

论保证合同的必要条款

——兼评《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第3条

刘 磊

摘 要：通过合同漏洞填补规则和《民法典合同编通则解释》第3条确立的统一列举式必要条款认定标准从《民法典》第684条所列举条款中筛选出的保证合同必要条款必然只有“被保证的主债权的种类、数额”，但这并非保证合同的全部必要条款。保证合同的必要条款可分为保证合同的客观必要条款与主观必要条款。保证合同的客观必要条款应包含担保方式认定条款和主债权债务条款，前者需要明确当事人是以保证的形式提供担保，后者需要明确主债权人和主债务人身份、被保证的主债权种类和数额。保证合同的主观必要条款，则需要依据当事人是否将保证合同客观必要条款以外的其他条款也作为必要条款进行判断。

关键词：保证合同；必要条款；主债权债务；担保方式；合同漏洞

[中图分类号] D923.6 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180(2024)02-0019-18

引言

《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）第684条规定：“保证合同的内容一般包括被保证的主债权的种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式、范围和期间等条款。”相较于《中华人民共和国担保法》（已废止，下称《担保法》）第15条的规定，该条将“应当包括”修改为“一般包括”，并删除了“双方认为需要约定的其他事项”及“保证合同不完全具备前款规定内容的，可以补正”的表达。前者的修改意在强调保证合同并不必然因没有完全具备上述列举条款而不成立^{〔1〕}，而后者则意在表明被删减部分原本就属于当事人意思自治的范畴，本无须特别规定。尽管

【作者简介】刘磊，中国政法大学比较法学研究院2021级博士研究生。

【基金项目】国家社会科学基金项目“民法典抗辩权体系化研究”（项目批准号：22BFX182）。

〔1〕《民法典》第684条将《担保法》第15条中的“应当包括”修改为“一般包括”，也是为了与《民法典》第470条第1款“合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款”中“一般包括”的措辞表达保持一致。《民法典》第470条第1款中“一般包括”延续了原《合同法》第12条第1款中的措辞表达，而原《合同法》第12条第1款中的“一般包括”实则是统合原《经济合同法》《涉外经济合同法》《技术合同法》的成果。原《经济合同法》使用的是“应具备”的措辞表达，原《涉外经济合同法》修改为“一般应（续下页）”

保证合同并不必然因缺少上述某个甚至某些列举条款而不成立，但保证合同总须具备某些条款才得以成立，这些条款便是保证合同的必要条款。⁽²⁾

对于保证合同必要条款的讨论具有重要的理论意义，因为其影响到保证合同能否在最低限度内得以成立。在司法实践中，保证合同必要条款的认定往往会成为裁判文书的论述重点，因为只有认定案涉保证合同因具备必要条款而得以成立的基础上，才能进一步审理保证人的保证责任承担问题。在合同法时代，最高人民法院为解决司法实践中经常发生的合同是否成立的争议，在《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）》（法释〔2009〕5号，已废止，下称《合同法解释二》）第1条作了合同必要条款的规定。但是，该规定是针对《中华人民共和国合同法》（已废止，下称《合同法》）第8条和第12条有关合同必要条款的解释⁽³⁾，并且从上述条文规定的内容中可以看出这是以买卖合同为基本原型所规定的关于合同必要条款的规定。从最高人民法院在2023年12月4日最新公布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号，下称《民法典合同编通则解释》）第3条的规定来看，其基本延续了《合同法解释二》第1条的规定，并未作实质性改动。由此产生的问题便是，上述规定能否用于保证合同必要条款的解释？能否解决司法实践中出现的大量有关保证合同必要条款的认定争议？

从民法学界的讨论情况来看，学者们都倾向于认为《民法典》第684条（《担保法》第15条）中规定的列举条款并非全都是保证合同的必要条款，并主要结合“针对所有合同类型的合同漏洞填补规则”和“统一列举式必要条款认定标准”从中筛选出保证合同的必要条款。⁽⁴⁾按照这种方法筛选出的保证合同必要条款，基本集中于“主债权的种类、数额”。而理论通说也认为，合同的成立应包括当事人和意思表示一致两个要件，前者指合同关系中权利义务的承载者，后者指当事人之间至少应就所订立合同的必要条款达成一致。⁽⁵⁾但从笔者对于裁判现状的梳理来看，由此仅在

（接上页）当具备”的措辞表达，原《技术合同法》又修改为“一般应当包括”，而原《合同法》则统一整合为“一般包括”的措辞表达。之所以如此，主要是为了防止因缺少某些条款而过多地造成合同不成立的情况，以有利于促进交易。全国人大法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国合同法立法资料选》，法律出版社1999年版，第43-44页。

(2) 关于合同成立所需的“必要条款”，学理上还有“必备条款”“主要条款”“必要之点”等措辞表达，但“必要之点”为我国台湾地区“民法”的立法表达，而我国《民法典》等法律条文中却并未使用“必要之点”的措辞，而更多的是使用“条款”。此外，考虑到学理就“要素”“常素”“偶素”的划分已为通说，而且“必备条款”“主要条款”的表达本身也存在争议，综合考虑之下，使用“必要条款”的表达更为妥当。关于上述术语表达的详细梳理，可参见邓辉：《论合同的必要条款》，载《财经法学》2018年第2期，第112-116页。

(3) 最高人民法院研究室编著：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第14页。

(4) 高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版，第48、102页；杨会：《担保法》，北京大学出版社2017年版，第35页；程啸：《保证合同研究》，法律出版社2006年版，第68页；王乐兵：《担保法专论》，对外经济贸易大学出版社2018年版，第51页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年版，第1305页。

(5) 崔建远：《合同成立探微》，载《交大法学》2022年第1期，第8页；王利明：《合同法通则》，北京大学出版社2022年版，第115-116页；韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第101页。

《民法典》第 684 条所列举条款中筛选出来的保证合同必要条款其实并不准确，即使当事人对此达成一致仍无法认定保证合同的成立。

基于此，我们有必要重新思考：保证合同必要条款的认定标准应该是什么？保证合同的必要条款又是否存在必要的分类？保证合同具体应具备哪些必要条款？笔者将结合理论与实践对此展开讨论，并尝试着提出可能的解决方案。

一、保证合同必要条款的裁判现状

尽管很少有法院在裁判文书的“法院认为”部分全面论述保证合同应具备哪些必要条款，但通过对裁判文书的梳理来看，法院至少会结合争议焦点讨论某个条款是否为保证合同的必要条款。总体来说，司法实践中关于保证合同必要条款的讨论可以归纳为如下几个方面。

（一）保证合同中保证方式条款的认定

此处所述保证方式的认定，并非指保证体系下一般保证和连带责任保证的认定，而是指在整个的人保和物保的担保体系下，能否认定担保人是以保证的方式提供担保。若当事人在合同中直接列明“保证”字样以明确合同的保证属性，对于保证方式的认定并不成问题，但如果当事人并未如此列明，能否认定当事人是以保证的方式提供担保便存在难度。

首先，在当事人未明确列明保证方式的情况下，存在保证与债务加入的区分问题。各级法院分别以第三人与原债务是否存在利益关系、第三人与原债务人承担责任是否存在明显的履行顺位、第三人履行债务与原债务是否存在同一性等作为切入点，形成了不同的认定标准：有法院认为，如果第三人与原债务存在实质上的利益关系便应认定为债务加入，否则便应认定为保证。⁽⁶⁾ 另有法院认为，如果第三人与原债务人承担责任之间存在明显的履行顺位（如以原债务人“不能”履行债务作为承担责任条件），便应认定为一般保证而排除债务加入。⁽⁷⁾ 还有法院认为，如果第三人履行债务与原债务并不存在同一性，而是可以独立于原债务存在，则应认定为债务加入而非保证。⁽⁸⁾

其次，在当事人未明确列明保证方式的情况下，还存在保证与其他增信措施的区分问题。各级法院多以有无明确的担保意思或担保对象作为区分标准：有法院认为，由于差额补足协议是承诺人针对案涉信托计划所出具的，并未约定以案涉信托贷款合同为主合同，故差额补足协议不属于案涉信托贷款合同的从合同，也就不是保证合同，而应该是独立合同。⁽⁹⁾ 另有法院认为，案涉差额补足协议中并无明确的连带责任保证担保表意，也没有担保对象，应认定为独立合同。⁽¹⁰⁾ 还

(6) 最高人民法院民事判决书，(2014)民二终字第 138 号；最高人民法院民事判决书，(2018)最高法民终 867 号。

(7) 最高人民法院民事判决书，(2016)最高法民终 623 号；最高人民法院民事判决书，(2009)民提字第 7 号。

(8) 杜洪芳：《债务加入和保证的区分——潘某诉山东某公司、杨某合同纠纷案》，载微信公众号“山东高法”2022 年 3 月 11 日，<https://mp.weixin.qq.com/s/vdVYcMpV1GKfgJd3sVW9rw>。

(9) 广州市中级人民法院民事判决书，(2020)粤 01 民初 725 号。

(10) 上海市高级人民法院民事判决书，(2020)沪民终 567 号。

有法院认为，承诺人在差额补足协议项下义务与债务人所负义务属于并列的、选择行使的关系（即满足 A 条件时，债务人才应向债权人履行义务，但未满足 A 条件时，承诺人应向债权人履行义务）而非主从合同之间的关系，应将其承诺认定为独立的意思表示。⁽¹¹⁾

此外，若担保合同中约定以担保人名下全部财产为主债权债务提供抵押担保，但抵押权未能有效设立，能否认定当事人已达成保证合意？有法院认为，第三人在担保合同中承诺以名下所有资产（动产和不动产）为主债权债务提供抵押担保，但既未具体指明是哪些具体的抵押物，也未办理相应抵押登记的，抵押权并未有效设立，但不妨碍担保合同的成立和生效。⁽¹²⁾另有法院则认为，尽管担保人承诺以全部资产抵押，但并未办理抵押登记，亦无法明确具体抵押物的，抵押合同无法成立。⁽¹³⁾

在上述案例中，当事人对主债权的种类和数额往往并没有争议，但仅仅通过对主债权种类和数额的识别并无法判断案涉合同是否为保证合同，因为这是保证、债务加入、其他增信措施或担保合同中的共通条款。暂且不论保证与债务加入、其他增信措施或担保方式应以何种具体标准进行区分，通过梳理上述裁判观点至少可以得出的初步结论是：保证方式条款的认定对于保证合同的识别具有基础性意义，只有认定了保证方式条款才能成功识别某个合同是否为保证合同，而主债权的种类和数额条款显然并不具备这种识别功能。

（二）保证合同中主债权债务关系条款的认定

从司法实践来看，法院通常都认为主债权的种类条款属于保证合同的必要条款，能够影响保证合同的成立。例如，在上海国金租赁有限公司诉黑龙江农垦北大荒商贸集团有限责任公司保证合同纠纷案中，尽管《担保函》中有“我公司愿意为下属各家子公司在与贵行的业务中提供无条件担保，并愿意积极配合贵行完成各项业务”的措辞，但对“业务”的具体内容、“业务”范围是否即指向案涉主债权债务，“配合贵行完成各项业务”是否表明双方需要另行签订担保合同等并非特别明确，法院最终认定保证合同无法成立。⁽¹⁴⁾

法院同样倾向于认为主债权数额条款也是保证合同的必要条款。不过，在当事人并未明确表述主债权数额的情况下，法院却并非通过主债权种类确定主债权数额，而更多的是通过保证合同中关于保证范围的约定来确定。具体而言，保证合同中虽然没有直接表述主债权金额，但往往会约定保证人是为债务人某个具体期间内对债权人所负债务提供担保，那么只要确定了时间范围，主债权金额便随之确定。⁽¹⁵⁾

但是，从相关案例中也可以看出，尽管主债权种类、数额条款被认定为保证合同的必要条款，

(11) 最高人民法院民事判决书，（2018）最高法民终 127 号。

(12) 最高人民法院民事判决书，（2018）最高法民终 329 号。

(13) 北京市第一中级人民法院民事判决书，（2019）京 01 民初 61 号。

(14) 最高人民法院民事判决书，（2017）最高法民终 182 号。

(15) 最高人民法院民事判决书，（2018）最高法民终 806 号；最高人民法院民事裁定书，（2018）最高法民申 5994 号。

但保证合同仍可能因主债权债务关系无法确定而无法成立。在中国葛洲坝集团房地产开发有限公司诉海口恒天晟实业有限公司借款合同纠纷案中，尽管当事人已经明确主债权种类为项目融资，但对于融资数额、债权人、债务人等基本要素均未确定，并缺少债务人履行债务的期限、保证担保的范围、保证期间等基本要件，明显不符合保证合同的成立要件。⁽¹⁶⁾ 该案中所述的基本要件可以基于法律规定进行漏洞填补，但对于融资数额、债权人、债务人等基本要素却必须由当事人进行明确。在该案中，法院显然是认为主债权种类、数额、债权人、主债务人都是主债权债务关系的基本要素，缺少其中任何一个都会导致保证合同无法成立。

因此，尽管司法实践中承认主债权种类、数额条款属于保证合同的必要条款，但两者只是主债权债务关系的组成部分，仅凭两者并无法确定明确的主债权债务关系。在主债权债务关系无法明确的情况下，合同仍然无法成立。

（三）保证合同中当事人特别关注条款的认定

在司法实践中，除上述提到的对保证合同在客观上因缺少某个条款而能否成立的争议外，还经常出现当事人在主观上就保证合同中的某些条款特别关注，但双方对于该特别关注条款是否确定而产生的争议。

其中，最为典型的便是保证合同当事人对于主合同项下的借款用途条款是否确定而产生的争议。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（法释〔2020〕28号，下称《民法典担保制度解释》）第16条的规定，如果主合同当事人协议以新贷偿还旧贷，仅为新贷提供担保的不知情担保人将不承担担保责任。换言之，除非担保人明知或应知，保证合同中所约定的主债权所对应款项在借款用途上不得用于借新还旧。但是，引发争议的往往是，通过当事人的约定无法准确地判断出双方是否对借款用途条款保持特别关注，并作了不同于上述法律规定的特别约定。例如，若保证合同中载明“除展期和增加债权金额外，主合同当事人协议变更主合同的，无须经过保证人同意”，通过该条款能否认定当事人已经重新确定了不同于上述法律规定的借款用途条款便会存在争议。

对此，司法实践中并未形成统一的裁判观点。有法院认为，通过上述约定，当事人对于借款用途可以为借新还旧是达成合意的，这是当事人意思自治的体现，应予以尊重。⁽¹⁷⁾ 还有法院进一步认为，保证人在签订保证合同时对主债务人是否仍欠付债权人其他债务是明知或应当知道的，哪怕保证人和债权人在合同中明确约定的借款用途为“流动资金”，但实际用于偿还旧贷的，也并未超出保证人的担保范围。⁽¹⁸⁾ 但另有法院则认为，上述约定并未改变不知情的新贷保证人免责的法定情形⁽¹⁹⁾，保证人放弃变更借款用途知情权应有明确表示，不能仅以上述约定推定保证人放弃

(16) 最高人民法院民事判决书，(2016)最高法民终240号。

(17) 最高人民法院民事判决书，(2011)民提字第321号；最高人民法院民事判决书，(2007)民二终字第233号。

(18) 最高人民法院民事判决书，(2007)民二终字第33号。

(19) 最高人民法院民事判决书，(2010)民二终字第72号。

权利。⁽²⁰⁾

很显然,上述第一种和第二种裁判观点认为,保证合同当事人已经就借款用途条款达成一致,而第三种裁判观点则认为,双方并未就借款用途条款达成一致。如果按照第一种和第二种裁判观点,认定保证人承担保证责任并无疑义。但是,如果按照第三种裁判观点,保证合同能否成立便值得讨论,因为当事人特别关注的借款用途条款会影响保证合同的成立。

二、保证合同必要条款的理论检讨

从司法实践中呈现出的保证合同必要条款在保证方式认定、主债权债务关系是否明确、当事人特别关注的条款是否确定等方面的有关争议来看,理论上对于保证合同必要条款的认定在司法实践中存在供给不足的局面,这与保证合同必要条款的既有认定路径存在很大关系。

(一) 合同漏洞填补规则下反向筛选的局限性

无论是现有的条文规定,还是其立法释义书,都没有明确哪些条款属于保证合同的必要条款。按照通常的理解,既然《民法典》第684条是关于保证合同内容的列举条款的规定,那么保证合同的全部必要条款都应该在该条所列举的条款范围内产生。对于保证合同必要条款的认定只需要在该条所列举条款的范围内将非必要条款排除即可,而合同漏洞填补规则无疑便成了这种反向排除的最为有效方法。就《民法典》第684条中所列举的“债务人履行债务的期限,保证的方式、范围和期间”而言,即使保证合同中并未对此进行约定,根据《民法典》第511条第4项、第686条、第691条及第692条的规定,也可对此进行合同漏洞的填补。

如此一来,保证合同成立的必要条款似乎应在“被保证的主债权的种类、数额”之中,学界关于保证合同必要条款的讨论也基本是先以合同漏洞填补规则进行反向筛选后展开讨论:有观点认为,如果合同缺少必要条款便无法成立,对于当事人虽未约定,但按照法律规定、交易惯例或解释规则可以认定的条款,便不是必要条款。在《民法典》第684条规定的保证合同一般包括的内容中,仅“被保证的主债权的种类和数额”无法通过法律规定、交易惯例或解释规则认定,其当属于保证合同的必要条款。⁽²¹⁾另有观点认为,仅“被担保的债权种类”属于保证合同的必要条款。原因在于,现行规定中并没有关于“被担保的债权种类”的补充规则,如果保证合同中缺少“被担保的债权种类”,则无法对该条款进行补充解释。⁽²²⁾有观点对此持肯定态度,并在上述理由的基础上进一步补充认为,之所以“被保证的主债权的数额”不属于保证合同的必要条款,是因为一旦被担保的主债权的种类已经确定或可得确定,其数额即相应确定。⁽²³⁾

且不论究竟是“主债权的种类和数额”还是“主债权种类”应列为保证合同的必要条款,仅

(20) 最高人民法院民事裁定书,(2013)民申字第331号。

(21) 高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第48、102页;杨会:《担保法》,北京大学出版社2017年版,第35页。

(22) 程啸:《保证合同研究》,法律出版社2006年版,第68页。

(23) 谢鸿飞、朱广新主编:《民法典评注:合同编 典型合同与准合同》(第2册),中国法制出版社2020年版,第37页。

在《民法典》第 684 条所列举条款范围内谈论保证合同的必要条款已经注定会导致后者的范围被不当限缩。无论是哪一种观点，其讨论的前提都是已经假定了保证合同的当然存在，然后在此基础上再讨论该保证合同是否满足“主债权的种类和数额”或“主债权的种类”的必要条款。可是，合同必要条款的根本便是反映每种合同类型概念下最本质的要素⁽²⁴⁾，应具备区别于其他类型合同的识别功能。从上述司法实践来看，当事人之间产生争议的原因往往在于并没有在合同中列明保证属性，此时无论是凭主债权种类，还是凭主债权种类和数额，均不足以反映该合同在性质上必然属于保证合同。例如，从上述关于保证方式认定的争议来看，即便是当事人对“主债权的种类和数额”都达成一致，但仍然无法认定当事人之间订立的是保证合同，因为双方之间在保证方式的认定上存有争议，而“主债权的种类和数额”是双方所争议担保方式的共通条款，并不能起到识别保证合同的功能。又如，从上述关于主债权债务关系是否明确的争议来看，即便是当事人对“主债权的种类和数额”都达成一致，并且保证合同的性质也已经确定，在缺少债权人和债务人身份的情况下，很难说该保证合同已经获得最低限度的可履行性。

当然，这并未否认合同漏洞填补规则反向筛选保证合同必要条款的功能，而只是说这种筛选方式具有局限性，其更多的是具备反向检验功能，这种反向检验功能能够充分发挥作用的前提是已经有正向的保证合同必要条款认定标准将所有的保证合同必要条款筛选出来，而合同漏洞填补规则对此可进行反向检验。但是，《民法典》第 684 条并非把所有的保证合同必要条款都包含在内，那么合同漏洞填补规则的反向筛选功能必然具有一定的局限性。

（二）统一列举式标准下保证合同必要条款认定的失败

最高人民法院的官方释义书认为，保证合同与一般合同的成立要件并无不同，其必要条款分别是保证双方当事人、被保证的主债权种类和数额，缺少任一必要条款则保证合同不能成立。⁽²⁵⁾该观点所述的三个必要条款其实来自《合同法解释二》第 1 条最早创立的针对所有合同类型的统一列举式认定标准，而《民法典合同编通则解释》第 3 条则延续了这一认定标准。但问题在于，这种统一列举式认定标准是否合理，能否作为保证合同必要条款的认定标准？

我国《民法典》合同编基本延续了《合同法》的立法模式，虽然没有在条文中正面规定合同必要条款的认定标准，但最高人民法院的官方释义书和学者们通常认为，应从要约和承诺的有关规定中寻求合同必要条款的根本要求。具体而言，根据《民法典》第 472 条的规定，要约意思表示应当满足的条件之一便是“内容具体确定”，而从接下来《民法典》第 478 条和第 479 条的规定来看，承诺是受要约人同意要约的意思表示，不得对要约的内容作出实质性变更。那么只要要约内容具体确定，而受要约人也对此作出承诺，合同便可以成立。由此反推便是，《民法典》第 472 条关于要约应当“内容具体确定”的规定，实际上便是要求要约必须具备拟成立的特定合同类型

(24) 王洪亮：《论合同的必要之点》，载《清华法学》2019 年第 6 期，第 134 页。

(25) 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社 2020 年版，第 1305 页。

所应具备的要素⁽²⁶⁾，由此间接确立了合同必要条款的抽象认定标准。而在司法实践中，法官困扰于某些条款缺少的合同究竟能否成立，并对此产生了模糊甚至错误的认识⁽²⁷⁾，但是以要约的“内容具体确定”为核心构建的合同必要条款认定标准仍过于抽象，无法满足审判实践的需要。因此，《民法典合同编通则解释》第3条便试图构建合同必要条款的统一列举式认定标准⁽²⁸⁾，无论是何种类型的合同，其必要条款都是该条列举的“合同主体、标的和数量”。

但问题在于，抽象式认定标准和列举式认定标准的目的都是在于合同必要条款的认定，两者在认定方式上或许存在不同，但在本质上却不应该存在任何区别。通过对比可以发现，《民法典合同编通则解释》第3条中的“合同主体、标的和数量”并不能与《民法典》第472条中的“内容具体确定”划等号，前者的涵摄范围明显小于后者。后者位于《民法典》合同编的总则部分，其确立的抽象式认定标准可以适用于所有的合同类型，而《民法典合同编通则解释》第3条确立的列举式认定标准在适用范围上却并不能如此。

《民法典合同编通则解释》第3条中的三个条款其实只是买卖合同的必要条款，而在其他合同如服务合同中，数量条款就并不当然是必要条款。⁽²⁹⁾其实，按照最高人民法院官方释义书认为“标的”便是指标的物的理解⁽³⁰⁾，该条中的“标的”也并非所有合同类型的必要条款，因为并非所有的合同类型中都有标的物存在。例如，保证合同中虽存在保证人承担保证责任的给付行为，但保证合同却不像抵押合同或质押合同那样有抵押物或质押物这些合同标的物，那么所谓“主债权的数额”中的主债权便不是标的物，其中的数额就更不是标的物的数量。至于该条将“合同主体”也列为必要条款，则没有必要，因为当事人已有合意便必然有当事人。⁽³¹⁾从比较法上看，《瑞士债务法》第2条有关于合同必要之点的明确规定⁽³²⁾，我国台湾地区“民法”对此借鉴后在第153条第2款也作了基本相同的规定。⁽³³⁾不过，尽管两者在条文中都明确提及“必要之点”，但都没有通过列举的方式统一明确所有类型的合同应具备哪些必要之点。究其原因，无非是在于合同的必要之点因不同的合同类型而有所区别，并无法一一列举。因此，《民法典合同编通则解释》第3条基于买卖合同创建的合同必要条款的列举式认定标准其实并不能适用于所有的合同类型，而保

(26) 最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第63-64页；朱广新：《合同法总则研究》（上册），中国人民大学出版社2018年版，第166页。

(27) 最高人民法院研究室编著：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第15页。

(28) 罗昆：《鼓励交易原则的反思与合理表达》，载《政治与法律》2017年第7期，第32页。

(29) 王利明：《合同法通则》，北京大学出版社2022年版，第116页。

(30) 最高人民法院研究室编著：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2009年版，第15页。

(31) 程啸：《对〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》合同编通则部分的解释（征求意见稿）〉的若干意见》，载微信公众号“不动产法前沿”2022年11月14日，<https://mp.weixin.qq.com/s/LDvi7exkwxoAmiKSjTr71g>。

(32) 《瑞士债务法》第2条规定：“当事人对于必要之点意思表示一致，但对于非必要之点，未经表示意思者，应推定契约具有拘束力。关于非必要之点，当事人意思不一致时，法院应依行为性质裁判之。合同形式的条款除外。”

(33) 我国台湾地区“民法”第153条第2款规定：“当事人对于必要之点，意思一致，而对于非必要之点，未经表示意思者，推定其契约为成立，关于该非必要之点，当事人意思不一致时，法院应依其事件之性质定之。”

证合同正属于不能被适用的范围内。

三、保证合同必要条款的认定标准

既然通过“合同漏洞填补规则反向筛选”和“合同必要条款的统一列举式认定标准”相配合的做法并不能对全部的保证合同必要条款作出有效认定，那么便有必要进一步讨论对于保证合同必要条款的认定究竟应采取何种认定标准才较为合理。

通过上述分析来看，无论是《民法典》第 472 条中要求的要约“内容具体确定”，还是像瑞士和我国台湾地区那样直接在条文中明确提及“必要之点”，其实对于合同必要条款的认定都是采取抽象认定标准，本质上并无不同。就此而言，是否在立法条文或司法解释中明确“必要之点”或“必要条款”并不重要，重要的是应如何在理论上构建合同必要条款的认定标准，对于保证合同必要条款的认定当然也是如此。

理论上通常将合同内容划分为要素、常素和偶素：要素系构成合同内容必不可缺的元素，如买卖合同中的财产权转移及价金支付两项要素；常素在通常情形下虽构成合同的内容，但若除去该内容，合同的性质也并不受影响，如买卖合同中的瑕疵担保责任；偶素通常则是因当事人特以意思表示而被附加于合同内容中，如买卖合同中所附条件或期限。^{〔34〕}原则上，合同要素为必要条款，而合同常素或偶素则为非必要条款^{〔35〕}，但如果当事人特别注重某些常素或偶素时，两者也可成为必要条款，否则合同不得成立。^{〔36〕}具体而言，在当事人未特别剔除某些合同常素或增加某些合同偶素的情况下，合同要素作为客观必要条款，只要当事人在意思表示上就此达成一致，合同便可成立。但是，如果当事人双方或至少一方主张特别剔除某些常素或增加某些偶素的情况下，这些常素或偶素便已经成为主观必要条款，同作为客观必要条款的要素一样，非经当事人达成合意，合同不能成立。

沿着这种分析思路，便有必要将合同的必要条款分为客观必要条款和主观必要条款。对此进行划分的理论意义在于，两者的侧重点存在不同，前者侧重于结合合同具体类型对合同的要素进行判断，而后者则是侧重于结合当事人的意思表示对合同的常素或偶素进行判断。尤其是对于后者，其之所以在客观必要条款之外也可以成为合同的必要条款，完全是取决于当事人双方或至少一方对于合同的常素或偶素的特别关注。

对于主观必要条款的规定，在比较法上也并不罕见。我国台湾地区“民法”第 153 条第 2 款确立了这样的推定规则：如果当事人对必要之点合意，对非必要之点未经表示意思时，可推定契

〔34〕 孙森焱：《民法债编总论》（上册），法律出版社 2006 年版，第 27 页；韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 103 页；刘贵祥：《关于合同成立的几个问题》，载《法律适用》2022 年第 4 期，第 7 页。

〔35〕 郑玉波：《民法债编总论》（修订 2 版），中国政法大学出版社 2004 年版，第 36 页。

〔36〕 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 15 页。

约成立。⁽³⁷⁾之所以只是“推定”，是因为不排除主张合同不成立者对此进行推翻，而推翻的理由便是当事人在该具体交易背景下已经将原本的非必要条款（常素或偶素）作为了主观必要条款，非经当事人意思表示一致，合同不能成立。例如，买受人是为比赛活动而特别在出卖人处订制奖杯，出卖人的清偿期限便成为必要之点，若买卖双方对合同是否成立产生争议，买受人可通过证明当事人均知悉订购目的而疏于约定清偿期的，应可推翻契约成立之推定力。⁽³⁸⁾而在德国法上，《德国民法典》第154条和第155条也分别有公开不合意和隐蔽不合意的规定：前者所指的情形是，如果当事人没有就一方或双方认为有必要达成协议的各个方面达成协议，并且都进一步意识到该协议缺乏完整性，那么合同没有成立⁽³⁹⁾，因为基于私法自治原则，任何人都不应被迫订立一项内容并非在所有细节上都达成共识的合同⁽⁴⁰⁾；后者涉及的主要情形是，当事人以为合同是在双方完全协商一致的情况下缔结，但实际上他们并没有在所有要点上都达成一致，如果尚未达成协议的某一点对当事人来说是微不足道的，便可以认为合同仍是有效缔结，其目的是尽可能地维护合同效力。⁽⁴¹⁾上述两条其实已经隐含了对于主观必要条款仍须当事人达成合意的规定，前者所关注的是广义合意，一方当事人特别关注的事项构成其作出受约束缔约表示的前提；而后者则关注的是狭义合意，前述特别关注的事项此时构成当事人主观必要条款，优先于法定的兜底必要条款适用。⁽⁴²⁾

通过对比《民法典合同编通则解释》第3条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》（下称《民法典合同编通则解释（征求意见稿）》）及《合同法解释二》第1条的规定，可以从客观必要条款和主观必要条款这两个方面作如下分析。

第一，在关于客观必要条款的规定方面，统一列举式认定标准最终得以延续，但该标准是否应被作为绝对的标准，最高人民法院的司法态度前后出现了一番波折。具体而言，《合同法解释二》的条文表达是“一般应当”，而《民法典合同编通则解释（征求意见稿）》的条文表达是“应当”，《民法典合同编通则解释》的条文表达最终又回归到“一般应当”。上述条文表达的不同之处在于，“应当”意味着上述标准是绝对的标准，而“一般应当”则意味着上述标准通常是作为统一标准，但并非绝对，在个别合同类型中仍存在不同的认定标准。对于最高人民法院最终回归

(37) 我国台湾地区的民法学者普遍认为，该条文还可进一步延伸出的规范含义是：若当事人对契约必要之点及经意思表示的非必要之点皆合意的，契约成立；若当事人对契约必要之点不合意时，或者对必要之点合意，对非必要之点已表示不合意时，契约不成立。参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2022年版，第176页；陈自强：《契约法讲义I：契约之成立与生效》，台湾元照出版有限公司2018年版，第113页。

(38) 林诚二：《契约之成立与推定成立》，载《月旦法学教室》第82期，第11页。

(39) Wais, in Dannemann/Schulze, German Civil Code (BGB), § 154, Verlag C. H. Beck, 2020, p. 203.

(40) Busche, in: Münchener Kommentar BGB, Band 1, 9. Aufl. 2021, § 154 Rn. 1.

(41) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 4. Aufl. 1992, § 34, S. 634; Busche, in: Münchener Kommentar BGB, Band 1, 9. Aufl. 2021, § 155 Rn. 1.

(42) 王琦：《论合意成约：重构合同法上的合意制度——合同成立的一般理论》，载王洪亮等主编：《中德私法研究》（第18卷），北京大学出版社2019年版，第190-193页。

“一般应当”的条文表达方式，应持肯定态度。通过上文的理论分析不难发现，《民法典合同编通则解释》第3条确立的统一列举式认定标准根本无法适用于保证合同中必要条款的认定，这种“一般应当”的条文表达方式再次援引《民法典》第472条作为保证合同必要条款的规范依据提供了解释空间。

第二，在关于主观必要条款的规定方面，《民法典合同编通则解释（征求意见稿）》第3条第1款第2项新增主观必要条款的规定，并明确当事人一方若未与对方就此达成一致，或者双方明确约定须就该内容协商一致合同才能成立而事后无法达成合意的，合同并不能成立。换言之，只要当事人一方认为合同中的某个条款对其权利义务有实质性影响并希望与对方就此达成一致的，该条款便构成主观必要条款，只有双方就此最终达成一致，合同才能成立。其理论上的正当性正是在于私法自治原则，任何人都不应被迫订立一项内容并非在所有细节上都达成共识的合同。遗憾的是，正式通过的《民法典合同编通则解释》第3条对此并未予以保留，而是作了与《合同法解释二》第1条并无实质性区别的规定。不过，最高人民法院的官方释义书仍然对主观必要条款持肯定态度。⁽⁴³⁾在此情况下，不妨将《民法典合同编通则解释》第3条但书部分“当事人另有约定的除外”的规定作为主观必要条款的解释依据：如果双方约定将常素或偶素也作为主观必要条款的，非经双方达成一致，合同不能成立；即便只是当事人一方特别关注常素或偶素而主张将其作为主观必要条款的情形，此时同样需要当事人对此达成一致，合同才可以成立。

具体到保证合同当中，首先需要识别的是其客观必要条款，即依据《民法典》第472条识别哪些是保证合同法律关系具体确定所必不可少的要素。对于保证合同要素的识别，其实就是要判断哪些条款在客观上能够体现出保证合同的最本质特征，保证合同由此可具备最低限度的可履行性。就此而言，最能体现保证合同本质特征的无疑应是保证方式的确定。原因在于，当事人采取什么样的担保方式只能由当事人决定，法律并无法推定⁽⁴⁴⁾，只有确定了担保方式，才能进一步讨论该担保合同还需要哪些要素。在以往的理论讨论中，关于保证方式的认定往往被忽略，而仅仅关注对“主债权的种类和数额”或“主债权的种类”的讨论。实际上，即便是对于后者的讨论，关注的也应该是整个的主债权债务关系而非其中的主债权种类、数额。原因正如上文所提到的那样，仅凭主债权种类、数额无法确定具体的主债权债务关系，也就无法确定保证人的担保对象，保证合同当然不能成立。另外，上述保证合同必要条款所指向的保证方式条款和主债权债务关系条款其实也是保证合同书面形式在内容上最低限度的要求，至少具备这些保证合同条款才能够实现向保证人警示责任风险的目标。⁽⁴⁵⁾

在此基础上，应接着再考虑当事人在具体交易背景下将哪些常素或偶素也作为主观必要条款。

(43) 最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第62页。

(44) 杨会：《担保法》，北京大学出版社2017年版，第19页。

(45) 王蒙：《论保证的书面形式》，载《清华法学》2021年第5期，第46页。

但是，这种主观必要条款并不必然要有当事人的约定，只需要当事人一方通过明示或默示的方式向对方表示即可⁽⁴⁶⁾，正如《民法典合同编通则解释（征求意见稿）》第3条第1款第2项的规定。在上文所提到的案例中，债权人与保证人所作“除展期和增加债权金额外，主合同当事人协议变更主合同的，无须经过保证人同意”的约定，实际上已经通过反向排除的方式改变了法律关于借款用途条款的规定，该借款用途条款当然已经成为主观必要条款，并且当事人之间这种反向排除的约定仍然是一种明示方式。至于默示的表示方式，当事人虽然没有明确表达在客观必要条款之外将某些条款也作为主观必要条款予以协商，但结合当事人在合同项下的合同目的、背景等内容却可以推断出来。例如，某份保证合同上有多个“保证人”签字栏，而通过合同签订背景可推断出无论是债权人还是各个保证人都认可所有保证人应全部提供保证，否则保证合同不成立，事后如果不是所有保证人都签字，债权人也不得向已签字的保证人主张保证合同仅在双方之间成立。

四、保证合同必要条款的具体认定

保证合同主观必要条款的认定重在考察当事人双方或至少一方在合同签订的具体背景下是否有将除客观必要条款之外的其他条款也列为必要条款的意思表示，由于当事人一方的意思表示主观性较强，并不好泛泛地谈哪些条款属于保证合同主观的必要条款。因此，本部分关于保证合同必要条款的具体认定，其实主要是针对保证合同的客观必要条款。

（一）当事人确定以保证的方式提供担保

从上述裁判现状来看，识别当事人是否以保证的方式提供担保，最为关键的是其与债务加入及其他增信措施、其他典型担保合同之间的区分。如果当事人在保证合同中并未写明“保证”字样，便需要有相应的认定标准进行区分。

1. 保证与债务加入的区分

就保证与债务加入的区分而言，《民法典》并未规定区分规则，而《民法典担保制度解释》第36条也只是规定，如果当事人具有提供担保或债务加入的意思表示，可分别认定为保证和债务加入。但问题在于，如果当事人并未明确“保证”或“债务加入”的字样，如何判断当事人的意思表示就是保证或债务加入？各级法院在具体个案中所确立的认定标准，有的存在一定的合理性，有的则存在可进一步讨论的余地。

首先，以第三人所履行的债务与原债务是否存在同一性作为债务加入与保证的区分标准的的确具有一定的合理性。在这类具体个案中，保证人所履行的债务一般具有较强的独立性。例如，若保证人为其所承担的债务限定了不同于原债务的单独履行期限及债务范围等事项，可据此认定为债务加入。⁽⁴⁷⁾又如，若保证人承诺履行债务的前提并非债务人届期不履行债务，或者说根本没有

(46) 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第16页。

(47) 杜洪芳：《债务加入和保证的区分——潘某诉山东某公司、杨某合同纠纷案》，载微信公众号“山东高法”2022年3月11日，<https://mp.weixin.qq.com/s/vdVYcMpV1GKfgJd3sVW9rw>。

提及主债权债务情况，而是直接向债权人表明其还款安排，可认定为保证。^{〔48〕}其次，以第三人与原债务是否存在实质上的利益关系作为债务加入与保证之间的区分标准未必合理。尽管相较于保证，第三人在债务加入中承担更为严格的责任，在实践中也确实往往都是在第三人与原债务存在实质上的利益关系时，第三人才会选择通过债务加入的形式为债权人债权的实现提供这种更高层次的保障。但这并非绝对，即使第三人与原债务并不存在实质利益关系，也完全有可能提供债务加入而非保证。^{〔49〕}例如，第三人出于对债务人偿债能力的信任为其提供保证，那么同样可能因此提供债务加入。最后，第三人与原债务人承担责任是否存在明显的履行顺位仅可以作为债务加入与一般保证的区分标准，却不能有效地区分债务加入与连带责任保证。^{〔50〕}例如，如果第三人与债权人约定其承担责任的前提是原债务人届期不能履行债务，那么这可以很明确地直接认定为一般保证，但是如果双方仅约定第三人承担责任的前提是原债务人届期未履行，也可以很容易地判断这种约定不是一般保证，但是却无法以此区分连带责任保证与债务加入。

值得注意的是，在当事人未明确表明合同的保证属性的情况下，尽管如上述个案中那样能够有一些认定标准将债务加入和保证进行区分，但由于当事人之间约定或语义的模糊性，存疑的情况在所难免，最后仍须运用存疑推定规则。^{〔51〕}对此，《民法典担保制度解释》第36条第3款基于《民法典》已经由注重对债权人保护向平衡债权人和担保人的利益转变的立场^{〔52〕}，在确实无法识别当事人意思表示的情况下，作出了存疑推定为保证的规定，值得肯定。

2. 保证与债务加入以外的其他增信措施的区分

学者们对于增信措施的法律性质认定存在不同的认识：有观点认为，保证并不属于增信措施，债务加入、第三方差额补足、流动性支持等则属于增信措施，并且第三方差额补足、流动性支持等增信措施在法律定性上既不同于保证也不同于债务加入，而应认定为非典型保证。^{〔53〕}另有观点认为，差额补足承诺、流动性支持等增信措施应该是实质意义上的，如果其约定内容符合债务加入或保证的，便不应列入差额补足承诺、流动性支持等增信措施的讨论范畴内。^{〔54〕}在如此划分的基础上，增信措施中的差额补足承诺应认定为非典型保证，而增信措施中的流动性支持在多数情况下应由法律行为制度和合同编总则调整，在少数情况下可类推适用保证制度的相关规定。^{〔55〕}还

〔48〕北京市第三中级人民法院民事判决书，（2018）京03民终8206号；浙江省丽水市中级人民法院民事判决书，（2018）浙11民终84号。

〔49〕王利明：《论“存疑推定为保证”——以债务加入与保证的区分为中心》，载《华东政法大学学报》2021年第3期，第12页。

〔50〕夏昊晗：《债务加入与保证之识别——基于裁判分歧的分析和展开》，载《法学家》2019年第6期，第107页。

〔51〕王利明：《论“存疑推定为保证”——以债务加入与保证的区分为中心》，载《华东政法大学学报》2021年第3期，第17页；刘保玉、梁远高：《民法典中债务加入与保证的区分及其规则适用》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2021年第4期，第124页；陈兆顺：《论债务加入与连带责任保证的区分——以〈民法典〉第552条为分析对象》，载《中国应用法学》2021年第6期，第55页。

〔52〕最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第343页。

〔53〕刘保玉、梁远高：《“增信措施”的担保性及公司对外担保规则的适用》，载《法学论坛》2021年第2期，第99页。

〔54〕崔建远：《论人的担保的新类型》，载《甘肃社会科学》2022年第1期，第64、66页。

〔55〕崔建远：《论人的担保的新类型》，载《甘肃社会科学》2022年第1期，第60页。

有观点认为，如果差额补足、流动性支持等增信措施中保证或债务加入的意思表示明显，当然应适用保证或债务加入的规则，但如果没有这种意思表示便应认定为无名合同。⁽⁵⁶⁾

尽管上述观点对于增信措施范畴的界定存在分歧，但讨论的问题最后却都是集中于既不属于保证也不属于债务加入的增信措施在法律性质上应如何进行定性。对此，上述第一种观点给出的解决方案是将其认定为非典型保证，上述第三种观点给出的解决方案却是将其认定为独立的无名合同。上述第二种观点并非一刀切地作出认定，而是主张差额补足承诺和少数情况下的流动性支持应认定为非典型保证，而多数情况下的流动性支持应认定为独立的无名合同。

上述第一种观点反对将上述增信措施认定为独立的无名合同的主要理由在于，若如此认定将无法有效抑制当事人刻意的法律规避行为。⁽⁵⁷⁾例如，《中华人民共和国公司法》第16条出于对股东利益的保护，要求公司对外提供担保时应由公司决议，如果将上述增信措施认定为独立的无名合同便意味着事实上架空了上述规定的立法目的。但实际上，即使第三种观点倾向于作独立的无名合同认定，也并未否认该无名合同的担保功能，并且认为该无名合同应在担保主体资格、合同书面形式、公司对外担保规则等方面可类推适用保证的相关规则。⁽⁵⁸⁾相较于第二种观点，第一种观点似乎也无法对所有增信措施类型作出准确认定，上文中谈及的两个案例便可对此形成有力印证。在第一个案例中，第三人是针对案涉信托计划出具差额补足承诺，而并非针对案涉信托贷款合同⁽⁵⁹⁾，这便意味着差额补足协议中的债权人与信托贷款合同中的债权人并非为同一人，很难将该差额补足协议认定为非典型保证。在第二个案例中，虽然差额补足承诺人的债权人与债务人的债权人为同一性，但两者所负义务却是属于并列的、选择行使的关系。⁽⁶⁰⁾这种并列关系其实是一种反向并列关系，而差额补足承诺人的义务之所以会和债务人的义务呈现并列，是因为其自我创设了不同于债务人的义务。具体而言，在满足A条件的情况下，债务人才对债权人承担责任，那么在未满足A条件的情况下，债务人便无须向债权人承担任何责任，而差额补足义务人自愿在未满足A条件的情况下向债权人承担责任，属于其自我创设的义务，很难说其自我创设义务的目的是为主债务人的义务提供担保。至于第三种观点，其与第二种观点在本质上并无不同。所谓非典型保证合同其实也是无名合同，第三种观点之所以主张对差额补足承诺和少数情况下的流动性支持进行非典型保证的认定，是在于对类推适用保证规则的强调，而这在第二种观点看来，亦并未否认，而是对此同样持肯定态度。此外，这两种观点也同样都认为，有些增信措施就是单纯的独立的无名合同，并无类推适用保证规则的空间。

关于增信措施在法律性质上的认定，《民法典担保制度解释》第36条显然是采纳了上述第二

(56) 朱晓喆：《增信措施担保化的反思与重构——基于我国司法裁判的实证研究》，载《现代法学》2022年第2期，第150页。

(57) 刘保玉、梁远高：《“增信措施”的担保定性及公司对外担保规则的适用》，载《法学论坛》2021年第2期，第103页。

(58) 朱晓喆：《增信措施担保化的反思与重构——基于我国司法裁判的实证研究》，载《现代法学》2022年第2期，第150页。

(59) 广州市中级人民法院民事判决书，(2020)粤01民初725号。

(60) 最高人民法院民事判决书，(2018)最高法民终127号。

种观点，将增信措施在整体上视为一种交易安排，然后再进行具体认定。上述观点的划分依据并无优劣之分，只不过是第二种观点的划分更易于实践运用，而另外两种观点的划分则是更易于在理论上集中于对问题的探讨。不过，《民法典担保制度解释》第36条令人感到遗憾的地方在于，其没有进一步明确即使将某些增信措施认定为独立的合同关系，只要该独立的合同关系具有担保功能，就可以参照适用保证合同的相关规则。

3. 保证与其他典型担保合同的区分

以抵押合同为例，《民法典》第400条第2款列举了抵押合同一般包括的条款，其中“担保的范围”“债务人履行债务的期限”可分别依据《民法典》第389条、第511条第4项进行合同漏洞填补。因此，就《民法典》第400条第2款所列举的这些条款而言，仅“被担保债权的种类和数额”“抵押财产的名称、数量等情况”属于客观必要条款。相较于《民法典》第684条所列举条款中的必要条款而言，“抵押财产的名称、数量等情况”便成为识别保证合同与抵押合同的明显特征。但正如上文所梳理的案例中的情形，如果当事人在合同中已经明确抵押人以名下全部财产提供抵押担保，但没有对抵押财产的具体情况进行说明的，应对该合同的担保形式作何种认定？

根据《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》（法释〔2000〕44号，已废止）第56条第1款的规定，如果抵押合同对抵押财产没有约定或者约定不明，并且根据主合同和抵押合同不能补正或者无法推定的，抵押不成立。对于“抵押不成立”的理解，该条文的起草者认为，抵押物的名称等具体情况不能推定，若当事人事后没有补正的，抵押合同不能成立。⁽⁶¹⁾但问题在于，抵押合同不能成立是意味着抵押人不用承担任何民事责任，还是说有可能认定为其他担保形式？有观点认为，抵押合同不成立，抵押人将不用承担民事责任。⁽⁶²⁾另有观点认为，虽然不能成立抵押，但符合保证合同的相关规定，抵押人应承担保证责任。⁽⁶³⁾还有观点认为，将上述约定解释为保证合同需要该约定与其他条款并不冲突，并且需要债权人在诉讼请求中坚持该合同为保证。⁽⁶⁴⁾而从上文所梳理的裁判现状来看，都各有支持的裁判观点。

结合其他担保形式中的必要条款来看，当事人的上述约定即便不能成立抵押合同，也并未意味着抵押人不用承担任何民事责任，而是可以在符合其他担保形式必要条款的情况下认定抵押人应承担其他担保责任。从形式上看，存在将其认定为动产浮动抵押合同和保证合同的可能性，至于应将其认定为哪一种合同更为合理，还需要作进一步的实质判断。

有观点认为，对于当事人仅笼统以名下全部资产设定抵押的，不宜将其认定为动产浮动抵押，因为这种描述过于笼统以至于到抵押权实现时也无法将动产的范围最终确定，而且这种描述也不

(61) 李国光等：《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〉理解与适用》，吉林人民出版社2000年版，第215页。

(62) 曹士兵：《中国担保制度与担保方法》（第4版），中国法制出版社2017年版，第205页。

(63) 牛兆祥、姜丽丽：《以不特定的个人资产作抵押为债权提供担保属于保证》，载《人民司法》2012年第16期，第26页。

(64) 曹明哲：《全部财产抵押的性质与效果》，载《人民司法》2020年第20期，第80页。

能有效地向第三人披露担保信息，从而使登记的意义丧失殆尽。⁽⁶⁵⁾但实际上，我国《民法典》第396条对于动产浮动抵押在抵押物的范围上有着严格限制，即使当事人约定以名下全部资产提供抵押担保，也只能是在生产设备、原材料、半成品、产品等动产范围内设立，这在抵押权实现时并非不能特定，而第三人也可以根据登记得知抵押人已经将名下的这些限定种类的动产抵押给债权人，并未危害交易安全。⁽⁶⁶⁾在抵押人约定以名下全部资产提供抵押的相关案例中，大多是事后并未就此办理抵押登记，《民法典担保制度解释》第54条第3项将《民法典》第403条“未经登记，不得对抗善意第三人”中“善意第三人”的范围进一步细化，将特殊情形下的善意债权人也包括在内，可以说是对第三人的利益进行了更高层次的保障。在此情况下，虽然当事人并未就此办理抵押登记也可依据《民法典》第403条的规定享有抵押权，但这种抵押权人既不能对抗与抵押人存在交易关系的第三人，也不能对抗已对抵押物进行查封的普通债权人，并且这种抵押权的效力范围也仅限于抵押人名下的上述动产，其实际上的效力其实已经不如保证。但无论如何，当事人所订立的合同中毕竟是以“抵押”的字样明确了担保形式，在能够将其认定为抵押的情况下，便应优先将其认定为抵押而非保证。况且，多数情况下，当事人之间还会在合同中约定一些抵押专有条款，并非简单地仅约定抵押人以名下全部财产提供抵押⁽⁶⁷⁾，这也对将此种合同解释为保证合同造成障碍。

值得注意的是，有学者认为，因未办理抵押登记而导致抵押权无法设立的，抵押合同可以被认定为非典型保证合同。⁽⁶⁸⁾但这种观点所适用的情形是，抵押物在合同中已经是具体特定的，并不存在将其解释为浮动抵押合同的可能，这不同于抵押人约定以名下全部财产提供抵押的情形。在抵押物已经具体特定而当事人又未办理抵押登记的情况下，若无其他无效事由，该抵押合同当然是有效的，尽管不符合保证合同要求保证人以名下全部财产提供担保的本质特征，但认定为担保人是以下限定财产为限提供担保的非典型保证存在一定的合理性。

（二）确定的主债权债务关系

尽管根据《民法典》第681条的规定，保证合同是“为保障债权的实现”所订立的合同，但第682条第1款亦明确规定“保证合同是主债权债务合同的从合同”。因此，更确切地说，保证合同的根本目的应当是为了保障主债权债务合同项下主债权的实现。既然如此，成为保证合同必要条款的应当是确定的主债权债务关系，而并非仅仅是确定的主债权债务关系中主债权的种类或数额。

(65) Lissa Lamkin Broome, *Supergeneric Collateral Descriptions in Financing Statements and Notice Filing*, 46 *Gonzaga Law Review* 447, 452 (2010); 谢鸿飞:《担保财产的概括描述及其充分性》,载《法学》2021年第11期,第113页;张梦奇:《概括性抵押条款的认定——基于裁判分歧的分析》,载《中国海商法研究》2020年第2期,第33页。

(66) 李敏:《论我国浮动担保制度的系统性完善——以适用实况为切入点》,载《法学》2020年第1期,第64页。

(67) 曹明哲:《全部财产抵押的性质与效果》,载《人民司法》2020年第20期,第80页。

(68) 刘保玉:《论“区分原则”在担保合同效力认定中的应用》,载《北京仲裁》2016年第3期;石冠彬:《民法典应明确未登记不动产抵押合同的双重债法效力——“特定财产保证论”的证成及展开》,载《当代法学》2020年第1期。

另外，结合对上述裁判观点的梳理来看，除主债权种类或数额外，主债权人和债务人的身份也需要当事人对此进行事先明确。原因在于，如果只是有主债权的种类或数额，而没有主债权人和债务人的身份，便无法明确是哪两个主体之间的债权债务，保证合同的目的也就不能具体特定，保证合同最终会因缺乏合同根本目的而无法成立。这也是保证合同从属性特征的必然要求，只有确定了主债权人身份，才可以判断保证合同中的债权人与主债权债务关系中的债权人是否为同一人。

至于主债权数额能否因主债权种类的确定而确定，在上述理论观点中对此持肯定态度的最有力理由在于，主债权种类非经当事人明确则无法确定，而主债权数额则可以通过主债权种类的确定而确定。的确，如果在债权人与主债务人之间存在两笔不同种类的债权债务关系（如买卖合同关系和租赁合同关系），只要在债权人和保证人所签订的保证合同中可以明确主债权种类，便意味着主债权数额的确定。

尽管如此，该情形中主债权数额的确定也并非仅仅是因主债权种类的确定而确定，而是因为债权人与主债务人之间的债权债务在数量上仅存在两笔，只要确定其中一笔，另外一笔便可以确定。而在上文所梳理的案例中也可以发现，在当事人没有明确写明主债权数额的情况下，主债权数额的确定并非仅依据主债权种类，而是需要结合如时间范围等其他因素才可以进行判断。即便是在合同订立时对主债权数额的要求较为缓和的最高额保证合同中，其主债权数额的最终确定也并非仅依据主债权种类，而重点是结合《民法典》第 690 条第 1 款中的“最高债权额限度内”和“一定期间”将主债权数额最终特定化。因此，主债权数额也应当是保证合同的必要条款，其并不能因主债权种类的确定而确定。

因此，主债权债务关系条款应至少包括当事人是以保证的形式提供担保、主债权人和主债务人身份、主债权种类和数额等内容，缺少其中任何一项内容都会导致保证合同因主债权债务关系不完整而无法成立。

五、结语

合同漏洞填补规则确实可以起到反向筛选保证合同必要条款的功能，但这需要依靠其他认定标准已经将保证合同的必要条款筛选出来为前提，可《民法典合同编通则解释》第 3 条确立的统一列举式必要条款认定标准，只是以买卖合同为原型构建的，并无法适用于保证合同必要条款的认定。而且，该标准更大的问题在于，其恰好只能在《民法典》第 684 条所列举的保证合同条款范围内发挥作用，但是该条列举的条款所隐含的前提是已经假设了保证合同的当然存在。但在司法实践中，担保人是否以保证的形式提供担保、主债权人和主债务人身份是否确定等都是能否识别保证合同与其他合同相区分的关键因素，而且当事人双方或至少一方也有可能将其他某些条款作为主观必要条款予以磋商，可依据上述漏洞填补规则和统一列举式必要条款认定标准在《民法典》第 684 条所列举条款范围内进行认定却只能得出保证合同的必要条款仅有“主债权的种类、数额”的结论，这显然并不妥当。

因此，我们不能将《民法典》第 684 条理解为封闭式规定，而应充分认识到该条所列举条款后“等条款”的重要性。通过该兜底规定，便可以《民法典》第 472 条为规范依据将其与《民法典》第 681 条（保证合同定义）、第 682 条（保证合同从属性）等能够体现保证合同本质特征的相关规范相衔接，从而得以认定能够体现出保证合同本质特征的客观必要条款；在此基础上，还须进一步结合当事人双方或至少一方是否通过意思表示将保证合同客观必要条款之外的其他条款作为主观必要条款予以考虑。

On the Necessary Terms of Guarantee Contracts

—Commenting on Article 3 of the *Interpretation of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Application of the General Provisions of the Contract Part of the Civil Code of the People’s Republic of China*

LIU Lei

Abstract: Through the contract loophole filling rules and the original *Interpretation on Contract Part in the Civil Code* of Article 3 established a unified enumeration of the necessary terms of the standard from the *Civil Code* in Article 684 of the enumeration of the necessary terms of the contract of suretyship must be filtered out only “the category and amount of the principal obligation secured by the suretyship”, but this is not all the necessary terms of the guarantee contract. The necessary terms of the guarantee contract can be divided into the objective necessary terms and subjective necessary terms. The objective necessary terms of the guarantee contract should include the guarantee mode and the main main creditor’s rights and debts terms. The former requires that it be clear that the party is providing security in the form of a guarantee, the latter need to clarify the identity of the main creditor and the main debtor, the type and amount of principal claims guaranteed. The subjective necessary terms of the guarantee contract, need to be based on whether either party has express or implied intention to guarantee the contract in addition to the objective necessary terms of the other provisions are also listed as necessary terms to judge.

Keywords: Guarantee Contract; Necessary Terms; Main Creditor’s Rights and Debts; Type of Guarantee; Contractual Loophole

（责任编辑：王乐兵 汪友年）