

平成25年1月17日判決言渡 同日原本交付 裁判所書記官

平成23年(ワ)第4836号 特許権侵害差止等請求事件

口頭弁論終結日 平成24年9月18日

判 決

原 告 株式会社メディオン・リサーチ・  
ラボラトリーズ

同訴訟代理人弁護士 山 田 威 一 郎

同訴訟代理人弁理士 松 井 宏 記

同補佐人弁理士 田 中 順 也

同 立 花 顕 治

被 告 有限会社サンクス製薬  
(以下「被告サンクス」という。)

被 告 株式会社サレア化研  
(以下「被告サレア」という。)

上記兩名訴訟代理人弁護士 竹 岩 憲 爾

同 塚 本 一 博

同補佐人弁理士 宮 崎 伊 章

同 的 場 照 久

被 告 株 式 会 社 K B C

(旧商号：株式会社カルウ。以下「被告カルウ」という。)

同訴訟代理人弁護士 村 岡 友 一

同 原 田 裕 康

主 文

- 1 本件訴えのうち被告サンクスに対し別紙被告製品目録記載1から3までの製造、販売の差止めを求める部分を却下する。
- 2 被告サンクスは、別紙被告製品目録記載1から3までの各製品を輸出し、販売若しくは輸出の申出をし、又は別紙被告製品目録記載4から6まで及び8の各製品を製造し、販売し、輸出し、販売若しくは輸出の申出をしてはならない。
- 3 被告サンクスは、別紙被告製品目録記載4から6まで及び8の各製品を廃棄せよ。
- 4 被告サンクスは、原告に対し、1400万円及びこれに対する平成23年1月8日から支払済みまで年5分の割合による金員（ただし、被告カルウと連帯して）を支払え。
- 5 被告サレアは、同目録記載4から7-1までの各製品を製造し、販売し、輸出し又は販売若しくは輸出の申出をしてはならない。
- 6 被告サレアは、前項記載の各製品を廃棄せよ。
- 7 被告サレアは、原告に対し、985万0379円及びこれに対する平成23年1月8日から支払済みまで年5分の割合による金員（ただし、被告カルウと連帯して）を支払え。
- 8 被告カルウは、同目録記載4から13までの各製品を製造し、販売し、輸出し又は販売若しくは輸出の申出をしてはならない。

- 9 被告カルゥは、前項記載の各製品を廃棄せよ。
- 10 被告カルゥは、原告に対し、2億8859万1466円並びに内2億6907万0894円（ただし、1400万円の限度で被告サンクスと、985万0379円の限度で被告サレアと、それぞれ連帯して）に対する平成23年1月8日から及び内1952万0572円に対する同年4月29日から、それぞれ支払済みまで年5分の割合による各金員を支払え。
- 11 原告のその余の請求をいずれも棄却する。
- 12 訴訟費用は、原告に生じた費用の3分の1を被告らの連帯負担とし、4分の1を被告カルゥの負担とし、被告サレアに生じた費用の3分の1を原告の負担とし、被告カルゥに生じた費用の8分の1を原告の負担とし、その余は各自の負担とする。
- 13 この判決は、2、4、5、7、8、10及び12項に限り、仮に執行することができる。

## 事 実 及 び 理 由

### 第1 当事者の求めた裁判

#### 1 原告

##### (1) 被告サンクスに対する請求

ア 被告サンクスは、別紙被告製品目録記載1から6まで、8及び14の各製品を製造し、販売し、輸出し又は販売若しくは輸出の申出をしてはならない。

イ 被告サンクスは、前項記載の各製品を廃棄せよ。

ウ 主文4項と同旨

##### (2) 被告サレアに対する請求

ア 被告サレアは、同目録記載4から7-1まで及び14の各製品を製造し、販売し、輸出し又は販売若しくは輸出の申出をしてはならない。

イ 被告サレアは、前項記載の各製品を廃棄せよ。

ウ 被告サレアは、原告に対し、2億6320万2450円（ただし、被告カルゥと連帯して）及びこれに対する平成23年1月8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) 被告カルゥに対する請求

ア 被告カルゥは、同目録記載4から14までの各製品を製造し、販売し、輸出し又は販売若しくは輸出の申出をしてはならない。

イ 被告カルゥは、前項記載の各製品を廃棄せよ。

ウ 被告カルゥは、原告に対し、4億円並びに内3億円（ただし、1400万円の限度で被告サンクスと、2億6320万2450円の限度で被告サレアと、それぞれ連帯して）に対する平成23年1月8日から及び内1億円に対する同年4月29日から、それぞれ支払済みまで年5分の割合による各金員を支払え。

(4) 訴訟費用は被告らの負担とする。

(5) 仮執行宣言

2 被告ら

(1) 原告の請求をいずれも棄却する。

(2) 訴訟費用は原告の負担とする。

第2 事案の概要

1 前提事実（証拠等の掲記がない事実は当事者間に争いが無い。）

(1) 当事者

原告は、医薬品・医薬部外品・化粧品・医療用機械器具・美容機器・福祉用具の研究、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会社である。

被告サンクス及び被告サレアは、いずれも医薬部外品の製造販売等を目的とする会社である。

被告カルゥは、美容器具・化粧品の開発並びに卸・小売及び輸出入業等を目的とする会社である。

(2) 原告の有する特許権

原告は、以下の特許（以下「本件特許」といい、本件特許に係る各発明を併せて「本件各特許発明」という。また、本件特許出願に係る明細書を「本件明細書」という。）に係る特許権（以下「本件特許権」という。）を有する。

特許番号	4 6 5 9 9 8 0 号
発明の名称	二酸化炭素含有粘性組成物
出願年月日	平成 1 0 年 1 0 月 5 日
優先日	平成 9 年 1 1 月 7 日
公開日	平成 1 1 年 5 月 2 0 日
登録年月日	平成 2 3 年 1 月 7 日

特許請求の範囲

**【請求項 1】**

部分肥満改善用化粧料，或いは水虫，アトピー性皮膚炎又は褥創の治療用医薬組成物として使用される二酸化炭素含有粘性組成物を得るためのキットであって，

1) 炭酸塩及びアルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物と，酸を含む顆粒（細粒，粉末）剤の組み合わせ；又は

2) 炭酸塩及び酸を含む複合顆粒（細粒，粉末）剤と，アルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物の組み合わせ

からなり，

含水粘性組成物が，二酸化炭素を気泡状で保持できるものであることを特徴とする，

含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させることにより気泡状の二酸化炭素を含有する前記二酸化炭素含有粘性組成物を得ることができるキット。

(以下、上記請求項に係る発明を「本件特許発明 1」という。)

**【請求項 2】**

得られる二酸化炭素含有粘性組成物が、二酸化炭素を 5～90 容量%含有するものである、請求項 1 に記載のキット。

(以下、上記請求項に係る発明を「本件特許発明 2」という。)

**【請求項 3】**

含水粘性組成物が、含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させた後にメスシリンダーに入れたときの容量を 100 としたとき、2 時間後において 50 以上の容量を保持できるものである、請求項 1 又は 2 に記載のキット。

(以下、上記請求項に係る発明を「本件特許発明 3」という。)

**【請求項 4】**

含水粘性組成物がアルギン酸ナトリウムを 2 重量%以上含むものである、請求項 1 乃至 3 のいずれかに記載のキット。

(以下、上記請求項に係る発明を「本件特許発明 4」という。)

**【請求項 5】**

含有粘性組成物が水を 87 重量%以上含むものである、請求項 1 乃至 4 のいずれかに記載のキット。

(以下、上記請求項に係る発明を「本件特許発明 5」という。)

**【請求項 7】**

請求項 1～5 のいずれかに記載のキットから得ることができる二酸化炭素含有粘性組成物を含む部分肥満改善用化粧品。

(以下、上記請求項に係る発明を「本件特許発明 7」という。)

**【請求項 8】**

顔、脚、腕、腹部、脇腹、背中、首、又は顎の部分肥満改善用である、請求項 7 に記載の化粧品。

(以下、上記請求項に係る発明を「本件特許発明 8」という。)

**【請求項 9】**

部分肥満改善用化粧品，或いは水虫，アトピー性皮膚炎又は褥創の治療用医薬組成物として使用される二酸化炭素含有粘性組成物を調製する方法であって，

1) 炭酸塩及びアルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物と，酸を含む顆粒（細粒，粉末）剤；又は

2) 炭酸塩及び酸を含む複合顆粒（細粒，粉末）剤と，アルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物；

を用いて，含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させることにより気泡状の二酸化炭素を含有する二酸化炭素含有粘性組成物を調製する工程を含み，含水粘性組成物が，二酸化炭素を気泡状で保持できるものである，二酸化炭素含有粘性組成物の調製方法。

（以下，上記請求項に係る発明を「本件特許発明 9」という。）

**【請求項 10】**

調製される二酸化炭素含有粘性組成物が，二酸化炭素を 5～90 容量%含有するものである，請求項 9 に記載の調製方法。

（以下，上記請求項に係る発明を「本件特許発明 10」という。）

**【請求項 11】**

含水粘性組成物が，含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させた後にメスシリンダーに入れたときの容量を 100 としたとき，2 時間後において 50 以上の容量を保持できるものである，請求項 9 又は 10 に記載の調製方法。

（以下，上記請求項に係る発明を「本件特許発明 11」という。）

**【請求項 12】**

含水粘性組成物がアルギン酸ナトリウムを 2 重量%以上含むものである，請求項 9 乃至 11 のいずれかに記載の調製方法。

（以下，上記請求項に係る発明を「本件特許発明 12」という。）

【請求項 1 3】

含有粘性組成物が水を 87 重量%以上含むものである，請求項 9 乃至 12 のいずれかに記載の調製方法。

(以下，上記請求項に係る発明を「本件特許発明 1 3」という。)

(3) 構成要件の分説

本件各特許発明は，以下のとおり分説することができる。

ア 本件特許発明 1

1-A 部分肥満改善用化粧品，或いは水虫，アトピー性皮膚炎又は褥創の治療用医薬組成物として使用される二酸化炭素含有粘性組成物を得るためのキットであって，

1-B 炭酸塩及びアルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物と，酸を含む顆粒（細粒，粉末）剤の組み合わせ；又は炭酸塩及び酸を含む複合顆粒（細粒，粉末）剤と，アルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物の組み合わせからなり，

1-C 含水粘性組成物が，二酸化炭素を気泡状で保持できるものであることを特徴とする，

1-D 含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させることにより気泡状の二酸化炭素を含有する前記二酸化炭素含有粘性組成物を得ることができるキット。

イ 本件特許発明 2

2-A 得られる二酸化炭素含有粘性組成物が，二酸化炭素を 5～90 容量%含有するものである，

2-B 請求項 1 に記載のキット。

ウ 本件特許発明 3

3-A 含水粘性組成物が，含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させた

後にメスシリンダーに入れたときの容量を100としたとき、2時間後において50以上の容量を保持できるものである、

3-B 請求項1又は2に記載のキット。

エ 本件特許発明4

4-A 含水粘性組成物がアルギン酸ナトリウムを2重量%以上含むものである、

4-B 請求項1乃至3のいずれかに記載のキット。

オ 本件特許発明5

5-A 含有粘性組成物が水を87重量%以上含むものである、

5-B 請求項1乃至4のいずれかに記載のキット。

カ 本件特許発明7

7-A 請求項1～5のいずれかに記載のキットから得ることができる二酸化炭素含有粘性組成物を含む

7-B 部分肥満改善用化粧品。

キ 本件特許発明8

8-A 顔、脚、腕、腹部、脇腹、背中、首、又は顎の部分肥満改善用である、

8-B 請求項7に記載の化粧品。

ク 本件特許発明9

9-A 部分肥満改善用化粧品、或いは水虫、アトピー性皮膚炎又は褥創の治療用医薬組成物として使用される二酸化炭素含有粘性組成物を調製する方法であって、

9-B 1) 炭酸塩及びアルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物と、酸を含む顆粒(細粒、粉末)剤;又は

2) 炭酸塩及び酸を含む複合顆粒(細粒、粉末)剤と、アルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物;

を用いて、含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させることにより気泡状の二酸化炭素を含有する二酸化炭素含有粘性組成物を調製する工程を含み、

- 9-C 含水粘性組成物が、二酸化炭素を気泡状で保持できるものである、
- 9-D 二酸化炭素含有粘性組成物の調製方法。

ケ 本件特許発明 10

- 10-A 調製される二酸化炭素含有粘性組成物が、二酸化炭素を5～90容量%含有するものである、
- 10-B 請求項9に記載の調製方法。

コ 本件特許発明 11

- 11-A 含水粘性組成物が、含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させた後にメスシリンダーに入れたときの容量を100としたとき、2時間後において50以上の容量を保持できるものである、
- 11-B 請求項9又は10に記載の調製方法。

サ 本件特許発明 12

- 12-A 含水粘性組成物がアルギン酸ナトリウムを2重量%以上含むものである、
- 12-B 請求項9乃至11のいずれかに記載の調製方法。

シ 本件特許発明 13

- 13-A 含有粘性組成物が水を87重量%以上含むものである、
- 13-B 請求項9乃至12のいずれかに記載の調製方法。

(4) 原告と被告サンクスとの間における従前からの経緯（甲3の1・2）

ア 原告から被告サンクスに対する製造委託

原告は、平成11年9月から、本件各特許発明の実施品である製品（以下「原告製品」という。）を製造販売していた。

原告は、被告サンクスに対し、平成13年10月20日から原告製品の

製造を委託した。

イ 原告と被告サンクスとの間における前件訴訟

原告は、被告サンクスが、原告に対し、前記製造委託契約を解除する旨の意思表示をした後、原告に無断で、原告製品の類似品である別紙被告製品目録記載1から3までの製品（以下、同目録記載の製品を番号順に「被告製品1」などといい、併せて「被告各製品」という。）を製造販売するなどしたとして、平成16年7月1日、前記製造委託契約の債務不履行に基づき、上記各製品の製造販売の差止め及び損害賠償を求める訴え（大阪地方裁判所平成16年(ワ)第7539号損害賠償等請求事件）を提起した。同事件では、平成18年4月27日、被告サンクスに対し、上記各製品の製造販売の差止め及び損害賠償として200万円の支払を命じる判決がされ、同年5月12日、確定した。なお、上記損害賠償額は、前記製造委託契約の解除による逸失利益及び平成15年10月ころから平成16年5月末までの上記被告各製品の販売による損害を算定することが困難であったことから、民事訴訟法248条を適用して算定されたものである。

(5) 被告らの行為

ア 被告サンクス

被告サンクスは、被告製品1から6まで及び8を製造し、被告カルゥに販売した（被告製品6につき乙15）。

イ 被告サレア

被告サレアは、被告製品4から6までを製造し、これらの製品と被告製品7-1を被告カルゥに販売した。

ウ 被告カルゥ

被告カルゥは、被告製品5から12までを販売した（被告カルゥが、被告製品4及び13を販売したことについては、後記のとおり争いがある。）

エ 被告各製品

被告各製品は、いずれも、ジェル剤と顆粒剤とからなるキットであり、容器でジェル剤と顆粒剤を混ぜ合わせ、肌に直接塗布して使用する化粧品である（甲10、12の各1・2、甲13、15、16、甲17の1～8、甲18、甲19、20の各1～3、甲21～23の各1・2、甲28の1～3、弁論の全趣旨）。

また、被告各製品は、いずれも、ジェル剤として水、アルギン酸ナトリウム及び炭酸水素ナトリウムを使用し、顆粒剤として、コハク酸又はアスコルビン酸を使用している（甲9、27、弁論の全趣旨）。

## 2 原告の請求

原告は、被告らの行為について、本件特許発明1から5までに關する直接侵害及び同7から13までに關する特許法101条1号又は2号の間接侵害（被告製品13については本件各特許発明1から5までに關する直接侵害と本件特許発明7及び8に關する間接侵害）が成立するとして、以下の請求をしている。

### （1）被告サンクスに対する請求

- ア 本件特許権に基づく被告製品1から6まで、8及び14の各製品の製造販売等の差止め
- イ 本件特許権に基づく前項記載の各製品の廃棄
- ウ 特許法65条1項に基づく一部請求として1400万円の補償金及びこれに対する本件特許が登録された日の翌日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払（ただし、被告カルゥと連帯して）

### （2）被告サレアに対する請求

- ア 本件特許権に基づく被告製品4から7-1まで及び14の各製品の製造販売等の差止め
- イ 本件特許権に基づく前項記載の各製品の廃棄
- ウ 特許法65条1項に基づく2億6320万2450円の補償金及びこれに対する本件特許が登録された日の翌日から支払済みまで民法所定の年5

分の割合による遅延損害金の支払（ただし、被告カルゥと連帯して。なお、後記第3の8【原告の主張】（2）エのとおり、原告は、上記補償金の額について、主位的には1億7113万2900円、予備的には985万0379円であると主張するに至っているものの、請求の減縮はしていない。）

（3）被告カルゥに対する請求

ア 本件特許権に基づく被告製品4から14までの各製品の製造販売等の差止め

イ 本件特許権に基づく前項記載の各製品の廃棄

ウ 特許法65条1項に基づく一部請求として3億円の補償金及びこれに対する本件特許が登録された日の翌日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払（ただし、前記（1）ウ及び（2）ウの各限度でその余の被告らと連帯して）

エ 不法行為に基づく1億円の損害賠償及びこれに対する本件訴状送達の日  
の翌日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払（なお、後記第3の9【原告の主張】エのとおり、原告は、上記損害賠償の額について、5726万7840円であると主張するに至っているものの、請求の減縮はしていない。）

3 争点

（1）被告各製品は、本件各特許発明の技術的範囲に属するか（争点1）

（2）本件特許は、特許無効審判により無効にされるべきものであるか

ア 本件各特許発明は、当業者が、本件特許の優先日前に頒布された特公平7-8779号公報（以下「乙2公報」という。）に記載された発明（以下「乙2発明」という。）に基づいて容易に発明することができたものであるか（争点2-1）

イ 本件各特許発明は、当業者が、本件特許の優先日前に頒布された特開昭60-215606号公報（以下「乙3公報」という。）に記載された発明

(以下「乙3発明」という。)に基づいて容易に発明することができたものであるか (争点2-2)

ウ 本件特許には、実施可能要件又はサポート要件の違反があるか (争点2-3)

エ 本件特許には、明確性要件の違反があるか (争点2-4)

オ 本件特許に係る補正は、違法なものであるか (争点2-5)

(3) 被告カルゥは、被告製品4及び1-3を販売したか (争点3)

(4) 補償金請求の可否 (争点4)

(5) 損害賠償請求の可否 (争点5)

### 第3 争点に関する当事者の主張

1 争点1 (被告各製品は、本件各特許発明の技術的範囲に属するか) について

#### 【原告の主張】

以下のとおり、被告各製品は、本件各特許発明の各構成要件をいずれも充足するから、本件各特許発明の技術的範囲に属するものである。

(1) 被告各製品の構成

ア 被告各製品は、次の構成からなるものである。

a 脂肪代謝の活性化、たるみ改善、リフトアップ、小顔等の部分痩せ効果を有するジェル状化粧品として使用される二酸化炭素を含有するジェルを得るためのキットであって、

b 炭酸水素ナトリウム及びアルギン酸ナトリウムを含有するジェル剤と、コハク酸、リンゴ酸又はアスコルビン酸を含む顆粒剤の組み合わせからなり、

c ジェル剤と顆粒剤を混ぜ合わせたジェルが、二酸化炭素を気泡状で保持できる、

d ジェル剤の中で炭酸塩とコハク酸、リンゴ酸又はアスコルビン酸を反応させることにより気泡状の二酸化炭素を含有するジェルを得ること

ができるキット。

イ 被告各製品の有する他の構成

被告サンクスは、当初、原告のOEM製品を製造していたものであり、その後も、大きな成分比率の変更はなされていないことに鑑みると、被告各製品が以下の構成を具備するものであることは明らかである。

e 前記アdの反応によって発生する二酸化炭素の含有量は、ジェル剤の5～90容量%の範囲に収まる。

f ジェル中で炭酸水素ナトリウムと酸を反応させた後にメスシリンダーに入れたときの容量を100としたとき、2時間後において50以上の容量を保持できる。

g ジェル剤は、アルギン酸ナトリウムを2重量%以上含む。

h ジェル剤は、水を87重量%以上含む。

(2) 対比

ア 本件特許発明1

前記(1)アで指摘した被告各製品の構成は、次のとおり、本件特許発明1の各構成要件に相当するから、被告各製品は、いずれも、本件特許発明1の各構成要件を充足する。

構成aは、構成要件1-Aに相当する。

構成bは、構成要件1-Bに相当する。

構成cは、構成要件1-Cに相当する。

構成dは、構成要件1-Dに相当する。

イ 本件特許発明2～5

前記(1)イで指摘した被告各製品の構成は、次のとおり、本件特許発明2から5までの各構成要件に相当するから、被告各製品は、本件特許発明2から5までの各構成要件を充足する。

構成eは、構成要件2-Aに相当するから、被告各製品は、本件特許発

明 2 の各構成要件を充足する。

構成 f は，構成要件 3 - A に相当するから，被告各製品は，本件特許発  
明 3 の各構成要件を充足する。

構成 g は，構成要件 4 - A に相当するから，被告各製品は，本件特許発  
明 4 の各構成要件を充足する。

構成 h は，構成要件 5 - A に相当するから，被告各製品は，本件特許発  
明 5 の各構成要件を充足する。

#### ウ 本件特許発明 7

前記アのとおり，被告各製品は，ジェル剤と顆粒剤のキットからなる化  
粧料であり，本件特許発明 1 の各構成要件を充足する。被告各製品を購入  
した需要者は，上記 2 剤を混ぜ合わせて，自らジェル状の「部分肥満改善  
用化粧品」を生成することが予定されており，それ以外の用途は考えられ  
ない。また，上記 2 剤のキットは本件特許発明 7 の課題解決のために不可  
欠なものであり，被告らは，被告各製品が，「部分肥満改善用化粧品」を生  
成するために使用されることを認識している。

したがって，被告各製品を製造，販売する行為は，本件特許発明 7 に係  
る特許権の間接侵害に当たる。

#### エ 本件特許発明 8

前記ウのとおり，被告各製品の製造，販売は，本件特許発明 7 に係る特  
許権の間接侵害に当たるところ，被告各製品は，主に顔の部分肥満改善に  
使用されているので，被告各製品を製造，販売する行為は，本件特許発明  
8 に係る特許権の間接侵害に当たる。

#### オ 本件特許発明 9

前記(1)ア，(2)アのとおり，被告各製品は，ジェル剤と顆粒剤のキッ  
トからなる化粧品であり，本件特許発明 1 の各構成要件を充足するもので  
あるところ，本件特許発明 9 は，本件特許発明 1 の 2 剤を使用して二酸化

炭素含有粘性組成物を調製する方法を内容としている。

そして、被告各製品は、それを購入した需要者によって、上記2剤を混ぜ合わせて、自ら二酸化炭素を含んだジェル状の「部分肥満改善用化粧品」を調製することが予定されており、それ以外の用途は考えられない。また、上記2剤のキットは、本件特許発明9の課題解決のために不可欠なものであり、被告らは、被告各製品が「部分肥満改善用化粧品」を調製するために使用されることを認識している。

したがって、被告各製品を製造、販売する行為は、本件特許発明9に係る特許権の間接侵害に当たる。

カ 本件特許発明10～13

前記(1)イで指摘した被告各製品の構成は、次のとおり、本件特許発明10～13までの各構成要件に相当する。

構成eは、構成要件10-Aに相当する。

構成fは、構成要件11-Aに相当する。

構成gは、構成要件12-Aに相当する。

構成hは、構成要件13-Aに相当する。

前記オのとおり、被告各製品を製造、販売する行為は、本件特許発明9に係る特許権の間接侵害に当たるところ、上記のとおり、被告各製品は、本件特許発明10から13までの構成要件Aを充足するので、被告各製品を製造、販売する行為は、本件特許発明10～13までの各発明に係る特許権の間接侵害にも当たる。

(3) 上記各構成要件の「部分肥満改善」について

ア 「部分肥満改善」の意義

「部分肥満改善」とは、「肥満を部分的に改善すること」をいい、「部分肥満改善用化粧品」とは、特定の部位の肥満を改善する効果を有する化粧料をいう。例えば、当該化粧料を顔に使用すれば、顔の肥満が解消され、

いわゆる「小顔」効果が得られることになり、腕や足などの部位に使用すれば、その部位の肥満を改善させる効果が得られる。

イ 被告各製品の「部分肥満改善用化粧品」該当性

被告各製品のパンフレットやその他の広告宣伝には、「部分痩せ」「小顔」「脂肪代謝の活性化」などの効果が記載されている。

「部分痩せ」が「部分肥満改善」と同義であることは明らかであり、「小顔」も顔の部分痩せ効果を意味する。「脂肪代謝の活性化」は、肥満を改善させるメカニズムをそのまま表したものである。

したがって、被告各製品は、いずれも「部分肥満改善用化粧品」に当たる。

**【被告らの主張】**

被告各製品は、いずれも「部分肥満改善」効果を奏するものではなく、少なくとも構成要件1-A, 7-B, 8-A及び9-Aを充足するものではないから、本件各特許発明の技術的範囲に属するものではない。

(1) 【原告の主張】(1)及び(2)は否認ないし争う。

(2) 上記各構成要件の「部分肥満改善」について

ア 「部分肥満改善」の意義

本件明細書の記載によれば、「1回の使用ですぐ効果が得られる」ものは「肌質改善等の美容目的」のものとされており、本件各特許発明の「部分肥満改善」は「1日1回の使用を1か月以上」という比較的長期間にわたり継続することにより得られる効果とされている。

イ 被告各製品の「部分肥満改善用化粧品」該当性

被告各製品は、「1日1回の使用を1か月以上」という比較的長期間にわたり使用を継続することを必要とするものではないから、「肌質改善等の美容目的」に用いられるものである。

そもそも被告各製品は、「脂肪代謝の活性化,たるみ改善,リフトアップ,

小顔，部分痩せ」の効果を奏するものではないから，「部分肥満改善用化粧料」には当たらない。

2 争点 2-1 (本件各特許発明は，当業者が，乙 2 発明に基づいて容易に発明することができたものであるか) について

**【被告らの主張】**

以下のとおり，本件各特許発明は，当業者が，乙 2 発明に基づいて容易に発明することができたものである。

(1) 乙 2 公報に記載された発明

乙 2 公報には，以下の構成要件からなる発明（乙 2 発明）が記載されている。

A 用時混合型発泡性化粧料であり，2 剤型である。

B-1 水溶性高分子及び／又は粘土鉱物と炭酸塩とを常温固形のポリエチレングリコールで被覆した固形物を第 2 剤とする。

B-2 酸性物質を水に溶解して得られる水溶液を第 1 剤とする。

D 炭酸ガスの泡が徐々に発生すると共に水溶性高分子及び／又は粘土鉱物の粘性によって安定的な泡を生成し，炭酸ガスの保留性を高めることができる。

(2) 乙 2 発明と本件各特許発明との対比

ア 一致点

乙 2 発明と本件各特許発明は，いずれも二酸化炭素含有粘性組成物を得るためのものである。

乙 2 発明の「発泡性化粧料」は「炭酸ガスによる血行促進作用によって皮膚を賦活化させる」ものであるから，本件各特許発明の「部分肥満改善用化粧料」と実質的に同一のものである。

本件各特許発明のアルギン酸ナトリウムは，乙 2 発明の水溶性高分子及び／又は粘土鉱物に含まれる。

## イ 相違点

乙2発明が「水溶液」と「常温固型のポリエチレングリコールで被覆した固型物」とを組み合わせるものであるのに対し、本件各特許発明は「含水粘性組成物」と「顆粒（細粒，粉末）剤」とを組み合わせるものである。

### （3）容易想到性

乙2発明と本件各特許発明の実質的な作用効果は同じであり、前記（2）イの相違点は、本件各特許発明が乙2発明の作用効果の持続時間を延長したことによるものであって、単なる設計事項にすぎない。

#### 【原告の主張】

以下のとおり、本件各特許発明は、当業者が、乙2発明に基づいて容易に発明することができたものではない。

### （1）乙2発明と本件各特許発明との対比

乙2発明は、酸を含む水溶液（第1剤，非ゲル状）と炭酸塩及び水溶性高分子（増粘剤）を含む固型物（第2剤，非ゲル状）を組み合わせるものである。これによれば、酸を含む水と炭酸塩及び増粘剤を含む顆粒が混合された後、増粘剤が増粘するまでの間に発生した二酸化炭素が空気中に拡散されることになり、気泡状の二酸化炭素を十分に保持できるものではない。

これに対し、本件各特許発明は、「酸を含む顆粒」と、「炭酸塩と水溶性高分子（アルギン酸ナトリウム等の増粘剤）と水を含む含水粘性組成物（含水ゲル）」を組み合わせるものである。含水粘性組成物中において、炭酸塩と酸を反応させて二酸化炭素を発生させるものであるから、気泡状の二酸化炭素を保持する量、ひいては二酸化炭素の皮下への供給量が大きいものである。

### （2）容易想到性

乙2発明は、酸を含む水溶液（第1剤，非ゲル状）を炭酸塩及び水溶性高分子（増粘剤）を含む固型物（第2剤，非ゲル状）と組み合わせることを不可欠の構成とするものである。したがって、乙2発明の第1剤を本件各特許

発明の「酸を含む顆粒」に、第2剤を本件各特許発明の「炭酸塩と水溶性高分子（増粘剤）と水を含む含水粘性組成物（含水ゲル）」に、それぞれ変更するには阻害要因がある。

そもそも乙2発明において、「炭酸塩及びアルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物」と「酸を含む顆粒」の組合せという本件各特許発明の構成を採用する動機づけは皆無である。

乙2公報には、炭酸ガスに血行促進作用のあることが記載されているにすぎず、部分肥満改善の用途に使用できることを示唆する記載もない。血行促進によって皮膚に一時的な恩恵をもたらすことは予測できても、部分肥満を劇的に改善できることまでは到底予測することができるものではない。

以上のとおり、本件各特許発明の構成は乙2発明から導き出されるものではないし、本件各特許発明の効果も乙2発明から予測することができる効果を遙かに超える格別顕著なものである。

### 3 争点2-2（本件各特許発明は、当業者が、乙3発明に基づいて容易に発明することができたものであるか）について

#### 【被告らの主張】

以下のとおり、本件各特許発明は、当業者が、乙3発明に基づいて容易に発明することができたものである。

#### (1) 乙3発明の内容

乙3公報の製造例4には、以下の構成要件からなる発明（乙3発明）が記載されている。

A 炭酸ガス（二酸化炭素ガス）による血行促進作用を有するパック剤の発明である。当該パック剤は、ポリビニルアルコール、カルボキシメチルセルロース、各種天然ガム質等の水性粘性物質を主剤とし、これに種々の添加成分を配合したものである。造膜過程において皮膚に刺激を与え、血行を促進すると共に、皮膚表面の汚れを吸着して清浄する皮膜化粧品の一つ

である。

- B 炭酸塩と酸を組み合わせて二酸化炭素を発生させるものである。
- C 炭酸塩及びポリビニルアルコールとカルボキシメチルセルロースナトリウムを含む含水粘性組成物である。
- D 含水粘性組成物中で炭酸塩と酸を反応させることにより、気泡状の二酸化炭素を含有する二酸化炭素含有粘性組成物を得ることができる。

## (2) 乙3発明と本件各特許発明との対比

### ア 本件特許発明1及び9との対比

乙3公報には、水性粘性物質、増粘剤及びポリビニルアルコールとカルボキシメチルセルロースナトリウムが記載されているものの、本件特許発明1及び9のアルギン酸ナトリウムは明示されていない。

乙3公報には、本件特許発明1及び9の「顆粒（細粒，粉末）剤」に相当する記載及び部分肥満改善用である旨の記載がない。

### イ 本件特許発明2及び10との対比

乙3公報には、「二酸化炭素を5～90容量%含有する」に相当する記載がない。

### ウ 本件特許発明3及び11との対比

乙3公報には、「メスシリンダーに入れたときの容量を100としたとき、2時間後において50以上の容量を保持できる」に相当する記載がない。

### エ 本件特許発明4及び12との対比

乙3公報には、アルギン酸ナトリウムの含有量に関する記載がない。

### オ 本件特許発明5及び13との対比

乙3公報には、水がどの程度含まれるかに関する記載がない。

### カ 本件特許発明7及び8との対比

前記アのとおり、乙3公報には、部分肥満改善用である旨の記載がない。

## (3) 容易想到性

ア 本件特許発明 1 及び 9

乙 3 公報の水溶性粘性物質又は増粘剤である「ポリビニルアルコールとカルボキシメチルセルロースナトリウム」に代えて、他の公知文献（乙 2，乙 4～6）に記載された「アルギン酸ナトリウム」を採用することは容易である。

前記 2【被告の主張】のとおり、乙 2 公報には「常温固型のポリエチレングリコールで被覆した固型物」が記載されており、これは本件特許発明 1 及び 9 の顆粒（細粒，粉末）剤に相当する。したがって、この乙 2 発明の構成を乙 3 発明の構成に採用することも容易である。

乙 3 公報には、「本パック剤は使用時内容物を吐出させて被パック部位に塗布する。」という記載があり、これは「部分肥満改善用化粧品」に相当する記載である。

イ 本件特許発明 2 及び 1 0

本件特許発明 2 及び 1 0 の数値は何らの限定にもなっておらず、せいぜい二酸化炭素含有量を好適範囲に保つということの意味するものにすぎない。したがって、当業者であれば容易に想到し得る構成である。

ウ 本件特許発明 3 及び 1 1

乙 2 公報にはガス保留試験が記載されており、当該試験においてシリンダー（直径 5 cm，高さ 5 0 cm）に入れた泡の高さを測定すると 2 5 cm 以上であるとされている。これを容積に変換すると、4 9 0 . 6 ml 以上であり、容積比率は 5 0 以上である。

当該構成を乙 3 発明の構成に採用することも容易である。

エ 本件特許発明 4 及び 1 2

含水粘性組成物の粘性又は発泡性を考慮して含有量をどの程度にするかは、当業者にとって適宜設定することが容易な事項である。

オ 本件特許発明 5 及び 1 3

本件特許出願に係る当初明細書では、含水粘性組成物が水を87重量%以上含むことによる臨界的意義は明示されておらず、単に本件明細書の実施例20の「89.6重量部」を基準に定められたものにすぎない。

カ 本件特許発明7及び8

前記アのとおり、乙3公報には、「部分肥満改善用化粧品」に相当する記載がある。

### 【原告の主張】

以下のとおり、本件各特許発明は、当業者が、乙3発明に基づいて容易に発明することができたものではない。

#### (1) 乙3発明の内容

乙3公報には、炭酸ガス又は炭酸ガス発生物質を含有するパック剤が記載されている。製造例4は、ゲル化剤としてポリビニルアルコール及びカルボキシメチルセルロースナトリウムを含むとともに炭酸水素ナトリウムを含むA剤と、ゲル化剤としてポリビニルアルコールを含むとともに酒石酸を含むB剤とを、使用時に混合して使用するパック剤である(乙3発明)。

#### (2) 乙3発明と本件各特許発明との対比

本件各特許発明の含水粘性組成物(含水ゲル)はアルギン酸ナトリウムを含むものであるのに対し、乙3公報には、アルギン酸ナトリウムを配合することに関する記載も示唆もない。

#### (3) 容易想到性

ア 動機付けや示唆の不存在

前記(2)のとおり、乙3公報には、アルギン酸ナトリウムを配合することに関する記載も示唆もない。

イ 阻害要因

本件各特許発明に含まれるアルギン酸ナトリウムは、二酸化炭素を気泡状で保持することができる粘性を備えるものの、造膜成分としては機能し

ないものである。皮膚に塗布しても乾燥して皮膜が形成されることはなく、粘性を有する状態が保持され、発生した二酸化炭素を効率的に維持する状態を保ち、持続的に皮膚に浸透させることにより、部分肥満を改善することができるものである。

これに対し、乙3発明は、皮膚上で乾燥させて皮膜を形成させるパック剤であり、造膜過程において皮膚に刺激を与えて血行を促進するとともに、皮膚表面の汚れを吸着して清浄する化粧品に係る発明である。発生した二酸化炭素を効率的に維持し、皮膚に対する浸透量を増大させることを目的とするものではなく、本件各特許発明と乙3発明とは課題が全く異なる。

以上によれば、乙3発明にアルギン酸ナトリウムを採用するには阻害要因があるといえる。

ウ 「部分肥満改善用化粧品」という用途に関する記載も示唆もないこと

乙3公報及びその他の被告らが引用する刊行物（乙2，4～6）には、二酸化炭素に血行促進作用があること又は発生した二酸化炭素により皮膚に物理的刺激を与えられることが記載されている。しかしながら、部分肥満を改善する効果については一切記載がなく、示唆もない。

エ 本件特許発明2から5まで及び7から13まで

本件特許発明2から5まで及び7から13までは、本件特許発明1に従属する発明又は本件特許発明1と実質的に同一の発明若しくはこれに従属する発明である。

したがって、これらの発明についても、前記アないしウと同様の理由により、当業者が容易に発明することができたものではない。

4 争点2－3（本件特許には、実施可能要件又はサポート要件の違反があるか）  
について

**【被告らの主張】**

以下のとおり、本件特許には、実施可能要件又はサポート要件の違反がある。

(1) 本件明細書の記載

本件明細書には、本件各特許発明による部分肥満改善効果について以下の試験例が記載されている。

ア 試験例 8

「41歳男性。ふっくらとした頬と太いウエストを痩せさせたいと希望し、実施例 8 の組成物を 1 日 1 回 15 分間右頬に 30g、腹部に 100g 塗布した。2ヶ月後に右頬が 5 名の評価者全員により明らかに小さくなったと判断された。腹部はウエストが 6 cm 減少した。」

イ 試験例 9

「37歳女性。ふっくらとした頬と荒れ肌、肌のくすみに悩み、種々の化粧品を試したが効果が得られなかった。実施例 20 の組成物 50g を 1 日 1 回 10 分間顔全体に塗布したところ、1 回目の塗布で肌のくすみが消えて白くなり、きめ細かい肌になった。2週間後には 3 名の評価者全員により、顔がちいさくなったと判断された。」

ウ 試験例 13

「36歳女性。二の腕の太さを気にしていたため、実施例 18 の組成物 30g を左の二の腕に塗布し、食品包装用フィルム（製品名サランラップ、旭化成社製）をその上からまいて 6 時間放置したところ、二の腕の周囲長が 2 cm 減少した。」

(2) 実施可能要件又はサポート要件の違反があること

ア 二酸化炭素の作用により前記(1)の試験例のような効果を得られないことは、一般常識及び医学的見地から明らかである。

したがって、本件各特許発明に係る請求項の記載は、実施可能性が示されておらず(実施可能要件違反)、その作用効果も発明の詳細な説明の記載によって裏付けられていない(サポート要件違反)。

イ 本件各特許発明は、含水粘性組成物と酸を含む顆粒(細粒、粉末)を組

み合わせたものであるところ、前記(1)の各試験例で用いられた組成物は、いずれもクエン酸である。

酸を含む顆粒剤と酸とは全く別物であり、本件各特許発明に係る請求項の記載は、いずれも前記(1)の各試験例によって裏付けられているとはいえない(サポート要件違反)。

#### 【原告の主張】

以下のとおり、本件特許に実施可能要件又はサポート要件の違反はない。

##### (1) 追加試験結果

前記【被告らの主張】(1)の本件明細書の記載に加え、実験成績証明書(甲32)によれば、本件特許に係る二酸化炭素含有粘性組成物に部分肥満改善の効果があることは明らかである。なお、上記実験成績証明書は、平成22年9月6日付けで特許庁に提出した意見書に記載された実験結果をまとめたものである。

##### (2) 実施可能要件又はサポート要件の違反はないこと

ア 血中の二酸化炭素濃度が高まると、酸素がヘモグロビンから解離しやすくなること(ボーア効果)が知られており、二酸化炭素による生理機能への影響は医学的見地からも明らかである。本件特許出願前にボーア効果は知られていたものの、ボーア効果によって部分肥満を改善できることは明らかにされておらず、多量の二酸化炭素を経皮吸収させる技術も知られていなかった。このような状況の中で、本件各特許発明は、気泡状の二酸化炭素を含水粘性組成物中に封じ込めることにより多量の二酸化炭素を皮下組織に供給することで、部分肥満が改善できることを確認したものである。

これらのことは、本件明細書に記載された前記【被告らの主張】(1)の各試験例及び前記(1)の追加試験結果によって十分に裏付けられており、当業者が十分に認識することができる事項である。

したがって、本件特許に実施可能要件又はサポート要件の違反はない。

イ 本件各特許発明の「酸を含む顆粒（細粒，粉末）剤」は，酸と他の成分から構成されるものに限定はされず，酸のみから構成されるものも当然に含まれる。

周知のとおり，クエン酸は常温において粉末状の酸であるから，「酸を含む粉末剤」に当たるのであり，前記【被告らの主張】（２）イには理由がない。

5 争点２－４（本件特許には，明確性要件の違反があるか）について

**【被告らの主張】**

「部分肥満改善」という概念は，一般に用いられているものではない。

本件明細書の記載によれば，「部分肥満改善」とは「肥満を部分的に改善すること」をいうものであるが，前記４【被告らの主張】（２）アのとおり，一般常識又は医学的見地からして部分的に肥満が改善されることはあり得ない。

したがって，本件特許は，一般常識及び医学的見地からして理解しがたい用途限定を付したものであるから，明確性要件に違反する。

**【原告の主張】**

エステや化粧料の分野において，「部分肥満改善」とは部分痩せを意味する単語として一般に認識されている。

本件明細書では，「顔，脚，腕，腹部，脇腹，背中，首，顎などの部分肥満を改善できる」，「部分痩せ」等の文言を用いて「部分肥満改善」の意義を説明しており，上記の一般的理解と何ら異なるものではない。

6 争点２－５（本件特許に係る補正は，違法なものであるか）について

**【被告らの主張】**

以下のとおり，本件特許に係る補正は，特許法１７条の２第３項に違反する違法なものである。

（１）平成１９年２月６日付け補正

当該補正は，請求項１（本件特許発明１）に「部分肥満改善用化粧料」の

文言を追加したものである。

本件特許出願に係る当初の明細書には、「痩身化粧品」「部分肥満に有効な製剤」の記載はあるものの、「部分肥満改善用化粧品」という記載はない。

したがって、上記補正は明細書に記載した事項の範囲外のものである。

(2) 平成22年9月6日付け補正

当該補正は、請求項1（本件特許発明1）に「酸及び増粘剤を含む顆粒（細粒，粉末）剤」の文言を追加したものである。

上記補正は、前記4【被告らの主張】(1)の試験例に係る記載を根拠にするものであるが、前記のとおり、これらの試験例で用いられたのはクエン酸であり、「酸を含む顆粒（細粒，粉末）剤」ではない。

したがって、上記補正も明細書に記載した事項の範囲外のものである。

**【原告の主張】**

以下のとおり、本件特許に係る補正は、特許法17条の2第3項に違反するものではない。

(1) 平成19年2月6日付け補正

「製剤」は化粧品と医薬の双方を含む語であり、「部分肥満に有効な製剤」と「部分肥満改善用化粧品」が別のものであるとする被告らの主張は誤りである。

また、本件特許出願に係る当初明細書には、「所望する部位に使用すれば、その部位を痩せさせられる二酸化炭素含有粘性組成物」、「該組成物が、…部分肥満解消作用…なども有することを発見して本発明を完成した」、「顔、脚、腕、腹部、背中、首、顎などの部分肥満を改善できる項27記載の痩身化粧品」、「化粧品としては、部分痩せ…効果などがあり」、「本発明の組成物は、…所望する部位に使用すれば、その部位を痩せさせられる。」等の記載がある。

これらの記載からしても、上記補正は明細書に記載した事項の範囲外のも

のではない。

(2) 平成22年9月6日付け補正

本件特許出願に係る当初の請求の範囲には「炭酸塩含有含水粘性組成物と酸の顆粒（細粒，粉末）剤を含む項6記載のキット」等の記載があるが、「酸の顆粒（細粒，粉末）剤」と「酸を含む顆粒（細粒，粉末）剤とは実質的に同一の概念であるから，何ら新規事項を追加してはいない。

したがって，上記補正も明細書に記載した事項の範囲内のものである。

7 争点3（被告カルゥは，被告製品4及び13を販売したか）について

**【原告の主張】**

被告カルゥは，株式会社グレース・アイコに対し，被告製品4及び13を販売していた。

**【被告カルゥの主張】**

否認する。

8 争点4（補償金請求の可否）について

**【原告の主張】**

以下のとおり，被告らは，被告各製品の製造販売について特許法65条に基づく補償金支払義務を負う。

(1) 被告サンクス

ア 本件各特許発明に関する悪意

被告サンクスは，前提事実(4)のとおり，原告から本件各特許発明に関する製品の製造委託を受けた平成13年10月20日ころには，本件各特許発明の内容を知っていた。

イ 上記製造委託契約解除後，本件特許登録前における販売数量及び売上高

(ア) 被告製品1

販売数量1万2000回分

売上高89万7000円

(イ) 被告製品 2

販売数量 1 万 0 9 0 8 回分

売上高 9 8 万 6 2 6 5 円

(ウ) 被告製品 3

販売数量 7 7 0 0 回分

売上高 1 8 7 万 3 1 0 0 円

(エ) 被告製品 4

販売数量 1 9 4 万 9 0 9 2 回分

売上高 1 億 6 0 6 1 万 9 0 2 6 円

(オ) 被告製品 6

販売数量 1 9 万 2 8 1 3 回分

売上高 1 5 0 1 万 4 2 2 5 円

(カ) 被告製品 8

販売数量 2 万 3 4 0 0 回分

売上高 2 0 0 万 2 0 0 0 円

ウ 実施料率

化学分野の特許に関する実施料率の平均は約 5.3% であり, 判決において認定された実施料率の平均は約 6.1% (最大値は約 20%) である。

後記 9 のとおり, 被告各製品は 9 割以上の高い利益率の製品であるところ, 利益率に対する本件特許の寄与は大きい。

原告は, 本件特許権を侵害する製品を販売していた被告ら以外の第三者との間で, 実施料率に換算すると 11% に相当する支払を受ける内容の和解をした。

これらの事情からすれば, 実施料率は 10% が相当である。

エ 補償金額

(ア) 主位的主張

被告各製品の最終小売価格は1回分当たり平均約1500円であるところ、実施料はその10%である1回当たり150円が相当である（なお、このように計算した場合、被告サレア及び被告カルゥとの関係では重複する損害の限度で連帯債務となる。以下、被告サレア及び被告カルゥに対する請求についても同様である。）。

そうすると、補償金額は、前記イの販売数量合計219万5913回分に150円を乗じた3億2938万6950円となる。

[計算式]

$$2,195,913 \times 150 = 329,386,950$$

(イ) 予備的主張

仮に前記(ア)の主張が採用されないとしても、実施料は、売上高の10%が相当である。

そうすると、補償金額は、前記イの各売上高の10%を合計した1813万9160円となる。

(2) 被告サレア

ア 本件各特許発明に関する悪意

被告サレアは、被告サンクスの担当者であった P1 が設立した法人であり、平成18年4月12日に設立された当初から本件各特許発明の内容を知っていた。

イ 被告サレア設立後、本件特許登録前における販売数量及び売上高

(ア) 被告製品4

販売数量58万0886回分

売上高5518万4196円

(イ) 被告製品5及び6

販売数量合計48万8000回分

売上高合計3255万2000円

(ウ) 被告製品 7-1

販売数量 3万回分

売上高 201万円

(エ) 被告製品 9

販売数量 4万2000回分

売上高 875万7600円

ウ 実施料率

前記(1)ウと同じ。

エ 補償金額

(ア) 主位的主張

実施料は、被告各製品の最終小売価格の10%である1回当たり150円が相当である。

そうすると、補償金額は、前記イの販売数量合計114万0886回分に150円を乗じた1億7113万2900円となる。

[計算式]

$1,140,886 \times 150 = 171,132,900$

(イ) 予備的主張

仮に前記(ア)の主張が採用されないとしても、実施料は、売上高の10%が相当である。

そうすると、補償金額は、前記アの各売上高の10%を合計した985万0379円となる。

(3) 被告カルゥ

ア 本件各特許発明に関する悪意

原告は、被告カルゥに対し、平成16年12月21日付けで、本件各特許発明の内容を記載した書面を提示して警告をした。

イ 上記警告後、本件特許登録前における販売数量及び売上高

(ア) 被告製品 4 及び 1 3

販売数量合計 1 0 8 0 万 6 0 6 0 回分

売上高合計 2 7 億 0 1 5 1 万 5 0 0 0 円

(イ) 被告製品 6 から 1 2 まで

販売数量合計 5 0 万 5 3 2 0 回分

売上高合計 1 億 2 6 0 6 万 8 8 3 8 円

ウ 実施料率

前記(1)ウと同じ。

エ 補償金額

(ア) 主位的主張

実施料は、被告各製品の最終小売価格の 1 0 % である 1 回当たり 1 5 0 円が相当である。

そうすると、補償金額は、前記イの販売数量合計 1 1 3 1 万 1 3 8 0 回分に 1 5 0 円を乗じた 1 6 億 9 6 7 0 万 7 0 0 0 円が相当となる。

[計算式]

$11,311,380 \times 150 = 1,696,707,000$

(イ) 予備的主張

仮に前記(ア)の主張が採用されないとしても、実施料は、売上高の 1 0 % が相当である。

そうすると、補償金額は、前記イの各売上高の 1 0 % を合計した 2 億 8 2 7 5 万 8 3 8 3 円となる。

**【被告らの主張】**

前記 2 及び 3 **【被告らの主張】** のとおり、本件特許に先行する同様の特許が成立しており、被告各製品以外にも原告製品と類似する製品が安価かつ多量に広告販売されている。

このような市場環境等からすれば、1 0 % の実施料率は高額にすぎる。

化粧料の効能として「部分肥満改善」という効果を示して販売することは薬事法にも違反するものである。

これらのことからすれば、実施料率は1%を下回る。

**【被告サンクスの主張】**

前記(1)アは否認する。

**【被告サレアの主張】**

前記(2)アは否認する。

**【被告カルウの主張】**

前記(3)アは認める。

9 争点5（損害賠償請求の可否）について

**【原告の主張】**

以下のとおり、被告カルウは、合計5726万7840円の損害賠償義務を負う。

(1) 販売数量及び売上高（平成23年1月7日から平成24年2月27日まで）

ア 被告製品6から12まで

販売数量合計15万3136回分（判決注：原告は売上高について3352万6580円であると主張していたところ、以下のとおり主張を訂正したが、対応する販売数量に関する主張を訂正しなかった。）

売上高合計3610万9600円

イ 被告製品13

販売数量1万0432回分

売上高260万8000円

(2) 経費

ア 被告製品6から12まで

被告各製品1回分当たりの仕入金額は約70円である。

そうすると、前記(1)アの販売数量に70円を乗じた1071万9520円のみが経費である。

[計算式]

$$153,136 \times 70 = 10,719,520$$

イ 被告製品13

上記アと同様に前記(1)イの販売数量に70円を乗じた73万0240円のみが経費である。

[計算式]

$$10,432 \times 70 = 730,240$$

(3) 利益

被告カルゥが、前記(1)の被告各製品を販売したことにより受けた利益の額は、前記(1)の売上高合計3871万7600円から前記(2)の経費合計1144万9760円を減じた2726万7840円である。

原告は、同額の損害を受けたものと推定される(特許法101条2項)

(4) 弁護士費用

原告は、本件訴訟及び本件訴訟に関連した仮処分事件において、弁護士費用、調査費用及び執行手続費用等の支出を余儀なくされた。

これらの費用のうち3000万円は、被告カルゥの上記不法行為と相当因果関係のある損害である。

**【被告カルゥの主張】**

(1) 被告製品6から12までの売上高

被告製品6から12までの平成23年3月1日から平成24年2月27日までの売上高は、合計3381万7000円である。

(2) 経費

ア 仕入価格

(ア) 被告製品6及び7

仕入価格は20包（1包が1回使用分）当たり2600円である。

上記期間における販売包数は、被告製品6が7万980包、被告製品7が合計3万0360包である。

したがって、仕入価格は合計1317万4200円である。

(イ) 被告製品8

仕入価格は20包当たり2820円であり、上記期間における販売包数は7500包である。

したがって、仕入価格は105万7500円である。

(ウ) 被告製品10

仕入価格は20包当たり2600円であり、上記期間における販売包数は3万6000包である。

したがって、仕入価格は468万円である。

(エ) 被告製品12

仕入価格は10包当たり1541円であり、上記期間における販売包数は4800包である。

したがって、仕入価格は、73万9600円である。

(オ) 合計

仕入価格は合計1965万1300円である。

イ 販売管理費

被告カルウの平成23年3月1日から平成24年2月29日までの期間における総売上高は3億3815万6413円であり、販売管理費は1億5181万4636円である。

上記期間における被告各製品の売上額は、前記(1)のとおり3381万7000円であり、これは総売上高の10%である。

したがって、総売上高に係る販売管理費のうち10%である1518万1463円は、被告各製品の売上のための経費として控除されるべきであ

る（主位的主張）。

少なくとも、販売管理費は固定費と変動費の両方の性質を有するから、1002万7000円の限度では控除されるべきである（予備的主張）。

### （3）利益

前記（1）から（2）を控除すると、利益額はマイナス101万5763円（主位的主張）又は413万8700円（予備的主張）である。

### （4）弁護士費用

争う。

## 第4 当裁判所の判断

- 1 争点1（被告各製品は、本件各特許発明の技術的範囲に属するか）について被告らは、被告各製品について、本件各特許発明の構成要件1-A、7-B、8-A及び9-Aの「部分肥満改善用化粧品」には当たらないから、本件各特許発明の技術的範囲には属さない旨主張する。

しかしながら、以下のとおり、被告各製品は、上記各構成要件の「部分肥満改善用化粧品」に当たり、本件各特許発明の技術的範囲に属するものと認めることができる。

### （1）被告各製品の構成

前提事実（5）エ及び弁論の全趣旨によると、被告各製品は次の構成からなるものであると認めることができる。

- a 脂肪代謝の活性化、たるみ改善、リフトアップ、小顔等の部分痩せ効果を有するジェル状化粧品として使用される二酸化炭素を含有するジェルを得るためのキットであって、
- b 炭酸水素ナトリウム及びアルギン酸ナトリウムを含有するジェル剤と、コハク酸又はアスコルビン酸を含む顆粒剤の組み合わせからなり、
- c ジェル剤と顆粒剤を混ぜ合わせたジェルが、二酸化炭素を気泡状で保持できる、

d ジェル剤の中で炭酸塩とコハク酸又はアスコルビン酸を反応させることにより気泡状の二酸化炭素を含有するジェルを得ることができるキット。

(2) 本件各特許発明の構成要件充足性

ア 本件特許発明 1

前記(1)のとおり、被告各製品は、構成 a から d までを有するところ、これらの構成は、構成要件 1-A、1-B、1-C 及び 1-D をそれぞれ充足し、本件特許発明 1 の技術的範囲に属すると認めることができる（なお、構成要件中「部分肥満改善」の該当性については、後記(3)のとおり。）。

イ 本件特許発明 2～5

証拠（甲 7）によると、被告サンクスは、当初、原告の OEM 製品を製造しており、その際、本件各特許発明を実施していたものと認めることができる。

本件特許発明 2 から 5 までの内容は、本件特許発明 1 を実施するに当たり、当然備えるべき内容であったり（本件特許発明 2、4 及び 5）、その作用効果を説明したにすぎない内容であったり（本件特許発明 3）するものである。被告サンクス及び被告サレアは、これらの発明に係る構成要件充足性について否認ないし争うと述べるだけで、具体的な認否・反論をしていない。

これらの事情を総合考慮すると、被告各製品は、本件特許発明 2 から 5 までの技術的範囲にも属するものであると認めるのが相当である。

ウ 本件特許発明 7 及び 8

前記(1)のとおり、被告各製品は、ジェル剤と顆粒剤のキットからなる化粧品であり、本件特許発明 1 の各構成要件を充足するが、被告各製品を購入した需要者は、上記 2 剤を混ぜ合わせて、自らジェル状の「部分肥満改善用化粧品」を調製し、生成することが予定されており、それ以外の用途は考えられない。

したがって、被告各製品を製造、販売する行為は、本件特許発明 7 に係る特許権の間接侵害に当たるといえる。

また、上述のとおり、被告各製品の製造、販売は、本件特許発明 7 に係る特許権の間接侵害に当たるところ、後記(3)のとおり、被告各製品は、主に顔の部分肥満改善に使用されているので、被告各製品を製造、販売する行為は、本件特許発明 8 に係る特許権の間接侵害にも当たるといえる。

#### エ 本件特許発明 9

前記(1)のとおり、被告各製品（なお、原告が被告製品 1 3 について同発明に係る間接侵害を主張していないため、同製品を除く。）は、ジェル剤と顆粒剤のキットからなる化粧料であり、前記アのとおり、本件特許発明 1 の各構成要件を充足するものであるところ、本件特許発明 9 は、本件特許発明 1 の 2 剤を使用して二酸化炭素含有粘性組成物を調製する方法を内容としている。

そして、被告各製品は、それらを購入した需要者が、上記 2 剤を混ぜ合わせて、自ら二酸化炭素を含んだジェル状の「部分肥満改善用化粧料」を調製することが予定されており、それ以外の用途は考えられない。

したがって、被告製品 1 3 を除く被告各製品を製造、販売する行為は、本件特許発明 9 に係る特許権の間接侵害に当たる（前記アと同様「部分肥満改善」の該当性については、後記(3)のとおり。）。

#### オ 本件特許発明 10～13

前記イのとおり、被告各製品（前記エと同様に被告製品 1 3 を除く。）は本件特許発明 2 から 5 までの技術的範囲に属するものであると認められるところ、前記エのとおり、これらの製品は、購入した需要者が、上記 2 剤を混ぜ合わせて、自ら二酸化炭素を含んだジェル状の「部分肥満改善用化粧料」を調製することが予定されており、それ以外の用途は考えられない。

したがって、被告製品 1 3 を除く被告各製品を製造、販売する行為は、

本件特許発明10から13までに係る特許権の間接侵害に当たる。

(3) 「部分肥満改善」について

ア 被告各製品に係る広告宣伝

後掲各証拠によれば、被告各製品の広告宣伝には以下の記載がされているものと認められる。

(ア) 被告製品1を紹介するウェブページ(甲10の2)

「肌自体が健全になり、代謝が活発化。余分なもの(老廃物・メラニン)をどんどん排泄することで皮膚がしまって透明感のある小顔へと導きます。」「エステサロン生まれのリフトアップ」

(イ) 被告製品2を紹介するウェブページ(甲12の1)

「たった1回で顔やせ、美白を実感。」

(ウ) 被告製品5の商品説明文書(甲16)

「K I A R A (C O 2 ジェル) は、傷の治療薬の研究過程で発見されました。本製品の製造の元になった医薬品は、深い傷を早くきれいに治しましたが、同時に脂肪がなくなっていくのを試験担当ドクターが発見したのです。

そこで、その医薬品を自分の顔半分塗布したところ、誰が見てもはっきりわかるほど顔半分が見事に痩せました。この結果をうけて皮膚科や美容外科のドクターに協力を求め効果を検討したところ、顔痩せはほぼ100%誰にでも効くことがわかりました。」

「3、部分痩せ

毎日パックします。

早い人は1週間で効果が出せますが、普通は1ヶ月を目安にしてください。

美白効果が出にくい人でも顔痩せ効果は確実です。

腕・足・腹部にも効果がありますが、2ヶ月以上の使用が必要です。」

「肌細胞に栄養が行き渡り肌細胞が活性化する…代謝がよくなる・顔  
痩せ・美白効果」

「細胞間質液が排泄される＝部分痩せ（短期）」

「脂肪代謝が活性化される＝部分痩せ（長期）」

「脂肪代謝の活性化→小顔」

(エ) 被告製品 6

a 商品説明文書（甲 17 の 1）

「細胞本来のはたらきが活発になると、細胞中の細胞間質液が排泄され、脂肪代謝が活性化します。たるみが解消され、フェイスラインもすっきりとひきしまり、小顔への効果も期待できます。」

「気になるたるみがスッキリ！

フェイスラインがキュッとひきしまった…

これまでとの「ちがい」を実感！

セルCO<sub>2</sub>ゲルを1回パックしただけで、肌がぴんとはってひきしまった感じ…。今まで気になっていた鼻の横のたるみや、あごにかけてのラインもスッキリし、触ってみると指をはね返すような弾力感が！肌のトーンも少し明るくなったような感じで、いざという時には手放せませんね。」

b ウェブページ（甲 17 の 2。甲 17 の 3 から 8 までの各ウェブページにも同旨の記載がある。）

「K I A R A（キアラセルCO<sub>2</sub>ゲル）は、傷の治療薬の研究過程で発見されました。本製品の製造の元になった医薬品は、深い傷を早くきれいに治しましたが、同時に脂肪がなくなっていくのを試験担当ドクターが発見したのです。

そこで、その医薬品を自分の顔半分塗布したところ、誰が見てもはっきりわかるほど顔半分が見事にひきしまりました。この結果をう

けて皮膚科や美容外科のドクターに協力を求め効果を検討したところ、誰にでも効くことがわかりました。」

#### 「4. 小顔効果

老廃物が排出されますので、顔がキュッと引き締まります。また、肌にハリが出てきますので、たるみがちな部分がリフトアップされます。」

#### (オ) 被告製品7-1を紹介するウェブページ(甲18)

「小顔も美白も乾燥も！あなたの肌悩みを全部解決！」

「14日目 小顔になってる?!」

「友達に「痩せたね」って言われた。リフトアップ効果もあるって聞いているし。これはきっとシスのおかげだね！ラッキー♪」

「すっきりシャープなフェイスラインをゲット」

「頬のもたつきが解消されて、-3キロくらいは細く見えるように」

#### (カ) 被告製品8を紹介するウェブページ(甲19の1。甲19の2及び3の各ウェブページにも同旨の記載がある。)

「ブリーズベールCO2 GELは、傷の治療薬の研究過程で発見されました。

本製品の元になった医薬品は、深い傷を早くきれいに治しましたが、同時に脂肪がなくなっていくのを、試験担当ドクターが発見したのです。

そこで、その医薬品を自分の顔半分塗ったところ、はっきりわかるほど顔半分が見事に痩せました。」

「部分痩せ(顔痩せ)

毎日パックします。早い人は1週間で変化があらわれますが、普通は1ヶ月間を目安にしてください。美白結果がでにくい人でも、顔痩せの結果はしやすいでしょう。腕・足・腹部にもお使いいただけますが、2ヶ月以上のご使用が必要です。」

(キ) 被告製品 9 を紹介するウェブページ (甲 20 の 1。甲 20 の 2 及び 3 の各ウェブページにも同旨の記載がある。)

「床ずれ治療などで、医療機関でも有効性と安全性が注目される「炭酸ガス」。

セルバルーンは、ジェル内で発生する二酸化炭素が素肌を経て、血管内へ浸透。

血液から細胞へ浸透した新鮮な酸素によって、肌細胞が活発になりコラーゲン合成が促進されます。これにより、ハリのあるキメ細やかな素肌を取り戻すことはもちろん、新陳代謝が UP し老廃物が排泄し”美白”効果が現れたり、脂肪細胞の減少で“小顔”効果、線維芽細胞の活性化による”しわの改善”など、様々な肌のトラブルの解消が期待できるのです。」

(ク) 被告製品 10 のチラシ (甲 21 の 1。甲 21 の 2 のウェブページにも同旨の記載がある。)

「エステやクリニックで使用されている小顔・美肌などのアンチエイジング効果を提供するための専門的なパックで、元々は、とこずれ等の治療薬の開発中に多くの医師による臨床結果で美肌効果が発見されて誕生したドクターズコスメです。」

「美白効果、シミ・小ジワの軽減はもちろん、脂肪燃焼効果も高く、引き締まったフェイスラインを実現します。」

「脂肪の代謝が活発化される…継続することによる痩身効果」

(ケ) 被告製品 11 を紹介するウェブページ (甲 22 の 1。甲 22 の 2 のウェブページにも同旨の記載がある。)

「PEARL BLANC 炭酸パック CO<sub>2</sub> (二酸化炭素) が肌を通して血管を拡張させ、皮膚組織の新陳代謝を活発にして美肌を促進させます。

これは医学的根拠に基づくもので、大変画期的な美容法です。

1日15～30分のパックで、顔やせ・小顔・ニキビ・シミ・くすみ・シワ・たるみ等の改善，予防に効果があります。」

「言われた通り1週間毎日続けたら，友人に「痩せた？」と聞かれた。

フェイスラインが引き締まり小顔になった。これはクセになる！」

(コ) 被告製品12のチラシ(甲23の1。甲23の2のウェブページにも同旨の記載がある。)

「美白効果・シミ・小ジワの軽減はもちろん脂肪燃焼効果もあり，引き締まったフェイスラインを実現します。」

「今までのエステでは限界があったリフトアップが可能に」

(サ) 被告製品13を紹介するウェブページ(甲28の3)

「こんな悩みを持っている方におすすめです。 小顔」

「炭酸ガス(二酸化炭素)がお肌の美活力を高め，血行をよくし，新陳代謝が活発になり皮膚再生機能を上げることにつながります。

ツヤのあるお肌を保ち効果の早さが期待できる炭酸ガスパックは小顔効果があるコスメとしても，注目の的ですよ。」

#### イ 構成要件充足性

前記アの被告各製品に係る広告宣伝の内容からすれば，被告各製品は，小顔効果，顔やせ，部分痩せの効果を奏する化粧品として販売されていることが認められる。

そうすると，被告各製品が本件各特許発明の「部分肥満改善用化粧品として使用される」という構成を文言上充足することは明らかである。

被告らは，前記アの被告各製品に係る広告宣伝には関与していない旨主張する。しかしながら，上記各広告宣伝は，その体裁・内容自体からして真正に成立したものであると認めることができる(被告らも第三者の作成名義で真正に成立した文書であることについてまで争っているとは解されない)。そして，被告各製品について上記のような類似した広告宣伝がさ

れていることからすれば、被告らが、小売店等に対し、上記のような作用効果を奏する化粧品として被告各製品を販売していることは優に認められるものというべきである。

2 争点2-1（本件各特許発明は、当業者が、乙2発明に基づいて容易に発明することができたものであるか）について

(1) 乙2発明の内容

乙2公報には、以下の記載がある。

【特許請求の範囲】

酸性物質を水に溶解して得られる水溶液を第1剤として、水溶性高分子及び／又は粘土鉱物と炭酸塩とを常温固型のポリエチレングリコールで被覆した固型物を第2剤とする用時混合型発泡性化粧品。

【発明の詳細な説明】

(技術分野)

本発明は、炭酸ガスによる血行促進作用によって皮膚を賦活化させる、ガス保留性、経日安定性、官能特性及び皮膚安全性に優れた発泡性化粧品に関する。

(従来技術)

血行促進などの目的で炭酸ガスを配合した化粧品が従来から提案されている。例えば特開昭59-141512号公報には「水性化粧品に炭酸ガスを配合して耐圧容器に密閉したことを特徴とする化粧品」が提案されている。しかし、これらの化粧品は、容器を耐圧性にしなくてはならない為、コストが高くなるという欠点を有していた。

(発明の開示)

そこで本発明者らは、上記の事情に鑑み鋭意研究した結果、後記特定組成の発泡性化粧品は、2剤型である為経日安定性に優れ、炭酸塩と水溶性高分子をポリエチレングリコールで被覆してなる第2剤と酸性物質である第1剤を

用時混合する際に、炭酸ガスの泡が徐々に発生すると共に水溶性高分子及び／又は粘土鉱物の粘性によって安定な泡を生成し、炭酸ガスの保留性が高まる事を見出し、本発明を完成するに至った。

(発明の目的)

本発明の目的は、ガス保留性、経日安定性、官能特性等に優れた発泡性化粧品を提供することにある。」

## (2) 乙2発明と本件各特許発明との対比

前提事実(2)のとおり、本件各特許発明に係る「物」である「二酸化炭素含有粘性組成物」は、「1)炭酸塩及びアルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物と、酸を含む顆粒(細粒,粉末)剤の組み合わせ;又は2)炭酸塩及び酸を含む複合顆粒(細粒,粉末)剤と、アルギン酸ナトリウムを含有する含水粘性組成物の組み合わせ」からなるものである。

これに対し、前記(1)のとおり、乙2発明に係る「物」である「用時混合型発泡性化粧品」は、「酸性物質を水に溶解して得られる水溶液を第1剤として、水溶性高分子及び／又は粘土鉱物と炭酸塩とを常温固型のポリエチレングリコールで被覆した固型物を第2剤と」し、これらを使用時に混合して生成されるものである。

証拠(甲39,40)によると、本件各特許発明の上記構成では、含水粘性組成物中で酸と炭酸塩を反応させることにより、組成物中に発生した二酸化炭素を気泡状で保持することができる(構成要件1-D)のに対し、乙2発明の構成では、発生した気泡状の二酸化炭素は空気中に拡散してしまい、気泡状の二酸化炭素を保持する組成物は得られないことが認められる。

## (3) 容易想到性

前記(2)のとおり、乙2発明は、本件各特許発明と構成及び作用効果のいずれの点においても相違するものである。

被告らは、乙2発明において本件各特許発明に係る「物」である「二酸化

炭素含有粘性組成物」の構成を採用することが単なる設計事項であるなどと述べるのみであって、乙2発明に基づいて本件各特許発明の構成に至る動機付けや示唆の存在を認めることもできない。

そうすると、本件各特許発明について、当業者が、乙2発明に基づいて容易に発明することができたものであるとは認めることができない。

3 争点2-2（本件各特許発明は、当業者が、乙3発明に基づいて容易に発明することができたものであるか）について

(1) 乙3発明の内容

乙3公報には、以下の記載がある。

「1. 発明の名称

パック剤

2. 特許請求の範囲

1. 炭酸ガス又は炭酸ガス発生物質を含有することを特徴とするパック剤

2. 炭酸ガス発生物質が炭酸塩と酸である特許請求の範囲第1項記載のパック剤

3. 炭酸ガスの存在する雰囲気は pH 4～7 である特許請求の範囲第1項又は第2項記載のパック剤

3. 発明の詳細な説明

本発明はパック剤に関し、更に詳細には、炭酸ガスによる血行促進作用によって皮膚をしっとりさせることができるパック剤に関する。」

(2) 乙3発明と本件各特許発明との対比

前記2(2)のとおり、本件各特許発明に係る「物」である「二酸化炭素含有粘性組成物」は、含水粘性組成物中で酸と炭酸塩を反応させることにより、組成物中に発生した二酸化炭素を気泡状で保持することができるものである。

しかし、乙3公報には、上記構成及び作用効果のいずれについても記載が

ない。

### (3) 容易想到性

前記(2)のとおり、乙3発明は、本件各特許発明と構成及び作用効果のいずれの点においても相違するものである。

乙3発明において本件各特許発明に係る「物」である「二酸化炭素含有粘性組成物」の構成を採用する動機付けや示唆の存在についても認めることはできない。

むしろ、前記(1)によれば、乙3発明は、皮膚上に皮膜を形成するものであり、皮膚への二酸化炭素の浸透量を増大させることができないものである。皮膜を形成させずに、発生させた二酸化炭素を持続的に保持させるという本件各特許発明の構成を採用すると、乙3発明の本来の目的を阻害することになる。

これらのことからすれば、本件各特許発明について、当業者が、乙3発明に基づいて容易に発明することができたものであるとは認めることができない。

## 4 争点2-3 (本件特許には、実施可能要件又はサポート要件の違反があるか) について

### (1) 本件明細書の記載

本件明細書には以下の各試験例が記載されている。

#### ア 試験例8

「41歳男性。ふっくらとした頬と太いウエストを痩せさせたいと希望し、実施例8の組成物を1日1回15分間右頬に30g、腹部に100g塗布した。2ヶ月後に右頬が5名の評価者全員により明らかに小さくなったと判断された。腹部はウエストが6cm減少した。」

#### イ 試験例9

「37歳女性。ふっくらとした頬と荒れ肌、肌のくすみに悩み、種々の化

粧品を試したが効果が得られなかった。実施例20の組成物50gを1日1回10分間顔全体に塗布したところ、1回目の塗布で肌のくすみが消えて白くなり、きめ細かい肌になった。2週間後には3名の評価者全員により、顔が小さくなったと判断された。」

#### ウ 試験例13

「36歳女性。二の腕の太さを気にしていたため、実施例18の組成物30gを左の二の腕に塗布し、食品包装用フィルム（製品名サランラップ、旭化成社製）をその上からまいて6時間放置したところ、二の腕の周囲長が2cm減少した。」

#### (2) 実施可能要件又はサポート要件違反の有無

前記(1)の記載によれば、各試験例に用いられた組成物は、いずれもアルギン酸ナトリウムと炭酸水素ナトリウムを含む含水粘性組成物にクエン酸を混合したものであること、当該組成物により発生した二酸化炭素を含水粘性組成物中に封じ込め、これを経皮適用することにより、部分肥満を改善できたことが読み取れる。

これらの記載によれば、気泡状の二酸化炭素を保持することが可能な含水粘性組成物（アルギン酸ナトリウムを含む含水粘性組成物）中で、「固形状の酸」と「含水粘性組成物に溶解させた炭酸塩」とを反応させることにより、当該含水粘性組成物中に二酸化炭素を効率的に封じ込め、これを用いて部分肥満を改善できるという本件各特許発明の構成及び作用効果について、当業者であれば直ちに理解できる事項であると認めることができる。

被告らは、「酸を含む顆粒」と酸は異なる旨主張するが、後記6のとおり、実質的には同一のものであり、この点に関する被告らの主張には理由がない。

したがって、本件特許に実施可能要件又はサポート要件の違反があるとは認めることができない。

#### 5 争点2-4（本件特許には、明確性要件違反があるか）について

(1) 刊行物の記載

後掲各文献には、以下の記載がある。

ア P2 監修『機能性化粧品の開発Ⅱ』（1996）189頁（甲41）

「最近のボディケア化粧品の傾向をみると、効能効果を重視した機能性ボディケア化粧品が主流を占めるようになってきており、96年現在においては、以下の2つの機能が最も重要ではないかと考えている。第1は「ビューティケアニーズ」に対応した「スリミング機能」であり、第2は「トラブルケアニーズ」に対応した「敏感肌対応機能」である。」

「スリミング化粧品は90年以降成長が顕著になってきた分野であり、95年4月に日本で発売されたクリスチャン・ディオール社のスヴェルトが、発売6か月で100万個を売る爆発的なヒットとなったことで、一大市場を形成するに至った。」「肥満を大きく分けると、単純に脂肪が蓄積されたタイプと水太り・むくみ太りのタイプがあるが、前者は脂質分解促進により、後者は体液（血液・リンパ液）の循環の促進により解消される。」

イ P3 著『1日1分から 巻くだけでやせる！ 1本のバンドですっきりスリム』（2009）6頁（甲42）

「「気になる部分がやせたい」という部分やせが、なかなかうまくいかないという悩みを、本当に多くの女性から聞きます。」「根本的な問題は、体のバランスにあります。つまり、姿勢と骨盤がゆがんでいることであり、そのゆがみを正し、バランスをよくすることが大切なポイントとなります。」

ウ P4 著『薬いらずのボディ・メイク』（2002）69頁（甲43）

「部分やせに挑戦！腕、太もも、お腹、お尻」「積極的にエネルギーを消費し、腕、太もも、お腹、お尻などの気になる部分を引き締めましょう！」  
「部分やせトレーニングプログラム（省略）」

エ P5 著『らくらく部分やせ』（2007）49頁（甲44）

「一般のダイエットではむずかしい部分やせが可能」

(2) 本件各特許発明の「部分肥満改善用化粧品」という構成の明確性

そもそも「部分肥満改善」は、字義どおりに解釈すれば、体を部分的にやせさせることをいうものと解される。本件明細書には、本件各特許発明に係る「物」である「二酸化炭素含有粘性組成物」を「所望する部位に使用すれば、その部位を痩せさせられる」旨の記載（甲2・3頁）があり、これも上記解釈と付合する。前記4(1)の本件明細書に記載された各試験例では、「部分肥満改善」の効果が具体的に示されてもいる。

したがって、本件明細書において「部分肥満改善」の意義は明確であるといえる。

また、前記(1)の各文献の記載によれば、「部分肥満改善」と同義である「部分やせ」の語について、化粧品やエステの分野の当業者において、一般に用いられているものであることが認められる。

これらのことからすれば、本件特許に明確性要件違反があるとは認めることができない。

6 争点2-5（本件特許に係る補正は、違法なものであるか）について

(1) 平成19年2月6日付け補正

当該補正は請求項1（本件特許発明1）に「部分肥満改善用化粧品」の文言を追加したものであるところ、被告らは、本件特許出願に係る当初明細書に「痩身化粧品」「部分肥満に有効な製剤」の記載があるものの、「部分肥満改善用化粧品」の記載はないことからすれば、新規事項を追加したものである旨主張する。

しかしながら、当初明細書に記載された「部分肥満に有効な製剤」と「部分肥満改善用化粧品」とを比較すると、構成及び作用効果の点において、実質的な差は全くなく、単に「製剤」を「化粧品」と言い換えたにすぎないものである。

したがって、上記補正について、明細書に記載した事項の範囲外のもので

あるとはいえない。

(2) 平成22年9月6日付け補正

上記補正は請求項1（本件特許発明1）に「酸及び増粘剤を含む顆粒（細粒，粉末）剤」の文言を追加したものであり，前記4【被告らの主張】（1）の各試験例に係る記載を根拠にするものであるところ，被告らは，これらの試験例で用いられたのはクエン酸であり，酸を含む顆粒（細粒，粉末）ではないことからすれば，新規事項を追加したものである旨主張する。

しかしながら，「酸の顆粒剤」と「酸を含む顆粒剤」との間に実質的な差違があるとする主張立証は全くなく，むしろ同義のものと解するのが通常の解釈であるというべきである。

したがって，上記補正についても，明細書に記載した事項の範囲外のものであるとはいえない。

7 争点3（被告カルゥは，被告製品4及び13を販売したか）について

被告カルゥは，株式会社グレース・アイコに対し，被告製品4及び13を販売したことはなく，被告カルゥと代表取締役が共通である別法人の有限会社カルゥ（丙A8）が販売したものである旨主張する。

しかしながら，被告カルゥは，平成23年11月30日受付けの準備書面4において，被告製品13が被告カルゥの取扱製品であることを認めており，被告サックス及び同サレアも，平成23年11月30日付け準備書面において同旨の主張をしている。また，被告サレアの得意先元帳（乙10の1～5）によれば，被告サレアが，有限会社カルゥではなく，株式会社カルゥ（被告カルゥを指すと考えられる。）に対し，被告製品4を販売したことも認められる。上記のとおり，有限会社カルゥは，被告カルゥと代表取締役が共通であるから，有限会社カルゥが上記各製品を販売したことについて，被告カルゥが立証することは極めて容易であると考えられるにもかかわらず，被告カルゥは裏付けとなる証拠を全く提出しない。

これらのことからすれば、被告カルゥが、株式会社グレース・アイコに対し、被告製品4及び13を販売したものと認めるのが相当である。

## 8 争点4（補償金請求の可否）について

### （1）被告サンクス

#### ア 本件各特許発明に関する悪意

原告と被告サンクスとの間における平成14年5月27日付け委託製造契約書（甲7）には、以下の記載がある。文中の「甲」は、原告を指す。

#### 「第1条（対象）」

本件契約の対象は、甲が開発した基本処方及び技術（出願番号 特許平9-305151及び国際出願PCT/J P 98/04503）を使用し、甲が従来製造・販売していた製品（メディプロローラー）を改良した製品（以下「本件製品」という）、もしくは本件製品を構成するジェル（以下「本件ジェル」という）である。

#### 第2条（目的）」

甲は、本契約に定めるところにより、本件製品あるいは本件ジェルの製造を乙に委託し、乙はこれを引き受ける。」

上記第1条に記載されたPCT/J P 98/04503は、本件特許に係る国際出願であることからすれば（甲2）、被告サンクスは、少なくとも上記委託製造契約を締結した時点において本件各特許発明の内容を認識していたものと認めるのが相当である。

#### イ 被告各製品の販売数量及び売上高

証拠（甲3の1、乙14の1～10、乙15の1～20、乙16の1～39）及び弁論の全趣旨によれば、被告サンクスが、前記アの製造委託契約を解除した後、本件特許登録までに販売した被告各製品の販売数量及び売上高は、以下のとおりであると認めることができる。

#### （ア）被告製品1

販売数量 1 万 2 0 0 0 回分

売上高 8 9 万 7 0 0 0 円

(イ) 被告製品 2

販売数量 1 万 0 9 0 8 回分

売上高 9 8 万 6 2 6 5 円

(ウ) 被告製品 3

販売数量 7 7 0 0 回分

売上高 1 8 7 万 3 1 0 0 円

(エ) 被告製品 4

販売数量 1 9 4 万 9 0 9 2 回分

売上高 1 億 6 0 6 1 万 9 0 2 6 円

(オ) 被告製品 6

販売数量 1 9 万 2 8 1 3 回分

売上高 1 5 0 1 万 4 2 2 5 円

(カ) 被告製品 8

販売数量 2 万 3 4 0 0 回分

売上高 2 0 0 万 2 0 0 0 円

ウ 補償金額

(ア) 算定の基礎となる売上高

上記イの販売数量の合計は 2 1 9 万 5 9 1 3 回分、売上高の合計は 1 億 8 1 3 9 万 1 6 1 6 円となる。

原告は、上記被告各製品の販売に係る相当な実施料率は、最終小売価格（1 回分当たり 1 5 0 0 円）の 1 0 % に販売数量を乗じた 3 億 2 9 3 8 万 6 9 5 0 円である旨主張する（主位的主張）。しかしながら、最終小売価格を基準に計算することは不相当であり（そもそも、売上高を超える金額であり、不相当というほかない。）、採用することはできない。

(イ) 実施料率

前記2(2)のとおり、本件各特許発明に係る「物」である「二酸化炭素含有粘性組成物」は、含水粘性組成物中で酸と炭酸塩を反応させることにより、組成物中に発生した二酸化炭素を気泡状で保持することができるというものであり、「部分肥満改善用化粧品」として用いられるものである。このような本件各特許発明の構成及び作用効果は、被告各製品の本質的効用をなすものというべきである。

被告らは、本件特許に先行する同様の特許が存在するなど主張するものの、前記2及び3のとおり、被告らが類似の技術として主張する公知発明は、いずれも構成及び作用効果の点において本件各特許発明とは異なるものである。

これらのことからすると、本件各特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額（実施料）は、合計で売上高の10%とするのが相当というべきである。

(ウ) 小括

そうすると、上記イの各売上高の10%を合計した1813万9160円の支払を求める原告の予備的主張には理由がある。

原告の被告サックス製薬に対する補償金請求は、一部請求である1400万円であるから理由がある。

なお、上記請求に係る債務は、後記(3)ウのとおり、被告カルウの補償金債務との間で連帯債務の関係にある。

(2) 被告サレア

ア 本件各特許発明に関する悪意

被告サレアの代表者である P 1 が被告サックスの従業員であったこと、前件訴訟の判決日である平成18年4月27日の直前である同月12日に被告サレアが設立されたことは当事者間で争いがない。前記(1)アの

とおり、被告サクスは、遅くとも平成14年5月27日の時点では、本件各特許発明の内容を知っていたものである上、甲3によれば、原告は、前件訴訟において、特許査定を受ける前の本件特許の存在及び被告製品1から3がその技術的範囲に属する旨を主張していたことも認められる。

このような被告サレア代表者の経歴や、被告サレアが被告各製品を販売するに至った経緯からすれば、被告サレアは、設立当初から本件各特許発明の内容を知っていたものと認めるのが相当である。

イ 被告各製品の販売数量及び売上高

証拠（乙9の1～11，乙10の1～5，乙11の1・2，乙12の1～3，乙13）及び弁論の全趣旨によれば、被告サレアが、設立された後、本件特許登録までに販売した被告各製品の販売数量及び売上高は、以下のとおりであると認めることができる。

(ア) 被告製品4

販売数量58万0886回分

売上高5518万4194円

(イ) 被告製品5及び6

販売数量合計48万8000回分

売上高合計3255万2000円

(ウ) 被告製品7

販売数量3万回分

売上高201万円

(エ) 被告製品9

販売数量4万2000回分

売上高875万7600円

ウ 補償金額

前記(1)ウと同様の理由から、この点に関する原告の主位的主張を採用

することはできず、実施料率は売上高の10%とするのが相当である。

そうすると、前記イの各売上高の10%を合計した985万0379円の支払を求める原告の予備的主張には理由がある。

なお、上記請求に係る債務は、後記(3)ウのとおり、被告カルウの補償金債務との間で連帯債務の関係にある。

### (3) 被告カルウ

#### ア 本件各特許発明に関する悪意

原告が、被告カルウに対し、平成16年12月21日付けで、本件各特許発明の内容を記載した書面を提示して警告をしたことについては当事者間で争いがない。

#### イ 被告各製品の販売数量及び売上高

証拠(丙A1～7)及び弁論の全趣旨によれば、被告カルウが、前記アの警告を受けた後、本件特許登録までに販売した被告製品6から12までの販売数量は合計50万5320回分であり、売上高は合計1億2606万8838円であることが認められる。

また、証拠(甲61)及び弁論の全趣旨によれば、被告カルウが上記期間中に販売した被告製品4及び13の販売数量は合計1080万6060回分であることが認められる。このうち1回分当たりの販売額に関する立証はないものの、上記被告製品6から12までの販売額から推計すると、1回分当たり249円であると推定するのが合理的であり、被告製品4及び13の売上高は合計26億9070万8940円であると認められる。

[計算式]

$$126,068,838 \div 505,320 \div 249$$

$$249 \times 10,806,060 = 2,690,708,940$$

#### ウ 補償金額

前記(1)ウと同様の理由から、この点に関する原告の主位的主張を採用

することはできず、実施料率は売上高の10%とするのが相当である。

そうすると、前記イの各売上高の10%である2億6907万0894円の支払を求める限度で原告の予備的主張には理由がある。

なお、前記イの売上は、被告サンクス又は被告サレアにおいて発生した前記売上高の全部を含むものではないし、売上げごとの対応関係も必ずしも明らかではないところ、原告は、被告サンクス又は被告サレアにおいて発生した売上高を基礎として算出した各補償金の額の限度で、被告カルゥに対し、被告サンクス又は被告サレアと連帯した補償金支払を求めているから、その限度で認容することとする。

#### 9 争点5（損害賠償請求の可否）について

##### (1) 販売数量及び売上高（平成23年1月7日から平成24年2月27日まで）

証拠（丙A5～7）及び弁論の全趣旨によれば、被告カルゥが、本件特許登録後、販売した被告製品6から12までの販売数量は、合計15万3136回分であり、売上高は、合計3610万9600円であることが認められる。

また、証拠（甲61）及び弁論の全趣旨によれば、被告製品13の販売数量は1万0432回分であることが認められる。前記8(3)アと同様に、1回分当たりの販売額は249円であると推定するのが合理的である。そうすると、被告製品13の売上高は、合計259万7568円となる。

[計算式]

$$249 \times 10,432 = 2,597,568$$

##### (2) 経費及び利益額

###### ア 被告製品6から12まで

証拠（丙A9, 丙A11～14）及び弁論の全趣旨によれば、被告製品6から12までの仕入額は、合計1965万1300円であると認めるこ

とができる。

なお、被告カルゥは販売管理費を控除すべきである旨主張するところ、営業全体に要した販売管理費について主張立証するのみで、被告各製品の販売に係る具体的な販売管理費については何ら主張立証していない。そもそも被告各製品を販売するに当たり、固定経費以外に変動経費としての販売管理費を要したと認めるに足りる主張立証もない。

そうすると、被告製品 6 から 1 2 までの販売による限界利益は、前記(1)の売上高 3 6 1 0 万 9 6 0 0 円から上記仕入額 1 9 6 5 万 1 3 0 0 円を控除した 1 6 4 5 万 8 3 0 0 円であると認めるのが相当である。

[計算式]

$$36,109,600 - 19,651,300 = 16,458,300$$

#### イ 被告製品 1 3

被告製品 1 3 の仕入額に関する主張立証はない。そうすると、上記被告製品 6 から 1 2 までの仕入額である 1 回分当たり 1 2 8 円であると推定するのが相当である。

[計算式]

$$19,651,300 \div 153,136 \div 128$$

そうすると、被告製品 1 3 に係る仕入額は、合計 1 3 3 万 5 2 9 6 円であると認められる。

[計算式]

$$128 \times 10,432 = 1,335,296$$

前記アと同様の理由から、被告カルゥが主張する販売管理費を控除することは相当でない。

よって、被告製品 1 3 の販売による限界利益は、前記(1)の売上高合計 2 5 9 万 7 5 6 8 円から上記仕入額を控除した 1 2 6 万 2 2 7 2 円であると認めるのが相当である。

[計算式]

$$2,597,568 - 1,335,296 = 1,262,272$$

ウ 利益額合計

以上によると、被告製品6から13までの売上に係る利益合計額は1772万0572円となる。

[計算式]

$$16,458,300 + 1,262,272 = 17,720,572$$

(3) 損害賠償請求に関する判断

以上によれば、被告カルゥによる被告各製品の販売に係る損害額は、合計1772万0572円であると認めるのが相当である。なお、寄与度減額を認めるに足りる主張立証はない。

(4) 弁護士費用

この1割に相当する180万円の弁護士費用は本件と相当因果関係のある損害である。

(5) 小括

したがって、原告の被告カルゥに対する損害賠償請求は、1952万0572円の限度で理由がある。

10 被告各製品の製造販売等の差止め及び廃棄請求の可否

(1) 被告製品1から3までに係る製造販売等の差止め及び廃棄請求の可否

前提事実(4)のとおり、前件訴訟において、被告サンクスに対し、被告製品1から3までの製造販売の差止めを命ずる判決がされて確定している。

そうすると、本件訴えのうち被告サンクスに対し被告製品1から3までの製造販売の差止めを求める部分については、特段の事情がない限り訴えの利益を認めることはできないが、上記特段の事情に係る主張立証はないから、これを却下する（前件訴訟で命じられなかった、輸出と、販売若しくは輸出の申出の差止めを求める限度で認容する。）。

前件訴訟に係る判決の後、被告サンクスが被告製品1から3までを販売した事実や在庫品を有することを認めるに足りる証拠もないから、これらの製品に係る廃棄請求にも理由がない。

(2) 被告製品4から13までに係る製造販売等の差止め及び廃棄請求の可否

これらの被告製品に係る製造販売等の差止め及び廃棄請求には理由があるものと認める。

(3) 被告製品14に係る製造販売等の差止め及び廃棄請求の可否

前記(1)及び(2)の限度で、被告製品1から13までの製品に係る製造、販売等の差止めを求める原告の請求には理由がある。

これ以上に、本件において被告製品14(被告各製品の構成)によって特定される製品の将来における製造販売等の差止めや廃棄請求を認めるまでの必要性があるとは認めるに足りないというべきである。

## 11 結論

よって、主文のとおり判決する。

大阪地方裁判所第26民事部

裁判長 裁判官 山 田 陽 三

裁判官 松 川 充 康

裁判官 西 田 昌 吾

(別紙)

被告製品目録

- 1 ヴィータゲル
- 2 ラ・ムーンジュエル
- 3 アローニングジェル
- 4 リボーン CO2 ジェル
- 5 キアラ
- 6 キアラセル CO2 ゲル
- 7-1 SIS NO.9 リカバリーマスク
- 7-2 SIS NO.9 CO2 GEL DX
- 8 ブリーズベール CO2 ゲル
- 9 セルバルーン CO2 ゲル
- 10 トリコプラチナム CO2 ジェルパック
- 11 パールブラン CO2 ゲル
- 12 ローズメゾン CO2 スペリアマスク
- 13 リアウェイクジェル
- 14 上記のほか、以下の構成からなる製品

あ. たるみ改善, リフトアップ, 小顔等の部分痩せ効果を有する化粧品として使用される二酸化炭素を含有するジェルを得るためのキットであって,

い. 炭酸水素ナトリウム, アルギン酸ナトリウム及び水を含有するジェル剤とコハク酸, リンゴ酸, アスコルビン酸等の酸を含む顆粒剤の組み合わせからなり,

う. ジェル剤と顆粒剤を混ぜ合わせたジェルが, 二酸化炭素を気泡状で保持できることを特徴とする

え. ジェル剤の中で炭酸塩と酸を反応させることにより気泡状の二酸化炭素を含有するジェルを得ることができるキット。