



法律与诉讼仲裁实务丛书



CNARB

中国仲裁在线

WWW.CNARB.COM

担保法律与 诉讼仲裁实务

林一飞 主编



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

法律与诉讼仲裁实务丛书

担保法律与诉讼 仲裁实务

主 编 林一飞

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

担保法律与诉讼仲裁实务 / 林一飞主编. —北京:
对外经济贸易大学出版社, 2010
(法律与诉讼仲裁实务丛书)
ISBN 978-7-81134-873-6

I. ①担… II. ①林… III. ①担保法 - 研究 - 中国②
诉讼法 - 研究 - 中国③仲裁法 - 研究 - 中国 IV.
①D923.24②D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 201841 号

© 2010 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

担保法律与诉讼仲裁实务

对外经济贸易大学出版社
北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029
邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342
网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行
成品尺寸: 185mm × 230mm 24.5 印张 560 千字
2010 年 12 月北京第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-873-6
印数: 0 001 - 3 000 册 定价: 39.00 元

主编简介

林一飞 法学博士、研究员，中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）仲裁员，现任职于 CIETAC 华南分会。主要著作、译作有：《仲裁裁决抗辩的法律与实务》、《中国国际商事仲裁裁决的执行》、《国际商事仲裁法律与实务》、《国际商事仲裁法律与实践》、《国际商事仲裁新资料选编》、《国际商事仲裁资料精选》、《国际货物销售法律与实务》、《信息技术法》等。主编有：《法律与诉讼仲裁实务丛书》、《商事仲裁法库》、《最新商事仲裁与司法实务专题案例》系列、《商事仲裁评论》等。主持创建有仲裁行业网站“中国仲裁在线”（<http://www.cnarb.com/>）。

前言

无论是在世界资本充分流动、金融繁荣创新的经济发展时期，或是在与之相反的经济和金融危机时期，担保的作用都没有弱化过。担保在商业上的独特价值，使得与其相关的裁判活动和理论研究一直是商法界的热点之一。

作为直接从事实务的裁判人员，我一直觉得有必要将实务中可能遇到的主要问题提出来供理论界深入研究；作为研究人员，没有实务支持的探讨总让我觉得贫乏。法律与诉讼仲裁实务丛书正是我在这种心理下的产物。担保法律与诉讼仲裁的相关问题毫无疑问地被列入第一批名单。

本书内容包括了理论、案例和资料，通过法理分析与案例分析，参考了各类著述，将相关理论、观点与我国诉讼、仲裁实践相结合，对担保法律制度在实务中最可能出现的主要问题作了专门的研究。本书的目的是为从事诉讼和仲裁实践的法官、仲裁员、律师以及其他相关人士提供一本专业务实的参考用书，为学习担保法的广大学子们、涉及担保法律的商业界和法律人士提供一本全面的理论与实践并重的指导用书。

本书共分十四个专题和一个附录。专题一和专题二涉及担保合同及其效力、从属性和独立担保，专题三至专题七着眼于保证，阐述并例释了人保和物保并存、保证合同的效力、保证人的资格和条件、一般保证责任和连带保证责任以及保证期间等问题，专题八和专题九则分别是关于动产抵押和土地使用权抵押的原理讲解及案例评析探讨，专题十、十一、十二述及质押，主要包括动产、股权和存单质押，专题十三涉及定金，专题十四则是关于涉外担保及安慰函、承诺函的相关法律问题。附录包括了迄今为止诉讼仲裁实务中常用的主要担保法律文件。更多资料请参见中国仲裁在线（www.cnarb.com）。

各专题初稿编辑、撰写人员如下：

专题一：中国人民大学法学院钟澄

专题二、三、八、九、十：中国人民大学法学院詹静文

专题四、五、七：厦门大学法学院罗芳

专题六：罗芳、CIETAC 华南分会曾银燕、林一飞

专题十一、十二、十三：中国人民大学法学院仇彬戎

专题十四：中国人民大学法学院钟澄、广东盛唐律师事务所黄辉

统稿和定稿由主编负责。

在这里，我要对所有撰写人员和作为文献来源及提供其他支持的人士和机构表示感

谢，特别要提及协助我做了大量工作的钟澄，出版社各位编辑的耐心和认真也总是让我感动。

书中难免存在不足错漏之处，希望读者能够在一如既往地支持我的同时，也能将各种批评建议反馈给我。作为一个立意行走在学术和实务边缘的人来说，我有时候会迷失、有时候会迷茫，这个时候，你们的声音会提醒我自己依然存在着。

林一飞

2010年11月于深圳

目 录

主题案例索引表	1
专题一 担保合同及其效力	1
第一节 基本原理	1
第二节 担保合同的判断	11
第三节 担保合同的效力认定	13
第四节 担保合同失效时当事人的责任	16
第五节 担保人的资格	19
专题二 担保合同的从属性和独立担保	21
第一节 基本原理	21
第二节 担保合同效力上的从属性	27
第三节 担保合同消灭上的从属性	29
第四节 管辖权上的从属性	31
第五节 独立担保的效力	33
专题三 人保和物保并存	37
第一节 基本原理	37
第二节 人保和物保并存时担保人的责任次序及范围	43
第三节 保证人对物保责任范围的放弃	45
第四节 同一担保人同时提供人保和物保的处理	47
专题四 保证合同的效力	51
第一节 基本原理	51
第二节 保证合同因主合同无效而无效	58
第三节 因欺诈而无效的保证合同	62
第四节 对贷新还旧借款协议提供保证的效力	64
第五节 最高额保证的认定	69

专题五 保证人的资格和条件	73
第一节 基本原理	73
第二节 增加保证人的认定	79
第三节 政府作为保证人的资格	81
第四节 金融机构分支机构作为保证人的资格	83
第五节 公司为股东提供担保的效力	85
专题六 一般保证和连带责任保证	89
第一节 基本原理	89
第二节 保证方式的判断	101
第三节 明确约定	105
第四节 连带责任保证与保证人之间的连带责任	133
专题七 保证期间	137
第一节 基本原理	137
第二节 无约定时保证期间的判断	145
第三节 保证期间届满后保证人在催款通知书上签字的效力	147
第四节 主债务人破产对保证期间的影响	150
第五节 主合同变更对保证期间的影响	153
专题八 动产抵押	157
第一节 基本原理	157
第二节 动产抵押的公示和善意取得问题	163
第三节 动产抵押的标的以及登记的效力	166
专题九 土地使用权抵押	171
第一节 基本原理	171
第二节 土地抵押合同的效力	178
第三节 建筑物与土地使用权一并抵押	181
专题十 动产质押	189
第一节 基本原理	189
第二节 动产质押的认定	202
第三节 动产质权的成立与实现	204

第四节	质权人的间接义务·····	207
专题十一	股权质押·····	211
第一节	基本原理·····	211
第二节	股权质押合同的成立和生效·····	221
第三节	公司股权质押的条件·····	224
专题十二	存单质押·····	229
第一节	基本原理·····	229
第二节	存单质押的设立和实现·····	237
第三节	存单核押·····	239
第四节	瑕疵存单质押·····	242
第五节	以第三人存单质押的效力·····	245
第六节	虚开存单·····	247
专题十三	定金·····	249
第一节	基本原理·····	249
第二节	定金的认定·····	263
第三节	当事人都有过错时定金罚则的适用·····	270
第四节	超额定金的处理·····	271
第五节	同时约定定金与违约金的处理·····	273
专题十四	涉外担保·····	277
第一节	基本原理·····	277
第二节	涉外担保的管辖法院和法律适用·····	284
第三节	涉外担保合同的效力判断·····	303
第四节	政府承诺函的性质和地位·····	317
附录	诉讼仲裁实务中常用担保法律文件·····	321

主题案例索引表

中国工商银行哈尔滨和平支行诉高某民担保合同纠纷案	11
香港 U 公司与香港 S 公司、W 先生、南京 J 公司、南京 R 公司借款及担保争议 仲裁案	13
建行新城支行诉陕西建校公司借款及担保纠纷案	16
青年报社与上海银行延安支行等借款合同纠纷上诉案	19
A 贸易有限公司与 B 环保科技有限公司及 C 先生借款协议及合作意向争议 仲裁案	27
上海国联有限公司与中国光大银行上海分行浦东支行等质押合同纠纷上诉案	29
广东省发展银行股份有限公司珠海梅华路支行与唐某借贷合同管辖权纠纷上诉案 ..	31
上海市第一市政工程有限公司诉中国建设银行股份有限公司河北省分行直属支行 担保合同案	33
中国建设银行股份有限公司广州花都支行诉广州华辉电力有限公司等借款担保 合同纠纷案	43
中国 C 银行与香港 G 数据广播有限公司保证合同争议仲裁案	45
京源信用社诉华源药业公司、玻璃彩印公司、黄陂农行和黄陂审计局借款担保 合同纠纷案	47
中国工商银行青岛市市北区第一支行诉青岛华悦物资发展公司、青岛海尔空调器 总公司借款合同担保纠纷上诉案	58
重庆市万州三峡移民建筑工程有限公司诉向某担保合同纠纷案	60
中国 M 银行与 Z 系统公司、F 先生、香港 D 控股公司、深圳 D 商务公司、 E 制造有限公司借款及保证争议仲裁案	62
工商银行邢台市营业部与邢台市橡胶材料有限公司、邢台市力车胎有限公司 借款担保合同纠纷案	64
中国工商银行陕西省分行营业部与中国航空工业供销西北公司等借款担保合同 纠纷上诉案	66
厦门兴业银行诉厦门金象制衣厂、厦门市东区联合开发公司借款担保合同 纠纷案	69
中国信达资产管理公司石家庄办事处与中国 - 阿拉伯化肥有限公司及	

河北省冀州市中意玻璃钢厂借款担保合同纠纷案	79
中国建设银行遂宁市分行诉遂州宾馆、遂宁市人民政府抵押担保 借款纠纷案	81
中国银行无锡分行诉中国建设银行锡山市支行等保证合同纠纷案	83
中国进出口银行与光彩事业投资集团有限公司、四通集团公司借款担保合同 纠纷案	85
张某诉刘某等承担保证责任纠纷案	101
中国光大银行海口支行与中国建设银行海南省分行、海南九龙集团公司银行 承兑垫付款欠款担保纠纷案	103
中国 A 国际租赁有限公司与 B 市水泥厂、广东 C 银行融资租赁和保证争议 仲裁案	105
中国重庆国际经济技术合作公司与重庆市开县开源融资担保有限责任公司 担保合同纠纷上诉案	133
中信实业银行诉北京市京工房地产开发总公司保证合同纠纷案	145
鸿鑫经济发展有限公司与启东市东亚皮革厂等借款保证合同纠纷上诉案	147
中国农业发展银行青海省分行营业部与青海省农牧生产资料总公司担保 合同纠纷案	150
中国银行上海市分行诉上海木材总公司、上海燃料总公司及上海物资贸易 中心借款合同纠纷案	153
广东省 F 进出口有限公司与广州 P 科技有限公司覆铜板销售及抵押担保争议 仲裁案	163
中国信达资产管理公司成都办事处与四川泰来装饰工程有限公司等借款担保 合同纠纷案	166
M 银行与 S 国际投资有限公司、J 物业发展有限公司贷款及抵押担保争议 仲裁案	178
中国信达资产管理公司西安办事处与陕西省粮油食品进出口公司西安中转冷库、 陕西省粮油食品进出口公司借款担保合同纠纷案	181
中国农业银行缙云县支行诉李某、重庆劲霸摩托车制造有限公司等建设用地 使用权抵押权纠纷案	185
于某诉乌鲁木齐市兴业典当行质押借款合同案	202
谭某与刘某借款质押合同纠纷上诉案	204
农行下仓营业所诉刘某返还质押贷款案	207
香港 C 集团有限公司诉武汉 J 信息产业有限公司、武汉 J 科技投资有限公司	

股权质押合同争议仲裁案·····	221
深圳 L 经济发展公司与香港 H 科技有限公司股权质押合同争议仲裁案·····	224
广东省揭阳市榕兴城市信用合作社与太原市商业银行迎泽东大街支行、太原 洪达集团有限公司借款质押纠纷再审案·····	237
中国工商银行莆田市涵江支行与福建省华侨信托投资公司营业部存单质押 纠纷案·····	239
中国华融资产管理公司南宁办事处诉桂林市叠彩区经济贸易局借款质押 合同纠纷案·····	242
宾县农村信用合作社联合社营业部与范某质押合同纠纷上诉案·····	245
上饶市城市信用社上饶县中心分社诉林某、中国建设银行上饶市支行借贷、 质押合同纠纷案·····	247
郭某诉杨某买卖合同定金纠纷案·····	263
时间房地产建设集团有限公司诉玉环县国土资源局案·····	264
北京益华昌物业管理有限公司与王某定金合同纠纷案·····	265
上海康森投资管理有限公司与浙江环宇建设集团有限公司定金合同纠纷 上诉案·····	266
张某与东营市黄河口纺织大世界有限责任公司等立约定金合同纠纷案·····	268
林某、陈某等与韩某、卢某等土地承包定金款纠纷案·····	270
海南三水形象设计有限公司诉海南东山湖野生动物园有限公司设计印刷合同 纠纷案·····	271
田某与重庆鑫信房地产开发有限公司担保合同纠纷上诉案·····	273
林某与廖某关于工业区厂房租赁协议争议仲裁案·····	274
中国银行（香港）有限公司诉广东省友和集团公司担保合同纠纷案·····	284
中国 C 银行诉香港 H 先生关于保证合同争议仲裁案·····	288
中国银行（香港）有限公司诉广州摩托集团公司等保证合同纠纷案·····	303
香港 H 发展有限公司与山西 S 集团有限公司、中国 W 山东公司出资额转让及 担保争议仲裁案·····	310
农银财务有限公司与广东三星企业（集团）公司车桥股份有限公司担保合同 纠纷上诉案·····	315
交通银行香港分行诉佛山市人民政府担保合同纠纷上诉案·····	317

专题一

担保合同及其效力

第一节 基本原理

一、担保概述

(一) 担保的含义

在民法理论上,担保主要有两种含义:一是指对某一事物的保证,如瑕疵担保责任是对商品质量的担保;二是指对债务履行的担保,即债的担保。^① 债的担保又有一般担保和特别担保之分。

债的一般担保是对一般债权人债权的担保,是债法律效力的自然结果。债的一般担保主要有民事责任和债的保全两种制度。从民事责任来说,由于债是一种信用关系,债务人须以自己的信用和财产来保证其债务的履行。债务人不履行债务时,债权人有权依法要求其承担债务不履行的民事责任,以保障自己的合法权益,因此民事责任制度以让债务人承担不履行债务的不利法律后果的方式保证债务的履行和债权的实现;债的保全则包括债权人的代位权和撤销权,其作用同样在于防止债务人对债权人债权的侵害。

债的特别担保是法律为保证特定债权人的债权实现而规定的担保。由于债的一般担保并不能保证某一特定债权人的债权实现,所以法律设置特别担保制度,以使特定债权人采取特别的担保手段来保障债权的实现。通常情况下所说的担保仅指债的特别担保,这也是《中华人民共和国民法通则》(下称《民法通则》)、《中华人民共和国物权法》(下称《物权法》)、《中华人民共和国担保法》(下称《担保法》)和本书中所指的担保,这种担保是指法律为确保特定债权人的债权实现,以第三人的信用或者以特定财产

^① 郭明瑞,房绍坤,张平华.担保法.北京:中国人民大学出版社,2008:9.

保障债务人履行债务的制度，各种具体的担保制度，如保证、抵押、质押、留置、定金等将在后面的专题中论述。

（二）担保的特点

根据民法理论和担保法的相关规定，担保具有如下特征：

1. 相对从属性

担保是为保障主债权的实现而采取的特别法律手段。从法律关系的角度看，担保关系与主债权关系是两个不同的法律关系，但设定担保关系的目的是为了保障主债权关系中当事人的权利义务能够顺利实现，因此担保关系对主债权关系具有从属性特征，即担保的成立和存在必须以一定的债权关系的存在为前提。《物权法》和《担保法》对此皆有明确的规定。^①

虽然担保的从属性是担保的首要特征，但担保在特殊情况下可以不受主合同的约束而产生独立的法律后果。首先，被担保的主合同无效，并不必然导致担保无效。《担保法》第5条规定：“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定……”因此，如果当事人有主合同无效而担保合同仍然有效的特殊约定，担保人仍然应当对债务人承担无效后的法律责任担保。其次，担保的相对独立还表现在主合同内容的变更并不必然产生担保合同内容的相应变更。《担保法》第24条规定：“债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。”另外，担保合同在某些情况下与主合同并不存在对应关系。在最高额保证和最高额抵押中，所担保的主合同是在最高债权限额内不特定数量的合同，担保合同往往先于被担保的主合同成立。关于担保的从属性将在专题二详细介绍。

2. 特定性

担保的特定性包括两个方面内容：一方面，担保权人是特定的。担保为特定的债权人而设，其不同于债的保全，目的在于使特定的债权人能够从第三人处受偿或者优先于其他债权人受偿。另一方面，担保的标的是特定的。担保是以第三人的信用或者特定的财产来保证特定债权的实现，其标的只能是特定第三人的信用，或者是第三人或债务人的特定财产，而不能是债务人的一般财产，债务人以其一般财产作担保的，不属于债的担保，而属于债的保全。

3. 相对补充性

担保是因为债的保全不足以保障特定债权人利益的实现而创设的，是从外部对债的效力予以补充和加强，因此相对于主债务人的义务而言，担保人承担的义务具有补充性

^① 详见专题二。

的特点。在正常情况下,主债权关系因债务人的适当履行而终止时,担保人承担的补充义务并不需要实际履行,只有在债务人不履行或者不能履行义务时,担保人才实际承担其补充义务。这一特征在以第三人提供担保的各种担保方式中表现得尤为明显。《担保法》第17条第2款规定:“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,对债权人可以拒绝承担保证责任。”

应当说明的是,担保的补充性并不意味着担保人对被担保的主债务履行承担的都是补充责任。在连带责任保证中,保证人在主债务人未履行债务的情况下,应债权人的请求就必须承担代为清偿的责任,而不能主张先对债务人进行起诉或者申请仲裁并进行强制执行。

(三) 担保的种类

根据不同的标准,担保可以有不同的分类。

1. 典型担保与非典型担保

典型担保是指法律上明确规定的担保方式。依《民法通则》、《担保法》和《物权法》的规定,保证、抵押、质押、留置、定金都为典型的担保方式。除此之外,其他法律中规定的担保方式也应属于典型担保,如《海商法》中所规定的船舶优先权和《民用航空法》中规定的民用航空器优先权等。

非典型担保则是法律尚未予以类型化的,在实务中还不具有典型意义的担保方式,一种是虽然具有担保作用,但是法律未明确规定为担保方式的担保方式;另一种是主要功能并不在于担保的担保方式。前者如让与担保、所有权保留等;后者如违约金、并存的债务承担、抵销权等。^①

2. 法定担保与约定担保

根据担保的设立是否基于当事人的意思为标准,可以将担保分为法定担保和约定担保。

法定担保是指依照法律规定而直接成立并发生法律效力的担保方式,其担保的条件、当事人、范围等均由法律规定,无须当事人约定,只要具备了法律所规定的条件法定担保即可产生,并须按照法律规定行使法定担保权。法定担保有两种表现形式:一是当事人不得排除适用的法定担保,其典型方式是优先权,如海商法和破产法上的优先权。优先权的成立无须由当事人约定,当事人也不得排除优先权的适用。二是当事人得排除适用的法定担保,其典型方式是留置权。留置权的成立条件是由法律直接规定的,当事人不得约定,但与优先权不同的是当事人可以事先约定排除留置的适用。

约定担保是指依照当事人的意思表示而成立并发生效力的担保方式。约定担保具有

^① 郭明瑞. 担保法. 北京: 法律出版社, 2004: 10-11.

自愿性，当事人完全依自己的意愿设立担保。从担保的方式、条件、范围至担保权的形式等均由当事人自行约定，任何人不能强迫他人担保。由于《担保法》实行意思自治原则，故其所规定的担保形式以约定担保为主。

3. 人的担保、物的担保与金钱担保

人的担保又称信用担保，是指债务人以外的第三人以自己的信用为他人债务提供的担保。^① 在人的担保中，担保标的是第三人的信用，如保证、连带债务、并存的债务承担等。实践中人的担保的典型方式是保证。保证以保证人即债权人与债务人以外的第三人的信用担保债权实现，其设立后保证人与债权人之间就债权的实现成立一种债的关系，当主债务人期限届满不履行债务时，保证人即应依约以自己的财产清偿主债务人所负担的债务。由于保证是以第三人的信用为担保标的的，而第三人的财产也会处于不断的变动之中，因此其信用也是浮动的，所以说即使设立了保证担保，债权人的债权仍有得不到清偿的危险，基于此，债权人为确保自己的债权受偿，在设立保证担保时应当认真查明保证人的信用情况。

物的担保是指由自然人或法人以其自身的财产为自己或他人的债务提供的担保。^② 担保标的是债务人或者第三人的特定财产，即担保物。根据担保物是否转移所有权，物的担保又分为不转移所有权的物的担保和转移所有权的物的担保。在我国法律中只规定了不转移所有权的担保，即只能在供于担保的财产上为债权人设立一定的特定权利以担保债权的担保方式，当债务人不履行债务时，债权人得依法行使担保权从担保财产的价值中优先受偿。为担保债权的履行而在特定财产上设立的权利，统称为担保物权，包括抵押权、质权、留置权、优先权。

金钱担保是指以一定的金钱为标的物而设定的担保。金钱担保的典型形式为定金，此外，未被立法明确而在实践中常采用的押金，一般也被视作金钱担保的一种形式。^③ 人的担保和物的担保都是以保障债权的实现为目的而设定的，具有直接清偿债权的作用，而金钱担保起不到清偿债权的作用，其机理在于通过一定数额金钱的预先交付及其得失规则，对债务人产生心理压力，从而促使债务履行，保障债权实现。^④ 在民法上，金钱是一种特殊的物，但其毕竟是一般等价物、种类物，以金钱为标的的担保与以其他物为标的的担保仍有很大差异，因此金钱担保是一种区别于人的担保和物的担保之外的另一种类别的担保方式。

① 朱泉鹰，林建伟．担保法．厦门：厦门大学出版社，2003：11.

② 朱泉鹰，林建伟．担保法．厦门：厦门大学出版社，2003：13.

③ 王利明，崔建远．合同法新论·总则．北京：中国政法大学出版社，1996：506.

④ 林辉．担保法理与适用．南宁：广西人民出版社，1997：58.

二、担保合同的成立和生效

（一）担保合同的成立要件

担保合同的成立，是指当事人之间依法就担保合同的必备条款达成合意（意思表示一致）^①，即担保合同因符合一定的要件而被法律认为客观存在。担保合同的成立与担保合同的订立既有联系又有区别。就其联系而言，担保合同的订立是成立的前提，担保合同的成立是订立的结果。就其区别而言，担保合同的订立是指缔约各方自接触、洽商直到达成协议的动态过程；而担保合同的成立是指合同已作为一种客观存在的静态结果，标志着担保合同的产生与存在。^②

根据我国《物权法》、《合同法》、《担保法》和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（下称《担保法司法解释》）的规定，担保合同成立的法律要件是：

1. 担保合同具有多方当事人

典型的担保合同通常包括担保人、担保权人（主合同债权人）和被担保人（主合同债务人）三方当事人，在抵押合同、质押合同和定金合同中可能出现担保人和被担保人为一人的情况，而保证合同、抵押合同、质押合同中也存在有数位担保人的情况。

2. 意思表示一致

当事人应对合同内容（包括目的意思和效果意思）达成一致，即合意。意思表示一致具体体现在合同条款上。《合同法》和《担保法》都对合同应包括的内容作出了规定，但其规定的合同条款只是对一般情况下合同内容的归纳，属任意性规范，主要起示范作用，并无强制性，也不是衡量意思表示一致的绝对标准，衡量意思表示一致的标准应是合同的实质性条款、必要条款。所谓必要条款，又称实质性条款，是指根据合同性质应当具备的，足以构成当事人合意的条款，如果缺少这些条款，合同不能成立。^③当事人、标的是一般合同的必要条款，而未予确定的次要条款或者非必要条款，只要可能在随后的事实中或通过法律显示出来，就不应影响合同的成立。实质性条款可以参考下列标准从反面进行理解和认定：当事人虽然没有约定，但按照法律的规定、交易惯例或者合同的解释规则可以认定的条款，不是合同的必要条款，例如《物权法》第185条规定的抵押合同的内容中，如果没有规定担保的范围等，可以按照《物权法》的相关

① 杨振山．债法事典．北京：中华工商联合出版社，1994：111.

② 余延满．合同法原论．武汉：武汉大学出版社，1999：76.

③ 高圣平．物权法担保物权编．北京：中国人民大学出版社，2007：37.