

均等侵害を認めた一事例と時機に後れた攻撃防御方法の考察

知財高裁平成 26 年 3 月 26 日判決 ロータリー式攪拌機用パドル特許権均等侵害事件
(平成 25 年(ネ)第 10017 号・10041 号)

(原審：東京地裁平成 25 年 1 月 31 日判決 平成 21 年(ワ)第 23445 号)

弁護士 中務尚子

第 1 事案の概要

発明の名称を「ロータリー式攪拌機用パドル及びオープン式発酵処理装置」とする特許(特許第 3682195 号。以下、この特許を「本件特許」といい、その特許権を「本件特許権」という¹⁾)の特許権者である A と、本件特許権について独占的通常実施権の許諾を受けたと主張する原告が、被告が製造販売する装置が本件特許権に係る特許発明の技術的範囲に属する旨主張して、被告に対し、特許法 100 条 1 項に基づく被告製品の製造及び販売の差止めと、不法行為に基づく損害賠償の支払を求めた事案である。

原審判決は、文言非充足として原告らの本件特許に係る請求を棄却したところ、本件特許とは別の特許に係る差止等が認められたために被告が控訴し、原告は損害賠償請求部分について附帯控訴した。控訴審において、原告は、本件特許について均等侵害を主張し、被告はこれに対応して損害論に関する追加主張した。A は控訴していない。

原告は、控訴審の第 1 回口頭弁論期日前に提出した附帯控訴状及び準備書面により均等侵害を主張したが、かかる主張が時機に後れた攻撃防御方法となるかについても争われた。

第 2 本件特許権

1 技術的な背景

本件特許の理解の一助のため、その技術的な背景について説明すると、発酵堆肥化を目的とする発酵攪拌装置とは、有機質廃物(牛や豚など家畜の排泄物、食品生産工場から排出される生ゴミ、汚泥など)を、必要に応じて水分調整剤により含水率を調整したうえ、一定期間相応な温度で発酵させ、良質の堆肥を連続的に生産するためのものである。例えば、乳牛を飼育している場合、毎日多量の生糞が排泄されるので、これを発酵槽に投入し、その日 1 日分のバッチ毎に、一定期間発酵させることになる。その間、好気性の微生物の

¹⁾判決文においては、本研究会で取り上げていない本件特許 1 との関係上、「本件特許 2」あるいは「本件訂正発明 2」(訂正後)と定義されているが、本研究会では、特許第 3682195 号のみに絞って議論するため、訂正前・訂正後を問わず、単に「本件特許」と読み替えている。

力で有機物を分解し、発酵によって病原菌等を殺滅するため、堆肥原料に堆肥原料に空気が行き届くよう堆肥原料全体を定期的に攪拌して発酵を適切な形で促進させる（以上、特許第 3452844 号の明細書の記載を参照）。

発酵攪拌装置のうち、伝統的なピット式発酵槽を用いる場合には、コンクリートの壁を四方に構築して、その長手方向の左右の壁の上面に一对のレールを敷設し、そのレール上を攪拌機を具備した台車が往復して走行し、ピット槽の堆肥原料を攪拌あるいは移動させる。一方、オープン式の発酵槽を用いる場合には、片側には壁を構築するが、他方の側は壁のない開放面とし、攪拌機を具備した台車が、壁のある側の壁上面にレールを敷設してそのレールを走行する車輪と、開放面の床面上を走行する車輪とで、オープン式発酵槽を走行するようにされている。

2 先行する改良発明としてのパドル

オープン式発酵槽の場合、発酵槽のなかを台車が往復して堆肥原料を攪拌する運動が繰り返されると、一方に壁がなく開放面であるために、堆肥原料が開放面の外方に拡散して堆肥原料の高さが低くなることや、堆肥原料が崩れて開放面側の床面を走行する台車の車輪を覆い台車の円滑な走行を阻害することなどの不都合が生じていた。このような不都合に対して、原告は、本件特許の出願前に、特願平 11-260846 号（特許第 3574358 号）による改良を試みている。

3 特許請求の範囲

本件特許の特許請求の範囲は以下のとおりである。

【請求項 1】

有機質廃物を経時的に投入堆積発酵処理する長尺広幅の面域の長さ方向の 1 側に長尺壁を設け、その他側は長尺壁のない長尺開放側面として成る大容積のオープン式発酵槽を構成すると共に、該長尺壁の上端面にレールを敷設し、該レール上と該長尺開放側面側の面域上を転動走行する車輪を配設されて具備すると共に堆積物を往復動攪拌する正、逆回転自在のロータリー式攪拌機を横設した台車を該オープン式発酵槽の長さ方向に往復動走行自在に設け、更に該ロータリー式攪拌機は、該台車の幅方向に水平に延びる回転軸と、該回転軸の周面に且つその軸方向に配設された多数本の長杆の先端に板状の掬い上げ部材を具備するパドルとから成るオープン式発酵処理装置において、

前記ロータリー式攪拌機用のパドルであって、長杆の先端に、2 枚の板状の掬い上げ部材を前後に且つ前後方向に対し傾斜させて配置し、その前側の傾斜板の外表面は斜め 1 側前方を向き、その後側の傾斜板の外表面は斜め 1 側後方を向くように配向せしめて配設したことを特徴とするパドル。

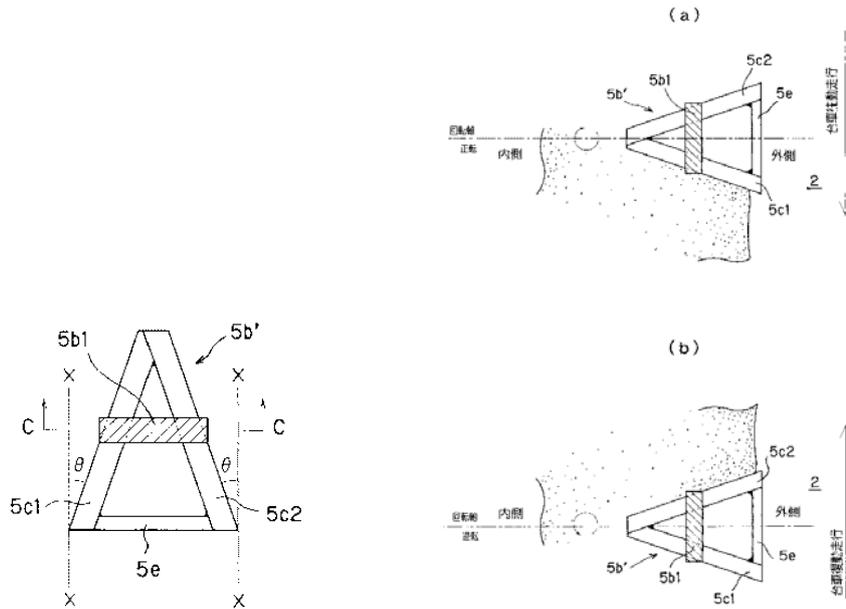
【請求項 2】（構成要件の分説は判決文による）

- A 2 有機質廃物を経時的に投入堆積発酵処理する長尺広幅の面域の長さ方向の 1 側に長尺壁を設け、
- B 2 その他側は長尺壁のない長尺開放側面として成る大容積のオープン式発酵槽を構成すると共に、
- C 2 該長尺壁の上端面にレールを敷設し、該レール上と該長尺開放側面側の面域上を転動走行する車輪を配設されて具備すると共に
- D 2 堆積物を往復動攪拌する正、逆回転自在のロータリー式攪拌機を横設した台車を該オープン式発酵槽の長さ方向に往復動走行自在に設け、
- E 2 更に該ロータリー式攪拌機は、該台車の幅方向に水平に延びる回転軸と、該回転軸の周面に且つその軸方向に配設された多数本の長杆の先端に板状の掬い上げ部材を具備するパドルとから成るオープン式発酵処理装置において、
- F 2 これらのパドルのうち、該オープン式発酵槽の該長尺開放側面側に位置する該回転軸の外端から少なくとも 1 本乃至数本のパドルは、該長杆の先端に、前後一对の板状の掬い上げ部材が夫々台車の走行方向に対し斜めに交叉し且つ内側に向けられて配設された請求項 1 に記載のパドルからなり、
- G 2 その他の残る各パドルは、長杆の先端に、該台車の走行方向に対し直交して板状の掬い上げ部材を取り付けた通常のパドルから成ること
- H 2 を特徴とし、しかもまた、次の X 及び Y の各特徴をさらに備えるオープン式発酵処理装置。
- X 大容積のオープン式発酵槽は、日を改めて投入する有機質廃物について、少なくとも複数日にわたるものを既に投入したのものとは別の空いた領域に経時的に投入することができるだけの面域を備えること。
- Y 前記ロータリー式攪拌機及び前記長尺壁は、前記有機質廃物の堆積高さを高温発酵を確保するに足るだけの高さ構成を備えること。

（掬い上げ部材についての図は以下のとおり）

図 3

図 1 1



4 発明の詳細な説明の記載

本件特許発明の明細書の記載は以下のとおりである。

(1) 従来技術（段落【0002】）

（中略）・・・オープン式発酵槽 1 内の有機質廃物の堆積物 T を往復動攪拌するに用い、その往復動攪拌が繰り返されるときは、図 1 7 に示すように、当初、実線示のように堆積されていた堆積物 T は、その往復動攪拌の回数が多くなるにつれ、一点鎖線示、二次鎖線示に示すように、そのオープン式発酵槽 1 の長尺開放側面 2 側において堆積物 T の開放端面側が外方に拡散が増大すると共に堆積物 T の高さが低くなる傾向があり、当初の好ましい高さで安定良好な高温発酵が得られない不都合を生じ、更には、その堆積物 T の崩れは、長尺開放側面 2 側の床面を走行する台車 6 の車輪 4 の軌道にも達し、円滑な走行を阻害することがある。その結果、適時、頻繁に、その外方へ崩れた拡散分を人手によりスコップなどで掬い上げ、堆積物の頂面へ積み上げる面倒な作業を要するなどの不都合を生ずることが判った。

そこで、かゝる不都合を解消するため、特願平 11-260846 号により、ロータリー式攪拌機による往復動攪拌を行ったとき、堆積物の長尺開放側面側において外方へ崩れ、堆積物の所望の高さが低くならないようにし、人手によるスコップによる掬い積み上げ作業を要せず、更に好ましくは、当初の高さの堆積状態で発酵処理ができるオープン式発酵処理装置を開示した。

即ち、特願平 11-260846 号において、前記先願のオープン式発酵処理装置を、次のように改良した。即ち、その装置において、該オープン式発酵槽の該長尺開放側面側に位置する該回転軸の外端から少なくとも 1 本乃至数本のパドルは、その長杆の先端杆部を回動自在とし、その先端に内側と外側で面積を異にする板状の掬い上げ部材を

所定角度範囲回動自在に取り付け、該台車の往復動走行時に、正、逆回転する回転軸に伴い正、逆回転する板状の掬い上げ部材により堆積物を掬い上げる際に、該板状の掬い上げ部材の内側板部は外側板部より大きい堆積物の負荷を受けて該板状の掬い上げ部材は、常に内側に向けて所定角度回動し堆積物の掬い上げが行われるようにした回動式パドルに構成する一方、その他の残る各パドルは、その先端に、該台車の走行方向に対し直交して板状の掬い上げ部材を取り付けた最先の出願で用いたと同じ通常の固定式パドルに構成したことを特徴とするオープン式発酵処理装置を提示した。

(2) 発明が解決しようとする課題（段落【0003】）

しかし乍ら、上記の改良発明によれば、その回動式パドルは、回動式パドルとするため多くの組み立て構成部材を要し、而も比較的複雑な組立て作業と構成を要し、その製作が比較的面倒であり、且つ製作コストの増大をもたらすなどの問題を有することが判明した。

そこで、構成部品を少なくし、通常の固定式パドルと同様に構造簡単で且つ製作コストを減少でき、軽量の固定式パドルの開発とこれを組み込んだ軽量で且つ用いた構造簡単で製造コストの安価なロータリー式攪拌機を具備し、前記の改良発明の目的と同様の目的を達成するオープン式発酵装置の開発が望まれる。

(3) 課題を解決するための手段（段落【0004】）

本発明は、上記の先願のオープン式発酵処理装置の不都合を解消し、上記の要望を満足するロータリー式攪拌機用パドルを提供するもので、長杆の先端に、2枚の板状の掬い上げ部材を前後に且つ前後方向に対し傾斜させて配置し、その前側の傾斜板の外表面は斜め1側前方を向き、その後側の傾斜板の外表面は斜め1側後方を向くように配向せしめて配設したことを特徴とする。

(4) 発明の効果（段落【0028】）

このように本発明のロータリー式攪拌機用パドルは、その長杆の先端に、2枚の板状掬い上げ部材を前後に且つ前後方向に対し傾斜させて配置すると共にその前側の傾斜板の外表面は斜め1側前方を向き、その後側の傾斜板の外表面に斜め1側後方を向くように配向して固設した構成としたので、先願の改良発明に係る回動式パドルに比し軽量となり、而も容易且つ安価に製造できる。

更に本発明は、オープン式発酵処理装置として、オープン式発酵槽を往復動走行する台車に横設したロータリー式攪拌機の回転軸の長さ方向に且つ周面に配設された多数本の通常のパドルのうち、その回転軸の外端部に位置する1～数本のパドルを、上記の本発明のパドルに代え且つその前後一対の傾斜板から成る掬い上げ部材の前後の

傾斜板の外面をその回転軸の軸線に対し所定の傾斜角度内側に向けて傾斜せしめて配向せしめたので、台車を往復動走行させ、該ロータリー式攪拌機で堆積物を往復動攪拌としたとき、その堆積物の外端部に位置する本発明のパドルの掬い上げ部材によりその往動走行時には、その前側の傾斜板により、その復動走行時には、その後側の傾斜板により、常にその夫々対応する前方の堆積物を内側に向け掬い上げることができ、堆積物の外側への掬い上げ時の拡散、崩れなどの不都合を解消でき、また、オープン式発酵処理装置に具備するロータリー式攪拌機に回動式パドルを用いた場合に比し、容易且つ安価に且つ軽量に構成できると共に、稼動時の消費電力の低減をもたらす。

第3 口号装置

被告製品である口号装置の構成、図面を本稿末尾に原審判決文より転用する。

本稿で均等侵害を論じるうえでのポイントは、口号装置の攪拌機に設けられている複数のパドルのうち、脚部に近い側（すなわちオープン式発酵処理装置の開放面側）には、図5に示す半円弧状の掬い上げ部材が用いられており、その半円弧状部が図4に示すように長尺壁側を向くように取り付けられているという点である。

第4 争点

本稿で論じる争点は次のとおりである。

- 1 口号装置は、本件特許発明を文言上充足するか。
- 2 口号装置は、本件特許発明と均等であるか。
- 3 原告による均等侵害の主張が時機に後れた攻撃防御方法となるか。

第5 本判決の内容

1 文言侵害の成否

文言侵害の成否について、本判決は、原審判決を踏襲したうえ以下のとおり述べ、口号装置は請求項2の構成要件F2を充足せず、文言侵害は成立しないとした。

- (1) 口号装置が請求項2の構成要件C2を文言上充足するか

本件において、口号装置は、その開放面側の車輪が床面に敷設された「レール上」を走行するものであったため、構成要件C2の「面域上」の意義が争われた。

本判決は、「面域上」の解釈について、明細書には用語の意義を特段規定した記載はなく、車輪が床面を直接回転走行する構成のものに限定する趣旨の記載もないから、車輪

が床面に敷設されたレール上を回転走行する場合もこれに該当すると解するのが自然であり、床面のレール上を回転走行する構成のものも所定の効果を奏することができるので、床面のレールの敷設の有無を問わないとして、口号装置が構成要件C 2を文言上充足すると結論づけた。

(2) 口号装置が請求項2の構成要件F 2を文言上充足するか

口号装置の半円弧状の掬い上げ部材について、これが構成要件F 2の「前後一对の板状の掬い上げ部材」が台車の走行方向に対し「斜めに交叉し且つ内側に向けられて配設され」ていることを充足するかが争われたところ、本判決は、構成要件F 2の「前後一对の板状の掬い上げ部材」は、2枚の板状の部材は傾斜させて配置され、それぞれの板状の部材（傾斜板）の外側が内側を向くように配設されたものであるが、口号装置のパドルは半円弧状の形状を有する1枚の部材から構成されたものであって、2枚の板状の部材を構成に有するものではなく、2枚の板状の部材を傾斜させて配置されたものでもないから、口号装置は構成要件F 2を文言上充足しないと結論づけた。

2 均等侵害の成否

本判決は均等第1要件から順に検討し、次のとおり判断した。

(1) 前提

本件において、口号装置が、請求項2の構成要件A 2、B 2、D 2、E 2、H 2、X及びYを充足することは当事者間に争いがなく、また構成要件C 2を充足することは上記のとおりであり、結局、口号装置は構成要件F 2のみを充足しない。

(2) 本質的部分（第1要件）について判示

ア 相違点

本件特許発明と口号装置は、本件特許発明のV字型掬い上げ部材が「2枚の板状の部材を傾斜させて配置されるもの」であるのに対し、口号装置の掬い上げ部材が「半円弧状の形状を有する1枚の部材から構成されたもの」である点で相違する。

イ 本質的部分

本判決は、明細書の記載から、本件特許発明の課題、目的、課題を解決するための手段として採用した構成、当該構成による奏する作用効果を認定したうえで、本件特許発明の「掬い上げ部材」について、段落【0015】の記載から、「回転軸5 aの中心軸線に対して10°～80°の傾斜があれば足り、その傾斜角は一定でなければならぬものではない。すなわち、回転軸5 aの中心軸線に対する角度が小さくなればなるほど、走行方向に対し直交する長矩形の板状で構成される従来の掬い上げ部材に近いものとなり、掬い上げの効果は大きくなる一方、堆積物の外側への

拡散が増大するが、回転軸5 aの中心軸に対する角度が大きくなると、掬い上げの効果は小さくなるが外側への拡散を防止できることとなるものと推測されることから、・・・V字型掬い上げ部材において、これらの角度は適宜選択できるものとなっているから、V字状のみに限定されず、より頂点への角度が緩やかな逆への字状のもの等も含まれる。」と述べた。

さらには、堆積物を掬い上げるための形状は、平面な「板状」に限られるものではないとしたうえで、「堆積物の外側への掬い上げ時の拡散、崩れなどの不都合を解消するために、前後一对の板状の掬い上げ部材が、それぞれ回転軸の軸方向に対し所定角度内側（オープン式発酵槽の長尺壁の方向）を向くようにし、掬い上げ部材の内側に向いて傾斜した部材の外側が、その前方に堆積する堆積物の長尺開放面側の外端堆積部に当接し、斜め内側に向けてこれを掬い上げるよう、傾斜板を所定角度内側に向けて配置したこと」が本件特許発明の特徴的部分であるとし、さらには、本件特許発明の攪拌機は、往復動走行に伴って正又は逆回転するものであることから、掬い上げ部が外端堆積部に当接する場合は、回転軸に直交する前後方向のいずれの場合もあり得ることから、そのいずれの場合においても、堆積物を掬い上げる必要があり、そのために、掬い上げ部材を前後にかつ前後方向に対し傾斜させて配置し、その前側の傾斜板の外側は斜め1側前方を向き、その後側の傾斜板の外側は斜め1側後方を向くように配向させて配設されたものと認められるので、「掬い上げ部材が前後の両方向に傾斜されて配置されるとの構成」も本件特許発明を基礎付ける特徴的部分であるとした。

そして、明細書に掬い上げ部材が2枚であることの技術的意義は何ら記載されておらず、掬い上げ部材が2枚で構成されることに格別の技術的意義があるとはいえず、2枚の部材を直接溶接してV字状を形成することと、1枚の部材を折曲してV字状を形成することとの間に技術的相違はないから、この点は本質的部分であるとはいえないし、前後に傾斜させる角度が、回転軸5 aの中心軸線に対して 10° ～ 80° の角度であればよく、逆への字状が含まれることや、掬い上げる部材としても、平面な板状に限定されず、外端堆積部に当接して内側に掬い上げることができればよいことに照らすと、掬い上げ部材が、平面な板状で構成されていることも、本質的部分であるとはいえないとし、第1要件について、本件特許発明と口号装置の相違点は、本質的部分に係るものではないと判断した。

(3) 置換可能性（第2要件）についての判示

本判決は次に置換可能性（第2要件）について検討し、口号装置の構成は、外端堆積部に当接する側の1/4円弧状部分の外側が作用して、堆積物に当接して堆積物を常に内側（長尺壁側）に向かって掬い上げることができるものであり、堆積部に半円

弧状部の外側が当接し、長尺壁の側に堆肥を寄せ、レールへの堆肥の崩れ落ちを避けるといふ効果を有するのであるから、本件特許発明と同様に、堆積物の外側への掬い上げ時の拡散、崩れなどの不都合を解消する。また、オープン式発酵処理装置が具備するロータリー式攪拌機に回動式パドルを用いた場合に比し、容易かつ安価にかつ軽量に構成できるとともに、稼動時の消費電力の低減をもたらすといふ効果が得られる。したがって、本件特許発明のV字型掬い上げ部材と口号装置の掬い上げ部材との作用効果は同一であるとした。

また、被告が、口号装置の掬い上げ部材は被処理物を掬い上げないようにあえて平面部分をなくし被処理物を保持せず逃がすようにしたものであるから、被処理物を放り投げるV字型掬い上げ部材とは異なると主張していたところ、本判決は、「掬い上げ」について、本件特許発明の請求項及び明細書の「発明の詳細な説明」のいずれにおいても堆積物を保持して放り投げることまでの作用を有するものであるとの特定はなされておらず、回転軸に対する傾斜板の角度として 10° ～ 80° の範囲が想定されているところ、回転軸に対する傾斜板の角度を 80° とした場合には、掬い上げ部の板状部分は堆積部に対して正面から（走行方向に対して直交するように）当接しないものとなるから、堆積物を保持するといふ効果はその角度を 10° とした場合に比して相当弱まると推測され、本件特許発明はそのような場合をも包摂している、また、当接した堆積物がどの程度放り投げられるかという点については、回転軸の回転速度や堆積物の状態なども影響するので、堆積物を保持して放り投げる効果を奏するか否かは、置換可能性についての判断を左右しないと判示した。

(4) 置換容易性（第3要件）についての判示

置換容易性（第3要件）について、本判決は、掬い上げ部材が2枚であることに格別の技術的意義があるともいえず、そうすると、明細書に開示される2枚の板状の部材を溶接してV字型を構成する実施例に直面した当業者において、1枚の部材を折り曲げて構成することは容易に着想することであり、さらに、本件特許発明における掬い上げ部材の傾斜角度が広範なものであることに照らせば、1枚の板を折り曲げて湾曲させ、V字状あるいは逆への字状等に代えて半円弧状とすることも、当業者であれば必要に応じて適宜なし得る設計事項にすぎないと判示した。

(5) 容易推考性（第4要件）及び意識的除外（第5要件）についても充足する旨判断し、均等侵害を認めている。

3 時機に後れた攻撃防御方法の成否

本判決は、原告による均等侵害の主張は、原審判決において本件特許発明の文言侵害が

認められなかったことを受けて、平成25年5月23日に行われた控訴審の第1回口頭弁論期日前に提出された同年4月30日付けの附帯控訴状において、均等侵害に該当する旨が記載され、その後、同年5月16日付け準備書面において均等侵害の5要件に関する主張が記載されていたものであり、その内容は、新たな証拠調べを要することなく判断可能なものであり、訴訟の完結を遅延させるものとはいえないので、時機に後れた攻撃防御方法とならないと判示した。

第6 検討

1 文言侵害

本判決による文言侵害の認定は極めて妥当であり、何らの異論はないものと考えられる。

2 均等侵害

(1) 本質的部分（第1要件）の判断基準等

均等の第1要件における特許発明の本質的部分とは、特許請求の範囲に記載された特許発明の構成のうち、当該特許発明特有の課題解決手段を基礎づける特徴的な部分、すなわち、上記部分が他の構成に置き換えられるならば、全体として当該特許発明の技術的思想とは別個のものと評価されるような部分をいうものとされている（東京地判平成11年1月28日判時1664号109頁、東京地判平成12年3月23日判時1738号100頁、知財高判平成21年6月29日判時2077号123頁等）。

また、特許発明の本質的部分か否かを判断するに当たっては、単に特許請求の範囲に記載された構成の一部を形式的に取り出すのではなく、特許発明を先行技術と対比して課題の解決手段における技術的原理を確定した上で、対象製品の解決手段が特許発明の解決手段の原理と実質的に同一の原理に属するものか、それともこれと異なる原理に属するものかという点から判断すべきであるとする見解（課題解決原理抽出説）が多数である。

(2) 均等要件の検討の順序

ところで裁判所による均等侵害の審理は、前掲最高裁判決が述べる5つの要件をその順序に従って検討することがほとんどである。

しかし、審理の冒頭において第1要件をクレームの文言等に表れた発明の特徴的な事項との対比において把握することをやめ、最初に第2、第3要件を中心に均等侵害の成否を判断し、そのうえで、第1要件の有無を審理判断すべきであるとする提言がなされている。最近の裁判例のなかには、第2、第3要件を初めに判断し、続いて第1要件について検討するものもある（（知財高裁平成21年6月29日中間判決・判時2077号123頁・中

空ゴルフヘッド事件)。

これは、前掲最高裁判決後の下級審裁判例においては、第1要件を欠いていることを理由に均等侵害が認められない事案が多く見られ、その傾向は「本質的部分」という概念がある程度の抽象性を有しており、発明の技術的な意義を狭く捉えることも広く捉えることも可能であることに起因していると考えられること、そうであるならば、第1要件は、第2要件及び第3要件を具体的に判断した後に第1要件を判断することが適切であると考えられること、あるいは端的に第2要件及び第3要件が均等論の中核であるため、これらをまず審理すべきとの考えが背景にあると考えられる。

本判決は、第1要件を最初に検討しているが、第1要件の判断にあたっては、本件特許発明の作用効果、すなわち、オープン式発酵処理装置において開放面側の堆積物が外方へ拡散する不都合を解消すること、回動式に比べて容易かつ安易にかつ軽量に構成できるとともに稼働時の消費電力の低減をもたらすことを明細書の記載から認定したうえで、それらの作用効果を前提として、本件特許と口号装置の相違点となる「掬い上げ部材」について、その本質的部分が何かを論じている。

そのような手法により、本判決は、本件特許発明を基礎付ける特徴的部分は、堆積物の外側への拡散を防止するために掬い上げ部材の傾斜した部材の外側が所定の角度で内側に向いていることと、往復して走行するために掬い上げ部材が前後の両方向に傾斜していることの2点であると認定した。加えて、第1要件を肯定する方向へと導いた明細書の記載としては、掬い上げ部材がV字状に限定されず、ハの字状や逆への字状も含まれると変形例を挙げていることである。

このような判断の道筋は、本質的部分の判断についての多数説であるところの課題解決原理抽出説に沿うものであるし、また、第2要件及び第3要件を先に判断すべきであって、第1要件はあくまで均等の範囲が広範となりすぎることを抑止する役割を果たすものという考え方からも外れるものではない。その意味においても、本質的部分についての本判決の判断は相当であると考えられる。

(3) 相違する構成が複数ある場合の均等論の主張

本件の原審では、口号装置が構成要件C 2及びF 2という複数の構成を充足するかが争われていた。

当事者間において相違する構成が複数ある場合、そして特に原審判決がなされる前の段階において原告が均等論を主張しようとする場合には、均等をいかに主張すればよいか実務的な検討課題となる。当事者間に争いのある複数の相違点のすべてを網羅的に均等主張することも考えられるが、原告としては、むやみに均等主張することによって、自己の主張の論理がかえって弱まる恐れもあることから、研究会では、争いのある相違点のうち、その認容が相応に困難と考えられる相違点に絞って均等論を

主張することが現実的な選択肢であろうとの意見が多くあがった。

3 時機に後れた攻撃防御方法

(1) 控訴審における新たな攻撃防御方法の提出

民事訴訟法第157条1項にいう時機に後れた提出とは、事件の具体的な進行状況や当該攻撃防御方法の性質に即して、その提出時期よりも早期に提出することが期待できる客観的な事情があったかどうかにより判断される。

控訴審の第1回口頭弁論期日など、第二審の当初に新たな攻撃防御方法を提出することは、第二審からみれば時機に後れたことにはならないが、第一審の経過をも通観すれば時機に後れたことになる場合があり、このような場合をどのように判断すべきかが問題となるところ、控訴審が続審であること、第二審のみを基準とすると第一審における集中審理を害する結果になることから、時機に後れたかどうかは、第一審・第二審を通じて判断すべきとされている（大判昭和8年2月7日、最判昭和30年4月5日、東京高判平成16年8月25日等）。

しかし、本件のように、第一審判決の結果と当事者の考えが食い違い、そのために控訴審で新たな攻撃防御方法が提出されたような場合は、必ずしも時機に後れたもの、または故意・重過失によるものとはいえないと考えられる。本件では、原審判決において文言侵害が認められなかったことを受けて原告による均等侵害の主張がなされたものであり、主張がなされた時期も控訴審の第1回口頭弁論期日前であったうえ、その認定のために従来の証拠調べの結果で足りる場合でもあったことから、時機に後れた攻撃防御方法としてこれを却下することは困難な事案であったと考えられる。

(2) 原審における均等論主張の時期

ところで、原告（特許権者側）が原審で均等論を主張するとすれば、その時期は、①訴状段階、②被告が文言侵害を否認した後の反論の機会、③文言侵害に対する被告の再反論の後の機会、④侵害論の終結間近などがあり得る。

均等論主張については、実務においては、それを主張すること自体を非常に躊躇する傾向がある。均等侵害の主張は、文言侵害の事実上の放棄であったとさえ言われている（塚原朋一「知財高裁における均等侵害論のルネッサンス」知財管理61巻12号1777頁参照）。

しかし、原審判決の内容を見たうえで控訴審において新たに均等を主張するという選択は、これが時機に後れた攻撃防御方法として却下される場合も十分あり得るので注意が必要である。また、実質的な争点を早期に出し尽くすという観点からも、原告（特許権者側）の基本的な姿勢としては、均等論が判例によって認められている以上、あくまで正当な権利行使と胸を張り、原審の早い段階から必要に応じて均等を

主張していくべきであって、そのことが躊躇されるような審理過程であってはならないと考える。ただし、被告側の認否も未だなされておらず、あるいは口号製品の構成が確定しないような段階において主張することは難しく、研究会においては、個別の判断とならざるを得ないものの、上記の②の被告が文言侵害を否認した後の反論の機会が適切ではないかとの意見が寄せられた。