

昭和五九年（ネ）第八一四号 出版等差止請求事件

控訴人

株式会社早川書房

被控訴人

株式会社徳間書店

右同

堀 晃

昭和六〇年五月一日

右控訴人代理人

弁護士

五十嵐敬喜

右同

菅原 哲朗

右同

堀敏明

東京高等裁判所民事第一三部 御中

最終準備書面



控訴人は控訴人の昭和五九年七月二五日付準備書面、同五九年十一月七日付、同六〇年一月一日付準備書面に附加して、本日以下の通り、最終準備書面を提出する。なお、本書面は、従来の分と会わせて全体を一体として主張させるものである。

一、出版界における契約の実態

（一）事件争点の一つに、出版界において、契約書による出版界契約が一般的であるか、口頭契約による契約が一般的であるかという争いがある。

原則的にいえば、日本では出版契約についてドイツ法などのように、要式主義がとられていないので、口頭によって契約が行なわれることが可能であり、この点については双方に争いがない。

しかし、どちらが主流をしめているかは、次の解釈論にも影響を及ぼすので、以下まず最初にこれを見ていくことにしよう。

(二) 控訴人(以下、早川という)はこの部分について口頭契約が一般的であるとし、被控訴人側(以下これを徳間という)は、文書契約が一般的であるとしている。

さて徳間が文書契約が一般的であるとして挙げた証拠は、乙第九号証日本書籍出版協会(以下書協という)の出版契約に関するアンケート調査及び美作太郎証人の当審における昭和六〇年二月一三日付、同三月二五日付証言(以下美作証言という)である。

アンケートと美作証言は事実上同一のことをいっているので、ここでは双方を一体として見ることにしよう。

(一) 書協のアンケート調査は、書協加盟の出版社四二〇社に対し、出版契約の実態調査をし、回答社二六八社の回答結果にもとづいて、一三九社が一〇〇%契約書を取りかわしているという結果によって、契約書の普及率が高いとしているものである。しかし、これは非常に不十分な調査結果といえよう。

まず第一に、日本における出版社の数は、美作証言も認めるように、又、出版年鑑にも明らかな通り、約四〇〇〇社あり、書協加盟の出版社は一割にすぎない。しかも回答社は二六八社であるから回答社は全体のなかで約六・七％である。そのうちさらに、一〇〇％契約書を締結しているとしているのが一三九社であるから三・三・五％しか、その実数は極めて低いということになる。その意味で、まずこの調査結果は、極めて捕捉率が低いということになる。それでは、この調査結果以外に、契約書による締結率がたかいというその他の証拠をみつけることができようか。

第一は、出版社の数ではなく、出版点数の関係からみていくことにしよう。美作証言はこの点に関して、書協加盟の出版社はいわゆる大手出版社が多いので、出版点数に占める契約書の普及率は高いと指摘している。しかし、出版界の大手中の大手といわれる、講談社と集英社についてこれをみると、講談社は「契約書を交わしているのは一割にも満たないでしょう」（甲第二八号証）と

し、集英社も「今までは、契約書を取り交わすケースが少なかった」（甲第三〇号証）としていることからわかるように、大手出版社で契約書を取り交わしている例は極めて少なく、従って又出版点数に占める契約締結の割合も極めて少ないのである。

なお、この点に関して、追及されると、美作証人はさらに証言を後退させで、学術出版をしている岩波書店あるいは筑摩書房（世間的には固い出版社というイメージがある）は、一〇〇％契約書を取り交わしている筈だと主張したが、この点も筑摩書房に関する調査（甲第五三号証）が示しているように、固いといわれている筑摩書房ですら二〇三割りしか、契約書を締結していないことがしれるのである。従って美作証言は「期待」をのべるものとしては理解できるが、実態には全くそぐわないといえよう。

次いでこの点に関して、美作証人は万国博のガイドブックや、シリーズものなど、常識的に考えて、契約書を交わす必要がないものも含まれているので、

契約書を交わしている出版社も出版点数も下がるのではないか、としているが、これも根拠ある理由とはならないであろう。

第一に、書協加盟の出版社で、そもそも出版契約書を取り交わす必要のない出版物まで含めて、回答を行なっているとは全く考えにくいし、第二に美作証言のいう万国博ガイドブックや、シリーズものが、はたして契約書の対象にならないか否かについても重大な疑問があるからである。

以下が美作証言とアンケート結果に対する疑問である。

(2) さて、これとは反対に、積極的に、出版界では、口頭契約が主流であるとのべているのは、小汀良久証言(昭和五九年一月一七日、以下小汀証言という)である。小汀証人は、自己の長い出版歴あるいは、NR出版共同組合の活動歴からして、自己の主宰する新泉社あるいはNR出版共同組合のなかで、ほとんど、口頭契約だとしているのは、実態にもとづいているといえよう。

そして、この実態は、小汀証言の分析する小零細出版社(出版界大多数を占

めるだけでなく、中堅と大手の全体にまたがる出版界の実態だと考えてよい。
なお、出版界における口頭契約の存在と、それが主流を占めていることは、小汀証言が指摘しているように単に出版社と著者との間だけでなく、印刷所、用紙店、製本所との間の契約も、すべて口頭で行なわれているということからも推察されよう。

つまり、出版界においては美作証言にかかわらず口頭契約が主流を占めているとみてよいのである。

二、出版界においては何故口頭契約が多いのか

（一）出版界において口頭契約が多い理由については、控訴人はすでに昭和五年七月二十五日付準備書面でのべており、又前記アンケート調査結果も、一部控訴人の主張を裏付けているといえよう。さらに口頭契約については、出版界における積極的意味というものについても、小汀証言の次の指摘は参考になる

う。小訂証言は、出版作業が ①著者との共同作業であること、②売れるか売れないかという基準以外に、文化の向上の基準からも出版されること、③執筆作業が創造的、独創的な行為であること、等をあげており、これらの要請は少なくとも、執筆開始前に、執筆期限を定めた契約書（書協がモデルとして作成している出版権設定契約書だけでなく、ほとんどすべての契約書がこれを定めている。なお契約締結時期の問題点については後にみることにしたい）の締結という行為と全く矛盾するといえよう。

このようにして、口頭契約は、美作証言がいうように、いわゆる有名流行作家によって、文書契約が拒まれるという消極的な理由によってではなく、むしろ出版という世界のもっている独自の理由によって肯定的に解されているのである。

三、口頭契約の法的性質

(1) 本件の場合、早川と堀との間に、口頭契約が締結されたことは、第一審判決の認定するとおりである。しかしこの口頭契約についてどのような法的性質をもつかという点については争いがある。そこでここではこの点について、さらに控訴人の主張を付け加えておきたい。

出版契約の性質について、法律上あるいは講学上、出版に関する単純許諾契約、排他的効力を持つ契約、そして設定契約の三つに分類されると、されている。しかし、まず出版社及び著者、あるいはそれ以外の通常の国民的な常識のなかで、このような分類あるいはそれぞれの成立要件と効果について、はっきりと認識できる者を挙げよといわれれば、きわめて少数しかないということだけは公知の事実であろう。この点について小汀証言が、「出版社の間で、設定契約とか許諾契約とかいう用語はあまり使われていません。私は口頭契約でもすべて排他的独占的という意味で契約していると認識しており、許諾契約とか設定契約の概念が良くのみこめません。法と実態はちがうのです」というの

は、まさに出版界の常識をあらわしていることとみることができよう。

そこで、こういう実態のなかで重要なことは、出版社と著者との間で、どういう「言葉」が使われたかによって法的効果を判断するといふのではなく、当事者がどのような意味をこめて出版を行ったかといふことである。

当事者の間で「許諾」といったから「許諾」契約であり、又「設定」といったから「設定」契約だなどという議論はあまりにも観念的であり、そして又、そういう用語のない出版界にそのような観念論を押しつけても全く無意味なことではあるまいか。美作証言はこの点についても、あまりにも条文にこだわらずすぎる意見であり、口頭契約によるトラブル発生の可能性にひきづられて、事の本質を見誤ったものといえよう。文書による契約は、当事者がそのような言葉を使ったか否かにかかわりなく、「設定契約の成立」を推定させるのであるが、だからといって、文書契約が存在しない場合、あるいは又、当事者が「設定」という言葉を使用しなかった場合に、設定契約が存在しない等ということ

は全くないのである。

美作証言は、期待と現実、トラブル防止という目的と事実、立証責任と立証の容易さを混同しているといわなければならない。

（2）さて出版社と著者との間で、出版をするという約束が出来た場合、それは講学上のいわゆる三分類のうちいったいかなる契約をさしているのであるのか。この点についても小汀証言は率直であり、おそらく、通常の著者と出版社なら誰でもが思っていることを的確にあらわしているといえよう。

小汀証言はいう。「ある著者の作品が二つの出版社から同時に出版されるという事を聞いたことがあります。同時に出版されるという事ならば、私は著者と契約しません。雑誌の場合でも原稿の二重売りということとはあまりありません。もちろん雑誌は一過性ですから、あとでいろいろの事に使われるという事があって独占的ではないのですが、単行本の場合は、独占的、排他的でない

とやっっていけません。雑誌への原稿二重売りという行為は、出版界で非難にたいする行為で、執筆者は業界の信用を落し、ある程度の制裁が働くと思います。」

後に詳しくみるように、美作証言ですら、単行本と単行本、文庫本と文庫本の場合、あるいはさらに一過性にすぎない（ものと解釈されている）雑誌原稿すら二重出版、あるいは二重寄稿は、出版社と著者との間で「契約違反」の問題が生じるとしている。小汀証言はこのように二重出版、二重寄稿の違法性を率直簡明にのべたものであり、これは出版社と著者との間の、全くの常識といわなければならぬ。その意味で五九年七月二五日付けで引用した半田正夫教授の学説は（美作証言の否定にもかかわらず）正鵠をえているといわなければならない。すなわち、単行本出版の場合、通常出版社と著者は、講学上のいわゆる「出版権設定契約」として契約を締結しているのである。

仮りに著作権法上の条文との関係で、出版権設定契約とみるのが困難だと

しても、それは少なくとも排他的、独占的効力をもつものとして契約されていることは疑いをいれないのである。

しかしこのように、口頭契約による出版契約を出版権設定契約あるいは排他的・独占的契約とみることにしては、次の二点について留意しなければならない。一つは、この点に関して当事者双方に反証が許されないというわけではないということと、二つは本件に関して果していかなる実態にあったかということである。前者からみていくことにしよう。

文書による契約となつて、口頭契約による契約の場合は、契約の内容について若干の曖昧さが残ることは否定できない。従つて口頭契約による出版契約が、右にみたように一般的には出版権設定契約あるいは排他的、独占的効力をもつものだとしても、それは大いに反証が許される性質のものといえよう。すなわち出版社と著者との間で、それが設定契約や排他的独占的効力をもつものでないことが、明示にせよ暗黙にせよ合意されている場合、あるいは出版

された本が、客観的に誰の目からみても許諾契約的なものである場合には、右の設定行為あるいは排他的、独占的効力の推定は、働かないのである。

これが文書契約との大きな違いである。そこで後者の論点、すなわち本件ではどうであったかという点についてみると、これも五九年七月二十五日付準備書面で詳しくみているように、許諾契約だと解する余地はまったくなく、むしろ設定契約あるいは排他的、独占的効力をもつものとして締結されたものであることを、通常の場合よりもはるかに大きな比重をもって補強するものといえよう。早川と堀との関係において、当時、許諾契約だというような観念をもって契約が締結される余地は、全くないといわなければならない。

すなわち本件出版契約は、設定契約あるいは排他的、独占的な効力をもって締結されたことは明らかなのである。

四、「三年以内の拘束力」について

(1) 控訴人は第一審及び当審においても、出版界には三年以内は他社のものを出版しないという慣行があり、しかもその慣行は法的拘束力があると主張し小汀証言、その他証拠としてあらわれた各出版社の見解はこれを十分に裏づけている。しかし被控訴人及び美作証言はこれを否定しているので、以下検討を加えておきたい。

(2) さて、この点にかんする美作証言の骨子は「戦前、主として自覚的、良心的出版社の間で、他社で出版する場合、三年はおこうと話し合われていた事は記憶していましたが、それは道義的な問題です。又、昭和九年に出版権が導入された著作権法に、出版権設定契約に期間の定めがなければ三年間という条文があり出版社の立場として三年くらいならよいという考えがあると思います。しかしここ二、三〇年特に最近一〇年の間文庫ブームによる文庫本戦争が激しくなつて、三年のルールを破る出版社が頻々とでている」として、三年間の慣行、あるいはその法的拘束力を否定するものであった。

美作証言によっても、三年間の慣行の存在自体は認められているようなので、ここではまず、三年以内のルールが破られているかどうかからみていくことにしよう。

（３）甲第四二号証は、乙第六号証、すなわち被控訴人が調査した「三年以内」に出版された例を、さらに控訴人側の視点で分析したものである。そこで以下これにもとづいて、実態をみてみる。

（イ）三年以内に出版された本を年度別にみると、四七年が三点、四八年六点、（なお文庫本は一点。以下文庫本については）～内にいれる。～四九年九（三）、五〇年一五（一）、五一年一二（二）、五三年四〇（九）、五四年二六（八）、五五年二七（六）、五六年三五（七）となっている。

（ロ）以上の数字を全出版点数に対する割合でみると、四七年が二九九四九点に対して三、四八年三〇四二九点に対し九、五〇年が三三〇〇六点に対し一五、五一年が三五五四一に対し一二、五二年が三六八一五に対し二四、五三年が三

七七一〇に対し四〇、五四年が三九〇二九に対し二六、五五年が三九四六二に
対し二七、五六年が四〇四三九に対し三五となっていて、いずれもごく少数で
あることがわかる。

へハへさらにこれを出版社別でみると、角川書店、集英社、徳間書店（被控訴
人）がビッグ3であり、これにつぐのが文芸春秋と講談社、あとは一点か二点
以上、へイへ（ロ）へハへの調査によれば、ここ一〇年（但し調査結果の時
点からいえば昭和四七年から同五六年までの一〇年間）に三年以内に他社の本
が出版された点数は極めて少なく（なお文庫本についても同じ）、又それが全
出版点数に占める割合も極めて少なく、さらに又、それを行った出版社も出
版社数四二〇社からみればごく少数であることがしれよう。

つまり実態調査からみる限り、美作証言のように、「最近一〇年の間文庫ブ
ームによる文庫本戦争が激しくなつて三年のルールを破る出版社が頻々とでて
いる」という評価は当てはまらないのである。なお美作証言は昭和五六年まで

の数字についてはこれを認めるとしても、ここ三年、つまり、昭和五七年から六〇年までの間には「頻々とでてゐる筈だ」としてゐるが、これは單なる推測の域をでず、事態はその前の一〇年と同じといえよう。

(3) 次に、ごく少数ながら、「三年以内」に出版されている事例もあるので、この点についてそれが慣行を破るものと評価されるか否かについてみてみよう。文書による設定契約にしろ、口頭契約にしろ、三年以内に他社から出版しないという合意は絶対的なものではなく、双方の合意によって、何時でも三年以上にもあるいは三年以内にも延長されたり縮減されたりすることが出来るものであることは争いが無い。従つて、仮りに三年以内に出版された出版物があったとしても、著者及び第一次出版社が、他社から出版されることについて合意をえたものについては、合法的に出版されるのであるから、これを「慣行を破る」ものとしてみることはできないのも当然といえよう。そこでこの点について、最も明快な証拠を提出しているのは角川書店と小汀証言である。

まず角川書店のケースからみてみよう。角川書店は甲第四二号証にみられるように、昭和四七年から五六年までの一〇年の間、合計九九点の他社本を出している（なお第二位の集英社が二二点、第三位の徳間書店は一五点）、突出した出版社である。それ故その商法は甲第二五号証「早川書房の告訴で明るみにでた徳間や角川の強引商法の実態」として批判されているのであるが、その角川ですら「メディア9」文庫化のいきさつ（甲第六〇号証）などでわかるとおり「三年間の自粛規定」を守っていること（なお角川は自社の出版物について「三年間の自粛規定」を公示している。甲第六一号証）からみて、第一次出版社や著者の同意をえないでいわば勝手に他社の出版物を出版しているところとは考えられないといつてよいであろう。これをさらに裏づけるのが小汀証言と小汀執筆にかかる論文（甲第四六号証）であり、ここでは三年の自粛規定をこえた出版物ですら講談社が出版を控えた事実が明らかにされている（なお以上の詳細については昭和五九年七月二五日付準備書面参照）のである。

これらを見ると、從來三年以内に出版された出版物というのは、そのすべてが、著者及び第一次出版社の同意を得て出版されてきたとみてよいのである。つまり、ごく少数の三年以内に出版された出版物というのは、いわば合法的に出版されたものであって、決して慣行を破るものではないのである。

本件は再三くり返しているように、第一次出版社である早川が、拒絶しているにもかかわらず徳間によって出版されたケースである。このような第一次出版社が拒絶しているにもかかわらず、他社によって出版されたケースというのは、小汀証言は過去に存在したことがないとし、美作証言も「ない」とした。慣行が破られているということを立てるためには、まさに本件のような例を挙げる必要があるのであるが、そのような事実が存在しないことこそ慣行の存在を有力に立証するものであろう。

(4) 最後にこの慣行が法的拘束力をもっているか否かについて、もう一点つけ加えておきたい。

本準備書面第一、出版界における契約の実態でみたように、出版界には文書による出版契約と口頭による契約とがあり、口頭契約が主流を占めていた。このような実態を背景にして、右の（３）の論点をみると次のようにいえるであらう。

出版界では、口頭契約しかない契約であっても三年以内に出版されるケースというのは非常に少なく又、仮に出版されることがあっても、それは著者と出版社の同意を得ているのである。同意を得ないで出版された例は過去に存在しない。この事実はとりもなおさず、出版界には、口頭契約であっても三年以内には他社の出版物を出版しないという慣行があり、しかもそれが法的拘束力をもっているということを示しているであらう。なおこの法的拘束力については、次のロイヤリティの問題とも関連している。

五、ロイヤリティについて

(1) 早川と徳間との間で、又小汀証言と美作証言との間で、ロイヤリティについても見解が対立している。早川、小汀はロイヤリティは出版権譲渡の対価であるとしているのに対し、徳間及び美作証言は、これを単に取引を円滑にするための謝礼としているのである。しかし、この論点についても、徳間及び美作証言はいかにも観念的と言えよう。そこでまず次の事実から確認していこう。(イ) 出版界には文書契約と口頭契約とが存在し、口頭契約が多数を占めている。

(ロ) 徳間や美作証言によれば、文書契約は出版権設定契約であり、その譲渡を得るためには著者及び出版社の同意を得なければならぬ。従ってその場合ロイヤリティという言葉を用いるかどうかは別にして、金銭を含む何等かの対価関係が考えられる。

しかし口頭契約は、単なる出版許諾契約であるから、他社で出版するのは自由であり、何等の対価関係にもたたない。従って、ロイヤリティを支払う必要

がないということになる。

（ハ）ところで出版界においては主婦と生活社（甲第五八号証）に代表されるように、文書契約と口頭契約とを問わず、あるいは又三年以上と三年以内であるとを問わず定価の三%ないし二%という定型的な金額が支払われていゝるという事実がある。

（ニ）本件の場合も、徳間は早川に対して、二%のロイヤリテイの支払いを申出した。

（2）以上の事実をもとにして、早川、小汀は、口頭契約であつても、三年以内は出版しないという法的拘束力があるが故に、（ハ）にみたようなロイヤリテイの支払いが慣行化しているものであり、（ニ）の徳間のロイヤリテイの支払い申込もこれに準じたものであるとしてゐるのに対し、徳間、美作は口頭契約に関する限り、全く意味のない風習が出版界に広がつてゐるとしてゐるわけである。そこでこの点について決着をつけるために、布川角左衛門氏の意見（甲

第二六号証）をきいてみよう。布川氏は美作氏と同様に書協、著作権委員であり、現在筑摩書房の管財人をしている人である。なお美作氏は布川氏について「私と同じように戦後四〇年著作権を勉強してまいりまして、出版契約に関する書物を文部省から出しているくらいの人間で、出版権及び出版契約については日本において最も詳しい人間の一人だと思います」と評した。

この日本の最高権威者がロイヤリティについてどうみているかをみてみよう。「事件の経過をみていて不思議なことは、徳間が早川まで出掛けていること、それに小松さん（左京氏）が二%のロイヤリティを払うと言っていることです。ということとは徳間は少なくとも早川の出版権を認めている証拠でもある。認めてなければロイヤリティを払う必要もないわけですからね」「私が岩波にいた三十年前頃は二次出版をする時、ロイヤリティを払う事はなかったと思います。この方式が一般化するようになったのは講談社の学術文庫が問題となった以降でしょう」

つまり、最高権威者である布川氏はロイヤリティを講談社が学術文庫を発刊した頃（昭和五一年）から出版界に一般化したものとみ、かつそれは出版権譲渡の対価であるとしているのである。つまり早川と小汀証言を裏づけているといえよう。そして口頭契約による契約についても、著者と出版社の同意なくして、それ故に又ロイヤリティやその他の対価なくして出版できないという慣行こそ、慣行の法的拘束力を具体的に示す、最大の証拠といわなければならぬのである。なお、ロイヤリティの二〇三％についても一言しておきたい。

通常出版社が著者に対して支払う印税は一〇％である。この一〇％と二〇三％をくらべるとそれは安い価額でないことがしれよう。売れる本になると二〇三％という額は数千万円にも数億円にもなるのである。

ロイヤリティは単なる謝礼をこえて譲渡の対価とみるべきだというのはここにも根拠がある。

六、美作証言の矛盾

（一）美作証言はその証言内容及び全著書から明らかなように、出版界の近代化のため契約書の普及を論理づけかつ啓蒙を行ってきた。この立場からすれば、出版権設定契約は契約書によって初めて成立すると考えていくのは、いわば当然である。又、その反射効果としてその他の契約については、これをできるだけ設定契約としない解釈がとられるのもこれ又必然であった。

ここで設定契約としない解釈というのは、いわゆる単純許諾契約として解釈するということである。単純許諾契約というのは、著者と出版社との間で、一本をだす—ということだけを合意した契約のことをいう。この場合、著者は許諾契約を行った当該出版社と全く同一の本を他社で出版しても自由である。

つまりいかなる意味でも法的にも、道徳的にも責任を追及されることがないということが前提になっている。いいかえればそのような責任を問われることのない契約のことを単純許諾契約だとしているのである。さて、それでは美作証言は、この点で首尾一貫しているであろうか。

(2) (イ) 美作氏は、同氏の著作にかかる「出版と著作権」(日本エディタースクール出版部)のなかで「寄稿契約では、一般に契約が短期間で終了するのと、契約条件が比較的単純であるため、契約書が取り交されることはめったにないようです。もっとも原稿の二重売りのように、同一著作物が同じ時期に別々の二つの雑誌に掲載されるようなことは文書の有るなしにかかわらず、著作者の側の明らかな契約違反となります」(一三五頁)とし、この見解については当審でもそのまま維持した。美作証言によれば、ここにいう契約違反というのは「民法上の不法行為」になると考えているということである。

(ロ) 美作氏は同氏の著作「最近の著作権問題について」(社団法人教科書協会著甲第五二号証)の中で本件にふれ、その中で「単純許諾契約であっても筆者」著者がこうして単行本で出版した同じ著作物を、今度は別の社で、しかも同じ単行本形式で、たとえデザインや組み方に異同があったにしても出したとします。その場合、著者は明らかに最初の単行本出版社との契約に違反し

たことになります。それによって一次出版社の権利は明らかに侵害されているのですから。ところが著者が単行本としてX社から出版したものをY社から文庫本で出す、シリーズや新書版で出す、つまり中身は同じでも、役割や特徴の上で異なったエディションとしてY社から出す。その場合に、一次のX出版社は著者に文句がいえるか、ということになると言えません。

著作権者である著者は、エディションの異なる出版をきめる権利は著作権者にあるのであって、最初の単行本出版者が著者に対して文句をいう筋合いはな
いと、X社の抗議を突っぱねるでしょう。単純許諾契約では、理屈の上でそう
ならざるを得ません」(十二頁)。この見解も当審で維持されている。

すなわち、美作氏によれば、単純許諾契約であっても、同一単行本を他社から
出版すれば、あるいは又、文庫について単純許諾契約を結んだ著者が、同一文
庫本を他社から出版した場合には、いずれもそれが第一次出版社に対して「経
済的損害」を与えることになるから、第一次出版者と著書との間で、契約責任、

不法行為責任、あるいはさらに不当競争防止法にもとづく責任が発生する、と
しているのである。但し、美作氏は同一エディションについては、このべな
がら単行本を文庫本に移す場合は、こういう問題が発生しないといい、その理
由を、単行本と文庫本のエディションの違いが、読者の違いに直結するからだ
という趣旨をのべている。

しかし美作氏の全体の論理的枠組みは別にして、単行本と文庫本との間のエ
ディションの違いは甲第五九号証の通り、読者の違いには結びつかず、むしろ
文庫本こそ、単行本の読者を奪う。その意味で単行本出版社に経済的不利益を
与える最大の障害であることを考えれば、単行本と文庫本の場合も、より強く、
美作氏のいう契約違反の問題が提起されるであろう。

（ハ）美作氏によれば、出版権設定契約が締結されるのは「著作物が完成した
時期」である。従って出版社と著者との間で、当該出版物について出版の合意
をしても、それはまだ出版権設定行為の対象にならない。原稿が完成するまで

の間、印税、定価、発行日などがきめられ、かつ、著者と出版社との間で当該著作物について内容や装丁あるいは挿絵などがきめられたとしても、著者が完成したというまでは、契約ができないのである。従って論理的に言えば、著者は当該原稿を出版を約束した出版社に対してではなく、他社に対して渡し出版したとしても、又逆に、出版社の方で当該原稿の引渡しを受けず、出版をしなくても自由ということになる。しかし、この点についても美作氏はそうしないで「それは自由じゃないと思います。君の所で出すと著者が出版社の人に約束した。それを今度は別の社で出すようにしたということは、口頭ながらはつきりした契約違反です」とし、その違反は「出版契約違反ではなく、民事的な予約違反です」と答えている。

以上、(ヘイ) (ヒロ) (ハ) に関する美作氏の見解をみてみることにしよう。(2) 前にみたように、そして講学上明らかなように、単純許諾契約という類型は、他の排他的独占的効力を持つ契約、あるいは設定契約と異なっており、本来

他のエディションは勿論、同一エディションであっても、著者が自由に再使用できるという点に特徴がある。

留意しなければならないのは、この「自由」というのは、単に出版契約上自由、つまり責任を問われないというだけでなく、他のあらゆる法領域（民事責任、その他の責任）においても自由、つまり責任を問われないということをしている、ということである。

仮りに出版契約上は自由であっても、他の法領域では自由ではない、というようなことがあったとしたら、それは言葉の本来の意味で、「単純許諾契約」とはいえないであろう。

さて、単純許諾契約の典型として講学上考えられてきたのは、雑誌の原稿であり、雑誌原稿は、いわゆる二重売りしても、出版契約だけでなく、法のあらゆる領域のなかで自由だと説明されてきたのである。

こういう観点からいえば（ハイ）にみた美作理論は特異な見解といわなければ

ならないであろう。同様なことは（ロ）と（ハ）の場合にも該当する。出版社と著者との間で結ばれた契約が単純許諾契約であるとすれば、単行本と文庫本は勿論、単行本と単行本、あるいは文庫本と文庫本としか、同時出版されたとしても何等矛盾が生じないのである。つまりすべての法的責任がないというのが、単純許諾契約なのである。（ハ）の場合もそれは同様である。

（ハ）の場合、そもそも未だ契約が発生していないのであるから、何等の法的責任は発生しないし、他社からだしてしまっただとしても、単純許諾契約からいえば、まったく問題は生じない筈なのである。しかし美作理論はこの三点について慎重に出版契約違反ではないとしつつも、すべて他の領域で法的責任が発生する、と明言している。これは明らかに矛盾である。それでは美作理論は誤っているのだろうか。その検討には出版界の実態が考えられなければならないであろう。

（3）前にも検討したように、そして小汀証言が証明しているように、出版界で

は、もっと正確に言えば、出版社と著者との間には、同一原稿を他に使用しないという不文律があつて、契約が実施されてきている。

それは単行本の場合、もっとも顕著であり、文庫本、雑誌原稿になるに従つて稀薄になっていく、という構造になっている。つまり出版社なら誰でも、著者なら誰でも、そして国民の全部が、同一原稿を同時に他で使用する等ということとはだれも考えないのである。

いいかえれば単行本であれ、文庫本であれ、そして雑誌原稿であれ、それが同時に他で使用されると判つていたら、その単行本、文庫、雑誌を出版し、掲載する者はいないのである。その端的な証拠が西村京太郎の一件（甲第四五号証）であり、そこでは同系の出版社のなかで雑誌原稿を再使用したことが話題となり、批判され、著者は社会に謝罪していた。これが国民の健全な法観念だといつてよいであろう。又、ほとんどすべての著者が雑誌原稿を再使用して、著作物とする場合に、オリジナルな雑誌掲載社に対して、著書への収録の願ひ

をだし、その同意を得て、出版していることからみても社会の法常識の一端が知れるというものである。このようにみると、講学上の単純許諾契約なる觀念は、アイデアルタイプとして提出されたものであつて、出版社と著者との間に特別に合意された場合を除いて社会に存在しないといつてよいのである。いいかえれば、単行本は勿論、文庫であれ、雑誌原稿であれ、それはすべて排他的、独占的効力をもっているものであり、それを無断で再使用することは許されないといわなければならないのである。美作理論が（イ）（ロ）（ハ）のすべてについて、何等かの法的責任を問題にしているのは、その意味で全く正しいといえよう。美作理論によつても、早川の見解においても、単行本の場合には勿論、雑誌原稿ですら、著者が無断で再使用した場合には当然に法的責任が発生する。異なっているのは、その法的構成であり、これまでみてきたことからわかるとおり、美作理論は、理想的な単純許諾契約が存在するとして、それ以外の法的責任とするのに対し、早川、小汀の意見は理想的な単純許諾契約は

存在しないとして出版契約上の責任としていのである。前にみた半田説も単行本についてこの系譜にたつものといつてよいであろう。

本件は雑誌原稿の二重売りとなつて、単行本をすでに出版し、文庫本の契約をしてゐる早川に対し、全く同一の文庫本を徳間で出したという事件であつた。この事件に対し、美作氏ですら、「契約違反だ」と断言している点に、裁判所は留意すべきであらう。

（4）もう一つ、美作氏の理論には弱点がある。それは著作権法にもとづく出版権登録の問題である。美作氏ものべるように、そして公知の事実として、出版権の登録がなされてゐる数字というのは、天文学的な低率であり、ほとんど機能してゐないとみてよいであらう。登録が機能してゐないということを法的にいえば、いわゆる第三者に対する対抗力を欠く、ということであるから、美作氏のいうように、いくら出版権設定契約を締結しても、対外的には無力ということになる。つまり登録のない出版権設定契約は、二重出版を防ぐことがで

きないのである。従って、二重出版を防止するためには、全く機能していない登録制度を、それにもかかわらず、活用せよ（活用しなければ二重出版もやむをえない）というか、あるいはそれとも他の理論を援用するかしかないのである。美作理論はさすがに、登録制度の活用を不可能に近いと判断して、他の理論、つまり「悪意者の理論」（不動産登記理論にいう背信的悪意者の理論と類似性を持つている）を援用した。この場合「悪意」とは単に美作氏のいうように、「A社で出ている本を自分のところでまた出すんだということ」を承知の上で「だすこと」という単純なものではなく、当該具体的な事情に即した、利益衡量が必要とされるであろう。

つまり、真実、二重出版を防止するためには、著作権法あるいは出版契約という概念とは別な、民事法の一般理論を援用せざるを得ないわけである。そうすると美作理論は先ほどの（ハ）の契約締結前の問題、（ロ）（ハ）の単純許諾契約問題、そして今度の出版権設定契約の問題、すなわち出版に関してトラ

ブルのおこりうるすべての分野で、民事上の理論というものを援用しなければならなくなっているということがわかる。

そもそも、美作理論というのは、出版界における紛争の防止を目的として、契約の締結を強調するものであり、又、その点に最大の特色があった。しかし、契約の締結と、それを支える単純許諾契約、排他的、独占的効力、設定行為の三分類を、理想的なモデルとして強調すればするほど、出版契約外の諸問題が流出して来るようになる。つまり出版契約外の民事責任に頼らざるを得なくなるのである。それは端的に言って、出版界の実態と理想的なモデルとがあまりにも乖離しているからだといえよう。そして本件の問題の本質もまさにそこにあるといわなければならないのである。事を整理して言えば次のようになる。出版界における実態、つまり口頭契約とその排他的、独占的効力の保存は、社会に定着しているものであり、社会に定着しているという事実が示すように、何等の「害」を流していないのである。このような実態のなかになって著者と

出版社との間でトラブルを防止するために、契約書を締結することは、何等禁止されることではなく、むしろ推奨されてよいことである。しかしだからといって、反対に契約書を締結していない場合に、それらはすべて単純許諾契約だとして出版社を法的保護の枠外に放置する、というのはあまりにも飛躍しすぎた議論という他はないであろう。

口頭契約という契約のなかで行なわれた両当事者の信頼関係を含めた実態を注意深く判断し、両当事者の間に、いわゆる単純許諾契約だとする特別な合意が認められない限り、あるいは又、当該出版物が客観的に単純許諾契約に該当するものだと思えられない限り、それは二重出版について対外的禁止の効力をもつものだと思えられなければならないのである。すなわち第一審判決はこの点について判断の誤りがあるのであり、取消されなければならないのである。

七、おわりに

今回の裁判は、単に早川書房、徳間書店のみならず、広く出版界の注目するところとなっている。それというのも、この裁判によって、出版活動のあり方が大きく変る可能性があるからだ。この裁判の影響はそれほど大きいといえる。そこで、その影響についても若干述べておきたい。

しばしば出版は水ものであるといわれている。それは、必ず売れるであろうと思われ、十分な宣伝を行った作品が売れなかったり、他方でさほど売れ行きを期待されていない作品が爆発的に売れるといったことがままあることによる。出版は読者の関心だけがよりどころとなっている商売で、それが現在どの作品に向かっているかを予測することは非常に困難であり、しかもその予測はしばしば裏切られるのが実状なのだ。

そこで、出版社は、ある作品が売れるかどうかの確証を握む方法を手にしたいと願うことは切であろう。出版の不況が叫ばれている今日、出版につきまとう危険負担を軽減することは出版社にとって焦眉の急なのである。

ところが、出版権設定をうたった契約書がないかぎり、ある社から出版した作品をいつだろうと他社で出版できるとあれば、出版社にとって危険負担の皆無といえるもっとも安全・確実な出版方法が存在することになる。

他社ですでに出版されている売行き良好書を自社文庫に収録しているかぎり、常に一定以上の売り上げは保証され、決して損をすることはない。

それだからこそ、これまでもあえて定価の二〇三〇％、直接製造原価に占める割合でいえば、五〇一〇％のロイヤリティを払ってまで他社作品の出版がおこなわれてきたのだ。しかし、口頭契約についてはロイヤリティを払う必要がないとなれば、出版界は資本の論理に従って、雪崩現象的に他社作品の自社文庫化に走るといふ事態を迎えることも考えられる。

そのような事態になって、果して誰がオリジナルな出版を手がけるのであるうか。危険負担の多い、しかもオリジナル出版につきまとうコストの高い出版に誰が手を出すのであろうか。出版活動は営利事業であるとともに、文化事業

でもある。

文化事業としての側面から考えれば、出版社の役割はたんにどれだけの売り上げを上げるかではなく、どれだけの文化的寄与をオリジナルの出版によって果すかにあるだろう。ところが、それは先にみたとおりたんに危険負担が大きいくコストがかさむばかりでなく、ひとたび売れ行きが良ければ、絶えず他社文庫に収録される危険におびえなければならぬのだ。

そのような出版に魅力のないことは、議論の余地はない。そうなれば文化事業として出版活動は沈滞し、学術的に価値のある研究、芸術的に価値のある作品の多くが出版されることなく忘れさられ、または有為な才能が陽の目を見ることなくつぶされていくだろう。

もっとも、現実にはオリジナル出版を手がける出版社が皆無となるわけではない。他社からすでに刊行されている作品を自社で出版するとなれば、著者の同意がなければならぬのはもちろんである。そして、同意をとりつけるため

には、先行出版社を陵駕する大部数を販売し、より多くの印税を支払う能力がなければならぬ。それは、とりもなおさず営業力・資本力、そして出版社のブランド・イメージ等において秀れた大出版社のみに可能な方法だということである。そして、特に小・零細出版社は、出版界のあり方がどう変化しようと従来どおりオリジナルの出版のみをつづけ、他社から出版されるかもしれぬ危険におびえつづけなければならぬのだ。ところが、小零細出版社の出版する作品のうち、売れ行き良好書がことごとく大手出版社の文庫に収録されてしまったら、小零細出版社の経営が破綻することは論を待たないであろう。

これまでも、高い利潤こそ期待できないものの、文化的寄与の大きい学術的、芸術的作品の多くが小零細出版社の、使命感ともいえる努力によって支えられてきたことは、読書人の広く知るところである。また、そうした経営姿勢のため、多くの小零細出版社の経営状態は非常に苦しく、絶えず倒産の危機にさらされているといっても過言ではない。

そうした出版社がかりうじて利潤を上げている売行き良好書が片端から他社の文庫に収録されてしまったては、小零細出版社がひとたまりもなく崩壊してしまうことは明らかである。

一方では、オリジナル出版への大手・中堅出版社における意欲の減退、そして一方では小零細出版社の経営の危機が、ひとえに今審の判決にかかっていることが、これで諒解されるであろう。

このような無秩序状態を防ぎ、健全な出版活動を保証してきたのが三年以内は他社の出版物を出版しないという慣行であり、また、三年以降についてもそれなりに配慮するという慣行である。

しかし、この慣行がたんなる慣行であって、従う義務はないとされてしまつては、たちまち出版界は堰を切ったように無秩序状態へとなだれこんでしまうであろう。そして、先にも述べたとおり、力のある出版社は他社の出版物のう

ち売れ行き良好書を物色し、また小零細出版社は経営の危機に追いこまれるという事態が出来るのである。