

2006年第1辑（总第27辑）

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◆主编

本辑要目

【《民法通则》颁行 20 周年纪念】

魏振瀛 / 参加《民法通则》起草的片断回顾

王利明 / 光荣与梦想：在纪念《民法通则》颁布 20 周年学术研讨会上的讲话

杨立新 / 民法的梦想与老一代民法学家的光荣

【专论】

王利明 / 担保物权制度的发展及我国物权法草案

凌祁漫 / 论设立中公司的法律地位

【判例评析】

马强 / 股东知情权的民法保护

肖志远 / 扩张的著作权与能动的司法

王小红 / 论信赖保护原则及其在行政审判中的运用

人民法院出版社

2006年第1辑(总第27辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2006 年. 第 1 辑: 总第 27 辑/王利明主编.
北京: 人民法院出版社, 2006. 7
ISBN 7-80217-297-7

I. 判… II. 王… III. ①判例-研究-中国-丛刊②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. D920.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 057274 号

判解研究

2006 年第 1 辑(总第 27 辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250571(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 232 千字

印 张 13.5

版 次 2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-297-7

定 价 28.00 元

加強判解研究
推進司法改革

肖楊

二〇〇〇年

七月一日

《判解研究》编辑委员会

主 任：王利明

副主任：杨立新

委 员：(以姓氏笔画为序)

王运声 龙翼飞 刘春田

江 伟 孙华璞 纪 敏

杨润时 吴汉东 张晓秦

俞灵雨 姚 辉 钱 锋

郭明瑞 董安生 蒋志培

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 马 特

熊诤龙 麻锦亮 刘生亮

电 话：(010) 85250571 62514868

传 真：(010) 85250586 62514868

E - mail: caselaw@sohu.com

支持单位：北京市鑫兴律师事务所

网 址：www.xinxinglaw.com

E - mail: xinglaw@yahoo.com.cn

稿 约

《判解研究》旨在对审判实践中的重大疑难案件及司法解释展开研究，将法学理论全面运用于司法实务，通过分析与归纳演绎，在个案中寻找法理与裁判的连接点，在判决中发掘对法律予以选择的理由、法条的内涵，以及判决的一致性，藉此丰富对法律的解释、总结法律适用的经验、探求法律的精神，为立法和司法提供经验。真诚欢迎法学理论及实务工作者惠赐佳作。来稿要求：

1. 稿件应属未公开发表的作品。

2. 稿件字数应在 5000 字以上，引文务必注明出处，注释体例以已出版的《判解研究》中的样式为准，稿件应为打印稿并请附软盘，并以 Word 文件或文本文件存盘。

3. 投稿后 3 个月未接到用稿通知，作者可另投他刊，来稿中请详写联系地址、电话、电子邮箱，以便及时联系。请勿一稿两投。

4. 本刊所发表的所有文章，均已由作者授予自发表之日起 1 年的专有使用权，任何转载、摘登、翻译或结集出版等事宜，均须事先得到本刊编辑部的书面许可。

投稿请寄：

中国人民大学民商事法律科学研究中心，邮政编码：100872。请在信封正面注明“《判解研究》投稿”字样。

E-mail: caselaw @sohu.com

有关本书的征订、邮购等事宜，请直接与人民法院出版社联系。

联系电话：(010) 85250558

地址：北京市东城区东交民巷 27 号

邮编：100745

本丛书现已出版 27 辑。欢迎读者邮购。

目 录

《民法通则》颁行 20 周年纪念

参加《民法通则》起草的片断回顾

..... 魏振瀛 (1)

光荣与梦想：在纪念《民法通则》颁布

20 周年学术研讨会上的讲话 ... 王利明 (11)

民法的梦想与老一代民法学家的

光荣..... 杨立新 (15)

“光荣与梦想：纪念《中华人民共和国

民法通则》颁布 20 周年”学术研讨

会综述 郑小敏 赵凌波 (20)

专 论

担保物权制度的发展及我国物权法

草案..... 王利明 (25)

论设立中公司的法律地位..... 凌祁漫 (41)

法学专论

民事执行当事人权利及其

保障..... 唐学兵 (59)

法官论坛

论法官对诉讼请求变更进行释明的义务

——以《关于民事诉讼证据的若干规定》

第 35 条规定为中心的论述 ... 张晓霞 (82)

焦点笔谈

对《一个馒头引发的血案》的法律思考

…… 李 琛 李 旭 龙富泉 应振芳 (91)

判例评析

股东知情权的民法保护 …………… 马 强 (127)

扩张的著作权与能动的司法 …………… 肖志远 (142)

再论未经登记抵押行为的法律效果

——兼及我国不动产物权变动立法

模式的构想 …………… 杨代雄 许中缘 (155)

论环境污染中的损害事实 …………… 张红梅 (173)

论信赖保护原则及其在行政审判中

的运用 …………… 王小红 (185)

海外判例选介

信托制度受益人的追踪权分析及应用

——兼及与大陆法系受益人撤销权

的比较 …………… 彭插三 (191)

编辑后语…………… (210)

参加《民法通则》起草的片断回顾

魏振瀛*

1986年4月12日，全国人民代表大会通过了《中华人民共和国民法通则》，至今已经20年了。民法学者的通说认为，在民法典颁布以前，《民法通则》具有民事基本法的地位和作用。20年过去了，我们国家在各方面都发生了很大变化，用现在的眼光看《民法通则》，自然会有不同的认识和评价。我参加了《民法通则》的起草，根据我的了解，介绍一些情况。我个人的了解和认识有限，只能把我印象较深的问题作一些回顾，从一个侧面提供一些历史性的信息，供各位参考。

一、《民法通则》颁布的偶然性与必然性

《民法通则》在20年前出台有其偶然性，也有必然性。其偶然性主要表现在：一是名称的偶然性。《民法通则》这个名称不是充分酝酿的决策，而是在短时间较快达成的共识。1985年6月全国人大法律工作委员会召开的一系列座谈会叫民法总则座谈会，7月份正式开始起草不久，经过商议将民法总则改称《民法通则》。作为民事基本法采用这样的名称，在世界民事立法史上是空前的，也是偶然的。二是内容和体系的偶然性。《民法通则》的内容既不是传统的民法总则，也不是民法纲要，既有传统民法总则方面的内容，也有分则方面的内容，自成体系。这样的内容和体系反映了社会实际需要，也有理论支持，但是不具有普遍规律性，具有偶然性。三是地位的偶然性。《民法通则》内容简要，仅仅156条，但是它具有民事基本法的地位，被誉为中国的民事

* 北京大学教授。

权利宣言，也有偶然性。

《民法通则》的出台有其必然性，总的来说，它是改革开放事业和中国社会发展的必然产物。以下以分三点说明：

一是改革开放政策发展的要求。1978年12月，党的十一届三中全会作出了进行经济体制改革的重大决策，改革开放事业逐步发展。一开始是在农村实行家庭联产承包责任制，在城市发展个体工商业，对国有企业实行放权、扩权。1982年9月，党的第十二次全国代表大会提出了计划经济为主，市场调节为辅的原则。1984年10月，党的十二届三中全会通过了《中共中央关于经济体制改革的决定》，提出建立具有中国特色的充满生机和活力的社会主义经济体制，增强企业活力，实行政企职责分开，积极发展多种经济形式。在《民法通则》开始起草不久，1985年9月，党的全国代表会议通过了《中共中央关于制定国民经济和社会发展第七个五年计划的决议》，提出进一步增强企业特别是全民所有制大中型企业的活力，使它们真正成为相对独立的，自主经营、自负盈亏的社会主义商品生产者和经营者；进一步发展社会主义的有计划的商品市场，逐步完善市场体系。在进一步发展有计划的商品市场的情况下，作为商品经济基本法的民事立法不健全，就会阻碍改革开放事业的发展，《民法通则》出台符合改革开放发展的趋势。

二是社会现实的要求。在改革开放过程中，新事物不断涌现，新的矛盾和问题也随之出现，在农村出现了“红眼病”。所谓“红眼病”是指承包果园、鱼塘、林木等经济作物的人富裕了，出现了一些非承包人要求变更合同，发包人借口撕毁合同的现象。在城市，个体工商户发展了，钱多了，怕露富，怕国家政策改变，就把人民币藏在家里，有的失火被烧掉了，还有人把钱埋在地下。在国有企业方面，实行多种经济责任制，奖金制，有了企业利益和职工个人利益，于是出现了新厂长不承担旧厂长在任期间工厂所欠债务的现象。在公司改制中，分公司与总公司的主体地位模糊，责任不清。在发展多种经济形式和横向经济联合中，农村出现了各种经济联合体；城市出现了合作经济（实质是合伙）和多种联营形式；后来又出现了多种形式的公司、企业集团。一些联营组织赢利大家分，亏损就散伙，债务无人承担。还有的搞“挂靠经营”，以集体经济之名，经营个体经济之实等等。

以上问题概括起来，一是多种经济形式发展，人们对改革开放政策理解不同，难以确保改革的成果。二是经济组织复杂多样，民事主体地位不清，责任不明。当时有的外国人明确提出，中国没有民法，到中国投资没有法律保障。从立法上看，突出的是缺少民法总则和物权方面的规定。

三是司法实践的要求。随着经济发展和人们民事权利意识增强,新的矛盾出现了,到法院打官司的多了,不少新问题无法可依,法院难以及时裁决。例如,《经济合同法》虽然用了法人概念,但是法人的条件不清楚,法人和法人的代表人、代理人的责任界限不明确。合伙性质的联营亏损了,合伙人理应承担连带责任,但是没有法律根据。某地有个合伙组织因为亏损解散了,债务无人承担,其中有个合伙人有一辆汽车,法院不知是否能够扣押,用来偿还合伙债务。实践中有17岁的未成年人当经理,代表公司签订的合同是否有效的问题也发生了。随着个体工商业的发展,私人之间的借款增多了,个别地方出现了私人钱庄,利息很高,合法利息与非法利息的界限怎么划?有的个体工商户雇用的工人劳动中发生了人身伤害,雇员执行职务中造成第三人伤害,应当由雇主还是由受雇人承担责任,是个难题。从司法实践看,尽快健全民事立法到了刻不容缓的地步。

以上三点说明,《民法通则》出台是我们国家社会发展到一定阶段的必然结果。

二、《民法通则》起草工作的民主与集中

《民法通则》全部起草过程都体现了民主和集中有机地结合,用彭真委员长当时的讲话说:高度民主,高度集中。《民法通则》起草工作的民主,突出体现在第一次正式开创了立法机关、实务部门和专家相结合的立法先例。1985年7月份正式开始由有立法机关、实务部门和专家参加的起草工作。全国人大法律委员会和法律工作委员会在1985年12月召开了有180多人参加的全国性的民法通则草案座谈会,在12月4日座谈会开始的大会上,彭真委员长讲,立法要采取立法机关、实务部门和专家相结合的方法,把立法机关与实务部门的同志和专家一起请来,这是第一次。彭真委员长还说,这是他提议的,是和中央的同志商量过的,过去没有形成制度,从这次起要成为制度。在起草过程中,《民法通则》草案曾先后印发中央和地方各部门、法律院校和法学研究机构,广泛征求意见。

《民法通则》起草工作的集中主要体现在指导思想和起草进程,都按照立法机关的决策办。据我的了解和体会,起草《民法通则》的指导思想和立法政策,概括起来有五点:

1. 理论与实际相结合。这是我国一贯的立法指导思想,在1985年12月召开的《民法通则》草案座谈会期间,彭真委员长和彭冲副委员长都讲了这个问题,指出:要以科学的理论为指导,以实践为根据;要从实际出发,

解决实际问题；要体现有中国特色的社会主义制度。

2. 既要总结我国的经验，又要借鉴外国的立法。

3. 经济关系由民法、经济法、行政法分别调整，不能由某一个法律部门统一调整。

4. 内容要简明，文字表达要在准确中求通俗。

5. 立法要完备，但是要分清轻重缓急。制定《民法通则》不是不要民法典，以后条件成熟的时候再制定民法典。

立法机关对《民法通则》起草的进程计划明确，争取1986年春季提交全国人民代表大会审议，为此要求在民法草案第四稿和法工委提出的八个问题意见的基础上，由起草小组成员分工尽快写出条文，由起草小组集体讨论后修改，广泛征求意见后，再修改。在起草过程中，民主与集中交叉反复，集思广益，《民法通则》最终反映和集中了多方面的意见。至今我记忆犹新的是，1985年12月召开的座谈会的目的是征求对《民法通则》草案的意见，请与会者不仅要挑毛病，而且要提出切实可行的修改建议。参加座谈会的有几位专家原来想从起草民法典的角度提出详细的修改意见，当明确了会议精神以后，随即改变了原计划，按照会议要求积极提出了意见。《民法通则》在较短的时间完成了起草任务，可以说是民主与集中相结合的结果。

三、《民法通则》的内容与改革开放进程

现在来看，《民法通则》制定时改革开放处在初期阶段，当时还没有现在的认识，看不出下一步怎么走。改革开放的方针是确定的，起草《民法通则》的指导思想和原则是明确的，但是理解上不一定一致。起草小组的成员来自不同的部门，征求到的修改意见来自四面八方，看问题的角度有所不同，反映在起草方案上就有不同的意见。最后形成的《民法通则》反映了改革开放初期的改革成果，反映了当时的社会实际，反映了立法政策，也反映了学者的观点，但不可能是完全一致的意见。以下结合《民法通则》条文举三个例子，说明条文确定的背景和理由。这三个例子都涉及到民事主体问题，也是当时实践中最复杂最突出而急需解决的问题，这三个例子反映了《民法通则》与改革开放的进程是息息相关的。

（一）规定个体工商户和农村承包经营户重在巩固改革成果

个体工商户、农村承包经营户是否民事主体，至今还有不同的看法，《民法通则》起草时也有不同意见。从民法原理上难说个体工商户、农村承包经营户是民事主体，立法机关主要是从政策上考虑问题。当时农村承包经

营已在全国实行，个体工商业有很大发展，这样重大的政策问题应当用民事基本法的形式确定下来。《民法通则》规定了个体工商户和农村承包经营户的经营者与其家庭成员的财产和责任关系，这样规定就为解决有关纠纷提供了法律根据。讨论的结果是将个体工商户和农村承包经营户规定为第二章公民（自然人）中的第四节。

（二）规定个人合伙重在体现当时的政策

改革开放初期出现了形式多样的经济组织，有令人眼花缭乱的感觉，从民事主体角度看，归结起来不外是独资、合伙和法人三大类，但是在《民法通则》中如何规定并不简单。

问题之一，合伙的法律地位。对此有两种意见，一种意见认为应当规定合伙为民事主体，另一种意见认为合伙是合同关系。立法机关的主导意向是规定个人合伙重在体现改革开放政策，是否民事主体的理论问题，以后由学者继续研究。最后确定将个人合伙规定在第二章公民（自然人）中的第五节。

问题之二，是否规定合伙的财产归合伙共有？这在民法上本来是个常规性问题，但是对此《民法通则》没有直接作规定，而是规定为：合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用；合伙经营积累的财产，归合伙人共有（第32条）。这条规定主要是为了避免人们将共有误解为公有，影响人们投资经营合伙的积极性。规定合伙人投入的财产由合伙人统一管理和使用，实际效果和共有没有根本区别。

问题之三，如何区别个人合伙与雇工大户？当时已经出现了个体工商户雇工一二百人的情况，当时对此称为雇工大户。《民法通则》第30条规定，合伙是指两个以上的公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，共同劳动。规定合伙人共同劳动，就排除了雇工大户。当时对雇工大户在政策上还看不清楚，就没有作规定。

（三）规定法人联营重在划清民法与经济法的界限

《民法通则》第三章法人，其中第四节有三个条文（第51～53条）规定联营问题。在改革进程中，出现了三种联营的基本形式，一是紧密型联营，实际上是共同出资，建立具有法人资格的企业，二是半紧密型联营，实际上是共同出资，建立合伙性质的企业，三是松散式联营，实际上是建立长期的合同关系，学者对此分别称为法人型联营、合伙型联营、合同型联营，《民法通则》第51～53条规定的就是这三种联营形式。用传统民法观点看，这三条规定的性质分别是法人、合伙与合同，按照常规不应当规定在一起。对

《民法通则》这样规定，我的理解是：第一，规定联营反映了改革的现实，使联营关系有了明确的法律规定，发生纠纷时有法可依。第二，将个人合伙与法人合伙分别规定，就排除了个人和法人之间的合伙，这是因为对个人和集体企业或者国有企业合伙，关系到重大决策，需要慎重，暂不作规定。第三，在讨论《民法通则》草案时，有主张“大经济法”的学者认为联营是经济法问题，《民法通则》不应当规定联营。立法机关坚持在《民法通则》中规定联营，实际上是肯定了联营是民事法律关系，不是经济法律关系，这样就在法律上进一步划清了民法与经济法的界限。

上述三个例子说明，作为上层建筑的民法，要反映经济基础的要求，在一定情况下，还需要适应人们的一般观念。《民法通则》的重要任务是巩固改革开放的成果，如果立法者能够把握经济发展规律，预见改革开放的前景，规定出较多的前瞻性的条文当然更好，但是，要做到这一点受多种因素的制约，要达到理想的目标是不容易的。

四、我国的国情与借鉴外国立法

立法要立足于我国实际，既要总结自己的经验，又要借鉴外国的立法，特别强调从实际出发，解决实际问题，这是起草《民法通则》的指导思想和原则。将这个原则具体落实在条文上，不是没有分歧。从整体上看，立法机关和实务部门注重实际较多，学者注重理论体系较多，对外国立法的借鉴更有不同的意见，由于时间紧迫，不能深入讨论，但是基本内容都达成了共识，以下举例说明。

（一）《民法通则》名称的确定

1985年6月，全国人大法工委召开的座谈会的名称是民法总则座谈会，在座谈和起草过程中，有了改变名称的建议，提出了民法通则、民法总纲、民法纲要三个名称，各有不同的理由，其共同点是内容要超出民法总则的范围，解决实践中需要解决的法律问题。当时作为民法组成部分的法律已经有《婚姻法》、《继承法》、《经济合同法》、《商标法》、《专利法》等，缺少的主要是民法总则、物权和关于侵权责任的立法，物权法的起草难以提到立法议程，于是就决定起草以总则内容为主，兼顾分则内容的《民法通则》。从《民法通则》的内容可以看出，突出了民法总则方面的规定，对民法分则的问题都涉及到了，但详略有很大不同。对物权和债权的主要问题作了简要的规定；将人身权单独规定一节，突出了对人身权的保护；民事责任一章突出的是侵权责任。另外，监护问题当时还没有法律，规定得就详细些；对知识

产权作了提示性规定。《民法通则》还规定，合法的借贷关系受法律保护，如此突出借贷关系，是因为实践中这方面的问题很突出。当时有法官建议简要规定借贷问题，即使规定一条，也便于最高人民法院依据《民法通则》作司法解释，使裁决借贷案件有法可依，《民法通则》第90条关于借贷的规定就是这样产生的。

《民法通则》的颁布，为民事司法提供了根本性的法律根据，为司法解释提供了法律依据。《民法通则》颁布后，经济体制改革有了进一步发展，1988年4月2日，最高人民法院发布了《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》，共200条。法官和学者简称其为“二百条”。

（二）民法调整对象的确定

关于民法的调整对象问题，在社会主义国家是法律部门划分的一个问题，所涉及的主要问题是，民法和经济法的界限如何确定，对这个问题前苏联学者经过长期争论，最后在1961年的《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》中明文规定了民法的调整对象。我国在改革开放不久就讨论民法的调整对象，接着发生了民法与经济法调整对象的争论，有不同观点和方案，主要分歧表现在被称为“大经济法”和“大民法”两种对立的主张，主张大经济法的理论上影响最大的是纵横统一说，该说认为经济管理关系（纵向经济关系）和企业之间的经济关系（横向经济关系）应当由经济法统一调整。主张大民法的理论上影响最大的是商品关系说，该说认为商品所有关系和商品交换关系应当由民法统一调整。《民法通则》起草时，肯定商品关系由民法调整无异议，不同的意见是，民法的调整对象是否仅限于商品关系。占主导地位的意见是基本参考《苏俄民法典》，财产关系以平等划线，人身关系限于用民法方法调整的人身关系，据此形成了《民法通则》第二条规定的：平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。这条规定和苏联民事立法纲要的表述和内涵都不同，该纲要和1964年的《苏俄民法典》前言的表述均为：“苏维埃民法调整在共产主义建设中因利用商品货币形式而产生的财产关系，以及与这些财产关系有关的人身非财产关系。”《苏俄民法典》第2条用4款规定民法典调整的关系，其中第3款、第4款两款规定，行政、税收、预算方面的财产关系和家庭关系、劳动关系、土地关系都不由民法调整。与《苏俄民法典》不同，《民法通则》包括了婚姻家庭关系、监护关系、土地关系、知识产权关系，但是对已经有单行法的，主要是提示性或者原则性的规定。

（三）法人原则上独立享有民事权利和承担民事义务

《民法通则》关于法人的规定和德国、前苏联等国家的规定不同。一是《民法通则》明确规定了法人应当具备的条件，而且规定的条件比较严格。规定法人应当“依法成立”，这个规定直接涉及私人经济组织能否取得法人资格，是个政策性问题，这样规定便于实践中根据情况灵活掌握。二是无限公司是否具有法人资格，对此外国法有不同的态度，起草过程中有不同的意见。《民法通则》第36条规定，法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。这条规定的基本精神是，法人原则上应当独立承担民事责任。在企业法人部分明文规定企业法人的条件之一是“能够独立承担民事责任”（第41条），又规定“法律另有规定的除。”（第48条），这样规定是留有灵活掌握的余地。

（四）《民法通则》用了民事法律行为和民事行为两个概念

《民法通则》中是否沿用传统的法律行为概念？对这个问题有三种意见：一是用法律行为，二是用民事法律行为，三是用民事行为。主张用民事法律行为的理由是，法理学上已经使用了法律行为概念，扩大了法律行为的内涵，用民事法律行为是为了与法理学上的法律行为相区别。另外，规定民事法律行为是合法行为，是为人们树立一个行为标准，这个标准体现在《民法通则》第55条规定的民事法律行为应当具备的条件。主张用民事行为的意思是用民事行为代替法律行为概念，民事行为与法律行为的内涵相同。用民事行为的理由有二：一是为了明确行为的民事性质，与行政行为相区别。二是为了避免传统民法理论上将法律行为归于合法行为，同时又将无效的法律行为归于法律行为的缺陷。后来在《民法通则》中采用了民事法律行为和民事行为两个概念。

（五）“与财产所有权有关的财产权”概念的提出

《民法通则》是否使用物权包括用益物权概念，起草时进行了讨论，学理上没有原则性分歧，对在《民法通则》中是否用物权概念作了斟酌，达成了共识。鉴于当时人们对物权概念比较生疏，担心为了物权概念问题影响《民法通则》通过，于是就有学者提出《民法通则》第五章第一节的标题定为：“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”。这是个立法技术问题，是特定历史条件下的概念，这也可以说是我国国情吧。

（六）国有企业经营权的确立

《民法通则》规定，全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产享有经营权，受法律保护。这条规定是实行经济体制改革，扩大企业经营自主权

的反映，改变了过去使用的经营管理权概念，去掉管理二字与是否具有质的差别。国有企业的经营权问题是民法问题，还是经济法问题，是民法与经济法的调整对象争论的问题之一。有的主张大经济法的学者认为，经营权不是平等主体之间的关系产生的，不是民事权利。还有学者说：国有企业姓“国”不姓“民”，经营权应当放在经济法中。主张大民法的学者认为经营权产生的根据和经营权本身不是同一个含义，经营权是民事权利，具有物权性质。有一次讨论《民法通则》修改稿时，有位学者强调说，我参加这次讨论会，就是为了坚持《民法通则》要有“经营权”这个概念来的。最后，立法机关采纳了民法学者的意见，落实在《民法通则》第82条。

（七）专节规定人身权

《民法通则》第5章为民事权利，其中第4节为人身权。起草时有学者提出，应当突出人身权，应当写具体些，理由是我们国家过去对人身权保护不够，发生过不少随意侵犯人身权的情况，大家都赞成这个意见。第4节有8个条文，应当说在当时条件下写的比较细致。在第6章民事责任“侵权的民事责任”一节，对侵害人身权的责任作了具体规定。

过去民法学界长期否定并批判西方国家的精神损害赔偿制度，在起草中对是否规定精神损害赔偿进行了讨论，主流观点是肯定的，但是在条文中没有直接用“精神损害赔偿”概念。《民法通则》第120条规定：公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。这里规定的赔偿损失包含了精神损害赔偿。

（八）专章规定民事责任

民事责任是否独立成章，有不同意见。反对独立成章的主要理由是，理论上不成体系，与整个民法不协调。赞成独立成章的主要理由，一是民事责任独立成章提高了民事责任的地位，有利于加强对民事权利的保护，人们也容易理解；二是责任与义务的性质不同，将责任独立出来理论上没有问题。在1985年12月的《民法通则》座谈会上，有的法官说法院很欢迎这一章，能解决实践中无法可依的问题。

这一章规定的违反合同的责任，不限于违反经济合同的责任，在内容上具有总括性，有的条文更能体现商品经济的要求。

在讨论民事责任时分歧较大的问题是，违约责任是否适用过错原则原则？一种意见认为，违约责任不适用过错责任原则，除了不可抗力以外，违约的都要承担责任。另一种意见认为，违约责任也适用过错责任原则。《民