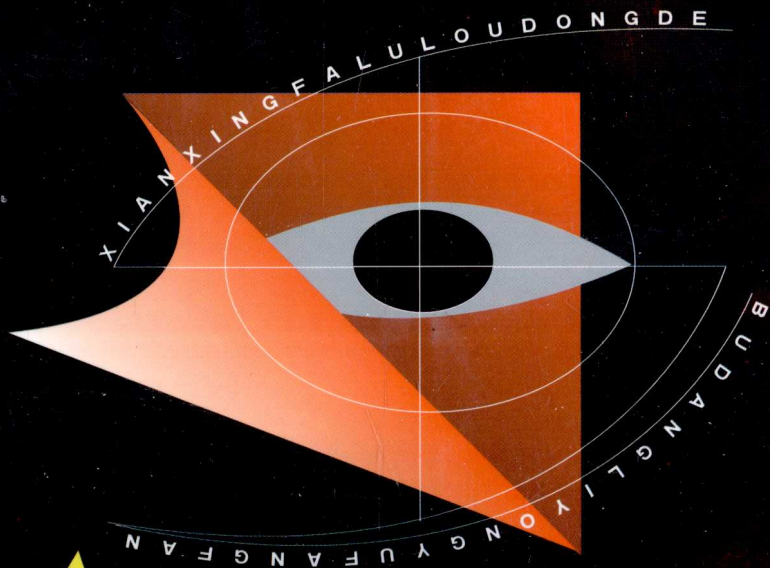


KINGFALUL OUDONGDEBUDANGLIYONGYUFANGFAN

# 现行法律漏洞 的不当利用与防范



主编 / 袁仁辉

**注意**

这不仅是 专业人士的常备工具书

更是

企事业单位、机关及各行业成功人士的案头书

九洲图书出版社

# 现行法律漏洞 的不当利用与防范

(上)

主 编 袁仁辉  
副主编 朱元军 罗咏箴

九州图书出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

现行法律漏洞的不当利用与防范/袁仁辉主编—北京：九洲图书出版社，  
1999.3

ISBN 7-80114-384-1

I. 现… II. 袁… III. 法律—研究—中国 IV. D920

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 04431 号

### 现行法律漏洞的不当利用与防范

---

出版：九洲图书出版社（北京市车公庄大街6号，北京市委党校2号楼）

邮编：100044 电话：68366742）

经销：全国新华书店

印刷：北京市通州区鑫欣印刷厂

开本：850×1168 1/32

字数：550千字

印数：1—10000册

版次：1999年3月第1版 第1次印刷

书号：ISBN 7-80114-384-1/D·24

定价：36.00元（上、下）

## 前 言

江泽民同志在中国共产党第十五次全国代表大会上指出，今后党和国家的重要任务之一就是依法治国，建设社会主义法治国家。今年三月即将召开的九届全国人大二次会议将据此对宪法进行修改。根据专家的解释，社会主义法治国家必须具备以下五点：完善的立法、严格的执法、公正的司法、普遍的守法、深入的普法。不可否认，当前我国在以上五个方面还不能完全令人满意。专家认为，无论是在立法、执法、司法、守法还是普法上，都还不同程度地存在着一些薄弱环节或漏洞。

我们以为，法律漏洞可以从最广义的角度进行解释：凡是法律上没有明确规定的即**法律空白是漏洞**；法律虽有规定但与现实严重脱节即**法律滞后也是漏洞**；法律有规定也未与现实脱节但互相矛盾即**法律冲突也是漏洞**；法律规定完善又不互相矛盾但并未得到切实执行即**法律落空更是漏洞**。换言之，无法可依是漏洞，有法难依也是漏洞，有法不依、执法不严更是漏洞。为防患于未然，了解法律漏洞、熟悉法律漏洞之必要性不言而喻；为处置于已然，防范法律漏洞之重要性更是不言自明。

有鉴于此，我们特组织了全国人大常委会法制工作委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国务院法制局等单位的部分法律务实界人士和北京大学法律学系、中国人民大学法学院、中国政法大学、中国社会科学院法学所等单位的部分专家学者历时两年，共同编写了中国第一部专门讲述法律漏洞及其不当

利用与防范的开山之作——《现行法律漏洞的不当利用与防范》。书中资料全部取材于公开发表于报纸杂志上的有关文章或谈话，其主要作者几乎全是已经获得博士学位或具有教授级职称或具有相当理论水平的在本学科或本专业领域有着重大影响的专家学者，应当说其权威性不容置疑。

为了使更多的人能够拿起法律武器，维护自己的合法权益，防范对法律漏洞的不当利用，为了使法律走向人们的日常生活，为了使专家学者的观点和建议能够与更多的人（包括法律实务界人士）进行交流，我们特别注意使本书的理论性与实用性、严肃性与可读性相结合，以使其能够成为一座沟通理论界与实务界、专业人士与普通人士的桥梁，以促进法律知识的传播与普及，为我国的法治建设作出一份应有的贡献。

正因为如此，本书在按照部门法组织材料的基础上，将每一个法律漏洞分为四个部分（法条摘抄、专家指漏、典型案例、防范措施），四部分之间环环相扣，层层递进，可分可合，既方便临时查阅，又便于系统提高，是对法律漏洞及其防范感兴趣的各界人士的入门指南；是法律实务界人士正确适用和运用法律、堵塞法律漏洞、最大限度地维护自己或当事人合法权益的参考之作；是理论界人士知己知彼、相互学习的案头读物。

鉴于编写此类书籍在国内尚属首次，加之编写时间紧迫，资料收集不全，编者水平有限，未尽之处在所难免，我们诚恳地希望广大读者批评指正，以便再版时修正。

现行法律漏洞的不当利用与防范

编委会

一九九九年三月

# 目 录

## 第一编 民商法律漏洞:不当利用与防范

### 第一篇 民事法律漏洞:不当利用与防范

第一章 人身权法律漏洞:不当利用与防范 .....	(3)
一、生命权:能否放弃? .....	(3)
【法条摘抄】 .....	(3)
【专家指漏】放弃生命:合法还是违法? .....	(3)
【典型案例】帮助他人“安乐死” 法院判决无罪? .....	(3)
【防范措施】慎待安乐死,以防被人滥用 .....	(6)
二、肖像权:死者有无? .....	(6)
【法条摘抄】 .....	(6)
【专家指漏】“死者”频频出现 生者痛苦难堪 .....	(7)
【典型案例】已死六十年 “鲁迅”上法庭 .....	(7)
【防范措施】建议规定死者享有肖像权 .....	(8)
三、姓名命名:有无规则? .....	(9)
【法条摘抄】 .....	(9)
【专家指漏】法无规定 任意取名 .....	(9)
【典型案例】“张强”有三千,谁是抢劫犯? .....	(10)

【防范措施】建议制定姓名法,规范命名 .....	(10)
四、隐私权:不再稳私? .....	(11)
【法条摘抄】.....	(11)
【专家指漏】法律规定不够系统,与名誉权放在一起尚未独立,没有准确的执法依据 .....	(11)
【典型案例】大腿上的“隐私”.....	(12)
【防范措施】完善隐私权法律规范 防止滥用隐私权.....	(12)
第二章 婚姻家庭法律漏洞:不当利用与防范.....	(14)
一、同居权:婚姻关系的必然要求 .....	(14)
【法条摘抄】.....	(14)
【专家指漏】不符合婚姻双方真实意愿,并且可能被滥用以至造成婚内强奸问题.....	(14)
【典型案例】滥用同居权,大搞婚内强奸 .....	(17)
【防范措施】规定同居权 确立别居制.....	(19)
二、非法同居:是否违法? .....	(22)
【法条摘抄】.....	(22)
【专家指漏】有悖婚姻关系应有之意,使刑事、民事法律概念混乱,与世界通说不一致,与《婚姻登记管理条例》有冲突,可能为人不当利用.....	(22)
【典型案例】解除非法同居关系,财产怎么处理? .....	(26)
【防范措施】取消非法同居概念 建立无效婚姻制度.....	(29)
三、生育权:怎样行使? .....	(31)
【法条摘抄】.....	(31)
【专家指漏】法律规定不够具体,生育权的行使常起争议 滥用生育权,侵犯女方合法权益 .....	(31)
【典型案例】妹妹引产,哥哥签字,是否侵犯生育权? .....	(32)
【防范措施】建议明确生育权的行使方式和条件,制裁对生育权的不当利用.....	(34)
四、夫妻财产制:亟待规范(一) .....	(35)

---

【法条摘抄】	(35)
【专家指漏】违背被继承人、赠与人、分居夫妻双方的意思,可能助长家庭暴力和借婚姻诈财行为。	(35)
【典型案例】夫妻间索赔,太难!	(40)
【防范措施】确立法定个人财产制和法定共同财产制,完善约定财产制,惩处借婚姻诈财行为	(41)
五、夫妻财产制:亟待规范(二)	(42)
【法条摘抄】	(42)
【专家指漏】法律规定笼统 实际采用极少 法院断案困难	(42)
【典型案例】婚前财产公证 婚后成功索赔	(43)
【防范措施】规定约定财产制应当遵循的原则及其应当明确的内容	(46)
六、家庭暴力:如何防范?	(47)
【法条摘抄】	(47)
【专家指漏】法律规定不具体 女性经济实力不足且缺乏权利意识	(47)
【典型案例】打算离婚,鼻子被夫咬掉	(50)
【防范措施】制定《反家庭暴力法》,惩处精神暴力和行为暴力	(50)
七、离婚法定理由:感情确已破裂?	(51)
【法条摘抄】	(51)
【专家指漏】忽视婚姻伦理 超越社会状况 规定过于抽象 不便适用和遵守 容易为人不当利用	(51)
【典型案例】夫妻感情太好,以死相逼离婚,法院咋判?	(53)
【防范措施】改为婚姻关系确已破裂,并规定具体判断标准,建立离婚障碍制度	(53)
第三章 民事违约法律责任漏洞:不当利用与防范	(57)
一、悬赏广告:是广告还是合同?	(57)
【法条摘抄】	(57)
【专家指漏】法无规定 纠纷迭起	(57)



- 【典型案例】悬赏二千,想不兑现? ..... (57)
- 【防范措施】从法律上规定悬赏广告性质 ..... (58)
- 二、《医疗事故处理办法》:是不是办法? ..... (59)
- 【法条摘抄】 ..... (59)
- 【专家指漏】既不合理也不公正,且与其他法律相冲突 ..... (59)
- 【典型案例】拒绝抢救,致人死亡,擅自火化,只赔三千? ..... (64)
- 【防范措施】确立赔偿的范围和标准,明确赔偿责任的承担主体,改革医疗事故处理制度,建立卫生法庭,医疗事故鉴定机构中立化,加强法制教育。 ..... (67)
- 三、“假一罚十”:有无约束力? ..... (70)
- 【法条摘抄】 ..... (70)
- 【专家指漏】法无规定,看法不同,实践各异 ..... (70)
- 【典型案例】假一罚十 一案两判 ..... (71)
- 【防范措施】将“假一罚十”认定为悬赏广告,规定“罚十”必须兑现 ..... (72)
- 四、旅游合同:应当履行! ..... (73)
- 【法条摘抄】 ..... (73)
- 【专家指漏】没有专门规定,易为人不当利用 ..... (73)
- 【典型案例】减少旅游景点:退钱道歉! ..... (73)
- 【防范措施】在统一合同法中对旅游合同作出专门性规定 ..... (75)

## 第二篇 知识产权法律漏洞:不当利用与防范

### 第一章 专利权法律漏洞:不当利用与防范 ..... (79)

- 一、实用新型:能否实用? ..... (79)
- 【法条摘抄】 ..... (79)
- 【专家指漏】审批程序太简单,质量难保证,易为人不当利用... (79)

【典型案例】“出千”麻将,也成专利? .....	(80)
【防范措施】改为登记加实审制 .....	(82)
二、外观设计:没有使用权? .....	(82)
【法条摘抄】 .....	(82)
【专家指漏】与实际不符,易被人不当利用 .....	(82)
【典型案例】外观设计,免费使用? .....	(83)
【防范措施】赋予外观设计以使用权 .....	(83)
三、公告与授权:何者优先? .....	(84)
【法条摘抄】 .....	(84)
【专家指漏】授权在先,公告在后,专利保护,何时算起? .....	(84)
【典型案例】授权后公告前使用,不构成侵权? .....	(84)
【防范措施】专利权生效日宜以授权公告日为准 .....	(85)
第二章 商标权法律漏洞:不当利用与防范 .....	(85)
一、联合商标:何时“联合”? .....	(85)
【法条摘抄】 .....	(85)
【专家指漏】使商标注册权人的权利与义务不对等,且可能为人不当利用 .....	(85)
【典型案例】“老虎”与“海尔”:英雄所见略同 .....	(86)
【防范措施】增设联合商标 .....	(87)
二、第二商标:不是“第二”! .....	(87)
【法条摘抄】 .....	(87)
【专家指漏】法律没有规定,与国际惯例不符 .....	(87)
【典型案例】“茅台”、“青岛”,第二含义,谁知道? .....	(88)
【防范措施】保护第二商标 .....	(88)
三、抢注商标:何时住手? .....	(88)
【法条摘抄】 .....	(88)
【专家指漏】法律规定不够完善,借机抢注危害巨大 .....	(89)
【典型案例】中国商标,境外被抢注 .....	(90)
【防范措施】国家:对注册商标申请人进行必要的限制,加强注册商标	

	的撤销程序,协调商标权与商标先用权、著作权、驰名商标的关系	
	企业:境外注册要积极,国内注册要及时	(92)
<b>四、合资企业:商标何在?</b>		(94)
<b>【法条摘抄】</b>		(94)
<b>【专家指漏】</b> 合营中方认识不足 合营外方乘虚而入		(94)
<b>【典型案例】</b> “骏马”不骏,赔了夫人又折兵		(95)
<b>【防范措施】</b> 完善商标立法,尽量使用中方名牌商标		(96)
<b>五、外观设计与商标:混淆咋办?</b>		(97)
<b>【法条摘抄】</b>		(97)
<b>【专家指漏】</b> 法律规定不够具体 审判人员难以适从		(98)
<b>【典型案例】</b> “美怡乐”、“美佳乐”、“美味乐”,苦乐不均		(99)
<b>【防范措施】</b> 正确认定商标侵权行为,通过外观设计专利保护未注册商标,争取成为驰名商标		(99)
<b>第三章 著作权法律漏洞:不当利用与防范</b>		(101)
<b>一、影视作品署名权:无“法”规范?</b>		(101)
<b>【法条摘抄】</b>		(101)
<b>【专家指漏】</b> 法律规定不健全 导演制片起争端		(101)
<b>【典型案例】</b> 《隋唐演义》尚未拍完 导演制片对簿公堂		(102)
<b>【防范措施】</b> 加大专项立法 完备劳务合同		(103)
<b>二、著作权与商标权:谁说了算?</b>		(103)
<b>【法条摘抄】</b>		(103)
<b>【专家指漏】</b> 权利产生一先一后,主体各异,内容不同,冲突难免		(103)
<b>【典型案例】</b> 两个权利人,争夺“乐百氏”		(104)
<b>【防范措施】</b> 协调与设计人的关系,预先解决权利冲突		(104)
<b>三、著作权转让:应当正名!</b>		(105)
<b>【法条摘抄】</b>		(105)
<b>【专家指漏】</b> 著作权法模棱两可 版权贸易照样进行		(105)

【典型案例】版权贸易 红红火火 .....	(106)
【防范措施】许可著作权转让,建立著作权转让合同登记、备案制度 .....	(106)
<b>第四章 其他知识产权法律漏洞:不当利用与防范</b> .....	(108)
<b>一、商号权、商标权、人身权:谁最有权?</b> .....	(108)
【法条摘抄】 .....	(108)
【专家指漏】商号规定含糊,相互之间不协调、不系统,且忽略了其财产性性质,对不当利用没有处罚规定 .....	(108)
【典型案例】“鸿雁”出名,商号满天飞,谁怕谁? .....	(109)
【防范措施】完善商号规定,协调商号权与商标权、人身权的关系。 .....	(110)
<b>二、域名抢注:不应疏忽</b> .....	(112)
【法条摘抄】 .....	(112)
【专家指漏】网上域名唯一 抢注域名投机。 .....	(112)
【典型案例】先抢注,后敲诈,一本万利 .....	(112)
【防范措施】提高域名意识,注册外围域名,注册国内域名 .....	(113)

### 第三篇 商事合同漏洞:不当利用与防范

<b>第一章 货物买卖合同漏洞:不当利用与防范</b> .....	(116)
<b>一、合同主体:有无资格</b> .....	(116)
【法条摘抄】 .....	(116)
【专家指漏】内部机构对外签约,效力有问题 .....	(116)
【典型案例】下级所订合同无效 上级退还货款 80 万 .....	(116)
【防范措施】确保对方主体合格 要求对方设定担保 .....	(117)
<b>二、意思表示:是否真实?</b> .....	(118)

【法条摘抄】 .....	(118)
【专家指漏】采取欺诈手段订立,意思表示不真实,合同无效··	(118)
【典型案例】欺诈订约 退款付息 .....	(118)
【防范措施】调查对方情况 提高自身素质 寻求法律帮助··	(120)
三、合同变更:须依法进行! .....	(120)
【法条摘抄】 .....	(120)
【专家指漏】非法变更合同 忘记要求赔偿 .....	(121)
【典型案例】机电厂胁迫变更合同,校办厂损失自负? .....	(122)
【防范措施】变更合同要慎重进行 .....	(124)
四、违约金:不具有惩罚性? .....	(125)
【法条摘抄】 .....	(125)
【专家指漏】我国违约金不具有惩罚性,可能助长违约行为····	(125)
【典型案例】你违约我违约大家都违约 .....	(125)
【防范措施】正确行使同时履行抗辩权和不安抗辩权 .....	(127)
第二章 加工承揽合同漏洞:不当利用与防范 .....	(128)
一、合同性质:不可混淆! .....	(128)
【法条摘抄】 .....	(128)
【专家指漏】将工矿产品购销合同与加工承揽合同相混淆 .....	(128)
【典型案例】合同性质一变 合同效力相反 .....	(128)
【防范措施】选好纠纷解决方式 注意合同管辖问题 不可忽视诉讼 时效 .....	(130)
二、经营范围:不能超越 .....	(131)
【法条摘抄】 .....	(131)
【专家指漏】超越主体经营范围,合同无效 .....	(131)
【典型案例】航空公司销售水果削皮机,亏损自负 .....	(131)
【防范措施】明确对方有无该项目的经营权 .....	(132)
三、定金不是预付款! .....	(133)
【法条摘抄】 .....	(133)
【专家指漏】字不同,意义更不同,不可混同 .....	(133)

【典型案例】定金比例过高 法院判决无效 .....	(133)
【防范措施】区分定金与预付款 正确约定定金 .....	(134)
四、合同变更:必须以书面形式进行? .....	(134)
【法条摘抄】 .....	(134)
【专家指漏】法未明定 常起纠纷 .....	(134)
【典型案例】口头变更起纠纷 合作不成反成“仇” .....	(135)
【防范措施】正确理解与运用合同变更规定 注意合同变更的形式问 题 .....	(136)
五、权利保护:有时间限制 .....	(136)
【法条摘抄】 .....	(136)
【专家指漏】“有权不用,过期作废” .....	(136)
【典型案例】已过两年,欠帐可以不还? .....	(137)
【防范措施】不要“躺在权利上睡觉” .....	(138)
第三章 仓储保管合同漏洞:不当利用与防范 .....	(138)
一、合同主体:有无资格 .....	(138)
【法条摘抄】 .....	(138)
【专家指漏】无权经营 订约无效 .....	(139)
【典型案例】保管两月,费用没有,倒赔六千? .....	(139)
【防范措施】仔细审查对方的主体资格及履约能力 .....	(140)
二、合同变更:形式多样 .....	(141)
【法条摘抄】 .....	(141)
【专家指漏】不及时提出异议,不知合同已经成立 .....	(141)
【典型案例】家具日晒雨淋,责任谁负? .....	(141)
【防范措施】了解合同变更形式的多样性 .....	(142)
三、标的物:是否合法? .....	(142)
【法条摘抄】 .....	(142)
【专家指漏】标的物不合法 .....	(143)
【典型案例】过失保管黄色录像带 损失自己承担 .....	(143)
【防范措施】严格审查,确保标的物合法 .....	(144)

## 第二编 经济法律漏洞:不当利用与防范

### 第一篇 市场主体法律漏洞:不当利用与防范

#### 第一章 企业法律漏洞:不当利用与防范 ..... (147)

##### 一、国企债权:尽快了结 ..... (147)

【法条摘抄】 ..... (147)

【专家指漏】形成三角债务,影响企业改制,加剧社会矛盾 ..... (147)

【典型案例】三角债:剪不断,理还乱 ..... (148)

【防范措施】深化企业改革,提高契约意识,健全法律制度,规范公司运  
作 ..... (148)

##### 二、公司运作:是否需要更多的司法程序保障? ..... (149)

【法条摘抄】 ..... (149)

【专家指漏】程序保障确有必要 外国运用评价良好 当前国情尤需  
建立 ..... (149)

【典型案例】非法转让股票 股东起诉获胜 ..... (153)

【防范措施】借鉴国外经验,完善我国公司运作的司法程序保障规范  
..... (156)

#### 第二章 三资企业法律漏洞:不当利用与防范 ..... (157)

##### 一、合资企业:股权何在(一)? ..... (157)

【法条摘抄】 ..... (157)

【专家指漏】中方股本淡化 外方不当获利 ..... (157)

【典型案例】外资垄断不是梦 ..... (158)

【防范措施】强化监管,苦练“内功”,五策并举,发展民族产业…	(159)
二、合资企业:股权何在(二)?	(160)
【法条摘抄】	(160)
【专家指漏】外资压价收购,国有资产流失甚至被无偿占用…	(160)
【典型案例】“空手道”合资	(160)
【防范措施】严格执行《外商投资指导产业目录》,规范审批制度,正确 评估国有资产	(161)
三、合资企业:股权何在(三)?	(162)
【法条摘抄】	(162)
【专家指漏】入股外资不按时到位,虚报高价达到控股目的…	(162)
【典型案例】资金未出,也能控股?	(163)
【防范措施】加强中外合资双方的财产鉴定工作	(163)
四、合资企业:股权何在(四)?	(164)
【法条摘抄】	(164)
【专家指漏】外方增加注册资本,到底是何用心?	(164)
【典型案例】广告遍地  外商欢喜有“妙计”	(164)
【防范措施】股权变更、投资总额变更审批,产业准入或股权比例限制 …	(164)

## 第二篇 市场秩序法律漏洞:不当利用与防范

### 第一章 反不正当竞争法律漏洞:不当利用与防范… (166)

#### 一、有奖销售:真有奖否? (166)

    【法条摘抄】 (166)

    【专家指漏】破坏市场秩序  损坏消费者利益  刺激投机心理  
        … (166)

    【典型案例】有奖销售  质次价优 (167)



【防范措施】把“奖”还给消费者 .....	(167)
二、医药回扣:何时方休? .....	(168)
【法条摘抄】 .....	(168)
【专家指漏】逃避国家税收 破坏竞争秩序 加重患者负担··	(168)
【典型案例】医生拿回扣 取消处方权 .....	(168)
【防范措施】完善立法,保护公平竞争 严肃法纪,健全监督机制 .....	(169)
第二章 破产法律漏洞:不当利用与防范 .....	(170)
一、破产:谁可以破? .....	(170)
【法条摘抄】 .....	(170)
【专家指漏】破产法律适用范围太窄,不合市场主体平等原则··	(170)
【典型案例】现代“白毛女”,不能破产,好辛苦! .....	(172)
【防范措施】扩大破产主体 实行“一般破产主义” .....	(172)
二、企业破产:不要忘了知识产权 .....	(173)
【法条摘抄】 .....	(173)
【专家指漏】《破产法》提及较少,人们重视不够 .....	(173)
【典型案例】企业破产,忽视无形资产 .....	(174)
【防范措施】明确知识产权,确立处分原则 .....	(174)

### 第三篇 税法漏洞:不当利用与防范

第一章 企业(公司)税法漏洞:不当利用与防范 .....	(175)
一、企业避税逃税:不要走得太远! .....	(175)
【法条摘抄】 .....	(175)
【专家指漏】组织结构避税 财务核算避税 材料计算避税 税收优 惠避税 征税漏洞避税 地区差异避税 贸易公司避税 .....	