



AI技術を利用して自動生成した人物肖像の利用による権利侵害

柿沼, 太一

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2021-03-25

(Date of Publication)

2022-03-01

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第7977号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1007977>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博士學位論文

AI技術を利用して自動生成した人物肖像の利用による権利侵害

神戸大学大学院法学研究科

専攻: 法学政治学専攻

指導教員: 前田 健

学籍番号: 161J107J

氏名: 柿沼太一

提出年月日: 令和3年1月20日

【論文要旨】

AI 技術を利用した人物肖像の自動生成については、その技術が高度化し、実在の人物の肖像とほとんど区別がつかない人物肖像を自動生成できるようになっている。そのため、それらの人物生成肖像の生成・利用に関する様々なビジネス（AI 技術を利用して人物肖像を自動生成できるサービスや AI 自動生成肖像を販売するサービスなど）や、AI 自動生成肖像の利用場面（印刷物、ウェブサイト、漫画、映像、ゲームキャラ等）が急速に拡大している。

このような AI 自動生成肖像の利用については、肖像権やパブリシティ権侵害のリスクがない、あるいは当該肖像利用についてモデルやモデルが所属するプロダクションに費用を支払う必要がないなどの利点が主張されることがある。しかし、AI 技術による画像自動生成技術を利用して人物肖像を生成し、様々な場面（印刷物、ウェブサイト、漫画、映像、ゲームキャラ、商品宣伝等）で利用した際、自動生成された人物肖像が実在の人物の顔と同一又は酷似していた場合、当該実在の人物からすれば、自らの肖像を無断利用されたと考えることもあるだろう。

その場合、当該実在の人物から、AI 自動生成肖像の利用により、狭義の肖像権またはパブリシティ権が侵害されたとの主張がなされる可能性がある。

この点、どのような場合に狭義の肖像権またはパブリシティ権が成立するかの要件については、すでに最高裁判決が示した基準が存在している（狭義の肖像権について最判平成 17 年 11 月 10 日（民集 59 卷 9 号 2428 頁、いわゆる法廷写真撮影事件）、パブリシティ権について最判平成 24 年 2 月 2 日（民集 66 卷 2 号 89 頁、いわゆるピンク・レディー事件））。

しかし、これら従来型の肖像権侵害事案やパブリシティ権侵害事案においては「特定の人物の人物肖像が作成され、当該肖像が利用されている」ということが当然の前提となっているが、AI 自動生成肖像の利用においては、人物肖像の自動生成に際して特定の人物の人物肖像のみが利用されている訳ではないため、「特定の人物の人物肖像が作成され、当該肖像が利用されている」という前提自体を欠く。

したがって、AI 自動生成肖像の利用についての不法行為該当性の判断に関しては、従来最高裁が示してきた基準をそのまま適用することができず、どのような場合に権利侵害が成立するのか、侵害が生じるとした場合に誰がどのような責任を負うのかについて、現状では十分な検討がなされているとはいえない状況にある。

そこで、本論文では、実務的にも理論的にも興味深いテーマとして「AI 技術により自動生成した人物肖像の利用による権利侵害」について論じた。

1 狭義の肖像権侵害について

AI 自動生成肖像の利用が狭義の肖像権侵害に該当するかについては、① 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性、② 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度、③ 利用行為の態様、④ 主観的要素、⑤ 元データの撮影行為の違法性、⑥ 打消し表示の有無の 6 要件を

総合的に考慮して判断すべきである。

特に「② 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度」は、AI 自動生成肖像特有の問題であり重要な要素であるが、DS の内容（具体的には DS に用いられた人物の人数）及び学習済みモデルのタイプ及び学習方法を総合的に考慮して判断することになる。

「④ 主観的要素」については、特に過失の判断基準が問題となる。具体的には、データセットの量が少量の場合（関連性が高い場合）、又はアダルト利用等の名誉毀損的状況で利用する場合においては、照合義務（「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」）が行為者に課される。そのような照合義務が課される場合において同照合義務を果たさなければ過失が存在する。そして、データセット内に AI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていれば、照合義務を果たしていれば権利侵害を防止できたはずであるから過失と権利侵害との間の因果関係も存在し、不法行為が成立することになる。逆に、そのような照合義務が課される場合であってもデータセット内に AI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセットと AI 自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たしていないという過失が存する場合でも、過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為は成立しない。

一方、十分な量のデータセットを利用しかつ非名誉毀損的な利用態様で利用する場合であれば、そもそもデータセットと AI 自動生成肖像の照合義務が発生しないため当該照合義務を果たしていないとしても過失がなく不法行為は成立しない。

2 パブリシティ権侵害について

AI 自動生成肖像の利用行為のパブリシティ権侵害判断基準は、① 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性があること、② ピンク・レディー事件最高裁判決裁（最判平成 24 年 2 月 2 日民集 66 卷 2 号 89 頁）が示した 3 類型での利用、③ 主観的要素、④ 氏名・肖像に顧客吸引力があることの 4 要件である。狭義の肖像権侵害の成立要件と異なり、関連性が要件に含まれていない点が大きな特徴である。

「③ 主観的要素」については、特に過失の判断基準が問題となる。具体的には、AI 自動生成肖像を 3 類型で利用する場合、データセットの大小等に関わらず、データセットと AI 自動生成肖像の照合義務が発生し同照合義務を果たさなければ過失が存在する。そして、データセット内に AI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていれば、照合義務を果たしていれば権利侵害を防止できたはずであるから過失と権利侵害との間の因果関係も存在し、不法行為が成立することになる。逆に、そのような照合義務が課される場合であってもデータセット内に AI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセットと AI 自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たしていないという過失が存する場合でも、過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為は成立しない。

3 ツール提供者の責任について

さらに AI 自動生成肖像の利用行為が不法行為に該当する場合において、当該肖像生成のためのツール提供者（データセットの作成・提供者や学習済みモデルの生成・提供者）の責任をどう考えるかも重要な問題である。

この点、AI 自動生成肖像の利用行為者の行為が権利侵害に該当すれば、ツール提供者の行為も自動的に権利侵害に該当すると解釈することは、ツール提供者における権利侵害の成立範囲が無限定かつ広くなりすぎてしまい合理的ではない。

AI 自動生成肖像生成のためのツールは、ごく例外的なツールを除いては、AI 自動生成肖像の利用行為による権利侵害を引き起こす危険性が高いものではないためである。

そのため、本稿においては、特許法の間接侵害の規定、及び著作権侵害に関する上記裁判例や立法上の議論を踏まえ、ツール提供行為という幫助行為のうち、権利侵害を引き起こす危険性が高い行為を対象としつつ、権利侵害の成立範囲を不当に広げないという観点から、肖像権・パブリシティ権の直接侵害行為に寄与するツール提供行為については「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」についてのみ、違法な幫助行為として損害賠償責任を負うと解すべきであるとした。

そして、肖像生成のためのツール提供行為（データセットの作成・提供行為や学習済みモデルの生成・提供行為）のうち、データセットは「侵害発生の実質的危険性を有する物品」に該当しないことは明らかなので、その生成・提供行為は上記基準に該当せず権利侵害を構成しない。

次に学習済みモデルの生成・提供行為については、十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデルであれば、侵害惹起の危険性が低く、他用途にも利用され得ることから、「侵害発生の実質的危険性を有する物品」には該当しない。

一方、「ある特定の实在の人物 X や、特定のグループ Y に属する实在の人物肖像を自動生成することを目的として、当該人物 X やグループ Y の肖像のみを収集してデータセットを作成し、同データセットを用いて学習させた学習済みモデル」については、X の肖像を自動生成する能力が非常に高い学習済みモデルであることから、「侵害発生の実質的危険性を有する物品」に該当する。

したがって、そのような特殊な学習をした学習済みモデルを「侵害発生を知り」ながら提供する行為を行った者は、故意による幫助行為として損害賠償責任を負う。

さらに、そのような特殊な学習をした学習済みモデルであれば「(侵害発生を)知るべきでありながら」という要件は満たすことになるので「侵害発生防止のための合理的措置」を採らずに提供する行為は過失による幫助行為として損害賠償責任を負う。

以上

【目次】

第1章	はじめに	1
第2章	問題の所在	4
1	特定の人物の写真撮影並びに撮影された写真の公表・利用	6
2	特定の人物のイラスト作成並びに作成されたイラストの公表・利用	7
3	AI自動生成肖像の生成並びに公表・利用（その1）	7
4	AI自動生成肖像の生成並びに公表・利用（その2）	9
第3章	AIを利用した画像自動生成の技術的基礎	10
1	技術論	10
2	AIによる人物肖像の自動生成及びその利用の流れ	12
第4章	AI自動生成肖像を利用する行為の権利侵害の判断基準	13
1	肖像権	13
(1)	検討の順番	13
(2)	狭義の肖像権について	13
(3)	一般不法行為及び肖像権侵害の成立要件について	18
(4)	判断要素	24
(5)	結論：AI自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準	47
2	パブリシティ権	54
(1)	はじめに	54
(2)	パブリシティ権について	54
(3)	判断基準	58
(4)	結論：AI自動生成肖像の利用行為のパブリシティ権侵害判断基準	64
(5)	狭義の肖像権侵害の成立要件とパブリシティ権侵害の成立要件の比較	64
第5章	一部の行為のみが行われた場合の権利侵害の有無	66
1	狭義の肖像権侵害について	67
(1)	写真の撮影・公表・利用行為	68
(2)	イラストの作成・公表行為	68
(3)	検討	71
2	パブリシティ権侵害について	73
第6章	AI自動生成肖像の作成・利用行為の一部のみ関与した者の責任	74
1	検討対象	74
2	判断基準	75
(1)	特許権侵害	76
(2)	著作権侵害	79
(3)	判断基準	82

3	パブリシティ権侵害	86
(1)	ケース 1	86
(2)	ケース 2	87
(3)	ケース 3	90
(4)	ケース 4	91
(5)	ケース 5	91
(6)	ケース 6	92
(7)	ケース 7	93
(8)	ケース 8	94
4	肖像権侵害	95
(1)	ケース 1	95
(2)	ケース 2	95
(3)	ケース 3	99
(4)	ケース 4	100
(5)	ケース 5	100
(6)	ケース 6	101
(7)	ケース 7	102
第7章	冒頭の各ケースの検討	102
第8章	まとめ	107

第1章 はじめに

AI 技術を利用した文章や画像・音楽等の自動生成技術及び同技術を利用したビジネスは日進月歩のスピードで進化している。

特に人物肖像の自動生成については、その技術が高度化し、実在の人物の肖像とほとんど区別がつかない人物肖像を自動生成できるようになっている。そのため、それらの人物生成肖像の生成・利用に関する様々なビジネス（AI 技術を利用して人物肖像を自動生成できるサービスやAI 自動生成肖像を販売するサービスなど）や、AI 自動生成肖像の利用場面（印刷物、ウェブサイト、漫画、映像、ゲームキャラ等）が急速に拡大している。



A Style-Based Generator Architecture for Generative Adversarial Networks (<https://arxiv.org/pdf/1812.04948.pdf> より)

上記で引用した人物肖像は、一見すると実在の人物を撮影した写真のように見えるが、実際には、全て AI 技術を利用して自動生成されたものであり実在の人物を撮影した写真ではない

このような AI 自動生成肖像の利用については、肖像権やパブリシティ権侵害のリスクがない、あるいは当該肖像利用についてモデルやモデルが所属するプロダクションに費用を支払う必要がないなどの利点が主張されることがある。しかし、AI 技術による画像自動生成技術を利用して人物肖像を生成し、様々な場面（印刷物、ウェブサイト、漫画、映像、ゲームキャラ等）で利用した際、自

動生成された人物肖像が実在の人物の顔と同一又は酷似していた場合、当該実在の人物からすれば、自らの肖像を無断利用されたと考えることもあるだろう。

その場合当該実在の人物の肖像権やパブリシティ権を侵害したことになるのか、侵害が生じるとした場合に誰がどのような責任を負うのかについて、現状では十分な検討がなされているとはいえない状況にある。

そこで、本論文では、実務的にも理論的にも興味深いテーマとして「AI 技術により自動生成した人物肖像の利用による権利侵害」について論じる。

たとえば以下のようなケースである。

【ケース 1】

アパレル会社 X 社が、インターネット上から無作為に人の顔写真を大量に（約 1 万枚）収集し、当該顔写真を元データとして人物肖像生成 AI プログラムを制作した。そのうえで同プログラムを利用して人物肖像を自動生成して、自社製品であるアパレル商品を着用するモデルとして宣伝広告に利用した。その際には「AI を利用して自動生成したモデルです」と注意書きを付けた。利用開始してからしばらくたった頃、当該人物肖像と酷似した風貌を持つ実在の人物である藤田氏から肖像権侵害を理由に当該モデルの使用をやめて欲しいとのクレームが入った。そこで、人物肖像生成 AI プログラムを生成する際に利用した元データ（約 1 万枚）を調査したところ、確かに SNS 上で公開されていた藤田氏の顔写真数枚が元データとして用いられていた。X 社の責任をどう考えるべきか。

【ケース 2】

ケース 1 の場合において、元データを調査したところ、藤田氏の顔写真が用いられていなかった場合はどうか。

【ケース 3】

AI ベンダーである X 社が、多数の日本の映画女優の顔写真を様々なソース（インターネット、俳優名鑑等）から大量に収集してそれを元データとして人物肖像生成 AI プログラムを制作し、同プログラムを利用して人物肖像を自動生成したところ、元データの一部に用いた著名女優 A と同一の人物肖像が生成された。X 社としては、当該自動生成肖像が A の肖像と同一であることは認識しつつ、AI が自動生成した人物肖像であれば問題ないだろうという判断の下、当該人物肖像を自社商品を宣伝するキャラクターとして利用した。X 社の責任をどう考えるべきか。

【ケース 4】

ケース 3 の場合において、元データを調査したところ、著名女優 A の肖像は用いられていなかった。そこで、X 社としては、元データに入っていない以上、「偶然」生成された肖像なのだからその利用には問題ないと判断し、当該自動生成肖像が A の肖像と同一であることは認識しつつ、当該人物肖像を自社商品を宣伝するキャラクターとして利用した。X 社の責任をどう考えるべきか。

【ケース 5】

AI ベンダーである X 社が、ネット上に公開されている有名アイドル B の様々な大量の画像を収集し、同画像を元データとして人物肖像生成 AI プログラムを

制作した。そのうえで同 AI プログラムを利用して B と同一の人物肖像を作成し「B のようだが B ではない！ AI が生成しているので権利を気にせず色々な用途に利用していただけます」という謳い文句で自動生成肖像を販売した。X 社の責任をどう考えるべきか。

【ケース 6】

ケース 5 において、AI ベンダーである X 社が、ケース 5 と同様の手法で制作した人物肖像生成 AI プログラムを「アイドル B をいつでも作り出せる！」という謳い文句で販売した。その後、当該プログラムを購入した者 Z 社が同プログラムを利用してアイドル B と同一の肖像を自動生成し、自己の商品の宣伝広告に利用した。

X 社と Z 社それぞれの責任をどのように考えるべきか。

【ケース 7】

AI ベンダーである X 社が、多数の日本のアイドルの顔写真をインターネットから大量に収集してそれを元データとしてアイドル肖像生成 AI プログラムを制作した。当該プログラムにおいては、パブリシティ権侵害の問題が生じないように、元データと一定の一致度以上の肖像は自動生成されないようになっている。

X 社が当該 AI プログラムを公開したところ、アパレル会社 Z 社から引き合いがあり、自社の業務に利用したいので販売して欲しいということだったため、販売した。

Z 社が当該プログラムを利用してアイドル肖像を自動生成し、自社商品の宣伝に利用したところ、地方で活躍するアイドルを名乗る A さんから、自分の写真が無断で商品宣伝に使われているとして、Z 社に対してパブリシティ権侵害に基づく損害賠償を求める通知が来た。Z 社が X 社と協力して調査をしたところ、確かに A さんは地方で活躍するアイドルであり、歌手などとして活動をしていたが、まだまだ一般的には無名であり、Z 社も X 社も A さんのことを全く知らず、かつ X 社の AI プログラム生成の際の元データとしては利用されていなかった。

X 社と Z 社それぞれの責任をどのように考えるべきか。

【ケース 8】

ケース 7 において、たまたま Z 社の担当者が地方アイドルに詳しくあったため、自動生成された肖像が地方アイドル A さんの肖像と同一であることを認識しつつ、同自動生成肖像を自社商品の宣伝に利用した場合はどうか。

【ケース 9】

X 社が過去の多数の性犯罪者の顔写真を元データとして人物肖像生成 AI プログラムを制作した。同プログラムを利用して人物肖像を自動生成し、その顔を「こういう顔に注意。性犯罪者はこういう顔だ！」として公表した。

そうしたところ、A 氏から「自分の肖像が勝手に使われており、かつ『性犯罪者』とのレッテルが張られており名誉毀損・肖像権侵害にあたる」とのクレームがあった。調べてみると、確かに自動生成肖像の中に A 氏に酷似した者が含まれていた。さらに調査を進めると、A 氏は過去に性犯罪者としての逮捕・報道歴があり、その際に報道された A さんの顔写真が AI プログラム生成の際の元データとして使用されていた。

X社の責任をどう考えるべきか。

【ケース 10】

ケース 9において、元データを調査したところ、A氏の顔写真は用いられていなかった場合はどうか。

【ケース 11】

X社がインターネット上の20代の女性の顔写真のみを大量に（1万枚以上）収集し、同写真を元データとして人物肖像生成AIプログラムを制作した。X社が同プログラムを販売したところ、アダルト動画会社Z社が同プログラムを購入したうえで、女性の顔写真を自動生成し、同顔写真を、自社が販売するアダルト動画の主演女優の顔部分に合成して「世界初のAIアダルト動画！」として販売した。当該動画はAIを利用したアダルト動画ということで非常に反響を呼んだが、動画公開後しばらくしてから、「自分の顔写真がアダルト動画の顔写真として無断で利用されている。自分は芸能活動をしたこともないし、一般人であるので、当該顔写真の利用は肖像権侵害に該当する」としてAさん（芸能活動を行っていない一般人）から損害賠償を求める内容証明がZ社に届いた。

調べてみると、確かにアダルト動画に利用されている顔写真はAさんに酷似していたが、さらに調査を進めると、Aさんの顔写真はAIプログラム生成の際の元データには含まれていなかった。

X社及びZ社の責任をどう考えるべきか。

【ケース 12】

ケース 11において、元データを調査したところ、Aさんの顔写真が元データに含まれていた場合はどうか。

これらのケースでは、人物肖像生成AIプログラムの制作の際に元データとして人の顔写真を用いている点は共通しているが、① 元データとして顔写真を用いられている人が著名人か非著名人か、② 実在の人物に酷似した写真が自動生成された場合において、当該人物の顔写真が元データ内に用いられているか、及び当該人物の顔写真の元データの量に占める割合、③ 生成された人物肖像がどのような場面で利用されているか（商品宣伝目的、名誉毀損的記事、アダルト動画等）、④ AI自動生成肖像の利用に至る一連の行為（データセット作成や、学習済モデルの生成、同モデルを利用しての人物肖像の自動生成等）の一部のみに関与した者（たとえばAIプログラムの生成・提供のみをしている者など）について、そのような部分関与者がどのような責任を負うのか、など様々な問題を含んでいる。

第2章 問題の所在¹

一般に、人物肖像の利用行為において問題となる権利または利益は、狭義の肖像

¹ 「AIと不法行為」というテーマでこれまで主に論じられてきたのは、AIの利用によって人の生命身体が侵害されるケース（自動運転やAIを組み込んだロボットによる事故等）であった。それらの議論においては、権利侵害が発生したこと（事故により生命身体が損なわれたこと）は当然の前提としつつ、AI技術を利用したことで、当該権利侵害について

肖像権及びパブリシティ権であり、本稿における検討対象も狭義の肖像権及びパブリシティ権に限定する²。

この点、AI 技術を利用していない従来型の肖像権及びパブリシティ権侵害の要件については、これまでに判例や学説の多数の蓄積がある。

法廷内での被告人の写真撮影行為、及び撮影された写真の公表並びにイラスト画の公表について、狭義の肖像権侵害の有無が争われた法廷写真事件最高裁判決（最判平成 17 年 11 月 10 日民集 59 卷 9 号 2428 頁）は、肖像権侵害の判断基準としていわゆる受忍限度論を採用し³、また、有名人の写真を週刊誌の記事の中で利用する行為についてパブリシティ権侵害の有無が争われたピンク・レディー事件（最判平成 24 年 2 月 2 日民集 66 卷 2 号 89 頁）は、顧客吸引力を有する者の人物肖像の利用がパブリシティ権侵害となる具体的要件を判示している⁴。

誰がどのような根拠でどのような責任を負うか、が議論されている。一方、人の肖像に関して問題となる肖像権やパブリシティ権は、いずれも人格権に由来する権利ないし利益であり、AI の問題を抜きにしても、そもそもどのような場合に権利侵害となるかが問題となるケースが多い。この点、加藤雅信は、いわゆる人格権侵害について、生命、身体、健康、自由のように権利侵害が形式的に認定できれば常に損害賠償請求が認められるものと、様々な要素を総合的に考慮して権利侵害の有無が判断されるもの（氏名、肖像、プライバシー、名誉等）とがあり、前者を絶対的人格権と呼び、後者を相対的人格権と呼んでいる（加藤雅信『新民法体系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為（第 2 版）』（有斐閣、2005 年）189 頁）。本稿においてテーマとしている人物肖像に関する権利または利益は、この「相対的人格権」である。また、遠藤史啓「不法行為法における被侵害利益・利益の意義～肖像権を手がかりとして」日本私法学会私法 78・157 頁は「不法行為法において『肖像権』という問題設定をすることは、不法行為責任のレベルでは、他人の権利又は法律上保護される利益という一要件の該当性を検討する問題であって、肖像権という権利が認められたとしても、直ちに不法行為が成立するわけではない。とりわけ、肖像権という問題を不法行為責任のレベルで捉える場合、それは、肖像権であるかどうかどうかともに、その成否の判断において、加害行為（侵害態様・行為態様）との衡量が必要な点に特徴があると考えられる。」とする。

² なお、人物肖像（顔写真）の利用行為については、顔写真の著作権者が有する著作権の権利処理の問題や、顔写真が「個人情報」（個人情報の保護に関する法律 2 条 1 項）に該当する場合の法規制のクリアの問題もあるが、本稿では検討の対象としない。

³ 「ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである。」「また、人は、自己の容ぼう等を撮影された写真のみだりに公表されない人格的利益も有すると解するのが相当であり、人の容ぼう等の撮影が違法と評価される場合には、その容ぼう等が撮影された写真を公表する行為は、被撮影者の上記人格的利益を侵害するものとして、違法性を有するものというべきである。」

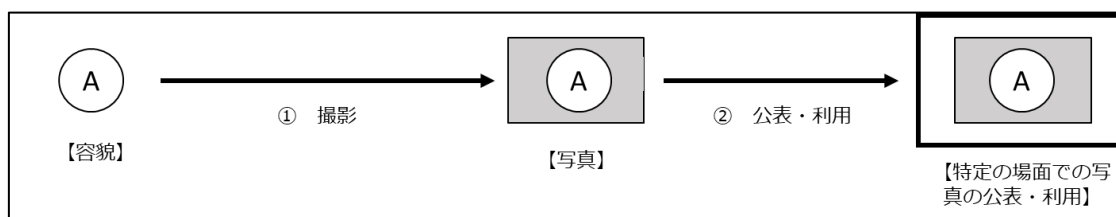
⁴ 「肖像等を無断で使用する行為は、〔1〕肖像等それ自体を独立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、〔2〕商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、〔3〕肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解す

このように、従来型の肖像権及びパブリシティ権侵害における権利侵害要件についてはいずれも最高裁判例が存在し、権利侵害が成立するための要件が明確となっているが、AI 自動生成肖像の利用においては、従前の肖像権侵害・パブリシティ権侵害における人物肖像の撮影・利用とは決定的な相違点がある。

最も大きな相違点は、AI 技術を利用して自動生成した人物肖像の利用においては、「特定の人物の人物肖像だけでなく、大量の人物肖像を基に人物肖像が自動生成されており、特定の人物を特定の場面で撮影した肖像のみが利用されているわけではない。また、学習の対象となった元データに対象画像が入っていない場合でも、『偶然』対象画像と同じ肖像が生成される可能性がある。」という点である。

その点を明確にするために、従来型の肖像権及びパブリシティ権侵害において問題となる 2 つのパターン、具体的には「① 特定の人物の写真撮影並びに撮影された写真の公表・利用」及び「② 特定の人物のイラスト作成並びに作成されたイラストの公表・利用」と、本稿で検討の対象とする「③ AI 自動生成肖像の生成並びに公表・利用」を比較する。

1 特定の人物の写真撮影並びに撮影された写真の公表・利用



従来型の肖像権侵害・パブリシティ権侵害において問題となる、特定の人物の写真撮影並びに撮影された写真の公表・利用である。

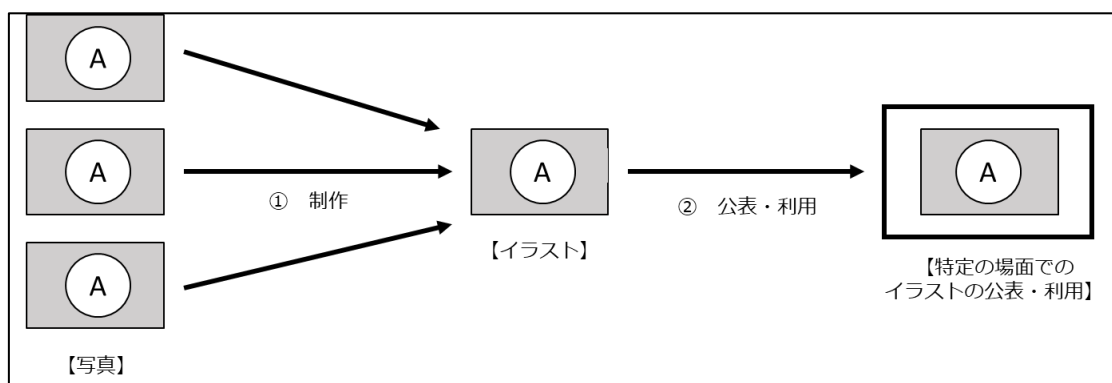
具体的には、現実世界に存在する実在の人物 A の容ぼうを撮影し、撮影した写真を特定の場面（たとえば雑誌の記事や商品宣伝広告等）で公表・利用する行為が行われる。

ここでは① 特定の人物の容ぼうの撮影行為と、② その写真の公表・利用行為が行われている。

①及び②を同一主体が行う場合も別主体が行う場合もあるが、法廷写真最高裁事件においては、①（法廷内での被告人の撮影行為）及び②（同写真の写真週刊誌への掲載行為）を同一主体が行い、かつそれぞれの行為の不法行為該当性が争点となった。

るのが相当である。」

2 特定の人物のイラスト作成並びに作成されたイラストの公表・利用



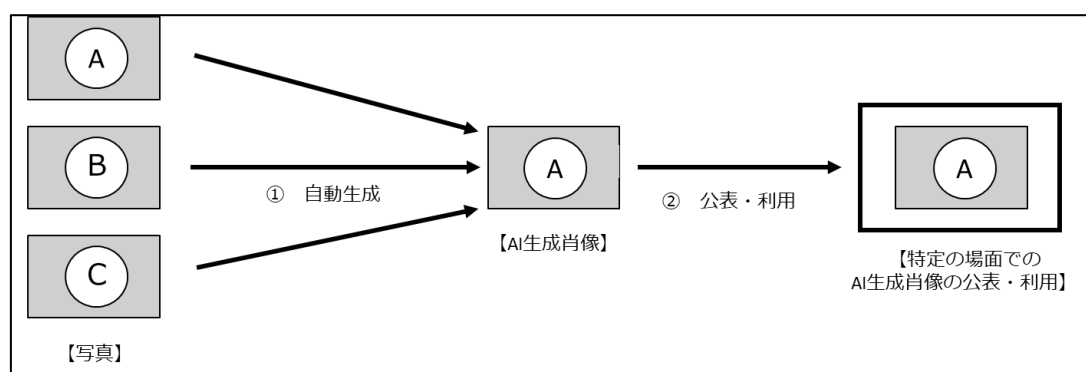
次に従来型の肖像権侵害・パブリシティ権侵害において問題となる、特定の人物のイラスト制作および制作されたイラストの公表・利用である。

具体的には、実在の人物 A を撮影した写真を基にイラストが制作され、当該イラストを特定の場面（たとえば雑誌の記事や商品宣伝広告等）で公表・利用する行為が行われる⁵。

ここでは①特定の人物の写真を基にしたイラストの制作行為、及び②当該イラストの公表・利用行為が行われている。

1と同じく①②を同一主体が行う場合も別主体が行う場合もあるが、法廷写真最高裁事件においては、①②を同一主体が行い、①の行為については不法行為該当性は争点とならず、②の行為についてのみ不法行為該当性が争点となった。

3 AI 自動生成肖像の生成並びに公表・利用（その1）



(*なお、上記は簡略化した図であり、実際にはAI自動生成肖像権の生成において学習に利用された写真がそのまま出力されるわけではない。詳細は第3章

⁵ 実際には、写真を基にイラストを制作するケースだけではなく、実在の人物の容ぼうを直接見ながらイラストを制作するケースもあると思われるが、両者を別異に取り扱う必要性に乏しい。

参照。

次に、AI 自動生成肖像の生成並びに公表・利用である。

ここでは①複数の人物の写真を基にした AI 自動生成肖像の生成行為（技術的な詳細は後述する）、及び②当該 AI 自動生成肖像の公表・利用行為が行われている。

2 と同じく、①②を同一主体が行う場合も別主体が行う場合もある。

3 と、1 及び 2 との最大の相違点は、特定の人物(A)の容貌が撮影された写真だけではなく、それ以外にも B、C、D・・・という別の人物の容貌が撮影された写真が肖像の自動生成に利用され、結果として「偶然」A と類似した人物肖像が自動生成されているに過ぎないという点である。

もちろん 3 においては、人物肖像の自動生成の過程で、一応実在の人物 A の写真を利用はしているが、同写真は、学習用データセットの中に含まれる、A 以外の多数の肖像写真データ（通常は数万枚以上）と共に、学習の過程においてパラメータ化されている。

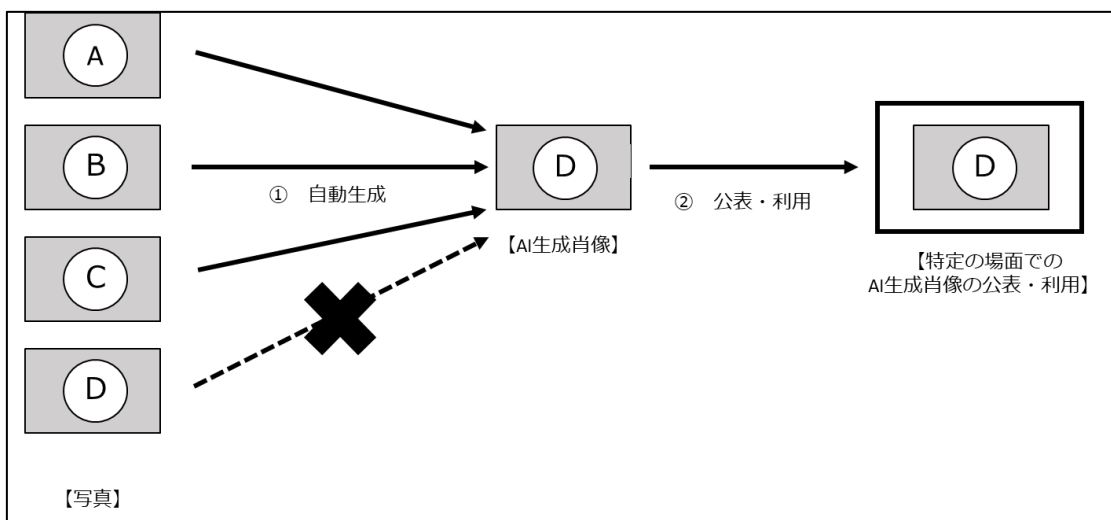
このパラメータは、学習済みモデルにおける「重み」を示す単なる数値の集合体であり、学習に用いられた学習用データセットや、学習済みデータセット内に含まれている個々の元データとは全く形式が異なる。

したがって、3 において A と同一の肖像が自動生成されたのは、「偶然」であり、前記の「1 特定の人物の写真撮影並びに撮影された写真の公表・利用」及び「2 特定の人物のイラスト作成並びに作成されたイラストの公表・利用」のように「肖像生成に特定の人物 A の写真のみしか利用されていない類型」とは明確に異なる。

当然のことながら、3 の類型についての裁判例は存在しない。

そして、実は AI 自動生成肖像の利用については、さらに明確に従来型の肖像権侵害・パブリシティ権侵害とは異なる類型がある。

4 AI 自動生成肖像の生成並びに公表・利用（その2）



ここでは、3と同様、①複数の人物の写真を基にしたAI生成肖像の生成行為、及び②当該AI生成肖像の公表・利用行為が行われているが、3と異なり、実在の人物Dの肖像がAIにより自動生成されているものの、当該Dの写真はAIの学習及びAI生成肖像の生成には一切用いられていない。

つまり、3においては、パラメータ化されているが、一応実在の人物Aの肖像写真が肖像の自動生成に利用されているのに対し、4においては、いかなる意味においても、人物肖像の生成に実在の人物Dの肖像は利用されておらず、当該DのAI生成肖像は、完全に「偶然」に生成されたことになる。

このように「ある実在の人物に類似する人物肖像が自動生成された場合において、当該実在の人物写真が生成に利用されているか」という3及び4特有の問題点は、いわば「実在の人物と、自動生成された人物肖像の結びつき（以下「関連性」という）」の問題であり、AI特有の問題であって、法廷写真事件最高裁判決やピンク・レディー事件最高裁判決を含め過去の裁判例では論点として全く現れていない。

それらの裁判例を含めた、過去の肖像権侵害・パブリシティ権侵害の裁判例では、「特定の実在の人物の人物肖像」のみを利用することが当然の前提となっていたためである。

したがって、実在の人物と、自動生成された人物肖像の結びつき（関連性）が乏しい、あるいは関連性がないAI自動生成肖像について、同自動生成肖像の利用が、どのような要件の下で狭義の肖像権侵害やパブリシティ権侵害に該当するかを明らかにする点に本稿の最大の意義があることになる。

この点について、本稿では以下の順序で論じる。

① AI技術を利用した画像自動生成の技術的基礎（第3章）

まず、顔写真に限らず、AI技術を利用した画像生成技術の基礎について説明

する。前述のように、元データがパラメータ化されている点や人物肖像の生成過程がブラックボックスである点、それに由来する特殊性が本テーマの問題意識である以上、技術的な面についてもできるだけ正確に説明をする必要があると考える。

② AI 自動生成肖像の利用行為について権利侵害の有無を判断するための基準（肖像権及びパブリシティ権）（第4章）

本稿の主要な部分である。

前述した「AI 自動生成肖像の利用行為」の特殊性を反映して、どのような要件の下でAI 自動生成肖像の利用における肖像権・パブリシティ権侵害を判断すべきかについて論じる。この点については過去の裁判例や学説上では全く扱われていない論点であるため、民法上の不法行為の成立要件や肖像権・パブリシティ権の保護法益が何かという点について検討をし、独自の要件を定立する。

③ 「AI 自動生成肖像の利用行為」を構成する行為のうち一部の行為のみが行われた場合の権利侵害の有無（第5章）

後述のように「AI 自動生成肖像の利用行為」は複数の行為により構成されるが、そのすべてではなく一部分のみが行われた場合の権利侵害の有無について検討する。

④ 「AI 自動生成肖像の利用行為」が権利侵害に該当した場合において、その一部のみを行った者にどのような責任が生じるか（第6章）

自動生成された人物肖像の利用行為が権利侵害要件を満たす場合において、その一部にのみ関与した当事者についてどのような責任が生じるかについて論じる。なお、③と④の相違点は、③が「AI 自動生成肖像の利用行為」を構成する複数の行為の全てではなく一部分のみが行われた場合の権利侵害の有無について検討するのに対し、④は「AI 自動生成肖像の利用行為」を構成する複数の行為のすべてが行われ、それが権利侵害に該当する場合において、その一部にのみ関与した当事者についてどのような責任が生じるかについての検討である点である。

第3章 AI を利用した画像自動生成の技術的基礎

1 技術論

入力されたデータや画像から何らかの疑似データを生成する機能を持つ学習済みモデルを「生成モデル」というが、生成モデルの中で近時よく利用されている技術が「敵対的生成ネットワーク」(Generative Adversarial Networks。以下、GAN) である。

GANは正解データを与えることなく特徴を学習する「教師なし学習」の一手法であり、データから特徴を学習することで、実在しないデータを生成することができる。

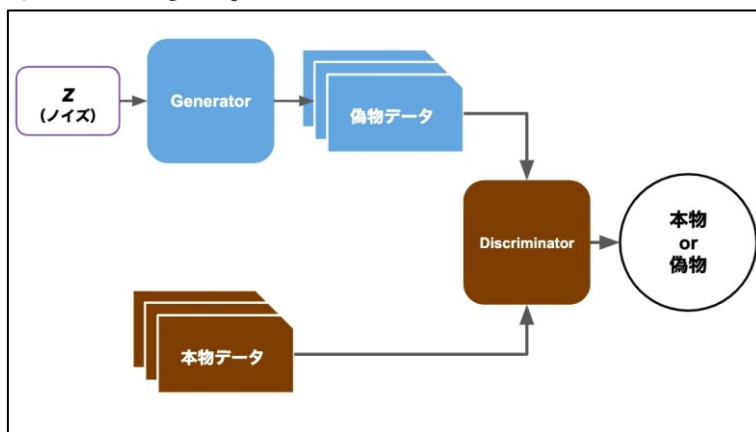
GANの最終的な目的は「実在しないが実在するようなデータ」を生成する「生成ネットワーク」(Generator)を学習により構築することにあるが、そのために「生成ネットワーク」(Generator)と「識別ネットワーク」(Discriminator)

という2つのネットワークを利用する。

具体的には、「生成ネットワーク」にノイズを入力することで、実際の画像に似せた偽画像を生成し、「識別ネットワーク」が、当該生成画像が偽物か本物かを識別する。

当初は「生成ネットワーク」の生成する画像は「識別ネットワーク」により、すぐに偽物であると識別されてしまうが、「識別ネットワーク」による識別結果を踏まえて「生成ネットワーク」の生成する偽画像が「識別ネットワーク」により本物であると判定されるように、2つのネットワークのパラメータを変更し、最終的には「識別ネットワーク」によっても本物と見分けのつかない偽画像を「生成ネットワーク」が生成できるようになれば「生成ネットワーク」の学習（構築）が終了する。

この、学習（構築）が終了した「生成ネットワーク」のことを学習済みモデルと呼ぶことが多い。



(<https://ledge.ai/gan/>より引用)

このGANにおける2つのネットワーク（「生成ネットワーク」及び「識別ネットワーク」）の学習には大量の画像データが必要となるが、学習の成果は、学習が終了した生成ネットワーク（学習済みモデル）の中のパラメータ（大量の数値の集合）として保持されているのであって、学習済みモデルの中に、学習に用いた画像データがそのまま保存されているわけではない。

そして、学習が終了した生成ネットワーク（学習済みモデル）に画像の生成指示を行うと、識別ネットワークが見分けがつかないほど、つまり人間が見ても本物と見分けがつかないほど本物に近い画像が生成される。

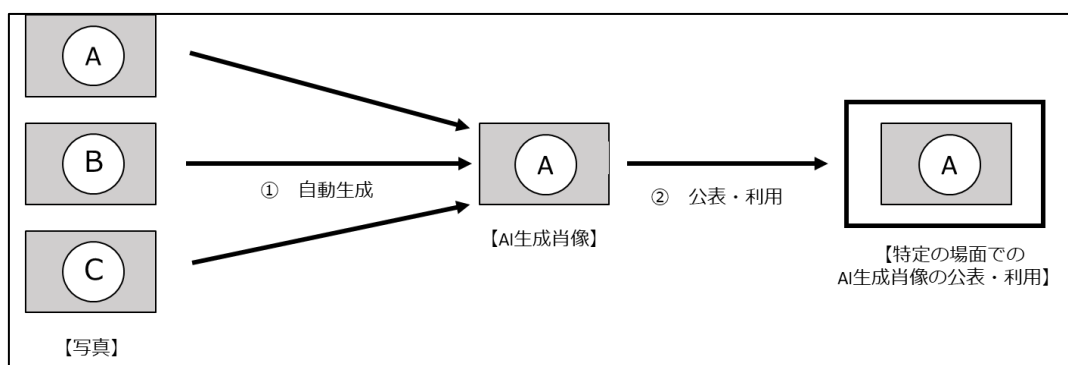
ここでのポイントは、前述のように画像を自動生成する能力を持つ学習済みモデルの中に、学習に用いた画像データがそのまま保存されているのではなく、あくまで学習に用いた画像データの特徴量のみがパラメータという形で同モデルの中に保存されているに過ぎないという点である。

学習済みモデルの中に学習に用いた画像データがそのまま保存され、生成指示に応じて当該画像データがそのまま呼び出されるのであれば、「学習済みモデルに画像生成を指示したところ、学習に用いられた画像と同一・類似の画像が生成されたとしても、それは必然である」ということになるが、実際には学習に用いた大量の画像データの特徴量がパラメータという形に変換されて残っている

にすぎないことから、「学習済みモデルに画像生成を指示したところ、学習に用いられた画像と同一・類似の画像が生成されたとしても、それは偶然である」ということになるのである。

2 AIによる人物肖像の自動生成及びその利用の流れ

AIによる人物肖像の自動生成、及び同生成肖像の利用の流れの概要は以下のとおりとなる。

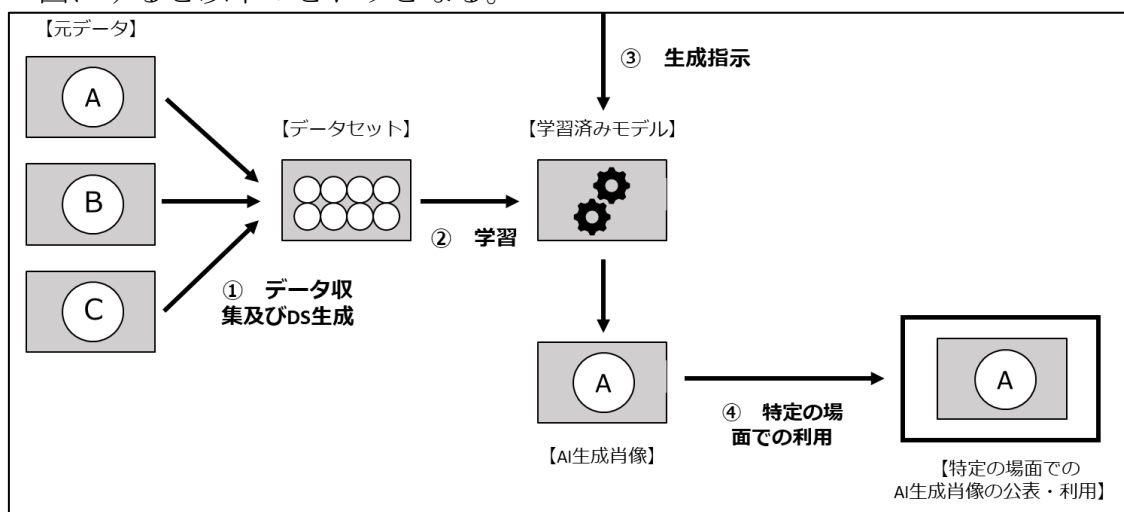


すなわち、実際の人物写真を利用してAI生成肖像を自動生成し(①)、当該自動生成肖像を特定の場面で公表・利用する(②)というものである。

①の流れをより細かく分析すると、「人物肖像データの収集及び学習用データセット(DS)作成」「DSを用いた学習済みモデルの作成(学習)」「当該学習済みモデルに対する画像の生成指示」に分解される。

これをまとめると、まず人物肖像データを収集して学習用データセット(DS)を作成し(①)、同DSを用いて、学習行為(パラメーターの更新行為等)を行って学習済みモデルを生成する(②)、生成された学習済みモデルに、人物肖像の生成指示を行って人物肖像を生成し(③)、同人物肖像を特定の場面(例：商品広告、ゲーム等)において利用する(④)、という流れである。

図にすると以下のとおりとなる。



第4章 AI 自動生成肖像を利用する行為の権利侵害の判断基準

1 肖像権

(1) 検討の順番

本稿の目的は、AI 自動生成肖像を利用する行為がどのような場合に肖像権侵害・パブリシティ権侵害に該当するかについて、できるだけ明確な権利侵害要件を示すことにある。

この点、従来、狭義の肖像権侵害の要件に関しては、最判平成 17 年 11 月 10 日（民集 59 卷 9 号 2428 頁、いわゆる法廷写真撮影事件）判決がいわゆる受忍限度論を採用し、侵害の有無を判断するための各種要素（被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等）を示し、以後の裁判例ではおおむね当該各判断要素の総合考慮の下で肖像権侵害の有無が判断されている⁶。

しかし、「問題の所在」において述べたとおり、AI 自動生成肖像を利用する行為については、その特殊性から、それら従来型の肖像権侵害における各判断要素をそのまま利用することができない。

そのため、以下においては、① まず従来型の肖像権侵害についてのこれまでの議論を紹介したうえで、② 一般不法行為の成立要件に関する学説及び最高裁判例について概観し、①②を前提として、③ AI 自動生成肖像を利用する行為の権利侵害要件について検討する。

ここで、②について検討する必要があるのは、AI 自動生成肖像を利用する行為には、従来型の肖像権侵害に関する議論がそのまま通用しないため、そもそも不法行為の成立要件をどのように考えるかまでいわば「遡って」考え、新たな要件の要否について検討する必要があるためである。

(2) 狭義の肖像権について

肖像権とは、最も広く捉えると「人の容ぼう、姿態（以下併せて「容ぼう等」という）に関する権利ないし人格的利益」を指す。

我が国ではこれを認める明文がないが、以下のように最高裁において、肖像権ないし肖像に関する人格的利益が法的保護に値するものであることは明確に認

⁶ なお、詳細は後述するが、肖像権侵害の有無が争われたケースは「撮影・公表・利用」が同一主体により行われているケースと、「撮影・公表」と公表された肖像の「利用」が別主体により行われているケースがある。そして、「撮影・公表」と公表された肖像の「利用」が別主体により行われているケースにおいて、公表された肖像の「利用」についての肖像権侵害の有無については、法廷写真事件最高裁判決が示した要件がそのまま採用されているわけではない。

められている⁷⁸。

(ア) 最判昭和 44 年 12 月 24 日 (刑集 23 卷 12 号 1625 頁、いわゆる京都府学連デモ事件)

同判例は刑事事件に関するものであるが「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態 (以下「容ぼう等」という。) を撮影されない自由を有するものというべきである。」としたうえで、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならないと判示した。

さらに、警察官が個人の容ぼう等を撮影することが許容される判断基準として「そこで、その許容される限度について考察すると、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑法二一八条二項のような場合のほか、次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるときである。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである。」とした。

同裁判例は、公権力との関係で「自己の容ぼう等をみだりに撮影されない自由」を認めたものであるが、併せて「これを肖像権と称するかどうかは別として」と留保を付している。

もっとも、同判例は「撮影」行為に関してのみ肖像権侵害の判断基準を示していたため、同判断基準が「撮影された肖像の公表・利用」に関する権利侵害判断にも適用されるかは不明であった⁹。

(イ) 最判平成 17 年 11 月 10 日 (民集 59 卷 9 号 2428 頁、いわゆる法廷写真撮影事件)

上記京都府学連デモ事件判決以降の最高裁の民事事件の判例で、肖像権につ

⁷ 初期の学説においては、肖像権は必ずしも人格権に由来するものとは捉えられていなかった (遠藤・前掲注 1) 131 頁)。

⁸ ピンク・レディー事件最高裁判決 (最判平成 24 年 2 月 2 日民集 66 卷 2 号 89 頁) について、最高裁が肖像権について明確に法的権利性を認めた判決と評価する見解として、中島基至「判解」最判解民事篇平成 24 年度(上)55 頁、中島基至「スナップ写真等と肖像権を巡る法的問題について」判タ 1433 号 (2017) 5 頁。

⁹ 大家重夫「肖像権侵害」竹田稔ほか編『新裁判実務体系 (9) 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』271 頁。

いて明確な判示をしたものはなかったが¹⁰、民事事件において初めて肖像権について判示をした最高裁判決のが、刑事法廷における被告人の写真撮影およびその公表が問題となった法廷写真撮影事件である。

(i) 事案の概要

① X は、平成 10 年 7 月に和歌山市内で発生したカレーライスへの毒物混入事件等につき、殺人罪等により逮捕、勾留され、起訴された被告人である。本件刑事事件は、極めて重大な事案として、国民の多くの注目を集めていた。

② Y1 社は写真週刊誌を出版していた大手出版社であり、同誌の記者は、小型カメラを X の刑事法廷に隠して持ち込み、裁判所の許可を得ることなく、X に無断で、X の容ぼう等を写真撮影した。その写真（本件写真）は、手錠をされ、腰縄を付けられた状態にある X をとらえたものである。

③ Y1 社は、写真週刊誌に、本件写真を主体とし「法廷を嘲笑う『X』の毒カレー初公判—この『怪物』を裁けるのか」との表題を付けた記事（本件第 1 記事）を掲載し、これを発行した。

④ X は、Y1 社及び本件写真週刊誌の編集長兼発行人 Y2 を被告とし、上記写真の撮影及び本件第 1 記事の本件写真週刊誌への掲載により X の肖像権が侵害されたと主張して、Y2 については民法 709 条に基づき、Y1 社については同法 715 条に基づき、慰謝料の支払等を求める訴えを提起した（第 1 事件）。

⑤ Y1 社は、本件写真週刊誌の平成 11 年 8 月 25 日号に、「『肖像権』で本誌を訴えた『X』殿へ—絵ならどうなる？」との見出しを付けて、X をやゆする趣旨の文章と、X の法廷での容ぼう等を描写したイラスト画 3 点（本件イラスト画）で構成された記事（本件第 2 記事）を掲載し、これを発行した。このうち 2 点は X が法廷において訴訟関係人から資料を見せられている状態及び手振りを交えて話しているような状態が描かれたものであり、1 点は X が手錠、腰縄により身体の拘束を受けている状態が描かれたものである。

⑥ X は、Y1 社、Y2 及び Y1 社社長の Y3 に対し、上記記事の掲載について、X の肖像権を侵害し、名誉毀損又は侮辱に当たると主張して、Y2 については民法 709 条に基づき、Y1 社については同法 715 条に基づき、Y3 については商法 266 条ノ 3（会社法では 429 条 1 項となった）に基づき、慰謝料等の支払を求める訴えを提起した（第 2 事件）。

⑦ 本件の争点は、本件写真の撮影及びその公表（写真を組み込んだ本件第 1 記事の本件写真週刊誌への掲載）についての肖像権侵害の成否及び本件イラスト画の公表についての肖像権侵害の点である。

(ii) 判旨

「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する（最高裁昭和 40 年（あ）第 1187 号同 44 年

¹⁰ 太田晃詳「判解」民事篇平成 17 年度(下)784 頁。

12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁参照)。もつとも、人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである。」として、人がみだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有することを明確にした上で、当該撮影行為が不法行為上違法となる要件について示した。

また、同時に本判決は「また、人は、自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益も有すると解するのが相当であり、人の容ぼう等の撮影が違法と評価される場合には、その容ぼう等が撮影された写真を公表する行為は、被撮影者の上記人格的利益を侵害するものとして、違法性を有するものというべきである。」として、人が「自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益」を有すること、及び人の容ぼう等の撮影行為が違法である場合には、当該写真の公表も違法であることについても明確に判示した。

すなわち、前述のように京都府学連デモ事件判決は、公権力による「撮影」に関する判断基準のみを示したが、法廷写真事件最高裁判決は、私人による「撮影」行為に関する判断基準に加えて、撮影された写真の「公表」に関する判断基準（「撮影が違法であれば公表も違法である」）を示したのである¹¹。

(ウ) 肖像権の具体的内容

以上を踏まえて、肖像権は、具体的には以下の権利で構成されるとされている¹²。

- ① 自己の容ぼう等をみだりに撮影されない権利
- ② 撮影された写真、作成された肖像を公表されない権利
- ③ 公表された写真、作成された肖像をみだりに利用されない権利
- ④ 肖像を営利目的で利用されない権利

もともと、伝統的な肖像権概念は、撮影された肖像の「公表禁止権」（上記②）として構成されてきた。たとえば、ドイツの「造形美術及び写真著作物の著作権に関する法律」では、肖像は、有名人の肖像権等の例外を除き、原則として本人の同意を受けた場合に限り、これを頒布又は公に展覧することができることとされており（22条）、同22条の反対解釈として、肖像写真の撮影等、肖像の作成（上記①）については本人の権利が及ばないとされている（ただし、ドイツでも制定

¹¹ ただし、「撮影が適法な場合に、公表や利用が違法になる判断基準」については判示していない。

¹² 大家重夫『肖像権（改訂新版）』（太田出版、2011年）25頁、五十嵐清『人格権法概説』（有斐閣、2003年）166頁、佃克彦『プライバシー権・肖像権の法律実務（第2版）』（弘文堂、2010年）244頁。

法の及ばない撮影自体の禁止行為については、一般的人格権により救済されている)¹³。

一方、我が国においては先ほどの2つの最高裁判決（京都府学連デモ事件判決及び法廷写真撮影事件判決）により撮影禁止権（上記①）も肖像権概念に含まれることが明確となっている。

さらに、③も肖像権の内容に含めて考えるべきである。

これは、「撮影」「公表」を行った者と、公表された写真をさらに別の態様で「利用した」者が異なる場合（たとえば、既に適法に撮影・公表されている肖像を別の者がさらに別の媒体に掲載する場合）、「撮影」行為及び「公表」行為とは別に、「撮影」「公表」された肖像の「利用」行為についても不法行為該当性が問題となることから、③を②と区別する実益があるためである¹⁴。

なお、④についてはいわゆるパブリシティ権と呼ばれる権利であるため、別途第4章2にて検討する。

（エ） まとめ

以上、狭義の肖像権が人格権に由来する利益ないし権利であり、京都府学連デモ撮影事件において初めて判例上承認され、民法上の不法行為成立（権利侵害）の要件としては法廷写真事件最高裁判決によって受忍限度論が採用され、様々な要素を総合的に考慮して権利侵害の判断が行われていること、及び肖像権の具体的内容についての従来の議論を紹介した。

もっとも、AI技術の特殊性を前提とすると、法廷写真事件最高裁判決が示した複数の判断要素をそのまま利用することができない。

AI自動生成肖像の作成・利用においては、法廷写真事件最高裁判決を含め、従来型の肖像権侵害が争われた裁判例における「特定の人物の容ぼうが撮影されて人物肖像が生成され、当該特定の人物の人物肖像が公表・利用されている」という前提自体が存在しないからである。

そこで、法廷写真事件最高裁判決が示した判断基準をそのまま踏襲するのではなく、まず一般不法行為の成立要件に関する議論、さらに被侵害利益の中でも

¹³ 太田・前掲注10) 781頁、五十嵐・前掲注12) 163頁、同166頁、大家・前掲注12) 153頁。

¹⁴ ピンクレディー事件最高裁判決は「人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される」と判示しているし（下線部筆者）、後に検討する肖像権侵害が問題となった各裁判例（①撮影②公表と、③利用行為が別主体によって行われたケース）においても、①撮影②公表行為とは別に、③利用行為についての肖像権侵害該当性の有無について検討・判断をしている。また、学説においても、肖像権概念について「撮影」「公表」に限定することなく広く「利用」についても権利に含まれていると解釈されていると思われる（太田・前掲注10) 784頁）。たとえば、内田貴は「人が自己の肖像権をみだりに他人に撮影されたり使用されない権利（肖像権）も法的保護に値する利益である」（内田貴『民法Ⅱ（第3版）』（東京大学出版会、2011年）349頁）とする。また、大家・前掲注9) 271頁は「（肖像権は）撮影拒絶権だけではなく利用拒絶権も含む」とする。

肖像権という人格権侵害が問題となった際の権利侵害の要件についての議論、それらの議論を踏まえて、肖像権侵害において法廷写真事件最高裁判決が示した各種判断要素は不法行為の成立要件としてどのように位置づけられるのかを検討する。

そのような、不法行為の成立要件まで遡った検討を行うことで、新しい類型である「AI 自動生成肖像の利用行為に関する肖像権侵害の要件」をどのように考えるべきかの道しるべになると思われるためである。

(3) 一般不法行為及び肖像権侵害の成立要件について

(ア) 一般不法行為の成立要件に関する学説及び最高裁判例

一般不法行為の成立要件は、709 条の条文からは①「故意または過失」、②「権利または法律上保護される利益」の侵害、③因果関係、④損害の発生ということになる。

しかし、判例や学説の中には、不法行為の成立要件として、法文上記載のない⑤違法性を必要とするものもあり¹⁵、そのため、権利侵害・違法性・故意過失の各要素の関係については学説上様々な見解が提唱され¹⁶、「不法行為法学の混迷」とまで評価されるようになった¹⁷。

一方、判例上は、① 被害者側の侵害された権利（利益）の性質や、加害者側の侵害行為の性質（態様）を衡量して違法性を中心に判断する類型と、② ①のような違法性判断を特にせず故意・過失を中心に判断する類型とに分かれる傾向があり、①と②いずれの枠組みで判断されているかは、侵害された権利（利益）の類型により異なるとされている¹⁸。

学説においても、上記判例の傾向と同様、侵害された権利（利益）の類型により、違法性判断を要しない類型と要する類型とを区別する説が主張されている（加藤による「不法行為二分論」）¹⁹。

¹⁵ 前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為法（第3版）』（弘文堂、2017年）32頁。

¹⁶ 「権利侵害」要件を「違法性」に読み替える「違法性理論」（末川博）、「被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係」から総合的に「違法性」を判断する「相関関係理論」（我妻栄）、権利侵害ないし違法性を独立した要件とせず過失（結果回避義務）の要件に一元化する「過失一元説」（平井宜雄、窪田充見）、過失と権利侵害の各要件を同じ平面で総合的に考慮する場として違法性をとらえる「違法性一元説」（前田達明）、権利侵害と故意・過失を併置する「二元説」（幾代通、森島昭夫、星野英一）など。学説の状況については、加藤・前掲注1）167頁以下、前田・前掲注15）32頁以下、山本敬三「基本権の保護と不法行為の役割」広中俊雄責任編集「民法研究第5号」（信山社、2008）80頁以下参照。

¹⁷ 加藤・前掲注1）183頁。

¹⁸ 前田・前掲注15）32頁。

¹⁹ 加藤・前掲注1）180頁及び同227頁、前田・前掲注15）33頁。なお、過失一元論の立場においても、生命や身体、所有権のように権利として確立しており法的保護の必要性が高い利益の場合と、必ずしも権利として確立しておらず保護の必要性が高くない利益の場

この説は、具体的には、不法行為における被侵害利益（被保護利益）を絶対権・絶対的利益と相対権・相対的利益とに区分し、前者については「権利侵害+故意過失」の有無により不法行為の要件充足性を判断し、後者については、我妻の相関関係理論的な判断、すなわち「被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係」から総合的に「違法性」を判断するとする立場である。

また、山本は「権利」を「支配的権利」²⁰と「相関的権利」²¹に二分する。そのうえで、支配的権利における不法行為の成立要件は「権利侵害+故意過失」であるとし、相関的権利においては、その外延が明確でないことから、そもそも「権利侵害」があったかどうかの確定自体が問題となる。ここでは、権利者がどこまでのことができるかということと同時に、他人（加害者）は権利者に対してどこまでのことをすることが許されるのか、すなわち加害者がなしうることの確定も同時に行わざるを得ないため、過失の判断と重なる。そのため、相関的権利においては、支配的権利のように「権利侵害+故意過失」という二段構えではなく、両者が融合して一元的に「違法性」の有無として判断されることになるとする²²。

加藤説、山本説いずれの説も、侵害された権利（利益）の種類によって不法行為成立の成立要件を異なるものとして捉えるという点については一致しており、基本的には同様の考え方に基づくものである²³。

（イ） 人格権侵害の判断において判例が採用している判断枠組

以上述べたように、判例上は、侵害された権利（利益）の種類により① 被害者側の侵害された権利（利益）の性質や、加害者側の侵害行為の性質（態様）を衡量して違法性を中心に判断する類型と、② ①のような違法性判断を特にせず故意・過失を中心に判断する類型とに分かれる傾向があること、及びそれと同趣旨の学説（加藤及び山本）があることを紹介した。

本稿の論述の対象となる権利（利益）は狭義の肖像権及びパブリシティ権であるが、それらはいずれも、侵害された権利（利益）の種類としては「人格権に由来する権利ないし利益」に該当する。

そして、このような「人格権に由来する権利ないし利益」に関する近時の最高裁判例においては、不法行為の成立要件について、以下のような枠組で判断

合とにおいて、過失の前提となる行為義務の内容が異なるとするなど（窪田充見『不法行為法（第2版）』（有斐閣、2020年）101頁）、過失判断か、違法性判断かの位置づけは異なるとはいえ、不法行為の成立要件充足判断において被侵害利益の性質を考慮しているといえよう。

²⁰ 支配権として一般的に認められている権利を意味し、その特徴は、支配を内容とするため対象の外延が明確である点にある。具体例としては、所有権などの物権的権利及び生命・身体に関する権利である（山本敬三『民法講義ノートIV・債権各論（下）2011』80頁、山本・前掲注16）136頁以下）。

²¹ 他の権利との相関において外延が画される権利であり、契約上の地位や債券、営業権、氏名・肖像、名誉・プライバシー等がその具体例である（山本・前掲注20）81頁）。

²² 山本・前掲注16）136頁以下。

²³ 山本・前掲注20）80頁。

を行う傾向があるとされている²⁴。

▼ 第1段階

「法的に保護された利益」の侵害か否かの判断を行う。

▼ 第2段階

次に、「法的に保護された利益」の侵害が認められたものについて、被侵害利益の性質に応じて判断枠組みを決定する。

▼ 第3段階

最後に、第2段階で決定した判断枠組みにしたがって、相関関係説的な違法性判断、すなわち被害者側の侵害された権利（利益）の性質や、加害者側の侵害行為の性質（態様）を衡量して違法性判断をする。

(i) 第1段階

第1段階においては、問題となっている「利益」が「法的に保護された利益」か否かの判断が行われる。

第1段階の判断において、問題となっている「利益」が「法的に保護された利益」ではないことを理由に不法行為の成立を否定した判決として、① 死亡した自衛隊員の護国神社への合祀をめぐり「静謐な宗教的環境下で信仰生活を送るべき利益」は、「直ちに法的利益として認めることができない」としたもの（最大版昭和63年6月1日民集42巻5号277頁）、② NHKの政見放送で差別用語を試用した言動が削除されたことについて、品位を損なう言動を禁止した公職選挙法150条の2の「規定に違反する言動がそのまま放送される利益」は、「法的に保護された利益とはいえない」としたものがある（最判平成2年4月17日民集44巻3号547頁）。

(ii) 第2段階

第2段階においては、被侵害利益の内容によって判断枠組みが決定される。前田によると、具体的には以下のような内容である²⁵。

	判断枠組	具体例	理由
1	【違法性阻却型】 権利侵害によって原則として違法性を認めつつ、例外として、一定の定型的な要件を満たした場合	名誉毀損（最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁、最判平成16年7月15日民集58巻5号1615頁）	侵害された利益（名誉権）の権利性が高く、権利の外延も明確であることや、報道・表現の自

²⁴ 前田・前掲注15) 30頁及び55頁。なお、前田・前掲注15) 30頁では「3段階」ではなく「2段階」で判断する傾向がみられるとしているが、同55頁においては、判例における違法性判断の枠組みについて「いくつかの異なる類型が認められる」として各判断枠組みを紹介していることから、総合的に考えると「3段階」で判断しているのではないかと考える。

²⁵ 以下の整理（ただし「カタログ型」を除く）は前田・前掲注15) 55頁による。

	に違法性が阻却される		由が委縮しないように定型的で明確な個別判断を要するため
2	【等価的比較的衡量型】 侵害された利益（「公表されない利益」）と侵害する利益ないし理由（「公表する理由」との個別的・等価的な比較考量による	前科等に係る事実を公表されない利益（最判平成6年2月8日民集48巻②豪149頁）や、これを含むプライバシー（最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁）がメディア等で公表された場合（表現・報道型）	両者が拮抗する重要な権利ないし利益であるとともに、侵害された権利ないし利益の外延が必ずしも明確ではなく個別的な判断を要するため
3	【相関関係説型】 被侵害利益の保護法益としての強さと侵害行為の態様・程度との相関判断による	「氏名を正確に呼称される権利」（最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁）、「景観利益」（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）	被侵害利益が比較的弱い法益であるため
4	【受忍限度型】 侵害が受忍限度を超えるかどうかによる	「自己の容ぼうを撮影されない人格的利益」「自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益」「自己の容ぼうを描写したイラスト画をみだりに公表されない利益」（法廷写真事件最高裁判決）、「私生活の平穏などの人格的利益」（最判平成元年12月21日民集43巻12号2252頁）、「日照」妨害（最判昭和47年6月27日民集26巻5号1067頁）、「騒音」被害（最大判昭和56年12月16日民集35巻	肖像権については、プライバシー侵害の場合と異なり、「容ぼう等」は秘匿性の度合いが低く、日常生活において特に承諾なく写真撮影することが社会観念上許容される正当な行為とされる場合が少なくないため ²⁶

²⁶ なお、肖像権侵害について受忍限度論の枠組みによる判断が「基準としての明確性に欠けるため表現の自由との調整の法理としては妥当とは言い難い」と批判するものとして、佃・前掲注12) 248頁、大家・前掲注12) 100頁。さらに同様の観点から、肖像権侵害について、受忍限度論の枠組みではなくパブリシティ権侵害におけるピンク・レディー事件判決と同様、違法性が認められる要件（類型）を個別的に定義すべきとする主張として中島・前掲注8) 「スナップ写真等と肖像権を巡る法的問題について」7頁。

		10号1369頁)	
5	【カタログ型】 権利侵害となる行為 類型を具体的に列挙	「肖像等が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利（パブリシティ権）」（ピンク・レディー事件最高裁判決）	パブリシティ権は、財産的権利を保護する権利として他の知的財産権と同様に、それ自体予測可能性の高い法概念であることが求められ、かつ、権利範囲の外延を明確にして表現行為、創作行為への委縮効果を防ぐ必要があるため、その外延はできるだけ限定され、かつ明確なものである必要があるため ²⁷²⁸
6	【相当型】 制度の趣旨目的に照らして相当性を欠くかどうかによる	訴えの提起（最判昭和63年1月26日民集42巻1号1頁）、弁護士会への懲戒請求（最判平成19年4月24日民集61巻3号1102頁）	訴えの提起や弁護士会への懲戒請求等、基本的には制度上尊重されるべき行為が問題となっているため

(iii) 第3段階

そして第3段階においては、第2段階で決定した判断枠組にしたがって、相関関係説的な違法性判断、すなわち被害者側の侵害された権利（利益）の性質及び加害者側の侵害行為の性質（態様）を衡量して違法性判断がなされる。

(ウ) 上記判断枠組みに従った狭義の肖像権（肖像の無断撮影・公表）についての法廷写真事件最高裁判決の分析

上記の判断枠組みの具体例として法廷写真事件最高裁判決の分析を行う。

²⁷ 中島・前掲注8)「判解」37頁～40頁。

²⁸ 久保野恵美子「判批」平成24年度重判解（ジュリ1453号）86頁。

(i) 第1段階

狭義の肖像権（肖像の無断撮影・公表）に関しては、法廷写真事件最高裁判決が「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する（最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁参照）」と判示し、第1段階をクリアしていることを明確にしている。

(ii) 第2段階

そして、法廷写真事件最高裁判決は第2段階について受忍限度論の判断枠組みに従うことを明確にしている。

(iii) 第3段階

そのうえで、第3段階における相関関係説的な違法性判断の判断要素として「被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等」を考慮すべしとしている。

相関関係説的な違法性判断においては、「被害者側の侵害された権利（利益）」の性質と「加害者側の侵害行為の性質（態様）」を衡量することになるが、法廷写真事件最高裁判決が挙げている要素のうち「被撮影者の社会的地位」「撮影された被撮影者の活動内容」は「被害者側の侵害された権利（利益）」に属する判断要素であり「撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性」は「加害者側の侵害行為の性質（態様）」に属する判断要素である。

そのうえで、法廷写真事件最高裁判決は、具体的あてはめとして「本件写真の撮影当時、社会の耳目を集めた本件刑事事件の被害者として拘束中の者であり（被撮影者の社会的地位）「本件刑事事件の手續でのXの動静を報道する目的で撮影されたものである」（撮影の目的）としながらも、「本件写真週刊誌のカメラマンは刑訴規則215条所定の裁判所の許可を受けることなく、小型カメラを法廷に持ち込み、Xの動静を隠し撮りしたというのでありその撮影の態様は相当なものとはいえない」（撮影の態様）、「Xは手錠をされ、腰縄をつけられた状態の容ぼう等を撮影されたものであり」（撮影された被撮影者の活動内容）、「このようなXの様子をあえて撮影することの必要性も認め難い」（撮影の必要性）、「本件写真が撮影された法廷は傍聴人に公開された場所であったとはいえ、被上告人は、被疑者として出頭し在廷していたのであり、写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものではない。」（撮影の場所）として、撮影行為が社会生活上受忍すべき限度を超えて、Xの人格的利益を侵害するものであり、不法行為上違法であるとの評価を免れない、とした。

なお、同事件は故意に行っていることが明白な事案なので、過失（結果回避義務等）の有無は特段判断されていない。

(エ) 本稿の立場

本稿では、実務に即した基準という観点から、AI 自動生成肖像の利用行為に関し、肖像権及びパブリシティ権侵害の不法行為成立要件を定立するにあたって、最高裁判例が示している上記3段階の判断枠組を利用することとする。

すなわち、肖像権及びパブリシティ権いずれも第1段階をクリアしていることを前提としたうえで、肖像権については法廷写真事件最高裁判決が示した受忍限度型の枠組で、パブリシティ権についてはピンク・レディー事件最高裁判決が示したカタログ型の枠組みで検討をする(第2段階)。

そして、同枠組みの中では、相関関係説的な違法性判断、すなわち被害者側の侵害された権利(利益)の性質及び加害者側の侵害行為の性質(態様)を衡量して違法性の検討を行うこととする(第3段階)。

以上を前提に、まずAI 自動生成肖像の利用の、狭義の肖像権侵害における判断要素について検討する。

(4) 判断要素

AI 自動生成肖像の利用における判断要素としては、肖像の無断撮影・公表行為の違法性が問題となった法廷写真事件最高裁判決が示した第3段階における各判断要素をそのまま利用することはできない。

これまでも何度か従来型の肖像権侵害と、AI 自動生成肖像の利用における肖像権侵害の相違点について触れてきたが、改めてまとめると以下のとおりである。

- ① 特定の人物の人物肖像だけでなく、大量の人物肖像を基に自動生成されており、特定の人物を特定の場面で撮影した肖像のみが利用されているわけではない。また、学習の対象となった元データに対象画像が入っていない場合でも、「偶然」実在の人物肖像と同じ肖像が生成される可能性がある。
- ② ルールベースアルゴリズムのように、人物肖像の自動生成のためのルールを人間が考案するのではなく、大量のデータを利用して自動的にルールが生成(学習)される。そのため、どのような原理で当該肖像が生成されたかの説明が困難であり(ブラックボックス性)、どのような肖像が生成されるかの予想が不可能である。
- ③ 画像の自動生成行為及び利用行為が細分化可能であり(データ収集、データセット作成、モデル生成、モデル利用、生成画像利用等)、それぞれの行為についての関与者が複数存在しうる。
- ④ そもそも、人物の「撮影」行為が存在せず、撮影された写真の「利用」行為のみが問題となっており、かつ利用されるのは当該写真全体ではなく「顔写真」部分だけである。
- ⑤ 自動生成された人物肖像の利用の場面が様々である(商品宣伝目的、一般記事、アダルトゲームのキャラクター等)

まず、①については、「実在の人物と、自動生成された人物肖像の結びつき（関連性）」の問題であり、AI 特有の問題であって、法廷写真事件最高裁判決を含め過去の裁判例では論点として全く現れていない。過去の肖像権侵害の裁判例では「特定の実在の人物の人物肖像」を利用することが当然の前提となっていたためである。

また、②についても、どのような人物肖像が生成されるか予測困難という点において、特定の実在人物の肖像を複製することが前提となっている過去の裁判例と異なる。

さらに、③も AI 特有の論点である。これまでの裁判例において争われている事例は、同一主体が撮影および利用をしているケース（法廷写真事件最高裁判決の事例はこれである）か、撮影と利用が別主体であっても、顔写真の収集及び利用は同一主体により行われているケースのみである。一方で AI の場合は、撮影行為は存在しないものの、利用行為が細分化されており、その一部分のみに関与する者も存在するため、そのような者の責任をどう考えるのかが問題となる。

もっとも、上記特殊性がすべて AI 特有かというところではなく、たとえば④の点については「実在の人物の顔写真のみが特定の場面で利用された場合」の問題点であり、過去には、天皇の顔写真のコラージュ行為の違法性が争われた例（富山地判平成 10 年 12 月 16 日）や、女性芸能人の顔写真に裸の胸部のイラスト画を合成した画像を用いた記事を雑誌に掲載して出版・販売した行為の違法性が争われた例（知財高裁平成 27 年 8 月 5 日判決）などがある。

また、⑤についても、過去の裁判例においても肖像権侵害の判断に際しては、肖像の撮影態様だけではなく、同肖像の利用態様が肖像権侵害の成否に非常に重要な意味を持っている²⁹。

このような、従来型の肖像権侵害とは明確に異なる特徴を持つ AI 自動生成肖像の利用における不法行為該当性の判断要素を検討する際には、上記 AI の特殊性を前提としつつ、比喩的にいえばもう 1 つ上のレイヤーに上がって、これまで第 4 章 1 (3)「一般不法行為及び肖像権侵害の成立要件について」において検討してきた、一般不法行為の成立要件における相関関係説的な違法性判断、すなわち「被害者側の侵害された権利（利益）の性質」及び、「加害者側の侵害行為の性質（態様）」「を衡量して違法性判断を行わなければならないことになる。

それは、具体的には、AI による自動生成肖像の利用による不法行為該当性の判断に関して、AI の特殊性を考慮したうえで、「被害者側の侵害された権利（利益）の性質」及び「加害者側の侵害行為の性質（態様）」に由来する各判断要素を新たに定立することを意味する。

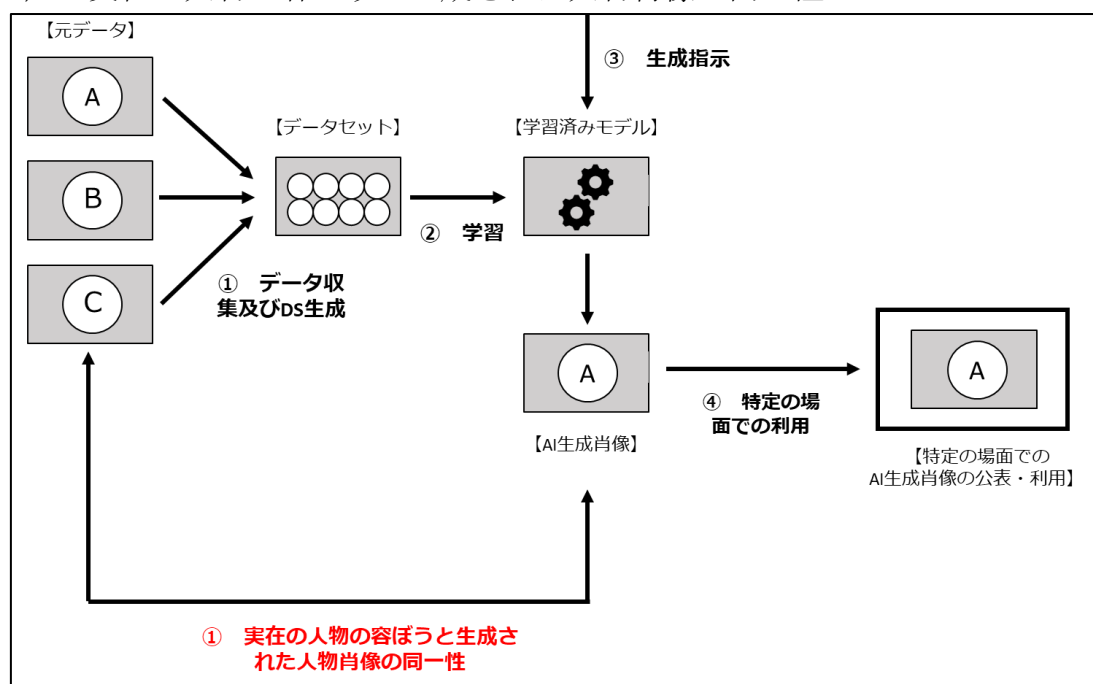
なお、「加害者側の侵害行為の性質（態様）」の判断内において、故意・過失のような主観的要素を考慮要素とすることに特に矛盾はない。過失を客観的義務違反とする通説の立場に立てば、相対的な権利侵害においては過失の判断は権

²⁹ なお、法廷写真事件最高裁判決は「撮影行為」と「公表（利用）行為」に分けて検討はしているが、「違法に撮影された写真を公表することも違法である」としているだけで、「適法に撮影された写真（被写体の同意がある場合等）の利用がどのような場合に違法になるか」については直接判示していない。

利行使の相当性の判断と重なるためである³⁰。また、たとえば、ノンフィクション（逆転）事件判決は、違法性を中心に不法行為の成否を判断しつつ、判旨の最後の方で被害の予見可能性を問題とする口ぶりを示しており、人格権侵害の判断要素として過失（予見可能性）を不要としているわけではないとみることができる³¹。さらに「私生活の平穩などの人格的利益」の侵害が問題となったビラ配布事件判決（最判平成元年12月21日民集43巻12号2252頁）においても「原審が適法に確定したところによると、被上告人らの氏名・住所・電話番号等を個別的に記載した本件ビラを大量に配布すれば右のような事態が発生することを上告人において予見していたか又は予見しなかったことに過失がある、というのであるから」として過失の有無を問題にしている。

以下、AI自動生成肖像の利用による肖像権侵害の成立要件に関して、「被害者側の侵害された権利（利益）の性質」及び「加害者側の侵害行為の性質（態様）」に由来するものとして考えられる各要素について検討する。

(ア) 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性



まず「被害者側の侵害された権利（利益）の性質」に属する判断要素として「実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性」が必要となる。

前述のように狭義の肖像権は、人格権に由来する権利ないし法的な利益であ

³⁰ 山本・前掲注16)136頁以下。また加藤は、人格権を生命、身体、健康、自由を対象とする「絶対的人格権」と、名誉、プライバシー、氏名、肖像等の「相対的人格権」に分類し、後者の「相対的人格権」の違法性判断においては過失が考慮されるとしている（加藤・前掲注1)218頁）。

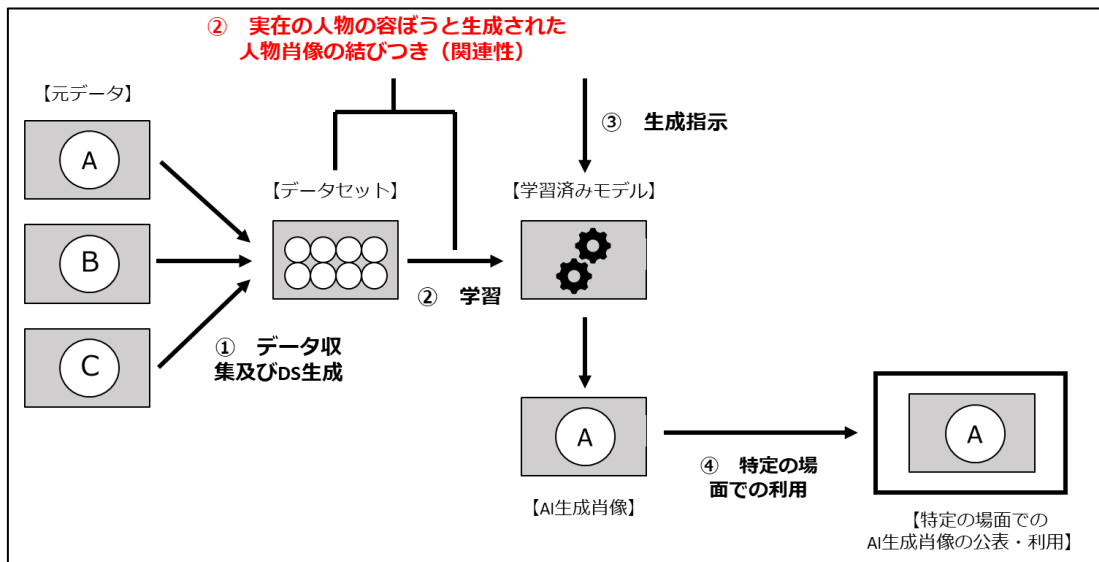
³¹ 前田・前掲注15)33頁。

るところ、実在の人物の容ぼうと、生成された人物肖像の同一性がなければ、その人格的利益が侵害されることはあり得ない。

したがって、「実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性」は、従来型の肖像権侵害と同様、AI 自動生成肖像の利用による肖像権侵害の場合においても判断要素として当然考慮すべきであり、それが存在しなければ肖像権侵害が発生しないという意味で「必須要素」であることは明らかである³²。

なお、従前の写真撮影による肖像権侵害行為においては、写真が機械的かつ精密に対象者の肖像を再現する機能を有しているため、「実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性」が存在することは当然の前提となっていた。もっとも、イラスト等による肖像権・パブリシティ権侵害においては「実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性」が問題となった事案もある³³。

(イ) 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）



次に、AI 自動生成肖像の利用における、もっとも大きな特殊性である「実在の人物と、自動生成された人物肖像の結びつき（関連性）」³⁴を肖像権侵害の判断

³² 著作権侵害事件においては、特定の作者の「作風」が著作物として保護の対象となるか（通常はアイデアとして保護の対象とならない）という論点がある、肖像権侵害においては、肖像権が人格権である以上、「・・・風」の肖像が肖像権侵害になるということはありません。

³³ 東京地判平成 17 年 6 月 14 日判タ 1217 号 310 頁。パチンコ機の画面に自分とよく似た人物の絵を無断で使用しているとして、歌手の矢沢永吉がパチンコ機器メーカーに対して提起した訴訟において「本件人物絵は、客観的に見るとある程度原告を想起させるものではあるが、原告を知る者が容易に原告であると識別し得るほどの類似性を有しない」として権利侵害を否定した。

³⁴ なお、この「関連性」は、「当該写真に写っている人が実在のどの人物かを特定できる」という概念（同定可能性）とは異なる。同定可能性は「実在の人物の肖像が当該写真に写っていることを前提として（関連性があることを前提として）、当該写真内の人が実在のどの人物かを特定できるか」という問題であり、関連性が存在することを前提とした

要素としてどのように考慮すべきかについて検討する。

この点は、AI 自動肖像生成特有の問題であり、法廷写真事件最高裁判決を含め、過去の裁判例では論点として全く現れていない。

すなわち、AI 自動生成肖像を利用する場合には、元データとなる人物は複数存在し、かつ同写真は全てパラメータ化されており、1名の特定の人物の容ぼう等のみが利用されているという事実がない。

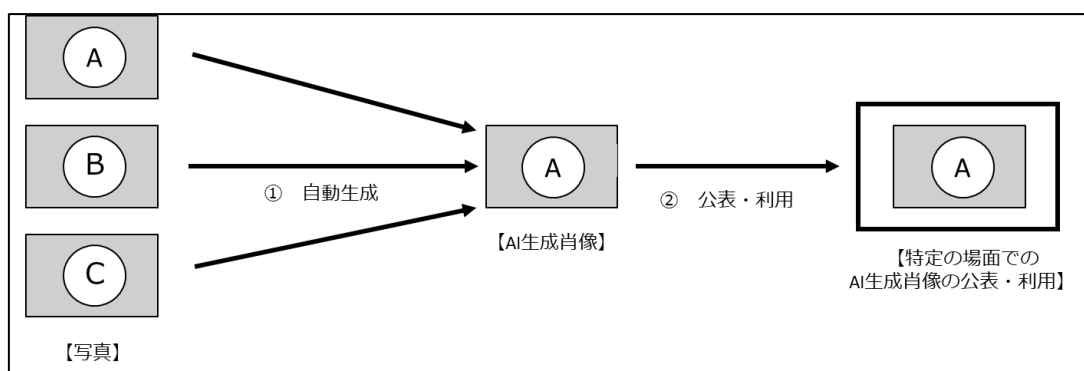
一方、法廷写真事件最高裁判決を含むこれまでの肖像権侵害に関する裁判例ではすべて「1名の特定の人物の容ぼう等のみが利用されているという事実」が当然の前提となっている。

法廷写真事件最高裁判決は「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する」と判示しているが、この「自己の」と言えるか否かが関連性の有無の問題である。

(i) 関連性が問題となる具体的な場面

AI 自動生成肖像の利用において関連性が問題となる場面が2種類あることはすでに第2章3及び4で述べた³⁵が、簡単に振り返る。

まず、自動生成されたAI生成肖像と同一人物の肖像が学習用データセットの中に入っており、一応当該実在の人物肖像が学習に利用されているというパターンである³⁶。

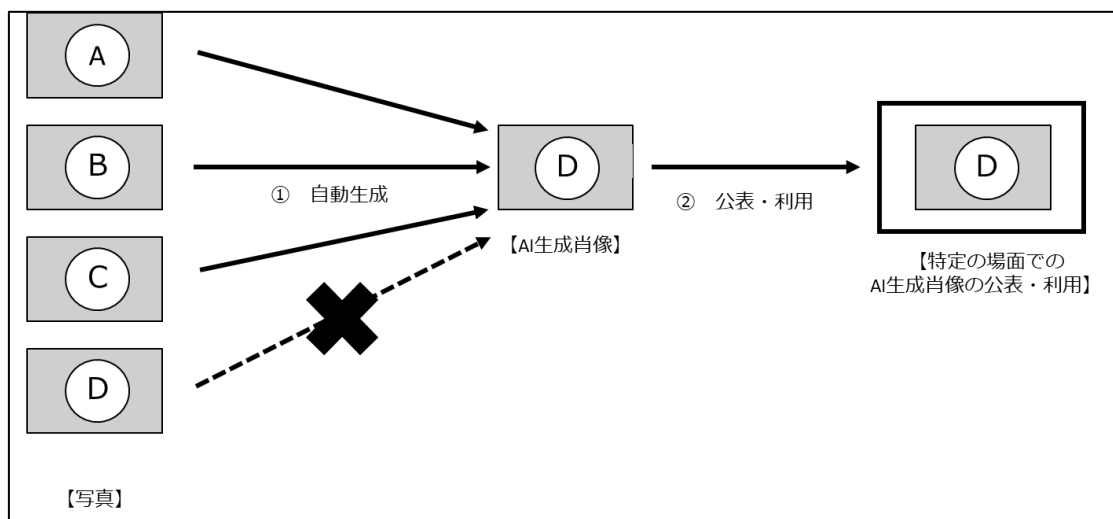


概念である。

³⁵ 実際に実在の人物と同一・類似のAI生成肖像が生成された時に、2つのパターンのうちのいずれのパターンなのかということは、元データと生成データを比較すれば容易に判定可能である。

³⁶ このパターンのように見えて、実際には関連性が当然肯定されるものもある。これは、学習用データセットを構成する元データがパラメータ化されず、写真としてそのままの形式でデータベースとして保持され、「40代男性・白人」などの抽出条件の指示をすると、同データベースの中から指示された条件に当てはまるデータを抽出してそのまま表示するようなプログラムである。この場合、元データは、写真としてそのままの形式でプログラム中に保持されており、指示に従って、保持されている元データがそのまま出力されているのであって、関連性の程度は100%である。

もう1つは、実在の人物Dの肖像がAIにより自動生成されているものの、当該Dの写真はAIの学習及びAI生成肖像の生成には一切用いられていないパターンである。



このパターンにおいては、学習用データセットの中に実在の人物Dの肖像写真が含まれていない。したがって、このパターンにおいては、いかなる意味においても、AI生成肖像の自動生成に実在の人物Dの肖像は利用されていない。

人間の例に当てはめて考えると、ある人が人物の精巧な似顔絵を描いた際、10年以上前に会っていたが会ったこと自体を忘れていた人とそっくり同じ似顔絵を描いたのが前者、いままで一度も会ったことない人と、偶然そっくり同じ似顔絵を描いたのが後者と言い換えてもよい。

(ii) 関連性の要否

では、AI自動生成肖像の利用行為が肖像権侵害に該当するかの判断要素としてそもそも「関連性」は必要か。

この「関連性」の要件は、従来型の肖像権侵害の事案においては、存在することが当然の前提とされていたため、肖像権侵害の成立要件としては特段論じられていなかった。

前述のように、肖像権は、プライバシー権及びパブリシティ権とは区別された、肖像に関する人格的利益であり、① 自己の容ぼう等をみだりに撮影されない権利、② 撮影された写真、作成された肖像を公表されない権利、③ 撮影された写真、作成された肖像をみだりに利用されない権利で構成される。

このように、肖像権が肖像等に関する人格的利益である以上、肖像権侵害における相関関係説的な判断要素のうち「被害者側の侵害された権利(利益)の性質」に属する判断要素として「特定の人物の肖像が利用されること(関連性)」は当然に必要と解するべきである。

関連性がなければ、たとえ同一の肖像等が生成されたとしても、当該人物の人格との結びつきはなく、当該人物の人格的利益が侵害されることはないため

ある。

この点、法廷写真事件最高裁判決は、肖像の撮影が不法行為上違法となるかの判断要素として「被撮影者の社会的地位，撮影された被撮影者の活動内容，撮影の場所，撮影の目的，撮影の態様，撮影の必要性等」を総合考慮すべきとしているが、そこで掲げられている各要素のうち特に被撮影者側の事情、具体的には「被撮影者の社会的地位，撮影された被撮影者の活動内容」は、狭義の肖像権侵害に、関連性が必要であることを当然の前提としていると思われる。仮に関連性が要件として必要でなければ「被撮影者の社会的地位，撮影された被撮影者の活動内容」は権利侵害の成否とは無関係だからである。

これに対して、「実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性」の要件さえ満たせば、関連性は不要という考え方もありうると思われる。

実在の人物の容ぼうと AI 自動生成肖像の「同一性」さえあれば、当該自動生成肖像を見た第三者は、当該肖像は、当該実在の人物を撮影したものであると受け取る可能性が高いため、AI 自動生成肖像の利用態様（例えばアダルト動画への出演やアダルトゲームのキャラクターとしての利用）によっては、関連性がなく完全に「偶然に」作成された自動生成肖像であったとしても、当該実在の人物は自らの肖像がみだりに利用されたとして、その人格権が侵害されるとも考えうるからである。

確かに、完全に「偶然」に作成された AI 自動生成肖像であっても、実在の人物肖像と同一・類似であれば、当該実在の人物が、自らの肖像を利用されたと感じて不快感・不安感を感じることはあろう。

しかし狭義の肖像権侵害において関連性を必要としないという立場に立つと、AI 技術を利用せずに、人間が架空の人物として精巧な人物イラストを制作して利用したところ、当該イラストがたまたま特定の人物の肖像と同一・類似だった場合、肖像権侵害という不法行為が成立する可能性があることになるが、それは当該行為者の表現の自由や経済活動の自由を過度に制約するものとして不合理である。

すなわち、第 4 章 1 (3) 「一般不法行為及び肖像権侵害の成立要件について」で述べたように、生命・身体のような「絶対権・絶対的利益」と異なり、肖像権侵害（人格権侵害）のような「相対権・相対的利益」の侵害については、相関関係説的な違法性判断、すなわち被害者側の侵害された権利（利益）だけではなく、加害者側の侵害行為の性質（態様）も衡量すべきである。これは、人格権侵害のような「相対権・相対的利益」においては、その権利の外延が不明確であるところ、不法行為の成立という重大な効果を認めるためには、そのような総合考慮の手法が合理的だからである。

そして、AI 自動生成肖像の利用行為を不法行為として評価することは、加害者側の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味する以上、加害者側の侵害行為の性質（態様）の 1 要素である「関連性」を不要とし、被害者側の単なる主観的な不快感・不安感だけをもって権利侵害が成立するとするのはバランスを欠く。

したがって、被害者の主観的な不快感を超えて、AI 自動生成肖像の利用行為

が不法行為として評価されるためには、その要件の 1 つとして加害者側の侵害行為の性質（態様）の 1 要素である「関連性」が必要と解するべきである。

もちろん、これは、あくまで相関関係説的な違法性判断の 1 要素として関連性が必要であるということにすぎず、「関連性がなければ肖像権侵害が一切成立しない」というものではない。詳細は後述するが、関連性がない場合であっても、AI 自動生成肖像の利用態様や利用者の主観的態様によっては肖像権を侵害することはありえる。

（iii）関連性の程度を判断するための要素

① 「関連性」判断の難しさ

次に、「関連性」が、AI 自動生成肖像の利用に関する肖像権侵害要件の 1 つだとして、当該「関連性」をどのように判断するかが問題となる。

「実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）」といっても、AI 自動生成肖像においては、その「結びつき」は 0 か 100 かで二分されるわけではなく、その間に各種バリエーションがあるためである。

その意味で「関連性の有無」ではなく「関連性の程度」が判断要素となる。

たとえば、「特定の 1 人の人物 A に関するデータのみを多数集めたデータセットを利用して学習済みモデルを生成し、当該モデルを利用して肖像を自動生成したところ、当該 A の肖像が自動生成された場合」には、関連性は非常に強いということになる。

一方、「特定の 1 人の人物」ではなく「ある特定の外見上の傾向を持つグループ」の肖像を自動生成するために、そのようなグループに属する複数の者の顔写真を元データとしてデータセットを作成する場合には、必ずしも関連性が肯定されるとは限らない。たとえば、「ジャニーズグループに属している男性アイドルと同じような外見を持つ人物肖像写真を生成したい」と企図して、ジャニーズグループに属している複数のアイドルの写真を収集してデータセットとして用いるような場合（以下「ジャニーズ設例」という）や「ザ・日本人アイドル」の肖像写真を自動生成したい」と企図して、複数の日本人アイドルの顔写真のみを収集してデータセットを作成して学習に用いるような場合（以下「アイドル設例」という）である。

② 関連性の程度の判断方法

結論から言うと、関連性の程度を判断するためには、「データセットにどのくらいばらつきのある、何人くらいの人物肖像が含まれているかというデータセットの内容」及び「元データと類似した生成物が生成されやすい学習済みモデルのタイプ及び学習方法であるか否か」を総合的に考慮して判断すべきである。

まず、ある特定の 1 人の人物の肖像データのみを多数収集してデータセット（以下「DS」）を作成する場合（例：A の肖像を自動生成することを意図して A の肖像のみを収集して DS を作成する）を考えよう。

このように、ある特定の 1 人の人物の肖像を自動生成する意図をもって、当

該特定の人物の肖像データのみを収集してDSを作成し、それを用いて学習をした場合、当該学習済みモデルは、当該特定の人物肖像の特徴（「らしさ」）を非常に的確に再現する能力を持つツールとなる。

すなわち、そのような方法により作成されたDSを用いて学習がなされて学習済みモデルが生成された場合、同学習済みモデルには「当該特定の人物の肖像らしさ（元データの特徴）を再現できる能力」（再現能力³⁷）があり、この再現能力は、元データに偏りがある、すなわち元データが一定の共通特徴を有していればいるほど高くなる。

したがって、ある特定の1名の人物の肖像を自動生成する意図をもって、当該特定の人物の肖像データのみを収集してDSを作成し、それを用いて学習をし、それによって、学習済みモデルが高い再現能力を持っている場合には、関連性が肯定される。

次に、先ほど述べたようなジャニーズ設例・アイドル設例、すなわち「特定の1名の人物」ではなく「ある特定の外見上の傾向を持つグループ」の肖像を自動生成するために、そのようなグループに属する複数の者の顔写真のみを元データとしてDSを作成することを考えてみよう。

「ジャニーズグループに属している男性アイドルと同じような外見を持つ人物肖像写真を生成したい」と企図して、ジャニーズグループに属しているアイドルの写真のみを収集してDSとして用いるような場合（ジャニーズ設例）や「ザ・日本人アイドル」の肖像写真を自動生成したい」と企図して、日本人アイドルの顔写真のみを収集してDSを用いるような場合（アイドル設例）である。

まず、そのようなDSを用いて学習させた学習済みモデルによって自動生成された人物肖像が、誰がどう見ても「ジャニーズ風」「日本人アイドル風」だが、特定の実在の人物には似ていないということもありうるが、その場合には、必須要件である「実在の人物の容ぼうと生成された人物想像の同一性」が否定されるため肖像権侵害にはならない。

したがって、そのようなDSを用いて学習させた学習済みモデルによって自動生成された人物肖像が、学習に用いられた実在の特定の人物と同一・類似していた場合のみ肖像権侵害が問題となる。

この場合は一律に結論を出すことはできず、DSの内容、具体的には「DSに用いられた人物の人数」によって、関連性の程度を判断することになる。

学習用データに用いられた人物の人数が少なければ、特定の人物と自動生成された人物肖像の結びつきが強いことになるため関連性が肯定される方向に働くと、学習用データに用いられた人物の人数が多ければ関連性が否定される方向に働く。

たとえば、ジャニーズ設例において「ジャニーズの2名の男性ユニット（A及

³⁷ 本来は「表現能力」とでもいうべきだが、深層学習において「表現能力」という用語は「複雑な関数をニューラルネットワークでどこまで近似できるか（関数近似能力）」という問題との関連で使用される用語なので、それと混同しないよう「再現能力」という表現を使った。

びB)」の写真のみを用いて学習させた場合において、A と同一・類似の人物肖像が生成された場合には、学習用データに用いられた人物の人数が 2 名と少ないことから関連性は非常に高いことになる。

一方、アイドル設例において、たとえば1万枚の「日本人アイドル」の写真を用いて学習させた（その結果当然のことながらDS内の写真の外見上のばらつきは平均化されている）場合において、当該データセット内の特定の日本人アイドルと同一・類似の人物肖像が生成された場合には、学習用データに用いられた人物の人数が多数であること、及びその結果として当該複数人物の人物肖像の外見上のばらつき具合は小さくなることを考慮すれば、関連性はかなり低いということになる。

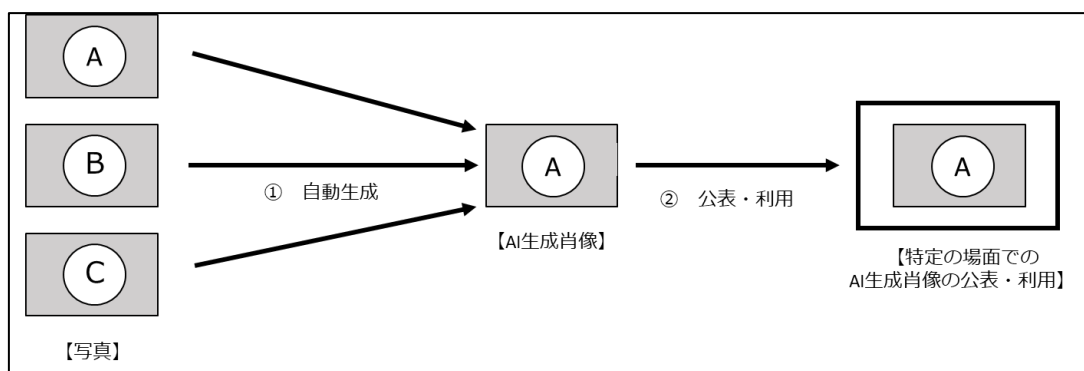
さらに、学習済みモデルのタイプや学習方法にも様々なものがある。

DSに含まれている画像と同一の生成物が出力されやすい学習済みモデルのタイプや学習方法が用いられた場合には、関連性が肯定される方向に働く。

③ 小括

以上述べたように、AI 自動生成肖像の利用について関連性の程度を判断するためには、「データセットの内容」及び「学習済みモデルのタイプ及び学習方法」を総合的に考慮して判断すべきである。

これを前提とすると、まず、自動生成された AI 生成肖像と同一人物の肖像が学習用データセットの中に入っており、一応当該実在の人物肖像が学習に利用されているというパターンについては、以下のように考えることになる。



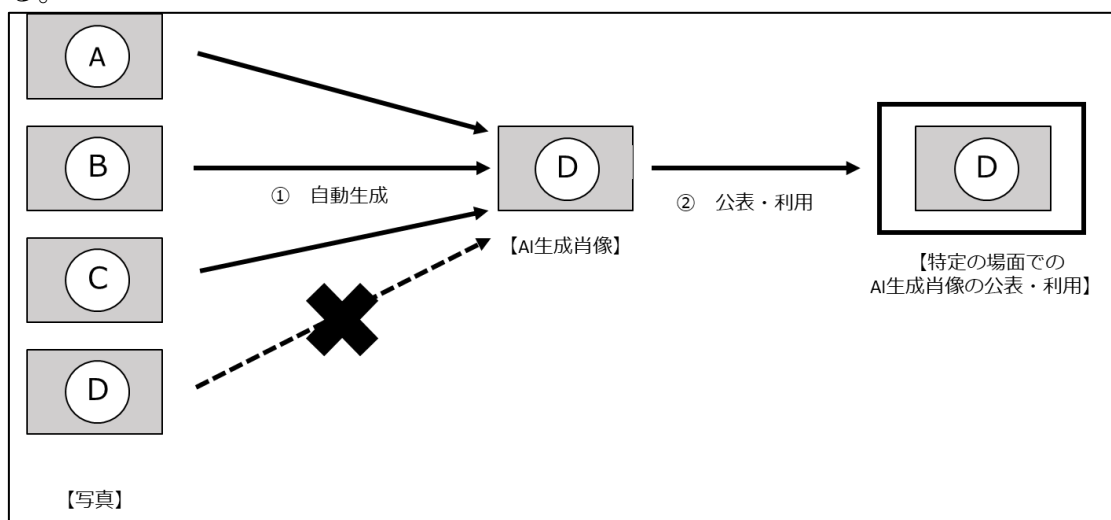
自動生成された肖像が元データの中に含まれているパターンであるから、関連性の程度については、①データセットの内容及び②学習済みモデルのタイプ及び学習方法を総合的に考慮して判断することになる。

具体的にはデータセットの内容が、多数のバラバラの外見の人物で構成され、かつ学習済みモデルや学習方法が、元データがそのまま出力されることがない性質のものであれば、関連性は非常に低いということになる。

一方、データセットの内に少数の写真しか含まれていないようであれば、関連性は高いことになる。

次に、実在の人物Dの肖像がAIにより自動生成されているものの、当該Dの

写真は AI の学習及び AI 生成肖像の生成には一切用いられていないパターンである。



このパターンにおいては、自動生成された肖像が元データの中に含まれていないから、データセットの内容及び学習済みモデルのタイプ及び学習方法を総合的に考慮しても関連性は存在しないということになる。

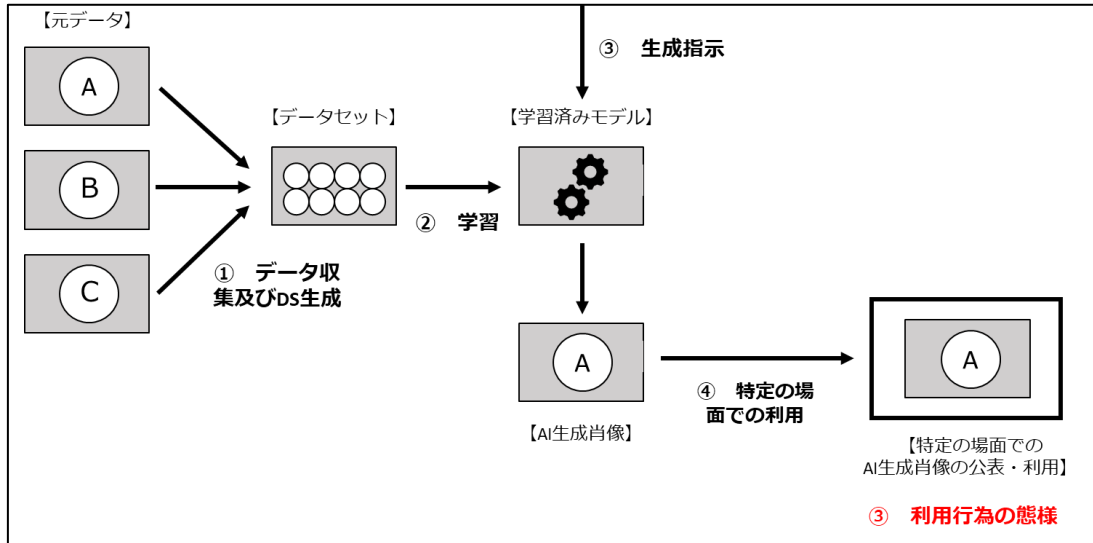
したがって、このパターンにおいては、関連性の程度「以外」の要素によって違法性を肯定できない限り、狭義の肖像権侵害は成立しないということになる。

たとえば、DS に入っていない特定の人物の肖像を生成することを明確に意図して、当該人物の肖像が生成されるまで機械的に生成を大量に繰り返し、かつ当該人物肖像を当該人物の名誉が侵害されるような態様で利用した場合などである。

以上の内容を表にまとめると以下の通りとなる。

	生成データと同一・類似のデータがDSの中に含まれているか	DSのサイズ	関連性
1	含まれている	小	高
2	含まれている	中	中
3	含まれている	大	低
4	含まれていない	問わず	なし

(ウ) 利用行為の態様



次に、「自動生成された人物肖像の利用行為の態様」を、肖像権侵害における権利侵害要件として考慮すべきかを検討する。

たとえば、適法に撮影された顔写真のデータがDS内に含まれ、当該実在の人物と同一の肖像が自動生成された場合において、当該生成された肖像を平穏な態様（一般のアパレルのモデルやアダルト以外のゲームのキャラクターなど）で利用する場合と、当該人物の名誉を毀損するような態様（アダルトゲームのキャラクターとして利用したり、精巧なアダルトCGで利用する、あるいは「犯罪者」などのレッテルを貼るなど）で利用する場合とで、AI自動生成肖像の利用行為の違法性の判断が異なるのかという問題である。

仮に「適法に撮影・公表された写真を元データとして自動生成された人物肖像を利用する場合、どのような利用態様でも適法である（生成肖像の利用態様は、肖像の利用行為の違法性の判断要素にならない）」という立場をとるのであれば、適法に撮影・公表された写真を元データとして利用している限りにおいて、生成された人物肖像をアダルトゲームや裸体と組み合わせて使用することもできることになる。

この問題は、一般化して言うと、人物の撮影、公表及び人物肖像の利用を別主体が行った場合において、撮影および公表が適法なら自動的にその人物肖像の利用行為も適法になるのか（撮影・公表が適法でもその利用行為が違法になるケースがあるのではないか）という問題である（その意味で、AI特有の問題ではない）。

(i) 過去の裁判例の検討

この点、法廷写真事件最高裁判決が示した判断要素は、①撮影②公表③利用を

同一主体が行った場合における、「撮影」行為のみに関するものであった³⁸。

そこで、撮影、公表及び利用を別主体が行った場合において、撮影および公表が適法なら自動的にその利用行為も適法になるのかを検討するために、法廷写真事件最高裁判決以降、私人間において肖像権侵害が争点となった判例のうち、ある写真の撮影・公表と、その利用を別主体が行った場合の裁判例を検討し、同裁判例において、利用行為についてどのような基準で違法性の判断がなされているかを検討する。

この点、法廷写真事件最高裁判決以降、私人間において肖像権侵害が争点となった判例 205 件のうち、撮影・公表と利用が別主体により行われた事案に関する裁判例は 31 件ある³⁹（別紙裁判例一覧参照）。

当該 31 件のうち、撮影・公表が適法だったケースは 27 件あるが、その 27 件のうち、利用行為が違法とされたケースが 17 件、適法とされたケースが 11 件ある（適法に撮影された同じ写真が、利用態様によって違法と適法が分かれた裁判例があるため数があわない）。

このうち、適法に撮影された写真の利用行為が違法とされた裁判例は、当該写真が名誉毀損・プライバシー権侵害を構成する記事とともに掲載されたケース（①、②、③、⑤、⑫、⑳、㉓、㉕、㉗、㉘）、写真の内容が通常人であれば公開を欲しない内容であるケース（アダルトビデオの出演（③）、下着姿（⑤）、複数の愛人と入れ墨姿で入浴（⑦）、万引き姿（⑬）、顔写真を裸の胸部のイラストと合成（㉑、㉒））、及び写真を利用する必要性に乏しいケース（⑩、⑰）がある。

すなわち、撮影、公表及び利用を別主体が行った場合において、撮影および公表が適法であっても自動的にその利用行為が適法になるのではなく、利用行為の態様、具体的には写真と一緒に掲載されている記事の内容や、写真の内容及び写真の利用の必要性によって肖像の利用行為の違法性が判断されているということである。

興味深い事例が⑬判決である。

これは、監視カメラによって撮影された店舗内の客の映像について（撮影行為は適法と認定されている）、① 同店舗が同映像を報道機関に提供した行為と、② 同防犯カメラを同店舗に提供している会社が、同映像を基に DVD を作成し、

³⁸ 同最高裁判決は、「人は、自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益も有する」としつつも、撮影行為と区別された公表行為独自の違法性判断基準については言及していないし、さらに撮影・公表行為と区別された利用行為の違法性の判断基準についても言及していない。

これは、法廷写真事件最高裁判決の事例が、撮影・公表・利用行為を同一主体が行い、かつ「違法に撮影された写真が撮影者によって公表された」事例（つまり撮影行為の違法性さえ判断すれば公表・利用行為の違法性について別段の判断が必要なかった事例）だったためである。

そのため、当該最高裁は、撮影行為についての違法性判断基準のみ示し、かつ「違法に撮影された写真を公表することは違法である」とするのみで、撮影行為と区別された公表・利用行為独自の違法性判断基準を設定する必要がなかった。

³⁹ LLI/DB 判例秘書で、期間平成 17 年 11 月 10 日以降、キーワード「肖像権」にて検索してヒットした民事事件 205 件を調査対象とした（調査日：令和 2 年 5 月 30 日）。

自己の商品の宣伝広告のために放映・配布した行為の違法性がそれぞれ争われたケースである。

結論的には、前者の利用行為は適法であり、後者の利用行為は違法であると判断されたが、この事例は、撮影が適法とされた同一の写真について、その利用態様によって利用行為が適法と違法に分かれたケースである。

(ii) 検討

上記の裁判例の検討で述べたように、仮に適法に撮影された写真であっても、当該写真の利用行為の態様によっては、利用行為が違法となることがある。

これは、狭義の肖像権の保護法益が被撮影者の人格的利益であることからすると、撮影行為が適法でも、利用行為（写真と一緒に掲載されている記事の内容や写真の内容、利用の必要性等）が被撮影者の人格的利益を侵害するのであれば狭義の肖像権侵害が肯定されるとの判断に基づくものであろう。

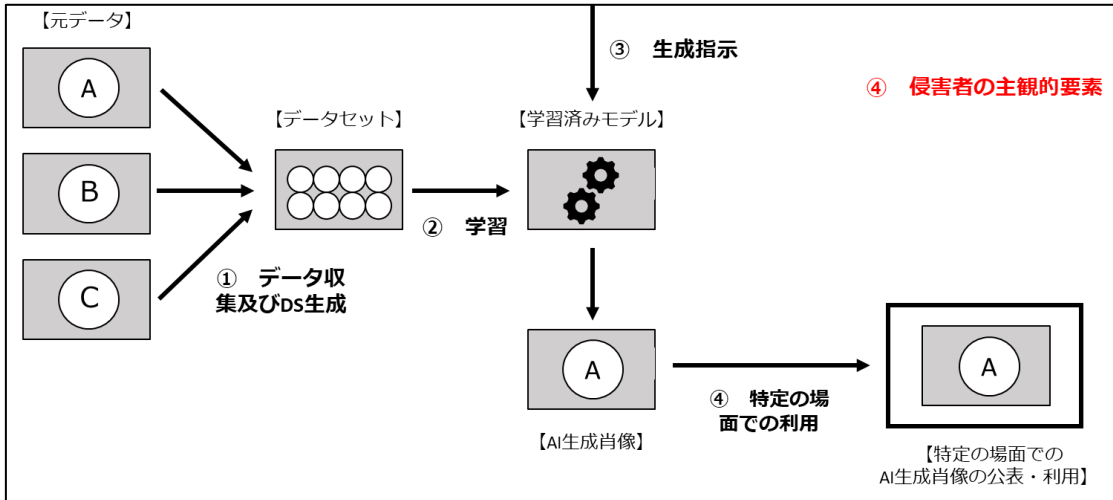
そして、その点は、AI 自動生成肖像の利用に際しても別異に解する必要はない。

したがって、AI 自動生成肖像の利用の違法性判断においても、肖像権侵害における相関関係説的な判断要素のうち「加害者側の侵害行為の性質（態様）」に属する判断要素として、「自動生成された人物肖像の利用行為の態様」を判断要素とすべきであり、AI の学習に用いられた写真が適法に撮影されたものであっても、AI 自動生成肖像の利用行為が、被撮影者の名誉毀損やプライバシー侵害などの権利侵害行為に該当する場合には、違法性が肯定される方向に傾く。

もっとも、AI 自動生成肖像の利用行為がプライバシー侵害となるケースは想定しがたい。

そのため、AI 自動生成肖像の利用行為の態様によって肖像権侵害となるのは、生成画像の利用によって被撮影者の名誉権や名誉感情が毀損される場合、たとえば AI 自動生成肖像をアダルトゲームのキャラクターとして利用する場合や、生成された顔写真を裸体と一緒にして利用した場合などに基本的には限定されると考えられる。

(エ) 侵害者の主観的要素



(i) 問題の所在

AI 自動生成肖像の利用行為であっても、一般不法行為である以上、行為者の故意・過失の要件が必要なのは当然である。

もともと、従来型の肖像権侵害の場合、故意や過失についてはほとんど争いにならなかった。「実在する特定の人物の写真を撮影・公表・利用すること」に関する故意過失がないという事態は想定しがたいためである。

一方、AI 自動生成肖像の利用行為の場合、判断要素のうち「利用行為の態様（どのように利用するか）」という点について認識していないということはある得ないが、「関連性」があることを認識していないことは十分にあり得る。

たとえば、DS に含まれている人物肖像と同一の肖像が生成されたが、当該肖像が DS 内に含まれていることを生成者が認識していない（これは生成肖像が有名人のものではなく一般人のものである場合には容易に想定される事態である）ケースである。

そのため、AI 自動生成肖像の利用行為の場合において故意・過失をどのように判断すべきかは難問である。

以下では、まず一般論として、不法行為の成立要件における主観的要素の位置づけについて検討したうえで、AI 自動生成肖像の利用において故意・過失を具体的にどのように判断すべきかを検討する。

(ii) 主観的要素の位置づけ

まず、故意・過失という主観的要素の位置づけであるが、その体系的な位置づけは各論者によって異なるものの⁴⁰、民法 709 条が過失責任の原則を基礎とし、帰

⁴⁰ 前述のように、過失を客観的義務違反とする通説の立場に立てば、肖像権のような相対的な権利侵害においては、権利行使の相当性の判断と重なる（山本・前掲注 16）136 頁以下。また加藤雅は、人格権を生命、身体、健康、自由を対象とする「絶対的人格権」と、名誉、プライバシー、氏名、肖像等の「相対的人格権」に分類し、後者の「相対的人格

責事由として加害者の故意または過失が要求されていることには争いはない。

そして、このように不法行為の成立に原則として加害者の故意・過失が必要とされているのは、わが国の不法行為損害賠償制度が、過失責任の原則を採用しているからだとされる。

ここでいう「過失責任の原則」とは、「自らの行動について過失のない者は自らの行動により生じた結果について責任を負わなくてよい」とする原則である。そして、我が国の民法はこの過失責任の原則を基礎に据えることで、「社会生活を送るにあたり合理的な行動（理性的な行動）をした者は、その行動の結果について損害賠償責任を問われる事がない」という意味で、私的生活関係の中での個人の行動の自由を保障している⁴¹。

したがって、「故意・過失」という主観的要素は、それがなければ肖像権侵害という不法行為責任が成立しないという意味の必須要素として評価すべきである。

問題は、AI 自動生成肖像の利用において、どのような場合に故意・過失が認められるかであり、特に過失の成立要件が重要な問題となる。

(iii) AI 自動生成肖像の利用における故意

実在している特定の人物の肖像を生成する意図を持って同一肖像を自動生成し、当該肖像を利用する場合、あるいは肖像生成時にはそのような意図はなかったが、自動生成した結果、結果的に実在している特定の人物と同一肖像であることを認識して当該肖像を利用した場合には、故意が存在することになる。

(iv) AI 自動生成肖像の利用における過失

次に、どのような場合に過失が存在すると解釈すべきかが問題となる。

① 過失についての一般論

不法行為の成立要件における「過失」の位置づけについては様々な説があるが、近時の学説においては「過失」の内容についてはほぼ一致しており、過失を「客観的な行為義務違反」と捉え、当該行為義務については「予見可能性を前提とした結果回避義務」と構成している⁴²。

このように、過失を「予見可能性を前提とした結果回避義務違反」と捉えた場合、予見可能性がなければ結果回避義務は課されず、結果として結果回避義務違反、すなわち過失はないということになる。

もっとも、一定の行為によって、人の生命・身体・その他の重大な被害が発生することについての抽象的危険が感じられる場合（例：公害をもたらす可能性がある産業活動を行う場合や、重大な健康被害を生じる可能性がある新薬の試験

権」の違法性判断においては過失が考慮されるとしている（加藤・前掲注1）218頁）。

⁴¹ 潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第2版）』（信山社、2017年）254頁、窪田・前掲注19）6頁、前田・前掲注15）5頁、加藤・前掲注1）127頁、山本・前掲注16）93頁。

⁴² 前田・前掲注15）14頁、窪田・前掲注19）46頁。

を行う場合)にあっては、そのような抽象的危険の段階で調査研究をする予見義務(調査義務)を課すべきという考え方が一般的である⁴³。

このような予見義務(調査義務)が課される状況の下では、① 当該予見義務違反が認められれば結果回避義務違反の有無を問わずに過失が認められる、あるいは、② 予見義務を尽くしていれば具体的危険性について予見可能性があった場合には、予見可能性が認められる、としていずれにしても結論的には過失が認められることになる。

すなわち、このように、被侵害利益の重大性や加害者の地位や活動の性質に応じて、一定の場合に予見義務(調査義務)を課すことで、過失の成立範囲が拡大されることになる。

このような予見義務(調査義務)という考え方は、公害、薬害、医療事件等を中心に発展してきた。

もっとも、このような予見義務(調査義務)を課し、過失の成立範囲を広げるということは、結果発生危険性が未だ抽象的な段階でも、行為者の行動の自由を制約する形で行為者に作為、不作為の義務を課すことを意味する。

したがって、どのような場合に予見義務(調査義務)が認められるかは、問題の危険が実現したとしたら想定され得る権利・法益侵害の重大性と衡量の上、過剰な制約をもたらさないようにという観点から検討すべきとされている⁴⁴。

② 具体的検討

AI自動生成肖像の利用による狭義の肖像権侵害において、いかなる場合に「過失」が認められるかを検討すると、「関連性の程度」のところでも述べた、データセットに含まれている元データの数が十分である場合は、原則として行為者には肖像権侵害の予見可能性がなく、結果回避義務違反、すなわち過失も存しないと考える。

なぜなら、データセットに含まれている元データの数が十分であれば、通常は元データと類似・同一の肖像が生成される可能性は極めて低く、予見可能性が認められないためである。

一方、前述のように、被侵害利益の重大性や加害者の地位や活動の性質に応じて予見義務(調査義務)を課すことが認められていることからすると、① データセットに含まれているデータの数が十分でない場合、又は② 仮にデータセットに含まれているデータの数が十分であっても、肖像権侵害の危険性が高い利用態様の場合には、肖像権侵害が生じないか否かの調査義務を行為者に課すべきである。

これは、①については、データセットに含まれているデータの数が十分でない

⁴³ 潮見・前掲注41) 297頁、加藤・前掲注1) 147頁、前田・前掲注15) 17頁。また窪田・前掲注19) 68頁は、予見可能性は規範的性格を有する(すなわち予見すべきだったのかという評価の問題を含む)のであって、当該行為をする前に、その行為に伴って、何らかの重大な結果が発生しないかどうかを調べるということも含まれる(調査義務)とするが、同趣旨と思われる。

⁴⁴ 潮見・前掲注41) 298頁。

場合は関連性が高く肖像権侵害の危険性が高いし、②についても、アダルト目的等の名誉毀損的状况で生成肖像を利用する場合には肖像権の保護法益である人格権を侵害する可能性が高いため、行為者に肖像権侵害が生じないか否かの調査義務を課しても不合理ではないからである⁴⁵。

そして、ここでいう「調査義務」とは、具体的には「データセット内の人物肖像データと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務（照合義務）」である。

データセット内のデータと一致した人物肖像が生成されたにも関わらず、照合義務を果たさなかった結果、当該人物肖像をアダルト目的等名誉毀損的状况で利用した場合には、照合義務違反（予見義務違反）という過失及び過失と権利侵害の因果関係が認められることになる。

もっとも、この「照合義務」として「世の中に存在するあらゆる人物肖像と、自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」は課しえない⁴⁶。

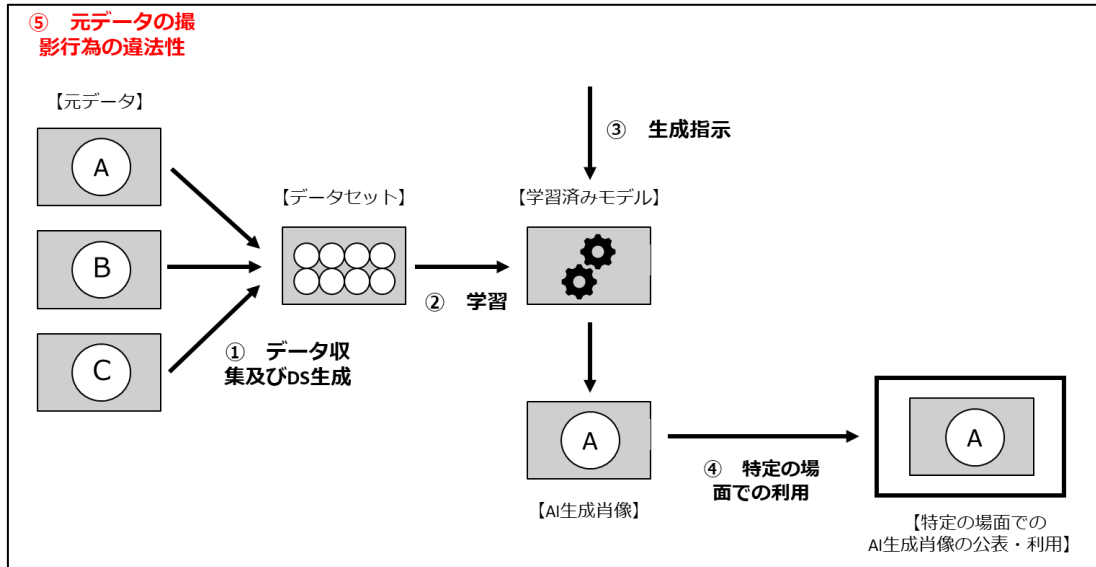
そのような内容の照合義務は履行が不可能であるため、当該義務を課すということは実質的に無過失責任を課すことを意味するからである。

したがって「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務（照合義務）」を果たしても、なお同一肖像が存在することを認識できなかった場合には過失がないことになり、故意が肯定されない限り肖像権侵害は成立しないということになる。

⁴⁵ 一方、後述する通り、パブリシティ権侵害においては、ピンク・レディー事件最高裁判決が示した3つの利用態様に該当する場合（したがって、アダルト利用等、名誉毀損的状况における利用態様とは一致しない）に限って、調査義務として「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」を課すべきである。パブリシティ権の保護法益は人物肖像が持つ顧客吸引力であるが、当該顧客吸引力の侵害は、平成ピンク・レディー事件最高裁判決が示した3つの利用態様に該当する場合にのみ生じるためである。

⁴⁶ これはパブリシティ権侵害の場合も同様である。

(オ) 元データの撮影行為の違法性



次に、「元データの撮影行為の違法性」を、AI自動生成肖像の利用行為の違法性の判断要素として考慮すべきかを検討する。

具体的には、AI自動生成肖像の利用においては、学習用データセットに含まれている写真の一部が違法に撮影されたもの⁴⁷であることがあるが、そのようなDSを利用して生成された学習済みモデルを用いて自動生成した肖像を利用する行為が違法かという問題である。

この問題は、一般化して言うと、人の肖像の撮影・公表と利用を別主体が行った場合において、撮影・公表が違法なら自動的にその利用行為も違法になるのか（撮影・公表が違法でもその利用行為が適法になるケースがあるのではないか）という問題である⁴⁸。

これは、例えばAが、自宅内にいる非有名人Yの写真を何らかの方法で違法に隠し撮りし、同写真をインターネット上で公開したケースにおいて、当該サイトを閲覧したB（Aとは全く無関係）が同写真の人物肖像だけを利用して、平穏な態様にて自己の商品の宣伝に利用した場合において、Bがどのような責任を負うか、という問題である⁴⁹（その意味でAI特有の問題ではない）。

(i) 過去の裁判例の検討

まず、ある人物の肖像に関する①撮影②公表③利用において、①②と③を別主体が行った場合の裁判例の分析を通じて、「①撮影②公表行為」の違法性が「③

⁴⁷ 撮影行為の違法性は、法廷写真事件最高裁判決が示した要件に従って判断することになる。

⁴⁸ なお、要件の1つである「利用行為の態様」においては、これとは逆の問題、すなわち人の肖像の撮影・公表と利用を別主体が行った場合において、撮影・公表が適法なら自動的にその利用も適法になるのか（撮影・公表が適法でも利用行為が違法になるケースがあるのではないか）という問題を検討した（第4章1(4)(エ)「利用行為の態様」参照）。

⁴⁹ 当然、撮影者Aは肖像権侵害やプライバシー侵害の責任を負う。

利用行為」の違法性にどのように影響するかの検討を行う。

前述のように、法廷写真事件最高裁判決以降、私人間において肖像権侵害が争点となった判例のうち、撮影・公表と利用を、別主体が行った場合の判例は 31 件ある（別紙裁判例一覧参照）。

当該 31 件のうち、撮影・公表が違法だったケースは 4 件、撮影・公表が適法だったケースは 27 件である。

撮影・公表が違法だったケースにおいて、その写真の利用行為の態様は様々である。

たとえば、第三者が公衆浴場で盗撮した盗撮映像を基に DVD を制作・販売した行為が違法とされた事例（⑧判決）、第三者が盗撮した芸能人のストリップショーの盗撮写真を書籍に掲載して出版する行為が違法とされた事例（⑨決定及び同判決の抗告審である⑩決定。なお、⑩決定は将来の利用差止は認めなかった）、公道上で被撮影者の承諾なく第三者により撮影された写真が同じく承諾なくあるサイトにアップロードされ、被告が同サイトにハイパーリンクを設定した行為が違法とされた事例（⑭判決）である。

そして、全ての裁判例において撮影・公表が違法である以上、その利用行為は違法とされており、「撮影・公表が違法であるが、その写真の利用行為が適法とされた裁判例」は 1 例も存在しない。

これは、撮影・公表が違法である以上、その時点において人格権侵害は生じており、別主体による利用行為は、当該人格権侵害を拡大・助長するものと評価されたからだと思われる。

したがって、過去の裁判例を前提とする限り、一般的には人物肖像の利用行為の違法性判断において、撮影・公表行為の違法性を判断要素とすべし、ということになる。

（ii） AI を利用した場合の特殊性

もっとも、AI 自動生成肖像の利用の場合は別途検討すべき点がある。

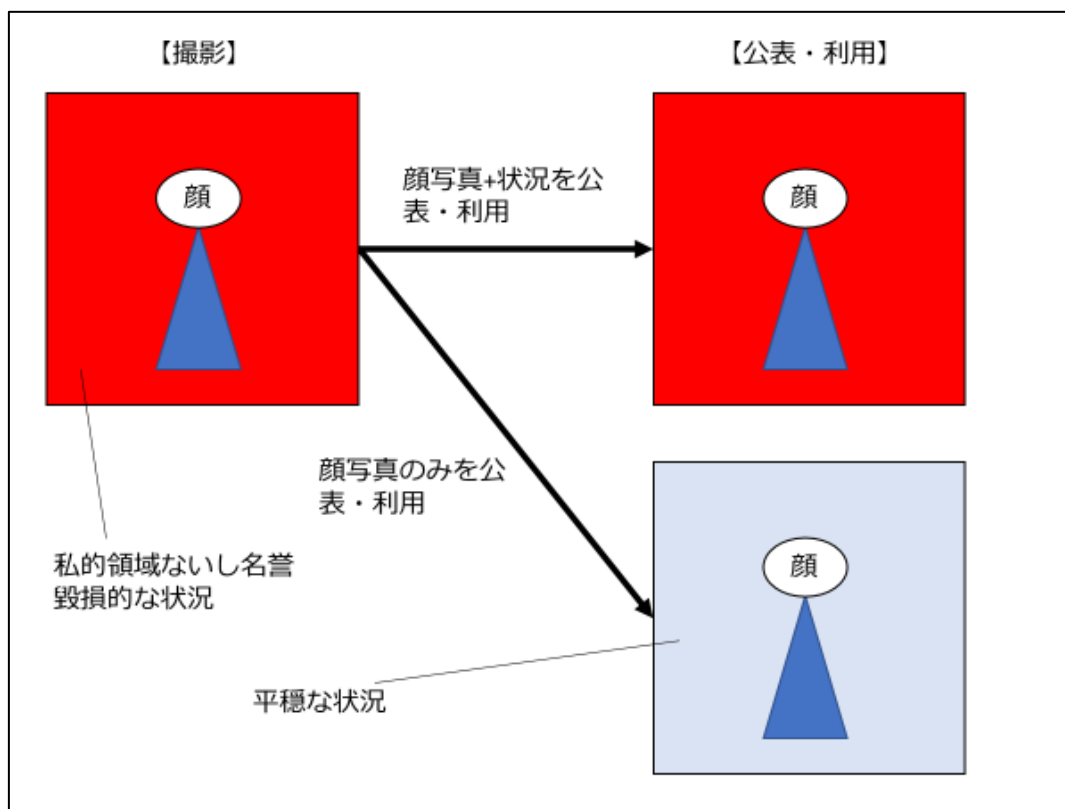
まず、AI 自動生成肖像の利用の場合は、仮に元データとして用いた写真が、その撮影・公表において違法だったとしても、① 当該写真の中の「顔部分」だけが利用され、かつ生成肖像においても「顔部分」だけしか生成されていない点である。もう 1 点は、② 仮に元データとして違法に撮影された写真が利用されているとしても、それは大量の元データのごく一部に過ぎない点である。

① 「顔部分」しか利用されておらず、かつ「顔部分」しか生成されていない点

この点、ある人物の肖像が撮影された場合において、当該人物の顔写真だけを公表・利用する場合と、当該人物の顔写真以外の周辺状況も含めて公表・利用する場合においては、当該公表・利用行為の違法性の判断に差が出て当然と思われる。

たとえば、法廷写真事件最高裁判決の事案を少し変更して、法廷内で違法に撮影された写真が雑誌において公表された場合において、当該撮影に関係のない第三者が、当該雑誌記事の写真から顔部分だけを切り抜いて別記事にした場合、

当該第三者による肖像利用行為が狭義の肖像権侵害行為に該当するかは、別途検討の余地があろう。少なくとも写真撮影が違法だから、当該写真の顔写真部分を別態様で利用することも即違法という判断にはならないと思われる。



だからこそ、法廷写真事件最高裁判決は、顔部分以外の要素、すなわち「撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所」という、当該人物の顔写真以外の周辺状況の具体的内容についても撮影の違法性の考慮要素として含めているのである。

この点、中島⁵⁰は、撮影された際の周辺状況（「撮影情報」）について3つに分類したうえで、肖像権侵害の違法性判断基準を類型化し、①被撮影者の私的領域において撮影し、撮影情報を公表する場合において撮影情報が公共の利害に関する事項ではないとき、②公的領域において撮影し又は撮影情報を公表する場合において、撮影情報が社会通念上受忍すべき限度を超えて被撮影者を侮辱するものであるとき（法廷写真事件最高裁判決の事案がこれにあたる）、③公的領域において撮影し又は撮影情報を公表する場合において、撮影情報が公表されることによって社会通念上受忍すべき限度を超えて平穏に日常生活を送る被撮影者の利益を害する恐れがあるときに肖像権侵害が違法になるとする。

かかる見解は、肖像権侵害が違法とされるケースを（パブリシティ権に関するピンク・レディー事件最高裁判決と同様に）類型化しようとするものである。

すなわち、同見解は、肖像権の保護法益について、「自己の容ぼう等を承諾な

⁵⁰ 中島・前掲注8)「スナップ写真等と肖像権を巡る法的問題について」8頁。

く撮影されないこと」だけではなく、それに加えて①個人の私生活上の自由から派生するプライバシーに係る法的利益、②名誉感情、③平穩に日常生活を送る利益にそれぞれ区分し、肖像権侵害が違法とされるケースを類型化しようとするものと思われる。

この見解を敷衍すると、たとえ「自己の容ぼうが承諾なく撮影された」としても、①個人の私生活上の自由から派生するプライバシーに係る法的利益、②名誉感情、③平穩に日常生活を送る利益のいずれもが侵害されなければ、肖像権侵害にはならないことになる。

そのように解釈すると、たとえ撮影・公表が違法であったとしても、当該撮影・公表された写真のうちの顔部分のみを利用することは、上記 3 つの法益のいずれかを侵害することが考え難いため肖像権侵害ではない、という立論も可能になるように思える。

② DS の一部としてしか利用されていない点

また仮に元データとして違法に撮影された写真が利用されているとしても、それは大量の元データのごく一部に過ぎない。

また、違法に撮影された写真を特に利用しようとしてデータを収集するということも想定しがたいことから、AI 自動生成肖像の生成において、撮影行為の違法性は相当程度「希釈」されているのであって、従来型の肖像権侵害のように、撮影行為が違法である場合、当該写真の利用行為も当然に違法であるということにはならない。

③ 検討

上記中島の見解は注目すべきものであるが、一方で、上述の通り肖像権は、プライバシー権や名誉権とは別途の権利として把握されてきており肖像権の保護法益が果たして上記 3 つで尽きている（同保護法益が侵害されていなければ肖像権が侵害されていないと解釈される）のか疑問がある。必ずしも①個人の私生活上の自由から派生するプライバシーに係る法的利益、②名誉感情、③平穩に日常生活を送る利益が侵害されていなくても、人の肖像を無断で撮影・公表・利用するだけでも肖像権が侵害されることはあり得る。

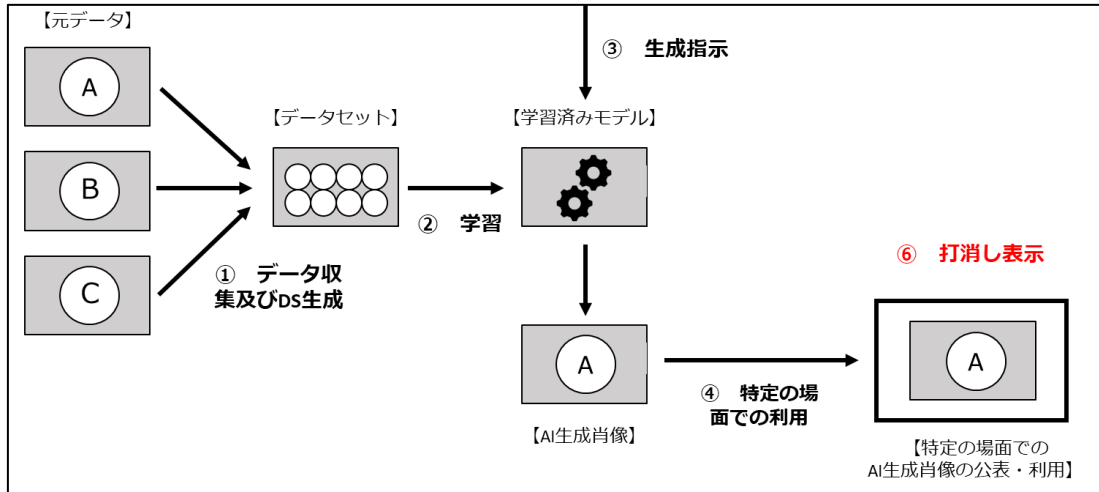
また、法廷写真事件最高裁判決が示した判断要素は、被撮影者の社会的地位等、撮影時の周辺状況とは無関係な要素も含まれていること、さらに、違法に撮影・公表された写真をたとえ、顔写真だけと言えども利用することは、違法な撮影・公表行為を助長する効果を持つことを考えると、やはり元データの撮影行為の違法性はAI 自動生成肖像の利用における権利侵害の判断要素に含めるべきである。

もっとも、「顔部分」しか利用されておらず、かつ「顔部分」しか生成されていないこと、かつ仮に撮影が違法である写真が含まれているとしても、それはDSのごく一部分にすぎないことからすると、DSに含まれている特定の写真の撮影行為が違法であれば、AI 自動生成肖像の利用が即違法になるわけではない。

「元データの撮影行為の適法性」はあくまで権利侵害の一要素に過ぎず、しか

もその権利侵害への寄与度はかなり弱いと考えるべきである。

(カ) 打消し表示



最後に、AI 自動生成肖像の利用による肖像権侵害の判断要素のうち「加害者側の侵害行為の性質（態様）」に属する判断要素として、自動生成された画像を利用する際に、「本画像は AI を利用して自動生成された肖像であり、実在の人物との結びつきはありません」という表示（打消し表示）の有無を考慮すべきであるとする。

これは、法廷写真事件最高裁判決が、人物のイラスト画の公表行為が不法行為上違法とされるかの判断に際して、写真とは異なるイラスト画の特質を参酌する必要があるとしているのと同様の理由に基づく。

法廷写真事件最高裁判決は、原判決が、人物肖像のイラスト画の作成・公表について人物肖像の撮影・公表行為と特段区別せずにその違法性を判断したことに対して、当該判断を是認することができないとした。

すなわち、法廷写真事件最高裁判決は「人は、自己の容ぼう等を描写したイラスト画についても、これをみだりに公表されない人格的利益を有するのが相当である。しかしながら、人の容ぼう等を撮影した写真は、カメラのレンズがとらえた被撮影者の容ぼう等を化学的方法等により再現したものであり、それが公表された場合は、被撮影者の容ぼう等をありのままに示したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。これに対し、人の容ぼう等を描写したイラスト画は、その描写に作者の主観や技術が反映するものであり、それが公表された場合も、作者の主観や技術を反映したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。したがって、人の容ぼう等を描写したイラスト画を公表する行為が社会生活上受忍の限度を超えて不法行為法上違法と評価されるか否かの判断に当たっては、写真とは異なるイラスト画の上記特質が参酌されなければならない。」とした（下線部筆者）。

もちろん、特定の実在の 1 人の人物肖像をイラスト化した法廷写真事件最高

裁判決の事案は、AI 自動生成肖像の利用にそのまま当てはめることはできないが、生成された肖像の特質（イラストなのか、実在の人物そっくりだが、実在の人物に依拠しないで生成された画像なのか）によって、その受け取られ方が異なるという点においては共通である。

ましてや、AI 技術を利用した精巧な人物肖像については、イラスト以上に「実在の特定の人物を撮影した写真である」との誤解を、受け手に生じさせやすい。

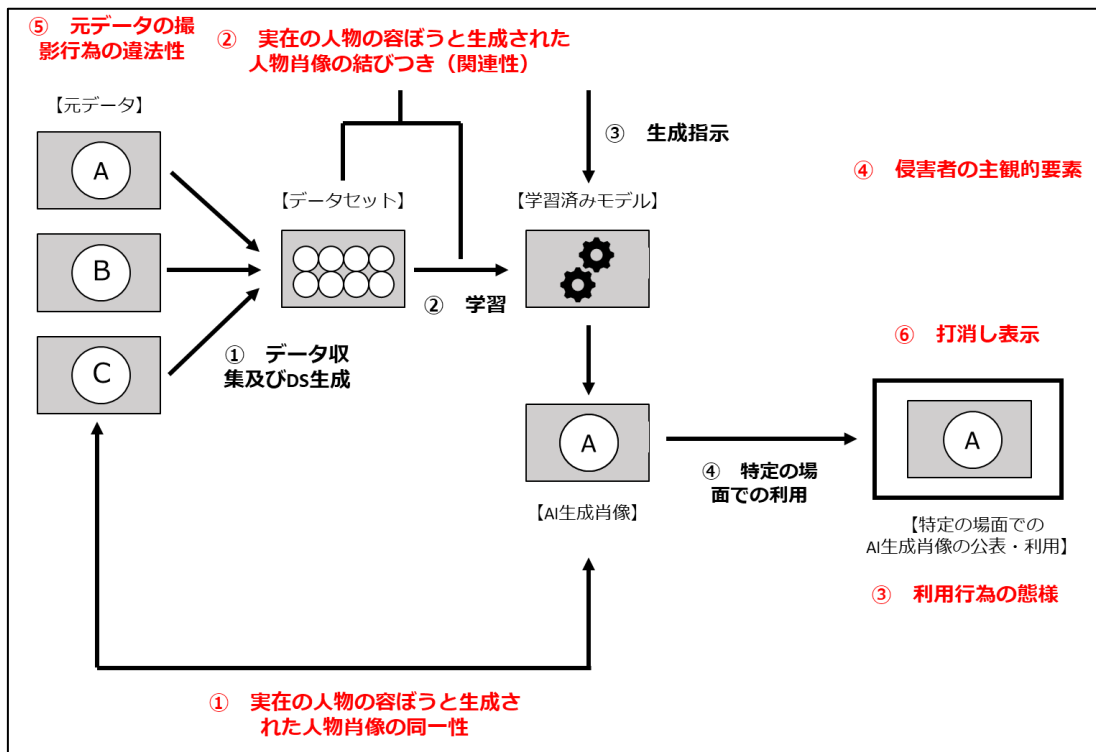
そこで、AI 自動生成肖像を利用するに際しては、当該画像が AI 技術を利用して生成されたこと、及びその特質（関連性がないこと）を、正しく受け手側に伝えるために、打消表示が必要である⁵¹と考える。

もっとも、仮に打消し表示があったとしても、その他の要素（関連性・利用態様）によって違法性が肯定される場合に、当該違法性を完全に否定するまでの効果はなく、あくまで付随的な要素としてとらえるべきである。

(5) 結論：AI 自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準

以上述べたように、AI 自動生成肖像の利用については、AI の特殊性を考慮したうえで、① 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性、② 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度、③ 利用行為の態様、④ 侵害者の主観的要素、⑤ 元データの撮影行為の違法性、⑥ 打消し表示の有無を総合的に考慮して判断すべきである。

⁵¹ 矢沢永吉事件（ロックシンガーとして著名な矢沢永吉の「そっくりさん」がテレビのローカル放送におけるパチンコ店のコマーシャルに出演して、視聴者にあたかも矢沢永吉本人が出演しているかの印象を与えたとされるケース）において、矢沢永吉本人が訴訟を提起したが、結局和解で終結して、和解条件が新聞紙上に掲載された（1994年4月19日付朝日新聞朝刊）。同和解条件においては、「我々（注：原告及び被告）は、広告宣伝において物真似ないし「そっくりさん」が利用される場合には、法律上又は広告倫理上、次のようなルールが守られなければならないと考える」として「本人の事前の承諾を得た場合にも、受け手に誤信を与えないように、広告宣伝の登場者が物真似ないし『そっくりさん』であることについて、その同一表示上で、その旨を明示すべきである」として打消し表示に言及している（内藤篤＝田代貞之『パブリシティ権概説（第3版）』（木鐸社、2014年）238頁）。



もともと、「総合的に考慮」と言っても、各要素についてはその重みづけが異なる。

当該要素が欠ければ肖像権侵害は成立しないという意味での「必須要素」⁵²は「① 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性」及び「④ 侵害者の主観的要素」である。

「① 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性」については、そもそも当該要件が存在しなければいかなる意味でも肖像権侵害は発生しないし、「④ 侵害者の主観的要素」については肖像権侵害も一般不法行為である以上無過失責任を問うことはできないためである。

次に重要な判断要素が「② 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度」及び「③ 利用行為の態様」である。

「② 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度」については、AI 自動生成肖像特有の問題であり重要な要素である。さらに、「③ 利用行為の態様」についても、第 4 章 1 (4) (エ)「利用行為の態様」で述べたように、従来型の肖像権侵害事例において肖像の利用行為の違法性判断に用いられてきた要素であるし、かつ過失判断における照合義務の存否に直結するという意味でも、重要な要素である。

一方、「⑤ 元データの撮影行為の違法性」と「⑥ 打消し表示」については、重要性が低い。

まず「⑤ 元データの撮影行為の違法性」については、従来型の肖像権侵害事例のように、特定の人物を撮影した肖像がそのまま利用される場合には、利用行

⁵² 「当該要素があれば必ず肖像権侵害が成立する」という意味の「十分要素」ではない。

為の違法性判断に非常に重要な要素となる⁵³が、顔写真のみが利用され、しかもDSの一部に利用されたに過ぎない写真の元データの撮影行為の違法性が、当該写真の生成・利用行為の違法性に及ぼす影響はかなり限定的である。したがって、「⑤ 元データの撮影行為の違法性」の要件としての重要性は低い。

最後に「⑥ 打消し表示」についても、受け手に「実在の人物が撮影された肖像である」という誤解を与えないという意味がある要素ではあるが、仮に打消し表示があったとしても、その他の要素（関連性・利用態様）によって違法性が肯定される場合に、当該違法性を完全に否定するまでの効果はなく、あくまで付随的な要素としてとらえるべきである。

以上をまとめたのが以下の表である。

	判断要素	備考
1	実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性	権利侵害が肯定されるためには必ず必要な要素である。
2	実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度	DSの内容（具体的にはDSに用いられた人物の人数）及び学習済みモデルのタイプ及び学習方法を総合的に考慮して判断する。
3	利用行為の態様	アダルト利用等、名誉毀損的状况でAI自動生成肖像を利用しているか否かにより判断する。
4	主観的要素	権利侵害が肯定されるためには必ず必要な要素である。 具体的な内容は故意又は過失であり、過失の有無が特に重要である。 過失については、関連性の強さ及び利用行為の態様によって、過失の前提として行為者に課される義務レベルが異なる。すなわち、データセットの量が少量の場合（関連性が高い場合）、又はアダルト利用等の名誉毀損的状况で利用する場合には、照合義務（「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」）が行為者に課され、当該照合義務を怠った場合には過失が肯定される。

⁵³ 法廷写真事件最高裁判決はまさにその点を指摘し、「人の容ぼう等の撮影が違法と評価される場合には、その容ぼう等が撮影された写真を公表する行為は、被撮影者の上記人格的利益を侵害するものとして、違法性を有するものというべきである。」としている。

		<p>逆にデータセットが大量の場合や、非名誉毀損的状況での利用の場合はかかる照合義務は発生しない。</p> <p>さらに、照合義務が存在する場合であっても「世の中に存在するあらゆる人物肖像と、自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」は課されない。</p> <p>したがって、照合義務が課される場合であっても「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」を果たし、なお同一肖像が存在することを認識できなかった場合には過失がないことになり、故意が肯定されない限り肖像権侵害は成立しないということになる。</p>
5	元データの撮影行為の違法性	被撮影者の社会的地位，撮影された被撮影者の活動内容，撮影の場所，撮影の目的，撮影の態様，撮影の必要性等を総合考慮（法廷写真事件最高裁判決）
6	打消し表示	「本画像は AI を利用して自動生成された肖像であり、実在の人物との結びつきはありません」という表示（打消し表示）の有無

関連性、AI 自動生成肖像の利用態様、主観的態様、元データの撮影行為の違法性、打消し表示の有無を総合的に考慮し、AI 自動生成肖像の利用による肖像権侵害が問題となる主たるケースを整理すると、以下のような組み合わせとなる。

なお、この表における「DS に用いられた人物の人数」の「小」「大」が具体的に何人くらいを指しているかについては、筆者が専門家に確認した内容をもとにして、本稿においてはとりあえず「小」はおおむね 1000 人以下、「大」はおおむね 1000 人～1 万人を意味している。ただ、この点については、現時点で確たる基準があるわけではなく、今後の技術の発展等によって基準が変動する可能性がある。

これらのケースを大きく分けると、まず、自動生成肖像と同一肖像が DS 内に含まれており関連性が存在するケース（ケース 1～8）と、自動生成肖像と同一肖像が DS 内に含まれておらず関連性が存在しないケース（ケース 9～16）に分かれる。

さらに、ケース 1～8 は、DS サイズが小さく関連性が高いケース（ケース 1～4）と、DS サイズが大きく関連性が低いケース（ケース 5～8）に分かれる。あとは、主観的要素（故意・過失）の有無と利用行為の態様に応じて権利侵害の有無が分かれる。

ケース 9～16 は、関連性がないため原則として権利侵害は発生しないが、例外的に AI 生成肖像の利用態様が名誉毀損的でありかつ故意の場合（ケース 9 及び 13）についてのみ権利侵害が肯定される。

	関連性			利用態様	主観的要素		結論	理由
	DSに用いられた人物の人数	自動生成肖像と同一肖像がDSに含まれているか	関連性		照合義務	故意・過失		
1	小	含まれている	高	名誉毀損的		故意	×	DSに用いられた人物の人数が小であるため関連性が高く、利用態様が名誉毀損的でありかつ故意なので、撮影行為の違法性、打消し表示の有無関わらず権利侵害あり
2	小	含まれている	高	名誉毀損的	あり	照合義務を果たさなければ過失あり	×	DSに用いられた人物の人数が小であるため関連性が高く、利用態様が名誉毀損的であり照合義務が発生する。照合義務を果たせば故意があり、果たさなければ過失ありとなるので、撮影行為の違法性、打消し表示の有無関わらず権利侵害あり
3	小	含まれている	高	非名誉毀損的		故意	○	DSに用いられた人物の人数が小であり関連性は高いが、利用態様が非名誉毀損的なので、撮影行為の違法性がなく、かつ打消し表示を伴っていれば故意があっても不法行為成立せず。
4	小	含まれている	高	非名誉毀損的	あり	照合義務を果たさなければ過失あり	○	DSに用いられた人物の人数が小であり関連性が高いため照合義務が発生する。照合義務を果たせば故意があり、果たさなければ過失ありとなるが、利用態様が非名誉毀損的であるため、撮影行為の違法性がなく、打消し表示を伴っていれば過失があっても不法行為成立せず。
5	大	含まれている	低	名誉毀損的		故意	×	DSに用いられた人物の人数が大であるため関連性は低いですが、利用態様が名誉毀損的かつ故意なので、撮影行為の違法性、打消し表示の有無関わらず権利侵害あり
6	大	含まれている	低	名誉毀損的	あり	照合義務を果たさなければ過失あり	×	DSに用いられた人物の人数が大であるため関連性は低いですが、利用態様が名誉毀損的であり照合義務が発生する。照合義務を果たせば故意があり、果たさなければ過失ありとなるので、かつ過失ありなので、撮影行為の違法性、打消し表示の有無関わらず権利侵害あり
7	大	含まれている	低	非名誉毀損的		故意	○	DSに用いられた人物の人数が大であるため関連性が低く、かつ利用態様が非名誉毀損的なので、撮影行為の違法性がなく、打消し表示を伴っていれば故意があっても不法行為成立せず。
8	大	含まれている	低	非名誉毀損的	なし	照合義務がないので、照合しなくても過失なし	○	DSに用いられた人物の人数が大であるため関連性が低く、かつ利用態様が非名誉毀損的であるため照合義務が発生しない。したがって、照合行為をしなくても過失がなく不法行為成立せず。

	関連性			利用態様	主観的要素		結論	結論
	DSに用いられた人物の人数	自動生成肖像と同一肖像がDSに含まれているか	関連性		照合義務	故意・過失		
9	小	含まれていない	なし	名誉毀損的		故意	×	DSに含まれていないため関連性はないが、利用態様が名誉毀損的かつ故意なので、撮影行為の違法性、打消し表示の有無問わず権利侵害あり
10	小	含まれていない	なし	名誉毀損的	あり	照合義務を果たさなければ過失あり	○	利用態様が名誉毀損的であるため照合義務は存在するが、照合義務を果たしてもDSに含まれていることを探知できないため、仮に照合義務を果たさなくとも過失と権利侵害との間に因果関係がなく不法行為成立せず。
11	小	含まれていない	なし	非名誉毀損的		故意	○	DSに含まれていないため関連性はなく、利用態様が非名誉毀損的なので、故意であっても、撮影行為の違法性がなく、打消し表示を伴っていれば不法行為成立せず。
12	小	含まれていない	なし	非名誉毀損的	あり	照合義務を果たさなければ過失あり	○	DSに含まれていないため関連性はない。DSに用いられた人物の人数が小であるため照合義務が存在するが、照合義務を果たしてもDSに含まれていることを探知できないため、仮に照合義務を果たさなくとも過失と権利侵害との間に因果関係がなく不法行為成立せず。
13	大	含まれていない	なし	名誉毀損的		故意	×	DSに含まれていないため関連性はないが、利用態様が名誉毀損的かつ故意なので、撮影行為の違法性、打消し表示の有無問わず権利侵害あり
14	大	含まれていない	なし	名誉毀損的	あり	照合義務を果たさなければ過失あり	○	利用態様が名誉毀損的であるため照合義務は存在するが、照合義務を果たしてもDSに含まれていることを探知できないため、仮に照合義務を果たさなくとも過失と権利侵害との間に因果関係がなく不法行為成立せず。
15	大	含まれていない	なし	非名誉毀損的		故意	○	DSに含まれていないため関連性はなく、利用態様が非名誉毀損的なので、故意であっても、撮影行為の違法性がなく、打消し表示を伴っていれば不法行為成立せず。
16	大	含まれていない	なし	非名誉毀損的	なし	照合義務がないので、照合しなくとも過失なし	○	DSに用いられた人物の人数が大であり、かつ利用態様が非名誉毀損的であるため照合義務が発生しない。したがって、照合行為をしなくとも過失がなく不法行為成立せず。

2 パブリシティ権

(1) はじめに

第4章の1において、AI自動生成肖像を利用する場合に、狭義の肖像権侵害の有無を判断するための基準について検討してきた。

次に、狭義の肖像権とは区別されるパブリシティ権侵害の有無を判断するための基準について検討する。

後述するように、狭義の肖像権とパブリシティ権利は同じく人格権に由来するものの、狭義の肖像権は肖像等の精神的価値から生ずる人格的利益を保護するものであるのに対し、パブリシティ権は肖像等の商業的価値から生ずる財産的利益を保護するものとして明確に区別される。

そのため、AI自動生成肖像を利用する際の権利侵害の有無を判断するための判断基準も両者において異なる。

以下、まずパブリシティ権の具体的内容等について概説したうえで、AI自動生成肖像の利用におけるパブリシティ権侵害の判断基準について検討する。

(2) パブリシティ権について

パブリシティ権とは、「氏名、肖像等が有する顧客吸引力を排他的に利用する利益または権利」として、狭義の肖像権と同様、我が国の判例法上形成されてきたものである。

(ア) パブリシティ権の法的性質

パブリシティ権の法的性質については、後述するピンク・レディー事件最高裁判決までは判例・学説上、人格権説と財産権説に分かれていた。

人格権説は、判例・学説上の通説であり、パブリシティ権が人格の商業的価値に由来するものであることに着目し、これを人格権に由来するものとして構成するものである。これに対し、財産権説は、顧客吸引力という商業的価値そのものに着目し、パブリシティ権を物権類似の財産権として構成するものである⁵⁴。

この点、ピンク・レディー事件最高裁判決は、以下のように「人格権に由来する権利の一内容」とであると判示し、人格権説を採用することを明確にした。

同事件の事案の概要及び判旨、及び同判決におけるパブリシティ権の法的性質に関する判示部分は以下のとおりである。

⁵⁴ パブリシティ権の法的性質に関する判例・学説の内容は、菊池浩明「パブリシティ権についての裁判例の分析（上）」（判タ1346号25頁）、中島・前掲注8）「判解」26頁に詳しい。

(i) 事案の概要

① X らは、昭和 50 年代に、「ピンク・レディー」を結成して歌手として活動し、子供から大人に至るまで幅広く支持を受けていた。当時、ピンク・レディーの曲の振り付けをまねることが全国的に流行し、平成 18 年秋頃には、ダイエットに興味を持つ女性を中心として、ピンク・レディーの曲の振り付けを利用したダイエット法が流行した。

② Y は、「ピンク・レディー de ダイエット」と題する 3 頁の記事（以下「本件記事」という。）を掲載した週刊誌（縦 26cm、横 21cm の AB 変型版サイズで約 200 頁のもの。以下「本件雑誌」という。）を発行した。本件記事には、ピンク・レディーの曲のうち、5 曲の振り付けを利用したダイエット法等が解説されるとともに、X らを被写体とする縦 2.8cm×横 3.6cm ないし縦 8cm×横 10cm の白黒写真 14 枚（以下「本件各写真」という。）が掲載されていた。

③ なお、本件各写真は、かつて X らの承諾を得て Y 側のカメラマンにより撮影されたものであるが、X らに無断で本件雑誌に掲載された。

④ X らが、X らを被写体とする 14 枚の写真を本件記事において無断で本件雑誌に掲載した Y に対し、X らの肖像が有する顧客吸引力を排他的に利用する権利が侵害されたと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求める事案である。

(ii) 判旨

① 人の氏名、肖像等を無断で使用する行為は、①氏名、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氏名、肖像等を商品等に付し、③氏名、肖像等を商品等の広告として使用するなど、専ら氏名、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に、当該顧客吸引力を排他的に利用する権利（いわゆるパブリシティ権）を侵害するものとして、不法行為法上違法となる。

② 歌手を被写体とする写真を同人に無断で週刊誌の記事に使用してこれを掲載する行為は、次の(1)、(2)など判示の事実関係の下においては、専ら上記歌手の肖像の有する顧客吸引力の利用を目的とするものとはいえず、当該顧客吸引力を排他的に利用する権利（いわゆるパブリシティ権）を侵害するものとして不法行為法上違法であるということとはできない。

(1) 上記記事の内容は、上記週刊誌発行の前年秋頃流行していた、上記歌手の曲の振り付けを利用したダイエット法を解説するとともに、子供の頃に上記歌手の曲の振り付けをまねていたタレントの思い出等を紹介するというものである。

(2) 上記写真は、約 200 頁の上記週刊誌全体の 3 頁の中で使用されたにすぎず、いずれも白黒写真であって、その大きさも、縦 2.8 cm、横 3.6 cm ないし縦 8 cm、横 10 cm 程度のものであった。

(iii) パブリシティ権の法的性質に関するピンク・レディー事件最高裁判決の判

示

そして、同判決はパブリシティ権の法的性質について以下のように判示した。

「人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される（氏名につき、最高裁昭和58年（オ）第1311号同63年2月16日第三小法廷判決民集42巻2号27頁、肖像につき、最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁、最高裁平成15年（受）第281号同17年11月10日第一小法廷判決民集59巻9号2428頁各参照）。そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものということができる。」

（イ） 肖像権とパブリシティ権の関係

このように、パブリシティ権を人格権としてとらえた場合、同じく人格権である狭義の肖像権との関係が問題となる。

ピンク・レディー事件最高裁判決は、人の肖像等の精神的価値から生じる人格的利益と、人の肖像等の商業的価値から生じる財産的利益が別々に観念できるものとして、それぞれを法的保護の対象としている。

すなわち、同判決は、人格権に由来する権利のうち、パブリシティ権は肖像等の商業的価値から生ずる財産的利益を保護するのに対し、狭義の肖像権は肖像等の精神的価値から生ずる人格的利益を保護するものとして明確に区別している⁵⁵。

ピンク・レディー事件最高裁判決の金築裁判官の補足意見において「パブリシティ権の侵害による損害は経済的なものであり、氏名、肖像等を使用する行為が名誉毀損やプライバシーの侵害を構成するに至れば別個の救済がなされ得る」と説示されている点もこの理解を補強するものである。

（ウ） パブリシティ権侵害の判断基準

（i） 過去の裁判例

中島⁵⁶によると、ピンク・レディー事件最高裁判決までの裁判例は以下の4つの判断基準に集約することができるという。

① 「専ら」基準説⁵⁷

⁵⁵ 中島・前掲注8)「判解」28頁及び同54頁、菊池浩明「パブリシティ権についての裁判例の分析(下)」判タ1347号42頁。

⁵⁶ 中島・前掲注8)「判解」30頁。

⁵⁷ 東京高判平成11年2月24日(キング・クリムゾン事件控訴審判決)、東京高判平成3

専ら顧客吸引力の利用を目的とするものであるか否かを検討するものであり、ピンク・レディー事件最高裁判決の原判決が総合考慮説を示す前には、実務上定着しつつあった基準であるといわれている。

② 「商品化または広告」基準説⁵⁸

肖像等の利用態様に着目し、肖像等の有するキャラクター価値を商品化し、又は肖像等を広告として利用するものであるかを基準とするものである。

③ 「商業的利用」基準説⁵⁹

肖像等が商業的に利用されているか否かを基準とするものである。

④ 「総合考慮」説⁶⁰

利用の目的、態様等を総合的に判断するという基準である。ピンク・レディー事件最高裁判決の原審である知財高判平成 21 年 8 月 27 日が「総合考慮」説を採用しており「著名人の氏名・肖像の使用が違法性を有するか否かは、著名人が自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利と、表現の自由の保障ないしその社会的に著名な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担との利益較量の問題として相関関係的にとらえる必要があるのであって、その氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断されるべきものといえることができる。」としている。

(ii) ピンク・レディー事件最高裁判決

そしてピンク・レディー事件最高裁判決は、原審が採用した「総合考慮」説を採用せず、いわゆる「専ら」基準を採用したうえ、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を挙げて、具体的な 3 種類の侵害類型を示した。

このようにピンク・レディー事件最高裁判決が、総合考慮説ではなく、いわば 3 類型列挙説を採用したのは、「肖像等に顧客吸引力を有する者は、社会の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論説、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もあるといふべきである」とする判示部分からも明らかのように、表現の自由に対する過度な委縮効果をもたらさないように侵害成立の範囲を明確とするためである⁶¹。

年 9 月 26 日判タ 772 号 246 頁（おニャン子クラブ事件控訴審判決）、東京地判平成 12 年 2 月 29 日判タ 1028 号 232 頁（中田英寿事件判決）、東京地判平成 22 年 10 月 21 日ジュリ 1435 号 90 頁（ペ・ヨンジュン事件判決）。

⁵⁸ 東京地判平成 17 年 8 月 31 日（@ブブカ事件判決）。

⁵⁹ 東京高判平成 18 年 4 月 26 日判タ 1214 号 91 頁（ブブカスペシャル事件控訴審判決）。

⁶⁰ 東京地判平成 17 年 6 月 14 日判タ 1214 号 310 頁（矢沢永吉事件判決）。

⁶¹ 奥邨弘司「パブリシティ権の法的性質と侵害の判断基準」（ジュリ 1453 号 273 頁）、中島・前掲注 8）「判解」38 頁。またピンク・レディー事件最高裁判決の金築裁判官補足意見は「顧客吸引力を有する著名人は、様々な意味で社会の正当な関心の対象となりうる存

したがって、ピンク・レディー事件判決が示した 3 類型以外の侵害類型を安易に認めるべきではなく、同判決が 3 類型に付け加えた、「など」は、基本的には現時点で予測できない利用態様が将来発生しうることに配慮してその余地を残したものであり、3 類型の限界事例について「など」に該当するとして安易に拡張すべきではない⁶²。

以上を前提に、AI 自動生成肖像の利用におけるパブリシティ権侵害の判断基準について検討をする。

(3) 判断基準

すでに述べたように、従来型の狭義の肖像権侵害については、その判断枠組として法廷写真事件最高裁判決は受忍限度論を採用し、諸種の要素を総合的に考慮して侵害の有無について判断を行った。

一方、ピンク・レディー事件最高裁判決は、受忍限度論を採用せず、前述のようにパブリシティ権侵害となる 3 類型（顧客吸引力を利用する行為類型）を挙げて、当該類型に該当するか否かのみによって、パブリシティ権侵害の有無を判断している。

では、AI 自動生成肖像の利用行為に関し、狭義の肖像権侵害において判断要素として挙げた 6 要件（① 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性、② 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度、③ 利用行為の態様、④ 主観的要素、⑤ 元データの撮影行為の違法性、⑥ 打消し表示の有無）は、パブリシティ権侵害の判断基準としていずれも考慮する必要がなく、ピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型該当性のみで判断すれば足りるのであるか。

逆に、AI 自動生成肖像の利用行為に関し、狭義の肖像権侵害においては問題とならなかった要素をパブリシティ権侵害においては新たに考慮する必要があるのか。

以下、AI 自動生成肖像の利用行為による狭義の肖像権侵害において判断要素として挙げた 6 要素の要否について、パブリシティ権侵害における判断基準となるか否かについて個別に検討するとともに、パブリシティ権侵害における新たな判断要素が必要ないかについて検討をする。

(ア) 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性

本要件については、狭義の肖像権侵害と同様、パブリシティ権侵害においても必須の要素である。

実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性がなければ、顧客吸引力

在であって、その人物像、活動状況等の紹介、報道、論評等を不当に制約することがあってはならない」としたうえで、「肖像等の商業的利用一般をパブリシティ権の侵害とすることは適当でなく、侵害を構成する範囲は、できるだけ明確に限定されなければならないと考える」とする。

⁶² 中島・前掲注 8)「判解」50 頁、奥邨・前掲注 61)。

の利用自体が生じないためである。

(イ) 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度
結論としては、以下に述べる通り、狭義の肖像権侵害と異なり、関連性は AI 自動生成肖像の利用におけるパブリシティ権侵害の要件ではないと考える。

(i) パブリシティ権の法的性質及び保護法益

パブリシティ権侵害の判断において、狭義の肖像権侵害と異なり関連性が必要としないと考える最も大きな理由は、パブリシティ権の法的性質及び保護法益である。

前述のようにパブリシティ権の法的性質は、人格権に由来するものの、その商業的価値が基礎となっており、狭義の肖像権と異なり経済財としての性質を有している。さらに、その保護法益は人格的な利益ではなく「肖像等が有する商品の販売等を促進する顧客吸引力」である。

そして、実在の肖像と同一の肖像が自動生成され、当該自動生成された肖像を、最高裁が示した 3 類型の態様で利用すれば、関連性の有無に関係なく、それは「肖像等が有する商品の販売等を促進する顧客吸引力」を利用していることになる。

したがって、パブリシティ権の法的性質及び保護法益からすると、AI 自動生成肖像の利用に関してパブリシティ権侵害を判断するに際しては、関連性は考慮する必要がない。

(ii) 類似の法制度との比較

関連性の問題は、一般論として言うと、「ある価値を持ったオリジナルな情報が存在する場合に、当該情報を保護するために、当該情報と同一・類似ではあるが、当該情報と無関係に生成された情報の利用行為をどこまで規制するか」という問題と整理できる。

この点については、著作権法においては依拠性の問題として扱われる。すなわち、著作権法においては著作権侵害（複製権侵害・翻案権侵害）に該当するためには「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（依拠性）」が必要とされている⁶³。すなわち、ある創作の結果が既存の著作物と同一・類似であっても、既存著作物と無関係に創作されたものであれば、依拠性が否定され著作権侵害には該当しない⁶⁴。

一方、特許権侵害の判断においては、このような意味での「依拠性」は要件となっていない。

すなわち、特許権の本質は、特許発明の実施（その中心は「生産」）する権利

⁶³ 中山信弘『著作権法（第3版）』（有斐閣、2020年）709頁。

⁶⁴ 最判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁（ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件）。

の専有権であり（特許法 68 条・2 条 3 項）、侵害の要件としては、被告が製造販売する製品が特許発明の技術的範囲に属することのみが必要である。「依拠性」は不要であって、他人が事後的に独自に開発した発明の実施であっても侵害となる（これは特許権だけではなく、それ以外の産業財産権（実用新案権、意匠権、商標権）も同じである。）。

これは、特許法は「産業の発達」（特許法第 1 条）を目的とし、それゆえに、経済財として機能するように制度設計され、遮断効（依拠性がない、すなわち独自に発明しても侵害となる）が認められていることを意味している。さらに経済財という観点からは、後から創作された同一のものに対して効力が及ばないということは、その財の価値が不安定となることを意味しており原則として好ましくないというのも、遮断効が認められている理由とされている⁶⁵。

そして、このように特許権侵害の要件として依拠性が必要とされていないことは、特許権と同じく経済財としての法的性格を持つパブリシティ権侵害の要件として関連性が不必要なことの一つの根拠となる。

すなわち、特許権においては、技術的アイデアという経済財を法的に保護するという観点からは、依拠性がない独自発明であったとしても権利侵害とする必要性があり、かつ登録系知財である特許権の場合、先行特許の内容は公示されているため遮断効を認める許容性もある。

パブリシティ権においても、顧客吸引力という経済財を保護するという点からは、同一の肖像である以上、関連性がなくとも侵害とする必要があるし、後述のようにパブリシティ権は顧客吸引力がある者にしか発生しないため、一定の公示性があると言ってよく、遮断効を認めても行為者に酷な結果にはならない。

（iii）実務上の不都合

一方、このように AI 自動生成肖像の利用によるパブリシティ権侵害において関連性を必要としないとすると、データセットの中に生成肖像と同一肖像が含まれておらず（関連性がなく）、かつ顧客吸引力を有している者の AI 自動生成肖像を利用していることを知らない（故意がない）場合でも、過失があればパブリシティ権侵害が認められうることになり、生成肖像の利用者に不測の損害を与えないかが問題となる。

しかし、この点については、過失の前提となる注意義務の内容を適切に設定することで不合理な結論にはならない。

すなわち、AI 自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用する場合、「データセットと自動生成肖像との照合義務」という注意義務が発生するが、データセット内に AI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセットと AI 自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たしていないという過失が存する場合でも、過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為責任は負わないこととなる。

⁶⁵ 中山・前掲注 64) 30 頁。

その点において生成肖像の利用者が不測の損害を被ることはない。

もっとも、パブリシティ権侵害が問題となるケースにおいて、顧客吸引力保有主体（有名人）の自動生成肖像を利用していることを知らない（故意がない）場合というのは、かなり限定されると思われる。

パブリシティ権侵害はAI自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示す3類型、すなわち顧客吸引力を利用する利用形態で利用することでしか生じないが、顧客吸引力を利用する利用形態で利用する場合、当該自動生成肖像が有名人と同一肖像であり顧客吸引力を有していることを認識している（故意がある）ことがほとんどと思われるからである。

（ウ） 利用行為の態様

ピンク・レディー事件最高裁判決が判示した3類型の利用行為は、まさに「利用行為の態様」の要素そのものであり、当然のことながら、利用行為の態様はパブリシティ権侵害の判断要素となる。

もっとも、先述のように、同最高裁判決が判示した3類型は限定的に解釈されるべきであるから、当該3類型以外の肖像の利用行為によってパブリシティ権侵害が発生することは基本的にはないため、それ以外の利用行為については考慮する必要はないということになる。

したがって、AI自動生成肖像の利用において、「3類型に該当しないが、名誉毀損的な利用態様となされた」という場合、狭義の肖像権侵害を構成することはありえるが、パブリシティ権侵害は成立しないということになる。

（エ） 主観的要素

主観的要素（故意・過失）についてはパブリシティ権侵害においても必須要素である。パブリシティ権侵害も不法行為（709条）である以上無過失責任ではありえないためである。

この点、過去のパブリシティ権侵害が争われた事例において、故意・過失を認めなかった裁判例として、ステイブ・マックイーン事件（東京地判昭和55年11月10日判タ425号64頁）、ブブカ第一事件第1審（東京地判平成16年7月14日判タ1180号232頁）、セイン・カミュ事件（東京地判平成19年3月27日LLI/DB判例秘書登載）があるが、いずれの裁判例についても先例的価値に乏しく、少なくとも第三者による氏名・肖像の冒用によるパブリシティ権侵害が認定された場合は、故意・過失はほぼ認められると考えてよいとされている⁶⁶。

一方、AI自動生成肖像の利用によるパブリシティ権侵害においては、故意・過失をどのような内容としてとらえるかが重要な問題となる。

（i） AI自動生成肖像の利用における故意

実在している特定の有名人の肖像を生成する意図を持って同一肖像を生成し

⁶⁶菊池・前掲注55) 37頁。

当該肖像を利用する場合、あるいは生成時にはそのような意図はなかったが、自動生成した結果、結果的に実在している特定の有名人と同一肖像であることを認識して当該肖像を利用した場合には、故意が存在することになる。

(ii) AI 自動生成肖像の利用における過失

既に述べたように、狭義の肖像権侵害においては、原則としてデータセットに含まれている元データの数が十分である限り、行為者には肖像権侵害の予見可能性がなく、結果回避義務違反、すなわち過失も存しないが、データセットに含まれているデータの数が十分でない場合、又は仮にデータセットに含まれている元データの数が十分であっても、肖像権侵害の危険性が高い利用態様（アダルト目的等名誉毀損的状況での利用）の場合には、行為者に肖像権侵害が生じないか否かの照合義務が発生し、当該照合義務を怠った場合には過失があるとした。なお、ここでいう「照合義務」とは、具体的には「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」である。

一方、パブリシティ権侵害の要件としての過失判断においては、自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用する場合には、データセットの大小にかかわらず、「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」が存在すると解釈すべきである。

パブリシティ権侵害の場合、データセットに含まれているデータの数量にかかわらず、3 類型での利用は、狭義の肖像権侵害における名誉毀損的態様による利用と同様、権利侵害の危険性が高いためである。

もっとも、狭義の肖像権侵害と同様、仮に 3 類型での使用であったとしても、「照合義務」として「世の中に存在するあらゆる人物肖像と、自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」は課しえない。

そのような内容の照合義務は履行が不可能であるため、当該義務を課すということは実質的に無過失責任を課すことを意味するからである。

パブリシティ権侵害の故意がなく、過失の有無が問題となるケースは、生成された AI 自動生成肖像を 3 類型で利用したところ、当該自動生成肖像が「知る人ぞ知る」地方アイドルと同一・類似だった場合などに限られるであろう。その場合は、照合義務を果たさなければ過失が存し、データセット内に当該地方アイドルの肖像が含まれていれば、照合義務を果たせば認識可能だったため過失と権利侵害との間に因果関係があり、不法行為が成立するということになる。

一方、データセット内に AI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセットと AI 自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たさないという過失が存する場合でも、当該過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為は成立しない。

なお、パブリシティ権侵害については、狭義の肖像権侵害と比して、故意による侵害が行われるケースが格段に多いと思われる。

そして、パブリシティ権侵害が問題となるケースにおいて、有名人の AI 自動生成肖像を利用する者が、当該有名人の AI 自動生成肖像を利用していることを

知らない（故意がない）場合というのはかなり限定される。なぜなら、パブリシティ権侵害はAI自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示す3類型、すなわち顧客吸引力を利用する利用形態で利用することでしか生じないところ、顧客吸引力を利用する利用形態で利用するということは、すなわち当該AI自動生成肖像が顧客吸引力を有していることを認識している（故意がある）ことがほとんどと思われるからである。そして、実際の裁判の事実認定においては、様々な事情（有名人がどの程度有名かや、自動生成肖像の販売者が生成肖像をどのような売り文句で販売・利用していたかなど）から、自動生成肖像の利用者に故意が認定されるケースが多いと思われる。

（オ） 元データの撮影行為の違法性

元データの撮影行為が適法であったとしても、当該撮影された肖像が3類型の利用態様で利用される限り、パブリシティ権の保護法益である顧客吸引力が利用されることになる。

したがって、パブリシティ権侵害においては元データの撮影行為の違法性は侵害の判断要素にはならない。

（カ） 打消し表示

パブリシティ権は顧客吸引力を保護する権利であるが、仮に自動生成された肖像に「AIにより自動生成された肖像であり本人とは無関係です」という打消し表示がなされ、それを見た者が正確に「AIによって自動生成された肖像である」と認識をしたとしても、当該肖像が3類型で利用されている限り、実在の有名人の顧客吸引力が利用されていることには変わりがない。

AIにより写真と見まがうばかりに精巧に生成された、実在の芸能人を広告宣伝に利用した場合、たとえ打消し表示があっても、当該広告宣伝にひかれて商品を購入する者は当然想定される。

したがって、パブリシティ権侵害においては打ち消し表示は侵害の判断要素にはならない。

（キ） パブリシティ権侵害特有の要件

次に、狭義の肖像権侵害では判断要素とならない、パブリシティ権侵害特有の要件として、そもそもパブリシティ権侵害を主張しうる主体が有名人に限られるのかという問題がある（AI技術を利用すること特有の問題ではない）。

この点については、パブリシティ権の主体をいわゆる芸能人、すなわち「職業としてその氏名・肖像そのものが公衆の関心を集め、自らもその顧客吸引力を他に利用させるなど、顧客吸引力を自らで意識的にコントロールし、顧客吸引力から利益を得る者」に限定する考え方もある⁶⁷。

しかし、ピンク・レディー事件最高裁判決は、まず「人の氏名、肖像等（以下、

⁶⁷ 斎藤博「氏名・肖像の商業的利用に関する権利」特許研究15号（1993年）19頁。

併せて「肖像等」という。)は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される(略)」としたうえで「そして、肖像等は、商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利(以下「パブリシティ権」という。)は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものといえることができる。」と判示している。

すなわち、有名人・非有名人かという判断基準ではなく、個人が「肖像等のみだりに利用されない権利」を有するとしたうえで、肖像等が「商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合」にパブリシティ権が発生するとしているのである。

したがって、もちろん、有名人・芸能人が「肖像等が商品の販売等を促進する顧客吸引力を有する場合」が多いであろうが、非有名人であっても、氏名・肖像に顧客吸引力があれば、パブリシティ権は発生すると解釈すべきである⁶⁸。

裁判例で顧客吸引力がある者と明示的ないし黙示的に認定されているのは、俳優・歌手・タレント等のいわゆる「芸能人」「プロスポーツ選手」「ファッションデザイナー」であり、著名人性が争われた例でも簡潔に認定されており、この点が実質的な争点となった例はないとされている⁶⁹。

(4) 結論：AI 自動生成肖像の利用行為のパブリシティ権侵害判断基準

以上述べたように、AI 自動生成肖像の利用行為のパブリシティ権侵害判断基準は、①実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性があること、②ピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型での利用、③故意・過失、④氏名・肖像に顧客吸引力があること、である。

特に③における「過失」判断においては、自動生成肖像を 3 類型で利用する場合「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」が存在し、当該照合義務を怠れば過失ありということになる。もっとも、データセット内に AI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセットと AI 自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たさないという過失が存する場合でも、当該過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為は成立しない。

(5) 狭義の肖像権侵害の成立要件とパブリシティ権侵害の成立要件の比較

以下、AI 自動生成肖像を利用した場合における狭義の肖像権侵害の成立要件

⁶⁸ 中島・前掲注 8)「判解」26 頁、五十嵐・前掲注 12) 187 頁、大家・前掲注 12) 202 頁、菊池・前掲注 55) 30 頁、三浦正弘「パブリシティの権利と『有名人』概念～2 つの判決を手がかりとして」青山社会科学紀要 22 巻 1 号 (1993 年) 17 頁。

⁶⁹ 菊池・前掲注 55) 31 頁。

とパブリシティ権侵害の成立要件を比較したものである。両者の法的性質の相違を反映し、成立要件も異なるものとなっている。

	判断要素	狭義の肖像権侵害	パブリシティ権侵害
1	実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性	違法性が肯定されるためには必ず必要な要素である。	違法性が肯定されるためには必ず必要な要素である。
2	実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度	データセットの性質及び学習済みモデルのタイプ及び学習方法を総合的に考慮して判断	考慮の必要性なし
3	利用行為の態様	アダルト利用等、名誉毀損的状況で利用しているか否かを判断	ピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型のみがパブリシティ権侵害に該当する
4	主観的要素	<p>① 故意</p> <p>② 過失については、関連性の強さ及び利用行為の態様によって課される義務が異なる。すなわち、データセットの量が少量の場合（関連性が高い場合）、又はアダルト利用等、名誉毀損的状況で利用する場合においては照合義務（「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」）が課され、当該照合義務を怠った場合には過失が肯定される。</p> <p>逆にデータセットが大量でかつ非名誉毀損的状況での利用の場合にはかかる照合義務は発生しない。</p> <p>さらに、「世の中に存在するあらゆる人物肖像と、自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」は課されない。</p>	<p>① 故意</p> <p>② 過失については、ピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型で利用をする場合には、データセットの大小にかかわらず、「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」が存在し、当該義務を怠った場合には過失が肯定される。</p> <p>一方「世の中に存在するあらゆる人物肖像と、自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」は課されない。</p> <p>また、仮に上記照合義務が課される場合であっても、データセット内にAI自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセ</p>

		また、仮に上記照合義務が課される場合であっても、データセット内に AI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセットと AI 自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たさないという過失が存する場合でも、当該過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為は成立しない。	ットと AI 自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たさないという過失が存する場合でも、当該過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為は成立しない。
5	元データの撮影行為の違法性	被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して判断（法廷写真事件最高裁判決）	考慮の必要性なし
6	打消し表示	「本画像は AI を利用して自動生成された肖像であり、実在の人物との結びつきはありません」という表示（打消し表示）をする必要がある	考慮の必要性なし
7	その他		氏名・肖像に顧客吸引力があること

第5章 一部の行為のみが行われた場合の権利侵害の有無

以上「第 4 AI 自動生成肖像を利用する行為の権利侵害の判断基準」において、肖像権及びパブリシティ権それぞれについて判断基準について検討してきた。

そこで検討の対象としたのは、AI 自動生成肖像を利用する行為を構成する複数の行為が、単一の行為主体によって全て行われた場合、すなわち、1 人の主体が、データを収集して DS を作成し (①)、同 DS を用いて、学習行為 (パラメータの更新行為等) を行って学習済みモデルを生成する (②)、生成された学習

済みモデルに、人物肖像の生成指示を行って人物肖像を生成し (③)、同人物肖像を特定の場面 (例：商品広告、ゲーム等) において利用する (④)、という一連の行為をすべて行った場合において、どのような基準で権利侵害の有無を判断するかであった。

本章においては、これら①～④のすべての行為ではなく、単一の行為主体によって①、②、③の行為のみが単独、あるいは組み合わせられて実行された場合において、権利侵害がそもそも存在するかについて検討する。

具体的には、1人の主体によってデータを収集してDSを作成する行為のみが行われた場合 (①のみが行われた場合)、1人の主体によってDSを作成したうえで同DSを用いて学習済みモデルを生成する行為のみが行われた場合 (①②のみが行われた場合)、1人の主体によってDSを作成し、同データセットを用いて学習済みモデルを生成し、同モデルに肖像の生成指示をして人物肖像を生成する行為のみ⁷⁰が行われた場合 (①②③のみが行われた場合) の、権利侵害の有無である。

まず、このうち、①のみが行われた場合、及び①②のみが行われた場合においては、いまだ (利用されたとすれば肖像権・パブリシティ権を侵害する可能性のある) 自動生成肖像は生成されていない。そのような行為については、まだ肖像が生成すらされていない以上、権利侵害は生じようがない。

また、AI自動生成肖像の生成や利用と離れて、①における人物肖像の収集行為自体の違法性を考えてみても、すでに述べた狭義の肖像権侵害やパブリシティ権侵害の要件を前提とすると、それらの収集行為自体が、独立して肖像権侵害やパブリシティ権侵害に該当することは想定しがたい。

したがって、①のみが行われた場合、及び①②のみが行われた場合においては、権利侵害は生じない。

問題となるのは、単一の行為主体がDSを作成し、同データセットを用いて学習済みモデルを生成し、同モデルに肖像の生成指示をして人物肖像を生成する行為のみが行われた場合 (①②③のみが行われた場合) である。

この場合においては、いまだ自動生成された肖像についての公表・利用行為はなされておらず、その前段階の「自動生成肖像の生成行為」しかなされていないため、当該「自動生成肖像の生成行為」のみで狭義の肖像権侵害又はパブリシティ権侵害を構成するかが問題となる。

1 狭義の肖像権侵害について

ここでは、従来型の狭義の肖像権侵害事件 (写真の撮影・公表・利用やイラストの作成・公表・利用が問題となるケース) において「肖像の生成行為」のみで狭義の肖像権侵害を構成するかについて検討をし、それを手掛かりにAI自動生成肖像において「肖像の生成行為」のみで権利侵害を構成するかを検討する。

⁷⁰ ①～④の各行為は、それぞれ、その前の行為が存在することを前提としているため、②のみや②③のみを検討の対象とする必要性はない。

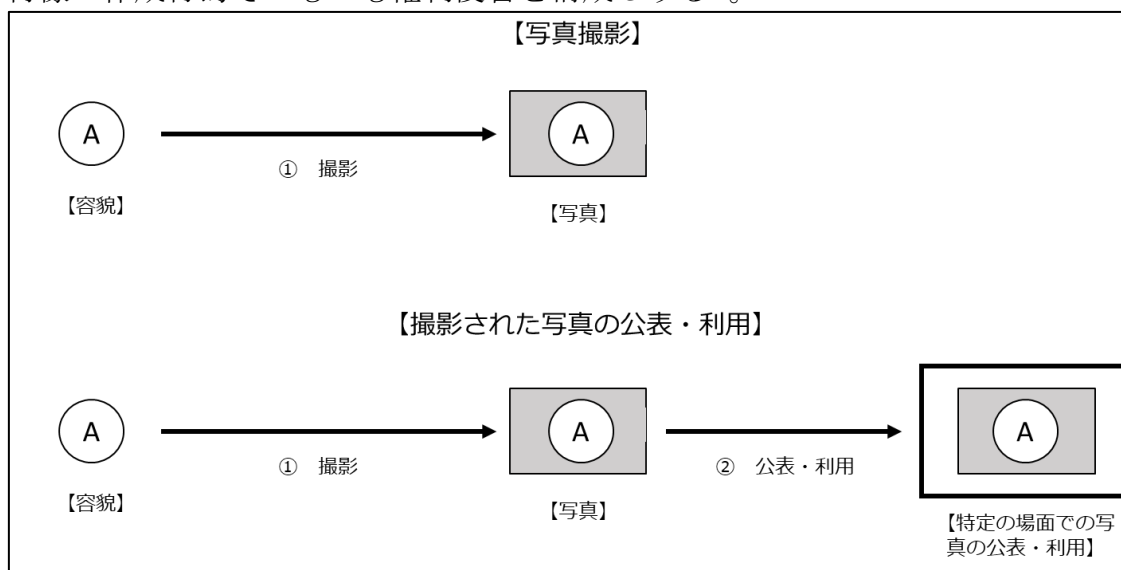
(1) 写真の撮影・公表・利用行為

この点、写真の撮影・公表・利用行為においては「肖像の生成行為」、すなわち写真の撮影行為そのものが狭義の肖像権侵害に該当しうることが当然の前提となっている。

すなわち、第4章1(2)(ウ)「肖像権の具体的内容」で述べたように、狭義の肖像権の権利内容は「撮影拒否権」を含んでいるのである。

また、撮影された写真、すなわち作成された肖像の利用行為（公表行為）も、独立して狭義の肖像権侵害に該当しうることが当然の前提となっている。

すなわち、従来型の肖像権侵害事件においては、肖像の利用行為のみならず、肖像の作成行為そのものも権利侵害を構成しうる⁷¹。



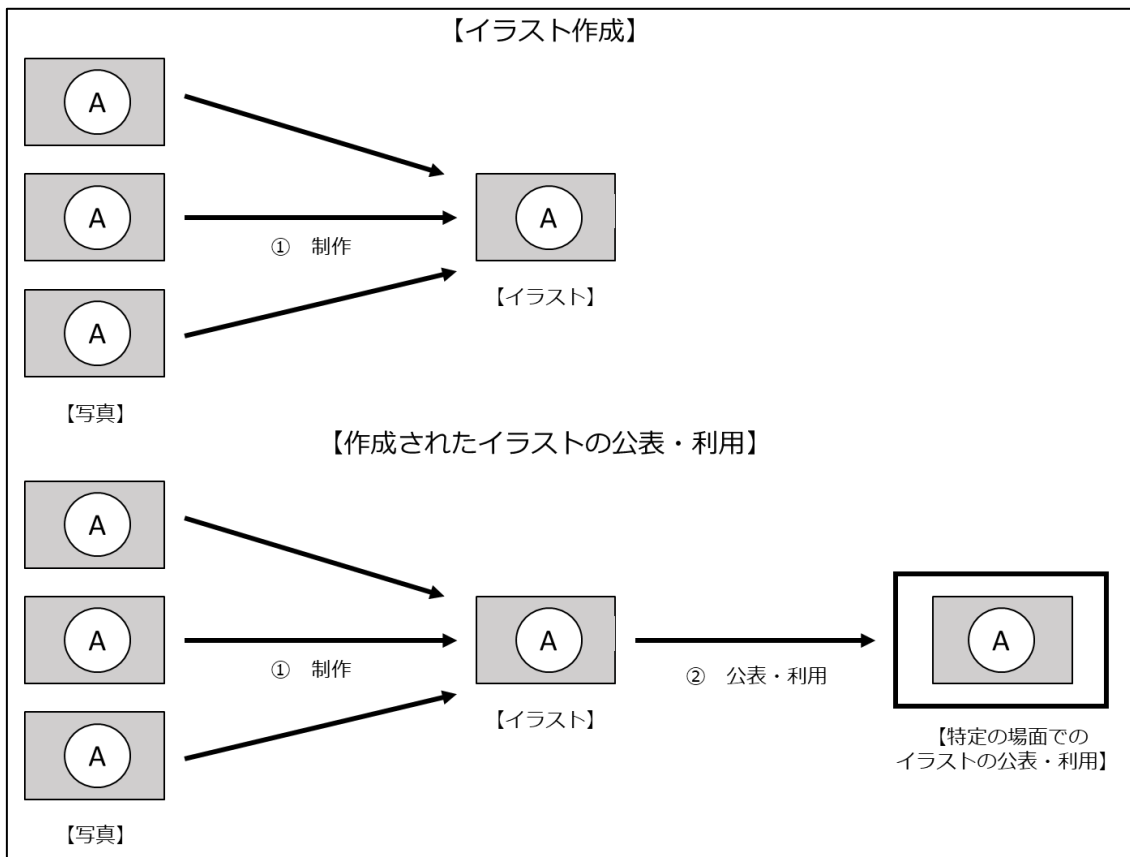
法廷写真事件最高裁判決においても、原告は「撮影行為」及び「撮影された写真の公表行為」をそれぞれ独立した不法行為として主張し、裁判所もそれぞれの行為について不法行為該当性を判断している。

(2) イラストの作成・公表行為

一方、イラストの作成・公表行為においては、「イラストの作成行為」が「肖像の生成行為」に該当するが、写真の撮影・公表行為と異なり「イラストの作成行為」そのものの違法性が問われた裁判例は存在しない⁷²。

⁷¹ なお、東京地判令和2年3月25日（東京地判決平成26年（ワ）第28147号・LLI/DB判例秘書登載、原告が宗教団体に自己の肖像を利用されたことに対して肖像権侵害等を理由に損害賠償を求めた事案）は、原告の写真は被告において特段利用されておらず単に保管されていただけであると認定したうえで、適法に撮影された原告の写真について、被告が当該写真を保管することのみでは肖像権侵害に該当するとはいえない、と判示している。

⁷² 法廷写真事件最高裁判決においてもイラスト画の作成行為そのものについては争点とな



他方、作成したイラストの利用・公表行為の権利侵害該当性が争われた裁判例としては、法廷写真事件最高裁判決及び新・ゴーマニズム宣言事件（東京高判平成 15 年 7 月 31 日判時 1831 号 107 頁）がある。これらの裁判例においては、いずれも写真と異なるイラスト画の特質が重視されている。

(ア) 新・ゴーマニズム宣言事件（東京高判平成 15 年 7 月 31 日判時 1831 号 107 頁）

本事件は、著名漫画家 A が「新・ゴーマニズム宣言」という漫画（「本件漫画」）に、A と思想的に対立していた、従軍慰安婦問題等の研究者である B の似顔絵を多数描いて公表したという事案である。B は、本件漫画は B の名誉を毀損し肖像権を侵害するものであると主張して A に対して損害賠償等を求めた。

本件において B は「ある個人の特徴を捉えて描かれた似顔絵は、表現者においてその個人を表すことを意図して描かれており、その個人の特徴を捉えて描かれているため、読者もその似顔絵がその個人を指すことを容易に理解することができ、そのような似顔絵は、その個人の人格を視覚的に象徴するものであり、これを公表することは肖像権侵害となると解すべきである、また、肖像画と似顔絵とを区別することは本質的に不可能であり、似顔絵は機械的記録ではないから肖像権侵害にならないということはできず、一部を歪曲すれば肖像権侵害に

っていない。

ならないということもできない、肖像権侵害の有無は、本人の容貌と似顔絵とを対比して、特定の人物を指すと判別することができるか否かにより判定すべきである」と主張した。当該主張は、似顔絵であったとしても、特定の人物を指すと判別できるのであれば肖像権を侵害するとする主張である。

これに対して東京高裁は「ア 個人の私生活上の自由として、人は、みだりに自己の容貌ないし姿態を撮影され、これを公表されない人格的利益（いわゆる肖像権）を有し、これは、法的に保護される権利であり、これを侵害すれば、民事上不法行為が成立し、損害賠償の対象となると解される。肖像権が保障される根拠は、自己の容貌ないし姿態の撮影及び公表は、個人の自律的判断にゆだねられるべきで、何人もその意思に反してみだりに自己の容貌ないし姿態という情報を他人に取得され、公表される理由はないということにある。そうすると、肖像権の侵害が問題となるべき行為とは、写真撮影、ビデオ撮影等個人の容貌ないし姿態をありのまま記録する行為及びこれらの方法で記録された情報を公表する行為であると解すべきである。絵画は、写真撮影又はビデオ撮影のように被写体を機械的に記録するものとは異なり、作者の主観的、技術的作用が介在するものであるから、肖像画のように写真と同程度に対象者の容貌ないし姿態を写実的に正確に描写する場合はともかく、少なくとも作者の技術により主観的に特徴を捉えて描く似顔絵については、これによってその人物の容貌ないし姿態の情報をありのまま取得させ、公表したとは言い難く、別途名誉権、プライバシー権等他の人格的利益の侵害による不法行為が成立することはあり得るとしても、肖像権侵害には当たらないと解すべきである。」とし、「《証拠略》によれば、本件漫画における控訴人の似顔絵は、控訴人の顔写真を基に描かれているものではあるが、控訴人の容貌ないし姿態を正確に表現しようとするものではなく、他のキャラクターと同様に被控訴人小林の漫画家としての技術により主観的に特徴を捉えて描く似顔絵であるとみるのが相当であり、その容貌ないし姿態の情報をありのまま取得させ、公表したとは認め難く、控訴人の肖像権を侵害するとは認められない。」として、問題となっているイラストが、対象者の容ぼうないし姿態を正確に表現しようとしていないとして、当該イラストの公表行為が肖像権侵害に該当しないとした。

(イ) 法廷写真事件最高裁判決

(i) 原審（大阪高判平成14年11月21日民集59巻9号2488頁）

原審（大阪高判平成14年11月21日・最高裁判所民事判例集59巻9号2488頁）は、イラストの公表行為による肖像権侵害について「(2) 個人の容ぼう等を描写する手段が写真であるかイラスト画であるかは肖像権侵害の有無を決定する本質的問題とはいえず、イラスト画に描かれた容ぼう等がある特定の人物のものであると容易に判断することができるときには、当該イラスト画は、その個人の肖像権を侵害する。本件イラスト画は、被上告人の容ぼう等をとらえたものと容易に判断することができるから、被上告人の肖像権を侵害するものである。」

とし、イラスト画に描かれた容ぼう等が、ある特定の人物のものであると容易に判断することができるときには、当該イラスト画の公表等は肖像権を侵害するとした。

(ii) 最高裁判決

これに対して、最高裁は「(2) 人は、自己の容ぼう等を描写したイラスト画についても、これをみだりに公表されない人格的利益を有すると解するのが相当である。しかしながら、人の容ぼう等を撮影した写真は、カメラのレンズがとらえた被撮影者の容ぼう等を化学的方法等により再現したものであり、それが公表された場合は、被撮影者の容ぼう等をありのままに示したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。これに対し、人の容ぼう等を描写したイラスト画は、その描写に作者の主観や技術が反映するものであり、それが公表された場合も、作者の主観や技術を反映したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。したがって、人の容ぼう等を描写したイラスト画を公表する行為が社会生活上受忍の限度を超えて不法行為法上違法と評価されるか否かの判断に当たっては、写真とは異なるイラスト画の上記特質が参酌されなければならない。」として、イラストの公表行為の違法性判断において受忍限度論の枠組みで判断することを前提としつつも、写真とイラスト画との相違点を指摘するうえで、被上告人が訴訟関係人から資料を見せられている状態及び手振りを交えて話しているような状態が描かれたイラスト画の公表行為については肖像権侵害を否定し、被上告人が手錠、腰縄により身体の拘束を受けている状態が描かれたイラスト画の公表行為についてのみ肖像権侵害を肯定した。

(3) 検討

以上を踏まえて検討する。

AI 自動生成肖像に関し、DS を作成し、同データセットを用いて学習済みモデルを生成し、同モデルに肖像の生成指示をして人物肖像を生成する行為 (①②③) のみが行われた場合においては、いまだ「肖像の生成行為」しか行われておらずその公表・利用行為は行われていない。

もともと、伝統的な肖像権概念は、撮影された肖像の「公表禁止権」として構成されてきており、「撮影禁止権」は含んでいなかった⁷³。しかし、プライバシーに関する権利意識が高まり、写真撮影の技術が発達していくことに伴って、撮影だけでも肖像権侵害が生ずるとされるようになった。昭和 44 年の京都府学連デモ事件最高裁判決はその一例である。同判決は刑事事件であり、「警察官によるデモ隊の写真撮影行為」のみの違法性が問われた事件であった。

その後も、たとえば、写真週刊誌が人違いの写真を撮影したうえで雑誌に掲載した行為の違法性が問題となった事案 (東京地判昭和 62 年 6 月 15 日・判例時

⁷³ 五十嵐・前掲注 12) 170 頁。

報 1243 号 54 頁⁷⁴⁾ は「人は無断でその容ぼう・姿態を写されるだけで苦痛を感じることがあるから、公表されると否とにかかわらず、撮影されること自体で権利侵害が生ずると解すべきである。そうすると、被告らは、本件写真撮影行為によって原告の右法的利益を違法に侵害したといえることができる。」とし、撮影行為がなされただけで不法行為が成立する可能性があることを前提としている。

さらに、その後の法廷写真事件最高裁判決により、撮影禁止権も肖像権概念に含まれることが明確となった。

この点、写真撮影において、「肖像の生成行為」である撮影行為自体が肖像権を侵害する可能性があるとされているのは、法廷写真事件最高裁判決が指摘する写真の特性、つまり「人の容ぼう等を撮影した写真は、カメラのレンズがとらえた被撮影者の容ぼう等を化学的方法等により再現したものであり、それが公表された場合は、被撮影者の容ぼう等をありのままに示したものであることを前提とした受け取り方をされるものである」に由来する。

すなわち、写真やビデオの場合、対象者の容ぼう等（容ぼう・姿態）を忠実に再現している。

そのため、当該写真やビデオが、撮影後、実際に公表・利用された場合には、当該写真・ビデオに接した第三者は、当該写真内に写っている被撮影者の容ぼう・姿態が、当該撮影時点における被撮影者の実際の容ぼう・姿態であったと認識することになる。

そのような特質を持つ写真やビデオは、いわば「過去の一定時点における現実を忠実に切り取った」ものであり、そのため、撮影された対象者にとってみれば、当該写真がどのような態様で公表・利用されるか、公表・利用された場合にどのように受け取られるかについての不安や精神的な負担が生じることになる。

そして、このような対象者の不安や負担は、撮影された写真が公表・利用される可能性があるか、及び実際に公表・利用されたか否かを問わず生じるため、撮影行為がなされただけで、狭義の肖像権を侵害する可能性があるということになる（京都府学連事件において問題となったのは、公権力による撮影行為であったため、対象者の不安や負担はより大きいものとなる）。

一方、イラストの場合においては、その描写には作者の主観や技術が反映されており、対象者の容ぼう等を忠実に再現しているものではない。そのため、イラストが公表・利用されたとしても、当該イラストに接した第三者が、当該イラスト内の対象者の容ぼう・姿態が、当該イラスト作成時点における対象者の実際の容ぼう・姿態であったと認識する可能性は写真と比較すれば低い。

さらに、イラスト作成の場合には、写真撮影と異なり、既に撮影された写真やイラスト作成者の記憶を基に作成されることも多いし、「作成後の公表を予定していない」という行為類型も写真撮影行為と比較して多いように思われる。すなわち、イラスト作成行為と写真撮影行為はその成果物の公表の危険性に優位に差異がある。

⁷⁴⁾ なお、同裁判例はプライバシー権侵害の判断においてこのような判示を行っているが、五十嵐は「肖像権だけで同様な結論を引き出すことができると考えられる」とする（五十嵐・前掲注 12）170 頁）

そのため、イラストが作成される行為のみを取り出した場合、対象者が感じる不安や負担には、写真撮影がなされる場合とは有意に違いがある。実質的に考えても、自宅で個人が対象者のイラストを作成しただけで不法行為が成立する可能性があるというのは不合理に思われる。

したがって、イラスト作成行為は肖像権を侵害することはないと考える⁷⁵。

さらに、AI 自動生成肖像の生成においては、そもそも多数の人物の肖像がデータセットとして利用されており、かつそれらはいったんパラメータ化されている。

イラスト作成行為は、特定の人物の肖像作成を企図して行われるが、AI 自動生成肖像の生成においては、そのような企図すらないのである。

したがって、AI 自動生成肖像に関し、DS を作成し、同データセットを用いて学習済みモデルを生成し、同モデルに肖像の生成指示をして人物肖像を生成する行為（①②③）のみが行われた場合、すなわちいまだ「肖像の生成行為」しか行われていない場合は、狭義の肖像権侵害に該当しないと考える。

2 パブリシティ権侵害について

ピンク・レディー事件最高裁判決が判示するように、パブリシティ権は、肖像等それ自体の商業的価値に基づく「顧客吸引力を排他的に利用する権利」であり、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に限って侵害が成立する。

そして、AI 自動生成肖像に関し、DS を作成し、同データセットを用いて学習済みモデルを生成し、同モデルに肖像の生成指示をして人物肖像を生成する行為（①②③）のみが行われただけで、当該自動生成肖像について上記3種類の行為が行われていない段階においては、「顧客吸引力を排他的に利用する権利」が

⁷⁵ 太田・前掲注10) 810頁注54では「なお、本件では、イラスト画を描く行為それ自体については、Xは問題としていなかったもので、本判決はイラスト画の作成による肖像権侵害について何ら触れるところではない。イラスト画を作成する行為については、表現の自由を尊重すべきであり、本文で後述べるような写真とイラスト画の違いに照らして、不法行為の成立を否定すべきではないか（すなわち、イラスト画の作成に関する本人の人格的利益は法的保護に値しないのではないか）と思われる。」としている。しかし同解説が根拠としている「表現の自由」については、イラスト作成だけでなく写真撮影にも等しくあてはまるから、その点がイラスト作成について別異に解する根拠になるとは考え難い。むしろ本文中で検討したとおり、イラスト画の作成行為だけでは対象者の人格的利益の侵害の程度が軽微である点が根拠となろう。佃・前掲注12)252頁は「写真を撮影する行為と絵を描く行為とはパラレルに考えるべきではない」「絵を描くだけであれば、それがいかに本物と似ていようと、肖像権侵害であるとすべきではないと考える。写真の場合には、撮影のみで肖像権侵害の余地を觀念するが、絵を描く場合にはそうは考えないということである。」「その理由は（中略）絵を描く行為は画家一人の主観に基づく創造作用であって描かれる人に特段の負担や負担を強いるものとは言えないからである。」「他方、描いた絵を公開する場合には、描かれた人の肖像権を侵害する可能性はある」とする。

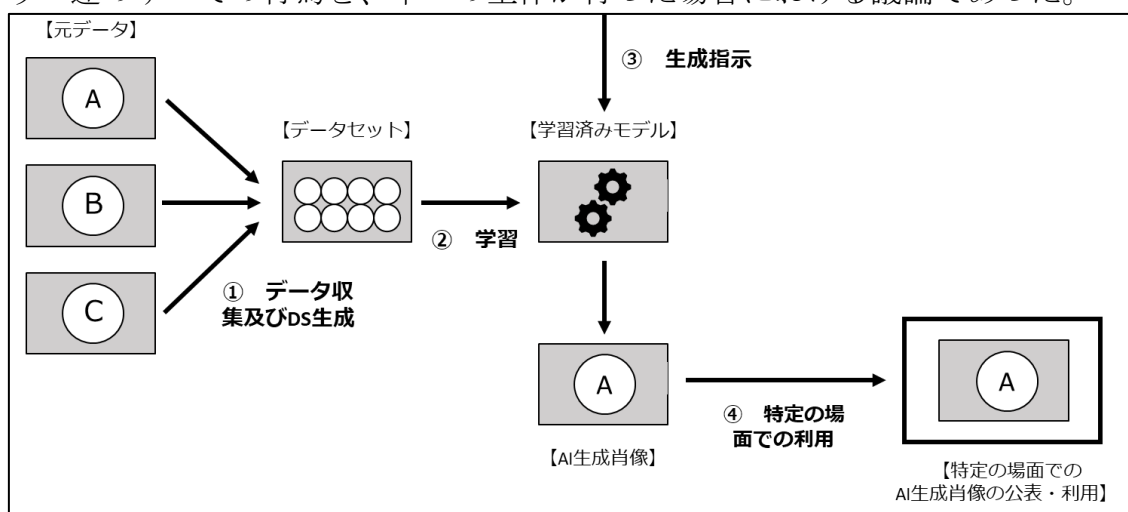
侵害されているとは言えない。

したがって、AI 自動生成肖像に関し、「肖像の生成行為」しか行われていない場合は、パブリシティ権には該当しない。

第6章 AI 自動生成肖像の作成・利用行為の一部のみ関与した者の責任

1 検討対象

第4章で論じたのは、①データ収集・DS作成、②学習済みモデル作成(学習)、③学習済みモデルへの生成指示による肖像生成、④生成された肖像の利用という一連のすべての行為を、単一の主体が行った場合における議論であった。



もっとも、実際のビジネスにおいては、それら①～④の行為の一部分のみに関与するビジネスも想定される。

そこで、①～④の行為がすべて行われ、かつそれが肖像権侵害またはパブリシティ権侵害の要件を満たして権利侵害が成立する場合において⁷⁶、①～④の一部の行為にのみ関与した主体が損害賠償責任を負うかについて検討する。

検討対象とするのは以下のケースである。

ケース	行為者甲	行為者乙	行為者丙	行為者丁
1	①②③④			
2	①	②	③	④
3	①②	③	④	

⁷⁶ 幫助が成立するためには、直接の行為者については709条の要件を充足することを要する(三林宏「719条」能見善久・加藤新太郎編『論点体系判例民法9 不法行為II』484頁)ため、特定の行為者(直接侵害者)が肖像権侵害又はパブリシティ権侵害行為を行ったことが、部分関与者が幫助者としての損害賠償責任を負う前提となる。したがって、そもそもそのような直接侵害者が存在しない場合においては、部分関与者が幫助者として損害賠償責任を負うことはない。

4	①②	③④		
5	①②③	④		
6	①	②③	④	
7	①	②③④		
8	①	②	③④	

*①は「データ収集・DS作成」、②は「学習済みモデル作成（学習）」、③は「学習済みモデルへの生成指示による AI 自動生成肖像生成」、④は「生成された肖像の利用」を意味する。

具体的なケースの検討に入る前に、まず、AI 自動生成肖像の利用行為が肖像権侵害・パブリシティ権侵害に該当する場合において、当該侵害行為の一部分に関与した者の責任をどのような基準で判断すべきかについて検討をする。

2 判断基準

ある特定の者の直接侵害行為を前提として、当該侵害行為の一部分に何らかの意味で関与した者（以下「部分関与者」という）が損害賠償責任を負うのは、幫助者として 709 条⁷⁷、または教唆・幫助に関する 719 条 2 項「行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。」が成立する場合である⁷⁸。

幫助とは、加害行為を行うことを容易にさせる行為をいい、見張り、牙保、故買をはじめとして、助言・激励・凶器の供与・助力など各種の場合が考えられる⁷⁹。また、刑事事件と異なり民事事件においては、故意による場合のみならず、過失による幫助も認められている⁸⁰。

幫助行為については、その外延が不明確なものであるため、一定の類型化をする必要があるが、ここで検討の対象とする部分関与者の行為は、要するに「AI 生成肖像行為の利用という直接侵害行為に寄与する何らかの物品（DS、学習済みモデル及び AI 自動生成肖像）を作成・提供する行為」である。

このような、直接侵害行為に寄与する何らかの物品の作成・提供行為の不法行為該当性は、知的財産権である特許権侵害訴訟や著作権侵害訴訟において問題となることが多い。

そこで、以下、直接侵害行為に寄与する何らかの物品の提供行為の不法行為該当性に関する特許権侵害と著作権侵害における議論を整理したうえで、どのよ

⁷⁷ 教唆・幫助行為についても民法 709 条が適用されることについて窪田・前掲注 19) 485 頁、前田・前掲注 15) 148 頁。

⁷⁸ なお、部分関与者自身が侵害主体として評価される場合には、当該部分関与者の行為に対して損害賠償請求だけでなく差止請求も認められることになるが、AI 自動生成肖像の利用行為の部分関与者に、どのような場合において侵害主体性が肯定されるかは別の機会に検討したい。

⁷⁹ 橋本佳幸「709B VII」窪田充見編『新注積民法（19）』327 頁。

⁸⁰ 四宮和夫『不法行為-事務管理・不当利得・不法行為（下）』（青林書院、1987 年）797 頁。

うな場合に部分関与者が不法行為者として損害賠償責任を負うかを検討する。

(1) 特許権侵害

特許権侵害における部分関与者の行為については、当該部分関与者の行為が間接侵害（特許法 101 条）に該当する場合は、侵害主体として民法 709 条により損害賠償責任を負うことになる。

間接侵害該当行為は、特許請求の範囲を直接に侵害するものではないが、その予備的あるいは補助的な行為であり、そのような行為を放置しておくことと侵害を誘発する蓋然性が高く、かつ侵害が生じてからでは侵害を捕捉することが困難である場合も多いために、直接侵害の前段階である間接侵害が違法とされている⁸¹。

間接侵害には各種類型（特許法 101 条各号）があるが、そのうち、102 条 1 号、4 号の定める専用品型間接侵害と、102 条 2 号、5 号の定める非専用品型間接侵害は、直接侵害行為に寄与する何らかの物品の提供行為をその規制対象とするものである。

【特許法 101 条】

- 一 特許が物の発明についてされている場合において、業として、その物の生産にのみ用いる物の生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為
- 二 特許が物の発明についてされている場合において、その物の生産に用いる物（日本国内において広く一般に流通しているものを除く。）であつてその発明による課題の解決に不可欠なものにつき、その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら、業として、その生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為
- 三 略
- 四 特許が方法の発明についてされている場合において、業として、その方法の使用にのみ用いる物の生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為
- 五 特許が方法の発明についてされている場合において、その方法の使用に用いる物（日本国内において広く一般に流通しているものを除く。）であつてその発明による課題の解決に不可欠なものにつき、その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら、業として、その生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為
- 六 略

後述のように、AI 自動生成物の利用に用いられるツール（データセットや学習済みモデル等）の提供者の責任の判断基準については、特許法上の間接侵害の議論を前提とした基準が合理的であると考えられる。

そこで、それら判断基準の解釈にも資することから、特許法上の間接侵害の各要件についてどのように解釈されているかについて簡単に確認する。

⁸¹ 中山信弘『特許法（第四版）（弘文堂、2019年）』460頁。

(ア) 専用品型間接侵害

専用品型間接侵害は、現行特許法の制定時（1959年）から存在する規定である。

同類型における「のみ要件」の意義については、学説上は、「特許発明の実施（物の生産又は方法の使用）以外に経済的、商業的又は実用的な他の用途のない物をいう」と解するのが通説であり⁸²、裁判例も多くがこの考え方に従っている⁸³。

同類型は「のみ要件」という客観的要件のみがあれば間接侵害が成立し、主観的要件を間接侵害成立の要件としていない。これは、「侵害用途以外の用途が実質的にない物」であれば過失が存在するとみなすことができることから⁸⁴、主観的要件を不要としても侵害の成立範囲が過剰とならないためである。

「のみ要件」について、判例・通説に従って「特許発明の実施（物の生産又は方法の使用）以外に経済的、商業的又は実用的な他の用途のない物をいう」という解釈を前提とした場合、複数の機能を持つ多機能品（AI自動生成物の利用に用いられるツール（データセットや学習済みモデル等）も一種の多機能製品である）については、「のみ要件」は満たさず専用品型間接侵害は成立しないことになる。

(イ) 非専用品型間接侵害

専用品型間接侵害は、現行特許法の制定時（1959年）から存在する規定であり、行為者の主観的要件を問題とせず、「のみ」要件（専用品要件）のみにより間接侵害の成立範囲を確定するため基準が明確であるという利点はあったが、侵害の成立範囲が過少になるという問題があった。そこで、平成14年の特許法改正において非専用品型間接侵害の規定が導入された。

この規定は、「のみ」要件を外す代わりに、客観的要件として「発明による課

⁸² 高部眞規子『実務詳説特許関係訴訟』（金融財政事情研究会、2011年）145頁、前田健「間接侵害規定の設計の在り方-日本型間接侵害規定の運用実績と評価」（平成31年度知的財産に関する日中共同研究報告書）58頁、同69頁。

⁸³ 前田・前掲注82）58頁。なお、多機能品について「のみ要件」を基準する裁判例として、非専用型間接侵害の規定が盛り込まれた平成14年特許法改正前の裁判例として「製パン事件」（大阪地判平成12年10月24日・判タ1081号2521号事件）、同改正後の裁判例として、「食品の包み込み成形方法事件」（知財高裁平成23年6月23日・判時2131号109頁）がある。「食品の包み込み成形方法事件」の判決は、「製パン事件」の判決ほぼ同一の一般論を採用し「特許発明に係る方法の使用に用いる物に、当該特許発明を実施しない使用方法自体が存する場合であっても、当該特許発明を実施しない機能のみを使用し続けながら、当該特許発明を実施する機能は全く使用しないという使用形態が、その物の経済的、商業的又は実用的な使用形態として認められない限り、その物を製造、販売等することによって侵害行為が誘発される蓋然性が極めて高いことによりは変わりはないというべきであるから、なお「その方法の使用にのみ用いる物」に当たると解するのが相当である。」とした。

⁸⁴ 前田・前掲注82）60頁。

題の解決に不可欠なもの」(ただし日本国内において広く一般に流通している物を除く。不可欠要件)と、主観的要件として「その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら」(主観的要件)を追加したものである。

このうち主観的要件については、学説上は(a)その物品が、一般的に特許発明の実施に利用される可能性があることの認識で足りるとする説(一般的利用可能性説)、(b)その物品を入手する者の大部分がその物品を特許権侵害に利用していることの認識が求められるとする説(高度の蓋然性説)、(c)その物品を入手した特定の者が、その物品を特許権侵害に用いているとの認識まで求められるとする説(特定説)とがある⁸⁵。

裁判例としては、大阪地判平成30年12月13日・知財ぶりずむ202号31頁「表示装置事件」が、非専用型間接侵害規定の趣旨を前提として一般利用可能性説及び特定説を採用せず、高度の蓋然性説を採用している。具体的には「主観的要件②が認められるためには、当該部品等の性質、その客観的利用状況、提供方法等に照らし、当該部品等を購入等する者のうち例外的とはいえない範囲の者が当該製品を特許権侵害に利用する蓋然性が高い状況が現に存在し、部品等の生産、譲渡等をする者において、そのことを認識、認容していることを要し、またそれで足りると解する」と判示している⁸⁶。

この点、特定説では間接侵害の成立範囲があまりに狭くなってしまい、非専用品型間接侵害の規定の趣旨が没却される一方で、一般的利用可能説では過剰な禁止になるおそれがあるため、高度の蓋然説が妥当と考える⁸⁷。

一方、著作権侵害については、特許法のような間接侵害の規定はないが、直接侵害行為に寄与する何らかの物品の提供行為について著作権侵害が争われた裁

⁸⁵ 前田・前掲注82)62頁、西理香「非専用品型間接侵害(特許法101条2号・5号)における差止の範囲と主観的要件」L&T63号(2014)14頁。

⁸⁶ なお、刑事事件(著作権法違反事件)であり、かつ刑事事件であるがゆえに幫助の故意の有無のみが問題になった(過失の有無は問題となっていない)事案ではあるが、最決平成23年12月19日刑集第65巻9号1380頁(Winnyファイル交換事件)では「単に他人の著作権侵害に利用される一般的可能性があり、それを提供者において認識、認容しつつ当該ソフトの公開、提供をし、それをを用いて著作権侵害が行われたというだけで、直ちに著作権侵害の幫助行為に当たると解すべきではない。」「かかるソフトの提供行為について、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、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要するというべきである。」「すなわち、①ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、その公開、提供を行い、実際に当該著作権侵害が行われた場合や、②当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もそのことを認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれをを用いて著作権侵害(正犯行為)が行われたときに限り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幫助行為に当たると解するのが相当である。」とした(①、②は筆者による追加)。

⁸⁷ 中山・前掲注81)466頁は「違法用途の蓋然性が極めて高く、かつそれを認容しているような場合」に主観的要件を充足するとする。

判例や、立法上の議論がある。

(2) 著作権侵害

(ア) 裁判例

著作権に関して、直接侵害行為に寄与する物品の提供者の責任が問題となり、提供者の損害賠償責任を認めた裁判例として、最二小判平成13年2月2日民集55巻2号185頁〔ビデオメイツ事件〕、最三小判平成13年2月13日民集55巻1号87頁〔ときめきメモリアル事件〕、東京地判平成14年8月30日判時1808号111頁〔DEAD OR ALIVE事件〕及びその控訴審東京高判平成16年3月31日判時1864号158頁がある。

(i) 最二小判平成13年3月2日民集55巻2号185頁〔ビデオメイツ事件〕⁸⁸

① 事案の概要

当該判決は、JASRAC がカラオケ装置のリース業者に対し、損害賠償請求をした事案において、カラオケの経営者が許諾を得ていないことを現実に知った日以降の損害のみを認容した原判決の一部を破棄し、それ以前の損害についても、侵害の行為に供する機器の提供者であるカラオケ装置のリース業者の幫助責任を認めて、損害賠償請求に係る部分を増額変更すべき旨の自判をしたものである。

② 判示事項

上記判決は、カラオケ装置の著作権侵害の危険性、被害法益の重大性、リース業者の社会的地位、予見可能性及び結果回避可能性を理由として、カラオケ装置のリース業者に「カラオケ装置のリース契約を締結した場合において、当該装置が専ら音楽著作物を上映し又は演奏して公衆に直接見せ又は聞かせるために使用されるものであるときは、リース契約の相手方に対し、当該音楽著作物の著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結すべきことを告知するだけでなく、上記相手方が当該著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことを確認した上でカラオケ装置を引き渡すべき条理上の注意義務を負う。」とした。

そのうえで、リース業者の同義務違反及び同義務違反と著作権侵害による損害との間に相当因果関係を認め、リース業者の損害賠償責任を認めた。

(ii) 最三小判平成13年2月13日民集55巻1号87頁〔ときめきメモリアル事件〕⁸⁹

① 事案の概要

⁸⁸ 高部眞規子「判解」平成13年度（上）179頁。

⁸⁹ 高部眞規子「判解」平成13年度（上）106頁。

上記判決は、家庭用ゲームソフトの著作権者が、その改変のみを目的とするメモリーカードの輸入販売業者に対し、損害賠償を請求した事案について、これを認容した原判決に対する上告を棄却したものである。

② 判示事項

「専らゲームソフトの改変のみを目的とするメモリーカードを輸入、販売し、他人の使用を意図して流通に置いた者は、他人の使用により、ゲームソフトの同一性保持権の侵害を惹起したものとして、ゲームソフトの著作権者に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を負う。」とした。

なお、本判決の法律構成については、侵害の主体がユーザーであるとする見解（ユーザー説）に立って、輸入販売業者が、もっぱら侵害を生じる装置を提供したことにより、ユーザーの侵害行為の幫助者として共同不法行為責任（民法719条2項）を負うと解したものと理解することが可能であるとされている⁹⁰。

(iii) 東京地判平成14年8月30日判時1808号111頁〔DEAD OR ALIVE事件〕及びその控訴審東京高判平成16年3月31日判時1864号158頁

① 事案の概要

上記判決は、ゲームソフト（「DEAD OR ALIVE 2」）に「かすみ」という名称で登場するキャラクターについて、ユーザーが裸体の「かすみ」を選択できるようにメモリーカード上のパラメータ・データを編集できるプログラム（「本件編集ツール」）を開発し、これを販売した者に対する損害賠償請求についてのものである。

② 判示事項

上記判決は、ときめきメモリアル事件最高裁判決を引用し、「本件編集ツールは、本件裸体画像を表示することができることを主要な目的としている」と認定したうえで「本件CD-ROMに本件編集ツールを収録して販売し、その使用を意図して流通に置いた被告は、本件メモリーカードの使用による本件ゲームソフトの同一性保持権の侵害を惹起したものとして、民法七〇九条の不法行為に基づく損害賠償責任を負うと解するのが相当である」とした。

(イ) 立法上の議論

著作権侵害における侵害主体の議論（その意味で、本稿が対象としている幫助

⁹⁰ 高部真規子『実務詳説 著作権訴訟』（金融財政事情研究会、平成24年）147頁。高部は「（ときめきメモリアル事件の最高裁判決は、ユーザー説ではなく）侵害の主体が装置提供者であるとする立場（装置提供者説）に立って、輸入販売業者自身が、ユーザーを手足とする侵害の主体であると解したものと理解することも可能であるが、家庭用ゲーム機の場合に、ゲームソフトのプレイヤーと侵害のための装置を提供した者との関係は、支配管理の点でカラオケ店の従業員や客と経営者との関係より遠く、装置提供者の管理の下に、又はその手足又は道具として改変行為を行ったと評価することは、困難な場合が多いと思われる。」とする。

者に対する損害賠償請求の問題とは異なる)として、『間接侵害』等に関する考え方の整理」(平成24年1月12日・文化審議会著作権分科会司法救済ワーキングチーム)においては「差止請求の対象として位置付けるべき間接行為者の類型」として、以下の3つの類型の間接行為者について差止請求の対象となることが明確になるよう立法措置を講ずるべきであるとしており参考になる。

- (i) 専ら侵害の用に供される物品(プログラムを含む。以下同じ)・場ないし侵害のために特に設計されまたは適用された物品・場を提供する者
- (ii) 侵害発生の実質的危険性を有する物品・場を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する者
- (iii) 物品・場を、侵害発生を積極的に誘引する態様で、提供する者

(i)の類型は特許法101条1項1号、同4号(専用品型間接侵害)と同様の趣旨に基づくものと思われる。

すなわち同号同様、「専ら」要件のみ満たせば、主観的要件(故意・過失)がなくとも侵害主体性を肯定している。

なお、同資料は(i)の類型の具体例として「専ら特定のゲームソフトの改変のみを目的とするメモリーカードを輸入、販売し、他人の使用を意図して流通に置いた者(参考:最判平成13年2月13日民集55巻1号87号〔ときめきメモリアル事件〕)」を挙げているが、同最高裁判決の事案はツール提供行為者に対する損害賠償請求が問題となった事案であり、同提供者に故意過失が存在することが必要であった。そのため同最高裁判決は「専らゲームソフトの改変のみを目的とするメモリーカードを輸入、販売し、他人の使用を意図して流通に置いた者は、他人の使用により、ゲームソフトの同一性保持権の侵害をじゃっ起したものとして、ゲームソフトの著作者に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を負う。」とし、主観的要件が必要であることを前提としている。

次に、(ii)の類型は特許法101条1項2号、同5号(非専用品型間接侵害)と同様の趣旨に基づくものと思われる。

すなわち、同号における「その発明による課題の解決に不可欠なもの」(不可欠要件)と類似の要件として「侵害発生の実質的危険性を有する物品・場」を設け、さらに同号と同様、主観的要件を必要としている。

もっとも、(ii)の類型は「侵害発生を知」っている場合(故意)に加えて、「知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採」らない場合(過失)も含んでおり、特許権侵害における間接侵害(非専用品型間接侵害)の主観的要件より広い概念となっている⁹¹。

同資料は(ii)について「パソコンのような汎用品は、ここでいう著作権等の

⁹¹ 間接侵害(非専用品型間接侵害)の主観的要件(「知っている」)は、現実を知ることが必要であり、過失により知らない場合を含まない(高部・前掲注82)146頁、中山・前掲注81)466頁)。

侵害が発生する実質的な危険性が認められないため、当該類型の対象とはならない」とし、同類型の具体例として「著作権侵害が生じているカラオケ店に通信カラオケサービス等を提供するリース業者（参考：大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁〔ヒットワン事件〕）」を挙げている。

さらに、(iii)の具体例として「ウェブサイトを開設し、当該ウェブサイトは無許諾の音楽ファイルを投稿することを積極的に呼びかける者」を挙げている。

(3) 判断基準

直接侵害行為に寄与する何らかの物品の作成・提供行為のような幫助行為の違法性判断においては、それら幫助行為の態様が多種多様であることから、可能な限り明確な基準を設定する必要がある。

もっとも、その一方で、明確性を確保するために厳格な要件を設定し、あまりに狭い範囲でしか違法とならない基準を採用した場合、違法行為を十分に捕捉できない危険が生じる。

(ア) 「のみ要件」による限定

まず、客観的な基準による限定の方法として、特許法上の専用品型間接侵害と同様「のみ要件」を設定することが考えられる。この方法の利点は、違法か否かの判断基準が明確であり、権利侵害をもたらさない幫助行為を規制するおそれがない点にある。

この点、特許法上の専用品型間接侵害においては、前述のように同類型における「のみ要件」の意義については、学説上は、「特許発明の実施（物の生産又は方法の使用）以外に経済的、商業的又は実用的な他の用途のない物をいう」と解するのが通説であり、裁判例も多くがこの考え方に従っている。

したがって、複数の機能を持つ多機能品については、「のみ要件」を満たさないことになる。

そうすると、AI自動生成物の利用に用いられるツール（データセットや学習済みモデル等）は、通常は「肖像権侵害・パブリシティ権侵害以外に経済的、商業的又は実用的な他の用途のない物」には該当しない多機能製品であるため、そのようなツールの提供行為は「のみ要件」を満たさず権利侵害に該当することはないという結論になる。

(イ) 不合理性はないか

このように「のみ要件」を課すと、AI自動生成物の利用に用いられるツール（データセットや学習済みモデル等）の提供行為は権利侵害に該当することはないことになるが、それで実質的な不合理性はないか、具体的に検討をする。

(i) データセットの生成・提供行為

データセットは、それ自体では自動生成肖像を生成する能力はないこと、データセットが利用される用途は学習済みモデル生成以外もありうること、学習済

みモデル生成のために用いられる場合であっても当該データセット単体ではなく、他のデータセットと合わせて学習に用いられる場合も容易に想定されることからすると、当該データセットの提供行為は権利侵害につながる危険性は相当に低い。

したがって、データセットの生成・提供行為については「のみ要件」を満たしていないとして違法性がないとしても実質的な不合理性はない。

(ii) 学習済みモデルの生成・提供行為

① 十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデルの場合

この点、ときめきメモリアル事件において問題となったパラメータ編集ツールは、当該ツールを利用するとユーザーが望むようにゲーム内容の改変行為が必ず行われ、かつ改変行為が行われれば、即時に著作権（同一性保持権）の侵害が生じる⁹²。

したがって、そのようなパラメータ編集ツールの提供を違法な幫助行為とすることについては実質的な不合理性はない。

一方、肖像権侵害・パブリシティ権侵害における学習済みモデルには、著作権侵害におけるパラメータ編集ツールとは大きく異なる点がある。

まず、十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデルの場合、当該学習済みモデルを利用したとしても、必ずしも実在の人物と同一・類似の人物肖像が生成されるとは限らないという点である。そのような人物肖像が生成されなければそもそも肖像権・パブリシティ権侵害は問題にならない。この点は学習済みモデルの技術的特徴であり、著作権侵害におけるパラメータ編集ツールとの大きな相違点である。

次に、仮に、当該学習済みモデルを用いてユーザーが、実在の同一・類似の人物肖像を生成したとしても、生成行為自体は肖像権侵害、パブリシティ権侵害には該当しない。これは既に第5章「一部の行為のみが行われた場合の権利侵害の有無」において述べたとおりである。

上記2点において、十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデルについては、ときめきメモリアル事件で問題になったパラメータ編集ツールとは異なり、権利侵害の危険性は相当低い。

したがって、十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデルであれば、「のみ要件」を満たしていないとして違法性がないとしても、不合理はない。

② 特定の人物と同一・類似の人物肖像を生成する目的を

⁹² 私的使用のための改変も同一性保持権を侵害することについて高部・前掲注90) 120頁。

もって生成された学習済みモデルの場合

次に、「十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデル」ではなく「当該学習済みモデルを利用すると、実在の人物と同一・類似の人物肖像が非常に高い確率で生成される学習済みモデル」であればどうか。

これは、具体的には、「ある特定の実在の人物 X や、特定のグループ Y に属する実在の人物肖像を自動生成することを目的として、当該人物 X やグループ Y の肖像のみを収集してデータセットを作成し、同データセットを用いて学習させた学習済みモデル」である。

このような学習済みモデルは X や Y のメンバーの肖像を自動生成する能力が非常に高い学習済みモデルであることから、このような特殊な学習を施した学習済みモデルについては、権利侵害をもたらす危険性が高い。

ツールの提供行為の違法性判断に際して「のみ要件」を課した場合、このような権利侵害の危険性の高い学習済みモデルの提供行為についても、学習済みモデルが多機能製品であることを理由に違法性がないとされることになる。そのような学習済みモデルを用いても「必ず」実在の人物と同一の肖像が生成されるわけではないため「のみ要件」を満たさないためである。

しかし、この結論は不合理であろう。

したがって、AI 自動生成肖像の利用に用いられるツール提供行為の違法性判断において「のみ要件」を課すことは、本来違法とすべき行為を違法とできないという点において妥当ではないと考える⁹³。

(ウ) 他の要件による限定

一方、上記のような観点から「のみ要件」を採用しない場合、権利侵害の範囲が無限定になり予測可能性を害する可能性がある。

そのため、「のみ要件」を採用しない場合、それと引き換えに適切な要件を追加する必要がある⁹⁴。

具体的には、「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又

⁹³ なお、ときめきメモリアル事件最高裁判決においては「専らゲームソフトの改変のみを目的とするメモリーカードを輸入、販売し、他人の使用を意図して流通に置いた者は、（中略）不法行為に基づく損害賠償責任を負う。」と判示しツール提供行為の違法性判断において「のみ要件」を課したようにも見えるが、これは学習済みモデルと異なり、当該事件において問題となったツールが著作権侵害以外には利用されないツールであったことに由来する事例判断であると考えべきであろう。

⁹⁴ これは、特許法上の専用品型間接侵害について、その成立範囲が狭いことが問題視されたことをきっかけに、平成 14 年特許法改正において非専用品型間接侵害の類型が新たに立法されたことと同趣旨である。非専用品型間接侵害においては「のみ要件」を外す代わりに、「発明による課題の解決に不可欠なもの」との不可欠要件、「日本国内において広く一般に流通しているものを除く」との非汎用品要件、そして「その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら」との主観的要件を課すことで、間接侵害の成立範囲を適切な範囲に調整することが指向されている（前田・前掲注 82）59 頁）。

は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」が違法であると解すべきである。

この要件は、前記「『間接侵害』等に関する考え方の整理」（平成24年1月12日・文化審議会著作権分科会司法救済ワーキングチーム）が整理した第2類型とほぼ同一であり、「侵害発生の実質的危険性を有する物品」という客観的要件及び「侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく」という主観的要件で構成されている。

このような客観的要件と主観的要件を組み合わせることで、比較的明確な基準となるし、「肖像権侵害・パブリシティ権侵害の危険性が十分に高いツールの提供行為」のみが違法となり、そのような危険性のないツールの提供行為については違法性がないということになり結論の妥当性も確保できる。

すなわち、「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」という要件を設定した場合、先ほどの「データセットの生成・提供行為」及び「十分な量のデータセットを元データとして学習した学習済みモデルの生成・提供行為」については、それらのツールは前述の理由より「侵害発生の実質的危険性を有する物品」には該当しないことから、適法となる。

一方「ある特定の实在の人物 X や、特定のグループ Y に属する实在の人物肖像を自動生成することを目的として、当該人物 X やグループ Y の肖像のみを収集してデータセットを作成し、同データセットを用いて学習させた学習済みモデル」については、明らかに「侵害発生の実質的危険性を有する物品」に該当する。

したがって、そのような特殊な学習をした学習済みモデルを「侵害発生を知りながら提供する行為を行った者は、故意による幫助行為として損害賠償責任を負う。

さらに、そのような特殊な学習をした学習済みモデルであることを知っていれば、「(侵害発生を)知るべきでありながら」という要件は満たすことになるので「侵害発生防止のための合理的措置」を採らずに提供する行為は過失による幫助行為として損害賠償責任を負う。この「侵害発生防止のための合理的措置」とは具体的には「自動生成肖像を肖像権侵害・パブリシティ権侵害に該当する態様で利用しないように注意を呼び掛ける」「元データと一定の一致度以上の肖像は自動生成されないようにする機能を備える」などの措置が考えられよう。

具体的には幫助行為者のうち、①「特定の人物と同一・類似の人物肖像を生成する目的をもって生成された学習済みモデル」を生成して第三者に提供する者、及び②同モデルを、そのような特殊な学習がされたことを知りながら譲り受けたうえでさらに第三者に提供する者については、違法な幫助行為を行ったとして損害賠償義務を負うことになる。

以上を前提に、肖像権侵害とパブリシティ権侵害が発生した場合において、①～③の行為の一部を行った部分関与者の責任について、ケース1～ケース8までについて検討する。

説明の便宜のため、まずパブリシティ権侵害から述べる。

ケース	行為者甲	行為者乙	行為者丙	行為者丁
1	①②③④			
2	①	②	③	④
3	①②	③	④	
4	①②	③④		
5	①②③	④		
6	①	②③	④	
7	①	②③④		
8	①	②	③④	

*①は「データ収集・DS作成」、②は「学習済みモデル作成（学習）」、③は「学習済みモデルへの生成指示による AI 自動生成肖像生成」、④は「生成された肖像の利用」を意味する。

3 パブリシティ権侵害

(1) ケース 1

(ア) ケースの具体的内容

①～④の行為全てを行為者甲が単独で行うケースである。

具体的には、甲が、故意・過失の下に、①～③の行為を行い、その結果、顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像が生成され、さらに甲が当該自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用する(④)ケースである。

このケースにおける甲の「故意」とは「実在している特定の有名人の肖像を自動生成することを認識しつつ自動生成する認識」⁹⁵又は「生成時にはそのような意図はなかったが、自動生成した結果、結果的に実在している特定の有名人と同一肖像であることを認識して当該肖像を利用する認識」を意味する。

また、このケースにおける甲の「過失」とは「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」を果たさなかったことを意味する。

⁹⁵ 過失における注意義務の内容である「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」を果たした結果、そのような認識を得た場合を含む。

(イ) 責任主体

甲のみが責任を負う。

(2) ケース 2

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセットを作成して販売し、乙が当該データセットを購入して学習行為を行って学習済みモデルを生成して販売、丙が当該学習済みモデルを購入し、同モデルを利用して顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して販売した。さらに、丁が丙が販売した人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 丁

丁は、顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を丙から購入したうえで、ピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用している。したがって丁に故意過失があれば損害賠償責任を負う。

このケースにおける丁の「故意」とは「顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用する認識」を意味する。

そして丁が有名人の中でも、特に「誰も知っているほど有名」な者と類似の自動生成肖像を 3 類型で利用した場合であれば、故意が存在することが強く推認される。

一方、このケースにおける丁の「過失」においては、丁は自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用しているため、データセットの大小にかかわらず、「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度の照合義務」が発生する。

もっとも、丁はデータセットや学習済みモデルの生成に関与していないことから、自らがそのような照合行為を行うことはできない。そこで、丁においては、「肖像提供者である丙に対して『丙が提供した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 丙

丙は、顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成したうえで販売している。

当該人物肖像の販売行為はピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型のうち「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」に該当することは明らかであるため、丙に故意があれば損害賠償責任を負う。

一方、このケースにおける丙の「過失」においては、丙は自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用しているため、データセットの大小にかかわらず、「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度の照合義務」が発生する。

もっとも、丙はデータセットや学習済みモデルの生成に関与していないことから、自らがそのような照合行為を行うことはできない。そこで、丙においては、「学習済みモデル提供者である乙に対して『丙が生成した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(iii) 乙

乙は、甲からデータセットを購入したうえで学習済みモデルを生成して販売している。

この場合において、乙による学習済みモデルの生成・提供行為が幫助行為に該当することを根拠に損害賠償責任を負わないかが問題となる。

この点については、前述のように、「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」に該当するか否かにより判断すべきである。

そして、十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデルであれば、その生成・提供行為は侵害発生の実質的危険性を有しないことから、上記要件を満たさない。

次に、特殊な学習を行うことで、特定の実在の人物肖像を自動生成する能力が非常に高い学習済みモデルであれば、乙は侵害発生を知りながら（故意）、あるいは知るべきでありながら当該モデルを提供していることになるため、侵害発生防止のための合理的措置（「自動生成肖像を肖像権侵害・パブリシティ権侵害に該当する態様で利用しないように注意を呼び掛ける」「元データと一定の一致度以上の肖像は自動生成されないようにする機能を備える」など）をとらない限り、違法な幫助行為をなしたとして損害賠償義務を負う。

(iv) 甲

甲は、様々なソースから生データを収集してデータセットを作成して販売している。

この場合において、甲の法的責任については 2 点検討する必要がある。

1 点目は、本稿で検討の対象としている、パブリシティ権侵害を構成する AI

人物生成肖像の利用行為が行われた場合において、当該行為の幫助行為者として責任を負わないか、という点である。

もう1点は、AI人物自動生成肖像の利用行為とは離れて、つまりAI人物自動生成肖像の利用行為が不法行為に該当しない場合でも、人物肖像を含むデータセット（データベース）を作成して販売する行為自体がパブリシティ権侵害を構成しないか、という点である。

このうち2点目を1点目と分けて検討する必要があるのは、人物肖像を含むデータセット（データベース）は、AI自動生成肖像を生成する場合にも用いられるが、それ以外の目的（顔認識AIを生成するためなど）にも用いられることがあるため、それらのデータセットの作成・販売行為の適法性についてAI人物自動生成肖像の生成・利用行為とは離れて検討する必要があるためである。

まず、1点目のパブリシティ権侵害を構成するAI人物生成肖像の利用行為が行われた場合において、当該行為の幫助行為者として責任を負わないか、という点であるが、この点については、データセットの生成・提供行為は「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」に該当しないため、AI人物生成肖像の利用行為との関係では不法行為に該当せず損害賠償責任を負うことはない。

次に2点目である。

この点については、AIと無関係な論点であり、一般的に言う「人物肖像を含むデータセット（データベース）を作成して販売する行為自体がパブリシティ権侵害を構成しないか」という問題である。

まず、データセット（データベース）の作成に際して、あえて特定の有名人の肖像のみを収集して構成したとか、特定のジャンル（たとえばジャニーズ事務所）や特定のグループ（例えばAKB）に属する有名人の肖像ばかりを収集して構成し、当該データセットを提供した場合には、それらのデータセット（データベース）を鑑賞目的で購入する者も存在すると思われる。

そのような場合には、ピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型のうち「①氏名、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」する場合に該当し、パブリシティ権侵害を構成する。

一方、データセットの内容として、多数の一般人の写真の中に少数の有名人の写真が含まれていたにすぎないような場合は、当該データセットの販売行為は、「専ら氏名、肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とする」ものとはいえず、ピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型での利用のいずれにも該当しないことから、パブリシティ権侵害を構成することはない。

このようなケースの場合、たとえ有名人の肖像であったとしても、当該有名人の肖像が有する顧客吸引力に着目した利用が行われているわけではなく、「データセットを構成する多数の顔写真のうちの1枚」としてしか利用されていないためである。

(3) ケース 3

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセット及び学習済みモデルを生成して販売、乙が当該学習済みモデルを購入し、同モデルを利用して顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して販売した。さらに、丙が、乙から購入した人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 丙

ケース 2 における丁と同様、丙は顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用していることになるため、丙に故意があれば丙は損害賠償請求責任を負う。

また、このケースにおいては、ケース 2 における丁と同様、「肖像提供者である乙に対して『乙が提供した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が丙に発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 乙

ケース 2 における丙と同様、乙は顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を販売、すなわちピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用していることになるため、乙に故意があれば乙は損害賠償責任を負う。

また、このケースにおいては、ケース 2 における丙と同様、「学習済みモデル提供者である甲に対して『乙が生成した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(i) 甲

甲はデータセット及び学習済みモデルを生成して販売しているため、ケース 2 における乙と同様、学習済みモデルの生成方法によっては幫助者として損害賠償責任を負うことがある。

(4) ケース 4

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセット及び学習済みモデルを生成したうえで学習済みモデルを販売したところ、乙が同学習済みモデルを購入して同モデルを利用して顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して、ピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 乙

乙は顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用していることになるため、故意があれば損害賠償請求責任を負う。

また、このケースにおいては、ケース 2 における丙と同様、「学習済みモデル提供者である甲に対して『乙が生成した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 甲

甲はデータセット及び学習済みモデルを生成して販売しているため、ケース 2 における乙と同様、学習済みモデルの生成方法によっては幫助者として損害賠償責任を負うことがある。

(5) ケース 5

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセット及び学習済みモデルを生成したうえで、同モデルを利用して顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して販売した。さらに、乙が甲が販売した人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 乙

乙はケース 2 における丙と同様、顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用していることになるため、故意があれば損害賠償義務を負う。

また、このケースにおいては、ケース 2 における丙と同様、「肖像作成者・肖像提供者である甲に対して『甲が提供した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が乙に発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 甲

甲は、顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成したうえで販売している。

当該人物肖像の販売行為はピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型のうち「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」に該当することは明らかであるため、甲に故意があれば損害賠償責任を負う。

また、本ケースにおいては甲自らが学習済みモデルを生成し、自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用しているため、「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度の照合義務」が発生する。

当該照合義務を果たしていなければ過失が存することになる。

(6) ケース 6

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセットを生成して販売、乙が当該データセットを購入して学習済みモデルを生成し、同モデルを利用して顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して販売した。さらに、丙が乙から購入した人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 丙

ケース 2 における丁と同様、丙は顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用していることになるため、故意があれば損害賠償義務を負う。

また、このケースにおいては、ケース 2 における丁と同様、「肖像提供者である乙に対して『乙が提供した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が丙に発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 乙

乙は、顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成したうえで販売している。

当該人物肖像の販売行為はピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型のうち「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」に該当することは明らかであるため、乙に故意があれば損害賠償責任を負う。

また、本ケースにおいては乙自らが学習済みモデルを生成し、自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用しているため、乙に「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度の照合義務」が発生する。

当該照合義務を果たしていなければ過失が存することになる。

(i) 甲

甲はデータセットを生成して販売しているが、ケース 2 における甲と同様、損害賠償責任を負うことはない。

(7) ケース 7

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセットを生成して販売、乙が当該データセットを用いて学習済みモデルを生成し、同モデルを利用して顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成してピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 乙

乙は、顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成したうえで販売している。

当該人物肖像の販売行為はピンク・レディー事件最高裁判決が示した 3 類型のうち「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」に該当することは明らかであるため、乙に故意があれば損害賠償責任を負う。

また、本ケースにおいては乙自らが学習済みモデルを生成し、自動生成肖像を

ピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型で利用しているため、乙に「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度の照合義務」が発生する。

当該照合義務を果たしていなければ過失が存することになる。

(ii) 甲

甲はデータセットを生成して販売しているが、ケース2における甲と同様、損害賠償責任を負うことはない。

(8) ケース8

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセットを生成して販売し、乙が当該データセットを用いて学習済みモデルを生成して販売、丙が当該学習済みモデルを購入し、同モデルを利用して顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成してピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 丙

ケース2における丁と同様、丙は顧客吸引力を有する実在の人物と同一・類似の人物肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型で利用していることになるため、丙に故意があれば損害賠償義務を負う。

また、このケースにおいては、ケース2における丙と同様、「学習済みモデル提供者である乙に対して『丙が生成した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 乙

乙は学習済みモデルを生成して販売しているため、ケース2における乙と同様、学習済みモデルの生成方法によっては幫助者として損害賠償責任を負うことがある。

(iii) 甲

甲はデータセットを生成して販売しているが、ケース2における甲と同様、損害賠償責任を負うことはない。

4 肖像権侵害

(1) ケース 1

(ア) ケースの具体的内容

①～④の行為全てを行為者甲が単独で行うケースである。

具体的には、甲が、故意・過失の下に、①～③の行為を行い、その結果、実在の人物と同一・類似の人物肖像が生成され、さらに甲が当該自動生成肖像を名誉毀損的態様で利用するケースである。

このケースにおける甲の「故意」とは「実在している特定の人物の肖像を自動生成することを認識しつつ自動生成する認識」⁹⁶又は「生成時にはそのような意図はなかったが、自動生成した結果、結果的に実在している特定の人物と同一肖像であることを認識して当該肖像を利用する認識」を意味する。

また、このケースにおける甲の「過失」とは「照合義務が発生する場合（データセットの分量が小さかったり名誉毀損的態様で利用する場合）において、データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」を果たさなかったことを意味する。

(イ) 責任主体

甲のみが責任を負う。

(2) ケース 2

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセットを作成して販売し、乙が当該データセットを購入して学習行為を行って学習済みモデルを生成して販売、丙が当該学習済みモデルを購入し、同モデルを利用して実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して販売した。さらに、丁が丙が販売した人物肖像を名誉毀損的態様で利用するケースである。

⁹⁶ 過失における注意義務の内容である「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」を果たした結果、そのような認識を得た場合を含む。

(イ) 責任主体

(i) 丁

丁は、実在の人物と同一・類似の人物肖像を丙から購入したうえで、名誉毀損的態様で利用している。したがって丁に故意があれば損害賠償責任を負う。

一方、このケースにおける丁の「過失」においては、丁は自動生成肖像を名誉毀損的態様で利用しているため、データセットの大小にかかわらず、「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度の照合義務」が発生する。

もっとも、丁はデータセットや学習済みモデルの生成に関与していないことから、自らがそのような照合行為を行うことはできない。そこで、丁においては、「肖像提供者である丙に対して『丙が提供した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 丙

丙は、実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成したうえで販売している。

もっとも、単なる「販売」行為は、自動生成された肖像を非名誉毀損的態様で「利用」している者と同視することができる。したがって、第4章1(5)「結論：AI 自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準」の表で示したように、関連性の高低に関わらず、原則として肖像権侵害行為は成立しない。

(iii) 乙

乙は、甲からデータセットを購入したうえで学習済みモデルを生成して販売している。

この場合において、乙による学習済みモデルの生成・提供行為が幫助行為に該当することを根拠に損害賠償責任を負わないかが問題となる。

この点については、前述のように、「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」に該当するか否かにより判断すべきである。

そして、十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデルであれば、その生成・提供行為は侵害発生の実質的危険性を有しないことから、上記要件を満たさない。

次に、特殊な学習を行うことで、特定の実在の人物肖像を自動生成する能力が非常に高い学習済みモデルであれば、乙は侵害発生を知りながら（故意）、あるいは知るべきでありながら当該モデルを提供していることになるため、侵害発生防止のための合理的措置（「自動生成肖像を肖像権侵害・パブリシティ権侵害に該当する態様で利用しないように注意を呼び掛ける」「元データと一定の類似

度以上の肖像は自動生成されないようにする機能を備える」など)をとらない限り、違法な幫助行為をなしたとして損害賠償義務を負う。

もつとも、パブリシティ権侵害と異なり、狭義の肖像権侵害においては、「特殊な学習を行うことで、特定の人物の肖像を自動生成する能力が非常に高い学習済みモデルを生成・提供する行為」が生じることはほとんどあり得ない。

パブリシティ権侵害においては、AIを利用して特定の有名人の肖像を生成して利用したいというニーズがあるが、狭義の肖像権侵害については、そもそもそのようなニーズがないためである。

(iv) 甲

甲は、様々なソースから生データを収集してデータセットを作成して販売している。

この場合において、甲の法的責任についてはパブリシティ権同様、2点検討する必要がある。

1点目は、本稿で検討の対象としている、肖像権侵害を構成するAI人物生成肖像の利用行為が行われた場合において、当該行為の幫助行為者として責任を負わないか、という点である。

もう1点は、AI人物自動生成肖像の利用行為とは離れて、つまりAI人物自動生成肖像の利用行為が不法行為に該当しない場合でも、人物肖像を含むデータセット(データベース)を作成して販売する行為自体が肖像権侵害を構成しないか、という点である。

まず、1点目の肖像権侵害を構成するAI人物生成肖像の利用行為が行われた場合において、当該行為の幫助行為者として責任を負わないか、という点であるが、この点については、データセットの生成・提供行為は「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」に該当しないため、AI人物生成肖像の利用行為との関係では不法行為に該当せず損害賠償責任を負うことはない。

次に2点目である。

この点については、AIと無関係な論点であり、一般的に「多数の人物肖像を含むデータセット(データベース)を作成して販売する行為自体が肖像権侵害を構成しないか」という問題である。

具体的には、WEB上に存在している人物肖像を無作為に収集し、学習用データセットとして加工(顔写真部分のみ切り取ったり、ノイズの除去等を行ったりするなど)して販売する行為である。

この点については、当該写真の撮影行為が適法である場合と違法である場合に分けて考える必要がある。

まず、適法に撮影された写真の場合(すなわち、撮影や公表に本人の無制限の同意がある場合や、法廷写真最高裁判決が示した判断要素を用いて判断した結果受忍限度内であるとして撮影行為が適法になされたと認められる場合)については、当該写真をデータセットとして販売する行為に違法性は認められない

と考える。

この点については、第4章1(4)(エ)「利用行為の態様」で検討したとおり、過去の裁判例上、適法に撮影された写真の利用行為については、利用行為の態様、具体的には写真と一緒に掲載されている記事の内容や、写真の内容及び写真の利用の必要性によって肖像の利用行為の違法性が判断されている。

そして、AI自動生成肖像の生成に利用されるデータセットの一部として当該肖像が販売される場合、当該肖像は、大量の写真が含まれるデータセットのごく一部にすぎず個々の肖像に注目した取引がなされているわけではないこと、AI生成肖像生成のための学習用データとしてコンピューター内で利用されるだけであることからすれば、被撮影者の受忍限度内の行為であると思われる。

したがって、適法に撮影された肖像については、当該肖像をデータセットの一部として販売する行為は違法とはならないと考える。

次に、違法に撮影された写真のデータセットとしての販売行為について検討する。

この点、第4章1(4)(エ)「元データの撮影行為の違法性」で検討したとおり、過去の裁判例上、違法に撮影された写真の利用行為は全て違法と判断されている。これは、撮影・公表が違法である以上、その時点において人格権侵害は生じており、別主体による当該写真の利用行為は、当該人格権侵害を拡大・助長するものと評価されたからだと思われる。

したがって、「違法に撮影された写真を記事に掲載する行為」や「違法に撮影された写真をWEBでそのままアーカイブとして公開する行為」については肖像権侵害に該当することになる。

一方、違法に撮影された写真をデータセットの一部として販売する行為については別段の解釈が可能である。

すなわち、過去の裁判例に表れた「特定の者について違法に撮影された写真について、その写真をそのまま利用する」行為と異なり、違法に撮影された写真が含まれたデータセットを販売する行為においては、① 当該写真はデータセット内の大量の人物肖像の一部に過ぎないこと、② データセットはAIの学習にのみ利用され、かつ学習はソフトウェアにより自動的に行われるため、データセットを購入した者がそれ以外の目的(たとえばデータセットを構成する写真の1枚1枚を鑑賞・検討する目的等)で利用することはおよそ考えられないこと、③ データセットを購入した者において実際に利用するのは写真の「顔部分」だけであること、といった特徴がある。

すなわち、「違法に撮影された写真をデータセットの一部として販売する行為」は、「違法に撮影された写真を記事に掲載する行為」や「違法に撮影された写真をWEBでそのままアーカイブとして公開する行為」に比較して、被撮影者の人格的利益の侵害が軽微といえるのであって、社会生活上の受忍限度を超えるとは評価しがたいと考える。

したがって、違法に撮影された同一人物の写真のみで構成されたデータセットであるなどのごく例外的な場合を除き、「違法に撮影された写真をデータセットの一部として販売する行為」は狭義の肖像権を侵害しないと解する。

以上をまとめると、当該写真の撮影行為の適法・違法に関わらず、多数の人物肖像を含むデータセット（データベース）を作成して販売する行為自体は肖像権侵害を構成しない、ということになる。

(3) ケース 3

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセット及び学習済みモデルを生成して販売、乙が当該学習済みモデルを購入し、同モデルを利用して実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して販売した。さらに、丙が、乙から購入した人物肖像を名誉毀損的態様で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 丙

ケース 2 における丁と同様、丙は実在の人物と同一・類似の人物肖像を名誉毀損的態様で利用していることになるため、丙に故意があれば丙は損害賠償請求責任を負う。

また、このケースにおいては、ケース 2 における丁と同様、「肖像提供者である乙に対して『乙が提供した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が丙に発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 乙

ケース 2 における丙と同様、乙は実在の人物と同一・類似の人物肖像を販売しているが、単なる「販売」行為は、自動生成された肖像を非名誉毀損的態様で「利用」している者と同視することができる。したがって、第 4 章 1 (5)「結論：AI 自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準」の表で示したように、関連性の高低に関わらず、原則として肖像権侵害行為は成立しない。

(i) 甲

甲はデータセット及び学習済みモデルを生成して販売しているため、ケース 2 における乙と同様、学習済みモデルの生成方法によっては幫助者として損害賠償責任を負うことがある。

(4) ケース 4

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセット及び学習済みモデルを生成したうえで学習済みモデルを販売したところ、乙が同学習済みモデルを購入して同モデルを利用して実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して、名誉毀損的態様で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 乙

乙は実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成したうえで名誉毀損的態様で利用していることになるため、故意があれば損害賠償請求責任を負う。

また、このケースにおいては、ケース 2 における丙と同様、「学習済みモデル提供者である甲に対して『乙が生成した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 甲

甲はデータセット及び学習済みモデルを生成して販売しているため、ケース 2 における乙と同様、学習済みモデルの生成方法によっては幫助者として損害賠償責任を負うことがある。

(5) ケース 5

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセット及び学習済みモデルを生成したうえで、同モデルを利用して実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して販売した。さらに、乙が甲が販売した人物肖像を名誉毀損的態様で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 乙

乙は実在の人物と同一・類似の人物肖像を購入したうえで名誉毀損的態様で利用していることになるため、故意があれば損害賠償請求責任を負う。

また、このケースにおいては、ケース 2 における丙と同様、「肖像作成者・肖

像提供者である甲に対して『甲が提供した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が乙に発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 甲

甲は、実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成したうえで販売している。

もともと、単なる「販売」行為は、自動生成された肖像を非名誉毀損的態様で「利用」している者と同視することができる。したがって、第4章1(5)「結論：AI自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準」の表で示したように、関連性の高低に関わらず、原則として肖像権侵害行為は成立しない。

(6) ケース6

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセットを生成して販売、乙が当該データセットを購入して学習済みモデルを生成し、同モデルを利用して実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して販売した。さらに、丙が乙から購入した人物肖像を名誉毀損的態様で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 丙

ケース2における丁と同様、丙は実在の人物と同一・類似の人物肖像を名誉毀損的態様で利用していることになるため、故意があれば損害賠償義務を負う。

また、このケースにおいては、ケース2における丁と同様、「肖像提供者である乙に対して『乙が提供した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が丙に発生する。

そして、同照合義務を果たしていなかった場合には過失が存するということになる。

(ii) 乙

乙は、実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成したうえで販売している。

もともと、単なる「販売」行為は、自動生成された肖像を非名誉毀損的態様で「利用」している者と同視することができる。したがって、第4章1(5)「結論：AI自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準」の表で示したように、関連性の高低に関わらず、原則として肖像権侵害行為は成立しない。

(i) 甲

甲はデータセットを生成して販売しているが、ケース 2 における甲と同様、損害賠償責任を負うことはない。

(7) ケース 7

(ア) ケースの具体的内容

甲がデータセットを生成して販売、乙が当該データセットを用いて学習済みモデルを生成し、同モデルを利用して実在の人物と同一・類似の人物肖像を生成して名誉毀損的態様で利用するケースである。

(イ) 責任主体

(i) 乙

ケース 2 における丁と同様、乙は実在の人物と同一・類似の人物肖像を名誉毀損的態様で利用していることになるため、乙に故意があれば乙は損害賠償請求責任を負う。

また、本ケースにおいては乙自らが学習済みモデルを生成し、自動生成肖像を名誉毀損的態様で利用しているため、乙に「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度の照合義務」が発生する。

当該照合義務を果たしていなければ過失が存することになる。

(ii) 甲

甲はデータセットを生成して販売しているが、ケース 2 における甲と同様、損害賠償責任を負うことはない。

第 7 章 冒頭の各ケースの検討

【ケース 1】

単独主体がデータ収集、データセット構築から自動生成肖像の利用までを行ったケースである。利用の対象となった肖像は顧客吸引力の無い者の肖像であるため、狭義の肖像権侵害のみが問題となる。

データセットに藤田氏の写真が含まれているため「実在の人物と、自動生成された人物肖像の結びつき（関連性）」は存在するが、データセットの数が十分である（元データの数約 1 万枚）ため関連性は低く、かつ非名誉毀損的使用態様（自社製品であるアパレル商品を着用するモデルとして利用）であり、さらに打消し表示も行っているため、X 社の行為は肖像権侵害には該当しない（第 4 章 1 (5)「結論：AI 自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準」の表の 7、8 のケース）

【ケース 2】

ケース 1 と同様、単独主体がデータセット収集から肖像の利用までを行ったケースであるが、データセットに藤田氏の写真が含まれていないことから関連性がなく、かつ非名誉毀損的使用態様でありさらに打消し表示も行っているため、X 社の行為は肖像権侵害には該当しない（第 4 章 1 (5)「結論：AI 自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準」の表の 15, 16 のケース）

【ケース 3】

ケース 1 と同様、単独主体がデータセット収集から肖像の利用までを行ったケースであるが、有名人の肖像の自動生成・利用であることからパブリシティ権侵害が問題となる。

実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性の要件は満たしている。そのうえで、X 社は自動生成された肖像が著名女優 A の肖像であることを認識して、同自動生成肖像を自社商品を宣伝するキャラクターとして利用しているため、自動生成肖像を故意に 3 類型に該当する利用行為の態様で利用することになり、X 社の行為はパブリシティ権侵害に該当する。

【ケース 4】

ケース 3 と同様、実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性の要件は満たし、故意に 3 類型に該当する利用行為の態様で利用しているため、X 社の行為はパブリシティ権侵害に該当する。

なお、ケース 4 においては、元データに著名女優 A の肖像は用いられていないため「実在の人物と、自動生成された人物肖像の結びつき（関連性）」は存在しないが、AI 自動生成肖像の利用に関するパブリシティ権侵害においては、関連性の要件は必要ないので、その点は権利侵害を否定する理由にはならない。

【ケース 5】

パブリシティ権侵害が問題となるケースである。

ケース 3 と同様、実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性の要件は満たし、X 社は自動生成された肖像が有名アイドル B の肖像であることを認識して、同自動生成肖像を販売、つまり故意に 3 類型に該当する利用行為の態様で利用しているため、パブリシティ権侵害に該当する。

ケース 5 とケース 3, 4 との相違は、ケース 5 においてはアイドル B の画像しか元データに用いられていないため関連性が非常に高いという点にあるが、既述の通り関連性の有無や程度は AI 自動生成肖像の利用に関するパブリシティ権侵害においては問題とならない。

【ケース 6】

これもパブリシティ権侵害が問題となる事例である。

まず、直接行為者である Z 社の行為であるが、人物肖像生成 AI プログラムを利用してアイドル B と同一の肖像を自動生成し、自動生成肖像が B の容ぼうと酷似していることを認識しつつ、自己の商品の宣伝広告に利用していることから、実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性、故意、3 類型に該当する利用行為という要件をすべて満たしており、パブリシティ権侵害に該当する。

次に、人物肖像生成 AI プログラムを提供した X 社の行為について検討する。

この点については X の行為が「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵

害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」に該当するか否かによって判断すべきである。

X社が生成・提供した人物肖像生成AIプログラムは、有名アイドルBのみの様々な大量の画像をデータセットとして制作されていることから、Bと同一・類似の肖像を生成する能力が非常に高く「侵害発生の実質的危険性を有する物品」に該当する。

しかも、X社は当該プログラムを「BのようだがBではない！AIが生成しているので権利を気にせず色々な用途に利用いただけます」という謳い文句で販売していることから、故意の要件も満たす。

したがって、当該プログラムを提供したX社は幫助者としての損害賠償責任を負う。

【ケース7】

パブリシティ権侵害が問題となるケースである。

まず、直接行為者であるZ社の行為であるが、人物肖像生成AIプログラムを利用してアイドルAさんと同一の肖像を自動生成し、自己の商品の宣伝広告に利用していることから、実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性、及び利用行為の要件は満たしている。

しかし、Aさんが地方で活躍するアイドルであったことから、Z社はAの存在を認識しておらずパブリシティ権侵害の故意がない。

一方、このケースにおけるZ社の「過失」においては、Z社は自動生成肖像をピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型で利用しているため、データセットの大小にかかわらず、「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度の照合義務」が発生する。

もっとも、Z社はデータセットや学習済みモデルの生成に関与していないことから、自らがそのような照合行為を行うことはできない。そこで、Z社においては、「ツール提供者であるX社に対して『Z社が生成した自動生成肖像と一致する実在の肖像が元データに含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

ただし、本ケースでは仮にZ社が同照合義務を果たしていたとしても、Aさんの顔写真は元データに含まれていないのだから、結局X社においてもZ社においてもAさんの顔写真が元データに含まれていることを認識できない。

したがって、仮にZ社がX社に確認をするという内容の照合義務を果たしておらず、その点において過失が存在するとしても、当該過失と権利侵害の間に因果関係がなく、Z社にはパブリシティ権侵害の責任がないということになる。

そして、データセット生成および学習済みモデルの生成・提供を行ったX社についても、直接行為者であるZ社に権利侵害が成立しない以上、幫助行為者として責任を負うことはない。

【ケース8】

パブリシティ権侵害が問題となるケースである。

まず、直接行為者であるZ社の行為であるが、ケース7と異なり故意が存在

するため、Z社の行為にパブリシティ権侵害が成立する。

次に、データセット生成および学習済みモデルの生成・提供を行ったX社については、「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」に該当するか否かによって判断すべきである。

X社が生成・提供した人物肖像生成AIプログラムは、多数の日本のアイドルの顔写真をインターネットから大量に収集して生成されていることから、Aと同一・類似の肖像を生成する能力が高いわけではなく、「侵害発生の実質的危険性を有する物品」に該当しない。

さらに、X社に故意・過失もない。

したがって、X社が幫助行為者として責任を負うことはない。

【ケース9】

狭義の肖像権侵害が問題となるケースである。

単独の主体がデータセット収集から肖像の利用までを行ったケースであるが、データセットにA氏の肖像が含まれている場合、データセットの大きさによって関連性が決まる。また、利用態様としては「性犯罪者の顔だ」という記事と共に利用しているため、名誉毀損的使用態様となる。

したがって、データセットの大小にかかわらず「データセットと自動生成された肖像との間の照合義務」が発生し、当該義務を果たさずに当該肖像を利用した場合には、過失による肖像権侵害が成立する（第4章1(5)「結論：AI自動生成肖像の利用行為の肖像権侵害判断基準」の表の2, 6のケース）。また、故意の場合にも当然肖像権侵害が成立する（同表の1, 5のケース）。

ケース9の場合、X社が同照合義務を果たしていれば、データセット内にA氏の顔写真が含まれていることを認識できたはずであるから、過失と権利侵害との間の因果関係も存在する。

したがって、X社に狭義の肖像権侵害が成立する。

【ケース10】

狭義の肖像権侵害が問題となるケースである。

このケースの場合、データセットにA氏の顔写真が含まれていないことから、関連性はないこととなる。もっとも、利用態様としては「性犯罪者の顔だ」という記事と共に利用しているため、名誉毀損的使用態様となる。

X社に故意があれば肖像権侵害は成立するが、本ケースではX社に故意はない。

過失については、自動生成肖像を名誉毀損的態様で使用していることから、X社には「データセットと自動生成された肖像との間の照合義務」が発生する。

しかし、本ケースでは仮にX社が同照合義務を果たしていたとしても、A氏の顔写真は元データに含まれていないのだから、X社においてA氏の顔写真が元データに含まれていることを認識できない。

したがって、仮にX社が照合義務を果たしておらず、その点に過失があっても、当該過失と権利侵害の間に因果関係がなく、X社に狭義の肖像権侵害は成立しない。

【ケース 11】

狭義の肖像権侵害が問題となるケースである。

まず、直接行為者である Z 社の行為であるが、人物肖像生成 AI プログラムを利用して A さんと同一の肖像を自動生成し、アダルト動画という名誉毀損的態様で利用している。

次に主観的態様であるが、Z 社に故意があれば肖像権侵害は成立するが、本ケースでは Z 社に故意はない。

過失については、元データの分量は十分であるものの Z 社は自動生成肖像を名誉毀損的態様で利用していることから、「元データと自動生成肖像の照合義務」が発生する。

ただし、Z 社はデータセットや学習済みモデルの生成に関与していないことから、自らがそのような照合行為を行うことはできないため、Z 社においては、「ツール提供者である X 社に対して『元データに A さんの肖像が含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

もっとも、本ケースでは仮に Z 社が同照合義務を果たしていたとしても、A さんの顔写真は元データに含まれていないのだから、X 社においても Z 社においても A さんの顔写真が元データに含まれていることを認識できない。

したがって、仮に Z 社が X 社に確認をするという内容の照合義務を果たしておらず、その点に過失があるとしても、当該過失と権利侵害の間に因果関係がなく、Z 社には責任がないということになる。

データセット生成および学習済みモデルの生成・提供を行った X 社についても、直接行為者である Z 社に権利侵害が成立しない以上、幫助行為者として責任を負うことはない。

【ケース 12】

ケース 11 と同様、Z 社においては自動生成肖像を名誉毀損的態様で利用しているが、問題は主観的態様である。

Z 社に故意があれば肖像権侵害は成立するが、本ケースでは Z 社に故意はない。

過失については、Z 社にはケース 11 で述べたように「ツール提供者である X 社に対して『元データに A さんの肖像が含まれていないか』という確認をする」という内容の照合義務が発生する。

そして、本ケースにおいては、ケース 11 と異なり A さんの顔写真が元データに含まれていることから、同照合義務を果たせば Z 社は A さんの肖像が含まれていることを認識できた。

したがって、Z 社が同照合義務を果たさずに A さんの肖像をアダルト動画に利用した場合、Z 社には過失があり肖像権侵害の責任を負うことになる。

次に、データセット生成および学習済みモデルの生成・提供を行った X 社については、「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」に該当するか否かによって判断すべきである。

X 社が生成・提供した人物肖像生成 AI プログラムは、多数の女性の顔写真を

インターネットから大量に収集して生成されていることから、Aさんと同一・類似の肖像を生成する能力が高いわけではなく、「侵害発生の実質的危険性を有する物品」に該当しない。

さらに、X社に故意・過失もない。

したがって、X社が幫助行為者として責任を負うことはない。

第8章 まとめ

AI自動生成肖像を利用したビジネスにおいては、狭義の肖像権侵害とパブリシティ権侵害双方が生じないように留意しなければならないが、どのような場合に権利侵害に該当するかについての判断基準がなければ、予測可能性を確保することができず、関連ビジネスの発展やAI自動肖像生成技術の発展が阻害されることになる。

そこで、本稿においてはできるだけ客観的な基準を明らかにすべく検討を行ってきた。

1 狭義の肖像権侵害について

AI自動生成肖像の利用が狭義の肖像権侵害に該当するかについては、① 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性、② 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度、③ 利用行為の態様、④ 主観的要素、⑤ 元データの撮影行為の違法性、⑥ 打消し表示の有無を総合的に考慮して判断すべきである。

特に「② 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の結びつき（関連性）の程度」は、AI自動生成肖像特有の問題であり重要な要素であるが、DSの内容（具体的にはDSに用いられた人物の人数）及び学習済みモデルのタイプ及び学習方法を総合的に考慮して判断することになる。

また「④ 主観的要素」については、特に過失の判断基準が問題となる。この点については、以下のように考えるべきである。

▼ データセットの量が少量の場合（関連性が高い場合）、又はアダルト利用等の名誉毀損的状况で利用する場合においては、照合義務（「データセット内のデータと自動生成された人物肖像の一致度を比較照合する義務」）が行為者に課される。そのような照合義務が課される場合において同照合義務を果たさなければ過失が存在する。そして、データセット内にAI自動生成肖像と同一肖像が含まれていれば、照合義務を果たしていれば権利侵害を防止できたはずであるから過失と権利侵害との間の因果関係も存在し、不法行為が成立することになる。

▼ 逆に、そのような照合義務が課される場合であってもデータセット内にAI自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセットとAI自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たしていないという過失が存する場合でも、過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為は成立しない。

▼ 十分な量のデータセットを利用しかつ非名誉毀損的な利用態様で利用する場合であれば、そもそもデータセットとAI自動生成肖像の照合義務が発生し

ないため当該照合義務を果たしていないとしても過失がなく不法行為は成立しない。

2 パブリシティ権侵害について

一般的に言うところ、パブリシティ権侵害による損害賠償額は狭義の肖像権侵害よりも高額になるため、ビジネス的には狭義の肖像権侵害よりも、パブリシティ権侵害をいかに生じさせないかが重要となる。

AI 自動生成肖像の利用行為のパブリシティ権侵害判断基準は、① 実在の人物の容ぼうと生成された人物肖像の同一性があること、② ピンク・レディー事件最高裁判決が示した3類型での利用、③ 主観的要素、④ 氏名・肖像に顧客吸引力があることである。狭義の肖像権侵害の成立要件と異なり、関連性が要件に含まれていない点が大きな特徴である。

また「③ 主観的要素」については、特に過失の判断基準が問題となる⁹⁷。この点については、以下のように考えるべきである。

▼ AI 自動生成肖像を3類型で利用する場合、データセットの大小等に関わらず、データセットとAI 自動生成肖像の照合義務が発生し同照合義務を果たさなければ過失が存在する。そして、データセット内にAI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていれば、照合義務を果たしていれば権利侵害を防止できたはずであるから過失と権利侵害との間の因果関係も存在し、不法行為が成立することになる。

▼ 逆に、そのような照合義務が課される場合であってもデータセット内にAI 自動生成肖像と同一肖像が含まれていなければ、データセットとAI 自動生成肖像の照合義務を果たしても同一肖像が含まれていることを認識できない。そのような場合は、照合義務を果たしていないという過失が存する場合でも、過失と権利侵害との間に因果関係がないため不法行為は成立しない。

3 ツール提供者の責任について

さらにAI 自動生成肖像の利用行為が肖像権侵害・パブリシティ権侵害に該当する場合において、当該肖像生成のためのツール提供者（データセットの作成・提供者や学習済みモデルの生成・提供者）の責任をどう考えるかも重要な問題である。

この点、AI 自動生成肖像の利用行為者の行為が肖像権侵害・パブリシティ権に該当すれば、ツール提供者の行為も自動的に不法行為に該当すると解釈することは、ツール提供者における不法行為の成立範囲が無限定かつ広くなりすぎてしまい合理的ではない。

AI 自動生成肖像生成のためのツールは、ごく例外的なツールを除いては、AI 自動生成肖像の利用行為による権利侵害を引き起こす危険性が高いものではないためである。

⁹⁷ なお、パブリシティ権侵害については、狭義の肖像権侵害と比して故意による侵害が行われるケースが格段に多いと思われる点については、第4章の2（3）（エ）主観的要素において述べたとおりである。

そのため、本稿においては、特許法の間接侵害の規定、及び著作権侵害に関する上記裁判例や立法上の議論を踏まえ、ツール提供行為という幫助行為のうち、権利侵害を引き起こす危険性が高い行為を対象としつつ、権利侵害の成立範囲を不当に広げないという観点から、肖像権・パブリシティ権の直接侵害行為に寄与するツール提供行為については「侵害発生の実質的危険性を有する物品を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する行為」についてのみ、違法な幫助行為として損害賠償責任を負うと解すべきであるとした。

そして、肖像生成のためのツール提供行為（データセットの作成・提供行為や学習済みモデルの生成・提供行為）のうち、データセットは「侵害発生の実質的危険性を有する物品」に該当しないことは明らかなので、その生成・提供行為は上記基準に該当せず権利侵害を構成しない。

次に学習済みモデルの生成・提供行為については、十分な量のデータセットを元データとして生成された学習済みモデルであれば、侵害惹起の危険性が低く、他用途にも利用され得ることから、「侵害発生の実質的危険性を有する物品」には該当しない。

一方、「ある特定の实在の人物 X や、特定のグループ Y に属する实在の人物肖像を自動生成することを目的として、当該人物 X やグループ Y の肖像のみを集めてデータセットを作成し、同データセットを用いて学習させた学習済みモデル」については、X の肖像を自動生成する能力が非常に高い学習済みモデルであることから、「侵害発生の実質的危険性を有する物品」に該当する。

したがって、そのような特殊な学習をした学習済みモデルを「侵害発生を知り」ながら提供する行為を行った者は、故意による幫助行為として損害賠償責任を負う。

さらに、そのような特殊な学習をした学習済みモデルであれば「(侵害発生を)知るべきでありながら」という要件は満たすことになるので「侵害発生防止のための合理的措置」を採らずに提供する行為は過失による幫助行為として損害賠償責任を負う。

この「侵害発生防止のための合理的措置」とは具体的には「自動生成肖像を肖像権侵害・パブリシティ権侵害に該当する態様で利用しないように注意を呼び掛ける」「元データと一定の一致度以上の肖像は自動生成されないようにする機能を備える」などの措置が考えられよう。

以上

【別紙】 裁判例一覧

	撮影	利用	裁判所	事案の概要及び判示事項
1	○	×	東京地判平成17年 12月16日(判例 時報1932号10 3頁)	原告本人承諾の下、モデル写真として利用する目的で適法に撮影が行われたが、その後当該顔写真が出会い系サイトの広告に無断で使用されたため、原告が広告制作会社及び右写真を同社に持ち込んだ写真家に対する肖像権侵害に基づく損害賠償請求を行い、同請求が認められた事例である。
2	○	×	東京地判平成18年 4月18日(LLI/ DB 判例秘書)	ホテルで行われたテレビ制作発表の場で適法に撮影された写真について、名誉毀損を構成する記事と共に女性週刊誌に掲載された事例である。 裁判所は、当該写真の利用について「弁論の全趣旨によれば、本件写真は、平成2年9月7日、テレビ制作発表の際にその広報を目的として撮影されたものであることが認められるところ、その当時において、原告が、約14年後に自己及び自己の子らの私生活・婚姻生活を批判する記事中において本件写真が公開されることまでも黙示的・推定的に承諾していたとは到底思われない。したがって、本件記事中において本件写真を公開することについて、原告の承諾ないし推定的承諾があったとは認めることはできず、また、公開することについて正当な理由があったと認めることもできない。」として肖像権侵害を肯定した。
3	○	×	東京地判平成18年 5月23日(判例タ イムズ1257号1 81頁)	週刊誌に掲載された元AV女優の記事のうち、元交際相手が語る過去の私生活、「裏ビデオ」映像を文章で詳細に描写したもの、女優活動中に撮影された写真及びAVのコマ撮りが、本人の承諾の範囲を超え、現在一般市民として生活する女性のプライバシー権及び肖像権を侵害したとして、出版社に220万円の損害賠償が命じられた事例である。
4	○	○	東京地判平成18年 6月5日(LLI/ DB 判例秘書登 載)	眼科医であり、結婚情報提供会社の代表者と従業員である原告らが、顔写真付きの結婚相手募集の広告に自らの顔写真を掲載していたところ、同顔写真がインターネット上のブログに無断転載された。当該転載行為について原告の承諾の範囲外での無断公表・転載であり肖像権侵害に該当するとの主張について裁判所は「顔写真についても、結婚相手を募集するための広告に掲載させていたのであるから、これが転載されたからといって肖像権が侵害されるとはいえない。」として肖像権侵害を否定した事例である。

5 ○	×		東京地判平成18年12月7日（LLI / DB 判例秘書登載）	<p>番組の公開録音が行われた際にパーソナリティとして出演した原告の下着部分が写りこんだ写真（雑誌社とは無関係の第三者による撮影）について、煽情的な見出しと共に週刊誌へ掲載した行為が肖像権侵害に該当しないか問題となった事例。</p> <p>裁判所は、写真撮影行為については「ことさら下着を着用した原告の下半身を盗撮することを目的として撮影されたものであると認めるに足りないこと」を理由として違法性を否定した。一方、当該写真の雑誌への掲載行為については「本件記事は、本件元写真のうちの原告の顔写真及び原告の下着が写っている下半身部分をことさら組み合わせ、これに原告の氏名及び「ムッチリ太モモもさることながら、タテスジ入りパンティが劣情をソッる」との文章を付して作成されたものであり、原告は、このような態様で自己の容ぼう等を撮影された写真を公表されたことにより、羞恥、困惑などの不快な感情を強いられ、社会生活上受忍すべき限度を超えて、精神的平穏が害されたものと認められる。」として人格権侵害を認めた。</p>
6 ○	○		東京地判平成19年4月13日（LLI / DB 判例秘書登載）	<p>かつて有名なアダルトビデオ女優であった原告が、自らの写真を記事と共に週刊誌に掲載した行為について肖像権侵害等を理由に賠償請求をした事案。肖像権侵害が問題となった写真は2種類あり、過去芸能活動をしていた際に適法に撮影された写真と、芸能界を引退した後に無許諾で週刊誌により撮影された写真である。</p> <p>このうち、撮影・公表と利用が別主体により行われたのは前者の「過去芸能活動をしていた際に適法に撮影された写真」なので、同写真の利用行為についてのみ紹介する。</p> <p>裁判所は、まず写真の無許諾での公表行為が肖像権侵害になる基準として「ある者の容ぼう等を撮影した写真をその承諾なく公表することが不法行為上違法となるかどうかは、被公表者の社会的地位、活動内容、撮影の状況、撮影自体に対する承諾の有無、公表の場所、目的、態様、必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである。」とした。</p> <p>そのうえで、芸能活動をしていた際に適法に撮影された写真の掲載行為については、過去の原告の活動を象徴するような内容であって撮影自体についての承諾があったこと、週刊誌記事は、引退前の原告の活動を紹介する際に当該写真を使用したものであることを考慮し「（それらの写真の掲載は）、未だ、社会生活上受忍すべき限度を超えて、原告の人格的利益を侵害するものであるとまではいえない。」として肖像権侵害を否定した。</p>

7	○	×	東京地判平成19年8月11日(LLI/DB 判例秘書登載)	<p>埼玉県の金融業者が保険金詐取目的で複数の知人を殺害ないし殺害しようとしたという保険金殺人事件に関し、写真週刊誌が「“愛人”と混浴・刺青写真」と題して、①記事及び②写真を掲載したことについて、①記事については名誉毀損、②写真については肖像権等の侵害を根拠に賠償請求をした事案。なお、②写真は、関係者により原告の承諾の下で撮影されたものであり「原告の私宅の露天風呂において、胸から上が湯から露出し、刺青が見えた状態で右手に缶ビールを持っている原告の姿、首から上が湯から露出し、ピースサインをしているFの姿とCの実母であるGの手が写っている。」というものである。</p> <p>まず、裁判所は①記事については名誉毀損の成立を否定した。次に②写真の掲載行為の肖像権侵害については「人は、みだりに自己の容貌等を撮影、公表されないことについて法律上保護されるべき人格的利益を有しており、それを違法に侵害した行為は不法行為となるが、不法行為法上違法となるか否かは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、公開の目的、態様、必要性等を総合考慮して、人格的利益の侵害が社会生活上受忍限度を超えるか否かによって判断すべきである。」としたうえで「これを本件写真についてみるに、原告の立場、撮影の場所、公表目的、態様は、前記(1)と同様であり、本件写真は、原告の入浴姿を撮影したものであり、要保護性が高い一方で、被告が本件写真を公表した目的に照らしても、それを公表する必要性が高いとは認められないことから、人格的利益の侵害が社会生活上の受忍限度を超えていると言わざるを得ない。」として肖像権侵害を認めた。</p>
8	×	×	大阪地判平成21年3月27日(LLI/DB 判例秘書登載)	<p>公衆浴場における盗撮映像をもとにDVDを制作・販売した行為が、当該盗撮映像に係る被撮影者のプライバシー権・肖像権を侵害し不法行為を構成するとして、当該DVDを制作・販売した会社及びその代表者の損害賠償責任が認められた事例</p>

9 ×	×		<p>東京地決平成21年8月13日（判例タイムズ1309号282頁）</p>	<p>タレントとして芸能活動を行っている債権者が、ストリップショーに出演したところ何者かが下着姿等を露出した姿の債権者を盗撮した。債務者である雑誌社が当該盗撮された写真を入手し、同写真を記事に掲載した。そこで債権者が債務者に対し、人格権、肖像権及びパブリシティ権を被保全権利として、今後同写真を債務者がその出版する図書へ掲載することを禁止する仮処分命令の申立をおこなった事案である。</p> <p>裁判所は法廷写真撮影最高裁判決を引用したうえで「とりわけ、人の裸体を撮影した写真が一般に公表されて公衆の目に触れることになった場合には、被撮影者の羞恥心が著しく害され、これを事後的な金銭賠償で回復することは著しく困難である。したがって、人の裸体を撮影すること、また、人の裸体が撮影された写真を公表することは、被撮影者の同意があるなど、特段の事情がない限り許されず、被撮影者は、人格権としての肖像権に基づき、撮影された裸体の写真が公表されようとする場合には、これを事前に差し止めすることができるものと解するのが相当である。」として仮処分認可決定を行った。</p>
10 ○	×		<p>東京地判平成21年9月29日（判例タイムズ1339号156頁）</p>	<p>いわゆる「ロス疑惑」により世間の耳目を集めたAの妻である原告が、事件当時に撮影された写真（報道機関により事件当時に撮影された写真であって、屋外で自動車に乗り込もうとしている原告を撮影したものであり、本判決は明確に判断していないものの同写真の撮影行為自体は適法であると思われる。）を、約25年後に記事と共に掲載した雑誌社である被告に対してプライバシー権侵害、肖像権侵害を理由に損害賠償を求めた事案。</p> <p>裁判所は法廷写真最高裁判決が示した肖像権侵害に関する基準を基に、①本件写真の公表の目的は、Aの逮捕により社会的関心が再燃したいわゆる「ロス疑惑」を改めて報じ、これを喚起させることにあると認められ、その正当性は一応首肯できる、②本件写真は公道で撮影されたものであり、被撮影者である原告も、自動車に乗り込む姿を撮影されたものであって、特に秘匿すべき活動内容を含むものであるともいえないとしつつも、③本件写真は約25年前に撮影されたものであり、通常人が遠い過去の姿態を公表されることを望まないのは明らかであるし、④公表の場所ないし態様についても、巻頭に近い頁の半分以上を同頁中唯一の写真である本件写真が占め、原告の容貌が鮮明に現れているのであって、上記人格的利益を大きく損なうものといわざるを得ないこと、⑤被撮影者である原告自身が「ロス疑惑」への関与を疑われたなどの事情もなく、上記被疑事実と密接に関連する事実を写真付きで報じる必要性ないしは重要性が乏しいこと、⑥技術的にも、モザイク等の修正を施すことによって原告の肖像を公表せずに本件写真を掲載することが容易であったというべきであるから、原告が上記のような不利益を受忍すべき理由はない。そうすると、本件写真の撮影が適法であるか否かは措くとしても、本件写真の掲載による原告の人格的利益の侵害は、社会生活上、受忍限度を超える違法なものといわざるを得ない、として肖像権侵害を認めた。</p>

11	×	× (ただし将来の利用行為の差止は認めなかった)	東京高決平成22年3月4日(判例時報2112号43頁)	<p>9事件における仮処分認可決定が争われた事案であるが、裁判所は、①同決定後にストリップショーの映像を含むDVDが販売されたこと、②相手方(注:債権者)がストリップショー公演について肯定的な発言を雑誌上で行っていること、③同決定後に自らの裸体及びストリップショー公演時の裸体の写真を週刊誌に掲載させていることなどを認めて「相手方は、自己の裸体を一般社会に広くさらすことによって社会の耳目を集めて話題性を作り、芸能活動への復帰を成功させようと企図しているものといえることができ」として、「相手方は原告人に対して原告人が今後出版する図書への本件写真の不掲載を一般的に事前に差し止め得るまでの強い権利(本件仮処分命令申立ての被保全権利(肖像権、人格権又はパブリシティ権))を有しない」と判示し仮処分認可決定を取り消した。</p> <p>ただし、原告人が9事件における「本件写真」(当時盗撮されたストリップショー公演の写真)を入手し、これを相手方に無断で雑誌に掲載したこと自体については、違法だとして損害賠償義務が発生する余地があった。</p>
12	○	×	東京地判平成22年7月28日(判例タイムズ1362号168頁)	<p>適法に撮影され、雑誌に掲載された原告の写真を参考にして作画されたキャラクターが登場する漫画の出版が、その内容も相まって原告の名誉感情及び肖像権を侵害するとして賠償請求を求めた事案である。</p> <p>裁判所は、漫画の内容が原告の名誉感情を侵害することを認めるとともに、肖像権侵害については、法廷写真最高裁判決を基に「本件登場人物は、乙山が本件写真に基づいて作画したものであり、一見して本件写真の原告と極めて似ている上、その属性が原告の属性を連想させるものであるところ、本件描写1,2は、原告の外観、人物像を侮辱するものであって、原告の名誉感情を侵害するものと認められる。そして、前記争いのない事実等及び上記1認定事実によれば、原告は、不良系ファッションのファッションリーダーとして会社を営み同ファッションを特集する雑誌のモデルとなっているものではあるが、一般私人にすぎず、公的な立場にあるものでも公的な活動をするものでもないこと、本件登場人物は、本件単行本においては異なる特徴を有する人物に描き変えられており、本件描写1,2において、殊更本件写真の原告と似せて描く必要が全くなかったことが明らかであることなどの事情も認められる。そうすると、本件描写1,2の公表は、原告の自己の容ぼう等を描写した漫画をみだりに公表されない人格的利益(肖像権)を侵害するものであって、図画の特質を参酌しても、その侵害の程度が社会通念上受忍すべき限度を超えたものというべきであり、不法行為法上違法と評価するのが相当である。」として肖像権侵害を認めた。</p>

13 ○	○ と ×	東京地方判平成22年9月27日(判例タイムズ1343号153頁)	<p>被告が店舗内に監視カメラを設置して店舗内の客の行為を撮影していたところ、著名人であるAが万引きした映像が撮影された(①)。被告Y1は同映像を報道機関に提供し(②)、報道機関が同映像を基に番組を制作し放映した。被告Y2(監視カメラを同店舗に納入した会社)が、②で放映された番組を録画・編集したうえで同映像が含まれるDVDを作成して放映・配布した(③)。Aの遺族である原告が、被告Y1による撮影行為(①)、被告Y1による報道機関への映像の提供行為(②)、被告Y2による映像のDVDの放映・配布行為について、それぞれ肖像権等を侵害するとして賠償請求を行った事案である。裁判所は以下のように判示した。</p> <p>1 撮影行為(①) 店舗に監視カメラを設置する必要があること、撮影の方法や撮影された画の管理方法についても相当性を有していることなどの諸事情を総合考慮すれば、被告Y1が、本件監視カメラにより亡Aを撮影したことは、社会生活上受忍限度を超えるものではなく、同人の肖像に係る人格的利益及びプライバシー権を侵害しない。</p> <p>2 報道機関への提供行為(②) 動画ファイルの提供行為は小売店における万引きの増加に警鐘を鳴らす番組を制作するためであったことなどの諸事情を総合考慮すると社会生活上受忍限度を超えるものではなく、同人の肖像に係る人格的利益及びプライバシー権を侵害しない。</p> <p>3 DVDの放映・配布行為(③) 本件DVDには、亡Aが本件店舗において商品を選定し、これを購入しようとする姿等が映っている上、これを見た者に対し、亡Aが本件店舗内において万引きをしたとの印象をも与えるものであり、被告Y2は、本件DVDを作成し、これを放映、配布することにより、亡Aの肖像に係る人格的利益及びプライバシー権を侵害したものである。そして、被告Y2は、自社製品の販売促進を目的として、本件DVDの放映及び配布をしたものと認められ、同被告に専ら公益を図る目的があったとは認められないし、他に亡Aの肖像に係る人格的利益及びプライバシー権の侵害が社会生活上受忍限度内であるとすべき事情も認められないから、同被告の上記行為は、不法行為法上違法であると認めるのが相当である</p>
------	----------	----------------------------------	---

14	○	○	東京高判平成23年 4月15日（判例時報 2166号61頁）	<p>宗教法人の総裁代行の地位にある原告が、写真付き記事を週刊誌に掲載されたことでその名誉及び肖像権を侵害されたと主張して雑誌社に対して損害賠償を求めた事例である。掲載された写真は宗教法人の会員に限定販売された「大和神社乙山会二十年の歩み」に掲載されていた写真であった。</p> <p>裁判所は記事の一部について名誉毀損の成立を認めたが、肖像権侵害については、当該写真が私生活を撮影したのではないこと、写真の掲載目的は専ら公益を図る目的であったことから肖像権侵害には該当しないと判示した。</p> <p>なお、本件の控訴審判決（東京高判平成23年11月9日（判例時報2166号56頁））は、肖像権の非侵害の判断については原判決を維持したうえで、記事の一部の名誉毀損については否定し原判決を変更した。</p>
15	○	○	京都地判平成23年 10月28日（LLI /DB 判例秘書登 載）	<p>光市母子殺害事件差戻後控訴審において被告人の精神鑑定の結果について証言した精神科医である原告が、被告が製作して全国に放送されたテレビ番組により、原告の名誉が毀損され、原告の映像（別の機会に適法に撮影されたインタビュー映像）が無断で使用されて肖像権等が侵害されたとした事案である。裁判所は、肖像権侵害の有無について法廷写真最高裁判決を引用したうえで、当該映像はすでに一度テレビ放映されていること、当該映像を利用した番組は、公共の利害に関する事実について公益目的で報道したものであり特段の違法性がないものであるから、当該映像の利用についても「社会生活譲受人すべき限度を超えるものではなかった」として肖像権侵害を認めなかった。</p>
16	○	○	東京地方判平成24 年2月6日（LLI /DB 判例秘書登 載）	<p>被告会社に関する宣伝広告記事において、被告会社元取締役であり（同記事掲載時点では被告会社を退職していた）退職後被告会社とトラブルになっていた原告の写真に掲載した被告会社等の行為が、原告の肖像権等を侵害するとして損害賠償を求めた事案である。なお、当該写真は原告が被告会社の元取締役として在任中に適法に撮影され雑誌に掲載されたものである。</p> <p>裁判所は肖像権侵害について、法廷写真最高裁判決を引用したうえで、当該写真については原告の承諾の下一刻雑誌に掲載されたものであること、当該掲載に際して、写真が別の媒体に再利用される可能性があることも認識していたこと、掲載された写真の大きさは極めて小さく、写真についての説明文を見なければ原告であるかどうかも識別が難しい程度の大きさのものにすぎないことを理由に肖像権侵害を否定した。</p>

17	○	×	広島地判平成24年5月23日(判例時報2166号92頁)	いわゆる光市母子殺害事件の被告人である原告が、本件事件に関する実名掲載及び写真(中学校の卒業アルバムに掲載されていた顔写真)掲載を伴う書籍(本件書籍)の著者である被告Aらに対して、プライバシー権、名誉権、肖像権等侵害を理由に本件書籍の出版差止め、損害賠償等を求めた事案である。 裁判所は、肖像権侵害の成否について「原告は、みだりにその容ぼう等を撮影した写真を公表されないことについて法的保護に値する利益を有しており、本件における全証拠によっても、原告の顔写真を本件書籍に掲載することについて原告の承諾があったとは認められないこと、被告甲野及び被告乙山は、本件書籍の中で、犯人特定情報として原告の実名を使用しているもので、中学卒業時の原告の顔写真を、本件書籍に掲載する必要性も容易に見い出せないことからすると、本件書籍を出版、販売等を行うことによって原告の中学卒業時の顔写真を公表することは、原告の肖像権の侵害に当たるといふべきである。」として肖像権侵害を認めた。
18	○	○	大阪高判平成24年6月29日(LLI/DB判例秘書掲載)	15事件の控訴審判決である。 現判決と同様の理由により肖像権侵害を認めなかった。
19	○	○	広島高判平成25年5月30日(判例時報2202号28頁)	17事件の控訴審判決である。 本判決は「甲事件原告の中学校卒業時の写真の掲載は、甲事件原告の明確な承諾はないものの、甲事件原告が本件書籍の出版に同意していたことに加え、甲事件原告に対する社会的関心が高く、そのような関心は正当なものといえることなどを考慮すれば、少年法61条を考慮しても、報道の自由として許されるものであって、違法なものとはいえない。」として、原判決を変更し、肖像権侵害を否定した。なお、本判決は後に上告されたが上告棄却により確定している。

20	○	×	東京地判平成27年1月29日（L L I / D B 判例秘書登載）	<p>被告がインターネット上に開設するブログ及びホームページ上に掲載した記事や写真（いずれも原告の承諾の下に適法に撮影された写真）が、原告らの名誉を毀損し、人格権・肖像権を侵害したとして損害賠償を求めた事案である。</p> <p>裁判所は、本件記事により、原告らが暴力団関係者と交際・交流があるとの印象を与え、その社会的評価を低下させるもので、意見・論評の範囲にはとどまらず違法性阻却事由もないとし、また本件写真の掲載について「写真が名誉毀損的な文章と併せて掲載されれば、ブログの閲覧者に対して写真に掲載された人物が実在する人物であり、当該文章に記載されている事実に関与していたことをより具体的に想像させるのであって、通常の名誉毀損的な表現を用いるよりも、写真に掲載された人物に与える影響は大きいものと解される。」として、肖像権侵害を認めた。</p>
21	○	×	東京地判平成27年1月29日（ジュリスト1483号8頁）	<p>被告Y社が、原告Xらの肖像写真に裸の胸部のイラストを合成した画像を用いた記事を掲載した雑誌を出版、販売したことに対し、Xらが、パブリシティ権並びに人格権を侵害するとして、Y社に対し雑誌の印刷及び販売の差止め等を求めた事案である。裁判所は、本件写真の利用行為は、専ら原告らの肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするものではないこと等から、パブリシティ権侵害は認められないとした。一方、肖像権侵害については「本件記事は、一見しただけで原告ら女性芸能人の肖像に裸の胸部のイラストを合成したものであると判別できるようなものではなく、少なくとも第一印象として原告ら女性芸能人が自らの乳房を露出しているかのような誤解や印象を読者に生じさせる可能性があるものである。このような表現行為が、肖像を無断で利用された女性に強い羞恥心や不快感を抱かせ、その自尊心を傷付けるものであることは明らかである。」として肖像権侵害を認めた。</p>
22	○	×	知財高判平成27年8月5日（L L I / D B 判例秘書登載）	<p>21事件の控訴審判決である。</p> <p>本判決は原判決と同様、パブリシティ権侵害は否定したが、肖像権侵害については原判決と同様「本件記事における表現の内容は、その肖像を無断で使用された女性にとっては、自らの乳房や裸体が読者の露骨な想像（妄想）の対象となるという点において、強い羞恥心や不快感を抱かせ、その自尊心を傷付けられるものであるとすることができる。さらに、本件記事は、肖像写真に乳房のイラストを合成した画像だけでなく、1審原告らの芸能活動に関係する性的な表現を含むコメントや、露骨な性的関心事を評価項目とするレーダーチャートが付されており、これらによって読者の1審原告らに対する性的な関心を煽り、1審原告らに羞恥心や不快感を抱かせるものであるとすることができる。以上によれば、本件記事は、社会通念上受忍すべき限度を超えて1審原告らの名誉感情を不当に侵害するものであるとともに、受忍限度を超えた肖像等の使用に当たるといふべきである。」として侵害を認めた。</p>

23	○	×	東京地判平成28年1月29日（L L I / D B 判例秘書登載）	<p>原告の名誉を毀損する内容のウェブサイト上の記事において、原告の写真（本件写真）が掲載されているサイトへのリンクを貼る行為が原告の肖像権を侵害するかが争われた事案。当該リンク先の原告の写真は、原告の容貌及び上半身の写真の目元にモザイク処理を施し、「少女買春常習犯」との文字を付したものであった。判決は、肖像権侵害の判断基準について述べたうえで「本件写真は、原告の容貌及び上半身の写真の目元にモザイク処理を施し、「少女買春常習犯」との文字を付したものである。それゆえ、本件写真は、原告があたかも児童買春という犯罪を常習的に行っているかのような印象を与えるものであり、そのような原告の容貌が撮影された写真の公表の態様に鑑みれば、原告の人格的利益の侵害は社会生活上受忍の限度を超えるものといえるから、この写真を公表した行為は、不法行為法上違法であるといえる。それゆえ、同写真へのリンクを掲載した本件記事は、同写真へのアクセスを容易にすることにより、上記違法な行為による原告の人格的利益の侵害を拡大させる点で、原告の権利を侵害するものと認められる。」としてリンクを貼る行為による肖像権侵害を認めた。</p>
24	×	×	東京地判平成28年2月5日（L L I / D B 判例秘書登載）	<p>氏名不詳者がインターネット掲示板に、原告らの容ぼうを撮影した写真に関するリンク先が掲載されたことから、同リンク先の掲載行為により原告の肖像権が侵害されたかが争われた事案である。なお、当該写真は、道路上を歩く原告を無断で撮影したものであった。</p> <p>裁判所は、リンクの設定行為によって当該写真が掲載情報の一部として取り込まれているとしたうえで、「何人も、その承諾なく自己の容貌・姿態をみだりに撮影され、これを公表されないという法的利益を有するところ、原告らは、本件画像を撮影・公表することを承諾したことはない旨明言しているのであるから、本件情報の発信によって、原告らの同法的利益が違法に侵害されたというべきである。なお、本件画像は、道路という公共の場を歩行する姿を撮影しており、不特定多数の者の目に触れる状況を撮影したものはあるが、そのことをもって、私人である原告らの容貌等を承諾なく撮影・公表することによる違法性が否定されるものではない。また、証拠によれば、原告らの容貌は第一東京弁護士会会報を通じて公表されているが、同会報による原告らの写真は、会員への紹介目的で使用されるものであって、その他の目的での使用を予定していない上、同会報は広く一般に流通しているものではないことに照らすと、原告らの写真が同会報に掲載されていることをもって、原告らの容貌等が広く一般に知られているとはいえず、本件情報発信の違法性を否定する理由とはならない。」として、同リンクの設定行為による肖像権侵害を認めた。</p>

25	○	×	新潟地判平成28年9月30日（判例時報2338号86頁）	<p>原告（事件当時1歳の女兒）が、氏名不詳者が原告の画像（当該画像は原告の母親が撮影し、母親が自らのツイッターアカウントにおいて投稿したものである）を添付してツイッターに投稿した記事（本件記事）が原告の肖像権を侵害するかが争われた事案。「本件記事」は、自分の孫である「C」が、本件発信者が反対したし、「C」も泣いて帰りたがっていたのに、「C」の母親（本件発信者の「嫁」）がデモに連れて行ったため、熱中症で死亡したとの記事であり、かなり広範囲の者に閲覧された。</p> <p>裁判所は、法廷写真最高裁判決を引用したうえで、大要「何人も自己の容貌や姿態を撮影されたり、公表されない利益を有しているのだから、原告の承諾を得ないで、本件記事に添付して本件画像をツイッターで公開することは、原告の肖像権を侵害するとみるのが相当である。」「被告は、本件画像はすでにウェブサービスで公開されていたのであるから、本件記事に添付して本件画像を公開することは、原告の肖像権を侵害するものではないと主張する。しかし、人格価値を表し、人格と密接に結びついた肖像の利用は、被撮影者の意思に委ねられるべきであり、ウェブサービスで本件画像が公開されていたからといって、このことから直ちにその方法に限定なく本件画像を公開できるとか、本件画像の公開について被撮影者である原告が包括的ないし黙示的に承諾していたとみることはできない。本件画像を添付した本件記事は、閲覧者をして、本件画像の被撮影者が本件発信者の孫である「C」であって、「C」はデモに連れて行かれて熱中症で死亡したと想起させるものであり、一般人であれば、自分の画像を死亡した他人として公開されることを包括的ないし黙示的に承諾するとは考え難い。このことは本件画像を公開した本件発信者においても容易に認識できたはずである。したがって、本件画像がすでにウェブサービスで公開されていたことを根拠とする被告の主張は採用できない。」として肖像権侵害を認めた。</p>
26	○	○	東京地判平成29年4月11日（LLI／DB 判例秘書登載）	<p>被告発行の月刊誌に掲載された本件記事及び原告の顔写真（本件顔写真）の掲載により、原告が、名誉を毀損、名誉感情、プライバシー、人格的利益、肖像権を侵害されたとして各不法行為の賠償と謝罪広告の掲載を求めた事案である。</p> <p>裁判所は、肖像権侵害について大要「本件記事は目的が不当とは言えないこと、原告の顔を含む写真は、これまで、原告会社のパンフレットや複数の週刊誌に掲載されており原告の顔写真が全く公表されていないものではなかったこと、本件顔写真は、原告の笑顔とスーツを着用した肩や胸部の一部分と、オフィスの一室を思わせる背景が写されているのみで、私生活をうかがわせるようなものは写っておらず、秘密裏に撮影された様子もうかがえないこと、本件顔写真に写っている原告は、本件雑誌発行当時の近影ではなく、相当以前の姿であることといった事情も総合すれば、原告主張のセキュリティ上の問題等を考慮しても、本件顔写真の掲載による不利益は、原告が受忍すべき限度を超えるものではないと認められない」として肖像権侵害を認めなかった。</p>

27	○	×	大阪地判平成29年8月30日（判例タイムズ1445号202頁）	<p>インターネット上の掲示板において、原告の顔写真やアカウント名を利用して原告になりすまし、第三者に対する中傷等を行ったことについて、名誉権及び肖像権の侵害が問題となった事案である。本件で利用された原告顔写真は、原告本人が数年前にプロフィール画像として設定した写真であった。</p> <p>裁判所は、法廷写真最高裁判決を引用したうえで大要「被告は、原告の顔写真を本件アカウントのプロフィール画像として使用し、原告の社会的評価を低下させるような投稿を行ったことが認められ、被告による原告の肖像の使用について、その目的に正当性を認めることはできない。そして、被告が、原告の社会的評価を低下させる投稿をするために原告の肖像を使用するとともに、「わたしの顔どうですか？w」「こんな顔でHさんを罵っていました。ごめんなさい」などと投稿したことは、原告を侮辱し、原告の肖像権に結びつけられた利益のうち名誉感情に関する利益を侵害したと認めるのが相当である。そうすると、被告による原告の肖像の使用は、その目的や原告に生じた不利益等に照らし、社会生活上受忍すべき限度を超えて、原告の肖像権を違法に侵害したものと認められる。」として肖像権侵害を認めた。</p>
28	○	×	東京地判平成29年9月7日（LLI/D B 判例秘書登載）	<p>クラブのホステスとして稼働する原告について、インターネット掲示板に名誉毀損的な記事が掲載され、同時に原告の写真が掲載されたことについて名誉毀損、肖像権侵害が成立するかが争われた事案である。掲載された原告の写真は、原告自身がInstagramにアップロードした写真であった。</p> <p>裁判所は記事の一部分（「原告が過去に芸能人であるCの夫と肉体関係を持った」という部分）について名誉毀損の成立を認めたとうえで、原告写真の利用行為について大要「本件記事は、Cの夫と不倫した原告の風ぶうを特定する趣旨で、原告がInstagramの自身のウェブページにアップロードした、自身の写真および文章を本件スレッドに無断で転載（引用）するものである。原告の上記ウェブページは、少なくとも123名によって閲覧されたものであり、原告の写真はある程度公開されるに至っているが、不倫等をした者が原告であると特定する趣旨で自身の写真を転載（引用）することまで想定して、原告が自身の写真をアップロードしたもとはいえず、原告が肖像権を放棄したとか、上記転載（引用）を黙示に承諾したなどは到底いうことができない。そうすると、本件記事が原告の肖像権を侵害することは明白であるというべきである。」として肖像権侵害を認めた。</p>

29	○	×	東京地判平成30年2月19日（L L I / D B 判例秘書登載）	<p>氏名不詳者がSNSに「原告が写った写真を横に破いたうえでその破いた写真を撮影した画像」（本件各画像）を投稿した行為が原告の肖像権を侵害するかが争われた事案である。</p> <p>裁判所は法廷写真最高裁判決を引用したうえで大要「本件各画像は、いずれも原告の顔が写った写真を中央付近から殊更横に破いた上、その状態を撮影して作成したものであるところ、このような態様で個人の写真を公表する行為は、通常当該個人の心情を害するものであり、社会通念上相当とはいえない。また、本件アカウントに投稿された本件各画像以外の画像には、原告の顔が写った写真をあえて汚損して撮影したのが見られるなど、本件アカウントへの投稿からは、全体を通じて投稿者の原告に対する害意がうかがえることに加えて、原告が、このような態様で原告の写真を使用して公表することを許諾していないことからすると、本件各画像をSNSに投稿して公表する行為が、原告において社会生活上受忍すべき限度を超えるものであることは明らかである。」として肖像権侵害を認めた。</p>
30	○	○	東京地判平成30年4月23日（L L I / D B 判例秘書登載）	<p>被告がウェブサイトを投稿した記事及び原告の写真が、原告の名誉権及び肖像権を侵害したとして損害賠償を求めた事案である。原告の写真は10名前後の者が会合らしきものを行っているそばでマスクをした原告を含む男性3名が立っている様子が撮影された写真であり、原告自身がSNSに投稿したものである。</p> <p>裁判所は記事の一部について名誉毀損を認めたが、原告の写真掲載については「本件写真は、原告がフェイスブック上で公開しているものであることに加え、原告とされる人物は小さく写っているにすぎず、顔の下半分はマスクで隠されていることが認められ、これを見た一般読者が原告であると判別できるかも疑問である。また、本件写真説明の内容も、静岡県・市の会合の存在に疑問を呈しているものにすぎず、原告が主張するように、原告があたかも犯罪者ないしこれに類する不審な人物であるかのごとき印象を作出するものとはまではいえないから、原告の社会的評価を低下させるものとは認められない。」として、写真掲載による名誉毀損・肖像権侵害を認めなかった。</p>

31	○	○	東京地判平成31年1月25日（L L I / D B 判例秘書登載）	<p>本件は、遠隔診療に従事している医師である原告が、遠隔診療を可能にするスマートフォン向けアプリケーションを提供している被告に対し、原告の肖像が掲載された新聞記事を被告が広告用ポスターに使用して複数の医療機関に配布したことが原告のパブリシティ権・肖像権を侵害するとして損害賠償等を求めた事案である。</p> <p>裁判所は肖像権侵害について「その経緯、使用目的、使用態様、原告の受ける不利益の程度等を総合考慮して、その侵害が社会生活上受忍の限度を超えるか否かに基づいて判断することが相当である。」としたうえで大要「本件ポスターは、日本経済新聞の記事をその発行元の承諾を得て、出典を明記して転載したものであること、本件ポスターは、その記載に照らすと、遠隔診療の利便性を強調し、患者等に遠隔診療の利用を推奨することを目的とするものであると認められ、被告が本件ポスターに本件記事を掲載した理由は、遠隔診療の現状、利便性、遠隔診療の実際の流れや受診方法、遠隔診療に適する疾患、今後の課題などについて患者等に情報を提供し、その理解を得るためであること、本件ポスターにおける本件写真の掲載態様は、前記のとおり、本件記事をそのまま転載しているにすぎず、本件記事に掲載された本件写真の大きさを改変したり、本件記事中の原告又は原告医院に関する記載内容に変更を加えているものではないこと、さらに、原告が本件記事の掲載については事前に承諾していることからすると、本件ポスターに掲載された本件記事の内容自体は原告の意に反するものではなく、その内容を見ても、原告及び原告医院が遠隔診療に積極的に取り組んでいることを紹介するものであり、原告又は原告医院に不利益を及ぼす内容は含まれていないことから、本件写真の掲載による原告の人格的利益が侵害される程度が社会生活上の受忍限度を超えるということとはできない。」として肖像権侵害を認めなかった。</p>
----	---	---	------------------------------------	--