



北京市律师协会

- ◎展示律师专业水平
- ◎探索法律前沿课题
- ◎关注立法修改动向
- ◎评说司法热点难点
- ◎切磋执业技巧经验
- ◎奉献依法治国方略

首都律师论坛

第二卷



公司证券律师业务理论与实务

法
律
出
版
社

首都律师论坛

第二卷

法

律

出

版

社

公司证券律师业务理论与实务

图书在版编目(CIP)数据

首都律师论坛.第2卷,公司证券律师理论与实务/北京市律师协会编.—北京:法律出版社,2002.12

ISBN 7-5036-3666-1

I.首… II.北… III.①法律—中国—文集②公司法—中国—文集③证券法—中国—文集 IV.D92-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 095376 号

编辑委员会

主 任：张涌涛

副主任：庞正中 巩 沙 唐金龙

委 员：(按姓氏笔划为序)

尹 飞	王雪华	许兰亭	张小平
张晓森	李晓斌	李静冰	陈 文
金海军	康 伟	管仁林	

出版说明

《首都律师论坛》共分四卷,是近年来首都律师在工作实践中,对律师业务理论和实践探讨,所做的各专业论文的合集。

第一卷包括公法领域的论文,主要涉及宪法与人权、未成年人保护法、行政法、诉讼法、刑法、证据学、劳动法、基本建设等方面律师业务理论与实践的论文。

第二卷主要包括公司法和证券期货方面律师业务理论与实践的论文。

第三卷包括银行法、保险法、税法、破产法、国际贸易与投资、WTO、反倾销反垄断、环境保护等方面律师业务理论与实践的论文。

第四卷包括民法、物权法、担保法、知识产权、合同法、电子商务、海商海事、房地产与建筑工程、婚姻家庭、消费者权益保护、医疗纠纷等方面律师业务理论与实践的论文。

2002年11月

导 言

2002年12月7—8日,由北京市律师协会主办,在北京会议中心召开的“2002首届北京律师论坛”,将隆重推出《首都律师论坛》这一品牌!

创设《首都律师论坛》的构想,肇始于我们对时代脉搏的总体把握和对中国律师使命的深刻省察。

律师制度的恢复与发展,得益于改革开放的催生和民主法制建设的召唤。改革开放二十三年来,包括首都律师在内的整个律师职业群体通过为社会提供法律服务的方式,代表当事人表达自己的利益要求以协调解决社会矛盾,规范市场经济主体的行为以促进经济建设和社会进步,保障公民和法人财产安全以促进财富流转增益社会福祉,推动依法行政司法公正以实现社会公平正义,维护社会稳定提升全社会的法律意识水平。律师已经成为政府之襄理,企业经营之智囊,当事人维护自身合法权益之代言,社会交易活动顺畅达成之中介。中国律师是“三个代表”重要思想的坚定拥护者、实现者和捍卫者,是依法治国进程中一支不可或缺、不断壮大、生机勃勃的重要力量。

北京乃政治之首都,经济之中心,交通之枢纽,学术之重镇。立法动态,顷刻指掌;案源充裕,比肩东南;枢机之侧,尽得地利之便;人文荟萃,每开风气之先。首都律师拥有得天独厚的资源优势 and 公平有序的执业环境,应能以其独特的地缘优势、较高的业务水平、良好的服务意识、卓越的创新精神对周边乃至全国的法律服务行业产生持续性的重大影响。

历史赋予我们机遇和荣耀,同时亦赋予我们使命与责任。当时代

列车驶入二十一世纪的时候,中华民族的现代化进程也进入一个全新的阶段。当全面建设小康社会的宏伟蓝图顺次展开、渐成现实之际,社会对法律服务提出了更高的要求。作为首都律师,我们面临着努力完善行业自律,全面提高队伍素质,维护律师合法权益,优化律师执业环境,维护律师行业社会公信力,拓展服务领域,提升服务水平的艰巨任务。这就要求我们努力实现服务手段的现代化、道德文明的现代化、知识结构的现代化和服务意识、经营理念的现代化,并用优质、高效的法律服务为首都的经济繁荣和社会发展服务。

我们深刻意识到,建设社会主义法治国家,有赖于立法、司法、法律研究、法律服务和社会公众诸方面的频繁沟通与良性互动,有赖于各种意见和观点的交流、融合与撞击。律师作为法律人、法律实施者、文明使者和公平正义的捍卫者,对于完善社会主义民主、健全社会主义法制,建设物质文明、精神文明和政治文明,有着自身独特的思考和不应被忽视的真知灼见。在这个过程中,首都律师能够和将要发挥应有的和独特的作用。

鉴于上述,北京市律师协会理事会决定创设《首都律师论坛》,这一行动得到了北京市司法局领导的大力赞赏和支持,得到了7000名首都律师同行的响应,得到了社会各界的鼎力襄助。

我们希望《首都律师论坛》能做成律师业中的高层次的交流平台。首都律师、外地律师、港澳台律师、外国律师能藉此研讨业务难题、展示律师专业水平、探索法律前沿课题、关注立法修改动向、评说司法热点难点、切磋执业技巧经验、奉献依法治国方略。

我们希望《首都律师论坛》能成为一个窗口。立法、司法、行政各部门,学术教育界、实业界、商界、各种中介机构、各种媒体等等都能够通过这个窗口了解律师,了解作为非独立利益集团的律师群体能为国家、社会作出的特殊贡献,进一步加深律师与社会各界的交流与合作。

我们希望《首都律师论坛》能成为一个舞台,首都律师和其他律师同行能够在此展示自己的风采,成名成家,同时提升律师业的整体形象 and 水平。

我们希望《首都律师论坛》能成一套知名的律师实务丛书。“2002首届北京律师论坛”乘着中国共产党十六大的东风召开,论坛将

集聚北京的、外省市的、港澳台的和外国的律师上千人共同研讨交流，并邀请了法律界的领导和知名学者作为嘉宾或者点评人。我们将北京律师的论文 300 余篇了编辑成《首都律师论坛》第一至四卷，即：第一卷 公法律师业务理论与实务；第二卷 公司证券律师业务理论与实务；第三卷 金融与国际贸易律师业务理论与实务；第四卷 民商法律师业务理论与实务。只要我们不懈努力，把《首都律师论坛》一届届办下去，就可以推出这套丛书的第五卷、第六卷……第 N 卷，这一本本书必将丰富我国律师执业实务与理论文库，并将架设一座首都律师冲出国门并迈向世界的桥梁！

展望新世纪首都律师业的发展，我们深信，创设《首都律师论坛》的举措必将成为促进首都律师业发展的创新机制和动力之源。我们由此出发，共同奔向充满希望的光辉未来！

北京律师协会
业务指导与继续教育委员会
2002 年 11 月 26 日

目 录

公司法

谈谈律师对我国企业产权制度改革的贡献与作用

..... 北京市律师协会公司法专业委员会/3

独立董事制度是完善公司治理结构的法律措施 张晓森/9

独立董事的作用与制度保证 刘治海/18

我国现行独立董事制度的缺陷与完善对策 任丽颖/30

上市公司独立董事制度有关问题探讨 丘远良/37

浅论我国上市公司治理中的独立董事制度 连 艳/46

虚假信息披露的董事责任和独立董事制度 程 玲/59

论独立董事制度 余谈阵 阮晓峰/69

公司法人治理问题 姜 文/79

中国石油集团公司资产重组与出资人制度演变的

法律思考 管 峰/88

资产重组的方法与原理 周明刚/94

在现有法律条件下的中国公司治理 黄 鹰/118

优化股权结构 完善公司治理 赵继明/125

运行机制、业务流程和组织结构 龚志忠/133

公司并购风险及其防范 许青林/150

论公司的股权结构 李军芳/158

有限责任公司股权转让中的若干法律问题 刘 宁/169

限制公司对外投资的利弊以及立法意义 鲍卉芳/176

国有公司关闭的若干法律问题	周明刚/183
我国公司法之股东民事责任问题研究	孙红延/191
试析股东未履行出资义务的法律后果	汪学锋/197
企业不良资产及其处置	黄锦深/204
浅谈公司的股东诉讼制度	乔 宁/215
股票期权的设计及实施障碍	张晓森 康 健/221
浅论公司股权激励模式及中国企业的实践	蔡 岩/231
律师在公司法律业务中的尽职调查	张靖如/243
公司并购中律师对目标公司的尽职调查	康 健/250
律师在“债转股”项目工作中的作用	阎建国/259
我国证券民事索赔机制之浅析	刘红宇/266
简论股东恶意诉讼的构成及其责任承担	张卫华/274
关联交易在我国法律实践中的问题与对策	肖金泉 张永新/283

证券期货

完善我国上市公司股东大会制度的法律思考	唐金龙/299
美国私募证券基金法律制度浅析	颜 羽 史震建/321
企业资产置换等重组行为中的税收问题	崔利国/334
期货交易所法律问题研究	黄永庆/342
美国私募发行制度的规范与衔接	于绪刚/350
股东共益权约束对小股东权益保护的积极作用	刘 潇/363
上市公司资产重组若干法律问题研究	孙延生/376

上市公司关联交易成因及其规制	徐孔涛/398
论上市公司股东的临时股东大会召集请求权	刘敬霞/405
上市公司信息披露制度研究	高国富/413
证券市场中小投资者的法律保护与股东代位	
诉讼制度	杨 利/422
上市公司股权托管法律实务研究	颜克兵/433
上市公司规范运作中的法律问题	彭光亚/440
上市公司协议收购中的几个法律问题	邱家宇 李 妍/452
我国协议收购的法律管制	巴永军 江 华/467
浅析上市公司诚信制度	邓文胜/476
论董事的法律地位	崔利国 聂 锐/481
独立董事制度及其对公司治理的作用	魏现州/492
浅谈上市公司的独立董事制度和独立董事	
的责任	冯巧凤/498
试论法人治理结构的基本内容与完善	罗月爱/507
从资产重组存在的问题看如何保护投资者利益	罗文志/511
从董事与股东之争初探上市公司临时股东大会	
法律制度的完善	王 辉/522
委托理财法律问题研究	孙 为/526
证券分析师的法律定位和责任界定	黄伟历 杨向东/530
外商投资企业股票发行上市的若干法律问题	陶修明/537
中国律师在企业境外上市业务中的地位和作用	张 炜/544
基金契约的信托法调整初探	黄伟民/550

证券市场民事侵权纠纷焦点探析	马国华/557
资产证券化的基本理论及可行模式	刘柏荣/572
我国风险投资的法律制度和律师业务	姚惠娟/583

公 司 法

谈谈律师对我国企业产权制度改革 的贡献与作用

北京市律师协会公司法专业委员会

企业产权制度的改革通常指国有企业和集体所有制企业的产权制度改革。

上世纪七十年代末以来,我国经历了两次大规模的企业经济体制改革活动。第一次发生在二十世纪八十年代中期,那次改革的基本内容是向企业放权,即政企分开、增强企业的经营自主权。此次改革将企业从计划经济的捆绑中解放出来,极大地调动了企业的生产经营积极性。但这次改革仅仅是经营管理方式上的改革,改革的主要形式是企业经营承包制和租赁制,没有触及产权问题,还不属于严格意义上的制度层面的改革。经过十多年的改革开放实践,到上世纪末,一些深层次的问题逐步凸显出来,归纳起来主要有两点,一是企业的经济效益日趋低下但占用资源却日益扩大,影响了我国综合国力的作实和壮大;二是企业和社会背的经济包袱越来越沉重,甚至由此会影响社会的稳定。究其原因,大致可以归结为:微观上,企业法人治理的内在机制没有运行起来,企业缺乏自我激励、自我改造、自我完善和自我发展的内在动力,法人治理结构也难以建立起来,相当数量的企业没有成为创造财富的主体,相反成为消耗财富甚至恶性消耗的主体;宏观上,国有企业战线过长,四面出击,有量无质,占用的广大资源没有形成配置优势和集约优势,资源浪费严重。在这种背景下,中共中央第十五届四中全会于1999年9月22日通过了《中共中央关于国有企业改革和发展若干重

大问题的决定》，要求在以公有制为主体，多种所有制经济共同发展；从战略上调整国有经济布局和改组国有企业；改革同改组、改造、加强管理相结合；建立现代企业制度等十项方针的指导下，本着有进有退、有所为有所不为的思路，推进国有企业改革和发展。这一《决定》具有深远的社会影响力，它开启了第二次经济体制改革的大门，为随后蓬勃开展的企业产权制度改革扫清了政策障碍，也为律师充分发挥自己的社会职能提供了来自社会最高决策层的指引。

律师作为法律实务工作者，承担为社会所有主体提供法律服务的职责，尤其通过在经济活动中为当事人提供法律咨询，使其民事行为和商事行为能够安全、便捷地进行并能实现各方预期的目的和利益，同时也实现整个市场的活跃和有序。根据《决定》的规划部署，律师在企业产权制度改革中的功能和作用能够充分体现在以下七个方面：

一、探索公有制的多种实现形式

除极少数必须由国家独资垄断的领域以外，国有和集体所有资本应当也可以通过组织社会资本充分发挥功能放大作用，而组织社会资本最有效的途径和方式就是股份制。国有资本可以向社会公众募集资金、可以向机构投资者募集资金，也可以与外商共同投资设立中外合资企业，还可以根据业务链与其他企业法人相互参股。在重要的企业中国有资本保持控股地位，通过杠杆效应对国民经济产生控制力和影响力。股份制是市场经济的典型产物，是产权制度发展的高级形态。股份制改造包括复杂的权利义务关系安排、组织结构安排和行为程序安排。市场化导向的股份制改造无一例外地需要律师参与策划和组织，并由律师通过一系列法律文件予以固定。

二、对国有企业实施战略性重组

对于需要国家垄断经营的企业，国家独资控制，但他们与其他市场主体发生权利义务关系时仍然必须遵从市场规范和法则；竞争领域内有实力的企业则通过前述股份制改造，组织社会资本不断发展壮大；竞争领域内有市场前景但实力不强的企业则进行各种形式的资产重组，主要任务是盘活存量资产；没有市场前景也没有实力或严重浪费资源的企业则破产、关闭，目标是尽可能减少损失和资源浪费。无论要完成何种战略重组，都必须按照公平、公正、规范的原则进行，都要履行法定

程序,都要在法律工作者的广泛参与下,依法办事。

三、通过市场途径培育大型企业和企业集团

我国要发展综合国力,就必须造就具备像通用电器、IBM 那样规模实力的大型企业和企业集团,就要培育跨所有制、跨区域和跨行业、参与国际市场竞争的综合经营体。建立这样的企业和企业集团只能以资本为纽带,在平等、自愿和互利互补的基础上,通过资本经营的方式,充分吸取律师提出的法律意见,最终实现各方多赢的结果。

四、搞活国有中小企业

所谓搞活中小企业,就是要把中小企业所占用资源的潜力都充分发挥出来,把企业职工和经营者的积极性和创造性充分发挥出来,以实现充分吸收劳动力就业、活跃市场和社会经济、满足社会各方面消费需求的目的。搞活的方式大致包括改制、重组、出售和处置经营权,对于具有持续成长性的中小企业要提供进入资本市场融资的通道。在上述搞活方式中,改制的主要途径一为改制成有限公司,二为改制成股份合作制企业法人;重组的途径包括兼并、收购、剥离、置换、买断、合并、分立等;出售包括出售企业的资产和出售企业的权益;处置经营权的方式既包括传统的承包、租赁,也包括新兴的托管。进行搞活中小企业的律师实务时,最需要关注的问题有三项,防止国有资产流失、防止职工的利益受到侵害、建立健全对经营者的激励机制和制约机制。

五、建立健全法人治理结构

企业法人治理结构的建立健全是产权制度改革的一项关键任务,其主线是在所有权与经营权两权分离的基础上,处理好所有者与经营者之间的关系。企业法人治理结构是组织结构、行为程序和运行机制的总和。律师作为企业最重要的战略顾问之一,承担着为企业的法人治理搭建法律结构的重任,要在企业实现产权清晰、权责分明、政企分开、管理科学,健全决策、执行和监督体系,使企业成为自主经营、自负盈亏的法人实体和市场主体。

六、解决下岗职工的安置

妥善安置下岗职工是产权制度改革中最具挑战性和创新性的一项任务。德国统一以后对东部地区企业进行产权改革时,妥善安置工人就被排在最优先的考虑位置。目前流行的“买断工龄、转变身份、整体