

「染毛剤、その使用方法及び染毛剤用品」事件（審決取消請求事件）	
事件の表示	平成29年（行ケ）第10216号 判決日：平成30年8月22日 担当部：知的財産高等裁判所第2部
判決	審決取消
参照条文	特許法17条の2第3項
キーワード	補正における新規事項の追加

1. 事案の概要

発明の名称を「染毛剤、その使用方法及び染毛剤用品」とする出願の拒絶査定不服審判請求時に行った補正において、当初明細書等に記載されていない攪拌羽根の寸法を追加したことが新規事項の追加に該当するかが問題となった事例。新規事項に該当するという審決の判断は誤りであるとして、審決は取り消された。

2. 本発明の内容

◆発明が解決しようとする課題

【0005】・・・ノンエアゾールフォーマー容器から泡状に吐出して用いる染毛剤では、泡が潰れて液状化し、そのために頭髮から垂れ落ちを起し易いという問題がある。

【0006】・・・泡状染毛剤には、例えば40分前後にも及ぶ比較的長い染毛処理時間が要求されるので、その染毛処理時間中に泡状染毛剤が液状化し、垂れ落ちを起すのである。

【0007】そこで本発明は、ノンエアゾールフォーマー容器から良好な泡状に吐出できる染毛剤であって、吐出した泡を手で揉み込むようにして頭髮に適用しても、染毛処理中の泡の液状化が防止される、泡持ちの良い染毛剤を提供することを解決すべき課題とする。

◆出願時の請求項1

アルカリ剤を含有する第1剤と酸化剤を含有する第2剤を含んで構成され、第1剤と第2剤の混合液をノンエアゾールフォーマー容器から泡状に吐出して用いる染毛剤であって、

前記フォーマー容器から吐出した泡をそのまま**特定の攪拌条件下で攪拌**したとき、攪拌直後の泡（a）の体積に対する攪拌後40分経過時の泡（b）の体積の比率 b/a が0.7～1の範囲内であることを特徴とする染毛剤。

◆攪拌条件に関する当初明細書の記載

【課題を解決するための手段】

【0011】更に第1発明において「**特定の攪拌条件下で攪拌**」とは、泡状に吐出した染毛剤を「手で揉み込むようにして頭髮に適用する」という操作を、判定基準としての客観

的統一性を持たせた機械的な攪拌操作に置き換えたものであり、具体的には以下の条件下での攪拌を言う。

【0012】即ち、ノンエアゾールフォーマー容器から染毛剤の各剤の混合液を泡状に吐出し、その150mlを、200ml容で内径がほぼ6cmの円筒形容器（例えばビーカー）に収容する。次いで、日光ケミカルズ（株）製の市販乳化試験器ET-3A型の回転軸に取付けた攪拌羽を、その回転中心が円筒形容器の中心線と一致するように、かつその下端部が円筒形容器の底部との間に僅かなクリアランスを残すように、円筒形容器内部に位置決めする。攪拌羽は、回転中心となる支軸の下端から漢字の「山」の字を構成する形態で対の羽部を延設したものである。攪拌羽の回転半径は円筒形容器の半径より僅かに（数mm程度）小さく、対の羽部の上下方向の幅は円筒形容器に収容した泡の液面に達するサイズである。

【0013】このように攪拌羽を位置決めした下で、25℃の雰囲気中、攪拌羽を150rpmの回転速度で3分間回転させ、泡を攪拌する。この攪拌条件下で攪拌した直後の泡の状態は、同上のノンエアゾールフォーマー容器から吐出した泡をウィッグに揉み込んで適用した場合の平均的な泡の状態との比較において、泡の外観や泡の液化挙動等がほぼ同じであることが実験的に確認されている。

◆審判請求時の補正後の請求項1

アルカリ剤を含有する第1剤と酸化剤を含有する第2剤を含んで構成されると共に、前記第1剤と前記第2剤の混合液中に、

(A) カチオン性界面活性剤0.05～10質量%、

(B) アニオン性界面活性剤0.1～10質量%、

高級アルコール及びシリコーン類を含む、常温（25℃）で液状である油性成分0.01～1質量%、並びに、

エタノール、イソプロパノール、プロパノール、ブチルアルコール、ベンジルアルコールから選択される溶剤0.1～20質量%を含有し、

その各剤の混合液をノンエアゾールフォーマー容器から泡状に吐出して用いる染毛剤であって、前記ノンエアゾールフォーマー容器から吐出した泡をそのまま下記の特定の攪拌条件下で攪拌したとき、攪拌直後の泡（a）の体積に対する攪拌後40分経過時の泡（b）の体積の比率 b/a が0.7～1の範囲内であることを特徴とする染毛剤。

攪拌条件：前記吐出直後の泡150mlを、200ml容で内径がほぼ6cmの円筒形容器（例えばビーカー）に収容する。次いで、日光ケミカルズ（株）製の市販乳化試験器ET-3A型の回転軸に取付けた攪拌羽を、その回転中心が円筒形容器の中心線と一致するように、かつその下端部が円筒形容器の底部との間に僅かなクリアランスを残すように、円筒形容器内部に位置決めする。攪拌羽は、回転中心となる支軸の下端から漢字の「山」の字を構成する形態で対の羽部を延設したものである（攪拌羽の左右方向の幅は、全幅5

8 mm、支軸直径 6 mm、支軸と羽との間隔（隙間） 16 mm、羽の幅 10 mmである。）。

攪拌羽の回転半径は円筒形容器の半径より僅かに（数mm程度）小さく、対の羽部の上下方向の幅は円筒形容器に収容した泡の液面に達するサイズである。このように攪拌羽を位置決めしたもつで、25℃の雰囲気中、攪拌羽を150rpmの回転速度で3分間回転させ、泡を攪拌する。

3. 審判請求時の出願人の主張

◆補正の根拠について

「（攪拌羽の左右方向の幅は、全幅58mm、支軸直径6mm、支軸と羽との間隔（隙間）16mm、羽の幅10mmである。）」という発明特定事項を追加した。・・・当該追加事項は、当初明細書の段落[0012]に記載された「日光ケミカルズ（株）製の市販乳化試験機」に

- 付属品
- ・攪拌羽根（ビーカー100ml用）、ビーカークランプ 各3set
 - ・攪拌羽根（ビーカー200ml用）、ビーカークランプ 各3set
 - ・攪拌羽根（ビーカー300ml用）、ビーカークランプ 各3set
 - ・攪拌羽根（ビーカー500ml用）、ビーカークランプ 各3set



（※参考資料のET-3Aのパフレットから抜

◆拒絶理由に対して

- ・この補正により、明確性と実施可能要件の指摘が解消されたと主張。
- ・明確性の指摘：「攪拌羽の「左右方向の幅」がどの程度であるのか、何ら規定されていない。そして、攪拌羽の「左右方向の幅」、すなわち回転中心となる支軸の下端から漢字の「山」の字を構成する形態において、支軸と羽との間隔（隙間）は、泡の形成（維持）を相当に左右するものであることは当業者の技術常識である。してみると、「攪拌直後の泡（a）の体積に対する攪拌後40分経過時の泡（b）の体積の比率 b/a が0.7～1の範囲内」となるための、攪拌羽の「左右方向の幅」の条件が不明であるというべきである。よつて、請求項1に係る発明は明確でない。」
- ・実施可能要件の指摘は、攪拌羽の「左右方向の幅」の条件が不明であることにより、明細書の記載から「攪拌直後の泡（a）の体積に対する攪拌後40分経過時の泡（b）の体

積の比率 b/a 」の算出に必要な攪拌条件の設定ができないというもの。

4. 裁判所の判断

◆証拠に基づく事実認定

- ・日光ケミカルズは、昭和60年頃から現在まで継続して乳化試験器ET-3Aを販売。
- ・ET-3A型には、100、200、300、500mlの大きさのビーカーにそれぞれ対応した、4種類の攪拌羽根が付属品として必ず添付されており、その形状、寸法は発売開始当初から現在までの間に変更されていない上、これまでに顧客の要望に応じて攪拌羽根の形状、寸法が変更されたということもない。
- ・付属品の攪拌羽根は、4種類いずれもが「回転中心となる支軸の下端から漢字の「山」の字を構成する形態で対の羽部を延設したもの」であり、原告が所持している200mlビーカー用の本件攪拌羽根13本の寸法は以下のとおり。

攪拌羽根 No.	①	②	③	④	⑤	⑥	⑦
全幅 (mm)	58	58	58	59	58	58	58
支軸直径 (mm)	6	6	6	6	6	6	6
支軸と羽根の間隔 (mm)	16/16	16/16	15/17	16/17	16/16	16/16	16/16
羽根の幅 (mm)	10/10	10/10	10/10	10/10	10/10	10/10	10/10

攪拌羽根 No.	⑧	⑨	⑩	⑪	⑫	⑬
全幅 (mm)	57	58	58	59	59	58
支軸直径 (mm)	6	6	6	6	6	6
支軸と羽根の間隔 (mm)	16/16	16/16	16/16	16/17	16.5/16.5	16/16
羽根の幅 (mm)	10/10	10/10	10/10	10/10	10/10	10/10

- ・日光ケミカルズが平成17年7月頃に作成したカタログには、付属品の攪拌羽根を装着した状態のET-3Aの写真が掲載。また、平成26年12月13日に作成された新しいカタログにも、「付属品・攪拌羽根（ビーカー200ml用）、ビーカークランプ 各3 set」などとして、4種類の付属品の攪拌羽根が写真入りで記載。
- ・ET-3Aには、付属品の攪拌羽根以外にも支軸直径が6mmである別の攪拌羽根を使用することが可能であり、実際にET-3Aに取付け可能な攪拌羽根が何種類か市販されている。しかし、市販されているいずれの攪拌羽根も付属品の攪拌羽根とはその形状が異なる。

◆判断

- ・「[特許法17条の2第3項の]「最初に添付した明細書、特許請求の範囲又は図面に記載した事項」とは、当業者によって、明細書、特許請求の範囲又は図面の全ての記載を総合することにより導かれる技術的事項を意味[する]」
- ・「当初明細書等には、市販乳化試験機ET-3A型の付属品である攪拌羽根を用いること

は明示されていない。しかし、当初明細書の【0012】には、①攪拌に上記乳化試験機を用いること、②攪拌羽根は、回転中心となる支軸の下端から漢字の「山」の字を構成する形態で対の羽部を延設した攪拌羽根であること、③攪拌羽根の回転半径は、内容量が200mlで内径約6cmのビーカー等の円筒形容器の半径（約3cm）より僅かに小さいことが記載されているところ、当初明細書に記載されている上記攪拌羽根の形状、寸法は、上記乳化試験機の付属品である200mlビーカー用の攪拌羽根のそれと一致するものである。また、前記の認定事実によると、上記乳化試験機は、昭和60年頃から長年にわたって販売されており、多数の当業者によって使用されてきたと推認される実験用の機械であるところ、販売開始以来、付属品の攪拌羽根の形状、寸法に変更が加えられたことは一度もなく、しかも、遅くとも平成17年7月頃には、付属品の攪拌羽根は、上記乳化試験機とともに日光ケミカルズのカatalogに掲載されていた。さらに、当初明細書の記載に適合するような形状、寸法の上記乳化試験機用の攪拌羽根が、上記乳化試験機本体とは別に市販されていたことは証拠上認められない。

以上の事実を考え併せると、当業者が、当初明細書等に接した場合、そこに記載されている攪拌羽根が、上記乳化試験機に付属品として添付されている200mlビーカー用の攪拌羽根を指していると理解することができるものと認められる。そうすると、付属品の200mlビーカー用の攪拌羽根の実寸法を本願の請求項1に追加して記載することが、明細書又は図面の全ての記載を総合することにより導かれる技術的事項との関係で新たな技術的事項を導入するものとはいえず、新規事項追加の判断の誤りをいう原告の主張は理由がある。」（判決要旨から引用）

5. コメント

判決の結果から考えると、請求項1に攪拌羽の具体的な寸法を追加しなくても、明確性と実施可能要件の拒絶理由に対する反論は可能だったかもしれません。請求項1に特定の製品名を追加することなく製品の具体的な寸法を追加したい場合に本判決は特に参考になるかと思います。しかし、本件の攪拌羽根のように製品に対して着脱可能な部品の場合、他の部品が使用される可能性を否定する証拠も必要となる場合があり、証拠を見つけるのが難しいことも考えられます。請求項に測定条件を記載する場合には、測定結果に影響する条件は明細書に詳細に記載しておくことが重要かと思います。

以上