依拠は肯定される。もちろん、実際に既存著作物へのアクセスがあったことが直接に立証されたか、または、両者の著作物の類似性の程度等に基づいてアクセスの存在が推認されたことが前提となる。

3 間接依拠

たとえば、Aが既存著作物にアクセスし、それを基に複製・翻案により作成した複製物または二次的著作物をBが無断利用する場合、たとえBが当該既存著作物に直接にアクセスしたことがなくとも、Aが作成した複製物・二次的著作物は既存著作物を基に作成され、かつ、既存著作物の創作的表現がそのまま含まれている以上、Bは複製物・二次的著作物を利用する際に、間接的に既存著作物に依拠したことになる（いわゆる「間接依拠」¹⁸⁾。

4 アイデアそれ自体への依拠と著作物に依拠した上でのアイデアの抽出

著作権法が無断利用・模倣を規制し、保護を図っている客体・対象は、創作的表現それ自体である以上、たとえ出来上がった被告著作物の表現が原告著作物の創作的表現と類似しているとしても、被告が原告著作物の創作的表現にアクセスすることなく、そのアイデアのみにアクセスして被告著作物を創作した場合には、依拠は否定されることになる。

もっとも、以上の帰結は、あくまで原告著作物から離れたアイデアのみにアクセスした場合（原告の「著作物に由来するアイデアが巷に流布していたとして、このアイデアのみに基づいて」被告著作物を創作した場合など¹⁹⁾）に限り妥当する。他方で、原告著作物それ自体にアクセスした上で、そこからアイデアのみを抽出して被告著作物を創作したところ、偶然にその表現自体も原告

18) 愛知ほか・前掲注5) 291頁。なお、田村善之『著作権法概説 [第2版]』（有斐閣、2001年）47、57頁は、著作権侵害要件を、「原著作物かもしくは（行為者を含む何者かによって）原著作物に依拠して作成された（＝①依拠）原著作物と類似の範囲内にある著作物（②＝類似性）に、行為者が依拠して（＝①依拠）、21条から27条、113条1項、2項に規定される行為（＝③法定の利用行為）が行われること」として、依拠を2回登場させることで間接依拠のケースを取り込んだ定義を行っている。

19) 田村・前掲注18) 54頁。

著作物の創作的表現と共通し、両者の著作物の間に類似性が肯定されたというケースが仮にあったとしても、このようなケースで、アイデアの抽出により被告著作物の創作費用が削減できたのは、そもそも原告著作物それ自体にアクセスしたからにはほかならないため、依拠を肯定すべきである。原告著作物にアクセスし、それを基に被告著作物が作成されたことに違いはないため、独自創作とは認められないのである²⁰⁾。独自創作ではない以上、依拠を肯定することに障害はない²¹⁾。

以上のように考えると、依拠が否定されると考えられることが多い「クリーン・ルーム」方式についても再考の余地が生まれる。この方式については、他社のプログラムからアイデアの抽出・解析を行う部門と抽出されたアイデアを基にプログラムを作成する部門を完全に分離していれば、プログラム作成部門はアイデアにしかアクセスしていないのであるから、依拠は否定されると考えられている。確かに、実際にプログラム作成のみに携わる者は、アイデアにしかアクセスしていない。しかしながら、アイデア抽出・解析部門がアイデアを抽出できたのも、また、プログラム作成部門がそのアイデアを利用したプログラム作成が可能となったのも、他社のプログラムそれ自体へのアクセスがあったからにはほかならない。企業・組織全体で見れば、他社のプログラムにアクセスしそれを基にプログラム開発を行うことにより、プログラム開発費用（創作費用）の削減がもたらされているのである。クリーン・ルーム方式については依拠を肯定すべきではないだろうか²²⁾。

以上をまとめると、既存著作物に一切アクセスすることなく、そのアイデアのみにアクセスしたという場合に限って、アイデアの依拠として侵害が否定されるということになる。

20) 高野・前掲注8) 81～82頁。

21) もちろん、現実には、被告著作物の表現自体が原告著作物の創作的表現と共通している（原告著作物との間で類似性が肯定される）以上、そもそも、アイデアのみを抽出し、その表現自体は一切利用していないといった被告の主張自体が認められることはほぼあり得ないであろう。

22) 田村・前掲注18) 55～56頁。その上で、田村は、クリーン・ルームの意義は、アイデアのみにアクセスして作成された著作物は、たいていの場合、非類似となるはずであるという経験則を利用して、非類似との判断を容易にするという点や、この方式で作成したにもかかわらず、それでも類似したのであれば、当該部分は当該アイデアを表現するのであれば似ざるを得ない部分にすぎないため類似性を否定すべきという心証を形成させるといふ点にあるのではないかと説く。

5 独自創作後の利用行為

依拠の理論的根拠は、既存著作物にアクセスし、それを基にして著作物を作成し利用することで、創作費用を削減し、既存著作物の需要（市場機会）を喪失させ得る一方で、独自創作をした者に対する不測の権利行使を否定することで、独自創作の自由を確保し、これを奨励するところにある。

そうすると、被告が独自創作した後、原告著作物を知った上で、それでもなお、被告著作物の公衆への譲渡や公衆送信などを行ったという場合にも、被告著作物の創作に関する創作費用自体は削減されておらず、他方、独自創作を奨励するためにはその後の自由利用も保障しなければその実効性に欠けると考えるのであれば、譲渡や公衆送信行為についても侵害を否定することになる²³⁾。被告著作物が原告著作物へのアクセスにより、それを基にして作成されたものと言えるのかという客観的な事情こそが決定的に重要であって、被告の認識・主観は重要ではないのだとすると、この被告著作物は原告著作物を基に創作されたものではない以上、創作後の被告の認識・主観に関わりなく、その後の利用行為は全て適法にすべきと考えることになる。

他方で、依拠の明文の根拠たる「その著作物」という文言は支分権該当行為毎に別々に設けられており、依拠性はあくまで個別の利用行為毎に独立して判断すべきと考えるのであれば、独自創作後の譲渡・公衆送信自体は、被告が原告著作物にアクセスした上でやっている以上、依拠を認めるべきという結論に至り得る。より実質的には、原告著作物と被告著作物の間に類似性が肯定されていることを前提とすれば（言うまでもないが、類似性が否定されれば、依拠について検討するまでもなく非侵害である）、原告著作物と類似し市場競争を来すような被告著作物が譲渡や公衆送信などにより広く流通すれば、著作権者の利益が不当に害されると考えられる。このような見地からは、たとえ独自創作されたものであっても、原告著作物の存在を認識している以上、譲渡や公衆送信等を思いとどまるべきであり、それにもかかわらず利用行為を行った場合には侵害が肯定されるという考え方もあり得る。なお、この考え方をとる場合には、行為者の認識・意思を基準にすることになるため、主

23) 上野・前掲注7) 139頁。

観説に立脚することになるだろう。

創作行為自体の依拠性は客観説により判断を行い、事後的利用行為の依拠性は主観説により判断するという両説併用の立場も十分あり得ると思われる。さらなる検討を要するが、さしあたり本稿では、独自創作の自由を確保し、これを奨励することにより、著作物の多様化を促すことが、文化の発展という著作権法の目的にも適うという観点から、客観説を徹底し、独自創作後の利用行為についても侵害を否定するという立場に与しておく。

そうすると、同様の趣旨から、Aの著作物にアクセスすることなくBが独自創作した類似著作物を、Aの著作物を認識しているCが利用したという場合にも、Cの利用行為について著作権侵害を否定することになろう²⁴⁾。

6 既存著作物を認識している者が他者に創作を行わせた場合

たとえば、既存著作物を認識しているAがBに著作物を創作させたところ、B自身は一切その既存著作物にアクセスせず、独自創作により偶然に既存著作物に類似した著作物を創作した場合には、依拠は否定されると考えられる。アクセスした既存著作物を基にして創作したわけではなく、あくまでBによる独自創作である以上、著作権侵害を構成するわけではない。

もっとも、B自身は一切既存著作物にアクセスしたことがなくとも、既存著作物にアクセスしたことがあるAが、既存著作物に類似した著作物を作成させる意図を持って、Bに極めて詳細かつ具体的な指示をした結果、B自身は既存著作物にアクセスすることなく著作物を作成したものの、Aの事細かな指示に機械的に従ったところ、既存著作物に類似した著作物が出来上がったという場合には、AがBを道具として既存著作物を基に当該著作物を創作したと評価することができよう²⁵⁾。このようなケースでは、BではなくAに依拠が認められ著作権侵害が成立し得る（間接依拠ではない）。他方、B自身はAの道具として独自創作をしたにすぎないので、侵害は否定される。

24) 田村・前掲注18) 49～50頁。上野・前掲注7) 139頁も参照。

25) たとえば、「リスに似て、体は黄色で、頬が赤い丸で表現され、尻尾はギザギザで稲妻のような形をしていて、両耳は長くてその先が黒くなっており、目は……口は……手足は……頭身は……」等々、非常に細かく具体的な指示を数多く受ければ、「ピカチュウ」を見たことがなくとも、それに似たイラストが創作される可能性はあるだろう。

IV AIによるコンテンツ生成の場合

1 総説

人による創作を念頭に置いて検討した依拠性に関する基本的な判断枠組みを前提に、AIによるコンテンツ生成と依拠性について検討する。

基本的には、人による創作のケースと同様に考えて、AI利用者が既存著作物を学習したAIを用いてコンテンツ生成を行う過程で、AIが当該学習対象著作物にアクセスし、それを基にしてAI生成物が生成されたと認められる限り、依拠を肯定することになる²⁶⁾。確かに、AIによるコンテンツ生成プロセス自体はブラックボックスであり、実際にどのような過程を経てコンテンツの生成に至ったのかを外部から把握することは不可能に近い。しかし、出力されたAI生成コンテンツと機械学習に用いられた既存著作物が、アクセスしていなければこれほど似ることはあり得ないと言えるほどに類似しているという場合には、そのまま依拠ありと推認することは許される。

特定の画家の絵画のみを集中的に学習したAIがこれと類似したイラストを生成した場合に、依拠が肯定されるのはもちろんのこと、様々な画家の膨大な量の絵画をAIに学習させたという場合にも、その膨大な量の絵画の中で特定の絵画と類似したイラストをAIが出力したのであれば、似ているからにはアクセスがあったと推認できるのであるから、直ちに依拠を否定することはできない。論者の中には、「元の著作物が一群のパラメータの生成に及ぼす影響はごく小さいものと解される」などの理由から、「生成物が元の著作物と顕著な類似性を有するなどの事情がない限り、依拠を否定するのが妥当と思われる」と説くものがある²⁷⁾。しかし、実際に当該「元の著作物」と類似したAI生成物が出力されているからには、「パラメータの生成に及ぼす影響」が、学習に用いられた膨大な絵画全体から見れば量的にはわずかであったとしても、質的には無視できない影響があったと推認せざるを得ない以上、依拠を肯定せざるを得ないと思われる²⁸⁾。もっとも、最終的に侵害

26) 愛知・前掲注1) 143頁。

27) 横山久芳「AIに関する著作権法・特許法上の問題」法律時報91巻8号(2019年)54頁。

を肯定し差止めまで認めることになると、非常の多くの画家から許諾を得なければ利用できないことになり、自由利用を過度に制約・萎縮させてしまうため、(依拠とは異なる侵害要件である)類似性要件を厳格に解する、あるいは、柔軟に差止請求権の濫用を認めるなどの方策はあり得よう²⁹⁾。

これに対して、既存著作物が機械学習に用いられ、かつ出力されたAI生成コンテンツがこれに酷似していたとしても、AI利用者の側で、既存著作物のデータがAIによるコンテンツ生成に寄与していないということを仮に立証することができれば(このような立証は実際には非常に困難であろうが)、独自生成として依拠が否定される³⁰⁾。

以上のように、基本的な判断枠組み自体は人による創作の場合と変わらないと考えるべきである。しかし、学説の中には、AIによる生成プロセスは「本質的には数学的処理にほかならないことから、自然人の脳による精神活動と同質のものとは未だ評価し得ない」のに加えて、「入力を行った者によって、……処理過程自体について直截的にコントロールすることは現状ではほとんど考えにくい」ことを理由に、AIが学習した既存著作物に類似した生成物が出力されたとしても、「当該生成物が個々の訓練データに対応する著作物に依拠して生成されたものとして定型的に評価することには理論的に無理があり³¹⁾」、「学習モデルの事前学習過程における訓練データとして著作物を取り入れて構築されていることだけをもって、その後、そのような著作物に係る情報を何ら包含しない入力に対して出力された生成物について依拠性を肯定することは一般論としては妥当ではない³²⁾とする。たとえ生成されたコンテンツと類似する著作物が学習に用いられていたとしても、原則としてAIによる依拠を否定するわけである。確かに、人間による現実の精神活動とAIによる生成プロセスの間には差異があるものの、依拠性自体は、他人の著作物に接し(アクセスし)、これを基にして著作物等を作成・利用しているか否かを客観的に判断するものである。実際にどのように既存著

28) 愛知・前掲注1) 145頁。

29) 愛知・前掲注1) 145頁。

30) 横山・前掲注27) 53頁、愛知・前掲注1) 144頁。

31) 平嶋竜太「Generative AIによる生成物をめぐる知的財産法の課題」Law & Technology 別冊9号(2023年)68頁。

32) 平嶋・前掲注31) 69頁。

作物にアクセスし、それに基づきどのように創作・生成行為が行われているかという具体的なプロセスこそ違えども、依拠自体が主観ではなく客観的事情によって判断されるものであるところ、これほど似ているのはアクセスした著作物に基づいて生成されたからこそであるという大枠の客観的評価自体は、人による創作の場合のみならず AI によるコンテンツ生成にも等しく妥当する。両者で判断枠組み自体に差異を設ける必要性はないと考えられる。もちろん、両者で具体的な創作・生成プロセスが異なるのであるから、とりわけ独自創作・独自生成の主張立証の手法などには違いが出てくるかもしれない。

さらに、入力を行った者が処理過程自体を直截的にコントロールできないという点に関して、論者は、既存著作物が訓練データとして AI に取り入れられており、かつ、AI 利用者が AI に対し「特定の他人の著作物に係る情報を含めた指示」、「生成物の出力の前提となる入力の内容において、当該著作物と類似する生成物を出力する条件づけと評価しうる指示等」を行っている場合には、「学習モデル内の状態に対して積極的に作用をして、出力内容に影響を及ぼしているものととらえることが可能」とし、依拠を肯定する³³⁾。以下で、この考え方について検討してみよう。

2 AI 利用者による依拠——間接依拠と無意識依拠

確かに、AI 利用者自身は、たとえ、同人が学習済みモデルの作成者でもあり、学習用データとして他人の著作物を AI に入力した本人でもあったとしても、AI 生成物の生成プロセスにおいて AI が実際にどの著作物にアクセスしていたかを直接に認識することはできない。AI 内部でのコンテンツ生成プロセスがブラックボックスである以上、平嶋が説くように、AI 利用者が AI による生成プロセスを直接にコントロールすることはできない。

しかし、人が創作する場合を対象にⅢ 3 で述べた間接依拠の場面では、たとえ B（出版社など）が A による著作物の創作プロセスをコントロールできなかったとしても（A による著作物の創作に影響を及ぼしていないとしても）、A が既存著作物に依拠して作成した著作物が当該既存著作物との間で類似

33) 平嶋・前掲注31) 69頁。

性（創作的表現の共通性）を満たす限り、これを利用するBは間接的に既存著作物に依拠していることになるとの関係は否定されないはずである。そうである以上、入力を行った者が処理過程自体を直接的にコントロールできないからといって、直ちにAI生成コンテンツにも間接依拠の考え方が妥当することを否定できないのではなかろうか。平嶋説では、あくまでAI利用者自身がコンテンツ生成プロセスに直接的な関与を行った場合にのみ依拠を肯定するのであるが、人による創作での間接依拠と同様に、AIが生成したコンテンツに、入力された他者の著作物の創作的表現がそのまま現れている場合には、AI利用者も間接的に当該著作物に依拠したものと認めて差し支えない³⁴⁾。たとえAI利用者自身が既存著作物を知覚・認識していなくとも、AIが既存著作物にアクセスし、それを基にコンテンツを生成したことに違いはないので、やはり依拠を否定する理由はない（無意識依拠）。

3 アイデアそれ自体への依拠と著作物に依拠した上でのアイデアの抽出

学説では、既存著作物それ自体を機械学習したAIにおいて、学習過程から推論（=生成）過程に引渡されるのが、アイデア（画風・作風）のみで、学習対象著作物の表現そのものが含まれない場合には、たとえ生成されたコンテンツと学習対象著作物の間に類似性が認められても、独自生成として依拠が否定されると説くものがある³⁵⁾。データが創作的表現の形で保持されている場合には依拠を肯定し、創作的表現ではなくパラメータとして抽象化・断片化されている場合にはアイデアにアクセスしているにすぎないとして、著作物への依拠を否定する考え方³⁶⁾と同様と言えよう。

しかし、元の著作物がパラメータに抽象化・断片化されたとしても、AIがコンテンツの生成に際して基にしているのが入力された著作物そのもので

34) 愛知・前掲注1) 143~144頁。

35) 奥邨弘司「生成AIと著作権に関する米国の動き——AI生成表現の著作物性に関する著作権局の考え方と生成AIに関する訴訟の概要」コピライト63巻747号（2023年）45頁、同「依拠・類似」上野=奥邨編著・前掲注2）123頁。

36) 知的財産戦略本部「新たな情報財検討委員会報告書——データ・人工知能（AI）の利活用促進による産業競争力強化の基盤となる知財システムの構築に向けて」（以下、「新たな情報財検討委員会報告書」という）37頁（2017年）。

ある以上は、依拠を否定することはできないであろう³⁷⁾。AIによる機械学習プロセスにおいてパラメータとして抽象化・断片化された状態になろうとも、それは入力された著作物の形態が機械的に変換されたものにすぎず、「表現」であったものが「アイデア」に変換されたと考えるべきではない。「著作物」(表現)に対してどのような技術的プロセスでアクセスが行われているかという話に過ぎず、「著作物」(表現)へアクセスし、それを基にコンテンツを生成したこと自体を否定するものではない³⁸⁾。

仮に、パラメータとして抽象化・断片化された状態をもって、「アイデア」と評価すべきであるとしても、そもそもAIに既存著作物のアイデアのみが入力されていたわけではなく、その表現を含む著作物全体にアクセスしそれを学習していた以上、Ⅲ4で述べたように、アイデアのみに依拠したケースではなく、著作物に依拠した上でアイデアを抽出したケースそのものとなる。既存著作物からパラメータを抽出し、それを利用してコンテンツ生成に至ることが可能となったのも、最初に既存著作物にアクセスしていたからこそである。既存著作物にアクセスし、それを基にコンテンツが生成されたことに違いはないのであるから、独自生成とは認められず、依拠を否定することはできない³⁹⁾。

論者は、既存著作物それ自体を機械学習したAIにおいて、学習過程から推論(=生成)過程に引き渡されるのが、アイデア(画風・作風)のみで、学習対象著作物の表現そのものが含まれない場合について、依拠を否定すべきと論じる際、クリーン・ルーム方式をその手がかりとしている⁴⁰⁾。しかし、この方式について、そもそも依拠を否定すること自体に疑問の余地があることは前述の通りである。

4 AIによる独自生成後の利用行為

AI生成コンテンツが既存著作物と(アクセスしていなければこれほど似るこ

37) 横山・前掲注27) 53頁は、パラメータをプログラムの一部とみるべきであり、単なるアイデアと捉えることは適当ではないと説く。

38) 愛知・前掲注1) 144頁。

39) 高野・前掲注8) 79～82頁。

40) 奥邨・前掲注35) コピライト63巻747号45頁、同・前掲注35) 上野=奥邨編著121～123頁。

とはあり得ないと言えるほどに) 類似しているとしても、当該著作物はそもそも AI に入力されておらず学習対象となっていない、あるいは、学習対象著作物ではあったもののコンテンツ生成に全く寄与していないのであれば、AI による依拠は否定される。このように、いったん独自生成されたコンテンツを、その後 AI 利用者等が既存著作物を知覚・認識した上で譲渡・公衆送信したとしても、人による創作の場合(Ⅲ5)と同様に考えるのであれば、依拠は否定されることになろう。もっとも、人による独自創作の保護と異なり、AI による独自生成の保護を生成後の利用行為にまで及ぼす必要はないという考え方も十分にあり得る。この点は、後述の 5 を参照。

5 既存著作物を認識している者が AI を利用してコンテンツを生成した場合

人による創作の場合と同様に考えるのであれば、たとえば、既存著作物を認識している者が AI を用いてコンテンツを生成させたところ、AI は一切その既存著作物にアクセスせず、独自に既存著作物に類似したコンテンツを生成した場合には、著作権侵害は否定されることになろう。アクセスした既存著作物を基にして生成したわけではなく、あくまで AI による独自生成である以上、著作権侵害を構成するわけではないからである。

もっとも、AI 自体は一切既存著作物にアクセスしそれを学習してなくとも、既存著作物にアクセスしたことがある AI 利用者が、既存著作物に類似した著作物を作成させる意図を持って、AI に極めて詳細かつ具体的な指示をした結果、AI 自体は独自にコンテンツを生成したものの、AI 利用者の事細かな指示に機械的に従ったために、既存著作物に類似したコンテンツが出来上がったという場合には、AI 利用者が AI を道具として、既存著作物を基に当該コンテンツを創作したと評価することができよう⁴¹⁾。このようなケースでは、AI ではなく AI 利用者自身に依拠が成立する(間接依拠ではない)。

他方で、AI 自体は既存著作物を学習せずに独自生成し、AI 利用者も既存著作物を認識してはいるものの、簡単で抽象的な指示に留まっていたという場合には、たとえ生成されたコンテンツが当該既存著作物と類似したとしても、AI が既存著作物にアクセスしていない以上、それは偶然に似てしまっただけで、独自に生成されたものであるとして、依拠は否定されることにな

ると思われる。

これに対して、「AIを道具として用いて著作行為を行っている」と評価される場合のAI操作者だけでなく、AI自律生成と評価される場合の操作者⁴²⁾も含めて、AI利用者が既存著作物にアクセスしていたのであれば、AI自体が独自生成していたとしても、AI利用者に依拠が認められると説く見解がある⁴³⁾。AIによる独自生成であったとしても、「それで直ちに、生成されるものに関する著作権侵害が否定されることにはならない。AIの操作者自身が、AI生成表現に類似する学習対象著作物を、直接見たり聞いたりしていた場合は、AI操作者による独自創作の主張を成功させられなければ、……著作権侵害となる」とし、「二段の独自創作」が認められなければ、侵害は否定されないと述べるのである⁴⁴⁾⁴⁵⁾。

しかし、AIが既存著作物に一切アクセスすることなく、また、AI利用者も極めて抽象的な指示しかしていない場合には、既存著作物に似たコンテンツが生成されたとしても、当該著作物を基にして生成されたとは認められないのであるから、やはり独自生成として依拠は否定されると考えるべきである⁴⁶⁾⁴⁷⁾。

奥邨説では、「AI独自生成が認められる場合……、AIはペンやワープロ、お絵かきソフトのようなニュートラルなツールとなる」⁴⁸⁾と位置付けられる。

41) 前掲注25)の例も参照。ただし、AI利用者がAIを道具として創作としたと評価できるケース自体は、もっと広く認められる。AI利用者に「創作的意図」と「創作的寄与」がありさえすれば、出力される成果物がどのようなものになるのかをAI利用者が予測できなくとも（あるいは意図とは異なるものが生成されたとしても）、AI利用者がAIを道具として用いて著作物を創作したと評価可能である（愛知・前掲注1）132～133頁）。もとより、「創作的寄与」の有無をどのように判断すべきかが大きな問題ではある。AI利用者の指示が、さしたる労力・コストもなしに誰もが一挙手一投足で行えるような抽象的で簡単なものに留まる場合には、創作的寄与を認めることはできないであろうが、これを肯定する基準をあまり高く設定しすぎることはせず、柔軟に認める方向性も十分にあり得る（愛知・前掲注1）137頁）。

42) 奥邨・前掲注35) コピライト63巻747号50頁注51。

43) 奥邨・前掲注35) コピライト63巻747号45～46頁。同・前掲注35) 上野＝奥邨編著117～119頁も参照。

44) 奥邨・前掲注35) コピライト63巻747号47頁。同49頁注71も参照。

45) AI自律生成のケースも含めて、このような考え方を当てはめるのであるから、極端なことを言えば、AI利用者が既存著作物を知覚・認識しながらボタンを押しただけで、後は全てAIが自律生成を行ったという場合にも、依拠が肯定されるのかもしれない。

すなわち、AIはもはや物理的・直接的な生成主体とも評価されず、物理的・直接的な創作主体はAI利用者のみだと捉えた上で、AI利用者についてのみ依拠の成否を判断することになるのであろう。他方、人による創作の場合と同様に考えるのであれば、AIによる独自生成が認められる場合にも、直接的・物理的に生成を行っているのがAIであることは否定されない。あくまで、直接的・物理的に生成を行ったAIそれ自体を対象に依拠の成否を判断することになり、(AI利用者が極めて詳細かつ具体的な指示をした場合を除いて)AIによる独自生成である以上は、依拠が否定されることになる。

奥邨説のような立場をより実質的に見れば、依拠の理論的根拠の1つである独自創作の奨励は、あくまで人である独自創作者の保護を意味するのであって、AIによる独自生成を保護する(侵害を否定する)理由はないとして、人による創作の場合とAIによるコンテンツ生成の場合とで考え方を違えるべきであるという理解に根ざすものなのかもしれない⁴⁹⁾。このような理解か

46) 平嶋・前掲注31) 68頁注38も、「入力内容として、特定の著作物を指定して生成物の出力を求めているような場合については、当該著作物が学習データとして取り入れられていなくとも、関連する他の著作物データや関係データから推論して生成される可能性は否定できない」としつつも、「このような場合に、依拠性を肯定することが妥当であるのかは極めて難しい判断となろう」とする。

47) もっとも、ピカチュウを認識している者が、ピカチュウの絵を一切学習していないイラスト生成AIに、単に「ピカチュウ」という指示をただけであるにもかかわらず、AIがその「ピカチュウ」というキーワードを出発点にして他のデータを基に推論し、結果として、ピカチュウに類似したイラストが生成されたという場合には、既存のピカチュウの絵それ自体にはアクセスしていなくとも、AIが、学習したデータの中から関係データを選び出し、それを組み合わせてピカチュウ類似のイラストの生成に至ったのは、あくまでAI利用者が「ピカチュウ」というキーワードを入力したからこそであると考えられるかもしれない。奥邨・前掲注35) 45～46頁が挙げる「マリオ」の例も、このようなケースと言えようか。しかし、前掲注25) で述べた「リスに似て、体は黄色で、頬が赤い丸で表現され、尻尾はギザギザで稲妻のような形をしていて、両耳は長くてその先が黒くなっており、目は……口は……手足は……頭身は……」等々、非常に細かく具体的な指示を数多く受けた場合と比べても、AIが少ない試行回数で既存のピカチュウ類似のイラストを生成する可能性は小さいと考えられ、同じようなイラストが繰り返し生成される蓋然性も決して高くはないと思われる。たとえそのようなイラストが実際に生成されたとしても、偶然に似てしまったにすぎないと評価できるのではないだろうか(もとより、人の創作の場合にも、独自創作の結果、たまたま似てしまっただけという場合はある)。

48) 奥邨・前掲注35) コピライト63巻747号51頁注71。同・前掲注35) 上野=奥邨編著117頁も参照。

49) 上野=奥邨編著・前掲注2) 281、282頁[奥邨発言]、284頁[谷川和幸発言]参照。

らは、4で検討した、いったんAIが独自生成したコンテンツを、その後にAI利用者等が既存著作物を知覚・認識した上で利用したという場合にも、人による創作の場合とは異なり、当該事後の利用行為について侵害を認めるという考え方につながる可能性もあるだろう。人による独自創作とは異なり、AIによる独自生成に保護を与える必要はないという価値判断にも大いに首肯できるところがある。しかし、さしあたり本稿では、依拠について客観説に立つことを前提に、既存著作物へのアクセスがなく、それを基にしてコンテンツが生成されたという客観的事情がない以上、既存著作物の存在がコンテンツ生成コスト（「創作費用」に相当）の削減につながってはいないのであるから、依拠は否定されるとの立場をとっておく⁵⁰⁾。

V おわりに

本稿は、さしあたり、人による創作の場合とAIによるコンテンツ生成の場合とで、依拠性の基本的な判断枠組みとしては大差がないとの結論を維持するものではある。しかし、学説でも見解が一致しているわけではなく、著作権法の趣旨・目的に照らして、AIによる独自生成は独自創作者の保護と同様の水準で保護するに値するのかなど、規範的観点から議論すべき課題もある。本稿では立ち入ることができなかったが、実務上は、AIによる独自生成であることがそもそも立証可能なのか、どの程度の主張立証を求めるのかといった問題もある。AI生成コンテンツをめぐる侵害判断において、依拠は非常に重要な位置を占め、今後も議論が継続されるであろう。本稿が議論を深化させる一助となれば幸いである。

50) もっとも、AI利用者がAIを道具として利用して創作したと評価できるかを検討する際には、「AIが複数のコンテンツを生成した場合に、そのうちの1つを吟味して作品として選び出したという事情」も斟酌される（愛知・前掲注1）137頁）ところ、AIが独自生成した複数のコンテンツの中から、AI利用者が自身の認識している既存著作物に類似したものをあえて選び出したというケースでは、選び出されたコンテンツ自体は既存著作物を基にして作成されていないものの、AI利用者が当該コンテンツを選び出す際には、既存著作物へアクセスしたからこそ複数の選択肢の中からターゲットを絞ることができたのであり、AI利用者が選択を行うためのコストを低減させることにつながったという理由で、依拠を認めるという考え方もあり得るかもしれない。

なお、本稿脱稿後、文化審議会著作権分科会法制度小委員会「AIと著作権に関する考え方について」（2024年）に接した。