**知识产权法 模拟试卷（A）参考答案**

**一、单项选择题（每小题1分，共10分）**

C A B C D B A B D B

**二、问答题（每小题10分，共40分）**

1、答：知识产品的无形相对于有形财产，具有不同的存在、利用和处分的形态：（1）不发生有形控制的占有。由于知识产品不具有物质形态，不占优一定的空间，人们对它的占有不是一种实在而具体的占据，而是表现为对某种知识、经验的认识与感受。知识产品虽具有非物质性特征，但他总要通过一定的客观形式表现出来，作为其表现形式的物化载体是有形财产权而不是知识产权。（4分）（2）不发生有形损耗的使用。知识产品的公开性是知识产权产生的前提条件。有知识产品必须向社会公示、公布，人们从中得到有关是指即可使用，而且在一定时空条件下，可以被若干主体共同使用，而上述使用不会像有形物使用那样发生损耗，如果无权使用人擅自利用了他人的知识产品，也无法使用恢复原状的民事责任形式。（4分）（3）不发生消灭知识产品的事实处分与有形交付的法律处分。知识产品不可能有实物形态消费而导致其本身消灭的情形，它的存在仅会因法定保护期届满产生专有财产与社会公共财富的区别。同时，有形交付与法律处分并无联系。（4分）

2、答：表演权，是指著作权人公开表演自己创作的作品或者许可他人表演其创作的作品的权利；表演者权，是指表演者依法对其表演所拥有的权利。表演权的内容：一是作者有权自己表演或授权他人表演其作品；二是作者可以可以禁止他人未经许可而表演其作品。（1分）

表演者权的权利包括：（1）表明表演者身份的权利；（2）保护表演形象不受歪曲的权利；（3）许可他人从[现场直播](http://www.baidu.com/s?wd=%E7%8E%B0%E5%9C%BA%E7%9B%B4%E6%92%AD&hl_tag=textlink&tn=SE_hldp01350_v6v6zkg6)和公开传送其现场表演并获得报酬的权利；（4）许可他人录音录像并获得报酬的权利；（5）许可他人复制、发行录有其表演的录音[录像制品](http://www.baidu.com/s?wd=%E5%BD%95%E5%83%8F%E5%88%B6%E5%93%81&hl_tag=textlink&tn=SE_hldp01350_v6v6zkg6)并获得报酬的权利；（6）许可他人通过[信息网络](http://www.baidu.com/s?wd=%E4%BF%A1%E6%81%AF%E7%BD%91%E7%BB%9C&hl_tag=textlink&tn=SE_hldp01350_v6v6zkg6)向[公众传播](http://www.baidu.com/s?wd=%E5%85%AC%E4%BC%97%E4%BC%A0%E6%92%AD&hl_tag=textlink&tn=SE_hldp01350_v6v6zkg6)其表演并获得报酬的权利。被许可人以前款第（3）项至第（6）项规定的方式使用作品，还应当取得[著作权人](http://www.baidu.com/s?wd=%E8%91%97%E4%BD%9C%E6%9D%83%E4%BA%BA&hl_tag=textlink&tn=SE_hldp01350_v6v6zkg6)许可并支付报酬。（6分）

构成侵犯表演权的行为必须具备以下条件：（1）须以营利为目的；（2）须在公共场所表演，如：在剧场、舞厅、饭店等地方表演；（3）所表演的作品受著作权法保护，但他人在表演时未经著作权人授权。（3分）

3、答：（1）现有技术是指专利申请日之前在国内外为公众所知并且实施的技术方案。（1分）（2）专利申请日之前已经存在的技术并非都是现有技术。比如那些已经存在的但出于保密状态的技术由于不能为公众所熟知，就不构成“现有技术”。（1分）（3）《专利法》第24条规定，申请专利的发明创造在申请日以前六个月内，有下列情形之一的，不丧失新颖性：在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的；他人未经申请人同意而泄露其内容的。（4分）（4）新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术；也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。授予专利权的外观设计，应当不属于现有设计；也没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中。（4分）

4、答：商标侵权是指未经商标所有人同意，擅自适用与注册商标相同或相近似的标志，或者妨碍商标所有人使用注册商标，并可能造成消费者产生混淆的行为。（3分）有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（1）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；（2）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近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；（3）销售侵犯注册商标专用权的商品的；（4）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；（5）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；（6）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；（7）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。（7分）

**三、论述题：（18分）**

答：专利实施的强制许可，是指国务院专利行政部门依照法律规定，可以不经专利权人的同意，直接允许申请人实施专利权人的发明或实用新型专利的一种行政措施。（2分）其目的是促使获得专利的发明创造得以实施，防止专利权人滥用专利权，维护国家利益和社会公共利益。（1分）根据强制实施许可的不同种类所具备的条件也不同。（1）依申请给予的强制许可应具备以下条件：申请实施专利的单位必须具备实施专利的条件；专利权被授予之日起满3年，且自提出专利申请之日起满4年；专利权人未实施该专利且无正当理由；申请人必须向国务院专利行政部门提出专利实施强制许可请求及有关证明专利权人没有允许其实施专利的证明文件。（4分）（2）根据公共利益需要给予的强制许可应具备的条件：国家出现紧急状态或者非常情况；为了公共利益的目的，具体表现为是为了公众的利益或国防等关系到国计民生情况下的使用。（4分）（3）根据专利之间互相关系给予的强制许可应具备的条件：申请人必须是要实施专利技术的专利权人；已取得专利权的两项发明或实用新型之间存在相互依存关系；必须是后一项发明的专利权人申请强制许可，并且获得强制许可实施后，前一项发明的专利权人才可申请实施后一项发明的强制许可。（4分）举例（3分）

**四、案例分析题（共32分）**

1、参考答案：（1）合法。根据《著作权法》第十条第一款第（二）项规定，署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利。其具体内容包括：（1）决定是否在作品上署名；（2）决定署名的方式，如署真名、笔名；（3）决定署名的顺序；（4）禁止未参加创作的人在作品上署名；（5）禁止他人假冒署名，即有权禁止他人盗用自己的姓名或笔名在他人作品上署名。本题中，甲某对自己的作品享有署名权，且有权决定署名的方式，即署名“诗韵悠悠”是合法的。（6分）

　　（2）不是。《著作权法》第十条第一款第（一）项规定，发表权，即决定作品是否公之于众的权利。“公之于众”是指著作权人自行或经著作权人许可将作品向不特定的人公开，但不以公众知晓为条件。本题中，甲某将自己创作的“向往”的诗作在A网站上公之于众的行为就是在行使发表权，该作品在A网站上公开就已经被正式发表了。（5分）

　　（3）可以。《著作权法》第二十三条第一款规定，为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，除作者事先声明不许使用的外，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品，但应当按照规定支付报酬，指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利。据此可知，C教材编写单位可以不经该甲某同意使用“向往”诗作，但应当按照规定支付报酬。（5分）

2、答：答：（1）初步审定并公告乙的商标。理由：因为两个或者两个以上的商标注册申请人在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，商标局初步审定并公告申请在先的商标。（商标法第31条）（3分）（2）初步审定并公告甲的商标。理由：同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。（商标法第31条）甲厂要提供在先使用的证据。（3分）（3）若甲、乙两厂同日申请，但都未在取暖器上使用“惠煖”牌商标，各申请人可以自收到商标局通知之日起30日内自行协商，并将书面协议报送商标局；不愿协商或协商不成的商标局通知各申请人以抽签的方式确定申请人，驳回其他人的注册申请。（4分）

**模拟试卷 （B）参考答案**

**一、单项选择题（每小题1分，共10分）**

A C C D C A A C D C

**二、问答题（每小题10分，共40分）**

1、答：知识产品即知识产权的客体，是指人们在科学、技术、文化等知识形态领域中创造的精神产品。知识产品是与物质产品（即民法意义上的物）相并存的一种民事权利客体。（2分）具有：创造性、非物质性、公开性和社会性等特点。（略）（8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）被宣告无效的专利权视为自始不存在 。（3分）（2）专利权无效宣告的决定，对该决定作出以前的人民法院作出并已执行的专利纠纷的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利纠纷处理决定，专利权人签订并已履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。（4分）（3）宣告专利权无效，即产生一事不再理的效力。（3分）

4、答：（1）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，商标注册人不得自行做出改变。（2分）（2）使用注册商标时应尽量加注注册标志，使用注册商标应当标明“注册商标”字样或者标明注册标记。（2分）（3）防止商标显著特征的退化：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）

**三、论述题：（18分）**

答案要点：（1）保护未注册商标的必要性（6分）（2）保护未注册商标的条件：第一、驰名商标；第二、有一定影响的商标（6分）（3）对未注册商标的法律保护：第一，禁止注册和使用；第二，先使用权；第三，未注册商标的其他法律保护。（6分）

**四、案例分析题（共32分）**

1、答：（1）甲某作为小说《月夜》的著作权人，如果接受电视制作中心的要求，即甲某将小说《月夜》的改编权、摄制权许可于电视剧制作中心，由此电视剧制作中心取得了该电视剧的著作权。（4分）因为作为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人享有，乙、丙、丁、戊享有署名权，并有权按照与制片者签订的合同获得报酬。（4分）其中甲对小说《月夜》享有著作权；乙对作为演绎作品剧本享有著作权，但在行使权利时不能侵犯原作作者的权利；戊对其音乐作品享有著作权。（4分）

（2）可以。因为侵犯了甲某原作品的著作权，损害了原作者的权利。（4分）

2、答：（1）①先用权的概念。（1分）②《专利法》第69条第1款。（1分）③先用权人应具备的条件。（4分）④先用权原则对专利权限制的目的。（1分）⑤对“先用”的理解：“先用”必须是以非公开的方式进行的。如果甲乙两人各自独立发明了相同的产品，甲将产品制造后便投放市场，乙则选择申请专利，甲将产品投入市场的时间早于乙的专利申请日，则乙的专利申请因不具备新颖性而无法过的专利权，甲自然也可以不用主张先用权就可以不受限制地制造该产品。如果甲在乙专利申请前已将产品制造好，但在申请日之后再将产品投放市场，则甲主张先用权才有意义。只有不公开的“先用”，在后申请才能获得专利权。（2分）⑥先用权的性质：先用权不是一种单独存在的权利，它是一种对抗专利权人提起侵权诉讼的抗辩理由。先用权不能单独转移，它不能脱离原来的生产实体而单独存在，它必须随同相同产品、使用相同方法的企业或者为此而做出必要准备的企业一起移转。（2分）

（2）根据鉴定机构的结论，被告B公司的产品为原告的专利所覆盖，已属权利要求书保护范围。但B公司在A研究所申请专利之前已制造出相同的产品，所以B公司已取得制造和销售与A研究所的专利产品相同的先用权，并可在原有范围内继续制造和销售。在A研究所专利申请日之前，B公司的原有生产规模为年产KT36型可调电灶350套，2006年的生产未超出原有的规模，此时B公司并不构成侵权。但B公司在2007年的产量已超出原有范围，对超出部分造成A研究所的损失应予以赔偿。（4分）