

平成 19 年 11 月 14 日判決言渡

平成 19 年 (ネ) 第 10013 号損害賠償等請求控訴事件

(原審 東京地方裁判所平成 17 年 (ワ) 第 5863 号)

平成 19 年 7 月 25 日口頭弁論終結

判	決
控 訴 人	大 王 製 紙 株 式 会 社
訴訟代理人弁護士	小 池 豊
同	櫻 井 彰 人
訴訟代理人弁理士	永 井 義 久
被 控 訴 人	王 子 ネ ピ ア 株 式 会 社
訴訟代理人弁護士	辻 居 幸 一
同	富 岡 英 次
同	渡 辺 光
同	竹 内 麻 子
同	高 石 秀 樹
同	外 村 玲 子
同	奥 村 直 樹
補 佐 人 弁 理 士	平 山 孝 二

## 主 文

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人の負担とする。

## 事 実 及 び 理 由

### 第 1 控訴の趣旨

- 1 原判決を 2 項に反する限度で取り消す。
- 2 被控訴人は控訴人に対し、4 億 7 0 0 万円及びこれに対する平成 17 年 3 月 1 日から支払済みまで年 5 分の割合による金員を支払え。

3 訴訟費用は、第 1 , 2 審とも被控訴人の負担とする。

## 第 2 事案の概要等及び争点に関する当事者の主張

### 1 事案の概要

本件は、控訴人(以下「原告」という。)が、被控訴人(以下「被告」という。)に対し、被告の製造販売する紙おむつが、原告の有する「紙おむつ」についての特許発明の技術的範囲に含まれるとして、特許権侵害に基づく損害賠償として、12億2100万円及び遅延損害金の支払いを求めた事案である。被告は、上記紙おむつは上記特許発明の技術的範囲に含まれず、また、上記特許権には進歩性欠如等の無効理由が存するので権利行使が許されないなどと主張して、これを争った。

原判決は、上記紙おむつは上記特許発明の技術的範囲に含まれないとして、原告の請求を棄却した。そこで、原告は、原判決を不服として(ただし、その範囲は前記第1の2項に反する限度である。)、本件控訴を提起した。

なお、原判決の略語表示は当審においてもそのまま用いる。

### 2 前提となる事実及び本件における争点

次のとおり訂正付加するほかは、原判決の「事実及び理由」欄の「第2 事案の概要」の「1 前提となる事実」ないし「2 本件における争点」(原判決2頁9行～6頁25行)記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決6頁13行目の「1C」及び「3D」の後にそれぞれ「の」を挿入する。

(2) 原判決別紙物件目録1の図2及び図3の「第1固定部」、「第2固定部」、「第3固定部」をそれぞれ「第1の固定部」、「第2の固定部」、「第3の固定部」と改める。

### 3 争点に関する当事者の主張(当審における当事者の補足的主張を含む。)

次のとおり訂正付加するほかは、原判決の「事実及び理由」欄の「第3 争点に関する当事者の主張」(原判決6頁26行～50頁7行)に記載のとおりで

あるから、これを引用する。

(1) 原判決 8 頁 1 2 行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「 本件各特許発明の「透液性」の意義につき、「透液性の程度は、撥水性のものと比べ、より高度に液体が透過しやすいもの」と解する根拠はなく、また、「より高度に液体が透過しやすい」などという限界の曖昧な概念を持ち込んで特許発明の技術的範囲を確定することは不当である。

ウ 上記イのとおり、「透液性」と「撥水性」とは両立する概念であるから（原判決 5 4 頁 2 行～3 行）、撥水処理がされているからといって、不透液性になるということはない。

被告は、「撥水性」であれば、当然に「不透液性」とであると主張し、その根拠として、実願昭 5 7 - 3 8 5 7 号（実開昭 5 8 - 1 0 5 4 0 5 号）のマイクロフィルム（乙 2 5 ）、特開昭 6 2 - 2 3 1 0 0 4 号公報（乙 2 6 ）、特開平 1 0 - 4 3 2 3 4 号公報（乙 2 7 ）、特許第 2 8 9 4 7 7 0 号公報（乙 2 9 ）、特許第 3 4 1 4 4 0 9 号公報（乙 3 0 ）、特許第 3 8 6 2 5 2 8 号公報（乙 3 1 ）を挙げるが、以下のとおり、これらに基づく被告の主張は理由がない。

a) 乙 2 5 は、紙おむつではなく、おむつかバーに関するものであるが、「防水機能は撥水加工による撥水効果にたよるものであるために洗濯回数や洗剤の残留付着等で十分に効果を発揮し得ないという欠点を有するものであった。」（3 頁 1 0 行ないし 1 3 行）との記載のとおり、撥水加工の程度により、防水機能は変化するものであって、防水機能を発揮せずに透液性になる場合があることを示している。

b) 乙 2 6 には、「第 2 フラップ 1 7 」が通気防水性シートで構成されることが記載されているが、「その素材としては好ましくは繊維不織布に例えばシリコン樹脂で撥水処理されたものが用いられる。」（4 頁左上

欄 1 行ないし 3 行)との記載があるにとどまり、撥水処理の程度については何ら記載されていないことに照らせば、乙 2 6 の「第 2 フラップ 1 7」は、撥水処理を十分に施し、通気防水性シートとされたことがうかがわれ、撥水性不織布であれば、すべて不透液性を示すことを裏付けるものではない。

- c) 乙 2 7 の「カフ 1 8」は、通気性不織布又は通気不透液性不織布のシート部材 3 1 で構成され、「その不織布には、例えば坪量 5 ～ 5 0 g / m<sup>2</sup>の繊維からなるスパンボンド不織布、スパンレース不織布、メルトブローン不織布であって、J I S - L 1 0 9 2 の耐水度試験 A 法に準ずる測定値が 1 0 c m 以上の通気不透水性のものがある。」( 3 頁右欄 4 2 行ないし 4 6 行)と記載されている。

しかし、試験において、尿ではなく水を用いていること、条件が実使用状態と異なるなど、透液性か不透液性かを耐水圧だけで議論することには無理がある。現に、紙おむつの技術分野において不透液性に関する耐水度として挙げられる数値は、1 0 c m H<sub>2</sub>O から 2 0 0 c m H<sub>2</sub>O まで、大きなばらつきがある( 甲 3 4 ないし 3 8 )。

特に、乙 2 7 と出願人を同じくする特開平 6 - 6 3 0 7 3 号公報( 甲 3 5 ) には、「従来、おむつにおいては、着用中におけるその内部の蒸れを抑制又は軽減するため、そのバックシートとして、透湿性かつ不透水性フィルム、例えば、樹脂に無機質の微粒子を混合して形成したフィルムが使用されている。・・・この種のバックシートの透湿度は約 1 5 0 0 ～ 3 0 0 0 g / m<sup>2</sup> 2 4 h s ( A S T M E 9 6 - 6 6 準拠) であり、かつ、耐水圧は 1 0 0 0 c m H<sub>2</sub>O 以上( J I S L 1 0 9 2 ) であって、排泄尿に対する不透過性は満足させるが、湿気に対する透過性は不十分である。」( 2 頁 1 欄 3 2 行ないし 4 2 行)との記載があり、不透液性に関する耐水度として、乙 2 7 とは異なる数値を挙

げている。

また、被告の親会社の出願に係る特開 2 0 0 0 - 3 2 5 3 9 2 号公報（甲 3 8）には、「本発明において、脚周り伸縮弾性体としては、ウレタン系、糸ゴム等の通常の使いすておむつに使用される伸縮弾性体をそのまま使用することができ、これらの伸縮弾性体はそれぞれ伸長状態で、ホットメルト接着剤等の接着剤により外層シートとサイドシートの間に接着固定される。前記接着剤の塗布領域は、前記脚周り伸縮弾性体の領域にのみ設けられており、J I S L 1 0 9 2 に準じて測定される耐水圧が 2 0 0 mm H<sub>2</sub>O 以上になるよう、接着剤の塗布方法、塗布量を適宜選択することにより調整される。耐水圧が 2 0 0 mm H<sub>2</sub>O 未満では、液体排泄物が脚周り伸縮弾性体近傍まで漏れでた状態で圧力がかかった場合に、液体排泄物が脚周り伸縮弾性体領域を通過してしみだしてくる。」（3 頁 4 欄 3 1 行ないし 4 3 行）と記載され、耐水度が 2 0 c m H<sub>2</sub>O 未満で透液性であるとされている。

さらに、乙 2 7 には、「表面シート 2 には、不織布や開孔プラスチックフィルムからなる透液性の、より好ましくは透液性であって疎水性のシート材料が使用される。」（3 頁右欄 3 5 行ないし 3 8 行）との記載があり、疎水性であっても透液性を有するシートが明記されている。

d) 乙 2 9 の「撥水性シート」は、「前述の従来 of 紙おむつにおいては、フラップ部で汗などがでた場合には、逆に、撥水効果があるため、かぶれや蒸れの原因となるという問題があった。」（2 頁 3 欄 7 行ないし 1 0 行）と記載され、汗などを透過させない「撥水シート」について言及している。しかし、乙 2 9 は、「撥水性シート」で、かつ不透液性を示す例があることの根拠になるが、すべての「撥水性シート」が液透過性でないことを裏付けるものではない。

e) 乙 3 0 は、撥水性又は不透水性のバリヤーシートからなるバリヤー

カフスを紙おむつ本体に拘束された二つの近位端で固定することにより従来の紙おむつの内方に傾斜して起立するバリヤーカフスが伏倒しやすいという問題を解決した発明に関するものであり（２頁４欄６行ないし２２行参照），「本発明において，バリヤーシートは，透液性でなく不透水性であるのが望ましい。また，透液性シートに対してシリコン処理などにより撥水性とするようにしてもよい。」（４頁８欄４２行ないし４５行）との記載は，特許請求の範囲に記載された「撥水性または不透水性のバリヤーシート」のうち，不透水性のバリヤーシートが好適であることを記載したものにすぎない。むしろ，「撥水性または不透水性」と使い分けていることからすれば，「撥水性」と「不透水性」とが同義でないことを裏付けるものである。

- f) 乙３１は，サイド撥水不織布に関する「耐水圧試験値が１６０mmを超える場合には透液性に乏しくサイド不織布７を体液が透過できず，前記シート状吸収部材１１を配置する意味が実質的に失われてしまうことになる。」（６頁１５行ないし１７行）との記載のとおり，耐水圧試験値が１６０mmを超える場合には，透液性に乏しいとしているにとどまり，透液性を示さないとしたものではない。むしろ，「透液性と非透液性とを兼ね備えた不織布」（６頁１８行），「透液性と非透液性のバランスのとれたサイド不織布」（６頁４２行）との記載に照らせば，少なくとも耐水圧試験値が１６０mmの場合には透液性を示すとされているものと解される。

なお，被告は，被告各製品のフラップ部の耐水圧試験値が１８０～２０３mmであり，本件各特許発明における「透液性」とはいえない旨主張するが，乙３１のサイド不織布７は，不透液性バックシート２とは別の不織布であり，そのサイド不織布７単体での耐水圧試験値が４０～１６０mmとしているのに対し，乙２１の測定は，フラップ部

の耐水度を測定したものであって、その測定値はバリアーシートとバック不織布とが重ね合わされた状態で耐水圧試験を行った値であり、被告各製品のバリアーシート単体での測定値ではない。被告各製品について、バリアーシート単体で耐水圧試験値を測定すれば、その値は 115 ～ 159 mm となる（甲 39）。」

(2) 原判決 8 頁 13 行目ないし同頁 21 行目を次のとおり改める。

「エ 特許請求の範囲には、「透液性」と記載されているから、「撥水性」のあるものを除外するものではない。「透液性」の要件は、液を透す性質を有するか否かという基準で判断すれば足りることであって、その意義は明確であり、特に明細書の詳細な説明の記載を参酌するまでもない。そして、詳細な説明や図面は、透液性を撥水性のないものと定義しているわけではなく、むしろ透液性の意味を明白に裏付けるものであり、被告が主張するように「透液性の程度が高い」とか、撥水性のあるものを除外するなどという解釈の根拠にはならない。また、本件明細書の【0001】、【0007】、【0011】、【0021】、【0033】の記載に照らしても、本件各特許発明の課題、作用、効果は、フラップ部が透液性を有することによってもたらされるのであり、「撥水性」のないという要件を付加しなければ公知技術と同一になるとか、「撥水性」があっては所期の作用効果が得られないなどというものでもない。フラップ部が透液性のものであれば、撥水性のものであっても蒸れを防止できるのであり（甲 29）、このことは、水滴と水蒸気とがその大きさに 10 万倍以上の違いがあることから（甲 27）、理論的にも裏付けられるものである。したがって、特許請求の範囲の記載にない要件を付加して、本件各特許発明の技術的範囲を限定解釈する理由は全くない。」

(3) 原判決 8 頁 22 行目ないし 9 頁 6 行目を次のとおり改める。

「被告は、本件明細書の【0013】の記載を引用して、撥水性不織布は

液分の浸透を防止できるものとして記載されていると主張する。

しかし、以下のとおり、被告の主張は失当である。

【００１３】の「軟便の阻止機能を有するバリヤーカフスを有する紙おむつ」とは、引用文献４（乙９）に示されるおむつであり、「この種のバリヤーカフスを構成する場合、軟便の阻止のために、軟便中の液分の紙おむつ側方への浸透を防止するために撥水性不織布を用いる」との記載は、バリヤーカフスを疎水性（撥水性）とすることによって、体液がバリヤーカフスを通して紙おむつ側方まで浸透することを防止することを意味し、撥水性不織布が透液性を持たないなどというものではない。バリヤーカフスは、液分のおむつ側方への浸透防止という目的で設けられるのであり、その材質は透液性であっても、程度の違いはあれ、当該目的を果たせるものである。さらに、【００１３】の「そのバリヤーカフスを構成するバリヤーシートを不透液性シートに固定してフラップ部を構成する思想が一般的である。したがって、フラップ部においては透液性を示さないものである。」との記載は、バリヤーシートを紙おむつ側縁まで延在させた不透液性シートに固定してフラップ部を構成とするのが一般的だったこと、不透液性シートが延在してフラップ部の構成部材となっているからフラップ部は透液性を示さないことを、それぞれ説明している。そして、【００１４】の記載は、【００１３】の記載を受け、本件各特許発明では、「バリヤーカフスを有する紙おむつにおけるフラップ部において、不透液性シートの側縁を製品紙おむつの側縁まで延在させる構成を採らないで、透液性を有するものとし、バリヤーカフスを構成するバリヤーシートのみでフラップ部を構成したことを説明したものである。このバリヤーシートは、引用文献４（乙９）などに開示される撥水性不織布であるから、撥水性不織布は、正に本件各特許発明における透液性のあるシートと位置付けられるのである。

このように、本件明細書の【００１３】の記載は、従来技術の説明に際



し、「バリアーシートを不透液性シートに固定してフラップ部を構成する」から「フラップ部においては透液性を示さないものである」ことを述べたにとどまり、バリアーカフスにおける起立部（自由部）において、撥水性不織布を使用することと、フラップ部において「透液性を示す」こととを関連付けて説明したものではなく、また、フラップ部材シートの水を通す（透液性）程度を、バリアーカフスを構成する撥水性不織布の水を通す（透液性）程度と対比したものではない。

要するに、【００１３】の記載は、バリアーカフスを撥水性不織布にすると共に、これを不透液性シートに固定することによって不透液性であるフラップ部とするというのであるから、撥水性不織布は透液性のものとして記載されているのである。そうでなければ、フラップ部を撥水性不織布のみで構成するだけで、フラップ部は不透液性となるはずであって、わざわざ不透液性シートと固定する必要はない。このことは、【００１４】が、【００１３】で示した、撥水性不織布と不透液性シートからなるフラップ部から、不透液性シートを除外し、フラップ部を撥水性不織布だけの構成としたものをもって透液性を有するものと説明していることから明らかである。」

- (4) 原判決１０頁８行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「 被告の主張は、本件明細書の【００１３】ないし【００１５】の記載中に、フラップ部を撥水性不織布により構成した従来例が存在することを前提にして初めて成立するものであるが、フラップ部を撥水性不織布とした従来例は存在しない。」

- (5) 原判決１０頁９行目の「エ」を「力」と改める。

- (6) 原判決１０頁２２行目の「実開平３－２４１１８」を「実願平１－８４１８３号（実開平３－２４１１８号）のマイクロフィルム」と改める。

- (7) 原判決１１頁１３行目の「特開昭５９－１４６６５１」を「特開昭５９－

「１４６６５１号公報」と改める。

(8) 原判決１１頁１７行目の「実開平１－９８１１０」を「実願昭６２－１９１４０７号（実開平１－９８１１０号）のマイクロフィルム」と改める。

(9) 原判決１１頁２２行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「要するに、本件意見書における意見の趣旨は、引用文献２のほか、引用文献３においても、バリヤーカフスの外側にフラップ部をさらに設け、そのフラップ部を透液性とする思想は一切ないというものであって、引用文献３のものは、本件各特許発明のように、紙おむつの全長にわたるフラップ部全体を透液性とし、蒸れ防止効果を奏するように構成したものではないことを強調したものである。引用文献３の通気性であるが撥水性の股下シート４自体とを対比しているのではないし、まして撥水性のものを除外したものではない。」

(10) 原判決１２頁２２行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「c) 原告は、「撥水性」はシート面の性状・特性の問題であること、甲１４及び引用文献２（乙７）に撥水性を有する透液性シートの例があることから、「透液性」と「撥水性」は両立する概念であると主張する。

しかし、以下のとおり、原告の上記主張はいずれも失当である。

そもそも、本件では、本件各特許発明の特徴である「透液性」について、原告が、本件明細書の特許請求の範囲及び発明の詳細な説明にどのように記載したか、また、出願経過においてどのように説明したかが、問題である。

甲１４に記載されたスキンコンタクトシートは、「複数の開口部を有し、前記トップシートの上に配置されてその長手方向両端部が前記トップシート側に接合され」（【００１１】）、「おむつを着用した状態において、スキンコンタクトシートが着用者に密着状態で当接し、便はスキンコンタクトシートに形成された複数の開口部から、このスキンコ

ンタクトシートとトップシートとの間に導かれる」(【0012】)と記載されているとおり、大きな穴(開口部)を有するものであり、「網状をなしていてもよく、果物などの輸送用緩衝材として使用されている無架橋法による発泡ポリエチレンからなるミラネット」(【0017】)と記載されているとおり、蒸れ防止どころか固形物を通過させる素材が用いられたものである。

引用文献2(乙7)のトップシートが疎水性不織布であるというのも、甲14と同様に、トップシートの網目を構成する材料が疎水性というだけであって、本件各特許発明における「透液性」の解釈を示すものではない。このことは、「トップシート26は、・・・開口化プラスチックフィルム、多孔発泡体等から製造され得る。」(6頁右下欄6行ないし12行)との記載から明らかである。

- d) 原告は、「撥水性」には程度があるから、「透過性の程度は、撥水性のものと比べ、より高度に液体が透過しやすいもの」という解釈は曖昧であると主張する。

しかし、以下のとおり、原告の上記主張は失当である。

特許請求の範囲の「透液性」は、「たとえば通気撥水性のシートを用いる場合に比較して蒸れの防止効果はきわめて高い」(本件明細書の【0015】)もの、すなわち、撥水性より透液性の程度が高いものを意味するのは当然である。後記オa) 及びb) のとおり、原告(出願人)自身、本件意見書(乙4)において、水を通すという意味での透液性の程度を強調しているのである。

そして、後記イのとおり、原告は、他の出願においても、特許請求の範囲に「撥水性」の文言を記載しているが(乙29ないし31)、その事実からも、「撥水性」という語が、不透液性という、明確な意味を有するものと理解されていることが分かる。

イ 当業者の技術常識及び原告の他の出願について

以下のとおり、当業者が、「撥水性」という語を「防水性」ないし「不透液性」と同義に用いている事実（引用文献１〔乙６〕、乙２５ないし２７）に加え、原告が、その特許出願において、「撥水性」を透液性でないという意味で用いている事実（乙２９ないし３１）に照らせば、本件各特許発明にいう「透液性」とは、トップシートが有すると同程度に液体の透過性が高いことを意味し、「撥水性」を含まないというべきである。

- a) 引用文献１（乙６）では、ポリエステル・ポリプロピレンなどが「疎水性繊維の不織布」であって、「親水性」でないものと位置付けられ（７頁１１行ないし１２行参照）、また、ポリエステル・ポリプロピレンなどのспанボンド不織布が「液バリアー性」とされている（７頁１９行ないし８頁１行参照）。
- b) 乙２５には、「防水機能は撥水加工による撥水効果にたよるものである」（３頁１０行ないし１１行）との記載があり、「撥水加工」により「防水機能」が付されることが記載されている。
- c) 乙２６には、「通気防水性シートで形成され、その素材としては好ましくは繊維不織布に例えばシリコン樹脂で撥水处理されたものが用いられる。」（３頁右下欄末行ないし４頁左上欄３行）との記載があり、「撥水处理」により「防水性シート」が形成されることが示されている。
- d) 乙２７には、「спанボンド不織布」が「通気不透液性」と、また、「ＪＩＳ－Ｌ１０９２の耐水度試験Ａ法に準ずる測定値が１０ｃｍ以上の通気不透水性のものがある」（３頁右欄４４行ないし４６行）との記載があり、耐水度試験Ａ法に準ずる測定値が１０ｃｍ以上の場合を「不透液性」としている。
- e) 乙２９には、「トップシートを通してコアに吸収された体液は、下側

ではバックシートにより止められ、両側は撥水性シートにより止められるため、裏面シートには、しみ出し漏れることが避けられ(る)。(2頁3欄48行ないし4欄2行、3頁6欄5行ないし8行)との記載がある。

- f) 乙30には、「前記各バリアーカフスは、撥水性または不透水性の単一のバリアーシートにより形成され(2頁3欄32行ないし34行)、「本発明に係る紙おむつの1つの態様におけるバリアーカフスは、幅方向に連続した撥水性または不透水性の単一のバリアーシートと弾性伸縮部とにより構成され(同頁4欄6行ないし9行)、「本発明において、バリアーシートは、透液性でなく不透水性であるのが望ましい。また、透液性シートに対してシリコン処理などにより撥水性とするようにしてもよい。」(4頁8欄42行ないし45行)との記載がある。
- g) 特許第3862528号公報(乙31)には、「耐水圧試験値が160mmを超える場合には透液性に乏しくサイド不織布7を体液が透過できず(6頁15行ないし16行)との記載がある。

なお、被告各製品のフラップ部分の耐水圧試験値は180～203mmであり(乙21)、乙31の上記記載に照らしても、「透液性」とはいえない。

#### ウ 作用効果について

原告は、撥水性でも透液性がある限り、蒸れ防止という本件各特許発明の効果は達成できること、甲29の実験、水滴と水蒸気の大きさに基づく理論から、撥水性のものを除外する理由はないと主張する。

しかし、以下のとおり、原告の上記主張は失当である。

そもそも、発明の作用効果からその構成を導くことは、誤りである。

また、後記エのとおり、本件明細書の【0003】、【0005】、【0015】の記載を素直に読めば、本件各特許発明の作用効果は、「通気防

水性シート」でもある程度の蒸れを防止できるが、これでは不十分であり、さらに、「通気撥水性のシート」よりも高い「蒸れの防止効果」があるというものである。したがって、通気撥水性のものが有する蒸れ防止効果があれば、「透液性」に該当するという原告の主張は、誤りである。

そして、本件各特許発明の作用効果に関して比較すべき対象は、「撥水性のシート」と「撥水性」を上回る蒸れ防止効果を有する「透液性のシート」であって、「撥水性のシート」と「透湿性防水シート」ではないから、原告が行った甲 29 の実験は、本件各特許発明の作用効果を裏付けるものではない。」

(11) 原判決 12 頁 23 行目の「イ」を「エ」と改める。

(12) 原判決 14 頁 16 行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「原告は、本件明細書の【0013】の「軟便の阻止機能を有するバリアーカフスを有する紙おむつ」とは、引用文献 4（乙 9）に示されるおむつであり、撥水性不織布は透液性を持たないなどというものではないから、【0013】の記載は、撥水性不織布が透液性シートであることを示したものである旨主張する。

しかし、以下のとおり、原告の上記主張は失当である。

そもそも、【0013】における「軟便の阻止機能を有するバリアーカフスを有する紙おむつ」が、引用文献 4（乙 9）に示されるおむつであることは、本件明細書には一切記載がなく、根拠を欠くものである。

また、【0013】には、従来例の「軟便の阻止機能を有するバリアーカフス」が挙げられており、「この種のバリアーカフスを構成する場合、軟便の阻止のために、軟便中の液分の紙おむつ側方への浸透を防止するために撥水性不織布を用いる」との記載、及び、バリアーカフスとして「撥水性不織布」を用いることにより、軟便中の液分がバリアーカフスを透過して紙おむつ側方へ浸透することを防止できるとの記載に照らすならば、本件

明細書において、「撥水性不織布」は、液分の浸透を防止できるものと理解するのが合理的である。そして、【００１３】には、「バリアーカフスを構成するバリアーシートを不透液性シートに固定してフラップ部を構成する思想が一般的である。」として、従来技術のフラップ部の一般的な構成を説明するとともに、浸透を防止できる撥水性不織布と、不透液シートを重ねて構成するフラップ部が、当然には「透液性」を示さない旨が記載されていること、【００１４】には、「バリアーカフスを有する紙おむつにおけるフラップ部」について、「不透液性シートの側縁を製品紙おむつの側縁まで延在させる構成を採らない」こと、及びフラップ部の材質を「透液性を有する（したがって当然に通気性も有する）もの」に変更したことによって、透液性のフラップ部材を実現した旨が記載されていること、本件特許発明１では、【００１３】記載の撥水性不織布を用いた透液性を示さないフラップ部を改善するために、フラップ部において透液性を有するものとしたと記載されていることを総合すれば、「透液性」は「撥水性」を排除するものと解するのが自然である。

また、上記【００１３】及び【００１４】の記載を受けて、【００１５】には、フラップ部に「透液性」を有するシートを用いる本件特許発明１は、従来のフラップ部に「通気撥水性」のシートを用いる場合に比較して、蒸れの防止効果が高いことが記載されている。

以上のとおり、本件明細書では、「撥水性」不織布は蒸れが生じやすいのに対して、本件各特許発明における「透液性」のものは蒸れ防止効果が高いとするものであって、「撥水性」と「透液性」を相対立する概念として解するのが相当である。

さらに、【００１６】においても、「バリアーカフスを構成する場合、バリアーシートを通しての液分の外側外方への浸出性」について、「バリアーシートをたとえば撥水性不織布を用いるで対処できる」と記載されている

ことから、本件明細書において、「撥水性不織布」は、液分の浸透を防止できるものと理解されるべきである。

このように、発明の詳細な説明の記載を参酌すれば、本件各特許発明の「透液性」とは、「撥水性」を排除するものであり、(トップシートが有すると同程度の)液体の透過性が高い性質を意味することは明らかである。

なお、原告は、撥水性不織布は透液性を有しないものを意味するわけではないと主張する。しかし、引用文献4(乙9)には、「バリヤカフス62は、ポリプロピレン、・・・プラスチックフィルム、成形フィルム、・・・特に好ましいバリヤカフスは、これを不透液性となす」(9頁右下欄12行ないし20行)と記載され、同文献の請求項1における「疏水性」(1頁左下欄12行)が「不透液性」であることが明記されているので、原告の上記主張は失当である。」

(13) 原判決15頁16行目の「・・・技術思想が記載されている。」の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「すなわち、本件拒絶理由通知書(乙3)で引用された引用文献3(乙8)には、「撥水性を有し且つ通気性の股下シートを設け」(2頁10行ないし11行)、「股下シート4としては撥水性及び通気性を有するものであれば何でも良い」(6頁3行ないし4行)と記載されており、原告(出願人)は、引用文献3との相違を明らかにするために、本件手続補正書(乙5)により、「たとえば、通気撥水性のシートを用いる場合に比較して蒸れの防止効果はきわめて高いものとなる。」との記載を、【0015】に追加した(平成9年12月25日付け手続補正書(乙2)による補正後の本件明細書の【0016】では、単に「通気性」と記載されていた。)

なお、原告の請求に係る訂正審判(訂正2006-39189号事件)における訂正拒絶理由通知書(甲33の3。以下「本件訂正拒絶理由通知書」という。)においても、「通気撥水性」が「通気防水性」の誤記である



とは認められないとされている（７頁１０行ないし２１行参照）。」

(14) 原判決１６頁１２行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「なお、原告は、本件各特許発明は、撥水性のないという要件を付加しなければ公知技術と同一になるとか、撥水性があっては所期する作用効果が得られないなどというものではないと主張するが、引用文献３（乙８）の股下シートは撥水性であるところ、原告（出願人）は、本件意見書（乙４）において、「引用文献３の股下シートは通気性であるが撥水性のものである」（２頁２０行）ことを本件各特許発明との相違点として主張し、本件各特許発明の「透液性」は公知技術における「撥水性」と異なることを強調して、本件特許を取得したのであるから、原告の上記主張は理由がない。」

(15) 原判決１６頁１３行目の「ウ」を「オ」と改める。

(16) 原判決１７頁９行目ないし同頁１６行目を次のとおり改める。

「原告は、本件意見書において、次のとおり主張した。

「第２フラップ部分は、吸液性シート９と液バリアー性で透湿性シート１０とからなるものであり、したがって、第２フラップ部は液を透過しないものである。」（１頁２２行ないし２３行）

「引用文献１と本願各請求項記載の発明とは、前者が液を透過しないものであるのに対して、後者は透液性である点において、明確に相違する。この相違点は、蒸気の透過性の高低に関する相違として現れる。したがって、本願各請求項記載の発明は引用文献１記載の発明と同一ではない。」（２頁６行ないし１０行）」

(17) 原判決２１頁４行目の「１Ｃ」の後に「の」を挿入し、同頁５行目の「３Ｄ」の後に「の」を挿入し、同頁９行目の「１Ｂ」及び「１Ｃ」の後にそれぞれ「の」を挿入し、同頁１１行目の「３Ｄ」の後に「の」を挿入し、同頁２１行目の「１Ｂ」及び「１Ｃ」の後にそれぞれ「の」を挿入し、同頁２３行目の「３Ｄ」の後に「の」を挿入する。

(18) 原判決 2 4 頁 3 行目の「 3 D 」の後に「 の 」を挿入し、同頁 8 行目の「 3 D 」の後に「 の 」を挿入する。

(19) 原判決 3 1 頁 2 行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「キ そもそも、紙おむつ着用時の蒸れを防止するために、カフス又は股下シート（本件特許発明 1 の「フラップ部」に相当する）を通気性のあるものとすることは、引用文献 2（乙 7）及び引用文献 3（乙 8）に記載されているように公知の事項である。

本件特許発明 1 は「透液性」のフラップシートを用いているが、通気性シートも透液性シートも蒸れの原因となる蒸気を透過させるという点では同様の効果を奏するものであるし、その透過性の程度に差があるとしても、蒸れ防止という効果を奏するためにどの程度の蒸気の透過性をシートに付与すべきかは当業者が容易に定め得る程度のことにすぎない。

そして、使い捨ておむつにおいて蒸れ防止という課題が存在しており、高い通気性素材を使用するという課題解決手段も公知であったことについては、例えば、乙 2 6 の「例えば、バックシート 1 2 として通気性素材を用いる場合でも、より高い通気性素材でサイドフラップ 1 4 を形成しておむつ内部の蒸れを少なくすることができる（4 頁左上欄 1 0 行ないし 1 3 行）との記載、乙 2 5 の「通気構造部分と防水構造部分とに分離させた構成とすることで、おむつの濡れが外部に波及することなく、しかもムレがなく・・・」（2 頁 1 7 行ないし 1 9 行）との記載などからも、明らかである。

したがって、引用発明 4 においてフラップ部を「透液性」とすることは、当業者が容易になし得ることであるから、本件特許発明 1 は進歩性を有しない（なお、特許庁も、本件訂正拒絶理由通知書（甲 3 3 の 3）において、同様の判断を示している。）」

- (20) 原判決 3 4 頁 1 3 行目の「1 C」の後に「の」を挿入する。
- (21) 原判決 3 5 頁 2 2 行目の「引用文献 1 の」の後に「公開日は本件特許発明 1 の出願日より後であり、また、同文献の」を挿入する。
- (22) 原判決 3 5 頁 2 6 行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「ウ 被告は、引用発明 4 においてフラップ部を「透液性」とすることは、当業者が容易になし得ることであると主張する。

しかし、以下のとおり、被告の上記主張は失当である。

通気性シートを透過する水蒸気の大きさが  $0.0004\text{ }\mu\text{m}$  以下であるのに対し、本件特許発明 1 の透液性シートを透過する汗などによる水分の大きさは  $100\text{ }\mu\text{m}$  で 10 万倍以上の違いがあり(甲 2 7)、通気性シートと透液性シートは同列に取り扱うことはできない。

また、フラップ部に通気性シートを用いた紙おむつに比較し、フラップ部に透液性シートを用いた紙おむつは、汗に伴う水分が紙おむつ内部から外部に移行し、紙おむつ内部の内部湿度が緩やかに上昇する異質・顕著な効果がある(甲 2 9)。

さらに、引用発明 4 において、バリヤカフス 6 2 のフラップ部分 6 8 と、バックシート 4 2 によってシールを形成するガスケットフラップ 5 8 が必須であるにもかかわらず、不透液性のバックシート 4 2 を透液性のバックシート 4 2 に置換した場合には、バリヤカフス 6 2 のフラップ部分 6 8 と、透液性のバックシート 4 2 によってではシールを形成することができず、引用発明 4 の目的である排泄物がバリヤカフス 6 2 の下方を通してオシメの縁まで流れることを防止することはできなくなる。したがって、引用発明 4 のガスケットフラップ 5 8 を構成する不透液性のバックシート 4 2 を透液性のバックシート 4 2 に置換することには、阻害要因がある。

なお、引用発明 4 のバックシートの説明中には、「バックシート 4 2 は

液体不透過であって、薄いプラスチックフィルムで製造することが好ましいが、他の可撓性不透液性材料を使用することもできる。」( 7 頁左上欄 5 行ないし 8 行 ), 「さらに、バックシート 4 2 は、体液の通過を防止しながら、吸収性コア 4 4 から蒸気を脱出させる事ができるものとする。」( 7 頁右上欄 5 行ないし 7 行 ) との記載に照らすならば、蒸気を脱出させることができるシートでもよいことが示されており、引用文献 2 ( 乙 7 ) の通気性カフスにより置換することの意義を見出すことはできない。」

(23) 原判決 4 2 頁 5 行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「そして、前記 5 (1) キのとおり、通気性シートも透液性シートも、蒸れの原因となる蒸気を透過させるという点では同様の効果を奏するものであるし、その透過性の程度に差があるとしても、蒸れ防止という効果を奏するためにどの程度の蒸気の透過性をシートに付与すべきかは当業者が容易に定め得る程度のことにすぎない。したがって、引用発明 4 においてフラップ部を「透液性」とすることは、当業者が容易になし得ることであるから、本件特許発明 3 は進歩性を有しない。」

(24) 原判決 4 4 頁 1 6 行目ないし同頁 2 2 行目を次のとおり改める。

「e) 構成要件 3 C

引用発明 5 は、「透液性シートの側縁」と「不透液性シートの側縁」が同じ場所であり、前者が後者より内側とはいえないから、構成要件 3 C が記載されているとはいえない。

しかし、シートの側縁をいかにに定めるかは設計事項にすぎないし、また、本件特許発明 3 の出願日以前の使い捨て紙おむつに、「透液性シートの側縁」を「不透液性シートの側縁」より内側に設計したものは多数あり、使い捨て紙おむつの構成に関して周知技術であるから ( 引用文献 2 [ 乙 7 ], 乙 2 8 ないし 3 0 など ), 上記の相違は、実質的な相違点と

は認められない。」

(25) 原判決４８頁５行目の「３Ｄ」の後に「の」を挿入し，同頁８行目の「３Ｂ」の後に「の」を挿入し，同頁１３行目の「３Ｄ」の後に「の」を挿入し，同頁１６行目の「３Ｄ」の後に「の」を挿入し，同頁１９行目の「３Ｂ」の後に「の」を挿入し，同頁２１行目の「３Ｄ」の後に「の」を挿入する。

(26) 原判決４９頁１行目の「」の後に「の」を挿入する。

(27) 原判決４９頁４行目の後に行を改めて次のとおり挿入する。

「c) なお，被告は，引用文献５には構成要件３Ｂが記載されている旨主張するが，引用文献５の第７図では，トップシート３８がバリヤカフス６２をなし，オシメ２０の外周２８の縦縁３０まで延在していることが明らかであるから，同文献には構成要件３Ｂは記載されていない。

また，被告は，引用文献５に構成要件３Ｃが記載されていない点は，実質的な相違点ではない旨主張するが，本件特許発明３の作用を記載した本件明細書の【００１７】の記載のとおり，液の透液性シートでの伝わりを阻止する効果を奏する重要な構成要件であることから，上記相違点は実質的な相違点というべきである。」

### 第３ 当裁判所の判断

当裁判所も，被告各製品は本件特許発明１の技術的範囲に属さず，また，被告製品１は本件特許発明３の技術的範囲に属しないから，原告の本訴請求は理由がなく，本件控訴はこれを棄却すべきものと判断する。

その理由は，次のとおり訂正付加するほかは，原判決の「事実及び理由」欄の「第４ 争点に対する判断」( 原判決５０頁８行～５９頁２４行 ) に記載のとおりであるから，これを引用する。

#### １ 原判決の訂正（当審における補足的主張に対する判断を含む。）

(1) 原判決５０頁１２行目ないし同頁２２行目を次のとおり改める。

「(1) 本件明細書の発明の詳細な説明の記載及び図面を考慮して、構成要件 1 B の「フラップ部材シートのほぼ全体が透液性」、構成要件 3 B , 及び 3 D , の「透液性バリヤーシート」の意義を検討する（平成 14 年法律第 24 号による改正前の特許法 70 条 2 項）。」

(2) 原判決 54 頁 2 行目ないし同頁 25 行目を次のとおり改める。

「b) 一般に、「撥水性」とは、水をはじく性質のことである（甲 25 , 26 ）。一方、繊維製品の分野において、「透液」とは、「圧力差を駆動力とする繊維集合体内の液体の移動現象」を意味するから（甲 27 ）、同分野における「透液性」とは、液体の移動を許す性質を指すものと解される。したがって、「撥水性」と「透液性」とは、両立し得る概念であるということができる。

ところで、紙おむつを含む繊維製品の分野では、繊維を「撥水性」にすることにより、通気性を維持しつつ、防水機能を付与することが行われていたが（乙 25 , 26 , 29 ）、「撥水性」のものと「透液性」でないものとを比較すれば、「撥水性」のものの方が液体の移動の程度が低いことは明らかであるから、「透液性」の程度は「撥水性」と、必ずしも無関係ではない。もっとも、上記技術分野において、液体の移動がどの程度のものを「透液性」と呼ぶかについて、定量的な定義が確立しているものではない（甲 34 ないし 38 , 乙 27 , 31 ）。

c) 前記 a) のとおり、従来技術において、撥水性不織布バリヤーカフスは、軟便中の液分の紙おむつ側方への浸透を防止するために用いられていたことに照らすと、従来技術における撥水性不織布は液の浸透を防止する目的で用いられていたものであることは明らかである。もっとも、撥水性不織布は直ちに不透液性を意味するものではないので、その浸透防止効果が不透液といえる程度のものであったとまでいうことはできない。

このような状況下において、本件特許発明 1 は、蒸れ防止のために、

フラップ部材シートを単に「通気性」とするにとどまらず、特に「透液性」としたのであるから、従来の撥水性不織布を用いていた場合（前記のとおり、液分の浸透防止効果は不透液といえる程度のものではないものの、蒸れを発生させる程度の透液性しか有していなかった。）よりも高度の透液性を要求したと考えられる。このことは、「通気撥水性」のシートと比較して蒸れの防止効果が極めて高くなったとの上記記載からも裏付けられる。

したがって、本件特許発明１における「透液性」のフラップ部材シートは、通気撥水性のシートより高度の「透液性」があり、通気撥水性のシートを用いた場合よりも蒸れ防止効果が大きいものと解するのが相当であり、また、用語は、明細書全体を通じて統一して使用するのが原則であるから（特許法施行規則様式２９〔備考〕８）、その「透液性」の程度は、構成要件１Ａの「透液性シート」と同程度のものと解するのが相当である。」

(3) 原判決５６頁２１行目ないし同頁２５行目を次のとおり改める。

「エ 本件意見書（乙４）には、次の記載がある。

「引用文献２・・・通気性とは蒸気通過性である。液に対して抵抗は示すものである。」

「引用文献１と本願各請求項記載の発明とは、前者が液を透過しないものであるのに対して、後者は透液性である点において、明確に相違する。この相違点は、蒸気の透過性の高低に関する相違として現れる。したがって、本願各請求項記載の発明は引用文献１記載の発明とは同一でない。」

「引用文献３の股下シートは通気性であるが撥水性のものである。股下シートは、弾性部材７により、外向き状態で斜め外方に向いて起立するものである。この引用文献３においても、バリヤーカフスの外側にフ

ラップ部をさらに設け、そのフラップ部を透液性とする思想は一切ない。」

(4) 原判決５８頁１２行目ないし５９頁４行目を次のとおり改める。

「(6) したがって、フラップ部材シートにおける「透液性」(構成要件１Ｂ)、フラップ部を構成する透液性バリアーシートにおける「透液性」(構成要件３Ｂ、及び３Ｄ、)の程度は、撥水性のものと比べ、より高度に液体が透過しやすいものであり、その「透液性」の程度は、構成要件１Ａ、３Ａの「透液性シート」と同程度のものと解するのが相当である。

なお、原告は、特許発明の技術的範囲を定めるに当たり、「透液性」について「より高度に液体が透過しやすい」というような曖昧な解釈をすることは相当でないと主張する。しかし、前記(3)b)のとおり、「透液性」について、一般に承認された定量的な定義はなく、発明の詳細な説明に明示的な定義がされていない以上、「透液性」の意義を上記のように解釈することに何ら支障はない。また、前記(4)のとおり、出願経緯における出願人の陳述も、「透液性」につきその程度を問題としていたことは明らかである。原告の主張は採用することができない。

(7) 被告各製品のフラップ部及び被告製品１のバリアーカフスの素材は、ポリプロピレンспанボンド不織布である。そして、ポリプロピレンспанボンド不織布は、「撥水性」である(乙１５の２。なお、被告各製品及び被告製品１の上記部分が撥水性であること自体は、争いがない。)。そして、証拠(乙２１)によれば、被告各製品のフラップ部は、透液性シート部分に比べて耐水度及び透水度が異なり、透液性シート部分に比べて、試験水が透過しにくいことが認められる。

これらの点からすれば、被告各製品のフラップ部の透液性は、撥水性のものが有するのと同等であって、本件特許発明１の構成要件１Ａの「透



液性シート」に要求される「透液性」を下回るものというべきであるから、本件特許発明１の構成要件１Ｂの「フラップ部材シートのほぼ全体が透液性であり」との構成を具備しない。また、被告製品１のバリヤーカフスも、その透液性は撥水性のものが有するのと同等であって、本件特許発明３の構成要件３Ａの「透液性シート」に要求される「透液性」を下回るものというべきであるから、本件特許発明３の構成要件３Ｂ、及び３Ｄ、の「透液性バリヤーシート」との構成を具備しない。

したがって、被告各製品は本件特許発明１の、被告製品１は本件特許発明３のいずれの技術的範囲にも属しないものである。」

- (5) 原判決５９頁５行目の「１Ｃ」の後に「の」を挿入し、同頁６行目の「３Ｄ」の後に「の」を挿入する。

## 2 結論

原告は、争点１及び２に関し、その他縷々主張するが、いずれも理由がない。

以上によれば、その余の争点について判断するまでもなく、原告の被告に対する本訴請求を棄却すべきものとした原判決は相当であり、本件控訴は理由がないから、これ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３部

裁判長裁判官                      飯              村              敏              明

裁判官                      大              鷹              一              郎

裁判官 嶋 末 和 秀