

判決年月日	平成 2 2 年 1 2 月 2 2 日	担当部	知的財産高等裁判所 第 4 部
事 件 番 号	平成22年（行ケ）第10163号		

○ 物の発明である特許を受けようとする発明と対比される特許法 2 9 条 1 項 3 号にいう刊行物の記載としては，その物の構成が，特許を受けようとする発明の内容との対比に必要な限度で開示されていることが必要であるが，当業者が，当該刊行物の記載及び特許出願時の技術常識に基づいて，その物ないしその物と同一性のある構成の物を入手することが可能であれば，必ずしも，当該刊行物にその物の性状が具体的に開示されている必要はなく，それをもって足りる ○ 発明の進歩性の有無を判断するに当たり，出願当時の技術水準を出願後に頒布された刊行物によって認定し，これにより上記進歩性の有無を判断しても，そのこと自体は，特許法 2 9 条 2 項の規定に反するものではない

（関連条文）特許法 2 9 条 2 項

原告らは，発明の名称を「経管栄養剤」とする特許出願につき拒絶査定を受け，これに対する不服の審判を請求した。特許庁は，本願発明は，引用例 1 及び 2 に記載された発明に基づいて，当業者が容易に発明をすることができたものであるから，特許法 2 9 条 2 項の規定により特許を受けることができないとして，請求不成立審決をした。引用例 1（刊行物）には，「® テルミールソフト」が記載されているところ，本件審決は，当該商品の性状を記載した出願後のパンフレットにより，上記「® テルミールソフト」の粘度を認定した上，粘度に係る相違点が容易に想到できると判断した。本件は，原告らが，本件審決の取消しを求める事案である。

本判決は，以下のとおり判示し，原告らの請求を棄却した。

「発明が技術的思想の創作であることからすると（特許法 2 条 1 項），特許を受けようとする発明が同条 1 項 3 号にいう特許出願前に「頒布された刊行物に記載された発明」に基づいて容易に発明をすることができたか否かは，特許出願当時の技術水準を基礎として，当業者が当該刊行物を見たときに，特許を受けようとする発明の内容との対比に必要な限度において，その技術的思想を実施し得る程度に技術的思想の内容が開示されていることが必要であり，かつ，それをもって足りる…。これを，特許を受けようとする発明が物の発明である場合についてみると，特許を受けようとする発明と対比される同条 1 項 3 号にいう刊行物の記載としては，その物の構成が，特許を受けようとする発明の内容との対比に必要な限度で開示されていることが必要であるが，当業者が，当該刊行物の記載及び特許出願時の技術常識に基づいて，その物ないしその物と同一性のある構成の物を入手することが可能であれば，必ずしも，当該刊行物にその物の性状が具体的に開示されている必

要はなく、それをもって足りるというべきである。」とした上、引用例 1 には、胃瘻から注入する半固形状食品の「® テルミールソフト」の発明が記載されており、パンフレット（本願出願後に頒布）に「® テルミールソフト」の粘度が記載されているから、この事実
に弁論の全趣旨を総合すれば、本願出願時においても、同一商品名で販売されていた「® テルミールソフト」が、本願発明の粘度範囲にあったものと推認して、上記相違点について、実質的に相違するものではないと判断した。

なお、原告らは、出願後のパンフレットを用いたことの違法も主張したが、「発明の進歩性の有無を判断するに当たり、上記出願当時の技術水準を出願後に頒布された刊行物によって認定し、これにより上記進歩性の有無を判断しても、そのこと自体は、特許法 29 条 2 項の規定に反するものではない」と判断した。