

昭和五九年(ホ)第八一四号

出版差止等請求控訴事件

準
備
書
面

控訴人 株式会社 早川書房

被控訴人 株式会社 徳間書店

同 堀 晃

昭和五九年七月二五日

右控訴人代理人

弁護士 五十嵐 敬

喜

同 菅 原 哲

朗



弁護士

堀

敏

明



東京高等裁判所

民事一三部 御 中

目次

第一 本件文庫本出版契約は出版権設定契約である。

(一) 細井恵津子の証言

(二) 被控訴人堀晃の供述

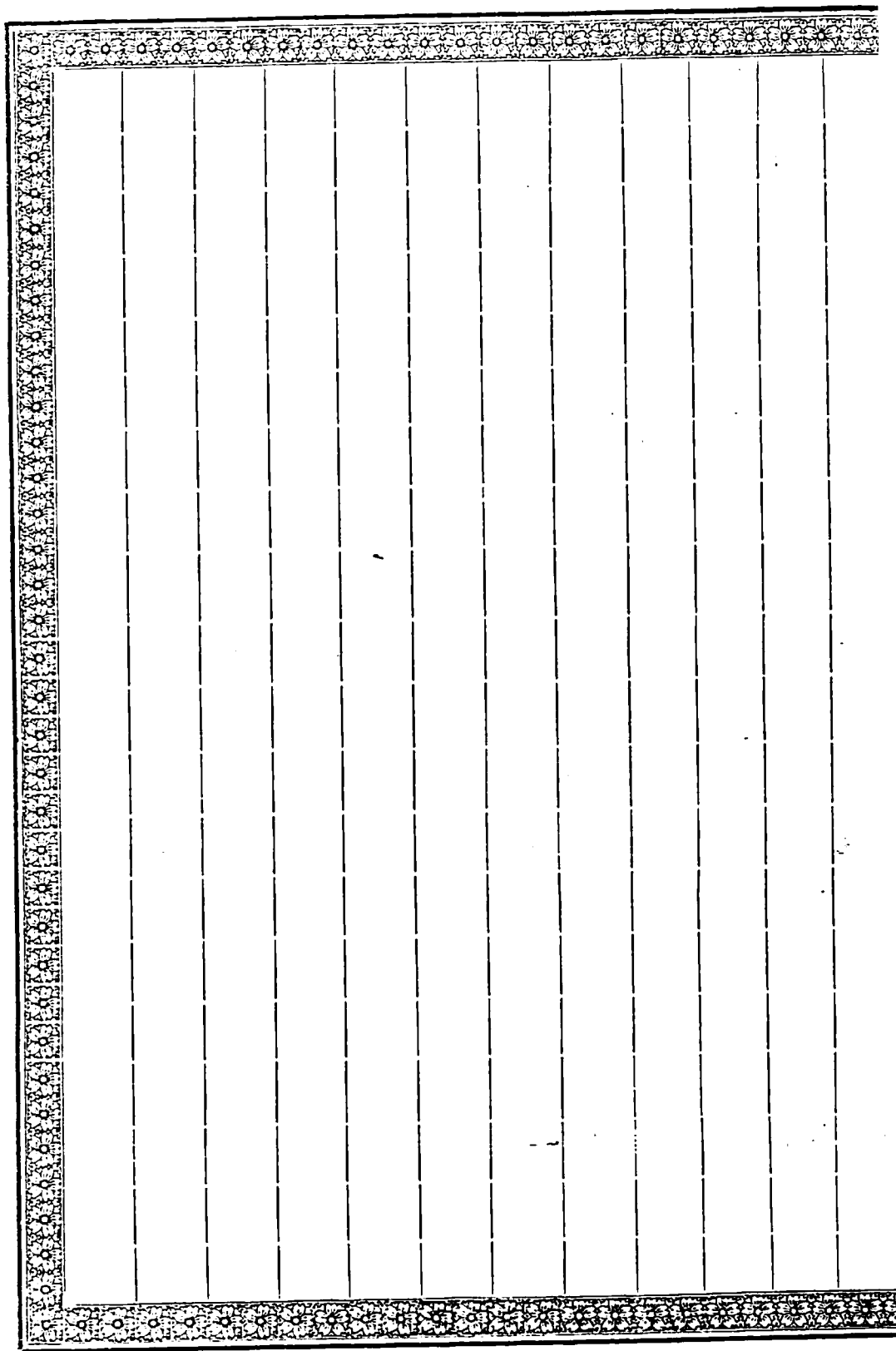
(三) 文庫本は約束どおり製作された。

第二 出版契約が「口頭」でなされた場合でも、出版権設定契約だとみるべきことについて。

(一) 出版界における「口頭契約」の存在理由

(二) 「口頭契約」の合理的意思解釈

第三 仮りに出版許諾契約であっても、損害賠償義務がある。



第一 本件文庫本出版契約は出版権設定契約である。

原判決は、控訴人（以下、早川という）と被控訴人堀晃（以下、堀晃又は堀と略す）間の本件文庫本出版契約を出版許諾契約であつて、出版権設定契約あるいは独占的出版契約ではないというが、以下細井証言および堀晃の供述に基づいて反論する。

（一） 細井恵津子の証言

原判決は理由三において、

『しかし、右文庫本化についての話し合いは時間にして二、三分のことであり、被告堀としては文庫本化についての打診もしくは事前交渉程度であると思つたこと、その際被告堀と細井間において出版権の設定をする旨の文言が交わされたことはなく、原告以外から「太陽風交点」

の文庫本化をしない旨明言されたこともないこと、細井は当時出版契約には出版権設定契約と出版許諾契約があることの認識はなかったし、被告堀も単行本「太陽風交点」出版の際と同様に右契約の種別についての認識がなかったことが各認められ、右認定を覆すに足りる証拠はない。」

と事実認定をする。

そして、右の認定事実によると

『被告堀が原告に「太陽風交点」を文庫本として出版することの許諾を与えたと評価することはできても、これをもって出版権設定契約あるいは独占的出版許諾契約の締結ということは到底できず』

と判断した。

まず第一に、細井は一時間前後堀宅に訪問していたのであり、文庫化の話し合いが二、三分というのは事実誤認であるし、さらに交渉内容を欠落させて認定している誤りがある。昭和五七年一〇月二二日付証人細井の証言速記録六丁から一五丁にかけて、話し合いの経緯が証言されている。

(1) 文庫本出版についての意思表示の合致

細井 「太陽風交点」の文庫化をお願いしたいのですが。

（文庫本出版の申込の意思表示をなす）

堀晃 僕の本はそういうことになっているのでどうぞ。

（文庫本出版の承諾の意思表示をなす）

当初細井は堀の「僕の本はそういうことになっている」

との意味が直ちに文庫化承諾の意思表示と理解できず、再度「太陽風行点」の文庫化なのですけれどと確認してみると、堀は、早川書房から出た単行本はすべてハヤカワ文庫に集録するというのが、堀と早川の今岡編集長との間で約束されているとの話を細井にしている。つまり、文庫化についての打診でも事前交渉でもなく文庫本を出版することの合意を前提に、その具体化の話合いをしているのである。

無名に近い新人の場合、特に売れゆきに不利な短篇集、しかもすべて雑誌掲載作品となると単行本の出版では利益を得ることが困難であり、単行本から更に文庫本としての出版は常識である。堀晃と今岡の間でもおりにふれて話し

合われて当然の前提となっていた。

「問 文庫本「太陽風交点」の出版に關しまして、被告堀晃と原告早川書房との間でどういふ事項が話されてまた合意ができて来たのか、その辺の所をちょっと触れていただけますか。まずそのあれに入る前に今岡編集長との話はどこまで進行しているというふうにあなたは理解していたのですか。

答（細井）

文庫化の約束ができていたということです。

問 そうするとあなたは最後のことについて詰めると言いますが、そういうことですな。

答（細井）

そうです。具体的に作業に進める準備に伺いました。」
(と丁)

(2) 出版時期について

細井 昭和五六年の秋の初め頃までに出版する。

堀晃 では具体的に何月頃だ。

細井 九月までに出す。

この点「九月以降に出版する」(昭和五八年三月四日付被告堀晃本人尋問速記録四五丁裏)と認識についての争いがあるが、細井は最終期限として九月という数字を具体的に表示している。

「問 そのときのことをもう少し正確に述べてもらい

たいのですが、九月までに出すという趣旨なのか、九月頃なのか、或は秋までに出すという趣旨なのか、秋なのか、その辺のニュアンスをはつきり言ってくれませんか。

答（細井）

はい。九月までに出すと申しました。

問　そうすると期限を九月までに、最縮期限を区切ったという趣旨ですね。

答（細井）

そうです。

問　そこで証人はなぜ九月までにという言葉を約束できたという、その辺の理由を簡単に述べても

らえますか。

答（細井）

一応文庫化の約束が今岡編集長となされている以上、私に出版期限を判定を下す権利がございません。それと作業上最大限見積って半年ということと、それプラス二、三箇月の余裕を持つということです。」

（九丁）

堀は昭和五六年二月一九日付内容証明郵便（甲第一号証）で、

「この点につき小生から「五六年九月以後、早川文庫での出版はこれを妨げない」ことを申入れております。これは貴社、細井氏との口頭での約束を尊重したもので、

です』

と主張し、被控訴人徳間書店（以下、徳間という）から出版することは、早川の出版権設定契約を侵害することにならないよう、利害の調整をはかったのだと、弁明している。つまり堀の認識としては、「九月までに」文庫本を出版すると約束したのならば、早川の文庫化と徳間の文庫化が重なってしまふからである。時期の調節によって二重出版を免かれようと堀は考えたのである。それ故、堀は

「細井が個人的に文庫版を昭和五六年秋頃に発行したいと考えていたに過ぎない」

と主張し、出版権設定契約はもとより、出版許諾契約すら成立していないと供述してきた。

(3) 他社出版の可能性について、

細井は、文庫本を出版するにあたって、更に念のため、他社から「太陽風交点」の文庫化の申出があるか否か確認をとっている。

「問 あなたはそのときに外の社とか、そういう所からの文庫とか、そういうような話題は出しましたか。

答（細井）

ええ、それ以前に先約があった場合、問題が起きますので、他社から文庫化の話は来ているのかと聞きました。

問 その回答は、

答（細井）

来ていないということです。」（七丁裏）

細井としては、他社からの出版申出がない以上、被告堀に対し、他社から出版しないとの排他的条項について、再確認をしてゆく必要がなかったものである。

「問 他社出版にしないという約束というよりも、あなたの方で話題として出さなかった理由ですけれども、それを簡単に述べてくれませんか。」

答（細井）

新人の寄せ集め短編集ということで、単行本の売れ行きがあまり芳しくなかったということが一つです。そういうことは一応業界ですの、

他社でも想像のつくところのことです。それからもう一つは処女短編集ということ、やはり習作らしきものも入っておりますので、やはり作品の質的に他社から出してどうか、とかなりございましたので、まあそれほど急な話はないだろうと思っておりました。

問　　そうすると、その時点では特に他社から出版しないという約束を取り付けるとか、そういうことはそもそもあなたの意識の中にはなかったということなのですか。

答（細井）

はい、それ以前に僕の本はそうなっているとい

うことを聞いておりますから、格別その本に限
って再度確認する必要を感じませんでした。」

(一二丁―一三丁)

(4) 活字原稿の著作校正について

単行本を文庫本に編集出版するにあたっては、書きおろ
しの「生(なま)原稿」を必要とせず、「活字原稿」に著
者が手を入れ、校正すればよい。従って細井は堀に手を入
れる必要があるか否か確認している。

「問 その外、例えば出版作業に移るまでに幾つか決
めると言うか、確認して行く事項があると思う
のですが、外にどんな話が出たという記憶です
か。」

答（細井）

まず原稿を印刷所の方へ入れなければならぬわけですが、単行本が一応あるわけですから、そちらの方に訂正箇所を加えていただくことによつてその単行本が原稿になるわけです。ですからそのためにどこか手を入れる箇所があるかどうかと聞きました。そうしますと、あまり訂正箇所はないので、そのまま校正するよう出してきて構わないということです。

問

そうしますと、被告の方から四〇箇所の誤植があるのだと、つまり誤植が沢山あるのだという話は出なかったのですか。

答（細井）

はい。四〇箇所という言葉は絶対に出ておりません。
（一一丁～一二丁）

つまり、単行本「太陽風交点」の誤植部分については原稿校正ではなく、ゲラの校正で行なうことが堀晃から細井に伝えられ了解されていたのである。

(5) 印税・装丁について

「問 印税についてはどうでしたか。

答（細井）

支払い日を発行日より一箇月置いた後の一日から分割払いということを行いました。

問 印税額については具体的な数字なり、そういう

のは出ているのですか。

答（細井）

テンパーセントと申し上げました。」

（九丁裏）

堀は細井の印税についての話は、すでに著者として当然
わかっている話なので、とりたてて疑問があるわけがなく、
装丁についても、単行本を装訂した加藤直之氏変更したい
との話しはなかった。

(6) 解説について

解説に関しては、かんべむさし氏に堀が依頼すること
で決まった。その経緯は、細井が、新人紹介の解説となつて
いる小松左京氏ではなく、ほかの人に依頼した方が望まし

いと指摘し、堀自身が、かんべむさし氏の提案をした。

出版権設定契約の成立要件は、著作権者（契約当時すでに著作物を完成し著作権者たる地位を確保している者であることを要する）と出版者との間で出版権設定についての合意があること、それだけである。それは書面によることを要しないし、発行部数や定価を定めることも要しない。出版権を設定する旨の文言が、細井と堀との間に交わされなくても、二人の間には単行本を文庫化して出版し、出版権を設定するに必要かつ十分な条件についての交渉がなされている。

従って、文庫本「太陽風交点」については昭和五五年一月二二日、出版権設定契約が成立しているというべきで

ある。

(二) 被控訴人堀晃の供述

堀は昭和五八年三月四日付被告堀晃本人尋問速記録四五丁から四六丁にかけて裁判官の質問に答え、出版時期について、堀晃「おっしゃったのは、秋ごろにという言い方でしたので私は秋に出るものだと思いますして、まあ、早くも九月じゃないかと思いました。」

さらに、二重契約について、

堀晃「いえ、その一二月の時点ではまだ、そういう個人的な希望を述べられたものだと思います。ですから、もし、その時点で出版の話が生じたとすれば徳間との相談の上で出版を認めるそういうことはあったかもしれ

ませんけれども。」

しかし、甲第一号証の内容証明郵便のとおり、堀はハヤカワ文庫として文庫本化する契約が存することを明白に自認している。さらに今岡に対して、自動操縦装置のルビが「OP」と誤ったことを気にして話し、文庫化の際に正しく「AP」と訂正する合意が今岡との間にできていたにもかかわらず否認する（右速記録三丁）。

従って、堀の原審での証言の信用性は極めて疑わしいにもかかわらず、安易に採用したと思われる。その中でも堀が認める点を指摘する（引用丁数は右速記録）。

(1) 装丁について

「答（堀晃）」

装丁は変えたほうがいいんじゃないかという話は私は出しました。」
(四丁裏)

(2) 解説について

「問 これは、どういうふうに言ってたんですか。」

答(堀晃)

解説も変えたほうがいいんじゃないだろうか、でその場合はかんべさんあたりに頼んでみようかなという言い方をしました。」
(四丁裏)

(3) 出版時期について

「問 で、出版時期についてはどうですか。」

答(堀晃)

最初に来年の秋ごろに文庫に入れたいと思うと

いう話をされました。」

堀が正式の話ではないと主張する意味は、

「正式な話だとすれば詳しい発行の時期、それから、装丁を変えるのであればイラストレーターをだれに頼むか、解説をだれからどのように、いつ、依頼するか、それから、私の場合ですと、やはりあと、発行部数、そういうことだと思います（五丁裏引用）。」
とのことだと言う。そして、裁判官の質問に

「問　そうすると、最終的に無事本が出て、その印税がはいってきたという事態になったときに、いつかの時点で契約ができていたというふうに今から思えば思われると。」

答（堀晃）

はいそうです。」

（四四丁裏）

と答えているように、契約が申込か、打診か、成立に至ったか、わからないと強弁する。しかし、堀自身、今岡あるいは仲間の作家との交遊を通じて出版契約の意味、つまり後記第二で評論するところの意味を熟知していたのであり、出版許諾契約と認定する原判決は事実誤認として取消されなければならない。

曰 文庫本は約束どおり製作された。

出版権設定契約が存在していた事実は、早川の文庫本出版へ向けての事実経過をみても理解し得る。

(1) 昭和五五年一二月二一日、早川と堀との間に、昭和五六

年九月までに文庫本「太陽風交点」を出版するとの出版権設定契約が成立した。右契約に基づき早川において、文庫本「太陽風交点」を製作していた経緯は次のとおりである（甲第三四号証）。

昭和五五年一月二二日

早川編集部員細井は、前日の堀との契約に基づき「太陽風交点」の製作原本（B6上製本）取寄せを製作部に連絡。

昭和五六年一月一五日

右細井に製作原本が渡る。原本取寄せに昭和五五年一月二二日から同五六年一月一五日まで要したのは、年末年始が間に入り、同年九月までに出版するという

出版時期からみても突貫業務の必要性が全くなかった
のである。

同年一月二〇日ころ

編集業務に入る。業務が右細井よりSFマガジン編集
長今岡へ移行。同人はこの時点から本文読み直しに入
る。

同年二月五日ころ

本文読み直し終了。この時点で解説なし、写真撮影に
て文庫本「太陽風交点」を製作することに決定。

同年二月六日

製作業務に入る。製作部は写真撮影用に可能な限り印
刷上りのきれいな原本を準備後整理に入り、誤字の直

し、ノンプルのはりつけ作業に入る。

同年二月九日

編集・製作・経理各部で検討の結果、発行部数三万部、
定価三四〇円に決定。

同年二月一〇日

印刷準備のため、本文紙を発注。

同年二月一三日

製作業務が終了し、印刷指示書添付のうえ、写真撮影
にまわす。

表紙写植原稿発注。

同年二月一四日

表紙版下作成後、製版に発注。

カバージュケット写植原稿発注。

同年二月一六日

カバージュケット版下作成後、製版に発注。

売上カード写植原稿発注。

同年二月一七日

腰帯写植原稿発注。

同年二月一九日

売上カード版下作成後、製版に発注。

表紙印刷用紙発注。

カバージュケット用紙発注。

腰帯用紙発注。

腰帯版下作成後、製版に発注。

同年二月二〇日

本文（何物とも）刷了。

表紙刷了。

カバージャケット刷了。

同年二月二一日

腰帯刷了。

売上カード刷了。

カバージャケットのビニール加工終了。

同年二月二三日

製本（見本用）終了。

同年二月二四日

製本所、見本一二〇冊を早川書房に持参。

(2) 他方、早川が堀より、出版拒否の意思表示を受けたのは、甲第一号証の昭和五六年二月一九日付内容証明郵便（これは早川には、昭和五六年二月二三日に到達した）によってである。

それまでの間、早川と堀の間では、文庫本「太陽風交点」出版に関し、何回も連絡がとられ、話がされている。その主たる内容は、昭和五五年一月二一日締結された早川及び堀間の出版契約の確認、堀による堀が徳間より文庫本「太陽風交点」を出さざるをえなくなったことの説明と早川による徳間よりの出版の拒絶、早川による文庫本「太陽風交点」出版の通知である。これほどのやりとりが行なわれていながら、堀は、早川による文庫本「太陽風交点」出版

拒絶の意思表示を一切していない。昭和五六年二月一七日早川SFマガジン編集長今岡清が堀に早川から文庫本「太陽風交点」を二月二八日に出版する旨通知した時ですら拒絶はしていないのである。

早川と堀との間には昭和五六年九月までに文庫本「太陽風交点」を出版するとの出版契約があるのであるから、堀から出版拒絶の意思表示がなければ、出版に異議なきものと考えその作業を継続するのは当然のことである。

そこで、堀より出版拒絶の意思表示が早川に到達した昭和五六年二月二三日時点についてみると、前記製作経過から明らかなように、すでにその製作は終了しているのである。

つまり、SF大賞の受賞さらにこれを契機にして徳間に
おいて単行本を徳間文庫化する一連の第三者の行為が介入
しなければ、何の障害もなく契約どおり文庫本「太陽風交
点」がハヤカワ文庫として出版されたのである。

第三 出版契約が「口頭」でなされた場合でも、出版権設定契約
だとみるべきことについて

第一審判決によると、控訴人と被控訴人堀晃との間に、「口
頭」による出版契約が締結されたことは認められているが、右
の「口頭契約」は、講学上のいわゆる出版許諾契約であり、従
って、被控訴人堀と被控訴人徳間の間の、出版契約は自由であ
るとされている。しかし、この論には、明らかな判断の誤りが
あるので、以下、項をわけてみていくことにしたい。

(一) 出版界における「口頭契約」の存在理由

1 日本に「契約」なる概念が導入されて以来、約一世紀経過し、著作権法に「出版権設定契約」なる概念が登場してからでも約半世紀経過する。しかし、こと出版界に限っていえば、第一審で、詳しく主張、立証したように、日本での出版契約書締結の実績は極めて少なく、対抗要件たる出版権設定登録にいたっては、およそ、天文学的な低打率であることは、いわば公知の事実といってよいであろう。このような事態を前にして、第一審判決のように、出版権設定契約の締結や最終的には、出版権の設定登録義務を強調するのも、一つの姿勢であるが、もう一つ、現実の実態の中から、法理論を検討するのも、重要な作業といふべきで

ある。

いくら声高に契約書の締結をさげんでみても、それが実行されないのは、単に関係者の無理解というだけでなく、実行しないことについてそれなりの合理性があるからに他ならない。そして、その合理や不合理を法理論的に検討するもの、裁判所の重要な職務であると解されよう。

2. そこで、まず、出版界において、なぜ「口頭」で契約がなされているか、という理由についてみておこう。

(1) 第一に、出版という行為が、著者と出版社との相互信頼を基礎としているということを挙げることできよう。著作権の保護対象となっている創造行為は多種多様であるが、出版界のように相互信頼のうえになりたっている

業界も少ないであろう。そのことは、本件の場合にもよくあらわれている。すなわち、堀の「太陽風交点」は、そもそも早川発行にかかる「SFマガジン」に、掲載したものを集めて、単行本としたものであり、右SFマガジン掲載にあたって、編集を担当した今岡と堀との間に、良好な信頼関係と相互のアドバイスがなかったら、そもそも、無名の新人でありながら、極度の遅筆のため大阪出張を強いられるという堀の雑誌掲載すらありえなかった筈であり、いわんや「単行本」の発行などもあり得なかったのである。現在は高名な作家であっても、そのデビュー時には、右のような編集担当者の援助によつて、登場し成長をとげていくという事実は、ほとんど公知の

事実であり、極端に言えば、堀は今岡なくして、デビューなどありえなかったといつてよいであろう。又堀と今岡との間には、単に、著者と編集者といった関係だけでなく、実に、堀の妻美保が今岡の紹介にかかるといった個人的な事情もつけ加えられている。このような関係にあつた両当事者にとって、本件のように、早川側の了解もなしに、他出版社である徳間との間で、同一の本を出版するなどということは、到底、思いつくことさえ及ばなかったというべきなのである。いいかえれば、今岡と堀との間には、SFマガジン掲載の時点は勿論、単行本出版の時点でも、又、文庫本出版の合意の時点でも、相互に良好な信頼関係があつたのであり、それ故、又、他

社からの出版の危険を前提とした「出版権設定契約」の締結など思いもよらなかったのである。なおこの点について、第一審判決は、早川側は、いつでも出版権設定契約を締結しうるのに、それをしなかったとして批判しているが、この批判は全くの的はずれであり、契約書締結（それはある意味で相互不信を前提にしている）など全く不必要な状態に両者の関係があったのである。出版界において契約書が流布しない第一の原因は、このような相互の信頼関係にもとづいている。

(2) 第二の理由は、著作という行為が、本質的に「創造行為」だということにかかわっている。そして、この「創造」という部分は、明らかに、契約という概念と衝突す

るといふよう。すなわち、「出版権設定契約」という契約は、出版権を設定することによつて、出版社の権利を保護すると同時に、原稿引渡し後何日以内の完成義務と
いうような義務も課すのである。これを著者からみれば、
著者は原稿引渡し後、何日以内に出版社に出版させる権利を有するが、それと同時に、それ以前の問題として、
著者自身は何日まで原稿を引渡さなければならぬといふ義務を負うのである。つまり契約は相互に権利と義務を課すものだといふことを確認しておかなければならないであらう。

さて著作という、とりわけ「創造」を要する作業にとつて、右の契約のうち、最も障害となるのは、原稿の引

渡し期日の厳守義務であり、これが地獄の苦しみとなることは、少しでも、著作を行ったことのある人であれば容易に想像がつくことであろう。著作の実態からみると、それ故、この原稿引渡し義務は、ある程度、幅があることが前提となっているのであって、この幅を全く無視したような機械的な原稿引渡し期日の設定は、著作する側にとっても、又逆に、期日をスポイルされるか、未完成の原稿を渡される出版社側にとっても、むしろ歓迎されないものである。これが契約の締結を流布させない第二の理由と考えられる。ちなみに、契約書を締結している場合であっても、この事情は変わっていない。すなわち、出版契約の場合、他の契約と異なって、そのほとんどは、

原稿執筆前ではなく、出版直前になって、過去の行為を追隨するような形で、締結されているのである。

これは、右の「創造」ということを事の本質とする「著作行為」に、不可避の現象、といわなければならぬ。「創造」部分は、契約で拘束することができないのである。

(3) 第三は、著作権法そのものの欠陥に基因している。著作権法によれば、出版社が、自己の権利を完璧に防衛しようとするれば、単に著書との間に出版契約を締結するだけでなく、文化庁にて、出版権の設定登録をしなければならぬ。しかし、実際問題として、この「登録」は、経済的にも、経費的にも、さらには時間的にも、多くの

負担を出版社と著者との双方に強いものであり、それ故、実に半世紀にわたる宣伝、流布の努力にもかかわらず、ほとんど利用されることがなかった。登録制度はほとんど「死文」となっているのである。さて「登録」のない出版権設定契約。それは出版社と著者との間に、他で出版しないという義務を明示的に示すものではあるが、対外的に完全な効力を存するものではない。著者と出版社との間の、信頼関係が崩れれば、完璧なものとはなりえないのである。それ故、再び話は、出版社と著者と信頼関係にもどるのであり、この信頼関係の問題は、さらに実に興味深い問題を提出しているのである。それは、契約書を締結する方が、信頼関係が深いのか、それとも

逆かということであり、当たり前前の話であるが、無言でも意思が通じるのが、最高の信頼関係であり、それが順に、口頭、文書という順に下がってくるのである。

出版界において、契約書が流布しないのは、実は、再び信頼関係に戻り、信頼関係が強く働いている世界こそ、文書による契約が少ないということに留意しておきたい。

(4) さらに、本件に特殊なこととして、雑誌掲載から単行本に、単行本からさらに文庫本に移行するといった状況も、挙げておく必要がある。前にもみたように、新人がデビューする場合の多くは、最初、雑誌に対する原稿掲載から始まる。最初から「単行本」でデビューできる作家は、現代においてほぼ皆無といってよいであろう。

さて雑誌掲載の場合、第一回掲載のきつかけは多様であるが、少なくとも単行本にまとめられるようになるまで（堀のように短編の場合）には、直接にしる間接にしる著者と出版社との間には、相当な信頼関係が築かれているとみてよい。この相当な関係について、もう少し詳しくみると、その関係は、雑誌に掲載した出版社の同意なくみれば、他社で「単行本」にできない関係とみてよい。すなわち、出版権設定契約と同一の効力を有する程度の信頼関係とみてよいのである。このことは、現実には、新人作家で、掲載雑誌社の同意なしに、他社から出版された例がないことからみても実証できよう（なお、著者が幾つかの雑誌に掲載した文章を集約して単行本を出版す

る場合には、この関係はあてはまらないが、それでも、各雑誌出版社の同意を得て、出版していることに留意されたい。本件の場合、まさしく、この信頼関係が両当事者に存在したのであり、それ故、掲載原稿を集約して単行本化する場合に、契約書が存在しなかったのは、むしろ当然すぎる位当然な現象とみてよいのである。それは、単行本から文庫本にひきつがれる時も同様であり、そこでは又、他社から出版しないことも、勿論のこと暗黙の合意となっているのである。

その他に、もっと多くの理由も挙げることが、可能であろが、さしあたり、右の四点は、出版界における「口頭契約」の存在を合理づける理由である。

(一) 「口頭契約」の合理的意思想釈。

以上によって、出版界においては「口頭契約」が避けられないものであり、あるいは合理的な存在である理由が明らかになった。そこで、次に、それでは、右の「口頭契約」がいかなる意味をもっているか、すなわち講学上の「出版許諾契約」か「出版権設定契約」かについてみていくことにしよう。さてこの点について、第一審判決は、出版許諾契約とみたのであるが、その理由として挙げたのは、当事者の認識と、出版界の慣行の二点である。そこで、これを二つにわけてみていくことにしよう。

1. 第一点について、判決は「原告と被告堀の間では出版権の設定との明示の文言その他出版権設定をうかがわせるて

足る文言は交わされていないばかりか、当時、被告堀としては、出版に関する契約に出版権設定と出版許諾契約があることすら認識していなかったものであり、一方、右単行本の出版について被告堀と交渉に当たった今岡についていえば……同人は右契約の種類については理解していたものの、本件においては単に出版を独占しうるのは当然と考えていたというに過ぎず、同証言のすべてを検討しても、本件につき、出版権設定契約を締結する意図ないし認識があったとは認定できないのであって、このような両当事者間で締結された出版に関する契約をもって出版の単なる許諾以上の権利義務を契約当事者に発生させる出版権設定契約とみることとは到底許されない」という。なお、この論旨は、文

庫本契約の交渉にあたった堀と細井についても、全く同様にひきつがれている。

しかし、この論旨も、明白に誤りといわなければならない。

(1) 第一の誤りは、口頭契約の法的意味を検討するにあたって、両当事者の合意の真実の意思を、両当事者が使用した文言に、すりかえてしまったことにある。判決はまず、著作者である堀は勿論、出版社側の今岡や細井も、出版権設定なる文言を使用しなかったことを理由の第一にあげている。ところで、このような理由づけが説得力を持つためには、出版権に関する専門用語を通常人なら誰でも知っているということが前提になっていなければ

ならない。しかしながら、日本の出版社や著作者の中に、著作権法の規定する様々な用語を正確に知っている者は、一体どの位いると推定してよいのであろうか。著作権法の存在は知っていたとしても、出版許諾契約や出版権設定契約の用語やその法的意味、そして著作権譲渡契約と複製権譲渡契約の意味とその差異、そして又登録の意味とその手続など正確に認識している人は、出版界においてはごくわずかであり、法律関係者にとつてすら、それを正確に理解しているのは、おそらく、特殊に、著作権法の分野を扱っている、ごく少数にとどまっているとみてよいであろう。その意味でいえば、著者堀や今岡、細井は特殊な人間なのではなく、日本の著作権法に関する

平均的な人間を代表しているのである。このような、日本における著作権法の理解状況の中にあつて、特殊専門的な用語を使用したか否かをもつて、契約の内容を判断していくのは誤りであり、契約の内容は、平均的な人間である著者と編集者との間で、真実どのような内容が、合意されていたかという点からみなければならぬのである。

(2) 第二の誤りは、当事者のおかれていた状況を見逃したことにある。この部分は前にのべた部分と重複するが、重要な点なのでもう一度みておくことにしたい。前にみたように、本件堀の「太陽風交点」は、一点をのぞいて、そのほとんどが、今岡が編集を担当していた雑誌SFマ

ガジンに掲載されたものを集めて一冊の本としたものがある。今岡と堀との間に、SFマガジン掲載のたびごと両者の信頼関係が深まっていた、ことはいうまでもなく、両者の間は単に編集者と著者との関係をこえて深い友情まで突き進んだとみてよい。

今岡と堀は、昭和四九年の八月、SFファンの集いである日本SF大会会場で、熱心なSFファンとしてお互いを紹介され、それぞれ作家、編集者としての立場から日本のSF振興のために努力しようと語りあった。そして昭和五〇年五月には、今岡は翻訳家の伊藤典夫と共に堀宅を訪問、SF談議に花を咲かせた。この訪問をきっかけとして、今岡と堀は急速に親交を深め、同年八月一

六日、SF作家としてデビューしたばかりの、かんべむさしとともに今岡、堀は京都に大文字焼を見に行っている。ちなみに、この当時は今岡は単行本の担当であり、堀の仕事とは直接の関係はなかったが、SFのファンとしての共感から私費で堀宅を訪問していたものである。同年一〇月には、堀はかんべむさし、当時SFマガジンに寄稿していた会社員の岡博志、SF作家横田順彌らと共に当時埼玉県浦和市に住んでいた今岡の家を訪問、朝まで飲み明すということもあった。

丙第七号証1、昭和五二年七月二十九日にある今岡・堀・田正紀との会合も、本来の目的はたまたま上京した堀を迎えての歓迎会といった意味あいのものであった。そし

て、今岡はこの機会をとらえて、かねて堀との話に出
いた単行本の件を切りだしたのである。また、丙第七号
証1、昭和五二年一〇月一二日については、山田正紀の
長篇連載の打合せのため、早川の校正担当の社員長坂美
保と今岡が会い、たまたま上京していた堀が同席をして
いたにすぎない。このときは、長篇の打合せを喫茶店で
すませた後、四人で食事へ行き、その後バーで深夜に至
るまでドンチャン騒ぎをしていた。酒の席では非常に陽
気な堀がこのとき長坂美保と意気投合し、二人の交際が
始まった。同年一二月には、堀は今岡に電話で、長坂美
保のアパートを訪れたことを告白しさえしている。そし
て翌昭和五三年一月には長坂美保が妊娠したため、どう

したものだろうか。と今岡に相談をもちかけ、その時今岡は、良いきっかけだから結婚をするのがよいだろう、と答えた。

また、今岡と堀との仕事上の連絡について、東京と大阪との距離的なへだたりがあるにもかかわらず、手紙類が非常に少なく、また堀がたびたび指摘しているように、他の話のついでに「太陽風交点」の出版打合せがなされたことについても、前述したような密接な関係にあるためによるものである。そのような関係から、連絡はほとんど電話でおこなわれ、しかも堀が会社員であるために、今岡も帰宅した後に自宅からかけることが多かった。さらにその電話の回数も、堀の原稿の完成が常に遅れてい

たため、一本の原稿について最低三、四回の電話のやりとりがあった。

堀の原稿が遅いことについては、SFマガジンの寄稿者の中でも特に有名で、今岡は堀の原稿をたびたび大阪の堀宅へおもむき、受取りに行っていた。ちなみに、打合せ等ではなく、単に原稿が遅れたために出張せざるを得なくなったケースはSFマガジンでは決して多くはなく、特に書籍を一冊も出版したことの無い新人については他には例がない。

こうした今岡と堀との関係から、堀は今岡に対し、電話や酒の席で、また原稿を受取りに堀宅を訪問した際に、「自分の本は早川書房以外からは決して出版しない」と

しばしば口にしていたのである。そうした関係の中で、今岡はことさら堀に対し、契約書云々を問題にする必要はなかったのである。

今岡が昭和五二年七月、堀に対して単行本の出版を勧めたのも、このように親密な関係からみればごく自然のことであるし、堀も又この今岡の、編集者として又友人としての勧めに答えていったのも、これ又自然のことといえよう。デビューしたばかりの新人にとって、「単行本」の出版、しかも処女出版は、いわば我が子の誕生と同じ位にうれしいものだといわれているが、堀にとっても今岡にとっても、単行本「太陽風交点」の出版は、まさに、そのようなものとして誕生したのである。

このようにして、当時の両当事者の間に、
単行本出版は早川以外になく、早川以外で出版するなど、
まったく想像もつかなかったことであろう。契約の解釈
にあたって、このような状況にあつた両当事者が、前に
みたように、よく知りもしない「出版権設定契約」なる
用語を使ったか否かなどというのを詮索するのは、馬鹿
げたことといえよう。

今岡と堀の良好な信頼関係は、右の単行本「太陽風交
点」出版後もひき続いた。今岡はさらに堀に対して文庫
本「梅田地下オデッセイ」の出版をすすめ、この契約も、
単行本「太陽風交点」と同様、全くの口頭ですすめられ
た。この「梅田地下オデッセイ」についても、今岡も堀

も、出版権設定契約なる用語を使用せずとも、他社でだすことなど、全く考えもつかなかった、といってよい。

(3) 文庫本「太陽風交点」の契約も、基本的には、両者の信頼関係を基礎にして口頭契約によって行なわれた。

会社内の事情によって、担当は今岡から細井に変更されたが、両者の間に、他社からの出版を予想して、それを防ぐための文書による契約を結ばなければならぬ等といった事情は全く見当らなかったといつてよい。今岡からみれば、堀は、雑誌以来のつきあいであり、単行本「太陽風交点」も、文庫本「梅田地下オデッセイ」も、全く順調にすすんだ。文庫本「太陽風交点」だけ、異常な事態の発生を心配するきざしなど全くみえなかったの

である。この事情は、堀にとっても同様である。堀に雑誌に掲載してから今岡とは、五年のつきあいであり、妻も紹介してもらった。単行本「太陽風交点」も出版できたし、文庫本「梅田地下オデッセイ」も、出版できそうである。そしてそのうえにさらに文庫本「太陽風交点」出版の話がきたのであるから、これをことわる理由も全くないし、又他社から出版しよう等という意図も全くなかったといってよいであろう。

このようにして、両者の間の契約は、簡単な口頭契約で充分に足りたのであり、その真意は、他社でも出版することを認めた出版許諾契約ではなく、むしろ反対に、他社での出版を認めない出版権設定契約であることは争

う余地がないのである。

これは又、別の観点からも裏づけられる。今岡は、単行本「太陽風交点」の時点で、堀が他社での同時出版を主張したら、それを認めるわけはなかったことは、明らかであるし、又、その事情は文庫本の時点でも同様である。堀にしても、当時、他社での同時出版等いえる状態でなかったことは、いうまでもあるまい。

(4) この項の最後に、次の点に触れておきたい。前にみたように、今岡も細井も、そして堀も出版権設定契約なる正確な概念はしらなかった。現在でも、著作権法上のそのような概念を正確に理解している編集者も著者も多くはないであろう。

しかし、そのこととは別に、ほとんどの編集者や著者がしっている一つの原理がある。それは、単行本にしろ文庫本にしろ、本の出版後三年は、他社では本は出せないということである。これは勿論、著作権法によつて、期限のない出版権設定契約（本件の場合これにあたる）について認められている期間であるが、その根拠はとにかく、三年は出版できないという事実は、多くの人々に知られているルールといえよう。

今岡や細井は、この点についてはよく理解しており、おそらくは、少年のころより、作家とのつきあいがあった。しかも早川書房の元社員であつた者を妻としている。堀もしていたにちがいないのである。堀の友人であり、

かつ又、早川版文庫本「太陽風交点」の解説者となる予定であつた「かんべむさし」の本件事件後の早川に対する通告書（甲第七号証）をみれば、出版後三年は拘束されるというのは、常識となつてゐるのである。

堀は、早川との口頭契約によつて、出版権設定契約を締結したのであり、著作権法によつて、三年間は他社からの出版を拘束されるというべきである。

2
第二点について判決はいう。

「ある著作物につきこれを最初に出版した出版社と著作者の間で当該著作物の出版につき明示の出版権設定契約もしくは他の出版社から出版させない等の明示の合意が交わされていない場合であつても、他の出版社

は先行出版社の立場を尊重して、通常は三年を目と見
一著作物についての出版を差し控えることが出版社と
して望ましい態度であるとい般的には評価されており、
したがって、他の出版社が同一著作物を出版しようと
する場合には、先行出版社の了解を得ようとし、その
為に金員の支払いその他の見返りの提供が先行出版社
にされることもあることが認められる。このように先
行出版社の立場を尊重しようとする一応の慣行が出版
界にあることは認められるのであるが、一方前掲各証
拠によれば、先行出版社と後行出版社間の力関係もし
くは先行出版社と著作権者の力関係により、先行出版
社が他社から出版することにあえて異を唱えない場合

もあることが認められるのであって、これらを考え合
わせれば、右の慣行がすでに出版界において慣習法又
は事実たる慣習として定立していると認めることはで
きない。」

そこで以下この部分について順次、検討しその誤りを明
らかにしたい。

(1) 判決にいう慣習法、事実たる慣習という概念と、慣行
という概念が、どういふ差異をもっているのかは、判決
自身からは明らかではない。そこで、ここでは、慣習法
あるいは事実たる慣習については、一般社会の中でかな
りの拘束力をもつもの、慣行については、ほとんど拘束力
をもたないものという風にわけていくことにしたい。

さて判決によれば、出版界には、本件のような場合に、
① 三年間は同一著作物についての出版を差し控えること、
② 従って他社が同期間に出版しようとする場合には、先行出版社の了解を求める、その為に金銭の支払い等の見返りがある、という「慣行」があることが認定されている。問題はこのような「慣行」が、判決にいうところの「先行出版社と後行出版社の力関係」あるいは「先行出版社と著作権者の力関係」により、崩れている場合もあるので、「慣習法」や「事実たる慣習」といえないかどうかということになる。そこでまずこの慣行部分からみていくことにしよう。

出版界では、先ほどみたとおり、出版許諾契約と出版

権設定契約の区別やその法的効果のちがいは、正確に理解されていないが、おおよその了解となっている事項に同一出版物についてはおおよそ三年以内は、他社から出版しないということをあげることができる。雑誌原稿は別にして（これとて二重使用が作家にとっても、出版社にとっても、大きな恥となることは、例えば、昭和五九年五月八日付毎日新聞、西村京太郎さんミステリー、甲第四五号証をみれば明らかであろう）、書籍出版物については当然のこととして考えられてきたのである。信頼関係にもとづく口頭契約を、本質的な要素としてもっている出版界においては、この三年間の著作権保存は、いわば生命線となっているのであり、本件をのぞいて、ほとん

どこの慣行が破られることはなかったといつてよい。

(2) この事実には次の証拠によつて明らかにされるであらう。

第一は原審昭和五八年四月二五日付原告準備書面(三)、同
四で示した各出版社の三年以内の要件とロイヤリティの
支払いに関するコメントである。第一審判決は、このコ
メントを不当に低く評価しているといえよう。第二は、
とりわけその中でも、甲第二五号証の小林正夫「早川書
房の告訴で明るみに出た徳間や角川の強引商法の実態」
は注目される。そこでは筆者は、角川文庫について「弱
小出版社の一次出版(単行本)を二次出版(文庫化)す
る強引な方法は、先述の徳間文庫のやり方の比どころで
はないケースもある」として、その例として、①流動出

版刊戸川猪佐武著「小説吉田学校」、②けいせい出版刊
能見正比古著「新血液型人間学」、③「噂の真相」二月
号（一九八一）のケースをとりあげている。筆者はこの
ケースについて「角川書店の編集部出版局の佐藤吉之輔
氏に取材の電話を入れて角川側の言い分を聞いてみた」
とし、次のように角川側の意見を紹介している。注目す
べきだというのはこの談話であり、談話は「流動出版の
場合、文書による出版契約は為されておりません。だか
ら私共が文庫化しても法的な規制力はない訳です。第一
巻目は刊行されて一〇年にもなりますから、三年留保の
文庫化自粛規定にも違反していません」としている。つ
まり、このレポートによれば、最も悪質とされている角

川ですら「三年」は「自肅規定」とうけとめられていることに注意する必要があるのである。さらに第三に、次の例は、この三年間の自肅規定が強い効力をもっていることを示す例といえよう。周知のように、出版界では過去に何度か文庫本戦争という時期があった。講談社が一九七一年、学術書を文庫化しようとした時も、文庫戦争といわれたが、そのいきさつについて新泉社代表小汀良久氏が「誰がために本はある——文庫本合戦という名の焦土作戦」(甲第四六号証、朝日ジャーナル一九七六、一〇・二二)でその内幕と、小出版社側の論理を展開した。

同論文によると、新泉社発行にかかる石田英一郎著「

文化人類学ノート」と荒畑寒村著「谷中村滅亡史」の二冊について、学術文庫収録の打診があつたが、小汀氏は「契約書がなくとも、本が継続的に刊行販売されており、その対価（印税）が支払われていれば、立派に出版権は設定されていると信ずるものである」として、拒否したところ、この二冊は文庫収録されなかったことが明らかになっている。

重要なことは、「三年以内」は勿論、三年後でも、先行出版社の同意なしには、後行出版社では出版できない、ということなのであり、これは「三年間」という期間が強い拘束力をもっていることを証明するものといえよう。

(3) このような出版界の状況を直視すれば、原審でも引用

している半田正夫教授の学説はまことに正鵠を得ている
と云つてよいのである。勞をいとわず、もう一度引用し
ておきたい。

「従来の通説は、出版契約を「当事者の一方（著作
権者）が相手方（出版者）に、著作権の内在する著
作物の利用を為さしめることを約し、相手方が自己
の計算において、著作物を複製しそれを発売・頒布
することを約するに因つて成立する諾成・不要式の
債権契約」と定義している。これによれば、前掲（
二）（四）四つの契約のうち出版許諾契約だけが出
版契約の範疇にはいり、それ以外のもの、とくに出
版権設定契約はこれより除外されることになる。こ

のような出版契約の定義づけは、大正一〇年に末川博士によつてはじめてとえられたものであるが、博士自身述べておられるように（たとえば、末川博士「出版契約の理論と実際」法律時報五卷九号六頁以下）、これは当時の出版慣行の中から導き出されたものであるがゆゑに説得力をもち、それ以来多くの学者によつて踏襲され現在にいたつたものである。だが、ここで注意しなければならぬのは、博士が上述の定義をたてた当時、わが国にはいまだ出版権設定の制度が存在していなかつたということである。出版権設定の制度が存在しない以上、出版権設定契約のありえようはすはなく、したがって当時の出版

慣行の中に出版権設定契約が含まれていなかったのは当然の事理だったのである。末川博士の定義はかかる時点のものであったことを理解しなければならぬ。ところが事情はその後一変している。昭和九年の著作権法改正によりあらたに出版権設定制度が創設され、これが必然的に出版権設定契約という従来の出版許諾とは性質の異なつたまったく新しいタイプの契約を生み出すことになり、出版界に大きな影響を及ぼさずにはおかなかつたからである。このような状況のもとにおいては、出版慣行もなんらかの変容をみるのは必定であり、これをまったく度外視して無批判に末川博士の定義を現在なおもちつづ

けるのは妥当ではないといふべきであらう。ここに現在の慣行の把握が重要視される素地がある。

出版を目的として締結される著作権者と出版者との間の数種類の契約のうち、実務上、出版契約として意識され呼称されているものは出版許諾契約と出版権設定契約の二種だけであり、出版の形式が書籍であるか雑誌のごとき定期刊行物であるかによつて両者の使い分けがなされているようである。すなわち、書籍出版の場合は一般に永続的な出版を意図するものであるから、出版者に排他的・独占的権利を与える出版権設定契約がその主流を占め、出版許諾

契約の例は比較的少ない。もともと出版契約を口頭で結ぶ例は多いが、この場合でも出版者側は出版権の設定を意識しているといつてよい。これに反し、雑誌出版の場合には一般に著作物の一回かぎりの利用を意図するものであるから、出版者としては独占的な権利を取得する必要はなく、したがって出版許諾契約が締結されたものと解するのが普通のようにである。」（実用法律事典10「改訂著作権」二三五頁）

この見解は、はじめから出版許諾契約を前提にして、書籍出版する出版社も著者も、世の中に全く存在しないという事実からみても、全く妥当なものであり、さらに、現実には、半田教授によつて「フリー」とされている雑

誌原稿すら、それを収録する場合に、雑誌社の同意なしには行っていないという、圧倒的大多数の著者の例をみても、いわば当然中の当然すぎる見解といってよいのである。

かかる出版界の状況をみれば、「三年間」自肅は、単なる慣行として存在するものではなく、強い拘束力をもった慣習法あるいは事実たる慣習とみられるべきものである。原審判決はこの点についての判断を誤っている。

(4) 次に以上を前提として、この慣習法あるいは事実たる慣習が、破られているかどうかについて検討することにしよう。

右の慣習法によって「三年間」は他社は出版できない

というのは、勿論絶対的なものではなく相対的なものである。前掲小林正夫が指摘しているように、他社の作品を自己のものとするために「①出版権の委譲（単行本出版社の同意）、②著作権遵守（著者の同意、印税支払い）、③ロイヤリティ（出版権使用料）の三点が必要条件であり、これらが満足されれば、当然のことながら三年以内でも出版できる。従って、その意味からいえば、「三年以内」に他社から出版されている事実があつたとしても、それだけでは、右の「慣習法」の規定を打ち破ることができず、厳密に次のように考えなければならない。すなわち、本件がまさに、その例であるが、右の三点の条件を満足しないで、三年以内に出版されている事例がある

か否かが、そしてそのみが、慣習法の規定を打ち破る条件なのである。原審判決にいう「先行出版社と後行出版社間の力関係」あるいは「先行出版社と著作権者の力関係」により、「先行出版社が他社から出版することにあえて異を唱えない場合もあること」は、右のような観点からいえば、実は不正確な表現であり、先行出版社が異を唱えても（つまり三条件の一つが欠ける）、なお後行出版社によって、出版されている例があれば、慣習法の規定が崩れているというべきなのである。そこでかかる観点から、原審判決が慣習法否定の根拠として依拠したと思われる乙第六号証について検討を加えておきたい。

乙第六号証及びこれを分析した甲第四二号証から明ら

かなように、三年以内に他社より出版されたケースをみてみると、①かかる出版をなしている出版社は、きわめて一部の出版であること（乙六号証にあるように、わずか二〇社）、②かかる出版をしている出版社の昭和四六年から同五六年までの総出版点数とかかる出版物の点数とを対比してみると、その占める割合が一割をこえる出版社は、角川書店、被告徳間書店、光文社の三社にすぎず、その割合をみると角川書店二・五八割、被告徳間書店一・〇四割、光文社一・四一割ときわめてわずかであること、③かかる出版の傾向は最近になって急増していることが明白である。

このことから明らかなように、他社の本を三年以内に

刊行するといふことは、出版社数からいってもまた出版点数からいっても例外的なものであり、かつ、かかる出版をしている出版社においても一般的ではないのである。しかも、三年以内に出版された、とは言っても、初版発行の時から期間を仔細にみれば、三年に近い段階での出版が多数を占めているのである。

そして、他社からの三年以内の出版につき、先行出版社が異を唱えたか否かについて言えば、乙第六号証において早川書房が関与している書籍についてはかかる事実は一切なく、前記小林正夫「早川書房の告訴で明るみに出た徳間や角川の強引商法の実態」、小汀良久「誰がために本はある——文庫本合戦という名の焦土作戦」にお

ける角川書店、講談社の対応、あるいは、原審原告昭和五八年四月二五日付準備書面(白)で引用した各出版社の三年自肅に関する認識等に照らすなら、先行出版社が異を唱えたにもかかわらず他社が三年以内に出版を強行したような事実はないと推測されるのである。

以上、乙第六号証の検討によっても、本件のように、先行出版社が異を唱えているにかかわらず、三年以内に出版された例は皆無と考えられるのであり、このことは、出版界には三年自肅の慣行が慣習法として生きていることと、同時に本件が極めて異常な事件であることを示しているといえよう。

なお、原審は三年間は出版しないという慣行について

「出版社間における事情であつて、出版社間で先行出版社の立場が尊重されてきたからといって、このことが直ちに著作者もしくは著作権者をもこれに依ることが当然である、あるいは出版社と著作権者間の出版に関する契約の解釈においてこれが尊重されなければならぬとの意識が確立されているとは、本件証拠上到底認めることができない。」（原判決引用）

としているが、この誤りも明らかである。

即ち、この慣行は出版社と著者との間の権利義務関係であり、直接著作者もしくは著作権者を拘束するのである。従つて、原判決のようにこの慣行を出版社間のみの

慣行と看做して、著者は無関係とする法解釈はとりえな
い。

第三 仮りに出版許諾契約であっても、損害賠償義務がある。
第一及び第二で述べたとおり、本件契約が出版権設定契約で
あることは明白である。

百歩譲って仮りに本件契約が出版許諾契約であつたとしても、
被告らにその損害を賠償する義務があることは明白である。

(一) 本件契約の性格と堀の責任

まず、出版許諾契約の法的性格は講学上以下のようにな
っている。すなわち、出版許諾契約とは、当事者の一方（著
作権者）が相手方（出版者）に、著作権に内在する著作物の
利用をなさしめることを約し、相手方が自己の計算において

著作物を複製しそれを発売、販布することを約するによって成立する諾成、不要式の債権契約である。この出版許諾契約はその構成要素をみれば、民法における典型契約のそれと類似のものがあるが（例えば、著作権者がその著作物を出版者に利用させるのは賃貸借契約に類似し、著作権者、出版権者が著作物の発行に共同利害を有する点は組合契約に類似する）、従来の典型契約にはみられぬ全く新しい類型の契約であり、これを無理に典型契約の一つにあてはめ一律に取り扱う必然性は全くなく、また不可能である。

結局出版許諾契約は、無名契約または特殊な契約なのであって、その法解釈は、一般理論にゆだねられることになるのである。

本件についてみると、早川は、出版行為を業とするものであるから、仮りに本件契約が出版許諾契約であるとすれば、これが商行為たる性質を有することは当然であり、一般的に
いえば第一次的に商法の規定が適用され、補充的に商慣習及び民法の規定が適用されることになるのである。ところが、
商法には出版許諾契約に関する規定がないため、その法解釈は、慣習、商行為に関する総則的規定、民法の法律行為や契約に関する規定、前記の典型契約の規定の類推適用等にゆだねられることになるが、慣習の存する限り、それが契約の解釈上重要な意義をもちその基準となることは明白である。

そこで出版界において、かかる慣習の存否をみれば第二で詳述したとおり、同一出版物についてはおよそ三年以内は他

社から出版しない、三年後でも、先行出版社の同意なしには、後行出版社では出版できない、という慣習が厳然と存在しており、出版許諾契約の解釈にあたっては、この慣習が解釈の基準となることは言うまでもない。

そして、かかる慣習に鑑みれば、本件契約が仮りに出版許諾契約であつたとしても、それは早川に出版の独占をなさしめる排他的出版許諾契約に他ならないのである。そして、このことは、第二でも詳述したように、堀の当時の作家としての地位、単行本「太陽風交点」の出版経緯、堀と今岡並びに早川との関係等に照らせば、契約当時の両当事者の意思にも合致するものであるとはいうまでもない。

従つて、堀に債務不履行の責任があることは明白である。

(二) 徳間の責任

次に徳間の責任についてみてみよう。本件契約が出版許諾契約とすると徳間の責任は、第三者による債権侵害の問題とある。債権侵害が不法行為となりうることは通説判例の認めるところである。但し、債権の性格からいって、債権侵害による不法行為が成立する場合については次のように言われている。

「第三者の行為を債権侵害として不法行為の責任を問うに当っては、債務者の自由意思との関連を考慮する必要がある。債権は、かように債務者の意思を媒介として成立する権利である点において、被侵害利益としては物権に比して相対的に弱いといえる。したがって、債権侵害

が違法性をもつのは、侵害行為の違法性が特に強い場合
でなければならぬ（我妻・新訂債権総論77）。また、
加害者の故意・過失についても特別の考慮を必要とする。
債権は一般に公示方法を欠いているから、加害者が債権
の存在を認識しておらず、また、そのことについて過失
もないという場合も少なくない。債権侵害による不法行
為の成立が、事実上故意による場合に限られるゆえんで
ある（三島「第三者の債権侵害」総合判例研究叢書民法
（18）76）。」（注釈民法一九卷八〇頁）

そこで本件についてみてみよう。本件は、(1)単行本「太陽
風交点」出版から一年余という短期の間に徳間より文庫本「
太陽風交点」が出版されたこと、(2)右文庫本出版は、徳間に

おいて、堀と早川間に出版契約が存すること、右単行本出版から一年余しかたっていないことを熟知のうえてなされたこと、(3)早川が徳間に対し右文庫出版について強く反対の意思表示をしていたにもかかわらず、徳間は、これを強引に押し切って出版を強行したこと、(4)「太陽風交点」はその地性格からいって、徳間から文庫本が発行されれば、その市場価値は失われ、単行本はもちろんのこと、文庫本として早川が出版しても売れる見込みはほとんどなく、徳間もSFの出版にたずさわっている以上、このことは当然に予測しえたこと、などにきわだった特徴がある。

第二で指摘した小林正夫「早川書房の告訴で明るみに出た徳間や角川の強引商法の実態」、小汀良久「誰がために本は

ある——文庫本合戦という名の焦土作戦」をみても明らか
のように、右(1)ないし(4)の本件に特徴的な事実は、まさに出版
界の慣習を無視したきわめて異常な事態である。出版界の慣
習（徳間も出版社である以上、かかる慣習の存在は熟知して
いる。その一つのあらわれが、和解交渉に際してのロイヤリ
ティー支払の申出である）に照らすなら、右(1)ないし(4)の事
実に端的に示される徳間の文庫本「太陽風交点」出版は、き
わめて違法性の高いものであり、その主観的要素も単なる故
意をこえて、不動産の二重譲渡における背信的悪意に比すべ
きものである。

従って、徳間の文庫本「太陽風交点」出版が不法行為とな
ることは明白である。また、右出版は、かかる状況を熟知し

た堀と共謀のうえなされたものであるから、堀は前記債務不履行責任のみならず徳間とともに不法行為責任を有しているのである。

曰 結 論

以上のとおり、被告らに損害賠償の義務があることは明白である。