

**最新修订**

**全面收录《证券法》、新《合同法》相关内容**

# 现行法律漏洞

**的不当利用与防范全书**

主编 袁仁辉



九洲图书出版社

0103386

215.1

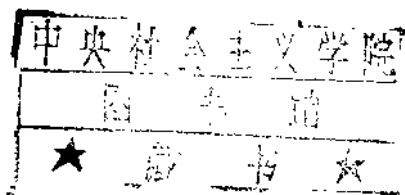
# 现行法律漏洞 的不当利用与防范全书

(上卷)

主 编 袁仁辉  
本卷主编 金刚石  
邱 胜



\*201036869\*



九洲图书出版社

●103688

# 现行法律漏洞 的不当利用与防范全书

(下卷)

主 编 袁仁辉  
本卷主编 谭炜麟



\*201036887\*



九洲图书出版社

9825016

**图书在版编目(CIP)数据**

现行法律漏洞的不当利用与防范全书/袁仁辉主编. —北京:九洲图书出版社,  
1998.12

ISBN 7-80114-366-3

I. 现… I. 袁… III. 法律-缺陷-防止-中国 N. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 39520 号

## 现行法律漏洞的不当利用与防范全书

---

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:北京通县利民印刷厂

开本:787×1092毫米 1/16

字数:4000千字

印张:162.5

版次:1999年1月第1版 1999年5月第2次印刷

印数:3001-6000册

书号:ISBN 7-80114-366-3/D·22

定价:695.00元(全三卷)

# 现行法律漏洞 的不当利用与防范全书

## 编委会

主 编 袁仁辉

副主编 朱元军

### 编委会

金 刚 石 邱 胜 翟 东 谭炜麟

朱元军 袁仁辉 师 兢 杨 松

巫克明 汪先波 杨听雨 丛中笑

思 沛 杨英军 褚东辉 宋卫忠

# 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。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全书》。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,应当说其权威的

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(包括法律务实界人士)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,以使其能够成为沟通理论界与务实界、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,另辟专家论坛提供权威观点),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;是法律务实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全书

编委会

一九九九年一月

# 总 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
- 第二篇 知识产权法律漏洞:不当利用与防范
- 第三篇 商事合同漏洞:不当利用与防范
- 第四篇 知识产权合同漏洞:不当利用与防范
- 第五篇 新合同法及释义·合同欺诈与防范
- 第六篇 民商法律选编

## **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
- 第二篇 市场秩序法律漏洞:不当利用与防范
- 第三篇 税法漏洞:不当利用与防范
- 第四篇 国际经济法律漏洞:不当利用与防范
- 第五篇 专家论坛
- 第六篇 经济法律选编(含证券法)

## **第三编 行政法律漏洞:不当利用与防范**

- 第一篇 行政法律漏洞:不当利用与防范
- 第二篇 专家论坛
- 第三篇 行政法律选编

## **第四编 刑事法律漏洞:不当利用与防范**

- 第一篇 刑事法律漏洞:不当利用与防范
- 第二篇 专家论坛
- 第三篇 刑事法律选编

## **第五编 程序法律漏洞:不当利用与防范**

- 第一篇 民事诉讼法律漏洞:不当利用与防范
- 第二篇 行政诉讼法律漏洞:不当利用与防范
- 第三篇 刑事诉讼法律漏洞:不当利用与防范
- 第四篇 专家论坛
- 第五篇 诉讼法律选编



# 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 .....	(4)
附录:司法部关于不宜办理“安乐死”公证事项的复函 .....	(5)
二、肖像权:死者有无? .....	(5)
【法条摘抄】.....	(5)
【专家指漏】“死者”频频出现 生者痛苦难堪.....	(5)
【典型案例】已死六十年 “鲁迅”上法庭.....	(5)
【防范措施】建议规定死者享有肖像权.....	(6)
附录:肖像权简述 .....	(6)
三、姓名命名:有无规则? .....	(7)
【法条摘抄】.....	(7)

<b>【专家指漏】</b> 法无规定 任意取名·····	(7)
<b>【典型案例】</b> “彩电”本电器,怎可当名字? ·····	(7)
“张强”有三千,谁是抢劫犯? ·····	(8)
冒名考上学 侵犯姓名权·····	(8)
<b>【防范措施】</b> 建议制定姓名法,规范命名 ·····	(9)
附录:姓名权简论·····	(10)
<b>四、隐私权:不再稳私?</b> ·····	(11)
<b>【法条摘抄】</b> ·····	(11)
<b>【专家指漏】</b> 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)
<b>【典型案例】</b> 大腿上的“隐私” ·····	(12)
性教育展览侵犯隐私权 ·····	(12)
<b>【防范措施】</b> 完善隐私权法律规范 防止滥用隐私权 ·····	(12)
附录:隐私权释义·····	(13)
公民享有哪些隐私权? ·····	(14)
<b>第二章 婚姻家庭法律漏洞:不当利用与防范</b> ·····	(14)
<b>一、同居权:婚姻关系的必然要求</b> ·····	(14)
<b>【法条摘抄】</b> ·····	(14)
<b>【专家指漏】</b> 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)
<b>【典型案例】</b> 性无能,性虐待,不堪忍受赴黄泉 ·····	(16)
滥用同居权,大搞婚内强奸·····	(17)
<b>【防范措施】</b> 规定同居权 确立别居制 ·····	(18)
附录:论同居·····	(19)
<b>二、非法同居:是否违法?</b> ·····	(22)
<b>【法条摘抄】</b> ·····	(22)
<b>【专家指漏】</b> 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)
<b>【典型案例】</b> 解除非法同居关系,财产怎么处理? ·····	(24)
<b>【防范措施】</b> 取消非法同居概念 建立无效婚姻制度 ·····	(25)
附录:最高人民法院关于人民法院审理未办理结婚登记而以夫妻名义 同居生活案件的若干意见·····	(27)
最高人民法院关于适用新的《婚姻登记管理条例》的通知·····	(28)
婚外性关系漫谈·····	(29)

三、生育权：怎样行使？ .....	(36)
【法条摘抄】 .....	(36)
【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 .....	(36)
【典型案例】妹妹引产，哥哥签字，是否侵犯生育权？ .....	(37)
【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 .....	(38)
四、非婚生子女：如何认领和准正？ .....	(38)
【法条摘抄】 .....	(38)
【专家指漏】非婚生子女地位不定受歧视 生父母不认领逃避抚养责任 .....	(38)
【典型案例】垃圾婴儿，父母是谁？ .....	(39)
【防范措施】建立婚生子女推定制度 确立非婚生子女的认领与准正制度 .....	(39)
附录：非婚生子女的认领与准正制度之历史发展 .....	(39)
五、夫妻财产制：亟待规范（一） .....	(42)
【法条摘抄】 .....	(42)
【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。 .....	(42)
【典型案例】夫妻间索赔，太难！ .....	(45)
前倨而后恭，红眼！ .....	(45)
婚姻闪电战，为钱！ .....	(45)
离婚分金牌，咋办？ .....	(45)
【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 .....	(47)
附录：最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干 具体意见 .....	(48)
六、夫妻财产制：亟待规范（二） .....	(49)
【法条摘抄】 .....	(49)
【专家指漏】法律规定笼统 实际采用极少 法院断案困难 .....	(49)
【典型案例】婚前财产公证 婚后成功索赔 .....	(50)
AA制：并非万事如意 .....	(51)
【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 .....	(55)
七、亲权：包括哪些？ .....	(56)
【法条摘抄】 .....	(56)
【专家指漏】我国法律尚无这一概念，有关规定也不系统具体 .....	(56)
【典型案例】子死媳病，祖父养孙，是否符合法律规定？ .....	(56)

同意离婚,多给抚养费,孩子成为交换筹码 .....	(57)
【防范措施】系统规定亲权 保护未成年人利益 .....	(57)
八、家庭暴力:如何防范? .....	(58)
【法条摘抄】 .....	(58)
【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 .....	(58)
【典型案例】意见分歧,打断三根肋骨 .....	(60)
打算离婚,鼻子被夫咬掉 .....	(60)
疑妻外遇,无故殴打老妻 .....	(60)
嫁入京郊,四川女子好惨! .....	(60)
【防范措施】制定《反家庭暴力法》,惩处精神暴力和行为暴力 .....	(61)
九、离婚法定理由:感情确已破裂? .....	(61)
【法条摘抄】 .....	(61)
【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 .....	(61)
【典型案例】感情确已破裂,但是拒绝离婚,用意何在? .....	(62)
夫妻感情太好,以死相逼离婚,法院咋判? .....	(62)
【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 .....	(62)
附录:愿爱情之舟驶入幸福的港湾——《婚姻家庭法》草案出台前的一次 讨论 .....	(64)
关于婚姻法修改的讨论 .....	(72)
第三章 民事违约法律责任漏洞:不当利用与防范 .....	(76)
一、悬赏广告:是广告还是合同? .....	(76)
【法条摘抄】 .....	(76)
【专家指漏】法无规定 纠纷迭起 .....	(76)
【典型案例】悬赏二千,想不兑现? .....	(76)
交还失主八十万 悬赏八千须兑现 .....	(77)
【防范措施】从法律上规定悬赏广告性质 .....	(79)
附录:悬赏广告若干法律问题之研究 .....	(80)
悬赏广告的法律问题探微 .....	(84)
中国消费者保护法上的欺诈行为与惩罚性赔偿 .....	(90)
二、《医疗事故处理办法》:是不是办法? .....	(98)
【法条摘抄】 .....	(98)

【专家指漏】既不合理也不公正,且与其他法律相冲突·····	(98)
【典型案例】清华女生铊中毒,责任无人负!·····	(100)
医死一个人,只想赔三千?·····	(104)
错割幼女卵巢,拒绝赔偿,修改病历卡,有没有王法?·····	(109)
错切幼儿甲状腺,隐瞒真情达四年,涂改病历卡,未免胆太大!···	(110)
擅自扩太手术范围,损坏正常肌体,医院有无责任?·····	(112)
感冒输液,让你休克,留下后遗症,不负责?·····	(113)
拒绝抢救,致人死亡,擅自火化,只赔三千?·····	(115)
感冒入院,医成白痴,只予补偿不赔偿?·····	(117)
【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。·····	(119)
附录:医疗事故处理办法·····	(121)
医疗纠纷漫谈·····	(123)
雾里看花:医疗纠纷处理中的法律问题·····	(126)
医疗事故的责任与赔偿·····	(128)
审理医疗赔偿案件的法律适用·····	(130)
 三、“假一罚十”:有无约束力?·····	(132)
【法条摘抄】·····	(132)
【专家指漏】法无规定,看法不同,实践各异·····	(132)
【典型案例】假一罚十 一案两判·····	(132)
【防范措施】将“假一罚十”认定为悬赏广告,规定“罚十”必须兑现·····	(133)
附录:论消费者权益保护法中的民事责任·····	(135)
“王海现象”的民法思考——论消费者权益保护中的惩罚性赔偿金·····	(139)
 四、旅游合同:应当履行!·····	(147)
【法条摘抄】·····	(147)
【专家指漏】没有专门规定,易为人不当利用·····	(147)
【典型案例】减少旅游景点:退钱道歉!·····	(147)
【防范措施】在统一合同法中对旅游合同作出专门性规定·····	(148)
附录:关于进一步加强旅游市场管理的通知·····	(153)
旅行社管理条例·····	(154)
旅行社管理条例实施细则·····	(159)
中国公民自费出国旅游管理暂行办法·····	(164)
旅游外汇管理办法·····	(166)
旅游投诉暂行规定·····	(168)
旅行社质量保证金赔偿暂行办法·····	(170)
旅行社质量保证金赔偿试行标准·····	(172)

## 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 .....	(174)
一、实用新型：能否实用？ .....	(174)
【法条摘抄】 .....	(174)
【专家指漏】审批程序太简单，质量难保证，易为人不当利用 .....	(174)
【典型案例】“出千”麻将，也成专利？ .....	(174)
【防范措施】改为登记加实质审制 .....	(175)
附录：专利简述 .....	(176)
二、外观设计：没有使用权？ .....	(181)
【法条摘抄】 .....	(181)
【专家指漏】与实际不符，易被人不当利用 .....	(182)
【典型案例】外观设计，免费使用？ .....	(182)
【防范措施】赋予外观设计以使用权 .....	(182)
三、专利法第 36 条：是否多余？ .....	(183)
【法条摘抄】 .....	(183)
【专家指漏】专利制度初创阶段必要，现今已成多余 .....	(183)
【防范措施】建议删除专利法第 36 条 .....	(183)
四、公告与授权：何者优先？ .....	(183)
【法条摘抄】 .....	(183)
【专家指漏】授权在先，公告在后，专利保护，何时算起？ .....	(184)
【典型案例】授权后公告前使用，不构成侵权？ .....	(184)
【防范措施】专利权生效日宜以授权公告日为准 .....	(184)
五、专利撤销与无效宣告：二者相遇谁让道？ .....	(185)
【法条摘抄】 .....	(185)
【专家指漏】两者重叠起冲突，可能影响当事人的正当权益并被不当利用 .....	(185)
【防范措施】建议取消撤销程序 .....	(185)
六、临时保护：并非“临时” .....	(186)
【法条摘抄】 .....	(186)

【专家指漏】法律性质尚待明确,其许可证贸易有特殊风险 .....	(186)
【典型案例】擅用“临时”专利,拒付专利使用费 .....	(187)
<b>第二章 商标权法律漏洞:不当利用与防范 .....</b>	<b>(188)</b>
<b>一、联合商标:何时“联合”?</b> .....	<b>(188)</b>
【法条摘抄】.....	(188)
【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 .....	(188)
【典型案例】“老虎”与“海尔”:英雄所见略同 .....	(189)
【防范措施】增设联合商标.....	(189)
附录:商标模式的多重使用 .....	(189)
现代商品经营与商标异化(兼谈对《商标法》的评价与中国现代商品 经营的对策).....	(193)
<b>二、第二商标:不是“第二”!</b> .....	<b>(196)</b>
【法条摘抄】.....	(196)
【专家指漏】法律没有规定,与国际惯例不符 .....	(196)
【典型案例】“茅台”、“青岛”,第二含义,谁知道? .....	(196)
【防范措施】保护第二商标.....	(196)
附录:“第二含义”商标的概念和特征 .....	(199)
<b>三、抢注商标:何时住手?</b> .....	<b>(200)</b>
【法条摘抄】.....	(200)
【专家指漏】法律规定不够完善,借机抢注危害巨大 .....	(200)
【典型案例】中国商标,境外被抢注 .....	(202)
中深外贸,抢注新高潮 .....	(203)
【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.....	(204)
附录:并非抢注的商标抢注案 .....	(207)
“驰名商标”认定简论 .....	(209)
知识产权国际保护的新发展——对驰名商标特有名称、包装、装潢 的保护 .....	(213)
<b>四、合资企业:商标何在?</b> .....	<b>(218)</b>
【法条摘抄】.....	(218)
【专家指漏】合营中方认识不足 合营外方乘虚而入.....	(218)
【典型案例】“骏马”不骏,赔了夫人又折兵 .....	(218)

<b>【防范措施】</b> 完善商标立法,尽量使用中方名牌商标 .....	(219)
五、外观设计与商标:混淆咋办? .....	(220)
<b>【法条摘抄】</b> .....	(220)
<b>【专家指漏】</b> 法律规定不够具体 审判人员难以适从.....	(220)
<b>【典型案例】</b> “美怡乐”、“美佳乐”、“美味乐”,苦乐不均 .....	(220)
<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.....	(221)
附录:外观设计与专利之异同比较 .....	(222)
六、商标侵权:责任太轻 .....	(223)
<b>【法条摘抄】</b> .....	(223)
<b>【专家指漏】</b> 侵权责任太“宽厚” 侵权行为屡禁不止.....	(223)
<b>【典型案例】</b> 处罚不严 制假不断.....	(224)
<b>【防范措施】</b> 实行惩罚性赔偿 加大行政处罚力度.....	(225)
第三章 著作权法律漏洞:不当利用与防范 .....	(226)
一、影视作品署名权:无“法”规范? .....	(226)
<b>【法条摘抄】</b> .....	(226)
<b>【专家指漏】</b> 法律规定不健全 导演制片起争端.....	(226)
<b>【典型案例】</b> 《隋唐演义》尚未拍完 导演制片对簿公堂.....	(226)
<b>【防范措施】</b> 加大专项立法 完备劳务合同.....	(227)
附录:“导演中心制”与“制片人中心制”之争论 .....	(227)
二、著作权与商标权:谁说了算? .....	(227)
<b>【法条摘抄】</b> .....	(227)
<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 .....	(228)
<b>【典型案例】</b> 两个权利人,争夺“乐百氏” .....	(228)
“三毛”诉“三毛”,原因太蹊跷 .....	(229)
<b>【防范措施】</b> 协调与设计人的关系,预先解决权利冲突 .....	(230)
三、著作权转让:应当正名! .....	(230)
<b>【法条摘抄】</b> .....	(230)
<b>【专家指漏】</b> 著作权法模棱两可 版权贸易照样进行.....	(231)
<b>【典型案例】</b> 版权贸易 红红火火.....	(231)
<b>【防范措施】</b> 许可著作权转让,建立著作权转让合同登记、备案制度.....	(237)
附录:网上版权,从何说起? .....	(240)



## 第四章 其他知识产权法律漏洞:不当利用与防范 ..... (241)

### 一、商号权、商标权、人身权:谁更有权? ..... (241)

【法条摘抄】..... (241)

【专家指漏】商号规定含糊,相互之间不协调、不系统,且忽略了其财产权性质,对不当利用没有处罚规定 ..... (242)

【典型案例】他人商标,变作自己商号,不是胡闹! ..... (242)

“鸿雁”出名,商号满天飞,谁怕谁? ..... (243)

双方都有理,只有“狗不理”,谁真有理? ..... (243)

【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。 ..... (245)

附录:企业名称登记管理规定 ..... (247)

商号权简论 ..... (250)

商号权欺诈 ..... (252)

### 二、域名抢注:不应疏忽 ..... (256)

【法条摘抄】..... (256)

【专家指漏】网上域名唯一 抢注域名投机。 ..... (256)

【典型案例】先抢注,后敲诈 一本万利 ..... (256)

【防范措施】提高域名意识,注册外围域名,注册国内域名 ..... (257)

中国互联网络域名注册暂行管理办法 ..... (258)

附录:域名——企业的“名片” ..... (261)

网络信息环境的知识产权保护问题 ..... (261)

## **第三篇 商事合同漏洞:不当利用与防范**

### 第一章 货物买卖合同漏洞:不当利用与防范 ..... (268)

#### 一、合同主体:有无资格 ..... (268)

【法条摘抄】..... (268)

【专家指漏】内部机构对外签约,效力有问题 ..... (268)

【典型案例】下级所订合同无效 上级退还货款 80 万 ..... (268)

【防范措施】确保对方主体合格 要求对方设定担保 ..... (270)

附录:货物买卖合同欺诈形式 ..... (270)