

生成 AI と知的財産法上の諸問題

——刑事規制の観点から——

日 原 拓 哉*

目 次

はじめに

第1章 生成 AI による著作権侵害と著作権法上の刑事規制

1. 権利侵害救済規定と刑罰
2. 近時における著作権侵害刑事判例の判断枠組
3. 漫画「ハイスコアガール」事件から見る著作権等侵害罪の刑事手続に関する課題
4. 刑事規制の観点から見た想定される生成 AI の利活用に伴う権利侵害
5. ま と め

第2章 ディープフェイク問題

1. ディープフェイクの定義・従来考慮されてきた犯罪類型
2. 「犯罪類型に該当しない」利用形態
3. まとめと展望

結 語

はじめに

近年、その展開が目まぐるしい生成 AI (Generative AI) が注目されている。生成 AI とは、大量のデータから、故障の予兆や詐欺やスパム情報の検出、将来予測、また次に個人に表示する動画を決定するなどのデータ分析目的に加えて、従来人間が得意としてきた情報を生成・創造する目的で

* ひらは・たくや 立命館大学衣笠総合研究機構法政基盤研究センター補助研究員 京都外国語大学非常勤講師

用いられる AI のことである¹⁾。例えば、テキストの入力をするると答えや文章を要約して回答したり、生成 AI が人間の指示を受けてプログラムのソースコードを作成したり、テキストから作曲を行ったりするものまで存在し、テキスト、コーディング、画像、動画・3D・ゲーム分野の順番で活用が進む予測がなされている²⁾。現在展開されている主な生成 AI サービスとして、画像生成の分野では、シチュエーションと文章から画像の出力を行う NovelAI（2021年）、Discord アカウントから出力したい絵画に関する特徴を言語による指示（プロンプト）で与えて画像を出力させる Midjourney や Nijijourney（2022年）、DALLE・3（2023年）、特定の Web サイトもしくはローカル環境で作動させ、出力したい絵画に関する特徴を言語による指示で与え画像を出力させる Stable Diffusion（2022年）が挙げられる。特に DALLE・3 や Stable Diffusion では、いわゆる i2i (image to image) 方式で既存のイラストを改変させて出力することも可能である。また、文章生成の分野では、大規模言語モデル（LLM: Large Language Models）を利用した文章生成を行う ChatGPT（2022年）が有名であるが、2023年9月現在では文章生成のみならず、Python を利用したコード生成や、追加プラグインで図形・フローチャート描画、文章分析など可能となっている。動画生成の分野では、Runway（2022年）が挙げられ、既存の動画を改変させて新たな動画を出力するもの（Gen-1）から、シチュエーションと文章から動画を生成するもの（Gen-2）が展開されている。このような生成 AI において、世界全体の生成 AI の市場規模は、2022年の1.2兆円から、2030年までに約14兆円にまで拡大し、2022年～2030年の期間の年平均成長率は35.6%と予測されている³⁾。

しかし、生成 AI による法的問題もいくつか指摘されている⁴⁾。まず、

1) 総務省「令和5年版情報通信白書（第1部）」55頁。

2) SEQUOIA, Generative AI: A Creative New World (<https://www.sequoiacap.com/article/generative-ai-a-creative-new-world/>: 最終アクセス2023年9月14日)

3) 総務省・前掲（注1）56頁。

4) 総務省・前掲（注1）56頁以下。

偽画像・偽動画が、意図せず又は意図的に拡散し、他者の利益・権利の侵害や社会的混乱を引き起こしてしまう可能性であり、2022年9月に「Stable Diffusion」を利用した静岡県台風洪水デマ画像が SNS 上に投稿され拡散し社会問題となったことは記憶に新しい。さらに、知的財産権の侵害等、アーティスト、イラストレーター等のコンテンツ生成者への経済的影響を与える可能性もあり、近時の事例では、2023年1月に米・サンフランシスコで複数のアーティストが画像生成 AI 開発各社 (Stability AI Ltd, Midjourney Inc, DeviantArt Inc) を、これら企業は著作権で保護されたアーティストの作品をコピーし、その画風で画像を生成することにより何百万人もアーティストの権利を侵害していると主張し、AI 企業による侵害を止めるため金銭的損害賠償と裁判所命令を求めた。また、我が国でも、ラディウス・ファイブ社が元となるイラストを学習させることで、その特徴をとらえた画像を自動生成できる AI 「mimic」をリリースした後、悪用を懸念する声が多く寄せられたことから1日で配信を停止したことがあった。

このような生成 AI の法的問題が浮かび上がるなか、個人情報保護・知的財産法(著作権法)の枠組で意識されるようになってきた。とりわけ、著作権法の分野では AI による生成物の著作物性や、生成 AI による権利侵害事例における著作権侵害該当性が議論されていた⁵⁾。その中で、本年6月17日に開催された文化庁著作権課「令和5年度 著作権セミナー AI と著作権」ではこれらの検討に加え、権利侵害における救済規定として差止請求・民事責任・刑事責任が考慮されることを確認したうえで、特に刑事罰の対象であることにも言及されていた。先行研究では権利侵害該当性に限定して検討されるものが多かったが、その法的効果に関する検討——とりわけ刑事罰——はほとんどなされていない。そこで、生成 AI (特に画像生成 AI) による著作権侵害事例を刑事規制の観点から考察した場合

5) 中央経済社編『ChatGPTの法律』(中央経済社、2023年)71頁以下、松尾剛行『ChatGPTと法律実務』(弘文堂、2023年)82頁以下、福岡真之介=松下外『生成 AI の法的リスクと対策』(日経 BP、2023年)66頁以下。

に、どのような法解釈・運用となるのかを確認するとともに、これらが生成 AI の開発利用にかなうものになるのかを検討する。（第 1 章）

さらに、本年では画像生成 AI のほかに音声生成 AI も広く知られるようになってきている。中には、ある人物の音声パターンを一定程度学習させて、その人物の声質を再現する技術も台頭しており、インターネットでの公開を通じて何人でも利用可能となっている。この技術は、画像生成 AI と合わせて、いわゆる「ディープフェイク」という偽動画・画像の制作にも資するものであり、画像生成 AI と組み合わせるに問わず、名誉毀損・侮辱、詐欺・脅迫、ポルノ制作といった犯罪構成要件に該当する行為に利用することも可能であるところ、近時では著名人や俳優・声優などの実演家の音声を学習させたボイスチェンジャーと音声生成 AI を組み合わせることで、その実演家になりすまして演技を行ったり、歌唱したりと実演することも可能となっている。この行為は実演家の利益を収奪する行為ではないだろうか。そこで、実演家ひいては著名人の顧客吸引力を保護するパブリシティ権や、登録による保護を受けない物を保護する不正競争防止法 2 条 1 号・2 号類型該当可能性も考慮して生成 AI によって国民経済の発展・公正な競争の実現を図れる解釈枠組を明確し、適宜立法的解決策を示したい（第 2 章）。

第 1 章 生成 AI による著作権侵害と著作権法上の刑事規制

本章では、画像生成 AI によって生成した画像が著作権侵害となりうるケースを想定しつつ、刑事規制の観点から見た場合にどのような解釈になるのかを、その刑事規制の制度沿革、類型およびその運用について見ताうえて、生成 AI に関与する主体——開発者・事業者と利用者——において適用されうる規定を確認し、その場合の法的評価を検討する。

1. 権利侵害救済規定と刑罰

著作権侵害に対しては著作権法上、差止請求(112条)、損害賠償請求(民法709条:不法行為責任)、そして刑罰(119条以下)の3つの権利侵害救済規定が考慮される。このうち、差止請求については権利侵害者または権利侵害のおそれのある者で要件は充足し、これらの者に対する故意・過失の証明は不要である。次に、損害賠償請求については、過失責任主義の原則に基づいて権利侵害者の故意・過失の証明を必要とする。そして、刑罰においては、故意犯処罰が原則であるため、権利侵害者の故意が必要である⁶⁾。著作権法上の罰則は119条以下に数多く規定されているが、本論文で想定する著作権侵害についてはさしあたって著作権侵害一般を処罰対象とする119条1項の適用が考慮されるため、以下ではこの類型にしほり、同規定の構成要件およびその法定刑、さらにはその運用について確認する。

I. 著作権等侵害罪概説

著作権法119条1項によると、「著作権、出版権および著作隣接権」を侵害した場合、10年以下の懲役もしくは1000万円以下の罰金またはこれの併科という法定刑が予定されている。この法定刑は、刑法典上の財産に対する罪や一部の生命・身体に対する罪に規定される法定刑よりも重い⁷⁾。

6) ただし、令和2年(2020年)著作権法改正では、一部の類型について過失犯にまで処罰範囲を拡張していると考えられる。著作権法113条2項の規定では、侵害コンテンツへのリンク設定行為についてリーチサイト・リーチアプリ設定者は、そのリンク設定行為に係る著作物等が侵害著作物であることを知っていた(故意)のみならず、知ることができたと認めるに足りる相当の理由がある場合(過失)において、当該侵害著作物に係る著作権・出版権または著作隣接権を侵害したとみなされ、刑事規制上は、当該行為は故意または過失により119条1項の対象となる。(松田政行編『著作権法 コメントール別冊 平成30年・令和2年』(勁草書房、2022年)276頁、280頁以下[大野雅史]参照。これに注目するのは、奥邨浩司「技術革新と著作権法制のメビウスの輪(∞)」コピーライト702号(2019年)17頁、西貝吉見「令和2年著作権法改正の刑罰的検討」法時92巻8号(2020年)79頁。なお、渡邊卓也「著作権侵害の関与者処罰と共犯理論」山口厚ら編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集[上巻]』(成文堂、2022年)825頁脚注13。

7) たとえば、詐欺罪(刑法246条)・恐喝罪(刑法249条)・業務上横領罪(刑法253条):➤

この著作権法における罰則規定は、その歴史を通じて数々の変遷を遂げている⁸⁾。旧著作権法（1899年）では、違反者に対して5万円以下の罰金が科されるとされていた。1953年に改正された際には、罰則が2年以下の懲役または5万円以下の罰金と懲役刑が追加された。現行著作権法（1970年）の制定時には、罰則がさらに強化され、3年以下の懲役または30万円以下の罰金となった。その後、1984年改正および1996年改正では、罰金刑についての上限が引き上げられ、2000年改正では、法人に対する罰金額の上限が引き上げられた。2004年の改正では、法定刑の上限が懲役5年に引き上げられ、さらに国外販売レコードの並行輸入をみなし侵害とする新たな罰則が創設された。最も注目すべきは、2006年の改正である。この改正により、第119条1号（当時）・第124条（両罰規定）の法定刑が引き上げられ、現行規定では10年以下の懲役（拘禁刑）もしくは1000万円以下の罰金またはこれの併科となっている。これらの変遷を通じて特筆すべきは処罰類型の拡張とともに法定刑の引き上げが進められている点である。

本罪の保護法益は二面性を有するとされる。すなわち、著作者等の人格的利益および経済的利益という個人的法益、そして法秩序という社会的法益とし、「これらの法益の侵害を反社会的な行為として処罰することとしたもの」という説明が起草担当者によりなされている⁹⁾。しかし、特に後者については罪刑法定主義の観点から刑事罰を設ける理由を法秩序の侵害と捉えることはトートロジーに陥るおそれがあるところから、「社会全体

↘10年以下の懲役、窃盗罪（刑法235条）：10年以下の懲役または50万円以下の罰金。また、これより軽い犯罪類型として例えば、業務上過失致死傷罪（刑法211条）：5年以下の懲役もしくは禁錮又は100万円以下の罰金、過失運転致死傷罪（自動車運転致死傷行為等処罰法5条）：7年以下の懲役もしくは禁錮または100万円以下の罰金が挙げられる。なお、この法定刑と同一の犯罪類型は、特許権侵害罪（特許法196条）、意匠権侵害罪（意匠法69条）、商標権侵害罪（商標法78条）である。

8) 金子敏哉「著作権侵害と刑事罰——現状と課題——」法とコンピュータ31巻（2013年）190頁も参照。

9) 加戸守行『著作権法逐条講義（7訂新版）』（著作権情報センター、2021年）939頁。

において著作権侵害を抑制することで適切な社会秩序を形成する¹⁰⁾と把握すべきという見解もある。

II. 構成要件の解釈

次に、本罪の構成要件の解釈を確認する。

まず、本罪の行為主体は著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者である。この規定では、営利目的という主観的要件や複製・頒布など客観的要件が存在する、すなわち処罰対象行為を制限する諸外国の規定に比べて広範な行為類型であるといえる。次に、本罪の構成要件的行為について、本罪は著作権等侵害一般を処罰する規定であるため、構成要件的行為の解釈においては著作権法における権利侵害のそれと同一であり、民事法と刑事法における著作権侵害の解釈の差異は設けない一元論が主流である¹¹⁾。この関連で、著作権法30条から47条の7にそれぞれ規定される権利制限規定の位置づけは、本罪の文言に照らせば、構成要件阻却事由に位置付けるのが妥当であるといえよう¹²⁾。

10) 金子・前掲(注8)100頁。

11) 桑野雄一郎「刑罰法規としての著作権法～マルシーポリスとの付き合い方～」コピライト668号(2016年)6頁。

12) 安西温『特別刑法6』(警察時報社、1986年)274頁では、「著作(財産)権も、私益と公益との調和、むしろ公益の優先という見地から、その排他的な利用権限に相当な制限が加えられている。著作権の制限として本法三十条以下にその規定があるが、これらは、一面において、個々の著作権を一見侵害するかのようでありながら著作権侵害の違法性を阻却し、犯罪を成立させない法定の除外事由」とするが、権利制限規定は刑事罰のみならず民事責任や差止請求においても及びうるものである。そもそも、権利制限規定の趣旨は、著作権が無方式主義(17条2項)を採用しつつ支分権を通じて著作物の利用を万人に禁止する権利(中山信弘『著作権法(第4版)』(有斐閣、2023年)354頁)であり、必要に応じて制限することで、文化の発展への寄与・文化的所産の公正な利用に留意するのが著作権法の目的にある(岡村久道『著作権法(第5版)』(民事法研究会、2020年)197頁、田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣、2003年)105頁、加戸・前掲(注9)234頁など)。そうすると、119条の文言における「著作権……を侵害した」それ自体が否定されることになる。

Ⅲ. 侵害主体

構成要件的行為を遂行した者が実行行為者とされるところ、本罪においては著作権法分野で論じられる侵害主体論をめぐる法理に従って侵害主体を認定した事例が存在する。大阪地判平成6年4月12日判時1496号38頁【大阪カラオケスナック著作権法違反刑事判決】では、ビデオカラオケ設置のカラオケスナックの事案につき、同店に設置したビデオカラオケ装置を操作してモニターテレビ画面に楽曲のイメージに合った連続影像と同時に画面に映し出される歌詞及びレーザーディスクの再生に伴って再生される伴奏音楽を順次上映し、かつ、そのカラオケ伴奏によりこれらの各楽曲を同店従業員及び飲食客等にそれぞれ歌唱させてこれを店内の客に聞かせた事例であるが、その判決において、カラオケ伴奏の再生について店の経営者に著作権（上映権）侵害罪を肯定したほかに、同カラオケ伴奏による客の歌唱をさせたことについても著作権（演奏権）侵害罪を肯定したが、後者の歌唱の侵害行為の実行行為者は店経営者であるとしたところに注意が必要である。

後者の歌唱行為の評価につき、カラオケスナックで客が歌う行為については、著作物の「演奏」には該当するが、38条1項本文に該当するので著作権（演奏権）侵害にならないとする。そして店の行為については、「カラオケ法理」¹³⁾を使い、「客の歌唱も店の経営者による歌唱と同視できる」とし、演奏権侵害行為の実行行為者は店の経営者とした。演奏権侵害行為

13) 最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁【クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決】で示されたものである。本件は差止請求・損害賠償請求に係るものであるが、当時の著作権法によると、適法に録音された音楽著作物の演奏の再生につき、著作権法附則14条（平成11年改正で廃止）により、同法施行令附則3条の場合を除いて演奏権侵害と捉えられなかったが、カラオケ設置店は、同条1号（1号：喫茶店その他客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業する旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの）に当たらないと考えられ、同法附則14条により、カラオケ伴奏曲の録音再生については演奏権では捕捉できないとされていたために、歌唱で捉えざるを得ないと一般に考えられていたようである（芝原邦爾＝古田佑紀＝佐伯仁志編『経済刑法実務と理論』（商事法務、2017年）404頁〔大淵哲也〕）。

(=歌唱行為)は、現実に口を開けて歌うもの以外には考え難い。しかし、歌唱者を店の経営者とすると、客の歌唱についての実演家の権利(91条等)を店の経営者が有するという荒唐無稽な結論となってしまうし、何よりも演奏権侵害ではなく楽曲の再生による上演権侵害で把握可能であること¹⁴⁾、仮に店が客を通じて演奏権侵害を実行させたという間接正犯構成をとるにしても、客に対する店の強度の行為支配を肯定することは困難であろう¹⁵⁾。侵害主体は、民刑の解釈を一致させるという限りで、民事の解釈でもあくまで刑法における実行行為者概念に即して判断すべきと思われる。なお近時において、音楽教室における教師および生徒の楽曲の演奏行為につき、特に生徒の演奏権侵害が争われた最判令和4年10月24日民集76巻6号1348頁【音楽教室著作権裁判最高裁判決】では、「演奏の形態による音楽著作物の利用主体の判断に当たっては、演奏の目的及び態様、演奏への関与の内容及び程度等の諸般の事情を考慮するのが相当である」と判断基底を示しながら、「被上告人〔音楽教室〕らの運営する音楽教室のレッスンにおける生徒の演奏は、教師から演奏技術等の教授を受けてこれを習得し、その向上を図ることを目的として行われるのであって、課題曲を演奏するのは、そのための手段にすぎない。そして、生徒の演奏は、教師の行為を要することなく生徒の行為のみにより成り立つものであり、上記の目的との関係では、生徒の演奏こそが重要な意味を持つのであって、教師による伴奏や各種録音物の再生が行われたとしても、これらは、生徒の演奏を補助するものにとどまる。また、教師は、課題曲を選定し、生徒に対してその演奏につき指示・指導をするが、これらは、生徒が上記の目的を達成することができるように助力するものにすぎず、生徒は、飽くまで任意かつ自主的に演奏するのであって、演奏することを強制されるものではない。なお、被上告人らは生徒から受講料の支払を受けているが、受

14) 棚町祥吉「判批」村林隆一先生古稀記念『判例著作権法』(東京布井出版、2001年)954-957頁参照。

15) 芝原ら編・前掲(注13)408頁[大淵]。

講料は、演奏技術等の教授を受けることの対価であり、課題曲を演奏すること自体の対価ということとはできない」として「これらの事情を総合考慮すると、レッスンにおける生徒の演奏に関し、被上告人らが本件管理著作物の利用主体であるということとはできない」としたことには注目に値する。

IV. 著作権侵害罪の故意——主観的要件

本罪における故意は、著作権等の権利を侵害する結果となる具体的行為をすることの認識、すなわち著作権等の権利の内容に含まれる具体的行為を権利者の許諾を得ないで行うことの認識で足り、どの著作権が成立するのか、これを侵害していることの認識は不必要であるとされる¹⁶⁾。この点、東京地判昭和63年3月23日判時1284号155頁【IBM 互換ソフト複製事件】¹⁷⁾でも、「著作権法119条1号〔当時——筆者注〕により著作権を侵害した者を処罰するためには、行為者が当該著作物の権利者は具体的に誰かとの認識までは必要ではなく、権利者が存在するとの認識があれば足りると解すべき」とあるように、著作権侵害罪の故意は広く認定されうる。

ここで考慮すべきなのは、引用（著作権法31条）に該当すると考えて複製を行った結果、当該行為は「公正な慣行」に該当しないものであった場合など、違法性の錯誤の問題、すなわち権利制限規定の錯誤は故意を阻却するかという問題である。伝統的な判例の立場は、法律の錯誤は故意を阻却しない立場（違法性の意識不要説）であった¹⁸⁾。しかし、その後の下級審判例では、違法性の意識の欠如については相当の理由がある限りで故意を阻却するとしたものもあり¹⁹⁾、最高裁においても「行為の違法性の意識を

16) 伊藤榮樹=小野慶二=荘司邦雄編『注釈特別刑法4 労働法・文教法編』（立花書房、1988年）850頁〔香城秀麿〕。

17) 本判決の評釈として、小川憲久「判批」著作権法判例百選〔第2版〕（1994年）216頁、同〔第3版〕（2001年）228頁、大谷實「判評」判時1306号223頁。

18) 最判昭和23年7月14日刑集2巻8号889頁、最判昭和25年11月28日刑集4巻12号2463頁。

19) 東京高判昭和27年12月26日高刑集5巻13号2645頁、東京高判昭和44年9月17日高刑集

欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否についての立ち入った検討²⁰⁾を示唆する判示がなされている。本罪の対象とする著作権は特許権・実用新案権など工業所有権などとは異なり、創作・利用する者は国民全般に及ぶため、例えば支分権の内容や権利制限規定という構成要件の解釈については専門的な知識を必要とする場合もあり、そうすると旧来の判例の立場を貫くと妥当性を欠く場合もないだろうか。少なくとも判例(民事含む)の示す見解や文化庁の解説に従ったなど、違法性の意識を欠くことに相当の理由があると思料される行為は少なくとも犯罪とすべきではないだろう²¹⁾。

2. 近時における著作権侵害刑事判例の判断枠組

次に、近年における著作権侵害罪が問題となった判例について概観する。ここでは、本稿の目的とする生成AIが専らインターネット上で展開されていることに鑑みて、主にインターネット上での著作権侵害類型にしぼることにする。

(1) 京都地判平成16年11月30日判時1879号153頁【Winny 著作権法違反事件】

本件は、被告人が法定の除外事由無しに、著作権者の許諾を得ずにA社とC社の著作権を持つ映画の情報を含むハードディスクに接続し、イン

↘ 4号595頁、東京高判昭和55年9月26日高刑集33巻5号359頁。

20) 最決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁。なお、最判平成8年11月8日刑集50巻10号745頁では、補足意見(河合伸一裁判官)であるが、違法性の錯誤は故意を阻却しないのが判例であることを留保しつつも、「判例を信頼し、それゆえに自己の行為が適法であると信じたことに相当な理由のある者については、犯罪を行う意思、すなわち、故意を欠くと解する余地がある」という。しかし、この規範では刑法38条3項本文における「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない」と整合しない可能性に留意されたい。

21) 平野龍一=佐々木史朗=藤永幸治編『注解特別刑法4 経済編』(青林書院、1982年)43頁[板東久美子]。

ターネットに接続した状態でファイル共有ソフト「Winny2.0β6.6」を起動し、不特定多数のインターネット利用者にこれらの情報を自動公衆送信可能にした事例である。被告人の行為が著作権法2条1項9の5号の「送信可能化」に該当するかが争われたところ、裁判所は、被告人のパソコンが「Winny」ネットワークに接続されたことで、不特定多数のパソコンとの間で情報のやり取りが可能となり、公衆に対する直接の送信を可能化するものであると評価した。そして、送信可能化権侵害は中央サーバを介した情報発信を予定する構成要件であると弁護人が主張したが、裁判所は「自動公衆送信装置」の定義はサーバやホストコンピュータに限らないとし、被告人のパソコンが「自動公衆送信装置」に該当するとし、被告人の行為は送信可能化に該当し、懲役1年（執行猶予3年）の刑を言い渡した。

(2) 最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁【Winny 著作権法違反幫助事件最高裁決定】

上述の前掲・京都地判平成16年11月30日を受けて、本件では適法用途にも著作権侵害用途にも利用できるファイル共有ソフト Winny を、その開発者がインターネットを通じて不特定多数の者に公開、提供した行為につき、正犯者がこれを利用して著作物の公衆送信権侵害を幫助したかが争点となった。

第一審（京都地判平成18年12月13日刑集65巻9号1609頁）では、Winny はさまざまな分野に応用可能で有意義なものであって、技術それ自体は価値中立的であり、さらに、価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪行為となりかねないような、無限定の幫助範囲成立の拡大も妥当でないとし、そのような技術を実際に外部へ提供する場合、外部への提供行為自体が幫助行為として適法性を有するかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、さらに提供する際の主観的態様いかんによること示した。そのうえで、「本件では、……Winny が社会においても著作権侵害をしても安全なソフトとして取りざたされ、効率もよく便利な機能が

備わっていたこともあって広く利用されていたという現実の利用状況の下、被告人は、そのようなファイル共有ソフト、とりわけ Winny の現実の利用状況等を認識し、新しいビジネスモデルが生まれることも期待して、Winny が上記のような態様で利用されることを認容しながら、Winny……を自己の開設したホームページ上に公開し、不特定多数の者が入手できるようにした」として幫助を認定し有罪となった。控訴審（大阪高判平成21年10月8日刑集65巻9号1635頁）では、「一般に、中立行為による幫助犯の成立につき、……助力提供者が、正犯がいかにかその助力行為を運用するのかを知らない場合、又はその助力行為が犯罪に利用される可能性がある」と認識しているだけの場合には、その助力行為は、なお刑法に規定する幫助犯であると評価することはできないというべきであり、幫助犯成立のためには「ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めてソフトを提供する場合に幫助犯が成立すると解すべきである。これに対して本件被告人は、「本件 Winny をインターネット上で公開、提供した際、著作権侵害をする者が出る可能性・蓋然性があることを認識し、それを認容していたことは認められるが、それ以上に、著作権侵害の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めて本件 Winny を提供していたとは認められないから、被告人に幫助犯の成立を認めることはできない」として無罪とした。

上記の事情のもと、上告審では、今日、無償で開発途上のソフトを不特定多数人に公開・提供し、利用者の意見を聴取しつつ開発を進めることが少なくない以上、被告人につき著作権侵害罪の共犯（幫助）が成立するためには、一般的可能性を超えて具体的な侵害に利用される状況を認識・認容していなければならない。被告人は、著作権侵害に利用しないよう警告を発するなどしており、そうした客観的状況を認識・認容していなかった

とした²²⁾。

(3) 大阪高判令和元年11月1日高刑速令和(1)号459頁【「はるか夢の址」事件控訴審判決】

本件は、被告人3名（サイト「E」の運営・管理全般を統括するA、技術面を担当するB、投稿管理等を担当するC）は、「D」の名称で、インターネットサイト「E」を運営・管理していたものであるが、Fら15名と共謀の上、著作権者の許諾を受けずに、被告人CおよびFら14名が、F方等15か所において、同所に設置されたPCを使用してインターネットを介し、H等が著作権を有する著作物である漫画等68点の各書籍データをいわゆるアップローダのサーバコンピュータに記録・蔵置した上、前記F方等15か所において、アップロードされた前記各書籍データの所在を示すURLをサイト「E」に投稿した事例である。第一審（大阪地判平成31年1月17日裁判所ウェブサイト）は、以上の事実に基づき、被告人3名について、公衆送信権侵害罪（著作権法119条1項、23条1項）の共同正犯が成立するとした。これに対して、被告人側がURLを記録・蔵置した行為は、公衆送信権の侵害に当たらないとして控訴した²³⁾。

裁判所は、「投稿者によるアップロード行為は、それ自体において、公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装岡の公衆送信用記録媒体に情報を記録すること（著作権法2条1項9号の5イ）に該当するものではある。しかし、アップロード行為があったとしても、各書籍データはいわゆるストレージサービスに記録・蔵置されているにすぎないから、一般に検索することが難しく、公衆は、書籍データを記録・蔵置した場所を示すURLを知らない限り、事実上、書籍データにアクセスすることは極めて難しい状態にある」ということを前提に、「投稿者が行うアップロード行為は、これに加えて、URL記録行為が行われることに

22) 佐久間修『体系経済刑法』（中央経済社、2022年）342頁参照。

23) その他被告人CとFらとの間に共同正犯は成立しないという主張もしている。

より、公衆においてその URL を介して書籍データにアクセスすることが実質的に可能となると認められる。そうすると、Fら投稿者は、これらの二つの行為を一体として行うことによって、情報を記録する行為により自動公衆送信し得るようにすること（著作権法2条1項9号の5）に当たる行為を行ったというべきである」とし、「アップロード行為と URL 記録行為の双方を一体として行うことにより公衆送信権が侵害された」と認定した。

本控訴審判決では、Aにつき懲役3年（不正指令電磁的記録作成等罪との包括一罪²⁴⁾）、Bにつき懲役3年（不正指令電磁的記録作成等罪との包括一罪）、Cにつき懲役2年4月の実刑判決を受けている。

ただし、本判決は令和2年改正によるリーチサイト・アプリ設置、管理、そして URL 記録行為を処罰する著作権法119条2項4、5号および120条の2第3号の規定が創設される以前のものであり、URL 記録行為が令和2年改正前著作権法における「送信可能化」に該当するかが争点となった。この点、URL の記録それ自体では、URL という事実は送信されているが、リンク先の著作物が公衆送信されているわけではないのであるから、公衆送信権侵害とはならないとするのが伝統的な解釈²⁵⁾であることには留意されたい。

(4) 福岡地裁令和2年3月18日裁判所ウェブサイト【「漫画村」事件（アップロード者）】

本件は、被告人が、A、B及びC（これら3名を併せて「共犯者ら」という）と共謀の上、法定の除外事由がなく、かつ、著作権者の許諾を受けないうで、平成29年5月11日頃、B方で、パーソナルコンピュータを使用し、

24) 被告人AとBについては、両人「らが運営するサイトの競合サイトを潰すことを依頼されて、本件サイトを介して攻撃対象のサイトに連続して多数アクセスさせ、当該サイトのサーバに負荷をかける機能を有する攻撃用スクリプトを作成した」ということで不正指令電磁的記録作成等罪も認定されている。

25) 上野達弘「プロッキングとリーチサイトをめぐる議論状況」法とコンピュータ37号（2019年）12頁以下を参照。

インターネットを介して、Dが著作権を有する著作物である漫画「E」の516話「F」の画像データ1ページから8ページまでを、インターネットに接続されたサーバーコンピュータの記録装置に記録保存し、その頃から同月17日までの間、インターネットを利用する不特定多数の者に自動的に公衆送信し得る状態にし、さらに被告人は、共犯者らと共謀の上、法定の除外事由がなく、かつ、著作権者及び出版権者の許諾を受けずに、平成29年5月29日頃、B方で、パーソナルコンピュータを使用し、インターネットを介して、Gが著作権を有し、株式会社Hが出版権を有する著作物である漫画「I」の866話「J」の画像データを、インターネットに接続されたサーバーコンピュータの記録装置サーバーコンピュータら同月31日までの間、インターネットを利用する不特定多数の者に自動的に公衆送信し得る状態にした事例である。裁判所は、本件被告人の行為につき公衆送信権侵害および出版権侵害を認定した上で、著作権等侵害罪（119条1項）の成立を認め、懲役1年10月（執行猶予3年）および罰金100万円を言い渡した²⁶⁾。

(5) 福岡地判令和3年6月2日裁判所ウェブサイト【「漫画村」事件（サイト運営者）】

本件は、上記(4)事例におけるサイト運営者について、アフィリエイト広告を掲載し、漫画等の画像データが不特定多数のインターネット利用者に公衆送信し得る状態を利用してアフィリエイト報酬を得ていた事例である。被告人は漫画等の画像データの公衆送信を通じて得た収益を、広告代理店B等に18回にわたって送金させた。弁護人は、被告人の行為は「送信可能化」に該当しないと主張した。しかし、裁判所は、被告人がサイトMのサーバにリバースプロキシ²⁷⁾の設定を施すことにより、第三者サーバの

26) その後、大阪地判令和元年11月18日裁判所ウェブサイトにて、本件における著作権侵害として、損害賠償額1億6558万928円が認定されている。

27) なお、この技術はサイトのサーバ負荷を軽減させる効果がある（渡邊卓也「判批」法メ

画像データがMのサーバを通じて公衆に送信される状態を作り出したこと、これが著作権法における「送信可能化」(著作権法2条1項9号の5イ)に該当すると判断し、リバースプロキシの設定は、リンクの貼付けとは異なり、直接的に画像データを送信する行為であり、これも「送信可能化」に該当すると認めた。以上の理由により、被告人には著作権法23条1項に基づく公衆送信権侵害と組織的犯罪処罰法10条1項に基づく犯罪収益等隠匿罪の両罪(併合罪)が成立するとし、懲役3年および罰金1000万円、さらに6257万1336円の追徴を言い渡した²⁸⁾²⁹⁾。

(6) 仙台地判令和3年11月16日 LEX-DB:25591468【ファスト映画事件】

本件は、被告人A、B、Cの3名が共謀し、著作権者の許諾を得ずに映画の映像を編集し、ナレーションを挿入した動画データを作成、そしてYouTubeに公開した事案である。被告人Aの弁護人は、動画データの作成が翻案権の侵害に当たるか、また翻案後の動画データの公衆送信が原著作物の著作者の公衆送信権の侵害に当たるかについて慎重な判断を求め、被告人Aについては共同正犯ではなく、幫助犯であると主張した。

裁判所は、動画データの作成は翻案権の侵害であり、翻案後の動画データの公衆送信も原著作物の著作者の公衆送信権の侵害に当たると判断した。また、被告人Aは動画の編集やナレーションの作成に重要な役割を果

ㄨ 律時報94巻4号(2022年)147頁参照)。その他、リバースプロキシの説明を含めた本判決の評釈として、田中敦「判批」コビライト729号(2022年)33頁以下、奥野浩司「判批」発明119巻1号(2022年)60頁以下、棚瀬誠「判批」研修880号(2021年)3頁以下、出井甫「判批」知財ぷりずむ20巻238号(2022年)19頁。

28) その後、KADOKAWA・集英社・小学館の3社が被告人[サイト元管理人]に対し総額19億円の損害賠償を求めて提訴(2022年7月28日)している。さらに、サイトに広告を掲載していた企業に対する損害賠償(1100万円)も、被告人らの著作権侵害を幫助したとして認定されている(東京地裁令和3年12月21日判時2522号136頁)。

29) なお、本件においては再審請求をすると報じられている。朝日新聞デジタル「『漫画村』元運営者、再審請求へ 漫画のデータは別サイトのもの」(2023年9月15日)を参照。

たし、報酬を受け取っていたため、共同正犯が成立すると認めた。

そのうえで被告人Aには懲役1年6月（執行猶予3年）及び罰金50万円（大麻取締法違反との併合罪）、Bには懲役2年（執行猶予4年）及び罰金200万円、Cには懲役2年（執行猶予3年）及び罰金100万円を言い渡した。その後、各映画の権利者から民事訴訟が提起されており、合計5億円の損害賠償が認定された³⁰⁾。

(7) 小 括

上記事例を概観すると、要件解釈の面では「送信可能化」該当性においてその解釈が後法との関係で争われたり、量刑面では、おおむね懲役刑は3年以下（つまり、旧法における最高法定刑である5年以下）で、罰金も一部を除き500万円以下の罰金刑の言い渡しにとどまっていたりすることが分かる。近時では、2023年9月に判決が下された、動画共有サイトにゲーム映像のあらすじや結末などが分かる「実況動画」等を投稿したことによる公衆送信権（22条）侵害に伴う著作権侵害罪の成否が問われた事案につき、裁判所は被告人に懲役2年（執行猶予5年）および罰金100万円を言い渡した事例もある（仙台地判令和5年9月7日 LEX-DB：25596084）。このように、現行著作権法119条1項所定の法定刑でなくとも、実質的に2006年改正前の法定刑での運用がなされているといえよう。

30) 東京地判令和4年11月17日裁判所ウェブサイト。その損害額の算定（著作権法114条3項）にかかる「著作権……の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額」の計算に関し本件においては、著作権侵害を認定された各映画がYouTube上で有料視聴可能となっており、その利用料金が400円ほどであること、その料金のうちプラットフォーム手数料として30%が収益から控除されること、本件動画が作品全体をアップロードしたものでないことを考慮して再生回数1回あたり200円の損害であると認定していることには注目されたい。

3. 漫画「ハイスコアガール」事件から見る著作権等侵害罪の刑事手続に関する課題

著作権侵害等罪（著作権法119条1項）は親告罪である（著作権法123条1項）。この点、例外的に公益性の強いものに関しては非親告罪となっていたが、平成30年12月30日のTPP11整備法の施行により、123条2項が新設されて非親告罪の範囲が広げられた。このように、海賊版のような悪質な事例においては刑事罰も必要であるが、従前より権利者が寛大に対応してきた著作物の無許諾の利用行為、例えばコミックマーケット等で販売される二次創作作品・同人作品の分野の萎縮効果が懸念されるところから、これらに対しては非親告罪の対象から外されている³¹⁾。しかし、侵害か否かの判断が難しい翻案の事例にまで刑事罰が科される可能性自体は否定されず、特にこうした侵害判断が微妙な事例にまで刑事罰を科すことは、他人の著作物を利用した新たな著作物の創作にとっては萎縮効果が極めて大きく、表現の自由という観点からも大きな問題となる³²⁾。

しかし、過去には侵害の成否が微妙な事案であり、これを両当事者間で争ううちに刑事手続が進められた事例があった。いわゆる、「漫画『ハイスコアガール』事件」と呼ばれるもので、その概要は以下のとおりである³³⁾。すなわち、漫画家である押切蓮介氏が格闘ゲーム等のキャラクターのイラスト等を「ハイスコアガール」という漫画内に描写した行為について著作権侵害罪の成否（複製または翻案権侵害、及び引用該当性）が問題となった事件である。同漫画では、対戦型格闘ゲームの黎明期ともいえる時代を懐かしむ意味も込め、あえて実在する複数のゲームの描写を漫画内で参照していた。しかし、同漫画に描写されるいくつかのゲームのイラスト等について著作権を有するSNKプレイモア社の告訴に基づき、押切氏を

31) 作花文雄『詳解著作権法（第6版）』（ぎょうせい、2022年）594頁。

32) 中山・前掲（注12）835頁以下。

33) 西貝吉晃「著作権侵害罪の限定解釈の試み——ハイスコアガール事件をきっかけとして」法律時報95巻2号（2022年）106頁を参照。

被疑者とする著作権法違反被疑事件に係る捜査が開始され、突然の搜索差押えを含む強制捜査が行われた上、同氏は数ヶ月間にわたる厳しい取調を受けるに至った。また、出版社は、家宅搜索後「ハイスコアガール」の回収・販売停止・一時休載の措置をとるとともに、著作権侵害の事実がないことの確認を求め債務不存在確認の民事訴訟が提起されている状況にあった。最終的に、関係当事者間で和解が成立し、告訴が取り消され、刑事事件の方も不起訴処分で終結した。この事件は著作権侵害の成否の限界が争われるもの³⁴⁾であり、そのような場合においても刑事手続が断行的に続けられることには、とりわけクリエイターの方への萎縮効果が強い等として、刑事手続の進め方の是非について専門家からの声明が出される等、社会的な波紋を呼んだこととして知られている³⁵⁾。

この事件を通じて指摘される懸念としては以下のようなものが挙げられる。すなわち、法定刑の比較的重い著作権等侵害罪において、現状では民事の著作権侵害と著作権侵害罪とではそれらの客観面が同一だと捉えられているところ、民事と違って刑事は故意が要求されるといっても、事実上、事実認識としての故意が肯定されやすくなれば、保護範囲が実質的には民刑で一致することになりかねず、刑罰規定が民事紛争における交渉の道具になるという副作用を発生させる可能性がある³⁶⁾。さらに告訴することで、民

34) 小泉直樹「漫画『ハイスコアガール』をめぐって」渋谷達紀教授追悼論文集編集委員会編『知的財産法研究の輪 渋谷達紀教授追悼論文集』（一般社団法人発明推進協会、2016年）723頁以下では、同漫画の具体的描写を挙げながら複製権・翻案権侵害の成否および適法引用該当性の検討を試みる。

35) 西貝・前掲（注33）106頁。他にこの事件に言及する文献として中山・前掲（注12）835頁脚注4、金子敏哉「著作権法における民事と刑事の役割分担に向けて——それについても著作権法119条1項は改正されるべきである。」法律時報95巻3号（2023年）117頁、桑野・前掲（注11）6頁以下。木下昌彦＝前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて——ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリスト1478号（2015年）46頁。また、著作権法学者や実務家による声明文として『「ハイスコアガール」事件について——著作権と刑事手続に関する声明——』2014年12月22日（<https://www.isc.meiji.ac.jp/~ip/20141222seimei.pdf>；最終アクセス2023年9月14日）。

36) 西貝・前掲（注33）107頁。

事上、有利な和解に持ち込めることが可能な場合があり³⁷⁾、積極的な権利行使を企図する者からすれば刑事手続もよいツールになり得てしまう³⁸⁾。

さらに、刑事手続上の問題として、捜査差押許可状の記載事項に問題には被疑事実は記載せず「罪名」しか記載しないので、著作権等侵害罪の場合、その記載事項には「著作権法違反」とあるのみであり、これではどの著作物についての著作権侵害なのか、財産権なのか人格権なのか、財産権の中のどの支分権なのか、いつ、どこで行った行為なのか、そもそも著作権侵害罪なのか、それ以外の著作権法の罰則に抵触したのか不明であることも指摘されている³⁹⁾。

このように、著作権等侵害罪については実体法上の問題のみならず、手続上においても重要な問題点が指摘される犯罪類型であることがいえる。そもそも著作権法の目的は、「文化の発展に寄与すること」であるところ、文化は模倣によって発展するという側面があり、他人の著作物を利用した名作はむしろ多く、どこからが翻案として侵害になるのかの判断は慎重になされる必要があり、まずは民事に任せて刑事罰はあくまでも謙抑的・補充的であるべきである⁴⁰⁾。また、著作権法上の判例においては、侵害成否についての法解釈が分かれ、民事訴訟においても侵害の判断が確定するまで行われるべき行為が存在する。実際、最終的に侵害が否定された中古ゲームソフトの販売（最判平成14年4月2日民集56巻4号808頁）、最終的に教師の演奏に対しては侵害を肯定し、生徒の演奏を否定した音楽教室における教師の演奏（前掲・最判令和4年10月24日）民事訴訟で侵害の成否についての判断が決するまで、問題となった行為が継続されたまま侵害の成否が争われた。そうすると、著作権侵害の成否をめぐる法解釈が分かれる事案については、基本的に民事訴訟による解決に委ね、刑事罰の適用可能性は

37) 中山・前掲（注12）835頁以下。

38) 西貝・前掲（注33）107頁。

39) 桑野・前掲（注11）21頁。

40) 中山・前掲（注12）836頁。

あくまでその成否が決してからなされるべきであり⁴¹⁾、これをもって事前に過度に抑止することは適切ではないだろう⁴²⁾。しかし、デジタル時代になって、一般人までもが著作権の世界のプレーヤーとして登場するようになり、生成 AI の利用に関してもこの状況は同様であるところ、現行法の規定および運用では一億総犯罪者となるおそれがある⁴³⁾。そこで、次項では解釈論として生成 AI の開発利用にかかる著作権侵害という犯罪を構成しうる行為に対し、構成要件阻却事由としての権利制限規定の解釈を明確にし、現行法の解釈ではこれの開発利用を阻害しうる状況となるならば、立法論として刑事罰の適用されない場合を想定した規定を提言したい。

4. 刑事規制の観点から見た想定される生成 AI の利活用に伴う権利侵害

生成 AI サービスは主にインターネット上で展開される場所、このサービス利用にかかる対価、および広告収入による利益を開発者もしくは事業者が得ることは可能である。また、利用者においても、生成画像を販売すること、インターネット公開による広告収入を得ることも可能である。もし、このようにして生成された画像が著作権侵害として認定されれば、救済規定の適用が考慮され、差止請求・損害賠償のみならず刑事罰の対象となりうる。ただし、開発段階（開発者・事業者）と利用段階（事業者・一般利用者）では著作物の利用形態が異なることに留意しなければならない。前者は専ら著作物を利用して生成 AI の学習の用に供するという意味で著作物を複製する行為が主となるのに対し、後者はそのようにして開発された AI を利用して新たな画像を生成するのが主だからである⁴⁴⁾。そのため、以下では開発段階と利用段階に区別して検討を行う。

41) 中山・前掲（注12）835頁以下参照。

42) 金子・前掲（注35）122頁。

43) 中山・前掲（注12）836頁。

44) もっとも、生成 AI では画像のみならず文章を生成するものも存在するが、本稿では画像生成に限定して検討を行うものとする。

I. 開発段階

生成 AI の開発段階における学習で、既存の著作物を複製して利用する行為については、形式上原作者の複製権（著作権法21条）が及ぶ。そうすると、原作者の許諾無き複製は差止請求・損害賠償請求の対象となりうるし、刑事罰の対象にもなる。しかし、当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない限りで著作権法30条の4第2号の情報解析の用に供するものとして権利制限を受ける。もっとも、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合に権利制限は及ばないとする（著作権法30条の4本文但書）。そこで、構成要件阻却事由としての著作権法30条の4第2号類型の要件解釈を明確にする必要がある⁴⁵⁾。

(1) 著作権法30条の4第2号の適用可能性

① 「享受性」

「享受」とは、精神的にすぐれたものや物質上の利益などを受け入れ味わいたのしむことを意味するが、本条におけるそれは、それに加えて、著作物等の視聴等を通じて、視聴者等の知的・精神的欲求を満たすという効用を得ることに向けられた行為であるかどうかで判断される⁴⁶⁾。ここでは、公表著作物であるかどうかは問題ではなく、全ての著作物が該当するものとされる⁴⁷⁾。享受該当性の判断自体は原著作物の性質に照らして判断されるが、例えば、絵画ならばこれを鑑賞すること、文章ならばこれを閲読すること、データベースならばこれを実行することとされる。

著作権法30条の4は著作物の利用につき、上記に掲げた行為には該当しない非享受目的の行為については、著作権者の経済的利益を通常害さない

45) 30条の4の規定は、生成 AI によって出力された画像が原作者の権利義務に影響を及ぼすか否かの問題ではなく、あくまでその生成 AI の開発に資する著作物の入力段階の問題であることに留意すべきである（松尾・前掲（注5）98頁参照）。

46) 加戸・前掲（注9）281頁、松田編・前掲（注6）21頁〔澤田将史〕。

47) 加戸・前掲（注9）283頁。

ので権利制限が及ぶ旨を規定する。例えば、画像ファイルをデータ化する行為、AI の開発に関して AI が学習するためのデータの収集行為や、AI の開発を行う第三者への学習用データの提供行為、プログラムの著作物のリバース・エンジニアリングのような行為類型が挙げられる。

ただし、享受目的と非享受目的が併存している場合は「享受」と認められる。例えば、文化庁の説明によると、特定の場所を撮影した写真の著作物からその構成要素に関する情報を抽出して、その場所の 3DCG 映像を作成するケースにおいて、AI を用いて航空写真や風景写真を解析し、建物の形状や地形を反映した 3DCG 映像を出力させたが、この映像が元の写真の表現上の本質的特徴を感得することができるものである場合、つまり元の写真がテキストチャとして貼り付けられた 3DCG 映像が出力される AI の仕様の場合は、この 3DCG 映像作成のための複製は元の写真を視聴して享受する目的で行ったといえるため、享受目的の利用と判断される。

② 但書要件

30条の4本文但書要件として、非享受利用目的であるとしても、その利用形態が当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は権利制限規定が及ばず、原作者の権利が及ぶものとする。想定されているケースとして、情報解析用に販売されているデータベースの著作物を AI 学習目的で複製することが挙げられる。これは、著作権者と利用者の間にはライセンス料が発生しており、ライセンス取引市場が生じている（利用許諾はライセンスが対価となる）から、この場合に許諾なく複製を認めると、ライセンス料を支払わなくてもデータベースを解析用に利用できてしまい、著作権者が本来得られるべき利益を害する可能性があるからであるという⁴⁸⁾。

48) 松田編・前掲（注6）31-32頁〔澤田〕。

(2) 関連する外国の法令との比較と検討

AI 開発段階に学習と著作物の利用に関する規定は諸外国にも存在する。たとえば、ドイツ著作権法では、44条bにおいて、テキスト・マイニングおよびデータマイニングのために、合法的にアクセス可能な著作物を複製することは許されるが、複製物は、テキスト・マイニングおよびデータマイニングのために必要でなくなった時点で削除しなければならないとし(44条b第2項)、複製に伴う利用は、権利者が留保していない場合にのみ許され、オンラインでアクセス可能な著作物の場合の利用の留保は、機械可読形式で作成された場合にのみ有効とする(44条b第3項)。また、多数の著作物(原資料)を学術的な研究を目的として自動的に解析するために、非営利的な利用を前提に、原資料を、当該原資料に基づき、とりわけ標準化、構造化及び類型化を通じて解析可能なコーパスを作成するために、自動的かつ体系的に複製すること、そのコーパスを、共通の学術的な研究に関して明確に限定された範囲の者に対し、及び、学術的な研究の質に関する審査を目的として個々の第三者に対し、公衆提供することが許される(60条b第1項)。また、研究作業の終了時には研究作業の終了の後、消去し、その公衆提供は終了しなければならない(60条b第3項)。

このように、諸外国の法令と比較すると日本著作権法30条の4第2項は、情報解析が非営利の学術研究目的で行われる場合のみならず、営利・商業目的で行われる場合であっても常に適用され権利制限を受ける。そうすると、オプトアウト規定⁴⁹⁾がない以上、日本著作権法上で「無断」学習を禁じることはできない⁵⁰⁾。

そこで、生成 AI サービスがインターネット上で展開されていることに鑑みれば、学習段階においてもステークホルダ間の権利・利益の均衡を取

49) クリエイター等が自らの作品を学習に使うことを拒否し、学習データセットから当該作品を削除することができる規定である。

50) 上野達弘「情報解析と著作権——『機械学習パラダイス』としての日本」人工知能36巻6号(2021年)748頁。学習禁止を付した契約(=オーバーライド条項)を締結することによる対策は可能である。

るために、当罰性は低いと考えられる学術研究目的による非営利目的の生成 AI 開発は権利制限規定の維持を、当罰性は学術目的に比べれば高いと考えられる営利／商業目的の生成 AI 開発にはオプトアウト条項の創設を伴う権利制限を規定するのみならず、Web クローラーによる情報収集をブロッキングする技術的措置が施された Web サイトからの情報収集を制限する著作権施行令7条の4第1項1号イ・ロをインターネット情報検索サービスに係る結果提供以外への拡張が望ましいのではないだろうか。

なお、仮に30条の4における享受性が認められたとしても、軽微利用の準備にかかる複製等（47条の5第2項）の適用可能性は残る（この「軽微利用」の解釈については後述する）。

II. 利用段階

I の検討により、現行法下で画像生成 AI の開発のための著作物の利用は原則として適法である（30条の4第2号）。では、AI 生成画像を利用する段階でどのような法的問題が生じるであろうか。ここでは、画像生成 AI を利用した結果、ある著作物に類似した画像を出力したという事例をベースに権利侵害の成否を検討する。

(1) 侵害成否の判断基準

上記設例において、画像生成 AI によって生成された画像は原著物を複製ないしは翻案したといえるかについては、著作物への依拠（依拠性）という主観的要件、および著作物の内容及び形式の覚知、そして、著作物の創作的表現の類似（類似性）という客観的要件を具備することが必要である。そのリーディングケースとして知られる最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁【江差追分事件】によるとその具体的内容は以下のよう整理される⁵¹⁾。

51) 小倉秀夫＝金井重彦『著作権法コメンタール（改訂版）I』（第一法規、2020年）572頁以下 [金井重彦]。

依拠性とは、既存の著作物の存在を知ったうえでその著作物を自己の作品に利用することである。ここで注意されたいのは、表現ではなくアイデアに依拠した場合ならば、依拠性は認定されないことである。これは、アイデアに依拠したからといって、それは著作権法の保護の対象ではないものに依拠したにすぎず、むしろこの場合に侵害を肯定するとアイデアに基づいて創作を行った者のインセンティブを削ぐこととなってしまうことが理由である⁵²⁾。類似性とは、表現上の本質的な特徴の同一性を維持し、これを直接感得することができることであるとされる。このうち「表現上の本質的な特徴」は、当該著作物の性質等、事案により判断される。さらに、二次的に創作された著作物から、原典となる著作物の表現上の本質的な特徴が読み取れること、すなわち既存の著作物と新たな著作物において表現上の特徴の一部が同一であることが必要である。さらに、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現し、別の著作物を創作することが必要である。このメルクマールは複製ないしは翻案のメルクマールであるとされ、創作的表現を付加するものが翻案であり、そうでないものが複製である⁵³⁾。

侵害の認定については民刑で同一であるのは前述のとおりであるが、以下のケースにおいて画像生成 AI において慎重な検討を要するものと思われる。すなわち、t2i (text to image) 形式で、①何も指示を与えずに、②画質・表情・ポーズ・色調・構図など特徴をプロンプトとして与えたところ、ある著作物の本質的な特徴において類似した画像を出力したが、その著作物の内容について利用者は知らなかったというものである。このうち、①については依拠性がなかったとしてもよいと思われるが、②についてはアイデアに依拠したとも考えられる事例である。むろんその限りで依拠性は認められないが、著作権侵害罪の故意（前掲・東京地判昭和63年3月23日）

52) 田村・前掲（注12）55頁。東京地八王子支判昭和59年2月10日無体集16巻1号78頁も参照。

53) 小倉＝金井・前掲（注51）574頁。

はその著作物の内容や著作権者が誰であるかなどの具体的内容の認識は必要とせず、たんに著作権者の存在の認識のみで認定されうる。そうすると、サービスへのアクセスが比較的容易であること、一つの作品を創作するのに要する時間的コスト・経済的コストが低いこと、利用者数の増加傾向など画像生成 AI サービスの特徴に鑑みれば、作品についての知識をあまり有しない利用者の数も増えることは十分に考えられるし、ともすれば生成画像が何らかの著作物の複製・翻案であると認識しただけで刑法上の故意が認定される可能性は排除できない。もっとも、権利制限規定に該当する行為であれば構成要件が阻却されるどころ、電子計算機による情報処理及びその結果の提供（生成画像）に付随する軽微利用等に関する権利制限規定（著作権法47条の5第1項2号）の解釈を検討する。

（2）著作権法47条の5第1項2号の適用可能性

① 行為主体

本規定の行為主体は、電子計算機を用いた情報処理により新たな知見又は情報を創出することによって著作物の利用の促進に資する「電子計算機による情報解析を行い、及びその結果を提供する」者であるが、政令（著作権法施行令（以下、「施行令」とする）7条の4）で定める基準に従う必要がある。

ここで関連するのは施行令7条の4第1項3号所定の要件⁵⁴⁾の「著作物等の利用を適正に行うために必要な措置として文部科学省令で定める措置を講ずること」であり、これを定める施行規則4条の5の要件は、業として行う者（営利・非営利問わず社会的地位に基づいて反復継続して行う者⁵⁵⁾は

54) 文化庁著作権課「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方」（2019年10月24日）70頁。

55) 著作権法上には「業として」の定義は存在しないが、例えば著作権法2条1項9の3の有線放送事業者の定義における「有線放送を業として行う者」の説明として、「営利、非営利を問わず一定の社会的地位に基づき反復継続して有線放送を行う者」（加戸・前掲（注9）39頁）とされている。この他にも、著作権法47条の4第1項2号、第2項3号における「自動公衆送信装置を他人の自動公衆送信の用に供することを『業として』行

著作権法47条の5第1項に規定する要件に適合するよう、予め「当該要件の解釈を記載した書類の閲覧、学識経験者に対する相談その他の必要な取組を行うこと」(1号)、そして「当該行為に関する問合せを受けるための連絡先その他の情報を、当該行為の態様に応じ合理的と認められる方法及び程度により明示すること」(2号)である。1号要件における「当該要件の解釈を記載した書類の閲覧」は文化庁著作権課が作成・公開している解説のほか、著作権法に精通している者が執筆した解説書や解説記事等の閲覧を予め行うこと、そして「学識経験者に対する相談」とは、例えば、学者、弁護士や弁理士等のほか、著作権に関する知識を有し、著作権に関する相当期間の実務経験を有する者など著作権法に精通している者への相談を予め行うことが求められる⁵⁶⁾。なお、学識経験者は必ずしも外部の第三者であることまでも求めるものではなく、例えば、サービスを実施する企業内の法務部等に所属する者であっても該当するとされる⁵⁷⁾。また、2号要件では、例えばサービス実施者のメールアドレスや電話番号等の連絡先のほか、ウェブサイト等を通じて実施する場合には問合せフォーム等の連絡手段に関する情報を、実施するサービスの利用規約や当該サービスの実施画面から容易に確認・到達することのできる場所に明示することが求められる⁵⁸⁾。なお、特定少数の事業者間でしかサービスの提供が行われない場合には、契約書等で連絡先等の情報を明示することでも足りるとされる。

② 「公衆提供等著作物」

本規定において対象となる著作物は、送信可能化を含む公衆への提供又は提示が行われた著作物のうち、公表された著作物又は送信可能化された

「う者」の説明に際しても、「反復継続」の語が用いられていること(407頁、412頁)が用いられている。

56) 文化庁著作権課・前掲(注54)75頁。

57) 文化庁著作権課・前掲(注54)75頁。

58) 文化庁著作権課・前掲(注54)75頁。

著作物に限る⁵⁹⁾。このうち、「提供」とは、譲渡、貸与、頒布など有体的に他に示すことを、「提示」とは、上演、演奏、上映、送信、伝達、口述、展示など無体的に他に示すことを、そして「送信可能化」いまだ他に示されていない段階を指す。特に送信可能化の場合は著作権者ないしは権利保有者の未許諾の場合でもこれに該当するとされる⁶⁰⁾。

③ 許される行為の要件

本規定では「行為の目的上必要と認められる限度において、当該行為に付随して、いずれの方法によるかを問わず、利用……を行うことができる」とあるところ、その要件は、必要性、付随性、軽微性に分けることができる。

まず必要性要件については、例えば、ウェブページの一部のスニペット表示、剽窃と判断した箇所的一部分の表示など、当該著作物の利用により検索結果・解析結果をより分かりやすく理解できるようになるなど各号に掲げる行為の質が高まる程度の必要性で足りるとされる⁶¹⁾。次に付随性要件については、各号行為が「主」、著作物の利用が「従」の関係にあることが求められる。この点、前者と後者の区別ができない場合（検索・解析結果の提供行為自体が著作物そのものの提供行為であるような場合）は、付随性を満たさない。最後に、軽微性については括弧書にあるように、利用に供される部分の占める割合（楽曲であれば、全体の演奏時間の何パーセントに当たる時間が利用されているか）、その利用に供される部分の量（小説であればどの程度の文字数が利用されているか）、その利用に供される際の表示の精度などの外形的な要素（写真の画像データであればどの程度の画素数で利用されているか）、その他の要素（写真の紙面への掲載であれば何平方センチメートルの大きさで利用されているか）に照らして最終的には司法の場で具体的に判断

59) 小泉直樹ら『条解 著作権法』（弘文堂、2023年）554頁〔奥邨浩司〕。

60) 松田編・前掲（注6）102頁〔澤田〕。

61) 松田編・前掲（注6）103頁〔澤田〕。

される⁶²⁾。

④ 但書要件

本規定には、構成要件阻却事由としての除外事由が著作権法30条の4と同様に設けられているが、その規定ぶりは30条の4の規定とやや異なる。権利制限規定が及ばない場合としては、「当該公衆提供等著作物に係る公衆への提供等が著作権を侵害するものであること……を知りながら当該軽微利用を行う場合」と「その他当該公衆提供等著作物の種類及び用途並びに当該軽微利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合」の2つが規定されている。前者については、例えば市販の映画や音楽、漫画を無断でアップロードする行為を知っていた場合が想定される。この点で、行為者はいかなる場合で「知りながら」と判断されるかが問題となるが、仮処分など公権的判断において著作権侵害が認定され、これを行為者が認識した場合や、プロバイダ責任制限法の著作権関係ガイドラインに従った侵害の警告をする場合がこれに該当するとされる⁶³⁾。当然ながら、当事者間で侵害の有無を争っている場合はこの類型に当てはめるべきではない。後者の判断基準としては、軽微「利用」である時点で、一定程度著作権者の著作物の利用市場と衝突するか、将来における著作物の販路を阻害することは否めないの、国語辞典にある一つの語句の意義をすべて掲載する、ないしは映画の結末部分を提供するなど、本文の趣旨に照らしたうえで「不当」といえる程度の不利益が生じていることを検討すべきであるとされる⁶⁴⁾。

⑤ 検 討

これら許される行為として想定されているものを考慮すると、条文の文

62) 小泉ら・前掲(注59)554頁[奥邨]。

63) 小倉=金井・前掲(注51)357頁[高瀬]。

64) 小泉ら・前掲(注59)554頁[奥邨]。

言上は画像生成 AI の利用においても当てはめることはできそうだが、立案担当者・ガイドラインの説明等⁶⁵⁾によれば、画像検索システムなど、原著作物の分析や整理のような利用形態を念頭に置いているように見える。少なくとも立法者意思説によれば、画像生成型 AI による画像生成のように原著作物それ自体を複製・翻案的利用を意図しているとは思われなし、仮に必要性を認めたとしても、付随性や軽微性を有する行為であるかは疑わしい。そうすると、当該規定をもって権利制限を主張する、すなわち構成要件阻却事由を主張するのは困難であろう。この点新たに権利制限規定を設けるとするならば、後述する不正競争防止法2条1号ないしは2号類型をベースに、原著作物が周知であるならば不正の目的で、原著作物が著名である限りでその作品に係る信用若しくは名声を利用する、またはこれらを害する目的で、業として——つまり、反復継続して——生成画像を公開し、原著作者の利益を不当に害する限りで権利制限を認めないという、消極的な規定の創設も考えられるだろう。むろん、政令が定められる限りで第3号の適用可能性はあることには留意されたい。

(3) 小 括

利用段階における侵害成否の判断基準は民刑で同じであるところ、インターネット上で展開される画像生成 AI サービス特有の事情を考慮すれば、利用者が知らない間に、誰かの著作物の翻案物を生成して公開した行為についても侵害の成否が争われる可能性は否めない。その場合、それが損害賠償請求であっても、刑事罰であっても条文の文言上は、その解釈は一致するため、ともすれば先述した「ハイスコアガール」事件のように民事で争う間に刑事手続が進められる可能性も条文の規定上は考えられる。この点、画像生成行為を情報解析の結果の提供行為と捉えて著作権法47条の5第1項2号類型の適用可能性も考慮されるが、画像生成行為の性質上

65) 加戸・前掲（注9）416頁以下、小倉＝金井・前掲（注51）357頁〔高瀬〕、文化庁著作権課・前掲（注54）53頁、小泉ら・前掲（注59）559頁〔奥邨〕。

「軽微」な利用とは認められる可能性は明確でなく、なお利用者には民事責任と刑事責任という負担を課す可能性がある。この状況では、生成 AI の利用普及を阻害することになるだろう。

そうすると、やはり生成 AI を念頭に置いた画像生成行為（正確には翻案行為）に対する権利制限規定を立法ないしは政令を通じて創設すべきでないか。ただし、著作権侵害等侵害罪（著作権法119条1項）が、上述したような諸問題——他の犯罪類型に比べて重い法定刑、構成要件解釈の複雑性、故意の認定、刑事手続上の問題——を考慮すれば、明確な規定の創設が望ましいことは言うまでもない。そこでは、後述する不正競争防止法2条1号および2号類型の規定が参考となると考える。

Ⅲ. 派生的問題

最後に、Ⅰ・Ⅱで検討した、開発段階と利用段階における一般的検討から派生する課題についても言及する。

(1) 生成画像の収益化と侵害救済規定の運用

著作権侵害を構成しうる事例において、特に近時では生成した画像によって利益を得る方法も多様化している。生成した画像を画像販売プラットフォームで販売するだけでなく、生成した画像を公開する Web サイトを開設し、広告を付すことにより広告収入を得る、または SNS に投稿し、その閲覧数に応じた広告収入を得ることが考慮される。前者については、プラットフォーム事業者による規制が実施されている例もみられ、AI により生成された画像の販売を自主的に規制するプラットフォーマーも現れている⁶⁶⁾。後者については、問題となるのは、AI 生成画像のイン

66) たとえば、PixivFANBOX 個別規約7条2項9号によると、AI 生成コンテンツに該当する投稿データまたは投稿コンテンツの公開や、公開を目的とした外部のオンラインストレージサービスその他外部のウェブサービス等への誘導行為を行ってはならないものとする。これらに該当すると判断した場合、当社はクリエイターに修正を求め、投稿コンテンツの全部または一部を非公開とすることができるものとし、事情によっては当該クリエイ

ターネット公開によって収益を得た場合、複製・翻案元のキャラクター（とされるもの）の存在を知りえなかったとしても、差止・損害賠償を原著作者（とされる者）から請求されうることである。そこでも、侵害該当性や権利制限規定該当性を争う間に刑事告訴による刑事手続が介入する可能性、刑事告訴を和解交渉のツールとして利用されてしまう可能性、生成型 AI の学習データセットに侵害物が入っている可能性の認識のみで（刑法上の）故意が認定される可能性が排除できない。

（2）開発者・サービス提供者の共犯性（狭義）

もし、ある利用者によって画像生成 AI で生成した画像が著作権侵害であると認定された場合、その開発者やサービス提供者はこの権利侵害を幫助したといえるかという問題がある。ここでは、前掲・最決平成23年12月19日のスキームに従い⁶⁷⁾、以下のように考慮するのが望ましいだろう。すなわち、画像生成 AI それ自体は価値中立的なツールであり、適法な用途にも、著作権侵害という違法な用途にも利用できるソフトでありこれを著作権侵害に利用するか、その他の用途に利用するかは、あくまで個々の利用者の判断に委ねられている。画像生成 AI の開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせないためにも、生成 AI サービス提供行為について、利用者の著作権侵害罪の幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、そのことを開発者においても認識、認容していることを要するとすべき、と。このことから、利用者の著作権侵害罪の幫助というには限定的であるという解釈を維持するのが望ましい。

▼イターのクリエイター登録を抹消することができるものとする。この「AI 生成コンテンツ」は、PixivFANBOX ガイドラインによると「『AI 生成コンテンツ』とは、具体的には、以下の要件を満たすと当社が判断したコンテンツをいいます。制作過程のすべてもしくはその主要な部分に AI（これに類する技術を含みます。）を使用して生成したコンテンツまたは当該コンテンツに軽微な加工・修正を施したコンテンツ」と定義している。

67) 松尾・前掲（注5）115頁も同旨。

(3) ウォーターマークが付された画像と AI 学習のための複製

学習を防止するウォーターマークが付された画像のウォーターマークを解除するツールを用いて、学習（情報解析）の用に供した場合はどのように評価されるか。ここでは、技術的保護手段（著作権法2条1項20号）の回避による複製が考慮される。まず、利用者については私的複製による権利制限は及ばず（30条1項2号）、仮にウォーターマークを施した画像を用いて i2i 技術で新たに画像を生成させる場合は、ウォーターマークを解除した画像を複製する必要がある、この点を捉えて複製権侵害と評価されよう。なお、罰則規定は存在しない（119条1項括弧書参照）。

その一方で、当該ツールを譲渡等（公衆送信）した者については、120条の2第1号所定の構成要件に該当する。ただし法定刑は3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金またはこれの併科であり、利用者による技術的保護手段回避による複製行為を通じた、著作物の情報解析が非享受目的ないしは但書要件に該当する場合（30条の4参照）よりも軽い法定刑であることに注意されたい。

5. ま と め

生成 AI の利活用における著作権侵害の問題を刑事罰の観点から考察すると、現行法が生成 AI の構造に適するものでないことが、著作権等侵害罪の構成要件解釈、法定刑およびその運用を考慮すると明確となる。

そうすると、生成型 AI の利活用促進の観点からだけでなく、刑法の観点も踏まえて、まずは現行著作権法の罰則規定や運用の再検討が求められよう。例えば、構成要件面では、明確性の原則⁶⁸⁾から、アメリカ（17 U.S. Code § 506(a)(1)）、ドイツ（UrHG § 106）、中国（中華人民共和国刑法217条）など諸外国の規定のように「営利目的」を追加したり、処罰対象となる行為を著作権等侵害罪（119条1項）の法文で制限したりするなどことが考え

68) 明確性の原則に言及する、小泉直樹「著作権法上の罰則について」コピライト656号（2015年）13頁も参照。

られる。さらに、犯罪類型および法定刑の観点からは、海賊版の頒布、リーチサイト・アプリの運営など悪性の高い事例のみを厳罰化し、その他の類型については法定刑を2006年以前のものに戻すなどが考えられる。そして運用面としては、親告罪規定は維持しつつも、権利侵害の成否や権利制限規定該当性が争われるケースでは、民事においてそれを決したうえで、告訴に基づく刑事手続を進行させるスキームにすべきである。

併せて、生成型 AI に特化した構成要件阻却事由としての権利制限規定の創設は急務であろう。例えば、開発段階については、情報解析の用に供する場合について、非営利目的・営利目的に分類、自らの作品（著作物）の学習を望まないクリエイターに対するオプトアウト規定の創設などが考慮され、利用段階では、いわゆるフリーライド、ポリッシュメント目的かつ営利目的が併存する場合においてのみ権利制限を認めない規定が望ましいのではないかと思われる⁶⁹⁾。

第2章 ディープフェイク問題

本章では、いわゆる「ディープフェイク」技術による犯罪類型について、音声生成 AI の利活用を中心に、従来考慮されてきた刑法上の類型を確認しつつ、知的財産法上ではどのような問題が生じるのかを検討する。

1. ディープフェイクの定義・従来考慮されてきた犯罪類型

深層学習を使用して、2つの画像や動画の一部を結合させ元とは異なる動画を作成する技術であるが、おもにフェイク動画（偽動画）を指す。この技術は主に政治家の発言を捏造した偽動画・画像を SNS 上で拡散する

69) ただし、この検討においては画像生成 AI による生成画像の著作物性という、生成 AI と知的財産法というテーマのもう一つの重要論点と並行して行われるべきであるため、一定の統一的理解を待って再度提言したい。また、福岡＝松下・前掲（注5）106頁以下では、著作者人格権の侵害可能性についても言及している。この検討は別稿に譲りたい。

行為が典型的なものであった⁷⁰⁾。この行為の刑法上の評価に関しては、名誉毀損・侮辱、詐欺・脅迫、ポルノ制作などそれぞれの刑罰構成要件に該当する限りで刑事責任は検討されうる。例えばポルノ製造を例にとると、名誉毀損罪（刑法230条）ないしは侮辱罪（刑法231条）、児童ポルノ製造等罪（7条3号）⁷¹⁾が挙げられる。

ディープフェイクに関する日本の判例としては、東京地判令和3年9月2日 LEX-DB：25591214が挙げられる。事案は、被告人が動画に登場する人物の顔を他の動画に登場する人物の顔に合成加工する AI を搭載したソフトを用いてアダルトビデオの女優の顔を特定の芸能人の顔に合成するソフトで合成加工した動画を作成し、動画編集ソフトでシーンを加工した上で、自身が管理するウェブサイトに公開したものである。会員登録をしたユーザーはこれらの動画を閲覧でき、サムネイルには「ディープフェイク」「コラージュ」という表示がされていた。

裁判所は、アダルトビデオの女優の顔に芸能人 A 及び B の顔を自然に見えるよう合成した精巧なディープフェイク動画について、その掲載態様が明瞭にディープフェイクであると明示しているにも関わらず、視聴者が動画を本物と誤認するリスクを否定できないと判断した。そのため、A 及び B がアダルトビデオに出演したかのような誤認を招き、彼らの社会的評価を害する可能性があるとして、名誉毀損罪が成立するとした。さらに、オリジナルのアダルトビデオの著作権侵害（二次的著作物の原作者の権利としての公衆送信権および翻案権侵害）も認定し、被告人には名誉毀損罪（刑法

70) 過去にはオバマ元米大統領の偽動画 (<https://youtu.be/cQ54GDm1eL0?si=yh6Ot86qGQzPI8ao&t=20>：最終アクセス2023年9月28日) や、ゼレンスキー大統領 (https://youtu.be/X17yrEV5sl4?si=3ucpeTaDjucZ91T_：最終アクセス2023年9月28日) の偽動画が拡散されたことがある。なお、前者の動画はディープフェイクであると公言しながら公開しており、人間がオバマ元大統領の声を模倣し、動画の唇の動作を言葉とシンクロさせたものである。近時では岸田内閣総理大臣の偽動画が拡散されたことも話題となった。その詳細は、朝日新聞「岸田首相の偽動画拡散『侮辱や攻撃の意図はない』投稿の男性説明」(2023年11月4日) 参照。

71) ただし、「被写体が“実在する”人間の児童の場合」に限定されることに注意されたい。

230条1項）と著作権侵害罪（著作権法119条1項）の併合罪として懲役2年（執行猶予3年）及び罰金100万円が言い渡された。

上記事例のように、いわゆる「コラージュ」に位置付けられる合成映像それ自体は翻案権侵害、それを公開することによる被写体の社会的評価の低下が法的評価の対象となる。しかし、近時広く知られるようになってきている音声生成 AI や AI を利用した特定の声質を再現するボイスチェンジャーを利用して、実演家の声を再現した演技を行ったり、歌唱したりすることは刑法上の犯罪類型には該当しない行為である⁷²⁾。次項ではこの事例について検討を行う。

2. 「犯罪類型に該当しない」利用形態

例えば、AI を利用したボイスチェンジャーとしては RVC [Retrieval based Voice Conversion] という、AI によって声質変換を行うオープンソースのボイスチェンジャーが存在する。これは、10秒以下で50パターン of ボイスサンプルを学習して声質変換モデルを生成するもので、4月初旬から SNS で話題となり、WEB ブラウザでの動作や日本語 UI の実装など、ユーザーによる多彩な拡張が施されている。さらに、低遅延性も実現し、自らが発話した音を瞬時に学習済みの声に変換可能であるとされる⁷³⁾。そこで、この RVC 技術を用いた以下の事例について考察する。

【事例1】

俳優 P の声を、P の実演の録音をもって学習させた RVC である R₁ を

72) 読売新聞オンライン「コナン君に『歌わせてみた』流行曲、実は AI 偽音声……困惑する声優たち『対処しようがない』」2023年9月26日 (<https://www.yomiuri.co.jp/national/20230926-OYT1T50040/2/>；最終アクセス2023年9月29日) も参照。

73) 新清土「“YOASOBI 風”の楽曲も音声生成 AI のやっかいな問題」ASCII 2023年8月21日 (<https://ascii.jp/elem/000/004/150/4150618/>；最終アクセス2023年9月29日)、Real Sound「異次元の性能を持つ AI ボイスチェンジャーを前に、ディープフェイク時代に備える」2023年6月5日 (<https://realsound.jp/tech/2023/06/post-1341594.html/amp%0A>；最終アクセス2023年9月29日)。

Pの名称を用いてインターネット上で①公開した、②販売した。

【事例2-1】

声優Aが演じるアニメKのキャラクターSの音声を録音して学習させたRVCであるR₂をCの名称を用いてインターネット上で、①無償ダウンロード可能にした、②販売して収益を得た。

【事例2-2】

声優Aが演じるアニメKのキャラクターSの音声を録音して学習させたRVCであるR₂をCの色調・デザインを改変した画像を添付しつつインターネット上で、①無償ダウンロード可能にした、②販売して収益を得た。(この場合、アニメKの視聴者ならばキャラクターCと同定できるものとする)

【事例3】

声優Tが演じるアニメJのキャラクターFの音声を録音して学習させたRVCであるR₃により、アニメJには存在しない演技を行った動画もしくは音声を、キャラクターFの名称を冠して動画共有サイトYに公開し、その再生数に応じて収益を得た。

I. 学習行為に関する著作権法上の検討

ボイスチェンジャーを作成するために上記設例ではいずれもP、A、Tの実演を録音しているところ、実演家の権利としての録音権(著作権法91条)の侵害が考慮される。このうちPについては、映画の著作物からの録音でない限りで当該学習行為にかかる録音についての録音権侵害を主張することができそうである。その際、著作権法30条の4第2号所定の非享受目的の情報解析にこの学習行為が該当しうるか否かが問題となるが、ボイスチェンジャー作成にかかる学習行為自体は、録音による実演の享受に該当するとはいいがたく、非享受利用に該当しうるだろう。そうすると、実演家の権利が制限されることとなり、学習行為に対して権利侵害を主張することはできない。また、アニメという映画の著作物の場合、AやTは出

演時に事業者に対して「録音・録画の了解」をすることが予想されるところ、もはや実演家の権利としての録音権は及ばない。この点、事業者について見ると、アニメKやJに含まれる映像を録音する行為を複製と捉えることも可能であるが、この複製行為自体は先述の通り著作権法30条の4第2号所定の非享受目的の複製にあたる可能性が高く、事業者が有する権利もまた制限されうる。このように、ボイスチェンジャー作成のために実演の音声进行学习させる行為は権利制限規定の対象となり、権利侵害性は否定されうる。

II. パブリシティ権による侵害救済

学習行為それ自体では権利侵害性を認めがたいため、次にボイスチェンジャーの公衆送信行為について検討する。いずれの上記事例においても、「声」ないしは「声質」は著作権保護の対象ではないため、【事例1】②、【事例2-1】②、【事例2-2】②、【事例3】において第三者によるフリーライドで利益を得たとしても何らの権利侵害を認定できない。また、先述した刑罰構成要件該当行為の利用のおそれもしくは可能性があるとしても、これを保護する権利が明文化されていない以上、差止請求もできない。そこで、パブリシティ権の適用可能性が考慮される⁷⁴⁾。これは、最判平成24年2月2日裁時1549号1頁【ピンク・レディー事件最高裁決定】で認められた商品の販売等を促進する顧客吸引力を排他的に利用する権利である。同決定では、パブリシティ権侵害の認定に係る要件として、肖像等を無断で使用する行為について、①肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合が示されている。

74) 文化庁「令和5年度著作権セミナー～AIと著作権～」<https://www.youtube.com/watch?v=eYkwTKfxyGY> (38:52部分：最終アクセス2023年9月29日)でもパブリシティ権・肖像権を侵害しうる場合には別途検討が必要であると言及されている。

この「肖像等」については、本人識別情報を意味するものとされ、肖像、名称、芸名、屋号・雅号は含まれ、声も含まれるとする見解もある⁷⁵⁾。もっとも、顧客吸引力を有する著名人の名称を利用して収益を得る場合にはパブリシティ権侵害による不法行為責任を問いうる。そこで、【事例1】の検討を試みると、【事例1】①では、R₁はPの名称を用いているが商品としては販売されていないため、「商品等」要件に該当せずパブリシティ権侵害は成立しない。その一方で、【事例1】②では、R₁はPの名称を用いて（「肖像等」に該当）販売するもの（「商品等」に該当）であり「肖像等を商品等の広告として使用」類型に該当しうる。ここで、「専ら」Pの顧客吸引力を利用したといえるかについては、「専ら」とは100%全てには限定せず、「主に」の意味を含みうるとしてもよいことから⁷⁶⁾、本事例ではPの音声を再現できるものとして、それがPの声質である同定するためにPの名称を用いるため「専ら」要件も充足しうる。

なお、キャラクターなど「物」に対しては、パブリシティ権の対象としては認められていない⁷⁷⁾。パブリシティ権は人格権に由来する権利であることを基調にした判断であり、「物」に対するそれは特別の法令の根拠がない限りで認められないのがその理由である⁷⁸⁾。そうすると、【事例2-1】や【事例3】では、キャラクターSやFという「物」の名称を用いるにすぎないため、パブリシティ権侵害を認めるのは非常に困難である。

それに加えて、【事例1】でもインターネット上のアップロード含む頒

75) 中島基二「判解」最判解民事編平成24年度上41頁は、「『肖像等』とは、本人の人物識別情報をいうものであり、例えば、サイン、署名、声、ペンネーム、芸名等を含むものである」という。

76) 伊藤真「芸能人の氏名・肖像の法的保護及びパブリシティ権の最近の動向」高林龍編『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』（成文堂、2011年）239頁では「専ら」の意味を「オンリー」ではなく「メインリー」であり、実際の事件の切り分け方によれば50、60%という意味ではなく、80、90%というような意味合いで考えられるとする。

77) 最判平成16年2月13日民集58巻2号311頁【ギャロップレーサー事件最高裁判決】。

78) 前掲・最判平成24年2月2日【ピンクレディー事件最高裁判決】の金築裁判官補足意見も参照。

布か販売が保護の有無を画するものであるとすると、RVC 作成者の意向によって差止請求・損害賠償請求の可能性を左右することとなり、被作成者にとっては不利な状況となりかねない。この点、日本俳優連盟による「声」の権利を求める声明によると、「『声の肖像権』の設立を目指す。これまでは声と表現が切り離されて使われることが想定されていなかったため、外見だけではない『声の肖像権』の新設を急ぐ⁷⁹⁾とあるところ、やはり「声」の権利保護を規定する立法が必要なのだろうか。

ここで注目したいのは、著名人のみならず著名もしくは周知な名称・外観などの表示にフリーライドすることにより利益を得るといった不正競争を禁ずる規定、すなわち不正競争防止法 2 条 1 号ないしは 2 号の適用可能性があることである。そこで以下では、各類型の要件解釈を確認したうえで上記設例の検討を行う。

Ⅲ. 不正競争防止法 2 条 1 号、2 号類型の適用可能性

(1) 周知表示混同惹起行為（1 号）

不正競争防止法 2 条 1 号によると、「他人の周知な商品等表示と同一又は類似の商品等表示を使用すること等により、自己の商品・営業を他人の商品・営業と混同させる行為」は不正競争として禁止される。その禁止の実効性を担保する救済規定として、差止請求（3 条）、損害賠償請求（4 条）、そして刑事責任（21 条 2 項 1 号）がある。このうち、差止請求は営業上の利益を侵害された、または侵害されるおそれのある場合で足り、損害賠償請求は営業上の利益を故意または過失により侵害されたことを要し、そして刑事責任についてはこれに加えて「不正の目的をもって」当該行為を遂行した場合を要件とする。以下、刑事責任に注目してその要件を確認する。

まず、「商品」である必要がある。これは、市場における流通の対象物

79) 日本俳優連合「生成系 AI 技術の活用に関する提言」2023 年 6 月 13 日 (<https://www.nippairen.com/about/post-14576.html> : 最終アクセス 2023 年 9 月 17 日)。

となる有体物又は無体物を意味する。次に、「商品等表示」とは、人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品または営業を表示するものである⁸⁰⁾。なお、自他識別力又は出所表示機能を有するものでなければならず、表示が単に用途や内容を表示するにすぎない場合には商品等表示に含まれない。上記設例では、そのすべてにおいて、P、A、Tの「音声」が商品として販売されていない以上、本要件に該当しない。しかしこれでは、何らの保護も与えられないことを意味してしまう。そこで、キャラクターKやFの実演を収録した音声の商品として各キャラクターの権利帰属主体であるQ社により販売されていた場合という条件を追加して検討を行うと、キャラクターの名称・イラストを用いた商品である限りで、名称・イラストは「商品等表示」に該当する⁸¹⁾ため、本要件は充足することになる。以下、この前提で検討を進める。

次にその商品が「周知」であることが必要である。これは、本規定は登録されていない標章などの商品等表示を保護するものであるから、保護に値する一定の事実状態を形成している場合にはじめて保護の対象とすることが目的とするものである。周知性の判断は、商品・役務の性質・種類、取引態様、需要者層、宣伝活動、表示の内容等の諸般の事情から総合的に判断されるが⁸²⁾、認識されている程度が全国的であることを要するか、全国的に認識されていなくても一地方でよいかは、一地方であっても保護すべき一定の事実状態が形成されていればその限りで保護される⁸³⁾。また、

80) 経済産業省 知的財産政策室編「逐条 不正競争防止法(令和元年7月1日施行版)」(<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/20190701Chikuiyou.pdf>:最終アクセス2023年9月29日)64頁。

81) 知財高判令和元年5月30日裁判所ウェブサイト【マリカー事件控訴審中間判決】(差止・損害賠償請求事件)。本判決の評釈として今村哲也「判批」新・判例解説 Watch vol. 25(2019年)251頁、江端奈歩「判批」特許研究70号(2020年)71頁。

82) 経済産業省・前掲(注80)70頁。

83) 最決昭和34年5月20日刑集13巻5号755頁【アマモト事件】。その他肯定例・否定例については小野昌延=松村信夫『新・不正競争防止法概説(第3版)上巻』(青林書院、2020年)176頁以下参照。

「需要者」にはその商品等の取引の相手方を指す。最終需要者に至るまでの各段階の取引業者も含むとされ、特定の需要者層において広く認識されている商品等表示にも周知性が認められることもある⁸⁴⁾。この要件を当てはめるとキャラクター S や F の周知性が問題となるが、その判断基準としては、原作売上、アニメ視聴率、動画サブスクリプションの視聴回数、関連グッズ売上等が考慮要素となるだろう。

次に「同一性」・「類似性」とは、「取引の実情のもとにおいて、取引者又は需要者が、両表示の外観、称呼又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものと受け取るおそれがあるか否かを基準に判断」される⁸⁵⁾。具体的には⁸⁶⁾、商品を同時に並べて注意深く比較したときに（対比的観察）、差異点が発見される場合であっても、全体的な印象に顕著な差異がなく、時と場所を異にして観察するときには（隔離的观察）、その商品等表示により一般需要者が誤認混同するおそれが認められる場合に、類似性を認める判例が多い⁸⁷⁾。そうすると、【事例 2 - 1】、【事例 2 - 2】①および②、【事例 3】においては類似性が認められる可能性が高い。

「提供」要件については、【事例 2 - 1】、【事例 2 - 2】①および②、【事例 3】で「電気通信回線を通じて提供」したといえ、本要件については充足する。

さらに、「混同惹起」とは、被冒用者と冒用者との間に競業関係が存在することを前提に直接の営業主の混同を生じさせる「狭義の混同惹起行

84) もっとも、大阪地判平成20年1月24日裁判所ウェブサイト【ヒュンメル事件】なお、田村善之『不正競争防止法概説（第2版）』46頁では「あえて一般論をいえば、10%を超える程度の認知度でも周知といってよいのではなかろうか」の記述も参照。

85) 最判昭和58年10月7日民集37巻8号1082頁【マンパワー事件上告審判決】など。

86) 経済産業省・前掲（注80）71頁。

87) 大阪高判昭和43年12月13日判時564号85頁【バイタリス事件】、大阪高決昭和48年5月17日無体集5巻1号107頁【フクロウ図形事件】、東京高判平成13年12月16日判時1788号103頁【ジーンズ刺繍事件控訴審】など。

為」のみならず、緊密な営業上の関係や同一の表示を利用した事業を営むグループに属する関係があると誤信させるような「広義の混同惹起行為」⁸⁸⁾をも包含する。ここでの「混同」とは、表示の使用方法、態様等の諸般の事情をもとに、一般人を基準として判断される⁸⁹⁾。そうすると、【事例2-1】や【事例3】のみならず、【事例2-2】においても本要件に該当しうる可能性が高い。

最後に、「不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的」という主観的要件がある(19条1項2号)。ここでの「不正」とは⁹⁰⁾、公正競争秩序における反公序良俗性・反信義公平性を意味する⁹¹⁾。この目的要件は、加害者の営業規模が被害者の営業規模に比較して小さいために大きな打撃を与えなかった場合でも認められる場合があり⁹²⁾、「不正競争の目的」は結果として現実に利得することを必要とはせず⁹³⁾、さらに直接的証拠がなくても外形的事実(別件の搜索差押により収集した証拠)から不正競争の目的を推認されることもある⁹⁴⁾。想定事例に当てはめると、【事例2-1】②、【事例2-2】②と【事例3】は、いずれも営利目的が認められるためその限りで「不正の利益を得る目的」を充足しうる。ま

88) 最判平成10年9月10日判時1655号160頁【スナックシャネル事件】では、「他人の周知の営業表示と同一又は類似のものを使用する者が自己と右他人とを同一営業主体として誤信させる行為のみならず、両者間にいわゆる親会社、子会社の関係や系列関係などの緊密な営業上の関係又は同一の表示の商品化事業を営むグループに属する関係が存すると誤信させる行為」と措定した。

89) 知財高判平成19年11月28日裁判所ウェブサイト【オービックス事件】では、混同を生じさせる行為の判断に当たって、一般取引者及び需要者一般の心理に基準を置き、日常一般に払われる注意力の下で混同のおそれがあるか否かが問われるものと解すべきという。

90) 小野=松村・前掲(注83)324頁。

91) 最大判昭和35年4月6日刑集14巻5号525頁【菊谷刑事事件上告審判決】によると、「公序良俗、信義衡平に反する手段によつて、他人の営業と同種または類似の行為をなし、その者と営業上の競争をする意図」という。ただし旧不正競争防止法2条2号「不正ノ競争ノ目的」の解釈であることに留意されたい。

92) 大阪高判昭和43年12月13日判時564号85頁【バイタリス刑事控訴事件】。

93) 大阪高判昭和52年4月28日判時880号102頁【龍村織袋帯控訴事件】。

94) 横浜地判昭和53年7月19日判時933号106頁【日航ツルマーク事件】。

た、【事例 2 - 1】①や【事例 2 - 2】①においても、すでに Q 社によって販売されている限りで、R₂ や R₃ を無償提供することで、本来得られるはずであった利益を奪うことになり、その意味で「他人に損害を加える目的」が認められうる。ただし、主観的要件の認定には慎重でなければならない。

（2）著名表示冒用行為（2号）

不正競争防止法 2 条 2 号は、自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、もしくは電気通信回線を通じて提供する行為を禁止する。

その制度趣旨は、情報化社会において、様々なメディアを通じ商品表示や営業表示が広められ、そのブランド・イメージが極めてよく知られると、それが持つ独自のブランド・イメージが顧客吸引力を有し、個別の商品や営業を超えた独自の財産的価値を持つに至る場合があるところ、このような著名表示を冒用する行為が行われると、たとえ混同が生じない場合であっても、冒用者は自らが本来行うべき営業上の努力を払うことなく著名表示の有している顧客吸引力にフリーライドすることができる一方で、永年の営業上の努力により高い信用・名声・評判を有するに至った著名表示とそれを本来使用してきた者との結びつきが薄められる（ダイリューション）ことを防止することにある⁹⁵⁾。救済規定について、差止請求（3 条）、損害賠償請求（4 条）は周知表示混同惹起行為のそれと要件は同一であるが、刑事責任については、21 条 2 項 2 号によると、他人の著名な商品等表示に係る信用若しくは名声を利用して不正の利益を得る目的で、又は当該信用若しくは名声を害する目的で当該行為を遂行した場合という要件となっている。以下、刑事責任にしばって検討を行う。

95) 経済産業省・前掲（注80）75頁。

まず、「著名性」とは、1号類型とは異なり、混同を要件としていない以上、対象となる表示は単に広く認識されている以上のものとされる。「著名」であるといえる地域的範囲は原則として日本国内で認識されることを要する⁹⁶⁾。これは、著名表示の保護が広義の混同さえ認められない全く無関係な分野にまで及ぶものであることから、通常の経済活動において、相当の注意を払うことでその表示の使用を避けることができる程度にその表示が知られていることが必要とするのがその理由である⁹⁷⁾。もっとも、具体的な判断基底を示した判例は存在しないが、「ELLE」⁹⁸⁾、「JAL」⁹⁹⁾、「アリナミン」¹⁰⁰⁾などが「著名な商品表示」として認められている。

「同一もしくは類似の表示」とは著名な商品等表示と同一の表示のみならず、類似の表示(著名な表示)が容易に想起される表示についても、その使用により同一の表示の冒用と同様の効果が生じるため、類似の表示も対象となる。判例では、「取引の実情の下において、取引者、需要者が、両者の外観、称呼、又は観念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準として判断するのが相当である」¹⁰¹⁾という。

最後に、主観的要件として、「他人の著名な商品等表示に係る信用若しくは名声を利用して不正の利益を得る目的」(フリーライド目的)、「当該信用若しくは名声を害する目的」(ポリューション・ターニッシュメント目的)が刑事責任特有の要件となっている。これは1号類型とは異なり需要者の

96) 小野=松村・前掲(注83)234頁。

97) 経済産業省・前掲(注80)77頁。なお田村・前掲(注84)243頁以下では、商標法4号1項10号の広知性に該当する程度の地域的(少なくとも数県程度)に著名である表示でも、表示が著名である地域内で冒用が行われ、これによってダイレクションやポリューションが生じている場合には本規定による救済を否定すべきではないという。

98) 東京地判平成10年11月27日判時1678号139頁【ELLE CLUB 事件】。

99) 東京地判平成10年11月27日特企352号85頁【JAL 保険事件】。

100) 大阪地判平成11年9月16日判タ1044号246頁【アリナビック事件】。

101) 大阪高判平成25年9月26日裁判所ウェブサイト【正露丸事件】。

混同を要件としていないため、「不正の目的」のみでは処罰範囲が広範になるため、差止請求・民事責任の対象となる行為のうち特に違法性の程度が高い行為のみを処罰対象とする目的がある。

上記設例に当てはめると、商品であることを前提にしても、先例を見ると「著名性」要件に該当するかが問題である。とりわけ特定のアニメのキャラクターであると全国単位で著名であるかは微妙なものもあり、本類型に該当する事例は1号類型に該当しうるそれに比べて限定的であろう。

(3) 小 括

RVC 技術によるボイスチェンジャーにおいて不正競争防止法による救済を求める場合には、そもそも商品があることが前提となり、これを満たす限りで2条1号もしくは2号類型の検討を進められる。ただし、作成する RVC のキャラクターが「周知」なのか「著名」なのかは個別事例の判断による。さらに、不正競争性が1号類型ないしは2号類型で認められたとしても、刑罰のレベルではさらに主観的要件の充足が必要である。ここでは、主観的要件を認定する際は客観的事実からの推認となるだけでなく、別件での令状で搜索差押した証拠から推認される場合もあることに留意されたい。

3. まとめと展望

RVC など音声に関するディープフェイク技術を利用する場合、従来から想定されてきた構成要件該当行為に加え、フリーライドによる不正な利益を得るという「不正競争」に該当しうる行為も想定される。しかし、現行法の解釈でこの行為に対する侵害救済を求めようとすると、権利保有者含む被侵害者が商品を作成する必要があるかえって負担となってしまう。

もっとも、インターネット上での行為であるため、このような音声技術自体の一律禁止はもはや不可能である。そうすると、ディープフェイク技術の利用を制裁ないしは罰則を伴って原則禁止にして、許可制にすること

も考えられる。ここで参考となるのは、欧州 AI 規制 (2023年 6月14日修正) である。同規制52条 3 項 1 号によると、ディープフェイク作成者は「そのコンテンツが人為的に生成または操作されたものであることを、適切、適時、明確かつ目に見える方法で開示するとともに、可能な限り、そのコンテンツを生成または操作した自然人または法人の名前を開示しなければならず、これに違反すれば1000万ユーロまたは全世界売上高の 2 % のいずれかの制裁金が課されることになる (71条 4 項)。音声を精巧に再現できることにより、民事裁判や刑事裁判における音声の証拠を捏造される可能性も考慮されるところ、RVC など音声に関する AI 技術は画像のそれに比して、より規制が必要なものであると考える。

結 語

生成 AI 技術による知的財産法上の諸問題を刑事規制の観点から検討すると、法定刑の峻厳さ、処罰範囲の広範性、構成要件の複雑性など様々な課題が浮かび上がってくる。その一方でこうした技術が容易に利用できること、利用規模が拡大していること、そして開発利用の促進に鑑みれば、著作権法における罰則の再検討・改正や統一的な法規制または指針を策定することは急務ではないだろうか。また、音声についても新たな規制が必要であると思われる。これには諸外国の法令も参考にすべきである。そして最も留意すべきは、これら問題は生成 AI 固有の問題のみならず、法秩序の問題でもあることである。ともあれ、生成 AI をめぐる法的問題・規制の今後の法制審議会 (文化庁著作権課) などの議論動向も含めて注目したい。