

高等学校法学专业
研究生教学用书

证券法专题研究

Special Research on
Securities Law

陈甦 主编



高等学校法学专业
研究生教学用书

证券法专题研究

Special Research on
Securities Law

陈甦 主编

撰稿人（以撰写章节先后为序）

陈甦 谢增毅 陈洁 姚德年

 高等教育出版社

内容提要

本书是专为法学专业研究生所写的一部研究性的教科书。作者在总结当前证券法理论研究成果的基础上,结合我国证券法律制度和证券市场运行与发展的实践,对我国证券法领域诸多重大理论和实践问题,进行了深入的研究和系统的阐述;力求做到内容的均衡性,既对证券法基本理论进行研究论述,又对当前证券市场重大实践问题给予法律分析;既涵括当前证券法研究的重点与热点,也选择一些被忽略却重要的专题进行开拓性研究;在侧重于专题研究的基础上,兼顾研究专题范围的系统性以适应教学的需要,使各个研究专题在我国证券法律制度体系结构中适当分布,涉及诸如证券发行与交易制度、信息公开制度、证券交易所制度、证券公司制度、证券市场监管体制以及证券法律责任制度等方面的内容。在研究专题的论证过程中,注意充分介绍各家观点以反映证券法理论的研究现状,并在阐述作者观点的前提下,为读者提供值得思考与回答的问题。

图书在版编目(CIP)数据

证券法专题研究/陈甦主编. —北京:高等教育出版社,2006.7
ISBN 7-04-018342-0

I. 证... II. 陈... III. 证券法-研究-中国
IV. D922.287.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第060135号

策划编辑	吴勇	责任编辑	曾敬	封面设计	刘晓翔
版式设计	史新薇	责任校对	王效珍	责任印制	毛斯璐

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街4号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	http://www.hep.edu.cn
总 机	010-58581000		http://www.hep.com.cn
		网上订购	http://www.landaco.com
经 销	蓝色畅想图书发行有限公司		http://www.landaco.com.cn
印 刷	北京未来科学技术研究所 有限责任公司印刷厂	畅想教育	http://www.widedu.com
开 本	787×960 1/16	版 次	2006年7月第1版
印 张	21	印 次	2006年7月第1次印刷
字 数	350 000	定 价	33.20元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 18342-00

“高等学校法学专业研究生教学用书”

编 委 会

主 任 朱 勇

副 主 任 (按姓氏拼音排序)

卞建林 陈兴良 韩大元

编 委 (按姓氏拼音排序)

卞建林 陈兴良 高晋康 韩大元

李曙光 刘宪权 孙宪中 许章润

执行编委 李曙光 王卫权

理性与经验的结合(代总序)

研究生教育以个性化培养为主体。导师通过理论前沿介绍、学术观点比较、课题研究指导等方式,实现对于研究生学习能力、研究能力、创新能力的培养和塑造。研究生阶段的教育,也需要对于学科领域中一些重要的基本理论和学术观点进行介绍和评析。对于某些重要的学术专题,尤其需要拓宽视野,加深理解,在广度和深度上区别于本科层次的学习。就教学活动而言,导师对于研究生的培养更多地依靠导师自身的学术经历和学术心得,依靠导师的学术预测和学术展望。而这些,主要是导师的经验性总结和经验性预期。随着学术自身的发展和社会对于人才培养新的需求,研究生培养在经验性指导的同时,也越来越多地需要理性的设计。一部既能够深入介绍本学科重大理论问题、又能集中反映本领域学术前沿观点的教材,无疑能够适应研究生教学中经验、理性的双重需求。

2002年我们在京的几位长期从事法学专业研究生教学与培养的导师们闲议此事,逐步达成共识。而这一想法,与高等教育出版社几位学者型出版家一拍即合。在高等教育出版社的支持下,我们确定了法学专业研究生系列教材的编写方案和编写计划。

本系列教材,首先是对于法学专业研究生教学、培养进行理性设计的产物。研究生教育,属于高等教育体系中的精英教育。经过法学专业研究生阶段的学习,受教育者应该对于法学这一博大精深的学科体系有着良好的宏观把握;对于主攻领域,则应掌握学科前沿,了解学术争论。与此同时,还应该体会学习方法,冶炼研究能力。着眼于此,本系列教材选取相关学科领域的基本理论问题和重要学术观点,从拓宽视野、发掘深度两个方面,建构框架,展开内容。

本系列教材,也是对于法学专业研究生教学、培养的经验性概括与总结。教材编写者长期从事研究生教学、培养活动,形成丰富而且卓有成效的经验。从学术观点的凝练、到研究课题的指导,从学术难点的化解、到学术争论的评点,已经固化的研究思路作为一种学术经验,在学术活动中起到令人叹为观止的效能。经验总是因人而异,但学术领域中的经验,能起到激发灵感、启迪思路的作用。本系列教材是作者们丰富教学经验的结晶,在处理学术重点、热点、难点、疑点问题等方面,具有重要的参考价值。

理性与经验的结合,这就是本系列教材的鲜明特点。我们希望它对于法学专业研究生教学和培养起到积极作用。注重个性培养,但不失共性塑造;注重经验指导,但不失理性设计。我们期待着法学专业研究生带着更加合理的知识结构和更加坚实的理论基础、更加科学的研究方法和更加出色的研究能力跨出校门,走向社会。

“全国高等学校法学专业研究生教学用书”编委会

2005年6月

目 录

第一章 证券法上的证券及其确定机制研究	1
第一节 权利证券化及其条件	1
第二节 民法上证券的概念和法律功能	5
第三节 证券法上证券的类别、特性及范围	14
第二章 证券法的定性研究	24
第一节 证券法的意义和功能	24
第二节 我国证券立法进程分析	29
第三节 证券法的性质与地位	39
第四节 证券法与公司法的关系	44
第三章 证券法的宗旨与基本原则研究	51
第一节 证券法宗旨	51
第二节 证券法基本原则	57
第四章 证券市场运行的法律规制研究	76
第一节 证券发行的法律规制	77
第二节 证券上市的法律规制	88
第三节 证券交易的法律规制	92
第五章 信息公开制度研究	104
第一节 信息公开的作用与特性	104
第二节 信息公开义务的性质与责任主体	112
第三节 信息公开的基本原则	119
第六章 上市公司收购的制度研究	127
第一节 上市公司收购的意义	127
第二节 上市公司收购制度的立法取向和目的	134
第三节 上市公司收购的规制措施	143
第七章 证券交易所的结构与功能研究	155
第一节 证券交易所的功能和市场地位	155

第二节 证券交易所组织结构与我国的制度选择	164
第三节 证券交易所自律与政府监管的协调	173
第八章 证券公司法律制度研究	178
第一节 证券公司监管模式的演进	179
第二节 证券公司主要业务的制度分析	184
第三节 证券公司运行的法律监管	195
第九章 证券市场监管体制研究	203
第一节 证券监管理念及实现机制分析	203
第二节 证券市场监管体制的基本结构	214
第三节 证券监管中的行政责任制度	222
第十章 内幕交易的法律规制研究	231
第一节 禁止内幕交易的必要性	231
第二节 内幕交易的构成分析	240
第三节 规制内幕交易的制度措施	246
第十一章 操纵市场的法律规制研究	254
第一节 操纵证券市场行为的性质	254
第二节 操纵市场行为的构成与表现	260
第三节 严格禁止操纵市场的制度措施	267
第十二章 证券民事责任制度研究	273
第一节 证券民事责任的概念与特征	274
第二节 证券民事责任的典型——虚假陈述的民事责任	281
第三节 证券侵权责任中因果关系的推定	287
第十三章 建构证券市场诚信体系的法律机制研究	301
第一节 诚信体系是证券市场文明的核心	302
第二节 证券市场诚信体系的结构	308
第三节 证券市场诚信的实现机制及其法制措施	314
后记	325

第一章 证券法上的证券 及其确定机制研究

顾名思义,所谓“证券法”,乃是调整因“证券”的使用(包括发行、持有、交易等)而形成的各种社会关系的法律规范的总和。因此,要了解和分析证券法,首先必须了解和分析证券概念。如果不明了证券概念的内涵与外延,那就失去了掌握证券法理论的知识体系的概念基础。就目前的证券法研究状况来看,证券法所规制的证券性质与范围似乎已是不证自明的理论常识,而极少成为专门深入研究的对象。然而,证券法研究领域的许多问题仍需以证券概念的界定作为分析论证的出发点,例如,证券法适用范围的确定,须以证券法上的证券与一般民法上的证券的联系与区别为逻辑前提;证券法的目的是通过规范证券市场秩序以建立公正的证券价格形成机制,以此来保护证券投资者的权益,因此,证券法制度体系的建构必须适应证券价格形成机制的运行规律,而这须以证券法上证券的特性及其市场表现与功能为基础,甚至证券纠纷的解决,也要以证券法上证券的价值与价格关系的市场表现为依据。因此,分析研究证券法上的证券及其确定机制,是研究证券法理论的逻辑起点。

第一节 权利证券化及其条件

一、权利证券化的意义

所谓“权利证券化”,是指将特定民事权利以法律规定的方式记载于特定证券载体之上,由此构成法律上的证券,并将该特定证券作为特定民事权利的代表物,即在通常情形中,在法律上将该特定证券视为其上记载的特定民事权利本身,或者说,将特定民事权利予以客体化为具有物质外观的书面凭证。

自人类的社会生活发展到有必要以法律区分、确定和保障经济上的权利义务以来,特定主体在法律意义上的财产权利,^①在技术上通常要以

^① 因证券上记载的民事权利通常是财产权利,本部分以财产权利的证券化为例说明权利证券化。

某种可为其他社会成员识别的信息载体体现出来,而不单纯地依赖于特定权利主体的自我内心确认。因为法律对财产权利的确认与保障,是一种社会性的确认与保障,而权利能够被确认和保障的技术前提是该权利能够被识别,只有权利能够被识别,然后才能谈得上权利被确认和保护的问题。法律存在与发挥作用的意义与结果之一,在于其所确认和保障的财产权利必须是可以强制执行的权利,而权利的可强制执行性首先依赖于权利的可表述性和可证明性,因此让财产权利附于某种可为社会识别的信息载体就是十分必要的了。迄今为止,土地上的界石,特定场合的宣称或特别仪式,牲畜身上的烙印等等,都是历史上曾使用并且其中有些在今天仍能为我们所见到的财产权利凭证。纸张的发明与广泛使用,使以文字记载权利内容的书面形式成为财产权利的可靠而便利的信息载体。

权利证券化首先大大提高了经济活动的交易安全。持券人持有证券,便拥有证券上的权利即证券权利。由于证券本身与其上的权利结合在一起,意味着证券本身的所有权与证券上记载的权利结合在一起,拥有证券本身的所有权即拥有证券上记载的权利,例如某人拥有特定股票的所有权,意味着该人就拥有了股票上记载的特定股份公司的股权。因此,在通常情况下,有关证券的法律是通过确认证券所有权的归属,来认证券上所记载权利的归属,所谓“持券人”,就是指持有证券并拥有证券所有权的人,因而也就是证券上所记载权利的主体。无论是记名证券还是无记名证券,对证券权利人的确定都是一种推定,即在没有相反证据的情况下,按法定方式持有证券的人推定为证券权利人。在诉讼过程中,如果没有足够的相反证据,证券作为孤证足以证明证券权利归属于持券人。证券作为要式凭证的意义,也在于保证交易安全。证券必须采取书面形式,使证券所代表的民事权利的内容确实无疑,便于持券人即证券权利主体主张权利。证券必须按照法律规定记载必要事项,可以使证券权利的内容系统完整,特别是发行人的义务事项记载完全,避免当事人之间因记载事项不全而产生纠纷,确保持券人实现其证券权利的确定性。

权利证券化还大大提高了经济活动的交易效率。证券作为书面的要式凭证,首先有利于提高交易效率。由于证券是要式凭证,便于对证券的识别,即当事人在经济生活中,可以很容易从众多的书面凭证中识别出具体证券,并且很容易识别出具体证券的名称、其上权利的性质。由于证券是要式凭证,其上权利内容已经被固定化,在移转证券权利时,当事人之间只需对证券价格即移转证券权利的对价进行讨价还价,只要对证券价格达成一致即可转让证券,而对证券权利的其他内容不需再行谈判协商。在持券人实现证券权利时,义务人只需判明证券的真假和持券人对证券

的持有方式,即可决定是否履行义务。持有证券而主张权利时,具有权利提示简捷性的特点。持券人行使权利只需以持有证券为必要,在行使权利时,持券人只需向义务人提示证券即可明确表明其权利,甚为简便。民事权利与作为其载体的书面凭证相结合,目的还在于流通的需要。除了法律有特别规定者以外,证券以自由流转为原则。由于证券本身与其记载的民事权利密切结合,证券的移转代表着证券上所记载的特定民事权利的移转,因此证券的流通即产生证券权利移转的法律效果。证券作为流通凭证,可以使证券权利的转让不受义务人同意的限制,可以省略转让权利时实地交付标的物的麻烦,可以使有期限的证券权利在到期之前就可以实现其价值,也可以通过流通使任何性质的证券权利随时变现。以上这些证券特性的运用,都无疑会提高与使用证券有关的经济活动的交易效率。

证券与一般的记载财产权利的书面凭证相分离而成为独特的法律文书,其演变过程是与商品经济的发展相联系的。从历史上看,证券是商品经济发展到一定阶段的产物,而证券一经产生,就渐次成为便于商品经济运行的重要手段。证券中的重要一类——票据,就完全因当时当地商品流通的需要而产生。我国唐代的“飞钱”,宋代的“便钱”、“交子”,即类似于今天的汇票。古罗马时期的“自笔证书”即类似于今天的本票。在12世纪的意大利商人之间流行的一种兑换证书,即成为现代意义的票据的起源。^①到了近代资本主义时期,商品经济的迅速发展使证券制度得以丰富和健全。股份有限公司的出现,使资本主义经济的发展有了奇妙的组织体,并导致了股票和公司债券的出现,(其中股票的出现,使一直作为财产权利载体的证券亦可作为社员权的载体),至此形成了延续至今的证券体系中有价证券的两大主干——货币证券和投资证券。货币证券(各种票据)为商品的流通提供了有效的工具,投资证券(股票和债券等)则为资本的积聚和流转提供了有效的手段。时至今日,在经济领域及日常生活中,证券无处不在,成为人们社会经济活动不可或缺的工具或手段。

二、权利证券化的条件

(一) 商品经济运行的客观需要

在商品经济的发展初期,以物易物、即时清结的商品交换方式在法律

^① 关于票据形成与发展的历史,可参见王小能编著的《票据法教程》,北京大学出版社1994年版,第15~20页。

关系上的一般表现,是同一权利的成立与实现以同时同地同人的方式完成。随着商品经济的发展,商品的交易方式呈多样化和复杂化,在商品经济活动中,同一权利的成立与实现,出现了不同时、不同地、甚至不同人的情形。比如,在远期付款的交易中,卖方的收款权利须在成交后的一定期限才能实现;在汇兑关系中,汇款人一地取得的收款权利要到另一地实现;而在票据关系中,在法律关系设立时为一人确定的权利,有可能因权利的移转而由另一个人实现。因同一权利的成立与实现存在不同时、不同地、不同人的情况,在特定权利的成立与实现过程中,维持该项权利内容的确切性、权利证明的准确性和权利实现的便捷性,是十分必要的,证券由此应运而生。将特定的民事权利明确记载于书面凭证上,以对该书面凭证的持有与移转代表民事权利的拥有和移转,无疑极大地方便了权利的实现,进而方便了商品交易活动。到了近代资本主义时期,商品经济有了迅速的发展,在经济活动中出现了交易标准化和规模化的趋势,证券的功能得到进一步发展,使用证券的领域进一步扩张。诸如通过事先印制标准化的车票来进行大规模的铁路旅客运输业务,通过发行标准化的股票为股份有限公司进行大规模的筹资等,都是证券适应经济活动标准化、规模化的例证。

(二) 对民事权利本质认识的深入

权利的证券化依赖于对民事权利性质的理性认识。当社会的发展使人们能够把民事权利与其客体相区别时,人们便把民事权利从行为事实中分离出来。证券的存在,实际上是对权利的抽象描述的具象化,是法律关系主体对特定民事权利的主观确认的客观化。只有承认人们拟制的权利可以是一定条件下的独立客观存在,我们才可以把证券看作是特定民事权利的代表。当经济的发展又需要在一定情形下将民事权利的设立主体与实现主体相分离时,民事权利的性质实际上有了新的补充:民事权利不仅可以作为一个民事法律关系的内容,也可以作为另一个民事法律关系的客体;民事权利主体的处分权不仅是对该项权利的客体的处分,也可以是对该项权利本身的处分。只有基于这样的认识,特定的民事权利才可能随着记载它的证券的移转而移转。

(三) 法律确认和保障功能的提高

证券作为民事权利的载体,它的物质形式仅仅是一张纸(或者其他物质形式)。证券所记载的特定民事权利最终能够得以实现,并不是因证券本身的价值如何而自然引起其上义务人的对待履行,而是证券上所记载的权利得到法律的确认和保障。特定的义务人之所以在被提示证券时,就要按照证券上记载的事项履行相关义务,以使证券权利人的权利得

以实现,并不是证券这张纸有什么魔力,而是法律赋予证券以相应的法律效力。所以,证券的安全完全依赖于法律的确认和保障。有价值的证券首先必须是安全的证券,证券的价值实质上是证券上所记载的民事权利的价值,在法律保障证券权利实现的前提下,证券才具有经济价值。证券、证券权利以及证券价值等,实际上是通过法律的强制力联系在一起的。因此在经济活动中,证券经济功能的发挥,证券市场的发展,必须以有效健全的法律制度为基础。

(四) 证券技术的发展

作为民事权利的物质载体,证券形式上的完善与其功能的有效实现,除了依靠证券法律制度的保障,证券技术的发展也具有相当重要的作用。证券技术可以分为记载技术和载体技术,前者决定证券记载事项的范围、方法,其目的是保证证券的记载事项能够确切、充分、简约地反映证券上的权利内容;后者决定证券本身的存在形式,其目的是证券及其证券权利能够便捷的公示、移转和实现。在当今,证券的记载技术已相当完备,证券法律制度对各种证券上各类记载事项的性质与效力,一般均有明确的规定,当事人在使用证券时以法定方式记载即可。证券的载体技术曾经长期停留在纸张的使用上,尽管有专门用纸和非专门用纸的区别,但纸张作为证券权利载体的统治地位却至今未有根本变更。然而,纸张以外的适当物质形式也可以作为证券权利的载体,如《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)即规定股票在采用纸面形式之外,亦可采取国务院证券管理部门规定的其他形式。^①当代电子技术的发展为证券的存在形式提供了新的技术可能,证券的无纸发行、无纸交易,各种付款磁卡的大量使用,使证券的载体技术发生了引人注目的变化,其前景不可限量。

第二节 民法上证券的概念和法律功能

一、民法上证券概念的一般界定

证券的使用是现代社会中极为常见的经济现象和法律现象,然而对于这种在社会生活中被广泛使用的证券概念究竟应给予何种界定,仍然是一个值得不断深入探讨的问题。如果分析一下有关证券概念的各种表述,就会发现词语与概念之间既有联系又有区别的奇妙关系。同是“证券”一词,在不同的学科领域中,其所表述的证券概念的内涵与外延是不

^① 《公司法》第129条第1款。

相同并且是不可能相同的,学者们只能在其学科范围内,发挥其界定证券概念的独特见解。尽管在经济学上与法学上,均把证券认作为权利或权益凭证,对证券概念内容的表述有相通之处,但经济学上对待证券的着眼点是把证券视为资产,或者认为证券是一种特殊的资产;而法学上对待证券的着眼点是把证券与权利联系起来,强调证券是民事权利的凭证。即使在法学领域,证券概念因其适用的法律不同也有所不同,民法上的证券概念与刑法上的证券概念有异,民法上的证券概念与证券法上的证券概念也有所不同。所以,在我们表述证券概念时,确定所表述的证券概念属于哪个法律领域或者所表述的证券适用那个法律,是十分必要的,这是在证券概念上形成共识的前提。

在当前证券法著述中所叙述的证券概念,大都是民法上的证券概念,适合于经济生活中所有证券的一般界定。试举例如下,“所谓证券,是指表明某种民事财产权利并具有可转让性的书面凭证。”^①“证券是在特别的专用纸单上,借助文字或图形,表彰特定民事权利的书据。”^②“证券是各类财产所有权或债权凭证的通称,是用来证明证券持有人有权取得相应权益的凭证。”^③“证券,顾名思义是指证明持券人拥有某种特定权利的凭证。”^④这些对证券概念的各种界定,各自从不同侧面反映了证券概念的内涵与外延。有的定义表明了证券的形式,如证券是书面凭证、书据等;有的定义表明了证券的性质,如证券具有可转让性等;有的定义表明了证券的作用,如证券用来证明持有人有权取得相应权益,或者表明或表彰民事权利。但是总体上来说,这些界定适合于经济生活中所有的证券,因而均属于对民法上的证券的一般界定。归纳起来,可以对民法上的证券做出一个最简单又是最一般的定义,即证券是记载并代表特定民事权利的书面凭证。所谓“记载”与“书面凭证”,说明特定的民事权利是通过文字或通用符号而不是以图画或其他非通用符号记载于特定物质载体之上;所谓“特定民事权利”,说明可为证券所记载并代表的不是所有的民事权利,而是某种特定范围或具有某种特定性质的民事权利;所谓“代表”,说明这种对权利的文字记载在一定法律环境下,不仅是对人或对单纯地表示或证明该权利,而且这种记载特定权利的书面本身就是权利

① 宁晨新、刘俊海:《规范的证券市场——证券的法律分析》,贵州人民出版社1995年版,第1页。

② 杨志华:《证券法律制度研究》,中国政法大学出版社1995年版,第1页。

③ 陈共、周升业、吴晓求主编:《证券与证券市场》,中国人民大学出版社1996年版,第1页。

④ 周友苏主编:《证券法通论》,四川人民出版社1999年版,第1页。

的象征物或代表者。

(一) 证券是书面凭证

证券作为特定民事权利的书面凭证,是以书面形式记载并反映民事权利的内容。所谓“书面形式”,是指以文字作为特定民事权利内容的记载手段或反映形式。尽管文字总是要记载于一定的物质载体上,而纸张则是当代最为广泛使用的文字载体,但是“书面”与“纸面”的法律意义并不相同,“书面”指的是表现手段,而“纸面”指的是表现手段的物质载体。随着记载技术的发展,人们已不限于以纸张作为表示证券权利的物质载体,如各类电话磁卡、银行取款卡、信用卡等,这些都属于表示证券权利的书面凭证,然而却并不是纸面形式。所以,文字的物质载体形式并不限于纸张,古代的竹简和现代的磁卡都可以作为文字的物质载体形式即书面的物质形式,只是纸张作为记载权利的物质载体在当代仍属最为普遍。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第11条规定“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式”,这表明我国民法已经不把书面形式限于纸面。^① 证券作为表示特定民事权利的书面形式,也同样不必限于纸面,例如《公司法》第129条第1款规定,“股票采用纸面形式或者国务院证券管理部门规定的其他形式”;《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第41条规定,证券交易当事人买卖的证券可以采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。这些规定显然把证券的书面形式与纸面形式相区别,证券作为书面凭证既可以采用纸面形式,也可以采用纸面以外的其他形式。

证券作为特定民事权利的书面凭证,必须能够在特定民事权利存在的整个期间,确定性地表示该权利,因而证券只能采取可反复使用而不失真的书面形式。证券具有流通性,其作为特定民事权利的书面凭证,又必须有便携性的特点。在日常生活中,有一些权利凭证并不用文字或不能只通过文字予以记载,例如在牧区,牲畜身上的烙印是牲畜所有权的凭证,但烙印符号往往是所有人自拟的特别花纹;再如,房产所有权证书要通过绘图来标明不动产权利的范围。相形之下,证券完全是以文字或通用符号(如¥、\$、£)及数字等作为记载特定民事权利的手段,因为证券具有流动的性质,而证券得以流通的技术前提,是其上对特定民事权利的记载能够被社会上普遍识别。证券作为书面凭证,其上有关特定民事权

^① 当然,《合同法》第11条中的“有形地表现所载内容”,其文义不妥。手语亦为有形,然而却是口头形式。所谓“有形地表现所载内容”,应改为“以文字表现合同内容”较为妥当。

利的文字记载可以是直接被阅读的,如文字记载于纸面上的证券;也可以是需借助工具阅读的,如将电话磁卡插入电话机即可显示其上的余额。因此证券作为特定民事权利的一种书面凭证,是指以其上文字记载反映民事权利内容的一切具有可读性、确定性和便携性的物质载体。

(二) 证券是记载特定民事权利的书面凭证

证券上所记载的内容为民事权利,但并不是所有的民事权利都可用证券来记载并代表。民事权利体系可划分为五个大类:(1)人格权,(2)亲属权,(3)财产权,(4)知识产权,(5)社员权。^①从民事权利的这些类别来看,其中人格权、亲属权和知识产权,因其性质而不宜用证券来记载并代表。按照证券的性质,证券上记载的权利通常是财产权利,但也并不是任何财产权利都可用证券来记载并代表,比如与人身关系有密切联系的债权。另外,可用证券来记载并代表的民事权利也不限于财产权,也可包括某种社员权如股份公司的股权。所以,将证券可记载并代表的权利限制为“民事权利”,失之过宽;将证券可记载并代表的权利限于“财产权利”,又失之过窄。所谓“特定民事权利”的意义之一,旨在说明证券上记载的权利,只是某种范围的在性质上可适于用证券记载并代表的民事权利。

特定民事权利的另外一个意义,旨在说明实际生活中任何具体证券上所记载的民事权利,都是具体的现实的,即都是特定化的。比如,实际生活中的一张股票,不仅要表明其上记载的民事权利是股权,还必然能表明其上记载的股权是具体股份公司的特定股权,记载并代表了多少股权;一张债券,不仅要表明其上记载的民事权利是金钱债权,还要表明是特定债务人发行的何时到期的金额为多少的特定金钱债权。

在现实生活中,其记载事项与民事权利有关的书面凭证除了证券之外,还有证书。法律上的证书是记载一定法律事实的文书,其作用仅仅是证明证书上所记载的法律事实或法律行为曾经发生。^②证书的种类很多,如出生证书、结婚证书、毕业证书、工作证、营业执照、营业许可证、借据、合同书等。证书上记载的法律事实包括事件(如出生、婚姻状况、文化水平、主体资格等)和行为(如结婚、借款,民事权利和义务的约定等)。但是,证券上所记载的均为民事权利,如提单上记载的为所有权,股票上记载的为股权,债券上记载的为债权。

(三) 证券是代表其上记载的民事权利的书面凭证

^① 谢怀栻:《论民事权利体系》,载《法学研究》1996年第2期。

^② 谢怀栻:《票据法概论》,法律出版社1990年版,第2页。

所谓证券代表民事权利,是指在既定法律条件下,在一定法律的适用范围内,可以把证券当作特定民事权利的代表物或代表者,或者说可以把特定证券与特定民事权利视为一体。从原本上说,作为记载于其上的特定民事权利的物质载体,其本身只是记载民事权利内容的技术手段或者证明民事权利存在的证据,而其上记载的民事权利存在于人与人之间的社会关系,两者本属不同的范畴,不能视为天然一体。但法律为了保障民事权利的实现、提高民事权利的效用,规定证券上记载的民事权利与证券本身结合在一起,在通常情况下,证券上记载的权利与证券本身不能分离,也就是将证券与其上记载的特定民事权利在法律上视为一体。由此,证券本身就成了其所记载的特定民事权利的代表,权利人行使证券上记载的特定民事权利,应以持有证券为充分必要。

将证券本身与其上所记载的特定民事权利视为一体,完全是法律赋予的效果,即根据法律规定,持有证券这张纸(姑且以纸来代表所有的证券载体形式),就可以行使这张纸上所记载的特定民事权利。所以,证券的价值体现,不是其作为一般物质载体的价值体现,而是其所记载的民事权利的价值体现。只有依赖法律赋予的效力,证券的价值才能得以实现;离开了法律,证券不过就是一张或许有收藏价值的纸。可见,我们只有在一定的法律环境中,才能把证券作为特定民事权利的代表者或代表物来对待。

在实际生活中,也有的证书内容单纯记载一定的民事权利,如土地使用权证书所记载的为土地使用权,房屋所有权证书所记载的为房屋所有权,有限责任公司发给其股东的出资证明书所记载的为股东权等。但是,证书只是表明权利人拥有证书上所记载权利的事实,或者说只是证明证书上所记载的权利存在与归属的事实。证书与其上所记载的权利之间并无密切的关系,而只是实际上的权利确已存在并归谁所属的证据,本身并不能代表其所记载的民事权利,证书上所记载的权利完全可以离开证书而存在。例如,房屋所有权证书可以证明持有人为特定房屋所有权人的事实,但是,房屋所有权的存在并不是以该证书为公示方式,而是以在不动产登记机关的登记为公示方式,即房屋所有权的存在不以房屋所有权证书的存在为必要。如果房屋所有权人丧失了房屋所有权证书,只要该房屋的不动产登记没有发生变更,房屋所有人就不会面临失权的后果。只要能够证明自己是不动产登记簿上记载的权利人,不持有房屋所有权证书也能主张权利或行使权利,也可以要求不动产登记机关补发房屋所有权证书。再如,在房屋买卖行为中,卖方所持有的房屋所有权证书只能证明卖方是房屋的真正所有人这一法律事实,但该证书并不能代表房屋