

改修引戸装置事件 控訴審判決 — 「ほぼ同じ高さ」の意義について争われ、 原判決が取り消された事案—

知財高判平成30年5月24日（平成29年（ワ）第10033号、同10063号）
（裁判所ホームページ知的財産裁判例集）

室谷法律事務所
知的財産法研究会
弁護士 室谷 和彦

第1 概要

1 事案

本件は、その名称を「引戸装置の改修方法及び改修引戸装置」とする特許権（本件特許権）を有するXらが、Yの製造、譲渡する改修引戸装置である被告各装置は、本件特許権の特許請求の範囲請求項4に係る発明（本件発明）の技術的範囲に属すると主張して、Yに対し、被告各装置の製造・譲渡の差止め等を求めるとともに、Xら各自に対し、出願公開中の補償金、不法行為に基づく損害賠償金、及び遅延損害金の支払いを求めた事案である。

2 本件特許権

特許番号	4839108号
発明の名称	引戸装置の改修方法及び改修引戸装置
出願番号	特願2006-74123
出願日	平成18年3月17日
分割の表示	特願2003-62183の分割 ¹
原出願日	平成15年3月7日
公開番号	特開2006-152802

1 原出願（特願2003-62183）の当初明細書（特開2003-328645）においては、請求項1は、改修用下枠、改修用上枠、改修用堅枠による支持と、堅枠用保持部材、上枠用保持部による連結に注目しており、改修用下枠の取付方法については、特定されていない。また、請求項2は、シール材に関するものであり、請求項3は、水抜き孔に関するものである。

公開日 平成18年6月15日
登録日 平成23年10月7日

3 本件発明

本件特許の特許請求の範囲請求項4(本件発明)を構成要件に分説すると、次のとおりである。

A 建物の開口部に残存した既設引戸枠は、アルミニウム合金の押出し型材から成る既設上枠、アルミニウム合金の押出し型材から成り室内側案内レールと室外側案内レールを備えた既設下枠、アルミニウム合金の押出し型材から成る既設縦枠を有し、前記既設下枠の室外側案内レールは付け根付近から切断して撤去され、

B その既設下枠の室内寄りに取付け補助部材を設け、その取付け補助部材が既設下枠の底壁の最も室内側の端部に連なる背後壁の立面にビスで固着して取付けてあり、

C この既設引戸枠内に、アルミニウム合金の押出し型材から成る改修用上枠、アルミニウム合金の押出し型材から成り室外から室内に向かって上方へ段差を成して傾斜し、室外寄りが低く、室内寄りが室外寄りよりも高い底壁を備えた改修用下枠、アルミニウム合金の押出し型材から成る改修用縦枠を有する改修用引戸枠が挿入され、

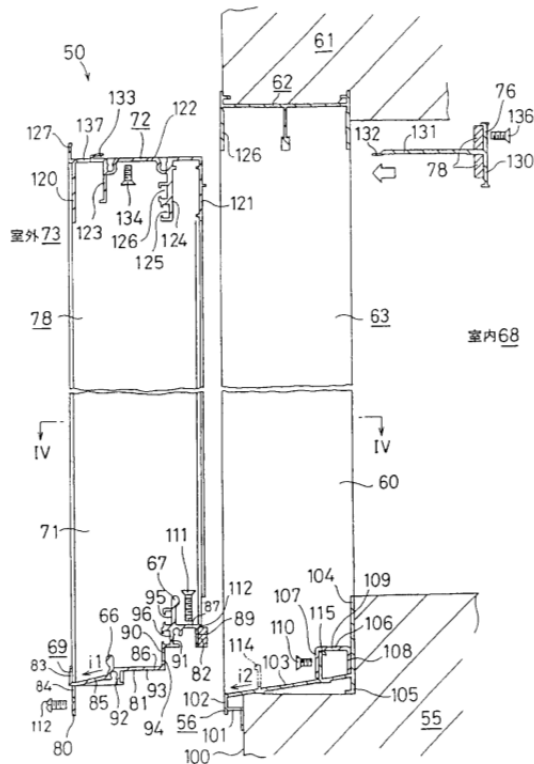
D この改修用引戸枠の改修用下枠の室外寄りが、スペーサを介して既設下枠の室外寄りに接して支持されると共に、前記改修用下枠の室内寄りが、前記取付け補助部材で支持され、

E 前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さであり、

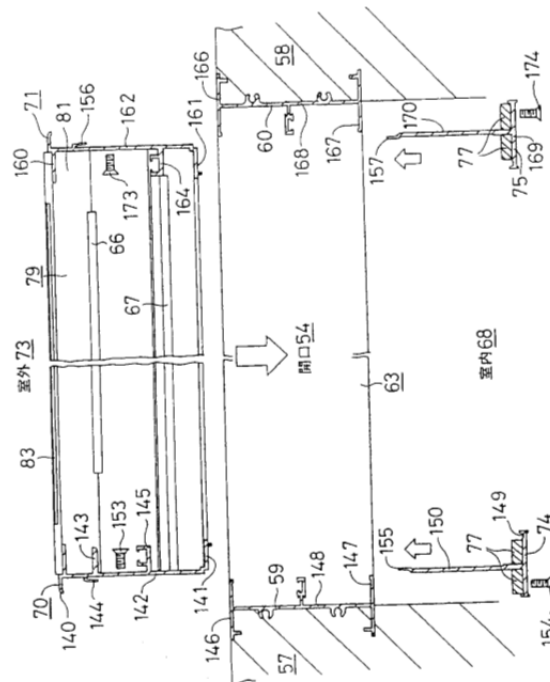
F 前記改修用下枠の前壁が、ビスによって既設下枠の前壁に固定されている

G ことを特徴とする改修引戸装置。

〔本件特許公報【図3】を引用〕



〔本件特許公報【図4】を引用〕



【図面の簡単な説明】（抜粋）

【図3】 改修用引戸装置50の既設引戸枠への取付手順を説明するための鉛直断面を示す分解図である。

【図4】 図3の切断面線IV-IVから見た水平断面図を示す分解図である。

【符号の説明】（抜粋）

50…改修用引戸装置、55…下縁部、56…既設下枠、57、58…側縁部、59、60…既設縦枠、61…上縁部、62…既設上枠、63…既設引戸枠、66、67…案内レール、69…改修用下枠、70、71…改修用縦枠、72…改修用上枠、74、75…縦枠用保持部材、76…上枠用保持部材、104…背後壁、106…取付け補助部材、115…室内側案内レール
110、111、112…ビス

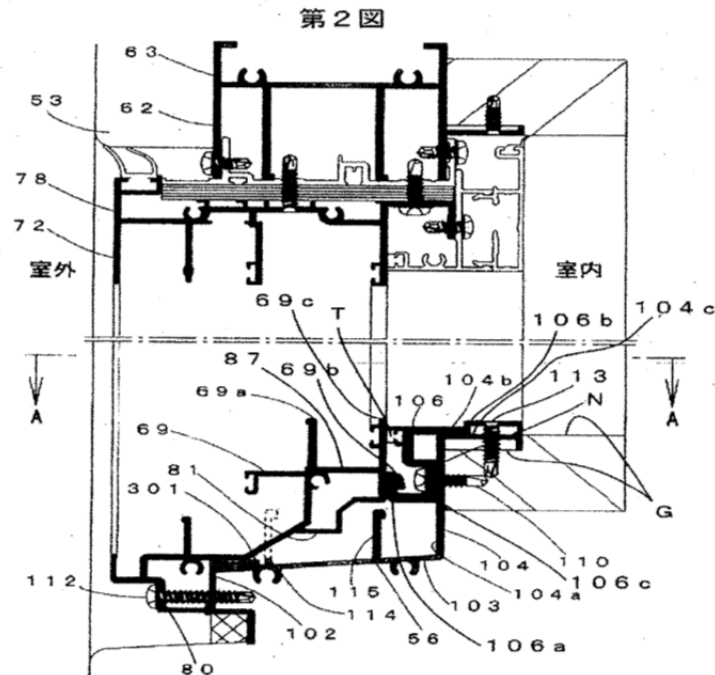
4 被告各装置

Yの製造、譲渡する改修引戸装置（被告各装置）には、大きく分けて、イ号装置（イ-1、3、5、6、7）とロ号装置（ロ-1、2、4、5、6）がある。以下では、改修用下枠の取付方法にクローズアップして紹介する。なお、被告各装置における、後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差は、5mmあるいは13.5mmである。

(1) イ号装置の構成

イ号装置においては、その既設下枠(56)の室内寄りに略S字状の下枠受け材(106)を設け、かつ、前記下枠受け材(106)は、既設下枠の底壁(103)の最も室内側の端部に連なる背後壁(104)の上端側に位置している横向片(104c)の上側に延設されている上側延設部(106b)がビス(113)によって前記背後壁の横向片(104c)に固着されたうえで、室内側の下方に位置している下方垂直部(106c)がビス(110)によって前記背後壁(104)の立面(104a)に固着されて取付けである。

[イ号装置説明書 第2図を引用]



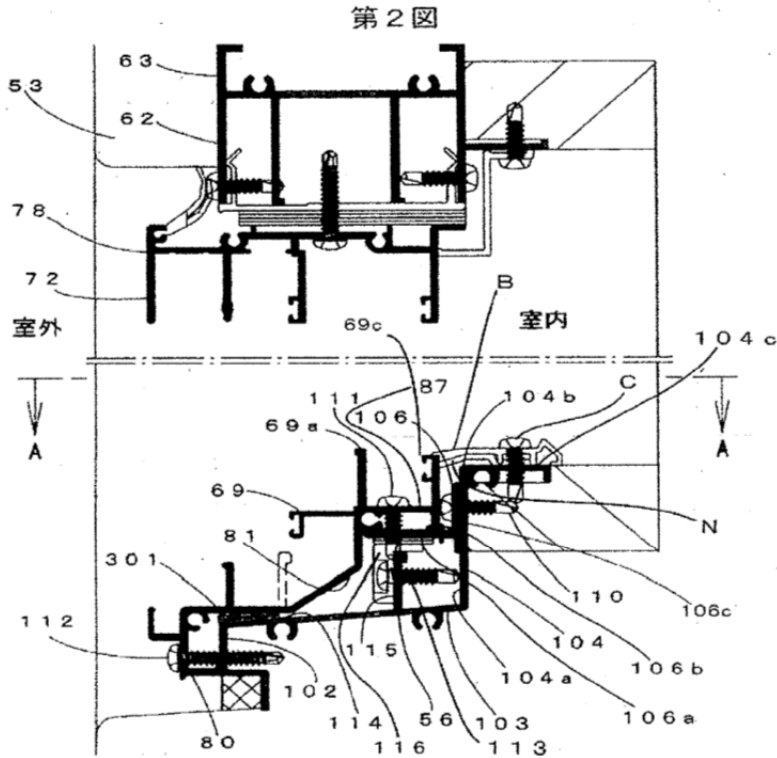
※高さ方向の中間部分を一点鎖線にて省略する。
 ※既設下枠の切断する前の室外側室内レールを破線にてあらわす。

- | | |
|----------------------------|-------------------------|
| 53...建物の開口部 | 102...既設下枠の前壁 |
| 56...既設下枠 | 103...既設下枠の底壁 |
| 62...既設上枠 | 104...既設下枠の背後壁 |
| 63...既設引戸枠 | 104a...背後壁の立面 |
| 69...改修用下枠 | 104b...背後壁の上端 |
| 69a...改修用下枠の上端 | 104c...背後壁の横向片 |
| 69b...突起部 | 106...下枠受け材 |
| 69c...改修用下枠の室内側上端 | 106a...立ち上がり部 |
| 72...改修用上枠 | 106b...上側延設部 |
| 78...改修用引戸枠 | 106c...下方垂直部 |
| 80...改修用下枠の前壁 | 110...ビス |
| 81...改修用下枠の底壁 | 112...ビス |
| 87...改修用下枠の上側壁面 | 113...ビス |
| G...背後壁104よりも室内側に設置されている鎖線 | 114...既設下枠の室外側室内レールの付け根 |
| N...止水材 | 115...既設下枠の室内側室内レール |
| T...気密材 | 301...スペーサ |

(2) ロ号装置の構成

ロ号装置では、既設下枠（56）の室内寄りに略T字状の下枠補助材（106）を設け、前記下枠補助材（106）は、垂直方向片（106c）がビス（110）によって既設下枠の底壁（103）の最も室内側の端部に連なる背後壁の立面（104a）に固着されると共に、水平方向脚部（106a）がビス（111）によって上側に位置している改修用下枠（69）の室内寄りを構成している底壁（81）の一部壁面（87）に固着され、かつビス（113）によって室内側案内レール（115）に固着されている逆L字状の下枠受け材（116）によって下側から支持されることによって取り付けられている。

〔ロ号装置説明書 第2図を引用〕



※高さ方向の中間部分を一点鎖線にて省略する。
 ※既設下枠の切断する前の室外側案内レールを破線にてあらわす。

- | | |
|----------------------------------|-------------------------|
| 53...建物の開口部 | 102...既設下枠の前壁 |
| 56...既設下枠 | 103...既設下枠の底壁 |
| 62...既設上枠 | 104...既設下枠の背後壁 |
| 63...既設引戸枠 | 104a...背後壁の立面 |
| 69...改修用下枠 | 104b...背後壁の上端 |
| 69a...改修用下枠の上端 | 104c...背後壁の横方向片 |
| 69c...改修用下枠の室内側上端 | 106...下枠補助材 |
| 72...改修用上枠 | 106a...水平方向脚部 |
| 78...改修用引戸枠 | 106b...突起部 |
| 80...改修用下枠の前壁 | 106c...垂直方向片 |
| 81...改修用下枠の底壁 | 110...ビス |
| 87...改修用下枠の室内側における底壁の一部壁面 | 111...ビス |
| | 112...ビス |
| | 113...ビス |
| B...新設アルミ鎖線 | 114...既設下枠の室外側案内レールの付け根 |
| C...新設アルミ鎖線と背後壁の上端(104b)とを固着するビス | 115...既設下枠の室内側案内レール |
| N...止水材 | 116...下枠受け材 |
| | 301...スペーサ |

第2 原 審

1 原審の概要²

原審では、被告各装置が本件発明の技術的範囲に属するかが争われ³、Yは、構成要件B「室内寄り」「固着」、構成要件C「挿入」、構成要件D「支持」、構成要件E「ほぼ同じ高さ」、構成要件F「固定」を充足しないと主張したが、原判決では、明細書等の記載から上記文言の意義を解釈し、被告各装置は本件発明の技術的範囲に属するとして、一部認容の判決をした。⁴

これに対し、Yは、原判決中その敗訴部分を不服として控訴し、Xらは、原判決中その敗訴部分を不服として附帯控訴した。

2 原判決における構成要件E「ほぼ同じ高さ」についての判断

控訴審では、構成要件E「ほぼ同じ高さ」の意義が主な争点となっていることから、この点についての原審の判断を、以下に紹介する。

本件発明が、(ア) 改修用下枠が既設下枠に載置された状態で既設下枠に固定されるので、改修用下枠と改修用上枠との間の空間の高さ方向の幅が小さくなり、有効開口面積が減少してしまうという問題と、(イ) 改修用下枠の下枠下地材は既設下枠の案内レール上に直接乗載され、その案内レールを基準として固定されているため改修用下枠と改修用上枠との間の空間の高さ方向の幅がより小さくなり、有効開口面積が減少してしまうという問題(課題)に対して、①既設下枠の室外側案内レールを切断して撤去する(構成1)、②既設下枠の室内寄りに取付け補助部材を設けるとともに、この取付け補助部材を既設下枠の底壁の最も室内側の端部に連なる背後壁の立面にビスで固着して取り付け、改修用下枠の室内寄りを取付け補助部材で支持し、取付け補助部材を基準として改修用引戸枠を既設引戸枠に取り付ける(構成2)ことにより上記課題を解決し、改修用下枠と改修用上枠との間の空間の高さ方向の幅が大きく、広い開口面積を確保できるという効果を奏するものであること及び本件特許の審査経過において、「広い開口面積を確保する本願の課題に対応した構成が記載されていない」という拒絶理由通知を受け、構成要件Eに対応する部分を追記する補正をしたことによって特許査定を受けていることに照らすと、背後壁の上端と改修用下枠の上端を「ほぼ同じ高さ」とするのは、広い開口面積を確保するという効果を得るための構成であるといえることができる。

そして、上記課題及び効果からすると、背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差が、少なくとも従来技術における改修用下枠の上端と背後壁の上端の差よりも小さいものである必要があると認められる。すなわち、改修用下枠が既設下枠に載置された状態で固定されたり、改修用下枠の下枠下地材が既設下枠の案内レール上に直接乗載されて固定されたりした場合の改修用下枠の上端と背後壁の上端の高さの差異よりも、改修用下枠の上端と背後壁の上端の差が相当程度小さいものであれば、「ほぼ同じ高さ」であると認められるというべきである。

(略)

2 原判決については、中原明子「改修用サッシ工法事件」おりずむ 2018年3月号 Vol.16 No186 94頁に紹介されている。

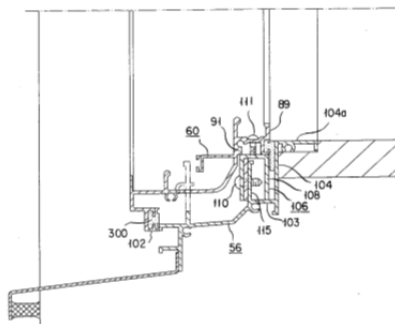
3 Yは、原審において、侵害論の審理が終了し、裁判所から心証を告げられ、損害論の審理に入った段階で、初めて無効理由(明確性要件違反、サポート要件違反、実施可能要件違反、進歩性欠如)を主張した。そのため、無効の主張は、時機に後れた攻撃防御方法として却下されている。

4 被告各装置のうち一部の装置(ロ-5号装置、ロ-1、ロ-2、ロ-4及びロ-6号装置の下枠タイプB及びC)については、技術的範囲に属さないとして、非侵害とされている。

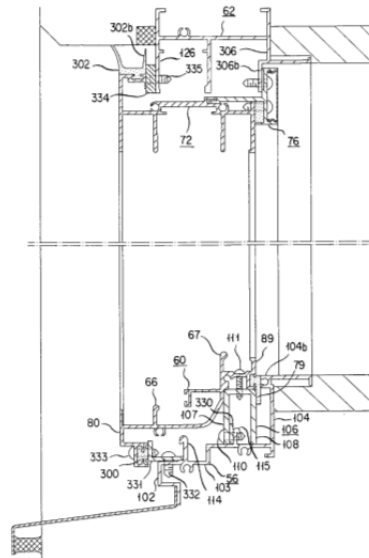
むしろ、本件明細書等の【図10】及び【図11】をみると、改修用下枠の上端を室内側レールが構成しているが、同室内側レールのほぼ全体が、背後壁の上端の高さより、上方に突き出ていることが認められる。そして、上記各図記載の形態について、本件発明の技術的範囲から除外されることをうかがわせる記載はなく、本件発明の技術的範囲に含まれる実施形態であることが認められるから、背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差が、室内側レールの高さ程度である場合も、構成要件Eの「ほぼ同じ高さ」に当たるといえることができる。

原判決は、構成要件E「ほぼ同じ高さ」の意義について、上記のように解釈したうえで、「カタログ（乙32）に記載されている5mmや13.5mm程度の差については、『ほぼ同じ高さ』に当たるとは明らかであると判断している。

〔本件特許公報【図10】から引用〕



〔本件特許公報【図11】から引用〕



第3 本件判決（控訴審）

控訴審における主な争点は、構成要件E「ほぼ同じ高さ」の意義であるところ、その判断の前提として、裁判所は、本件特許の出願経過について、次のとおり認定した。

1 出願経過

(1) 出願から拒絶査定

平成18年3月17日 本件特許に係る出願（特願2003-62183号からの分割出願）

平成21年7月10日 拒絶理由通知（36条6項2号、29条2項）

平成21年9月14日 意見書・手続補正書提出

平成22年1月14日 拒絶査定（29条2項）

(2) 拒絶査定不服審判請求

平成22年4月16日 拒絶査定不服審判請求（不服2010-8087号）

手続補正書提出

・請求項4に関しては、本件発明の構成要件E「前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さであり」を除く構成要件を全て備える発明が

記載されることとなった。

平成23年3月10日 拒絶理由通知 (29条2項)

・既設下枠について、本願発明1が「室内側案内レールと室外側案内レールを備え」るものであって、改修に際し、「室外側案内レールを付け根付近から切断して撤去」するのに対し、刊行物1発明では、室内側案内レールや室外側案内レールを備えるものではなく、改修に際し、室外側案内レールを付け根付近から切断して撤去しない点を相違点2としたうえで、刊行物1発明において、既設下枠が室内側案内レールと室外側案内レールとを備える場合に、改修に際し、既設下枠の案内レールを付け根付近から切断して撤去することは、当業者であれば容易に思い付く。

・改修用下枠の室外寄りの支持について、本願発明1が「スペーサを介して既設下枠の室外寄りに接して支持する」のに対し、刊行物1発明ではこのようにしていない点を相違点6としたうえで、刊行物1発明において、改修用下枠の室外寄りをスペーサを介して既設下枠の室外寄りに接して支持することは、当業者であれば容易に思い付く。

(3) 拒絶査定不服審判における補正等

裁判所は、本件特許の拒絶査定不服審判における補正等について、次のように認定した。以下、引用する⁵。

ア 被控訴人らは、同年5月27日に特許庁審判官より補正案の検討を促されたことから、同年6月15日、請求項4に「前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さであり」(構成要件E)を追加する内容を含む補正案を作成し、特許庁審判官に対して送付した。特許庁審判官は、同日、この補正案を了承し、被控訴人らに対し、「拒絶理由通知で補正の機会を作る」旨伝えた。

イ 被控訴人らは、同月21日付で、・・・略・・・、特許法36条6項1号を理由とする拒絶理由通知(以下「サポート要件違反の拒絶理由通知」という。)を受けた。当該拒絶理由通知書には、以下の内容が含まれる。

・本願の請求項1～6には、広い開口面積を確保する本願の課題に対応した構成が記載されていない。よって、請求項1～6に係る発明は、発明の詳細な説明に記載したものではない。

・なお、同月15日付け補正案のとおり補正すればこの限りではない。

ウ 被控訴人らは、同年7月8日、特許庁に対して手続補正書を提出し、上記補正案のとおりに補正し、本件発明が本件特許の特許請求の範囲請求項4に記載されることとなった。

エ 特許庁は、同年9月2日付けで、上記補正後の本件発明を含む請求項1～6に係る発明について、「原査定を取り消す。本願の発明は、特許すべきものとする。」旨の審決をした。同審決には、以下の内容が含まれる。

・請求項1～6に係る発明は、「取付け補助部材を既設下枠の底壁の最も室内側の端部に連なる背後壁の立面にビスで固着して取付け」、「改修用下枠の室内寄りを前記取付け補助部材で支持し、前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さであり、」との構成により、既設引戸を改修用引戸に改修する際に有効開口面積が減少してしまうという課題を解決するものであって、当該構成は引用文献や他の文献から容易になし得たものであるとはいえず、

5 項目ア～エ及び下線は、筆者による。証拠番号は省略している。

他に本願を拒絶すべき理由を発見しない。

2 構成要件Eについて

控訴審では、原判決と異なり、構成要件E「ほぼ同じ高さ」の意義について、次のように判示した。以下、引用する⁶。

ア 特許請求の範囲の記載によれば、構成要件Eの「前記背後壁」は、「既設下枠の底壁の最も室内側の端部に連なる」（構成要件B）のものであり、改修の前後でその「高さ」が変わるものではない。他方、同「改修用下枠」は、その「室外寄りが、スペーサを介して既設下枠の室外寄りに接して支持されると共に、」その「室内寄りが、前記取付け補助部材で支持され」（構成要件D）のものである。このため、構成要件Eの「前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さ」であることに寄与しているのは、主に「改修用下枠」を支持する「取付け補助部材」であるといえることができる。

この「取付け補助部材」について、本件明細書等の記載を見ると、「既設引戸枠の形状、寸法に応じた形状、寸法の取付け補助部材を用いる」（【0018】）、「その取付補助部材106の高さ寸法を変えることで、異なる形状の既設下枠56にも同一形状の改修用下枠56（裁判所注、改修用下枠69の誤記であると認める。）を、その支持壁89と背後壁104を同一高さに取り付けることが可能である。」（【0091】）との記載がある。しかも、段落【0018】には、上記記載に先行して、「既設下枠の室外側案内レールを切断して撤去したので、改修用下枠と改修用上枠との間の空間の高さ方向の幅が大きく、有効開口面積が減少することがなく、広い開口面積が確保できる。」との記載もある。

これらの事情を総合すると、構成要件Eの「同じ高さ」とは、「取付け補助部材」で「改修用下枠」を支持することにより、「背後壁の上端」と「改修用下枠の上端」とを、その間に高さの差が全くないという意味での「同じ高さ」とした場合を意味するものと理解するのが最も自然である。

他方、「ほぼ同じ高さ」について、定義その他その意味内容を明確に説明する記載は、本件明細書等には見当たらないが、以上に検討した点を併せ考えると、ここでいう「ほぼ同じ高さ」とは、「取付け補助部材」の高さ寸法を既設下枠の寸法、形状に合わせたものとすることにより、「背後壁の上端」と「改修用下枠の上端」とを、その間に高さの差が全くないという意味での「同じ高さ」とする構成を念頭に、しかし、そのような構成にしようとしても寸法誤差、設計誤差等により両者が完全には「同じ高さ」とならない場合もあり得ることから、そのような場合をも含めることを含意した表現と理解することが適当である。

イ（ア） このように解することは、本件明細書等の図1に示された実施の形態につき「前壁102の上端部から室内68に向かって上方へ傾斜する…底壁103の最も室内68側の端部に連なる「背後壁104」が、「室内側案内レール67と同一高さまで立ち上がる」ものとされ（【0027】）、また、同図6に示された実施の形態につき「既設下枠56の背後壁104の上端部に室内68側に向かう横向片104 aを有し、この横向片104 aと改修用下枠69の支持壁89の上端が同一高さである」と記載されている（【0069】）一方で、図1及び6の実施の形態と比較すると「背後壁の上端」と「改修用下枠の上端」の「高さ」に図面上明らかに差が認められる図10及び11の実施の形態については、「例えば、図10に示すように取付け補助部材106の高さ寸法を大きくして室内側壁部108を底壁103に当接し、かつ室内側案内レール115にビス110で取付ける。…この場合には、

6 下線は、筆者による。

支持壁89が背後壁104より若干上方に突出する。」(【0092】)と記載され、「同一高さ」等の表現が用いられていないこととも整合する。

(イ) 本件特許の出願経過に鑑みても、構成要件Eについては上記のように解釈することが適当というべきである。

すなわち、被控訴人らが構成要件E「前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さであり」を追加したのは、拒絶査定不服審判の請求と同時にされた手続補正書による補正後の請求項1～6に係る発明に対する進歩性欠如の拒絶理由通知、これを受けての被控訴人らによる補正案の作成と特許庁審判官によるその了承、サポート要件違反の拒絶理由通知という経過を経た後の手続補正においてである。そうすると、構成要件Eの追加は、上記サポート要件違反の拒絶理由を解消するためにのみなされたか、これと同時に上記進歩性欠如の拒絶理由も解消するためになされたかのいずれかの意図によるものと理解される。

そして、サポート要件違反の拒絶理由通知には「本願の請求項1～6には、広い開口面積を確保する本願の課題に対応した構成が記載されていない。」と記載されている。本件明細書等の記載によれば、この「広い開口面積を確保する本願の課題」については、①既設下枠に存在した室外側案内レールを切断撤去してできたスペースを利用することで広い開口面積を確保し、「有効開口面積が減少することが少ない」(本件明細書等【0060】)ようにすることを意味するものと理解することができる一方で、②「背後壁の上端」と「改修用下枠の上端」とを「ほぼ同じ高さ」とすることで「有効開口面積が減少することがない」(【0018】)ようにすることを意味するものと理解することも可能である。

しかし、「広い開口面積を確保する本願の課題」を①の意味に理解する場合、このような課題は本件明細書等の記載から見て本件発明により当然に解決されるべきものであるから、本件特許に係る出願の審査段階の当初から拒絶理由として通知されてしかるべきものである。ところが、実際には、サポート要件違反の拒絶理由は、審査段階のみならず審判段階でも1度目の拒絶理由通知では指摘されず、審判段階での2度目の拒絶理由通知で指摘されたのであり、このような経緯に鑑みると、「広い開口面積を確保する本願の課題」の意味を①の趣旨でサポート要件違反の拒絶理由通知がされたものと理解することは不自然というべきである。

他方、上記経過につき、審判合議体が、進歩性欠如の拒絶理由は「前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さであり」(構成要件E)との構成が追加されることで解消されると判断し、被控訴人らに更に補正の機会を与えるために、「広い開口面積を確保する本願の課題」につき②の意味を念頭にサポート要件違反の拒絶理由を通知したものと理解するならば、2度目の拒絶理由通知の段階において敢えてサポート要件違反の拒絶理由のみを通知したことも合理的かつ自然なこととして把握し得る。現に、審判合議体は、「既設引戸を改修用引戸に改修する際に有効開口面積が減少してしまうという課題を解決するものあって」、「当該構成は引用文献や他の文献から容易になし得たものであるとはいえず」との審決書の記載から明らかとなり、サポート要件違反の拒絶理由通知を契機として「前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さであり」という構成要件Eが追加されたことによりサポート要件違反及び進歩性欠如の拒絶理由がいずれも解消されたものとして判断しており、このことは上記理解と整合的である。

ウ 被控訴人らの主張について

(ア) 被控訴人らは、本件発明において、改修用下枠の上端と背後壁の上端との高さの差に一定の制限を設けないと、室外側案内レールを切断撤去することにより従来技術に比べ開口面積の減少を少なくし、広い開口面積を確保することが可能になったにもかかわらず、その取付け

スペースを利用しないことにより改修用下枠が取付けスペース内に沈み込まないために、本件発明の効果を達成し得ない構成も文言上包含されてしまうことから、本件発明の効果を達成できる範囲内において、既設下枠の背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの関係を規定したのが構成要件Eの「ほぼ同じ高さ」であると主張する。

しかし、取付けスペースを利用することを規定したいのであれば、例えば、改修用下枠の一部が、既設下枠の室外側案内レール（切断して撤去されている。）が存在した高さよりも低い位置に挿入されることを規定するなど、端的に取付けスペースを利用することを明確にする補正をすればよいのであって、取付けスペースを利用しない構成を除外する目的で既設下枠の背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの関係を請求項に記載することの合理性は乏しいというべきである。

(イ) また、被控訴人らは、改修用引戸枠を既設引戸枠にかぶせて取り付けるものである以上、有効開口面積は必ず減少するのであるから、本件発明の課題（作用効果）を既設引戸を改修用引戸に改修する際に有効開口面積を減少することがないようにすること（本件明細書等【0018】）と理解するのは誤りであるとする。

しかし、本件明細書等には「有効開口面積が減少することが少ない」（【0060】）と「有効開口面積が減少することがない」（【0018】）という異なる表現が用いられているのであるから、両者を区別した上で、「有効開口面積が減少することがない」ことの意味を探求しようとするのはむしろ当然である。そして、本件明細書等の記載からは、本件発明は改修引戸装置の下枠の態様に重点が置かれたものと考えられるのであるから、その作用効果の説明を理解するに当たり下枠に着目し、改修用引戸の取付けにより客観的には有効開口面積が減少していても、「背後壁の上端」と「改修用下枠の上端」を文字通り「ほぼ同じ高さ」とすることにより下枠に関しては「有効開口面積を減少することがない」という作用効果が得られることが表現されていると解することには十分な合理性があるといえる。

(ウ) さらに、被控訴人らは、本件明細書等の図10の実施の形態は図6をベースとした態様であるところ、図6の実施の形態は「図1と図2と同様な作用効果を奏する」（【0091】）ものであり、図1及び2の作用効果に関する段落【0058】～【0060】においては「改修用下枠13と改修用上枠15との間の空間の高さ方向の幅が大きく、有効開口面積が減少することが少ない。」（【0060】）などとされていることから、図10の実施の形態を本件発明の実施形態とみるのは当然であるなどと主張する。

しかし、この主張は、本件発明の作用効果が「有効開口面積が減少することが少ない」というものであることを前提としている点で失当である。その点を措くとしても、図1及び2の実施の形態も本件発明の全ての構成要件を備えているものとはいいがたく（構成要件B及びDを欠くと見られる。）、また、段落【0058】～【0060】に記載された作用効果は、構成要件Eを備えることを前提としているとは必ずしもいえない。そして、図10に示された実施の形態自体、構成要件B、D及びFを欠いているのであって、それにもかかわらず構成要件Eは備えているというべき根拠はない。

3 被告各装置の構成要件Eの充足性について

裁判所は、次のように判示して、被告各装置の構成要件Eの充足性を否定した。以下、引用する⁷。

7 下線は、筆者による。

ア 上記のとおり、構成要件Eの「ほぼ同じ高さ」とは、「取付け補助部材」の高さ寸法を既設下枠の寸法、形状に合わせたものとすることにより、「背後壁の上端」と「改修用下枠の上端」とを、その間に高さの差が全くないという意味での「同じ高さ」とする構成を念頭に、しかし、そのような構成にしようとしても寸法誤差、設計誤差等により両者が完全には「同じ高さ」とならない場合もあり得ることから、そのような場合をも含めることを含意した表現であると理解される。

そうすると、「取付け補助部材」により「改修用下枠」を支持することで「背後壁の上端」と「改修用下枠の上端」とを「同じ高さ」にしようとはしておらず、その結果、「背後壁の上端」と「改修用下枠の上端」との「高さ」の差が明らかに「段差」と評価される程度に至っている場合には、もはや構成要件Eの「ほぼ同じ高さ」に含まれないと解される。なぜなら、本件発明は「経年変化によって老朽化した集合住宅などの建物」の「リフォーム」に関するものであるところ（本件明細書等【0002】）、リフォームに際して「段差」と評価されるものを設けるか否かは当然に考慮されるべき事項であり、明らかに「段差」と評価されるものを取って設けたにもかかわらず、「ほぼ同じ高さ」に含まれると解することは、当業者の一般的な理解とは異なるからである。

そして、証拠（乙27の1、2）によれば、バリアフリー住宅の基準として、設計寸法で3mm以下の一般床部の段差形状は「段差なし」と評価されていることが認められる。

イ 証拠（乙32、34）及び弁論の全趣旨によれば、イ号装置（HOOK工法）のカタログには、主として既設下枠の背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差が5mmの製品及び13.5mmの製品の図面が掲載されており、既設下枠の背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差がこれら以外の製品の図面は掲載されていないこと、ロ号装置（HOOKSLIM）のカタログには、主として既設下枠の背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差が5mmの製品の図面が掲載されており、それ以外の高さの差の製品の図面は掲載されていないことが認められる（なお、同カタログ4頁には、従来製品との対比を説明した部分においてこの高さの差を3mmとする記載が見られるが、これに対応する製品の図面は見当たらない。）。また、控訴人は、被告各装置につき、①美観への配慮及び結露水対策の観点から、既設下枠の横向き片の上面に約5mm以上の肉厚部分が生じるように設計していること、②内障子を慳食式に建て込む方法を取ることとの関係で、改修用下枠の上端をなす室内側案内レールの上端を既設下枠の背後壁の上端より取って5mm以上高くしていること、③控訴人の新築用のビル用サッシ製品と内外障子及び網戸を兼用する必要により、背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差を5mm以上に設定する必要があることから、既設下枠の背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差を意識的に5mm以上確保している旨説明しているところ（乙346）、その内容に不自然ないし不合理な点その他その信用性に疑義を差し挟むべき事情は見当たらない。

4 結論

裁判所は、「被告各装置は本件発明の技術的範囲に属さないから、本件特許権を侵害するものということとはできず、被控訴人らの控訴人に対する被告各装置の製造・譲渡の差止め等の請求、補償金請求及び不法行為に基づく損害賠償請求はいずれも理由がない。」と判断して、原判決中Y敗訴部分を取り消して請求棄却とし、Xらの附帯控訴を棄却した。

第4 検 討

1 「ほぼ」「略」「約」「近傍」「付近」

(1) 概 要

本判決では、「ほぼ同じ高さ」の意義が争われている。

特許請求の範囲の記載に「ほぼ」「略」「約」「近傍」「付近」などの不確定な範囲を示す用語が用いられている場合には、特許請求の範囲が必ずしも明確でないため、①明確性要件（特36条6項2号）違反が問題となることが多く、また、②技術的範囲の属否において、クレーム解釈が問題となることが多い。

そこで、以下では、「ほぼ」「略」「約」「近傍」「付近」などの不確定な範囲を示す用語が用いられた場合の①明確性違反、②クレーム解釈について検討したうえ、本件について考える。

(2) 明確性要件について

ア 審査基準

審査基準（第Ⅱ部 第2章 第3節 明確性要件 2.2 明確性要件違反の類型）においては、明確性要件を満たさない類型の1つとして、「(5) 範囲を曖昧にし得る表現がある結果、発明の範囲が不明確となる場合」の中に「d 範囲を不確定とさせる表現（「約」、「およそ」、「略」、「実質的に」、「本質的に」等）がある結果、発明の範囲が不明確となる場合」があげられており、「ただし、範囲を不確定とさせる表現があっても発明の範囲が直ちに不明確であると判断をするのではなく、審査官は、明細書及び図面の記載並びに出願時の技術常識を考慮して、発明の範囲が理解できるか否かを検討する」と説明が付されている。⁸

イ 裁判例

範囲を不確定とさせる表現について明確性が争われた裁判例としては、次のものがあげられる。

(ア) 「略水平」、「略一周」の明確性が争われた事案

【知財高判平成27年7月28日 審決取消請求事件 大便器装置事件 裁判所ホームページ】

Yが有する「大便器装置」の特許権について、Xが無効審判請求をなし、不成立審決（特許有効）がなされ、これを不服としたXが審決取消訴訟を提起した。争点の1つとして、「略水平」、「略一周」なる用語が明確性要件（特許法36条6項2号）違反に該当するか否かが争われた。

裁判所は、「略水平」について、次のとおり判示した。

8 審査基準には、例があげられている。以下、引用する。

例16：

[請求項] 半導体基板の表面に被覆原料を堆積させる方法において、被覆原料を堆積させる際に半導体基板を回転させることにより、被覆原料の実質的に均一な供給を行うことを特徴とする被覆方法。
[説明] 被覆原料を完全に均一に供給することが不可能であることは、出願時における技術常識である。明細書及び図面の記載並びに出願時の技術常識を考慮すると、本願発明は、半導体基板を回転させることにより、半導体基板の表面に供給する被覆原料の供給量を実質的に均一にするものである、ということが理解できる。そして、ここでいう「実質的に均一な供給」とは、半導体基板を回転させることにより得られる程度の均一性を意味することが明確に把握できる。したがって、発明の範囲は明確である。なお、本事例において、「実質的に」が「略」と記載されていても、同様に判断される。

「原告は、本件発明1～3の「略水平」との用語が不明確であり、かつ、本件発明1～3が本件明細書の発明の詳細な説明に記載されたものではない旨を主張する。

しかしながら、『略水平』とは、当該技術分野の平均的な技術水準において、棚を水平を保ったということであり、なるべく水平な状態にしたとか、ほぼ水平であるといった程度の意味ととらえられるから、それ自体として直ちに不明確なものとはいえない。また、本件明細書には、棚をほぼ水平にした実施例（これが厳密な意味で傾斜が0度あるか否かは定かではないが、水平又はほぼ水平（「略水平」）であることは、図面から明らかである。）が記載されているから（【0014】【0017】【0019】【0020】【図2】【図9】）、本件発明1～3が、本件明細書の発明の詳細な説明に記載されたものではないともいえない。

また、原告は、「略水平」が何度までの傾斜を許容するものであるか不明確である旨を主張する。

しかしながら、本件発明1は、上記1(1)に認定のとおりであり、側部の棚を「略水平」にしたのは、曲率が比較的小さく遠心力が大きくない側部においては、棚を傾斜させるまでもなく、水平又はほぼ水平のままに、洗浄水の一部を自然とボウル部に適宜落させれば足りるとしたものと理解できるから、「略水平」は、積極的に棚を傾斜させようとするものではないと認められる。そうであれば、当業者は、その技術水準に従い、棚は、なるべく又はほぼ水平であればよいと理解するのであり、それ以上に棚の傾斜の限界を認識しなければならない必要はない。」

裁判所は、「略一周」について、次のとおり判示した。

「原告は、本件発明1の「略一周」との用語が不明確であり、かつ、本件発明1は、本件明細書の発明の詳細な説明に記載されたものではない旨を主張する。

しかしながら、「略一周」とは、洗浄水が棚に沿って便器内のおおむね一周させるといった程度の意味ととらえられるから、それ自体として直ちに不明確なものとはいえない。また、本件明細書には、ノズル21より吐水された洗浄水が、棚14に沿って反時計回りに大便器内を流れながら、ボウル部11に流下する様子が記載されているから（【0015】【0018】【0020】【図1】【図8】）、本件発明1が、本件明細書の発明の詳細な説明に記載されたものではないともいえない。」

(イ) 「近傍」の明確性が争われた事件

【知財高裁平成22年7月28日 「溶剤等の攪拌・脱泡方法」事件 裁判所ホームページ】

無効審判の審決取消訴訟において、裁判所は、温度の検知手段の「設置位置として『容器の上端部の近傍』と特定されているところ、近傍という言葉自体は、『近所、近辺』…と一般に理解されており、また、多数の特許請求の範囲の記載で使用されている技術的用語であること…を考慮すると、『近傍』の範囲を更に数値により限定して具体的に特定しなければ、…課題を達成するための構成が不明瞭となるものではない。…当業者…は、『容器の上端部』の『近辺』と認識し、かつ、『検知手段』が『容器に収納された溶剤等の温度』を検知できる範囲を指示するものと理解することができるか」と判示して、明確性要件違反を否定した。

ウ 本件特許について

本件特許については、4件の無効審判⁹がなされているところ、無効2016-800061号事件において、請求人であるYは、「ほぼ同じ高さ」の明確性違反を無効理由の1つとしている。

審決は、「背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さである」とは、既設下枠の背後壁

の上端と改修用下枠の上端がおおかた同じ高さである、すなわち完全に同じであることは要しない程度に高さが同じであるといった意味と捉えられ、また、既設引戸枠の形状、寸法によっては、例えば本件明細書図10に示す実施の形態のように、背後壁の上端と改修用下枠の上端を完全に同じ高さとし得ない場合もあることが理解できる」として、明確性要件違反を否定した。

これに対して、審決取消請求事件¹⁰では、「法36条6項2号の趣旨は、特許請求の範囲に記載された発明が明確でない場合に、特許の付与された発明の技術的範囲が不明確となることにより生じ得る第三者の不測の不利益を防止することにある。そこで、特許を受けようとする発明が明確であるか否かは、特許請求の範囲の記載のみならず、願書に添付した明細書の記載及び図面を考慮し、また、当業者の出願時における技術的常識を基礎として、特許請求の範囲の記載が、第三者に不測の不利益を及ぼすほどに不明確であるか否かという観点から判断されるべきである。」と規範を述べた上で、明細書の【0018】【0091】の記載を根拠に、「『前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さ』の『同じ高さ』とは、『取付け補助部材』により『改修用下枠』を支持することで『背後壁の上端』と『改修用下枠の上端』とを『同じ高さ』とした場合を意味するものと一義的に理解することができ、『ほぼ同じ高さ』とは、『取付け補助部材』の高さ寸法を既設下枠の寸法、形状等に合わせて調節し、『背後壁の上端』と『改修用下枠の上端』とを『同じ高さ』にしようとしたとしても、寸法誤差、設計誤差等より『背後壁の上端』と『改修用下枠の上端』とが厳密には『同じ高さ』とならない場合を含むが、その限度を超えるものは含まないことを意味すると解される。特許請求の範囲の記載、願書に添付した明細書の記載及び当業者の出願時における技術的常識を考慮すると、「前記背後壁の上端と改修用下枠の上端がほぼ同じ高さ」との記載は、上記のように解されるところ、このように解した場合、第三者に不測の不利益を及ぼすほどに不明確であるとはいえない。」と判示して、明確性要件違反を否定している。

もっとも、当業者の出願時における技術的常識を基礎として、特許請求の範囲の記載が、第三者に不測の不利益を及ぼすほどに不明確であるか否かという観点からすれば、明細書の記載から、「ほぼ同じ高さ」が、寸法誤差、設計誤差に限られると理解できるかは疑問も残る。¹¹

(3) 技術的範囲（クレーム解釈）について

不確定な範囲を示す用語の解釈が問題となった代表的な裁判例としては、燻し瓦事件最高裁判決をあげることができる。

ア 【最判平成10年4月28日 燻し瓦事件¹²】

いぶし瓦の製造方法の特許において、燻化温度について「摂氏一〇〇〇度ないし摂氏九〇〇度付近」の意義について、争われた事案である。

原審は、特許請求の範囲及び発明の詳細な説明のいずれにも「付近」の意義を判断するに足りる作用効果の開示はないとし、また、本件発明は窯内温度が摂氏一〇〇〇度「付近」で燻化を開

9 本件特許については、無効審判4件、①無効2012-800031、②無効2013-800021、③無効2016-800061、④無効2016-800065がなされ、すべて請求不成立とされ、その審決取消訴訟においてもすべて棄却されている。

10 本判決と同日に、審決取消訴訟についても判決がなされている（知財高判平成30年5月24日 平成29年（行ケ）第10081号 裁判所ホームページ）。

11 本件訴訟（特許権侵害訴訟）では、原審において、明確性違反を含む無効主張について、時機に後れた攻撃防御方法として却下されており、審理されていない。

12 本最高裁判決の評釈として、榎戸道也「特許法70条の解釈—燻し瓦事件」 「知的財産法最高裁判決評釈大系 小野昌延先生喜寿記念 I 特許／実用新案法」 P591以下

始し摂氏九〇〇度「付近」で燻化を終了するものであり、「付近」の意味する幅は摂氏一〇〇度よりもかなり少ない数値を指すと判断し、摂氏880度～820度であった被告方法は、本件発明の特許請求の範囲にいう燻化時の窯内温度を充足するものではないとした。

これに対し、最高裁は、「特許請求の範囲の記載は、前記のとおりであり、瓦素地の焼成後に未燃焼のLPガスを窯内に送って充満させ、摂氏一〇〇〇度ないし九〇〇度「付近」の窯内温度と焼成瓦素地の触媒的作用により未燃焼LPガスを熱分解し、その分解によって単離される炭素を転移した黒煙を瓦素地表面に沈着するという構成を有し、本件発明における燻化時の窯内温度は、このような構成に適した窯内温度として採用されていることが明らかである。また、発明の詳細な説明には、本件発明の作用効果として、窯内で炭化水素の熱分解が進んで単離される炭素並びにその炭素から転移した黒鉛の表面沈着によって生じた燻し瓦の着色は、在来の方法による燻し色の沈着に比して少しも遜色がないと記載され、本件発明における燻化温度は、このような作用効果をも生ずるのに適した窯内温度として採用されていることが明らかである。したがって、本件発明の特許請求の範囲にいう摂氏一〇〇〇度ないし摂氏九〇〇度「付近」の窯内温度という構成における「付近」の意義については、本件特許出願時において、右作用効果を生ずるのに適した窯内温度に関する当業者の認識及び技術水準を参酌してこれを解釈することが必要である。」と判示し、原審の判断に対して、「前記窯内温度の作用効果を参酌することなしにこのような判断をすることはできないのであって、このことは、右窯内温度が特許請求の範囲に記載されていることにより左右されるものではない。右参酌をせずに特許請求の範囲を解釈した原審の判断には、特許法七〇条の解釈を誤った違法があるというべきである。」と判示して、名古屋高裁に差し戻した。

イ このように、最高裁は「付近」という不確定な範囲を示す用語が用いられている場合に、明細書に記載された作用効果、さらにその作用効果に適した窯内温度に関する当業者の認識及び技術水準を参酌すべきと判示している。¹³

ウ 本判決も、明細書に記載された作用効果から、「ほぼ同じ高さ」の意義を解釈しようとする点で、同様の判断手法であるといえる。もっとも、本判決では、その作用効果自体について、明細書の記載からは2つの解釈（開口面積の減少を少なくするのか、なくすのか）が可能であった点、補正により追加された構成要件についての解釈であった点で特殊性があったといえる。

その意味で、本判決は、不確定な範囲を示す用語の解釈において、特殊な事案の一つということができる。

2 原判決と本判決の比較

原判決では、被告各装置の大部分について、特許権侵害が認められたのに対し、本判決では、全ての被告各装置について、構成要件Eを充たさないとして、特許権侵害が否定されている。

結論を異にしたのは、① 図10、図11が、本件発明の実施形態であるか否かについての認定の

13 同様の判断をした下級審判決の1つとして、知財高判平成27年10月8日（平成26年（ネ）第10111号 裁判所ホームページ）をあげておく。

本事案では、「横向き管における最下面の延長線の近傍位置」との用語の「近傍位置」の意義について争われたところ、裁判所は、明細書の記載から作用効果を認定し、作用効果を奏するためにどのような位置であるかを検討したうえで、「『近傍位置』とは、横向き管の最下面を形成する線を縦向き管に向けて延長した線のうち縦向き管内の最も高い位置より下方が、その充填された混合済み材料によって満杯の状態になる位置より少しばかり上か下の位置を意味するものと解すべきである。」と判示し、イ号物件の構成要件該当性を否定した。

相違、② 審判における補正の経緯からの解釈の相違であると考えられる。

(1) 図10、図11について

原判決においては、図10及び図11は、本件発明の実施形態であることを前提に、同図では、室内側レールのほぼ全体が、背後壁の上端の高さより、上方に突き出ているとして、「背後壁の上端と改修用下枠の上端の高さの差が、室内側レールの高さ程度である場合も、構成要件Eの『ほぼ同じ高さ』に当たるといえることができる。」と判示した。

これに対し、本判決では、「図10に示された実施の形態自体、構成要件B、D及びFを欠いているのであって¹⁴、それにもかかわらず構成要件Eは備えているというべき根拠はない。」と判示している。

本件特許は、分割出願によるものである。分割出願では、特許請求の範囲は、原出願当初明細書に記載された発明を抽出しており、原出願と異なる発明が記載されている。これに対して、分割出願の明細書は、原出願当初明細書等を引き写したうえ、必要な範囲で修正される。そのため、分割出願では、特許請求の範囲の記載と実施例の記載との間で、対応が明らかでないことがある。

本件においても、図10やこれを説明する【0092】の記載は、本件発明（請求項4）の実施例でなく、請求項1～6のいずれの実施例でもない。

本判決は、分割出願の特許について、明細書の記載や図面を考慮して、用語の意義を解釈（70条2項）するにあたっては、実施例の記載や図面が、必ずしも、クレームに対応していないこともあることに注意を要することを、喚起するものといえる。

(2) 審判における補正の経緯について

本判決は、構成要件Eの意義を検討する前提として、本件特許の出願経過（特に、審判における補正の経緯）について、詳細に認定している。

そのうえで、構成要件Eの追加の意図について検討し、「広い開口面積を確保する本願の課題に対応した構成が記載されていない」とのサポート要件違反の拒絶理由における「広い開口面積を確保する本願の課題」は、「背後壁の上端と改修用下枠の上端とをほぼ同じ高さとすることで有効開口面積が減少することがない」ことを意味するとの判断を導いている。

特許侵害訴訟におけるクレーム解釈において、出願経過を参酌（主に、包袋禁反言）¹⁵することは一般的に行われるが、本件では、「ほぼ同じ高さ」という要件を追加する補正をしたところ、その「ほぼ同じ高さ」の意義について、補正の経緯を詳細に取り上げて、クレーム解釈に用いている点で、一般的な出願経過の参酌とは趣を異にする。

実務的観点からすれば、出願経過の参酌にあたっては、このような裁判例があることも視野に入れ、包袋を緻密に調査・検討する必要があるといえよう。

以上

14 図10、図11が、少なくとも構成要件F「改修用下枠の前壁が、ビスによって既設下枠の前壁に固定」を充たしていないことは明白である。

15 出願経過の参酌の詳細につき、高部真規子「実務詳説 特許関係訴訟」（第3版）P166