



法律尽职调查 完全手册

THE LEGAL DUE DILIGENCE COMPLETE
HANDBOOK

李俭 编著

新入行律师 金融律师 企业法务 投融资专员
基础业务必读与精通业务进阶的完备教材

如何在尽调实务操作中做得更加完善有效的
详尽操作方法·法律分析解构·示范文本参考



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

法律尽职调查 完全手册

THE LEGAL DUE DILIGENCE COMPLETE
HANDBOOK

李俭 编著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律尽职调查完全手册 / 李俭编著. —北京:法律出版社, 2016. 11(2017. 6 重印)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0345 - 5

I. ①法… II. ①李… III. ①律师业务—中国 IV.
①D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 304860 号

法律尽职调查完全手册

FALÜ JINZHI DIAOCHA WANQUAN SHOUCHE

李 俭 编 著

策划编辑 张心萌
责任编辑 张心萌
装帧设计 马 帅

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 市场研发部

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 30

字数 436 千

版本 2017 年 3 月第 1 版

印次 2017 年 6 月第 3 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0345 - 5

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

自外国律师首次将尽职调查(Due Diligence)的概念及业务引入我国以来,短短二十多年尽职调查的应用得到了广泛而深入的发展,从立法到实践操作,从手段到途径,从应用范围到方式方法,到尽职调查内容的深度、广度等各个方面都发生了深刻的变化,特别是在金融证券领域的应用,国家出台了多项关于尽职调查的规范性文件,对于券商、律师从事尽职调查工作提出了一系列规范性要求与指引,不仅强化了对尽职调查操作的执业要求,也对于律师未能尽到审慎的调查义务时如何承担责任明确了判断依据与标准,从而将尽职调查工作纳入了法制化的轨道。

尽职调查最初作为律师从事投融资业务、上市、并购及资产重组等业务的前期工作和基础业务,现在越来越成为律师一项独立的法律业务,目前已经拓展到了新三板挂牌、股权转让、增资扩股、股权质押、担保、资产重组、破产重整、关联交易、诉讼、合资合作、项目融资、国际贸易、绿地投资等诸多领域和方面,成为很多企业开展经济活动、投资决策的风险判断前置性工作,起到了防范法律风险的预判断作用,为“知己知彼,百战不殆”打下良好的基础。

自20世纪80年代央企走出国门以来,随着中国企业的规模与实力的长足发展,近年来,越来越多的民企也开始大量走出国门,走向全球。随着2013年9月习近平总书记首次在哈萨克斯坦的纳扎尔巴耶夫大学提出“一带一路”的伟大战略构想以来,中国已同“一带一路”沿线涉及的60多个国家签署了100多项各类双边条约、协定,内容涉及贸易、投资、知识产权、环境保护等各方面的问題,大量的中国企业将借着中央实施“一带一路”战略的东风走向海外,但总结以往中国企业海外并购、投资的经验及教训,中国

企业海外并购成功率大大低于世界并购市场的平均成功率,究其原因之一就是对其尽职调查的重视不够,专业度不够,不但要有前期的尽职调查,还必须跟随当地政策、市场环境及行业等情况的发展变化进行中后期的尽职调查,并根据新情况、新问题的出现不断调整投资及并购的策略,才能最大限度地降低风险,从而保证整个交易的顺利进行和经济活动目的的实现。

笔者从十多年前在公司并购中首次接触到了法律尽职调查,随后的这么多年一方面在不断地进行着实务操作,另一方面对于各类法律尽职调查进行了深入的研究,并不断总结实践经验,以期在实务操作中做得更完善、更有效,在为企业提供过几十种各类尽职调查法律服务以后,深感有必要对此进行一番梳理,就自己所获得的经验、教训及一些感悟与各位同行及其他从事法律尽职调查的同仁进行分享。

专著的写作是一个痛苦的过程,但分享却是快乐的事情。

本书尝试从法律尽职调查实务操作角度出发,以方法论、法律分析及示范文本为指引,全面系统地介绍了法律尽职调查的整个过程,并对各类不同尽职调查的特点、重点针对性地进行了分析与解构,以期抛砖引玉,带动我国律师界及企业界对尽职调查的重视与深入研究,并且在实践中得到不断完善,特别是在“一带一路”及供给侧改革过程中,在中国企业走出去过程中,更大限度地发挥尽职调查在防范法律风险、投资决策等方面不可替代的作用,适合于新入行律师、金融证券律师、证券公司及银行投行部、企业集团从事投融资人员、企业法务人员以及其他从事尽职调查相关工作人员作为参考及指导之用。

李 俭

2017年1月30日于南京百家湖畔闲逸斋

序言 / 001

第一部分
法律尽职调查前的准备

第一节

尽职调查的概念 / 003

第二节

尽职调查的工作流程 / 017

第三节

法律尽职调查的方式方法 / 021

第四节

律师从事法律尽职调查的要求 / 027

第五节

律师从事尽职调查的优势与特点 / 030

第二部分
开展法律尽职调查工作

第一节

律师如何参与尽职调查 / 035

- 一、尽职调查的基本步骤/ 035
- 二、律师接受尽职调查委托的手续/ 036

第二节

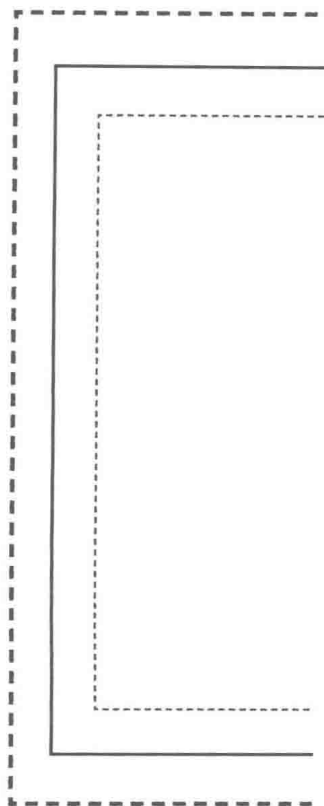
尽职调查中与客户的交流与沟通 / 038

- 一、交流与沟通对尽职调查的作用及意义/ 038
- 二、尽职调查开始前的交流与沟通/ 039
- 三、尽职调查中的交流与沟通/ 040
- 四、尽职调查中沟通的技巧与策略/ 044

第三节

一般法律尽职调查的内容 / 046

- 一、公司主体资格/ 046
- 二、公司设立与历史沿革/ 049
- 三、公司独立性/ 061
- 四、公司股权结构与控股股东、实际控制人/ 066
- 五、业务、质量、技术及商业模式/ 072
- 六、公司财务和内部控制制度/ 079
- 七、同业竞争与关联交易/ 084
- 八、公司主要资产与经营设施/ 099
- 九、公司无形资产情况/ 102
- 十、重大债权债务及对外借贷、抵押担保情况/ 105
- 十一、公司重大资产变化、债权债务及资产重组/ 110
- 十二、公司治理/ 112
- 十三、董事、监事及高级管理人员的简历、任职资格及诚信情况/ 120
- 十四、公司职工及高级管理人员、核心技术人员持股及股权激励情况/ 123
- 十五、税务及财政补贴/ 127
- 十六、公司的环境保护问题/ 130



- 十七、业务发展目标/ 135
- 十八、行业背景与市场调查/ 139
- 十九、重大合同/ 141
- 二十、历年股利发放情况和现行股利分配政策/ 144
- 二十一、财产租赁情况/ 151
- 二十二、财产保险事项/ 153
- 二十三、外汇事项/ 164
- 二十四、企业安全生产与内部控制制度/ 166
- 二十五、公司对外投资情况/ 172
- 二十六、公司劳动用工、劳动保护及劳动保险/ 179
- 二十七、在建或即将完工的建设项目/ 183
- 二十八、引进私募股权基金情况/ 186
- 二十九、近三年来的重大诉讼、仲裁及行政处罚/ 191

第四节

常见非诉讼尽职调查要点分析/ 194

- 一、债券发行与承销尽职调查/ 194
- 二、海外发债及贷款尽职调查/ 200
- 三、企业改制尽职调查/ 208
- 四、新三板及IPO的尽职调查/ 213
- 五、私募基金及风险投资尽职调查/ 228
- 六、信托尽职调查/ 234
- 七、并购重组尽职调查/ 239
- 八、海外投资并购尽职调查/ 252
- 九、资产重组尽职调查/ 258
- 十、项目融资尽职调查/ 269
- 十一、融资租赁尽职调查/ 272
- 十二、股权质押融资尽职调查/ 276
- 十三、担保公司或对外担保尽职调查/ 280
- 十四、长期业务合作客户尽职调查/ 283
- 十五、资产证券化尽职调查/ 285
- 十六、PPP项目尽职调查/ 291

十七、房地产项目转让与合作开发尽职调查 / 294

十八、风力发电尽职调查 / 299

十九、矿业权尽职调查中的律师工作实务 / 303

二十、反向尽职调查 / 311

二十一、各类专项尽职调查 / 316

二十二、不同行业及业务尽职调查的重点及特点 / 321

第五节

诉讼尽职调查要点分析 / 328

第六节

尽职调查常见问题解析及整改建议 / 334

第三部分 完成尽职调查报告

第一节

尽职调查报告的组织写作 / 349

第二节

律师尽职调查工作底稿的制作 / 418

第三节

其他法律文书的写作及范本 / 458

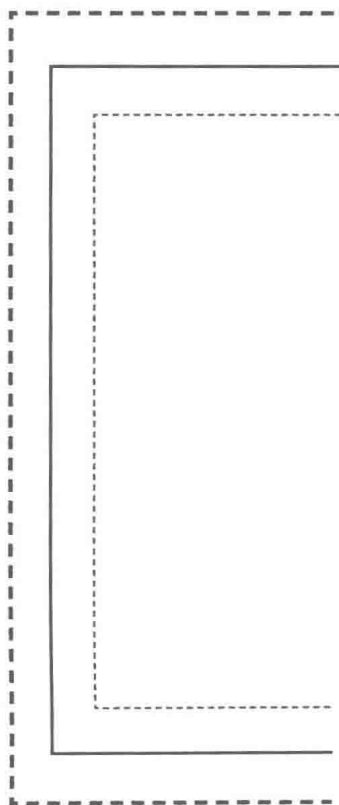
附录一：

最新网址查询大全 / 466

附录二：

相关法律法规目录 / 467

主要参考文献 / 468



第一部分

法律尽职调查前的准备

第一节

尽职调查的概念

一、尽职调查及法律尽职调查的概念

什么是尽职调查？尽职调查又称“审慎调查”，英文“Due Diligence”，其原意是“适当的或应有的勤勉”，是指由中介机构在企业或尽调对象的配合下，采取查询、审核、面谈、询证、现场考察、访谈、网络查询等多种方式，对企业的历史和现实的数据、资料、信息、文件和档案等涉及企业经营情况、资金状况、股权结构、管理架构、实际控制人及控股股东情况、财务状况、知识产权、劳动人事等各方面或某些方面进行全面深入的了解，多发生在企业首次公开募股（Initial Public Offering, IPO）、新三板挂牌、债券发行及企业并购重组、资产重组、融资等业务中。随着企业对风险的重视度不断提高，适用尽职调查的情况越来越广泛，甚至在企业开拓市场、寻求合作伙伴时都会被列为前期必要的准备工作，而尽职调查本身也逐渐发展成为律师或其他中介机构的一项独立业务，为企业老板、管理层就投资及业务合作提供决策依据。

实践中，尽职调查的形式和种类多种多样，主要可以分为财务尽职调查、税务尽职调查、技术尽职调查、商业尽职调查、行业尽职调查、法律尽职调查，以及环境尽职调查、知识产权尽职调查和人力资源尽职调查等专项尽职调查。

法律尽职调查，是指在公司并购、证券发行、融资及对外投资等重大公司行为或经济活动中由律师或证券保荐人进行的对目标公司及其关联企业、并购对象或者发行人的主体设立及其合法存续、企业资质、资产和负债、对外担保、重大合同、关联关系、纳税、环保、劳动关系等各方面进行的一系

列资料、信息的收集及法律问题的调查,有时甚至还包括对尽职调查中发现的法律问题发表律师的规范性意见和建议,并提出合法性、规范性调整和完善法律服务方案等。

“尽职调查”一词最初起源于英美法中的案例法,随后被编入了成文法中。《布莱克法律词典》中“尽职调查”一词的定义为“通常一个人在其调查过程中寻找合适的法律要求或解除义务时应保持的合理谨慎。”尽职这一概念最初还可追溯到罗马法概念中的“勤勉”。罗马法将尽职分为两种主要的类型:

1. 一般人在管理其事务中应持有的谨慎;
2. 家族首领管理事务中的绝对谨慎。

那么,尽职调查中究竟应该保持什么程度的谨慎呢?对此,美国法遵循的一般原则认为:交易中越谨慎,后面面临的风险越低,为了安全起见,应采取“罗马法的绝对谨慎”标准。但是,考虑到客观条件和现实情况的限制,买方不可能发现可能存在的每一个风险,要求绝对的尽职调查可能会使买方或卖方陷入破产,或存在现实的不可行性。公司在复杂的世界里进行复杂的经营,没有一种调查能穷尽地揭示所有的潜在风险,以完全解决信息不对称的问题,因此,尽职调查的限度应当是“必须是合理的,但不是绝对的”,这一观念逐渐发展成为美国法中一个普遍接受的原则。

法律尽职调查最早用于对证券市场上投资人(股东)的保护,后来被移植到公司并购等交易上来。美国《1933年证券法》关于尽职调查的规定,如果当事人没有进行尽职调查,则有可能要对第三人(投资者)承担民事损害赔偿责任;而在并购交易中,如果当事人没有进行或没有做好尽职调查,则要自己承担未彻底了解企业状况所产生的风险。可见,就“尽职”的对象而言,既包括第三人(投资者),也包括收购方自己。按照英美公司并购交易的法律实践,如果没有对企业状况的特别担保,出卖人只有义务交付一个符合“所看到的”或者“所检查的”情形的企业,俗称“现状交付”,从而迫使购买人在购买企业之前采取相应的调查措施以避免遭受损害,以及出现遭受实际损害后无法补救的情形。

我国最早出现法律尽职调查的规范性文件是2001年3月6日中国证券监督管理委员会发布的《公开发行证券公司信息披露的编报规则第12

号——《律师法律意见书和律师工作报告》(“编报规则第12号”),该规则第5条中规定:“律师在律师工作报告中应详尽、完整地阐述所履行尽职调查的情况,在法律意见书中所发表意见或结论的依据、进行有关核查验证的过程、所涉及的必要资料或文件”。遗憾的是,该规则并没有对律师尽职调查给予具体的或基本的工作指引和规范,而当时律师行业内部也对尽职调查缺乏足够的认识和研究,缺少基本的工作规范和实际操作指引,在一些重大资本项目中,委托人也往往只重视财税尽职调查而忽视律师的法律尽职调查工作的重要性,因而承担了不必要的法律风险,甚至出现了许多收购、投资和上市失败的案例,为此付出了不必要的代价。

不管是IPO还是企业并购中的尽职调查,目的都是为了解决信息的真实性及信息不对称的问题。每一种尽职调查都必须遵循一定的规范及操作流程,采取各种必要及可能的手段、方法和途径,通过搜集有关信息和数据,并对之按照该方面合法合规性的要求进行分析、判断和评估,发现并提出专业性的处理意见及解决方案,为相关的经济活动提供支持。

在近些年中国海外并购案例中,作为并购主体的中国企业70%的并购项目都以失败而告终。对于中国的企业而言,如何走出去,以什么样的方式走出去,怎样并购才能避免不必要的法律风险并发挥最大价值,的确是一个严峻而又值得深思的课题。一则数字让中国企业甚为惊叹而又触目惊心:中国平安并购荷兰—比利时富通集团,8个月净亏157亿元;TCL并购汤姆逊,3年净亏40亿元;中投集团投资美国黑石集团,20亿美元不到一年就缩水70%以上……

据全球知名的咨询机构麦肯锡的研究表明,在过去二十年中,全球大型的企业并购案中,取得预期效果的比例低于五成,而中国则有六成七的海外并购失败案例,这说明在全球范围内并购都是一项复杂而艰巨的任务,但中国企业过高的失败率让我们不得不静下心来叩问和反思,其中的原因很多,缺乏有效战略、整合能力欠缺,但其中忽视事先、事中的尽职调查,信息不对称,对目标企业缺乏足够了解是并购失败的一个非常重要的基础原因。

【案例1】2001年,华立集团收购飞利浦位于美国的CDMA项目。本想打破CDMA技术垄断的华立集团后来才发现,他们反倒陷入了尴尬之中。

首先,飞利浦与美国高通公司关于CDMA芯片有一些交叉协议和授权

协议,双方承诺不对第三方公开,华立在并购前对此状况一无所知。这就决定了华立虽完成了并购,但事实上只拿到了飞利浦 CDMA95A 和 200001X 等阶段的技术,最核心的 3G 技术依旧掌控在美国高通公司手里,最终,华立的研发依旧停留在从飞利浦承继过来的没有太大用处的 2G 标准上,而欧美大多数国家早已进入了 3G 时代,所以说由于忽视深入的尽职调查最终导致了华立集团并购目的落空。

并购中,一些目标公司通常都是垃圾资产、亏损企业,或存在隐性负债、潜在隐患,因此,他们大多愿意以非常低廉的价格出售,或者经过一番包装体面地出售。由于信息不对称,并购方往往不能够对被并购方的资产状况、财务状况和隐性风险进行准确的了解和评估,这无疑加大了并购的风险。同样,对并购目标所在国的政治环境、文化背景、法律环境等方面缺乏足够的了解和研究,也是导致并购失败的重要原因之一。中国企业海外并购往往不太重视尽职调查,对企业并购涉及到的方方面面了解不够深入,仅仅停留在表面,特别不重视事中的尽职调查,往往导致后来一系列决策的失误,并最终影响到并购目的的实现或者使并购方为此付出了惨重的代价。

【案例 2】今日资本是一家专注于中国市场的国际性投资基金公司,资金和背景都异常雄厚,但令人称奇的是,其大量的投资项目却频频出现问题,今日资本官方网站投资案例中共挂出了 16 家公司,而这些被今日资本相中的公司几乎每家都麻烦和争议缠身,唯一一家成功上市的土豆网也难逃被优酷吞并的命运。

细数今日资本四大问题,其中一个重要原因就是“尽调”报告未做到位。投资项目频出状况,也说明创投机构在投资前考察存在问题,尽职调查报告未做到位。尽职调查通常在交易发生之前,是买方对目标公司的资产和负债情况、经营和财务情况、法律状况以及目标企业面临的机会和存在的风险进行的调查。一般来讲,专业机构所做的尽职调查包括财务尽职调查、管理尽职调查和法律尽职调查。因此,前期考察到位,做透“尽调”是保障投资项目成功的先决及必要条件。

2012 年 4 月 18 日消息,研究机构《经济学人》智库在上海称,尽职调查缓慢是中国企业在海外并购失败的主要因素。该机构首席经济学家罗宾一布(Robin Bew)分析称,进入要约阶段的交易中,约有 13% 最终失败,主要

受阻于外国监管机构。而对于许多未能进入要约阶段的企业,尽职调查缓慢和风险评估成为最大的问题。据该机构公布的数据,中国海外收购中,26%为了获得资源,21%为了取得知识产权或品牌。但82%的公司认为,他们缺乏处理海外投资的管理专长。

据路透社报道,2016年上半年,我国海外并购交易已达1116亿美元,已经超过2015年创下的交易额纪录。经济转型的背景下,政策宽松、庞大外汇储备、全球范围内经济危机以及人民币国际化都在助推海外并购驶入快车道。但同时我们又不得不对海外并购中频频出现的失败案例进行不断的反思与总结。

二、法律尽职调查的分类

根据法律尽职调查分类方法的不同,可以分为以下几种情况:

(一)按照尽职调查的地点不同,可以分为现场尽职调查和非现场尽职调查。现场调查包括现场走访、会谈、当面沟通、查询、咨询和实地考察;非现场调查包括搜寻调查、电话沟通、网络调查、委托调查及询证函等方式。

为了尽可能保证信息及资料的真实性,律师应尽量采用现场尽职调查的方法,如在尽调对象员工的陪同下亲自前往工商局查询、复制工商档案信息;亲自前往银行、不动产局等查询、复制土地及房产证书及相关信息等;亲自去生产车间、仓库走访,了解生产全流程,眼见为实,通过跟生产第一线的技术人员、管理人员甚至是跟工人交流,可以了解、判断、核实相关信息的真实性、准确性,发现疑点,追踪确认;亲自前往楼盘销售中心,了解项目去化的真实进展情况、销售情况、客户反映及议论,包括客户对于该楼盘的评价以及跟相邻楼盘的销售情况、价格的比较等。一般只有在客观上比较困难,或者尽调成本实在太高的情况下,才会以非现场尽职调查作为补充。

(二)根据法律尽职调查服务的目的和解决的问题不同,一般可分为股权融资尽职调查和债权融资尽职调查,两者涉及的方面及侧重点有所不同。一般来说,股权融资尽职调查的目的是为了对公司股权的内在价值有个准确的评估,挖掘公司股权的准确估值,因此,尽职调查的内容会涉及到企业经营的方方面面,从企业的合法成立到有效存续,从所有权到债权债务,从知识产权到人力资源,从纳税情况到抵押担保,从经营团队到未来发展规划