

# 審決

不服2013- 4177

アメリカ合衆国オハイオ州45202, シンシナティ, ワン・プロクター・ア  
ンド・ギャンブル・プラザ  
請求人 ザ・アイムス・カンパニー

東京都千代田区丸の内1丁目6番6号 日本生命丸の内ビル 協和特許法律事務  
所  
代理人弁理士 勝沼 宏仁

東京都千代田区丸の内1丁目6番6号 日本生命丸の内ビル 協和特許法律事務  
所  
代理人弁理士 中村 行孝

東京都千代田区丸の内1丁目6番6号 日本生命丸の内ビル 協和特許法律事務  
所  
代理人弁理士 榎 保孝

特願2008-506508号「プロバイオティクス構成成分及び甘味剤  
構成成分を含む組成物」拒絶査定不服審判事件〔平成18年10月19日国  
際公開、WO2006/110406、平成20年9月4日国内公表、  
特表2008-535520号〕について、次のとおり審決する。

## 結 論

本件審判の請求は、成り立たない。

## 理 由

### 第1 手続の経緯

本願は、2006年4月4日（パリ条約による優先権主張外国庁受理  
2005年4月11日、米国）を国際出願日とする出願であって、平成24  
年10月29日付けで拒絶査定がされ、この査定に対し、平成25年3月4  
日に本件審判が請求されるとともに、審判請求と同時に手続補正がなされた  
ものである。

### 第2 平成25年3月4日付け手続補正についての補正却下の決定

[補正却下の決定の結論]

平成25年3月4日付け手続補正（以下「本件補正」という。）を却下さ  
る。

[理由]

#### 1. 補正後の請求項1に記載された発明

本件補正により、特許請求の範囲の【請求項1】は、

「【請求項1】

（a）切除及び洗浄されたイヌ科動物又はネコ科動物の胃腸管から単離さ  
れた株を含み、かつビフィドバクテリウム、ラクトバシラス、及びこれらの  
組み合わせからなる群から選択される属を含む細菌を含む、プロバイオティ  
ク構成成分、及び

（b）ソルビトール、マンニトール、グルコース、マンノース、フルク  
トース、及びこれらの混合物からなる群から選択される単糖類を含む、甘味  
剤構成成分、

を含む、組成物であって、

前記甘味剤構成成分およびプロバイオティク構成成分は共に混合されてな  
り、

前記組成物は、実質的にチューインガム基質を有しない、組成物。」と補正された。

上記補正は、平成23年9月9日付け拒絶理由通知で明確でないとされた「組成物は、3ヶ月後にプロバイオティック微生物の少なくとも約50%が生存可能であるように、少なくとも約3ヶ月の貯蔵寿命を有す」と言う条件を削除し、補正前の請求項1に記載された発明を特定するために必要な事項である「プロバイオティック構成成分」について、「ビフィドバクテリウム、ラクトバシラス、及びこれらの組み合わせからなる群から選択される属を含む細菌を含む、」と、同じく「単糖類」について、「ソルビトール、マンニトール、グルコース、マンノース、フルクトース、及びこれらの混合物からなる群から選択される」と、限定するものであり、かつ、補正前の請求項1に記載された発明と補正後の請求項1に記載される発明の産業上の利用分野及び解決しようとする課題が同一であるので、本件補正は、平成18年法律第55号改正附則第3条第1項によりなお従前の例によるとされる同法による改正前の特許法第17条の2第4項第2号の特許請求の範囲の減縮、及び、同第4号の明りょうでない記載の釈明を目的とするものに該当する。

そこで、本件補正後の請求項1に記載された発明（以下「本願補正発明」という。）が、特許出願の際独立して特許を受けることができるものであるか（平成18年法律第55号改正附則第3条第1項によりなお従前の例によるとされる同法による改正前の特許法第17条の2第5項において準用する同法第126条第5項の規定に適合するか）について、以下に検討する。

## 2. 引用刊行物とその記載事項

(1) 原査定の拒絶の理由に引用された、本願優先権主張日前に頒布された刊行物である特表2005-508647号公報（以下「刊行物1」という。）には、食品に関し、図面とともに、次の技術的事項が記載されている。

(ア) 「【請求項1】

初乳、プロバイオティック、及びプレバイオティックを含む食品。」

(イ) 「【0020】

本発明の食品の更なる成分としてソルビトールを使用することが可能である。食品中の糖及び/またはソルビトールの含量は任意の量でよく、好ましくは5~50%、より好ましくは35~45%である（乾燥分基準でw/w%）。」

(ウ) 「【0029】

特に好ましいプロバイオティック微生物としては、ラクトバシラスアシドフィラス (*Lactobacillus acidophilus*)、ラクトバシラスムコサエ (*Lactobacillus mucosae*)、ラクトバシラスルミノス (*Lactobacillus ruminus*)、ラクトバシラスルテリ (*Lactobacillus reuteri*)、ビフィドバクテリウム属の各菌 (*Bifidobacterium species*)、及びバシラスサブティリス (*Bacillus subtilis*) が挙げられる。詳細には、本発明のプロバイオティックは、特許手続上の微生物の寄託の国際的承認に関するブダペスト条約に基づき、2001年10月10日に寄託されたアクセッション番号 NCIMB41117のラクトバシラスである。」

(エ) 「【0033】

本発明の食品のプレバイオティック成分としては特に限定されるものではないが、グルコース、フルクトース、キシロース、ガラクトース、ラクトース、マンノース・・・などが含まれる。」

(オ) 「【0039】

例えば、本発明の食品の形態の1つとして非常に食べやすい乳製品おやつがある。この製品には初乳、プレバイオティック、及びプロバイオティックが食べやすい供給形態で入っている。・・・初乳、プレバイオティック、及びプロバイオティックは、任意の製品に混合したり、製品に注入したり、外側に塗布することが可能である。」

(カ) 「【0066】

(実施例1で述べるもののような) 脂肪ベースの乳製品基質のフォーマットでプロバイオティックの生存率について試験を行った。製品は室温

(19~24℃の範囲)で保存し、プロバイオティックの生存率について10ヶ月間にわたって試料の試験を行った。その結果、プロバイオティックの生存率は極めて高く、10ヶ月で一桁の損失が見られたただけであった。この程度の損失は生存率の各測定値の誤差の範囲内である。

【0067】

乾燥ペットフードキブルに添加した場合のプロバイオティックの生存率についても試験を行った。プロバイオティックは植物油及び獣脂のコーティングベースに加えてキブルにコーティングした。製品は室温(19~24℃の範囲)で保存し、試料は11ヶ月にわたってプロバイオティックの生存率について試験した。ここでもやはりプロバイオティックの生存率は非常に高く、11ヶ月で損失は見られなかった。」

(キ)「【0071】

#### 実施例1

##### 乳製品おやつ

非常に食べやすい乳製品おやつを製造した。その組成を下記に示す。

【表1】

##### 組成

成分	w t / w t % (乾燥分基準)
水素添加植物性脂肪	30
スクロース	43
初乳	3
プレバイオティック	3
プロバイオティック	2
乳化剤及び塩	1.6
香料	0.4
ヨーグルト粉末	5
合計	100

【0072】

プロバイオティックの濃度は約 $3 \times 10^{10}$  cfu/gであった。

【0073】

製品は未加工材料を混合することによって得た。次いでこの混合物を型にすくい入れ/かき入れ、冷蔵庫に入れて固化させた。得られた材料片を型から外した。

【0074】

製造工程及び貯蔵期間を通じて初乳の有効成分が保護されるように低温熱処理を行って、水分活性の低い基質を得た。この有効成分の製品中での活性保持力を確認した。」

(ク)「【0080】

#### 実施例3

##### 2層食品

表1に示した成分からなる外皮を有し、表2に示した成分で充填した、本発明に基づく2層キブルペット食品を製造した。外皮には表3に組成を示す外側コーティングを噴霧塗布した。

【0081】

##### 表1

成分	重量%
Chix+BHA/BHT	29.00
全粒トウモロコシ、イエロー#2	39.18
米糠	17.00
大豆ミール44%	13.00
食塩、ヨウ素添加	0.40
ビタミン及びミネラル類	0.80
抗酸化剤	0.02
酸化鉄着色剤	0.60

##### 表2

成分	重量%
水素添加植物性脂肪	36.2
スクロース	45.5

初乳	15
イヌリン	3
乳化剤	0.3

表3

成分	重量%
ラクトバチラス・アシドフィラス（凍結乾燥）	0.5
ヒマワリ油	95.5

すると、実施例1に着目して刊行物1には、次の発明（以下「引用発明」という。）が開示されているものということができる。  
「スクロース、初乳、プレバイオティック、プロバイオティックを含む乳製品おやつであって、  
製品は未加工材料を混合することによって得た混合物を型にすくい入れ／かき入れ、冷蔵庫に入れて固化させ、得られた材料片を型から外した乳製品おやつ。」

（2）本願優先権主張日前に頒布された刊行物である特表2003-534003号公報（以下「刊行物2」という。）には、ペットフード用新規プロバイオチックスに関し、次の技術的事項が記載されている。

（ア）「【請求項1】 ペットの胃腸管に生存し、かつコロニーの形成能について選択した、ペットに高プロバイオチック活性を有する乳酸菌の新規単離菌株。」

（イ）「【請求項9】 乳酸菌は属ラクトバチルス、ビフィドバクテリウムまたはエンテロコッカスから選択する、請求項7または8記載の使用。」

【請求項10】 菌株はラクトバチルス・ルーテリ、ラクトバチルス・アシドフィラス、ラクトバチルス・アニマリス、ラクトバチルス・ルミニス、ラクトバチルス・ジョンソニイ、ラクトバチルス・カゼイ、ラクトバチルス・パラカゼイ、ラクトバチルス・ラムノサス、ラクトバチルス・ファーメンタム、ビフィドバクテリウム種、エンテロコッカス・フェシウム、エンテロコッカ種から成る群から選択する、請求項7記載から9のいずれか1項記載の使用。」

（ウ）「【請求項18】 請求項1から6のいずれか1項記載の少なくとも1つの単離菌株および／またはその培養物の上澄および／またはその代謝産物を、摂取しうる支持体または医薬マトリックスと関連して含有するペットの胃腸管の健康に対するためのペットフード組成物。」

（エ）「【0002】

（発明の背景）

家畜の健康はその飼養に密接に関連する。正しい飼養をすることにより、ペットが元気に健康となる。栄養価を付与する他に、フード組成物は腸内菌相の平衡に影響を与え、胃腸障害を生じたりまたは予防することができる。従って、胃腸管および健康な動物の消化プロセスに関する知識は実際の飼養プラクティスの理解に必須である。肉食動物としての猫や犬は消化管が短いことおよび食塊が速かに流動する点で特徴がある。」

（オ）「【0003】

猫および犬の胃腸マイクロフロラの構成成分としてバクテロイデス種、クロストリジウム種、エンテロバクテリアセ、ビフィドバクテリウム種、ラクトバチルス種、ストレプトコッカス種、スタフィロコッカス種および酵母を回収することができる。」

（カ）「【0062】

例14 乾燥キャットフード

飼料混合物は58重量%のコーン、約6重量%のコーングルテン、約23重量%のチキンミール、塩、ビタミンおよびミネラルから形成する。

飼料混合物は予備コンディショナーに送り、加湿する。次に加湿飼料はエクストルーダークッカーに送り、糊化させる。エクストルーダーを出る糊化マトリックスはダイを通して押出す。押し出し物は猫の給与に適する断片に切断し、約110℃で約20分乾燥し、冷却してペレットを形成する。この時点で、凍結乾燥粉末の1つ以上の次のラクトバチルス種の菌株、ラクトバチルス・アシドフィラスNCC2628（CNCM I-2453）またはエンテロコッカス・フェシウムSF68（NCIMB10415）をペレット

に適用するために供する。」

### 3. 本願補正発明と引用発明との対比

#### (1) 両発明の対応関係

(a) 引用発明の「プロバイオティック」は、刊行物1記載事項(ウ)に「特に好ましいプロバイオティック微生物としては、ラクトバシラスアシドフィラス(Lactobacillus acidophilus)・・・ビフィドバクテリウム属の各菌(Bifidobacterium species)・・・が挙げられる。」と例示されたものである。引用発明の「プロバイオティック」と、本願補正発明の「切除及び洗浄されたイヌ科動物又はネコ科動物の胃腸管から単離された株を含み、かつビフィドバクテリウム、ラクトバシラス、及びこれらの組み合わせからなる群から選択される属を含む細菌を含む、プロバイオティック構成成分」とは、「ビフィドバクテリウム、ラクトバシラスから選択される属を含む細菌を含む、プロバイオティック構成成分」で共通する。

(b) 引用発明の「プレバイオティック」は、刊行物1記載事項(エ)に「本発明の食品のプレバイオティック成分としては特に限定されるものではないが、グルコース、フルクトース、キシロース、ガラクトース、ラクトース、マンノース・・・などが含まれる」と例示されたものである。引用発明の「プレバイオティック」は、本願補正発明の「グルコース、マンノース、フルクトース」「からなる群から選択される単糖類を含む、甘味剤構成成分」に相当する。

(c) 引用発明の「未加工材料を混合することによって得た混合物を型にすくい入れ/かき入れ、冷蔵庫に入れて固化させ、得られた材料片を型から外した乳製品おやつ」は、チューインガム基質を含むものでない。本願補正発明の「甘味剤構成成分およびプロバイオティック構成成分は共に混合されてなり、

前記組成物は、実質的にチューインガム基質を有しない、組成物。」に相当する。

#### (2) 両発明の一致点

「(a) ビフィドバクテリウム、ラクトバシラスから選択される属を含む細菌を含む、プロバイオティック構成成分、及び

(b) グルコース、マンノース、フルクトースからなる群から選択される単糖類を含む、甘味剤構成成分、

を含む、組成物であって、

前記甘味剤構成成分およびプロバイオティック構成成分は共に混合されてなり、

前記組成物は、実質的にチューインガム基質を有しない、組成物。」

#### (3) 両発明の相違点

##### ア. 相違点1

本願補正発明は、細菌が「切除及び洗浄されたイヌ科動物又はネコ科動物の胃腸管から単離された株を含む」ものに対して、引用発明は、そうではない点。

### 4. 本願補正発明の容易推考性の検討

#### (1) 相違点1について

(a) 刊行物2の記載事項(イ)には、「ラクトバチルス」(本願補正発明の「ラクトバシラス」に相当するもの)及び「ビフィドバクテリウム」が、記載事項(ウ)の「ペットフード組成物」なる用途とともに、記載事項(ア)の「ペットの胃腸管に生存し・・・する乳酸菌の新規単離菌株」として記載されている。

そして、上記「3. (1) (a)」に記載したように、引用発明の「プロバイオティック」は、ラクトバシラスアシドフィラスやビフィドバクテリウム属の各菌が特に好ましいものとされたものである。引用発明の「プロバイオティック」として、胃腸障害防止のために刊行物2記載の「ペットの胃腸管に生存・・・する・・・単離菌株」である「ラクトバチルス」(本願補正発明の「ラクトバシラス」に相当するもの)や「ビフィドバクテリウム」を用いることは、当業者が容易になしえることである。

(b)さらに、本件明細書【0024】に、「非限定例としては、PCT国際公開特許W000/42168に開示されているような、切除され洗浄されたヒトの胃腸管から単離されたビフィドバクテリウムの菌株が好ましい。・・・切除及び洗浄されたイヌ科動物又はネコ科動物の胃腸管から単離された株が、特に有用である可能性がある。」と記載されているように、菌株が切除され洗浄された胃腸管から単離できることが従来知られていたことであり、かつ、本願補正発明の細菌が「切除及び洗浄されたイヌ科動物又はネコ科動物の胃腸管から単離された株を含」むものであることによる作用効果も、上記「有用である可能性がある。」と記載されるに止まり、本件明細書全体を見ても、それ以上の顕著な作用効果として把握できるものでないことを考慮すると、上記(a)の引用発明の「プロバイオティック」として、刊行物2記載の「ペットの胃腸管に生存・・・する・・・単離菌株」である「ラクトバチルス」(本願補正発明の「ラクトバシラス」に相当するもの)や「ビフィドバクテリウム」を用いるにあたり、その「菌株」を切除及び洗浄された胃腸管からえるものとして、本願補正発明の相違点1に係る構成とすることは当業者が容易に想到し得たことである。

## (2) 総合判断

本願補正発明の作用効果は、引用発明、刊行物2記載の事項、及び周知の事項から当業者であれば予測できた範囲のものである。

したがって、本願補正発明は、引用発明、刊行物2記載の事項、及び周知の事項に基づいて当業者が容易に発明をすることができたものである。

## 5. むすび

以上のとおり、本願補正発明は、特許法第29条第2項の規定により特許出願の際独立して特許を受けることができないものであり、本件補正は、平成18年法律第55号改正附則第3条第1項によりなお従前の例によるとされる同法による改正前の特許法第17条の2第5項において準用する同法第126条第5項の規定に違反するので、同法第159条第1項において読み替えて準用する同法第53条第1項の規定により却下すべきものである。

## 第3 本願発明について

### 1. 本願発明

平成25年3月4日付け手続補正は、上記のとおり却下されたので、本願の請求項1～19に係る発明は、平成23年3月9日付けの手続補正書の特許請求の範囲の請求項1～19に記載された事項によって特定されるものと認められるところ、そのうち請求項1に係る発明(以下「本願発明」という。)は次のとおりである。

「【請求項1】

(a) 切除及び洗浄されたイヌ科動物又はネコ科動物の胃腸管から単離された株を含む、プロバイオティック構成成分、及び

(b) 単糖類を含む、甘味剤構成成分、を含む、組成物であって、

前記甘味剤構成成分およびプロバイオティック構成成分は共に混合されてなり、

前記組成物は、実質的にチューインガム基質を有さず、かつ

前記組成物は、3ヶ月後にプロバイオティック微生物の少なくとも約50%が生存可能であるように、少なくとも約3ヶ月の貯蔵寿命を有する、組成物。」

### 2. 引用刊行物

原査定の拒絶の理由に引用された刊行物1とその記載事項は、前記の「第2.2.」の「(1)」に記載したとおりである。

### 3. 対比・判断

#### (1) 両発明の対応関係

(a) 引用発明の「プロバイオティック」は、刊行物1記載事項(ウ)に「特に好ましいプロバイオティック微生物としては、ラクトバシラスアシドフィ

ラス (Lactobacillus acidophilus) . . . ビフィドバクテリウム属の各菌 (Bifidobacterium species) . . . が挙げられる。」と例示されたものであるので、引用発明の「プロバイオティック」と、本願発明の「切除及び洗浄されたイヌ科動物又はネコ科動物の胃腸管から単離された株を含み、かつビフィドバクテリウム、ラクトバシラス、及びこれらの組み合わせからなる群から選択される属を含む細菌を含む、プロバイオティック構成成分」とは、「ビフィドバクテリウム、ラクトバシラスから選択される属を含む細菌を含む、プロバイオティック構成成分」で共通する。

(b) 引用発明の「プレバイオティック」は、刊行物1記載事項(エ)に「本発明の食品のプレバイオティック成分としては特に限定されるものではないが、グルコース、フルクトース、キシロース、ガラクトース、ラクトース、マンノース . . . などが含まれる」と例示されたものであるので、引用発明の「プレバイオティック」は、本願発明の「グルコース、マンノース、フルクトースからなる群から選択される単糖類を含む、甘味剤構成成分」に相当する。

(c) 引用発明の「未加工材料を混合することによって得た混合物を型にすくい入れ/かき入れ、冷蔵庫に入れて固化させ、得られた材料片を型から外した乳製品おやつ」は、チューインガム基質を含むものでないため、本願発明の「甘味剤構成成分およびプロバイオティック構成成分は共に混合されてなり、

前記組成物は、実質的にチューインガム基質を有しない、組成物。」に相当する。

## (2) 両発明の一致点

「(a) ビフィドバクテリウム、ラクトバシラスから選択される属を含む細菌を含む、プロバイオティック構成成分、及び

(b) 単糖類を含む、甘味剤構成成分、を含む、組成物であって、

前記甘味剤構成成分およびプロバイオティック構成成分は共に混合されてなり、

前記組成物は、実質的にチューインガム基質を有さない組成物。」

## (3) 両発明の相違点

### ア. 相違点1'

本願発明は、細菌が「切除及び洗浄されたイヌ科動物又はネコ科動物の胃腸管から単離された株を含」むのに対して、引用発明は、そうではない点。

### イ. 相違点2

本願発明は、「3ヶ月後にプロバイオティック微生物の少なくとも約50%が生存可能であるように、少なくとも約3ヶ月の貯蔵寿命を有する、組成物」であるのに対して、引用発明は、そのようなものであるか不明な点。

## 4. 本願発明の容易推考性の検討

### (1) 相違点1' について、

相違点1' は、前記「第2」の「4. (1)」に記載したとおり、引用発明、刊行物2記載の事項、及び周知の事項に基いて当業者が容易に発明をすることができたものである。

### (2) 相違点2 について、

刊行物1記載事項(カ)には、「(実施例1で述べるもののような)脂肪ベースの乳製品基質のフォーマットでプロバイオティックの生存率について試験を行った。 . . . その結果、プロバイオティックの生存率は極めて高く、10ヶ月で一桁の損失が見られただけであった。 . . .

乾燥ペットフードキブルに添加した場合のプロバイオティックの生存率についても試験を行った。 . . . 製品は室温(19~24℃の範囲)で保存し、試料は11ヶ月にわたってプロバイオティックの生存率について試験した。ここでもやはりプロバイオティックの生存率は非常に高く、11ヶ月で損失は見られなかった。」と記載されており、引用発明は実質的に、「3ヶ月後にプロバイオティック微生物の少なくとも約50%が生存可能である」と

いえ、さらに、製品についても「11ヶ月にわたって・・・試験した。」ものであることを考慮すると、引用発明の乳製品おやつは、実質的に少なくとも約3ヶ月の貯蔵寿命を有するものといえる。

そうすると、相違点2は、実質的な相違点ではない。

### (3) 総合判断

本願補正発明の作用効果は、引用発明、刊行物2記載の事項、及び周知の事項から当業者であれば予測できた範囲のものである。

したがって、本願補正発明は、引用発明、刊行物2記載の事項、及び周知の事項に基づいて当業者が容易に発明をすることができたものである。

### 5. むすび

したがって、本願発明については、特許法第29条第2項の規定により特許を受けることができない。

そうすると、このような特許を受けることができない発明を包含する本願は、本願の他の請求項に係る発明について検討するまでもなく拒絶されるべきものである。

よって、結論のとおり審決する。

平成26年 7月25日

審判長	特許庁審判官	中川 真一
	特許庁審判官	住田 秀弘
	特許庁審判官	竹村 真一郎

(行政事件訴訟法第46条に基づく教示)

この審決に対する訴えは、この審決の謄本の送達があった日から30日(附加期間がある場合は、その日数を附加します。)以内に、特許庁長官を被告として、提起することができます。

---

[審決分類] P18 . 121-Z (A23K)  
575

出訴期間として90日を附加する。

---

審判長	特許庁審判官	中川 真一	8410
	特許庁審判官	住田 秀弘	8702
	特許庁審判官	竹村 真一郎	9810