



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2016年第10期 (总第115期)



新法评述

- 1、外商投资企业备案制度落地
- 2、股东对公司债务承担责任的法定情形及司法实践
- 3、外商投资医疗机构解读(下): 案例篇



1、 外商投资企业备案制度落地(作者：汉坤公司组)

2016年9月3日，全国人民代表大会常务委员会通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》(以下简称“《**决定**》”)，将不涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业的设立和变更，由审批改为备案管理。2016年10月8日，商务部发布了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》(以下简称“《**备案暂行办法**》”)。同日，商务部和国家发展改革委联合发布公告(以下简称“《**联合公告**》”)，进一步明确外商投资准入特别管理措施按《外商投资产业指导目录(2015年修订)》中限制类和禁止类，以及鼓励类中有股权要求、高管要求的有关规定执行。涉及外资并购设立企业及变更的，按现行有关规定执行。基于此，《决定》所要求的备案管理制度有了明确的配套措施，标志着“外资准入前国民待遇+负面清单监管模式”正式落地。

概述

《备案暂行办法》全文五章三十七条，基本沿袭了在自贸区试行的外商投资备案管理框架，贯彻了简政放权、放管结合、协同监管的原则，内容主要包括：

1. **负面清单下的备案管理**：对于不涉及外商投资准入特别管理措施的外商投资企业的设立及变更，适用备案管理制度。根据商务部对《备案暂行办法》的解读，备案管理属于告知性备案，不是企业办理其他手续的前置条件。外商投资企业或其投资者以承诺书形式对填报信息的真实性、准确性和完整性负责，备案机构在备案阶段仅对填报信息进行形式审查，领取备案回执也不是强制性要求。需要特别注意的是，就设立备案，《备案暂行办法》目前仅适用通过绿地投资方式设立的外商投资企业。外国投资者根据《关于外国投资者并购境内企业的规定》(商务部令2009年第6号)，通过并购方式新设企业或变更既存企业的，不论其是否受制于特别管理措施，将继续实行审批管理制度。
2. **适用范围**：《备案暂行办法》适用的企业包括传统意义上的三资企业，也包括投资类外商投资企业(投资性公司以及创投企业)在境内的投资企业。港澳台投资者参照执行《备案暂行办法》(香港、澳门服务提供者根据CEPA设立的从事服务贸易企业将仍然遵循《港澳服务提供者在内地投资备案管理办法(试行)》执行)。备案企业的组织类型包括有限责任公司和股份有限公司。地域范围上，《备案暂行办法》适用于全国范围，《自由贸易试验区外商投资备案管理办法(试行)》(商务部2015年第12号)同时废止。
3. **备案事项**：《备案暂行办法》中规定的备案事项包括所有适用备案管理的外商投资企业的设立和变更。《备案暂行办法》规定的变更事项涵盖了大部分之前需经商务部门审批方能实施的实质性变更事项，包括增加和减少注册资本、股权变更、企业类型转制、经营范围变更、合并、分立以及终止等事项。值得注意的是，与早前公布的征求意见稿不同，《备案暂行办法》没有将股权质押纳入外商投资企业的备案事项。就此，我们理解商务部门将不再对股权质押进行管理，不论是以审批或备案的方式。另外，针对外商投资的上市公司和新三板挂牌公司，外国投资者可仅在其

持股比例变化累计超过 5% 或（相对）控股地位发生变化时，就投资者基本信息或股份变更事项办理备案手续，进一步减轻了企业申报负担。

4. **备案时点**：《备案暂行办法》所规定的备案均可为事后备案。设立备案可在企业设立之前（在名称预核后营业执照签发前）或营业执照签发后 30 日内办理；变更备案可在变更事项发生后 30 日内办理。变更事项的发生时间，如法律法规对变更事项生效条件有要求的，以满足该相应要求的时间为变更发生时间；如变更事项涉及以外商投资企业最高权力机构决议的，则以作出决议的时间为变更事项的发生时间。
5. **备案程序**：所有备案均通过在线方式进行。备案人通过外商投资综合管理信息系统在线办理填报表格和提交文件。备案机构发现备案信息不完整或不准确，或者需进一步说明的，也以在线方式进行反馈。备案结果信息通过备案系统发布。
6. **监督管理和法律责任**：在取消事前审批的同时，商务主管部门将加强对备案实施情况的监督管理。商务主管机关可采取抽查、根据线索检查、以及依职权主动检查等方式开展监督检查。商务主管部门将与其他行政管理部门信息共享，及时通报属于其他部门管理职责的违法违规行为。有关外商投资企业或其投资者诚信状况的信息将记入外商投资诚信档案系统。根据《备案暂行办法》，外商投资企业及其投资者违反备案义务、在限制或禁止投资领域开展投资经营活动、或不配合监督检查的，将承担相应的法律责任，对备案人不配合监督检查或者拒不履行处罚决定的，将予以公示。

简评

随着《备案暂行办法》的发布，负面清单制度开始在全国范围内正式实施。自此，不涉及准入特别管理措施领域的外商投资企业的设立和变更，由“逐项审批”转变为更加规范化、便利化的备案管理模式。属于备案制度范围的外商投资企业，在获得营业执照，确立商事主体地位后，就可开展经营活动，无需事先获得商务主管部门的许可。实行多年的《外商投资企业批准证书》也将被《外商投资企业设立备案回执》或《外商投资企业变更备案回执》取代，最终退出历史舞台。

在具体方式上，根据《备案暂行办法》，备案需要提交的信息和材料较之前审批制度大大减少。在设立备案阶段，投资者或发起人仅需填报拟设立企业和各投资者的基本信息，需提交的材料也仅包括名称预核准材料或营业执照、全体投资者（或发起人）签署的申报承诺书、投资者（或发起人）的主体资格证明或者身份证明，以及相关委托证明文件。在变更备案阶段，备案企业也仅需填报体现变更信息的申报表，提交备案企业的营业执照、备案企业签署的申报承诺书、以及变更所涉及的新投资者或法定代表人的主体资格证明或者身份证明。备案机构将仅对备案信息作形式核对。以往审批制度项所要求的章程、合资合同、股权转让协议、增资（或减资）协议、合并或分立协议等文件无需提交，商务主管机关亦不再对该等文件做实质性审核。这一变化无疑有利于外国投资者更加灵活地安排投资和交易条款，无需再顾忌审批部门态度。同时，由于取消了对章程和合同的审查和批准，外资审批也将不再构成此类文件的生效条件，这有助于消除实践中，因为未能获得批准而导致合同效力存疑的不确定性，增加交易的安全性和可预期性。

另一方面，目前的负面清单制度仍处于过渡性阶段。作为制度的关键，准入特别管理措施并未单独出台，而以《外商投资产业指导目录（2015 年修订）》替代执行，外资准入领域并无实质性拓宽。

同时,《外商投资产业指导目录(2015年修订)》作为产业准入目录,规定较为概括,对于限制准入的产业所将采取的特别管理措施没有明确,未能进一步触及新监管模式下的审批制度改革。同时,根据《外商投资项目核准和备案管理办法》(国家发展和改革委员会令2014年第20号),以投资项目为监管对象,外商投资企业仍需按照项目的规模和所处行业取得项目核准或予以备案。

虽有前述讨论,施行负面清单管理模式,对重塑我国外商投资管理模式具有十分重要的里程碑意义。这一制度改革将与正在进行的针对全国所有类型企业的市场准入负面清单制度改革相衔接。改革完成后,外资将首先满足外商投资负面清单,在满足外商投资负面清单后,各类市场主体(包括国企、民企、外资)将同等适用市场准入负面清单制度。全面实行负面清单制度将大大减少政府的行政介入,释放市场的活力,发挥市场在资源配置中的决定性作用。目前,外商投资企业的基础性法律已被修订,备案程序性制度已经建立,但延续了近三十年的逐项审批制度仍留存于大量的行政法规、部门规章以及规范性文件中,彻底落实负面清单制度需要有关部门积极行动,对现有管理框架内的所有法规进行全面的梳理和更新。

2、 股东对公司债务承担责任的法定情形及司法实践(作者:廖荣华、陈末)

公司人格独立与股东有限责任是中国《公司法》确立的两项基本制度。《公司法》第3条规定:“公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任,有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任,股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任”。因此,通常而言,公司债务应由公司以自己的财产独立承担责任,股东对公司债务不承担责任。

但是,实践中某些公司的股东或实际控制人将公司资产与自身资产或其控制的关联公司的资产进行混同,并通过关联交易、虚设债务、转移资产、隐匿资产等行为恶意损害公司权益,最终使得公司“形骸化”。由此造成的后果是,债权人即便通过司法程序获得胜诉裁决,也面临因债务人没有资产而导致裁决无法得到执行的困境。这在实践中已经演变成一种“逃废债”现象,而且愈演愈烈,不但严重损害公司债权人的利益,也给社会信用和企业经营环境造成了极大的破坏。

针对实践中股东或实际控制人各种“逃废债”的行为,《公司法》及相关的司法解释赋予了债权人不同的法律救济途径。本文基于相关法律的规定,归纳和整理了债权人依法有权要求公司股东或实际控制人对公司债务承担责任的法定情形以及背后的法理依据,并结合司法裁判案例予以评析。

一、 公司法人人格否认

《公司法》第20条第1款规定:“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益;第3款规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务

承担连带责任”。

上述法律规定为股东设定了不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任的义务，以及违反该义务给公司债权人造成损害时应承担的法律后果，在公司法理论上也被称为“公司法人人格否认”或者“刺破公司面纱”。但是，股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任作为该法律规定适用的事实要件，具体应该包括哪些情形，尚缺乏明确的司法解释，理论和实务上都存有较大争议。

上海市高级人民法院 2009 年颁布的《上海市高级人民法院民二庭关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》就此提供了详细的指引。该意见规定，如果公司存在资本显著不足，或者股东与公司人格高度混同，或者股东对公司进行不正当支配和控制等三种情形的，可以认定构成股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为。该意见就如何认定该三种情形进一步规定：股东未缴纳或缴足出资，或股东在公司设立后抽逃出资，应当认定公司资本显著不足；股东与公司之间如果存在财产、业务、人事及场所混同且持续、广泛存在的，可以综合认定股东与公司人格高度混同；股东利用关联交易，非法隐匿、转移公司财产的，可以认定股东对公司进行不正当支配和控制。

最高人民法院在司法审判实践中也持相似的观点，在“河北冀星高速公路有限公司与京域高速公路有限公司等借款合同纠纷案”〔(2011)民申字第 289 号〕中，再审申请人冀星公司认为，京域公司及康永公司等九公司的实际控制人均为何玉华；何玉华滥用股东权利，事实上京域公司直接行使康永公司等九公司的股东权利，使京域公司与康永公司等九公司在设立、入资、注册地址、财务、人员等方面高度混同，导致京域公司与康永公司等九公司法律人格混同，严重损害债权人利益，故康永公司等九公司应为京域公司的借款承担连带偿还责任。最高人民法院在该案中认为：根据《公司法》第 3 条的规定，公司具有独立人格的前提是公司具有独立财产。因此，判断公司与股东或者关联公司是否构成人格混同，首先要认定公司是否有独立的财产，即是否构成财产混同；其次，要从公司注册地址、人员组织、利益分配等方面综合判断。最高人民法院最终虽以证据不足为由未支持再审申请人的主张，但其分析显然表明了对于人格混同的判断标准。

值得注意的是，公司法人人格否认通常仅限于“纵向人格否认”（即仅适用于公司的股东），“横向人格否认”（即适用于公司或其股东实际控制的关联公司）则于法无据。但是，最高人民法院在上述“河北冀星高速公路有限公司与京域高速公路有限公司等借款合同纠纷案”〔(2011)民申字第 289 号〕中，似乎已经对“横向人格否认”予以默认，因为其对于再审申请人“横向人格否认”的主张，只是以证据不足为由裁定不予支持，并未从法律适用的角度予以否定。但 2013 年公布的第 15 号指导案例“徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案”，则似乎表明最高人民法院明确支持“横向人格否认”。在该案例中，法院认定债务人被告与其两个兄弟公司“人格混同”，从而参照《公司法》第 20 条第 3 款之规定，判决两兄弟公司对被告的债务承担连带清偿责任。

另外一个重要的程序问题是：债权人依据《公司法》第 20 条第 3 款提起公司法人人格否认之诉时，是否必须先就债权人与公司（债务人）之间的债务纠纷经过司法裁判并最终确定无法得到完全清偿为前提？换言之，债权人是否可以直接起诉公司（债务人）及其股东要求承担连带清偿债务？相关法律对此并无明确规定。从法理上分析，公司法人人格否认之诉系基于公司（债务人）与其股东对债权人的共同侵权行为，而公司（债务人）无法对债权人完全清偿债务为该侵权行为的损害结果，可以

在侵权诉讼中作为事实问题进行审理。因此，债权人直接将公司（债务人）与其股东作为共同被告提起诉讼并无不妥。《上海市高级人民法院民二庭关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》对此似乎持肯定态度。该意见第 3 条第 3 款规定：“公司债权人与公司之间的侵权或者合同债务尚未经生效法律文书确认，公司债权人直接提起公司法人人格否认诉讼，要求股东对债务承担责任的，法院应向债权人释明，并依债权人之申请追加公司为共同被告。”第四条规定：“公司债权人对公司提起合同、侵权等诉讼后，又以股东滥用公司法人独立地位与股东有限责任为由，要求股东对公司债务承担连带责任的，可以准许其在举证期限届满前增加诉讼请求，并追加股东为被告。”

二、 股东出资瑕疵

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“《公司法解释（三）》”）第 13 条第 2 款规定：“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持”。

就上述规定来看，目前司法实践中具有争议的问题是，公司章程中规定的股东出资义务尚未到期的情况下，公司债权人是否有权要求该股东就未到期出资的部分承担补偿赔偿责任。最高人民法院民二庭 2015 年发布的《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》就此表达了倾向性的意见，认为不应让股东的出资义务“加速到期”，理由是：如果公司不能清偿单个债权人到期债权，那么其往往也资不抵债，或者明显缺乏清偿能力，或者有丧失清偿能力可能。此时按照《企业破产法》第二条，公司已经符合破产条件，所以更应当保障全体债权人的利益。单个的债权追及诉讼不尽符合《企业破产法》第三十一、三十二条的精神。公司债权人在此情况下应当申请债务人破产，进入破产程序后再按照《企业破产法》第三十五条使股东出资义务加速到期，最终在真正意义上保护全体债权人利益。最高人民法院民二庭的上述意见于法有据，代表了目前司法实践中的主流观点。

上海市第一中级人民法院在“上海金浪喷涂技术有限公司诉宏活（上海）国际贸易有限公司借款合同纠纷一案”〔（2016）沪 01 民终 2471 号〕中持相同观点，其理由是：《企业破产法》第三十五条对出资人认缴出资加速到期的规定，系以法院受理破产申请为前提的；《公司法解释（二）》第二十二条亦明确股东未缴出资作为清算财产的条件是公司进入解散阶段。依照上述法律规定，应当认为，债权人要求股东提前履行其出资义务，应具备相应法定或约定条件，现上诉人与被上诉人宏活公司股东并未对此达成相应合意，被上诉人宏活公司亦未进入破产或解散程序，故上诉人要求被上诉人宏活公司股东提前履行其出资义务尚未具备相应条件，其相关主张缺乏法律依据。该法院同时认为，如果只要公司债权不能获得清偿，就直接认定股东出资义务“加速到期”，有违公司人格独立和股东有限责任的基本制度。

当然，司法实践中也有法院持不同意见。在“杭州顶正包材有限公司诉唐槐中公司债权人利益责任纠纷案”〔（2016）浙 0111 民初第 1150 号〕中，杭州市富阳区人民法院认为，虽然公司章程对股东出资期限作了规定，但由于公司已陷入不能清偿对外债务的境地，股东的期限利益应该随即丧失。也就是说，股东在享受出资期限利益的同时，也要保证公司不沦为其转嫁经营风险的工具，危及与公司从事正常交易的债权人的合法权益。当股东出资期限未至，公司不能清偿对外债务时，即发生了股东期限利益危及债权人利益的情形，此时债权人有权请求股东提前在未出资范围内对公司债务

不能清偿的部分承担补充赔偿责任。

另外，值得注意的是，根据《公司法解释（三）》第 18 条的规定，有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道的，公司债权人依据《公司法解释（三）》第 13 条第 2 款对该股东提起诉讼时，可以同时请求前述受让人对此承担连带责任。这一规定可以进一步有效避免公司未履行或者未全面履行出资义务的股东借助股权转让逃避公司债务的行为。

三、 股东抽逃出资

《公司法解释（三）》第 14 条第 2 款规定：“公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持”。

关于抽逃出资的定义和具体表现形式，法律上并无明确和完整的规定。根据《公司法解释（三）》第 12 条的规定，股东或者实际控制人的下列行为可以被认定为抽逃出资的行为：（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）利用关联交易将出资转出；（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

基于上述规定，债权人如果可以证明债务人的股东或实际控制人存在上述抽逃出资的行为，可以起诉该等股东或实际控制人，要求其对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。

四、 股东违反法定清算义务

《公司法》第 183 条规定，有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成，该法第 189 条进一步规定，清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。清算组成员因故意或重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

依据上述规定，股东作为清算组成员且违反法定清算义务给公司债权人造成损失的，应当承担侵权赔偿责任。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称“《公司法解释（二）》”）对此作了进一步的解释和规定，具体如下：

法律条文	违法情形	责任主体	责任形态
《公司法解释（二）》第 11 条第 2 款	清算组未依法履行通知和公告义务的，导致债权人未及时申报债权而未获得清偿	清算组成员	对债权人造成的损失承担赔偿责任
《公司法解释（二）》第 15 条第 2 款	清算组执行未经确认的清算方案给债权人造成损失	清算组成员	对债权人造成的损失承担赔偿责任

《公司法解释（二）》第18条第1款	有限责任公司股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产损失	有限责任公司股东、股份有限公司的董事和控股股东	在造成损失的范围内对公司债务承担赔偿责任
《公司法解释（二）》第18条第2款	有限责任公司股东、股份有限公司的董事和控股股东怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算	有限责任公司股东、股份有限公司的董事和控股股东	对公司债务承担连带清偿责任
《公司法解释（二）》第18条第3款	《公司法解释（二）》第18条第1款和第2款的情形是实际控制人原因造成	公司的实际控制人	对公司债务承担相应的民事责任
《公司法解释（二）》第19条	有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东以及公司的实际控制人在公司解散后恶意处置公司财产给公司债权人造成损失或者未经依法清算，以虚假清算报告骗取公司注销登记	有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东以及公司的实际控制人	对公司债务承担相应赔偿责任
《公司法解释（二）》第20条第1款	公司未经清算而办理注销登记，导致无法进行清算	有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东以及公司的实际控制人	对公司债务承担清偿责任
《公司法解释（二）》第23条	清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或公司章程规定给公司债权人造成损失	清算组成员	对损失承担赔偿责任

上述规定对责任形态存在各种不同的表述，但可以归纳为以下两种类型：一种是损害赔偿 responsibility，即在违法行为所造成的损失范围内承担相应的“赔偿责任”、“民事责任”或“清偿责任”，而这一损失范围的确定，理论上需要等待公司清算完成才能确定，但司法实践中法院往往直接判决股东就公司未能清偿的债务承担赔偿责任，而忽略股东违法行为与损害后果之间的因果关系；另一种是连带的清偿责任，主要针对的是公司因责任人的违法行为无法进行清算的情形。另外，无论何种责任形态，就对外责任而言，相关责任人对债权人承担的是连带责任；而就内部责任而言，根据《公司法解释（二）》第21条的规定，应当在责任人之间根据过错程度进行分担。

五、 股东承诺对公司债务承担责任

《公司法解释（二）》第20条第2款规定：“公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持”。

依据上述规定，清算义务人在清算过程中应当依法对公司债务进行清理，如果存在违法清算，但股东在办理注销登记时承诺对公司债务承担责任的，债权人有权要求股东对公司债务承担责任。问题在于，股东的何种承诺构成本条所述的“承担公司债务的承诺”？以下案例可资借鉴。

在“丹东市宏运物业管理有限公司等诉关淑萍财产损害赔偿纠纷再审案”[(2015)丹审民再字第00022号]中，宏运物业公司未尽到日常对共用设施设备相应的维护管理责任，致使涉案水管爆裂，造成关淑萍及他人的财产损失，应当承担相应的赔偿责任。辽宁省丹东市中级人民法院再审时物业公司已经清算完成并办理了注销登记，但其股东曲首铭、李黎在清算报告中承诺“如有其他未尽事宜，由全体股东负责承担”，法院据此判决曲首铭、李黎作为物业公司的权利义务继受人向关淑萍承担责任。

在“中国能源建设集团广东电力工程局有限公司与汕头市建安（集团）公司清算责任纠纷案”[(2015)珠中法民二终字第356号]中，法院认为，广东省电力公司在对省电力一局珠海公司进行清算的过程中，没有按照法定的清算程序进行公告和通知债权人，未经债权人申报债权程序；但广东省电力公司在清算方案中对自行清算反映的全部对外债务做出了“以后若有相关债务需要清偿由投资人继续承担”的承诺，这一承诺的法律效力应当肯定，据此判决广东省电力公司承担责任。

六、 结语

本文所总结的各种情形是我国公司法对于公司债权人进行保护的特别规定，为债权人提供了强有力的法律武器。债权人在处理债务纠纷时，如果将视野局限于合同法下的救济途径及债务人自身的资产和偿债能力，而未能充分利用公司法赋予的其他救济途径，在实践中可能会对股东或实际控制人的恶意“逃废债”行为束手无策。公司法相关规定不但赋予债权人对于股东或实际控制人直接的请求权；在诉讼程序上，债权人也可能直接将有关股东、关联公司或实际控制人列为案件的共同被告，并采取相关保全措施，从而以更加开阔的视野为债务纠纷寻求最有效的诉讼解决方案。

3、 外商投资医疗机构解读(下)：案例篇（作者：贺环豪、胡耀华）

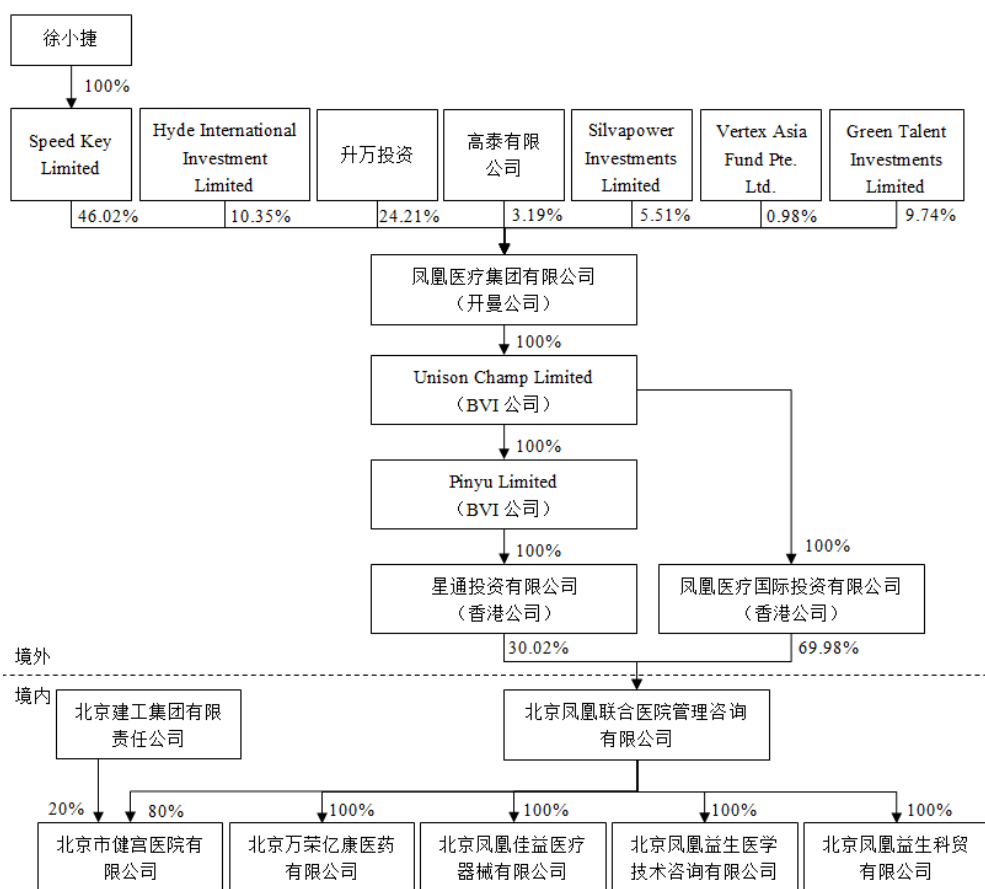
如上篇《政策篇》(点击阅读)所述，虽然我国曾一度放开外国投资者在境内设立独资医院的试点政策，最新政策是暂不允许设立外资独资医院，外国投资者仍受限于《中外合资、合作医疗机构管理暂行办法》(下称“《合资暂行办法》”)规定的70%比例上限，符合条件的台港澳服务提供者则不受此限制。

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。

《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。

重组环节的主要步骤如下图所示：



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。

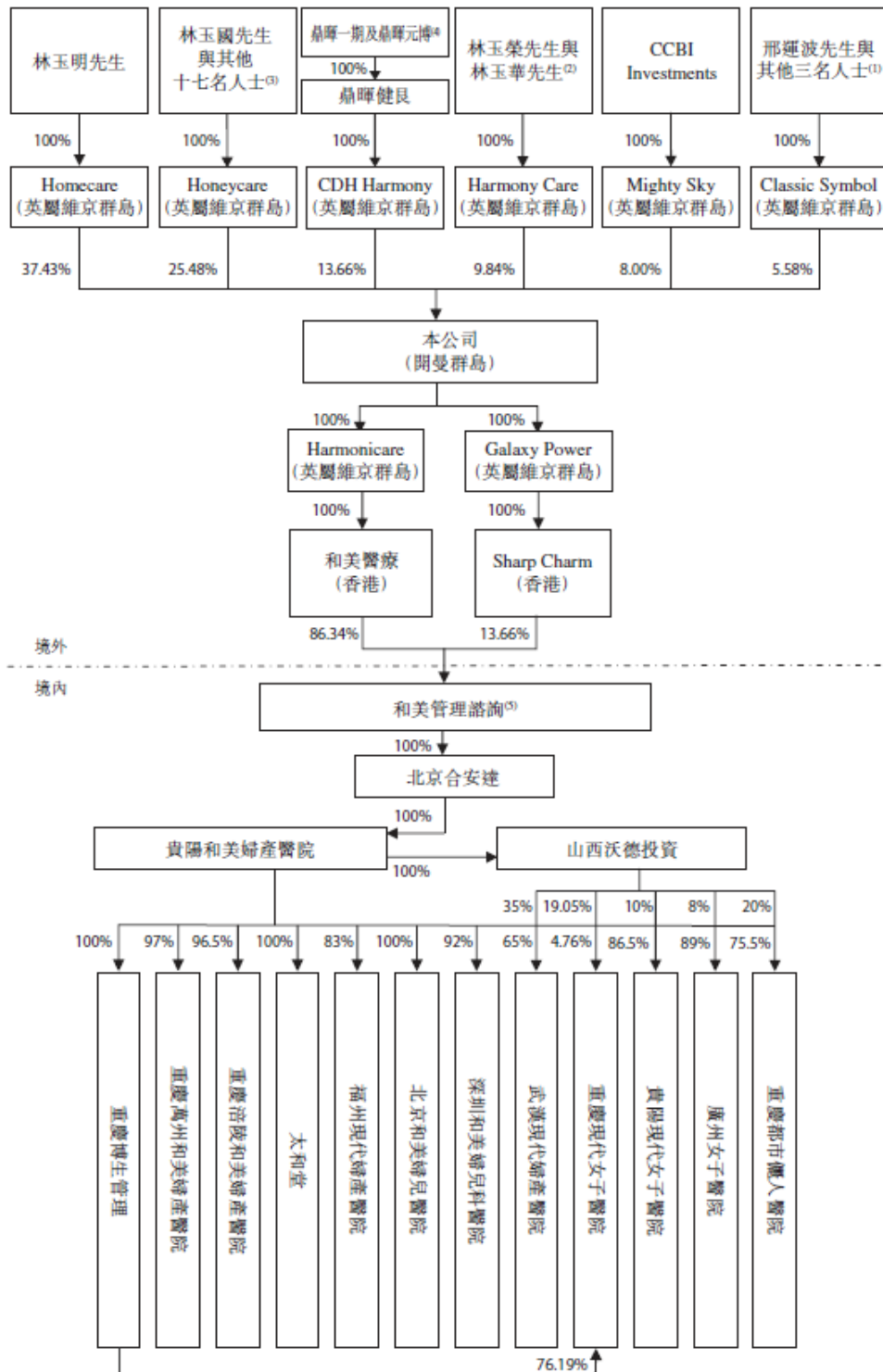
然而，我们倾向于认为，不宜简单得出过于乐观的结论，理由如下：

- 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。

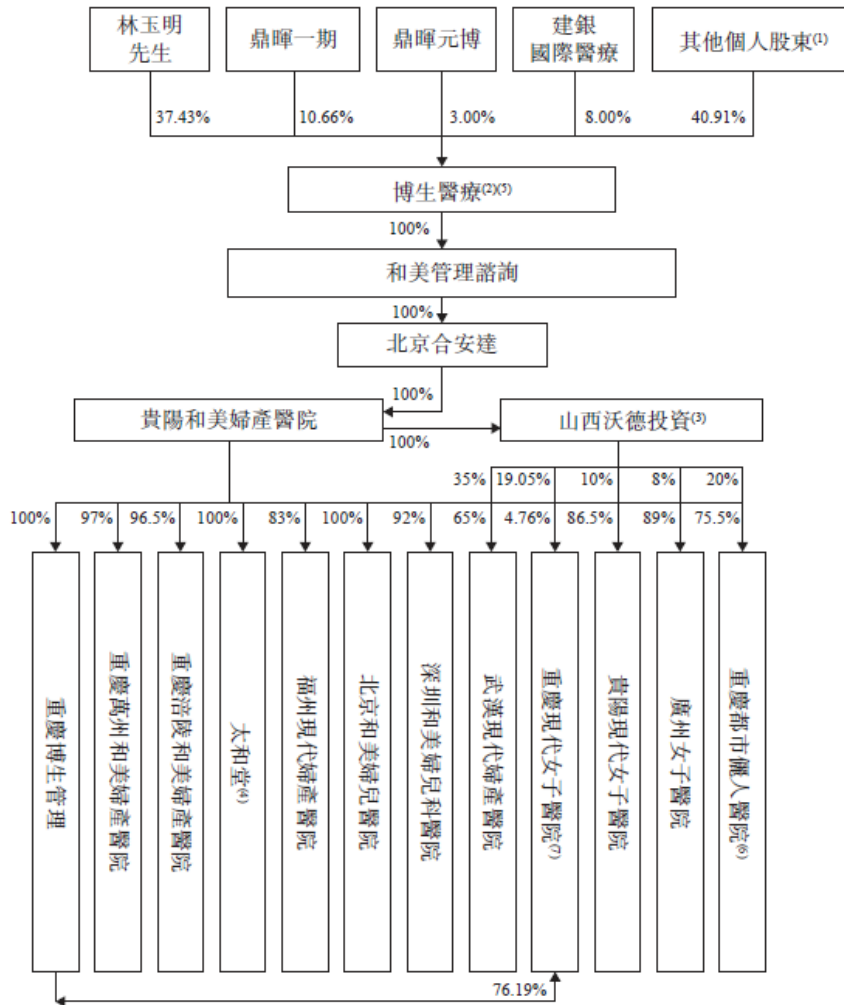
二、 和美医疗案例

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：

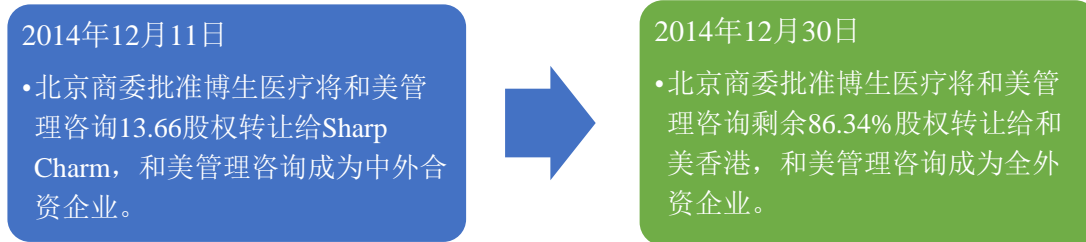


涉及贵阳和美医院的最终股东性质变化的重组环节发生在 2014 年 12 月，境外红筹架构搭建前，和美管理咨询是一家纯内资企业。

《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

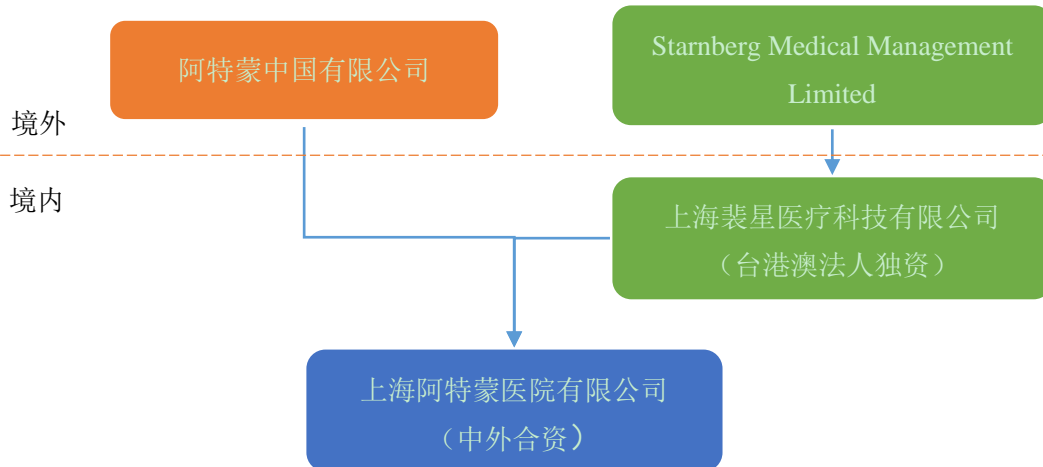
与前两家作为上市公司具有天然的聚光灯效应不同，阿特蒙医院之所以值得研究，乃在于它被称为中国大陆的第一家外资（除台港澳）独资医院。

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。

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。

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 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）？

《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。

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《汉坤专递》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，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街 1 号东方广场办
公楼 C1 座 906 室

邮编：100738

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路 1266 号
恒隆广场 5709 室

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区中心四路 1-1
号嘉里建设广场第三座 21 层 03 室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏悃道 10 号和记大厦
20 楼 2001-02 室

陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com