



隆安律师实务与学术丛书

法域杂谈

徐家力 著

这本论文集涉及范围从实体法到程序法，从法学教育到律师业务，从民商事到刑事，是作者多年来有关中国法治社会和相关问题的小小总结。这些文字是基于法律人的理性思考而产生的，虽然表面上它们不是一个体系，但它们又是散而有所统领的，那就是指向法治，指向法律和法学本身。



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

隆安律师实务与学术丛书

法域杂谈

徐家力 著

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书涉及范围从实体法到程序法,从知识产权到刑事,是作者多年来对有关中国法治社会和相关问题的总结。这些文字是基于法律人的理性思考而产生的,是点滴而成的,但它们又是散而有所统领的,即指向法治,指向法律和法学本身。

本书适合律师、法律专业师生参考阅读。

图书在版编目(CIP)数据

法域杂谈/徐家力著. —上海:上海交通大学出版社,2013

(隆安律师实务与学术丛书)

ISBN 978-7-313-09144-4

I. 法... II. 徐... III. 法律—中国—文集
IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 250400 号

法 域 杂 谈

徐家力 著

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

常熟市梅李印刷有限公司 印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:11.25 字数:193千字

2013年1月第1版 2013年1月第1次印刷

ISBN 978-7-313-09144-4/D 定价:30.00元

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:0512-52661481

总 序

前些日子，一位律师同行请我帮他联系原来司法部的一位老领导，我问他什么事，他说隆安律师事务所要搞二十年所庆，想把原来的老领导请来庆祝一番。随着时间的飞逝，改革开放以来建立的合伙制律师事务所陆续进入了十年、二十年，甚至是三十年的发展阶段。隆安所今年建所二十周年整，对于在隆安名下执业的律师们来讲，二十年是个重要的时间节点，如何庆祝我们隆安所建所二十周年，是我们每一名隆安人都很关心、也很在意的事情。在几年之前，我提议：为纪念隆安成立二十周年，我们组织隆安律师撰写二十本理论与实务专著，编辑成一套《隆安律师实务与学术丛书》，以庆祝隆安建所二十周年。

我们不仅要组织隆重的庆祝仪式，还要邀请以往关切我们的老领导、老同事、老客户来参加庆祝活动。更重要的是能够成功编辑出版这么一套二十本的《隆安律师实务与学术丛书》，我认为这是献给隆安二十周年最好的生日礼物。开庆祝大会也好，盛情宴请也好，随着时间的推移，都可能被人遗忘，但出版了这套二十本的丛书却能成为我们隆安人的永久纪念。

现在网络很发达，网上阅读也成为人们读书的一个重要习惯。但是作为律师，把自己办过的案件进行梳理提高，撰写成书籍还是很有价值的。网络在线阅读在大多数时间只能提供信息。而知识的传播主要靠纸质书本，就是在网络信息发达的社会，纸质书本上所记载的知识也是很重要的。况且很多网上的知识或信息就是对纸质书本的电子化而已。所以，无论网络如何方便，纸质书本始终是我的偏爱。纸质书本还有一个好处，就是随时可以拿来翻阅，可以永久保存，任何时候都不过时。

律师在办理大量案件的同时，也积累了大量的案卷资料，但很少有律师有能力、有精力把自己办过的案件资料总结上升到理论层面，更难撰写成书。但我认为：一个好的律师一定是一个善于总结经验的律师，能够写出自己的办案体会、能够进行理论分析是一个律师的基本功。这二十本书就是隆安律师执业水平的一个展示，也是隆安人办理了成千上万个案件后的职业经验的总结和归纳，是隆安集体智慧的结晶，是隆安二十年的优秀成果。

这套丛书从无到有,从选稿到出版,可以说是历尽了千辛万苦。律师是十分繁忙的行业,每个律师手中都有大量的案件需要办理,日常工作都排得满满当当,在这种工作状况下让律师写出一本书,谈何容易?功夫不负有心人,在本套丛书作者的共同努力下,每位作者都克服了千难万险,终于完成了本套丛书的撰写,使之能够最后顺利出版。在此期间,我作为本套丛书的主编,像黄世仁逼债一样,“威逼”每一位律师作者,使他们饱受压力和煎熬,在此向参加本套丛书撰写的每一位作者深表谢意和十分诚挚的致歉。没有你们的辛勤劳作就不会有今天的这二十本丛书,你们的执业成就为隆安增添了很多光彩,同时,你们的大作更为隆安增加了光芒。

在本书的收集和编辑过程中,除了我本人作为主编应尽责任以外,隆安的很多同仁都为本套丛书作出了巨大贡献,他们是:宋宇博、智丽虹、石珊珊、杨奇虎、赵金一等。我指导的博士研究生王立梅、徐春成、于雯雯、王娜等,也为本套丛书做出了贡献。

感谢隆安寿步律师,没有他的“牵线搭桥”就没有此套丛书的出版,还要感谢提文静等编辑十分敬业的工作,感谢上海交通大学出版社出版此套丛书。

《隆安律师实务与学术丛书》主编

徐家力

2012年8月

前 言

中国法治进程不断加快是一个我们每个人都必须承认的事实,但是同时我们也必须认识到中国社会法治化进程中存在的各种问题。只有认真对待这些问题,认真讨论并解决这些问题,才能真正推动中国法治化的进程。作为一个职业法律人,我在深入进行法学研究及律师实践的过程中,当然更比一般人多注重一点有关的法治问题,涉及范围比较宽泛,思索也有深浅。在法学研究和法学实践过程中,本人不断把这方面的点滴思索付诸笔端,现诸文字,积数年而有今天这本书中这些文字。

这本文集中文章涉及范围从实体法到程序法,从法学教育到律师业务,从民商事到刑事,涵盖颇杂,是对本人多年来有关中国法治社会和相关问题的小小总结。这些文字是基于法律人的理性思考而产生的,虽不成体系、不是系统的、是点滴而成,有些凌乱的,但他们又是散而有所统领的,那就是指向法治,指向法律和法学本身,希望通过对相关问题探索而有益于社会。

这本文集是我多年有关法律问题相关文章的杂集。它的杂不仅仅体现在书中文章所涉法律领域的杂,也体现在书中文章体裁及形式的杂。虽然这些文章从形式、体裁以及内容上很难集中统一成一种类别,因此笼统冠之以杂谈的书名,但是本书并非杂乱无章、杂而无序,统领全书的中心及纲领是笔者多年对法律问题的执著与关心,是对中国法治进程的思索与专注。这本书涉及有关民法、刑法、法理学等各个方面,文章中所述问题都是当时或至今法律领域为众家所关心的问题,不是热点问题就是难点问题。笔者之所以敢于在这些领域一试刀笔,原因在于我所天然具有的法律研究者及法律实践者两种身份相容的优势,这使得我在思考问题时既有法律研究者广阔的天空,也有法律实践者坚实的土地。在集结本书文章时,重新梳理一下各篇文章之脉络思路,重新审视一下所关心的法律问题,笔者发现在几十年的法律实践中,我们的制度和法治思想不断推陈出新,中国的法治已经取得了一定的成绩。笔者希望这本书的出版,也会为中国法治化进程添砖加瓦。

感谢隆安律师事务所的宋宇博、智丽虹、赵金一、杨奇虎、焦舒博律师,石珊

珊、任芳秘书；我指导的博士生王立梅、徐春成、于雯雯、王娜也付出了大量辛苦的劳动，一并向他们表示诚挚的谢意。

徐家力

2012年8月

目 录

律师如何为企业提供法律服务·····	1
现代企业法律制度与律师服务·····	13
浅谈中国反倾销立法·····	37
浅议我国反垄断立法·····	42
司法调解制度与调解者语言·····	48
专利代理人、代理机构和专利律师的权限应如何划分·····	54
论物权法中的知识产权质权·····	57
浅谈“知识产权法”领域中被人们忽略的角落·····	64
知识产权领域的法律语言规范化问题探析·····	72
死是一种权利吗?·····	80
中国律师业面临的困境与分析·····	117
为什么要做知识产权专业律师·····	128
论律师在依法治国中的作用·····	133

律师证券业务的几个法律问题·····	136
试论律师在股票发行中的作用·····	143
信息产业的发展所涉及的法律问题·····	149
从一个具体案件谈医疗侵权责任的构成·····	160
信托运用与资产证券化的有关法律问题·····	166

律师如何为企业提供法律服务

1995年南德集团委托湖北省轻工业品进出口公司代理进口，湖北省轻工业品进出口公司按照“进口代理协议”的约定，与南德集团制定的供货外商（新加坡澳华公司）签订进口贸易合同，并持贸易合同在中国银行湖北省分行申请开立以供货外商为受益人的远期信用证。中国银行湖北省分行在收到澳华公司通过通知银行提交的商业单据后，承兑了境外开来的商业汇票，且在承兑期满之后垫付了信用证项下资金共计人民币4亿元。自1995年8月至1996年12月，南德集团与湖北省轻工业品进出口公司根本未办理过进口货物报关手续，同时查找到的其中致有关部门的信函，发现南德集团关于单据疏漏致使信用证违法造成巨额款项经营的事实。

关于远期信用证的法律使用问题，律师的参与就会有不同的解决方案。在南德集团方面，有效地防止远期信用证的承兑和支付的合法、合理的支配，利用信用证在银行与开证人、银行与银行、银行与承受人之间的时间、补救和重新进行信贷或资金融通，情况就不能一日而语。在相对人方面，律师通过对有关事实进行了质证，结合有关法规从委托代理、对外签约、申请开立信用证及对外承兑方面进行了论证，明显可以找到损失的存在与南德集团过错的因果关系，并由此牵涉企业运营的方方面面，其牟其中的“首骗”面目似乎顺理成章。如果南德集团有一个强有力的律师在当中协助或参与整体策划的法律把关和提供顾问审查，自然不会全盘皆输。相对于对方来说，有了律师积极、快速、敏捷的反应，采取了相应的法律措施，对此案的结果已见分晓。这就告诉了我们律师的作用显而易见，我们不难忘记1994年轰动全球的辛普森谋杀案辩护律师的巨大作用，而企业中的律师作用更是如此。那么律师究竟能为企业做什么？律师为企业提供什么样的服务？

一、律师参与企业的创立

（一）公司组建

1. 境内公司组建

参与投资方案设计，参加公司组建谈判，制作公司组建合同、章程，办理公司

注册登记手续;资产收购,公司收购及股票发行上市交易等法律服务。

2. 境外公司设立

制定公司设立方案,与境外律师共同制作公司股东协议、章程,办理公司注册登记手续,申领公司注册证书、商业登记证书,安排提供公司注册地和公司秘书,办理公司的年检注册手续;协助外商收集和分析有关商业信息,设计投资方案,协助寻找投资机会和投资伙伴;为外商在华投资提供法律意见,包括但不限于有关投资形式、土地使用、外汇管制、政府税收、技术转让、专利和商标使用许可、知识产权保护和劳资关系、股权收购和公司清算等各方面的法律问题;起草和制作各种投资所需的法律文件,包括意向书、合资企业合同、公司章程、技术转让合同、贷款合同、专利和商标许可合同、劳动合同、供应合同、购销合同等法律文件;参与合作伙伴和有关政府部门的磋商与谈判,协助获得中国有关政府部门的各项批准,协助办理与审批、注册有关的各项手续;应客户要求,为客户提供高质量的中英文法律文件翻译服务;协助解决在投资过程中出现的各种争议,代理进行仲裁和诉讼,为外商提供法律服务的过程中,在房地产、证券、金融和知识产权领域的各专长与投资者的需要结合起来,为外商提供更加全面的法律服务;致力于为海外来华投资者提供全方位的专业法律服务,为合资企业董事会的经营决策和企业营运提供协作。律师在企业创立的阶段,协调各个投资者的关系以及从法律的角度研究、审核、分析和判断投资方的资信,一个环节的差错和不能合法排除的经营障碍都会给未来的合作企业带来致命的打击,加之盲目投资的短期效益驱使,可能会出现法律隐患,没有专业的、独立的法律服务机构(律师楼)参与并独立地进行法律分析与探究,一些关键的弱点是很难发现与排除的。

(二) 公司上市

参与上市方案设计,出具法律意见书,制作有关上市法律文件。

(三) 公司股权转让

参与公司股权转让方案设计,参加商业谈判,制作股权转让文件,办理公司变更登记手续。

(四) 设立常驻代表机构

领取、制作、填写、安排客户填写申请文件,办理审批手续,领取批准证书,办理工商注册登记手续,领取常驻代表机构登记证。律师能对外国及港、澳、台地区的公司、企业或个人在中国境内举办独资企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业或项目,为中外客户草拟、审查、修改设立或发展此类投资项目及达成交易所必须的合同、协议、章程和其他各种法律文件,提供法律咨询和参加谈判,

避免在设立和经营中出现不能继续的事由。

二、律师参与企业项目谈判提供服务

外国企业在项目经营中普遍要求业务、技术、律师三方具备，并在签订合同和协议时必须要求外方律师参与，而不要求公司法律部的人员加入。中国律师作为专业法律顾问经常参加国务院法制局外交部条法司、经贸部条法司、国家环保局的法律法规论证和签约审查，参与国家涉外缔约谈判，受托参与国家重点工程赔偿责任对外谈判，参与境外投资、对外谈判。其中最重要的是参与公司收购与资产收购的方案设计，参加商业谈判，制作公司收购文件与资产收购文件。

律师在为企业服务中起到解除企业法律障碍的作用。独立于企业外的律师本着勤勉敬业的执业准则，凭借精湛的法律业务素质和高质量的法律服务赢得了广大客户的信赖并建立了宝贵的声誉。

律师还为中国、外国及港、澳、台地区的贷款方或借款方草拟银团贷款、债券发行、项目贷款、各类抵押、担保、融资租赁、债务发行、项目贷款、各类抵押、担保、债务重整等所需要的法律文件，提供法律咨询、出具法律意见书或提供其他法律服务。提供有关国际贸易和其他经济合作领域涉及中国税务方面的法律咨询。提供涉及房地产和土地使用权的买卖、出租、抵押、转让和管理方面的法律咨询服务。

三、律师起草各种类型的协议、合同

律师对协议、合同从具体的法律和业务上进行操作，从法律技术性的角度进行全方位的审核与清查，做到完善和精确。青岛啤酒商标注册案子就是一例。

1982年中国粮油公司在美国“青岛”(TSINGTAO)进行商标注册，并在1983年注册“青岛啤酒”(TSINGTAO BEER)及其图案。1990年美国西方全球企业集团从事青岛啤酒在美国的销售，并向美国专利和商标局提出三项啤酒商标注册，都含有青岛字样。美方认为，中国粮油公司在申请注册商标时，欺骗美国专利和商标局说，“青岛”一词在1968年就在商业中使用了，而事实并非如此。动议被驳回后，美方又提出，“青岛”是一种地域描述词语，而我方在律师的精密论证中，提出早在1979年，中国政府将青岛译名由TSINGDAO改为QING DAO，惟有青岛啤酒厂生产的啤酒才能表明QING TAO商标。从时效上，该商标已经过了至少五年，因此撤销了美方的请求。这充分说明了律师在企业的商业活动中的作用和防患于未然的法律障碍和隐患，没有律师在经营时期的法律意识和

商标意识,并做出合法的保护行为,青岛啤酒的命运就将改写了。职业律师知道出口商品商标欲在进口国受到法律保护,进行商标注册是一种必要而可靠的手段,合理合法的对此项业务的审查和具体操作,没有律师的参与和协作,特别是独立律师的加盟是不可能达到完美和精确的,甚至不能实现所在利益。

四、律师对现有审查合同的已有格式条款进行完善,对合同的结构合法性、标准合同的有效性进行修正和补充

因为律师首先是社会活动家,他们了解事实动态,掌握关键问题,所以在一些宏观与具体的政策运用上表现得更为明显和突出。特别作为企业的法律顾问,在大的调控与指令上更胜一筹,常常使企业事半功倍。1994年5月26日,克林顿总统宣布美国继续给中国最惠国贸易地位,但同时禁止从中国进口军火特别是枪支弹药。随后,美国国务卿写了一封公函,通知将中国从武器禁运例外名单中取消。31日,美国海关将扣押来自中国的协调关税的过关商品,而不管产地。中国律师根据来自美国军火局,以及8月5日海关发出的武器禁运范围的有关规范,指出在此日期前进入美国地域内的武器,无论在外贸区、海关关栈还是在船舱内,都不属于进口限制。政府不能剥夺一个人受保护的财产权利而不给予宪法规定。律师认为美国政府声称剥夺其能力去使用、销售、转移和控制中国军火是武断的,与法规宗旨相违背。从而保障了中国在此处的国民待遇和最惠国权利。

律师的工作和性质,在企业经营中无所不在。随着国际经济一体化与国际性协作的加紧,世界领域内的反倾销也在不停地变换。在给律师提出挑战的同时,中国反倾销也在加强,在国际经济贸易中,反倾销已经成为各国保护本国产业利益的最佳手段。虽然,中国的反倾销立法较晚,但随着反倾销调查的不断开展与深入,中方的企业将会越来越多地运用这一手段以保护自己。而律师在此中的服务是不能忽视和怠慢的。

反倾销是GATT和WTO所允许采用的抵制外来不公平竞争的手段之一,目前已经成为世界各国贸易政策的一个重要组成部分。近年来,中国市场频频受到海外倾销产品的冲击,对国内相关产业造成了一定的损害,国内生产者运用上述手段维护自身利益已成必然趋势。在反倾销中维护申请者或应诉方的合法权益,促进中国国际贸易的发展已成为目标之一。

五、律师对企业人力资源进行服务

律师可以在劳动市场领域发挥作用。改善企业与职员的关系也在律师的工

作范围之内,调节企业和员工双方纠葛,代理争议劳动仲裁,私下调处愤慨,促进精诚合作。轰动一时的巨人公司关于广告失败致使企业的垮台就是明显的例证。广州的新科公司也有类似的举措,若有律师的合理建议和倡导,事情绝不会这样。

人力资源对于IT业等关于知识产权方面的公司尤其重要,软件知识产权保护、软件技术保护与解密,它们的合法性界定已成为法律问题。国内某著名反病毒软件厂商在1997年为制止当时对其软件的猖獗的盗版活动,在其软件中采取了特殊的技术保护手段,后来被公安机关认定为设置破坏性程序并受到行政处罚的事件,至今在我国软件界、知识产权界和计算机安全界依然存在争议和分歧。

(1) 软件的保护的法律方式。对软件的保护既可以采用法律手段,也可以采用技术法律手段。在技术保护方面,通常采用加密方法来保护软件开发者的著作权和技术秘密、防止盗版。而作为加密的相反技术手段的解密,则既是进行软件“反向工程”的必要手段,也常常被用来为制作盗版软件创造条件。因此,技术保护手段(包括加密和其他措施)与解密在软件知识产权保护中就成为对立的矛与盾。那么,软件的解密或提供解密工具是否违法?软件的技术保护措施(包括加密和其他措施)究竟何时合法,何时违法?这些都是软件的制作者在其软件知识产权保护方面经常可能碰到的敏感问题。律师可以提出解密或提供解密工具并不违反我国现行法律或行政法规的相应的预防手段。

(2) 判定技术保护措施是否合法的界限。软件公司通常希望能采取技术保护措施,充分保护其软件知识产权,制止盗版。但是,技术保护措施不能“过头”,否则就可能导致违法。

从我国现行法律法规看,对“故意输入计算机病毒以及其他有害数据危害计算机信息系统安全的”,要给予行政处罚;对“故意制作、传播计算机病毒等破坏程序,影响计算机系统正常运行,后果严重的”,要追究刑事责任。因此,软件的技术措施不能出现“危害计算机信息系统安全”或“影响计算机系统正常运行”的效果。否则,就可能受到行政处罚或被追究刑事责任。

各国立法所保护的作者的“有效技术措施”,在目的方面应当是“为行使本条约或伯尔尼公约所规定的权利而使用的”,在范围方面应当是“对就其作品进行未经该作者许可或未由法律准许的行为加以约束的”。

从微软官司的教训中,不难看出律师的服务存在严重缺陷,否则这种情况不会发生,找一个可以挽回局面的律师在各个区域内采取一些防范的法律措施,也

许更为重要。

六、律师参与经营管理

(1) 代表董事、监事、股东出席会议。

(2) 就经营活动提供法律建议。

风险资本与风险投资是目前国际上在高科技行业中颇为流行的商业投资方式。与传统的金融资本商业银行、投资银行及保险公司所关注的市场不同。风险资本主要偏重于在风险极高的高科技行业中,在该行业中进行投资其失败的可能性非常高,但是一旦投资成功,其投资回报也是极其惊人的。以下依据我们对风险资本及投资提供法律服务的经验,对风险资本的运作作一大致的介绍。

A. 风险投资者选择投资对象

选择投资对象是投资成功最关键的部分。投资对象一般是新组建的小规模高科技公司。当前最主要的领域为网络科技、基因工程和医药。目前国际上跨国投资的主要形式以从创建式投资转为收购兼并式投资。因此,我国利用外资战略转变的一个重要方面就是利用国际通行的并购方式引进外资。

B. 以并购方式引进外资的现状和趋势

20世纪90年代以来,伴随着跨国公司对华投资贸易的全面展开,由参股变成控股。在我国“入世”之后进一步完善市场经济体制和拓宽利用外资领域,我国将在投资政策、市场准入、国民待遇等问题上迈出更为开放的步伐,那么以并购方式引进外资的势头势必十分强劲,由此也将为跨国公司并购方式进入中国市场提供了契机。中国是世界上最大的潜在市场,跨国公司的全球发展战略将导致跨国公司在我国市场的相互竞争日趋激烈。而迅速占领市场、占据市场份额、赢得竞争主动权的最快捷方式就是实施并购。国企改革提供了众多的并购目标企业。目前我国的企业资产重组是一种资本不足情况下的资产重组,这就决定了我国的资产重组具有一定的难度。

我国的市场广阔且前景看好,对外资有吸引力,由此可对外资并购提出有利于本国的业绩要求,成熟的政策用法律的形式固定下来,即通过立法确定我国政府对跨国并购的立场、政策、审查原则、标准和程序等。这种法制化、透明度的政府干预制度,既有利于避免法律风险。

(3) 就管理的当中,法律及其隐患专项研究提出建议。跨国经营与企业合并的法律操作让律师给予服务,特别是独立的中国律师的应时性服务,就可以避免更多的损失。下面说说关于并购的垄断关系。

A. 反垄断法

跨国并购的效应分析表明,跨国并购最大的负面效应就在于它可能导致的垄断。这种垄断容易压制东道主的幼稚工业、控制东道国市场、破坏东道国原有的竞争秩序。因此,克服跨国并购负面效应的核心法律就是反垄断法。

在反垄断法方面,我国至今仍无一部专门的《反垄断法》,有关这方面的法律大多散见于各种不同层次、级别的法规、指示和条例中。

B. 跨国并购审查法律

①对跨国并购进行审查的机构应为国家商务部;②在对跨国并购进行审查的标准方面,应采纳综合审查标准,即应包含竞争政策、产业政策和经济效率的因素,使之既能通过跨国并购的方式引进资金、技术和管理等跨国公司的所有权优势,又能防止跨国公司在国内市场上形成垄断,同时又应该促进国内相关产业的有效竞争并防止保护落后;③在对跨国并购的审查门槛方面,可参照目前正在实行的国家、省市自治区、县市对外资审批权限的规定予以确立;④特殊行业禁止或限定非控股比例。

七、为公司上市提供帮助

律师可提供委托人要求和授权的公司上市法律服务。

(一) 股份公司制度

作为产权制度典型形式的股份公司,是由各种制度组成的完整的制度结构体系,包括:

(1) 设立制度。我国公司法对公司发起人数、注册资本、募集方式等做了统一规定。

(2) 公示制度。我国公司法和行政法规规定了股票上市的条件、上市准备及持续公示制度,应当坚持。法人资产和公积金制度。公司自由资本由股份资本、公积金、公益金及未分配利润组成。分配制度,对于派息、配股行为要进一步规范。对于股份公司与非改制企业税负不均,公司兼有缴税、分红双重压力等问题,分层次处理。

(3) 会计制度。针对一些会计人员素质不高,违背股民意愿,做假帐,对高级管理人员挥霍浪费公司资产等不愿监督、不敢监督,甚至同流合污等情况,对会计人员应实行公开招聘、择优录用,实行行会与公司双重管理。

(4) 内部治理结构制度。充分发挥“新三会”法人治理机制的作用,对法人代表、总经理等高级管理人员进行有效监督。

(5) 持股制度。比如,对于当前公司高级管理人员利用职权多持股、违规炒作股票、谋取不当利益的处理;对于个人持未上市股权证从事黑市交易行为的处理。

(6) 竞业禁止制。违规行为得到及时纠正,才有可能建立完善的现代产权制度的典型形式——现代股份制企业制度。

以上制度相互联系,相互作用,不可分割,缺少任何一个方面,都会影响到产权制度的整体功能。因此需要律师提供帮助。

(二) 企业申请境外上市规范

1. 上市条件规定

根据证监会规定,公司申请到境外主板市场上市,需满足以下条件:

- (1) 公司申请海外上市的条件;
- (2) 符合我国有关境外上市的法律、法规和规则;
- (3) 筹资用途符合国家产业政策、利用外资政策及国家有关固定资产投资立项的规定;
- (4) 净资产不少于4亿元人民币,过去一年税后利润不少于6000万元人民币,并有增长潜力,按合理预期市盈率计算,筹资额不少于5000万美元;
- (5) 具有规范的法人智力结构及较完善的内部管理制度,有较稳定的高级管理层及较高的管理水平;
- (6) 上市后分红派息有可靠的外汇来源,符合国家外汇管理的有关规定;
- (7) 证监会规定的其他条件。

2. 公司申请境外上市需报送的文件

- (1) 申请报告。内容应包括:公司演变及业务概况,重组方案与股本结构,符合境外上市条件的说明,经营业绩与财务状况(最近三个会计年度的财务报表、本年度赢利预测及依据),筹资用途。申请报告须经全体董事或全体筹委会成员签字,公司或主要发起人单位盖章,同时,填写境外上市申报简表;
- (2) 所在地省级人民政府或国务院有关部门同意公司境外上市的文件;
- (3) 境外投资银行对公司发行上市的分析推荐报告;
- (4) 公司审批机关对设立股份公司和转为境外募集公司的批复;
- (5) 公司股东大会关于境外募集股份及上市的决议;
- (6) 国有资产管理部门对资产评估确认文件、国有股权管理的批复;
- (7) 国土资源管理部门对土地使用权评估确认文件、土地使用权处置方案的批复;