

广东律师系列丛书之三

THE LAWYER'S NEW PERSPECTIVE

DISCUSSIONS ON THE PRACTICES OF COMPANY, FINANCE AND CIVIL ISSUES



广东省律师协会 编



律师新视角

公司 金融 民事业务探讨



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

广东律师系列丛书之三

律师新视角

公司 金融 民事业务探讨



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

律师新视角:公司金融民事业务探讨 / 广东省律师协会编. —北京:法律出版社,2009. 4
(广东律师系列丛书:3)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9383 - 0

I. 律… II. 广… III. 律师业务—中国—文集 IV.
D926.5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 037607 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/马 帅

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/A5

印张/14.75 字数/404 千

版本/2009 年 6 月第 1 版

印次/2009 年 6 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9383 - 0

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)

序

律师是社会主义法律工作者,是维护社会和谐稳定的重要力量。自1979年中国律师制度恢复以来,广东律师不断加强自身队伍建设,积极投身经济建设和民主与法制建设,从担任法律顾问、民事代理、刑事辩护、非诉讼法律事务、接受法律咨询等传统业务,逐步扩大到贸易、劳务、证券、科技、商标、专利、保险、税收、房地产、电子商务等新领域,广泛参与国内及国际贸易、投资、融资、仲裁等民商事活动,为促进我国社会主义法制建设、经济发展与社会和谐发挥了积极作用,作出了重要贡献,同时也为律师业发展积累了十分宝贵的理论知识和实务经验。

广东省律师协会十分注重开展律师业务专题研究,组织编辑了广东律师系列丛书之三——《律师新视角:公司金融民事业务探讨》。此书择优选编了53篇广东律师撰写的论文,内容主要涉及我省律师在公司、金融、医疗、民事等法律领域所取得的创新性理论和阶段性实践成果,着重探讨了近年来法律界的热点和前沿问题,提出了许多专业性强、行之有效的意见和建议,值得读者借鉴参考。

我省律师一直致力于自身理论素养和实践能力的提高,在繁忙的工作之余,能够及时地总结和探讨,使许多宝贵的实践经验得以概括、提炼和升华,这对推动广东律师界理论成果的发展具有十分重要的意义。在此希望全省广大律师继续加强法律理论与实务研究,熟练掌握和运用相关法律法规,更好地指导工作实践,为推进依法治国、建设社会主义法治国家作出自己更大的贡献。

是为序。

广东省司法厅副厅长 杨日华

目 录

一、公司法律实务

3	论律师在上市公司资产重组中的职能 ——以公用科技资产重组案为例	袁达松 张 楠
14	公司上市前重组和股份改制法律事务中律师的主要工作	王靓华
21	公司上市重组中吸收合并的法律与实务问题	梁廷婷 李发嘉
40	浅析上市公司收购法律实务	刘小林
48	关于我国上市公司信息披露制度的法律思考	谢乃煌
56	我国公司在美国上市后的法律风险及防范	江知芸
66	全流通时代上市公司并购与反并购	王兴林
74	公司监事(会)代表诉讼之完善	樊永强
81	我国外贸公司的转型之路	梁映文
85	民事执行适用新《公司法》若干问题之思考	夏祖珠
94	论民事执行中公司法人人格否认之适用	王 骞

二、金融证券法律实务

101	期货欺诈行为的分析与防范	黄华新
125	证券市场虚假陈述索赔的探讨	郑名伟
132	信息披露制度下的证券集团维权诉讼策略	李龙畅

145	中国证券监管机构行政处罚制度发展之我见	何玮琦
-----	---------------------	-----

三、民事法律实务

161	建立和完善我国执行财产调查制度的探讨	邬 德
174	略论中国内地与港澳地区民商事司法协助	王靓华
179	执行程序中债权与物权的转换	刘惠萍
185	和解在执行中的运用 ——构建和谐社会的一大举措	罗 华
190	论我国民事执行参与分配制度存在的缺陷和改进思路	陈英金
196	试论民事执行检察监督	吴健林
204	自行和解协议的效力 ——从具体案例的微观分析谈起	成尉冰
213	论代位执行	华宗晟
222	民事诉讼中确立追加被执行人制度的利弊得失	朱孟禾 苏达党
228	执行财产的顺序安排	吕俊山
238	以案浅析《民事诉讼法》中“执行难”原因和对策	魏济民
244	浅议新修改的《民事诉讼法》对执行程序的完善及适用	张志兵
251	浅议新修订的《民事诉讼法》执行程序中财产调查制度的 适用与完善	章 军
260	裁定错误,引发连环诉讼,如何执行回转?	陈 群
272	执行房屋存在的问题和对策	何善彬
277	在建工程抵押强制执行涉及的若干问题分析	贺倩明
282	不动产执行程序中适用《物权法》若干问题探析	彭志红
290	强制执行债务人债权的方式及其选择	张树升

309	执行到期债权的限制	李龙畅
313	论庭前民事调解制度	耿 爽

四、医疗法律实务

321	高危患儿分娩骨折与医方拒绝进行医疗事故 技术鉴定而引发的责任、教训与启示	宋儒亮 郭 祎
332	如何确认医疗损害赔偿责任的成立 ——一起妇科手术引发的医疗纠纷评析	陈国翔 柯 旭 韦华腾
339	未产检孕妇死亡与三个诊疗护理医疗机构之间责任归属及其思考 不构成医疗事故也可能承担民事侵权责任	李立凯 谢 瑜 张五帮
348	——一起产科手术引起的医疗纠纷评析	周继华 柯 旭 马廉颇
357	医疗纠纷中聚众索赔问题的对策	曹培杰
366	产前诊断技术拓展运用的法律意义	周丹青
373	关于建立医疗纠纷调解委员会的建议	陈东文
380	论医疗纠纷中的因果关系问题	贾雷鸣
387	袁××诉××大学附属第一医院医疗事故损害赔偿纠纷案 ——医疗纠纷中鉴定工作存在的问题和对策	郑 东
395	医疗事故法律适用若干问题探析	王水文
403	论医疗产品责任的承担	程跃华
411	药品不良损害事件有关法律问题的探讨 ——“欣弗”事件给我们的启示	范秀玲 虞明生
420	一例新生儿视网膜病变(ROP)引发的思考	演小强

426	一例交通事故纠纷中的医疗鉴定争议 ——兼议医疗事故技术鉴定与司法鉴定	许杰民
432	目前医患关系的困状、成因及相应对策	谭林辉
439	医患和谐何时回归 ——浅谈医闹产生的成因、界定、存在问题与处理对策	曾依拉
448	浅谈律师在医患纠纷代理中应注意的问题与换位思考	邝庆刚
456	论并发症的归责与免责	王利海



一、公司法律实务

论律师在上市公司资产重组中的职能

——以公用科技资产重组案为例

公司上市前重组和股份改制法律事务中律师的主要工作

公司上市重组中吸收合并的法律与实务问题

浅析上市公司收购法律实务

关于我国上市公司信息披露制度的法律思考

我国公司在美国上市后的法律风险及防范

全流通时代上市公司并购与反并购

公司监事(会)代表诉讼之完善

我国外贸公司的转型之路

民事执行适用新《公司法》若干问题之思考

论民事执行中公司法人人格否认之适用

袁达松 张楠

王靓华

梁廷婷 李发嘉

刘小林

谢乃煌

江知芸

王兴林

樊永强

梁映文

夏祖珠

王 蹇

论律师在上市公司资产重组中的职能

——以公用科技资产重组案为例

袁达松* 张楠**

引 言

诺贝尔经济学奖获得者乔治·斯蒂格勒曾说：“没有一个美国公司不是通过某种程度、某种方式的兼并而成长起来的，几乎没有一家大公司主要是靠内部积累成长起来的。”^{〔1〕}诚然，这位伟大的经济学家简单朴实的话语背后隐藏着市场经济发展下企业的改革模式与生产方式演变是必经之路。

在早期商品经济社会中，内部发展是企业发展的主要途径，但随着社会化大生产的发展和社会资本的不断集中，通过资产重组进行外部扩张已成为现代企业发展壮大的重要途径。在激烈竞争的市场经济条件下，企业的生命可以遵循下列两种基本方式进行发展：通过内部投资新建方式扩大生产能力；通过兼并、收购等形式吸收外部资源，通过外部扩张扩大企业经营规模。本文以中山市公用科技资产重组案为例，试就上市公司资产重组进行分析，并重点讨论相关过程中律师的职能。

* 广东香山律师事务所。

** 广东香山律师事务所。

〔1〕“上市公司企业重组”，载 <http://guba14.eastmoney.com/600090,1003981404,guba.html>。

一、上市公司资产重组概述

(一)资产重组的概念

一般而言,企业重组是指在企业资产重组的基础上,利用内部经营管理手段,进行有效的吸纳和重新配置,同时带动技术系统、管理系统及营销系统形成互补和协同效应,以提高经营系统的竞争能力。^[1]企业重组主要包括业务重组、人员重组、负债重组、产权重组、管理重组、战略重组及企业文化重组等。

作为企业重组的重要形式,资产重组(recapitalization)是指在企业范围以内,对企业资产进行重新配置,以完成企业资产结构上的战略性调整,使企业在较短时间内实现效益最大化,^[2]通常表现为企业为了提高公司的整体质量和获利能力而通过各种途径对企业内部和外部的已有业务进行重新组合或整合。

资产重组有多种形式。在实践中,企业并购、债转股、资产剥离、产权转让均被多次采用。

(二)上市公司是资产重组的重要主体

企业重组最重要的主体是国有企业,尤其是上市公司。当国有企业在经营上出现问题,如出现经营管理状况混乱、生产效率低下、企业负债严重等情况,在有关各方的协调下,企业可能选择重组方式,以摆脱困境,开发企业的创造性,提高企业的技术水平和生产效率,优化产业结构,提高市场竞争力。

(三)资产重组对上市公司的意义

资产重组对上市公司具有多重意义。首先,资产重组采用多种方式,可以最大限度地盘活资产,寻找最佳途径实现资产在不同所有者之间的转移和组合,使资源配置更加合理,以此提高企业效率。其次,资产重组是发展规模经济的需要。企业通过资产重组,可以使几个规模相对

[1] 钟亮、李婧编著:《企业改制重组法律实务》,法律出版社2007年版,第27页。

[2] 施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第553页。

较小的企业组合成为更大的经济实体,形成规模经济,以此提高生产力。^[1]再次,资产重组可以节约交易费用。一般而言,旧有的国有企业包括上市公司往往存在高成本、高消耗、低产出等问题,通过资产重组,可以把两个或若干个公司之间的市场交易关系转化为同一公司内部的协调关系,这就大大节约了交易费用,降低了企业成本。最后,资产重组也是实现国有企业尤其是上市公司多元化战略目标的需要。

从我国证券市场的实际情况看,上市公司由于经营机制灵活,追求低成本的高速扩张,有着资产重组的内在动力和能力,加之政策的因势利导,因而在证券市场上已出现一系列资产重组活动。在经济结构调整持续进行、国有企业改革不断深入的背景下,资产重组对于上市公司的生命力维持具有非常重要的现实意义。

(四)上市公司资产重组流程概述

根据《公司法》、《证券法》及《关于上市公司重大购买、出售、置换资产若干问题的通知》相关法律法规规定,参照中国证监会发布的《上市公司重大资产重组管理办法(征求意见稿)》,一般而言,上市公司资产重组流程主要包括以下步骤:确定合理的重组动机;选择重组目标;开展资产重组的前期准备;展开资产重组的具体行动;申报与审批;企业重建;信息披露及公共关系处理等。

二、律师在参与上市公司资产重组中的作用

(一)律师参与上市公司资产重组中的重要性

在企业资产重组过程中,聘用律师事务所不仅是满足重新上市有关规定的需要,也是市场和改革的客观需要。企业的资产重组及上市既涉及外部环境和内部机制的改革,又涉及发展方向的优化、管理方法的改善和股票的市场推销。由于受长期计划经济的影响,我们在这些领域既缺乏了解和运作经验,又缺乏通向资本市场的渠道和信誉。律师事务所的参与将带来新的信息、新的观念和新的手法,从而有助于企业整理思

[1] 滕远杰:“浅析国有企业资产重组的重要意义”,载《吉林商业高等专科学校学报》1999年第1期。

路并明确方向;通过他们强有力的监督和推动,有利于企业规范运作;通过他们的信誉和客户网,有利于企业股票走向市场。可以说,很多国有企业是通过资产重组上市才真正摸清了自己的家底,并通过中介机构和投资者的培训才学会了市场经济分析和运作的方法。^[1] 具体而言,律师事务所在参与上市公司资产重组中可以发挥以下作用:

1. 律师事务所是上市公司资产重组中不可或缺的专业中介机构

根据我国《上市公司重大资产重组管理办法》第15条规定,“上市公司应当聘请独立财务顾问、律师事务所以及具有相关证券业务资格的会计师事务所等证券服务机构就重大资产重组出具意见”。由此可见,律师事务所是上市公司资产重组中不可或缺的专业中介机构。

2. 律师事务所依法出具的法律意见书是上市公司资产重组上报核准的重要法定条件

律师事务所主要对企业资产重组涉及的法律问题发表意见,包括但不限于交易的主体资格、在吸收合并中新涉及的国有资产、相关协议签署、通过的程序、涉及的行政审批或授权等是否符合相关法律、法规等其他规范性文件规定,并通过详尽的书面资料发表结论性的法律意见,以杜绝重大重组中的非法操作。

综观重组交易的全部过程,出自律师的法律意见书在下列情形中为必需:(1)上市公司董事会对重大资产重组方案形成决议之前,需要聘请律师对重大重组方案发表法律意见;(2)上市公司股东大会批准重大资产重组交易方案后,上市公司应及时实施交易,并需要聘请律师对实施结果发表法律意见;(3)收购方出于挽救财务困难的上市公司需实施收购并拟对其进行重组,其间涉及申请要约豁免时,应聘请律师就其申请的具体豁免事项出具法律意见;(4)上市公司国有股权转让的同时伴随有重大资产重组交易的,需要聘请律师就国有持股单位的产权变动出具法律意见书。

[1] 毅波:“企业重组上市如何聘用中介机构”,载 <http://www.yanmon.com/gsls/qygz/200710/14809.html>, 2008年3月12日访问。

3. 律师事务所为上市公司进行的尽职调查、起草审核相关法律文件,是确保上市公司规范化运作的安全阀,可以预防、降低企业资产重组中的法律风险。律师是上市公司与参与项目的其他商事主体之间的纽带。律师既服务于上市公司,又服务于政府,是证券市场中的经济警察。

(二)资产重组过程中律师服务内容

律师事务所作为上市公司资产重组项目的中介机构,应当为该公司提供下列服务内容:

1. 重组方案制定阶段

经办律师适时地列席会议并作会议相关记录;会后,经办律师就会议商讨的细节给予法律意见;组织小组律师寻找法律依据,论证重组方案的合法性;根据现实状况与法律依据向相关行政部门出具可行性的法律意见书。

根据相关规定,在上市公司与交易对方就重大资产重组事宜进行初步磋商时,应当立即采取必要的保密措施。上市公司及交易对方聘请律师事务所的,应当与所聘请的律师事务所签署保密协议。

2. 签署方案前后阶段

律师小组参与起草方案,协助修改重组方案;经办律师见证方案的签署;律师小组负责对众多法律文书的起草(股权变更协议、债权债务变更协议等)。

在上市公司关于本次重大资产重组的董事会决议公告前,相关信息已在媒体上传播或者公司股票交易出现异常波动的,上市公司应当立即将有关计划、方案或者相关事项的现状以及相关进展情况和风险因素等予以公告,并按照有关信息披露规则办理其他相关事宜。

律师事务所在其出具的意见中采用其他中介机构或人员的专业意见的,仍应当进行尽职调查,审慎核查其采用的专业意见,并对利用其他中介机构或人员的专业意见所形成的最终结论负责。

3. 签署方案后准备材料报批阶段

经办律师对有关文件的法律见证;律师小组人员列席上市公司内部会议及国有资产监督管理部门召集的中介机构会议;律师事务所及经办

律师根据行政部门的审批要求出具法律意见书;律师协助制定修改公司资产重组后内部规章制度;律师事务所就公司的资产处理方案发表法律意见;律师事务所接受委托进行尽职调查(包括对于上市公司的工商登记资料、国土部门登记资料之真实性、合法性进行核对并出具法律意见)。

4. 准备就绪正式向行政部门申报阶段

出具被吸收合并方的法律意见书,出具律师、律师事务所自查报告。

5. 行政部门受理后的反馈阶段

中国证监会在审核期间提出反馈意见要求上市公司作出书面解释、说明的,上市公司应当自收到反馈意见之日起一定期限内提供书面回复意见。律师事务所可根据上市公司的要求,拟订相关的书面回复意见,并根据反馈意见出具补充法律意见书。

6. 核准重组后的公告阶段

中国证监会核准上市公司重大资产重组申请的,上市公司应当及时实施重组方案,并于实施完毕之日起尽快编制实施情况报告书,向中国证监会及其派出机构、证券交易所提交书面报告,并予以公告。

上市公司聘请的律师事务所应当对重大资产重组的实施过程、资产过户事宜和相关后续事项的合规性及风险进行核查,发表明确的结论性意见。律师事务所出具的意见应当与实施情况报告书同时报告、公告。

上市公司在实施重大资产重组过程中,发生法律、法规要求披露的重大事项的,应当及时向中国证监会及其派出机构报告。该事项导致本次重组发生实质变动的,须重新报经中国证监会核准。律师事务所在此过程中,须履行监督职能,并协助上市公司拟订报告中的法律意见。

7. 非出于正当理由不可更换律师事务所

上市公司及交易对方与中介机构签订聘用合同后,非因正当事由不得更换中介机构。确有正当事由需要更换中介机构的,应当在申请材料中披露更换的具体原因以及中介机构的陈述意见。

(三)以公用科技资产重组流程分析

根据《公司法》、《证券法》及《关于上市公司重大购买、出售、置换资

产若干问题的通知》相关法律法规规定,参照中国证监会发布的《上市公司重大资产重组管理办法(征求意见稿)》,一般而言,上市公司资产重组流程主要包括以下步骤:确定合理的重组动机;选择重组目标;开展资产重组的前期准备;展开资产重组的具体行动;申报与审批;企业重建;信息披露及公共关系处理等。以下试以公用科技资产重组案为例进行分析。

(1) 公用科技重组方案概述

本案中的中山公用科技股份有限公司(以下简称公用科技)换股吸收合并公用集团暨定向增发收购乡镇供水资产的重组项目主要为:公用科技与控股股东公用集团换股,吸收合并公用集团,同时公用科技向五家乡镇供水公司定向增发股份,将其下属的水务资产纳入公用科技。该资产重组的目的在于:解决公用科技与公用集团的同业竞争问题,提升公用科技的核心竞争力,开拓中山市公用事业的融资渠道,实现公用集团的优质资产整体上市及优良供水资产的注入。

(2) 公用集团资产剥离的操作流程

① 成立中汇集团。

②取得国资委批文后批准公用集团资产剥离划拨给中汇集团,公用集团完成减资,公用集团与中汇集团签订资产划拨协议。

③国资委批准将公用集团股权整体划拨至中汇集团持有,因此导致上市公司公用科技的股东结构发生变化,中汇集团、公用科技与公用集团对此进行信息披露。

④国资委批准公用集团与公用科技合并。

(3) 法律依据

《公司法》、《证券法》、《上市公司收购管理办法》、《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第16号——上市公司收购报告书》、《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第19号豁免要约收购申请文件》及其他规范性文件。

(4) 效果预测

本次资产重组后,实现公用集团包括供水资产在内的优质资产整体