

第五届中国律师论坛优秀论文：国有企业改制中的法律事务探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_AC_AC_E4_BA_94_E5_B1_8A_E4_c122_484405.htm 内容摘要：国有企业

改制方案的制定与论证、国有企业清产核资以及损益认定工作、律师就企业国有产权、股权转让以及改制合法性等事项出具法律意见书、合同、协议等法律文件的起草与审查以及对国有企业改革改制中职工群体性事件的预防和消解 主题词：国有企业改制 国有企业改制是一项需要律师参与的系统工作。在很多情况下，律师参与国有企业改制法律事务是法律、法规的强制要求，根据国家、山东省的有关规定，在企业改制的国有产权转让、资产处置以及清产核资损益认定等环节，均要求由律师参与出具法律意见书或鉴证文件，律师事务所出具的法律意见书往往作为政府审批改制或国有产权转让行为的必备文件；律师参与企业改制法律事务也是企业改制行为的客观需要，企业改制往往涉及资产处置、债权债务处理、劳动关系处理以及新公司设立等多种复杂的事务，这些事务的妥善处理需要律师的专业知识、经验以及专业服务，从现实的情况来看，一些企业在改制过程中对改制工作的法律性、政策性、复杂性认识不足，忽略了律师参与改制的必要性，结果导致改制工作粗漏，留下后遗症或者风险隐患，甚至违法都不知道。富有经验的专业律师参与国有企业改制工作可以有效规范国有企业改制行为，防范风险，保证改制的公正性及合法性。本文拟根据笔者参与国有企业改制的实际工作经验，从法律实务的角度阐述律师参与国有企业改制主要工作内容：一、国有企业改制方案的制定与论证 改

制方案是企业改制的启动文件，企业改制通常都是制定、论证改制方案开始。根据国务院国资委《关于规范国有企业改制工作的意见》规定，国有企业改制，包括转让国有控股、参股企业国有股权或者通过增资扩股来提高非国有股的比例等，必须制定改制方案。改制方案可由改制企业国有产权持有单位制定，也可委托中介机构或者改制企业（向本企业经营者转让国有产权的企业和国有参股企业除外）制定。接受委托制定方案的中介机构通常是一些改制咨询策划公司或者律师事务所，律师事务所作为中介机构参与改制方案的制定与论证，可充分发挥熟悉政策及法律的专业优势，保证改制方案的专业性、公正性以及合法性。根据笔者参与改制方案制定的经验，改制方案的制定与论证并非单纯的文件起草工作，而是一个创造性与政策性兼具的工作过程，具有以下特点：1、改制方案的制定与论证过程实际是一个利益分配调整的过程。国有企业改制涉及国有资产、企业职工、债权人以及参与改制的投资者等多方面的利益，只有上述各方对改制方案均无异议，改制方案才具有可行性，因此，在制定改制方案的过程中，就应该考虑上述各方对改制方案的可能态度，一个各方均可接受的方案是改制成功的关键，而要制定一个各方均可接受的方案并非易事，它不仅需要方案制订者有丰富的案例经验，还需要方案制订者具有不墨守陈规的创造性思维。2、改制方案的制定与论证过程是一个综合运用政策和法律的过程。改制方案确定改制（重组）方式、资产处置等内容时应尽量从国家以及地方的政策和法规中寻找依据，有了政策和法规依据，改制方案才容易获得政府部门的批准，也容易被企业职工、债权人以及投资者接受；改

制方案还必须在法律的框架内进行，这不仅是法治的要求，也是维护改制各方利益的要求，改制过程中的资产处置、职工安置以及债务处理等内容必须依法进行；从职工以及投资者的角度而言，改制方案还应充分利用现有法律及政策规定的关于土地、税收、职工安置等方面的优惠措施，“用足”法律及政策优惠以推进改制工作。这就要求方案的制订者对现行的法律和政策有全面充分的把握。律师参与改制方案的制定与论证应事先对拟改制企业状况进行基本的了解，并可根据情况进行必要的法律调查；同时，还应根据需要与国有资产管理部门、改制投资者、企业职工以及主要债权人等进行必要的交流，以了解改制各方的要求，在以上工作的基础上有针对性地参与改制方案的制定与论证工作。选择何种改制模式是改制方案的核心内容。从当前国有企业改制的现状来看，围绕股权多元化以及国有资本有进有退的目标，多数国企改制采用了股权（产权）转让模式和增资扩股模式，也有部分企业采取了破产重组、资产购买、企业合并等其他模式，上述模式各有利弊，选择何种改制模式主要由改制企业的现状以及改制各方的利益需求决定。现将几种主要的改制模式简要介绍如下：1、股权（产权）转让模式。即通过将国有企业的部分或者全部国有股权（产权）向投资者出售转让，实现国有资本退出或者股权多元化。在该种模式下，投资者购买的是原国有企业的净资产，原国有企业的资产（含债权）、债务由改制后的国有企业概括承担。该种模式的优点是可以使投资者以相当于净资产的较小资金投入即可获得原国有企业的全部市场、技术、人才以及资产规模等资源优势，缺点是需承担全部债权债务。2、增资扩股模式即投资

者以现金或者其他资产投资，加入到原国有企业，对原国有企业增资扩股。增资扩股后，原国有股权或者产权的绝对数量不变，但原国有资本在企业中的比例下降。在该模式下，国有资产的折股比例以净资产为准，原国有企业的资产（含债权）、债务由改制后的国有企业概括承担。该种模式的优点是通过新的资金投入壮大企业规模，为企业发展带来新的资金支持，缺点是需承担全部债权债务。

3、**破产重组模式** 即对符合破产条件的企业实行破产，债权债务在法院的主持下合法了解，有效资产重组设立新公司。目前，新的破产法尚未出台，我国的破产仍然包括政策外破产和政策内破产两种，政策内破产往往享有更多的政策优惠，比如企业资产无论有无抵押，都将首先用于安置职工，国有土地资产用于安置职工的，可以享受不同程度的土地出让金优惠，企业严重资不抵债的，无法安置职工的，国家财政可给予支持等；政策外破产则按照《破产法》、《民事诉讼法》以及最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》执行。破产重组模式的优点是可以使企业彻底摆脱债务负担。

4、**资产购买模式** 即原国有企业将其部分厂房、设备及生产线等资产通过有偿出售的方式转让给投资者，投资者可整合上述资产，设立新企业进行生产经营。该种模式在法律关系上表现为财产买卖关系，购买后，原国有企业仍然存在，原国有企业的债务与购买者或者新企业无关。该种模式只要操作得当，可以有效摆脱债务，盘活资产。

5、**企业合并模式** 即投资者以自己企业与原国有企业合并，通过合并实现股权多元化，并建立起科学的法人治理结构。该种模式下的折股比例应以净资产作为计算标准，该种模式可以充分利用企业的资源，

实现优势互补。二、国有企业清产核资以及损益认定工作 根据国务院国资委《国有企业清产核资办法》，企业进行分立、合并、重组、改制、撤销等经济行为涉及资产或产权结构重大变动的，由企业提出申请进行清产核资，另外，国有资产监督管理部门基于监管需要也可要求企业进行清产核资；根据国务院国资委《企业资产损失认定规则》，对清产核资过程清查出的资产损益处理，应当由包括律师在内的中介机构出具鉴证意见；财政部《企业资产损失财务处理暂行办法》也规定，对涉及诉讼的资产损失，企业应当委托律师出具法律意见书。基于以上规定，出具鉴证意见和法律意见书成为律师参与清产核资及资产损益认定的主要工作内容。（一）律师参与清产核资的首要问题是确定哪些资产损益认定需要由律师出具法律意见书，即律师出具法律意见书的范围。根据笔者的经验，结合有关政策规定，下列情况通常需要律师出具法律意见书：1、涉及诉讼或者涉案的资产损益，通过司法程序文件尚无法最终确定为损益，或者损益数额难以确定的，由律师出具鉴证意见。该种情形包括：（1）因刑事犯罪造成货币资金短缺，未经终审判决的；（2）债务单位已被宣告破产、注销、吊销工商登记或被关闭，尚未清算的或者正在清算尚未终结的；（3）被投资单位已经宣告破产、注销、吊销工商登记或被关闭，尚未清算的或者正在清算尚未终结的；（4）正在诉讼过程中，或正在执行过程中，程序尚未终结的；（5）被法院中止诉讼或中止执行的；（6）因资产被盗、被骗，涉及犯罪，未经终审判决的等。2、企业难以取得具有法律效力的外部证据的有关不良资产损失，需要由律师依据现有证据进行职业判断。该种情形包括：（1

）超过诉讼时效的；（2）逾期三年以上的应收款项，债务人已经资不抵债，连续三年亏损或连续停业三年以上，并且在近三年内没有业务往来的；（3）被投资单位已经资不抵债，连续亏损三年以上或连续停止经营三年以上的；（4）企业或有负债成为事实负债后，无法追偿造成损失的；（5）委托贷款所造成的损失；（6）债务人遭受战争、国际政治事件及自然灾害等不可抗力因素造成损失的；（7）在建工程因不符合法律规定的条件被停建、拆除的，依据会计制度尚无法直接认定为损失的等。

3、其他难以得出最终结论依赖于律师职业判断的损益认定。

（二）资产损益律师鉴证工作程序

根据《国有企业清产核资经济鉴证规则》的规定，在企业损失及挂账鉴证工作中，律师应实施必要的鉴证程序。根据笔者参与资产损益认定的经验，律师资产损益鉴证工作大体包括调查收集材料和出具鉴证意见两个阶段：

1、材料收集及调查阶段。该阶段的主要工作包括以下三项：

（1）督促和协助企业及时取得相关损益及挂账的具有法律效力的外部证据。具有法律效力的外部证据主要包括：司法机关的裁决或者裁定；公安机关的立案结案证明、回复等；工商管理部门出具的注销、吊销及停业证明；企业破产清算公告及清偿文件；政府部门的公文及明令禁止的文件；技术鉴定部门的鉴定报告；保险公司出具的理赔计算单；债务人失踪及死亡证明；符合法律规定的其他证据。

（2）在企业难以取得相关损益及挂账具有法律效力的外部证据时，律师应要求企业提供相关内部证据。内部证据主要包括：会计核算有关资料和原始凭证；资产盘点表；相关经济行为的业务合同；企业内部鉴定文件；企业内部文件及说明；企业内部对相关责任的认定

、对责任人的处理决定及赔偿的说明；相关人员的证言、笔录；企业内部其他相关文件。（3）律师赴相关地点或现场进行深入调查，通过尽职调查，取得相关调查资料。该阶段律师工作的基本原则是尽职调查，即用尽律师通常的调查手段，尽可能地查明有关事实。

2、出具鉴证意见阶段，该阶段的工作包括：（1）根据调查收集的证据材料进行职业推断和客观评判，对贵公司相关损益及挂账的发生事实和可能结果进行鉴证；（2）通过分析核对，对贵公司相关损失及挂账的金额进行估算及确认；（3）对调查收集的证据材料进行审核、整理，形成鉴证材料；（4）律师合理谨慎地适用法律，最终出具鉴证意见书。鉴证意见书应该从法律的角度论述相关资产的法律状态，并具有充分的法律依据，是否有充分的法律或法规依据关系到法律意见书是否有说服力，律师应针对相关问题进行全面有效地“寻法”，在确实无法法律依据的情况下，也应在证据充分的前提下，尽量做到实事求是，合情合理。资产损益鉴证法律意见书的通常包括以下主要内容：（1）确定委托人的主体资格合法，即确定该债权的所有人即为委托人；（2）确定不良资产的基本情况；（3）明确债权的合法性；（4）查证的事实；（5）法律分析及鉴证结论等。

三、律师就企业国有产权、股权转让以及改制合法性等事项出具法律意见书 根据国务院国资委《企业国有产权转让管理暂行办法》规定，国有资产管理机构决定或者批准企业国有产权转让行为必须审查由律师事务所出具的法律意见书；《山东省国有产权交易管理办法》规定，产权出让方在申请进入产权交易市场交易时，应当向产权交易机构提交律师事务所出具的法律意见书。笔者就产权转让的

法律意见书问题提出如下思考：1、出具法律意见书的时间和律师介入产权转让工作的时间 《企业国有产权转让管理暂行办法》第二十八条规定，决定或者批准企业国有产权转让行为，应当审查律师事务所出具的法律意见书。由此可见，律师事务所的法律意见书，应当是在国有资产监督管理机构和所出资企业决定或者批准企业国有产权转让行为之前出具，它是国有资产监督管理机构和所出资企业，决定或者批准企业国有产权转让行为的重要依据。然而，在目前的企业国有产权转让的实践中，许多转让方是在向产权交易机构提交公开转让信息的有关文件时，才知道或才想到律师事务所的法律意见书，只好临时委托律师事务所出具法律意见书，而此时国有资产监督管理机构和所出资企业已经作出了转让企业国有产权的决定或者批准。此种做法实际上是不符合《企业国有产权转让管理暂行办法》的规定的。规定国有资产监督管理机构和所出资企业决定或者批准转让行为时应当审查法律意见书，一个重要原因就是为了保证转让行为决策的合法性，同时也为决策者降低和分散决策的法律风险。这是因为国有产权转让行为，涉及到多方面的法律关系和法律规定，稍有不慎就可能出现问题，乃至造成国有资产的重大损失。由于在决定或者批准企业国有产权转让行为时就需要审查法律意见书，所以律师事务所应当在转让方草拟转让方案时介入国有产权转让工作，通过调查了解转让项目的具体情况，为制订转让方案提供法律咨询，为起草法律意见书收集准备材料，保证所出具的法律意见书的及时、真实、合法、全面，笔者在为山东省公路工程总公司出具法律意见书前，光尽职调查一项，就有四、五名律师一起花费了近两个月的时

间。2、谁应当审读法律意见书 谁应当审读法律意见书呢？根据《企业国有产权转让管理暂行办法》第二十五条、第二十六条和第二十八条的规定：(1)决定或者批准转让行为的决策机构应当审读法律意见书。因为企业国有产权转让行为具有法律风险，企业国有产权转让的操作具有法律专业性。引进法律服务机构，有助于国有资产监督管理机构和所出资企业在决定或者批准企业国有产权转让行为时严格遵守法律规定，分散法律风险，防范法律风险。(2)产权交易机构应当审读法律意见书。审读的主要内容包括：A、产权转让标的企业是否依法设立，目前是否合法存续；B、拟转让的产权转让标的企业的股权是否受到限制，是否可以转让；C、转让方是否有权转让标的企业的产权；D、产权转让方案是否合法。E、法律意见书对上述问题是否发表了明确肯定的意见。F、律师是否在法律意见书中明确陈述了本次企业国有产权转让行为合法的意见。如果法律意见书具备以上内容，就可以认为本次企业国有产权转让行为已经不存在法律风险。如果法律风险发生了，责任也不在产权交易机构。(3)意向受让方应该审读法律意见书。无论意向受让方是个人还是企业，都应当首先考虑此次的企业国有产权转让是否合法，否则一切都无从谈起。转让方和产权交易机构应当向意向受让方提供法律意见书。3、法律意见书是不可替代的 在企业国有产权转让过程中，律师事务所出具的法律意见书是不可替代的。首先，从《企业国有产权转让管理暂行办法》的要求来看，法律意见书是整个企业国有产权转让过程中的一项必备的法律文件。转让方内部的分析判断意见，不能代替律师事务所出具的法律意见书。其次，《企业国有产权转让管理暂

行办法》之所以要在国有产权转让工作中引进包括律师事务所在内的中介服务机构，是为了通过中介机构的工作，使企业国有产权转让工作做到公开、公平、公正。第三，尽管转让方的职能部门和工作人员(包括专职的法律工作人员)对拟转让国有产权的企业更了解，对有关情况更熟悉。但是，他们作为内部人员会把更多注意力放在如何完成产权转让工作上，而不是放在如何发现风险和防范风险上。律师的介入，将会有助于及时发现国有产权转让中存在的法律问题，律师的专业知识将有助于有关法律问题的解决。

4、法律意见书的主要内容

关于法律意见书应当具备哪些主要内容，《企业国有产权转让管理暂行办法》并没有具体规定，目前律师界对此亦没有统一的行业规范。笔者根据实践经验，认为《关于企业国有产权转让的法律意见书》至少应当包括以下内容：

- (1)转让国有产权所涉及的企业(以下简称“转让标的企业”)的基本情况；
- (2)转让标的企业的产权构成情况；
- (3)转让标的企业的章程或合资合同是否限制股权的转让；
- (4)拟转让的产权是否存在担保或司法保全，是否有第三人对其主张权利；
- (5)现行法律法规是否限制转让标的企业的产权；
- (6)转让标的企业的股东会或董事会对股权转让的决议情况；
- (7)持有转让标的企业国有产权的企业是否已经作出关于转让国有产权的决议，法律法规和该企业章程是否限制其转让有关转让标的企业的产权；
- (8)企业国有产权转让方案是否合法，其实施是否存在法律障碍。

5、出具法律意见书应履行的职责

律师事务所为企业国有产权转让行为出具的法律意见书应当真实、合法、全面。真实，就是要求法律意见书中所表述的事实应当来自客观实际，律师所发表的意见应当是依据已有

的真实的证据所得出的；合法，就是要求律师严格依照现行法律、法规和规范性文件对已知事实进行分析并得出符合法律逻辑的结论；全面，就是要求律师根据出具法律意见书的目的，全面确认与出具法律意见书之目的有关的事实并得出所有需要作出的结论。只有使法律意见书内容达到真实、合法、全面，才能够说律师事务所履行了其为客户出具法律意见书应履行的职责。为了使法律意见书达到真实、合法、全面的要求，律师事务所应当较早介入到企业国有产权转让项目工作中去，进行尽职调查。通过尽职调查掌握出具法律意见书所必须的事实要点和法律文件，尽职调查是律师出具法律意见书的基础工作；在尽职调查的基础上，律师应综合运用有关法律、法规、规章及规范性文件的规定，对产权转让行为或资产处置行为或整个改制的合法性和合规性做出判断。法律意见书应该对改制行为的合法性进行判断，这一点是毋庸置疑的，但法律意见书是否应该就改制行为的合规性进行判断是一个存在争议的问题，有观点认为，律师的任务是适用法律，而合规性审查属于政府职能部门的工作范围，律师不必在法律意见书中对改制行为的合规性进行判断。笔者认为，在当前有关改制的法律规定不多，而相关规章却较多的情况下，律师在法律意见书中对改制行为进行合规性审查有利于规范改制行为，是适当的。因此，律师出具法律意见书的依据不仅应包括法律和行政法规，还应包括部门规章、地方性法规、规章等规范性文件，特别是从中央到地方各级国有资产管理部门的规范性文件，如国务院国资委《企业国有产权转让管理暂行办法》、《关于规范国有企业改制工作的意见》等。律师事务所为企业国有产权转让行为出具法律

意见书后，应当对法律意见书内容的真实性和合法性负责，应当对法律意见书内容满足企业国有产权转让行为的需要负责。对此，律师事务所应当有充分的认识。不能为了承揽业务，而忽视了责任和可能发生的法律风险。律师事务所出具的每一份法律意见书所涉及的主要内容和结论可能都是一样的，但是，在出具每一份法律意见书之前，律师都应当进行必要的调查和审查，而决不是一份法律意见书适用所有产权转让，不做任何工作照抄前一份法律意见书的内容。

四、合同、协议等法律文件的起草与审查

企业改制，需制作大量的法律文件，如产权转让合同、投资协议、企业章程，董事会、监事会议事规则，职工身份置换协议，安置补偿协议，发起人协议等，这些法律文件的制作，要符合法律规范，能真实反映改制成果及国家、企业、职工的利益，是集国家法律、法规、政策在改制企业具体成果的体现，是改制后企业财产所有权确认的依据，是改制后企业股东权利、义务确认的依据，是企业经营权、分配权、处分权确认的依据。因此，这些法律文件关系重大，稍有不慎或失误，将给改制成果带来不尽的纠纷，甚至失败。律师由于其职业特点，对法律的精通，以及对政策的理解、运用，使其自然成为上述法律文件制定的最佳承担者。合同、协议等法律文件的起草是律师综合运用法律、法规以及专业技能的过程，法律文件每一个环节甚至每一个字眼都可能体现着法律要求以及起草者的智慧，限于文章篇幅，在此不一一尽述。

五、对国有企业改革改制中职工群体性事件的预防和消解

国有企业改制的职工群体性事件，近年有上升趋势。这是国企改革改制中比较敏感和棘手的问题。律师参与改制，要提醒企业注意下列问题：1、

依法改制，规范操作 依法开好职代会，通过职工安置方案，变更职工劳动关系。 依法签订产权转让协议，产权转让协议的内容不能约束原企业的职工，不能在企业产权转让协议中约定本应职代会决定的，涉及职工切身利益的条款。代表政府的企业主管机关不可以随意承诺，承诺后要严格兑现。 资产处置必须由律师出具法律意见书。 2、公开改制，宣传动员改革，阳光操作 企业搞MBO的，管理层不可以自行决策，应委托律师等中介机构设计改制方案，以避免“自买自卖”之嫌疑。 当集团公司下属企业职工安置待遇不一致时，应由律师等专业人士根据法律法规相关文件作出解释，企业的内部人难以说服大家。 给职工充分的选择自由，倾听他们的意愿，不可以强制职工入股等。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com