

平成25年12月19日判決言渡 同日原本受領 裁判所書記官

平成23年（ワ）第12716号 損害賠償等請求事件

口頭弁論終結日 平成25年10月24日

判 決

原 告 ネオケミア株式会社

訴訟代理人弁護士 森本 宏

同 児玉 実史

同 生沼 寿彦

同 飯島 歩

同 中森 亘

同 敷地 健康

同 米倉 裕樹

同 荒川 雄二郎

同 吉田 広明

同 木曾 裕

同 岡田 徹

訴訟代理人弁理士 伊藤 晃

補佐人弁理士 新田 昌宏

被 告 株式会社K B C

(旧商号株式会社カルウ)

訴訟代理人弁護士 村岡 友一

同 原田 裕康

主 文

- 1 被告は、原告に対し、８０万３８００円及びこれに対する平成２３年１０月１９日から支払済みまで年５分の割合による金員を支払え。
- 2 原告のその余の請求を棄却する。
- 3 訴訟費用は、これを６０分し、その１を被告の、その余を原告の負担とする。
- 4 この判決は、第１項に限り、仮に執行することができる。

事 実 及 び 理 由

第１ 請求

被告は、原告に対し、５０００万円及びこれに対する平成２３年１０月１９日から支払済みまで年５分に割合による金員を支払え。

第２ 事案の概要

本件は、原告が、被告の製造販売する製品が原告の特許権を侵害するとして、特許法６５条１項の補償金及び特許登録後の損害賠償、並びに訴状送達による請求の日の翌日からの遅延損害金の支払を求めた事案である（一部請求）。

1 前提事実（争いのない事実及び後掲各証拠により容易に認定できる事実）

(1) 当事者

ア 原告は、医薬品、医薬部外品、化粧品、健康食品、医療用具、美容機器、健康器具の開発、製造、販売及びこれらのコンサルティング業務等を目的とする株式会社である。

イ 被告は、健康器具、健康食品、健康医療品の卸、小売及び輸出入業等を目的とする株式会社である。被告は、本件訴訟提起当時はその商号を「株式会社カルゥ」としていたが、平成２４年１１月２７日に、現在の商号に変更し、更に、平成２５年３月３日、本店所在地を、大阪市西区北堀江一丁目２番１９号から、肩書地に移転した。

(2) 原告の特許権（甲１，２）

原告は、次の特許（以下請求項１の特許を「本件特許１」、同２を「本件特許２」と、同３を「本件特許３」といい、「本件特許」と総称する。本件特許にか

かる発明を「本件特許発明」と総称し、個別には「本件特許発明 1」等という。本件特許についての明細書及び図面を「本件明細書」といい、登録に係る権利を「本件特許権」と総称する。)の特許権者である。

特許番号 特許第 4 5 8 9 4 3 2 号

出願日 平成 2 0 年 1 1 月 2 1 日

原出願 特願 2 0 0 2 - 5 7 8 9 8 0 の分割

原出願日 平成 1 4 年 4 月 5 日

優先権主張番号 特願 2 0 0 1 - 1 0 8 8 1 6

優先日 平成 1 3 年 4 月 6 日

登録日 平成 2 2 年 9 月 1 7 日

発明の名称 二酸化炭素外用剤調整用組成物

特許請求の範囲（段落冒頭の A などの記号は、争いのない構成要件分説のために付した符号であり、原文には含まれない。以下、各構成要件を「構成要件 A」などという。）

【請求項 1】

- A 水溶性酸、増粘剤として加工澱粉、デキストリン、馬鈴薯澱粉、トウモロコシ澱粉、キサントガム及びヒドロキシプロピルセルロースから選択される 1 種又は 2 種以上、この増粘剤とは別の物質である水溶性分散剤として乳糖、白糖、D-マンニトール、及び尿素から選択される 1 種又は 2 種以上を必須成分とし、前記増粘剤が前記水溶性酸及び前記水溶性分散剤と混合されている粒状物と、
- B 炭酸塩、水、増粘剤を必須成分とし、使用時に前記粒状物と混合する粘性組成物とを含み、
- C 前記粒状物全体に対して前記水溶性酸が 2 ～ 5 0 重量パーセント、前記増粘剤が 1 0 ～ 4 0 重量パーセント、前記水溶性分散剤が 3 0 ～ 8 5 重量パーセントであり、

- D 前記粘性組成物全体に対して炭酸塩が0.1～10重量パーセント、水が70～97.5重量パーセント、前記粘性組成物の増粘剤が0.5～20重量パーセントであり、
- E 前記粒状物と粘性組成物との重量比が1：10～40である
- F ことを特徴とする二酸化炭素外用剤調製用組成物。

【請求項2】

- G 粘性組成物の増粘剤がアルギン酸ナトリウム、アルギン酸プロピレングリコールエステル、カルボキシメチルセルロースナトリウム、カルボキシメチルスターチナトリウム及びキサンタンガムから選択される1種又は2種以上である、
- H 請求項1に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物。

【請求項3】

- I 水溶性酸が、シュウ酸、マロン酸、コハク酸、グルタル酸、アジピン酸、ピメリン酸、フマル酸、マレイン酸、フタル酸、イソフタル酸、テレフタル酸、グルタミン酸、アスパラギン酸、グリコール酸、リンゴ酸、酒石酸、イタ酒石酸、クエン酸、イソクエン酸、乳酸、ヒドロキシアクリル酸、 α -オキシ酪酸、グリセリン酸、タルトロン酸、サリチル酸、没食子酸、トロパ酸、アスコルビン酸、グルコン酸、リン酸、リン酸二水素カリウム、リン酸二水素ナトリウム、亜硫酸ナトリウム、亜硫酸カリウム、ピロ亜硫酸ナトリウム、ピロ亜硫酸カリウム、酸性ヘキサメタリン酸ナトリウム、酸性ヘキサメタリン酸カリウム、酸性ピロリン酸ナトリウム、酸性ピロリン酸カリウム、スルファミン酸から選ばれる1種又は2種以上である
- J 請求項1に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物。

(3) 本件特許発明の作用効果

本件明細書上、本件特許発明の作用効果として、調製が短時間で容易に行え、衣服等を汚すことがなく、より強い美容及び医療効果が、より短時間で得られる

二酸化炭素外用剤を調整することができることとされている。

(4) 被告製品（弁論の全趣旨）

被告は、業として、別紙被告製品目録記載イ号からリ号の製品（以下総称して「被告製品」、個別製品をいうときは「被告製品イ」などという。）を製造、販売し、又はしていた。

被告製品は、いずれも、それぞれ別々に密閉包装された「１剤：顆粒」又は「１剤：パウダー」と、「２剤：ジェル」より構成されるキット製品であり、顆粒とゲル状のものを混合して炭酸ガスを発生させたものを皮膚等に塗布して使用するものである。

(5) 訴訟進行の経緯（当裁判所に顕著）

ア 原告は、平成２３年１０月１１日、本件訴訟を提起したが、この時点では、対象とする被告製品を、被告製品イ、ロ、ハ、ニ及びホとしていた。

本件は弁論準備手続に付され、被告は、平成２４年１月２０日付け準備書面において、被告製品イ、ロ、ハ、ニ及びホが、本件特許発明の技術的範囲に属しないと主張し、その後の原告の主張立証にも一貫して争うと主張したが、被告において具体的な反証をすることはなかった。

イ 平成２５年３月２６日の弁論準備手続期日において、次回期日に被告は、その当時の被告製品イ、ロ、ハ、ニ及びホの売上額、利益額を明らかにする旨陳述し、続く同年４月２３日の同期日において、これを明らかにした（被告製品ハについては、平成２２年３月１５日以降の販売がないとした。）。

ウ 原告は、アの約１年９か月後である平成２５年７月９日、同月１日付け訴え変更申立書を陳述し、被告製品に被告製品へないしヌを追加する旨の申立てをした。しかし、これらの製品について、従前から侵害品であると主張していた被告製品イないしホと同様の立証をすることはしなかった。

エ 当裁判所は、平成２５年９月１２日の本件弁論準備手続期日において、次回に弁論を終結する旨予告したところ、原告は、その口頭弁論終結が予定された

同年10月24日の期日において、原告の被った損害につき、訴状提出段階における被告の利益率の主張である20パーセントを49パーセントに変更し、また同じく実施料率を5パーセントから10パーセントに変更したが、その根拠としては、当事者を異にする同種の二酸化炭素経皮・経粘膜吸収用組成物についての別件の裁判の認定を引用するのみであった。

2 争点

- (1) 各被告製品が、本件特許の技術的範囲に属するか（以下、製品ごとに「争点(1)イ」などという。）
- (2) 原告の被った損害額等

第3 争点に関する当事者の主張

1 争点(1)イ（被告製品イが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

（原告の主張）

(1) 被告製品イの構成

被告製品イの包装（甲3）及び試験報告書（甲4）によれば、被告製品イの構成は次のとおりである。

- a 乳糖，バレイショデンプン，コハク酸，デキストリン，及びステアリン酸マグネシウムとからなる「1剤：顆粒」と，
- b 水，BG（1,3-ブチレングリコール），ペンチレングリコール，セルロースガム，アルギン酸ナトリウム，炭酸水素ナトリウム，塩基性炭酸亜鉛，紅藻エキス，カフェイン，褐藻エキス，緑藻エキス及びフェノキシエタノールとからなる「2剤：ジェル」とを含み，
- c 「1剤：顆粒」全体に対して，乳糖が58.1重量パーセント，コハク酸が13.7重量パーセント，ステアリン酸マグネシウムが1.0重量パーセントであり，
- d 「2剤：ジェル」全体に対して，水分が75.2重量パーセント，1,3-ブチレングリコールが17.1重量パーセント，ペンチレングリコールが3.1

重量パーセント，フェノキシエタノールが0.5重量パーセント，塩基性炭酸亜鉛が0.10重量パーセント，炭酸水素ナトリウムが1.2重量パーセントであり，

e 一包の重量が「1剤：顆粒」は1.6g，「2剤：ジェル」は30gである

f ことを特徴とする炭酸ジェルパック

(2) 本件特許発明1の構成要件充足

次のとおり，被告製品イは，本件特許発明1の技術的範囲に属する。

ア 構成要件Aについて

「1剤：顆粒」において，コハク酸は水溶性酸であり，バレイショデンプンとデキストリンは増粘剤であり，乳糖は水溶性分散剤である。また，「1剤：顆粒」は，前記増粘剤であるバレイショデンプンとデキストリンが前記水溶性酸であるコハク酸及び前記水溶性分散剤である乳糖と混合されている粒状物である。

したがって，被告製品イは，構成要件Aを充足する。

イ 構成要件Bについて

「2剤：ジェル」において，炭酸水素ナトリウムと塩基性炭酸亜鉛は炭酸塩であり，水は水であり，セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは増粘剤である。また，「2剤：ジェル」は，使用時に粒状物である「1剤：顆粒」と混合する粘性組成物である。

したがって，被告製品イは，構成要件Bを充足する。

ウ 構成要件Cについて

粒状物である「1剤：顆粒」全体に対して，前記水溶性酸であるコハク酸は13.7重量パーセントであって，2～50重量パーセントの範囲内にある。また，増粘剤であるバレイショデンプンとデキストリンについては，測定値が出ていないものの，乳糖等の重量比から算出すると，27.2重量パーセントであるから，10～40重量パーセントの範囲内にある。更に，前記水溶性分

散剤である乳糖は58.1重量パーセントであって、30～85重量パーセントの範囲内にある。

したがって、被告製品イは、構成要件Cを充足する。

エ 構成要件Dについて

粘性組成物である「2剤：ジェル」全体に対して、炭酸塩である炭酸水素ナトリウムと塩基性炭酸亜鉛は、それぞれ、1.2重量パーセント、0.10重量パーセントであり、その合計は、1.3重量パーセントであるから、0.1～1.0重量パーセントの範囲内にある。また、水である水分が75.2重量パーセントであるから、70～97.5重量パーセントの範囲内にある。さらに、粘性組成物である「2剤：ジェル」の増粘剤であるセルロースガムとアルギン酸ナトリウムについては測定値が出ていないものの、化粧品の場合、厚生労働省の通達によって全成分名を分量の多い順に記載すべきことが定められている（甲9）。

この点、「2剤：ジェル」の成分について被告製品イのパッケージには、「成分：水、BG（1,3-ブチレングリコール）、ペンチレングリコール、セルロースガム、アルギン酸ナトリウム、炭酸水素ナトリウム、塩基性炭酸亜鉛、紅藻エキス、カフェイン、褐藻エキス、緑藻エキス、フェノキシエタノール」と記載されている。

そうすると、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは、ペンチレングリコールと炭酸水素Naとの間の数値となるはずであり、ペンチレングリコールは3.1重量パーセント、炭酸水素ナトリウムは1.2重量パーセントであるから、結局、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは、それぞれ、1.2～3.1重量パーセントである。よって、粘性組成物である「2剤：ジェル」の増粘剤であるセルロースガムとアルギン酸ナトリウムの合計は、2.4～6.2重量パーセントとなるから、0.5～20重量パーセントの範囲内にある。

したがって、被告製品イは、構成要件Dを充足する。

オ 構成要件Eについて

「１剤：顆粒」は一包当たり１．６ｇ，「２剤：ジェル」は同３０ｇであるから，「２剤：ジェル」の比率「１剤：顆粒」は１８．７５である。そうすると，粒状物である「１剤：顆粒」と粘性組成物である「２剤：ジェル」との重量比は，１：１０～４０の範囲内にある。

したがって，被告製品イは，構成要件Eを充足する。

カ 構成要件Fについて

被告製品イは，粒状物である「１剤：顆粒」と粘性組成物である「２剤：ジェル」を混合して，二酸化炭素を発生させる炭酸ジェルパックという外用剤を調製するためのキットであるから，二酸化炭素外用剤調製用組成物である。

したがって，被告製品イは，構成要件Fを充足する。

(3) 本件特許発明２の構成要件充足

次のとおり，被告製品イは，本件特許発明２の技術的範囲に属する。

ア 構成要件Gについて

上記のように，被告製品イでは，粘性組成物である「２剤：ジェル」の増粘剤が，セルロースガムとアルギン酸ナトリウムである。この点，セルロースガムとは，カルボキシメチルセルロースナトリウムのことである（甲１１）。そうすると，被告製品イでは，粘性組成物の増粘剤として，構成要件Gに列記されたアルギン酸ナトリウム等の中から，アルギン酸ナトリウムとカルボキシメチルセルロースナトリウムの２種が選択されていることになる。

したがって，被告製品イは構成要件Gを充足する。

イ 構成要件Hについて

被告製品イが，請求項１に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物であることは，上記のとおりである。

(4) 本件特許発明３の構成要件充足

次のとおり，被告製品イは，本件特許発明３の技術的範囲に属する。

ア 構成要件 I について

上記のように、被告製品イでは、粒状物である「1 剤：顆粒」の水溶性酸は、コハク酸である。そうすると、被告製品イでは、粒状物の水溶性酸として、構成要件 I に列記されたシュウ酸等の酸の中から、コハク酸が選択されていることになる。

したがって、被告製品イは構成要件 I を充足する。

イ 構成要件 J について

被告製品イが、請求項 1 に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物であることは、上記のとおりである。

(被告の主張)

原告の主張を否認し、争うが、積極的な主張はしない。

2 争点(1)ロ（被告製品ロが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

(原告の主張)

(1) 被告製品ロの構成

被告製品ロの包装（甲 5）及び試験報告書（甲 6）によれば、被告製品ロは、次のとおりの構成である。

- a 乳糖，バレイショデンプン，コハク酸，デキストリン，およびステアリン酸 Mg（ステアリン酸マグネシウム）とからなる「1 剤：顆粒」と，
- b 水，1,3-ブチレングリコール，ペンチレングリコール，セルロースガム，アルギン酸ナトリウム，炭酸水素ナトリウム，塩基性炭酸亜鉛，紅藻エキス，カフェイン，褐藻エキス，緑藻エキスおよびフェノキシエタノールとからなる「2 剤：ジェル」とを含み，
- c 「1 剤：顆粒」全体に対して，乳糖が 59.3 重量パーセント，コハク酸が 13.8 重量パーセント，ステアリン酸マグネシウムが 1.2 重量パーセントであり，
- d 「2 剤：ジェル」全体に対して，水分が 71.3 重量パーセント，1,3-ブ

チレングリコールが 18.9 重量パーセント、ペンチレングリコールが 3.0 重量パーセント、フェノキシエタノールが 0.5 重量パーセント、塩基性炭酸亜鉛が 0.10 重量パーセント、炭酸水素ナトリウムが 1.3 重量パーセントであり、

e 一包の重量は「1 剤：顆粒」は 1.6 g、「2 剤：ジェル」は 30 g である

f ことを特徴とする炭酸ジェルパックである。

(2) 本件特許発明 1 の構成要件充足

次のとおり、被告製品口は、本件特許発明 1 の技術的範囲に属する。

ア 構成要件 A について

「1 剤：顆粒」において、コハク酸は水溶性酸であり、バレイショデンプンとデキストリンは増粘剤であり、乳糖は水溶性分散剤である。また、「1 剤：顆粒」は、前記増粘剤であるバレイショデンプンとデキストリンが前記水溶性酸であるコハク酸及び前記水溶性分散剤である乳糖と混合されている粒状物である。

したがって、被告製品口は、構成要件 A を充足する。

イ 構成要件 B について

「2 剤：ジェル」において、炭酸水素ナトリウムと塩基性炭酸亜鉛は炭酸塩であり、水は水であり、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは増粘剤である。また、「2 剤：ジェル」は、使用時に粒状物である「1 剤：顆粒」と混合する粘性組成物である。

したがって、被告製品口は、構成要件 B を充足する。

ウ 構成要件 C について

粒状物である「1 剤：顆粒」全体に対して、前記水溶性酸であるコハク酸は 13.8 重量パーセントであって、2～50 重量パーセントの範囲内にある。また、増粘剤であるバレイショデンプンとデキストリンについては、測定値が出ていないものの、乳糖等の重量比から算出すると、25.7 重量パーセント

であるから、10～40重量パーセントの範囲内にある。さらに、前記水溶性分散剤である乳糖は59.3重量パーセントであって、30～85重量パーセントの範囲内にある。

したがって、被告製品ロは、構成要件Cを充足する。

エ 構成要件Dについて

粘性組成物である「2剤：ジェル」全体に対して、炭酸塩である炭酸水素ナトリウムと塩基性炭酸亜鉛は、それぞれ、1.3重量パーセント、0.10重量パーセントであり、その合計は1.4重量パーセントであるから、0.1～1.0重量パーセントの範囲内にある。また、水である水分が71.3重量パーセントであるから、70～97.5重量パーセントの範囲内にある。さらに、粘性組成物である「2剤：ジェル」の増粘剤であるセルロースガムとアルギン酸ナトリウムについては測定値が出ていないものの、化粧品の場合、上記のとおり、厚生労働省の通達によって全成分名を分量の多い順に記載すべきことが定められている（甲9）。

この点、「2剤：ジェル」の成分について被告製品ロのパッケージには、成分：水、BG（1,3-ブチレングリコール）、ペンチレングリコール、セルロースガム、アルギン酸ナトリウム、炭酸水素ナトリウム、塩基性炭酸亜鉛、紅藻エキス、カフェイン、褐藻エキス、緑藻エキス、フェノキシエタノールと記載されている。

そうすると、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは、ペンチレングリコールと炭酸水素ナトリウムとの間の数値となるはずであり、ペンチレングリコールは3.0重量パーセント、炭酸水素ナトリウムは1.3重量パーセントであるから、結局、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは、それぞれ、1.3～3.0重量パーセントである。よって、粘性組成物である「2剤：ジェル」の増粘剤であるセルロースガムとアルギン酸ナトリウムの合計は、2.6～6.0重量パーセントとなるから、0.5～20重量パーセントの範囲内にある。

したがって、被告製品口は、構成要件Dを充足する。

オ 構成要件Eについて

一包当たり重量は、「1剤：顆粒」は1.6g、「2剤：ジェル」は30gであるから、「2剤：ジェル」と「1剤：顆粒」の重量比は18.75で、1：10～40の範囲内にある。

したがって、被告製品口は、構成要件Eを充足する。

カ 構成要件Fについて

被告製品口は、粒状物である「1剤：顆粒」と粘性組成物である「2剤：ジェル」を混合して、二酸化炭素を発生させる炭酸ジェルパックという外用剤を調製するキットであるから、二酸化炭素外用剤調製用組成物である。

したがって、被告製品口は、構成要件Fを充足する。

(3) 本件特許発明2の構成要件充足

次のとおり、被告製品口は、本件特許発明2の技術的範囲に属する。

ア 構成要件Gについて

上記のように、被告製品口では、粘性組成物である「2剤：ジェル」の増粘剤が、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムである。この点、セルロースガムとは、カルボキシメチルセルロースナトリウムのことである（甲11）。そうすると、被告製品口では、粘性組成物の増粘剤として、構成要件Gに記載されたアルギン酸ナトリウム等の中から、アルギン酸ナトリウムとカルボキシメチルセルロースナトリウムの2種が選択されていることになる。

したがって、被告製品口は、構成要件Gを充足する。

イ 構成要件Hについて

被告製品口が、請求項1に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物であることは、上記のとおりである。

(4) 本件特許発明3の構成要件充足性

次のとおり、被告製品口は、本件特許発明3の技術的範囲に属する。

ア 構成要件 I について

上記のように、被告製品ロでは、粒状物である「1 剤：顆粒」の水溶性酸は、コハク酸である。そうすると、被告製品ロでは、粒状物の水溶性酸として、構成要件 I に列記されたシュウ酸等の酸類の中から、コハク酸が選択されていることになる。したがって、被告製品ロは、構成要件 I を充足する。

イ 構成要件 J について

被告製品ロが、請求項 1 に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物であることは、上記のとおりである。

(被告の主張)

平成 23 年 12 月 9 日付け販売分については、乳糖ではなくフルクトースを使用している。その余の販売分について、原告の主張を否認し、争うが、積極的な主張はしない。

3 争点(1)ハ（被告製品ハが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

(原告の主張)

(1) 被告製品ハの構成

包装（甲 7）及び試験報告書（甲 8）によれば、被告製品ハは、次のとおり構成される。

- a 乳糖，バレイショデンプン，コハク酸，デキストリン，およびステアリン酸マグネシウムとからなる「1 剤：顆粒」と，
- b 水，BG，ペンチレングリコール，セルロースガム，アルギン酸ナトリウム，炭酸水素ナトリウム，塩基性炭酸亜鉛，紅藻エキス，カフェイン，褐藻エキス，緑藻エキスおよびフェノキシエタノールとからなる「2 剤：ジェル」とを含み，
- c 「1 剤：パウダー」全体に対して，乳糖が 59.4 重量パーセント，コハク酸が 13.9 重量パーセント，ステアリン酸マグネシウムが 1.0 重量パーセントであり，
- d 「2 剤：ジェル」全体に対して，水分が 75.2 重量パーセント，1,3-ブ

チレングリコールが 19.0 重量パーセント、ペンチレングリコールが 3.2 重量パーセント、フェノキシエタノールが 0.5 重量パーセント、塩基性炭酸亜鉛が 0.09 重量パーセント、炭酸水素ナトリウムが 1.1 重量パーセントであり、

e 一包当たり重量は、「1 剤：顆粒」は 1.6 g、「2 剤：ジェル」は 30 g である

f ことを特徴とする炭酸ジェルパックである。

(2) 本件特許発明 1 の構成要件充足

次のとおり、被告製品ハは、本件特許発明 1 の技術的範囲に属する。

ア 構成要件 A について

「1 剤：パウダー」において、コハク酸は水溶性酸であり、バレイショデンプンとデキストリンは増粘剤であり、乳糖は水溶性分散剤である。また、「1 剤：パウダー」は、前記増粘剤であるバレイショデンプンとデキストリンが前記水溶性酸であるコハク酸及び前記水溶性分散剤である乳糖と混合されている粒状物である。なお、被告製品ハにおいては、「1 剤」は「パウダー」と表示されているが、内容物は粒状物である。なお、「顆粒」と表示されている上記被告製品ロの「1 剤：顆粒」の内容物と比較しても、被告製品ロと被告製品ハの「1 剤」の内容物は同等であって、いずれも粒状物であることが明らかである（甲 12）。

したがって、被告製品ハは、構成要件 A を充足する。

イ 構成要件 B について

「2 剤：ジェル」において、炭酸水素ナトリウムと塩基性炭酸亜鉛は炭酸塩であり、水は水であり、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは増粘剤である。また、「2 剤：ジェル」は、使用時に、粒状物である「1 剤：パウダー」と混合する粘性組成物である。

したがって、被告製品ハは、構成要件 B を充足する。

ウ 構成要件Cについて

粒状物である「1 剤：パウダー」全体に対して、前記水溶性酸であるコハク酸は13.9 重量パーセントであって、2～50 重量パーセントの範囲内にある。また、増粘剤であるバレイショデンプンとデキストリンについては、測定値が出ていないものの、乳糖等の重量比から算出すると25.7 重量パーセントであるから、10～40 重量パーセントの範囲内にある。さらに、前記水溶性分散剤である乳糖は59.4 重量パーセントであって、30～85 重量パーセントの範囲内にある。

したがって、被告製品ハは、構成要件Cを充足する。

エ 構成要件Dについて

粘性組成物である「2 剤：ジェル」全体に対して、炭酸塩である炭酸水素ナトリウムと塩基性炭酸亜鉛は、それぞれ、1.1 重量パーセント、0.09 重量パーセントであり、その合計は、1.19 重量パーセントであるから、0.1～10 重量パーセントの範囲内にある。また、水である水分が75.2 重量パーセントであるから、70～97.5 重量パーセントの範囲内にある。さらに、粘性組成物である「2 剤：ジェル」の増粘剤であるセルロースガムとアルギン酸ナトリウムについては測定値が出ていないものの、化粧品の場合、上記のように、厚生労働省の通達によって全成分名を分量の多い順に記載すべきことが定められている（甲9）。

この点、「2 剤：ジェル」の成分について被告製品ロのパッケージには、成分：水、BG（1,3-ブチレングリコール）、ペンチレングリコール、セルロースガム、アルギン酸ナトリウム、炭酸水素ナトリウム、塩基性炭酸亜鉛、紅藻エキス、カフェイン、褐藻エキス、緑藻エキス、フェノキシエタノールと記載されている。

そうすると、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは、ペンチレングリコールと炭酸水素ナトリウムとの間の数値となるはずであり、ペンチレングリコ

ールは3.2重量パーセント、炭酸水素ナトリウムは1.1重量パーセントであるから、結局、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは、それぞれ、1.1～3.2重量パーセントである。よって、粘性組成物である「2剤：ジェル」の増粘剤であるセルロースガムとアルギン酸ナトリウムの合計は、2.2～6.4重量パーセントとなるから、0.5～20重量パーセントの範囲内にある。

したがって、被告製品ハは、構成要件Dを充足する。

オ 構成要件Eについて

一包当たり重量は、「1剤：パウダー」は1.6g、「2剤：ジェル」は30gであるから、「2剤：ジェル」と「1剤：パウダー」の重量比は18.75であり、1：10～40の範囲内にある。

したがって、被告製品ハは、構成要件Eを充足する。

カ 構成要件Fについて

被告製品ハは、粒状物である「1剤：パウダー」と粘性組成物である「2剤：ジェル」を混合して、二酸化炭素を発生させる炭酸ジェルパックという外用剤を調製するためのキットであるから、二酸化炭素外用剤調製用組成物である。

したがって、被告製品ハは、構成要件Fを充足する。

(3) 本件特許発明2の構成要件充足

次のとおり、被告製品ハは、本件特許発明2の技術的範囲に属する。

ア 構成要件Gについて

上記のように、被告製品ハでは、粘性組成物である「2剤：ジェル」の増粘剤が、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムである。この点、セルロースガムとは、カルボキシメチルセルロースナトリウムのことである（甲11）。そうすると、被告製品ハでは、粘性組成物の増粘剤として、構成要件Gに記載されたアルギン酸ナトリウム等の中から、アルギン酸ナトリウムとカルボキシメチルセルロースナトリウムの2種が選択されていることになる。

したがって、被告製品ハは、構成要件Gを充足する。

イ 構成要件Hについて

被告製品ハが、請求項１に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物であることは、上記のとおりである。

(4) 本件特許発明３の構成要件充足

次のとおり、被告製品ハは、本件特許発明３技術的範囲に属する。

ア 構成要件Iについて

上記のように、被告製品ハでは、粒状物である「１剤：顆粒」の水溶性酸は、コハク酸である。そうすると、被告製品ハでは、粒状物の水溶性酸として、構成要件Iに記載されたシュウ酸等の中から、コハク酸が選択されていることになる。

したがって、被告製品ハは、構成要件Iを充足する。

イ 構成要件Jについて

被告製品ハが、請求項１に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物であることは、上記のとおりである。

(被告の主張)

原告の主張を否認し、争う。

被告は、平成２２年３月１５日以降、被告製品ハを販売等しておらず、実施していない。

4 争点(1)ニ（被告製品ニが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

(原告の主張)

被告製品ニの名称のうちの「L B L」とは、ラメラビューティラボというサロンの略語であり、L B Lと冠された製品も、その実質は、ブリーズベールCO₂ゲル【パック】（被告製品ロ）である。

この点、実際の市場においても、ブリーズベールCO₂GEL【パック】について、L B Lと冠された製品が販売されている（甲２２）。

したがって、【L B L】炭酸パックCO₂ゲル ブリーズベールCO₂ゲルは、

被告製品ロと同様に、本件特許発明 1 ないし 3 の技術的範囲に属するものである。

(被告の主張)

被告製品ニが被告製品ロと構成において同一であることについて争うことを明らかにせず、その余は被告製品ロと同様である。

5 争点(1)ホ（被告製品ホが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

(原告の主張)

(1) 被告製品ホの構成

包装（甲 2 3）及び試験報告書（甲 2 4）によれば、被告製品ホの構成は次のとおりである。

- a 乳糖，バレイショデンプン，コハク酸，デキストリン，およびステアリン酸マグネシウムとからなる「A剤：顆粒」と，
- b 水，BG，ペンチレングリコール，セルロースガム，アルギン酸ナトリウム，炭酸水素ナトリウム，褐藻エキス，紅藻エキス，緑藻エキス，塩基性炭酸亜鉛，カフェインおよびフェノキシエタノールとからなる「B剤：ジェル」とを含み，
- c 「A剤：顆粒」全体に対して，乳糖が58.1重量パーセント，コハク酸が13.6重量パーセント，ステアリン酸マグネシウムが1.0重量パーセントであり，
- d 「B剤：ジェル」全体に対して，水分が73.8重量パーセント，1,3-ブチレングリコールが18.0重量パーセント，ペンチレングリコールが2.8重量パーセント，フェノキシエタノールが0.5重量パーセント，塩基性炭酸亜鉛が0.09重量パーセント，炭酸水素ナトリウムが1.1重量パーセントであり，
- e 一包当たり重量は，「A剤：顆粒」は1.6g，「B剤：ジェル」は30gである
- f ことを特徴とする炭酸ジェルパック

(2) 本件特許発明 1 の構成要件充足

ア 構成要件Aについて

「A剤：顆粒」において、コハク酸は水溶性酸であり、バレイショデンプンとデキストリンは増粘剤であり、乳糖は水溶性分散剤である。また、「A剤：顆粒」は、前記増粘剤であるバレイショデンプンとデキストリンが前記水溶性酸であるコハク酸及び前記水溶性分散剤である乳糖と混合されている粒状物である。

したがって、被告製品ホは、構成要件Aを充足する。

イ 構成要件Bについて

「B剤：ジェル」において、炭酸水素ナトリウムと塩基性炭酸亜鉛は炭酸塩であり、水是水であり、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは増粘剤である。また、「B剤：ジェル」は、使用時に粒状物である「A剤：顆粒」と混合する粘性組成物である。

したがって、被告製品ホは、構成要件Bを充足する。

ウ 構成要件Cについて

粒状物である「A剤：顆粒」全体に対して、前記水溶性酸であるコハク酸は13.6重量パーセントであって、2～50重量パーセントの範囲内にある。また、増粘剤であるバレイショデンプンとデキストリンについては、乳糖等の重量比から算出すると27.3重量パーセントであるから、10～40重量パーセントの範囲内にある。さらに、前記水溶性分散剤である乳糖は58.1重量パーセントであって、30～85重量パーセントの範囲内にある。

したがって、被告製品ホは、構成要件Cを充足する。

エ 構成要件Dについて

粘性組成物である「B剤：ジェル」全体に対して、炭酸塩である炭酸水素ナトリウムと塩基性炭酸亜鉛は、それぞれ、1.1重量パーセント、0.09重量パーセントであり、その合計は1.19重量パーセントであるから、0.1～10重量パーセントの範囲内にある。また、水である水分が73.8重量パ

一セントであるから、70～97.5重量パーセントの範囲内にある。さらに、粘性組成物である「B剤：ジェル」の増粘剤であるセルロースガムとアルギン酸ナトリウムについては測定値が出ていないものの、化粧品の場合、厚生労働省の通達によって全成分名を分量の多い順に記載すべきことが定められている（甲9）。

この点、「B剤：ジェル」の成分について被告製品ホのパッケージには、成分：水、BG（1,3-ブチレングリコール）、ペンチレングリコール、セルロースガム、アルギン酸ナトリウム、炭酸水素ナトリウム、褐藻エキス、紅藻エキス、緑藻エキス、塩基性炭酸亜鉛、カフェインおよびフェノキシエタノールと記載されている。

そうすると、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは、ペンチレングリコールと炭酸水素ナトリウムとの間の数値となるはずであり、ペンチレングリコールは2.8重量パーセント、炭酸水素ナトリウムは1.1重量パーセントであるから、結局、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムは、それぞれ、1.1～2.8重量パーセントである。よって、粘性組成物である「2剤：ジェル」の増粘剤であるセルロースガムとアルギン酸ナトリウムの合計は、2.2～5.6重量パーセントとなるから、0.5～20重量パーセントの範囲内にある。したがって、被告製品ホは、構成要件Dを充足する。

オ 構成要件Eについて

一包当たり重量は、「A剤：顆粒」は1.6g、「B剤：ジェル」は30gであるから、「B剤：ジェル」と「A剤：顆粒」の重量比は1：18.75であるから、1：10～40の範囲内にある。

したがって、被告製品ホは、構成要件Eを充足する。

カ 構成要件Fについて

被告製品ホは、粒状物である「A剤：顆粒」と粘性組成物である「B剤：ジェル」を混合して、二酸化炭素を発生させる炭酸ジェルパックという外用剤を

調製するためのキットであるから、二酸化炭素外用剤調製用組成物である。

したがって、被告製品ホは、構成要件Fを充足する。

キ 小括

以上のとおり、被告製品ホは、本件特許発明1のすべての構成要件を充足するから、本件特許発明1の技術的範囲に属するものである。

(3) 本件特許発明2の構成要件充足

ア 構成要件Gについて

上記のように、被告製品ホでは、粘性組成物である「B剤：ジェル」の増粘剤が、セルロースガムとアルギン酸ナトリウムである。この点、セルロースガムとは、カルボキシメチルセルロースナトリウムのことである（甲11）。

そうすると、被告製品ホでは、粘性組成物の増粘剤として、構成要件Gに記載されたアルギン酸ナトリウム等の中から、アルギン酸ナトリウムとカルボキシメチルセルロースナトリウムの2種が選択されていることになる。

したがって、被告製品ホは、構成要件Gを充足する。

イ 構成要件Hについて

被告製品ホが、請求項1に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物であることは、上記のとおりである。

ウ 小括

以上のとおり、被告製品ホは、本件特許発明2のすべての構成要件を充足するから、本件特許発明2の技術的範囲に属するものである。

(4) 本件特許発明3の構成要件充足

ア 構成要件Iについて

上記のように、被告製品ホでは、粒状物である「1剤：顆粒」の水溶性酸は、コハク酸である。

そうすると、被告製品イでは、粒状物の水溶性酸として、構成要件Iに列記されたシュウ酸等の中から、コハク酸が選択されていることになる。したがっ

て、被告製品ホは、構成要件 I を充足する。

イ 構成要件 J について

被告製品ホが、請求項 1 に記載の二酸化炭素外用剤調製用組成物であることは、上記のとおりである。

ウ 小括

以上のとおり、被告製品ホは、本件特許発明 3 のすべての構成要件を充足するから、本件特許発明 3 の技術的範囲に属するものである。

(被告の主張)

平成 23 年 3 月 28 日付け販売分については、乳糖ではなくフルクトースを使用している。その余の販売分について、原告の主張は、否認し、争うが、積極的な主張はしない。

6 争点(1)へ、ト（被告製品へ、同トが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

(原告の主張)

被告製品へ及び被告製品トは、被告製品イないしニと同一の成分標記がなされているから、これらは互いに同一の成分を有していると考えられる。

したがって、被告製品へ及び被告製品トは、被告製品イないしニと同様に、本件特許発明 1～3 の技術的範囲に属するものである。

(被告の主張)

原告の主張を否認し、争う。

本件特許においては、成分の重量比が問題となっているから、侵害論の主張として、同一の成分表記であるから、同一の成分を有していると考えられ、同様に技術的範囲に属するというだけでは不十分であり、失当である。

7 争点(1)チ（被告製品チが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

(原告の主張)

被告製品チは、被告製品ホと同一の成分標記がされているから、これらは互いに

同一の成分を有していると考えられる。

したがって、被告製品チは、被告製品ホと同様に、本件特許発明 1 ～ 3 の技術的範囲に属する。

(被告の主張)

原告の主張を否認し争う。

本件特許においては、成分の重量比が問題となっているから、侵害論の主張として、同一の成分表記であるから、同一の成分を有していると考えられ、同様に技術的範囲に属するというだけでは不十分であり、失当である。

被告は、平成 22 年 3 月 15 日以降、被告製品チを販売等しておらず、実施していない。

8 争点(1)リ（被告製品リが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

(原告の主張)

被告製品リの顆粒は、被告製品イないしホと同じ成分表記であるものの、ジェルについては、被告製品イないしホとは別の成分表記がなされている。

この点、確かに、被告製品リのジェルは、被告製品イないしホとは別の成分表記であるものの、被告の製造販売する被告製品イないしホはいずれも本件特許発明 1 ないし 3 の各構成要件を具備していることが明らかであり、さらに、上記のとおり、被告製品へないしチも、被告製品イないしホと同一の成分を有していると考えられる。そうすると、被告製品リにおいても炭酸ジェルパックとしての基本性能を被告製品イないしチと大きく違える理由はないことから、被告が被告製品リ「のみ」をあえて被告製品イないしチと異なる成分にて製造販売する理由は考えがたい。

特に、本件特許発明 1 のうち、ジェルに係る成分は、水、増粘剤、炭酸塩であるところ、例えば被告製品イのジェルの成分表記から、本件特許発明の要素のみを抽出すると、水、増粘剤（セルロースガム、アルギン酸ナトリウム）、炭酸塩（炭酸水素ナトリウム、塩基性炭酸亜鉛）となる。

一方、被告製品リのジェルに係る成分表記から、同様に本件特許発明の要素のみ

を抽出すると、水、増粘剤（アルギン酸ナトリウム、セルロースガム）、炭酸塩（炭酸水素ナトリウム）となる。

したがって、被告製品イのジェルと被告製品リのジェルとでは、アルギン酸ナトリウムとセルロースガムとの順序が異なっていること、また、塩基性炭酸亜鉛の有無の２点で異なっているものの、水、増粘剤、炭酸塩という本件特許発明に記載された成分に着目すると、同じ順序で構成されている点で両者は同様である。

この点、化粧品の場合、厚生労働省の通達によって全成分名を分量の多い順に記載すべき事が定められているのであるから（甲９）、特許発明に記載された成分に着目すると、被告製品イと被告製品リとは、ともに同じ順序で記載されており、よって被告製品リも本件特許発明の技術的範囲に含まれる。

（被告の主張）

原告の主張を否認し、争う。

原告の主張は、構成要件該当性に関する主張を欠いている。

９ 争点(1)又（被告製品ヌが、本件特許の技術的範囲に属するか）について

（原告の主張）

原告が調査したところによると、被告製品へ（キアラセルＣＯ２ゲル）と類似の名称にて、キアラという製品も存在することが判明した（甲３１）。そのため、被告製品イないしりの名称による特定だけでは、被告の侵害製品に漏れが生じるおそれが高い。

したがって、被告製品ヌ（構成による記述）も侵害品というべきである。

（被告の主張）

原告の主張を否認し、争う。

10 争点(2)（原告の被った損害額等）について

（原告の主張）

(1) 損害賠償請求（特許法１０２条２項に基づく算定）

ア 被告は、遅くとも上記警告書が到達した平成２２年３月１５日から、被告製

品イないしヌを製造・販売している。そして、被告製品の１個当たりの消費者向け販売価格は、１５７５円（税込み）であるところ（甲３，７），卸売価格は２０％程度と推測できるから、被告は被告製品を１個当たり３００円で、他社に卸売り販売しているものと推測できる。

イ また、被告による被告製品の製造・販売数については、平成２２年９月１７日の特許権の設定登録時から本件訴訟提起まで（平成２３年９月半ばとする）の約１年間で少なくとも合計で６００万個を下らないと考えられる。

ウ さらに、被告における被告製品の利益率は、販売価格の４９％を下らないと考えられる。

エ そうすると、原告の損害については、被告の利益をもって推定する旨の規定を使う（特許法１０２条２項）と、単価を３００円とし、販売数量を６００万個とし、４９パーセントの利益率を乗じた８億８２００万円と算定される。

オ よって、被告が原告に賠償すべき損害額は、金８億８２００万円を下らない。

(2) 損害賠償請求（特許法１０２条３項に基づく算定）

ア また、本件特許発明の技術分野、被告製品の市場、コスト構造、類似事例、実務慣行に鑑みれば、本件特許発明実施について相当な実施料率は、１０％を下るものではない。

イ そうすると、特許法１０２条３項に基づく原告の損害は、前記エの売上に１０パーセントの実施料率を乗じた１億８０００万円であり、被告は、原告に対し、同金額を賠償すべき義務を負う。

(3) 補償金請求

ア 上記のとおり、被告は、遅くとも上記警告書が到達した平成２２年３月１５日から、被告製品イ、ロ、ハを含む被告製品を製造・販売しているところ、同日から、平成２２年９月１７日の特許権の設定登録時までの約６ヶ月間の製造・販売数は、少なくとも合計で３００万個を下らないと考えられる。

イ また、補償金の額は「実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額」（特許

法６５条１項）であり、少なくとも、単価に上記販売個数を乗じ、更に１０パーセントの実施料率を乗じた９０００万円と算出される。被告は、原告に対し、上記金額を支払う義務を負う。

(4) 弁護士費用

本訴の追行に当たって相当な弁護士費用は、上記損害賠償請求権及び補償金請求権の１０パーセントである２７００万円又は９７２０万円が相当である。

(5) まとめ

よって、損害金等の合計は、２億９７００万円ないし１０億６９２０万円を下らない。本件においては、この一部請求として、５０００万円の請求をする。

(6) 被告の主張に対する反論

ア 被告の主張にかかる販売個数等は、過少であり、争う。

イ 本訴において原告は特許法１０２条１項の損害を主張していないし、株式会社メディオン・リサーチ・ラボラトリーズ（以下「メディオン社」という。）

は、原告には後記の特許権を行使していないから、同社の特許権の存在は、本件に影響しない。

(被告の主張)

(1) 販売個数について

平成２２年３月１５日から平成２３年９月１７日までの被疑侵害品と考えられる製品の販売個数は、別紙販売一覧記載のとおりである。なお、本訴が提起された平成２３年９月１７日以降の販売はない。（同日以降の商品は、同名で販売されているものであっても、本件特許権を侵害しない構成に変更されている。）

(2) 利益率について

平成２５年１０月２４日の本件弁論準備手続期日における主張変更前の原告の主張である、利益率２０パーセントについて、争わない。

同期日において新たに主張された４９パーセントの主張については、争う。

(3) 実施料率について

平成25年10月24日の本件弁論準備手続期日における主張変更前の原告の主張である、実施料率5パーセントについては、被告製品の市場の一般論としては争わず、本件特許の実施料率としては争う。

すなわち、

ア メディオン社は、発明の名称を「二酸化炭素経皮・経粘膜吸収用組成物」とする特許権（特許第5164438号）の特許権者である。

イ 原告は、本件特許の実施品を製造、販売しているが、これは、上記特許権を侵害するものであるから、被告製品の販売にかかわらず、原告は、上記特許権の存在により、法律上、本件特許の実施品を製造、販売することができなかったから、本件特許は、法律上の実施可能性がなかったものである。現に、メディオン社は、上記特許権に基づく権利行使を十全に行っていた。

ウ したがって、本件においては、①特許法102条1項の適用に関して、同項所定の「譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者が販売することができない事情」が存在し、被告の販売数量の全部又は少なくとも9割を超える部分について損害額が控除されなくてはならず、②実施料率に関しても、仮にライセンスを設定した場合であっても、上記特許との抵触を考えると、通常の5パーセントといった料率を設定することは困難であり、せいぜい1パーセント程度と評価されるべきである。

第4 判断

1 争点(1)イについて

(1) 証拠（甲3，4，9ないし11）及び弁論の全趣旨を総合すると、被告製品イについては以下のとおりと認められる。

ア 被告製品イは、1剤と2剤が別包装された1組の製品であり、内容量は、1剤が1.6グラム、2剤が30グラムである。

イ 1剤は、成分として、乳糖、バレイショデンプン、コハク酸、デキストリン、ステアリン酸マグネシウムからなる顆粒状の製剤である。

- ウ 本件特許発明の各構成要件との関係において、コハク酸は水溶性酸、バレイショデンプン及びデキストリンは増粘剤、乳糖は水溶性分散剤、顆粒状の製剤は増粘剤が水溶性酸及び水溶性分散剤と混合された粒状物にそれぞれ該当する。
- エ 1 剤の顆粒全体に対し、乳糖（ラクトースー水和物として）が 58.1 重量パーセント、コハク酸が 13.7 重量パーセント、ステアリン酸マグネシウムが 1.0 重量パーセントを占めることから、増粘剤であるバレイショデンプン及びデキストリンは 27.2 重量パーセントと推定される。
- オ 2 剤は、成分として、水、BG（1,3-ブチレングリコール）、ペンチレングリコール、セルロースガム（カルボキシメチルセルソースナトリウム）、アルギン酸ナトリウム、炭酸水素ナトリウム、塩基性炭酸亜鉛、紅藻エキス、カフェイン、褐藻エキス、緑藻エキス、フェノキシエタノールを含むジェル状の製剤である。
- カ 本件特許発明の各構成要件との関係において、炭酸水素ナトリウム及び塩基性炭酸亜鉛は炭酸塩に、水は水に、セルロースガム及びアルギン酸ナトリウムは増粘剤に、ジェル状製剤は粘性組成物にそれぞれ当たる。
- キ 2 剤のジェル全体に対し、炭酸塩（炭酸水素ナトリウム及び塩基性炭酸亜鉛）は 1.3 重量パーセント、水は 75.2 重量パーセントを占め、成分の記載順序、ペンチレングリコール（3.1 重量パーセント）及び炭酸水素ナトリウムの重量（1.2 重量パーセント）から、増粘剤（セルロースガム及びアルギン酸ナトリウム）は 2.4 ないし 6.2 重量パーセントの範囲内にあると推定される。
- ク 被告製品イは、使用の際に 1 剤の顆粒と 2 剤のジェルを混合して二酸化炭素を発生させ、肌等に塗布して使用するキット製品である。
- (2) 上記認定した事実と、本件特許発明の各構成要件とを対比すると、被告製品イは、本件特許 1 ないし 3 の各構成要件をいずれも充足するものと認められる。

2 争点(1)ロ及び争点(1)ニについて

(1) 証拠（甲 5， 6， 9 ないし 11）及び弁論の全趣旨を総合すると，被告製品ロ（平成 23 年 12 月 9 日付け販売分を除く）については，以下のとおりと認められる。

ア 被告製品ロは，1 剤と 2 剤が別包装された 1 組の製品であり，内容量は，1 剤が 1.6 グラム，2 剤が 30 グラムである。

イ 1 剤は，成分として，乳糖，バレイショデンプン，コハク酸，デキストリン，ステアリン酸マグネシウムからなる顆粒状の製剤である。

ウ 本件特許発明の各構成要件との関係において，コハク酸は水溶性酸，バレイショデンプン及びデキストリンは増粘剤，乳糖は水溶性分散剤，顆粒状の製剤は増粘剤が水溶性酸及び水溶性分散剤と混合された粒状物にそれぞれ該当する。

エ 1 剤の顆粒全体に対し，乳糖（ラクトースー水和物として）が 59.3 重量パーセント，コハク酸が 13.8 重量パーセント，ステアリン酸マグネシウムが 1.2 重量パーセントを占めることから，増粘剤であるバレイショデンプン及びデキストリンは 25.7 重量パーセントと推定される。

オ 2 剤は，成分として，水，BG（1,3-ブチレングリコール），ペンチレングリコール，セルロースガム（カルボキシメチルセルソースナトリウム），アルギン酸ナトリウム，炭酸水素ナトリウム，塩基性炭酸亜鉛，紅藻エキス，カフェイン，褐藻エキス，緑藻エキス，フェノキシエタノールを含むジェル状の製剤である。

カ 本件特許発明の各構成要件との関係において，炭酸水素ナトリウム及び塩基性炭酸亜鉛は炭酸塩に，水は水に，セルロースガム及びアルギン酸ナトリウムは増粘剤に，ジェル状製剤は粘性組成物にそれぞれ当たる。

キ 2 剤のジェル全体に対し，炭酸塩（炭酸水素ナトリウム及び塩基性炭酸亜鉛）は 1.4 重量パーセント，水は 71.3 重量パーセントを占め，成分の記載順

序、ペンチレングリコール（３．０重量パーセント）及び炭酸水素ナトリウムの重量（１．３重量パーセント）から、増粘剤（セルロースガム及びアルギン酸ナトリウム）は２．６ないし６．０重量パーセントの範囲内にあると推定される。

ク 被告製品ロは、使用の際に１剤の顆粒と２剤のジェルを混合して二酸化炭素を発生させ、肌等に塗布して使用するキット製品である。

(2) 上記認定した事実と、本件特許発明の各構成要件とを対比すると、被告製品ロは、本件特許１ないし３の各構成要件をいずれも充足するものと認められる。

(3) 被告製品ニについては、証拠（甲２２）によると、被告製品ロと同一の名称が掲げられ、被告が製造元とされていることが認められる。これに加え、被告において損害論において同一の商品とみなしていることからすると、被告製品ロと同一の構成であると推認できる。

3 争点(1)ハについて

本件全証拠によっても、原告が請求の根拠とする期間内（平成２２年３月１５日から平成２３年９月１６日まで）に、被告が被告製品ハを販売した事実は認められないから、争点(1)ハについては、判断を要しない。

4 争点(1)ホについて

(1) 証拠（甲９ないし１１，２３，２４）及び弁論の全趣旨を総合すると、被告製品ホ（平成２３年３月２８日付け販売分を除く）については、以下のとおりと認められる。

ア 被告製品ホは、１剤と２剤が別包装された１組の製品であり、内容量は、１剤が１．６グラム、２剤が３０グラムである。

イ １剤は、成分として、乳糖、バレイショデンプン、コハク酸、デキストリン、ステアリン酸マグネシウムからなる顆粒状の製剤である。

ウ 本件特許発明の各構成要件との関係において、コハク酸は水溶性酸、バレイショデンプン及びデキストリンは増粘剤、乳糖は水溶性分散剤、顆粒状の製剤

は増粘剤が水溶性酸及び水溶性分散剤と混合された粒状物にそれぞれ該当する。

エ 1 剤の顆粒全体に対し、乳糖（ラクトースー水和物として）が 58.1 重量パーセント、コハク酸が 13.6 重量パーセント、ステアリン酸マグネシウムが 1.0 重量パーセントを占めることから、増粘剤であるバレイショデンプン及びデキストリンは 27.3 重量パーセントと推定される。

オ 2 剤は、成分として、水、BG（1,3-ブチレングリコール）、ペンチレングリコール、セルロースガム（カルボキシメチルセルソースナトリウム）、アルギン酸ナトリウム、炭酸水素ナトリウム、塩基性炭酸亜鉛、紅藻エキス、カフェイン、褐藻エキス、緑藻エキス、フェノキシエタノールを含むジェル状の製剤である。

カ 本件特許発明の各構成要件との関係において、炭酸水素ナトリウム及び塩基性炭酸亜鉛は炭酸塩に、水は水に、セルロースガム及びアルギン酸ナトリウムは増粘剤に、ジェル状製剤は粘性組成物にそれぞれ当たる。

キ 2 剤のジェル全体に対し、炭酸塩（炭酸水素ナトリウム及び塩基性炭酸亜鉛）は 1.19 重量パーセント、水は 73.8 重量パーセントを占め、成分の記載順序、ペンチレングリコール（2.8 重量パーセント）及び炭酸水素ナトリウム（1.1 重量パーセント）の重量から、増粘剤（セルロースガム及びアルギン酸ナトリウム）は 2.2 ないし 5.6 重量パーセントの範囲内にあると推定される。

(2) 上記認定した事実と、本件特許発明の各構成要件とを対比すると、被告製品ホは、本件特許 1 ないし 3 の各構成要件をいずれも充足するものと認められる。

5 争点(1)へ、ト、チ、リ、ヌについて

原告は、被告製品へ、ト、チ、リ及びヌについても本件特許権の侵害品であると主張し、その商品パッケージ（甲 27 から 31 まで）を提出するが、これらは、単に含有成分が示されているのみであり、その重量比等は明らかでないから、上記証

拠によっては上記被告製品が本件特許権を侵害するものと認めるに足りず、他にこれを認めるに足りる証拠の提出がない。

したがって、争点(1)へ、ト、チ、リ、ヌについての原告の主張は理由がない。

6 争点(2)について

- (1) 前記1から5までに説示したとおり、被告製品イ、ロ、ホ及びニは、本件特許の構成要件を充足するものであるところ、証拠（乙1ないし3）及び弁論の前趣旨によると、原告が、その請求の根拠とする期間である平成22年3月15日から平成23年9月16日までの、被告における被告製品イ、ロ、ホ及びニの販売実績は、別紙販売一覧のとおりであると認められ、これを左右するに足りる証拠の提出はない。

なお、原告は、この点につき、上記認定以上の販売実績があったと主張するが、これを裏付け、または前記被告の証拠を疑うべきとする客観的な証拠の提出はない上、前提事実(5)に摘示したとおりの原告の本件訴訟追行の状況及び主張立証の状況をふまえると、上記証拠に加え、文書提出命令の発令によって、その損害の立証を図るべき必要があるとは認められない（原告の、平成25年6月7日付文書提出命令申立て（平成25年（モ）第922号）は、上記の次第で、これを却下することとする。）。

- (2) これによると、①被告製品イの、原告による警告書が被告に到着した平成22年3月15日（甲14、15）から本件特許の登録日である同年9月17日までの間（以下「A期間」という。）における売上高は、312万円であり、同日以降本訴提起こりである平成23年9月16日まで（以下「B期間」という。）の売上高は62万4000円であり、②被告製品ロ・ニのA期間、B期間の売上高はそれぞれずつ120万円であり、③被告製品ホのA期間、B期間の売上高はそれぞれ60万円ずつである。

なお、被告において、平成23年3月28日に、被告製品ホと同一の名称の商品を、同年12月9日に被告製品ロと同一の名称の商品を、それぞれ販売した事

実が認められるが（甲 25，26），これらが本件発明の技術的範囲に属すると認めるに足りる証拠はなく，この部分の売上高を上記算定に加算することはできない。

- (3) そうして，本件において，本件特許の実施料率は5パーセント，被告商品の販売による利益率は，20パーセントと認めるのが相当である。実施料率が10パーセントであり，利益率が49パーセントであるとの原告の主張は，前提事実(5)エ記載の事実には照らすと，時機に遅れた攻撃方法であることが明らかである上，それら料率等の根拠も，当事者の異なる別件の判決に依拠するのみであり，到底採用に値しない。

また，被告は，メディオン社の保有する特許権の存在により，実施料率はより低廉なものとなる旨主張するが，被告の主張によっても，同社の特許権が，本件特許権にそのような影響を及ぼすとは直ちには認められないから，主張は採用できない。

- (4) したがって，

ア 特許法65条1項に基づく補償金請求については，A期間の売上の合計が492万円であることから，これに5パーセントを乗じた24万6000円となり，

イ 本件特許権の侵害に基づく損害賠償請求については，B期間の被告製品の売上合計である242万4000円に20パーセントを乗じた48万4800円となり，

ウ 上記ア，イに対する弁護士費用としては，7万3000円が相当であるから，被告は，原告に対し，ア，イ及びウの合計80万3800円及びこれに対する訴状送達の日翌日である平成23年10月19日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払うべき義務を負う。

第5 結論

以上の次第で，原告の請求は，主文掲記の限度で理由があるが，その余は理由がな

い。

大阪地方裁判所第 2 1 民事部

裁判長裁判官 谷 有 恒

裁判官 松 阿 彌 隆

裁判官 松 川 充 康

(別紙)

被 告 製 品 目 録

炭酸ジェルパック（二酸化炭素外用剤調製用組成物）

製品名

- イ号 「ピウズＣＯ２ジェルパック」
- ロ号 「ブリーズベールＣＯ２ジェル【パック】」
- ハ号 「パールブランＣＯ２ジェル」
- ニ号 「【ＬＢＬ】炭酸パックＣＯ２ジェル ブリーズベールＣＯ２ジェル」
- ホ号 「ローズメゾンＣＯ２スペリアマスク」
- ヘ号 「キアラセルＣＯ２ジェル」
- ト号 「トリコプラチナムＣＯ２ジェル」
- チ号 「セルバルーンＣＯ２ジェル」
- リ号 「ＳＩＳ Ｎｏ．９ リカバリーマスク」
- ヌ号 上記イ号ないしリ号のほか、以下の構成からなる製品。

- A 水溶性酸、増粘剤として加工澱粉、デキストリン、馬鈴薯澱粉、トウモロコシ澱粉、キサントガム及びヒドロキシプロピルセルロースから選択される１種又は２種以上、この増粘剤とは別の物質である水溶性分散剤として乳糖、白糖、Ｄ－マンニトール、及び尿素から選択される１種又は２種以上を必須成分とし、前記増粘剤が前記水溶性酸及び前記水溶性分散剤と混合されている粒状物と、
- B 炭酸塩、水、増粘剤を必須成分とし、使用時に前記粒状物と混合する粘性組成物とを含み、
- C 前記粒状物全体に対して前記水溶性酸が２～５０重量パーセント、前記増粘剤が１０～４０重量パーセント、前記水溶性分散剤が３０～８５重量パーセントであり、

- D 前記粘性組成物全体に対して炭酸塩が0.1～10重量パーセント，水が70～97.5重量パーセント，前記粘性組成物の増粘剤が0.5～20重量パーセントであり，
- E 前記粒状物と粘性組成物との重量比が1：10～40である
- F ことを特徴とする二酸化炭素外用剤調製用組成物。

以 上

(別紙)

販 売 一 覧

1 被告製品イ (単価はいずれも 260 円)

	販売日時	数量 (包)	売上高
(1)	平成 22 年 4 月 27 日	2400	62 万 4000 円
(2)	平成 22 年 6 月 12 日	2400	62 万 4000 円
(3)	平成 22 年 7 月 13 日	2400	62 万 4000 円
(4)	平成 22 年 8 月 11 日	2400	62 万 4000 円
(5)	平成 22 年 9 月 9 日	2400	62 万 4000 円
(6)	平成 22 年 12 月 27 日	2400	62 万 4000 円
	小計	14400	374 万 4000 円

2 被告製品ロ・ニ (単価はいずれも 500 円)

	販売日時	数量 (包)	売上高
(1)	平成 22 年 4 月 8 日	2400	60 万 0000 円
(2)	平成 22 年 7 月 14 日	2400	60 万 0000 円
(3)	平成 22 年 10 月 8 日	2400	60 万 0000 円
(4)	平成 22 年 12 月 3 日	2400	60 万 0000 円
	小計	9600	240 万 0000 円

3 被告製品ホ (単価はいずれも 250 円)

	販売日時	数量 (包)	売上高
(1)	平成 22 年 3 月 26 日	2400	60 万 0000 円
(2)	平成 22 年 10 月 18 日	2400	60 万 0000 円
	小計	4800	120 万 0000 円