

资本的时代
系列

LEGAL PRACTICE ESSENTIALS
ON IPO & REFINANCE OF COMPANY

公司IPO及再融资 法律实务操作精要

温 烨 主编

37个精选专题 84个典型案例

提供公司IPO及上市公司再融资
常见法律问题综合解决方案

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

资本的时代
系列

LEGAL PRACTICE ESSENTIALS
ON IPO & REFINANCE OF COMPANY

公司IPO及再融资 法律实务操作精要

温 焱 主编

撰稿人

罗超 王冠 李大鹏 蒋伟 何敏 郭菲菲



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

公司 IPO 及再融资法律实务操作精要/温烨主编. —北京:
中国法制出版社, 2013. 8
ISBN 978 - 7 - 5093 - 4517 - 7

I. ①公… II. ①温… III. ①上市公司 - 融资 - 法律 -
研究 - 中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 072086 号

责任编辑 朱丹颖 (ss-nuannuan@hotmail.com)

封面设计 李宁

公司 IPO 及再融资法律实务操作精要

GONGSI IPO JI ZAIRONGZI FALYU SHIWU CAOZUO JINGYAO

主编/温烨

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 × 1030 毫米 16

版次/2013 年 8 月第 1 版

印张/17 字数/239 千

2013 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4517 - 7

定价: 50.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033296

传真: 66031119

编辑部电话: 66067369

邮购部电话: 66033288

序

几乎每个写作者都把文稿比喻为自己的孩子，因为写作的过程犹如母亲孕育的过程，酸甜苦辣自己尽知。我们这本小书，亦不例外。

出版社编辑从农历兔年年底开始企划，至写作者们在龙年尾端完成初稿，一年光阴的流逝，写作者们体味的不仅是中国资本市场的风起云涌，峰顶波谷，更有作为亲历者投身其中的五味杂陈，所以，在应编辑要求为这本小书写篇简序的时候，我的内心的确感慨万分。

写作这本书的作者，是一个年轻的团队，其中有从事证券业务十年的年轻“老律师”，有执业证券法律实务五年左右的中坚律师，还有刚从法学院硕士毕业加盟事务所的律师助理（尽己所能完成书稿的编录等技术工作）。他们认真梳理、总结自己在中国证券市场提供法律服务的不同程度的经验，用心地将其用文字表述出来，并在不断交流、完善的过程中，完成对自己或稍长或稍短的从业过程的自省。

这是一本关于公司在境内资本市场首次公开发行并上市（IPO）以及上市公司再融资过程中所面临的较为常见的法律问题以及如何解决的书，它实际上是一本关于实务操作的书，这样的书在市面上应该说很多了，然而，本书还确实有异于其他同类书：一、异在结构，它没有如常遵循从首章即开始介绍什么是IPO的架构，并顺章就IPO流程中公司通常所面临的问题一一铺陈，而是作者将这许多年来从事该项业务印象最深刻、公司遭遇最多的法律问题作为切入点，以专题的形式展开阐述；二、异在内容，它在将相关法律问题专题论述完毕并探寻解决方法之后，又以实际案例作为佐证，进一步再予论证；三、异在作者身份，它的作者们是一个团队，全是专业从事证券实务的年轻律师，他们从自己执业的切身经验出发，认真总结、反复沟通，在讨论中不断深入和完善，终于得以成书。

书稿的具体章节写作情况如下：第一章、第八章、第九章第三、五、八、十节的作者为罗超律师；第二章、第七章、第九章第一、二、七、九节的作者为王冠律师；第三章、第九章第四、六节的作者为李大鹏律师；第四章的作者为蒋伟律师；

第五章的作者为郭菲菲女士；第六章的作者为何敏律师；书稿的目录编撰及整理为王凤女士。

由于他们的年轻和平日太过忙碌的工作，该书难免稚嫩与粗糙，然而，它是真诚的，有意义的，因为年轻实践者们的专注和热忱。他们不仅是在写作一本书，更是通过这本书献礼给自己所热爱的证券律师职业。它是他们每天完成手上的工作后在北京更多是在异地的项目所在地的深夜一个字一个字敲出来的，是他们在每周例会上用一到两小时激烈争论后一个专题一个专题统一下来的，是他们完成初稿后交叉阅读又热烈讨论沟通后增章删节的，所以，这是一本用年轻的心把虽不漫长但很踏实的实践经验之路落实成文字的书，如果你读它，你会有收获。

作为这个团队的领队，我没有参与具体的文字写作，我所做的，仅是催促他们、鼓励他们，然后，在全部文稿完成后做第一个读者，提出我的读后感，供他们再讨论，或修订，或拒绝修订；并在他们深深浅浅的文字中看到年轻时的我及我们一代人。

最后，谢谢负责的、耐心的罗莱娜和朱丹颖女士，本应半年前就完成的书稿被一延再延，而你，始终热情关注和鞭策；谢谢该书作者们的夫人，正是你们的支持和鼓舞，使得他们不仅保质保量完成日常工作，且在频繁出差后返京回家的深夜，也得以安心、专心地码字，再一次，深深感谢！

温 焯

2013 年 2 月

目 录

第一章 公司的出资

1

第一节 无形资产出资 1

- 一、知识产权出资 1
- 二、非专利技术出资 5

第二节 股权出资 7

- 一、股权出资的特征 7
- 二、股权出资的前置条件 7
- 三、股权出资的操作程序 8
- 四、股权出资中需要注意的问题 9

第三节 债转股 13

- 一、债权转股权适用的对象 13
- 二、债转股的操作 13

第四节 出资瑕疵的规范与整改 16

- 一、出资不实的类型 17
- 二、出资瑕疵的规范 17

第五节 股份锁定 21

- 一、股份锁定的相关要求 22
- 二、董事、监事、高级管理人员的股份锁定要求 23

第二章 公司的股东

24

第一节 职工持股会、代持股权问题的规范 24

- 一、职工持股会、工会持股问题的规范 24
- 二、委托个人代持股份问题的规范 29
- 第二节 定向募集公司内部职工股的规范 31
 - 一、定向募集公司的产生与停止 31
 - 二、定向募集公司概况及存在的问题 32
- 第三节 有限合伙企业作为拟上市公司股东的探讨 35
 - 一、合伙企业成为上市公司股东的法律依据 35
 - 二、有限合伙企业作为员工持股主体的探讨 36
 - 三、有限合伙企业与公司制企业税负的比较 36
- 第四节 引进战略投资者 38
 - 一、引进战略投资者的必要性 39
 - 二、引进战略投资者的有关法律程序 39
 - 三、引入战略投资者相关投资协议的审查要点 39
 - 四、关于投资协议对赌问题的解决方案 40
- 第五节 上市前员工持股的安排 45
 - 一、上市前管理层及核心员工持股的必要性 45
 - 二、上市前管理层及核心员工持股的可行方式 45
 - 三、上市前安排管理层或员工持股过程中存在的主要问题及解决建议 46
- 第六节 红筹架构回归股权架构的调整 48
 - 一、红筹架构回归的背景及方式 48
 - 二、红筹架构回归的法律流程 49
 - 三、红筹架构公司回归过程中可能遇到的主要问题及解决建议 51
- 第七节 控股股东和实际控制人 53
 - 一、相关法律、法规和规范性文件对控股股东和实际控制人的认定 54
 - 二、实际控制人是否发生变更的问题 55

第三章 公司的资产

未列明 第二 60

第一节 公司在拟上市进程中对于资产应关注的事项 60

一、公司资产完整性	60
二、资产权属清晰、合法有效	62
第二节 报告期内公司资产重组应注意的事项	72
一、上市前公司资产重组的目的	72
二、上市前公司资产重组普遍采用的模式	73
三、资产重组过程中的内部决策程序	74
四、发行人进行资产重组与业绩连续计算	75

第四章 公司的业务

78

第一节 关联交易的规范	78
一、关联交易的定义	78
二、关联方	79
三、关联交易的规范	81
四、关联交易非关联化	83
第二节 同业竞争的整顿	86
一、同业竞争的定义	87
二、同业竞争的界定	87
三、对同业竞争的整顿	88
第三节 特殊行业的规制	91
一、药品行业	92
二、教育培训机构的规制	94
三、软件行业的规制	95

第五章 公司的员工

98

第一节 人员的独立性	98
第二节 核心员工的保密义务及竞业禁止	99
一、保密义务	100
二、竞业禁止	103
第三节 公司向职工借款	104
一、公司向职工借款的合法性	104

- 二、公司向职工借款合法性的操作 104
- 三、关于公司向职工借款问题的解决方案 105

第四节 员工的劳动合同和社会保险 107

- 一、员工的劳动合同 108
- 二、拟上市公司的劳务派遣 108
- 三、社会保险和住房公积金 112

第六章 公司税务和补贴

116

第一节 补税问题的规范 116

- 一、补税原因分析 116
- 二、补税问题对公司上市的影响及税务规范 120

第二节 税收优惠和财政补贴 121

- 一、税收优惠 121
- 二、财政补贴 128
- 三、减少公司对税收优惠和财政补贴的依赖性 129

第七章 拟上市公司的法人治理结构

130

第一节 上市公司的章程及三会制度的规范 130

- 一、上市公司章程及三会制度的规范依据 130
- 二、上市公司章程及三会制度规范的具体要求 131
- 三、近期规范上市公司章程及三会制度时需关注的重点问题 135

第二节 拟上市公司董事、监事和高级管理人员的安排 138

- 一、董事、监事和高级管理人员任职资格汇总 138
- 二、申报期内董事和高级管理人员是否发生重大变化的问题 143

第八章 公司 IPO 的具体操作流程

148

第一节 公司 IPO 的基本条件 148

- 一、上市标准 148
- 二、关于上市地点的选择 150

第二节 公司 IPO 的基本流程	151
一、聘请中介机构	151
二、尽职调查与制定整体的股改（或）及上市发行方案	152
三、股份公司的设立	152
四、辅导与验收阶段	157
五、公开发行股票申请材料的制作和向证监会提出申请阶段	157
六、中国证监会的审核阶段	158
七、股票发行及上市阶段	161
八、关于上市流程中的其他问题	162

第九章 上市公司再融资 169

第一节 上市公司再融资方式的比较	169
一、上市公司再融资主要方式及主流品种	169
二、上市公司再融资法定发行条件的比较	170
三、上市公司再融资各品种优劣比较	172
四、上市公司再融资时机与品种选择	173
第二节 配股、增发和非公开发行的定价制度比较	173
一、配股、增发和非公开发行的基本概念	174
二、配股、增发和非公开发行的定价制度比较	174
第三节 上市公司非公开发行制度的规范要求	175
一、上市公司非公开发行股票的基本要求	175
二、上市公司非公开发行股票中涉及的担保问题	178
第四节 增发和配股的条件以及申报材料制作要求	180
一、上市公司配股、增发的一般性条件	180
二、关于上市公司进行配股、增发的特别规定	183
三、增发、配股的操作程序及申报材料	184
第五节 非公开发行股份的操作程序	187
第六节 上市公司发行可转换公司债券	192
一、可转换公司债券的基本概念	192
二、上市公司发行可转换公司债券的条件	193
三、发行可转换债券程序及申报材料制作要求	211
第七节 上市公司再融资（股权融资）审核中重点关注的法律问题	215

- 一、再融资募集资金重点关注问题 215
- 二、再融资公司涉及同业竞争和关联交易的规范问题 221
- 三、关于上市公司再融资时存在大股东占用资金及违规担保的规范问题 226
- 四、关于上市公司再融资信息披露的规范要求 229
- 第八节 上市公司再融资涉及购买资产的法律问题 233
 - 一、上市公司非公开发行股份收购资产 233
 - 二、非公开发行股份收购资产涉及的几个特殊问题 237
 - 三、上市公司非公开发行股份构成重大资产重组的情形 242
- 第九节 房地产行业再融资关注的主要法律问题 246
 - 一、房地产行业再融资涉及特别规定 246
 - 二、房地产行业上市公司再融资的特点及审核重点 249
- 第十节 国有企业及军工企业再融资关注的特别法律问题 251
 - 一、国有企业再融资关注的特别法律问题 251
 - 二、军工企业再融资关注的特别法律问题 256

案例索引

1. 神州泰岳公司股东以科技成果出资且无形资产出资比例超过当时《公司法》规定的比例	4
2. 乐视网公司股东以非专利技术出资并通过登记著作权确认个人出资权属	5
3. 启明星辰公司股东以非专利技术出资，并论证不属于职务成果	6
4. 爱尔眼科涉及股权出资中的规范性及作价公允性	11
5. 鸿特精密公司股东进行债转股取得外资主管部门的确认	14
6. 如意纺织的债转股取得国有资产主管部门的批复	15
7. 独一味债转股后债权出资比例超过 70%	15
8. 格林美公司股东通过出资置换保证公司注册资本的充实性	18
9. 中电环保以现金出资置换无形资产出资保证资本充实性	19
10. 柘中建设首发上市前依法规范职工持股会问题	27
11. 长江润发通过公证及省级政府确认，进一步保障长江润发职工转让股权的合法性	27
12. 联合化工规范解决改制形成的委托持股问题	30
13. 如意纺织清理规范历史遗留的定向募集内部职工股问题	33
14. 首家以有限合伙企业作为股东的上市公司——康芝药业	37
15. 博雅生物首创以有限合伙企业作为管理层持股平台	38
16. 苏州电科院上市前引进战略投资人解决股权结构高度集中问题	43
17. 东光电子上市前解除对赌条款	44
18. 南国置业设立员工持股公司实现全员持股	47
19. 二六三股份逐层拆除海外红筹架构实现境内 A 股上市	52
20. 报告期内多人共同控制发行人，部分一致行动人发生变化	57

21. 实际支配公司股份表决权比例最高的人发生变化后实际控制人的认定	58
22. 因国有股权无偿划转导致实际控制人发生变化	58
23. 红筹架构回归过程中实际控制人是否发生变更	59
24. 上海良信电器股份有限公司资产完整性问题	61
25. 青岛亨达公司房屋权属瑕疵	64
26. 高科石化租用集体土地存在的瑕疵	64
27. 电缆股份子公司国有土地使用权取得程序存在的瑕疵	65
28. 蔚林化工对第三方商标依赖问题	68
29. 吉林永大对第三方商标依赖问题	68
30. 恒久光电专利权失效问题	70
31. 新大新材涉嫌侵犯第三方拥有权属的专利权	71
32. 佛山燃气因大量关联交易的存在而未获审核通过	84
33. 苏州润通二次上会因关联交易非关联化而未获审核通过	85
34. 通过对同业竞争进行彻底整改而获审核通过的发行人	89
35. 宏昌电子因存在不确定性的同业竞争未获审核通过	90
36. 红旗集团因独立性瑕疵未获审核通过	99
37. 员工任职期间职务发明的申请专利权归公司所有	102
38. 九九久向员工借款但顺利通过审核	105
39. 同德化工向员工借款但顺利通过审核	107
40. 秀强股份公司存在数量较大劳务派遣通过审核	109
41. 已通过监管部门审核的晨光生物《劳动人员派遣协议书》	110
42. 兴民钢圈关于社保问题的相关措施	114
43. GQY 视讯收入确认方法错误导致补税	116
44. 万顺包装征收方式改变导致补税	117
45. 英唐智控因享受地方税收优惠政策与国家法律不符致补税	118
46. 金亚科技因延期缴纳税款导致补税	118
47. 阳谷华泰因税务机关稽查导致补税	119
48. 太阳鸟游艇由中外合资转内资导致补税	120
49. 荃银高科自产种子所得免征企业所得税	122
50. 神农大丰自产种子所得免征企业所得税	122
51. 凤凰传媒因转制免征企业所得税	123

52. 华锐风电享受“三免三减半”企业所得税优惠 123
53. 榕基软件享受重点软件企业税的优惠 124
54. 九牧王享受“两免三减半”税收优惠 124
55. 美亚光电享受高新技术企业税收优惠 124
56. 荃银高科享受高新技术企业税收优惠 125
57. 金河生物享受西部地区税收优惠 125
58. 铜都阀门子公司享受残疾人福利企业税收优惠 127
59. 现代投资独立董事因受行政处分及缺乏独立性不具备任职资格 143
60. 成飞集成独立董事因担任高校党政领导申请辞职 143
61. 万马电缆股份制改组前后为完善管理层团队架构而发生的董事、高级管理人员变动 144
62. 网宿科技为完善拟上市公司的法人治理结构、符合上市条件而增设董事、高级管理人员职位 145
63. 银河磁体为修正拟上市公司法人治理结构存在的问题而进行的董事、高级管理人员的调整 146
64. 亨通光电 2011 年非公开发行股份申请未获通过 177
65. 恒星科技因违规担保等事项导致 2011 年非公开发行股份申请未获通过 179
66. 中海发展等发行可转换公司债券未提供担保 197
67. 恒丰纸业发行可转换公司债券项目 197
68. 巨轮股份发行可转换公司债券项目 198
69. 深圳机场因实施分红派息事宜调整可转换公司债券转股价格 201
70. 巨轮股份因分红派息和股票价格下跌调整可转换公司债券转股价格 203
71. 中国石油《可转换公司债券募集说明书》中有关赎回、回售条款 206
72. 中鼎股份《可转换公司债券募集说明书》中有关赎回、回售条款 207
73. 中国石化 2008 年发行分离交易可转换公司债券方案的相关内容 209
74. 通威股份 2008 年因前次募集资金实现效益与预计效益差异较大导致公开增发被否决 217
75. 国脉科技 2008 年因公开增发募集资金项目所需资金不配比被否决 219
76. 雪人股份因不规范使用募集资金影响再融资 219
77. 广东榕泰等以再融资募集资金补充流动资金或偿还银行贷款 220
78. SST 幸福重大资产重组涉及同业竞争和关联交易问题的解决 225
79. 中川国际申请非公开发行股票前规范解决对外担保纠纷 228

80. 某上市公司持续违规担保状态影响再融资	229
81. 雅戈尔 2007 年因信息披露重大遗漏导致再融资被否决	232
82. 建峰化工非公开发行股份购买资产（股权）作价估值的调整	235
83. 凯迪电力 2009 年非公开发行股份方案因涉及新的重大关联交易未获通过	238
84. 中天城投两次非公开发行股票	250

第一章 公司的出资

第一节 无形资产出资

重点提示

以无形资产出资是公司出资的重要方式之一。无形资产形式多样，包括专利权、商标权、软件著作权、商业秘密、专有技术等知识产权，土地使用权在广义上也属于无形资产的范畴。本节主要针对拟上市公司在历史沿革中涉及以知识产权出资，以及在出资过程中存在的不规范情形，提出整改建议。

一、知识产权出资

目前，不少拟上市公司在其历史沿革中都涉及以知识产权出资的情况，《公司法》第27条第1款明确规定：“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。”上述规定使公司相关股东以知识产权进行出资在法律上具有了充分的依据，至于实际操作规范性，应从以下四个方面予以关注：

（一）拟用于出资的知识产权的权属完整性

出资人对于拟用于出资的知识产权是否拥有完整的权利，是知识产权出资的首要问题。关于专利权、专有技术、商标权以及软件著作权的权属认定问题，政府有权部门出具的权属证书，具有公示公信力，如果没有相反证据指认相关知识产权权

属效力上存在瑕疵,则可充分认定该出资人对于拟出资知识产权拥有的完整权利。法定的权属证明文件是知识产权相关管理部门出具的权利公示文件,例如国家专利局颁发的专利证、国家商标局颁发的注册商标证等。

在实务操作中,由于知识产权的研发形成过程涉及立项、研究、投入、管理、推广等多个环节,一项重大知识产权的形成,往往牵涉到公司、员工、外部参与人以及相关研究单位(例如高校、科技机构)等多方主体,而在上述各环节中,如果投资人、管理人、开发人之间未达成明确的约定,则在后续成果使用或进行产权登记时,容易导致权属纠纷或出现权属不清晰的情形,从而直接影响出资的合法性。根据中国证券监管部门的审核要求,对于以知识产权出资的,不仅应关注该知识产权现状,同时还应关注该知识产权历史形成的合法性、沿革过程中的规范性。例如,股东用于出资的知识产权,是否因利用了公司的技术、资金而构成职务发明?是否与承接该项目的相关科研机构就权利分配问题达成一致?是否与外部关联人存在涉及权属的潜在纠纷?总之,股东以知识产权出资,要求排除一切外部第三方对该出资权利提出诉求的情况,并且不存在侵占公司资金技术的情况,股东对于拟出资的知识产权应拥有独立完整的所有权权属。

(二) 对知识产权的评估作价

根据《公司法》第27条第2款规定:“对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的,从其规定。”股东在以知识产权出资时,应当聘请具有证券从业资格的评估机构,以公允的评估方法对其进行估值。知识产权的出资作价,以具有合法资质的评估机构对知识产权的评估值为依据,并不得超过评估值;同时应履行适当的法律程序。在公司设立阶段,应由公司发起人在出资协议中对知识产权出资数额予以确认;在增资阶段,应经股东大会由代表2/3以上表决权的股东对增资方式及作价数额予以确认。

实务中,有很多拟上市的中小企业,为了达到某个行业资质或招标方所要求的注册资本金数额,往往采取不涉及现金出资、且操作便捷的知识产权出资的方式进行增资,但在对拟出资的知识产权进行评估的过程中,由于取值相对随意而容易引致后患。资产评估机构对于拟出资知识产权评估所出具的评估报告仅提供作价参考,其可信度与适用度,与评估报告所适用的评估方法、采集的评估参数、评估计算方式等有直接的关系。由于评估方式的差异,资产评估的价值差异往往非常大,评估值过高或过低均不规范。评估值过低,对于股东的权益未能充分体现;而评估值过高,则直接影响公司注册资本的充足性和真实性。目前的拟上市公司,在以知识产