

GUIDELINES
OF LEGAL DUE
DILIGENCE
IN M&A

➔

并购法律尽职 调查指引1.0

律师书架

朱庆标 著

LAWYER
BOOKCASE



并购法律尽职 调查指引1.0

律师书架

朱庆标 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

并购法律尽职调查指引 1.0 / 朱庆标著. —北京:
法律出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9548 - 6

I. ①并… II. ①朱… III. ①企业合并—企业法—研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 116225 号

并购法律尽职调查指引 1.0

朱庆标 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 31.25 字数 445 千

印次 2016 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9548-6

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

十多年前刚入行时,与年轻同行一样,总想学做一些并购之类的“高大上”非诉项目。于是,参加相关业务培训。但是,授课老师总是在关键时刻或语焉不详,或闪烁其词。总之,听得不过瘾,学得不到位。为改变这种状况,开启了自行研发之路。随着不断从事并购业务,不断地探索,有了总结经验的丰富素材。积累的东西多了,久而久之,有了出书与年轻同行分享的想法,以帮助他们少走弯路。这是出书的初衷。

关于并购的书籍已经出版了很多,但很少有全面系统介绍并购法律尽职调查的,本书在做这方面的尝试。本书尽可能让读者“知其然”并且能够“知其所以然”;首先介绍尽职调查要核查的目标(要点),接着介绍通过哪些文件(获取资料的范围)了解核查目标,第三,介绍通过哪些途径获得了解核查目标的文件(调查方法),最后,介绍如何核查、评价已经取得的文件。

更重要的是,让读者树立一个尽职调查理念:不同行业的企业,尽调侧重点不同;同样的行业(如房地产)但不同项目(如住宅、商业地产、工业地产)的企业,尽职调查侧重点也是不同。并且,本书将尽职调查放在一个过程中去理解。为此,本书将“投资项目”单独作为一节予以介绍,希望读者了解在“投资项目”的不同环节,尽职调查的目标、范围是不一样的。

在整理书稿的过程中,出于实用性的考虑,为提供尽可能多的信息,本书没有拘泥于篇章结构形式的整齐划一,繁简因相关内容而定,从而避免浪费读者的时间。

感谢我的同事郑敏律师的一再督促,本书才得以交付出版;感谢法律

出版社王扬编辑,为本书提出了很多修改意见。没有她们的努力,本书很难在今年面世。

对于本书中知识产权、劳动争议和建设项目部分,我还特别邀请本所具有相关业务专长的许育辉律师、珊丹律师以及周杰律师进行了审核,在此一并表示感谢。

其实,出书是一种苦差事,从2011年着手准备,到今天想正式出版,历经了五年多。期间,《公司法》等法律进行了修订,又不断有新的法律政策出台,需要不断地调整原来的内容。并且,因不断的接案、接项目,整理工作不断地被打断。这些年来,每年的节假日都被安排来做书稿的整理工作。

整理书稿是学习的过程,一个思考的过程。我将继续学习、思考,力争整理更多内容与大家分享。

因能力有限,书中错漏在所难免,敬请批评指正。

朱庆标

二〇一六年七月二十四日

目 录

第一章 概述 / 001

第一节 法律尽职调查的含义 / 001

一、什么是尽职调查 / 001

二、尽职调查的种类 / 001

三、法律尽职调查 / 001

四、尽职调查披露的责任主体 / 002

五、法律尽职调查与财务尽职调查的关系 / 002

六、做好尽职调查律师始终要考虑的问题 / 003

附件 1-1: 财务尽职调查与审计的联系与区别 / 004

第二节 法律尽职调查的目的和作用 / 005

一、并购中并购方的风险 / 005

二、法律尽职调查的目的 / 006

三、法律尽职调查的作用 / 007

四、尽职调查与并购交易结构调整 / 008

五、尽职调查与并购协议条款的关系 / 008

六、律师在法律尽职调查中的责任 / 014

附件 1-2: 房地产项目公司股权收购运作过程中的主要法律风险 / 016

附件 1-3: 适用于所有交易方的“陈述与保证”条款 / 017

附件 1-4: 股权转让方及目标公司的“陈述与保证”条款 / 018

附件 1-5:并购方的“陈述与保证”条款 / 022

第三节 尽职调查的原则 / 023

一、保密性原则 / 023

二、目的导向原则 / 024

三、区别对待原则 / 024

四、全面和重点相结合原则 / 024

五、关联性原则 / 025

六、审慎性原则 / 026

七、透彻性原则 / 026

第四节 法律尽职调查的一般程序 / 027

一、法律尽职调查三阶段概述 / 027

二、尽职调查各阶段的主要工作事项 / 028

三、尽职调查的深度 / 035

附件 1-6:法律尽职调查流程图 / 036

第五节 尽职调查的方式方法 / 037

一、向调查对象收集资料并加以验证 / 037

二、访谈调查对象的有关人员 / 038

三、向目标公司的相关政府部门调查 / 038

四、现场考察 / 039

五、通过网络等公开渠道了解目标公司的信息 / 039

六、与相关中介机构沟通并参考其专业意见 / 040

七、函证 / 040

八、非公开调查 / 040

九、分析和总结 / 041

附件 1-7:专利、商标、著作权等权利的尽职调查方法示范一览表 / 042

附件 1-8:尽职调查常用网站 / 046

附件 1-9:北京市律师协会律师查询利用工商企业档案操作指引 / 050

第二章 如何确定尽职调查的工作范围 / 053

第一节 如何确定尽职调查的工作范围 / 053

- 一、根据交易目的确定尽职调查的范围 / 054
- 二、根据交易方式确定尽职调查的范围 / 054
- 三、根据目标公司所处的行业特点确定调查重点 / 055
- 四、根据目标公司或者目标资产自身的特点确定调查重点 / 055
- 第二节 股权收购下的尽职调查范围 / 058
 - 一、目标公司现状 / 058
 - 二、目标公司的历史沿革 / 058
 - 三、目标公司的注册资本 / 058
 - 四、目标公司的规范运作 / 059
 - 五、目标公司的独立性 / 059
 - 六、财务与税务 / 059
 - 七、目标公司的业务发展与技术 / 059
 - 八、目标公司的主要资产 / 060
 - 九、知识产权 / 060
 - 十、重大债权债务 / 060
 - 十一、关联交易及同业竞争情况 / 061
 - 十二、人力资源和劳资关系 / 061
 - 十三、诉讼、仲裁、行政处罚事项 / 061
- 第三节 资产收购下的尽职调查范围 / 062
 - 一、目标公司的基本情况 / 063
 - 二、并购资产(不含知识产权)的范围 / 063
 - 三、资产的权属 / 066
 - 四、知识产权 / 069
 - 五、供销渠道及产品销售情况 / 069
 - 六、目标公司已经生效但未履行或未履行完毕的合同 / 070
 - 七、目标公司员工的情况 / 071
 - 八、财务与税务 / 071
 - 九、目标公司诉讼及争议情况 / 072
- 附件 2-1: 股权并购和资产并购的区别 / 072

第三章 并购方与目标公司律师在尽职调查中的职责 / 076

第一节 并购方律师在尽职调查中的职责 / 076

一、接受委托 / 076

二、组建法律尽职调查项目团队 / 076

三、获得目标公司认可并签署保密文件 / 076

四、律师与目标公司协商调查进程 / 077

五、准备尽职调查清单并向被调查对象发出 / 077

第二节 目标公司律师在尽职调查中的职责 / 078

一、起草、审查保密协议 / 078

二、协商确定尽职调查所涉及的企业范围和资料范围 / 078

三、管理法律尽职调查的进程 / 078

四、协助制定文件资料室的管理规则 / 079

五、协助准备资料 / 079

六、审查提供资料信息的范围 / 079

七、协助解决尽职调查中的发现的可能影响并购交易的问题 / 079

第四章 并购项目尽职调查方案的制订 / 082

第五章 如何撰写尽职调查清单 / 085

一、尽职调查清单的结构 / 085

二、撰写尽职调查清单的注意事项 / 086

第六章 现场调查工作的开展和工作底稿的整理 / 087

一、现场调查工作的开展和协调 / 087

二、对相关文件的收集、整理和分析 / 088

三、工作底稿的整理 / 088

四、提供补充尽职调查清单 / 091

五、对尽职调查无法确认事项的救济 / 091

附件 6-1: 法律尽职调查工作底稿示例 / 092

第七章 法律尽职调查的主要内容 / 093
第一节 目标公司的现状及历史沿革 / 094
一、现状 / 094
二、历史沿革 / 095
三、对投资项目审批的核查 / 097
四、对调查对象营业执照的审查 / 098
五、印章及银行账户 / 101
六、外商投资企业批准证书 / 102
七、企业国有资产产权登记证 / 104
八、调查对象成立时与业务经营有关的批准文件 / 104
九、对调查对象登记的经营范围的审查 / 105
十、目标公司的注册资本和实收资本 / 105
十一、投资总额与注册资本 / 107
十二、对股东出资情况的审查 / 109
十三、对资产评估报告的审查 / 109
十四、对目标公司企业信用报告的核查 / 118
十五、对目标公司改制的审查 / 119
附件 7-1:2014 年 3 月 1 日起施行的《公司法》修订前后对比 / 120
附件 7-2:服务业地方审批行业汇总 / 124
附件 7-3:服务业涉及专项规定商务部现行审批行业汇总 / 126
附件 7-4:暂不实行注册资本认缴登记制的行业 / 127
附件 7-5:企业信用报告(自主查询版)解读 / 128
第二节 对股东出资、股权合法性及权利限制的调查 / 131
一、需要审阅的主要文件 / 132
二、对出资协议、合资(合作)协议、合同的审查 / 133
三、出资方式 / 134
四、对用非货币财产出资应关注的事项 / 139
五、核查股东是否按照法定或者约定的出资期限履行了出资义务 / 140
六、对法定公积金的核查 / 141
七、对股权转让的核查 / 142

- 八、对股东向公司借款与抽逃出资的核查 / 149
- 九、目标公司股东出资、转让股权及股东会决议有无未尽事项和争议 / 151
- 十、出资瑕疵的法律责任 / 151
- 第三节 目标公司的对外投资情况 / 158
 - 一、子公司 / 158
 - 二、分公司 / 158
- 第四节 目标公司的公司治理及规范运作的审查 / 160
 - 一、目标公司组织结构 / 160
 - 二、公司章程 / 160
 - 三、“三会”规范运作情况 / 164
 - 四、目标公司的法定代表人 / 165
 - 五、董事高管法律义务 / 166
- 第五节 业务、产品质量、技术与研发以及安全生产情况 / 168
 - 一、核查目标公司的业务是否符合国家产业政策以及国家产业结构调整、产业发展方向的要求 / 168
 - 二、核查目标公司所属行业特有的经营模式以及目标公司所采用的主要经营模式、主营业务范围 / 168
 - 三、核查目标公司的资质许可 / 168
 - 四、核查目标公司的产品制造(业务) / 169
 - 五、核查目标公司的产品质量情况 / 169
 - 六、核查目标公司技术与研发 / 170
 - 七、核查目标公司安全生产情况 / 170
 - 八、核查业务发展目标 / 171
- 附件 7-6:常见的许可或资质适用法律法规汇总 / 173
- 第六节 供销渠道及产品销售情况 / 177
 - 一、对目标公司供应渠道的核查 / 177
 - 二、对目标公司产品销售的核查 / 177
 - 三、对营销和销售组织的核查 / 178
- 第七节 知识产权 / 179
 - 一、知识产权的范围 / 179

二、知识产权审查中的共性问题 / 179
三、对商标的审查 / 185
四、对专利的审查 / 190
五、对著作权的审查 / 198
六、商业秘密 / 199
附件 7-7: 专利申请与审查的简单程序 / 200
附件 7-8: 专利申请号标准(ZC 0006-2003) / 201
第八节 土地使用权等主要财产、财产权利以及保险 / 204
一、土地使用权 / 204
二、房产 / 207
三、在建工程 / 208
四、机器设备等其他固定资产 / 211
五、资产的品质和效能的核查 / 211
六、财产保险情况 / 212
七、勘查许可证(探矿证)相关问题 / 212
八、采矿许可证 / 213
第九节 财务状况 / 214
一、对经营指标的了解和分析 / 214
二、关于应收款项、其他应收款、应收票据、预付账款及坏账准备 / 214
三、往来账项尽职调查 / 215
四、矿业项目主要涉及的税费 / 218
附件 7-9: 主板与创业板市场的基本要求 / 220
第十节 重大债权债务情况 / 221
一、目标公司主要债权 / 222
二、目标公司主要债务 / 222
三、对目标公司或有负债的核查 / 223
第十一节 关联交易及同业竞争 / 225
一、关联交易 / 226
二、同业竞争 / 235
附件 7-10: 关联方范围示意图 / 236

第十二节 税收及财政补贴 / 236

- 一、对目标公司税务的核查 / 236
- 二、对目标公司政府补助的核查 / 240

第十三节 核查目标公司的合同/重大合同 / 241

- 一、对目标公司合同的审查范围的界定 / 241
- 二、对重大合同的判断 / 242
- 三、对重大合同进行尽职调查文件的审阅 / 244

第十四节 人力资源尽职调查 / 246

- 一、对目标公司企业文化的核查 / 246
- 二、对目标公司发展背景调查的核查 / 247
- 三、对组织架构的核查 / 247
- 四、对用工文本的核查 / 247
- 五、对劳动证照及审批的核查 / 247
- 六、对劳动用工基本情况的核查 / 248
- 七、对管理层情况的核查 / 249
- 八、对研发团队情况的核查 / 249
- 九、对员工工资的核查 / 249
- 十、对员工培训和发展的核查 / 250
- 十一、对目标公司的社保、住房公积金制度及福利执行情况的核查 / 250
- 十二、五险一金法律规定一览表 / 250
- 十三、缴费基数及费率标准(以北京城镇职工为例) / 251
- 十四、对目标公司民主制度建设和规章制度效力的核查 / 251
- 十五、对劳务派遣的核查 / 253
- 十六、对保密与竞业禁止的核查 / 254
- 十七、并购过程中劳动关系的处理 / 255

第十五节 环境保护 / 257

- 一、需要审核的文件 / 258
- 二、环境保护的主要制度概述 / 259
- 三、环境影响评价制度 / 259
- 四、项目环评信息公开 / 262

- 五、“三同时”制度 / 263
- 六、许可证制度 / 264
- 七、排污收费制度 / 265
- 八、环境保护部直接审批环境影响评价文件的建设项目目录 / 266
- 九、环境保护部委托省级环境保护部门审批的建设项目 / 269
- 十、建设项目环境保护管理在不同阶段的内容 / 271
- 十一、环保方面的处罚与纠纷 / 271
- 附件 7-11:建设项目环境保护管理程序示意图 / 272
- 第十六节 诉讼、仲裁或者行政处罚情况 / 273
 - 一、被核查对象的范围 / 273
 - 二、诉讼、仲裁 / 273
 - 三、行政处罚 / 274
 - 四、法院判决及仲裁裁决的执行情况 / 275
- 第十七节 核查目标公司的内部控制制度是否健全及其执行情况 / 275
 - 一、内部控制概述 / 275
 - 二、建立和评价内部控制制度的原则 / 277
 - 三、对内部控制制度的核查 / 277
- 附件 7-12:离职交接流程控制 / 278
- 第十八节 国企改制与国有产权转让 / 279
 - 一、需要审阅的主要文件 / 279
 - 二、需要核查的主要事项 / 280
 - 三、国企改制与国有产权转让 / 280
 - 四、国企改制的基本程序 / 280
 - 五、企业国有产权转让给管理层和员工 / 290
 - 六、国有产权转让的一般程序 / 292
 - 七、金融企业国有资产转让 / 296
 - 八、外国投资者受让国有股东所持上市公司股份 / 298
- 附件 7-13:企业国有产权转让操作流程图 / 300
- 第十九节 投资项目 / 301
 - 一、投资项目立项 / 301

二、核准前置条件 / 306

附件 7-14:企业投资项目核准的前置审批事项及设定依据一览表 / 316

三、适用“核准制”的投资项目办理立项时的具体要求 / 327

四、适用“备案制”的投资项目办理立项时的具体要求 / 329

五、项目规划 / 330

六、投资项目资本金 / 338

七、环境保护 / 340

八、关于工程建设项目的招标工作 / 340

九、项目验收 / 340

十、企业投资项目建设流程 / 347

十一、核查投资项目需要审阅的文件 / 354

十二、对投资项目的核查 / 354

第二十章 交易授权合法性 / 355

一、行政审批 / 355

二、交易各方及第三方授权行为 / 355

三、重大合同的相对方的同意 / 356

四、安全审查 / 357

五、经营者集中申报 / 357

六、其他特殊情况 / 357

第八章 如何撰写法律尽职调查报告 / 359

一、尽职调查报告的简称与定义 / 360

二、尽职调查报告前言的撰写 / 360

三、尽职调查报告正文的撰写 / 363

四、尽职调查报告用途及责任限制声明的撰写 / 366

五、尽职调查报告附件的撰写 / 367

第九章 如何规避法律尽职调查中的法律风险 / 368

一、确定法律尽职调查的范围和尽职调查的重点 / 368

- 二、制定有针对性的尽职调查资料清单 / 369
- 三、及时沟通 / 369
- 四、关注细节 / 369
- 五、文件之间能够相互印证 / 370
- 六、借用会计师、税务师的专业知识和经验 / 370
- 七、关注地方法规 / 370
- 八、在尽职调查开始就明确尽职调查的假设前提 / 370
- 九、在法律尽职调查报告中对有关事项予以说明与提醒 / 371
- 十、补救尽职调查无法确认的事项 / 372
- 附件 9-1: 目标公司向律师事务所出具的《承诺与保证函》 / 372
- 附件 9-2: 案例——律师尽职调查失责被判赔 / 374
- 附件 9-3: 律师未勤勉尽责受到中国证监会行政处罚 / 375

- 附录:** / 384
 - 一、尽职调查保密协议[适用于并购方与目标公司之间] / 384
 - 二、保密协议[适用于委托人与律师事务所之间] / 386
 - 三、关于参与法律尽职调查项目之保密协议[适用于律师事务所
与参与尽职调查项目的成员之间] / 389
 - 四、法律尽职调查清单 / 391

第一章 概 述

第一节 法律尽职调查的含义

一、什么是尽职调查

又称审慎性调查,通常是指在收购兼并、股票或者债权发行与上市、资产转让、风险投资、股权投资等资本运作中针对交易对象和交易事项的财务、经营、法律等事项,由委托人委托律师、会计师、专业技术咨询等中介机构,按照其专业准则所进行的审慎和适当的调查和分析。

二、尽职调查的种类

包括:法律尽职调查、税务尽职调查、财务尽职调查、商业尽职调查、运营尽职调查、环境尽职调查、人力资源尽职调查、技术尽职调查、内控尽职调查、信息技术尽职调查等。

在各种尽职调查中,首先最常进行的是财务尽职调查,其次是法律尽职调查,最后是运营尽职调查。

三、法律尽职调查

法律尽职调查,是指律师事务所及律师接受委托人之委托,就委托人拟议的商业计划或交易事项(如股权并购或资产并购),从法律角度进行审慎和适当的调查和核查,并在此基础上进行法律分析,出具尽职调查报告,为委托人作出法律判断提供依据。

实务中,客户通常会要求律师在尽职调查结束之后就尽职调查中发现的某些问题(如土地使用权、关联交易等)出具专项法律意见书,尽职调查报告正是律师后续出具法律意见书的基础和依据。