

判決年月日	平成20年12月15日	担当部	知的財産高等裁判所 第4部
事件番号	平成20年(ネ)10059号		

○ 被控訴人による①多数の「ベースステーション」を被控訴人の事業所に設置した上で、②これら多数の「ベースステーション」に電源を供給，起動して，ポート番号の変更などの必要な各種設定を行い，③テレビアンテナで受信した本件番組をこれら多数の「ベースステーション」に供給するために，被控訴人が調達したブースターや分配機を介した有線電気通信回線によってテレビアンテナとこれら多数の「ベースステーション」を接続し，④被控訴人が調達し，被控訴人において必要な設定を行ったルーター，LANケーブル及びハブを経由して，被控訴人の調達した接続回線によりこれら多数の「ベースステーション」をインターネットに接続し，⑤以上のような状態を維持管理する行為が公衆送信行為に該当しないとされた事例

○ 著作権法2条1項7号の2の規定に係る「公衆によって直接受信されること」とは，公衆（不特定又は多数の者）に向けられた送信を受信した公衆の各構成員（公衆の各構成員が受信する時期が同時であるか否かは問わない）が，著作物を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態になることをいうものと解するのが相当である。

○ 「1対1」の送信を行う機能しか有していない装置（「ベースステーション」）が，不特定又は多数の者によって直接受信され得る無線通信又は有線電気通信の送信を行う機能を有する装置である自動公衆送信装置に当たるとすることはできないとされた事例

（関連条文）著作権法2条1項7号の2，同項9号の5，同法23条1項，99条の2

本件は，放送事業者であり，別紙放送目録（省略）1～7記載の各周波数で地上波テレビジョン放送（以下，別紙放送目録1～7記載の放送を総称して「本件放送」という。）を行っている控訴人らが，「まねきTV」という名称で，被控訴人と契約を締結した者がインターネット回線を通じてテレビ番組を視聴することができるようにするサービス（以下「本件サービス」という。）を提供している被控訴人に対し，被控訴人の提供する本件サービスが，本件放送について控訴人らが放送事業者として有する送信可能化権（著作隣接権。著作権法99条の2）を侵害し，また，別紙著作物目録（省略）1～7記載の各著作物（以下，別紙著作物目録1～7記載の番組を総称して「本件番組」という。）について控訴人らが著作権者として有する公衆送信権（著作権。著作権法23条1項）を侵害している旨主張して，著作権法112条1項に基づき，本件放送の送信可能化行為及び本件番組の公衆送信行為の差止めを求めるとともに，民法709条，著作権法114条2項に基づき，著作権及び著作隣接権の侵害による損害賠償の支払いを求めた（不法行為後の日

である平成19年3月15日から支払い済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を附帯して請求）事案である。

原判決は、本件訴えが訴権の濫用に当たるとの被控訴人の主張は排斥したが、被控訴人が、本件サービスにおいて行っている行為は、著作権法2条1項9号の5イ又はロに規定された送信可能化行為に該当せず、同法2条1項7号の2に規定された公衆送信行為にも該当しないとして、控訴人らの請求を棄却した。

控訴人らは、控訴審において、概略以下のような主張をし、被控訴人らはこれらの主張を争った。

1 公衆送信行為について

(1) 原判決は、「アンテナ（端子）が単独で他の機器に送信する機能を有するものではなく、受信機に接続して受信設備の一環をなすものであること、ブースターは、電気信号を増幅する機能を有するものの、アンテナ端子からの放送波を単に伝達する役割を果たすにとどまり、これ自体が単独で他の機器に送信する機能を有するものではないこと、分配機は、単独で他の機器に送信する機能を有するものではなく、アンテナを複数の受信機で共用するために、アンテナからの1本の給電線を分岐させて複数の給電線と接続させるとともに、それに伴う抵抗の調整を行うにすぎないものであり、これ自体が単独で他の機器に送信する機能を有するものではないことは、技術常識に照らして明らかである」ということを理由として、「被告がアンテナ端子とベースステーションとをブースター及び分配機を介して接続する行為は、ベースステーションにおいて放送波の受信を行うための物理的設備の単なる提供にすぎないとみるのが相当であり、送信行為に当たらない。」と判示している。

しかしながら、本件サービスにおいて、被控訴人が、アンテナ（端子）で受信した放送信号をブースターで増幅し、当該増幅した放送信号を分配機を介して有線電気通信回線によって多数のベースステーションに伝達していることは、著作権法2条1項7号の2の「有線電気通信の送信」に該当するのであり、これが送信行為に当たらないとした原判決の判断は誤りである。

(2) 原判決は、ベースステーションから各利用者のパソコンまでの送信の主体が各利用者であるとの判断を前提として、「被告は、原告らと受信機（利用者の専用モニター又はパソコン）に向けて送信する主体である各利用者との間をつないで、本件放送の放送波（電気信号）をいわば運搬しているにすぎないのであって、被告による上記行為は、『公衆によって直接受信されることを目的と』するものではない」と判示している。

しかしながら、「公衆によって直接受信されることを目的として」いるといえるためには、公衆の利用する「受信装置」まで送信していることが必要であるところ、原判決が採用するベースステーションにおいて受送信を行っている主体は各利用者であるとの論法を

前提とするならば、本件サービスにおいて、被控訴人は、各利用者が利用する受信装置であるベースステーションまで本件放送を送信しているのであるから、本件サービスにおける被控訴人によるアンテナからベースステーションまでの間の送信行為は、「公衆に直接受信されることを目的と」するものであることは明らかであり、原判決の判断は誤りである。

(3) 被控訴人によるアンテナからベースステーションまでの送信が「公衆によって直接受信されることを目的と」する「有線電気通信の送信」であることは明らかであるところ、被控訴人の送信行為が「公衆によって直接受信されることを目的と」する「有線電気通信の送信」であったとしても、著作権法2条1項7号の2かっこ書きの「電気通信設備で、その一の部分の設置の場所が他の部分の設置の場所と同一の構内（その構内が二以上の者の占有に属している場合には、同一の者の占有に属する区域内）にあるものによる送信」であることを理由として、同号の「公衆送信」に該当しないとの反論も一応予想され得るが、同かっこ書きは、コンサート会場などで、直接演奏を聞かせている部分については演奏、スピーカーを通じて聞かせている部分については公衆送信、というように異なる概念で押さえるのはおかしいということを慮って定められた例外規定であるから、そのような解釈は採り得ない。

2 送信可能化行為について

(1) 原判決は、本件サービスにおける送信の主体を検討するに当たり、「入力」及び「接続」を行っているのが誰なのかということについて正面から検討することなく、それ以外の副次的な間接事情を取り上げて総合考慮を行っている。

しかしながら、本件サービスにおいては、著作権法2条1項9号の5イ又はロに掲げる行為（すなわち「入力」及び「接続行為」）によって、各利用者からの求めに応じて本件放送が自動的に送信されるという状態が生じているのであるから、本件サービスにおける本件放送の送信の主体を判断するに当たっては、まずもって、同法2条1項9号の5イ及びロに掲げる行為である「入力」及び「接続」を行っているのが誰なのかということが検討される必要がある。

被控訴人が、アンテナで受信した放送信号をブースターで増幅し、当該増幅した放送信号を分配機を介して有線電気通信回線によって多数のベースステーションに伝達していることは、被控訴人による送信行為に該当するものであり、このような被控訴人による送信行為によって生じた、放送信号のベースステーションへの流入が、被控訴人による「入力」行為と評価されるべきことは明らかである（そもそも、典型的な放送の送信可能化における「入力」行為は、自動公衆送信装置とアンテナまたはアンテナ端子を、ブースターも分配機も介せず、単純に1本のケーブルで接続することによって行われるものであることからしても、このことは明らかである。）。

そして、被控訴人が、同法2条1項9号の5ロに定める、インターネット回線への「接続」行為を行っていることについては争いがないのであるから、被控訴人は、同法2条1

項9号の5イ及びロに掲げる各行為を行っている。

原判決のうち、「入力」及び「接続」について検討している部分については、そもそも、これらの行為が送信可能化の定義規定に該当する行為であるということを見落としている点で失当であり、加えて、原判決は、その検討の過程において、本件訴訟における送信の主体を検討するに当たって、その他の意味がない事情をことさらに取り上げて総合考慮しているのであり、かかる点からも原判決は失当である。

(2) 原判決は、「自動公衆送信し得るのはデジタルデータ化された放送データのみであり、アナログ放送波のままでは、インターネット回線を通じて『送信』することができない。したがって、アンテナ端子とベースステーションとを接続することにより、アナログ放送波がベースステーションに流入しているとしても、その放送波の流入によっては、自動公衆送信し得るようにしたものとはいえない。そして、本件サービスにおいて、アナログ放送波は、各利用者が選択した場合のみ、デジタルデータ化され、送信し得る状態になることからすれば、被告が自動公衆送信される放送データをベースステーションに入力しているということもできない。」と判示した。

しかしながら、自動公衆送信及び送信可能化の各定義規定（同法2条1項9号の4、同号の5イ）によれば、「情報」を「入力」することによる送信可能化とは、「自動公衆送信装置に情報を入力することにより、公衆からの求めに応じ自動的に公衆送信され得る状態にすること」を意味することになる。

そうすると、たとえ「入力」されるのがアナログ放送波であっても、デジタルデータ化の前後で「情報」（著作物であり放送の内容である番組）はまったく同一のまま変更されないものであり、各利用者からの求めに応じて、それが「自動的に」デジタルデータ化されて送信される限りは、同法2条1項9号の5イにおいて詳細に定められている送信可能化の定義規定に完全に合致しているのである。

したがって、たとえアナログ放送波がデジタルデータ化されて送信されているとしても、被控訴人の行為は、同法2条1項9号の5イにいう「情報」の「入力」に当たるといえるべきであり、原判決の解釈は誤りである。

(3) 原判決は、ある装置が自動公衆送信装置に当たるかどうかについて、当該装置が用いられている事案ごとに判断するというスタンスを採用した上、ベースステーションが「自動公衆送信装置」に該当しないと判示した。

しかしながら、本件サービスにおける送信可能化及びその後の送信行為の主体は被控訴人であるといえるべきであり、かかる送信可能化及び送信行為の主体である被控訴人から見れば、送信の相手方である各利用者は「不特定」であり、かつ、「多数」でもある。

したがって、ある装置が自動公衆送信装置に当たるかどうかについては、当該装置が用いられている事案ごとに個別に判断するというように、原判決と同様の見解に立った場合でも、本件サービスにおいて、ベースステーションは自動公衆送信装置に該当することになる。

(4) 原判決は、原告の「被告事業所内のシステム全体が一つの自動公衆送信装置を構成しており、被告がこれを管理支配して送信可能化行為を行っている」旨の選択的主張について、「各ベースステーションによって行われている送信は、個別の利用者の求めに応じて、当該利用者の所有するベースステーションから利用者があらかじめ指定したアドレスあてにされているものであり、個々のベースステーションからの送信はそれぞれ独立して行われるものであるから、本件サービスに関係する機器を一体としてみたとしても、不特定又は特定多数の者に対する送信を行っているということとはできない」と判示している。

しかしながら、原判決の判示するように、本件サービスに関係する機器を一体として一つの装置とみた場合には、一つの装置から特定かつ多数（原判決の認定では平成19年7月29日当時で74名。）に送信が行われているのであるから、自動公衆送信が行われていることは否定し得ないはずであり、原判決の判断は矛盾している。

本判決は、要旨以下のとおり判断して、本件控訴を棄却した。

1 送信可能化行為について

(1) 「送信可能化」とは、自動公衆送信装置の使用を前提とするものであるところ、「自動公衆送信装置」とは、公衆の用に供する電気通信回線に接続することにより、その記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分に記録され、又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいうものであり（著作権法2条1項9号の5イ）、「自動公衆送信」とは、「公衆送信」、すなわち、公衆によって直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信を行うことのうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うものをいうのであるから（同項7号の2、9号の4）、「自動公衆送信装置」は、「公衆送信」の意義に照らして、公衆（不特定又は特定多数の者。同条5項参照）によって直接受信され得る無線通信又は有線電気通信の送信を行う機能を有する装置でなければならない。

本件サービスにおいては、利用者各自につきその所有に係る1台のベースステーションが存在し、各ベースステーションは、予め設定された単一のアドレス宛てに送信する機能しか有しておらず、当該アドレスは、各ベースステーションを所有する利用者が別途設置している専用モニター又はパソコンに設定されていて、ベースステーションからの送信は、各利用者が発する指令により、当該利用者が設置している専用モニター又はパソコンに対してのみなされる（各ベースステーションにおいて、テレビアンテナを経て流入するアナログ放送波は、当該利用者の指令によりデジタルデータ化され、当該放送に係るデジタルデータが、各ベースステーションから当該利用者が設置している専用モニター又はパソコンに対してのみ送信される）ものである。すなわち、各ベースステーションが行い得る送信は、当該ベースステーションから特定単一の専用モニター又はパソコンに対するもののみであり、ベースステーションはいわば「1対1」の送信を行う機能しか有していないものである。そうすると、個々のベースステーションが、不特定又は特定多数の者によって

直接受信され得る無線通信又は有線電気通信の送信を行う機能を有する装置であるということとはできないから、これをもって自動公衆送信装置に当たるということはできない。

(2) 控訴人らの主張について

ア 控訴人らは、「公衆」への送信かどうかは、サーバなどの機器から見て不特定又は特定多数の者に送信されるかどうかではなく、送信行為者から見て不特定又は特定多数の者に送信されるかどうかによって判断される所、本件サービスにおいて、放送番組を利用者に送信しているのは被控訴人であり、被控訴人にとって利用者は不特定の者であって「公衆」に当たるから、ベースステーションが「1対1」の情報の伝達しか行うことができないということは、ベースステーションの自動公衆送信装置該当性を否定する根拠にならないと主張する。

しかしながら、上記のとおり、自動公衆送信装置は、公衆によって直接受信され得る送信を行う機能を有する装置でなければならず、その「公衆（不特定又は特定多数の者）によって直接受信され得る送信を行う」ことは、自動公衆送信装置の機能として必要なのであるから、不特定又は特定多数の者であるかどうかは送信行為者を基準に判断されるべきであり、かつ、仮に、本件サービスにおいて、放送番組を利用者に送信しているのが被控訴人であると仮定したとしても、個々のベースステーションを自動公衆送信装置に擬するのであれば、個々のベースステーションごとに、当該ベースステーションが、被控訴人にとって不特定又は特定多数の者によって直接受信され得る送信を行う機能を有するといえなければならない。そして、上記のとおり、ベースステーションからの送信は、その所有者である利用者が発する指令により、当該利用者が設置している専用モニター又はパソコンに対してのみなされるものであり、かつ、・・・当該利用者（当該ベースステーションの所有者）は、被控訴人との間で、本件サービスに関する契約を締結し、その契約の内容として、当該ベースステーションを被控訴人の事業所（データセンター）に持参又は送付した者であるから、このような者が、被控訴人にとって不特定又は特定多数の者といえないことは明らかであるから、控訴人らの主張は失当である。

イ 控訴人らは、ベースステーションを含めた被控訴人のデータセンター内のシステム全体が、一つの特定の構想に基づいて機器が集められ、それらが有機的に結合されて構築された一つの「装置」となっているから、本件システムは、被控訴人事業所内のシステム全体が一つの自動公衆送信装置を構成しているものであり、被控訴人がこれを一体として管理・支配しているものであるところ、被控訴人が、本件システムを用いて行っている送信は、被控訴人に申込みを行い、ベースステーションを送付してくる不特定又は多数の者（利用者）に対して行われているものであるから、送信可能化行為に該当するとも主張する。

しかしながら、本件サービスに係るデジタル放送データの送信の起点となるとともに、その送信の単一の宛先を指定し、かつ送信データを生成する機器であるベースステーションは、本件システム全体の中において、複数のベースステーション相互間に何ら有機的な

関連性や結合関係はなく（例えば、利用者との契約の終了等により、あるベースステーションが欠落したとしても、他のベースステーションには何らの影響も及ぼさない。）、かかる意味で、個々のベースステーションからの送信は独立して行われるものであるから、本来別個の機器である複数のベースステーションを一体として一つの「装置」と考える契機は全くないというべきである。

ウ 控訴人らは、ある装置が自動公衆送信装置に当たるかどうかは、当該装置が有する客観的機能のみによって定まるというべきであるとした上、ベースステーションを用いて送信を行う者から見て不特定又は特定多数の者が、対になる専用モニター又はパソコン等を所持しているような場合には、そのベースステーションによって自動公衆送信が行われることになるから、そのような機能を有する装置であるベースステーションは、自動公衆送信装置に当たると主張し、事業者が予め多数のベースステーションと対応モニターを購入し、その事業所内にベースステーションを設置して必要な設定を施しておき、顧客から申し込みがある都度、対応モニターを顧客に貸与する、というようなサービスを行っている場合をその例として挙げる。

しかしながら、控訴人らの挙示する上記の例においても、個々のベースステーションからの送信は、当該事業者との貸借契約（又は貸借を含む契約）を経た特定の者の設置する対応モニターに対してのみなされるだけであり、したがって、仮に、送信の主体が当該事業者であるとしても、個々のベースステーションが、当該事業者にとって不特定又は特定多数の者によって直接受信され得る送信を行う機能を有するものということとはできず、これをもって自動公衆送信装置に当たるということができないことは、上記・・・と同様である。そして、控訴人らの主張に係る「ベースステーションを用いて送信を行う者から見て不特定又は特定多数の者が、対になる専用モニター又はパソコン等を所持しているような場合」として、他にどのような例を想定し得るのかは明らかではないから、控訴人らの上記主張を採用することはできない。

(3) 以上によると、上記のとおり、「送信可能化」は、自動公衆送信装置の使用を前提とするものであるから、その余の点につき判断するまでもなく、本件サービスにおいて、被控訴人が本件放送の送信可能化行為を行っているということとはできない。

2 公衆送信行為について

(1) 控訴人らは、本件サービスにおいて、被控訴人は、①多数のベースステーションを被控訴人の事業所に設置した上で、②これら多数のベースステーションに電源を供給、起動して、ポート番号の変更などの必要な各種設定を行い、③テレビアンテナで受信した本件番組をこれら多数のベースステーションに供給するために、被控訴人が調達したブースターや分配機を介した有線電気通信回線によってテレビアンテナとこれら多数のベースステーションを接続し、④被控訴人が調達し、被控訴人において必要な設定を行ったルーター、LANケーブル及びハブを経由して、被控訴人の調達した接続回線によりこれら多数のベースステーションをインターネットに接続し、⑤以上のような状態を維持管理する行

為を行っており、被控訴人による上記①ないし⑤の行為により実現される本件番組のテレビアンテナから不特定多数の利用者までの送信全体は、公衆によって直接受信されることを目的としてなされる有線電気通信の送信として、公衆送信行為に該当すると主張し（以下「公衆送信行為の主張A」という。）、また、本件サービスにおいて、被控訴人が、テレビアンテナで受信した本件番組を多数のベースステーションに供給するために、テレビアンテナに接続された被控訴人事業所のアンテナ端子からの放送信号を被控訴人が調達したブースターに供給して増幅し、増幅した放送信号を被控訴人が調達した分配機を介した有線電気通信回線によって多数のベースステーションに供給していること自体が、公衆送信行為に該当するとも主張する（以下「公衆送信行為の主張B」という。）。

著作権法23条1項は、「著作者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあっては、送信可能化を含む。）を行う権利を専有する。」と規定するところ、控訴人らの公衆送信行為の主張A、Bは、被控訴人の上記行為が、本件番組についての控訴人らの同項所定の権利（公衆送信権）を侵害するというものである。

(2) 著作権法において「公衆送信」とは、公衆（不特定又は特定多数の者）によって直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信を行うことをいうものであり（2条1項7号の2）、同項は、公衆送信の種類として、「放送」（同項8号）、「有線放送」（同項9号の2）、「自動公衆送信」（同項9号の4）を定めている（ただし、「公衆送信」がこの3種類に限られるということではない。）。

ア 控訴人らの公衆送信行為の主張Aが、ベースステーションから利用者までの送信に着目して、「自動公衆送信」である公衆送信行為に当たるとするものであれば、上記3で説示したとおり、本件サービスにおいて個々のベースステーションは自動公衆送信装置に当たらず、また、本件サービスに係るシステム全体を一つの「装置」と見て自動公衆送信装置に当たるということもできないのであるから、本件サービスにおける各ベースステーションからの送信が「自動公衆送信」である公衆送信行為に該当せず、各ベースステーションについて「送信可能化」行為がなされているともいえないことは明らかであり、控訴人らの公衆送信行為の主張Aは、失当である。

仮に、控訴人らの公衆送信行為の主張Aは、本件サービスにおいて放送番組を利用者に送信している主体が被控訴人であることを前提として、本件サービスを、被控訴人が、テレビアンテナで受信した本件番組を、ブースター、分配機、ベースステーション、ハブ等を経てインターネットにより、多数の利用者に対し送信するものと捉え、これが「有線放送」である公衆送信行為に当たると主張するものであるとしても、被控訴人の事業所内にある各ベースステーションから対応する各利用者の専用モニター又はパソコンに対するデジタルデータの送信の有無は、完全に各利用者に依存しているものであるから（もっとも、多数の利用者がそれぞれ個別に指令を発し、結果的に同時に同一のデジタルデータを受信する状態となることは当然にあり得るところであるが、・・・被控訴人自身は、各利用者の専用モニター又はパソコンに対してデジタルデータを送信するかどうかの決定に関与し

ていないのであって、このような被控訴人をもって、「公衆によって同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う有線電気通信の送信」である有線放送に係る、その送信の主体ということができないことは明らかである。）、失当であるといわざるを得ない。

イ 控訴人らの公衆送信行為の主張Bに係る「公衆送信行為」は、有線放送を意図するものと解される。

(7) 著作権法2条1項7号の2は、「公衆送信」について「公衆によって直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信（電気通信設備で、その一部の設置の場所が他の部分の設置の場所と同一の構内（その構内が二以上の者の占有に属している場合には、同一の者の占有に属する区域内）にあるものによる送信（プログラムの著作物の送信を除く。）を除く。）を行うことをいう。」と定義している。

しかるところ、著作権法には、「送信」を定義する規定は存在しないが、通常の語義に照らし、信号によって情報を送ることをいうものと考えられ、その信号には、アナログ信号のみならず、デジタル信号も含まれ、また、必ずしも信号発信の起点となる場合だけでなく、いったん受信した信号をさらに他の受信者に伝達する行為も、著作権法における「送信」に含まれるものと解するのが相当である。

他方、「受信」についても著作権法に定義規定は存在しないが、「受信」は「送信」に対応する概念であるとして、上記のような「送信」に対応して使用されていることからすると、著作権法上、「受信」とは「送信された信号を受けること」をいうものと解すべきである。

なお、同法23条2項が「著作者は、公衆送信されるその著作物を受信装置を用いて公に伝達する権利を専有する。」と規定していることから、著作権法上、「受信装置」は、「公に伝達」する手段として位置付けられ、公に伝達し得るために、視聴等により情報を覚知し得る状態とする機能を有するものとされている。しかしながら、これは、同項の「公に伝達する」との文言によって、「受信装置」について「受信すること」以外に必要な機能が付加されている（換言すれば、「受信装置」の概念に限定が加えられている）ものと理解すべきであるから、同項が上記のように規定しているからといって、著作権法上の「受信」の概念につき、上記「送信された信号を受けること」以外に、何らかの一般的な限定が加えられたものとまで解することはできない。

(イ) 現在の「公衆送信」に関する著作権法の規定の変遷をみると、・・・著作権法は、その制定の当初から、著作者がその著作物を放送し、又は有線放送する権利を専有する旨を定めていたところ、その後、通信技術の発達、多様化により、放送や有線放送のような一斉送信の範疇に納まらない新たな形態の送信が普及するようになったことに伴い、昭和61年法律第64号による改正を経て、平成9年法律第86号による改正により「公衆送信」の概念を導入し、その下位概念として、「公衆によつて同一の内容の送信が同時に受信されることを目的として行う」送信を「放送」及び「有線放送」とし、また、インタラ

クティブ送信のような「公衆からの求めに応じ自動的に行う」送信を「自動公衆送信」とするとともに、自動公衆送信装置に関する準備を完了し、直ちに自動公衆送信ができる状態とすることをもって「送信可能化」とした上で、著作権はその著作物について公衆送信（本来の定義に則った「放送」、「有線放送」及び「自動公衆送信」のほか、「送信可能化」を含むものとされている。）を行う権利を専有するとしたものである。

他方、・・・著作権法は、その制定の当初から、放送及び有線放送を「公衆によつて直接受信されることを目的」とするものと定義しており、昭和61年法律第64号による改正を経て、平成9年法律第86号による改正により「公衆送信」の概念を導入した際においても、「放送」及び「有線放送」並びに「自動公衆送信」を「公衆送信」の下位概念として整理した上、上位概念である「公衆送信」を「公衆によつて直接受信されることを目的」とするものと定義したものであって、このことは、当初から「公衆によつて直接受信されることを目的」とするものであった「放送」及び「有線放送」のほか、新たに加わった「自動公衆送信」も含め、「公衆によつて直接受信されることを目的」とすることが、公衆送信に共通の性質であることを意味するものである。

(ウ) 上記・・・の平成9年法律第86号による著作権法の改正は、WIPO条約8条において「ベルヌ条約第11条(1)(ii)、第11条の2(1)(i)及び(ii)、第11条の3(1)(ii)、第14条(1)(ii)並びに第14条の2(1)の規定の適用を妨げることなく、文学的及び美術的著作物の著作権は、その著作物について、有線又は無線の方法による公衆への伝達（公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）を許諾する排他的権利を享有する。」とされたことを受けてなされたものである。

そして、WIPO条約8条の上記「・・・著作権は、その著作物について、有線又は無線の方法による公衆への伝達（公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）を許諾する排他的権利を享有する。」との規定と、上記・・・の著作権法の概念整理の経過とを併せ見れば、・・・平成9年法律第86号による改正後の著作権法2条1項各号、23条等の解釈に当たっては、WIPO条約8条の規定の内容を十分参酌すべきであることは明らかである。

しかるところ、上記のとおり、WIPO条約8条かっこ書きは、インタラクティブ送信に係る公衆への伝達（受送信）の準備行為を完了することを、「公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くこと」と表現している。そうとすれば、インタラクティブ送信に係る公衆への伝達（受送信）そのものは、「公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物を使用すること」になるはずであるから、公衆への伝達（送受信）の結果として、公衆が当該著作物を使用することが必要であり、このことは、受信をした公衆の各構成員が当該著作物を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態になることを意味するものと解することができる。そして、公衆への伝達（受送信）に係るこのような意味合いが、インタラクテ

ィブ送信に係る公衆への伝達（受送信）に限られるとする理由はなく，放送や有線放送に係る公衆への伝達（受送信）についても同様に解すべきであるから，結局，同条の「著作物について，有線又は無線の方法による公衆への伝達」とは，公衆に向けられた有線又は無線の方法による送信を受信した公衆の各構成員（公衆の各構成員が受信する時期が同時であるか否かは問わない）が，当該著作物を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態になることをいうものと解するのが相当であり，このように，受信した公衆の各構成員が，当該著作物を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態になることは，放送，有線放送，インタラクティブ送信を通じた共通の性質であると理解することができる。

（エ）上記のとおり，平成9年法律第86号による改正後の著作権法2条1項各号，23条等の解釈に当たっては，W I P O条約8条の規定の内容を十分参酌すべきであるところ，同改正後の著作権法が，著作者はその著作物について公衆送信を行う権利を専有すると定めたことが，W I P O条約8条において，著作物についての「有線又は無線の方法による公衆への伝達」一般について著作者の排他権を及ぼすことと定められていることに対応するものであることも，上記のとおりである。そして，W I P O条約8条において，受信した公衆の各構成員が，当該著作物を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態になることは，放送，有線放送，インタラクティブ送信を通じた「著作物について，有線又は無線の方法による公衆への伝達」に共通の性質とされており，他方，上記のとおり，著作権法上，「公衆によつて直接受信されることを目的」とすることが，放送，有線放送，自動公衆送信を通じた公衆送信に共通の性質として規定されているのであるから，著作権法2条1項7号の2の規定に係る「公衆によって直接受信されること」とは，公衆（不特定又は多数の者）に向けられた送信を受信した公衆の各構成員（公衆の各構成員が受信する時期が同時であるか否かは問わない）が，著作物を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態になることをいうものと解するのが相当である（翻って，平成9年法律第86号による改正前の著作権法2条1項8号の「放送」に係る定義規定，同項17号の「有線送信」に係る定義規定，さらに，昭和61年法律第64号による改正前の著作権法2条1項17号の「有線放送」に係る定義規定における，各「公衆によって直接受信されること」の意義も同様に解すべきである。また，有線テレビジョン放送法2条1項かっこ書きの「有線放送」の定義に係る「公衆によつて直接受信されること」の意義も同様である。）。

なお，このような理解によると，著作権法23条2項が，同条1項の公衆送信権についての規定を踏まえ，「公衆送信されるその著作物を受信装置を用いて公に伝達する権利」（公衆伝達権）について定めていることは，公衆送信を受信した公衆の構成員が著作物の内容を覚知することができる状態となるまでが公衆送信権の対象となる範疇であり，そのような公衆の構成員が更に著作物を公に伝達する行為は，これを公衆伝達権の対象として，当該行為にまで著作者の排他権を及ぼし，もって，著作者の権利を著作物の伝達経路の末

端にまで及ぼしたものと解することになる。

(オ) 控訴人らの主張するとおり、本件サービスにおいて、被控訴人は、①多数のベースステーションを被控訴人の事業所に設置した上で、②これら多数のベースステーションに電源を供給、起動して、ポート番号の変更などの必要な各種設定を行い、③テレビアンテナで受信した本件番組をこれら多数のベースステーションに供給するために、被控訴人が調達したブースターや分配機を介した有線電気通信回線によってテレビアンテナとこれら多数のベースステーションを接続し、④被控訴人が調達し、被控訴人において必要な設定を行ったルーター、LANケーブル及びハブを経由して、被控訴人の調達した接続回線によりこれら多数のベースステーションをインターネットに接続し、⑤以上のような状態を維持管理する行為を行っているものであり、これらの行為によって、テレビアンテナで受信した本件番組に係るアナログ放送波は、有線電気通信回線を経由して各ベースステーションに流入しているところ、上記・・・において述べた「送信」及び「受信」の一般的意義を前提とすれば、本件番組に係るアナログ放送波をテレビアンテナから有線電気通信回線を介して各ベースステーションにまで送ることは、著作権法2条1項7号の2の「有線電気通信の送信」に該当し、各ベースステーションが上記アナログ放送波の流入を受けること自体は同号の「受信」に該当するというべきである。そして、上記「有線電気通信の送信」の主体が被控訴人であることは明らかである。

しかるところ、控訴人らは、原判決が採用するベースステーションにおいて受送信を行っている主体は各利用者であるとの論法を前提とするならば、本件サービスにおいて、被控訴人は、各利用者が利用する受信装置であるベースステーションまで本件放送を送信しているのであるから、本件サービスにおける被控訴人によるアンテナからベースステーションまでの間の送信行為は、「公衆に直接受信されることを目的と」するものであると主張する。そして、・・・平成19年7月29日現在の本件サービスの利用者は74名であり、被控訴人の事業所内に設置されているベースステーションの台数も74台であるところ、仮に各ベースステーションで上記アナログ放送波を受信する主体が各利用者であれば、上記人数に徴して、テレビアンテナから各ベースステーションへの上記アナログ放送波の送信は、特定多数の者（すなわち公衆）によって受信されることを目的とする有線電気通信の送信であるといえることができる。

しかしながら、上記・・・のとおり、ベースステーションは、テレビチューナーを内蔵しており、対応する専用モニター又はパソコン等からの指令に応じて、テレビアンテナから入力されたアナログ放送波をデジタルデータ化して出力し、インターネット回線を通じて、当該専用モニター又はパソコン等にデジタル放送データを自動的に送信するものであり、各利用者は、専用モニター又はパソコン等から接続の指令をベースステーションに送り、この指令を受けてベースステーションが行ったデジタル放送データの送信を専用モニター又はパソコン等において受信することによって、はじめて視聴等により本件番組の内容を覚知し得る状態となるのである。すなわち、被控訴人がテレビアンテナから各ベース

ステーションに本件番組に係るアナログ放送波を送信し、各利用者がそれぞれのベースステーションにおいてこれを受信するだけでは、各利用者（公衆の各構成員）が本件番組を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態にはならないのである。

そうすると、被控訴人の上記送信行為が「公衆によって直接受信されること」を目的とするものであるということはできず、したがって、これをもって公衆送信（有線放送）ということとはできないから、控訴人らの公衆送信行為の主張Bは失当であるといわざるを得ない。

(3) 控訴人らの主張について

ア 控訴人らは、法律上、行為について「間接」の語を用いるときは、他人が間に介入することを意味するものであるところ、本件サービスにおいては、アンテナからベースステーションまでに「有線電気通信の送信」を行っているのは被控訴人であり、原判決によれば、当該有線電気通信の送信をベースステーションで受信し、ベースステーションから各利用者のパソコンまで送信している主体は各利用者なのであるから、被控訴人と各利用者との間の有線電気通信の送信に他人は介入していないと主張する。

仮に、控訴人らの主張のとおり、送信者から受信者である公衆までの送信の経路に第三者が介入しないことが、公衆送信の要件であるとすれば、例えば、難視聴解消のためのケーブルテレビによるテレビ放送の同時再送信（これが公衆送信に当たることは、控訴人らが積極的に主張するところである。）において、アンテナで受信した放送信号をブースターで増幅し、増幅した放送信号を何段階かにわたり分配器で分配して、最終的に各家庭のテレビまで送信する過程で、第三者であるケーブル業者が、第1段階の分配直前の位置で電気通信回線を設置管理しているような場合には、すべての受信者による受信につき、送信の経路で第三者であるケーブル業者が介入していることになり、同時再送信者が当該ケーブル業者の関与を把握している限り、公衆送信の要件を充たさないということになりかねないが、第三者であるケーブル業者の設置管理する電気通信回線が、何段階かの分配を経て分岐された枝の一つにあるような場合であって、他の枝を経由する送信（第三者の介入しない送信）の受信者だけでも公衆といい得る程度に多数であるようなときは、なお公衆送信の要件を満たすことになる。しかしながら、このように、ある送信が、ケーブル業者の関与の形態によって、公衆送信となったりならなかったりするという事態が生ずることが、著作権法の解釈として不合理なものであることは明らかである。同様に、控訴人らの主張に従えば、第三者であるネットワーク・プロバイダーが送信を仲介することが想定されているインターネット回線を利用した送信は、公衆送信に含まれ得ないことにもなりかねないが、そのような解釈も不合理なものであるといわざるを得ない（なお、控訴人らは、ネットワーク・プロバイダーについて、情報の流通過程に、当該著作物等の本来的な送信者と扱われるべき者が存在し、その者が受信者に向けての直接の送信者となると解されるため、たとえ著作権法2条1項9号の5イ及びロに掲げる行為を形式的に行っているも、独立した送信行為者とは解されないと主張するところ、同項7号の2の「公衆によっ

て直接受信されること」との関係においても、同様に、当該著作物等の本来的な送信者が存在するために、たとえネットワーク・プロバイダーが情報の流通過程で送信を仲介したとしても、独立した送信行為者とは解されず、情報の流通過程に介在したことはならないと主張するのであれば、その主張に係る「本来的な送信者」とか「独立した送信行為者」等の意義が不明確であり（例えば、難視聴解消のためのケーブルテレビによるテレビ放送の同時再送信においても、控訴人らの論法を借りれば、「本来的な送信者」としかいいようのない放送事業者（控訴人らのようなテレビ局）が存在するのであるから、ケーブルテレビ事業者は、たとえ情報の流通過程で送信を仲介したとしても、独立した送信行為者ではない、という言い方さえ可能となりかねない。）、結局、「公衆によって直接受信される」ものであるかどうかの判断に恣意的な要素を持ち込むものといわざるを得ない。）。そもそも、伝達経路が多段階にわたることが想定される現代の送信において、「公衆送信」に当たるか否かが、公衆によって受信されるまでの間に第三者が介在しないか否かによって決まるものとすれば、公衆に対する最終段階の送信者（介在者）のみが公衆送信者たり得ることとなるが、そのような解釈の結果が一般的に合理性を有するとは解されないし、また、公衆送信者の特定に困難を生ずることになる。まして、最終段階の送信者が「独立した送信行為者」であり、「介在」したといえるのかどうかを個別に判断することを要するとすれば、その困難は更に倍増することは明らかである。

したがって、控訴人らの上記主張を採用することはできない。

イ 控訴人らは、放送対象地域外に放送が再送信されないようにすることは、著作権法によって保護されるべき著作者の正当な利益であり、放送対象地域外に所在する者（利用者）に放送を同時再送信することを本質とする本件サービスは、著作権法が公衆送信権により保護しようとしている著作者等の正当な利益を害する実質的に違法なサービスであると主張する。

しかしながら、・・・海外等、本件放送の放送地域外において、本件放送を視聴することができるということは、ベースステーションを含むロケーションフリーが本来的に有する機能（Net AV機能）によるものであるところ、本件において、控訴人らから、ロケーションフリーの上記機能を用いること自体が、一般的に控訴人らの公衆送信権を侵害するものであるとの主張はなく、多数のロケーションフリー（ベースステーション）をシステムの構成要素とする本件サービスを行うことが控訴人らの公衆送信権を侵害するものであるか否かが、本件の争点である。そして、著作権法は、多数の者に対する多段階にわたる伝達が発生し得るアナログ放送波やデジタルデータ等に係る送信行為のうち、一定の要件を満たす特定の行為を公衆送信（送信可能化を含む。）と定め、著作者がこれを行う権利を専有するとしているものであって、著作権法が公衆送信権により保護しようとしている著作者等の正当な利益は、もとよりこの範囲内に存するものである。

しかるところ、被控訴人の行う本件サービスが著作権法の定める公衆送信の要件を満たさないことは、既に述べたとおりであり、公衆送信の概念を拡張又は類推して本件サービ

スが実質的に違法であると判断するようなことは、公衆送信権の侵害が犯罪を構成する（著作権法 119 条 1 項）ことに照らしても、正当ではない。

ウ 控訴人らは、ベルヌ条約 11 条の 2 (1) 項(ii)は、著作者に対して、放送された著作物を原放送機関以外の機関が有線又は無線で公に伝達することについての排他的権利を与えており、本件サービスを公衆送信行為に該当するものと解することがベルヌ条約上の要請であると主張する。

しかしながら、ベルヌ条約の同条項は、「文学的及び美術的著作物の著作者は、次のことを許諾する排他的権利を享有する。・・・(ii) 放送された著作物を原放送機関以外の機関が有線又は無線で公に伝達すること。・・・」と規定しているところ、ベルヌ条約の規定を害することがないものとして規定される W I P O 条約 8 条の規定を踏まえた場合に、著作権法 2 条 1 項 7 号の 2 の「公衆によって直接受信されることを目的として」との要件の意義を検討した結果、本件サービスにおける被控訴人の行為が公衆送信に当たらないものと判断されることは、上記のとおりであるから、控訴人らの上記主張を採用することはできない。

(4) 以上のとおりであるから、控訴人らが本件番組についてそれぞれ著作権を有するとしても、本件サービスにおいて、被控訴人が本件著作物の公衆送信行為を行っているということはできない。

3 以上によると、本件訴えは適法であるが、本件サービスにおける被控訴人の行為が、控訴人らの公衆送信権又は送信可能化権を侵害するものであるということとはできないから、控訴人らの請求は理由がなく、これを棄却した原判決は相当であるから、本件控訴は理由がない。

よって、本件控訴を棄却することとし、主文のとおり判決する。