

副

昭和五九年（ネ）第八一四号
出版差止等請求控訴事件

昭和六〇年五月一三日

同	被控訴人	控訴人
堀	株式会社 徳間書店	株式会社 早川書房
晃		

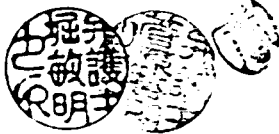
右控訴人代理人

同	同	弁護士
堀	菅原	五十嵐
敏	哲	敬

東京高等裁判所

第一三民事部 御中

明 朗 喜



準備書面

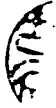
昭和五九年七月二五日付け控訴人準備書面第三「仮りに出版許諾契約であっても、損害賠償義務がある。」の補足

一、右準備書面で詳述したとおり被控訴人らには本件契約が仮に出版許諾契約であつたとしても損害賠償義務があるというべきである。この点につき当審での審理を踏まえたくうえで若干補足する。

二、当審で証人となつた美作太郎氏はその著作にかかると最近の著作権問題について「(甲第五二号証)において出版契約を単純許諾契約・排他的許諾契約・出版権設定契約の三つのジャンルに分け、以下のように説明している。(同書一頁以下)

① 単純許諾契約

「単純許諾契約というのは、著作権者である著者が「この原稿を本にして出してくれ」と申し入れ出版者が「はい、引き受けました」といってその本を出版する、これはきわめて簡単明瞭であります。多くは初発のつまり一次的な単行本の場合に見られますけれども、中にはシリーズ



ものの一編ということもあるでしょう。契約条件も簡単で、印税支払いのとりきめぐらひはあるでしょうが、あとは臨機応変ということになります。パンフレットとか、一回限りの出版とかでは、大体これで間に合うことが多いわけです。しかし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、たとい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。」（同書一二頁）

② 排他的許諾契約

「単純許諾契約の条項にもう一つ条件を付け加えるわけがあります。それは「ほかから同じ本をどのような形にしる出さないでください、出すときにはあらかじめわが社と相談して当方の同意を得てください」。これがいわば、排他的許諾契約の要件なんです。（中略）その契約条件の一つに排他的条項が入っておれば、著者が同一著作をどのような形であろうと無断でほかの社で出したら、その出版社は排他的条項に違反し

たものとして著者に向かって堂々と文句が言えると思えます。しかし、それはあくまで当事者の一方である著者の契約違反であって、著者対出版社の問題なのです。」（同書一三頁）

③ 出版権設定契約

「著作権者である著者が相手の出版社に対して出版権を設定するといふ意思表示をしますと、その出版社は出版権者になるわけです。（中略）したがってその著者が出版権者である出版社に相談しないで、例えば文庫版をほかの社で出すようなことがあれば、これは単に契約違反に止まりません、法定の出版権を侵害したということになります。これは相手方の著者だけでなく、勝手に同一著作を文庫本で出したほかの出版社も、一次出版社の出版権を侵害したことになる、第三者だからといって、涼しい顔をしていられないわけです。」（同書一四頁）

三、この美作氏の見解は、単純許諾契約について言えば当審においても基本的に踏襲されている。例えば「四四 著者が早川書房との間で単純許諾契約をして、単行本を出したあと、同じ単行本を徳間書店から出すと、早川

書房と著者の間で、著者が契約違反をした事になります。」（第五回口頭弁論証言調書）「四五 文庫本契約をしたあと他社から文庫本を出すことも問題になりそうです。私は最近の文庫本出版の実情を非常に憂慮しています。同じ著者の文庫本があちこちから出ており、それは契約上どうか知りませんが、法律的には文庫本契約が成立していれば同じ文庫本を他社から出すのは契約違反だと思います。」（第五回口頭弁論証言調書）「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をした。それを今度は別の社で出すようにしたということは、口頭ながらはっきりした約束違反です。」（第六回口頭弁論証言調書三二丁）（但し第六回口頭弁論期日における証言では、著者に対する損害賠償の根拠としての約束違反が、不法行為もしくは不正競争防止法違反というように変化しているが、著者に対する損害賠償が可能であることは認めている。）

四、ところで、美作氏の単純許諾契約・排他的許諾契約・著作権設定契約に対する考え方が学説上説かれている考え方と異なるものであることは明白である。

まず、単純許諾契約について見てみよう。学説においては、単純許諾契約では、他社から同一著作物が出版されても先行出版社において著者に対して責任追及はできないとされており（これは単純許諾契約が単に出版社に対して著者が出版を許すにすぎないものである以上当然である。）、美作氏のように単行本あるいは文庫本について出版を許諾した場合、他社に同一著作物の単行本あるいは文庫本の出版を許諾すると契約違反になるということは考えられないのである。（単に契約違反にならぬだけでなく、不法行為もしくは不正競争防止法違反にも該当せず、著者は何等の損害賠償責任も負わない）

ところで、学説上、排他的許諾契約については、著者が出版社と排他的許諾契約を締結した場合、同一著作物を著者が他社から出版すると、著者は契約違反に問われることになる。すなわち、これからも明らかのように美作氏という単純許諾契約とは、著者が原稿の二重売りをした場合、著者に損害賠償責任が発生するという点で（その根拠が契約違反か不法行為か不正競争防止法違反かはともかく）実質的には学説上の排他的許諾契約に

ほかならないのである。

五、では、美作氏は何故単純許諾契約といいながら排他的許諾契約と同様著者に損害賠償責任が発生するとしているのであろうか。その根拠として美作氏は、二重出版が行われた場合一次出版社の権利が明白に侵害されるからだと述べている。(甲第五二号証一二頁)

他方美作氏は、単純許諾契約の場合「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言えるか、ということになると言えません。」(甲第五二号証一二頁)として、異なるエディションの出版については著者に損害賠償責任は発生せず、かかる場合に著者に損害賠償責任を問うためには排他的許諾契約もしくは出版権設定契約でなければならぬとする。その理由は、「単行本は大体似たような読者を対象としますが、文庫本と単行本あるいは新書版ではそれぞれ読者が違うんです。エディションが違うことが非常に大きな問題になります。」

(第六回口頭弁論証言調書三八・三九丁)というところにある。

しかしながら、美作氏が著者の損害賠償を単純許諾契約において認めたと前記理由に照らすなら、右のごとく異なるエディションの場合に著者の損害賠償を否定する理由は全くない。けだし、エディションが異なっても二重契約により先行出版社は経済的損害、権利の侵害を被るのである。そして、一般的なケースである先行出版社が単行本を出版し後行出版社が文庫本を出版するという場合には、先行出版社が被る権利侵害、経済的損害の程度は後行出版社が単行本を出版した場合に比し格段に大きいのである。そのことは甲第五九号証が如実に示している。読者にとってエディションの違いは問題ではなく、同一著作物であれば単行本より兼価な文庫本を讀者は選択するのである。

六、以上に照らすなら、美作氏がいうところの単純許諾契約は学説上の排他的許諾契約に他ならないことが明白である。では美作氏と学説との間でどうしてかかる齟齬が生じたのであろうか。それは以下の理由による。「著作権者である著者が「この原稿を本にして出してくれ」と申し入れ出版者



が「はい、引き受けました」といってその本を出版する」という形態は正しく単純許諾契約である。ところが、かかる場合においても単行本或いは文庫本という継続的な出版の場合には、出版社は勿論著者においても、当該単行本或いは文庫本の売れ行きが一巡するまでの間（これが三年間であることは出版界の常識と云ってよい）は他社からの同一著作物の出版はないと考えているのであり（出版社にしてみれば、かかる継続的出版の場合に、収益が上がる前に他社から同一著作物が出るような契約を締結するはずがなく、著者にしても甲第四五号証に端的に示されるように、同一著作物を二重売りした場合には社会的に非難され、二重売りがおよそ許されぬものであることを熟知しているのである）、その実質は「ほかから同じ本をどのような形にしる出さないでください、出すときにはあらかじめわが社と相談して当方の同意を得てください」という排他的許諾契約に他ならないのである。美作氏はかかる実態を熟知しているからこそ、そしてかかる著作物の二重売りが出版界において許されないものであることを知っているからこそ形式的には単純許諾契約であってもその実質をみてこれに排



他の許諾契約と同様の法的効果をあたえているのである。

このように見ると、少なくとも文庫本、単行本という継続的出版の場合についていえば、美作氏の考え方は、半田正夫教授の考え方と全く一致するのである。その相違は、かかる場合の契約を単純許諾契約と云うか排他的許諾契約と云うかという単なる用語の違いだけなのであり、その實質は全く同一なのである。

七、なお、美作氏が用語の上では学説上の分類に従いつつも、解釈の上では出版界の実態を反映して、学説と異なる（その意味では法的には誤っている）——前記のように端的に排他的許諾契約といえよいに単純許諾契約として法的には排他的許諾契約と同様の効果を与える（解釈をしている例は右に止まらず出版権設定契約においても同様である。美作氏は出版権設定契約をすれば当然に第三者に対しても法的効果が存在するかのようになら述べているが、出版権登録をせぬ限り当然には第三者に対抗できず、右第三者の責任を問うためには、不動産登記の分野にあるような背信的悪意者の理論等を援用する必要があるのである。美作氏がかかる解釈をとる背

景には、出版権登録が殆どなされていらないという実態が存するのである。

このように、美作氏の出版契約に関する解釈（それは法的に言えば矛盾し誤っている点が多々存する）の背景には出版界の実態が根強く反映していることを見逃してはならず、本件契約の解釈にあたっては、美作氏の解釈に捕らわれることなく、その背景となった出版界の実態こそを考慮すべきである。

八、次に小汀良久氏の証言を見てみよう。小汀氏は第四回期日において次のように述べている。「一二 我国の出版界では、単行本出版後三年間は他社から出版しないという慣行があります。そういう慣行は、私が出版界に入った頃からありました。著作権法八三条二項に規定されている出版権という概念が著作権法に導入されたのは昭和九年と聞いており、戦前からそういう慣行があったと思います。私は出版業務に関与するようになった初期の段階で、その事をまわりの人から聞いていました。」「一五 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事はありません。同時に出版されるという事ならば、私は著者と契約はしません。」

独占的ということが必須の条件となつています。(中略)雑誌への原稿二重売りという行為は出版界で非難にあたいる行為で、執筆者は業界の信用を落し、ある程度の制裁が働くと思ひます。」「一六 (前略)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。出版界では、口頭契約をしても排他的で他社からは出版できないという認識があり、それを無視して他社からかってに出版するという事を聞いた事ありません」

この小汀証言を見れば明らかなように、出版界には、単行本出版後三年間は他社から出版しないと言う慣行が厳然と存在し、口頭契約であってもすべて排他的独占的で他社からは出版できないと言う認識があるのである。従つて、小汀証言からも本件のごとき口頭による単行本出版契約は、それが仮に出版権設定契約でなくとも、排他的許諾契約であることは明白なのである。

このように本法廷で審理された出版の実務に携わり、出版界の実情を熟知している美作氏、小汀氏の証言にてらせば、両氏はともに表現の違いは

あつても（前記のとおり美作氏の場合がそうである）、単行本、文庫本などの継続的出版の場合にはその出版契約はそれがたとえ口頭であつたとしても、排他的独占的性格を持つものであつて、仮に出版権設定契約と言えなくとも、排他的許諾契約であることを認めているのである。

九、本件の場合、控訴人は、被控訴人堀著作にかかると「太陽風交点」について単行本出版契約は勿論、文庫本出版契約をも締結していた。右各契約は前記のとおり、出版界の実情及び慣行に照らすなら少なくとも学説でいうところの排他的許諾契約にほかならない。ところが被控訴人堀は、かかる契約があるにもかかわらず、これに違反して被控訴人徳間書店との間に「太陽風交点」についてさらに出版契約を締結し、控訴人に対して損害を与えたのである。

よつて、被控訴人堀に債務不履行の責任があることは明白である。

一〇、次に被控訴人徳間の責任について見てみよう。

本件契約が仮に前記のとおり排他的許諾契約と言う債権契約であるとする、被控訴人徳間の文庫本「太陽風交点」出版が債権侵害として不法行

為に該当するかいなが問題となる。昭和五九年七月二五日付控訴人準備書面で述べたように債権侵害が不法行為となるためには、侵害行為の違法性が特に強く、事実上故意による場合に限られるのであるが、被控訴人徳間の文庫本「太陽風交点」出版は右要件を十分に満たすものである。

まず、故意の点について見てみよう。

本件の特徴は、前記準備書面でも述べたように、(1)単行本「太陽風交点」出版から一年余という短期の間に被控訴人徳間から文庫本「太陽風交点」が出版されたこと、(2)右文庫本出版は、被控訴人徳間において、被控訴人堀と控訴人間に単行本出版契約（しかもこの契約が排他的許諾契約で、控訴人が「太陽風交点」を独占的排他的に出版できるものであることを、前記美作証言、小汀証言等に照らすなら、出版を業とする被控訴人徳間としては当然に熟知していたと言いうる）が存し、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でなされたこと、(3)控訴人が被控訴人徳間に対し右文庫本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、被控訴人徳間は、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」はその性格から言って、被控訴人徳間から文庫本が発行されれば、その市場価値は失われ、単行本は勿論のこと、文庫本として控訴人が出版しても売れる見込みは殆どなく、被控訴人徳間もS Fの出版に携わっている以上、このことは当然に予測しえたこと（そのことは、NHKの大河ドラマ「春の波濤」の原作である杉本苑子著「冥府回廊」の単行本がその文庫本発売直後からその売れ行きが急激に落ち、殆ど売れなくなってしまうたのを見ても——甲第五九号証——明らかである）、等にある。

この特徴を見れば、被控訴人徳間の故意（それは不動産取引における背信的悪意にも匹敵する）は明白である。

次に侵害行為の違法性の強さについて見てみよう。

右(1)乃至(4)の特徴が、出版界の慣行を無視した極めて異常な事態であることは前記小汀証言を見れば明白である。すなわち小汀氏によれば「一六（前略）出版界では、口頭契約をしても排他的で他社からは出版できない」といふ認識があり、それを無視して他社からかってに出版するという事

を聞いた事がありません」「二三 新泉社で申出を拒否したのに出版されたという例はありません。新泉社だけではなく、先行出版社が拒否したにもかかわらず出版されてしまったという例は聞いたことがあります」「二八 三年以内で先行の出版社が拒否したにもかかわらず出版したという例は、本件以外にないことは間違ありません。三年以内に他の出版社から出版する場合は、ロイヤリティーの支払いや先行出版社の了解があるという事です。」とあるように、本件のごとく単行本出版後一年余という短期の間に、しかも先行出版社が文庫本出版に対して明白に反対の意思表示をしているのに、これを無視して後行出版社が文庫本出版をする等ということは出版界では空前絶後の慣行を無視した異常かつ違法な事態なのである。そして、新泉社出版にかかる二点の単行本につき、三年を過ぎていたにもかかわらず、新泉社が講談社の学術文庫化を拒絶したところ、講談社では文庫化をしなかったと言う例（小訂証言第一九項、四三項）に対比するならば被控訴人徳間の行為の違法性がいかに強いものであるかは論をまたないのである。

よって、被控訴人徳間の文庫本「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被控訴人堀と共謀のうえなされたものであるから、被控訴人堀は前記債務不履行責任のみならず被控訴人徳間とともに不法行為責任をも負っているのである。