



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

合同与借贷担保卷

Volume of Contract and Loan Guarantee Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



全国专家型法官 司法意见精粹



合同与借贷担保卷

Volume of Contract and Loan Guarantee Law

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

全国专家型法官司法意见精粹·合同与借贷担保卷 /
国家法官学院编. —北京: 中国法制出版社, 2017. 3
ISBN 978 - 7 - 5093 - 7786 - 4

I. ①全… II. ①国… III. ①合同法 - 研究 - 中国②
担保法 - 研究 - 中国 IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 046478 号

责任编辑: 任乐乐 (lele_juris@163.com)

封面设计: 李 宁

全国专家型法官司法意见精粹·合同与借贷担保卷

QUANGUO ZHUANJIAXING FAGUAN SIFA YIJIAN JINGCUI · HETONG YU JIEDAIDANBAO JUAN

编者/国家法官学院

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 毫米 × 1030 毫米 16 开

版次/2017 年 3 月第 1 版

印张/27.25 字数/384 千

2017 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7786 - 4

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033296

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66071862

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

主 编 曹士兵 国家法官学院副院长
副 主 编 关 毅 国家法官学院科研部主任
刘 畅 国家法官学院科研部副主任
主编助理 边疆戈 国家法官学院科研部编辑
苏 烽 国家法官学院科研部编辑

编辑人员名单（按姓氏笔画为序）

边疆戈 关 毅 刘 畅 苏 烽 胡田野
曹士兵 谭 红

序 言

司法正义是现代文明社会的重要指标，正义是抽象的，存在于每个人的心中，而感知正义的最好途径是通过法官在每一件具体案件中的裁决。法官作为裁判者，社会期望法官具有良好的司法能力，衡量法官司法能力的途径之一就是看其适用法律、解释法律、表达法律思想的审判实践与法学理论相结合的学术作品。

国家法官学院作为最高人民法院的教育培训与应用法学研究基地，探索如何尽快提高和加强法官的司法能力一直是我们的工作重点。为加强法院系统的学术研究氛围，提高法官业务素质，最高人民法院于1989年举办了全国法院系统首届学术讨论会并进行优秀论文评选。自此，全国法院系统逐渐兴起了注重司法审判问题研究、注重法学理论与审判实践相结合的实证研究之风，涌现出越来越多的学者型法官。经过近三十年的耕耘，全国法官的业务水平在整体上已经有了显著的提高，全国法院学术讨论会的影响和规模也日渐兴盛，成为中国司法领域享誉盛誉的学术品牌。作为法院系统内每年最重要的一次学术实力的评比，各级法院都十分重视，不断规范组织程序，完善学术研究机制，每一篇论文从选题、调研，收集资料、研究分析，到最后写作、修改，都经过了逐级审核评比。在此展现给大家的成果都是经过层层筛选后脱颖而出的，其中不乏获得一、二等奖的佳作。这些论文要么在司法理论上具有独到新颖的见解，要么在审判实务中具有指导意义和实践价值。

每年在全国法院系统选送的1600余篇论文中，能够获得一、二等奖并被收入论文集正式出版的，只占其中的十分之一，还有很多优秀论文，由于篇幅限制或主题相近等原因未能入选，但是同样具有相当高的理论水平和实际应用价值。

作为全国法院学术讨论会的承办单位之一，国家法官学院有责任和义务

在加强法官教育培训和审判实务研究的同时，为全国的学者型法官搭建一个展示自己的平台，将他们的科研成果转化为指导法官办案的理论工具和经验参考，转化为法律教学的教材和资料，真正体现科研就是生产力的宗旨。

为促进全国法院学术讨论会论文成果的转化和应用，进一步推动全国法院司法审判理论和实证研究工作的新发展，全国法院学术讨论组织委员会办公室自2013年始决定将学术讨论会征集到的部分优秀论文不定期地分专题结集出版，丛书定名为《全国专家型法官司法意见精粹》。出版本丛书的宗旨和定位是进一步展现全国法院系统的学术研究新成果，力求从实务的角度及时向司法人员提供更多更有效的裁判思路和法律适用方法，向从事法律教学的人员提供更丰富更有益的实证材料。

展现在读者眼前的这套丛书正是国家法官学院近年来加强司法实证研究，将更多的理论研究成果应用于审判实践的一项有益尝试。本丛书已出版八个分册，分别为：《侵权赔偿卷》《婚姻家庭卷》《合同与担保卷》《公司与金融卷》《土地与房产卷》《刑事证据卷》《未成年人犯罪卷》《新型盗窃罪与量刑制度卷》。今年再继续出版《侵权赔偿卷》《婚姻家庭与继承卷》《合同与借贷担保卷》《公司与金融卷》，并新增一个分册：《行政与国家赔偿卷》。各分册所收录的内容都是法院系统最新的研究成果，及时反映年度审判实践的热点议题和司法观点。

我们坚持走中国特色社会主义法治道路，加快构建中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家，就要在具体的司法保障环节牢固树立宪法法律权威，在司法体制改革和司法审判技能上提出更高的标准和要求，让每个公民都能在具体的案件中体会到公正司法与司法公信力的真实存在。司法作为一门实践的艺术，需要更多从实践中产生并能指导实践的具有可操作性的理论工具，仅仅就理论而论理不能体现法院系统学术研究的特点和价值。可以说，本丛书辑录的论文的最大特点就是理论联系实践。相信本丛书的出版会满足广大司法研修者对法官如何办案、法学理论是如何运用到审判实践中的好奇，让更多的人了解法院和法官的工作，让司法公开、司法为民得到更具体的体现。同时，本丛书作为全国法院系统学术讨论会成果转化的重要形式，也是一次尝试，真诚希望得到广大读者的指正，我们将不懈努力，不断为大家贡献新的成果。

目 录

Contents

一、合同总则

“利益衡量分步论证法”在合同效力认定中的运用	1
“众筹平台”的合同法权利义务架构	16
违反合同保护义务的民事责任	29
违反合同附随义务的归责原则辨析	40
“继续履行”判决的执行之惑及完善进路	51
履行迟延下同时履行抗辩权的适用	63
无权处分合同的效力及其司法效果	73
我国第三人利益合同制度的构建	83
预约合同的出路	99
论合同司法解除的路径选择	116
合同解除异议权性质的厘清与定位	129
合同解除异议期间制度的适用	141
违约方的合同解除权及其行使的边界	153

违约金条款独立性的司法适用及其立法完善	160
“继续履行”违约责任方式的法律适用	170

二、合同分则

保理合同纠纷案件审理“无法可依”困境之破解	184
“一房数卖”合同履行顺位之确定	196
借名登记的房屋权属认定	207
高息借贷引发的以房抵债合同效力认定	223
未经“民主议定”程序签订的土地对外承包合同效力辨析	236
限制交易规则为何失灵	247
财产保险合同纠纷索赔权主体之反思与重塑	258
保险合同不利解释原则之司法适用	271
建筑公司项目部对外签订合同之效力认定及法律责任承担	282
实际施工人向发包人主张权利的法律适用与完善	296
新时期房地产居间合同双方利益博弈焦点的实证考察	307
物业服务合同履行的相关法律问题研究	321

三、借贷担保

不动产抵押物转让规则之检讨与构建	329
担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策	341

后让与担保：一种新型担保物权的实务处理与制度构造	353
独立性原则在独立保函纠纷审理中的守与变	363
混合共同担保人内部责任的分担	375
混合共同担保之内部追偿权分析及裁判路径展开	387
动产“动态质押+第三人监管”模式下权利冲突的解决路径	398
破产清算中担保物权实现的限制	414

一、合同总则

“利益衡量分步论证法”在合同效力认定中的运用

【司法精要】

现代立法在兼顾“自治”与“管制”的目标下，日益呈现公法与私法的交融。公法中的强制性规定代表着国家管制，在合同效力认定制度中，强制性规定通过《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第52条第5项的转介，成为国家对当事人意思自治的评价标准。我国素来缺乏私法传统和市民社会的生成环境，国家管制相对严苛。为了调和国家干预与私法自治之间的紧张关系，我国在《合同法》第52条第5项规定的基础上逐渐通过司法解释，将合同无效认定标准限缩于“效力性强制规定”以维护合同自由和交易安全。然而这种“限缩型合同效力认定模式”因标准模糊无法消除审判实务中的种种困惑。反思之余，笔者通过借鉴域外理论和实证分析，提出效力认定应从形式标准转向“利益衡量”的实质标准，并提出了效力认定的具体证成路径，即“利益衡量分步论证法”，从合同所处的阶段区分、正当性考量、必要性分析三个层面依次进行，并在每一层面设置具体考量因素，使效力识别路径更清晰、更具有操作性和实践价值。

“强制性规定是国家行政权力透过法律干预经济、社会秩序的表现形式，它多规定于公法中”，^①我国《合同法》第52条第5项规定了“违反法律、行政法规的

^① 苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第33页。

强制性规定，合同无效”，这就为强制性规定进入私法领域提供了畅通无阻的通道。于是，“公法中的强制性规范犹如躲在木马里的雄兵一样涌入特洛伊城，摇身一变成为民事规范，私法自治的空间随着国家管制强度的增减而上下调整”。^① 意思自治是私法领域的核心理念，强制性规定在多大程度内得以介入私法领域的问题，在民商事领域往往演绎成个案的合同效力之争，我国现行法律、行政法规中大量的强制性规定，更加大了合同效力的甄别难度。如何妥善考量国家管制与意思自治的轻重，合理寻求公共利益与私人利益的平衡，对案结事了往往具有举足轻重的作用，因此，违反强制性规定的合同效力判断问题，在审判实践中具有重大研究意义。

一、案例管窥：合同效力认定相左于无效与有效之间

【案例一】A 村委会将讼争房屋转让给黄某。黄某于 1997 年将该房屋转让给翁某（居民）。之后，翁某一房二卖将讼争房屋分别转让给陈某和杨某（均为居民）。2000 年，陈某以翁某为被告向法院提起诉讼，要求确认其与翁某的房屋买卖合同有效，法院判决不予支持，认定房屋买卖合同无效。讼争房屋一直由杨某占有、使用。2008 年，杨某及其配偶将讼争房屋以 45 万元转让给石某（A 村村民），并收取了转让款。后翁某多次因讼争房屋与石某发生纠纷，石某诉至法院要求确认其与杨某的房屋买卖合同有效，法院判决确认合同有效后，翁某不断信访并申请再审，法院再审确认合同无效。历次判决情况见表一。

表一：历次判决情况

不同时期的判决	判决结果	判决理由	适用法律
2000 年的判决	无效	未取得房屋产权证书、无权处分	《中华人民共和国城市房地产管理法》
2012 年原审判决	有效	买受人为本村村民且居住在讼争房屋多年、已支付对价、合同已履行、善意取得	《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 3 条 ^②
2013 年再审判决	无效	不符合农村房屋转让的特殊要件，如卖方当事人不是村集体成员、转让也未经集体组织同意	《中华人民共和国土地管理法》、《中华人民共和国物权法》及国家政策精神

^① 苏永钦：“私法自治中的国家强制”，载《中外法学》2001 年第 1 期。

^② 该条规定：当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

【案例二】2013年3月，被告彩印公司分九次向原告塑胶公司购买CPP薄膜。经结算，彩印公司确认欠款金额55688元。之后，下游公司因使用彩印公司生产的食品包装袋，被工商行政部门以“使用未标明生产许可证的CPP薄膜作为食品包装袋，违反《中华人民共和国工业产品生产许可证管理条例》（以下简称《条例》）第5条的规定”为由予以处罚。针对塑胶公司要求还款的诉求，彩印公司以买卖合同违反《条例》规定为由，辩称合同无效并要求退货。

一审法院以塑胶公司生产、销售未取得生产许可证的CPP薄膜，违反行政法规的强制性规定^①为由，认定双方买卖合同无效。二审法院认为，塑胶公司生产的CPP薄膜为通用产品，而《条例》规范的是食品包装，双方买卖合同有效，改判支持塑胶公司要求归还货款的诉讼请求。

上述案例反映了合同效力认定在不同时期、不同法官、不同审级之间的分歧。为了研究合同效力的裁判情况，笔者查阅了所在地省法院从2009年至2013年发改案件和申诉复查案件的通报，发现不同审级法院意见相左的现象并不少见^②。合同纠纷的处理是以对合同效力的妥当认定为基点的，效力认定的大相径庭严重影响了司法公信，也无法为人们提供稳定的行为预测。上述现象折射了法官在违反强制性规范的效力认定上面临的种种挑战和困境。

（一）立法变迁考验裁判理念

从《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第58条的“违法即无效”到合同法及司法解释的层层限缩，合同效力认定在立法理念上可谓“峰回路转”（详见表二）。然而不同时期颁布的法律、法规仍然充斥着大量的强制性规定，法官在个案中认定合同无效似乎更有依据，而认定有效却无据可查。在纷繁复杂的强制性规定中，法官如何才能保持正确的理念和清醒的立场？

① 《条例》第5条规定：“任何企业未取得生产许可证不得生产列入目录的产品。任何单位和个人不得销售或者在经营活动中使用未取得生产许可证的列入目录的产品。”

② 共17份通报，涉及合同效力认定被发改或再审的案件通报8份，约占50%。

表二：立法、司法解释变迁图解

法律、司法解释	实施年限	条款序号	规定内容
《民法通则》	1984.4	第58条第5项	违反法律或社会公共利益的民事行为无效
《合同法》	1999.1	第52条第5项	违反法律、行政法规的强制性规定，合同无效
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法解释（一）》）	1999.12	第4条	合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释（二）》）	2009.5	第14条	“强制性规定”是指效力性强制性规定

（二）标准模糊考验裁判智慧

我国现有立法的初衷在于为法官提供有效的裁判指引，然而，何为强制性规定？如何准确区分效力性强制性规定和管理性强制性规定？立法并未提供明晰的适用标准，正如有的学者所说“合同法解释（二）上的效力性强制性规定虽然意在限缩违法合同的无效圈，但实际上却成了一道困扰法官的难题。”^①

（三）程序设计考验裁判应对

合同效力问题堪称合同类民商事审判之先决问题，合同效力悬而未决则后续裁判难以为继，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第35条的规定，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致时，法官应对合同效力作出判断并向当事人释明。个案审理中，由于合同效力的认定难度，法官未予释明、释明不当的现象时有发生，这些程序问题往往成为案件被发回或改判的主要原因。是否存在较为稳妥且可操作性强的效力认定路径呢？

^① 黄忠：《违法合同效力论》，法律出版社2010年版，序一部分，第1页。

(四) 涉诉信访考验裁判精力

近年来,随着经济转型、社会转轨,各类矛盾凸显,法院对新类型案件合同效力认定的裁判标准往往难有共识。因土地、房屋价值飞涨而引发的合同效力之争更加频繁,重大经济利益面前当事人矛盾尖锐,而涉诉信访体制下法官面临的非难甚多,超负荷心理压力使法官不得不追求“社会效果”,信访压力在不知不觉中成为合同效力认定看不见的指挥棒。当事人意思自治与国家管制冲突如何衡平?

二、多维解读:合同效力认定模式之反思与借鉴

我国违反强制性规定的合同效力认定制度经历了从严格管制到日益尊重私法自治的过程,其所倡导的审慎认定合同无效、维护交易安全的理念在实务中也非同凡响,然而囿于概念的不确定性及理论的可责难性,该模式难以廓清审判实务中的种种迷惘,以至有学者认为“法官有点像在度量衡发明以前的市场肉贩,只能用手掂掂案件的分量,凭经验就作了要不要让该管制法规介入此一私法关系的综合判断”^①。

(一) 现有“限缩型合同效力认定模式”的缺陷分析

虽然《合同法》第52条第5项这一“转介条款”^②在审判实践中适用率极高,但其表述简略,既无独立的规范内涵^③,也无构成要件,仅仅为法官处理违法行为提供指引,由法官根据强制性规范的内容去判别某一法律行为是否违反效力性规定而应归于无效。而强制性规范,则是立法者以“应当”“禁止”“必须”和“不得”等词语的运用来“引导和规范人们必须为一定行为和禁止为一定行为”。^④但强制性规范外延开放,且多数并未直接指明违法后果。因此,立法试图以“区分法”和“位阶论”共同构筑的“限缩型合同效力认定模式”在提供公式化指引的

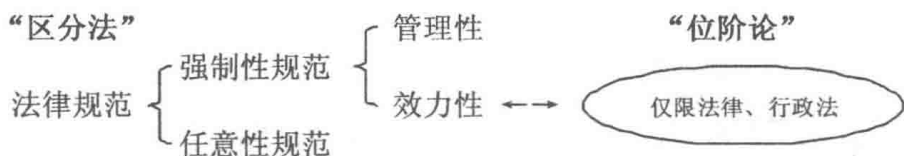
① 苏永钦:“以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的介绍和操作建议”,载《人大法律评论》2010年卷,第9页。

② 苏永钦:“以公法规范控制私法契约——两岸转介条款的介绍和操作建议”,载《人大法律评论》2010年卷,第3页。

③ 黄忠:《违法合同效力论》,法律出版社2010年版,序一部分,第10~11页。

④ 许翠霞:“违反强制性规定的合同效力研究”,中国政法大学博士学位论文(2007年)。

同时也带来了新的困惑，表现在：



1. “区分法”与学理通说相异。通说一般将强行性规范作为上位概念，涵摄强制性规范和禁止性规范，对禁止性规范再根据否定性评价的不同，区分为效力规范与取缔规范^①。而现有立法将法律规范分为强制性规范和任意性规范，既缩小了法律规范的外延，也导致划分结果的不全面^②。且从强制性规范中细分出的“效力性强制性规定”并非耳熟能详的明确法律概念^③，以其作为违法合同效力判断标准，必定留给当事人概念纠缠和法官自由裁量的不小空间。^④

2. 效力性或管理性规定在立法上并非泾渭分明，在实务中更是无法预先识别，法官只能待判断结束后，才能反过来确定规范的性质。且在现行合同法体系内，违反管理性规定也可能导致合同无效。但“区分法”在一定程度上却可能“诱生法官思维中的反对解释即违反取缔性规范的合同有效或取缔性规范不应作为合同效力的判断依据”。^⑤ 最高人民法院也发现了该技术缺陷，因此，在2009年下发的《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第15条中指出，“注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力”。

3. 《合同法解释（一）》第4条明确规定只有全国人大及其常委会制定的法律

① 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第330页；王利明：《民法总论》，中国人民大学出版社2003年版，第531页。学理上多将管理性规定表述为取缔规范。

② 有学者认为，以规范的效力为标准，民法规范应当分为五种类型：任意性规范、授权一方当事人的规范、授权特定第三人的规范、半强制性规范和强制性规范，以恢复民法规范多元的本来面目。参见钟瑞栋：“民法中的强制性规范”，厦门大学博士学位论文（2007年）。

③ 钟瑞栋：“民法中的强制性规范”，厦门大学博士学位论文（2007年）。

④ 杨日洪：“省思与开新：违法合同效力判别路径之考——裁判方法补给的视角”，载《法治研究》2012年第3期。

⑤ 杨日洪：“省思与开新：违法合同效力判别路径之考——裁判方法补给的视角”，载《法治研究》2012年第3期。

或国务院制定的行政法规才能作为判定合同无效的依据,亦即提高了法院据以认定合同效力的法律规范的位阶。^① 据此,国家政策、部门规章及地方性法规等将不得作为合同无效的判定依据,这种做法初衷不错却非一劳永逸,事实上将可能使地方性法规和部门规章等成为一纸空文。而司法实践中部分案件“采纳”部门规章及地方性法规的做法^②虽然衡平了该规定的偏颇,却可能招致当事人对裁判违反司法解释规定的质疑。

诚如边沁所说“要理解法律,特别要理解法律的缺陷”,缘于立法的技术难题,“限缩型效力认定模式”无法为审判实践提供明晰的判断标准,因此,简单地套用“区分法”或“位阶论”将可能使我们深陷“以问答问”的公式困境,而单纯权威式地宣称某一规范为管理性或效力性规范则因语焉不详,说理贫乏,无法令人信服。

(二) 从形式标准转向实质标准的域外借鉴

我国合同效力立法在一定程度上借鉴了德、日等大陆法系国家的规定,但《德国民法典》第134条的规定^③所确立的“原则无效而例外有效”规则在实务中也曾倍受质疑。在经历了漫长的理论探索,利益衡量论在德国应运而生,^④继而,美国社会学法学利益衡量论、日本民法的利益衡量论逐渐兴起,这些理论均为上述各国在调和国家干预与私法自治之间的紧张关系,妥善认定合同效力方面,开启了全新的法律方法,值得我国借鉴。

① 许翠霞:“违反强制性规定的合同效力研究”,中国政法大学博士学位论文(2007年)。

② 如最高人民法院在审理“银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部与湖北武汉证券有限公司硃口营业部返还不当得利纠纷上诉案”时,即以讼争的三份有偿证券回购交易成交合同违反了中国人民银行发布的《信贷资金管理暂行办法》关于证券交易必须有足额的实物券的规定为依据,认定该合同无效。

③ 该条规定:除基于法律发生其他效果外,违反法律禁止规定的法律行为无效。《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社2006年版。

④ 利益衡量论主张利益是法律之源、强调法官要分析法律规范所面临的利益冲突、探究立法者所欲促成或协调的利益来实现利益平衡与调整利益冲突。“它上承耶林的目的法学,中接庞德的社会工程(社会利益)法学和日本的利益衡量理论,下启以价值取向为思考中心的评价法学。它以概念主义和机械法学的对立面出场,推动并完成了法学方法论上的‘概念/机械法学—利益法学—评价法学’这一哥白尼式的转变。”参见陈林林:“方法论上之盲目飞行—利益法学方法之评析”,载《浙江社会科学》2004年第5期。

1. 德国：赫克“利益衡量论”和“最小工具原则”

利益衡量论是赫克所创，该理论“一方面承认成文法存在漏洞，须由法官充任立法者的助手，补充法律漏洞；另一方面又认为……应就现存实证法详加研究，以把握立法者所重视的利益，加以衡量判断，因此称为利益法学。”^①而德国实务界在审查强制性规范的意旨时，发展出的“最小工具原则”，强调分析合同所体现的法益、自由价值与强制性规范所保护的法益之间的比例关系，如果违反强制性规定将导致规范意旨无法实现时，一般认定合同无效；如果强制性规定的违反仍可以实现规范意旨，就不能直接认定合同无效。

2. 美国：庞德“利益衡量论”和公共政策考量

庞德在其社会法学思想中，将利益分为个人利益、公共利益和社会利益，并强调社会利益的重要性；主张在利益衡量的基础上，以最小的成本消耗获得最大的社会利益。在该理论影响下，美国《第二次合同法重述》倡导在个案中进行具体利益衡量并规定在合同不具有强制执行力时的缓和和技术，尽量使合同具有强制执行力，以最大限度地平衡私人自治与国家强制。实务界则以公共政策为考量，认为强制性规定事实上都体现和贯彻了一定的公共政策，因此，只有合同违反公共政策才能成为法院拒绝强制执行合同的真正理由。

3. 日本：“综合判断论”和“基本权保护义务论”

日本的利益衡量论学说丰富，综合判断论的代表人物末弘严太郎教授强调，法院应当衡量无效判定后给当事人的利益所带来的影响和所实现的公益价值，“过分强调保护公共利益而在当事人间产生严重的不公，不是私法法院应有的态度。”^②山本教授的“基本权保护义务论”则通过分析宪法和私法之间的内涵关系重新解构取缔法规^③，指出国家制定取缔法规的目的即是需要法院在司法活动中遵循比例原则、适用公序良俗等原则性条款，规制当事人的意思表示及行为，以实现法律作为保障公民基本权益的内在旨趣。

在法律方法上，各国逐渐放弃对形式标准的寻求而转为对实质标准的把握，这种转变得益于西方社会深厚的私法传统和法学理论研究，在私法优位主义和利益衡

① 梁慧星：“20世纪民法学思潮回顾”，载《中国社会科学院研究生院学报》1995年第1期。

② 解亘：“论违反强制性规定契约之效力”，载《中外法学》2003年第1期。

③ 周效宇：“论违反强制性规定合同之效力”，吉林大学博士学位论文（2013年）。