

GUIDE BOOK
**新三板项目
律师业务操作指南**

主 编 卜 实
副主编 杨钧辉 元 武 刘思培



苏州大学出版社
Soochow University Press

新三板项目律师业务操作指南

主 编：卜 实

副主编：杨钧辉 元 武 刘思培

苏州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

新三板项目律师业务操作指南 / 卜实主编. — 苏州:
苏州大学出版社, 2016. 5

ISBN 978-7-5672-1738-6

I. ①新… II. ①卜… III. ①证券市场—律师业务—
中国—指南 IV. ①D926.5-62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 106463 号

新三板项目律师业务操作指南

卜 实 主 编

责任编辑 何桂林

苏州大学出版社出版发行

(地址: 苏州市十梓街 1 号 邮编: 215006)

南通印刷总厂有限公司印装

(地址: 南通市通州经济开发区朝霞路 180 号 邮编: 226300)

开本 700 mm×1 000 mm 1/16 印张 19.5 插页 2 字数 329 千

2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5672-1738-6 定价: 88.00 元

苏州大学版图书若有印装错误, 本社负责调换

苏州大学出版社营销部 电话: 0512-65225020

苏州大学出版社网址 <http://www.sudapress.com>

《新三板项目律师业务操作指南》

编委会

主 编 卜 实

副主编 杨钧辉 元 武 刘思培

编 委 (排名不分先后)

简荣宗 孔晶明 马子伟 何 芳

陈巍炜 李建波 李小萍 陈士宽

程德兵 王 君 赵小强 柯晓枫

王永生 赵红艳 彭进峰 刘红波

李 骏 李博勋 高 明 叶道明

陶峰英 董国强 王宁刚 罗卫华

梁英伟

目 录 contents »

第一章 新三板概述.....	1
一、新三板简介.....	1
二、新三板功能与定位.....	2
三、新三板优先股制度的引入.....	4
第二章 新三板挂牌律师工作要点.....	8
一、新三板法律尽职调查的概念.....	8
二、律师尽职调查的目的和作用.....	8
三、律师尽职调查的重点事项.....	9
四、律师尽职调查的程序.....	11
五、律师尽职调查的途径.....	13
第三章 新三板挂牌律师工作指引.....	15
一、专项法律事务委托合同.....	15
二、法律尽职调查.....	18
三、常用文书.....	57
四、制作法律意见书.....	175
五、律师见证.....	177

第四章 新三板挂牌中常见法律问题应对解析	179
一、新三板股权代持问题及解决方式	179
二、新三板企业员工社保问题及解决思路	182
三、关联交易存在的十种主要形式及其处理	183
四、非关联化解决方案	188
五、关于股权激励的若干问题解析	196
第五章 新三板法律及业务规则分类举要	214
一、法律类	214
二、业务规则类	214
鸣 谢	306

第一章

新三板概述

一、新三板简介

新三板又称全国中小企业股份转让系统,是经国务院批准,依据证券法设立的全国性证券交易场所,也是第一家公司制证券交易所。全国中小企业股份转让系统有限责任公司为其运营机构,于2012年9月20日在国家工商总局注册,2013年1月16日正式揭牌运营,注册资本30亿元,注册地在北京。新三板定位于非上市股份公司股票公开转让和发行融资的市场平台,为公司提供股票交易、发行融资、并购重组等相关服务,为市场参与者提供信息、技术和培训服务。在这个平台上,具有代办系统主办券商业务资格的证券公司采用电子交易方式,为非上市股份有限公司提供规范的股份转让服务。新三板最早发源于北京中关村,主体是一些高科技的企业。而之所以叫“新”三板,是因为还存在一个老三板,主要是承载原STAQ(全国证券交易自助报价系统,是Securities Trading Automated Quotations System的简称)、NET(全国电子交易系统,是National Electronic Trading System的简称)系统挂牌公司和退市企业的公司股权转让。2006年,中关村科技园区非上市股份公司进入代办转让系统进行股份报价转让,称为“新三板”。由于中关村的企业有限,因而当时的新三板成交量有限,交投极度不活跃。

2012年,上海张江高新技术产业开发区、武汉东湖新技术开发区和天津滨海高新区加入新三板试点,至此新三板扩大到4个国家级高新园区,项目来源大大扩展。2013年年底,证监会宣布新三板扩大到全国,对所有公司开放。2014年1月24日,新三板一次性挂牌285家,并累计达到621家挂牌企业,宣告了新三板市场正式成为一个全国性的证券交易市场。到2015年10月已有2700余家公司在新三板挂牌,从家数和总市值上来说已经较为庞



大。新三板作为产权交易市场,是证券化了的股份交易市场,而不是股票交易市场。这和 A 股主板市场、中小板市场和创业板市场是不一样的。有人把新三板市场说成是场外交易市场(OTC),是不确切的。同时,新三板不具备发行功能,而是把资产存量证券化后的交易形式,并不是在社会上招收新股本。此外,新三板的企业目的是为资产重组以及盘活资产存量而参与交易,这与 A 股市场是不同的。新三板市场主要针对高科技和中小企业,一方面通过新三板市场盘活资产存量,另一方面可在此做上市前的准备,调整结构。

新三板市场的融资功能属于小额定向融资,扩大试点后,融资额也很有限,对市场扩容影响很小。据统计,自 2006 年中关村新三板试点以来,市场上共有挂牌券商 133 家,其中 1 家已在中小板上市,7 家在创业板上市,4 家正在等候发审。总体来说,该市场是对 A 股市场以及其他公开发行市场的准备和补充,因此其扩容对 A 股市场不会形成冲击,交易只涉及资产存量,不涉及增量,而普通个人投资者也不直接参与。按现有制度安排,新三板当前的投资者准入范围不会对二级市场造成投资者分流。由于当前允许的机构投资者仅限于法人、信托、合伙企业,自然人限于挂牌前的自然人股东或定向增资等原因持有公司股份的自然人,因此还不会对二级市场的投资者产生直接影响。

二、新三板功能与定位

(一) 新三板的基本功能

1. 便利融资:挂牌后可实施定向增发股份,也可提高公司信用等级,有利于企业吸收风险资本投入,引入战略投资者。

2. 股份转让:股东股份可以合法转让,提高股权流动性。

3. 价值发现:公司挂牌后的市场价格创造财富效应,提高公司对人才的吸引力。

4. 公司发展:有利于完善企业的资本结构,促进企业规范长远发展。

5. 品牌宣传:“新三板”市场聚集了一批优质高成长性高新技术企业,成为高新技术企业便利高效的投融资平台,有利于树立企业品牌,促进企业开拓市场,扩大企业宣传。

6. 形成价格,提升信用:在全国性的场外交易市场挂牌,可以让企业形成市场价格,能够有效地提升企业信用水平。

7. 规范运作:完善法人治理结构,促进企业健康发展。有利于建立归属明晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度。

8. 转板上市:可以促进企业尽快达到中小企业板或创业板上市公司的要求,企业达到主板上市条件的可转至主板上市发行股票。

(二) 新三板的市场定位

新三板是产权交易市场,是证券化了的股份交易市场,而不是股票交易市场。这和 A 股主板市场、中小板市场以及创业板市场是有明显区别的。

新三板不具备发行功能,而是把资产存量证券化后的交易形式,并不是在社会上招收新股本。企业目的是为资产重组以及盘活资产存量而参与交易,新三板的主要服务对象为高科技企业和中小企业。

新三板市场的融资功能属于小额定向融资,扩大试点后,融资额也很有限,对市场扩容影响很小。当前允许的机构投资者仅限于法人、信托、合伙企业,自然人限于挂牌前的自然人股东或定向增资等原因持有公司股份的自然人,对二级市场的投资者产生的直接影响有限。

(三) 新三板与沪深交易所的区别

1. 服务的对象不同。《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题的决定》(以下简称《国务院决定》)明确了全国股份转让系统的定位主要是为创新型、创业型、成长型中小微企业发展服务。这类企业普遍规模较小,尚未形成稳定的盈利模式。在准入条件上,不设财务门槛,申请挂牌的公司可以尚未盈利,只要股权结构清晰、经营合法规范、公司治理健全、业务明确并履行信息披露义务的股份公司均可以经主办券商推荐,申请在全国股份转让系统挂牌。沪深交易所主要服务对象是大中型企业以及创新性、成长性强的具有一定规模的中小企业。

2. 投资者群体不同。我国沪深交易所市场的投资者结构以中小投资者为主,而全国股份转让系统实行了较为严格的投资者适当性制度,未来的发展方向将是一个以机构投资者为主的市场,这类投资者普遍具有较强的风险识别与承受能力。

3. 全国股份转让系统是中小微企业与产业资本的服务媒介,主要是为企业发展、资本投入与退出服务,不是以交易为主要目的。



三、新三板优先股制度的引入

优先股,是指依照有关法律、法规及行政规章,在一般规定的普通种类股份之外,另行规定的其他种类股份,其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产,但参与公司决策管理等权利受到限制。普通股与优先股是以“股东承担之风险和享有之权益的大小为标准”而进行的划分。优先股股东以经营决策方面的表决权为对价交换公司经济权益方面的优先分配权,因而优先股通常没有表决权。优先股既具有股票的性质,又同时具有合同的性质,被认为是介于股票与债券之间的一种混合证券。

(一) 优先股制度体系

2013年12月13日,国务院印发《关于开展优先股试点的指导意见》,即国发[2013]49号文。

2014年3月21日,中国证监会公布《优先股试点管理办法》。

2014年9月19日,中国证监会公布非上市公众公司发行优先股相关的信息披露文件,包括:

《非上市公众公司信息披露内容与格式准则第7号——定向发行优先股说明书和发行情况报告书》;

《非上市公众公司信息披露内容与格式准则第8号——定向发行优先股申请文件》。

据悉,全国中小企业股份转让系统将在近期内公布优先股业务规则等配套文件。

(二) 优先股的特点

1. 优先分配利润

优先股股东按照约定的票面股息率,优先于普通股股东分配公司利润。公司应当以现金的形式向优先股股东支付股息,在完全支付约定的股息之前,不得向普通股股东分配利润。

2. 优先分配剩余财产

公司因解散、破产等原因进行清算时,公司财产在按照公司法和破产法有关规定进行清偿后的剩余财产,应当优先向优先股股东支付未派发的股息

和公司章程约定的清算金额,不足以支付的按照优先股股东持股比例分配。

3. 优先股转换和回购

公司可以在公司章程中规定优先股转换为普通股、发行人回购优先股的条件、价格和比例。转换选择权或回购选择权可规定由发行人或优先股股东行使。发行人要求回购优先股的,必须完全支付所欠股息,但商业银行发行优先股补充资本的除外。优先股回购后相应减记发行在外的优先股股份总数。

(三) 优先股发行与交易

1. 发行条件

公司已发行的优先股不得超过公司普通股股份总数的 50%,且筹资金额不得超过发行前净资产的 50%,已回购、转换的优先股不纳入计算。

2. 公开发行

公司公开发行优先股的,应当在公司章程中规定以下事项:

- (1) 采取固定股息率;
- (2) 在有可分配税后利润的情况下必须向优先股股东分配股息;
- (3) 未向优先股股东足额派发股息的差额部分应当累积到下一会计年度;
- (4) 优先股股东按照约定的股息率分配股息后,不再同普通股股东一起参加剩余利润分配。

3. 交易转让及登记存管

优先股应当在证券交易所、全国中小企业股份转让系统或者在国务院批准的其他证券交易场所交易或转让。优先股应当在中国证券登记结算公司集中登记存管。优先股交易或转让环节的投资者适当性标准应当与发行环节一致。

4. 信息披露

公司应当在发行文件中详尽说明优先股股东的权利义务,充分揭示风险。同时,应按规定真实、准确、完整、及时、公平地披露或者提供信息,不得有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

5. 公司收购

优先股可以作为并购重组支付手段。上市公司收购要约适用于被收购公司的所有股东,但可以针对优先股股东和普通股股东提出不同的收购条



件。根据《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第86条计算收购人持有上市公司已发行股份比例,以及根据《证券法》第88条和第96条计算触发要约收购义务时,表决权未恢复的优先股不计入持股数额和股本总额。

6. 与持股数额相关的计算

以下事项计算持股数额时,仅计算普通股和表决权恢复的优先股:

(1) 根据《证券法》第54条和第66条,认定持有公司股份最多的前十名股东的名单和持股数额;

(2) 根据《证券法》第47条、第67条和第74条,认定持有公司5%以上股份的股东。

(四) 对申请人的披露要求

申请人应披露已发行在外优先股的简要情况,包括发行时间、发行总量及融资总额、现有发行在外数量、已回购优先股的数量、各期股息实际发放情况等。申请人应列表披露本次优先股与已发行在外优先股主要条款的差异比较。

(五) 详尽披露对申请人的影响

1. 本次发行对申请人经营管理的影响。
2. 本次发行后申请人财务状况、盈利能力、偿债能力及现金流量的变动情况,申请人应重点披露本次发行优先股后公司资产负债结构的变化。
3. 本次发行对公司股本、净资产(净资本)、资产负债率、净资产收益率、归属于普通股股东的每股收益等主要财务数据和财务指标的影响。
4. 申请人与控股股东及其关联人之间的业务关系、管理关系、关联交易及同业竞争等变化情况。
5. 以资产认购优先股的行为是否导致增加本公司的债务或者或有负债。
6. 本次发行对申请人的税务影响。
7. 申请人应有针对性、差异化的披露属于本公司或者本行业的特有风险以及经营过程中的不确定性因素。
8. 银行、证券、保险等金融行业公司还需披露本次发行对其资本监管指标的影响及相关行业资本监管要求。
9. 申请人应披露本次定向发行对申请人普通股股东权益的影响;已发行优先股的,还应说明对其他优先股股东权益的影响。

10. 申请人应结合自身的实际情况及优先股的条款设置,披露可能直接或间接对申请人以及优先股投资者产生重大不利影响的相关风险因素,如不能足额派息的风险、表决权受限的风险、回购风险、交易风险、分红减少和权益摊薄风险、税务风险等。

11. 申请人应披露本次定向发行相关的会计处理方法以及本次发行的优先股发放的股息是否在所得税前列支及政策依据。

12. 申请人应披露投资者与本次发行的优先股转让、股息发放、回购等相关的税费、征收依据及缴纳方式。

13. 申请人应披露公司最近一期期末的对外担保情况,并披露对公司财务状况、经营成果、声誉、业务活动、未来前景等可能产生较大影响的未决诉讼或仲裁事项,可能出现的处理结果或已生效法律文书的执行情况。

14. 申请人应披露中介机构的名称、法定代表人、住所、联系电话、传真,同时应披露有关经办人员的姓名。

(六) 优先股制度对新三板市场的影响

1. 增加新三板市场的融资工具和投资工具

作为股债混合工具,优先股的风险收益特征不同于债权和普通股权,而是介于两者之间,而且优先股设计灵活,给融资主体和投资者都提供了更多选择,将吸引更多机构投资者参与新三板优先股市场机会,进一步完善新三板的市场功能,促进交易的活跃度。

2. 丰富新三板的挂牌主体

有望吸引未上市城商行、农商行、农信社、保险公司,以及资产负债率较高的大型非上市企业到新三板挂牌。一些上市公司子公司也可利用优先股融资,对上市公司来说,利用旗下非上市子公司在新三板发行优先股可以合理改善融资结构,增加子公司的融资渠道。



第二章

新三板挂牌律师工作要点

一、新三板法律尽职调查的概念

我国目前的规范性法律文件当中,对法律尽职调查没有明确的定义。2003年4月22日,中华全国律师协会通过的《律师从事证券法律业务规范》(试行)第29条“律师应当根据受委托证券业务的具体情况,通过收集文件资料、与委托人管理层或业务人员面谈、与相关方核对事实、实地考察等方式,对证券法律业务项目涉及的相关法律事项进行核查验证”之规定,被视为对律师法律尽职调查最接近的定义。

法律尽职调查可以分为证券类尽职调查和非证券类尽职调查。本书所指的尽职调查是指律师根据拟挂牌公司的委托和新三板挂牌专项法律服务的需要,遵循依据法律法规及职业道德规范的要求,对拟挂牌主体是否符合新三板业务规则所要求的挂牌条件进行调查和核查,并对调查及核查的结果做出法律分析和判断的活动。

二、律师尽职调查的目的和作用

(一) 尽职调查的目的

律师通过遵守有关法律法规和职业道德规范的要求,作出尽职调查,出具法律意见书,其最终目的是有利于挂牌公司的投资者依据法律意见书作出投资决策,使其有充分理由确信:

1. 在律师尽职调查的基础上,公司符合《全国中小企业股份转让系统业务规则(试行)》规定的挂牌条件;

2. 法律意见书中所披露的信息真实、准确和完整。

（二）尽职调查的作用

新三板挂牌项目中律师的工作事项包括尽职调查、配合出具股改方案、拟定相关法律文件、制定法律意见书等。但是，尽职调查是所有工作的基础，支撑着其他工作的开展，其作用具体体现在以下几点。

1. 帮助投资者了解挂牌公司的情况

投资者通过阅读律师在尽职调查后所出具的《法律意见书》，可以从法律层面掌握拟挂牌公司的主体资格、资产权属、债权债务等重大事项的目前法律属性，评估其投资风险。

2. 在法律层面对拟挂牌公司是否符合挂牌条件作出专业性的判断

律师在尽职调查后，应当就拟挂牌公司是否符合《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》规定的挂牌条件作出独立的判断。在新三板挂牌的项目过程中，各中介机构各有分工，且依赖于各方所出具的专业性意见。律师在法律层面对拟挂牌公司尽职调查，通过分析和判断出具公司是否符合挂牌条件的法律意见，是整个项目推进的法律基础。

3. 为出具法律意见书提供事实依据

律师出具法律意见书应当“以事实为依据，以法律为准绳”，其中作为依据的法律事实，基本通过法律尽职调查搜集、分析和判断。

4. 为规避律师执业风险提供保障

尽职调查所形成的工作底稿是判断律师是否已经勤勉尽责的重要证据。从投资者角度看，律师所出具的法律意见书是专业、真实、可靠的。只有通过审慎的尽职调查，才能保证法律意见书的专业、真实、可靠。因此，要防范律师的执业风险，只有勤勉尽责地进行法律尽职调查。

三、律师尽职调查的重点事项

（一）存续期是否满两个会计年度

《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》要求拟挂牌公司依法设立且存续满两年。如果拟挂牌公司成立不足两年，仅是找了一个空壳公司对拟挂牌公司进行收购，其容易被认为刻意规避“依法设立且存续满两年”的条



件而遭劝退。

（二）是否属于不适宜挂牌行业

《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》明确指出，股份有限公司申请股票在全国股份转让系统挂牌，不受股东所有制性质的限制，不限于高新技术企业，但是否果真什么行业都可以在新三板挂牌呢？也不尽然。虽然业务规则明确拟挂牌公司不受行业、所有制的限制，但是涉及房地产、P2P、众筹等特殊、敏感行业，违背传统道德观念、违背公序良俗的行业，建议在申报之前与全国股份转让系统进行充分预沟通，在征求股转系统意见后再行准备，不可贸然申报。P2P、众筹最近是否会放开倒是值得期待的。

（三）资质是否存在瑕疵

在某些特殊行业或者特定企业模式中，企业的生产经营需要主管部门颁发的特定资质证书才能够正常进行。如果企业存在无资质经营或者超越资质要求经营的情形，那么企业的生产经营也会存在重大不确定性，甚至存在违规的可能，像互联网彩票销售行业等。

（四）是否具备持续经营能力

持续经营能力是指公司基于报告期内的生产经营状况，在可预见的将来，有能力按照既定目标持续经营下去，在报告期内应有持续的营运记录，不应仅存在偶发性交易或事项。营运记录包括现金流量、营业收入、交易客户、研发费用支出等，且公司不存在《中国注册会计师审计准则第1324号——持续经营》中列举的影响其持续经营能力的相关事项。企业若没有正常营业记录的，除非特殊行业，否则很难不被劝退。

（五）会计基础如何，涉税问题是否较多

如前所述，新三板未对申请挂牌设置任何财务门槛，仅在《全国中小企业服务股份转让系统股票挂牌条件适用基本标准指引（试行）》中要求，公司应设有独立财务部门进行独立的财务会计核算，相关会计政策能如实反映企业财务状况、经营成果和现金流量。一些准备在新三板挂牌的企业，纳税报表经常显示亏损，但是实际情况可能并非如此，原因就在于经营者不想一下子体现很多利润。对于拟申请挂牌的企业，其最近两年的财务报告应经具有证

券期货从业资格的会计师事务所审计,对财务规范性提出了一定要求。财务报表和审计报告需要真实准确反映企业生产经营的具体情况,因而从规则上讲,不论是虚增业绩,还是隐藏业绩都是违反了审计报告的真实性原则。

(六) 企业法律规范问题审核

新三板审核要求确实比 IPO 宽松很多,但如果企业规范性过差,也难逃被劝退的命运。例如,股东特别是控股股东、实际控制人持有公司的股份存在股权代持;企业存在出资不实且有违诚信的情形;重大诉讼;资产存在不确定性;环保、质量、安全、土地违规事项;关联方资金占用;关联交易明显不合理;明显隐藏关联方等情况。这些事项单方面比较难以构成致命事项,但积少成多,任何一个瑕疵都可能成为压倒项目的最后一根稻草。

四、律师尽职调查的程序

(一) 签订专项法律服务合同和保密协议

在进行律师尽职调查前,拟挂牌公司和律师事务所签订《专项法律服务合同》和《保密协议》,合同是律师进行尽职调查的授权性文件,保密是律师执业的基本道德和尽职调查的基本准则。

(二) 设计尽职调查清单和问卷表

尽职调查清单和问卷表由律师根据拟挂牌公司的具体情况进行设计。尽职调查的主要内容包括公司的设立与存续;公司的经营许可;公司的法人治理结构;公司的财务状况;公司的资产状况;关联交易和同业竞争;税务状况;劳动人事;重大合同履行情况及重大债权债务情况;诉讼、仲裁或行政处罚情况;股权演变情况等。

在向拟挂牌公司发送法律尽职调查清单和问卷表之前,律师可以将设计好的尽职调查问卷清单征求公司的意见和建议。

(三) 提交给拟挂牌公司,搜集相应的资料

在尽职调查清单和问卷表形成后,律师应当将其提交给拟挂牌公司,并给公司合理的期间以准备相关的资料。在提供清单和问卷的时候,律师可以