



漢坤律師事務所

汉坤法律评述



融贯中西 · 务实创新

2016年9月6日

外商投资医疗机构解读(下): 案例篇

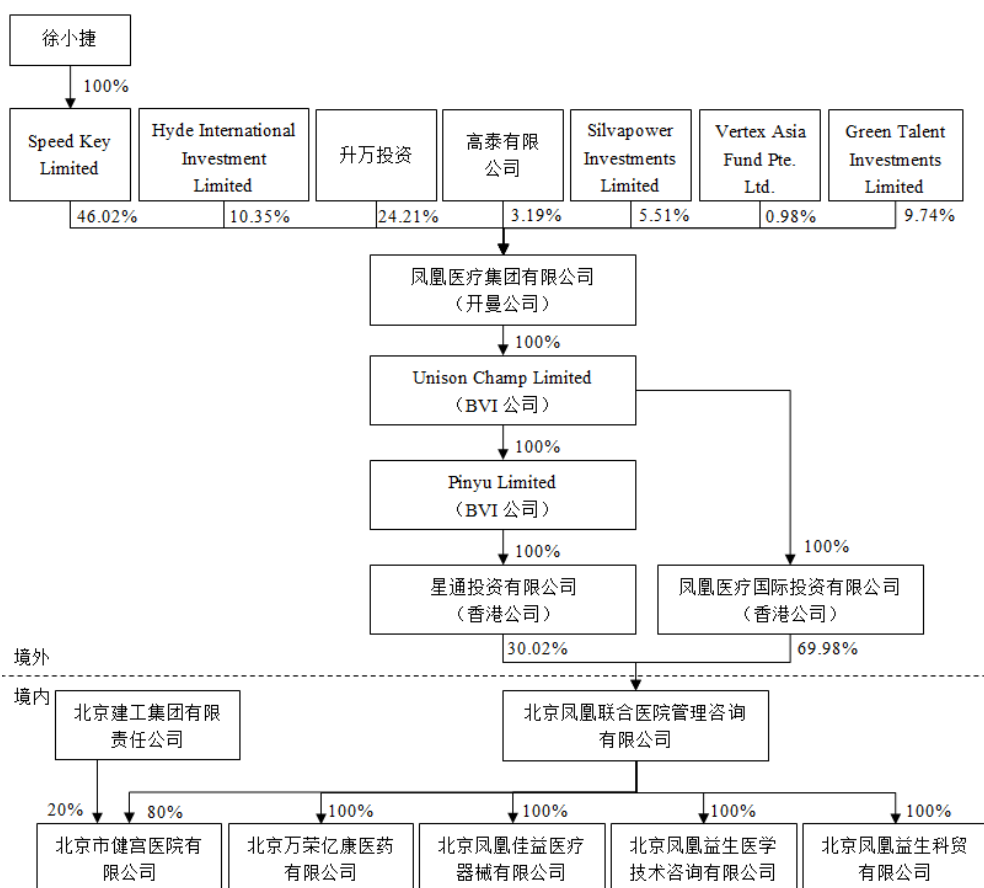
贺环豪 | 胡耀华

如上篇《政策篇》([点击阅读](#))所述, 虽然我国曾一度放开外国投资者在境内设立独资医院的试点政策, 最新政策是暂不允许设立外资独资医院, 外国投资者仍受限于《中外合资、合作医疗机构管理暂行办法》(下称“《**合资暂行办法**》”)规定的70%比例上限, 符合条件的台港澳服务提供者则不受此限制。

然而, 截至目前为止出现的一些案例却似乎与上述规则不完全一致, 这些案例究竟是如何突破外资70%比例上限的限制? 是得益于当时适用的法律政策, 还是精巧的结构设计, 抑或其他机缘巧合? 对潜在的境外投资者而言又有何借鉴意义? 为此, 本文将逐一解读凤凰医疗、和美医疗、上海自贸区阿特蒙医院这3个经典案例, 以共同探讨其中的缘由。

一、 凤凰医疗案例

2013年11月29日, 凤凰医疗(01515.HK)作为第一支医院概念股登录香港联交所主板。作为境外上市主体的凤凰医疗集团有限公司(下称“**凤凰医疗**”)成立于2013年2月28日, 是中国最大的民营医院集团, 上市时其成员医疗机构均坐落于北京, 涵盖大型综合医院和社区医疗机构。凤凰医疗重组完成后、上市前的股权架构如下图所示(见下页):



如上图所示，上市前，北京凤凰联合医院管理咨询有限公司（“北京凤凰”）是一家全外资企业，其直接持有北京市健宫医院有限公司（下称“健宫医院”）80%的股权，剩余20%的股权由独立第三方北京建工集团有限责任公司（“北京建工”）持有。问题在于，上述股权结构是否违反《合资暂行办法》规定的外资70%上限？

涉及健宫医院股东性质变化的重组环节发生在2013年4月至8月间，北京凤凰在重组前是一家纯内资企业。

重组环节的主要步骤如下图所示：

《政策篇》法规回顾

- 上述重组发生时，虽然国务院办公厅已经提出外资独资医疗机构试点的改革方向，于2012年1月30日起施行的《外商投资产业指导目录》（2011年修订）也已经将医疗机构列入外商投资允许类项目，但国家卫计委、商务部于2014年7月25日颁布并施行的《关于开展设立外资独资医院试点工作的通知》尚未正式出台（北京市属于7个试点省市之一），因此适用法律仍是《合资暂行办法》。
- 另一方面，针对台港澳服务提供者的《香港和澳门服务提供者在内地设立独资医院管理暂行办法》、《台湾服务提供者在大陆设立独资医院管理暂行办法》已于2011年1月1日起施行，其中香港服务提供者在境内设立独资医院的地域范围已于2012年4月1日由最初的5省市，扩大至包括北京市在内的所有直辖市及省会城市。



- 北京凤凰将其持有的健宫医院**10%**股权转让给北京万同，北京凤凰保留**70%**股权。
- 北京商委批准将北京凤凰**30.02%**股权转让给星通香港，北京凤凰成为一家中外合资企业。
- 北京商委批准将北京凤凰剩余**69.98%**股权转让给凤凰国际，北京凤凰成为一家**全外资企业**。
- 北京万同将健宫医院**10%**股权按原价转回给北京凤凰，北京凤凰恢复持有健宫医院**80%**股权。

凤凰医疗为谨慎起见，根据中国法律顾问的意见，其先于2013年4月19日将北京凤凰拥有的健宫医院10%股权转让给北京万同，且北京凤凰在《股权转让协议》中明确保留了该10%股权对应的投票权、董事委派权、分红权，且北京凤凰有权要求北京万同以原始购买价格转回给北京凤凰。上述转让完成后，北京凤凰形式上仅持有健宫医院70%的股权。我们理解，这一步看似多此一举的安排，目的正是为了应对北京商委可能认为《合资暂行办法》也适用于中外合资企业与纯内资企业共同设立医疗机构的情形。

尽管已经做了上述安排，根据招股书的说明，对于北京凤凰30.02%的股权转让，北京商委在审查过程中仍然认为需要与北京市卫生局磋商，以进一步阐明对《暂行办法》的解释。根据北京市卫生局于2013年5月13日对北京商委做出的回复，北京市卫生局解释，北京凤凰从纯内资企业转变为中外合资企业，将使健宫医院转变为“外商投资企业境内再投资企业”，不属于“外商投资企业”，因此并不等于健宫医院转变为中外合资医疗机构，且无需获得北京市卫生局的批准。基于此回复，北京商委批准了上述股权转让。

既然在北京凤凰30.02%的股权转让中已经取得北京市卫生局的回复确认，接下来剩余69.98%的股权转让顺利通过也就不足为奇了。该转让后，北京凤凰成为全外资企业。随后北京凤凰向北京万同回购了健宫医院10%的股权，回购完成后，凤凰医疗实益拥有健宫医院80%的股权。那么，凤凰医疗案例是否表明，外国投资者可以通过外商投资企业再投资的方式，轻易突破外资70%的上限？如是，那么这对于拟设立独资医院的外国投资者来说无疑是重大利好。

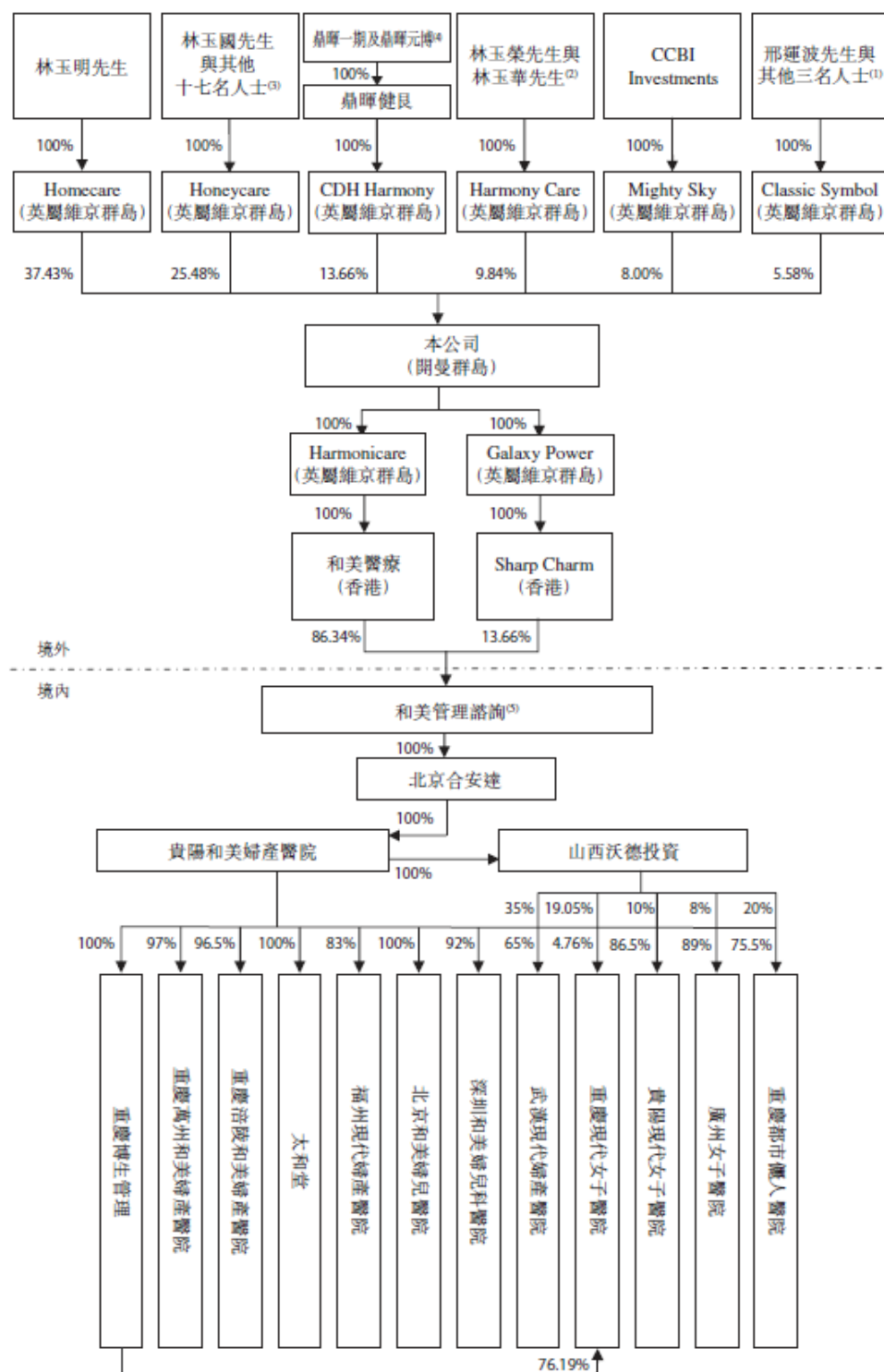
然而，我们倾向于认为，不宜简单得出过于乐观的结论，理由如下：

- 1) 2000年9月1日起生效的《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》（对外贸易经济合作部、国家工商行政管理局令[2000]第6号）明确规定，外商投资企业境内投资比照执行《外商投资产业指导目录》的规定。换言之，外商投资企业境内再投资，原则上仍须符合外资准入政策。
- 2) 凤凰医疗招股书披露的重组过程表明，北京市卫生局的个案回复对北京商委批准上述重组起到了决定性作用。如果未能取得地方卫生部门的明确答复，商务主管部门可能不会采用相同解释。
- 3) 凤凰医疗重组发生时，虽然《关于开展设立外资独资医院试点工作的通知》尚未出台，但毕竟《国务院办公厅转发发展改革委卫生部等部门关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构意见的通知》（国办发[2010]58号）、《外商投资产业指导目录》（2011年修订）表明当时的宏观政策是逐步允许境外资本在我国境内设立独资医疗机构，卫生部门可能因此倾向于

对《合资暂行办法》进行更宽松的解释。但是，自 2015 年 4 月以来，宏观政策已经重新收紧，不再允许外国投资者在境内设立独资医疗机构，在此背景下，地方卫生部门是否仍能对《合资暂行办法》保持宽松解释具有很大的不确定性。

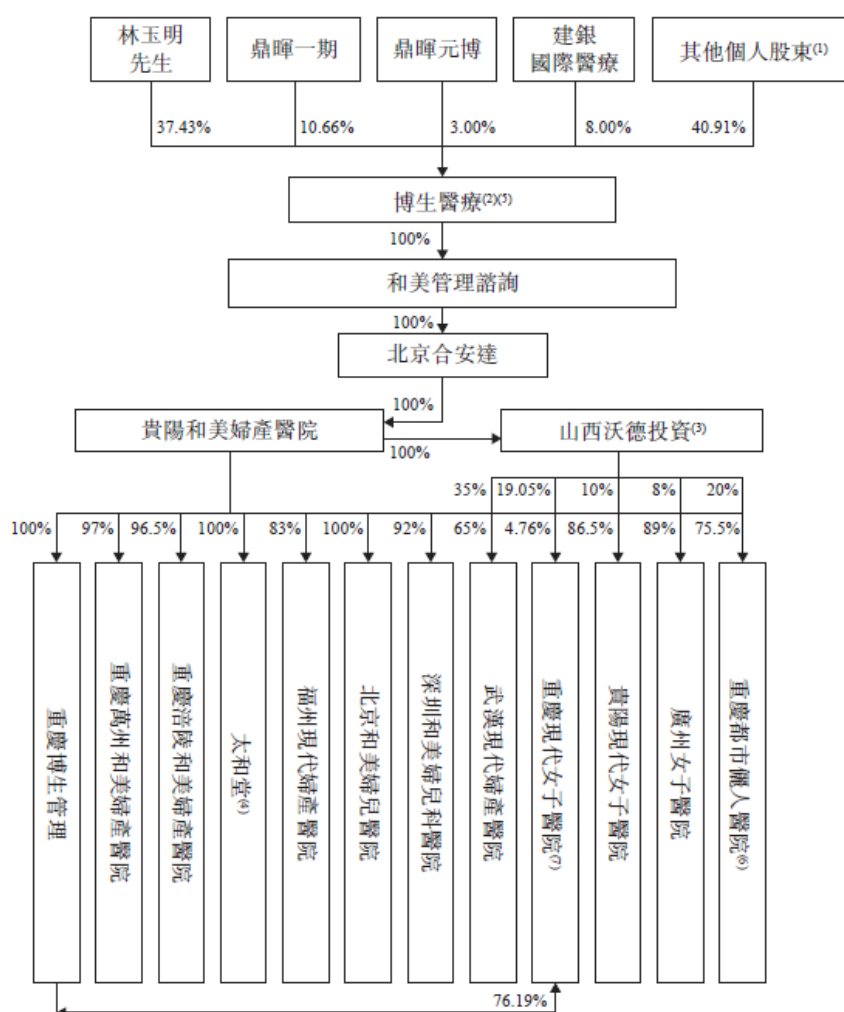
二、和美医疗案例

2015 年 6 月，和美医疗 (01509.HK) 继凤凰医疗之后，成为第二只赴港上市的国内医院概念股。作为境外上市主体的和美医疗控股有限公司 (“和美医疗”) 成立于 2014 年 8 月 26 日，是中国最大的妇产医院集团，上市时其成员医疗机构坐落于北京、广州、深圳、重庆、贵阳、武汉、福州等城市，主要为妇产科专科医院。和美医疗紧接重组后、上市前的股权架构如下图所示：



如上图所示，上市前，和美医疗管理咨询有限公司（“和美管理咨询”）是一家全外资企业，其持有北京合安达管理咨询有限公司（“北京合安达”）100%的股权，北京合安达又持有贵阳和美妇产医院有限公司（“贵阳和美医院”）100%的股权，贵阳和美医院则拥有和美医疗旗下其他绝大多数境内医院超过 80%的股权。问题在于，上述股权结构是否违反《合资暂行办法》规定的外资 70% 上限？

境内重组后、境外红筹架构搭建前，和美医疗的股权结构如下图所示：

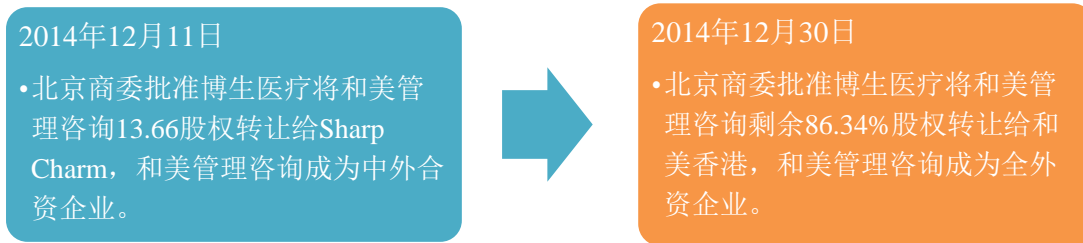


涉及贵阳和美医院的最终股东性质变化的重组环节发生在 2014 年 12 月，境外红筹架构搭建前，和美管理咨询是一家纯内资企业。

《政策篇》法规回顾

- 上述重组发生时，国家卫计委、商务部已经于2014年7月25日颁布了《关于开展设立外资独资医院试点工作的通知》（国卫医函[2014]244号，下称“244号文”）。
- 另一方面，《外商投资产业指导目录》（2015年修订）尚未正式出台，该目录直至2015年3月10日才颁布，2015年4月10日起施行。

境外红筹架构搭建环节的主要步骤如下图所示：



和美医疗显然也注意到了其间接持有中国医院超过 70% 股权的合法性问题，并在招股书中特别进行了如下论证：

- (1) 和美医疗自 2015 年 1 月起持有中国附属医院超过 70% 股权，当时有效的《外商投资产业指导目录》（2011 年修订）对境外投资者于医疗机构的持股比例并无限制，而和美医疗已经在《外商投资产业指导目录》（2015 年修订）施行日期即 2015 年 4 月 10 日前完成相关重组；
- (2) 重组之前、之时及之后，中国医院的直接股东以及医院本身均非外商投资，故和美医疗旗下的中国医院不符合《合资暂行办法》所规定“中外合资医疗机构”的定义；
- (3) 《合资暂行办法》对非中国实体通过中国附属公司间接所持医疗机构并无股权百分比的限制。

此外，和美医疗还进一步承诺，实施未来扩产计划时，会确保新医院的成立或收购遵守中国法律及法规的相关外商投资规则，特别是，计划鼓励及引入少数股东（包括高级管理人员及其他潜在境内业务伙伴）参股成立或收购新医院。

与凤凰医疗案例相比，和美医疗案例最大的不同在于，相关重组环节发生在 2014 年 12 月，这恰好是政策最开放、最宽松的时期。不过，关于这一最重要的论据，我们理解仍有值得探讨商榷之处——实际上，和美医疗旗下有多家位于重庆、武汉、贵阳的中国医院，而这几个城市都不在 244 号文规定的 7 个试点省市范围之内。严格来说，当时 7 个试点省市以外的地区仍应遵守《合资暂行办法》的比例限制。这或许是和美医疗特别辅以其余两项论据的原因之一。

此外，和美医疗与凤凰医疗案例还共同提出了一个关键问题——**何谓“中外合资医疗机构”**？根据《合资暂行办法》第 2 条，“中外合资、合作医疗机构”是指外国医疗机构、公司、企业和其他经济组织（以下称合资、合作外方），按照平等互利的原则，经中国政府主管部门批准，在中国境内（香港、澳门及台湾地区除外）与中国的医疗机构、公司、企业和其他经济组织（以下称合资、合作中方）以合资或者合作形式设立的医疗机构。因此，如果咬文嚼字，既然外商独资企业、中外合资企业都不是“外国医疗机构、公司、企业和其他经济组织”，它们与合资中方共同设立的医疗机构也就不属于《合资暂行办法》所定义的“中外合资、合作医疗机构”了。上述解释虽然在文义上能够成立，但是否符合立法本意？我们对此持谨慎意见。我们建议，类似操作应事先充分征询卫生、商务主管部门的意见，以降低被认定为刻意规避强制性规定的法律风险，另外，也可以借鉴和美医疗在招股书中提出的引入境内少数股东参股的模式。

三、 上海自贸区阿特蒙医院案例

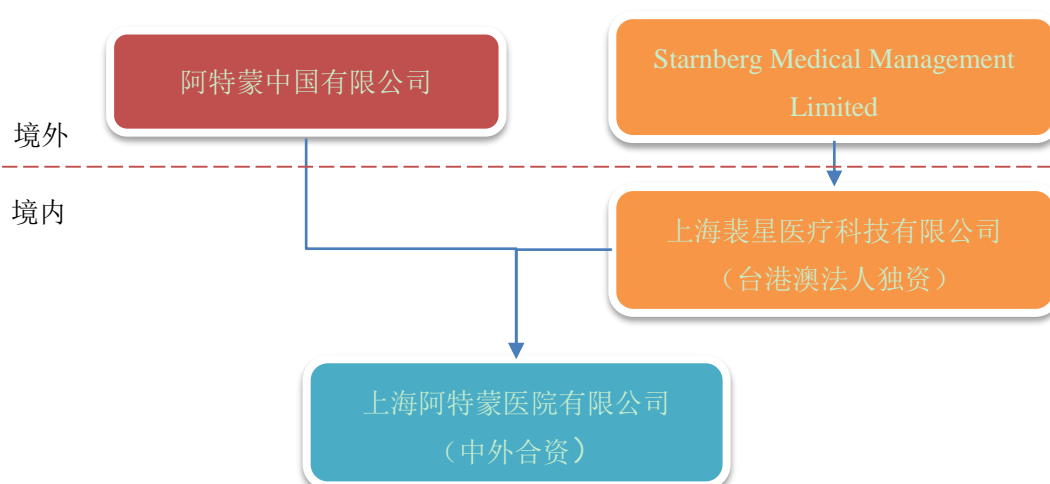
与前两家作为上市公司具有天然的聚光灯效应不同，阿特蒙医院之所以值得研究，乃在于它被称为中国大陆的第一家外资（除台港澳）独资医院。

根据公开报道，2014年7月22日，德国阿特蒙集团、银山资本与上海市外高桥保税区三联发展有限公司和外高桥医保中心等各方就设立上海自贸区阿特蒙医院（“上海阿特蒙医院”）共同签署战略合作框架协议。上海阿特蒙医院如能顺利落地，将成为上海自贸试验区乃至国内首家最严格意义上的（非台港澳）外资独资医院。

根据阿特蒙官方网站¹的介绍以及国家企业信用信息公示系统的查询结果，上海阿特蒙医院项目的进展大致如下表所示：

时间	事件/进度	数据来源
2014.07.22	签订设立独资医院的《战略合作框架协议》	医院网站
2015.11.24	取得设置医疗机构批准书	医院网站
2015.12.11	取得台港澳侨投资企业批准书	医院网站
2015.12.14	取得《营业执照》，经营范围为“筹建医院”	企业公示系统
现在	工程设计阶段，计划2016年年底破土动工	医院网站

然而，项目推进似乎出现了一些变数。根据企业公示系统的查询结果，上海阿特蒙医院的企业类型显示为“有限责任公司（中外合资）”，其股权结构如下图所示：



如上图所示，上海阿特蒙医院最终实际采用了“台港澳法人独资+外国股东”的中外合资方案，其中“外国股东”很有可能也是台港澳法人²（但根据有限的公开信息不足以确定是否满足“台港澳服务提供者”的条件）。从穿透的角度来看，投资人全部来自境外。

由此带来的问题是：为什么放弃最初的外商独资企业方案？是否因为《政策篇》提到的自2015

《政策篇》法规回顾

- 《战略合作框架协议》于2014年7月22日签订，而《中国(上海)自由贸易试验区外商独资医疗机构管理暂行办法》已于2013年11月13日颁布并实施。
- 2015年11月24日取得设置医疗机构批准书，而《外商投资产业指导目录》（2015年修订）已于2015年4月10日起施行。

1 见 <http://www.artemed.com.cn/indexc.html> 和 <http://www.artemed.cn/index.html>。

2 根据上海阿特蒙医院的介绍，上海阿特蒙医院于2015年12月11日取得了台港澳侨投资企业批准书。

年 4 月 10 日以来重新收紧的医疗机构外资准入政策？如是，那么穿透意义上纯外资的中外合资方案是否有规避外资 70% 上限之嫌？如果阿特蒙中国有限公司、Starnberg Medical Management Limited 二者都满足“台港澳服务提供者”的条件，是否就可以直接设立台港澳独资医院，没有必要再设立一层上海裴星医疗科技有限公司（后者于 2015 年 8 月 19 日成立）？

由于非上市公司的公开信息有限，以上问题仅为我们基于法律分析层面做出的推测。但无论如何，上海阿特蒙医院案例再一次抛出了何谓“中外合资医疗机构”这个艰难的命题。商业实践永远是鲜活的，立法者及国家主管部门是否回应、如何回应，还是让我们拭目以待吧。

● 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与**胡耀华律师**（+8610-85254655; yaohua.hu@hankunlaw.com）联系。