**知识产权法模拟试卷 参考答案**

**C卷**

**一、单项选择题（每小题1分，共10分）**

A C D C C B A D C B

**二、问答题（每小题10分，共40分）**

1、答：（1）知识产权的私权性质----是一种民事权利。知识产权法主要是调整自然人之间、法人之间、自然人和法人之间，围绕智力成果、商业标识和其他非物质技术成果形成的财产关系，而且这种财产关系是建立在等价有偿、意思自治的司法原则之上的。尽管知识产权与其他民事权利相比较有其自身的特殊之处，但适用知识产权的基本法律原则和制度都来自于民法。同时，知识产权属于私权并不意味着知识产权的行使完全不受国家公权力的调整和干预。（4分）（2）知识产权是一种新型的民事权利，是一种有别于财产所有权的的无形财产权。a权利客体不同：所有权的客体是：主要是动产和不动产;知识产权的客体是：不含物质实体的思想或情感的表达形式，是客观存在，却是非物理的虚拟的物.b所有权与知识产权虽然同为绝对权利，但是在独占性、专有性和排他性上，知识产权要弱于物权.c所有权往往可以通过事实占有实现，知识产权则须仰仗法律的保障.d当知识产权和所有权发生冲突时，知识产权通常要让位于物权.e.知识产权的期限不同于所有权的期限.f.知识产权作为一种财产权，其价值无论质的规定性还是量的规定性，都不同于所有权.（6分）

2、答：邻接权的原意是与著作权相邻的权利，其确切含义应是作品传播者所享有的权利。在我国《著作权法》中，邻接权包括出版者权、表演者权、录制者权和广播电视组织权。两者同属于知识产权范围。邻接权与著作权关系密切，它是由著作权衍变转化而来的，是从属于著作权的一种权利。（2分）两者的区别主要表现在以下几点：(1)主体不同。著作权的主体是智力作品的创作者，包括自然人和法人；邻接权的主体是出版者、表演者、音像制作者、广播电视组织，除表演者以外，几乎都是法人。 （2分）(2)保护对象不同。著作权保护的对象是文学、艺术和科学作品；邻接权保护的对象是经过传播者加工后的作品。前者体现了作者的创造性劳动，后者主要体现了传播者的创造性劳动。（2分）(3)内容不同。著作权主要指作者对其作品享有发表、署名等人身权和复制、发行等财产权；邻接权的内容主要是出版者对其出版的书刊的权利、表演者对表演的权利、音像制作者对其音像制品的权利、广播电视组织对其广播、电视节目的权利等。（2分）(4)受保护的前提不同。作品只要符合法定条件，一经产生就可获得著作权保护；邻接权的取得须以著作权人的授权及对作品的再利用为前提。（2分）

3、答：（1）实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。（1分）（2）特征：实用新型必须是一种具有形状或者构造的产品；实用新型必须具有应用性技术特征，即具有实用价值，可以实施，并可以工业方法再现；实用新型必须具有一定创新性。（1分）（3）区别：①两者的专利性要求不同：与发明专利相比，实用新型的创造性水平比较低，所以又称“小发明”。我国《专利法》对发明专利的创造性要求是与申请日以前已有的技术相比有突出的实质性特点和显著的进步；而对实用新型的创造性仅要求其与申请日以前已有的技术相比有实质性特点和进步。（2分）②两者的保护范围不同：发明专利的保护范围宽于实用新型专利的保护范围。获得发明专利保护的发明创造既可以是产品发明、方法发明，又可以是改进发明；而实用新型专利保护的范围，仅限于对产品形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案，其不仅不包括产品的制造方法，也不包括没有固定形状和构造的物品等。（2分）③两者的申请程序不同：实用新型专利申请的手续比较简单，申请人的申请经专利局初步审查认为符合专利法要求，就不再进行实质审查，专利局即可做出授权决定，所以实用新型从申请到授权的期限较短；而发明专利申请既要进行初步审查，还要经过公开和实质审查才可作出授予专利权的的决定，所以发明专利从申请到授权的期限较长。（2分）④两者的保护期限不同：实用新型专利的保护期限为十年；发明专利的保护期限为二十年，均自申请日起算。此外，实用新型专利和发明专利在提交的申请文件、优先权的享有、审查复审程序、强制实施许可、推广应用等方面都有较大差别。（2分）

4、答：特殊标志，是指在国务院批准举办的全国性或国际性的文化、同于、科学研究及其他社会公益活动中所使用的，由文字、图形组成的名称极其缩写、会徽、吉祥物等标志。例如：奥林匹克五环图、奥林匹克徽记、奥林匹克标志等。（4分）它和商标有着明显的区别：（1）特殊标志所有人是文化、同于、科学研究及其他社会公益活动的主办者，而不是以营利为目的的经营者。 （2分）（2）特殊标志的所有人对其标致享有专有权，可以在与所有人的公益活动相关的广告、纪念品及其他物品上使用该标志，并许可他人为商业目的而将该标志用于商品或服务项目上。（2分）（3）在商品上使用特殊标志并不是为了表示产品的出处，而是表明该商品或服务项目的经营者取得了标志所有人的许可，或者与标志所标示的事业或者活动之间有支持关系、赞助关系。经营者在使用特殊标志的同时，还应当使用商标以确定商品来源。（2分）

**三、论述题：（18分）**

答：1、初步审查（也称形式审查）

初步审查，是国务院专利行政部门对发明、实用新型和外观设计专利申请是否具备形式条件进行的审查。

国务院专利行政部门在初步审查中，对于申请文件中不符合专利法的要求的，应当给予申请人补正的机会，通知申请人在指定期限内补正。申请人无正当理由不补正的，其申请视为撤回。补正后仍不符合要求的，国务院专利行政部门应当予以驳回。申请人不服，可以请求专利复审委员会复审。

实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予实用新型专利和外观设计专利的决定，发给相应的专利证书，同时予以登记和公告。实用新型专利权和外观设计专利权自公告之日起生效。（4分）

2、早期公开

早期公开，是指经初步审查对符合形式条件的发明专利申请，在尚未经过实质审查前进行的公开。

《专利法》规定，国务院专利行政部门对发明专利申请经初步审查认为符合本法要求的，自申请日（有优先权的自优先权日）起满18个月，即行公布。国务院专利行政部门也可以根据申请人的请求早日公布其申请。（4分）

3、实质审查

实质审查，即对申请专利的发明是否具有专利性所进行的审查。

《专利法》第35条第1款规定：“发明专利申请自申请日起3年内，国务院专利行政部门可以根据申请人随时提出的请求，对其申请进行实质审查；申请人无正当理由逾期不请求实质审查的，该申请即被视为撤回。”（3分）

《专利法》第35条第2款规定：“国务院专利行政部门认为必要的时候，可以自行对发明专利申请进行实质审查。”

4、授权登记公告

发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予发明专利权的决定，并发给专利证书，同时予以登记和公告。发明专利权自公告之日起生效。（3分）

5、复审

复审，是指由专利复审委员会对当事人不服国务院专利行政部门有关处理决定的请求所进行的审查。

专利复审委员会由国务院专利行政部门指定有经验的技术和法律专家组成。

专利复审请求人必须是被驳回专利申请的申请人。其他任何人都无权就该申请请求复审。复审请求应当在收到驳回专利申请决定的通知之日起3个月内提出。

专利申请人对专利复审委员会作出的决定不服的，可以自收到通知之日起3个月内人民法院起诉。（4分）

**四、案例分析题（共32分）**

1、答：（1）甲某的著作权受到侵害。依据我国《著作权法》规定，创作作品的公民是作者。除另有规定外，著作权属于作者。歌曲《小草青青》是由甲某独立创作完成的，所以享有著作权。（4分） （2）乙某未经著作权人许可，将歌曲《小草青青》制作成MV（视听作品），侵害了甲某的摄制权。摄制权，是指以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品同定在载体上的权利。乙某将MV上传网络，侵害了甲某的信息网络传播权。信息网络传播权，是指以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。乙某还侵害了著作权人甲某的获得报酬权。（6分）

（3）乙某应承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。如果因侵权行为产生了不良影响，还应承担消除影响的民事责任。只有在侵害了著作人身权时，才承担赔礼道歉民事责任。（6分）

2、答：（1）参看教材P267。商标权利用尽的概念（2分）一旦商标所有人自己或许可他人使用商标并将商品售出，任何人均可以在贸易活动中继续使用该注册商标销售商品，因为商标权人已经行使了他应有的权利，权利因行使而穷竭。（2分）商标权利用尽的意义在于保障商品正常流通，保证交易安全。如果没有商标权利用尽的限制，商标权人可能利用商标控制商品的流通，分割市场，保持垄断地位或维持高价。这对其他经营者和消费者来说显然是不利的。（4分）甲公司根据有效合同获得了在中国北京、上海、重庆等特定地域内使用和经销“合力”牌机械设备的独家经营权，这说明该公司所销售的“合力”牌机械设备是由合法来源的，应该属于权利用尽后的销售行为。所以甲公司的经销行为是合法的。（4分）（2）丙公司的行为属于“平行进口”。平行进口，是指在国外生产的带有本国商标的商品，未经本国商标权人的许可而输入本国的行为。丙公司销售的“合力”牌机械设备系从新加坡进口，而甲公司作为“合力”牌机械设备的独占被许可人，未经甲公司同意就在上海销售，属于典型的“平行进口”。根据现行商标法规定：未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的，属于商标侵权行为。甲公司可以起诉法院保护自己的权利。（4分）

**D卷**

**一、单项选择题（每小题1分，共10分）**

C C A B B A D C C B

**二、问答题（每小题10分，共40分）**

1、答：两个特点：创造者的身份一般归属于直接从事创造性智力劳动的自然人，但在有的情况下也可能归属于组织、主持创造活动并体现其意志或承担相应责任的法人；（5分）创造者的身份与一般身份所依存的血缘关系、婚姻关系或其他社会关系无涉，它既是智力创造活动这一事实行为的结果，又是行为人取得知识产权的前提。（5分）

2、答：（1）职务作品的概念

即公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品。（1分）

（2）职务作品著作权的归属

一般作品的著作权归作者享有。但法人或其他组织享有在其业务范围内优先使用的权利，期限为两年。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。职务作品完成两年内，经单位同意，作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬，由作者与单位按约定的比例分配。作品完成两年的期限，自作者向单位交付作品之日起计算。（4分）

特殊的职务作品是作者享有署名权，其他权利由法人或其他社会组织享有，法人或其他社会组织可以给予作者适当奖励。它包括两种情况：（1分）

第一，主要是利用法人或其他社会组织的物质技术条件创作，并由法人或者其他社会组织承担责任的工程设计图、产品设计图、计算机软件、地图等职务作品；（2分）

第二，法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或其他社会组织享有的职务作品。（2分）

3、答：（1）、我国《专利法》对不同专利的新颖性要求

发明和实用新型的新颖性要求：在申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或者实用新型由他人向国务院专利行政部门提出过申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中。（2分）外观设计的新颖性要求： 授予专利权的外观设计，应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过的外观设计不相同和不相近似，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。（2分）

（2）我国《专利法》对不同专利的创造性要求

发明的创造性，必须是同申请日以前已有技术相比有“突出的实质性特点和显著进步”。 （2分）实用新型的创造性，必须是同申请日以前已有技术相比有“实质性特点和进步”。外观设计应具有“不相同和不相近似”的特征。（2分）

（3）我国《专利法》对不同专利的实用性要求

授予发明或实用新型专利的实用性条件是要求申请专利的发明或实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。授予外观设计专利的实用性应是具有美感并适于工业应用。（2分）

4、答：（1）因注销而消灭（①②③略）。（3分）（2）因撤销而消灭（①②③略）。（3分）（3）因无效而消灭（①②③④略） （4分）

**三、论述题：（共18分）**

答：（1）商标的使用是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者为了商业目的将商标用于广告宣传、展览以及其他业务活动。商标保护制度宗旨决定了在商业活动中使用商标，使其发挥应有的经济功能，是对商标提供保护的根本理由。（3分）商标使用对商标保护具有重要影响：第一，他关系着商标权的维系。无论在实行“注册原则”的国家，还是实行“使用原则”国家，都要求实际使用，规定或是规定了无正当理由连续3-5年未使用而成为注册商标被撤销的理由，或是构成对商标的实际放弃。同时，在《巴黎公约》、《知识产权协定》等国际公约中均要求对商标的实际使用。我国《商标法》第44条规定，注册商标连续3年停止使用，由商标局责令限期改正或撤销其注册商标。总之，注册商长期搁置不用，不仅使商标徒有虚名，造成商标资源的浪费，而且还影响他人正常使用。第二，商标的使用会对受保护水平产生影响。尤其是驰名商标。《巴黎公约》规定，公约国成员乃至国际社会都应承担给予驰名商标特别保护的义务，而对驰名商标认定标准中就包括商标使用情况（使用时间和范围、广告持续期间和覆盖范围、商标商品销往的地区等）。我国《商标法》第14条也规定了驰名商标认定的相关内容。上述因素都与实际使用有直接关系，反映了使用的时间、程度和广度等。为此，商标的使用足以决定其是否能成为驰名商标而享受特殊保护。（6分）（2）一个企业在其生存和发展中，商标的正确使用至关重要。注册商标的使用严格限制在核准注册的商标标识和核定使用的商品或服务上，而且使用注册商标时尽量加注注册标志，同时要防止商标显著特征的退化。（3分）（3）第一，要注意区分产品名称和商标，避免将商标作为商品名称直接使用；第二，应当正确使用商标，如以特别字体使用商标，突出商标和注册标记，以标明该标记是一个商标而不是其他；第三，注意保存商标使用的相关证据，如：显示商标最早使用时间、商品销售量和销售额、商标广告宣传情况的发货单、销售合同等，以便发生争议时作为使用的证据。（6分）

**四、案例分析题（每小题16分，共32分）**

1、答：（1）电视剧《玫瑰园》的著作权属电视台所有，电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的著作权由制片者享有。（6分）

（2）电视剧《玫瑰园》剧本的著作权由甲乙共有，属于合作作品，二人在作品完成中有合作和合意，都对作品的完成做出了实质性的贡献，故属合作作品。两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有。（10分）

2、答： （1）可以。未经专利权人许可，实施其专利，即侵犯其专利权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求管理专利工作的部门处理。（4分）（2）是。未经甲企业许可，也没有其他法定事由的情况下，乙企业擅自实施企业甲的专利。（4分）（3）可以。根据专利之间相互关系给予的强制许可，《专利法》第51条规定，一项专利权的发明或实用新型比前已经取得专利权的发明或实用新型具有现住经济意义的重大技术进步，其实施有赖于前一发明或实用新型的实施，国务院专利行政部门根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或实用新型的强制许可。有案例看出，乙企业生产的以获得燃气灶具“液体外溢自动熄火”的装置的专利权为支撑的，带自动熄火装置的燃气灶具在市场上一经推出，反映良好，销路飙升，应认定为具有显著经济意义的重大技术进步，所以具备获得强制许可的条件。（8分）