

核准制下企业上市的 律师实务

中华全国律师协会/审定
李勇坚/著

本书作者依据其参与核准制前后多家企业股票发行上市的经验，全面介绍了核准制下企业上市过程中的工作，特别是对股份制改造中的法律实务、上市前期需要重点调查的问题、公司治理结构的调查、关联交易与同业竞争、员工持股与期权问题进行了详尽的剖析，提出了相应的、切实可行的解决方法。

律

师

业

务

必

备



法律出版社

核准制下企业上市的 律师实务

中华全国律师协会/审定
李勇坚/著

法律出版社

律

师

业

务

必

备



图书在版编目(CIP)数据

核准制下企业上市的律师实务/李勇坚著. —北京:
法律出版社, 2003.3
(律师业务必备丛书)
ISBN 7-5036-4154-1

I. 核… II. 李… III. 上市公司—公司法—中国
IV. D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 007234 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	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/A5	印张/9.875 字数/258 千
版本/2003 年 4 月第 1 版	印次/2003 年 4 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939640 63939641	传真/010-63939650
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4154-1/D·3872 定价:22.00 元

序

李勇坚先生的《核准制下企业上市的律师实务》在还散发着墨香时就搁到了我的案头,我有幸先睹为快。在仔细地阅读了这本书后,觉得在当前关于法律实务的书泛滥的今天,这是一本很有特色的书。

律师从事证券业务一直因为存在市场准入问题而被局外人视为一种神秘的职业。即使对于执业律师来说,如果不是专业从事证券业务,对于律师证券业务往往也一知半解。而严格的市场准入,也使非证券律师没有从事证券业务的机会,更加加重了对于证券业务的陌生。

2002年12月24日,中国证监会与司法部联合发布通告,正式宣布取消律师证券业务资格,从而使广大律师从事证券业务有了公平的市场机会。

广大律师如何利用律师证券业务资格被取消的机会,在证券法律事务方面赢得市场,是有心的律师与律师事务所必须思考的问题。我认为,进入到证券法律事务市场,律师应有两种能力:第一是关于证券法律事务的专业知识;第二是对于证券法律事务执业风险的评估能力。

从业务性质上来看,律师从事证券业务本质上是一种多种业务交叉而派生出来的新业务,从事这种业务需要财务会计、经济管理、行业管理等多方面的知识 with 经验。李勇坚律师作为管理科学与工程硕士及经济学博士,又多年从事证券法律业务,具有广阔的知识面,积累了较丰富的经验。他是一个有心人,一直注意将从事业务工作

所积累的经验加以总结,因此,也有了这本具有特色的书。

本书的第一个特色是,本书并没有对一般书籍上都予以讨论的内容,如公司法、证券法的基本规定等进行罗列,而是按照实践的需要,根据《公开发行证券公司信息披露的编报规则——公开发行证券的法律意见书和律师工作报告》(证监发[2001]37号),对律师从事证券过程中可能遇到的问题,如税务问题、土地使用权问题、产权问题等,进行了详尽的剖析,对于这些问题,提供了多种解决方案,并对律师处理这些问题的执业风险进行了评估。

本书的第二个特色是,对于律师从事证券业务所需要的知识结构、律师从事证券业务的执业风险及规避措施进行了探讨。作者对于律师从事证券所需的法律知识与其他专业知识均进行了剖析,为有志于从事这方面业务的律师提供一个指南。另一方面,作者还对于律师从事证券业务可能承担的民事责任,尤其是第三者责任进行了探讨,从而为律师评估证券法律事务执业风险提供了一个平台。这在国内是第一次。

本书的第三个特色是,以民营企业为基点,对于企业上市的律师实务进行探讨。据我所知,这是国内第一本以民营企业为基点对企业上市的律师实务进行探讨的书。虽然因为法律及相关政策规定还不是十分明确与完善,民营企业上市还存在着许多现实障碍,但作者依据其经验,对此进行了可贵的探讨。我认为,民营企业上市的法律问题比国有企业上市要复杂,因此,本书作者的探讨更有现实价值,对于律师从事证券法律业务也更有指导。

本书的第四个特色是,对于企业上市过程中的很多没有法律规定或法律规定不明确的问题进行了讨论,并提供了一些解决方案。这些问题包括期权问题、职工持股问题,作者均从理论与实践两个角度进行了讨论,对于律师解决这些问题提供了一种指导性的意见。

本书的第五个特色是,作者提供了实践操作中的大量案例,并提供了相应的文书范本,因而使本书具有极高的实用价值。

上述特色,使本书成为了一本具有实用价值的律师证券业务指

南。这本书对于证券业务中问题的全面剖析,使一个对于证券法律事务没有过接触的律师,也能通过阅读本书后,从事证券业务。

当然,本书的不足之处也是很明显的。例如,对于律师从事证券法律事务的法律责任可以进行更深入的探讨;对于律师从事企业改制过程中的债权债务处理没有提供相应的解决方式;对于律师担任企业上市的总协调人工作的论述过于简略;对于资本运营,尤其是上市公司的重组相关的律师实务没有进行讨论等。我衷心地希望作者对于上述问题进行全面的思考,并在下一本著作中进行论述。

在本书出版之际,写了这些话,希望对读者有所帮助。

是为序。

北京市京伦律师事务所

主任律师 曹斌博士

2003年1月22日于北京香格里拉饭店写字楼

前 言

从2001年3月起,中国证监会发布了一系列关于公司股票发行与上市的规范性文件,对股票发行与公开上市的申报文件与审批程序及标准进行了新的规范,这一切意味着中国股票的发行已经从计划经济下的审批制向市场经济下的核准制(尽管从目前的实践来看还只能算是准核准制)转变,在中国实行了长达十年之久的股票指标制被废除,中国股市至少在形式上对所有企业实行了平等开放。尽管由于历史原因,在实践操作中对国有企业往往网开一面,例如2001年10月上市的某国有企业,在资产结构等方面均存在很多问题。从整体来说,证券发行与上市已由原来的“有规模、有家数、指标分配”的审批制(或者说是指标制)^①,转变为“无预设指标,无行政审批”的核准制。发行人也由原来的先“跑指标、报批准”,后找主承销商,转变为先找主承销商,并在其辅导下进行为期一年的改制运行,具备证券发行与上市条件后,由主承销商作为保荐人,向证券监管机构作出证券发行上市推荐,由证券监管机构按程序核准。在这一过程中,发行人提交的发行申请文件必须真实、准确、完整;为证券发行出具有关文件的会计师事务所、律师事务所及资产评估等专业机构

^① 一般认为,在我国实行股票发行额度制(指标制)的原因在于,我国资本市场是新兴市场,同时,由于我国还没有完全建立起市场经济制度,在股票发行上不得不实行额度限制与审批。这一制度主要起到了限制股票发行规模,控制市场发展速度,调节股票供求与货币供求关系,配合国家货币政策、信贷政策、投资政策的实施等功效。

和人员,必须严格履行法定职责,保证其出具文件的真实性、准确性和完整性;主承销商作为保荐人,必须承担信誉和承销费损失风险;股票发行后,发行人经营与收益的变化,由发行人自行负责,由此变化引致的投资风险,由投资者自行负责;证券监督管理机构只是依法对有关申请文件进行合规性的程序审核。2001年以来,管理当局对证券市场进行了监管与整顿,特别是朱总理两次作了“不作假账”的批示之后,全国各地对于证券市场的诚信问题进行了盘查。一些参与造假的从业人员被追究刑事责任。证监会对核准制的有关认识有了很大的飞跃,其工作也转为事后审查,以及发行后的持续监管。

律师在证券市场中的作用已经无可替代,这已形成共识。但由于我国证券市场在目前阶段本身并不规范,政府部门人为干预的痕迹很明显^①,投资者无法进行理性投资,这就决定了律师在参与发行上市服务中需要为拟上市公司进行规范工作,而该项规范工作是用现行有效的法律、法规去“规范”原有的定向募集公司或几十年发展起来的国有企业、在发展过程中存在各种问题的民营企业,这就决定了该项规范工作具有一定的风险,如果“规范”不好,则有可能导致虚假法律文件的出现。主管当局认为,目前证券律师在执业过程中存在如下问题^②:(1)未按监管部门明确规定充分揭示发行人的重大问题和风险。有的采取回避态度,故意隐瞒发行人的问题和风险,不发表明确的法律意见,未起到防范和化解法律风险的应有作用。(2)编织不恰当的法律解释。有的甚至为发行人制造虚假进行粉饰,逃避

① 例如,金晓斌等人研究指出,从1992—2000年上海股市异常波动的情况中可看到政策对股市的影响。由统计可见,政策性因素是造成股市异常波动的首要因素,占总影响的46%;其次才是市场因素,占21%;扩容因素占17%;消息因素占12%;其他因素占4%。若把扩容也视作政策因素,那么该因素上升到63%。另外在这8年多的时间中,涨跌幅超过20%的共有16次,其中政策因素8次,占50%;扩容因素4次,占25%;市场因素3次,占19%;消息1次,占6%。显然政策因素的影响上升了。统计结果表明政策性因素对股市有重大影响。

② 参见高西庆在“核准制下律师从事证券业务研讨会”上的讲话。

法律责任。(3)缺乏足够的合作精神。与发行人、主承销商和会计师没有进行充分的专业沟通,结果是发行人的风险暴露后承担连带责任。(4)平时不注重业务学习。律师流动性强,疏于组织管理,对有关法律法规和标准、规则没能及时跟踪学习,造成所发表的法律意见不符合要求。(5)不注意与监管部门进行沟通。对事务所或合伙人涉及诉讼、人员调动等重大情况不及时说明,律师签名存在代签现象,引致法律纠纷。(6)执业素质低下。不少律师所出具的法律意见书和律师工作报告存在大量语法、文字和逻辑错误。(7)律师事务所之间、执业律师之间水平参差不齐。

从整体上看,核准制对于律师的责任提出了更高的要求。在实行指标(审批)制的时代里,律师的主要工作就是写一份简单的法律意见书,律师甚至不参与改制方案的讨论,也很少对招股说明书发表独立的看法。而在目前的情况下,律师常被要求参与对改制方案的制订工作中去,乃至被要求协助企业编写招股说明书(值得指出的是,在国外,尤其是中国奉为圭臬的美国证券市场,招股说明书一般是由律师与企业共同制作的)。同时,从新发布的《公开发行证券公司信息披露的编报规则——公开发行证券的法律意见书和律师工作报告》(证监发[2001]37号,以下简称法律意见书规则)来看,该规则对于律师所需的审查的二十三个方面的问题都提出了详细的要求,并要求对这二十三个方面是否真实有效,是否合法合规,是否存在潜在纠纷或风险发表看法,这说明律师的工作量十分繁重,责任很大。例如,如何调查企业正遭受或可能遭受的重大诉讼,就是律师所面临的一个重大难题,因为律师不可能对全国所有的法院进行调查,更无法对企业所面临的纠纷进行预测(因为纠纷包括对方违约的可能性)。但过分依赖企业的陈述不仅会使律师丧失独立性,也有可能因企业与律师的角度不同而导致律师没有发现其应该发现的问题。

对于想从事证券业务的律师来说,这种变革是一种进入的良好机会。

我国律师实行资格与执业相分立的制度。《律师法》等相关法律

规定要求,律师执业,应当取得律师资格和执业证书。具有高等院校法律专业本科以上学历,或者高等院校其他专业本科以上学历,并具有法律专业知识的人员,经国家统一的司法考试,合格后取得资格。具有律师资格并且在律师事务所实习满一年品行良好者可以取得执业证书。律师要从事证券业务即要成为证券律师必须具有司法部同中国证监会联合授予的证券资格。证券资格不同于律师资格,不是定期通过考试和事先所设定条件的满足来决定授予,其授予中有相当的弹性和灵活性(目前已停止授予)。1993年1月,证监会和司法部联合颁布行政规章,创设了证券律师许可证制度。按照规定,从事证券法律服务,除取得律师资格外,还须取得“律师从事证券法律业务资格证书”;获得个人许可证的律师还不能单独执业,必须加入一个律师事务所,至少有三名证券律师的律师事务所才有资格申请机构许可证(正式名称为“律师事务所从事证券法律业务资格证书”)。此后,在证监会制定的众多规范性文件中,但凡涉及法律服务,均指定由“具有从业资格的律师事务所和律师”承接。从历史的角度看,证券律师资格的取得方式经历了三次变化。最初,即1993年,在确认证券律师从业许可的规章颁布2个月之后,首批35家律师事务所和大约120名律师取得了机构和个人的执业许可。但是这批律师既没有经过培训,也没有经过考核。1995—1996年间,各地司法厅(局)遴选律师参加培训,考核通过者取得资格。当时的做法是,由司法部门负责确定参训的人员,证监会负责培训事宜。1999年,司法部、证监会联合举办全国证券律师资格考试,由执业律师自愿报名,审核通过后取得考试资格,再根据考试成绩限额确定入围者,经司法部、中国证监会审查确认后,颁发律师从事证券法律业务资格证书。经过这次考试又有约800名律师获得了证券法律从业资格。

由于上述原因,中国的证券律师业务成为了一种垄断性的业务,自从1999年进行了惟一的一次证券律师资格公开考试以后,再也没有了相关的考试或考核,证券律师的数量被定于一个固定的数量,很多想从事这种业务的律师不得其门而入。而这种情况,在没有大的

变革的情况下,又很容易形成一种路径依赖,使不能进入该行业的律师对于这种业务日益陌生,而从事该业务的律师对于某些程序更加熟悉,更加加高了进入证券律师业务的门槛。

然而,在 2001 年至 2002 年,整个证券市场产生了深刻的变化,股价长期在低位中徘徊,各种造假丑闻层出不穷,在这种背景下,管理层也开始了各种政策试验,如国有股减持,聘请国外会计师事务所进行附加审计等。这种政策试验,一方面说明了管理当局的茫然,另一方面也对各种中介机构提出了更高的要求。对于想从事证券业务的律师来说,这种不确定性也是一种良好的机遇。因为只有更加充分的竞争方能更加全面地体现中介机构的作用。

2001 年从指标制到核准制的改革,在某种程度上使所有的律师从事证券业务都在一个相对差距不远的起跑线。核准制的一个重要特征是对参与股票发行与上市工作的中介机构提出了更高的要求,也意味着中介机构应承担更大的责任,这对从事中介工作的机构及人员的素质提出了更高的要求。而原来从事证券业务的部分律师必然会在这个过程中遭到淘汰。这些政策与监管理念的变化,为更多高素质的人才加入到证券律师队伍并脱颖而出提供了竞争平台。正是基于上述理由,从 2000 年年底起,就不断有消息说要取消证券律师资格,这使广大律师从事证券业务不再有人为的门槛,加大了律师行业的竞争,这也为想从事证券业务的律师提供了良好的机遇。在 2002 年 12 月 24 日,中国证监会正式发布了取消律师证券资格的通知,从而,所有律师均可以从事证券业务。

在 2001 年,中国证券市场的另一个重大事件是证券民事诉讼的起步。从 2001 年 9 月最高人民法院对证券市场发生的侵权行为而引起的民事赔偿纠纷案件“暂不受理”,到 2002 年 1 月 15 日最高人民法院正式下发《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》,标志着我国证券市场民事侵权责任制度正逐步建立和完善。证券民事诉讼使各种中介机构面临着即将来临的诉讼风暴,这大大加大了证券律师的执业风险,它使证券律师处于可

能的无穷无尽的潜在诉讼中,使律师面临着巨大的、有时甚至是难以预测的风险。在证券市场法制环境并不健全,政策误区与空白区还很多的情况下,律师如何以其特有的技巧,在符合法律与保护自己的前提下,为企业提供良好的法律服务,对很多律师来说都是一个新的课题。因此,这要求律师在从事证券业务时,按照有关规范与经验进行工作,以减小执业风险。

本书作者依据其参与核准制前后多家企业股票发行上市的经验,在总结核准制下企业上市的法律实务工作的基础上,全面介绍了核准制下企业上市过程中律师的工作(包括股份制改造、制作相关文件、与中介机构协调、发行上市),对于律师从事上述工作中可能遇到的重点问题与难点问题进行了详尽的剖析,提出了相应的、切实可行的解决方法,并提供了相关文书范本,使一个原从事其他律师业务的律师能根据本书从事证券法律业务,对于准备改制上市的企业亦具有很好的参考价值。

本书是作者在北京市京伦律师事务所工作期间所完成的,事务所领导及同事的帮助是本书完成必不可少的动力,京伦律师事务所的“团队精神、集体智慧”理念,使本书事实上是一种集体智慧的结晶。特别要感谢如下领导及同事:主任曹斌博士、宿君律师、李峥律师。没有他们的鼓励与帮助,这本书不可能如此快就面世的。当然,本书的全部错误、遗漏均由作者本人负责。

作者

2003 年元月

目 录

第一章 导论:律师证券业务	1
第一节 律师从事证券业务的特殊性及其工作方法	1
第二节 注册制、核准制与指标制的区别	14
第三节 民营企业上市与国有企业上市的区别	18
第四节 律师从事上市业务的必备知识结构	20
第五节 我国的证券发行监管法律体系	22
第二章 初步调查	25
第一节 企业基本情况调查	25
第二节 企业调查中应注意的问题	32
第三节 企业背景情况调查	33
第三章 股份制改造中的法律实务	36
第一节 设立股份公司的基本条件及基本步骤	36
第二节 股份制改造中必须注意的问题	41
第三节 股份制改造过程中的法律文书示例	54
第四章 律师在上市前期需重点调查的问题	68
第一节 税务问题	68
第二节 土地使用权问题	76
第三节 产权界定	84
第四节 大股东调查	94
第五节 实际控制人调查及交叉持股情况调查	100
第五章 公司治理结构(内部管理体制)的调查	104

第一节 内部机构的设置	104
第二节 股东大会、董事会、监事会等的规范运作	106
第三节 独立性调查	114
第六章 关联交易与同业竞争	121
第一节 关联交易的基本问题	121
第二节 关联交易的定义	123
第三节 关联交易的规范	127
第四节 减少关联交易	133
第五节 避免同业竞争	136
第六节 关联交易与同业竞争的法律文书范本	138
第七章 家族企业与一致控制	150
第一节 家族企业问题	150
第二节 一致控制问题	159
第八章 员工持股与期权问题	164
第一节 员工持股问题	164
第二节 期权问题	181
第三节 股权信托的合同范本	191
第九章 律师工作报告与法律意见书的撰写	199
第一节 法律意见书与律师工作报告的基本要求	199
第二节 目前的法律意见书与律师工作报告中存在的问题	201
第三节 法律意见书与律师工作报告撰写中的具体问题	204
第十章 作为总协调人的律师	210
第一节 对于拟上市公司的调查	210
第二节 律师作为总协调人的工作	221
第三节 关于预期利润率的说明	225

附录:

附录一:

企业首次公开发行股票改制重组若干问题的暂行规定

(公开征求意见后第 17 稿)	228
附录二:	
公开发行证券的法律意见书和律师工作报告	244
附录三:	
律师从事证券业务的必读法规(存目)	255
附录四:	
首次公开发行股票并上市的法律意见书及律师工作 报告	258
后记	296

第一章 导论：律师证券业务

律师从事证券业务，主要是指律师在企业股份制改造、证券发行及交易过程中提供相关法律服务。根据《证券法》第2条规定，证券包括股票、债券及国务院规定的其他证券（如目前正在讨论之中的资产抵押证券）^①。就本书所探讨的范围而言，证券主要是指股票，因此，本书所涉及的主要是律师在股票发行上市过程中如何提供法律服务。

第一节 律师从事证券业务的特殊性及其工作方法

在一个规范运作的证券市场中，律师从事证券业务的责任是以其专业知识和执业经验对证券发行过程中的合法性进行审查，并出具专业意见，供有关投资者参考。从我国的实践来看，律师从事证券业务的主要工作是对公司股份制改造及证券发行过程中的整体合法

① 按照证券法第11条的规定，公开发行股票，必须依照公司法规定的条件，报经国务院证券监督管理机构核准；发行公司债券，必须依照公司法规定的条件，报经国务院授权的部门审批。据此规定，我国证券发行审核制度具有二元结构的特点：（1）证券发行核准制与审批制相结合。（2）核准机构与审批部门分立，证券发行核准由国务院证券监督管理机构负责，证券发行审批由国务院授权的部门负责。（3）股票发行与公司债券发行分别适用不同的审核程序，股票发行须向国务院证券监督管理机构申请核准，目前该机构是中国证券监督管理委员会；公司债券发行须向国务院授权的部门申请审批，目前该部门是国家发展计划委员会。

性进行审查,使整个发行合法地进行。但从本质上来说,在我国目前,由于证券市场本身并不完善,政府人为干预痕迹很明显,律师从事这些业务成为了一种与监管部门之间的设篱笆与钻篱笆的游戏。

一、律师从事证券业务的工作程序与主要工作

从总体上来看,律师为企业改制、重组、股票发行上市提供法律服务,可以全程或者分阶段以专项特聘法律顾问的身份进行,需按所签订的法律顾问合同忠实履行义务,遵从独立、合法、勤勉尽责的原则,对拟发行股票公司的改制、重组、股票发行上市的合法性进行验证并发表意见。在核准制下,特别是发行人聘请的证券律师要尽职调查,对有关股票发行上市的事实进行核查验证,根据现行法律和政策的规定判断企业改制、重组设立或者新设立以及依法变更行为、股票发行上市所涉及的各方面在程序上和实质条件方面的合法性、合规性,保证有关信息披露文件无虚假记载、无重大遗漏和误导性陈述。对于企业来说,律师应通过协助其进行资产重组/股权重组/债务重组,使之成为具备辅导条件的股份公司,经过辅导并验收合格后具备进行股票发行上市工作的基本条件,不存在重大违法、违规之处。这里须注意的是,律师从事证券业务时,虽然是受拟发行公司的聘请,但应对广大投资者负责,因此,律师不能无原则地满足发行人的要求。

证券律师的角色是作为拟改制主体/拟发行股票公司的专项特聘法律顾问或者作为主承销商/上市推荐人/保荐人(三板中)的证券公司的专项特聘法律顾问。律师的工作包括:

1. 通过对有关法律文件的审查,调查企业股票发行过程中的各种法律事实。

2. 律师应当是根据《证券法》、《公司法》等有关法律、法规和中国证监会的有关规定,按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神,出具法律意见书。律师还应就法律意见书形成过程撰写律师工作报告。

3. 律师应承诺已依据法律意见书规则的规定及本法律意见书出