

● 新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书

HK77/17
**证券合同、期货合同
实务操作指南**

主 编 马志刚 苏宁一

中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新合同法难点、热点、疑点实务操作指南丛书/孙积禄主
编. - 北京: 中国人民公安大学出版社, 1999

ISBN 7-81059-428-1

I. 新… II. 孙… III. 合同法-中国-指南 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 76344 号

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

北京牛山世兴印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 13.625 印张 334 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

印数: 0001-6000 (套)

定价: 308.00 元 (全套 14 册 每册 22.00 元)

ISBN 7-81059-428-1/D·356

(如有印装质量问题, 请与出版社联系)

编辑委员会

主任：江 平

副主任：刘心稳 孙积禄 王洪亮
刘 彰 贺 嘉 刘 青

编 委（按姓氏拼音为序）：

昌伶芬	晁农平	陈海燕
董 伟	冯 琴	李 丰
李 静	李 毅	林志农
马志刚	牛光军	曲 忠
谭 甄	王海虹	王建平
王 鹏	王铁生	闫 海
尹德勇	张建明	张守仁
周学锋		

序 言

《合同法》通过后,国内有关新合同法释义、解说、实例及研究的书籍不下上百本,所长所短各异,精品劣品参差,使读者感到眼花缭乱,无从选择。

在《合同法》出版热告一段落后,这本合同法系列丛书,才告问世,不可谓没有“后发制人”的意义,后发制人有后发制人的优势:其一,后发制人可以避免先发制人时的抢先发售商业动机。不以时间抢先取胜,而以内容质量取胜;其二,后发制人可以舍“热”而取“冷”,“冷者”,冷静思考,分析比较,取长补短,择优舍劣,取众家之所长;其三,后发制人可以在新合同法通过后生效前一段期间内所反映出来的法律空白点、疑惑点加以更深的学术探索,针对人们挖出的问题而加以回答。有此三点,足以显示后发制人之优势。

这套《合同法》系列丛书是由一些具有实践经验的博士、硕士、法官编写的,作者均具有一定的民法功底,对问题的解析较为透彻、到位,力争对每一问题的解答都具有明确的法律依据,写作范围不仅涵盖债权法相关内容,而且还编写了一些物权法的内容,从整体法律操作的角度上来研究问题,编写的合同种类也较广泛,不仅涵盖了新《合同法》中15种合同类型,而且包括担保合同,金融合同,知识产权合同,劳动合同,合伙合同,国际货物买卖、海商、保险合同,旅游、培训、演员等诸多合同,具有相当的全面性、实用性、纵深感。

新《合同法》的普及,是一个长期的任务,在法条注释阶段之后,便是法律操作阶段,其中的问题亦会层出不穷。我祝愿这套丛书能够解决一些实际问题,并有利于合同法的实施。

江 平

目 录

第一章 有关股票发行方面的合同 (1)

- 一、发起人违约或发起人协议失去效力, 发起人应当承担什么责任? (1)
- 二、什么条件下, 认股人可以行使认股撤回权? (7)
- 三、认股人超额认购股票时, 应按照什么价格和方式分配股票? (15)
- 四、承销商在履行股票包销协议的过程中, 能不能为自己预留股票? (30)
- 五、股票发行过程中认购人和承销人签订透支合同, 应当承担什么责任? (37)

第二章 有关股票交易方面的合同 (43)

- 一、证券商违背代理人的指令为其买卖股票的, 应当承担什么责任? (43)
- 二、什么情况下, 委托人可以撤单? (57)
- 三、在委托交易完成后, 证券商拒绝向委托人提供确认证书时应当承担什么责任? (63)
- 四、投资者股票被盗卖后, 应当如何救济? (72)
- 五、投资者与证券商签订融资融券合同, 各自应当承担什么责任? (85)
- 六、证券交易所为股票买卖协议的订立提供内幕信息的, 应当承担什么责任? (99)

七、股票交易合同当事人从事洗售行为的，应当承担什么责任？	(114)
八、如何确定股票相对委托买卖合同的效力？	(127)
九、连续交易的合同当事人应当承担什么责任？	(137)
十、证券商混合操作自营业务和代理业务，违反了《合同法》的什么原则？	(145)
十一、投资者是否可以进行证券隐名交易？	(153)
十二、对于由于虚假陈述导致证券买卖受到损失，投资者如何救济？	(162)
第三章 有关公司收购协议	(177)
一、在什么情况下，投资者必须进行强制收购？	(177)
二、发行公司对个人投资者超量持股进行强制收购时，是否违反了公司不得回购本公司股票的原则？	(189)
三、上市公司敌意收购和恶意收购中，目标公司股票持有人如何保护自己的权利？	(195)
四、协议收购中出现证券欺诈时，投资者如何自我救济？	(213)
第四章 有关期货的合同	(234)
一、期货合约的交易中经纪商不按投资者的委托指令进行合约买卖的，期货经纪合同有效吗？	(234)
二、期货经纪会员实施双重交易时将自营业务与代理业务混合联手操作的，其应当承担什么责任？	(251)
三、期货经纪会员私下进行对冲、吃点行为，造成客户损失的，客户应当如何救济？	(270)

四、期货经纪商接受客户全权委托进行期货经纪业务的，该经纪合同是否有效？	(287)
五、期货经纪商与客户签订期货交易透支合同，该透支合同是否有效？	(300)
六、客户交存的交易保证金不足时引起的强制平仓而致客户于经济损失的，该损失应当如何分担？	(309)
七、期货经纪会员擅自挪用客户交存的交易保证金的，应当承担什么责任？	(326)
八、期货经纪商制造、散布虚假信息对客户进行误导的，应当承担什么责任？	(337)
九、在期货的实物交割中，对于由于交易所限量交割而造成一方当事人不能如约如数履行交割义务的，是否构成违约？	(351)

附 证券合同、期货合同示范文本

1. 招股说明书的内容与格式	(367)
2. 上市公告书的内容与格式	(389)
3. 上市公司协议收购合同书	(396)
4. 对上市公司公开收购要约书	(407)
5. 国内试点期货交易所期货合约	(420)
6. 期货交易客户委托合同书	(421)
主要参考书目	(425)

第一章 有关股票发行方面的合同

一、发起人违约或发起人协议失去效力，发起人应当承担什么责任？

（一）基本理论和术语解释

发起人是指启动股份有限公司设立程序、依法完成公司发起行为的人，也即依照法律规定实施具体发起活动、使公司获得成立并在公司章程中签名的人，又称公司创办人。发起人既是股份有限公司成立的要件，又是发起和设立行为的实施者。发起人协议是指发起人之间以书面形式表达的公司发起共同意思。发起人协议是股票合同中的一种合同形式，一经订立，就具有合同的效力，对立约各发起人具有法律拘束力，非依法律或非经法定程序，不得变更、转让或解除，更不得擅自违约。发起人签定发起人协议，以确定设立公司的总体方案，明确各方应当承担的义务和责任；发起人协议签定之后，发起人可以委托一个人办理设立公司的申请手续。

根据股份有限公司首期发行的股份是否由发起人之外的自然人或法人认购，股份有限公司的设立方式分为发起设立与募集设立。公司首期发行的股份全部由发起人认购的设立方式，称为发起设立；发起人认购股份数不少于公司首期发行的股份总数的35%，其余股份对公众发售的设立方式，称为募集设立。在公司设立程序中，发起人协议是最先订立的股票合同，由发起人协议对组建公司的方案、股权分散或集中的程度以及发起人之间的职责分工进行初步规制。因此，拟订发起人协议不仅对公司组建工作至关重要，而且对公司的未来经营亦将产生难以磨灭的影响。

1. 发起人协议主体的资格

(1) 发起人人数不得少于 5 人，过半数的发起人应在中国境内有住所；国有企业以募集设立方式改组为股份有限公司，发起人可以少于 5 人，但必须采取募集设立方式；国有企业或国有资产占主导地位的企业按照国家有关规定改建为境外投资人募集股份并在境外上市的股份有限公司，以发起方式设立的，发起人可以少于 5 人；国有企业改组为境内上市外资股的股份有限公司，其发起人可以少于 5 人。因为，国有企业变更为股份有限公司时，其净资产通常已达到股份有限公司的法定资本最低限额，故不必联合其他发起人，共同发起股份有限公司，即使发起人为该国有企业一人，亦无不可；国有企业采取募集方式设立股份有限公司，既可以是发行股份而增加资本，也可以是发行股份而不增加资本，而是将国有企业净资产折合为股份，全部或部分对公众出售。

(2) 我国公司法没有对发起人的资格作特别限制，自然人和法人均可以作为发起人。但是，党政干部不得作为股份有限公司的发起人，社会团体法人也不得作为股份有限公司的发起人。此外，发起人的资格受到竞业禁止的限制，即发起人不得在同地区同行业的其他无关联的公司中充当发起人。在公司法生效以前，自然人、私营企业和外商全资拥有的企业均不得作为股份有限公司的发起人见《股份有限公司规范意见》第 10 条，这一限制性规定随着公司法生效而被废止。这为我国市场经济的发展创造了平等的竞争环境。

2. 发起人协议的内容

发起人协议应当包括如下条款：

- (1) 发起人姓名、名称和住所；
- (2) 公司拟发行股份的类别、总数、每股面值及发行价格；
- (3) 每一发起人认股数额、出资类别；

(4) 发起人缴纳股款、交付现物、转让财产权利的时间和方式；

(5) 在发起人对第三人承担连带责任之后，发起人内部分担责任的比例与方式；

(6) 发起费用的预算、开支、使用、监督、结算方式（是充抵股款，还是作为公司对发起人的债务）和每一发起人负担发起费用的数额；

(7) 发起人之间的职责分工。委托发起人中的一人或数人，或发起人之外的其他人执行发起任务，应载明授权方式和授权范围；

(8) 生效时间或生效所附的条件。

3. 发起人的法律地位

发起人是为设立中的公司的利益从事发起与设立活动的人。如果公司完成其设立行为，发起人由于其发起活动所产生的权利与义务归属于公司。发起人是设立中公司的机构，是一种无权利能力的社团，与未来公司是同一组织体，发起人的权利与义务也就是未来公司承受的权利与义务。

(二) 常见的纠纷及注意的问题

1. 发起人违约

发起人协议中所确立的发起人权利与义务，对每个发起人均具有约束力，发起人如违约，则要承担对其他发起人、认股人和未来公司的违约责任，其他发起人、认股人和未来公司享有对违约发起人的诉权。由于发起人违约致使公司设立行为失败的，则违约的发起人须承担对其他发起人和认股人的违约责任；若致其他发起人和认股人经济损失的，并须承担损害赔偿责任。发起人、认股人或未来公司对违约的发起人行使诉权，须以发起人协议和违约发起人的违约事实为基础，依据协议管辖或“原告就被告”的管辖原则，向有管辖权的人民法院依法提起诉讼，诉请人

民法院确认违约发起人的违约事实、违约责任或赔偿责任。

发起人违约的常见情况有：

- (1) 发起人未依发起人协议约定的认股数额认购股份；
- (2) 发起人未依发起人协议约定的出资类别足额出资；
- (3) 发起人未依发起人协议约定的时间和方式缴纳股款、交付现物、转让财产权利。
- (4) 发起人拒绝依发起人约定的、在发起人对第三人承担连带责任之后发起人内部分担责任的比例与方式承担责任；
- (5) 发起人未依发起人协议约定的发起费用使用方式使用发起费用，或未依发起人协议约定的发起人负担发起费用的数额承担发起费用；
- (6) 发起人违反发起人协议约定的发起人职责。

2. 发起人协议失去效力

由于公司设立失败，将会导致发起人协议失去效力的后果。公司设立失败的情况有：

- (1) 发起人不符合法定资格；
- (2) 公司章程不符合法定要件；
- (3) 国务院行业主管部门及国务院授权部门或省级人民政府对发起许可的申请未予批准；
- (4) 国务院证券管理部门对发起人的募股申请未予批准，或者对已经批准的募股申请予以撤销；
- (5) 招股说明书规定的募股期限届满，而股份尚未募足；
- (6) 在认股人全部股款缴足后 30 日内发起人未召开创立大会；
- (7) 公司创立大会做出不设立公司的决议；
- (8) 公司登记机关对设立登记申请不予登记，经发起人申请行政复议或提起行政诉讼而又败诉的。

公司设立行为失败，意味着发起人协议因无法实现合同目的

而必须终止其效力。事实上，在公司设立阶段，发起人对外代表设立中的公司，对内执行设立任务。如公司合法成立，而发起行为的正当性又经公司创立大会确认，发起行为则视为公司本身的行为，由此而产生的权利义务，自始由公司承受。如公司未能合法成立，发起人就发起行为所产生的民事义务对第三人负连带责任，而就发起行为所产生的并非专属于成立后公司的权利，分别或共同对第三人主张权利。如公司虽然合法成立，但公司创立大会拒绝承受发起行为所产生的部分权利义务，发起人对公司拥有诉权，可以在诉讼时效期间内向有管辖权的人民法院提起诉讼，由人民法院依法判决公司拒绝承受发起行为所产生的权利与义务是否正当。

（三）当事人之间权利与义务的分配

1. 发起人违约时，发起人之间权利与义务的分配

发起人违约，是指发起人违反发起人协议约定的各项发起人义务的行为，由此而产生的直接法律后果就是，违约的发起人除承担实际履约的责任之外，并须承担违约责任和损害赔偿责任，守约的发起人则相应享有对违约发起人承担实际履约责任、违约责任或损害赔偿责任的请求权。承担违约责任的方式由发起人协议定之；损害赔偿责任则以赔偿直接损失为原则。实际履约责任、违约责任和损害赔偿责任同时并存，违约发起人无权利选择其一承担。实践中常见的问题是，发起人以书面形式认足公司首期发行的股份之后，应缴纳全部股款或交付充抵股款的有形资产或无形资产，否则便产生违约以及发起人之间权利与义务的分配问题。

2. 发起人协议失去效力时，发起人之间权利与义务的分配

（1）公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用发起人须负连带责任；

（2）公司不能成立时，对认股人已经缴纳的股款，发起人负

返还本金及银行同期存款利息的连带责任，即认股人对其所认购的股份的意思撤回权；

(3) 在公司设立过程中，由于发起人的过失，导致公司利益受到损失的，发起人应当对公司承担赔偿责任。

所谓连带责任，是指责任主体为多个的责任形式，即债务人为多数，债权人可以向任何一个债务人行使债权请求权，其中一个债务人清偿债权人债权的行为，可以导致该债务消灭的后果，该债务人则依照全部债务人内部约定的份额可以向其他债务人代位主张债权。

(四) 法律、法规、司法解释依据

1. 《公司法》

第 74 条：股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集而设立公司。

第 75 条：设立股份有限公司，应当有 5 人以上为发起人，其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于 5 人，但应当采取募集设立方式。

第 80 条：发起人可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。对作为出资的实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权，必须进行评估作价，核实财产，并折合为股份。不得高估或者低估作价。土地使用权的评估作价，依照法律、行政法规的规定办理。发起人以工业产权、非专利技术作价出资的金额，不得超过股份有限公司注册资本的 20%。

第 82 条第 1 款：以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人以书面认足公司章程规定发行的股份后，应即缴纳全部股

款；以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权抵作股款的，应当依法办理其财产权的转移手续。

第 83 条：以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%，其余股份应当向社会公开募集。

第 91 条第 2 款：发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在 30 日内未召开创立大会的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还。

第 93 条：发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。

2. 《合同法》

第 107 条：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

3. 《民法通则》

第 87 条：债权人或者债务人一方人数为 2 人以上的，依照法律的规定或者当事人的约定，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行义务，负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，履行了义务的人，有权要求其他负有连带义务的人偿付他应当承担的份额。

二、什么条件下，认股人可以行使认股撤回权？

（一）基本理论和术语解释

按证券市场的运行过程和证券市场的具体任务的不同，证券市场可以分为证券发行市场和证券交易市场。发行市场又称为一级市场或初级市场，它是产业部门或政府机构对投资人发行新股票的市场。在发行市场上，资金需求者可以通过发行股票取得资

金。在发行过程中，发行者一般通过委托中介机构向社会公开发行股票筹集资金。我国目前股票的发行主要由证券公司和信托投资公司等金融机构代理。证券发行市场一般没有集中和固定的发行场所。

股票发行阶段的实质性工作是由发起人准备招股说明书，以及作为其根据和附件的结论性审查文件。这些文件统称为募股文件。募股文件主要包括招股说明书、招股说明书摘要，审计报告、盈利预测的审核函、法律意见书和律师工作报告，以及辅导机构的辅导报告。招股说明书为发行人对非特定人发出的申请募股的必备文件，非经国务院证券管理部门批准，不得公告。招股说明书是认股协议书的一种要约邀请，认股书则是招股说明书的要约，认股人填写认股书与缴纳股款则是对认股要约的承诺。所谓要约邀请，是指作出意思表示的表意人没有特定的对象，而是希望他人向其发出订约的意思表示，则该表意人的意思表示即为要约邀请，或称为要约引诱。

招股说明书是股份有限公司发行股票时就发行中的有关事项向公众作出披露，并向特定或非特定投资人提出购买或者销售其股票的要约或要约邀请的法律文件。公司发行新股必须制作招股说明书。如果是初次发行，一般称为招股说明书；如果是采用配股的方式发行新股，则称为配股说明书。凡在中国境内公开发行股票和将其股票在证券交易所交易的发行人，申请公开发行股票时，应当按有关规定编制招股说明书。编制招股说明书是发行准备阶段的基本任务。招股说明书是发行人向中国证监会申请公开发行申报材料的必备部分。招股说明书必须对法律、法规、上市规则要求的各项内容进行披露。招股说明书由发行人在主承销商及其他中介机构的辅助下完成。招股说明书均须经省级人民政府或中央企业主管部门审核后报送证监会复审。在复审以前，招股说明书在法律上只是草案。经复审通过的招股说明书应当依法向

社会公众披露。招股说明书的有效期限是6个月，自招股说明书签署完毕之日起计算。在招股说明书上签章的人员，包括全体发起人和董事以及主承销商，必须保证招股说明书的真实性、准确性和完整性，并保证对其承担连带责任。招股说明书应当依照有关法律、法规的规定，遵循特定的格式和必要的记载事项的要求。

发起人编制并公告招股说明书之后，还应当制作认股书，由认股人填写所认股数、金额、住所，并签名盖章。为显示募股的合法性，国务院证券管理部门批准募股的文号及批准时间也应当记载于认股书。如股份以超过面额的价格发行，每股面额、每股发行价和认缴金额也有必要分别记载于认股书，以示认股人自愿按照超过面额的价格认购股份和缴纳股款。由认股书的制作和填写可以看出，认股行为为书面要式行为。认股行为的成立是否以缴纳股款为必要条件，取决于法律是采用确定资本制还是采用授权资本制，取决于发行人与认股人之间是如何约定的。在确定资本制之下，章程记载的股本金应在公司成立时募足，认股人应在公司成立前缴足股款，所以填写认股书与缴纳股款是同时进行的，认股行为属于要物行为，即如不交付标的物，便不发生行为效力。在授权资本制之下，章程记载的股本不必在公司成立前现实存在，认股人也不必在公司成立前缴纳股款，所以填写认股书与缴纳股款通常是先后进行，认股行为则属于诺成行为，即认股行为发生效力不以标的物的交付为必要条件。

（二）应注意的问题及常见的纠纷

1. 制作、公告招股说明书应注意的问题

（1）招股说明书的内容

招股说明书的格式分为五个部分，即封面、目录、正文、附录和备查文件。招股说明书的正文应当记载的主要内容包括：

a. 主要资料。包括对发行人设立、业务、股权结构等情况

的简介，本次发行的一般情况，主要会计数据以及预计的时间表；

b. 对招股说明书中具有特定含义的词汇的说明；

c. 向公众申明董事责任及税负承担的绪言；

d. 发售新股中发行人、中介机构、收款银行、推荐人等有关当事人的基本情况及联系人；

e. 风险因素与对策说明；

f. 募集资金的运用；

g. 股利分配政策；

h. 验资证明；

i. 本次承销和发行有关事项的说明；

j. 发行情况的全面说明；

k. 发行人章程或公司章程草案的摘要；

l. 对董事、监事、高级管理人员及重要职员简单情况的说明；

m. 发行前在过去至少 3 年的经营业绩；

n. 发行人股本的有关情况；

o. 陈述发行人本身在特定日期的主要借款情况；

p. 发行人拥有或者占有的主要固定资产的种类、原值、用途、折旧情况和所在地等情况；

q. 全文引用会计师事务所出具的审计报告及发行人编制的财务报表及附注；

r. 资产评估结果及有关情况说明；

s. 盈利预测；

t. 公司发展规划的说明；

u. 发行人已签订的重要合同和作为一方当事人的尚未作出判决的重大诉讼事项；

v. 发行人认为对投资者作出投资判断有重大影响的其他事