Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2026-02-03

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(特集 : 高度情報通信ネットワーク社会における知的財産法制の役割(その1))

高野, 慧太

(Citation)
神戸法學雜誌,72(1/2):45-83

(Issue Date)
2022-09-30

(Resource Type)
departmental bulletin paper

(Version)
Version of Record

(JaLCDOI)
https://doi.org/10.24546/0100476939

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100476939

神戸法学雑誌第七十二巻第一・二号二〇二二年九月

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

高　野　慧　太

目次

I.　はじめに …………………………………………………………………46
II.　主観説と客観説 …………………………………………………………48
　1.　裁判例における依拠性の定義 ………………………………………48
　2.　学説における議論 ……………………………………………………51
　3.　調査費用と創作費用 …………………………………………………55
III.　無意識由来事例における依拠性 ……………………………………58
　1.　問題の所在 ……………………………………………………………58
　2.　無意識依拠を肯定する問題点 ………………………………………59
　3.　無意識由来事例における厳格な依拠性認定 ………………………64
　4.　客観説と無意識由来事例 ……………………………………………71
IV.　AI生成コンテンツにおける依拠性 …………………………………72
　1.　間接依拠事例における依拠性 ………………………………………72
　2.　依拠性とアイデア表現二分論 ………………………………………75
　3.　AI生成コンテンツ ……………………………………………………79
V.　おわりに …………………………………………………………………83

I. はじめに

社会におけるAI（人工知能）の活用が進展し、様々なAIが出現するにしたがって、AIに関する多くの法的問題が現実のものとなるだろう。AIがかかわる著作権法上の問題として、次のような、AI生成コンテンツに関する問題がある。

事例1：著名な画家Xの絵画数十枚の特徴をAIに解析させ、Xの画風に忠実な新たな絵画γをAIに作成させた。しかし、この絵画γは、最初に解析させたXの絵画のうちの一つαと類似するものとなった。

著作物を教師データとしてAIの学習済みモデルを作成し、その学習済みモデルを使用して新たな作品（AI生成コンテンツ）を生成したところ、当の教師データの一つと類似してしまった、という場合に、著作権侵害が成立するか、という問題である。この問題では、著作権侵害の責任を負うべき責任主体を誰と解するかという点も重要ではあるが、そもそも著作権侵害が成立するか否かにおいて依拠性要件が問題となる。著作権侵害が成立するためには、①被疑侵害者が法定利用行為（複製行為、譲渡行為等）を行っていることのほかに、②先行作品が後行作品に類似していること、及び、③先行作品が後行作品に依拠して作成されたことが条件となるところ[(1)]、この③の要件を充たしているかが問題となるのである[(2)]。

また、AIが、より人間に近く、ないしは、人間を超えた出力を得るためには、膨大な教師データの存在が重要な要素となるが、インターネットはその膨大な

(1)　島並良ほか『著作権法入門』（有斐閣、第3版、2021年）304頁〔上野達弘執筆部分〕。

(2)　AI生成コンテンツの生成については、30条の4第2号により許容される可能性がある（上野達弘「人工知能と機械学習をめぐる著作権法上の課題」L&T別冊3号（2017年）56頁、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）745頁）。本稿はそのAI生成コンテンツの著作権侵害の前提条件を検討するものと位置付けられる。

データを提供する一つの情報源となる。例えば、「GPT-3」という AI アルゴリズムは、自然言語を扱う言語モデルだが、その開発にはWikipediaやRedditのようなオンラインの情報源から約45TB（テラバイト）のテキストデータのコーパスを用いて学習したとされる[(3)]。インターネット上のデータを教師データとする際には、（例えば、一人の著作権者に絞って教師データを取得する場合に比べると）どのデータが誰の著作物かを逐一調査することがより困難となる[(4)]。

このようにAIをめぐる法的問題の一つを検討すること自体に意味があるが、この事例を検討することが依拠性に関するいくつかの論点を掘り下げる契機となる。本稿では次のように課題を設定する。まず、AI生成コンテンツにおける著作権侵害を考えるためには、その前提として、機械による著作権侵害において依拠性をどのように定義するかを整理する必要がある。従来、依拠性要件を被疑侵害者の主観（認識や意思）に基づいて定義する主観説と、先行作品からの客観的な由来の有無に基づいて定義する客観説が対立してきたが、客観説を採用しなければ、著作権侵害の条件を「人による著作権侵害」と「機械による著作権侵害」で統一的に設定することはできない。そのため、II.では、依拠性要件の定義を、その正当化根拠から整理・検討する（課題①）。また、客観説に対しては、先行作品に由来する後行作品をそれに気付かず作成してしまった

---

(3)　WIRED「文章を自動生成する AI が、偽情報で人間を欺く日がやってくる」https://wired.jp/2021/05/31/ai-write-disinformation-dupe-human-readers/（2022年2月27日最終閲覧。本稿のURLについて以下同じ。）。

(4)　かつて、佐野研二郎氏が応募した東京オリンピック・パラリンピックロゴデザインが、ベルギー王立リエージュ劇場のロゴに類似していたことから、佐野氏のロゴ案が白紙撤回されたという、いわゆる五輪エンブレム問題があった（水野祐「デザインの法的保護とその限界―五輪エンブレム問題を通して」法学教室422号（2015年）47頁以下を参照）。この事件では、佐野氏がリエージュ・ロゴを無意識に参考としたのか、全くの独自の創作だったのかが、論点の一つであった。このように、インターネットを介して、遠隔地の創作物や、無名の創作物が利用可能な状態に置かれており、インターネット上で公開されていたという一事をもって無意識に依拠していたのではないかという疑いを生ぜしめることになりかねない。

「無意識由来事例」への対応に基づく反論が考えられるため、これについて、節を改めて検討する（III.）。

IV.では、AI生成コンテンツにおける依拠性を検討する。AI生成コンテンツの依拠性の問題は、AIが教師データの特徴を抽出した「アイデア」を利用し、「アイデア」に対する依拠しかないのではないかという点が問題になる。そのため、「アイデア」に対する依拠性をなぜ否定すべきかという点からAI生成コンテンツの依拠性について検討を試みる（課題②）。

II. 主観説と客観説

1. 裁判例における依拠性の定義

課題①について検討するために、従来、依拠性の概念がどのように理解されてきたのかを整理したい。本項（1.）では、裁判例が主観説と客観説のいずれと解しているか、という観点から分析する。

(1) ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件最判

依拠性に関する最高裁判例として、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件最判[5]がある。同最判によれば、「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきであるから、既存の著作物と同一性のある作品が作成されても、それが既存の著作物に依拠して再製されたものでないときは」著作権侵害とならないとし、「既存の著作物に接する機会がなく、従って、その存在、内容を知らなかった者は、……既存の著作物に依拠して作品を再製するに由ない」とした。また当てはめとして、①先行楽曲は誰でもこれを知っていたほど著名なわけではない、②Yは内外の膨大なレコードをコレクションする放送局にレコー

(5)　最判昭和53·9·7民集32-4-1145［ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審］（下線は引用者による。以下同じ。）。

ド係として勤務していたとはいえ、先行楽曲を知っていたに違いないという特段の事情はない、③後行楽曲と類似する部分も流行歌によく用いられる音型である、ことから、Yが先行楽曲に接する機会があったとは推認できず、依拠性は認められないとした。

この判決は、客観説に立つものと理解すべきか、それとも主観説に立つと理解すべきか。まず、一般論としては、「接する機会がなく」これにより「知らなかった」場合に依拠性が否定されるとしている。これは、「接する機会がな」いから依拠性が否定されるのか、「知らなかった」から依拠性が否定されるのか、どちらとも解しうるものといえよう。また、当てはめについては、「接する機会がな」いことを根拠に依拠性を否定している。これも、「接する機会がな」いから依拠性が否定されるのか、「接する機会がな」いゆえに「知らなかった」から依拠性が否定されるのか、どちらとも解しうる[(6)]。なお、調査官解説は、「対象となる作品が原作品に依拠して作成されているということは、それが原作品における表現形式を素材として使用しているということであり、このことは、対象となる作品が原作品を機械的に複写したものであること、あるいは、これを眼前に置いて模写したものであることを立証することにより明らかになる。[(7)]」としていて、客観説を示唆しているように読める。

(2)　下級審裁判例

下級審裁判例ではどうだろうか。依拠性判断の一般論に言及するものとして、次の二つの裁判例がある。一つ目は、『図解でわかる債権回収の実際』事件の第一審判決[(8)]で、「既存の著作物の表現内容を認識し、それを自己の作品に

---

(6)　光石敏郎「著作権法における依拠について」中山信弘＝小島武司編集代表『知的財産権の現代的課題：本間崇先生還暦記念』（信山社、1995年）297頁（301頁）は、前掲最判昭和53・9・7[ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー上告審]が主観説を採ると解する。

(7)　小酒禮「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和53年度411頁（418頁）。

(8)　東京地判平成17･5･17判時1950-147[図解でわかる債権回収の実際第一審]。

利用する意思を有しながら、既存の著作物と同一性のある作品を作成した場合は、既存の著作物に依拠したものとして複製権侵害が成立する」とする。また、『マンション読本』事件判決[(9)]は、「『依拠』とは、ある者が他人の著作物に現実にアクセスし、これを参考にして別の著作物を作成することをいう」とする。前者は主観説を、後者は客観説を採用するものと理解できる。

また、このような一般論に言及しなくとも依拠性を認定している裁判例も多数見られる。それらのうち、依拠性を肯定する場合には、一方では、類似性に加えて、先行作品に接する機会に言及する裁判例[(10)]がある。接する機会については、単に接する機会があったことを認定する場合[(11)]のほかに、先行作品の著名性を挙げるもの[(12)]もある。先行作品が先行して創作されたことを根拠に挙げるもの[(13)]もこの文脈で理解できよう。他方で、類似性を指摘するのみで肯定する裁判例[(14)]もみられる。

---

(9)　大阪地判平成21·3·26判タ1313-231［マンション読本］。

(10)　後掲注（11）、（12）のもの等。

(11)　東京地判平成7·5·31判時1533-110［ぐうたら健康法］、東京地判平成10·11·27判時1675-119［壁の世紀］、東京地判平成17·5·17（前掲注（8））［図解でわかる債権回収の実際第一審］、東京地判平成23·6·29平成22（ワ）16472［キミへ続く空］、東京地判平成24·12·26判時2199-79［勢至菩薩］、知財高判平成25·4·18判時2194-105［今日の治療薬解説と便覧控訴審］、知財高判平成25·9·30判時2223-98［風にそよぐ墓標控訴審］、東京地判平成26·10·30平成25（ワ）17433［ふわふら四季のたより］、知財高判平成27·6·24平成26（ネ）10004［プロ野球ドリームナイン控訴審］。

(12)　東京高判平成14·9·6判時1794-3［記念樹控訴審］、知財高判平成25·4·18（前掲注（11））［今日の治療薬解説と便覧控訴審］、東京地判平成26·4·30平成24（ワ）964［東山の金さんシリーズ］。

(13)　東京地判平成11·1·29判時1680-119［「ゴロで覚える古文単語記憶術」第一審］、東京地判平成11·9·28判時1695-115［玉木屋］、東京地判平成31·2·28平成29（ワ）16958［英会話教材販促DVD第一審］。

(14)　東京高判平成11·9·30判タ1018-259［「ゴロで覚える古文単語記憶術」控訴審］、東京高判平成13·6·21判時1765-96［みずみずしいすいか控訴審］、東京地判平成25·11·22平成25（ワ）13598［彼女の告白］、東京地判平成26·7·30平成25（ワ）28434［千年堂ウェブサイト］、東京地判平成27·11·30平成27（ワ）18859

(3)　小括

このような裁判例の運用からは、裁判例全体として、主観説ないし客観説のいずれに立って判断しているかは、必ずしも分からないということがいえよう。一部の裁判例、例えば『図解でわかる債権回収の実際』事件第一審判決が主観説に基づいているということや、ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件最判からは客観説が示唆されることはいえるとしても、一般論に言及のない裁判例群は主観説・客観説のいずれからでも説明ができ、裁判例全体がいずれの立場に立っているかは、必ずしも明らかではない。

2.　学説における議論

ここでは、依拠性の定義に関する二つの立場と、その根拠としてどのような議論が示されてきたのかを整理する(15)。依拠性の定義に関してこれまで提示されてきたのは、I.で指摘した主観説と客観説である(16)。

[聖教新聞]、東京地判平成28･1･29平成27（ワ）21233[風水ブログ]、東京地判平成29･6･26平成29（ワ）5388[MAXING発信者情報開示請求]、東京地判平成31･3･13平成30（ワ）27253[パンダイラスト]、東京地判令和1･7･17平成31（ワ）99[競艇予想サイト]等。

(15)　依拠性の議論の歴史的な概況については、龍村全「著作権侵害における『依拠』論と著作権侵害による差止請求の帰責原理」中山信弘編集代表『知的財産・コンピュータと法―野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務、2016年）65頁を参照。また、著作権侵害罪の要件として依拠性を捉えたとき、主観説と客観説のいずれにも問題があると指摘するものとして、桑野雄一郎「複製権侵害における依拠性の要件（上・下）」特許ニュース14666号1頁、14667号1頁（2018年）がある。

(16)　これらに関連する立場として、独自創作説がある（田村善之『著作権法概説』（有斐閣、第2版、2001年）49頁）。「他人の著作物に接したことがあるか否か（アクセスの有無）ということが問題なのではなく、独立して創作したか否かということが問題とされる」とするもので（同）、依拠性要件を依拠による侵害肯定条件ではなく、独自創作による侵害否定の条件と捉えるものである。独自創作説の表現を借りれば、本稿が問題としているのは、（著作権者が主張すべきところの）「独自創作でない状態」をどう捉えるかだということになろう。すなわち、主観説／客観説と独自創作説の差異は、要件事実として何を要証事実とす

主観説については、例えば次のような形で定式化される。「既存の著作物に依拠して作品あるいはその一部を作成するということは、……既存の著作物に表現された内容を知り、これを何らかの程度利用して自己の作品を作出することをいうものと考えられる。これを分析すると、a既存の著作物の表現内容の認識と、bその自己の作品への利用の意思に分けることができる」[(17),(18)]。また客観説については、例えば、「依拠の構成要素としては、『既存の著作物を自己の作品へ利用する事実』と考えれば足りる」[(19)]と定義されるのが一般的である。依拠

るかの点にあり、本稿が問題とする依拠の概念にかかる相違ではないと考えられる（依拠を主観説・客観説のいずれと捉えても、それを侵害肯定条件と解するか否定条件と解するか、さらに事実的要件と解するか評価的要件と解するか、なお別途問題となる）。

(17)　西田美昭「複製権侵害の判断の基本的考え方」斉藤博＝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）117頁（127頁）。大須賀滋「著作権の侵害」髙部眞規子編著『最新裁判実務大系（11）知的財産権訴訟II』（青林書院、2018年）686頁（695頁）、高林龍『標準著作権法』（有斐閣、第4版、2019年）74頁以下、髙部眞規子『実務詳説 著作権訴訟』（金融財政事情研究会、第2版、2019年）253頁も同様の表現を用いる。

(18)　なお、主観説にも、認識を必要とする立場（光石・前掲注（6）298頁、301頁、荒竹純一『新版ビジネス著作権法』（中央経済社、2014年）95頁、100頁）、利用意思を必要とする立場（三好豊「複製権侵害について」『知的財産法の理論と実務4著作権法・意匠法』（新日本法規、2007年）181頁（187頁以下）、小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタールI＜改訂版＞』（第一法規、2020年）148頁〔小倉執筆部分〕）、認識と利用意思の両方を必要とする立場（前掲注（16））がある。金井重彦「複製権侵害の要件としての『依拠』―キャドシステム無断複製事件」小野昌延先生喜寿記念刊行事務局編『知的財産法最高裁判例評釈大系III著作権法・総合判例索引』（青林書院、2009年）203頁（206頁以下）、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1』（勁草書房、第2版、2015年）907頁〔辻田芳幸執筆部分〕、龍村・前掲注（15）74頁以下、岡村久道『著作権法』（民事法研究会、第5版、2021年）144頁参照。

(19)　山本隆司「著作権侵害の成否」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系22著作権関係訴訟法』（青林書院、2004年）308頁（320頁）、半田＝松田編・前掲（18）907頁〔辻田芳幸執筆部分〕（「既存の著作物の内容……を自己の作品の中に用いていること」）、愛知靖之ほか『知的財産法』（有斐閣、2018年）283頁

性の定義としてはいずれと理解すべきだろうか。

いずれの立場においても、著作権侵害の条件として依拠性を要求する根拠は、次のような調査費用の増大によって説明されてきた。すなわち、㋐依拠性要件がなければ、独自創作でも著作権侵害となる。㋑しかし、後行作品の創作者としては、類似しないように十分な調査をしてから創作しなければならないことになる。㋒この調査費用が酷であるために、著作権侵害を否定すべきである、という議論（調査費用による説明）である。[(20),(21)] この調査費用による説明はいずれの立場においても援用されるが、主観説からは、公示制度の欠缺が依拠性の根拠であることからすれば、既存著作物への知・不知を内容とすることが自

〔愛知執筆部分〕（「①他人の著作物等に接し（アクセスし）、②これを基にして」いること）、角田政芳＝辰巳直彦『知的財産法』（有斐閣、第9版、2020年）432頁（「著作物へのアクセスの存在」）、中山信弘『著作権法』（有斐閣、第3版、2020年）709頁（「他人の著作物に接し、それを自己の作品の中に用いること」）。前田哲男「『依拠』について」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会編『知的財産権法と競争法の現代的展開：紋谷暢男教授古稀記念』（発明協会、2006年）767頁（769頁以下）（「被告の認識・記憶を介した利用における依拠は、『被告作品の作成時において被告が原告作品の表現を記憶していること』（……）と『その記憶が被告作品の表現の作成に実質的な寄与したこと』に分析することができる。」）、島並ほか・前掲注（1）305頁〔上野達弘執筆部分〕（「（たとえ無意識であれ）既存の著作物をもとにすること」）もこの趣旨か。

(20)　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）131頁（135頁以下）、龍村・前掲注14）72頁、愛知執筆・前掲注（19）283頁、中山・前掲注（19）712頁以下、平嶋竜太『入門知的財産法』（有斐閣、第2版、2020年）209頁以下〔蘆立順美執筆部分〕、茶園成樹編『著作権法』（有斐閣、第3版、2021年）105頁〔陳思勤執筆部分〕。*See* William M. Landes & Richard A. Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law 85-87 (2003).「調査」とまで言及せずとも、創作者の不測の不利益の観点から同趣旨をいうと思われるものとして、田村・前掲注（16）48頁以下、髙部・前掲注（17）254頁、岡村・前掲注（18）144頁。

(21)　上野・前掲注（20）135頁は、権利論ないし自然権論から、依拠性要件の正当化根拠のうちの必要性の観点を説明する。

然であることが指摘される[22]。この論理からすれば、調査費用による説明は主観説を有利とする根拠の一つと整理すべきだろう。

これに対し、客観説からは、機械的複製事例において依拠性を肯定すべきことが根拠とされる[23]。機械的複製事例は、コピー機等の機械を通して複製行為をする事例をいうが、例えば、次のような場合を想定する。

事例2：500頁もある書籍αは著作物であり、これを裁断してスキャンした。 事例3：500頁もある書籍αを裁断してスキャンしていたが、他のチラシ（著作物）が気付かないうちに紛れ込んでスキャンしてしまった。

事例２でも事例３でも複製物が増製されているため、複製行為があるのは確かである。しかし、いずれの場合でも、複製者は複製物のすべてを必ずしも認識していない。事例2については、500頁ある当該書籍をコピーするという認識があるということもできるかもしれないが、事例３のような混入したチラシには認識があるとはいえない。主観説によれば、事例2や事例3は認識・利用の意思なしとして依拠性を否定することになろうが、客観説はそのような帰結は不当であるため、依拠性を肯定すべきだとするのである。このような議論には一定の説得性があるが、一点の問題がある。この議論は、機械的複製事例で著作権侵害を肯定すべきという前提があるが、その前提については何ら説明がなされていないのである。

このように両説の根拠を眺めると、客観説には次のような問題点があるために、主観説の方が有力であるようにみえる。依拠性の正当化根拠を調査費用から説明するのであれば、知・不知の問題につながるので、主観説の方が説明しやすいという点（問題点①）、機械的複製事例を著作権侵害とすべきことが根拠

(22)　岡村・前掲注（18）144頁。
(23)　山本・前掲注（19）320頁、半田＝松田編・前掲（18）907頁〔辻田芳幸執筆部分〕、奥邨弘司「技術革新と著作権法制のメビウスの輪」コピライト702号（2019年）2頁（8頁）。

だとしても、機械的複製事例を著作権侵害とすることの説明が不十分であるという点（問題点②）[24]である。また、無意識に先行作品を利用してしまった場合でも著作権侵害とすれば創作活動の脅威となるという点（問題点③）も指摘できる（問題点③についてはIII.で詳述する）。しかし、これらの問題点に解決を与えられるのであれば、客観説を理論的な見地からも肯定してよいといえよう。

3. 調査費用と創作費用

本稿は、依拠性に関する従来の説明である「調査費用による説明」のほかに、「創作費用による説明」を挙げることで、上記の問題点①②を解消できると考える。

(1) 調査費用による説明

依拠性要件の正当化根拠として従来の学説が説明してきたのは、次のようなものである。すなわち、㋐仮に依拠性要件がなければ、独自創作でも著作権侵害となる。㋑しかし、後行作品の創作者としては、類似しないように十分な調査をしてから創作しなければならないことになる。㋒この調査費用が酷であるために、著作権侵害を否定すべきである、というものである。

この調査費用による説明は、それ自体問題があるわけではないが、必ずしも機械的複製事例で侵害を肯定する根拠とするのは困難である。調査費用による説明は、「独自創作の場合において調査費用を負担させるべきでない」という議論であって、積極的に調査費用を負担させるべき場合を論ずる議論ではないからである。また、被疑侵害者に認識がないといえども先行作品に触れる契機があった以上は、調査費用を課すことが酷ではないという議論もありうるが、

---

(24) 前田・前掲注（19）778頁以下は人による場合と別個の依拠性を観念してよいとする。また、龍村・前掲注（15）74頁、79頁以下は、機械による場合には依拠性は問題とならないとする（創作の自由との調整が問題とならないことを理由とする）。しかし、本稿では、機械による場合に対しても依拠性要件の実質的な根拠を与える必要があると考え、（後述するように問題点②をクリアできる限りで）機械的複製事例が客観説の根拠になると考える。

それ自体が積極的に依拠性の根拠となるともいいがたい（許容性はあるとしても、必要性までは説明されない）。

(2) 創作費用による説明

ところで著作権という独占権を正当化する根拠は、次のように説明されるのが一般的である[(25)]。㋐著作物の固定費用（創作費用）は、その複製の限界費用（複製費用）に比して高い。㋑著作権がない状態を考えたとき著作者と複製者で価格競争が生じると、価格の低い複製者の製品が売れることになり、著作者は固定費用を回収することができなくなる。㋒この状態は、著作者の創作のインセンティヴを削ぐ結果となる。

この議論に基づけば、依拠性という要件について、次のような説明をすることもできる[(26)]。㋐先行作品に依拠して創作された後行作品は、先行作品に比して創作費用eが節約されている。㋑したがって、e（創作費用）の節約が限界費用に差をもたらす原因となる以上、依拠している作品に対して権利を及ぼさなければならない。

この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と考えてよいだろう。というのは、調査費用による説明において、創作費用による説明も前提とされていると考えられるからである。調査費用による説明において、「仮に依拠性要件がないとすれば、独自創作者に調査する義務が生じてしまう」とされている。この義務は、（仮に依拠性要件がなく）依拠している場合と独自創作の場合を区別せずに、著作権侵害を肯定してしまえば生ずる、ということであるが、この際に著作権侵害を肯定する積極的根拠となるのは、被疑侵害者の創作費用の節減であろう（調査費用による説明を導出する

---

(25) *See* Stephen Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, 84 Harv. L. Rev. 281, 294 (1970).

(26) *See* Landes & Posner, *supra* note 19, at 87-88. 安藤和宏「アメリカ著作権法における無意識の依拠に関する一考察」東洋法学59巻1号（2015年）231頁（247頁以下）参照。

際に前提になっている「調査すべき」、「侵害を回避すべき」義務の根拠は、調査費用による説明それ自体からは導かれ得ない。)。つまり、これまで調査費用によってきた見解も、実質的には、創作費用による説明を前提にしつつ、これをわざわざ指摘してこなかったものとも理解できるだろう。

(3)　調査費用による説明と創作費用による説明からの帰結

本稿は、調査費用による説明と創作費用による説明の両方を依拠性要件の根拠として理解する。なお、前者が依拠性要件の許容性、後者が依拠性要件の必要性を基礎づけるものと捉えられる。このように考えることで、客観説の問題点①②に対して、次のような返答を与えることができる。問題点①は、調査費用による説明からすれば主観説の方が親和的だとしていたが、創作費用による説明も加えるならば客観説に親和的な根拠がある、といえる。問題点②に関する機械的複製事例については、一定の類似性が肯定され、それは機械に対する入力があった先行作品に由来しているため、創作費用の節減があるといえる。このことを根拠として、機械的複製事例で依拠性を肯定すべきと考えられる。

このように問題点①②に説明を与えられることから、依拠性の定義について客観説を採用すべきであるといえる（客観説の問題点③については、次節 III. で取り扱う。)。なお、上述のように、客観説による依拠性は、「既存の著作物を自己の作品へ利用する」ことなどと定義されることが多いが[(27)]、「利用」という表現は著作物の複製、譲渡等を含む法定「利用」行為などに用いられ[(28)]、著作権侵害を肯定することを前提とする表現にも用いられる。本稿では、用語法の錯綜を避け、より評価に当たる部分の少ない表現として、後行作品が先行作品に「由来」しているときに依拠性が肯定されると捉える[(29)]。

---

(27)　前掲注（19）参照。

(28)　「利用」と「使用」の概念について、岡村・前掲注（18）142頁参照。

(29)　後行作品が共同制作者により、その者らの一部のみに依拠性が認められる場合、著作権侵害を認めるかという論点があるが、客観説によれば後行作品が先行作品に由来しているといえる以上、依拠性を肯定すべきとなる。東京高判平

なお、著作権は相対権であるとして、絶対権たる特許権と対置されることがある。[(30)] 確かに、著作権と特許権では、侵害の成否において依拠性要件の有無という違いがある。しかし、上記の創作費用の説明は、特許権においても妥当するはずである。特許権においては、公示との関係で一般的には依拠性を要件とせずとも特許権侵害としているが、一定の独自発明の場合（先使用権が成立する場合）には侵害を否定している。すなわち、著作権・特許権はいずれも創作費用の観点から模倣禁止を実現する権利であり、体系的な整理や要件が違うとはいえ、いずれも独自創作・発明で侵害を否定する制度が設けられていると理解するのが適切であるように思われる。

III. 無意識由来事例における依拠性

1. 問題の所在

上述のように、本稿の立場としては客観説に基づき依拠性を理解すべきと考えるが、それによると、無意識由来事例[(31)]においても依拠性を肯定することになる。本稿で無意識由来事例とは、模倣者が独自に創作したと思ったが実はその創作には先行作品を用いておりそれに気付かなかったという場合をいうが、例えば、次のような場合を想定する。

成8·4·16判時1571-98[テレビドラマ悪妻物語]参照。なお、これに反対する立場として、光石・前掲注（18）302頁。

(30)　光石・前掲注（18）297頁、作花文雄『詳解著作権法』（ぎょうせい、第5版、2018年）202頁。

(31)　本節では無意識に先行作品に由来していた場合を「依拠」とするかを問題としていることから、事例の名称としては「無意識由来事例」と定義する。また、無意識由来事例に基準を当てはめて依拠性が肯定された結果を「無意識依拠」とする（「無意識依拠」という表現に、依拠性を肯定するという意義が含まれている）。

事例4：著作物たる楽曲αを8年前に聞いたことがあったが、それを失念して類似する楽曲γを創作した。 事例5：著作物たる楽曲αを昨日聞いたが、それを失念してそのメロディーが自分のものと思って五線譜に書き記した。

わが国で主観説を採る学説の中には、上記のような無意識由来事例において依拠性を肯定すべきでない（無意識依拠を肯定すべきでない）ことを根拠として主観説の立場をとるものがある[(32)]。この無意識依拠を否定すべきだとすれば、客観説を否定すべき根拠となり得る（問題点③）。

この点、わが国の裁判例において、無意識依拠を肯定すべきか判断した事例は存在しないが、米国・英国においては議論の蓄積がある。以下では、まず、米国の議論を参考に、無意識依拠を認める問題点を瞥見した後に（2.）、米国・英国の議論を参考に本稿の立場である客観説を前提にしてもその問題点は解消し得ること検討する（3.）。

2. 無意識依拠を肯定する問題点

（1） 米国裁判例における「アクセス」の判断手法

米国法において著作権侵害が成立するためには、原告は、①侵害されたと主張する作品について有効な著作権を有すること、②被告がその先行作品の著作権法上保護された要素について「利用（“copy”）」したこと、を証明する必要がある[(33)]。この②の要素は、さらに2つの内容に分かれ、ⓐ（独自創作ではなく）先行作品を利用していること（先行作品にアクセスがあること[(34)]）、ⓑ先行作品

（32） 小倉＝金井編著・前掲注（18）149頁〔小倉執筆部分〕。また、主観説に基づき依拠性を否定するものとして、西田・前掲注（17）130頁。

（33） 4 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, § 13.01（2021）; 3 William Patry, Patry on Copyright, § 9:4（2022）.

（34） 「アクセス」は、日本法における依拠性の概念とは厳密には異なることが指摘されている。山本・前掲注（19）321頁（「日本法における『依拠性』に相当するのは、間接事実としての『アクセス』プラス『証拠的類似性』であり、『アクセ

の利用が、不正利用を構成することとされる[35]。

この⒜「利用」の事実、ないし「アクセス」の事実は、被告が当該作品を見た・聞いたことに関する自白・証人があるに越したことはないが、そういった直接証拠がなければ間接証拠によるほかない。このとき、被告が著作物に接触した合理的な機会（reasonable opportunity for the work to have been available to defendant）があればアクセスを認定してよいとされる[36]。

この合理的な機会を立証するためには、二つの方途がある。一つは、証拠によって先行作品と被疑侵害者のアクセスの間の事象連鎖（a particular chain of events）を証明することであり、もう一つは、先行作品が公衆に対して広範に拡布されたこと（widely disseminated）を示すことである[37]。

（2）　無意識利用に関する裁判例

上記の判断手法を前提にすると、アクセスを推認する合理的な機会さえあればアクセスが肯定されるため、無意識のうちに先行作品にアクセスしている場合であっても利用の事実が肯定されることになる。すなわち、無意識利用（unconscious［subconscious］copying）[38]であっても著作権侵害は否定されない。

ここでは、この「無意識利用」を肯定する裁判例を紹介する[39]。

ス』自体ではない。」）参照。

（35）　*See* 4 Nimmer & Nimmer, *supra* note 33, at § 13.01［B］; 3 Patry, *supra* note 33, at § 9:4; 3 Paul Goldstein, Goldstein on Copyright 9:2（3d ed. 2022）.

（36）　3 Patry, *supra* note 33, at § 9:23.

（37）　Repp v. Lloyd Webber, 947 F. Supp. 105（S.D.N.Y. 1996）, 132 F.3d 882（2d Cir. 1997）; 3 Goldstein, *supra* note 34, at 9:8; Christopher Brett Jaeger, *"Does That Sound Familiar?": Creators' Liability for Unconscious Copying Infringement*, 61 Vand. L. Rev. 1903, 1911（2008）.

（38）　無意識に由来した場合でもアクセスを肯定した結果について「無意識利用」という表現が用いられるものと解される（「無意識利用」という表現に、アクセスを肯定するという意義が含まれている）。

（39）　下記の3裁判例については、安藤・前掲注（26）238頁以下参照。

(i)　Fred Fisher事件判決

無意識利用を明示的に認めた最初の米国裁判例は、Fred Fisher事件判決[(40)]である。原告Fred Fisher社は楽曲“Dardanella”の著作権を有しており、同曲は発表から翌1920年にかけて大ヒットした。原告はこれに類似した特徴を有する楽曲“Kalua”について著作権侵害を主張した、という事案であった[(41)]。

Learned Hand判事は、「他者の著作物を、自身の作品の源（source）として利用した事実があるならば、その者は著作権侵害をしたことになる。彼の記憶に錯覚があったとしても、それによって責任を免れない」として、著作権侵害を肯定した[(42)]。なお、本判決は救済について差止請求を否定した上で、損害は認められないとして、（当時の）最低額250ドルの賠償請求[(43)]のみを認容している[(44)]。

(ii)　Bright Tunes事件判決

その後に無意識利用を認めることを明示した著名な裁判例として、Bright Tunes事件判決[(45)]がある。この事件は、“He's So Fine”の著作権者である原告が、被告George Harrisonによる“My Sweet Lord”による著作権侵害を主張したものである[(46)]。

裁判所の判断は、Harrisonが意図的に模倣したわけではないのは確か、とする。しかし、Harrisonは先行作品と同一のフレーズを選択したのである。それは、意識的な思考において、記憶していないその曲がすでに働いていることを、無意識の思考が知っていたからである、という[(47)]。

---

(40)　Fred Fisher, Inc. v. Dillingham, 298 F. 145 (S.D.N.Y. 1924).
(41)　*Id.* at 146.
(42)　*Id.* at 148.
(43)　Copyright Act of 1909, § 25, 35 Stat. 1075, 1081 (repealed 1976).
(44)　*Fred Fisher*, 198 F. at 152.
(45)　Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, Ltd., 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976).
(46)　*Id.* at 178.
(47)　*Id.* at 180.

(iii)　Three Boys事件判決

主として広範な拡布（wide dissemination）を理由として、アクセスを肯定しているのが、Three Boys 事件判決[48]である。この事件は、The Isley Brothers 作曲の “Love is a Wonderful Thing” が、被告 Michael Bolton と被告 Andrew Goldmark による同名の楽曲 “Love is a Wonderful Thing” によって著作権侵害されているとして、著作権者 Three Boys Music Corp. が提訴したものである[49]。裁判所は、証拠から次の事実を認定した。(1) Boltonが、The Isley Brothersの曲を聴きながら育ったこと、(2) Bolton の育った場所では、テレビ・ラジオにおいて先行作品が放送された事実が認められること、(3) Bolton 自身が、The Isley Brothersのファンであると認めていること、(4) Boltonは、後行作品の作曲の際には、何か別の曲（それが何かははっきりはしないが）を参考にしたかもしれないと供述していること、である。これらの事実からすれば、被告が先行作品にアクセスしたという主張は理由のないものではない（陪審がアクセスを認めたことを棄却できない）というのである。

(3)　無意識利用に関する学説

無意識利用を肯定するこのような裁判例に対しては、学説上批判が多い。①完全に忘れていた、②覚えているけど確かに使っていない、③無意識に使っていた、の３つの場合は、外形的には区別の付けようがない。それにもかかわらず、①や②だと思っていたが、裁判所から③だと認定されて著作権侵害とされれば、創作活動に危険が付きまとうことになる[50]。

また、上記のようなアクセスの取扱いでは、一定の類似性と先行作品の広範な拡布さえ主張すれば著作権侵害が成立しうることになるため[51]、このような創

---

(48)　Three Boys Music Corp. v. Bolton, 212 F.3d 477 (9th Cir. 2000).

(49)　*Id.* at 480-81.

(50)　*See* Carissa L. Alden, *A Proposal to Replace the Subconscious Copying Doctrine*, 29 Cardozo L. Rev. 1729, 1749-52 (2008).

(51)　*See* Alden, *supra* note 50, at 1747.

作活動への危険が大きい。そのうえ、大量の情報が流通し、それらを容易に検索できるインターネット社会においては、「アクセス可能な状態」と認めることは容易となる。もし、アクセスが容易に認められてしまえば、たまたま類似した作品を創作しただけで、直ちに著作権侵害とされかねない。アクセスをルーズに認定できる状況にあるといえる。

このような考慮から、無意識利用を肯定する裁判例に対して批判が向けられてきた。これら批判的な立場からは、さらに進めて次のような議論も提唱される。まず、①無意識であることをもって抗弁としてよい（侵害を否定する）とする議論(52)が示されている。また、アクセスを否定できないとすればその代案として、②「因果的接続」の厳格な立証を求める議論(53)や、③複製と翻案で依拠性の水準を分ける議論(54)もみられる。

このうち③の議論は、後述のFrancis Day事件判決において被告代理人による主張として提出されたもので、編曲・改曲はそうであることを認識しながらでなければすることはできないが、複製は潜在意識下で行うことができるという区別である。したがって、編曲・改曲が成立するためには故意が要求され、よって（アクセスや因果的接続など）依拠性要件の立証は別途不要となる。これに対し、複製は無意識的に行われることがあり得る、とする(55)。この議論によれば、二次創作時に適用されるであろう編曲・改曲（翻案）には故意が条件となるから、無意識由来事例では依拠性が否定され創作活動が保護される、ということになる。しかし、この議論には次の問題がある。この議論は、一般論としてであるが、裁判官（Willmer判事）も採用しているところ(56)、同裁判官が指摘するように、複製と翻案との間で類似性の基準に一定の差異を設ける必要が

(52)　Jaeger, *supra* note 37, at 1923‒24.
(53)　Alden, *supra* note 50, at 1758‒59.
(54)　*Francis Day & Hunter Ltd. v Bron* [1963] Ch 587, 611. 中山・前掲注（19）712頁参照。
(55)　*Francis Day* (n 54), 611.
(56)　ibid.

ある。仮に類似性に差異を設けずに、編曲・改曲の方が依拠性の要件が重いとなれば、原告は依拠性のみで足りる複製権侵害を常に主張すれば足り、むしろ翻案権を別途規定している意味が没却されるからである。複製と翻案に関する類似性について差異を設けない現在の理解[(57)]を前提にすればなおさらであるが、仮に差異を設けるとしても、本来相対的な類似性概念について「同一」・「類似」という区別を求めても、その外延は明らかでないにもかかわらず、複製：同一、翻案：類似を前提として、翻案にのみ利用者の明示的な認識を要求しても、結局は要件の軽い複製権侵害のみが主張され、翻案権を別途規定している意味が没却されることになるだろうからである。

したがって、無意識由来事例において依拠性を否定しない結論を維持するならば、②「因果的接続」への厳格な立証という方策を検討することになる。以下では、この方向性での判断を示している裁判例を紹介する。

3. 無意識由来事例における厳格な依拠性認定

英国法においても著作権侵害が成立するためには、「因果的接続（causal connection）」と類似性が必要とされている[(58)]。無意識由来事例において、英国の裁判例では、因果的接続を厳格に認定しており、上記②の方策を採用しているといえる[(59)]。また、最近の米国の裁判例でもアクセスの認定についてこの方向性を示しているといえるものがみられる。本節ではこの厳格な認定を行った裁判例を紹介した上で、これが無意識由来事例の対応として適切であることを確認する。

---

(57)　上野達弘「著作権法における侵害要件の再構成（2・完）―『複製又は翻案』の問題性―」知的財産法政策学研究42号（2013年）39頁（39頁以下）。

(58)　Lionel Bently, et al., *Intellectual Property Law*（5th edn, CUP 2018）194; Tanya Aplin and Jennifer Davis, *Intellectual Property Law*（4th edn, OUP 2022）200.

(59)　Alden, *supra* note 50, at 1758-59.

(1)　英国裁判例における無意識由来事例

(i)　Francis Day事件判決

この事件は、“ In a Little Spanish Town ” という楽曲が、“ Why ” という楽曲により模倣されたとして、その著作権者が出訴したものである。先行楽曲が当時ヒット曲だったこと、両曲に一定の類似点があることから著作権侵害が主張された。

この事件の原判決の裁判官であるWilberforce判事は、利用（copy）の有無については、「〔①〕〔被疑侵害者の〕先行作品に対する精通（familiarity）の程度、〔②〕先行作品の性質、特に、思考・記憶に与える影響の性質、〔③〕後行作品との（客観的）類似性、〔④〕その類似性が偶然のものでありうる内在的可能性、〔⑤〕被疑侵害者に与える他の影響の存在、さらに、〔⑥〕先行作品に対する被疑侵害者の記憶に関する信用性を考慮することを構成要素とする判断による[(60)]」とした上で、本件では、被告が先行作品を知っていたという直接証拠がなく、両作品の類似性も十分ではないため、被告が先行作品を聞いたことがあるに違いないといえるほど状況証拠が十分だともいえない[(61)]、として侵害を否定した。

また、同事件の控訴院裁判官のうち、Willmer判事は、無意識であっても利用は肯定され得ることを認める一方で[(62)]、その場合に無意識利用が肯定されるためには、先行作品への被疑侵害者の精通について、少なくとも強い推認ができる程度の証明が必要だとしている[(63)]。このように、無意識利用を肯定するために、「因果的接続」の厳格な証明を求めていること[(64)]、単にヒット曲であることと一定の類似性のみで「因果的接続」を肯定しなかったことに意義がある。

---

(60)　*Francis Day* (n 54), 614-615.

(61)　ibid 615

(62)　ibid 613.

(63)　ibid 613. Willmer 判事は、Fred Fisher 事件判決等の米国裁判例を引用し、米国裁判例は familiarity を理由として依拠性を肯定してきたものとする。

(64)　ibid 614. Also see ibid 624 (Diplock J.). なお、控訴院も原判決の判断を支持し、控訴棄却としている。また、英国裁判例の認定が厳格であるとするものとして、Alden, *supra* note 50, at 1758-59.

(ii)　Mitchell事件判決

無意識由来事例について、厳格な判断をしているもう一つの具体例として、Mitchell事件判決[(65)]を挙げることができる。この事件は、被告が製作した“Kerwhizz”という6人のキャラクターのうちの3人（Twist, Ninki, Kit）が、原告が創作した“The Bounce Bunch”という5人のキャラクター（Charlie, Jomo, Simrita, Feng, Yana）に類似しており[(66)]、その著作権を侵害しているとして提訴された事件である。原告は、Bounce Bunchの画像を自身のウェブサイトや他のウェブサイトに掲載したとし、被告側製作者の誰かがそれらを見たか、あるいは、幾人かの関係者から人伝に知ったとして、アクセスがあると主張していた[(67)]。

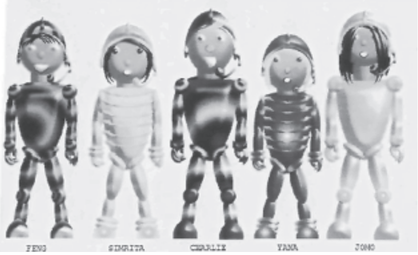

図1　先行作品（The Bounce Bunch）

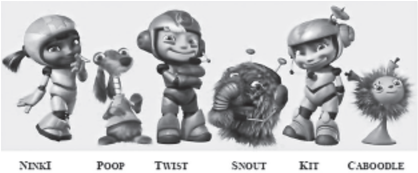

図2　後行作品（The Kerwhizz）

この事件についてBirss判事は、意識的な利用を否定している。被告BBC内の製作チームの証人尋問を行って、製作スケジュール及び先行作品の認識を明らかにしており、それによれば、製作スケジュールは2005年の末から2006年初頭に始まっているが[(68)]、先行作品は2007年までWeb上で公開されていなかった

(65)　Mitchell v BBC［2011］EWPCC 42.

(66)　原告の主張では、TwistがCharlieに、NinkiがJomoとSimritaに、KitがFengとYanaにそれぞれ類似しているとされている。図1、図2参照。

(67)　ibid［8］-［13］.

(68)　ibid［61］.

こと[69]、製作チームのいずれの者も原告から送られた書面で初めて先行作品を見たと記憶していることを認定し、それを踏まえて、被告が意識的に利用した事実は認められないとした[70]。

その上で、無意識利用についても検討している。まず、一般論として、上述の Wilberforce 判事の説示を引用した上で[71]、一般論として無意識利用であっても著作権侵害は肯定され、無意識利用の有無は「客観的類似性の程度、〔先行作品への〕精通の程度、作品の性質」から決せられるとした[72]。次に、事実認定として、被告側製作者に影響を与えうる者で原告作品を知っていた者についても証人尋問をした結果、被告側と接触したのは被告の製作終了後であったり、一切誘導していないと証言しているという事実から、彼らから知得した可能性はないとする[73]。このように、原告があり得るとした知得経路を被告が反論して棄却することはできるが、しかし、これでは論理的には他の知得経路の存在を否定しつくすことはあり得ず、無意識の影響を否定しきることはできない。このことが今日のインターネットの現実と組み合わされれば、無意識利用の主張の曖昧さを如実に明らかにするといえよう、と判事は続ける[74]。そして、「客観的類似性の程度、〔先行作品の〕精通の程度、作品の性質」については、後行作品の製作開始時に原告作品がウェブ上で公開されていなかったこと、被告側製作関係者の誰も先行作品を知っていた証拠が全くないことが指摘できる（精通の程度[75]）。また、被告側製作者の言を借りれば、先行作品は単純かつ一般的なものであり、先行作品を見た者が無意識的な記憶にとどめおいたり、そこから何らかの影響を受けることがあったとは考えにくいとする（作品の性質[76]）。そ

(69) ibid [41-44].
(70) ibid [105].
(71) ibid [35].
(72) ibid [38].
(73) ibid [113]-[116].
(74) ibid [122].
(75) ibid [122]-[123].
(76) ibid [124]-[126].

して、両者を子細に比較しても、視覚的な類似性は小さい（客観的類似性の程度）[77]。以上より、両者の因果的接続はなく、無意識利用は否定されるとする[78]。

(iii)　小括

このように英国の裁判例は、一般論としては無意識利用を肯定している。しかし、米国で無意識利用が肯定されている著名楽曲の事案で因果的接続を否定し（Francis Day 事件判決）、また、オンライン上で公開された事実がある画像についても因果的接続を否定しているのである（Mitchell事件判決）。

このような英国の判例法では、「因果的接続」の有無を厳密な事実認定のもとで判断していくことで、偶然類似してしまった場合の被告保護を行ってきたものと理解できる[79]。

(2)　揺り戻し？：米国における厳格な認定―Design Basics事件判決

2. (3).のような批判を受けてか、米国の裁判例でもアクセスを厳格に認定するものが現れた。Design Basics事件判決[80]である[81],[82]。

この事件は、住居デザインの図面をweb上で公開していた原告Design Basics社が、そのうちの一つに類似した設計図を作成した被告Lexington Homes社に対して著作権侵害を主張し出訴したものである（図3、図4参照）。著作権侵害

(77)　ibid [142].

(78)　ibid [145]-[146].

(79)　Alden, *supra* note 50, at 1756-58では、カナダの裁判例も同様に厳格な認定をしているとされる。

(80)　Design Basics, LLC v. Lexington Homes, Inc., 858 F.3d 1093 (7th Cir. 2017).

(81)　同判決と同様に、インターネット上の公開をもってアクセスを認めなかった裁判例として、Building Graphics, Inc. v. Lennar Corp., 708 F.3d 573 (4th Cir. 2013) がある。

(82)　本件の原告Design Basics, LLCは、同様の訴訟を多数提起していることが確認されており、著作権トロール的な活動だとさえ言及されている。*Design Basics*, 858 F.3d at 1097. この点がアクセスを厳格に認定したことの遠因にあるかもしれない。

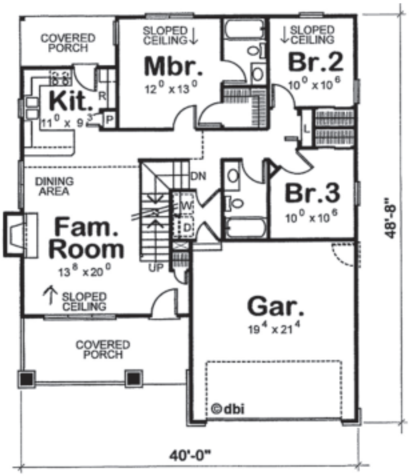

図3　Design Basic社のデザイン図面（“Kendrick”）

図4　Lexington Homes社のデザイン図面（“Oakridge”）

の条件のうち、実質的類似性とアクセスの有無が問題となったが、アクセスについて原告は、①被告の担当者が、原告の設計図を知っていた状況証拠があること、②原告側の設計図がweb上で公開されていることを主張した[83]。

これに対し裁判所は、まず一般論として、アクセスが直接証拠によって証明されることはまれである一方、先行作品を利用できる機会を示すことによってアクセスを証明することができるが[84]、それは先行作品を被告側関係者に直接送付したか、先行作品が広範に拡布されたことをもって証明できるとする[85]。しかし、当てはめにおいてアクセスを否定している。まず、①の点については、原告の設計図を、住宅建築関係者が集まる地元の協会（Brown County Homebuilders Association in Wisconsin）を通じて受け取ったことがあると主張されるが、原

（83）*Id.* at 1105-1106. 図3、図4は、原告ウェブサイト（www.designbasics.com）から入手した。

（84）*Id.* at 1099（*citing* Peters v. West, 692 F.3d 629, 633（7th Cir. 2012））.

（85）*Design Basics*, 858 F.3d at 1100.

告が同協会を通じて設計図を最後に送ったのは、被告が入会する10年も前であり、本件の原告設計図を創作した３年前であるとして、被告が、原告の何らかの設計図やカタログを直接受け取ったとは認められないとする[86]。また、②の点については、原告設計図は、原告の運営するウェブサイト（www.designbasics.com）上にて、広く公開されており（“widely disseminated”)、このサイトが、ユーザー・フレンドリーだったという主張であったが、これも、ウェブサイトがユーザー・フレンドリー（ユーザーにとって使いやすく設計されている）だったというだけでは、そのサイト上の著作物へのアクセスを肯定することはできないとし[87]、結論としてアクセスを否定し著作権侵害を否定している。

(3)　英国の裁判例と米国の最近の裁判例

本項（3.）では、英国の裁判例及び米国の最近の裁判例が、因果的接続・アクセスを厳格に認定している例を紹介した。しかし、両者が厳格に認定している経緯については相違点を指摘できる。英国の裁判例は、Francis Day事件判決が提示した一般論に従い、厳格な認定が行われてきたのに対し、米国の裁判例は、一般論自体は前項（2.）のルーズなアクセスの認定が可能なものを利用しつつ、インターネットでの公開については広範な拡布を認めないという取り扱いをし始めているものと理解できる[88]。

インターネットでの拡布に関する裁判例（Mitchell事件判決・Design Basics事件判決）は、明示的には無意識由来事例を考慮して厳格に認定したものではない。しかし、従来から厳格な認定をしている英国裁判例だけでなく、もともとルーズにアクセスを肯定していた米国裁判例さえも厳格に認定し始めているというのは特筆に値しよう。

---

(86)　*Id.* at 1106.
(87)　*Id.* at 1108.
(88)　*See* 3 GOLDSTEIN, *supra* note 35, at 9:9.

4. 客観説と無意識由来事例

II.までの議論を前提とすると、客観説を前提にして、一般論として無意識由来事例でも依拠性を肯定することになる。しかし、無意識由来事例での帰結に問題があるとすれば、客観説も再考せねばならない。上述の議論を踏まえると、どのように考えられるだろうか。

確かに、意識できないで利用してしまった場合も侵害とするのは酷なようにも思える。それが一定の類似性と広範な拡布で認定されてしまうならなおさらである。しかし、本稿はそれでも客観説を採用すべきとの結論を左右しないと考える。一つ目の根拠として、この問題は依拠性の厳格な認定で対応できることが挙げられる。英国裁判例・最近の米国裁判例のような厳格な認定をすることができるなら、少なくとも、従来指摘されてきた無意識利用のルーズな認定という問題は回避できるだろう。また二つ目の根拠として無意識性の立証の困難さも挙げられる。仮に、主観説を採用して「無意識であれば非侵害」であるとした場合には、結局「真に無意識か」が争点となるだろう。この「真に無意識」かの認定はどのようにするのだろうか。無意識だったのに依拠性を肯定されてしまったという創作の危険を回避できるかもなお危うい。従来と同様に外形的な事情からしか判断できないのだとすれば、外形的事情から「無意識でない」と判断されるリスクがある。以上より、無意識由来事例の存在をもって客観説に対する反論とすることは困難だと考えられる。

なお、無意識依拠の肯定による創作への影響を懸念する立場からは、無意識依拠の場合には損害額を減額すべきとする議論[(89)]も提示されている。わが国には、軽過失の場合に損害賠償額の減額を認める規定（114条5項）があるが、適用事例はほとんどないどころか廃止論まであるとされる[(90)]。しかし、無意識由来事例において、上記の解釈でなお問題があるとすれば、本項を活用して損害額を減額することで対応することも考えられる。

---

(89)　Alden, *supra* note 50, at 1760-64. *See Fred Fisher*, 198 F. at 152.

(90)　半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール3』（勁草書房、第2版、2015年）543頁〔松川実執筆部分〕。

Ⅳ. AI生成コンテンツにおける依拠性

AI生成コンテンツにおいて依拠性が問題となるのは、次のような事案である。

事例1：著名な画家Xの絵画数十枚の特徴をAIに解析させ、Xの画風に忠実な新たな絵画γをAIに作成させた。しかし、この絵画γは、最初に解析させたXの絵画のうちの一つαと類似するものとなった。(再掲)

もしXの著作権が存続しており、Xの許可なくγを作成した場合、γの作成について著作権侵害の成否が問題となる。この事例では類似性の存在が前提とされているため、問題となるのは依拠性要件となる。この事案の依拠性を検討するに当たっては、作品γは作品αのアイデアに依拠しているのではないか(依拠性におけるアイデア表現二分論)という問題を検討する必要がある。以下では、まず依拠性におけるアイデア表現二分論の前提として、間接依拠事例に触れた上で(1.)、なぜアイデアへの依拠は依拠性を否定すべきかを検討し(2.)、AI生成コンテンツにおける依拠性を検討したい(3.)。

1. 間接依拠事例における依拠性

依拠性におけるアイデア表現二分論が問題となるのは、後述2.のアイデア抽出事例においてである。このアイデア抽出事例の依拠性を検討するには、その前提として、間接依拠が肯定されている必要がある[(91)]。そのため、まず、本項1.では、間接依拠事例において依拠性を肯定すべきことを確認する。

間接依拠事例とは、先行作品に依拠して作成された中間作品があるときに、先行作品には依拠せず、中間作品に対してのみ依拠して後行作品が作成された場合をいう。

---

(91) 依拠性におけるアイデア表現二分論は、図6のようなアイデア抽出事例で初めて問題となる。Yが作品αに直接アクセスしているなら、それは作品αの表現を通じてであるはずであり、それが作品αのアイデアにしかアクセスしていないという場合は想定し得ないからである。

事例6：X は絵画 α を作成し、M は α に依拠して絵画 β を作成した。Y は絵画 α を見ることなく絵画 β を参照して絵画 γ を作成した。

図5

この間接依拠事例では、α に直接依拠していなくとも依拠性が認められるかが問題となる。従来の議論ではこの場合に依拠性を肯定する立場が有力である[92]。間接依拠を肯定するとすれば、依拠性の定義は「先行作品（複製物・二次的著作物も含む）に依拠すること」となる。しかし、これらの学説においては、「当該二次的著作物の表現には原著作物の表現の創作的な部分が残存している」[93]というような説明がされるのみで、なぜ残存しているといえるのか、残存しているとしてそれがなぜ依拠性を肯定する根拠になるのか、必ずしも明らかでなかった。なお、裁判例では、この間接依拠を正面から肯定するものが1件あり[94]、間接依拠を前提にするものが1件ある[95]。

このような間接依拠事例について、II.3. で述べた本稿の立場から説明すると

(92)　田村・前掲注（16）56頁、山本・前掲注（19）320頁、三好・前掲注（18）189頁、中山・前掲注（19）715頁、茶園編・前掲注（20）106頁〔陳執筆部分〕、上野・前掲注（20）137頁、愛知ほか・前掲注（19）284頁〔愛知執筆部分〕、岡村・前掲注（18）144頁。なお、間接依拠を否定する学説として、小倉＝金井編著・前掲注（18）148頁〔小倉執筆部分〕がある。

(93)　田村・前掲注（16）56頁。

(94)　大阪地判平成11･7･8判時1731-116[パンシロントリム]。

(95)　大阪地判平成21･3･26判タ1313-231[マンション読本]。丁文杰「[マンション読本]判批」知的財産法政策学研究30号（2010年）201頁（259頁）、谷川和幸「[マンション読本]判批」小泉直樹ほか編『著作権判例百選（第5版）』（有斐閣、2016年）124頁（125頁）参照。

すれば、後行作品は中間作品を経由して先行作品に由来しているから、その点をもって創作費用の削減があるとして、依拠性を肯定してよいとすることができるだろう。

さらに、間接依拠事例において依拠性を肯定してよいという結論からは、次の２つのことをいうことができる。まず、中間関与者や、後行創作者による何らかの創作的寄与があっても、先行作品の寄与を利用していれば、依拠性を肯定すべきということになろうと思われる。この場合の中間・後行の何らかの創作的寄与の保護は、類似性要件にまかせるべきかと思われる。また、複製物・翻案物を利用した著作物の利用態様（22条～26条の3）において、原告が創作した作品に直接アクセスしたことがないとしても、流通している複製物・翻案物を利用すれば著作権侵害となるということについても、間接依拠の論理を通して依拠性を肯定してよいと考えられる[(96)]。

また、間接依拠を肯定した結果、類似性要件と対比して整理すると依拠性の判断は次のように考えられる。まず、著作権侵害が成立するためには、先行作品（作品α）と後行作品（作品γ）を比較し、創作的表現が共通している必要がある（類似性要件）。これに対し、依拠性の要件は、間接依拠を肯定する帰結として、作品αと作品γの対照だけでは判断できない。仮に作品γが作品αに直接由来していないとしても、（作品αに由来する）作品βに由来する場合、（作品βに由来する）作品β_1に由来する場合等が考えられ、作品γがなんらか

---

(96)　依拠性の判断は、行為単位ではなく作品単位で行うべきである（上野・前掲注（20）138頁以下）。調査費用・創作費用による説明は、後行作品の作成に着目したものだからである。そのため、先行作品に由来しない（独自創作の）後行作品の取得後に、先行作品を知得した者が後行作品の提示・提供を行った場合（田村・前掲注（16）49頁参照）は、作品単位で見れば依拠性が否定されるのだから、著作権侵害は否定される、という結論になろう。

これに対し、知得後の複製や翻案は、それにより新たな後行作品が発生するため、それについて依拠性を判断することになる。ただし、機械的なデッド・コピーのように、新たな後行作品に何らの寄与が追加されていないために知得後も依拠性が否定される場合はあり得ると考えられる。

の由来経路によって依拠しているかを判断する必要がある。

2. 依拠性とアイデア表現二分論

次に、アイデアに依拠した場合に依拠性が肯定されるかを検討する。類似性要件ではアイデアと表現を区別し、表現が共通している場合でないと類似性要件は肯定されないとされる(97)。依拠性要件においても、アイデアに対する依拠では依拠性は肯定されないのだろうか？

依拠性がアイデア表現二分論と関連するのは、「アイデア抽出事例」、すなわち、中間作品がアイデアのみを抽出して模倣し、後行作品γが独自に付け加えた表現が、たまたま先行作品αに類似したという事例においてである。図6はこの「アイデア抽出事例」を模式的に表したもので、作品βは、作品αからアイデアAを抽出し、それに表現Cを独自追加したものである。作品γは、作品βからアイデアAを抽出し、それに表現B′を独自に追加したものである。表現Bと表現B′では類似性が肯定される。この事例において、作品γは表現B′にお

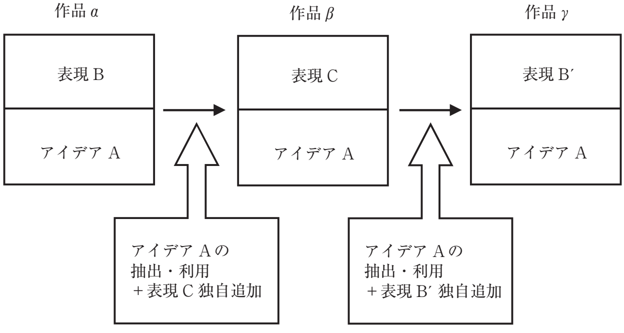

図6

(97)　類似性要件におけるアイデア表現二分論について、拙稿「著作物の類似性要件における創作インセンティヴと市場代替性—日米の比較の観点から」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦II』（弘文堂、2020年）207頁（209頁以下）参照。

いて作品αに類似しているため、類似性は肯定されるが、依拠性が肯定されるかが問題となる。従来の議論では、このような場合に依拠の対象が「アイデア」ではなく「表現」でなければならないとされ、依拠性は否定される(98)。上記の事例で考えれば、作品γは、作品αのアイデアAに依拠しているのみであるため依拠性は認められないということになる。

このように、アイデアに対する依拠は依拠性が否定される。その根拠として、従来の議論は①著作権侵害は「著作物」の利用でなければならず、アイデアの依拠は依拠性に当たらないから、とする(99)。また、②「アイデア」はパブリック・ドメインであり、それを利用したのだから著作権侵害は否定しなければならない、という説明もあるかもしれない。

しかし、いずれの説明も十分とは考えられない。まず①の説明であるが、これは、著作権法21条～27条が「その著作物」と規定している以上、依拠の対象は「著作物」である必要があり、「著作物」は「アイデア」ではなく「表現」である必要がある、という議論である。確かに、条文通りに解釈するならその通りであるが、なぜそのように解釈すべきか、そのような規定が正当であるか、根拠を問われれば、この論理では不十分である。また、「アイデア」が共通するだけでは類似性は認められない、というのがアイデア表現二分論の内容であるが、それは、アイデアのような抽象的な特徴が共通するのみで著作権侵害を肯定すれば後続創作への弊害が生ずると考えられるからである。それゆえに類似性要件の対象は「表現」である必要がある。これに相応する根拠を依拠性についても与える必要があると考えられるのである。

②「アイデア」がパブリック・ドメインであることは根拠になるだろうか。

---

(98)　田村・前掲注（16）54頁、山本・前掲注（19）319頁、三好・前掲注（18）188頁、半田＝松田編・前掲（18）909頁〔辻田芳幸執筆部分〕、中山・前掲注（19）715頁、髙部・前掲注（17）254頁。また、裁判例として、東京地八王子支判昭和59·2·10無体集16-1-78[ゲートボール規則書]。

(99)　田村・前掲注（16）54頁以下、山本・前掲注（18）・319頁、中山・前掲注（19）715頁、髙部・前掲注（17）254頁。

確かに、「アイデア」はパブリック・ドメインである。しかし、パブリック・ドメインであるというだけの理由では、それに由来する作品を著作権侵害としない根拠にはならないのではないか。例えば、新規性・進歩性のない技術や、特許権の対象となっていない発明は、いずれも特許権で捕捉されていないパブリック・ドメインであると評価されるだろうが、そのような技術を改良することで独立に特許発明に至ったとしても、その発明の実施は（先使用権に該当しない限り）特許権侵害となるだろう[100]。つまり、パブリック・ドメインであるということは、それ自体の実施・利用を知的財産権侵害としない理由にはなっても、それに由来する技術・作品の実施・利用を知的財産権侵害としない理由にはならないものと思われる。

したがって、上記のアイデア抽出事例において著作権侵害を否定し、そのために依拠性を否定する結論が妥当だとしても、その理由付けは、別途用意しなければならない。

本稿では次の理由から依拠性を否定すべきと考える。一つは、創作費用との関連で説明するものである。創作費用による説明によれば、創作者には創作費

(100) 確かに、被疑侵害物品が公知技術と同一、又は、公知技術から容易想到であるという理由で自由技術の抗弁を出すことは考えられる（古城春実「特許侵害訴訟と公知技術―自由技術の抗弁再考」日本工業所有権法学会年報29号(2006) 47頁（58頁以下））。しかし、この場合は当該特許権に無効の抗弁が成立し得る事例だというだけでなく、公知技術から由来するといっても、公知技術から容易非想到であればやはり特許権侵害となることに争いはないだろう（古城・前掲60頁以下。自由技術の抗弁について、田中汞介「自由技術の抗弁の現代的意義」特許法の八衢（2021年）(https://patent-law.hatenablog.com/entry/2021/12/31/034312) も参照)。

この問題は、なにをもって「パブリック・ドメイン」なのか（パブリック・ドメインそれ自体ではなく「由来する」ものなのか）という問題と不可分かもしれない。ただ、本文②の議論は（これが仮にあるとすればだが)、「アイデア」であることをもってパブリック・ドメインであったはずのものが、それが「表現」となってもなお「アイデアに由来する」ということをもってパブリック・ドメイン性に由来する侵害否定という結論をなぜ維持できるのか明らかでない点に問題があると思われる。

用がかかり、模倣者には創作費用がかからないという不均衡状態による市場の失敗を理由としているところ、著作権法が問題としている創作費用は「表現」の創作費用に限られると説明することができるからである。表現の模倣にはほとんどコストがかからないが、アイデアの模倣は（作品の背後にあるアイデアを読み取ったり、技術について理解する等）必ずしもコストが低いとは考えられず、先行者利益のみで十分であるから、表現の模倣に対してのみ保護を与えるのが著作権法の趣旨である、と考えるのである[(101)]。

もう一つは、調査費用との関連で説明するものである。調査費用による説明とは、仮に独自創作が著作権侵害の対象となるとすれば、独自創作の作品が著作権侵害か否かを調査することになるが、その調査費用が酷となれば創作に支障をきたす。このために独自創作を著作権侵害としない、と解すべきという考え方である。上記のアイデア抽出事例における調査費用はどのように考えられるだろうか。これについて考えるためには、もしアイデア抽出事例を著作権侵害とすれば（すなわち、独自創作であれば原則非侵害だが、アイデアが先行作品に由来していれば侵害となる場合）、ということを仮定する。このとき、作品γを作成したYは、作品αと類似する表現B´を作成し、そのアイデアが作品αに由来しているという理由で著作権侵害の責任を負いかねないわけだが、それを回避するために、表現B´を独自に創作していたとしてもなお、利用したアイデアAが作品αに由来するものであるか否かを確認する必要がある。しかし、類似した表現を調査することよりも、アイデアの調査はより困難な場合が多いと考えられる。表現の調査、つまり、類似した表現を（目録を使うなり、検索エンジンを使うなり、AIを使うなり）検索する際には、言語著作物であれば当該著作物中に含まれる各語を、音楽著作物であれば当該著作物中に含まれる音列を、美術著作物であれば当該著作物中に含まれる色覚データの配列を、検索の端緒にするだろう。しかし、アイデアは、作品の内奥にあるものを抽出した情報であり、数多ある調査対象の作品からそれを抽出するだけでも労力がかか

（101）Landes & Posner, *supra* note 20, at 92–93.

る。それだけでなく、アイデア表現二分論による類似性否定の結果、誰でもアイデアを利用することができる。そのため、共通するアイデアは多くの作品の中で見つかることだろう。アイデアAが作品αに由来するのを確認することはより困難となる。このように、アイデアの由来については調査が困難となるだろうから、このようなアイデア抽出事例を著作権侵害とすることは避けるべきだと考えられるのである。

3. AI生成コンテンツ

ここまでの議論を前提に、AI生成コンテンツの生成における依拠性の有無を検討しよう。図7は、事例1のようなAI生成コンテンツの生成を模式化したものである。教師データになった作品αをデジタルデータ化してAIに読み込ませると、AIは作品αの特徴を抽出して学習済みモデルを作成する。その学習済みモデルに対して指令を与えて作品γを生成する。この作品γが表現Bに類似

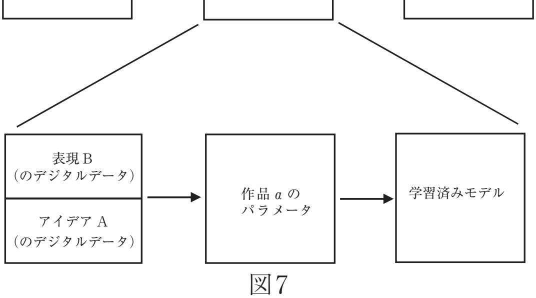

図7

した表現B′を含んでおり、作品αと類似したという場合を想定する[(102)]。

ここで問題となるのは、パラメータ化・抽象化された状態の作品αが「アイデア」であり、それへの依拠はアイデアへの依拠にならないか、ということである。

この点について、パラメータ化・抽象化された状態を「アイデア」とする立場[(103)]と、「表現」とする立場[(104)]がある。これを「表現」とする立場からは、パラメータはプログラムの一部であるとか、機械的な変換にすぎないといわれる。確かに、アナログデータからデジタルデータへの機械的な変換であれば、そのデータはなお表現たりうると思われるが、そこから特徴量を抽出し、演算処理が施された結果のパラメータなのであれば（すべてのAIがそのようなプロセスを採用しているとは限らないが[(105)]）、それは、何らかの画風等の数値的な表現になっているはずであり、それは「アイデア」だと評価すべきものと思われる。

それでは、（仮に「アイデア」の場合と「表現」の場合があるとして）パラメータが「アイデア」と評価される場合に、そのAI生成コンテンツの作成は、

（102）図7については、柿沼太一「AIソフトウェアと著作権法」自由と正義73巻2号（2022年）9頁を参照した。

（103）内閣府知的財産戦略本部新たな情報財検討委員会「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」（2017年3月）37頁以下。

（104）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）50頁（53頁）（「元の著作物はパラメータに抽象化、断片化されて記録されるが、これら一群のパラメータは、AIプログラムの処理方法を規定し、AIプログラムが制作する生成物の内容に直接影響を及ぼすものであるから、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ないであろう。」）、愛知靖之「AI生成物・機械学習と著作権法」別冊パテント23号（2020年）131頁（144頁）（「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』に変換されたとの評価を下すべきではない。」）。

（105）奥邨・前掲注（23）10頁、柿沼太一「自然言語系AIサービスと著作権侵害」https://storialaw.jp/blog/8267（2021年）脚注1は、アイデアとなる場合と表現となる場合があると想定しているようである。

アイデア抽出事例であり、依拠性は否定されるのか。しかし、当の作品αをAIに読み込ませているにもかかわらず、依拠性が否定されるという結論は、直感的には不自然なように思われる。従来の議論に基づけば、依拠性を否定すべきという結論が直ちに導かれるところだが、以下では一つの試論として、依拠性を肯定する論理を考えてみたい。この点を説明するためには、まず人間の脳での事案を参照する。

事例7：（人間である）Yは、（αと類似する）後行作品γを作成したが、この作成過程においては、先行作品αと画風においてのみ類似する中間作品βを経由したと主張している。

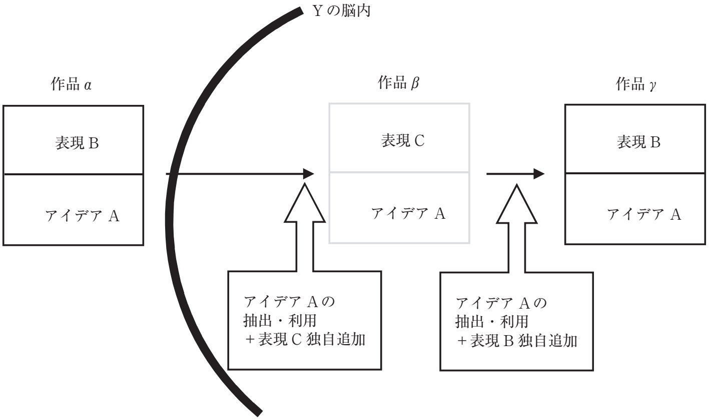

図8

作品αを見て作品γを制作する際に、一度中間作品βを経由していると主張している場合について、依拠性を認めるべきだろうか？この事例7は、2. のアイデア抽出事例を少し修正したもので、事例6のβとγが同一人による場合で、図8がこの事例7を模式的に表したものである。（もちろん、人の脳内においてどのような過程で創作がなされたかを証明することは困難だろうが、制作過程

としての作品βがスケッチ等として残っており、かつ、作品γの制作時には作品βにしか依拠していない、ということが証明された場合を想定する。)

仮にこのような事実があったときには、アイデアへの依拠は依拠性が否定されるという2.の議論によれば作品γの作品αへの依拠性は否定されることになろう。しかし、実際に作品αに一度アクセスした者による作品γについて、作品αへの依拠性が否定されるという結論は、創作過程においてアイデアを抽出する段階を経たとしても、不自然であるように思われる。もしそうだとすれば、次のように考えれば、作品γは作品αに依拠していると考えることができるのではないだろうか。すなわち、前項2.で、アイデア抽出事例において依拠性を否定すべき理由は、創作費用と調査費用の両面から説明できるとしたが、作品βと作品γが同じ人物によるのであれば、Yは作品αに直接接しているのであり、著作権侵害として調査費用を課しても酷ではない、と考えられるからである。

この事例7で得られた示唆は、AI生成コンテンツの事例でも妥当するだろう。客観説による依拠性要件は、作品αと作品γ、そして、両者を結びつける由来経路について検討すれば十分であり、人間の脳に関する事例をAI生成コンテンツの事例に援用しても問題がないと考えられる。すなわち、AIのアルゴリズム上は作品α(等)の特徴量・パラメータを経由し、それをもとにして(それに依拠して)作品γを生成しているが、これはアイデアを経由して作品γを生成しているといえる(AIであれば、創作過程のアルゴリズムが明らかにされているだろうから、パラメータの抽出後に作品γを生成したという経過をたどっていることも明らかにされるだろう)。作品γを生成する学習済みモデルを有する当該AIは、その生成過程において教師データたる作品αにアクセスしており、作品αの調査を課しても酷とは言えず、事例7と同じように作品αへの依拠性を肯定しうる、と考えられるだろう。

V. おわりに

本稿では、依拠性の定義として客観説を採用すべきこと、AI生成コンテンツに関する依拠性を肯定する理論的方途を考察した。また、その理路の中継点において、依拠性の認定を厳格にすることで無意識由来事例の問題に対応できること、及び、間接依拠事例に依拠性を肯定すべき根拠やアイデア抽出事例において依拠性を否定する根拠についても示した。

このうち、アイデア抽出事例でも依拠性を実質的に肯定してよい場合があることを示したが、この議論の射程はまだ明らかではない。また、アイデア抽出事例の議論の中では、類似性要件におけるアイデア／表現の区別を前提とした。しかし、アイデアしか共通しないとして類似性を否定する根拠と、アイデア抽出事例において依拠性を否定する根拠が異なるとすれば、両要件におけるアイデア／表現の線引きに差が出る可能性が出てくる。従来「アイデア」とされてきたものの大半に、依拠性を否定する根拠が当てはまると考えられるが、これらの点のさらなる検討は今後の課題としたい。

また、依拠性に関する議論としては、依拠性要件を規範的要件と解するか、事実的要件と解するか、その証明責任を著作権者と被疑侵害者のいずれに負担させるべきか、という論点がある[(106)]。さらに、AIに関連する著作権侵害の論点は、誰を責任主体とするかなど多岐にわたる。本稿はこれらについて立ち入ることはできなかったが、この点についても他日に期したい。

＊脱稿後、柿沼太一「Midjourney、Stable Diffusion、mimicなどの画像自動生成AIと著作権」https://storialaw.jp/blog/8820（2022年）に接した。

（106）上野・前掲注（20）146頁以下参照。