

平成20年(ネ)第10059号 著作権侵害差止等請求控訴事件

平成20年12月15日判決言渡，控訴人株式会社フジ・メディア・ホールディングス承継人株式会社フジテレビジョンについて平成20年11月19日，その余の控訴人について同年10月6日口頭弁論終結

(原審・東京地方裁判所平成19年(ワ)第5765号，平成20年6月20日判決)

判 決

控訴人(原審原告) 日本放送協会

訴訟代理人弁護士 梅田康宏，津浦正樹

控訴人(原審原告) 日本テレビ放送網株式会社

訴訟代理人弁護士 松田政行，齋藤浩貴，山元裕子，吉羽真一郎，上村哲史

控訴人(原審原告) 株式会社東京放送

訴訟代理人弁護士 岡崎洋，大橋正春，前田俊房，渡邊賢作，新聞祐一郎，
村尾治亮

控訴人(原審原告)株式会社フジ・メディア・ホールディングス(旧商号・株式会社フジテレビジョン)承継人

株式会社フジテレビジョン

訴訟代理人弁護士 前田哲男，中川達也

控訴人(原審原告) 株式会社テレビ朝日

訴訟代理人弁護士 伊藤真，太田純，清水琢磨

控訴人(原審原告) 株式会社テレビ東京

訴訟代理人弁護士 尾崎行正，飯塚孝徳，上杉雅央，岩知道真吾

被控訴人(原審被告) 株式会社永野商店

訴訟代理人弁護士 藤田康幸，志村新，水口洋介，小倉秀夫，速水幹由，加藤剛毅，梶山敬士，上沼紫野，市川穰，曾根翼

脱退控訴人(原審原告) 株式会社フジ・メディア・ホールディングス(旧商号・株式会社フジテレビジョン)

主 文

本件控訴を棄却する。

控訴費用は控訴人らの負担とする。

事実及び理由

第1 当事者の求めた裁判

1 控訴人ら（控訴人株式会社フジ・メディア・ホールディングス承継人株式会社フジテレビジョンを含む。）

「原判決を取り消す。被控訴人は、別紙サービス目録記載のサービスにおいて、別紙放送目録1ないし7記載の放送を送信可能化してはならない。被控訴人は、別紙サービス目録記載のサービスにおいて、別紙著作物目録1ないし7記載の番組を公衆送信してはならない。被控訴人は 控訴人日本放送協会に対し金273万5208円、控訴人日本テレビ放送網株式会社、控訴人株式会社東京放送、控訴人株式会社フジ・メディア・ホールディングス承継人株式会社フジテレビジョン、控訴人株式会社テレビ朝日及び控訴人株式会社テレビ東京に対し各金151万0488円宛て、並びにこれらの各金員に対する平成19年3月15日から支払済みまで年5分の割合による金員をそれぞれ支払え。訴訟費用は第1，第2審とも被控訴人の負担とする。」との判決及び仮執行の宣言

2 被控訴人

主文と同旨の判決

第2 事案の概要

1 本件は、放送事業者であり、別紙放送目録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（著作権法99条の2）を侵害し、また、別紙著作物目録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、著作権及び著作権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。

なお、控訴人株式会社フジテレビジョンが、控訴後の平成20年10月1日、商号を「株式会社フジ・メディア・ホールディングス」と変更し、同日の会社分割（新設分割）により設立された株式会社フジテレビジョンに放送事業等に関し有していた権利義務を承継させたことにより、新設会社である株式会社フジテレビジョンが、控訴人株式会社フジ・メディア・ホールディングスの訴訟を引受承継し、控訴人株式会社フジ・メディア・ホールディングスは、本件訴訟から脱退した（本項を含め、以下、「控訴人株式会社フジテレビジョン」又は「控訴人フジテレビ」という場合に、平成20年10月1日以降に関してであれば、承継後の株式会社フジテレビジョンを指す。「控訴人ら」という場合の「控訴人株式会社フジテレビジョン」又は「控訴人フジテレビ」についても同様である。）。

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。

2 本件の前提となる事実関係，争点及びこれに関する当事者双方の主張は，原判決5頁5行目の「放送事業者である。」の次に，改行して，「なお，控訴人フジテレビは，平成20年10月1日，商号を『株式会社フジ・メディア・ホールディングス』と変更し，同日の会社分割（新設分割）により設立された同控訴人承継人株式会社フジテレビジョンに放送事業等に関し有していた権利義務を承継させた。」を付加し，後記3に控訴人らの当審における主張を掲げ，後記4に被控訴人の当審における主張を掲げるほかは，原判決「事実及び理由」欄の「第2 事案の概要等」の「1 争いのない事実等」（原判決4頁23行～7頁8行），「2 争点」（同7頁9～14行）及び「第3 当事者の主張」（同7頁15行～69頁9行）のとおりであるから，これを引用する。

3 当審における控訴人らの主張

(1) 公衆送信権の侵害について

ア 本件サービスが「有線電気通信の送信」に該当することについて

(ア) 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。」と判示しているが，以下に述べるように，本件サービスにおいて，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，著作権法2条1項7号の2にいう「有線電気通信の送信」に該当するものであり，原判決の判断は誤りである。

(イ) テレビ放送の難視聴解消を目的として行われるケーブルテレビによる同時再送信は，都市受信障害共聴施設型，集合住宅・ビル共聴施設型，難視聴解消共聴施設型の3種類に分類され，このうち，都市受信障害共聴施設は，主として都市部において，ビルや送電線等の建築物で放送電波が遮られたり，反射されて受信障害が発生している地域に障害対策として設置された共同の受信施設であり，集合住宅・ビル共聴施設は，マンション，アパートやオフィスビルなどでテレビ放送を受信するために，共同アンテナを屋上などに建て，各室に放送電波を分配するために設置された共同の受信施設であり，さらに，難視聴解消共聴施設は，送信所からの放送電波が山や丘陵によって遮られ，受信画像質が劣化している地域に対し，難視聴解消対策として設置された共同の受信施設であるが，いずれの場合にも，受信設備であるアンテナで受信された放送信号をブースターで増幅し，増幅した放送信号を分配器（機）で分配して，各家庭のテレビまで放送信号を同時再送信するものである。

そして，これらの各ケーブルテレビによるテレビ放送の同時再送信が，いずれも著作権法23条1項の「公衆送信」に該当することは異論がないところであるが，これらの各ケーブルテレビにおける，アンテナで受信された放送信号をブースターで増幅し，増幅した放送信号を分配器（機）で分配して伝達するという技術的構成は，本件サービスと全く同一である。

すなわち，上記各ケーブルテレビの場合も，本件サービスの場合と同様に，アンテナ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，受信機であるテレビ

に接続して受信設備の一環をなすものであり、ブースターも電気信号を増幅する機能を有するものの、アンテナ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く、分配器(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る。

(ウ) また、著作権法38条2項は、マンション等における共同アンテナ設備(アンテナと電線の提供にすぎない。)を念頭に置いて「放送される著作物は、営利を目的とせず、かつ、聴衆又は観衆から料金を受けない場合には、有線放送し、又は専ら当該放送に係る放送対象地域において受信されることを目的として自動公衆送信(送信可能化のうち、公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置に情報を入力することによるものを含む。)を行うことができる。」と規定していることからすると、公衆送信の定義中の「送信」には、単なるアンテナと電線の提供による放送の再送信も含まれることは明らかである。

なお、現行著作権法の立法資料においても、放送を受信し、これを有線電気通信設備によって再送信すること(放送の再送信)が有線放送に該当することを明らかにした上で、「放送の再送信は、主として放送の共同視聴を目的とするもので、・・・テレビの場合には、アンテナを共同にするという方法がとられるのが普通である。」とされている。

(I) さらに、有線テレビジョン放送法は、有線放送を「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をいう。」(2条1項)と定義した上、集合住宅やテナントビルのオーナーが、テレビジョン放送を受信して各区画に伝達(有線放送)することについて有線放送事業者として放送事業者から再送信の同意を得る必要があるとしており(13条2項)、アンテナから各区画までの放送番組の伝達は受信の一環ではなく、集合住宅やテナントビルのオーナーによる有線放送と解されている。有線ラジオ放送業務の運用の規正に関する法律も、「有線ラジオ放送」

には、「一区域内において公衆によって直接受信されることを目的として、ラジオ放送を受信しこれを有線電気通信設備によって再送信すること。」(2条1号)及び「道路、広場、公園等公衆の通行し、又は集合する場所において公衆によって直接受信されることを目的として、・・・ラジオ放送を受信しこれを有線電気通信設備によって再送信すること。」(2条3号)が含まれることを規定しており、有線ラジオ放送業務の運用の規正に関する法律を施行する規則9条の2には、「店頭その他これに準ずる場所又は移動体に設置した有線ラジオ放送設備により行う街頭放送業務であって、もっぱら受信したラジオ放送の再送信のみをするもの」が街頭放送業務に該当することを前提とした規定が置かれていることから、店頭という限られた場所に設置された有線ラジオ放送設備を用いる場合についても、放送を受信しこれを再送信することに該当するものと解されている。

(オ) 以上のとおり、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。

イ 「公衆によって直接受信されることを目的として」について

(ア) 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、以下に述べるとおり、本件サービスにおけるベースステーションまでの間の送信は、「公衆によって直接受信されることを目的と」するものである。

(イ) そもそも、原判決は、本件サービスにおいては、ベースステーションにおい

て、各利用者が本件放送を受信している旨を繰り返し説示し、本件放送の受信の主体が各利用者であることを再三にわたって強調しているものであり、この点において、上記(ア)における判示は、原判決自身の説示と矛盾するものである。

(ウ) 原判決は、各利用者に本件放送が直接受信されていないことの理由として、「受信の直接性が要求されているのは、公衆送信行為というためには、公衆の利用する端末まで送信すること（本件では、その端末によって視聴し得る状態におくこと）が必要であることを意味するものと解される。・・・仮に、自動公衆送信装置に情報を入力することで公衆送信を行ったことになるのであれば、そもそも、公衆送信とは別に送信可能化という行為を觀念する必要はないのであり、それにもかかわらず、送信可能化権が規定されていることに照らせば、著作権法は、自動的に情報を送信する機能を有する装置に情報を入力しただけでは、『公衆送信』を行ったことにはならないことを示している」と判示しているが、「公衆送信」といえるためには、「公衆によって直接受信されることを目的として」送信が行われている必要があるところ、当該送信が「公衆によって直接受信されることを目的として」といえるためには、文言上明らかとなっており、公衆の利用する「受信装置」まで送信されていることが必要なのであって、原判決がその意味するところも明らかにすることなく用いている「端末」まで送信されていることが必要などとは規定されていない。また、送信可能化権が規定されたのは、事業者自身の用いる自動公衆送信装置は公衆の用いる受信装置でないため、直接受信目的が存しないこととなるから、事業者自身の行う自動公衆送信装置への入力をとらえて公衆送信とすることはできず、自動公衆送信装置からの送信可能化としてとらえるようにしたという趣旨であるはずであるから、自己が受信を行っている「自動的に情報を送信する装置」に情報を送信しても「公衆送信」を行ったことにはならないが、他人が受信を行っている「自動的に情報を送信する装置」に情報を送信すれば、「公衆送信」を行ったことになるはずである。

(I) 原判決は、ベースステーションにおいて本件放送を送信している主体は各利

用者であることを理由として、ベースステーションは「自動公衆送信装置」には該当しないと判示しているのであるから、原判決によれば、ベースステーションは、まさに原判決のいうところの「公衆の利用する端末」以外の何ものでもないはずである。そうであるにもかかわらず、原判決は、ベースステーションによる「送信可能化」及び「送信」の主体を判断する際には、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する一方で、「送信」が公衆に直接受信されることを目的としているか否かを判断する際には、ベースステーションが「自動公衆送信装置」に該当するかのような前提に立ち、各利用者による受信の直接性を否定しているのであるから、原判決の論理は誤りであるというほかない。

(オ) また、法律上、行為について「間接」の語を用いるときは、他人が間に介在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る。そして、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有線電気通信の送信に他人は介在していない。

そして、ケーブル業者が番組製作者と公衆向け発信者との間をつないで運搬しているだけのものはケーブル業者と公衆との間に公衆向け発信者が介在するので、「直接」に該当しないとされているが、本件サービスにおいて、各利用者は公衆そのものであるから、本件サービスが「直接」に当たらない場合であるということとはできない。

(カ) 以上のとおり、「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。

ウ 著作権法2条1項7号の2 カッコ書きについて

(ア) 上記ア、イのとおり、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 カッコ書きの「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。

しかしながら、以下に述べるとおり、そのような解釈は採り得ない。

(イ) 著作権法2条1項7号の2 カッコ書きは、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慮って定められた例外規定である。そして、これは、演奏の場合のみに当てはまることではなく、口述、上演等にも等しく当てはまる。口述、演奏、上演を定義する同法2条7項にはそのための調整規定がわざわざ置かれている。すなわち、同法2条1項7号の2 カッコ書きが設けられた趣旨は、「演奏」等と「公衆送信」との概念整理のため、つまり、有線電気通信設備を用いた著作物の公衆への伝達が行われた場合に、当該行為には何らかの著作権が及ばなければならないという前提の下に、ではその支分権は公衆送信権なのか、演奏権等なのかを整理したものにはすぎないのである。その趣旨を超えてこのカッコ書きの規定が適用されるような事態は避けなければならないとされている。言い換えれば、同号カッコ書きは、同一構内の公衆への送信行為について、別の者の占有に属する区域への送信として当該送信行為を公衆送

信として評価するか、同一の者の占有に属する区域内の送信であるとした上で、当該送信を当該区域内で受信して行う演奏等として著作権法上の評価を加えるかの、二者択一の結果を規定しているものであり、またそのように解釈適用されるべきものである。そうであるからこそ、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（昭和50年条約第4号。以下、単に「ベルヌ条約」という。）11条の2(1)項並びに著作権に関する世界知的所有権機関条約（平成14年条約第1号。以下「WIPO条約」という。）8条によって保護が要請されている著作者の権利の内容は、我が国著作権法において完全にカバーされており、その間に齟齬がないということになるのである。

(ウ) 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を各利用者であると判示しているため、著作権法2条1項7号の2かっこ書きを理由として、アンテナからベースステーションまでの送信を「公衆送信」ではないとした場合には、このかっこ書きによって有線電気通信設備を用いた著作物の公衆への伝達に対し著作権が及ばなくなるという事態を作出することになってしまうが、そのような解釈は、同号かっこ書きの本来の趣旨に照らして許されないし、ベルヌ条約及びWIPO条約に抵触することになる。それゆえ、原判決のように各利用者がベースステーションで本件放送を受信しているにとらえるのであれば、アンテナからベースステーションまでの送信は「公衆送信」に該当すると解釈するほかないのである（翻っていえば、本件サービスにおいて、ベースステーションから各利用者のパソコン等までの送信の主体を各利用者にとらえること自体誤りである。）

エ 以上のとおり、本件サービスにおける被控訴人の行為は、有線電気通信の送信であって、公衆に直接受信されることを目的とするものであるというべきであり、著作権法2条1項7号の2かっこ書きにいう「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・・・にあるものによる送信」にも当たらないから、被控訴人の本件サービスは控訴人らの公衆送信権を侵害するものであり、原判決の判断は誤りである。

(2) 送信可能化権の侵害について

ア 送信の主体について

(ア) 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が、以下に述べるとおり、このような判断手法は不適切であり、原判決の送信の主体についての判断も誤っている。

(イ) 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。

(ウ) 被控訴人は、著作権法2条1項9号の5イに定める「入力」行為を行っている。

すなわち、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。

(イ) 以上に加えて、被控訴人には、実質的に見ても、送信可能化及びその後の送信行為の主体と評価し得る数多くの事情が認められるから、被控訴人は、同法2条1項9号の5イ及びロに「掲げる行為」によって、本件放送を自動公衆送信し得るようにしているといえることができる。

なお、一般に、自動公衆送信の過程で当該送信を仲介しているにすぎない通信設備の設置管理者や、いわゆるネットワーク・プロバイダーは、たとえ同法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としても、送信可能化の主体とはならないと解されている。すなわち、自動公衆送信の過程で当該送信を仲介しているにすぎない通信設備の設置管理者や、いわゆるネットワーク・プロバイダーについては、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、当該設置管理者等は、たとえ同法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としても、独立した送信行為者とは解されないことになる。

しかしながら、被控訴人は、本件放送の送信行為を自ら行っているのである。すなわち、本件放送は、控訴人らから各利用者に直接送信されているのではなく、被控訴人が、控訴人らの本件放送をいったん受信した上で、独立した送信行為者として、あらためて各利用者に送信しているのであるから、被控訴人は、自動公衆送信の過程で当該送信を仲介しているにすぎない通信設備の設置管理者や、いわゆるネットワーク・プロバイダーとは全く異なっているのである。

(オ) また、原判決は、「本件サービスにおいて、被告が行っていることは、ベースステーションとアンテナ端子及びインターネット回線とを接続してベースステーションが稼働可能な状態に設定作業を施すこと、ベースステーションを被告の事業所に設置保管して、放送を受信することができるようにすることである。」とした上、上記の点について、「本件サービスを利用しなくても、利用者が、実際にテレビ視聴を行う場所（外出先や海外等）以外の場所（自宅等）に必要なアンテナ

端子及びインターネット回線を準備してベースステーションを設置すれば、ベースステーションのNet AV機能を利用して、外出先や海外等においてテレビの視聴をすることが可能である。ベースステーションの取付け及び設定作業については、利用者自らが行うこともできるし、メーカーであるソニーの提供する設定サービス等を利用することもできる。アンテナ端子及びインターネット回線を準備し、ベースステーションとアンテナ端子及びインターネット回線とを接続してベースステーションを稼働可能な状態にすること自体は、本件サービスを利用しなくても、技術的に格別の困難を伴うことなく行うことができる。」と判示している。

しかしながら、原判決は、上記 に記載されている被控訴人の各種の接続行為、設定行為等のうち、特に「インターネット回線とベースステーションとの接続」は、著作権法2条1項9号の5ロにいう「公衆の用に供されている電気通信回線への接続」に当たり、送信可能化行為の主体性の判断において極めて重要な要素となるということを意識していない。

また、原判決の判示した上記 については、被控訴人は、ベースステーションに本件放送を「入力」しているものであり、単に「被告の事業所に設置保管して、受信することができるように」しているにすぎないのではないから、誤りである。そして、かかる「入力」は、同法2条1項9号の5イにいう「情報を入力すること」、すなわち送信可能化の定義規定に該当する行為である。

(カ) 以上のとおり、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ものであり、かかる点からも原判決は失当である。

イ 被控訴人の行為が「情報」の「入力」に該当することについて

(ア) 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、原判決の上記判示部分は、以下に述べるとおり、自動公衆送信及び送信可能化についての理解を誤ったものと言わざるを得ない。

(イ) まず、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」に当たるといふべきである。

(ウ) また、原判決のような、自動公衆送信装置に「入力」される情報と、インターネット回線を通じて「送信」される情報のデータ形式が同一でなければ送信可能化に当たらないというような解釈は、現行法の解釈として明らかに誤っている。

まず、条文の文言上そのように解釈すべき必要は全くなく、かかる解釈は、原判

決独自のものというほかない。加えて、仮に原判決のような解釈が正当ということになると、例えば、サーバーをインターネット回線と接続する際にモデムを経由していれば、送信の対象となるデジタルデータはモデムによりアナログデータ化されてしまうから、「送信可能化」には当たらないことになってしまうが、そのような解釈が不合理であることは明らかである。

(イ) 以上によると、自動公衆送信装置に「入力」される情報と、インターネット回線を通じて「送信」される情報のデータ形式が同一でなければ送信可能化に当たらないという原判決の解釈が誤りであることは明らかである。

ウ ベースステーションが「自動公衆送信装置」に該当することについて

(ア) 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が、以下のとおり、原判決の判断は誤りである。

(イ) 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うべきである。

そして、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。

(ウ) また、自動公衆送信装置に関する原判決の説示には、以下のとおり誤りがあるというべきである。

すなわち、「情報を自動公衆送信する機能を有する装置」という自動公衆送信装置の定義規定からすれば、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。

そして、ベースステーションは、それと対になる専用モニター又はパソコン等に向けてしか送信が行われないものではあるが、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。

例えば、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ことを想定した場合、当該ベースステーションからの送信の主体が当該事業者であることは明らかであるから、当該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。このように、「1対1」の通信しか行われないということは、ベースステーションが自動公衆送信装置に該当すると解することの障害となるものではない。

したがって、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該当することになる。

なお、念のため付言すると、ベースステーションを用いた行為であればすべて「送信可能化」に該当するというわけではない。「送信可能化」に該当するのは、自動公衆送信装置を用いた行為のうち、同法2条1項9号の5イ又はロに掲げる行為のいずれかに該当し、かつ同号柱書の要件も満たす行為のみである。

たとえば、自宅にベースステーションを設置して外出先からアクセスするようなケースでは、当該ケースにおいては「公衆」に対する送信は生じず、したがって同号柱書にいう「自動公衆送信し得るようにすること」に該当しないから、「送信可能化」にも該当しないこととなるのである。

以上のとおり、ベースステーションは、その客観的機能のみをもって、自動公衆送信装置に該当するものである。

(I) 以上によると、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

判断した原判決は誤りである。

エ 選択的主張に対する原判決の判断について

(ア) 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」と判示しているが、この判示は明らかに矛盾したものであり、その判断は誤っているとわざるを得ない。

(イ) 原判決の判示するように、本件サービスに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る。

確かに、個々のベースステーションからの送信は、あらかじめ指定したアドレス宛てにそれぞれ独立して行われるものではあるが、各ベースステーションを一体とみた場合には、一つの装置の中にそのような機能を持っているベースステーションが送信のためのモジュールやユニットとして存在しているというだけにすぎず、一つの装置から多数に宛てて送信されているのであるから、「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」あるいは「個々のベースステーションからの送信が独立している」ことを理由として「自動公衆送信装置」の該当性を否定するのは明らかに誤っている。

(3) 本件サービスの本質について

ア 原判決が本件放送を増幅、分割してベースステーションに供給している被控訴人の行為を本件放送の受信を行うための物理的設備の提供行為にすぎないと判断

した背景には、本件サービスの性質がベースステーションの寄託を受け、これを設置保管することであると解すべきであるとする原判決の判断があるのであろう。

すなわち、原判決は、本サービスはベースステーションの寄託を受け、これを設置保管することを「主」とする内容とするサービスであり、「本件放送の受信を行うための物理的設備の提供」はそれに付随するところの「従」とする位置付けにすぎないと考えていると思われる。

しかしながら、この認識は明らかに誤っている。本件サービスは、原判決も認定しているとおり、「本件放送の放送波が届かない海外や国内地域に居住している利用者等においても、任意に希望する本件放送を視聴することができるようにすることを目的としている」のであり、ベースステーションの「寄託」を受けることは、その実現のための手段の一部にすぎない。

上記目的、すなわち控訴人ら6法人の放送という特定の放送を海外等で視聴できるようにするという目的を実現することにおいて直接に必要な核心的、本質的部分は、まさに控訴人らの放送をベースステーションに伝達し、その状態を維持、管理することである。仮に百歩譲ったとしても、被控訴人が各利用者に有償で提供する本件サービスにおいて、この状態の維持、管理は、サービスの「重要な部分」であって、寄託サービスに付随する単なる物理的施設の提供にすぎないものではない。

上記状態の維持、管理とは、アンテナで受信した本件放送の放送信号を多数に分割しても視聴に適する状態にまでブースターによって増幅し、分配機によって本件サービスの各利用者の数に相当する数に分割した上で、電源を供給、起動して多数並列設置したベースステーションに同時に伝達し、かつその伝達状態を維持、継続するというものである。これは、営利を目的とする有償の本件サービスの提供において、その提供行為の核心的、本質的部分（あるいは少なくとも重要な部分）を形成し、収益を生み出す源泉となるものであるから、その主体を觀念することができる意思的な行為にほかならない。その行為主体は、各利用者ではありえず、本件サー

ビスの提供者であって、それによって収益を得ている被控訴人であることが明らかである。

そして、被控訴人のこの行為は、本件放送及び放送番組の公衆に対する伝達に該当する。

イ 原判決は、「本件サービスの性質がいかなるものであるかは、被告と利用者との間の契約内容、本件サービスにおける被告の具体的行為の内容、本件サービスにおいて用いられる機器の内容、構成、利用者が行うべき行為の内容等を考慮して決すべきものであり、上記の観点から見たとき、本件サービスの性質が、所有者(利用者)からベースステーションの寄託を受け、これを設置保管することであると解すべきであることは、前述のとおりである」とする。

ここでいう「前述のとおり」がどの部分を指しているのかは必ずしも明確ではないが、一応、「本件サービスにおいて、利用者は、被告に対し、ベースステーションを稼働可能な状態で被告事業所内に設置保管することを求め、被告は、ベースステーションが稼働可能な状態において、これを被告の事業所内に設置保管する必要があるものの、このような義務を伴うからといって、被告によるベースステーションの設置保管が寄託の性質を失うものではない。寄託の性質を有すると解される、いわゆるハウジングサービスにおいても、ハウジングサービス業者は、利用者からサーバを預かり、利用者のパソコン等とインターネット回線との接続によりデータの送受信をすることができるようにすることがあるのであるから(弁論の全趣旨)、被告がベースステーションの設置、保管に伴い、ベースステーションとアンテナ端子やインターネット回線との接続を提供しているからといって、本件サービスが、いわゆるハウジングサービスとは、その性質を異にするものであるとはいえない」との部分であると考えられる。

しかしながら、原判決の上記部分は、(ア)控訴人らの原審における主張を正確に把握していないのみならず、(イ)論点の所在を誤り、また(ウ)ハウジングサービスとの比較の方法を誤っている。

(ア) 控訴人らは、本件サービスの性質、目的が単なる寄託にとどまるものではないと主張しているが、その理由は、被控訴人が、ベースステーションが稼働可能な状態において、これを被控訴人の事業所内に設置保管する必要があるからではない。

控訴人らは、本件サービスにおいて、各利用者が控訴人らの放送の視聴を維持、継続できるようにする義務、より具体的には、控訴人らの放送を増幅、分割して並列設置されたベースステーションに伝達し、その状態を維持、管理する義務を各利用者に対して負っていることを原審において指摘してきた。

被控訴人は、「世界中どこからでも、日本のテレビ番組がご覧になれるサービス『まねきTV』」と称して広告、宣伝することにより、控訴人らの放送を視聴したいが自らの手段ではそれができない各利用者を誘引しているところ、ここでいう「日本のテレビ番組」とは、不特定多数の日本のテレビ放送番組ではなく、「NHK、NHK教育、日本テレビ、TBS、フジTV、テレビ朝日、テレビ東京の7チャンネル」の放送番組のみを指しており、それ以外を含んでいない。すなわち、被告自身の広告宣伝においても、本件サービスは、控訴人ら6法人の放送という特定の放送を視聴できるようにする役務の提供にほかならない。

控訴人ら6法人の放送をベースステーションに視聴可能な状態に増幅された状態で伝達し、かつその伝達状態を維持、管理するがゆえに、被控訴人は各利用者から対価を得ることができるのであり、それなしでは、単にベースステーションを預かり保管したからといって、その保管に何の意味もなく、それに対して各利用者が対価を支払うこともない。仮にアンテナ、分配機、ブースターあるいはそれらとベースステーションとの接続に不具合が生じ、そのため各利用者が控訴人らの放送番組を視聴できなくなれば、たとえベースステーション自体の預かり保管及びそれとインターネット回線との接続環境の維持が正常に行われていたとしても、各利用者は対価を支払う必要がなくなる。その際、各利用者が支払うべき対価は「ゼロ」になるのであって、ベースステーションの預かり保管及びそれとインターネット回線との接続環境の維持が正常に行われているからといって、各利用者はその分の対価を

支払う必要がない。これは、控訴人ら6法人の放送をベースステーションに視聴可能な状態に増幅された状態で伝達し、かつその伝達状態を維持、管理することが被控訴人の提供する本件サービスにおいて本質的、中核的な部分であり、それがなくては本件サービスは無価値だからである。

このように被控訴人は、控訴人らの放送を増幅、分割して並列設置されたベースステーションに伝達し、かつその伝達状態を維持、管理する義務を各利用者に対して負っており、これこそが本件サービスが収益を生み出す源泉となっている。本件サービスは、ベースステーションの単なる寄託サービスではないし、またベースステーションの寄託及びインターネット回線との接続環境の維持にとどまるものでも決してない。

(イ) 原判決は、「被告の事業所内に設置保管する必要があるものの、このような義務を伴うからといって、被告によるベースステーションの設置保管が寄託の性質を失うものではない。」というが、「寄託の性質を失う」かどうかは論点ではない。

ここで問題とすべき論点は、「(ベースステーションの)寄託の性質を失う」かどうかではなく、(A)「控訴人らの放送を増幅、分割して並列設置されたベースステーションに伝達する」ことが本件サービスにおいて重要な部分を占めているのか、それとも、(B)本件サービスにおいて中心的、核心的なのはあくまで「寄託」の部分のみであって、「本件放送の受信を行うための物理的設備の提供」は、それに付随するところの「従」たるサービスにすぎないのか、である。

上記(A)の事項と、本件サービスが「ベースステーションの寄託の性質」を失っていないことは、両立し得るのであるから、原判決のように「ベースステーションの寄託の性質」を失っているかどうかを論じても意味がない。

上述したとおり、控訴人らの放送を増幅、分割して並列設置されたベースステーションに伝達し、かつ、この伝達状態を維持、管理することこそが本件サービスにおける本質的、核心的な部分であるが、仮に百歩譲って、ベースステーションの「寄託」も本件サービスの内容を構成する要素の一つであるとしても、放送の伝達が本

件サービスの重要な部分であることは、何ら否定されない。

そして、控訴人らの放送という特定の放送を増幅、分割して並列設置されたベースステーションに伝達し、かつこの伝達状態を維持、管理することは、少なくとも本件サービスの内容を構成する重要な部分である以上、寄託サービスに付随する単なる「物理的施設の提供」にすぎないものではなく、主体を觀念することができる行為であって、その行為主体は被控訴人以外にあり得ない。

(ウ) 原判決は、「ハウジングサービス業者は、利用者からサーバを預かり、利用者のパソコン等とインターネット回線との接続によりデータの送受信をすることができるようにすることがある」から、「被告がベースステーションの設置、保管に伴い、ベースステーションとアンテナ端子やインターネット回線との接続を提供しているからといって、本件サービスが、いわゆるハウジングサービスとは、その性質を異にするものであるとはいえない」とする。

しかし、原判決があたかも一つのものであるかのように記述している「ベースステーションとアンテナ端子やインターネット回線との接続」とは、「ベースステーションとアンテナ端子との接続」と「ベースステーションとインターネット回線との接続」の2つの「接続」であるところ、一般的なハウジングサービス業者が提供しているのは、このうち「ベースステーションとインターネット回線との接続」に相当するもののみである。

そして、被控訴人が行っている「ベースステーションとアンテナ端子との接続」は、単に接続するにとどまるものではなく、控訴人ら6法人の放送という特定の放送の放送波を、ブラスター及び分配機によって、増幅し、多数に分割した上でベースステーションに伝達し、その伝達状態を維持、管理することであり、それは本件サービスにおいて、少なくとも重要な部分であって、被控訴人がその主体となる意思的行為である。一般的なハウジングサービス事業者は、このような行為を行っていない。

また、本件サービスは、控訴人ら6法人の放送・放送番組の各利用者吸引力に着

目し、専らその利用を目的とすることによって収益を上げる営利事業であって、一般的なハウジングサービスとは、サービスの性質、目的においても全く異なっている。

原判決がこれらの点を無視したことは、極めて不当である。

(4) まとめ

以上のとおり、原判決は、不合理かつ不当なものであるから、取り消されるべきである。

4 当審における被控訴人の主張

上記3の当審における控訴人の主張は争う。

第3 当裁判所の判断

1 争点1（本件訴えは訴権の濫用として却下されるべきものか）について

当裁判所も、控訴人らの本件訴えが訴権の濫用に当たるものとは認められないと判断する。その理由は、原判決「事実及び理由」欄の「第4 当裁判所の判断」の「1 争点1（本件訴えは訴権の濫用として却下されるべきものか）について」（原判決69頁12行～70頁下から3行）のとおりであるから、これを引用する。

2 事実認定

本件の争点2及び争点3についての判断の基礎となる事実関係については、原判決「事実及び理由」欄の「第4 当裁判所の判断」の「2 事実認定」（原判決70頁末行～84頁下から3行）のとおりであるから、これを引用する。

3 争点2（本件サービスにおいて、被控訴人は本件放送の送信可能化行為を行っているか）について

(1) 著作権法において、「送信可能化」とは、公衆の用に供されている電気通

信回線に接続している自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に情報を記録し、情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体として加え、若しくは情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換し、又は当該自動公衆送信装置に情報を入力すること、その公衆送信用記録媒体に情報が記録され、又は当該自動公衆送信装置に情報が入力されている自動公衆送信装置について、公衆の用に供されている電気通信回線への接続を行うことをいう（2条1項9号の5）。

このように、「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、控訴人らは、本件サービスにおいて、ベースステーションが自動公衆送信装置に当たると主張する。

しかしながら、「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。

しかるところ、上記2（原判決「事実及び理由」欄の「第4 当裁判所の判断」の「2 事実認定」の(1)、(3)、(4)）のとおり、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（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との主張については、後記(3)において検討する。)

(2) この点につき、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こと、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ものであるから、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、上記2（原判決「事実及び理由」欄の「第4 当裁判所の判断」の「2 事実認定」の(4)）のとおり、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。

したがって、個々の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ものということとはできない。

(3) 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主張する。

しかしながら、上記のとおり、本件サービスにおいて、利用者の専用モニター又はパソコンに対する送信は、各ベースステーションから、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。そうすると、本件システムにおいて、各ベースステーションへのアナログ放送波の流入に関わるテレビアンテナ、アンテナ線、分配機、ブースター等、また、各ベースステーションからのデジタル放送データをインターネット回線に接続することに関わるLANケーブル、ルーター等は、それぞれが本来は別個の機器であるとしても、その接続関係や役割に有機的な関連性があるということができ、これらを一体として一つの「装置」と考える契機がないとはいえない。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。

したがって、控訴人らの上記主張は、複数のベースステーションを含めて一つの「装置」と理解する前提において失当というべきである。

(4) 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(2)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。

(5) 以上のほか、被控訴人が本件システムによって行う本件サービスにおいて、自動公衆送信装置に該当すると認められるものが使用されているとの事実を認めるに足りる証拠はない。そうすると、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。

4 争点3（本件サービスにおいて、被控訴人は本件著作物の公衆送信行為を行っているか）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、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、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、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、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、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 ないし 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)ア ところで、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。）。

しかるところ、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。

イ 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、以下のとおり、控訴人らの公衆送信行為の主張Aは失当である。

すなわち、「有線放送」とは「公衆送信のうち、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」をいうものである（著作権法2条1項9号の2）。しかるところ、上記2（原判決「事実及び理由」欄の「第4 当裁判所の判断」の「2 事実認定」の(1),(2)）のとおり、本件サービスは、利用者をして希望する本件放送を視聴できるようにすることを目的とし、利用者は、任意にベースステーションとの接続を行った上、希望するチャンネルを選択して視聴する放送局を切り替えることができ、上記3の(1)のとおり、ベースステーションからの送信は、各利用者の指令により、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がデジタルデータ化され、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送信される）ものである。被控訴人において、個別に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を決定することがないことはもとより、各利用者によるその決定に関与することもない。

そうすると、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。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、上記のとおり、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。

したがって、控訴人らの公衆送信行為の主張Aは、その「公衆送信行為」が有線放送を意図するものであるとしても、失当であるといわざるを得ない。

(3) 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。

そこで、以下、有線放送を含む公衆送信に関する著作権法の規定及びその変遷並びにベルヌ条約及びWIPO条約の各規定等を踏まえて、控訴人らの公衆送信行為の主張Bの当否について検討する。

ア 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、通常の意味に照らし、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 上記アのとおり，著作権法2条1項7号の2は，公衆送信といい得るために，「公衆によって直接受信されること」を目的とする無線通信又は有線電気通信の送信であることを必要としている。そこで，以下，同号の「公衆によって直接受信されること」の意義について検討する。

(ア) 現在の「公衆送信」に関する著作権法の規定の変遷は，以下のとおりである。

a 昭和45年法律第48号として制定された後，昭和61年法律第64号により改正される前までの著作権法は，「放送」を「公衆によつて直接受信されることを目的として無線通信の送信を行なうことをいう。」(2条1項8号)と，「有線放送」を「公衆によつて直接受信されることを目的として有線電気通信の送信(有線

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を除く。）を行なうことをいう。」（同項17号）と、それぞれ定義した上、放送、有線放送に係る著作権者の権利につき、「著作権者は、その著作物を放送し、又は有線放送する権利を専有する。」（23条1項）と定めていた。

b 昭和61年法律第64号による改正に係る著作権法は、新たに「有線送信」との概念を設け、これを「公衆によつて直接受信されることを目的として有線電気通信の送信（有線電気通信設備で、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を除く。）を行うことをいう。」（同項17号）と定義し、「有線放送」の定義を「有線送信のうち、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ものをいう。」（同項9号の2）と改め、さらに、これに伴って著作権者の権利に係る23条1項を「著作権者は、その著作物を放送し、又は有線送信する権利を専有する。」と改めた。

c そして、平成9年法律第86号による改正に係る著作権法において、新たに「公衆送信」の概念が設けられて「公衆によつ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（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。」（2条1項7号の2）と定義された上、「放送」の定義は「公衆送信のうち、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無線通信の送信をいう。」（同項8号）と、「有線放送」の定義は「公衆送信のうち、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有線電気通信の送信をいう。」（同項9号の2）と、それぞれ改められるとともに、「自動公衆送信」及び「送信可能化」の概念が新設

されて、「自動公衆送信」は「公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの（放送又は有線放送に該当するものを除く。）をいう。」（同項9号の4）と、「送信可能化」は「次のいずれかに掲げる行為により自動公衆送信し得るようになることをいう。イ 公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置（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（以下この号において「公衆送信用記録媒体」という。）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。以下同じ。）の公衆送信用記録媒体に情報を記録し、情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体として加え、若しくは情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換し、又は当該自動公衆送信装置に情報を入力すること。ロ その公衆送信用記録媒体に情報が記録され、又は当該自動公衆送信装置に情報が入力されている自動公衆送信装置について、公衆の用に供されている電気通信回線への接続（配線、自動公衆送信装置の始動、送受信プログラム起動その他の一連の行為により行われる場合には、当該一連の行為のうち最後のものをいう。）を行うこと。」（同項9号の4）と定義され、さらに、これに伴って著作権者の権利に係る23条1項が「著作権者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行う権利を専有する。」と改められて、現在に至っているものである。

(イ) 上記(ア)のとおり、著作権法は、その制定の当初から、著作権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

タイプ送信のような「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以て「送信可能化」とした上で、著作者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、上記(ア)のとおり、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) ところで、上記(ア)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者は、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「・・・著作者は、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(ア)の著作権法の概念整理の経過とを併せ見れば，次のようにいうことができる。

a W I P O条約 8 条の規定には，まず，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が定められていることが明らかであるところ，その「有線又は無線の方法」には，「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」ものとの限定はないから，「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」送信である放送及び有線放送のほか，インタラクティブ送信のような，個々の利用者の求め（アクセス）に応じて個別になされる有線又は無線の送信が含まれるものと解することができる。

さらに，同条の規定においては，「有線又は無線の方法による公衆への伝達」に「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」が含まれることが，かっこ書きで明示されている。すなわち，「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「著作物を置く」だけでは，当該著作物について，有線又は無線の方法による公衆への伝達（送受信）の準備行為が完了したとはいえても，伝達（送受信）そのものがあったということは，本来，できないはずであるものの，同条かっこ書きは，「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の使用が可能となる」ための，有線又は無線の方法による著作物の伝達（インタラクティブ送信）に関しては，公衆への伝達（送受信）の準備行為を完了することについて，伝達（送受信）そのものがあったと同様の著作者の排他権を及ぼすことを定めたものといえることができる。

b 上記(ア)の平成 9 年法律第 8 6 号による改正後の著作権法における各概念を上記 W I P O条約 8 条の規定に照らしてみると，同改正後の著作権法が，「公衆送信」の概念を導入し，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である「放送」及び「有線放送」と，公衆からの求めに応じ自動

的に行う送信である「自動公衆送信」とを「公衆送信」の下位概念とした上で、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し、「放送」及び「有線放送」並びに「自動公衆送信」に著作者の排他権が及ぶことを明定したのは、WIPO条約8条が、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を定めていることに対応するものであることが理解される。

また、それと同時に、同改正後の著作権法が、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、著作者が専有する公衆送信を行う権利には送信可能化が含まれるものとし、自動公衆送信の準備を完了する行為である「送信可能化」についても著作者の排他権が及ぶこととしたのは、WIPO条約8条のかっこ書きが、インタラクティブ送信に関しては、公衆への伝達（送受信）の準備行為を完了することに著作者の排他権を及ぼすことを定めていることに対応するものと解することができる。

そうすると、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。

(I) しかるところ、上記のとおり、WIPO条約8条のかっこ書きは、インタラクティブ送信に係る公衆への伝達（送受信）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（送受信）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（送受信）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（送受信）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（送受信）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。

ところで，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，WIPO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，WIPO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，WIPO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。

ウ 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，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，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，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，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，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，上記アにおいて述べた「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、上記2（原判決「事実及び理由」欄の「第4 当裁判所の判断」の「2 事実認定」の(3)）のとおり、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2（原判決「事実及び理由」欄の「第4 当裁判所の判断」の「2 事実認定」の(1)、(3)）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。

エ 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，他人が間に介在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有線電気通信の送信に他人は介在していないと主張する。この主張は，要するに，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」とは，送信者から受信者である公衆までの送信の経路に他人（第三者）が介在しないことをいうものであるとの趣旨と解されるが，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」とは，上記のとおり，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べきものである。

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在しないことが，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在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（第三者の介在しない送信）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としても、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に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るれば、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。

(4) 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、上記2(原判決「事実及び理由」欄の「第4 当裁判所の判断」の「2 事実認定」の(1))のとおり、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(N e t A V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。

また、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WIPO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。

(5) 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とはできない。

第4 結論

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では

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。

知的財産高等裁判所第4部

裁判長裁判官

石 原 直 樹

裁判官

榎 戸 道 也

裁判官

杜 下 弘 記

(別紙)

サービス目録

東京都内の被控訴人の事業所内において、顧客から受け取ったソニー株式会社製「ロケーションフリー」のベースステーションを設置し、これを、ブースター及び分配機等を介して、テレビアンテナと接続されている同所のアンテナ端子と接続し、かつ、ハブ及びルーター等を介してインターネット回線に接続することにより、同所で受信できるアナログ地上波VHFテレビジョン放送番組を、顧客が視聴できるようにするサービスであって、被控訴人が「まねきTV」との名称により運営を行っているもの

(別紙)

放送目録

- 1 控訴人日本放送協会が次の放送波を送信して行う地上波テレビジョン放送
周波数：映像 91.25 MHz 音声 95.75 MHz
- 2 控訴人日本放送協会が次の放送波を送信して行う地上波テレビジョン放送
周波数：映像 103.25 MHz 音声 107.75 MHz
- 3 控訴人日本テレビ放送網株式会社が次の放送波を送信して行う地上波テレビジョン放送
周波数：映像 171.25 MHz 音声 175.75 MHz
- 4 控訴人株式会社東京放送が次の放送波を送信して行う地上波テレビジョン放送
周波数：映像 183.25 MHz 音声 187.75 MHz
- 5 控訴人株式会社フジテレビジョンが次の放送波を送信して行う地上波テレビジョン放送
周波数：映像 193.25 MHz 音声 197.75 MHz
- 6 控訴人株式会社テレビ朝日が次の放送波を送信して行う地上波テレビジョン放送
周波数：映像 205.25 MHz 音声 209.75 MHz
- 7 控訴人株式会社テレビ東京が次の放送波を送信して行う地上波テレビジョン放送
周波数：映像 217.25 MHz 音声 221.75 MHz

(別紙)

著作物目録

- 1 番組名「バラエティー生活笑百科」
- 2 番組名「福祉ネットワーク」
- 3 番組名「踊る！さんま御殿！！」
- 4 番組名「関口宏の東京フレンドパーク」
- 5 番組名「MUSIC FAIR 21」
- 6 番組名「いきなり！黄金伝説。」
- 7 番組名「ハロー！モーニング。」