

平成9年(行ケ)第108号 審決取消請求事件  
平成13年1月23日口頭弁論終結  
判 決

原 告 ザ、プロクター、エンド、ギャンブル、カン  
パニー

代表者  
訴訟代理人弁理士  
同  
同  
同  
訴訟復代理人弁理士  
被告  
指定代理人  
同  
同  
同

A 鈴橋 風白 坪 特許 C D E F  
江 本 間 根 井 庁 長 官  
武 良 鉄 俊  
彦 郎 也 郎 淳 B

主 文  
原告の請求を棄却する。  
訴訟費用は原告の負担とする。  
この判決に対する上告及び上告受理の申立てのための付加期間を30日  
と定める。

#### 事実及び理由

#### 第1 当事者の求めた裁判

1 原告  
特許庁が平成7年審判第24012号事件について平成8年11月29日に  
した審決を取り消す。  
訴訟費用は被告の負担とする。

2 被告  
原告の請求を棄却する。  
訴訟費用は原告の負担とする。

#### 第2 当事者間に争いのない事実

1 特許庁における手続の経緯  
原告は、1982年(昭和57年)11月15日及び1983年(昭和58  
年)8月11日にアメリカ合衆国においてした特許出願に基づく優先権を主張し  
て、昭和58年11月15日、発明の名称を「通気性脚カフスを有する使い捨て衣  
料」とする発明(以下「本願発明」という。)について特許出願をしたが、平成7  
年1月10日拒絶査定を受けたので(同年8月9日送達)、同年11月6日に拒絶  
査定不服の審判を請求した。特許庁は、これを平成7年審判第24012号事件と  
して審理した結果、平成8年11月29日に「本件審判の請求は、成り立たな  
い。」との審決をし、その謄本は平成9年1月13日に原告に送達された。

#### 2 本願発明に係る特許請求の範囲

「1 液体不透過性バックシート、前記バックシートに固着された液体透過性  
トップシート、  
前記トップシートと前記バックシートの間に介在する吸収性エレメント、  
縦方向に延長し立上っている一対の通気性カフスで、前記カフスの各々が固  
定端と前記固定端から離間した末梢端とを有し、前記カフスの各々がオムツに付着  
した前記固定端を有し、前記の末梢端は少なくともオムツの一部に固着されておら  
ず、前記カフスの各々が少なくともその範囲の一部に亘って蒸気に透過性であるよ  
うな前記カフス、および

前記カフスの各々の前記末梢端と作用的に連動されており弾性的に収縮可能  
の条件下で前記カフスに固着されて前記カフスの前記末梢端を弾性的に収縮可能と  
する弾性エレメントであって、それで該弾性エレメントが該弾性エレメントに隣接  
するカフス材料を有効に収縮するか又はギャザーをつけるかして、前記末梢端を前  
記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめるようにした弾性エレメン  
ト

を含む使い捨てオムツ。」(別紙図面(1)参照)

#### 3 審決の理由

別紙審決書の理由の写しのとおりである。要するに、本願発明は、特公昭5

2-40267号公報（以下「引用刊行物1」という。）に記載された技術（以下「引用発明1」という。）及び実公昭41-18359号公報（以下「引用刊行物2」という。）に記載された技術（以下「引用発明2」という。）に基づいて、当業者が容易に発明をすることができたものであるから、特許法29条2項に該当し、特許を受けることができない、とするものである。

### 第3 原告主張の審決取消事由の要点

審決の理由中、手続の経緯、本願発明の要旨、引用発明1及び同2に係る部分は認める。本願発明と引用発明1との対比において、引用発明1が、「縦方向に延長し立ち上がっている一対のカフスで、」、「前記カフスの各々が固定端と前記固定端から離間した末梢端とを有し」、「末梢端が少なくともオムツの一部に固着されていない」、「前記末梢端を前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめるようにした弾性エレメント」との構成を有する点で本願発明と一致する、とする部分は争い、その余は認める。相違点についての判断及び結論は争う（ただし一部認めるところがある）。

審決は、本願発明と引用発明1の一致点の認定を誤り（取消事由1）、また、相違点についての判断を誤り（取消事由2）、その結果、本願発明に進歩性がないと誤った判断をしたものであるから、違法として取り消されなければならない。

#### 1 取消事由1（本願発明と引用発明1との一致点の認定の誤り）

(1) 審決は、本願発明と引用発明1とが「前記末梢端を前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめるようにした弾性エレメント」を含む構成を有する点で一致している旨認定しているが、この認定は誤っている。

(イ) 本願発明にいう「前記末梢端を前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめるようにした弾性エレメント」とは、おむつが着用者に着用された状態において、カフスの外面の一部が着用者の腿部と接して押され、他方、弾性エレメントの付勢傾向によってカフスが引き起こされることを意味するものである。

これをカフスの挙動としてより具体的にいえば、おむつを自然放置した状態でのカフスの「立ち上がり」に対して、おむつが着用された状態では、カフスの外面は着用者の腿によって押されて内側に傾くものの、カフスには、常に立ち上がった状態に復帰しようとする力、つまり、弾性エレメントによる外向きの力が作用するから、「前記末梢端を前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめ」た状態が維持されるのである。本願出願の願書に添付された明細書及び図面（以下、両者を合わせて「本願明細書等」という。）中の発明の詳細な説明においては、これを、「カフス15は、外面49の方向に多少の角度で回転する傾向があり、それによって内面48（原告注・「内面48」は「外面49」の誤記である。）を乳幼児の皮膚と接触させる。」（甲第2号証16欄22行～25行）と記載しているのである。要するに、本願発明では、着用者がおむつを着用したときに、カフス15は、外面49を乳幼児の皮膚と接触させるという構成を有するのである。なお、本願明細書等の16欄28行及び34行の各「内面48」の語句も「外面49」の誤記である。

(ロ) 被告は、本願明細書等には、上記「内面48」が「外面49」の誤記であることをうかがわせる記載が存在しないという。

しかし、もし、上記の「末梢端が前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめられた」状態が、おむつを自然放置した状態でのカフスの「立ち上がり」状態を意味するものとすれば、着用時のカフスは、その内面が着用者の皮膚と接することになる。しかし、その場合、カフスは、「外面49の方向に多少の角度で回転する傾向」があるのであるから、カフスの内面が着用者の皮膚から離れるように作用することになり、不合理な結果とならざるを得ないことになるのである。

(ハ) 一方、引用発明1のサイドフラップは、「しなやかにたわんで子供の脚の回りに有効なシールを形成する」（甲第3号証1頁1欄33行～34行）ための部分であり、この場合にいうシールは、サイドフラップ面と着用者の脚の皮膚とが面接触することによって生じることを意味するから、着用時に、これが、本願発明と同様に立ち上がるのであれば、上記シールの面接触の役割を阻害することになるから、「縦方向に延長して立ち上がる」ことはない。したがって、引用発明1は、本願発明にいう「末梢端を前記吸収性エレメントと固定端から内方に変位せしめるようにした弾性エレメント」との構成を欠いている。

(2) 審決は、本願発明と引用発明１とが「前記カフスの各々が固定端と前記固定端から離間した末梢端とを有し」、「末梢端が少なくともオムツ（吸収性エレメント）の一部に固着されていない」との構成を有する点で一致している旨認定しているが、この認定は誤っている。

引用発明１においては、「外側横へり４４」（本願発明の末梢端に相当する。）がその両端部において、吸収体２４の一部に固着されており、この固着部分においては、「外側横へり４４」が「横へり４１」（本願発明の固定端に相当する。）から離間していないから（別紙図面（２）参照）、引用発明１は、本願発明に係る特許請求の範囲の「固定端と前記固定端から離間した末梢端とを有する」、「末梢端が少なくともオムツ（吸収性エレメント）の一部に固着されていない」との構成を具備していない。

なお、引用発明１は、上記構成を有するため、サイドフラップが、おむつを自然放置した状態で漠然と起き上がるにすぎないから、おむつが着用者に着用された状態において、本願発明のように「立ち上がる」ことも「内方に変位」することもない。

## ２ 取消事由２（相違点についての判断の誤り）

審決は、「かかる引用例１の使い捨ておしめと引用例２のおしめカバーとの関係からして、引用例２に、おしめカバーの防水片の遊辺寄りに多数の通気孔を設けることにより、尿水等の漏洩を防止するだけでなく、おしめカバー内部の湿気によるむれが防止されるとの記載がなされていれば、かかる防水片に対応する引用例１の使い捨ておしめのサイドフラップの一部に通気孔を設けても、おしめ内部の湿気によるむれが防止されることになることは当然のことであり、換言すれば、本願発明において、使い捨てオムツのカフスの各々が少なくともその範囲の一部に亘って蒸気に透過性であるようになすことは、当業者にとり何等の発明力も要しないことである。」（審決書１１頁５行～１８行）と判断しているが、この判断は誤っている。

(1) 引用発明２は、おしめカバーを対象とするものであり、おしめカバーは、使い捨ておしめとは似て非なるものであるから、使い捨ておしめと、おしめカバーと通常のおしめの組合せとは、属する技術分野を異にする非類似の製品である。そのため、使い捨ておしめにおける当業者は、通常のおしめのおしめカバーの分野に着目したりはしないのである。

(2) 引用発明２の防水片は、一般に、おしめカバーの上記の機能を補完するために、つまり、おしめカバー内に押し込まれたおしめをおしめカバー内において固定保持するために考え出された部材であるから、専ら、おしめと接触してこれを保持する機能を受け持つ部材であって、着用者の皮膚と接触させることを目的とする部材ではない（たまたま、部分的に皮膚と接触してしまう場合もあり得るが、これは、その本来の機能である上記機能とは無関係である。）。これに対し、引用発明１のサイドフラップは、機能的に、使い捨ておしめの半剛性吸収体と接触することはなく、これから離れた部位において、専ら着用者の皮膚とのみ接触して、この部分からの排尿などの漏れを防止する機能を分担する部材であって、吸収体を保持する機能を有していない。このように、引用発明１のサイドフラップと引用発明２の防水片は、その目的、機能を異にしているから、後者の防水片の通気性孔を前者のサイドフラップに転用することについて技術上の動機付けがあるということはできない。

引用発明１のサイドフラップを引用発明２の防水片に置換することが当業者にとって容易と判断されるためには、両者の間に機能的均等性が認められなければならない。そうでなければ、進歩性否定の論理は歯止めなくエスカレートする恐れがあり、特に、人々が日常的に使用するような器具、装置の分野において、進歩性のある発明が生まれる余地が不当に制限を受けることとなるものである。

(3) 本願明細書等に記載された「通気性部分４５の少なくとも内面４８に蒸気の通過を過度に妨げずに液体の通過を遅延させるような特性を与えることは、不透過性部分４７がはたすのと同様に、液体を吸収性芯２１に再び向ける傾向があるであろう。」（甲第２号証１６欄４３行～１７欄３行）という本願発明のカフスの作用メカニズムは、使い捨ておむつに特有の構造に由来するものであって、おしめカバーの防水片には起こり得ないものであるから、この点でも、当業者が、引用発明１及び同２を組み合わせることによって本願発明に想到し得たとはいえない。

## 第４ 被告の反論の要点

審決の認定判断は、いずれも正当であって、審決を取り消すべき理由はな

い。

1 取消事由1（本願発明と引用発明1との一致点の認定の誤り）について

(1) 本願明細書（甲第2号証）の「オムツのトップシートは、着用者の皮膚と接触し、液体排出物を受容し、排出物をそれを通して吸収性芯に迅速に通過させ、そして着用者の皮膚を吸収性芯中の液体と隔てるように機能する。」（10欄2行～5行）、「使用時に、・・・カフス15は、外面49の方向に多少の角度で回転する傾向があり、それによって内面48を乳幼児の皮膚と接触させる。」（16欄17行～25行）との記載を併せて読めば、おむつの着用時には、トップシートとカフスの内面48が着用者の皮膚に接触し、その結果、着用前の静置時には立ち上がったカフスが、着用すると「外面49の方向に多少の角度で回転する」ことになるものと理解できるものである。このように理解してこそ、「吸収性芯21からのように本来のオムツから漏れる液体は、本来のオムツの方向から内面48の方向でカフス15に接近しなければならない。不透過性部分47の内面48が乳幼児の腿に隣接している場合には（接触関係または単に接近のいずれか）、オムツから漏れる傾向がある液体のかなりの部分は、不透過性部分47と接触するであろうし、そして一般にトップシート26およびトップエンベロープティッシュ22を通して吸収性パッド21に再び向けられるであろう。」（16欄30行～40行）との記載とも整合するものである。

本願明細書等中の原告指摘の「内面48」の語句が「外面49」の誤記であることをうかがわせる格別の事情は、本願明細書等には見出せない。また、原告の主張する、本願発明におけるカフスの挙動は、本願明細書の記載に基づかないものである。

引用発明1の弾性部材は、サイドフラップを長手方向、すなわち、本願発明の縦方向に伸縮して集めフラップ内に弾性伸縮線を作り、その引き延ばされた状態において弾性伸縮線より長くするという性質を備え、また、上記サイドフラップは、半剛性吸収体の動きを拘束するものであり、逆にいえば、サイドフラップ自身も、半剛性吸収体に拘束されているから、このサイドフラップは、弾性部材の弾性作用により伸縮して集められる一方、半剛性吸収体に拘束されていることにより、その集められる力に相当程度抵抗し得ることとなる。その結果、このサイドフラップは、必然的に、本願発明でいうところの「縦方向に延長し立ち上がった状態」となり、同時に、弾性部材は、サイドフラップの末梢端を、吸収体と固定端を起点にして内方に変位せしめることになるのである（別紙図面(2)参照）。

(2) 引用発明1の「サイドフラップの外側横へり44」は、サイドフラップ25の上下方向両端部においても、吸収体24に固着されているわけではなく、同中央部に比べて狭いとはいえ、「吸収体24の横へり41」から離間しているものであるから（別紙図面(2)の第1図参照）、サイドフラップの末梢端はおむつに固着されていない。

また、本願発明は、特許請求の範囲の記載から明らかなとおり、カフスが長手方向の全長にわたって、固定端と該固定端から離間した末梢端とを有している構成のものではないから、仮に引用発明1のサイドフラップ25が原告主張の構成をしているとしても、本願発明の「前記カフスの各々が固定端と前記固定端から離間した末梢端とを有し」、「末梢端が少なくともオムツの一部に固着されていない」という構成を具備するものにほかならない。

2 取消事由2（相違点についての判断の誤り）について

(1) おしめカバーに例えば布製のおしめを組み合わせたものと、使い捨ておしめとは、ともに、便や尿水をおしめ内部に封じ込めて外部に漏らさないためのものであるという点で基本的に何ら変わりはなく、この目的から派生する技術的課題を共通にするものであり、おしめ内に貯留する尿水等がもたらすおしめ内のむれの防止もその一つである。このようなおしめ内のむれの防止という技術的課題を解決するために、使い捨ておしめの開発に携わる当業者が、おしめカバーに使われている技術を使い捨ておしめに転用することは、当業者の通常の創作活動の範疇に属する事柄というべきである。

(2) 引用発明2の防水片は、防水を目的とする部材、すなわち、尿水等が漏洩するのを防止するためのものである。また、この防水片は、尿水等の漏洩の防止という目的からみて、着用者の脚の皮膚に密着させるものであるし、さらに、この防水片は、その両面に、その肌ざわりをよくするためトリコット等の生地を重合するものであることから、着用者の皮膚に接触させることを前提とするものであることが明らかである。

そうすると、引用発明２の防水片は、おしめを保持固定する役割を併せ持つか否かに関わらず、着用者の皮膚に接触させ、尿水等の漏れを防ぐための部材であるという点で、引用発明１のサイドフラップと同様のものである。

したがって、引用発明２の防水片における通気孔を設けるという技術を、引用発明１のサイドフラップに転用することには十分な動機付けが存在するというべきであり、また、引用発明１のサイドフラップに、引用発明２の通気孔を組み合わせて本願発明に想到することは、当業者にとって容易になし得たことというべきである。

(３) 原告は、本願明細書１６欄４３行ないし１７欄３行に記載された効果が、使い捨ておむつに特有の構造に由来するものであって、おしめカバーの防水片には起こり得ない類いのものであるという。しかし、そもそも、原告のいう「使い捨ておむつに特有の構造」との意味が不明であるし、また、原告が引用する本願明細書の引用箇所には、使い捨ておむつに特有の構造もこれに基づく効果と考えられるものも記載されてはいない。そこに記載されている効果は、もっぱら不透過性部分等によりもたらされるものであって、通気性を有するおしめカバーの防水片に不透過性部分を設けること等により同様に達成できるものにすぎない。

#### 第５ 当裁判所の判断

##### １ 取消事由１（本願発明と引用発明１の一致点の認定の誤り）について

(１) 原告は、本願発明にいう「前記末梢端を前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめるようにした弾性エレメント」とは、おむつが着用者に着用された状態において、カフスの外面の一部が着用者の腿部と接して押されることを意味しているとし、本願発明では、おむつを着用者に着用したときに、カフス１５は、外面４９を乳幼児の皮膚と接触させるという構成を有するとして、これを前提に、本願発明は、上記構成において引用発明１と一致するものではない旨主張する。

原告の主張は、要するに、本願発明は、おむつを着用者に着用させるときに、カフスの外面を着用者の腿と接触させるという構成、言い換えれば、カフスが吸収性エレメント及びトップシートと着用者の腿との間に挟まれるという構成となるというものである。しかし、原告の上記主張は、失当である。

まず、本願発明の特許請求の範囲には、「それで該弾性エレメントが該弾性エレメントに隣接するカフス材料を有効に収縮するか又はギャザーをつけるかして、前記末梢端を前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめるようにした」との記載があることは、当事者間に争いがない。

上記記載は、前半部と後半部とが「・・・して、・・・ようにした」という文章構成となっているから、前半部が原因、後半部が結果となっていることを意味することが明らかであり、そうすると、後半部の「前記末梢端を前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめる」との構成は、弾性エレメントがその周囲のカフス材料を収縮させ、ときにはカフスにギャザー（ひだ）を形成することによって達成されるものと理解することができる。

次に、本願明細書の発明の詳細な説明を検討する。

甲第２号証によれば、本願明細書には、「カフス１５は可撓性であるので、吸収性芯２１に関して不定数の配向を呈することができる。カフス１５が第４図に示されるように吸収性パッド２１に関して配向されと考えられる場合には、カフス１５は内面４８および外面４８を有すると言える。カフス１５の内面４８は、オムツの本体および吸収性パッド２１に向けて一般に配向される表面であるであろう。外面４９は、外面４８と反対のカフス１５の表面である。使用時に、オムツ１０が一般に乳幼児の股領域内の股部分１３で乳幼児の体に適用され、かつ前方腰部分１１および後方腰部分１２が乳幼児の腰の回りにつけられると、カフス１５は乳幼児の腿の内側および外側に隣接してつけられる。カフス１５は、外面４９の方向に多少の角度で回転する傾向があり、それによって内面４８を乳幼児の皮膚と接触させる。カフス１５と乳幼児の皮膚との間の接点の主要部は、弾性エレメント３１によって惹起され、かつ弾性エレメント３１の領域内にあるが、カフス１５の内面４８の他の部分は乳幼児の皮膚と接触させられる傾向があるであろう。これは、不透過性領域４７の内面を包含する。吸収性芯２１からのように本来のオムツから漏れる液体は、本来のオムツの方向から内面４８の方向でカフス１５に接近しなければならない。不透過性部分４７の内面４８が乳幼児の腿に隣接している場合には（接触関係または単に接近のいずれか）、オムツから漏れる傾向がある液体のかなりの部分は、不透過性部分４７と接触するであろうし、そして一般にトップシ

ート26およびトップエンベロープティッシュ22を通して吸収性パッド21に再び向けられるであろう。このように、通気性部分45に加えて不透過性部分47を有することは、漏れを限定する傾向がある。」(16欄9行~42行)との記載があることが認められる。

上記記載、とりわけ、「カフス15は、外面49の方向に多少の角度で回転する傾向があり、それによって内面48を乳幼児の皮膚と接触させる。」(16欄22行~25行)、「カフス15の内面48の他の部分は乳幼児の皮膚と接触させられる傾向があるであろう。」(27行~29行)、「吸収性芯21からのように本来のオムツから漏れる液体は、本来のオムツの方向から内面48の方向でカフス15に接近しなければならない。」(30行~33行)、「不透過性部分47の内面48が乳幼児の腿に隣接している場合には(接触関係または単に接近のいずれか)、オムツから漏れる傾向がある液体のかなりの部分は、不透過性部分47と接触するであろう」(33行~37行)との各記載によれば、本願発明が、おむつを着用者に着用させるときに、カフスがトップシートの外側にあって、カフスの内面を着用者の腿と接触させるという構成のものであることは明白であるというべきである。

原告は、本願明細書の「カフス15は、外面49の方向に多少の角度で回転する傾向があり、それによって内面48を乳幼児の皮膚と接触させる。」(16欄22行~25行)などの記載中の「内面48」は「外面49」の誤記であるという。しかしながら、原告の指摘する「内面48」が「外面49」の誤記であることを示すものは、本願明細書を精査しても、本件全証拠によっても、これを見出すことができない。

そもそも、「内面48を乳幼児の皮膚と接触させる。」との記載が、外面49を乳幼児の皮膚と接触させるとの誤記であったとしたならば、カフスが吸収性エレメント及びトップシートと着用者の腿との間に挟まれるという構成になる。その場合、上記のような位置にあるカフスについて、本願発明が、なにゆえに通気性のものとしたのか不可解というほかなく、また、これを合理的に説明する記載を本願明細書等に見出すこともできない。

いずれにせよ、原告の主張は、失当というほかない。

その余の原告の主張も、上記認定判断に照らし、採用できないことが明らかである。

(2) 一方、引用刊行物1(甲第3号証)に、「水分不透過性のたわみ性のバックシートと、このバックシートの上に重ね合わされ結合されるとともに、その両方の横へりから前記バックシートが外側に延びる半剛性吸収体と、おしめの各へりに沿って少なくともその股下区域に形成され、前記吸収体はその動きを拘束されるサイドフラップと、これらのサイドフラップの各々に長手方向において弾性伸縮自在状態に結合されて該サイドフラップを長手方向に伸縮して集めフラップ中に弾性伸縮線を作る弾性部材とを有し、前記股下区域の弾性部材とを有し、前記股下区域の弾性伸縮線の部分は、前記半剛性吸収体のへりから少なくとも1.91cm外側にへだてられており、前記サイドフラップがしなやかにたわんで子供の脚の回りに有効なシールを形成するようにした使い捨ておしめ。」(特許請求の範囲)、「弾性部材がたわみ性サイドフラップと弾性伸縮状態において作動的に連結された場合、このサイドフラップを通して弾性伸縮線または応答路線を成し、縦方向伸縮性サイドフラップを構成する。このようにしておしめの各側に1個の伸縮線を備え、伸縮線が互いに対向するようにしたサイドフラップが提供される。各サイドフラップは伸縮線からおしめの縦方向中心線に向かって内側に伸びる幅を有する。」(12欄39行~7頁13欄3行)、「弾性部材26はその引き延ばされた状態において弾性伸縮線よりも長くし、この部材26の両端は吸収体24のへり41との交点60から先まで延びて吸収体24と重なり合うようにすることができる。」(13欄10行~14行)との記載があることは、当事者間に争いがない。

さらに、甲第3号証によれば、引用刊行物1には、「弾性部材26は弾性伸縮状態においてサイドフラップ25と作動的に連結されているので、通常の拘束されない状態においては、弾性部材26はサイドフラップ材料をその回りに集約し、サイドフラップを通る弾性伸縮線はサイドフラップの外側横へり44に隣接している。」(10欄26行~31行)、「このようにして、着用に際して各弾性伸縮線は子供の脚と接触を保持し、またたわみ性サイドフラップは半剛性吸収体と脚との間隙を埋めながら子供の脚の自由運動を可能にするようにしたおしめ。」(18欄12行~16行)との記載もあることが認められる。



上記各記載によれば、引用発明１のサイドフラップは、おしめの長手方向に弾性伸縮自在状態に連結された弾性部材により長手方向に収縮されるという構成を有していること、これを着用する際には、弾性部材が着用者の腿と接触を保持し、また、サイドフラップが半剛性吸収体と脚との間隙を埋めるので、着用者の腿の回りに有効なシールを形成するものであることが記載されているということができる。そして、サイドフラップは、連結された弾性部材により長手方向に収縮され、サイドフラップの内面が着用者の腿に接触しているものであるから、本願発明と同様に、サイドフラップ（本願発明のカフス）が「縦方向に延長して立ち上」がっており、弾性部材がサイドフラップを「前記固定端から内方に変位せしめるようにし」ていることは明らかである。

したがって、本願発明と引用発明１とが「縦方向に延長し立ち上がっている一対のカフスで、」（審決書９頁１３行、１４行）、「前記末梢端を前記吸収性エレメントと前記固定端から内方に変位せしめるようにした弾性エレメント」（審決書１０頁５行～７行）との構成を有する点で一致するとした審決の認定に誤りはない。

(3) 原告は、引用発明１においては、「外側横へり４４」（本願発明の末梢端に相当する。）がその両端部において、吸収体２４の一部に固着されており、この固着部分において「外側横へり４４」が「横へり４１」（本願発明の固定端に相当する。）から離間していないから、引用発明１は、本願発明に係る特許請求の範囲の「固定端と前記固定端から離間した末梢端とを備える」、「末梢端が少なくともオムツの一部に固着されていない」との構成を具備していない旨主張する。

しかしながら、引用刊行物１の第１図によれば、引用発明１の「サイドフラップの外側横へり４４」は、サイドフラップ２５の上下方向両端部において、中央部に比べて狭いとはいえ、吸収体２４から離間していることが認められるから、これが固着しているとする原告の主張は、根拠のないものであることが明らかである。

また、原告は、引用発明１においては、上記構成を有するため、サイドフラップは、おむつを自然放置した状態で漠然と起き上がるにすぎないから、おむつが着用者に着用された状態において、本願発明のように「立ち上がる」ことも「内方に変位」することもない旨主張する。しかし、本願発明がカフスの起き上がる程度の多少を問題にしていないことは、特許請求の範囲の記載自体から明らかであるから、原告の主張は、失当というほかない。

## ２ 取消事由２（相違点についての判断の誤り）について

(1) 引用刊行物２（甲第４号証）に、「従来のおしめカバーは、両腿脚孔縁部の内側に防水片を取付け、二重股を構成して尿水等が漏洩するのを防止していたが、本考案はその防水片の遊辺寄りに多数の通気孔を設け、おしめカバー内の湿気を通気孔より外部に逃がすことができ、おしめカバーの内部のむれを防止することが記載され、具体的には、細幅の防水片８の遊辺１１寄りに多数の通気孔１２を設け、又は通気孔１２を防水生地１３で覆った通気性防水片８を設け、該防水片８の遊辺１１に対する基辺９を、防水片８と同様に防水生地からなるおしめカバー主体内面の前装部４から後装部５にわたる両腿脚孔縁部６、６付近に結合１０し、防水片８とおしめカバー主体との間に袋部ａを形成し、また、防水片８の遊辺１１は任意の弾性伸縮縁１４となすおしめカバーが記載されている」（審決書７頁３行～１９行）ことは、当事者間に争いがない。

引用刊行物２の上記記載によれば、同刊行物には、おしめカバーにおいて、両腿脚孔縁部の内側に防水片を取付け、二重股を構成して尿水等が漏洩するのを防止し、また、従来の防水片における通気性の悪さという問題点を解決するため、防水片の遊辺寄りに多数の通気孔を設けるという技術が記載されていることが認められる。

(2) 引用発明１と同２とは、「使い捨ておしめ」と「おしめカバー」という違いがあるものの、ともに子供のおしめ（おむつ）に使用されるものであって、極めて近接した技術分野であることが明らかである。そして、引用発明１におけるサイドフラップと引用発明２の防水片とは、いずれも、防水機能を有し、尿水等の漏洩を防止することを技術課題としていることで共通しているものである。

そうすると、本願発明と引用発明１との相違点に関し、引用発明２に接した当業者が、引用発明１のサイドフラップにつき、むれ防止のために防水片の遊辺寄りに多数の通気孔を設けるといふ、引用発明２の技術を採用して、相違点に係る本願発明の構成とすることは、容易になし得たものというべきである。

(3) 原告は、引用発明１のサイドフラップと引用発明２の防水片は、その目的、機能を異にするから、防水片の通気性孔をサイドフラップに転用する点に技術上の動機付けの存在を認めることはできない旨主張する。

しかしながら、本願発明の進歩性を検討するに当たって考慮されるべきは、引用発明１と同２とに接した当業者が、これらを契機として本願発明に容易に想到し得たかどうかである。引用発明１も同２も、ともに、おむつに使用されるものであって、技術分野が極めて近接しており、また、引用発明１のサイドフラップと引用発明２の防水片とは、防水機能を有し、尿水等の漏洩を防止するという共通の技術課題を有しているのである。これらのことを前提にした場合、引用発明２の防水片に係るむれ防止という技術課題が特殊なものであるため、組み合わせることが妨げられるといった特別の事情が認められない限り、当業者において、容易に、引用発明１のサイドフラップに同２の防水片に係るむれ防止の技術を適用し得たものというべきである。そして、本件全証拠によっても上記特別の事情は認めることができない。

なお、原告は、引用発明１のサイドフラップを引用発明２の防水片に置換することが当業者にとって容易と判断されるためには、両者の間に機能的均等性が認められなければならない、そうでなければ、進歩性否定の論理は歯止めなくエスカレートする恐れがあり、特に、人々が日常的に使用するような器具、装置の分野において、進歩性のある発明が生まれる余地が不当に制限を受けることとなる旨主張する。

しかしながら、原告のいう機能的均等性が、両者があらゆる機能において均等であることを意味するのであれば、それを要求するのは、特許法２９条２項が、「特許出願前にその発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者が前項各号に掲げる発明に基いて容易に発明をすることができたときは、その発明については、同項の規定にかかわらず、特許を受けることができない。」と規定して進歩性の存在を特許要件とした趣旨に反することの明らかな、極めて不合理なものである。また、原告のいわんとするところが、両者の機能には共通するところがない、ということであるならば、それは事実と反する。両者が防水機能を有するという機能において共通することは上述したとおりであるからである。

いずれにせよ、原告の主張は、失当である。

(4) 原告は、本願明細書の「通気性部分４５の少なくとも内面４８に蒸気の通過を過度に妨げずに液体の通過を遅延させるような特性を与えることは、不透過性部分４７がはたすのと同様に、液体を吸収性芯２１に再び向ける傾向があるであろう。」（甲第２号証１６欄４３行～１７欄３行）との記載を根拠にして、ここに記載されたカフスの作用メカニズムは、使い捨ておむつに特有の構造に由来するものであって、おしめカバーの防水片には起こり得ないものであるとし、当業者が、引用発明１及び同２を組み合わせることによって本願発明に想到し得たとはいえない旨主張する。

しかしながら、そもそも、上記記載の作用は、本願発明の通気性部分４５、不透過性部分４７に基づく作用であって、使い捨ておむつ自体に基づくものではないことは、記載自体から明らかであり、この記載から、使い捨ておむつに特有の構造に由来するものであるとか、おしめカバーの防水片に起こり得ないとかの事項を導くことはできない。原告の主張は、前提において既に失当であるというほかない。

３ 以上のとおりであるから、原告主張の審決取消事由はいずれも理由がなく、その他審決にはこれを取り消すべき瑕疵は見当たらない。よって、本訴請求を棄却することとし、訴訟費用の負担、上告及び上告受理の申立てのための付加期間について行政事件訴訟法７条、民事訴訟法６１条、９６条２項を適用して、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第６民事部

裁判長裁判官	山	下	和	明
裁判官	山	田	知	司
裁判官	宍	戸		充



別紙図面（１）  
別紙図面（２）