

## 馬俊駒 「中国民法の現代化と中国と西洋の法文化の統合」

松 田 恵 美 子

### 緒言

始めに一言、西南財經大学法学院馬俊駒教授の論文を紹介することとした理由を述べておく。

二〇一九年二月六日(金)、名城大学法学部と清華大学法学院との交流活動二十周年を記念して講演会が催され、「社会の変化と民法」のテーマの下、清華大学法学院龍俊副教授の「民法典編纂の中の重大問題」と題する講演が行なわれた。まもなく公布されようとする民法典の編纂過程で議論の対象となった問題を取り上げており、中国の社会の変化に伴い、人々の生活に関わる如何なる問題が生じていたのかがよくわかり、興味深いものであった。

一方当日は名城大学法学会講演会として、東京大学名誉教授広渡清吾氏の「民法と市民社会——その現代的意義を考える——」も行なわれた(講演原稿に加筆補正したものが『名城法学』七〇・一、二〇二〇年に掲載されている)。「社会の変化と民法」を共通テーマとして、日中の民法学者が講演を行なったのである。双方に参加した学生と教員は、二重の興味深さを味わえたと思う。

加えて言うと龍俊副教授の講演は名城大学国際化推進センター・国際専門研修プログラムの法学部企画として行なわれたものであり、このプログラムとしては清華大学法学院院長申衛星教授の「中国の法学教育について」講演も行なわれた。こちらは演習形式であり、参加学生からの質問も多く、予想以上の盛り上がりであった。

さて申院長、龍副教授はいずれも民法学者であり、まもなく公布される予定の民法について語ってくれた。突然生じた新型コロナウイルス問題で全国人民代表大会の開催が延期され、公布が当初予定の三月から五月にずれ込んだ民法であるが、両名と話した身としては中国での民法への反応が気になるところである。

民法公布の前後中国の法学界では様々な論文が発表されており、それは実定法学者に限られず、法制史学者なども積極的に論文を発表している。例えば『中国法学』二〇二〇年第三期掲載の特集「中外法律史経験」は、四人の研究者が律を基本法典とする法体制や唐代の法や制度または古代の契約を題材としながら、現在の民事法に何らかの提言ができないか考察するものである。このことからその関心の高さが窺え、まさしく法学界全体の悲願達成の感を呈している。ここに紹介する馬俊駒「中国民法の現代化と中国と西洋の法文化の統合」（『中国法学』二〇二〇年第一期）は、今回の民法典公布までの経過が清末から概観でき、また法文化から民法を考えようとする特徴をもつ。そして民法典に掛ける期待の大きさ、中国法学界の熱気を知ることができるものである。

また広渡講演で改めて「市民社会」の意味が問われたことで、市民社会を前提とした時、民法の根本原理とは何なのかを意識せざるをえなくなるが、国家の体制が日本とは異なる中国において人々の生活実感から今回の民法典に大きな期待を寄せられていることを知るなら、何か考え込まれるものがある。

前置きが長くなったが、以下で馬論文を紹介してゆきたい（一）部分は紹介者が付け加えたものである。

## 一、清末から今日までの民法典の編纂

馬論文第一章「中国民法現代化の歴史的進展過程」に沿って、清末から今回の民法典編纂までの流れを辿ってみる。まず清朝の末期に「大清民律草案」が作られる。

一八四〇年の阿片戦争の後、西洋の民主政治と、平等、自由、権利という「個人本位」の法観念が持ち込まれ、そして清末には変法修律活動も生じる。この時に中国伝統の「諸法合体」、「民刑不分」、実体法と手続法の不分というようなこれまでの形式に替えて、西洋の大陸法系の立法モデルが採用され、民事立法の面では、中国最初の民法「大清民律草案」（財産法部分は日本法学者松岡義正が起草）が作られる。総則編、債権編、物権編、親属編（親族編）、継承編（相続編）の五編から成り、一五六九の条文をもつものであった。

また変法修律の過程で張之洞を代表とする「礼教派」と、沈家本を代表とする「法理派」の間で激しい論争が生じた。「礼教派」は「中学為体、西学為用」（中体西用）を主張し、「宗族主義」法律観を守ろうとしたが、「法理派」は「会通中西」（中国西洋双方勘案）の原理をとり、「個人本位」の国家主義を尊重しようとした。「法理派」は西洋の立法経験と立法技術を真似、法律の内容から立法の体系まですべて西洋に学ばねばならないと主張したのである（「日本法学者岡田朝太郎が起草した「大清刑律草案」を巡る論争、「礼法の争い」と呼ばれる）。

辛亥革命によって清朝が倒れた後（溥儀の退位は一九二二年二月二日）、北京政府の下で動きがあるが、これについては以下のように言う。

この時期には全国規模の民商事習慣調査運動が、十年近くにわたって展開された。この調査で得た民間の慣習内容は非常に豊富であり、これらの資料は立法に十分反映されたというわけではないが、以後の民商立法と司法裁判

活動に豊富な自国の財産を残した。

また民国初期に最高裁判機関であった大理院は、大清律民事有効部分を援用し「清末の「大清現行刑律」の民事有効部分」、また民事慣習を事件判決のために最も一般的な法源とみなして、「慣習法成立要件」の判例要旨を中心として、「慣習法承認規則」を生み出した。時代発展の趨勢に合致した民事慣習を「慣習法」に高め、強制遵守の効力を与えたのである。同時に大理院は具体的な裁判活動の中で、民事判例とその要旨集を通じて法創造機能も担った。

民国一五（一九二六）年には、修訂法律館（中華民国になり法典編纂会が清朝の修訂法律館の仕事を引き継ぐが、一九一四年に法律編査会となり、さらに一九一八年に改称）が「民律草案」を完成し、これを民律第二次草案と呼ぶ（継承編は一九二六年に完成だが、総則、債、物権、親属の四編は一九二五年完成、「第二次民律草案」、「民法第二次草案」とも呼ばれる、「大清民律草案」が第一次）。これは正式に公布施行には至らなかったが、司法部が各級法院に条理として適用せよと通達した。そのため法院が民事事件を審理する時には一定の規範作用をもった。

民国の「民律草案」は第二編の編名を債権編から債編に改めている。また固有の典権制度を法典に入れた（典は将来の返還を前提に、不動産に使用・収益を認めて対価を得る慣行）。家族法関連では、夫婦財産契約を認め、妻と娘の実質の意味での相続権を認める等した。

一九二八年一〇月からは、一応の国内統一を果たした国民政府の下での中華民国の時代が始まるが、その下での民法制定については以下のように述べる。

一九二九年一月に立法院が、傅秉常、史尚寬等五人から成る民法起草委員会を設立し、九カ月の間に、総則編、債編、物権編を完成し、立法機関の審議、採択を経て、次々と公布、施行した（編により公布や施行の年月日に若干違いがあり、一九三〇年五月五日には三編いずれも施行されている）。親属編と継承編は、立法院成立前に燕樹棠、

羅鼎によって初稿が完成していたが、各地の慣習との関係が大きいことから、詳細な調査研究と改正を経たうえで公布、施行した〔両編の公布は一九三〇年二月二六日、施行は一九三一年五月五日〕。これが中国で最初に公布、施行された民法典である。

そして馬論文では以下、一九四九年一〇月の中華人民共和国成立以降の民法典編纂の動きが述べられる。

### 1、新中国成立後の最初の民法典起草

一九五四年、中華人民共和国の最初の憲法が公布、施行され、民法典の起草作業も始まる。

一九五四年に全国人民代表大会常務委員会法制委员会主任の王明を長とした民法起草チームが結成される。幅広く民間の調査研究を展開し、革命根拠地の立法経験をとり込み、ソ連の民法典の立法モデルを参考にし、一九五六年一二月に新中国最初の民法草稿が完成する。草稿は第一編総則、第二編所有権、第三編債、第四編継承の四編から成り、五二五の条文をもった。

この草稿は全般的にソ連の立法原則と経験を受け継ぎ、その影響は主として三点に現われる。一つは、ローマ法の制度体系を尊重し、大陸民法法の伝統構造と基本概念を採用し、民商合一の体裁をとっていることである。二つ目は、公有制を主導的地位とすることを守り、民法が私法であることを否定し、ただ所有権編のみを設け、物権概念を放棄していることである。三つ目は、婚姻家庭と労働関係は民事関係ではなく、民法中に定めることはできないので、専門に法を設けるべきだと考えることである。

このような草稿が完成したのであるが、「反右派闘争」と「三面紅旗」（社会主義建設の三つの旗じるしが、総路線、大躍進、人民公社）という政治活動のために、この立法活動は中止のやむなきに至った。

### 2、新中国成立後二回目の民法典の起草

一九六二年に「調整、巩固、充実、提高」という国民経済の八文字方針の指導の下で、経済秩序の整理、法制観

念の強化がなされる。毛沢東は、刑法が必要だけでなく、民法も必要であるので、刑法、民法を作らねばならないとの指示を出す。

全国人民代表大会常務委員会は、中国社会科学院法学研究所長の孫亜明を長とした起草チームを作り、起草作業を開始した。

「階級闘争を要点とする」状況の下で起草作業が進められ、西洋の民法典は参考にできず、ソ連の民法典も否定された。国民党の六法全書は既に廃棄されている。そこで自己の経験を総括し、自身の立法モデルを作り出して、二年の努力を経て、新中国二番目の民法草案を作り上げた。草案は第一編総則、第二編財産の所有、第三編財産の移転の三編から成り、二六二の条文をもつものであった。

この草案は中国の当時の特色をもつ政治化した革命法典であり、それは以下に現われる。一つは、「三面紅旗を高く掲げよ」とか「政治工作はすべての経済工作の生命線」と定めるように、政治を第一としていること、二つ目は、計画経済を強調し、国家計画と関連する予算、税収、物資、労働給料報酬等の内容を民法に入れていること、三つ目は、構成を簡単にするため、資本主義を批判し、修正主義を防止するという政治的状況下にあつて、家庭法、相続法を切り捨てていること、四つ目は、法律概念を改め、法律用語に反対することから、自然人に替え個人、法人に替え単位を用い、契約に替え関係を用い（例えば売買契約ではなく売買関係）、物権、債権、権利、義務、法律行為、不法行為等の民法の基本概念は削除したことである。

この時の起草作業は社会主義教育運動のために中断される。そしてこの後は政治運動を重視し、法制建設を軽視する時期に入り、民法典の草案は放置された。そしてまた「文化大革命」によって、社会主義法制は全面的に破壊されてしまったのである。

### 3、新中国成立後の三回目の民法典の起草

一九七八年一二月、中国共産党第一期中央委員会第三回全体会議は作業重点を經濟建設に移し、社会主義法制を強化することを決定する。

一九七九年一月、全国人民代表大會常務委員會委員長兼常務委員會法制委員會主任の彭真が、楊秀峰と陶希晋を長として、法学専門家、学者、実務部門の作業員計三六人から成る民法起草チームを設ける。この時はソ連と東欧社会主義國の立法經驗を参考にするだけでなく、西側諸國の立法の形式を吸収するのみならず、台灣地区で適用されている「中華民國民法」も検討し、参考にした。

民法起草チームは三年の努力を経て、一九八二年五月に「民法草案（第四稿）」を完成した。草案は、民法の任務と基本原則、民事主体、財産所有權、合同（契約）、智力成果權、財産繼承權、民事責任、その他規定の八編から成り、条文数は四六五であった。

内容的にはかなり整ったものであったが、經濟体制改革が進行し、社会生活が變動しているまさにその時であったため、一度に完全な民法典を制定するのは難しいということになり、まず関連する民事單行法を制定し、条件が具わった時点で民法典を制定するとの立法方針がとられることになった。但しこの後の「民法通則」、「經濟合同法（經濟契約法）」、「涉外經濟法」、「專利法（特許法）」、「商標法」、「繼承法」等の民事單行法はこの草案の内容を吸収している。

### 4、「民法通則」の制定

一九八五年四月、全国人民代表大會常務委員會民法室は「民法草案（第四稿）」を基礎として「民法通則」を起草する作業に取りかかった。

一九八五年八月にできあがった「民法通則（討論稿）」は、民事權利と民事責任の章を加え、債權と知的財産權

の概念を使っている。また財産所有権とそれに関連する財産権を定めており、實際上物権の内容を認めている。そして各々の人身権を特別に定めるものであった。

「民法総則（討論稿）」が報告されると、彭真委員長はその名称を「民法通則」と定め、大規模な専門家座談会を開き、全国規模で意見を徴集した。民法室作業員は寄せられた意見に基づいて改正と補充を何度も行なった。

そして一九八六年四月一二日、第六期全国人民代表大会第四回会議に提出されて採択され、一九八七年一月一日より施行される。この「民法通則」は九章から成り、一五六の条文をもつ。民事主体、民事行為、民事権利、民事責任等について規定を設けている。「民法通則」は改革開放の中で民事關係を調整する基本法となった。「民法通則」は社会主義市場経済を建設し発展させる過程の中でさらなる改善が必要なものであったが、しかし後に制定する民法典のために、特に民法典の全体的な構造と主要な内容を構想するために貴重な経験を提供した。特に注目すべき四点を挙げる。

一つは、民事権利という章を設け、物権、債権、人身権、知的財産権という民事権利を定めたことである。これは幅広い権利保護を示すものである。特に人身権の規定は、人格の尊厳を尊重するということを示しており、後に民法典に人格権編を設けること及び身分権制度を改善するための基礎固めとなった。二つ目は、かなり整った法人制度を設けたことである。独立した主体を本位とする物質利益に対する保護を強調し、人民が積極的に物質的豊かさを創り出すことを奨励するもので、経済建設の発展の盛り上がりを大きく推進するものである。三つ目は、伝統的な民法の体裁を破り、不法行為責任を債権法から独立させたことである。民事権利に対する保護を強調し、民法典が債権総則を設けないとの可能性を生むものだった。民法の構造的体系を改善し、不法行為を發展させるという潮流に合うものである。四つ目は、ソ連や東欧法系の一般的なやり方を棄てたことである。婚姻家庭関係の内容を定めて、親族法を民法に再び入れるための条件を整えたのである。



## 5、新中国成立後の四回目の民法典の起草

一九九〇年代に世界規模で三回目の民法典編纂ブームが起こったことを背景に、我国の法学界では広く民法典の制定が主張され、国家の立法機関も積極的であった。一九九八年三月、全国人民代表大会常務委員会法制委員会は江平と王家福を長とする民法起草チームを成立させ、単行法を一つ一つ作った後に民法典にまとめるというやり方を決めたのである。

二〇〇二年の初めには、当時の全国人民代表大会常務委員会委員長李鵬が、九期人民代表大会の任期のうちに民法典を採択すべきだと提起した。法制委員会は梁慧星が責任者として起草した民法提案稿（総則、物権、債権総則、合同、侵權行為、親屬、繼承の七編から成る）と、王利明が責任者として起草した民法提案稿（総則、人格権、親屬、繼承、物権、債権、知識産権、侵權行為の七編から成る）という二つの法学の専門家による草案をたたき台にして（この他徐国棟が中心となった中南財經政法大学と厦門大学の民法教員による提案稿、即ち「綠色民法典」も重要）、さらに六人の法学専門家が民法典の総則と各編を各々起草するものとした（社会科学院梁慧星、中国人民大学王利明、中国社会科学院鄭成思、中国政法大学巫昌禎、元最高人民法院唐德華、元最高人民法院費宗禕の六人）。その草案は二〇〇二年四月初めに出来上がった。この時は同時に、法制委員会民法室も草案を完成している。この民法室の草案を基礎に、六人の専門家による草案を参考に、法制委員会が何度も検討を行なったうえで、この年の八月に作り上げたのが「中華人民共和國民法典（総括稿）」、即ち「新中国民法典草案（第五稿）」である。これは九編一二〇九条のものであり、二〇〇二年一月二三日に全国人民代表大会常務委員会に提出された。この時は広く社会の関心を引いた。

ところが学界の論争が大きかったことから、全国人民代表大会常務委員会はしばらく民法典の制定は据え置くこととし、元の単行立法を定めるという方針を復活させた。これまでに、一九八〇年代から我国は既に次々と「婚姻法」、

「繼承法」、「收養法（養子法）」、「担保法」、「合同法」の制定或いは改正を行っていたのである。そしてこの後も「物権法」と「侵權責任法（不法行為責任法）」を制定した。

この時期は我国の民事立法が大きく進展したと言えるが、しかし民事立法が市場経済と改革開放の展開に追いつかず、日々複雑になる経済社会生活の需要を満足することができなかつたとも言える。

## 6、新中国成立後の五回目の民法典の起草

二〇一四年、中国共産党第一八期中央委員会第四回全体会議が民法典の編纂を決定し、二〇一五年三月、全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会が二段階の編纂という考え方を明らかにした。つまりまず民法典総則を作り、それからその他の各編の内容を統合してゆくというものである。

二〇一七年三月一日、第二期全国人民代表大会第五回會議が「中華人民共和國民法総則」を採択した（二〇一七年一月一日施行）。この後は全国人民代表大会常務委員会とともに最高人民法院、最高人民檢察院、司法部、中国社会科学院、中国法学会という五つの民法典編纂作業に加わる組織が、民法典の各編の編纂作業に全力で取り組んだ。党中央の重要指示精神に基づき、何度も改正、改善を行ない、物権編、合同編、人格権編、婚姻家庭編、繼承編、侵權責任編という各編の草案を作ったのである。

二〇一八年八月二十七日、一つにまとめられて第二三期全国人民代表大会常務委員会第五回會議に提出され、初めての審議が行なわれた。二〇一八年二月からは、全国人民代表大会常務委員会が各編の草案について二回目、三回目の審議を行ない、ついに「民法典（草案）」を二〇二〇年三月の第一三期全国人民代表大会第三回會議に提出する予定となった（「馬論文は二〇二〇年二月掲載の論文である」）。

今回の民法典の編纂に見られた極立った特徴というのは、民法学者の広汎な参加があったことで、特に中青年層が法典の体裁構築に重要な作用を及ぼした。立法機関の開放的な態度が鋭い論戦も可能にしたのである。法典の体

裁について論争となったのは以下の点等である。一つは、民法典の編纂体系はどのモデルを採るかである。ローマ式か、ドイツ式かであるが、最終的にはドイツ式を採った。但し法典の中の「人の法」の地位は突出したものになっている。二つ目として、民法典はどのような構造とするかである。この問題に関わることはいろいろある。まず民商を分けるか、民商を統一するか。二として、物権法を制定するのか、財産法を制定するのか。三として、人格権法、不法行為責任法、担保法を独立した編とするのかどうか。四として、親族編と債権法総則を定める必要があるかどうか。五として、知的財産権法と涉外民事関係の適用規則を民法典に入れる必要があるかどうか。改革開放以来、民法学界が常に議論してきたのがこれらの問題と言え、またそのことが民商法学の研究と発展を後押ししたと言える。

## 二、中国法文化と西洋法文化の統合

以上見てきたように、清末から今回の民法典完成までを概観できるのが馬論文の前半である。後半は法文化に目を向けながら今求められていること、そしてそれと民法との関係について述べる。

第二章「中国民法現代化の進展過程からの啓発」では、現代のグローバル化の中で、中国も西洋と同じく市場経済を実行し、科学技術を重視して生産力を高めることになり、このため西洋と同様な民法典を定めることになる。工業生産力の向上に対応する法制は、農業生産力の下で育まれた中国の伝統法制とは矛盾するが、必要なのは西洋の民法文化と中国の伝統文化を統合することだと言う。そのために洋の東西を問わない法文化の中の普遍的な理性と価値観をみつけるべきで、儒家文化なら何でも復活せよと言うのではなく、西洋の民法文化を深く理解してこそ吸収や超越が可能になり、中国の実際につながり社会的な効果を生むと言う。西洋文化と中国の伝統文化を

統合してこそ、現代さらには未来にまで通用するものを生み出しようと繰り返し返す。

そして第三章「中国と西洋の法文化の統合」において、そのためには如何なる問題を考えるべきかを指摘する。

但しこの部分になると、指摘される問題は確かにもつともだと思ふ面があるが、あまりにも多くの検討すべき課題が関連してくるため、すぐに読み手の方から何かの意見を述べることもできないように思う。とりわけ民法の規定と関係する箇所についてはそうである。そのためここでは第三章に法文化との関係で挙げられた五つの問題について、極簡単に共感を覚える点を紹介するに止めたい。その五つとは（一）性善と性悪、（二）全体と個人、（三）契約と身分、（四）人情と法律、（五）社会の転換と伝統的美徳である。

#### （一）、性善と性悪

馬論文は中国と西洋は人文哲学上異なる文化体系にあるとして、中国では儒家の性善論が「教化」の作用を重視し、伝統的な統治は「教」であって「法」ではなく、「徳治」であって「法治」ではないが、西洋文化では性悪論を法治思想の理論的基礎とし、法律で社会を統治するとともに、国家を管理し、民主型法治を現代法治の基本様式とするとの対比をなす。但しこの二つは出発点は異なるが、統治ということを目標にしていることでは一致するとする。

また儒家思想との関連で以下のように言う。「人性」を善と考えるなら、その善良なる本性は常なる教化によって保たれる。また「人性」を悪と考えるなら、悪を防ぐためにまた善に向かわせるために教化が必要である。この点からすれば「人性」を善と捉えようと、悪と捉えようと「教化」を重視する点は同じになる。但し人性は悪との認識から出発すると悪を防ぐために、法律が人の行為に対する規範であることと公権力に対する制約であることを重視することになり、法治の体系が作られる。人性は善とする立場からは徳による教化が重視されるため、人の内在的精神と自由の養成に有利であるが、しかし外在的な制約メカニズムを欠いているので、「君子」や「聖人」は容易には生み出せず理想で終わってしまう。こうしてやはり良い社会秩序を作り上げるには道徳的教化と、法律の

規制の双方が必要だとするのである。

そして馬論文は、さらには以上の点から民法を考えようとする。

## (二)、全体と個人

馬論文は張生「社会秩序の角度から読む中国の『古代民法』」（王利民編『伝統民法文化と中国民法典を論ず』法律出版社、二〇一五年）より、「中国古代は国家主導型の集団社会である」という一文を引用する。そしてこのことは、秦王朝以来の皇帝を頂点とし国家権力が隅隅まで至り、国家や集団の利益が至上である全体主義と、家族を基礎とする伝統文化に現われるとする。この全体主義は中国の統一を継続させ、安定した秩序システムを形成させたのであるが、しかしその一方で個人の自由と発展を制限することになったとする。

また個人主義は自由主義、理性主義と緊密に関わるとする。理性を最高の権威と考えるなら、理性ある人は自己の意思に基づき行動するので、その人は本質的に自由、平等であるべきで、如何なる人も平等に機会を得るなら自己に最も有利な行為を選択する。経済関係の中でも理性的な人は、市場の要求に基づいて自己の経済行為を確定し、そして求める利益の最大化を実現できるのである。しかしこのように言う一方で馬論文は、個人主義はその理論の基礎となっているのは理性という仮定に基づいているだけなので、極端な効率主義と個人主義の氾濫という問題を内蔵するとする。そして個人主義は社会の富に対する個人の独占欲を促し、また社会の生産効率を高めるとはいえ人間の互恵、互助の精神を薄めてしまうとする。

そしてこのような問題を解決するために個人と集団の関係を検討し、人は社会、集団の中に入ってこそより良く生存発展できると認識して、個人主義と全体主義を統合する必要があるとする。さらに民法がこの二つの対立観念を如何に統一するのか、という点についても述べるのである。

## (三)、契約と身分

ここでいう「身分」との表現はメインの「身分から契約へ」を意識して用いているのだが、馬論文は伝統的な契約理論は人格の平等と自由な競争を尊重し、市場取引の自然秩序を強調するとし、また人は理性的に、自己の意思に基づいて契約関係を結び、自己の財産を処分すると考えたとする。しかしこの契約理論は、私法関係のすべての要素を含むことのできるものではなかったと言う。

この点と絡んで近代私法は三つの基本的な仮定を含んでいるとする。つまり人は皆「強く」、「賢い」ということと、人は独立し、自由な状態にあるということと、人は安定した危険のない理想的社会で生活しているということである。そしてこの仮定のために、人と人の間の差異が蓋い隠され、人が抑圧を受ける社会的存在であることを無視し、人が受ける社会構造的影響を否定することになると言う。但しこのような弊害に対しては今や人に対する認識には変化が起き、完全に理性的とする仮定から、理性は制限的に捉えられるようになったとする。

このようなことから、現代は「合理的な差異という対応」が法律の実質的正義を量る重要な基準となり、「社会的弱者」という概念も一般的に認められるようになったとする。そしてこの点から一定の対象に対して保護を図ることを、身分に応じた保護とするのが馬論文であるのだが、この問題をさらに民法との関連でも述べている。

## (四)、人情と法律

馬論文は、人情の重要内容は感情の存在と表出であるが、伝統的な法学理論においては、法律と感情は二つの相互に独立した知識体系であって、法律は非情緒化した形式理性であり、感情は非理性的に感受されるものとして法律の実施には克服すべき障害となるとする。しかしこの考え方に次第に異論が唱えられるようになり、二〇〇〇年代に入ると、西洋の法学界も法律と感情の関係について再考するようになったとし、近年では法学者は社会学、心理学、神経科学、人工知能科学等の研究成果の助けを借りて、ますます感情と法律理性は相容れないものではなく、

感情は理性を表面化し、理性のために働くこと認識するようになったとする。

この点から馬論文は、感情、理念、法律いずれも考慮されるべきであり、「情に適い、理に適い、法に適う」という「情理法」の統一が必要になるというわけだが、実はこれは中国の伝統法が求めた理想モデルであるとする。そして「情」は総合的意味の人情、「理」は天の意志という本然の性、「法」は礼と相まって国を治める本となるものなので、法律は天理に合致し、人情に適ってこそ、誠実さと素朴さに満ちた社会を育て、社会秩序の安定を助けることができるとする。

以上のように述べ、民法総則で民事責任を負う方式の一つに「賠礼道歉（過ちを詫びる）」を定めることを挙げるなどして、民法が感情とどのような関係にあるかに言及しようとする。

#### (五)、社会の転換と伝統的美徳

この箇所からは現代の中国社会に対する筆者の危機感が切実に感じられる。馬論文は、社会の転換の中で、道徳は退化し、法治は停滞し、経済発展に内在する矛盾は日増しに顕在化すると言う。そしてその対応策として中国伝統の徳治を法治とともに堅持すべきだと言う。法律と道徳が相助け合うわけだが、そのために中国の伝統の道徳というものを如何に扱うかという問題が生ずる。

但し伝統の道徳は、宗という親族集団の中や地縁関係の中のような限られた空間のものであり、また自給自足の自然経済の中でのものであるので、単純に論ぜられるものではない点は断わられている。そのうえで今日なお、さらに将来にわたって普遍的価値をもつ伝統的な倫理道徳に着目する。例えば「五常」||「仁義礼智信」などは、時代を超える普遍的価値ももっているとする。

馬論文は梁慧星「近代民法から現代民法へ」（『中外法学』一九九七年二期）で言う「近代民法の基礎となる二つの基本判断、いわゆる平等性と交換性は既に失われ、重大な二極分化と対立が生まれた」段階に、中国は改革開放

後瞬く間に入ったとする。そして市場経済と外来文化が結びつき、原子のような個人から成る社会が無限に拡大し、個人の権利が社会の利益と懸け離れたことが、個人の私利の膨張、誠実な品格の失遂、拜金主義と利己主義の蔓延をもたらしたのであり、中国の伝統的美徳と価値体系、また社会正義は脅かされることになったとする。そしてこの問題の克服の役割を民法に期待する。財産所有権を保護するとともに、財産所有権の社会性を認めることから、信義誠実と権利濫用禁止の原則によつて財産所有権行使に制限をかけることや、私的自治や契約自由を尊重すると同時に、公序良俗と信義誠実の原則により制限をかけるという場合の、公序良俗・信義誠実・権利濫用禁止の原則を伝統的美徳との関係から考えるのである。そしてさらに伝統的美徳と結びつく民法の内容を挙げる。

以上、人を尊重し、権利を明確化するだけでなく、社会公益を尊重し、社会公德も高揚するという現代に求められる中国民法の実現には、中国と西洋の法文化の統合が鍵となるとする馬論文を紹介した。