

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

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



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。

四、尽职调查披露的责任主体

尽职调查披露的责任主体与并购交易主体是密切相关的:在股权并购的情况下,目标公司只是尽职调查披露的对象,而非责任主体;在资产并购的情况下,目标公司是资产交易的主体,因此,尽职调查披露的责任主体是目标公司。

五、法律尽职调查与财务尽职调查的关系

在同一并购项目中,委托人往往既委托律师进行法律尽职调查,也委托会计师进行财务尽职调查。律师与会计师的尽职调查工作在一定范围内是并行的,各自承担不同的调查任务和责任,分工和责任划分都是明确的,但在某些部分则是协作的关系。

法律尽职调查与财务尽职调查的分工和责任划分主要体现在以下两个方面:

一是两者的调查范围不同。律师尽职调查的范围主要是目标公司的组织结构、资产和业务的法律状况和诉讼纠纷等方面的法律风险;财务尽职调查的范围主要是目标公司的资产、负债等财务数据上的财务风险和经营风险。

二是两者对同一事实的调查角度不同。例如,两者的调查中都包括目标公司享有地方政府给予的“先征后返还”的税收优惠政策,会计师主要审核的是返还税款的数额、时间和账务处理的合理性问题,而律师审查则侧重此种税收优惠政策的合法性问题。

术业有专攻。律师要做好法律尽职调查工作,必须借助会计师的专业经验,才会达到事半功倍的效果。众所周知,真实、完整的会计凭证、会计账簿是企业实际发生的经济业务事项的客观反映,财务会计报告则充分揭示了企业的财务状况、经营成果及现金流量等会计信息。在法律尽职调查过程中,律师有时凭直觉会认识到目标公司提供的资料或告知的资讯存在这样或那样的问题,但无法获取证据,一筹莫展。此时,律师如果与进行财务尽职调查的会计师沟通,从会计凭证、会计账簿、财务会计报告入手,往往“柳暗花明又一村”。再如,目标公司未提供近三年诉讼事项的材料,意味着其近三年没有诉讼,访谈中相关管理人员也声称最近三年目标公司没有发生诉讼。但如果在会计凭证、会计账簿中发现目标公

司支付律师费以及诉讼费凭证的,则足以认定目标公司存在诉讼,以此为据再向目标公司要求提供诉讼材料,就可以获悉目标公司诉讼案件详情。

案例:与会计师沟通发现目标公司存在劳动争议

在一次股权收购尽职调查中,根据目标公司对尽职调查问卷的答复,目标公司不存在任何劳动争议。

在与从事财务尽职调查的注册会计师进行沟通后,律师获取了三张由××县人民法院出具的××省行政事业单位资金往来结算票据。该三张票据显示:今收到执行费(2012)年×执字第122号550元,(2012)年×执字第133号1750元;今收到××县××矿业有限责任公司2012-122号案件款30,015.46元;今收到××县××矿业有限责任公司2012-133号案件款78,000元。

经目标公司总经理、财务人员等多次核实,获悉该数笔款项系因工伤产生劳动纠纷后法院强制执行程序中的执行款。在律师的要求下,目标公司后向律师提供了相关法律文书。在尽职调查报告中,律师就前述问题进行了陈述和分析,并提请委托方对前述劳动争议予以关注。

六、做好尽职调查律师始终要考虑的问题

要做好法律尽职调查,律师自始至终需要考虑以下问题:

1. 了解什么以帮助委托人控制风险?
2. 通过什么(文件)了解?
3. 通过什么途径获得文件?
4. 如何取得调查对象的配合?
5. 如何核查、评价文件?
6. 律师如何控制自身的执业风险?

出具一份既能全面揭示法律风险而让客户满意,又能规避律师执业风险的详尽的律师尽职调查报告,是成功尽职调查的标志。

附件 1-1：财务尽职调查与审计的联系与区别

1. 财务尽职调查与审计的联系

主要包括：

- (1) 财务尽职调查需要利用经复核后的审计工作底稿；
- (2) 财务尽职调查需要运用分析性复核、查询、检查等审计方法；

2. 财务尽职调查与审计的区别

财务尽职调查与审计是有区别的^[1]：

序号	项目	财务尽职调查	审计
1	工作出发点	根据历史财务信息分析企业可持续财务状况和盈利能力,以交易及交易目的为基础	确保历史财务信息的真实与公允,以会计准则为基础
2	工作范围	财务及其他非财务领域:企业运营、人力资源、业务环境等,评价其潜在的财务影响	历史财务信息
3	内容	(1) 财务报表的评析; (2) 提示买方注意或者在交易之前必须处理的事项; (3) 建议需要买卖双方谈判的事项; (4) 没有审计意见或审阅意见	(1) 出具审计报告,对财务报表是否真实与公允发表审计意见; (2) 财务报表主要包括:资产负债表、损益表、现金流量表以及附注,不需要财务报表评析
4	方法	一般情况下不需要进行任何系统测试、审查凭证或发询证函,也不需要进行存货盘点,仅需询问,作出分析及有限度的查阅	严格依据审计准则,需进行各种审核工作,包括系统测试、审查验证、发询证函、存货盘点、询问和分析等

[1] 资料来源: http://www.bokee.net/company/weblog_viewEntry/2546409.html。

续表

序号	项目	财务尽职调查	审计
5	可靠性	强调报告内容基本上是根据口头查询获得,并未进行任何审计或者验证,因此内容的可靠性不及审计	审计报告必须出具是否“真实与公允”的意见,可靠性比财务尽调高
6	作业机构	基本上是聘请独立的专业机构进行,也可以不聘请专业机构,由投资者的财务人员进行	必须聘请专业机构进行
7	工作量	较小	较大
8	报告使用者	通常仅限于并购方使用,不会披露给目标公司	广泛

简单地讲,审计是对企业的财务报表作出检查和复核,并对该报表是否公允地反映企业的经营业绩和财务状况表达意见,它并没有提出与并购目的相关的问题、风险和解决方法,且其报告内容是标准化的。财务尽职调查则是针对并购标的的特性而设计的一套工作方案,而报告内容也是因并购方的需求而量身定造的。

第二节 法律尽职调查的目的和作用

一、并购中并购方的风险

一般来说,并购中并购方的风险主要有以下几个方面:

1. 合法性风险

主要包括目标公司设立和历史沿革的合法性、主要资产合法性、经营合法性、公司运行和行为的合法性等。

2. 财务账面价值与实际价值不一致的风险

公司并购中并购方获取目标公司的控制权一般是通过股权交易完成的,股权价值的最直接依据是经审计或评估的公司净资产值。但公司账

面净资产值与公司的实际价值往往不一致,甚至差异较大。

3. 或有负债风险

或有负债指现在或过去的行为或事实引起的潜在义务,并且该潜在义务在未来发生与否以及承担的成本具有不确定性。或有负债会增加公司并购的财务风险和经营风险,最终导致并购成本的增加。

4. 人力资源风险

人力资源风险主要体现在两方面:一是公司因并购后丧失原有核心管理人员和技术人员的风险;二是因工资水平、福利制度、员工结构、职工安置等给并购后公司带来的成本风险。

5. 持续经营风险

持续经营风险主要有:并购后丧失原主要供应商、销售商、客户的风险;采购销售系统、采购营销政策重大调整的风险;重大合同履行的风险;出卖人或其关联公司以及目标公司原管理层的同业竞争风险等。

6. 其他风险

其他风险包括政治和政策风险、企业文化差异风险等。

以收购房地产项目公司股权为例,其主要法律风险参见《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》。

二、法律尽职调查的目的

“不怕发现问题,出现问题才可怕。”尽职调查是对并购项目进行充分的研究和调查,其目的主要在于:发现、分析并评估目标公司或目标资产存在的各方面的法律问题;揭示或者提示与拟议交易相关的法律风险;为客户判断拟议交易是否可以继续提供线索;对目标公司存在的相关法律问题向客户提出解决方案或者补救措施;为交易结构、收购价格、先决条件、交割后的义务以及交易各方的其他义务等之确定、商业计划与交易进程之调整,向客户提供法律上的依据和支持。

尽职调查的目的是在签署并购协议之前尽可能发现前述风险,并对每个重大风险提供相应的解决方案或者措施。具体而言如下表所示。

委托主体	尽职调查目的	具体操作
并购方	价值发现	1. 现实价值:以资产价值和盈利能力为衡量标准的双重价值评判; 2. 未来可能价值:未来发展前景调查、IPO 前景等
	风险发现	1. 确认转让方的资产或者权益的完整性和价值大小等; 2. 发现潜在风险和责任
	提供风险补救措施	1. 设计交易结构; 2. 调整交易价格; 3. 对于不确定的风险,可以在交易合同中要求对方作出声明、保证及违反声明、保证的赔偿责任;提出交割的先决条件;要求转让方在交割前对资产权属的缺陷和负债资产补全手续或要求将该部分资产剥离等; 4. 取消交易(最严重的后果)等
转让方	促成交易	
	适当披露、减少转让后索赔或者补偿的保证	

三、法律尽职调查的作用

“知己知彼,百战不殆”“没有调查,就没有发言权”。要了解事实的本来面目和真实情况,就要进行调查。

成功的法律尽职调查作用主要有:

1. 在一定程度上解决并购双方的信息不对称问题

通过并购前的尽职调查,可以详细了解目标公司各方面的情况,可以在一定程度上解决并购双方的信息不对称问题,从而降低和避免并购风险。

2. 可以提高并购方的谈判地位

并购方通过尽职调查知悉目标企业或者资产存在瑕疵,可以提出更合理的报价,或者调整交易构架甚至拒绝该交易。

例如,通过尽职调查发现目标企业虽然对房产拥有产权,但已经全部

设定了抵押。基于受限的产权与拥有完全所有权的资产价值是不一样的,并购方在谈判过程中就可以以此为筹码要求调整交易价格。

同时,通过专业人员的调查和提供的成果报告及有关建议,双方可就客观存在的相关风险应由哪方承担进行谈判,事先明确双方的权利和义务,为并购方案的最终制订与修改、合同条款的确定、并购价格的商定(可以运用对价调整机制)、支付方式的选择等提供依据。

3. 为法律文件的准备提供了基础

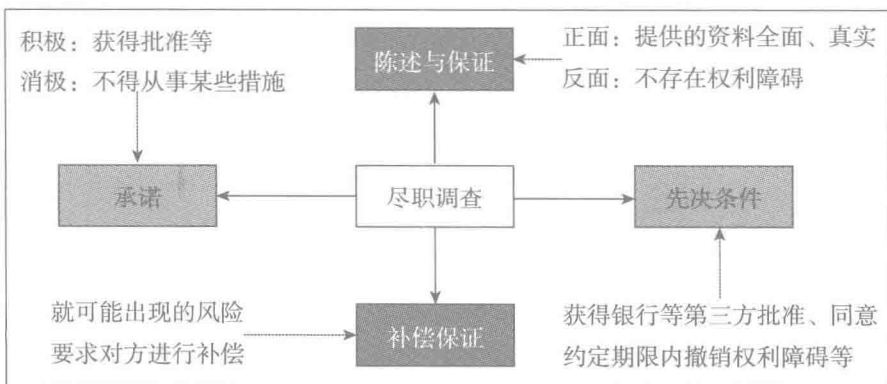
律师在一项交易中可以起到很多不同的作用,但其中最为核心的工作内容之一往往是各种法律文件包括协议文件以及法律意见书的出具。而法律尽职调查工作为律师准备各种法律文件提供了重要的基础。在本节下文,我们会介绍尽职调查与并购协议条款之间的关系。

四、尽职调查与并购交易结构调整

在我们处理的一宗特殊并购案件中,目标公司长期为实际控制人控制,控股股东对目标公司的经营状况、企业价值并不清楚。目标公司控股股东拟向并购方转让股权,基于前述情况,双方约定由并购方支付一定数量的价款,而转让股权的比例待经过尽职调查、企业价值评估后再确定。经过尽职调查、企业价值评估,发现目标公司价值远超出并购双方的预估,最终以评估价值及并购方已经支付的款项确定了转让股权比例。

五、尽职调查与并购协议条款的关系

尽职调查与并购协议条款之间的关系,主要体现在陈述和保证、承诺、先决条件、补偿保证四个条款上,参见下图:



(一) 陈述和保证

陈述和保证条款,是合同各方当事人对交易基础性事实的声明,是转让方与并购方之间最主要的谈判内容。对于无法通过尽职调查确定的潜在风险,就必须通过陈述和保证条款转移或者降低风险。陈述和保证条款是对尽职调查的补充,“调查不足陈述补”。

从举证的角度来看,目标公司或者转让方无法提供文件证明“没有”发生某事,而并购方又需要确信“没有”发生某事,陈述和保证条款在一定程度上帮助并购方实现了这种确信。同时,并购合同生效及股权或者资产转让的交割,也应当以陈述和保证条款下的所有陈述和保证均持续真实、准确为先决条件。

“陈述”指向“过去发生、目前既存的事实或状态”,是对并购协议签署时目标股权或者目标资产、目标公司以及转让方业务状态的事实描述。而“保证”,尤其指对现在或者过去的事实或者行为提供的担保,是交易对方或者目标公司或者保证人向并购方所作出的关于目标股权或者目标资产、目标公司以及转让方业务状态的承诺,如果存在违约或者瑕疵,则交易对方或者目标公司或者保证人应承担相应的赔偿责任。

1. 陈述和保证的范围、内容

涵盖尽职调查(包括法律、财务等)阶段转让方提供给并购方的资料和信息,以及转让方在并购合同签订前向并购方提供的披露函(通常作为并购合同的附件)项下的全部内容。

就内容而言,通常分为三类:适用于所有交易方的通用条款;转让方及目标公司的陈述与保证;并购方的陈述与保证。

(1)适用于所有交易方的通用条款:见《附件1-3:适用于所有交易方的“陈述与保证”条款》。

(2)转让方及目标公司的陈述与保证的基本内容包括(以股权转让为例):股权转让方为标的股权的合法权利人;股权出让方已对标的股权进行了全部、实际的出资;标的股权上不存在质押或者其他任何权利负担;股权转让方未与任何第三方签署关于在标的股权上设立质押或者其他任何权利负担的协议,或者任何其他可能影响本协议项下交易实现的协议。此外,根据目标公司业务、交易标的的特殊性的不同,并购方会要求转让

方和目标公司就一些特殊事项单独作出陈述与保证,见《附件 1-4:股权转让方及目标公司的“陈述与保证”条款》。

(3) 并购方的陈述与保证:见《附件 1-5:并购方的“陈述与保证”条款》。

作为并购方,应要求陈述和保证的范围尽可能宽而详尽。同时,在陈述和保证条款的效力覆盖期间上,应尽可能长,可以要求一直有效,至少要确保覆盖整个交易期间,特别是应涵盖并购协议签订日及至并购交割完成日的过渡期。

需要特别指出的是,由于尽职调查与协议签订是两个环节,有时并购方虽然在尽职调查环节发现过某些问题,但不一定在并购协议中完全反映。因此,并购方可以要求约定:除非另有约定,转让方披露某项问题并不能免除转让方的责任,且本协议规定的转让方、目标公司及其关联公司的陈述和保证,不论并购方的任何调查是否进行,均有效。这样,即使出现了并购方对曾经披露的问题没有立即主张权利的情况,今后也可以补救。

2. 并购方对于陈述和保证条款的利用

陈述和保证条款是并购协议中主要条款,对并购方而言是最重要的条款:

- (1) 就转让方知悉(但并购方不易验证的)事实的陈述;
- (2) 填补尽职调查的漏洞(任何调查都不可能万无一失);
- (3) 确认并购方作出收购所依赖的事实;

(4) 为并购方提供在主要事实不实的情况下停止交易、重新谈判、调整价格或提出索赔的合同依据;

(5) 针对某些事实,要求对方提供的法律意见书予以确认。关于法律意见书,律师应当慎重出具,因为一旦有误,将会给自己和所在律师事务所带来一系列不良影响,甚至被索赔,律师仅对法律问题出具意见,对事实问题不应出具意见。

3. 转让方对于陈述和保证条款的利用

作为转让方也应有自己的应对策略。对于转让方而言,普遍采取尽量适当披露信息的方法,来达到限制保证责任的目的。因为,如果转让方

不作出充分的披露,则转让方可能面临其本来可以避免的关于违反陈述和保证条款的损害赔偿要求。此外,转让方还可以采取如下策略:

(1) 设定赔偿上限。

(2) 设定起赔金额,不到一定的金额不赔,而且,不是每一个小的索赔都启动索赔程序,应在一定时间内积累到一定金额再行索赔。

如,有《增资扩股协议》规定,“本次评估报告没有列明的在基准日之前单笔金额为人民币5万元以上或多项累计超过人民币20万元的应由目标公司享有的债权及承担的债务,乙方承诺自愿代其享有或承担(正常经营管理过程中发生的债权、债务除外)”。

(3) 尽量引入重要性标准,陈述和保证条款只有在重大方面和实质性方面不符,且导致重大不利影响,才承担法律责任,而对非重要事项披露不实不承担责任。

(4) 尽量引入主观因素作为转让方的保护机制,比如,“根据公司管理层了解的情况……”部分事实只能就转让方所知的事实作出保证,特别是对一些潜在的索赔。

(5) 责任限制:间接损失、第三方损失、利润损失、商誉损失等不赔。

(6) 设定索赔的通知程序,出现索赔情形的,并购方向转让方发出书面通知是索赔的必经程序。

(7) 设定索赔时限。

此外,作为转让方,应要求陈述和保证的范围尽可能窄。同时,在陈述和保证条款的效力覆盖期间上,应尽可能短,可以要求保证期间最迟至并购交割前,不能持续保证。

4. 并购方和转让方对于陈述和保证条款的共同策略

(1) 每一方都应从自己的角度对陈述和保证的范围作出合理的界定。

(2) 陈述和保证条款并非孤立条款,应与补偿条款、交割条款互为条件,充分考虑在陈述和保证条款上让步后,应在交割先决条件和补偿条款上进行弥补。

(3) 每一方都应根据尽职调查结果调整陈述和保证条款。

(二) 承诺条款

也称“股权转让方的交割前承诺”,是指在并购协议签署后直至交易

交割前这段时间内,转让方应作为(获得批准等)或不作为(不得从事某些活动)的事项,作出承诺的主体是转让方。在某些并购交易中,也会约定交割后承诺事项。

并购协议签署后至交割前这段时间内,目标公司、目标股权或者目标资产依然处于转让方的控制之下,转让方的任何非正常经营所必需的行为之外的行为,都可能对预期的交易产生重大不利影响。因此,约定承诺条款的目的在于,并购方对转让方在并购协议签署后至交割前这段时间内的行为进行一定的限制,使目标公司的资产、运营状况基本与并购方在签订并购协议时所知悉的状况相符。承诺条款的主要内容包括:

1. 保证妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料;
2. 保证不擅自签订对目标企业经营发展有重大影响的合同;
3. 保证不无偿转让、私自转移、藏匿、私分目标企业的资产;
4. 保证不以明显不合理的低价进行交易;
5. 对现有的债务,目标公司保证不提供额外担保,或提前清偿;对现有的债权,目标公司保证不擅自放弃;
6. 保证不做出任何有损目标企业的形象,影响目标企业声誉和信誉的行为;
7. 其他并购方认为需要目标企业做出保证的事项。

交割前的承诺分为消极不作为和积极作为两类,具体内容见下表:

交割前		交割后
(1)消极不作为	(2)积极作为	
无政策变化 无正常经营外的交易 不分红 无合同修订 无资本性支出 无资产转让、转移 无放弃权利的行为 无违反陈述的行为	允许收购方接触有关人员/ 资料 董事会和股东的批准 征得必要的第三人同意 政府批准和登记	竞业禁止 保密 其他(该部分内容与陈述 与保证及先决条件可能 存在重叠)

如前所述,“陈述与保证”条款,是关于既存事实的表述和保证,而非对“将来要采取或不采取某种行动”的保证,因此,其与“股权转让方的交

割前承诺”在性质上有根本的不同。“股权转让方的交割前承诺”是一种承诺,是股权转让方做出的、对其在并购合同生效后、交割前(一般所谓的“过渡期”)内将采取或将不采取某种行动的承诺。股权转让方对“股权转让方的交割前承诺”的完全遵守一般应被作为股权交割的先决条件处理。

(三) 交割先决条件条款

常见的先决条件是交割(交易完成)的先决条件,不是生效条件。交易完成的先决条件与附条件生效的合同中的条件有类似之处,但不完全相同。根据具体情况,并购协议的生效条件可以有多种选择:签署生效、审批生效、某项具体条件满足后生效、所有先决条件满足后生效等。

当所有先决条件具备后,才能履行股权/资产转让和付款义务。这些条件一般包括:

1. 收购行为已取得相关的审批手续,如当涉及金融、房地产、医药、新闻、电讯、通信等特殊行业时,须报行业主管部门批准。

2. 收购各方已取得所需的第三方同意。

3. 至交割日止,各方因收购项目所做的陈述保证承诺声明均实际履行或符合合同要求,如财务目标实现等。

4. 收到其他特定的交割文件,如财务报表、法律意见书等。当然先决条件主要是并购方向目标公司和转让方设定,但转让方也可以向并购方设定先决条件。

需要说明的是,违反交割先决条件,是一般的违约行为,违约责任主要通过并购协议约定,也可能是因为客观情况导致先决条件无法满足,不一定追究违约责任。而违反陈述与保证条款,则是诚信问题,可能构成欺诈,进而被欺诈方有权行使撤销权。

(四) 补偿保证

是指并购协议一方当事人保证,因可归责于自身的原因造成并购协议不能签订或并购目的不能实现,而给相对方造成的任何损失,由其承担补偿责任。即本条款是基于并购协议一方当事人在并购协议签署以及履行过程中可能存在的故意或过失,为了保证并购协议的顺利签订和履行,同时也为了维护协议当事人各自的利益而制定的。我国法律没有这个概念,是并购各方当事人之间对于交割后发生事件的风险划分。

一般而言,补偿保证条款主要包括但不限于以下几点内容:

1. 相对方为缔结并购协议所支出的各项开支;
2. 拟转让的资产或股权价值的减少;
3. 相对方因此而支付的额外费用及开销;
4. 可得利益的减少或丧失;
5. 如果并购协议最终未能签订或履行,还应退还相对方已经支付给补偿方的各笔款项;
6. 相对方因并购协议签订不能或履行不能而遭受的其他损失。

补偿保证条款具有赔偿和补偿的双重性质。之所以认为其具有赔偿性质,是因为补偿保证是基于并购协议一方当事人的故意或过失而给相对方造成损害而引起的,在这一方面其与一般的赔偿责任并无区别。但是,一般的赔偿责任要求过错方就其所造成的全部损失给予相对方全部、充分的赔偿。但是补偿保证并非要求过错方就全部损失进行全部、充分的赔偿,而是将赔偿数额限定在全部损失的一定比例范围内。因此,从这一方面,补偿保证又具有一般意义上的补偿性质。

常见的补偿保证范围有:税务、环境保护、未发现的债务、某些或有负债的实际发生以及产品责任(交割前销售的)等。

转让方通常不愿意设立此条款,它影响到交易的价格和价款的支付,通常并购方要求将尾款提存或延期支付,转让方则希望在保证有效期限、责任范围和赔偿上下限上设定限制条件。例如,“单笔或累计 20 万元以下的损失不赔”、只对直接损失进行赔偿等。

六、律师在法律尽职调查中的责任

1. 律师应当具有审慎、尽职的态度,具备应有的职业道德。
2. 律师应结合尽职调查目标全面细致地完成尽职调查工作。
3. 律师可以在尽职调查过程中采取一定的风险防范措施,如取得目标公司的书面承诺或声明以及在尽职调查报告中写入免责条款等。
4. 律师应当保守其在尽职调查过程中涉及的客户和交易对方的商业计划或商业秘密。
5. 由于尽职调查报告(以及后续以该报告为基础而出具的法律意见书)往往是客户进行商业上分析、判断和决策所依赖的专业意见,如果在

调查报告和法律意见中存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏而造成客户损失,律师就很可能需要对客户承担赔偿责任等责任。

案例:上海家化设置并购防火墙阻止并购方将其作为融资平台

2011年9月7日,上海市国资委在上海联合产权交易所公开挂牌方式出让上海家化集团100%股权,挂牌价为51.09亿元,成为资本市场关注的焦点事件。参与竞购的有:上海复星、平安信托旗下的平浦投资以及海航商业。

这场竞购中并非价高者得,价格的权重只占到一半。据了解,在上海市国资委设定的转让评分当中,价格总共占50分,其中价格基本分为30分,双方出价达到挂牌价51.09亿元就能获得30分,随后每高1.7亿元加一分。第二大权重的分数为“资源支持”,分数共为25分。资源支持包括对上海家化的品牌管理、产业链的拓展、销售网络建设、财务支持等。第三大权重分数则是有关“职工的稳定性”,占15分。另外占较大权重分数的还有受让方的资质、资本、管理能力、经营能力等,占8分。

为防止收购者的短期投资行为,上海市国资委规定“受让方持有上海家化集团实际控制权5年内不得转让,且上海家化联合股份有限公司实际控制人5年内不得发生变更”。

为了防止收购方将上海家化作为自己的融资平台,或作为债券发行、信托产品的抵押物,在收购前夕,上海家化曾设置防火墙:2011年10月30日,上海家化公告称,未来几年内现金流持续增长,公司董事会承诺未来三年(2012年1月1日至2014年12月31日)内,除股权激励增发外,不提交其他任何形式的再融资方案(含票据及债券融资)。此举在上海家化内部称作“毒丸计划”,针对的正是频频运用再融资杠杆的某竞购方,意在希望改制后进入的股东,能专注于上海家化品牌的长期发展,而非急功近利地去做其他事。对于之所以要出上述公告,上海家化董事长葛文耀称,此决议是对上海市国资委对上海家化集团100%股权转让条件的进一步完善。

当时上海家化之所以倾心于平安集团,要从其改制的初衷说起。改制之前,家化的管理团队已经清醒认识到,在国资的原有体制下,化妆品业务这样竞争性的行业,并没有充分的投资和经营自主权,长此以往会缺

乏活力,很难与国际巨头竞争。在改制的初期,这起收购被称作是“解决了家化发展中的两个重大问题,即投资的决策和激励的决策”,寄希望于改制后上海家化还将呈现完善的法人治理制度和决策机制。

令人惋惜的是,作为一个富有创新精神和执行力、为产业痴迷的企业家,葛文耀于2013年5月11日黯然下课,上海家化集团召开临时董事会议,决议免去葛文耀上海家化集团董事长和总经理职务,这是后话。葛文耀为并购后的上海家化免遭厄运设置了防火墙,却忘了在合作条款中,为自己设置保护机制。事后,葛文耀说,只要在协议上加一致条款,即罢免董事长的议案需要全部董事同意,就可以保护自己——他归结于是自己太自信。

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

法律风险	风险描述	关键词	防范措施
1. 或有债务	包括未披露的债务、对外担保、潜在合同违约、潜在的未支付款项等	债务继承 不得对抗善意第三人	1. 采用转让方股东债务承诺的形式; 2. 签署抵押担保合同
2. 经营合法性	包括是否有逃税的潜在处罚风险,董事会、股东会决议是否合法有效等	逃税 非法决议 处罚	1. 采用转让方股东责任及相应债务承诺的形式; 2. 签署抵押担保合同
3. 土地闲置	逾期(出让合同约定的动工开发日期)满1年未动工开发的,可以征收相当于出让金20%以下的土地闲置费;满2年的,可以无偿收回土地使用权(不可抗力、政府原因除外)	土地闲置费 收回土地使用权	1. 向主管部门打报告,请其对未动工进行批复; 2. 采用转让方股东债务承诺的形式; 3. 签署抵押担保合同
4. 产权风险	产权(土地使用权或在建工程)本身存在权利瑕疵(如已设有抵押,可能被债权人查封,存在租赁权、地役权等)	产权 权利瑕疵 权利限制	1. 询问并核实地产/房产上是否存在他项权利; 2. 采用转让方股东债务承诺的形式; 3. 签署抵押担保合同

续表

法律风险	风险描述	关键词	防范措施
5. 股权瑕疵	股权本身存在权利瑕疵(如已设有质押,对表决、分红、高管委派和清算财产分配等的权利限制,因未缴足出资而致股东权利不完整等)	股权 权利瑕疵 权利限制	1. 事先调查和评估; 2. 采用转让方股东债务承诺的形式; 3. 签署抵押担保合同
6. 收购程序合法有效性	股权收购程序不完全是一种市场行为,在参与主体、市场准入、经营规模和范围等方面必然受到有关国家法律法规或相关政策的限制	程序违法 参与主体 市场准入 行政限制	熟悉相关的政策、法规

在房地产项目公司的收购中,并购方必须考虑“双重风险”,即项目风险和股权风险。

附件 1-3: 适用于所有交易方的“陈述与保证”条款

任何一方分别向其余各方持续、不可撤销的陈述并保证:

1. 根据适用的管辖法律,该方为独立法人、依法定程序设立、有效存续且相关手续完备。

2. 该方已经获得全部同意、批准并已经实施所有使本协议签订及生效所必需的行为,且该方拥有所有必要的权利和授权订立本协议并履行本协议项下的所有义务。

3. 该方的签字代表已经获得代表该方签署本协议的授权,一旦签署本协议,从生效日开始,本协议即成为对其有约束力的合法有效的文本。

4. 该方签署本协议以及履行本协议项下的义务:

(1) 不会违反其营业执照、成立协议、公司章程或者类似组织文件的任何规定;

(2) 不会违反相关法律或者任何政府授权或者批准;

(3) 不会违反或者导致违反其作为当事人一方的任何其他合同或者协议,或违反受其约束的任何单方承诺或者保证,或赋予任何第三方对其提起诉讼或者仲裁的权利;

(4) 不违反对其作出的任何判决或者仲裁裁决,或任何政府或者主管机构的决定或规定;

5. 不存在将影响该方履行本协议项下义务的能力的未决诉讼、仲裁或其他司法或行政程序,且据其所知无人威胁将采取上述行动;

6. 该方已披露在其了解的范围内,在披露给对方后将对方订立本协议的意愿产生重大影响的一切重大信息。该方向另一方提供的任何信息在重大方面不含有任何虚假的或具有误导性的陈述。

附件 1-4: 股权转让方及目标公司的“陈述与保证”条款

股权转让方及目标公司向并购方持续、不可撤销地陈述并保证:

1. 组织、设立和存在

(1) 目标公司是根据中国法律设立和存在的,具有法人资格;

(2) 目标公司从未受到任何管理和审批机关的通知,被要求关闭或停业;

(3) 到本协议签订为止,从未出现过任何将导致目标公司的存在或法人资格被取消的事实或情况。

2. 法律规定的遵守

(1) 目标公司已经根据所有相关法律和法规的要求,在有关管理和审批的机关,将所有必要的目标公司和股权转让方文件进行了备案和登记。

(2) 目标公司历次股东会和董事会会议都进行了详尽的会议记录,该等会议上所通过的所有决议都已载入会议决定中。除有关会议记录,该等会议上所通过的所有决议都已载入会议决定中。除有关会议记录中所记载的会议事项和决定外,目标公司股东会和董事会没有通过其他决议(已书面明确披露的除外)。同时,股权转让方的股东会和董事会从未通过任何决议,其内容将会或可能会阻碍或负面影响于目标公司股东会或董事会任何决议的执行。

(3) 目标公司及其管理下的人员完全遵守了中国有关公司设立和运行、外汇、贷款、环保、房地产、税务和反腐败方面的法律和法规规定。

(4) 目标公司的历次利润分配都是根据其章程和有关法律、法规的规定进行的。

3. 业务和经营

(1) 目标公司已经根据有关法律、法规和行业政策,取得一切为经营业务所必需的公司授权;

(2) 目标公司已经根据有关法律、法规和行业政策,取得一切为经营业务所需的资格、登记、备案、许可、同意或其他形式的批准。到本协议签订之日,该等资格、登记、备案、许可、同意或其他形式的批准一直有效,并不存在将导致该等资格、登记、备案、

许可同意或其他形式的批准失效、被吊销或不被延长的情况。本文件签署后,目标公司将继续持有该等资格、登记、备案、许可、同意或其他形式的批准;

(3) 目标公司的业务经营不会侵犯任何第三方的任何权益和权利,包括但不限于专利、商标、著作权和其他类似权利;

(4) 除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司没有在正常业务之外给予第三方任何在本文件签署之日仍然有效的授权。

4. 关联交易

除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司没有与其股东、董事、监事、主要管理人员、这些人员的附属公司或机构或家庭成员订立任何协议/合作或有约束力的文件和安排。

5. 资产

(1) 到本文件签署之日,除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司财务纪录上显示的所有资产包括全部目标公司所拥有的资产和权益;

(2) 到本文件签署之日,除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司是所有财务纪录上显示的资产的绝对的、唯一的所有人,且已经取得这些财产的相关权证,不存在所有权纠纷或者潜在纠纷,权利的行使不会受到任何限制,包括但不限于使用权、租赁权、但被清理等限制;

(3) 为确保目标公司对该等财产的权益,目标公司已经签订填写了一切必要的文件、合同、协议、表格,支付了一切与资产相关的费用、款项、开支和对价,并办理了一切必要的登记、备案、审批和许可手续;

(4) 到本文件签署之日,除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司财务纪录上显示的资产都是在目标公司的掌握和控制中;

(5) 目标公司没有持有不具有法人资格的合伙或企业或单位的股权或权益;

(6) 目标公司在中国境内外没有任何分支机构,在境外也没有任何财产,但已经书面披露的除外;

(7) 到本文件签署之日,目标公司财务纪录上显示的所有资产都处于良好使用状况下,并可以不经任何修理、改变和/或替换,即可正常使用;

(8) 资产和权利的行使能够满足并购方的并购目的。

6. 财务

(1) 目标公司所有账户的设立和运行都遵守了中国法律;

(2) 目标公司到目前为止的所有账簿和财务纪录都是按照中国法律和有关财务规定正确记录的,并能够准确反映目标公司参与的任何交易情况,该等账簿和财务纪录中没有任何重大错误或遗漏;

(3)到本文件签署之日,除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司没有任何其他投资承诺或介入任何需要资本支出的项目和/或计划;

(4)目标公司没有进行过任何需要显示但没在目标公司财务纪录上的融资安排;

(5)到本文件签署之日,除已经书面披露给并购方的情况之外,目标公司没有拖欠任何在正常情况下应偿还的债务,也没有(以原始债权人或受让人身份)被拖欠任何无法收回的债务。任何时间如发现目标公司存在任何股权转让方未向并购方书面披露之债务及其他应付款,股权转让方须无条件负责解决。如对目标公司或其未来股东造成任何损失,股权转让方须即时、无条件予以全额赔偿;

(6)股权转让方已经书面披露给并购方的,其与目标公司的另一方股东即×××在本协议生效以前形成的债务均由股权转让方负责偿还,并不能以任何形式涉及并购方。股权转让方同意如果出现了任何由于股份转让之前债务引起的追讨和申诉,由此给目标公司或其未来股东造成的任何损失,股权转让方须即时、无条件予以全额赔偿;

(7)到本文件签署之日,除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司没有承担任何其他重大责任或义务。

7. 税务

(1)目标公司根据中国有关法律规定进行了一切必要的税务登记,办理了一切法律要求的税务登记备案和通知手续;

(2)到本协议签订之日,目标公司已经按时支付了一切到期应付的税款、税务罚款、罚息和收费;

(3)到本协议签订之日,目标公司已经争取到了所有国家税务优惠;

(4)到本协议签订之日,目标公司没有任何未决的与中国国家和地方税务、财政、审计机关之间的争议,没有面临任何税务、财政、书面审计调查和讯问,也不存在任何可能会导致该等争议、调查、询问的事实和/或情况。

8. 劳务和福利待遇

(1)除已经书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司订立的所有劳动合同都应可以通过不超过90天的提前通知的方式予以终止,并不需支付任何赔偿;

(2)除已经书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司与其任何前雇员、管理人员或董事之间,不存在任何劳动纠纷和/或争议;

(3)目标公司遵守了一切中国有关劳动方面的法律、法规和规定,并按时支付了一切需要支付的费用、款项、保险费和税款。

9. 保险

(1)目标公司购买了一切中国法律要求的必要保险;

(2)目标公司购买的保险已经充分地承保了目标公司所拥有的财产可能出现的相应的风险和责任；

(3)目标公司所有现行有效的保险单项下应付的保险费用都已经按时完全支付，该等保险单项下的有关条件已经按时完全履行。前述保险单项下并无任何应该由目标公司履行，但尚未履行的义务和责任；

(4)目标公司所购买的一切保险单中不存在任何不合理的条款和/或约定，也不存在任何超出政党费率的保险金支付要求或限制；

(5)在前述保险单项下，保险和被保险人之间不存在任何未决的索赔，也不存在任何第三人根据该等保险单对目标公司的索赔；

(6)除已经明确披露的之外，到本协议签订之日，不存在任何可以使目标公司有权根据前述保险单向有关保险人索赔的事实或情况，也不存在任何目标公司需要根据有关保险单通知保险人的事项或情况。

10. 重大交易

自股权转让方与并购方订立本协议之日起至转让股份依据本协议转让至并购方期间，股权转让方将保证目标公司做到：

(1)按照与以前同样的商业运行模式经营；

(2)不在正常的商业运行之外，进行任何借款或承担任何责任；

(3)不在正常的商业运行之外，进行任何交易和承担任何责任；

(4)不将其资产通过非法和不正当程序加以处置；

(5)其财务状况没有负面变化；

(6)不在正常商业运行之外支付或提前支付任何贷款；

(7)除已经以书面明确披露给并购方的之外，不进行任何其他资本性投资或出资；

(8)不宣布或支付任何利润分配；

(9)不会发生导致第三方有权要求提前偿还债务的情况和事实；

(10)不会有任何债权被不合理地勾销，并且不会订立不合理或不正常的协议或合同；

(11)不会以不合理的条件而处理任何财产或取得服务；

(12)不会发生任何会导致涉税法律责任的情况或事实；

(13)不会不合理地提高对任何管理人员的薪酬和/或福利待遇，也不会作出任何保证在将来提高任何管理人员的薪酬和/或福利待遇的承诺；

(14)除并购方之外，不与任何第三方进行有关股权转让的交易；

(15)不会提供任何超出正常商业运行需求之外的担保或承诺；并且

(16)不会对任何合同和/或协议违约。

11. 争议和纠纷

(1)除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司没有涉入任何诉讼、仲裁、纠纷解决程序或其他法律程序之中,也不存在任何会导致诉讼、仲裁、纠纷解决程序或其他法律程序的事实和/或情况;

(2)除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司没有处于资不抵债的情况,也没有自行申请或被任何第三方申请破产或清算;

(3)除已经以书面明确披露给并购方的情况之外,目标公司的任何资产没有被法院或其他管理机关查封、扣押、留存或成为任何类似法律程序的对象。

12. 刑事责任

除已经以书面明确披露给出给并购方的情况之外,目标公司本身、其股东、董事、监事、主要管理人员从未因参与经营目标公司的业务或担任有关职位,被认为违反中国的法律、法规,而被追究刑事责任或成为刑事调查对象。

13. 适用范围

上述各种陈述及声明适用于目标公司依据中国法律设立的子公司。

附件 1-5: 并购方的“陈述与保证”条款

并购方向转让方陈述并保证以下所述在本协议签署之日及至交易完成日均真实准确:

1. 主体合法

并购方系合法成立、有效存续的企业法人。

2. 并购动机

充分发挥各自优势,利用并购方的客户资源和渠道,销售目标公司现有及将来开发的产品。

3. 有权购买

并购方有权依据本协议的约定向转让方购买目标股权。

4. 购买价款为合法所得

并购方用于支付购买目标股权的款项,系其合法所得。

5. 同意按现状购买

并购方已对目标公司的资产负债情况以及目标股权的权益情况进行了独立和充分的了解,同意按照目标公司在交割时的状况接受目标股权。

6. 并购方对目标公司治理结构和持续发展能力提高的方案和计划

第三节 尽职调查的原则

尽职调查的原则,是指开展尽职调查工作必须遵循执行的基本准则。律师应当根据委托方的并购目的,遵循尽职调查的原则开展工作。根据我们的实务经验,法律尽职调查工作应当遵循的原则主要包括保密性原则、目的导向原则、区别对待原则、全面和重点相结合原则、关联性原则、审慎性原则、透彻性原则。

一、保密性原则

在并购方开始接触任何资料之前,转让方通常需要并购方及其聘请的顾问承诺对其获得的资料和信息保密。在尽职调查阶段,转让方往往担心一旦并购交易未成功,其向并购方及其聘请的顾问披露的信息将失密。如果并购方及其聘请的顾问主动提出并签署保密协议,往往能够降低转让方的顾虑,取得转让方的配合。

关于保密义务,有以下几点需要注意:

1. 关于律师保密义务的范围

一般而言,与尽职调查有关的所有信息都属于保密义务的范围,包括:律师因从事尽职调查从委托方、资料提供方等相关方取得的资料、文件;与尽职调查项目的其他中介机构往来的邮件、传真;尽职调查过程中了解到的有关委托人、调查对象等相关方的信息。但如果不对保密义务的范围加以限制,无疑将加重了律师的责任。通常,下列信息排除在保密义务的范围之外:已经为公众所知悉的信息;律师从尽职调查相关方收到该信息之前即已经知晓的信息;律师从没有保密义务的第三方正当取得的信息。

2. 律师保密义务时间上的要求

《律师职业道德和执业纪律规范》第39条规定:“律师对与委托事项有关的保密信息,委托代理关系结束后仍有保密义务。”因此,律师在尽职调查结束之后仍有保密义务。在实践中,为避免增加律师的义务和责任,一般对保密义务规定期限,如规定,委托协议终止后两年内,保密条款的

有关规定继续有效。

二、目的导向原则

目的导向原则,是指任何调查工作应当围绕委托方的并购目的进行,包括根据委托方的并购目的制订调查方案、确定调查重点和实施调查程序,在报告调查结果时,应当以与并购目的密切相关的内容为核心进行全面报告。

任何一项交易,都有其交易的目的。这些交易的目的或者动机,有时并购方会主动告知律师事务所等中介机构,有时并购方因担心披露并购目的后目标公司会提高价值谈判筹码而不愿意透露并购的真实目的,这时需要律师根据交易行为作出独立的商业判断。如果忽视了并购的真实目的而从事尽职调查,很可能给并购后的并购方带来致命的缺陷。

以补充并购方产品系列为目的的并购,与以利用目标公司现有的销售渠道为目的的并购,其尽职调查的重点是不同的。可见,了解并购目的的重要性。

三、区别对待原则

简单地讲,针对不同的企业,法律尽职调查应该有所侧重。例如,高科技企业,知识产权是尽职调查的重点。再如,化工企业,是否进行过环境测评、环保措施是否到位以及是否因污染被提起民事诉讼或者受到过行政处罚等是尽职调查的重点。

企业背景不同同样要求调查的重点不同。企业设立之初即为股份制企业的,其股权结构相对清晰,因此其重点应集中于公司治理结构;对于那些改制为股份公司的企业,改制是否规范、改制文件是否齐全、相关利益主体的利益是否已经妥善解决则是必须关注的;而对于民营企业,则要重点关注其内部制度的规范性、公司的股权架构、公司与自然人之间的借贷、关联交易等因素。

四、全面和重点相结合原则

一般而言,律师应当对目标企业或者资产的所有情况都要了解,但是出于效率等因素的考量,必须抓住重点问题。对于一个每年签署几千份合同的目标企业,律师该如何进行尽职调查呢?这时要适用全面和重点相结合原则开展工作,对所有合同进行分类;长期与短期的、业务与非业