

法律 (修订版)

LEGAL DUE DILIGENCE OUTLINE

尽职调查指要



本书将法律尽职调查过程中可能遇到的四百多个具体问题分为二十五个专题进行了全面、详细的梳理与分析，并有针对性地提出了各种情况下可能面临的风险、详细的解决方案、参考案例及特别提示等内容。

康言 谢菁菁◎著



中国检察出版社

法律

(修订版)

LEGAL DUE DILIGENCE OUTLINE

尽职调查指要



康言 谢菁菁◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律尽职调查指要/康言, 谢菁菁著. —修订本. —北京: 中国检察出版社, 2017. 3

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1828 - 6

I. ①法… II. ①康… ②谢… III. ①律师业务 - 中国 IV. ①D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 018366 号

法律尽职调查指要 (修订版)

康 言 谢菁菁 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 68682164

发行电话: (010) 88954291 88953175 68686531

(010) 68650015 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 北京朝阳印刷厂有限责任公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 54 插页 4

字 数: 938 千字

版 次: 2017 年 3 月第二版 2017 年 3 月第九次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1828 - 6

定 价: 158.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

修订版序

《法律尽职调查指要》面世又四年，因此书，故友新知相逢。时有学友、前辈工作中因书相识，对本书褒奖之余更多期许。网上书店，众多购书人对本书批评之余更多建议。本书基本实现了作者在第一版中所阐明的目的。与其说是开创专业书籍的一种体例，不如说是对现有公司业务相关法条的系统整理，从而简明、便利、富有效率地梳理公司业务中的风险和寻找可能的法律解决方案。

四年以来，我国相关法律制定、修改、细化，不知凡几；行政体制改革深化，对市场规制的理解日益深入，商业环境、法律服务观念变迁，潜移默化。本书作为案头字典之用，应当及时反映这种现实的变化。

自本书初版，一些读者始终对法条列举、解决方案和参考案例简略持有异议。在本书修订时，一一给予回应。

首先，关于列举法条以拼凑字数的批评。不列法条，不明由来；不明出处，不知风险所在。本书以专题方式列举众多法律问题，并不是尽职调查报告的格式罗列，而是对公司主体、业务、资产、风险各方面可能涉及的众多法律、法规的重读，是从交易主体出发、以问题为导向，依据法律对所涉及风险的详细梳理。法律尽职调查是一个复杂的过程，所出具的法律尽职调查报告并不是简单地照方抓药。法律尽职调查工作也不仅是初级律师的必修技能，对于资深律师依然重要。事实上，每一次从事法律尽职调查都是围绕特定公司特定业务对有关法律、法规的再读、学习和验证。准确地检索法律、法规，正确地解释、适用法律、法规，才能真正理解交易的合法、合规风险所在，才能慎重做出商业判断和选择。本书列举法条，是为检索法律、法规之便，也为理解法律、法规之必要。找对法条，读懂法条，这是大学法律专业要求的基本技能。然而，由于课业负担，也由于大量法科学生或忙于应付知识的考核考试或缺乏对商业实践的认识，很多时候知其然而不知其所以然，一旦步入实务则梧鼠五技而穷。因此，本书列举法条，既为准确之故，也为提供学习过程。

其次，或有读者有疑问，在抄录法条之后解决方案为“略”，而仅给予若干招股说明书作为索引，是为作者藏拙，或为小器讳师。在此需要说明，简略并非出于上述猜测。第一，字典式的列举无法穷尽现实的所有可能，解决方案的“略”并非“无”。本书在“基本事实”部分给出的是概括的假设，不是具体的现实，商业实践中特定公司特定业务较这种概括的假设要复杂得多。不给予唯一的“解决方案”作为正确答案也是避免对丰富的现实的错误解答，出于作者慎重的态度而不是敷衍读者。第二，本书对“基本事实”所提出的问题并不是没有提供答案。常用的法律分析 IRAC 法，认为法律分析分为四个部分，分别是法律问题（Issue）、法律规则（Rule）、适用法律（Application）和结论（Conclusion）。本书遵循了 IRAC 法，在“基本事实”部分提出问题，在“相关法规”部分列举法律，在“面临的风险”部分将法律适用于虚拟的案情之上进行分析，而在“解决方案”和“参考案例”两部分给出了结论。本书提供的参考案例为众多上市公司招股说明书，这是众多前辈律师智力凝结，是对具体公司具体业务在当时有效的法律之下风险的发现和解决。对招股说明书再作引用和总结，实非必要。对招股说明书的仔细研读，理解前辈律师的解释、推理、运用，不仅是对法律技能的学习，更是对商业实践的认识，从而再上升到法律层面理解风险控制。法律服务从来不是输入乘数得出确定数值的机械运动，而是高级的逻辑能动。参考本书，按图索骥，精深钻研。本书呈现的是多年执业的学习过程，亦是众多律师的经验汇总。第三，本书分设专题，细化为若干法律问题，然而具体公司具体交易的解决方案并不是若干法律问题的相应解决方案的简单汇集。从法律调查发现的问题出发的解决方案是对具体公司的风险的全面考虑，而一些法律问题的存在可能受到其他法律问题的影响，从而针对前一法律问题的解决方案会因后一法律问题而作调整。解决方案和参考案例简略，出于作者的慎重，也是由于能力所限无法给予以不变应万变的答案。

最后，本书“特别提示”对于简略的“解决方案”和“参考案例”的补充，可能在阅读、使用时被忽视。读者翻阅一本字典，往往是为了快速找到明确的答案。然而，字典式的法律工具书并不是法规汇编。在“特别提示”部分包含对部分法律修改的说明、对法条的说明、对服务对象的说明和对业务的说明。尽职调查体现了承办律师对法律条文的理解，这种理解包括对立法、修法的知识和对服务对象所关切问题的认识。“解决方案”、“参考案例”和“特别提示”共同作为答案，提供给读者开拓思路。

四年以来，我国继续在法治轨道上深化改革。作为非讼律师，我们服务于商业；学习前辈法律人，提携后辈学友。本书的修订，源于理想和热情。一驿过一驿，驿骑如星流。与子且携手，不愁前路修。本书中，如有谬误，皆在作者本人，欢迎指正。

原序

1994年进入中国人民大学法律系学习，我们经历着《此间的少年》中所描绘的飞扬、纯粹的青春时光，并没有意识到我们将认识未来职业和生活中最重要的伙伴。

从1998年起，我们先后抵达上海、深圳和北京开展法律服务生涯。和绝大多数初涉非诉业务的同事一样，法律尽职调查成为我们最初也是最大量接触的律师业务。

曾经作为并不聪明但是勤奋的年轻人，我们感到过困惑。法律尽职调查是非诉业务的基本功之一，也是设计交易结构、起草协议文件的基础。但是为什么在这个业务领域一直是学徒式的口耳相传，为什么没有一本书详细指导我们怎样开展法律尽职调查？尽管在很多证券类的专业书籍中也有涉及，但往往只是纲领式的指导，读者难免“行道迟迟，载饥载渴”。随着时间推移和经验积累，我们也开始指导年轻律师。我们发现，没有一本适当的参考书籍，很难把经验和教训完整、系统地传递给他们。

本书缘起于试图给上述问题一个未必经典但却实用的答案。最初只是一些笔者所经历案例的总结，然后加入了大量阅读招股书的心得和笔记。本书从开始动笔到付梓出版，历经六年。书的体例发生了很大的变化，越来越像一本字典。书的内容随着中国法律规范的完善和我们自身的成长而丰富。

在临近不惑之年，我们出版本书，是对各自职业生涯的阶段性的总结，也是对曾经的理想的回答。希望这本书能够成为公司法律顾问、初级律师、投资银行、投资基金、企业管理者和法学院学生的工具书之一。希望为读者的工作开展和职业发展提供一点帮助。

法律是薪火相传的职业，我们的成长得益于各位师长和同事的无私提携、指导和帮助。感谢我们曾经服务过的企业和客户。特别感谢中国人民大学的赵秀文教授、朱文奇教授，国际关系学院的刘慧教授、吴慧教授，北京市通商律师事务所的韩小京律师、刘钢律师、郑义律师、程丽律师、张晓彤律师，北京

市海问律师事务所的何斐律师、江维博律师和张继平律师，佳利律师事务所香港办公室的陈旭升律师，曾经供职于美国贝克·麦坚时国际律师事务所北京代表处的葛向阳律师和陈佳律师。感谢他们引领我们走入了法律的职业殿堂，有机会分享其中的艰辛和荣誉。我们希望能通过本书向诸位师长致以敬意。

书中提供法律依据截至2011年12月。受自身能力所限，书中内容难免错漏，敬请批评指正。

康言 谢菁菁

2012年5月

上编 法律尽职调查总论

专题一 法律尽职调查概述/ 3

- 一、尽职调查的概念/ 3
- 二、法律尽职调查的特征/ 4
- 三、法律尽职调查的作用/ 8
- 四、法律尽职调查的标准/ 9
- 五、与法律尽职调查有关的主要规定/ 10

专题二 法律尽职调查的工作流程/ 12

- 一、确定法律尽职调查的目的、对象和范围/ 12
- 二、编制法规卷/ 12
- 三、设计并提供尽职调查问卷清单/ 14
- 四、收集、整理尽职调查资料/ 15
- 五、制作尽职调查工作底稿/ 16
- 六、审阅尽职调查资料/ 17
- 七、撰写尽职调查报告/ 18

专题三 法律尽职调查的方法和信息来源/ 21

- 一、法律尽职调查的方法/ 21
- 二、法律尽职调查的信息来源/ 24

专题四 法律尽职调查中的程序性事项/ 28

- 一、接受委托前的利益冲突调查/ 28
- 二、尽职调查的保密要求/ 28

三、法律尽职调查的培训 / 29

下编 法律尽职调查业务操作规程及常见法律问题

阅读说明 / 33

一、操作规程 / 33

- (一) 主要法规部分 / 33
- (二) 审阅文件部分 / 34
- (三) 审核要点部分 / 34
- (四) 撰写要求部分 / 34

二、法律尽职调查中的常见法律问题 / 34

- (一) 基本事实部分 / 34
- (二) 相关法规部分 / 35
- (三) 相关风险部分 / 35
- (四) 解决方案部分 / 35
- (五) 参考案例部分 / 36
- (六) 审阅说明部分 / 36
- (七) 特别提示部分 / 36

专题一 设立和存续 / 37

一、操作规程 / 37

- (一) 主要法规 / 37
- (二) 审阅文件 / 39
- (三) 审核要点 / 41
- (四) 尽职调查报告撰写要求 / 42

二、关于公司的设立和存续的常见法律问题 / 43

- (一) 公司名称不符合有关法律规定 / 43
- (二) 公司名称未经有权机关核准 / 45
- (三) 公司名称中未标明法定字样 / 47
- (四) 公司名称与驰名商标冲突 / 48
- (五) 公司法定代表人变更未办理相关登记 / 50
- (六) 公司的法定代表人资格不符合任职资格 / 51
- (七) 公司注册资本低于法定最低限额 / 52

- (八) 公司注册资本需提前缴清/ 54
 - (九) 公司的经营期限短于拟议交易的需求/ 55
 - (十) 公司的经营期限超过法定时限/ 56
 - (十一) 公司的经营期限届满未办理延期登记/ 57
 - (十二) 公司的设立未能取得有权机关的批准/ 58
 - (十三) 外资比例低于 25% 的公司未办理批准证书和加注的营业执照/ 59
 - (十四) 公司设立程序不规范/ 61
 - (十五) 公司章程/其他股东协议中存在固定回报条款/ 62
 - (十六) 公司实际使用的经营场所与工商登记不一致/ 65
 - (十七) 公司租赁的房产为非经营性用房/ 66
 - (十八) 公司未签发出资证明书/ 67
 - (十九) 公司未设立股东名册/ 68
 - (二十) 股份公司同次发行的同种股票价格或者条件不一致/ 69
 - (二十一) 对公司的投资超过了母公司章程规定的限额/ 70
 - (二十二) 分公司设立未办理登记备案手续/ 71
 - (二十三) 公司的备案登记事项变更未办理备案手续/ 73
 - (二十四) 公司未能及时办理组织机构代码证登记手续/ 74
 - (二十五) 公司章程中存在特殊条款/ 75
 - (二十六) 组建公司的股东协议中的部分约定未纳入章程/ 76
 - (二十七) 公司历史上存在合并/分立事宜/ 77
 - (二十八) 公司历史上合并/分立未履行公告手续/ 78
 - (二十九) 公司合并将导致财务负担/ 79
 - (三十) 经营性的分支机构未取得经营执照/ 80
 - (三十一) 分公司登记的经营范围超过公司登记的经营范围/ 81
 - (三十二) 公司类型变更过程中未召开职工代表大会/ 82
 - (三十三) 公司垫资收购自身股权股份, 设置机动股/ 83
 - (三十四) 公司股东协议中存在回购条款/反稀释条款/ 85
 - (三十五) 子公司被吊销营业执照未及时办理清算手续/ 85
- 专题二 出资 (含增资、减资) / 88**
- 一、操作规程/ 88
 - (一) 主要法规/ 88
 - (二) 审阅文件/ 90

- (三) 审核要点/ 91
- (四) 尽职调查报告撰写要求/ 92
- 二、关于出资事项常见法律问题/ 93
 - (一) 公司的出资形式不符合当时有关法规的规定/ 93
 - (二) 以福利费用出资/ 96
 - (三) 公司的注册资本未能按期缴清/ 99
 - (四) 股东的出资情况与章程记载不一致/ 103
 - (五) 非货币资产的出资比例不符合当时有效的法律规定/ 106
 - (六) 非货币出资未能办理过户手续/ 109
 - (七) 股东以未经评估的资产出资/ 112
 - (八) 股东虚假出资/ 115
 - (九) 以自身资产评估出资/ 118
 - (十) 整体变更为股份公司时未履行验资手续/ 120
 - (十一) 自然人股东未能说明巨额资金来源/ 121
 - (十二) 股东抽逃注册资本/ 122
 - (十三) 因账务调整导致出资不足/ 125
 - (十四) 协助股东抽逃注册资本/ 127
 - (十五) 以公司资本公积转增资本超可用金额/ 130
 - (十六) 以第三方的经营性资产出资，出资后目标公司需就债务承担连带责任/ 131
 - (十七) 用于出资的资产存在产权负担/ 134
 - (十八) 股份公司折价发行股份/ 137
 - (十九) 以实物出资使用假发票/ 140
 - (二十) 股东以划拨土地出资/ 142
 - (二十一) 股东以作为职务作品的知识产权出资/ 146
 - (二十二) 公司出资中个人股东对其巨额出资来源无法作出合理合法说明/ 148
 - (二十三) 增资中某方股东未放弃对增资的优先认购权/ 149
 - (二十四) 公司未向注册资本变更后的股东出具出资证明书/ 150
 - (二十五) 公司未按照注册资本变更的结果变更股东名册/ 151
 - (二十六) 自然人股东以非实物资产出资尚未缴纳个人所得税/ 153
 - (二十七) 股份公司同次发行同股不同价/ 156

(二十八) 公司未按照法定程序减资/ 157

专题三 转股事项/ 159

一、操作规程/ 159

- (一) 主要法规/ 159
- (二) 审阅文件/ 160
- (三) 审核要点/ 161
- (四) 尽职调查报告撰写要求/ 162

二、转股常见法律问题/ 163

- (一) 发起人持有的股份转让不符合《公司法》的有关规定/ 163
- (二) 董事/监事/高级管理人员转让股份不符合《公司法》/公司章程的有关规定/ 164
- (三) 转股不符合公司章程的限制性规定/ 165
- (四) 第三方未放弃优先权/ 167
- (五) 股权上设定了质权/ 168
- (六) 转股价款未支付/ 170
- (七) 《转股协议》约定的转股生效条件未能满足/ 171
- (八) 外资并购境内企业未按照评估值作价/ 172
- (九) 转股未履行适当的法律程序/ 173
- (十) 转股尚未办理工商变更登记/ 175
- (十一) 受让方股东的身份对拟议交易造成不利影响/ 177
- (十二) 公司未按照股权转让结果签发出资证明书/ 178
- (十三) 有限责任公司未按照转股结果修改公司章程/股东名册/ 179
- (十四) 股份公司的记名股票转让未办理股东名册登记手续/ 181
- (十五) 支付给个人的转股价款溢价部分未予代扣代缴所得税/ 182
- (十六) 伪造转股文件, 股权权属存在纠纷/ 184

专题四 股东的资格和股权稳定性/ 186

一、操作规程/ 186

- (一) 主要法规/ 186
- (二) 审阅文件/ 188
- (三) 审核要点/ 190
- (四) 尽职调查报告撰写要求/ 191

二、股东资格和股权稳定性常见法律问题/ 192

- (一) 公司的登记股东与实际股东不一致/ 192
- (二) 公司的外方股东资格不符合法律规定/ 194
- (三) 拟议交易中股东资格不满足特殊行业的法律规定/ 195
- (四) 国有企业改制职工持股违规/ 197
- (五) 股东持股违规/ 198
- (六) 自然人股东为公务员或者曾担任公务员或者为参照公务员管理的事业单位人员/ 200
- (七) 自然人持有多家一人有限责任公司的股权/ 202
- (八) 股东为融资性担保公司，出资金额比例超过自身净资产的 20%/ 203
- (九) 股权质押可能造成股东变更/ 204
- (十) 股权质押存在法律瑕疵/ 205
- (十一) 股权质押尚未办理工商登记/ 207
- (十二) 公司的注册资本来源于集资入股/ 208
- (十三) 期权（或可转换债）对拟议交易存在影响/ 214
- (十四) 外商投资企业境内投资不符合有关产业政策/ 215
- (十五) 公司部分股东为国有企业职工/ 216
- (十六) 公司股东存在要求回购的法定事由/ 218
- (十七) 公司曾发行内部职工股/ 219
- (十八) 公司的控股股东、实际控制人情况对拟议交易存在重大不利影响/ 224
- (十九) 公司股东尚未办理私募投资基金登记/ 226

专题五 业务经营/ 228

一、操作规程/ 228

- (一) 主要法规/ 228
- (二) 审阅文件/ 229
- (三) 审核要点/ 230
- (四) 尽职调查报告撰写要求/ 231

二、业务经营常见法律问题/ 232

- (一) 公司实际经营的业务与营业执照载明的经营范围不一致/ 232
- (二) 公司营业执照载明的经营范围与拟议交易冲突/ 236
- (三) 公司的设备属于明令淘汰的工艺装备/ 237
- (四) 公司未取得适当的经营资质/ 238
- (五) 公司取得的经营资质过期/ 241

- (六) 公司取得的经营资质未办理年检/ 243
- (七) 公司取得的经营资质被暂停/ 244
- (八) 公司目前持有的经营资质存在未来丧失的风险/ 245
- (九) 公司的经营资质存在被吊销的风险(一)/ 247
- (十) 公司的经营资质存在被吊销的风险(二)/ 248
- (十一) 公司将部分业务委托给第三方/ 249
- (十二) 公司自身为贴牌生产厂商/ 249
- (十三) 特定业务资质不得外包/ 250
- (十四) 采购方/供应商/委托加工商不具备相应生产资质/ 251
- (十五) 经营资质证载权利人与目标公司名称不一致/ 253
- (十六) 公司因产品质量问题存在纠纷或者遭受处罚/ 254
- (十七) 公司存在违法发布广告的情况/ 255
- (十八) 公司的实际生产超过核定产能/ 256
- (十九) 公司在主要业务模式下的客户/供应商高度集中, 存在依赖情况/ 257
- (二十) 公司在主要业务模式下的客户/供应商存在合法性风险/ 258
- (二十一) 公司存在商业贿赂嫌疑/ 258
- (二十二) 公司因无业务存在被吊销营业执照的风险/ 262

专题六 重大合同/ 263

一、操作规程/ 263

- (一) 主要法规/ 263
- (二) 审阅文件/ 264
- (三) 审核要点/ 265
- (四) 尽职调查报告撰写要求/ 265

二、重大合同事项常见法律问题/ 266

- (一) 重大合同签订过程违反法定程序/ 266
- (二) 公司签订的重大合同存在无法履行的法律风险/ 267
- (三) 公司签订对其业务有重大限制的合同/ 268
- (四) 重大合同中的特殊约定对拟议交易存在影响/ 269
- (五) 公司履行重大合同的过程不符合法律规定/ 270
- (六) 重大合同发生履约纠纷/ 271

专题七 土地权益 / 273

一、操作规程 / 273

- (一) 主要法规 / 273
- (二) 审阅文件 / 275
- (三) 审核要点 / 276
- (四) 尽职调查报告撰写要求 / 277

二、土地事项常见法律问题 / 277

- (一) 用地项目不符合产业政策 / 277
- (二) 公司使用的土地尚未办理用地审批手续 / 279
- (三) 公司使用的是农村集体所有的农用地 / 281
- (四) 公司取得出让土地的手续不符合有关招拍挂制度 / 283
- (五) 公司签订的土地出让合同存在被宣告无效的风险 / 285
- (六) 公司使用的土地价款尚未全部缴清 / 286
- (七) 土地出让合同载明的出让金低于基准地价 / 287
- (八) 公司使用的土地的情况与土地出让合同约定的情况不一致 / 289
- (九) 公司土地存在闲置情况 / 290
- (十) 土地未依法办理登记并领有权属证书 / 292
- (十一) 公司取得的项目用地系分割取得国有建设用地使用权证书 / 294
- (十二) 土地用途与国有土地使用权证载明的内容不一致 / 296
- (十三) 公司取得的产权权属证书过期 / 297
- (十四) 公司使用的土地为通过划拨方式取得，存在依法变更为出让土地的风险 / 299
- (十五) 目标公司租赁划拨土地 / 301
- (十六) 公司购买破产企业的资产，其中涉及划拨土地 / 302
- (十七) 公司使用农村集体土地未经适当批准 / 303
- (十八) 公司使用农村集体土地未办理登记手续 / 305
- (十九) 公司租赁土地的期限超过法定最高年限 / 306

专题八 房产权益 / 308

一、操作规程 / 308

- (一) 主要法规 / 308
- (二) 审阅文件 / 309
- (三) 审核要点 / 310

(四) 尽职调查报告撰写要求/ 310

二、房产权益常见法律问题/ 311

(一) 公司自建的房产未办理房屋权属登记并领取房屋权属证书/ 311

(二) 公司购买的房产无原始产权证明/ 312

(三) 公司使用的土地、房产权属不合一/ 314

(四) 出租方未能提供房屋产权证明/ 315

(五) 出租方无权转租/ 317

(六) 公司租赁房屋的存在无效风险/ 318

(七) 租赁房产未办理租赁登记/ 321

(八) 公司使用的厂房存在搬迁风险/ 322

(九) 公司对所租赁房产的承租权可能因在先的抵押而丧失/ 323

(十) 公司租赁房产坐落于划拨土地上且租赁行为未经批准/ 324

专题九 知识产权/ 326

一、操作规程/ 326

(一) 主要法规/ 326

(二) 审阅文件/ 327

(三) 审核要点/ 328

(四) 尽职调查报告撰写要求/ 329

二、知识产权事项常见法律问题/ 329

(一) 公司使用的商标尚未办理注册手续/ 329

(二) 公司使用的商标已经申请注册但尚未取得商标注册证/ 331

(三) 公司受让取得的商标尚未办理转让核准公告手续/ 332

(四) 公司为商标签订的合同存在法律风险/ 334

(五) 公司被许可使用他人的注册商标, 尚未办理许可使用备案/ 335

(六) 注册商标的注册人名义/地址/其他注册事项变更, 尚未办理变更登记手续/ 336

(七) 公司的商标专用权已经到期, 尚未办理续展手续/ 338

(八) 公司存在商标侵权纠纷/ 339

(九) 公司持有的驰名商标对拟议交易存在影响/ 344

(十) 公司使用的专有技术尚未办理专利权申请手续/ 345

(十一) 公司使用的专有技术正在办理专利权申请手续, 尚未取得专利权证书/ 346