

未经审批以外商投资企业股权出质，质权能否有效设立？

作者：梅亚君 / 陈博 / 唐榛侃

(注：本文原稿撰写于《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》和《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》的公布之前。由于外商投资企业备案制改革对外商投资企业股权质押问题有直接影响，在上述法规公布后，本文进行了相应的修改，于文末对外商投资企业备案制改革的相关内容进行了讨论。)

2016年4月29日，国家工商行政管理总局(下称“工商总局”)公布了《国家工商行政管理总局关于废止和修改部分工商行政管理规章的决定》(下称“第86号令”)，删除了其于2008年9月1日公布的《工商行政管理机关股权出质登记办法》(下称“《登记办法》”)第五条中“以外商投资的公司的股权出质，应当经原公司设立审批机关批准后方可办理出质登记”的规定。根据这一修改，办理外商投资的公司的股权质押不再需要向其原审批机关申请审批，即可直接到工商行政管理机关办理登记。但是，对外经济贸易合作部(现商务部)和工商总局于1997年5月28日发布的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》([1997]外经贸法发第267号)(下称“《若干规定》”)中的相关内容尚未作相应修改。根据《若干规定》，外商投资企业的投资者与质权人签订股权质押合同后，应报原审批机关审查批准，未按规定办理审批和备案的质押行为无效。因此，工商总局这次单方面发文可能导致外商投资的公司股权质押审批出现法规和实务层面的偏差，即法规仍要求原审批机关先审批，但实务中原审批机关却可能不再接受审批申请。

如您需要了解我们的出版物，请与下列人员联系：

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

一、问题的产生

在第86号令公布前，《登记办法》第五条规定，“申请出质登记的股权应当是依法可以转让和出质的股权。对于已经被入

未经审批以外商投资企业股权出质，质权能否有效设立？

民法院冻结的股权，在解除冻结之前，不得申请办理股权出质登记。以外商投资的公司的股权出质，应当经原公司设立审批机关批准后方可办理出质登记。”第 86 号令删除了该条的最后一句，据此，外商投资的公司无需获得原审批机关的批准即可办理出质登记。

但是，《若干规定》第六条规定，“经企业其他投资者同意，缴付出资的投资者可以依据《中华人民共和国担保法》（下称“《担保法》”）的有关规定，通过签订质押合同并经审批机关批准将其已缴付出资部分形成的股权质押给质权人”。第十二条又规定，“未按本条规定办理审批和备案的质押行为无效。”此外，根据《中华人民共和国外资企业法实施细则》（2014 年修订）（下称“《实施细则》”）第二十三条的规定，“外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准并向工商行政管理机关备案。”

因此，根据修订后的《登记办法》，办理外商投资的公司股权质押登记不再需要原审批机关的批准；而根据《若干规定》和《实施细则》，批准是必须的，否则无效。值得注意的是，上述《登记办法》和《若干规定》属于部门规章，而《实施细则》属于行政法规。

对于此问题，我们电话咨询过多地商务部门，询问其是否还对外商投资的公司股权质押进行登记前的审批，所得答复不一。那么，未经原审批机关批准，直接根据修订后的《登记办法》在工商行政管理部门办理的股权质押登记效力究竟如何？请见下文分析。

二、质权是否有效设立？

1. 关于质押合同的效力

首先，股权质押合同何时生效？

《合同法》第四十四条规定，“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”在 2007 年《物权法》施行之前，根据《担保法》及其司法解释，有限责任公司的股权出质，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效；上市股份有限公司的股份出质，质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效；非上市股份有限公司的股份出质，质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。在河南万基铝业股份有限公司、万基控股集团有限公司与河南豫新投资有限公司一般股权转让侵权纠纷一案中，最高人民法院认为，案中所涉有限责任公司的股权质押合同自股权出质记载于股东名册之日起生效。

但是，2007 年《物权法》第十五条规定，“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不

未经审批以外商投资企业股权出质，质权能否有效设立？

影响合同效力。”第二十三条规定，“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。”据此，《物权法》确立了物权合同等原因行为与物权变动的区分原则。此外，《物权法》还规定，“担保法与本法的规定不一致的，适用本法。”就质押合同而言，全国人大常委会法制工作委员会在《中华人民共和国物权法释义》中则进一步明确质押合同自成立时生效。

综上，我们理解质押合同应自合同成立时生效。此外，在**中国铁路物资广州有限公司与何细战、湖南力邦物流有限公司等买卖合同纠纷、保证合同纠纷案**中，最高人民法院认为，股权质押合同自成立时生效，没有办理股权出质登记，质权未设立，但不影响股权质押合同的效力。

同时，《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》(下称“《若干问题的规定(一)》”)规定，“外商投资企业股东与债权人订立的股权质押合同，除法律、行政法规另有规定或者合同另有约定外，自成立时生效。未办理质权登记的，不影响股权质押合同的效力。”《若干问题的规定(一)》也从司法解释的层面再次明确了股权质押合同成立即生效。综上，外商投资的公司的股权质押合同应当于成立时生效。

其次，股权质押合同生效后，是否会被认定为无效？

由于《若干规定》是部门规章，故不能依据《合同法》第五十二条第五项“违反法律、行政法规的强制性规定”认定合同无效。此外，我们认为，《若干规定》的效力也不足以替代《物权法》与《担保法》对股权质押合同生效的具体规定。¹而且，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释[1999]19号)，“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”

《实施细则》属于行政法规，但其第二十三条并非强制性规定。**首先**，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号)，“强制性规定”应指效力性强制性规定。**其次**，关于一项强制性规定是否属于效力性强制性规定，实务中有法官认为，“在肯定性识别上，首先的判断标准是该强制性规定是否明确规定了违反的后果是合同无效，如果规定了违反的后果是导致合同无效，该规定属于效力性强制性规定；其次，法律、行政法规虽然没有规定违反规定的后果将导致合同无效，但违反该规定如使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的，也应当认定该规定是效力性强制性规定。在否定性识别上，首先可以从强制性规定的立法目的进行判断，倘其目的是为了管理需要而设置，并非针对行为内容本身，则可认为并不属于效力性强制性规定。”²根据上述观点，《实施细则》第二十三条的规定属于对外资企业管理性强制性规范，而非效力性强制性规范。此外，《若干问题的规定(一)》也规定“当事人仅以股权质押合同未经外商投资企业审批机关批准为由主张合同无效或未生效的，人民法院不予支持”。因此，即便外资企业股权质押合同未经商委的批准，也不会导致该合同无效。

未经审批以外商投资企业股权出质，质权能否有效设立？

综上，我们得出初步结论：对于外商投资的公司，股权质押合同未按照《若干规定》经原审批机关批准，其仍是成立生效且不会被认定为无效。外资企业的股权质押合同未按照《实施细则》经原审批机关批准，也不会致使其无效。

2. 质押行为的有效性及其设立

根据《物权法》的规定，“以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。”根据《若干问题的规定(一)》“股权质押合同依照物权法的相关规定办理了出质登记的，股权质权自登记时设立。”因此，以外商投资的公司股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时便设立。

但是，根据《若干规定》第三条与第十二条，未经审批的股权质押行为无效，即设立物权的行为无效。对此，我们理解《若干规定》的此项要求与《物权法》的规定相违背。其一，《物权法》第二百二十六条对于质权设立的规定是封闭性的，未允许其他法律法规对其进行补充；其二，《若干规定》作为部门规章，其效力是不足以替代《物权法》的相关规定的。同理，亦不能依据《实施细则》第二十三条认定未获审批的外资企业股权质押行为无效。综上，股权质押的设立应当以《物权法》规定为准，即质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

3. 质权的实现

当质权人需要实现质权时，根据《若干规定》，外商投资企业的股权变更仍需经原审批机关审批。由于第86号令仅修改了外商投资企业股权质押登记的规定，不影响外商投资企业股权变更登记程序，故我们理解在实现质权时原审批机关的审批仍是登记的必经前置程序。

4. 《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》将产生的影响

在本文原稿完成后，商务部公布了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》(下称“《暂行办法》”)作为《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》的配套措施，其主要精神为简政放权、放管结合、协同监管，并就适用范围、备案程序、监督检查、法律责任等内容做出规范。此次外商投资企业备案制改革对我们所讨论的问题有直接影响。

根据《暂行办法》第六条的规定，属于备案范围内的外商投资企业的变更事项将由审批制改为备案制，外商投资企业指定的代表或委托的代理人在变更事项发生后30日内通过备案系统办理变更备案手续。值得注意的是，相较之前公布的《暂行办法》征求意见稿，《暂行办法》第六条

未经审批以外商投资企业股权出质，质权能否有效设立？

第(三)款删除了“包括股权质押”的表述，故《暂行办法》中未明文规定外商投资企业的股权质押应当使用备案制。此外，一同公布的《外商投资企业变更备案申报材料》中的《外商投资企业变更备案申报表》未将股权质押列为变更备案的勾选项。但是，结合外商投资企业备案制改革的整体思路，我们理解外商投资企业的股权质押属于应当备案的变更事项，备案申报涉及的《外商投资企业备案申报表》勾选项问题可以通过在描述栏进行说明解决。此观点也在我们与相关商务部门的沟通中得到印证。

必须提及的是，《暂行办法》规定的备案制属于告知性备案，不是登记的前置条件。结合前文的论述，我们认为未备案的股权质押，其效力仍不受影响。但是，《暂行办法》也对未履行备案义务的法律义务做出了明确规定：如果外商投资企业未履行相关义务，备案机构应责令限期改正；逾期不改正或情节严重的可能被处罚款。

三、结论

我们认为，本次修订后的《登记办法》简化了外商投资公司的股权质押流程。根据前文的讨论，《若干规定》和《实施细则》并不能作为认定股权质押合同的效力的依据。以有效的股权质押合同为前提，由工商行政管理部门直接办理登记而设立的质权合法有效。《暂行办法》明确了备案范围内的外商投资企业的变更事项实行备案制，我们理解未经备案同样不影响股权质押合同的效力与质权的有效设立。

未经审批以外商投资企业股权出质, 质权能否有效设立?

如需进一步信息, 请联系:

作者	
梅亚君 电话: (86 21) 3135 8669 michael.mei@llinkslaw.com	陈博 电话: (86 21) 3135 8736 brian.chen@llinkslaw.com
唐榛侃 电话: (86 21) 3135 8718 kristy.tang@llinkslaw.com	

上海	
秦悦民 电话: (86 21) 3135 8668 charles.qin@llinkslaw.com	梅亚君 电话: (86 21) 3135 8669 michael.mei@llinkslaw.com
夏亮 电话: (86 21) 3135 8769 tomy.xia@llinkslaw.com	
北京	
秦悦民 电话: (86 10) 8519 2266 charles.qin@llinkslaw.com	
香港(与张慧雯律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕红 电话: (86 21) 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com
谢岚 电话: (86 21) 3135 8688 amigo.xie@llinkslaw.com	

本篇文章首次发表于《无讼阅读》(2016年10月5日)。

1. 在上海市高级人民法院于2001年审结的上海浦东发展银行股份有限公司诉八佰伴(上海)有限公司等借款合同案(2001)沪高经终字第223号中, 双方就八佰伴集团公司对其拥有的八佰伴南方商城股份出质的有效性问题产生争议。上海市高级人民法院认为, 虽然《若干规定》规定企业投资者与质权人签订股权质押合同后将有关文件报送原审批机关审查, 未按规定办理审批和备案的质押行为无效, 但是该规定仅属部门规章, 不能替代《担保法》的有关规定。因此, 上海浦东发展银行股份有限公司与八佰伴集团公司对股份出质未办理登记, 不影响质押合同本身的效力。
2. 参见崔学杰、何云:《论对涉及违反管理性强制性规范合同所作出的外国仲裁裁决的承认和执行》, 载《北京仲裁》, 2010年第2期。

免责声明: 本出版物仅代表作者本人观点, 不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。