

中国律师

CHINA LAWYER TODAY

办案全程实录

股票发行与上市

(第二版)

总主编 江平

副总主编 任自力

审 定 中华全国律师协会

本册主编 王立华

- 股份制改造前的尽职调查
- 股份制改造
- 股份制改造后发行人的规范运作
- 股份制改造后律师尽职调查的内容、方法
- 股份制改造后股票发行上市的申报与核准
- 上市公司新股发行
- 上市公司新股发行中的律师工作
- 新股发行中的特殊事项



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国律师办案全程实录

股票发行与上市

总主编：江平

副总主编：任自力

丛书编委会成员

主任：

杨振山（原中国民法经济法学会副会长，中国政法大学民商法研究中心主任，教授，博导）

委员：

高宗泽（中华全国律师协会原会长，中国首届十佳律师之一）

贾午光（司法部法律援助中心主任，中华全国律师协会原秘书长）

陈兴良（北京大学法学院副院长，教授，博导，中国首届十大中青年法学家之一）

崔建远（清华大学法学院副院长，教授，博导，中国第二届十大中青年法学家之一）

赵旭东（中国政法大学民商经济法学院副院长，教授，博导，中国第三届十大中青年法学家之一）

朱启超（北京大学法学院原常务副院长，教授，博导，中国高校知识产权研究会学术委员会主任）

王卫国（中国政法大学民商经济法学院院长，教授，博导，破产法专家）

罗东川（最高人民法院研究室副主任，首届全国十大人民满意的好法官之一）

王振清（北京市第二中级人民法院院长）

孙华璞（最高人民法院办公厅主任）

刘贵祥（最高人民法院政治部副主任）

俞灵雨（最高人民法院执行办公室主任）

本册主编：王立华

副主编：吴冠雄 田晓安 刘艳

撰稿人：王立华 吴冠雄 田晓安 刘艳 周世君 李大海



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

股票发行与上市 / 王立华主编. —2 版. —北京: 法律出版社, 2006. 11
(中国律师办案全程实录)
ISBN 7-5036-6691-9

I. 股… II. 王… III. 股份有限公司—公司法—
基本知识—中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 129825 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/韦钦平 刘伟俊

装帧设计/张晨

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/19 字数/319 千

版本/2006 年 11 月第 2 版

印次/2006 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-6691-9/D·6408 定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

主编简介

王立华, 北京大学法学学士、法学硕士。1984—1992年, 在北京大学法律系从事教学、科研和管理的工作。1993年, 作为主要发起人之一创办了北京市天元律师事务所, 并任主任至今。现为北京仲裁委员会仲裁员, 北京大学法学院、清华大学法学院法律硕士兼职导师。1999年, 被评选为第二届北京市“十佳律师”。2005年、2006年先后担任中国证监会第七届、第八届股票发行审核委员会委员。

自1985年起, 先后为国内外近百家公司、企业、事业单位及个人提供了近千件涉及知识产权、金融、证券、收购、兼并、资产重组、合资、联营、房地产、诉讼与仲裁等方面的法律服务。

在从事律师职业生涯中, 多次参加国务院法制局、最高人民法院、中国证监会组织的有关立法、规章或司法解释的起草或论证工作, 特别是结合审判实践为最高人民法院制定民事诉讼法、证据规则、房地产法、担保法、合同法、证券法、公司法等司法解释提出的很多建设性意见被采纳。

副主编简介

吴冠雄, 北京大学法学学士、法学硕士, 1995年通过全国律师资格考试。1994年8月起受聘于中国名列前茅的国有外贸公司, 1997年10月始任新加坡某律师事务所中国事务部法律顾问, 1999年3月加入天元律师事务所, 现为该所合伙律师。

长期从事公司证券发行、与资本市场相关的境内外投资、收购与兼并等业务, 在互联网与电子商务企业及其融资、信托投资及信托融资、税务处理等方面具有丰富的实践经验。

刘艳, 北京大学法学学士、民商法学硕士, 美国纽约大学法学院法学硕士, 具备中国律师资格和美国律师资格(纽约州)。刘艳律师1995年加入北京市天元律师事务所, 2002年成为合伙人。2004年被评为北京市司法行政系统先进个人。2005年被评为全国优秀律师。

刘艳律师主要执业领域为: 企业改制及资产重组、境内外股票发行上市、外商投资、收购兼并。在执业过程中, 为多家境内外上市公司在中国和海外的上市项目设计上市方案、提供法律意见, 代表投资人收购国内外上市公司的股权, 并为上市公司本身的资产重组和融资业务提供法律服务。擅长交易方案设计和商务谈判, 曾代表多家国内外客户参加并购、合资、资产重组等方面的商务谈判, 起草有关法律文件、并出具专业意见。

序

高等学校法学专业教育与司法考试乃至律师执业能力培养之间的关系,一直是争论颇大的问题,不仅在中国,在大陆法国家,以及台湾地区,也一直是有所争论的。

高等学校法学专业教育的内容应当与学生将来的就业一致,这一点,应是没有争论的。高校法学教育的口径应当与社会上的人才需求的口径一致。如果我们培养的人是社会现实生活不需要的,那就是资源的极大浪费,也是对学生自身的极大不负责任。

从社会需求人才的容纳量来看,应该说,国家机关乃至司法机关的需求量总是有限的,而律师界的市场容纳量相对说来是比较大的,因为没有人员编制的限制。从这个意义上说,世界各国法学教育的口径主要瞄准律师是比较普遍的。但从另一方面说,司法考试的及格率总是要控制得比较严,以致走向律师职业又成了一条相当艰辛的路途。终究法学专业毕业生中能走上律师道路的又是少数,大多数毕业生会选择其他职业。从这个意义上说,高等学校法学教育的口径又不能只瞄准律师这个职业。这就是问题的复杂之处,也就是法学教育的争论所在。

我始终认为大学法学专业教育只能教授学生掌握从事律师(乃至法官、检察官、公司法律顾问等一切法律人)工作所必需的知识、能力和素质,而不能教授学生掌握律师的一切办案技能。有的律师对我说,现在名牌大学毕业的法学学生到律师所后完全不懂得如何办一件案子,还需要手把手教。我答之曰:这些东西不一定要靠课堂去教,应该通过加强实习和一些相关书籍去解决。

现今大学法学教育实习的环节太少了。一方面是学生太多,实际部门能容纳的有限;二是实际部门(法院、律师事务所等)为带这些学生还要进行许多指

导,有些人感到还不如自己做更得心应手。但试想,一个医科大学的毕业生连医院都未曾实习过,这怎能算是合格人才?

现今大学法学教育已经开始注意案例教学,但案例教学不能代替对于律师职业中办案全程的了解和剖析。如果有一些介绍律师办案全程实录的书,也可以弥补学生缺少在律师事务所实习的空白。恰好,我校民商法博士生任自力倡议搞这样一套书,我非常赞成。摆在我们面前的就是这样一部记录律师办案全程的书。这是真正全面介绍律师操作的书,是有意义的尝试。

律师办案全程实录的书,显然与讲解法条的书和案例汇编的书有所不同。后者有个内容是否准确,判案是否正确的客观标准。而前者在许多层面不存在准确或正确的问题,它是一个律师办案的经验总结,而这些经验则是极其珍贵的。经验可以各自不同,仁者见仁,智者见智,但经验的积累和显示可以使后来的人少走许多弯路。因此,无论是已经取得律师资格的人或是将来要从事律师这个职业的人,都可以从这一套丛书中得到启示和教益。



2003年11月10日

第二版说明

《中国律师办案全程实录之股票发行与上市》已于2004年4月出版发行。2005年10月27日,十届全国人大常委会第十八次会议审议通过了新修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)及《中华人民共和国证券法》(以下简称“《证券法》”),两法已于2006年1月1日起施行。

新的两法进一步规范了股份有限公司的设立及证券发行、上市制度等。具体体现在:

一、关于《公司法》的相关修订

1. 取消股份公司的设立审批程序。

新《公司法》删除了原《公司法》第77条关于“股份有限公司的设立,必须经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准”的规定。

2. 新《公司法》将有关股份发行、上市条件的规定平移到新《证券法》中,并降低了股份发行、上市的条件。

新《证券法》第13条规定了公司公开发行新股的条件:①具备健全且运行良好的组织机构;②具有持续盈利能力,财务状况良好;③最近三年财务会计文件无虚假记载,无其他重大违法行为;④经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。同时,新《证券法》第50条规定了公司股票上市的条件:①股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行。②公司股本总额不少于人民币3000万元。③公开发行的股份达到公司股份总数的25%以上;公司股本总额超过人民币4亿元的,公开发行股份的比例为10%以上。④公司最近3年无重大违法行为,财务会计报告无虚假记载。由此可见,新《证券法》规定的关于公司发行、上市条件远低于原《公司法》规定的条件。

3.《公司法》修订案对股份私募进行了明确的规定。

新《公司法》第78条规定,股份有限公司可以采用向特定对象募集而设立。同时,新《公司法》第127条将股份发行的原则从原来的“公开、公平、公正”修改为“公平、公正”,删除了公开原则。由此可见,新《公司法》允许非公开(私募)发行股份。

二、关于《证券法》的相关修订

1. 将“公开发行”的概念定义清楚。

新《证券法》第10条明确规定了属于公开发行的三种情形:①向不特定对象发行证券的;②向特定对象发行证券累计超过200人的;③法律、行政法规规定的其他发行行为。

2. 规定了公开发行股票、可转换为股票的公司债券的保荐人制度和管理,并规定其操守诚实守信、勤勉尽责的职责。

3. 完善了公司公开发行新股或债券应当符合规定条件和门槛以及法定程序。

4. 增加了证券公开发行前,公告公开发行募集文件的预披露制度。

5. 建立了不符合法定条件或者法定程序的尚未发行证券和已经发行尚未上市的证券的纠错机制,并规定了保荐人与发行人各自应负的法律責任。

6. 规定了证券发行失败的限定条件和发行人应负的赔偿责任。

新《证券法》第35条规定,股票发行采用代销方式,代销期限届满,向投资者出售的股票数量未达到拟公开发行股票数量70%的,为发行失败。发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还股票认购人。

为配合两法的实施,中国证监会相继发布了《首次公开发行股票并上市管理办法》以及《上市公司证券发行管理办法》等一系列相关部门规章,对首次公开发行股票及上市公司再融资的条件和程序做了详细的补充规定。

鉴于上述,我们根据两法的修订内容及中国证监会新近出台的一系列规定对本书进行了修改,并再版。

目 录

第一部分 境内 A 股首次发行与上市

第一章 项目介入	3
第一节 项目考察	5
第二节 接受委托	6
第二章 股份制改造前的尽职调查	11
第一节 中介机构的协调	13
第二节 起草调查问卷、开展调查工作	18
第三节 梳理调查结果、发现并解决问题	25
第三章 股份制改造	29
第一节 股份制改造概述	31
第二节 股份制改造的一般流程	36
第三节 有限责任公司改制为股份有限公司	38
第四节 国有企业改制为股份有限公司	43
第五节 改制有关问题的处理	44
第六节 股份制改造中律师应起草和出具的主要文件	46
第四章 股份制改造后发行人的规范运作及律师尽职调查	77
第一节 发行人的规范运作	79

第二节 律师尽职调查内容	140
第三节 律师尽职调查方法	149
第五章 申报与核准	157
第一节 申报与核准的基本流程	159
第二节 公司就本次发行与上市作出决议和授权	160
第三节 申报时律师应出具的文件	163
第四节 审核阶段律师的工作	235
第五节 会后事项的关注、核查与补充法律意见	238
第六节 律师工作底稿	246
 第二部分 上市公司新股发行	
 第一章 上市公司新股发行概述	 251
 第二章 上市公司新股发行中的律师工作	 255
 第三章 新股发行中的特殊事项	 261
第一节 关于新股发行的批准和授权	263
第二节 关于公开发行新股的条件	268
第三节 关于前次募集资金使用情况	271
第四节 非公开发行股票	273

第一部分

境内 A 股首次发行与上市

企业首次发行股票和上市,是指企业(包括有限责任公司、非公司制企业,如已为股份有限公司,则不涉及改制)改制为股份有限公司,并首次向社会公开发行股票并上市的过程,通常称为首发,英文简写为 IPO。这一过程是一个综合、复杂、涉及方方面面的过程,需要多方共同努力才能完成。其中,律师就扮演着一个极为重要的角色。

项目介入

CHAPTER 1

1

项目介入是一个 IPO 项目开始前的准备阶段,也是各方相互了解、熟悉和相互选择的阶段。这一阶段的沟通是否充分、深入,往往决定着该项目的成功与否。

第一节 项目考察

在介入一个拟首次发行股票上市的项目之前,企业需要了解律师事务所和律师的经验、经历和整体实力,而律师也需要了解公司的情况,初步判断其是否具有发行上市的条件和前景。比如:

1. 企业是否真实、依法设立,股权结构及其大致的演变是否规范或是否存在法律障碍;
2. 从事某些特定行业业务的企业,其股票发行与上市,根据监管机构特定时期的政策导向,在某些特定期间会有特定限制,如在某特定时间段限制某一特定行业企业的股票发行与上市等;
3. 企业是否具有严重违法、违规的情形,等等。

这些基本情况可以通过与企业负责人会谈、现场考察和了解、审查企业营业执照、章程、财务报表等方式来获得。如果该企业符合以上基本要求,则可以进一步谈判项目介入的其他事宜。如果该企业有不能满足以上条件之一的情况,则律师应详细判断该企业是否有补救的措施,并向企业提出建议;如果有些条件的缺失仅导致在境内 A 股市场难以上市,如盈利规模偏小,但可以满足境外上市(特别是境外二级市场上市)的要求,则律师可以建议企业考虑境外上市的方案;如果无法补救或短期内无法补救,则可以向企业提出该问题,并建议企业继续完善,待条件具备后再开展准备工作。

这种考察是一种初步的考察,由于不完全了解实际情况,律师应注意不要轻易下结论,以免造成对企业的误导。同时,初步考察通过也并不意味着该项目一定能够成功上市,上市仍取决于多方面的因素。

项目考察通常是一种经验的判断,通常应由经验丰富的资深律师主导进行,以免因为错误判断为律师事务所和律师带来不必要的风险。

考察还应注意以下问题:

1. 介入阶段。

在企业最终向证监会递交上市申报材料之前的各个阶段,企业均可能需要

律师提供法律服务。律师也可以在此前的任何阶段介入,但介入的阶段不同,律师的工作量可能会有所不同。有时这种介入可能是因其他原因前任律师退出而导致,此时项目律师尤其应详细了解前任律师退出的原因。

2. 了解及与其他中介机构建立良好的工作关系。

企业改制上市的过程需要多家中介机构与企业共同完成,其他中介机构的资质状况也对本次上市成功与否具有很大影响。律师除考察企业本身的情况外,还应尽早与其他中介机构建立沟通渠道和良好的协作关系,以便在上市的过程中紧密合作,共同完成上市工作。一般情况下,企业在聘请齐备中介机构后,会召集各中介机构召开一次见面协调会。在该次会议上,由企业负责人介绍聘请的中介机构相互认识,各中介机构可以在本次会议上留下相互的联系方式,建立联系,以便随时沟通有关情况。

3. 考察企业上市的初步方案。

拟上市企业在聘请律师和会计师等机构时通常已经对本企业上市的目标或方式形成初步方案,或者在证券商的协助下形成方案,也有的企业在聘请律师时尚未形成任何切实的上市方案,则律师可能需要根据企业的实际情况向企业提出上市方案。

第二节 接受委托

在考察完毕、双方就律师提供法律服务的各个细节达成一致时,企业应与律师事务所签订书面的专项法律顾问服务协议,明确双方的法律关系,并依据协议执行。协议通常应明确以下内容:律师服务的范围和工作内容、双方权利与义务、律师事务所指定的工作小组的组成人员、公司指定的联系人和联系方式、律师费,等等。以下是北京市天元律师事务所与企业签订的股票发行上市的专项委托协议:

委托协议

本合同由以下双方签署:

甲方:×××公司/有限公司/股份有限公司(视企业的组织形式而定)

住所:_____

法定代表人:_____

乙方: × × 律师事务所

住所: _____

法定代表人: _____

甲方特委托乙方为法律顾问, 办理有关 A 股发行及上市工作的法律事务。

甲乙双方经友好协商, 依法达成以下条款, 以资共同信守:

一、甲方就 A 股发行及上市工作所涉法律事项, 按照本合同约定的条件委托乙方办理。乙方接受委托, 同意按照本合同约定条件完成受托工作, 并指派 _____、_____ 律师为本合同项目的经办律师。

二、乙方律师的工作范围包括以下事项:

A 股发行及上市工作:

1. 参与公司重组方案的制定、协助起草公司股票公开发行及上市方案;
2. 草拟、修改公司章程、股东大会决议及董事会决议;
3. 与公司及其他中介机构就重大法律问题进行磋商;
4. 对企业的主体资格、资产、业务、人员等各方面进行法律尽职调查, 审查与公司股票发行及上市有关的法律文件, 并就尽职调查发现的问题出具报告或提出解决的意见或建议;
5. 出具公司发行股票和上市法律意见书和律师工作报告;
6. 参与讨论招股说明书;
7. 配合其他中介机构的工作;
8. 参加公司公开发行股票及上市的其他相关法律业务。

三、甲方的权利义务:

1. 有权就乙方服务范围内的事项, 随时向乙方提出口头或书面咨询, 乙方应及时作出答复;
2. 根据 A 股发行及上市工作整体规划, 有权要求乙方修改其工作计划及日程安排, 以适应 A 股发行及上市工作的需要;
3. 应乙方要求, 提供与委托事项相关的文件资料, 并保证其完整、真实、准确;
4. 为乙方提供必要的工作条件;
5. 按约定支付律师费。

四、乙方的权利义务:

1. 有权要求甲方提供为完成委托事项所必需的完整、准确、真实的文件、资料, 并有权对上述文件、资料进行审查和验证;