

上市公司董事违反受托义务之 司法审查*

——基于行为保全的事前救济视角

曹晓路**

摘要:我国上市公司治理实践中存在董事对公司整体利益维护义务缺失、内部董事在控制权争夺时中立义务违背、独立董事对实际控制人监督义务缺位等制度实践困境。而商业判断规则、整体公平规则、强化审查规则构成特拉华州法院审查董事违反受托义务适用的三大规则,根据特拉华州公司法,在董事违反受托义务的情形下,公司、股东以及债权人不仅能通过司法审查的方式获得事后救济与赔偿,也能通过向法院申请禁止令的形式,通过司法审查在事前救济阶段的介入,实现预期利益之防御。《民事诉讼法》第103条确立了行为保全制度,实践中行为保全申请常见于知识产权与海商事案件中,在我国公司法语境中,尤其是董事违反受

* 本文系2022年西安交通大学中央高校基本科研业务费专项科研项目(SK2022034)、国家社科基金一般项目“公司双层股权结构的法律构造研究”(19BFX131)阶段性研究成果。

** 西安交通大学法学院助理教授、硕士研究生导师,法学博士。

托义务之情形下,由股东、债权人提出的行为保全申请寥寥无几。究其原因主要是行为保全的制度在适用上还存在若干困境,通过合理的制度设计能够实现公司、股东以及债权人对董事违反受托义务的预期利益之防御。

关键词:董事受托义务 司法审查 行为保全 事前救济

上市公司董事是上市公司重大事项决策、重大利益实现的关键角色,资本市场中“万科股权之争”“瑞幸咖啡财务造假”“康美药业财务造假”等标志性案件暴露出我国上市公司董事违反受托义务侵权的情形较为突出。与私人公司中公司董事侵权利益情形不同的是上市公司董事违反受托义务的侵权后果往往及于中小股东、债权人等不特定的对象,而且具有较强的时效性特征与损害结果不可逆、损失填补与修复艰难的特征。例如,在“万科股权之争”中,公司内部董事与独立董事所采取的反收购措施导致上市公司股价下跌,此时中小股东很难基于现行公司法规则主张民事赔偿,即便后期主张民事赔偿也可能由于损失无法精确计算而不了了之。又如,在上市公司的财务造假案件中,由公司内部董事策划实施的财务造假行为一旦发生并被查处,中小股东及债权人虽然可以对公司董事提起民事诉讼请求赔偿,但结果往往是该公司及实施造假行为的董事因为财务造假行为股价暴跌资不抵债、董事个人无力履行赔偿责任。概言之,本文试图解决过往上市公司董事违反受托义务案件中“重事后赔偿、轻事前救济”的现象,探讨通过建立对上市公司董事违反受托的义务的司法审查规则来实现行为保全的事前救济效果。

一、我国上市公司治理中董事违反受托义务之制度救济困境

在我国公司治理实践中,董事会是整个公司法体系下负责公司治理最为核心的机构。在2016年的“万科股权之争”中,万科的内部董事集体质疑并公开诉诸媒体拒绝已成为公司第二大股东的宝能系进入公司董事会,同时公司内部董事还质疑宝能系持股合法性,这种内部董

事与外部大股东之间的公开博弈攻防的案例在我国公司法治理史中较为罕见。以下通过分析董事受托义务的范围及违反司法审查的方式与后果,借助行为保全制度的基本法理构建董事违反受托义务的事前司法救济渠道。

(一)董事对公司整体利益维护义务之缺失

在我国《公司法》中董事会作为公司最高权力机关股东大会的执行机关,负责公司治理中所有核心权力事项。董事参与董事会的任何决策事项都存在代理成本,其成本本质上由全体股东均摊,那么在此情形下董事参与董事会决策所形成的决议具有行动上的一致性。^[1]董事个人对特定事项的发言必须符合公司的整体利益,例如在“万科股权之争中”无论是内部董事还是独立董事都采用了多种媒体手段发声,发表自己对公司控制权之争的看法,但是相关意见的发表具有很强的个人主义色彩,由此给万科的股价带来了短期大幅波动,那么此种情形下董事个人对公司重大特定利益事项发表意见时必须受到权利约束。^[2]《公司法》上的公司利益指代公司的整体利益也即全体股东的共同利益,在上市公司中最直观的表现就是公司经营业绩持续向好,股价持续上涨。在公司出现财务危机濒临破产重整时,董事对公司利益的维护还意味着应当维护公司全体债权人利益。^[3]在《公司法》中,董事还有支持并容忍公司股东行动自由的义务,董事对股东权利的任何限制性措施及审查措施都必须是基于股东的行为直接违反了《公司法》上的强制性规范从而损害公司的整体利益,否则董事无权限制股东的行动自由。在我国上市公司的治理实践中,由于大股东“一股独大”情形的存在,董事会的大多数董事包括内部董事与独立董事均由大股东提名,当大股东利益与公司整体利益趋同时,这种治理结构具有决策高效、执行果断的优点。但当特定项上大股东利益与公司整体利益、中小股东利益相左时,这种治理架构下,董事就无法履行维护公司整体利益之义务。

[1] 参见林少伟:《董事横向义务之可能与构造》,载《现代法学》2021年第3期。

[2] 参见叶林:《董事忠实义务及其扩张》,载《政治与法律》2021年第2期。

[3] 参见吕成龙:《上市公司董事监督义务的制度构建》,载《环球法律评论》2021年第2期。

(二) 内部董事在控制权争夺时中立义务之违背

根据我国现行《公司法》《证券法》《上市公司章程指引》等规定,董事是上市公司治理中参与度最深的角色,在上市公司的重大决策事项上具有特殊的权利义务体系,因此董事在上市公司面临控制权争夺及控制权更迭时必须平等地对待所有的股东。^[4] 事关公司控制权争夺的特定事项上,一旦大股东经过法定程序投票作出决策,公司内部董事必须严格恪守执行者的角色。在涉及控制权更迭等事项上,公司内部董事的中立性义务尤为突出,此时内部董事对外部股东的所谓监督限制措施必须受到约束。^[5] 在我国上市公司治理实践中,公司内部董事往往由大股东提名,在绝大多数情形下,内部董事与大股东利益高度趋同,在公司重大决策事项上也存在一致行动的关系。那么在面对公司控制权更迭等特定事项时往往就会出现内部董事违反中立义务,对公司外部股东参与公司治理以董事监督之名进行过度干预,从而产生反收购的效果以忠实于公司原来的大股东及实际控制人。^[6] 但这种情形下的董事的“忠诚”并不构成履行《公司法》意义上的忠实义务,相反,这种“忠诚”直接导致了内部董事在控制权争夺时中立义务之违背。例如在“万科股权之争中”,公司内部董事的反收购决策不仅不代表公司大股东利益(当时万科不存在真正意义上的具有实际控制权的大股东),亦不代表公司中小股东的意志,更多地代表公司原有高管及创始职业经理人团队自身的利益。从后来控制权争夺的结果来看,内部董事在控制权争夺时中立义务之违背行为并未被约束,相关的中立义务规则亦未被确立,需要在后期的相关规则设计中加以完善。

(三) 独立董事对公司控制人监督义务之缺位

我国从2001年开始从美国引入独立董事制度以期加强对公司大股东、实际控制人、内部董事、高管及职业经理人团队的监督,但是基于

[4] 参见刘斌:《重塑董事范畴:从形式主义迈向实质主义》,载《比较法研究》2021年第5期。

[5] 参见郑或:《上市公司实际控制人法律责任的反思与构建》,载《法学研究》2021年第2期。

[6] 参见缪因知:《董事“监督”公司外部股东时的义务》,载《南京师大学报(社会科学版)》2022年第2期。

目前上市公司的治理实践,前述制度设计目标未能得到有效实现。^[7]在美国上市公司治理实践中,由于美国大多数上市公司的股权高度分散,股东代理成本降低的同时也带来了上市公司内部人控制治理的隐患,为此美国大多数上市公司通过将上市公司董事会三分之二的董事席位赋予独立董事来保证董事会独立地履行监督公司内部董事及高管团队的职能。但在我国的上市公司治理实践中,与美国截然相反,我国上市公司的股权高度集中且“一股独大”现象普遍。^[8]我国上市公司独立董事通常由大股东提名,独立董事的薪酬也由上市公司自行确定,从而导致了独立董事群体在人事任免与薪酬发放上高度依赖于公司大股东,因而独立董事的独立监督权利受到限制,在涉及公司控制权之争时,前述独立董事往往与提名其任职的大股东、实际控制人存在一致行动的关系,无法发挥其对大股东、公司实际控制人的监督作用。^[9]甚至在多数情形下,独立董事已经逐渐异化为与公司内部董事在决策表决事项上高度趋同的特定群体。“万科股权之争”中,公司的独立董事就几乎无法起到有效监督公司内部董事及高管团队的功能,甚至还出现了独立董事在特定表决事项上与公司存在利益冲突的情形,这显然违背了独立董事设立的监督义务初衷。值得庆幸的是“康美药业独董天价赔偿案”后,独立董事职能重置与提名、任命、薪酬、决策规则的重构可能使独立董事制度重新迎来新的曙光,我国上市公司独立董事的特定监督义务缺位问题也可能得到解决。

二、普通法系中上市公司董事违反受托义务之审查规则

根据英美公司法的观点,董事被认为具有与信托受托人相似的法律地位,所以被课以与信托受人类似的受托义务(fiduciary duty),受

[7] 参见郭富青:《我国独立董事的制度悖论、缺陷与解决途径——对“康美药业案”引发的独立董事辞职潮的思考》,载《学术论坛》2022年第1期。

[8] 参见冷静:《康美启示:证券集团诉讼首案的制度突破与未尽议题》,载《中国法律评论》2022年第1期。

[9] 参见李曙光:《康美药业案综论》,载《法律适用》2022年第2期。

托义务同时也是美国公司法中最重要的概念之一。^[10] 在理论上审查规则(standard of review)主要是法院对行为人的特定行为进行司法审查时判断特定行为人是否需要承担相应责任的规则。在美国公司法理论框架下,董事的忠实义务、注意义务在性质上被认定为行为规则。美国法院审查董事是否履行受托义务时所援引的商业判断规则(business judgment rule)、整体公平规则(entire fairness)、强化审查规则(enhanced scrutiny)则构成审查规则。

(一) 商业判断规则

特拉华州法院在运用商业判断规则审查董事是否违反受托义务时,一般仅从形式与逻辑上审查该名董事是否尽到追求公司利益的义务,在这一标准下,法院会最大限度地尊重董事基于一般谨慎下作出的商业判断。^[11] 美国公司法和判例法的指导性思想是“董事优先”(director primacy),出于鼓励董事大胆决策、勇于追求风险的目的,商业判断规则作为一项董事责任避风港的规则被确立下来。考虑到商业决策的专业性,法官缺乏审查的专业知识,容易受到事后偏见的影响,从而打击董事群体勤勉尽责的积极性。通常商业决策的结果往往无法符合决策时的预期,但这并不构成董事违反受托义务的事由。

特拉华州法院在利用商业判断规则审查董事决策时有严格的程序要件保证。这一严格程序是建立在理性经济人假设的基础上,即法院会推定董事作出某项商业决策是立足于充分的决策信息,且完全善意地认为其决策符合公司的最大利益。^[12] 因此针对董事的决策是否受到商业判断规则的保护,主张由原告方来承担举证责任。原告需证明:首先,董事的该项决策并非出于善意的目的;其次,董事在这项决策上存在利益冲突,具体表现为存在关联关系或在决策时丧失了独立性;最后,董事在作出该项决策时已经不具备理性,即已经不符合一般公众对

[10] 参见梁爽:《美、日公司法上的董事合规、内控义务及其对我国的启示》,载《中外法学》2022年第2期。

[11] 参见翁小川:《商业判断司法谦抑规则研究》,载《政法论丛》2021年第4期。

[12] 参见王建文:《论董事“善意”规则的演进及其对我国的借鉴意义》,载《比较法研究》2021年第1期。

于理性经济人决策的合理期待。^[13] 针对以上三点的任一指控成立,即可突破商业判断规则的约束进入下一个审查程序。^[14] 如果董事被证明决策并非出于善意的目的,则构成董事违反积极忠诚义务的情形,依照 *Disney* 案所确立的判例承担责任。^[15] 如果董事被证明在决策事项上存在利益冲突,则将进入整体公平规则中进行审查。如果董事被证明在决策时不具备理性,即存在重大过失,则视为对注意义务的违反。^[16] 总的来说,如果原告无法证明董事在决策时存在以上三点中的任一情形,则法院会尊重董事基于推定善意下所作出的商业判断。

必须指出的是,在审查董事是否违反受托义务时,商业判断规则必须是优先第一顺位适用的审查规则,只有在极端特殊的情形下才可能跳过商业判断规则而适用其他审查规则。^[17]

(二) 整体公平规则

当董事被证明存在利益冲突时,此时特拉华州最高法院会把审查规则范围从商业判断规则转为整体公平规则。在整体公平规则中,董事在决策事项上具备利益冲突是触发整体公平规则的前提。在董事会决策过程中,若具备利害关系的董事占总数的一半及以上,那么毫无疑问这些董事可以左右决策的结果,直接触发整体公平规则。但是若具备利害关系的董事数量,低于董事会总数的一半,如果法院认定该决策事项属于董事决策的重大事项,依然触发整体公平审查规则,原因在于个别董事在决策中可能存在“搭便车”的现象。^[18] 一旦法院启动整体公平审查规则,具备利害关系的董事必须证明该笔交易属于公平交易(fair dealing),并且支付了公平价格(fair price)。^[19] 审查交易是否属

[13] See *Holland*, supra note 44, at 700 (citation omitted).

[14] See *Weinberger*, 457 A.2d, at 710.

[15] See Stephen M. Bainbridge, *Corporate Governance after the Financial Crisis*, Oxford University Press, 2012, p. 88-89.

[16] See *Stone*, 911 A.2d, at 369-70.

[17] See *Omicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 927 (2003); *Trados*, 73A.3d, at 44.96 Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 Vand. L. Rev.

[18] See *Allen et. al*, supra note 12, at 875; *Trados*, 73 A.3d, at 44.

[19] See *Weinberger*, 457 A.2d, at 711.

于公平交易,目的在于保证交易过程的公平,审查内容包括该交易的发起缘由、交易时机、交易架构、协商过程、披露机制以及以何种方式取得董事会及股东大会的同意等。而公平价格审查的重点在于交易对价的是否公平,在上市公司收购、兼并、重组过程中,公平价格审查必须综合考量公司的资产负债、公司市值、营收状况、未来估值等多个方面。不同于商业判断规则对董事主观状态进行审查,公平交易及公平价格审查只涉及客观层面,不考虑主观因素,若客观上认定不属于公平交易,那么即可认定董事决策违反整体公平规则。

在商业判断规则审查中,法官一般会尊重董事在推定善意下所作出的商业判断,即尽可能考虑董事在作出决策时的主观状态。而在整体公平审查规则下,审查内容既包括实体层面,也包括程序层面,所以整体公平审查规则也被称为特拉华州公司法中最为严苛的审查标准。^[20] 整体公平审查规则主要针对董事忠诚义务中的消极方面,即董事有不作为的义务来力图避免利益冲突。而针对董事忠诚义务中的积极方面,即董事有积极作为的义务来追求公司利益的最大化,不在整体公平规则审查范围之内。

(三) 强化审查规则

由于整体公平规则的审查范围过于严苛,特拉华州法院在整体公平规则的基础上制定出一种折中的审查规则即强化审查规则。董事在决策过程中是否存在利害关系,其证明责任划分一直以来都是难题。因为在强化审查规则下,董事在被要求证明其是否存在利害关系时,仅需要证明其作出的行为恰当且符合合理期待,其行为的目的是维护公司的利益而非利己,也即强化审查规则下主要考察董事在作出决策时的行为与动机。

强化审查规则审查的范围主要是董事无须经过股东会授权可单方作出决策的行为。即便在决策时董事具备独立性且不具备利害关系,其决策也有可能受到有利害关系之董事的影响,因此在强化审查规则下,该名董事需负举证责任。特拉华州法院强化审查规则主要包含以下四种规则:

[20] 参见丁勇:《董事执行股东会决议可免责性研究》,载《法学》2020年第5期。

第一种是股权高度分散的公司出售时所必须履行的 Revlon 规则。在 1985 年 *Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings* 案中, Pantry 公司拟收购 Revlon 公司, Revlon 公司董事采取“毒丸计划”进行反收购, 并寻求白衣骑士 Forstmann 公司进行竞购。随后被 Pantry 公司起诉至特拉华州最高法院, 特拉华州最高法院认为从 Revlon 公司董事会被授权与 Pantry 公司进行谈判时开始, Revlon 公司董事的受托义务内容发生了变化, 此时 Revlon 公司董事不需要基于控制权维持的目的来维系公司的存在, 而是应当基于全体股东的利益寻求最高出价者收购公司。换言之, 此时董事的身份已经由公司的防御者、保护者转变为拍卖者, 谋求“价高者得”。^[21] 第二种是公司面临敌意收购时 Unocal 规则。在 Unocal 案中, 特拉华州法院允许董事在公司面临敌意收购时, 可以采取相应的措施进行防御。但是这种防御必须经过法院的合理性审查 (reasonableness test) 与比例性审查 (proportionality test)。在合理性审查下, 董事需证明敌意收购的威胁真实存在, 董事基于善意的目的已经做了大量的尽职调查后认为该项敌意收购会对公司长久造成威胁。在确认威胁存在后, 法院进一步就其防御措施进行比例性审查, 法院首先会判断董事所采取的反收购防御措施是否过于严苛, 如果这个防御措施被证明是唯一可以被股东接受的措施, 那么法院会认定该项防御措施对全体股东具备强制性。^[22] 如果这个防御措施被证明实施后将阻却敌意收购方的一切收购可能, 那么该项措施将被认定为具备排他性 (preclusive),^[23] 法院将认定董事的上述行为违反注意义务, 其采取的反收购措施无效。第三种是上市公司并购交易中签订交易协议时的 Omnicare 规则, 在上市公司收购、兼并过程中, 往往收购方与被收购方会签订交易保护协议, 一来保证守约方能够向违约方寻求经济补偿, 二来交易保护协议避免第三方恶意介入而导致收购无法完成。特拉华州最高法院在 Omnicare 案中认为董事与收购方签订交易保护协议, 若没有得到董事会授权, 则上述交易保护协议与敌意并购反收购措施类似,

[21] See 506 A. 2d. 173 (Del 1985).

[22] See *Air products and Chemicals, Inc. v. Airgas*, 16A. 3d48, 57 (Del. Ch. 2011).

[23] See *Paramount Commc'ns, Inc. v. Time, inc*, 571 A. 2d. 1140 (Del. 1989).

适用上文的 Unocal 审查规则,主要审查交易保护协议是否具有强制性与排他性,是否符合合理期待。^[24] 如果审查中发现具备强制性与排他性或不具备合理性的情形,那么该交易保护协议无效。第四种是由股东投票权妨害所衍生的 Blasius 规则,在 Blasius 案中,Blasius 公司拟并购 Atlas 公司,故提议修改公司章程,将公司董事会的席位由 7 席增加到 15 席,前期 Blasius 公司通过增持已成为大股东,Atlas 公司现任董事会趁 Blasius 公司在履行增持手续的时间差内,抢先改选董事会并将董事席位仅增加至 9 席,最终成功阻止了 Blasius 公司控制董事会的目的。特拉华州最高法院认为虽然缩短董事会筹备时间,提前召开董事会不违反特拉华州公司法,但是该不当行为 (inequitable action) 不能因其在法律上被默许为合法而被认定为有效,董事维护其控制权的手段不能与公司的民主运作机制相违背。该案中存在目的不当行为,当董事有阻碍股东投票权行使的行为时,董事必须证明其目的基于强烈的正当性 (compelling justification),^[25] 否则视为违反受托义务,行为无效。

三、行为保全的制止功能:董事违反受托义务之事前救济

我国 2005 年《公司法》修改中引入了美国法中受托义务体系下的忠实义务与勤勉义务。在我国现行《公司法》第 147 条、第 148 条中规定了董事的忠诚、勤勉义务,并采用列举的方式阐述了违反忠实义务的情形。第 149 条规定董事违反忠实、勤勉义务应该对公司承担赔偿责任。^[26] 但这种损害赔偿属于事后救济,多表现为财产上的损失填补。但在美国法上,董事违反受托义务,作为原告的当事人所能采取的救济途径不仅仅只包含由财产上的赔偿责任所得到的事后救济,也包括通过禁止令的形式所得到的事前救济。法院会通过禁止令的形式裁定被

[24] See *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818A. 2d914, 932 (Del. 2003).

[25] See *Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp.* 564A. 2d 651, 654 - 55 (Del. 1988).

[26] 参见《公司法》第 149 条:“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”此处董事作为赔偿义务主体,其赔偿对象为公司,但究其赔偿的性质尚无定论。

告为一定行为或不为一行为来实现原告的诉前利益保全。而我国《民事诉讼法》在2012年修订过程正式引入了“行为保全”制度,在现行《民事诉讼法》第103~111条中对行为保全制度的申请、担保、裁定、执行等环节进行了规定。^[27]目前学界对行为保全制度的研究更多聚焦于知识产权、海商法等领域。在我国现行《公司法》与《证券法》框架下,针对上市公司收购与反收购、兼并重组案件中的董事违反受托义务情形能否寻求司法审查的介入,能否寻求事前救济,能否借助《民事诉讼法》上的行为保全制度来实现诉前利益的保全等问题尚不明确。

(一) 公司法语境下的行为制止请求权

根据现行《公司法》第149条,董事违反忠实、勤勉义务,造成公司利益受损,应该承担赔偿责任。这一损害赔偿适用以造成公司利益损失为前提,属于事后救济范畴。若董事的上述行为是在损害尚未发生或者正在发生中,能否援引《公司法》第149条寻求事前救济?我国台湾地区“公司法”第149条规定,董事会决议,为违反法令或章程之行为时,继续一年以上持有股份之股东,得请求董事会停止其行为。^[28]关于公司法理论上的行为制止请求权,有学者认为属于单独股东权、固有权以及共益权。^[29]按照我国台湾地区“公司法”第149条的理解,无论是董事会还是董事,股东行为制止请求权行使的前提是董事会或董事存在违反法律规定或公司章程的行为。那么董事违反受托义务是否属于上述情形?通说认为董事违反受托义务当然构成对公司法强制性规范的违背,即此时的公司或股东享有行为制止请求权。而在美国法上关于董事违反受托义务的行为制止请求权,则通过禁止令的形式来实现事前救济,德国法则通过“假处分”的行为来实现行为保全,英国法更多采用临时禁止令的形式,这一点与美国类似。英美法院一般在签发禁止令时会考量签发与否对申请人利益之损害保护是否超过相对人之利益损害。当申请人有足够的证据证明其将遭受董事违反受托义务之行为所带来的不可挽回的损失时,特拉华州法院通常情况

[27] 参见吴英姿:《民事禁令程序构建原理》,载《中国法学》2022年第2期。

[28] 参见陈彦良:《企业并购中目标公司之董事责任》,载《台北大学法学论丛》第89期。

[29] 参见柯菊:《股份有限公司股东之违法行为制止权》,载《法令月刊》第25卷第8期。

下会签发临时禁止令来阻却损失的发生。

(二) 行为保全在公司法司法审查实践中的适用

根据现行《民事诉讼法》第 103 ~ 111 条,根据利害关系人的申请,如证明当事人一方的行为可能导致判决难以执行或可能造成其他损害的,人民法院可以责令一方当事人为一定行为或禁止其为一定行为。在中水(西安)环境科技有限公司、许某某与(株)韩某变更公司登记纠纷案中,法院认为所涉及的诉讼标的是行为而非财产,双方所申请禁止的行为均不会导致判决难以执行,双方也均未提交充分证据证明可能因对方当事人的行为造成其他损害,故对其行为保全申请未予准许。^[30] 在东莞市天益生物工程有限公司与杨某损害公司利益责任纠纷案中,针对董事杨某可能存在竞业禁止的情形以及损害公司利益的行为,一审法院根据申请作出了行为保全裁定,禁止杨某作出损害公司财产的行为。但在我国司法实践中,行为保全更多被适用于知识产权、海商事案件的诉前保全裁定。^[31] 早在 2012 年《民事诉讼法》修订前,在我国知识产权类侵权纠纷中,最高人民法院就曾采用“诉前禁令”做法,责令当事人在诉前停止有关行为。^[32] 尽管我国的行为保全制度与英美法上的禁止令制度有相似的地方,但在很多方面存在不同,英美法上的禁止令主要针对行为人的行为,不产生物权处分效力,当事人如果

[30] 参见陕西省高级人民法院:中水(西安)环境科技有限公司、许某某与(株)韩某变更公司登记纠纷二审民事判决书,案号:(2017)陕民终 37 号,2017 年 7 月 3 日。该案中,法院否决原告行为保全申请的理由是根据《民事诉讼法》第 103 条的规定,人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,根据对方当事人的申请,可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。本案所涉及的诉讼标的是行为而非财产,双方所申请禁止的行为均不会导致判决难以执行,双方也均未提交充分证据证明可能因对方当事人的行为造成其他损害,故对于韩某的诉讼禁令申请及中水公司的行为保全申请一审法院均未予准许。

[31] 参见广东省东莞市中级人民法院民事判决书,(2016)粤 19 民终 3738 号。这是目前裁判文书网仅有的可以检索到董事、高管因违反竞业禁止的忠实义务,而被公司申请行为保全的判决书。本案中一审法院作出了行为保全裁定,禁止杨某搬离天益发酵公司所有的位于东莞市松山湖的公司财产的行为。

[32] 参见宾岳成:《禁止令性质的行为保全裁定之考量因素及保障措施——我国知识产权诉讼首例禁止令裁定解读》,载《法律适用》2021 年第 4 期。

违反法院签发的禁止令,将构成“藐视法庭罪”被定罪量刑。而在我国的行为保全实践中,法院针对行为人作出的行为保全裁定往往需要借助间接的手段来执行,如通过司法拘留或罚款等途径来威慑行为人遵守法院的行为保全裁定。^[33]而在德国法中与行为保全相对应的概念是假处分,这一概念为我国台湾地区的“民事诉讼法”所吸收。假处分的目的在于维持现状,保障当事人权利的临时稳定。从目的来看,假处分通常具备防御性质,一般理解为对民事权利的一种预防性保护的措施。

(三) 公司法语境下行为保全适用困境

2012年《民事诉讼法》修改虽然引入了行为保全制度,但行为保全制度在公司法案件适用中却鲜有出现。根据现行《民事诉讼法》第103条的规定,我国行为保全制度的裁判方式是裁定,也就意味着裁定并不涉及对实体问题的审查,其仅就程序问题进行审查。而在我国的民事诉讼审判实践中历来都是“重实体轻程序”,这就导致了行为保全申请在现实中的效果大打折扣,也造成立法、司法以及理论研究在行为保全问题上的割裂。^[34]根据对《民事诉讼法》第104条的理解,申请人应该在法院采取保全措施后的30日内提起诉讼或申请仲裁,如违反时限,行为保全解除。这也就意味着在我国的民诉法中行为保全仅仅只是作为后诉的一个前置程序,并未单独将其提升至美国法上“禁止令”和德国法上“假处分”的程序高度。具体到公司法上的行为保全适用难题,存在以下两个困境:首先,根据《民事诉讼法》第103条,法院必须自接到情况紧急的行为保全申请的48小时内作出裁定。在48小时的超短裁定时限内,面对公司法上复杂的利益冲突,法院司法审查的事前介入的限度把握上存在难题。^[35]与传统商标、专利纠纷相比,公司法上的行为保全案件裁定复杂度更高,诉前行为保全的申请范围也更广。法官需要根据利害关系人的申请在48小时内迅速做出裁定以实现对诉前利益的保障,而面对目前我国各级法院普遍存在的“案多人少”难

[33] 参见郭小冬:《诉讼保全的实体法视角及其展开》,载《北方法学》2021年第1期。

[34] 参见任重:《我国诉前行为保全申请的实践难题:成因与出路》,载《环球法律评论》2016年第4期。

[35] 参见毕潇潇:《利益衡量视角下行为保全适用条件研究》,载《当代法学》2019年第4期。

题,48小时的超短时限给法官办案带来了巨大压力,这也导致很多法官在诉前行为保全的裁定上采取了“用脚投票”消极态度。^[36]其次,根据《民事诉讼法》第104条第1款,利害关系人申请行为保全必须提供担保,不提供担保法院将直接裁定驳回申请。而在美国、德国的行为保全实践中,并非所有类型的行为保全申请都需要利害关系人提供担保。具体到公司法案件中,当上市公司的小股东利益遭受大股东以及董事、高管的预期侵害,向法院申请对公司大股东、董事、高管特定行为的行为保全时,法院根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第152条的规定,为避免出现“恶意申请”的情况,往往会要求小股东提供巨额担保。而大部分情况下,小股东无法提供巨额担保,这就形成一个悖论,即行为保全制度中的强制担保应该如何更合理的适用?是否应当区分不同的情形?在特定条件下法院是否可以裁定申请人不用提供担保?行为保全制度设计的初衷就是为债权人设置预防性的紧急权利保护,在公司法案件尤其是涉及董事受托义务审查的案件中更好地适用行为保全制度,可能不仅仅需要民事诉讼法上的理论创新,更需要结合公司法上的程序要件来实现。

四、司法审查的介入:上市公司董事违反受托义务之行为保全

目前我国公司法实践中鲜有,单独以董事违反受托义务可能导致公司、股东潜在利益受损而向法院申请行为保全的案例。在东莞市天益生物工程有限公司与杨某曦损害公司利益责任纠纷案^[37]中有相类似的情形,当事人申请了行为保全,但是法院审查范围却并不包括董事是否履行了受托义务。我国2005年《公司法》修改时并未直接系统引入美国公司法的受托义务体系,仅仅引入受托义务体系下的忠实、勤勉义务。而现行《民事诉讼法》行为保全的制度框架与司法实践尚不完

[36] 参见李曼:《民事行为保全担保制度的完善路径》,载《当代法学》2018年第3期。

[37] 参见东莞市天益生物工程有限公司等诉杨某曦公司利益责任纠纷二审民事判决书,案号:(2016)粤19民终3738号,2016年11月11日。

善,导致我国董事违反受托义务时公司、股东无法从程序法的角度得到事前救济。现实中董事违反受托义务从而导致公司、股东利益受损的案例比比皆是,在上市公司中这一现象也较为普遍。下文笔者将以上市公司收购与反收购为例,探讨如何通过事前救济的方式来实现原告方的诉前利益保全,如何从行为保全制度出发利用司法审查的方式对董事违反受托义务的行为进行限制,如何更好将《公司法》程序性条款与现行《民事诉讼法》相衔接以及如何进一步完善行为保全的制度设计,探索扩大其在公司法中的适用范围。

(一)上市公司董事违反受托义务之行为保全适用

美国公司法规定如果董事存在违反受托义务的情形,但这一义务的违反尚未导致公司、股东的实际利益受损,为防御可能发生的利益损害,一方当事人有权向法院申请临时禁止令或永久禁止令,来防御其可能存在的利益损失。以上市公司收购与反收购案件为例,根据我国《民事诉讼法》第103~111条的规定,上市公司的股东、收购方及其他利害关系人可以就上市公司董事所采取的反收购措施申请行为保全,即便上述反收购措施尚未获得董事会、股东会批准,由于存在可能侵害上市公司股东、收购方以及利害关系人利益之情势,基于行为制止请求权的权源,上市公司股东、收购方以及利害关系人得以申请行为保全来防御预期利益的损失。

1. 申请条件

在上市公司收购与反收购案件中,最常见的董事违反受托义务的情形即董事为保住自身控制权而采取一系列反收购措施来阻止敌意收购方收购的情形。这其中涉及大量反收购措施的司法审查问题,而司法审查的重点在于董事是否违反受托义务(在我国《公司法》中表现为忠实、勤勉义务),由于我国《公司法》中的忠实、勤勉义务的描述过于抽象以及对于董事违反忠实、勤勉义务究竟应当承担什么的民事责任尚不清晰,就董事违反受托义务的行为保全申请而言,只涉及程序问题,不涉及实体问题的审查。在申请中,申请人需证明,董事违反受托义务如不申请行为保全可能导致未来判决难以执行,或者不立即申请可能导致申请人的利益遭到难以弥补的损失。情况紧急的法院必须自接到当事人申请的48小时内作出裁定,法院裁定的主要考量是董事违

反受托义务是否可能导致将来判决难以执行或者导致当事人的权益遭受难以弥补的损失。一旦法院裁定准予行为保全,即可责令董事在一定期限内为一定行为或不为一定行为。例如禁止董事在上市公司收购周期内采取任何反收购措施,责令董事未取得股东大会授权前不得作出任何反收购以及有损公司、股东、利害关系人利益的行为。

2. 是否需要提供担保

根据《民事诉讼法》第103条,对于行为保全是否需要担保。在上市公司收购与反收购案件中,董事违反受托义务应区分以下三种情形:第一,行为保全的裁定并不直接以当事人申请为前提,《民事诉讼法》第103条第1款规定,即便当事人没有提出行为保全申请,法院认为必要时依然可以依职权裁定行为保全。在这种情形下,行为保全一般推定为不需要担保。第二,根据《民事诉讼法》第103条第2款的规定,人民法院根据当事人的申请裁定行为保全,可以责令当事人提供担保。在这一情形下,法院拥有自由裁量权,可以根据申请人的实际情况来责令当事人是否需要提供担保。第三,根据《民事诉讼法》第103条第2款的规定,当事人申请行为保全应当提供担保而没有提供担保的,裁定驳回行为保全申请。在这一情形下,申请人必须强制提供担保。^[38]

3. 法院的司法审查范围

对于上市公司收购与反收购案件,在美国特拉华州法院的司法实践中,法院在对董事违反受托义务的行为保全申请进行司法审查时,不仅审查申请的形式要件,更侧重于审查行为保全申请的实质内容。即法院根据当事人的申请,会进行法庭调查,根据当事人双方的举证,审查董事是否存在违反受托义务的情形。^[39]若董事存在违反受托义务的情形,则审查该违反情形是否可能导致公司、股权以及债权人的潜在利益受损,如证明存在利益受损之风险,法院会通过签发禁止令的形式责令该名董事为一定行为或不为一定行为。而根据我国《民事诉讼

[38] 目前民法学界对《民事诉讼法》第103条的理解存在差异,多数学者认为行为保全申请一般需要提供担保,但也存在例外情形。关于是否需要提供全额担保《民事诉讼法》第103条赋予了法官自由裁量权。

[39] 参见丁金钰:《我国民事部分判决的掣制与突围——以最高人民法院指导案例115号为中心》,载《知识产权》2020年第12期。

法》第103~111条,我国法院针对行为保全的审查侧重于董事违反受托义务是否可能导致将来判决难以执行或者导致当事人的权益遭受难以弥补的损失。如能证明存在这一情形,法院会裁定行为保全,责令该名董事为一定行为或不为一定行为。但是,我国行为保全制度与英美法系的禁止令、冻结令不同,行为保全从我国民事诉讼法理论角度看,并不是一个单独的“诉”,而是作为“诉”的前置程序或“诉”的前置手段,是依附于“诉”而存在的。^[40] 根据《民事诉讼法》第104条第3款的规定,法院在裁定行为保全申请后的30日内当事人如果不提起诉讼或仲裁,则该行为保全解除。而在英美法系中,与行为保全相对应的禁止令、冻结令是一种独立的诉讼形态,并不依附于主诉而存在,其是作为一种事前救济手段来防御可能出现的利益受损的情形。

4. 违反行为保全的法律后果

在英美法系国家,行为人违反法院签发的禁止令、冻结令,将会被认为是藐视法庭、法官,妨碍司法运行秩序,通常会被法院以“藐视法庭罪”为由进行处罚。传统的藐视法庭罪又被分为刑事藐视法庭罪(criminal contempt)和民事藐视法庭罪(civil contempt)。所谓刑事藐视法庭罪,是指法院为排除妨害司法行为设定的罪名,^[41]如当庭侮辱法官、扰乱庭审秩序、庭外骚扰证人、泄露审判秘密等。对这类行为,法院往往对当事人处以监禁或罚金,但如果当事人并非故意,则可免于处罚。所谓民事藐视法庭罪,是指法院为维护当事人利益,对拒不遵守或执行法院命令的行为进行的处罚,如拒不出庭、拒不履行等。民事藐视行为并不以故意为前提,只要证人主动到庭、被告主动履行,即可免于处罚。有法官据此概括:“民事藐视法庭行为人进出监狱大门的钥匙,其实都装在他们自己的口袋里。”不过,由于故意和非故意很难判定,再加上处罚方式趋同,绝大多数普通法系国家和地区如今已不再区分刑事藐视行为和民事藐视行为。英美法系国家对法官的自由裁量权给予了最大限度的尊重,对藐视法庭罪的定罪可以不必经过追诉程序直

[40] 参见王学棉:《“具体”的诉讼请求》,载《国家检察官学院学报》2016年第2期。

[41] 参见卢建平、孙本雄:《刑法职业禁止令的性质及司法适用探析》,载《法学杂志》2016年第2期。

接由法院按照简易程序定罪处罚。^[42] 例如英国《1981年藐视法庭法》(The Contempt of Court Act 1981),《美国联邦法典》(United States Code)第18篇第401条、第402条,《美国联邦法院刑事诉讼规则》(Federal Rules of Criminal Procedure)第42条都对此作了相关规定。传统大陆法系国家如《俄罗斯联邦刑法典》第297条、《法国刑法典》第434-24条、《意大利刑法典》第343条、《韩国刑法典》第138条,也都设置了藐视法庭罪的相关罪名。^[43]

而根据《民事诉讼法》第103~111条的规定,并无当事违反行为保全的相关法律责任的描述。根据我国法院的执行实践来看,对违反法院保全措施的行为,更多地以财产处罚形式来执行。针对特殊情况下当事人拒不履行法院的行为保全裁定的,法院才借助间接的执行途径,如司法拘留等手段来强制被执行人履行执行义务。在《刑法》中与之相对应的是第313条,拒不执行判决、裁定罪,即行为人拒不履行人民法院作出的行为保全裁定,情节严重构成犯罪的,最高可处7年以下有期徒刑。

(二) 反收购案中上市公司董事违反受托义务之行为保全效果

1. 阻断收购的继续进行

在上市公司收购与反收购案件中,针对董事可能存在的违反受托义务的情形,特拉华州法院通常签发禁止令责令该名董事收购期内为一定行为和不为一定行为以起到阻却收购继续进行的目的。例如在上文笔者提到的 Unocal 案中,因董事可能存在违反受托义务中基于忠实义务的利益揭露义务,特拉华州法院法官认为,董事违反该项受托义务可能影响股东的投资决策,一旦股东的决策作出,其后果将不可挽回,因此签发禁止令,暂时阻却该宗收购案,待恢复股东自由之决策时再行表决。而在 Del Monte 案中,Del Monte 公司的财务顾问公司 Barclays Capital 极力撮合两家与之存在关联关系的私募基金公司收购 Del Monte,一方面为了以低价收购 Del Monte(因为作为财务顾问公司

[42] 参见李洪杰:《刑事禁止令适用状况实证研究》,载《法商研究》2017年第4期。

[43] 参见王思思:《拒不执行判决、裁定罪追诉程序的完善研究——以审执分离背景下法院的角色厘定为前提》,载《法学杂志》2021年第2期。

Barclays Capital 公司掌握 Del Monte 公司的核心财务数据)。另一方面在收购时 Barclays Capital 作为收购双方的财务顾问能够收取巨额佣金。Del Monte 公司董事草拟收购案准备将公司出售,后被知情股东诉至特拉华州法院,法官认为 Del Monte 公司董事负有主导公司出售程序之受托义务,但在收购案中未履行尽职调查义务,致使公司可能被低价贱卖,因此根据上文 Revlon 案所确立的最佳价格出售规则签发禁止令,责令该宗收购案延期 20 天交付股东表决,并限制在此期间内的任何收购要约。^[44] 总的来说,特拉华州法院在类似案件中是否签发禁止令,其裁判要旨是董事未尽受托义务是否可能导致公司、股东在该宗收购案中承受无法挽回的损失,即上市公司出售时董事必须恪守 Revlon 案所确立的最佳价格出售规则。但是也存在例外的情况,如果董事违反受托义务时,该宗收购案仅存在唯一的收购方且无更高的竞价者出现,在此种情形下,法院签发禁止令可能会直接破坏该公司唯一被出售的机会,因而此情形下一般不宜签发禁止令。^[45] 特拉华州衡平法院在 Lear 案中认为,股东对其所持有的上市公司的股票有自己的价值判断,出现收购要约时,收购方与被收购方股东应当充分沟通。在收购案中投下反对票的股东如果认为收购价格不公,可以向法院提请诉讼证明董事在收购案中存在违反受托义务之情形,一旦收购案成型,原告股东将丧失其固有的股东权利。^[46] 出于谨慎起见,特拉华州法院一般不会直接签发阻断收购继续进行的禁止令,而会优先通过其他途径实现事前救济。

2. 补充的信息披露

在反收购案件中,除了上文法院签发禁止令直接阻却交易的继续进行,特拉华州法院通常还会签发禁止令来责令董事履行补充信息披露义务。在 Lear 案中,Lear 公司董事会准备出售公司给 American Real Estate Partners,并将出售事宜委托给公司的董事首席执行官全权进行,后该名董事提议以每股 35 美元价格出售公司。但有部分股东认为该

[44] See *In re Del Monte Foods Co. Shareholders Litigation*, 25 A.3d 813, 826–828 (Del. Ch. 2011).

[45] See *Del Monte*, 25 A.3d, at 836.

[46] See *Lear*, 926 A.2d, at 123.

提议价格偏低可能损害股东利益向特拉华州衡平法院提起诉讼,并向法院申请禁止令阻却收购交易的继续进行,但法院认为该公司董事会已将出售事宜全权委托给该名董事,虽然程序上有待股东会追认但不妨碍出售公司的合理性,拒绝签发禁止令来阻却交易的继续进行。但法院通过审查发现该名董事曾向董事会提出修改其退休待遇等提议但遭董事会拒绝,可能存在利用其出售全权代表身份谋取个人利益的潜在情形,因而签发禁止令责令该名董事就其与 American Real Estate Partners 接触以及收购谈判的细节补充披露给所有股东,待股东掌握充分信息后自行判断是否继续该项交易,在补充信息披露义务履行前,责令禁止在期间范围内的一切收购合约。^[47] 该公司股东经充分了解收购信息后投票否决了该宗收购案。特拉华州衡平法院在 Lear 案中确立了法院签发禁止令的一项重要内容即责令董事在特定的时期内履行补充信息披露义务。^[48]

3. 反收购措施的撤销

在特拉华州公司法体系下,当某一上市公司遭到敌意收购时,允许目标公司的董事就敌意收购行为,基于保护股东利益的角度,采取反收购措施。但是该反收购措施必须受到法院的司法审查,且如果董事采取反收购措施后股东的利益得到了保障,即时起不得继续采取反收购措施。在 Interco 案中,Interco 公司的董事为了防御敌意收购而采取了“毒丸计划”,并在“毒丸计划”实施后立即对公司进行了重组谋求提升公司的价值。收购方就目标公司董事会所采取的“毒丸计划”起诉至特拉华州衡平法院,法院审查认为 Interco 董事基于善意的目的作出商业判断认为敌意收购方的报价不足以反映 Interco 公司的市场价值,法院对董事这一商业判断予以尊重。^[49] 但是董事会采取“毒丸计划”进行防御,公司股东利益得以维系,此时反收购的目的已经实现,即应撤除反收购的防御措施。在此时收购方提出了新的报价,Interco 公司董事应当允许公司股东在敌意收购方新的报价与公司重组预案之间做出

[47] See Lear, 926 A. 2d, at 98.

[48] See Doug Rendleman (2013), *Remedies: A Guide for the Perplexed*, Saint Louis University Law Journal 57(3), p. 570.

[49] See Interco, 551 A. 2d, at 795.

选择,而不应当出于控制权维系的目的继续“毒丸计划”,因而签发禁止令,^[50]要求 Interco 公司董事立即撤除“毒丸计划”,召开股东会让股东就收购案与重组案进行投票表决。

(三)上市公司董事违反受托义务之行为保全制度完善

在我国的司法实践中,由于董事违反受托义务而向法院申请行为保全的案例寥若晨星。上文笔者提到了行为保全在公司法框架下的适用困境,例如,我国历来“重实体轻程序”的司法传统导致行为保全制度的实践效果大打折扣,“48 小时超短裁定时限”给法官带来了巨大的裁定压力导致法官“用脚投票”的现象产生等。未来除了应当进一步针对《民事诉讼法》第 103 ~ 111 条进行解释外,还应当从行为程序设计上重新赋予行为保全制度生命力。在我国上市公司反收购案中,以“万科股权之争”为例,上市公司股权高度分散导致公司“内部人控制”问题严重,董事会在重大事项决策上几乎架空了股东会,董事会采取反收购措施几乎直接绕开了股东会的权力制约。如果在这一类型案件中引入针对董事违反受托义务的行为保全申请,通过司法审查介入的形式来实现股东预期权利的防御,既有利于规范上市公司收购与反收购秩序,保障公众股东的利益;又有利于扩大行为保全制度的适用范围,充分发挥行为保全制度对预期权利防御之最高目的。

1. 行为保全庭审程序与裁定时限的完善

根据《民事诉讼法》第 103 ~ 104 条的规定,针对情况紧急的诉前保全,法院必须在 48 小时内作出行为保全裁定。关于如何理解“情况紧急”,民诉法学者认为应从程序上理解,即“情况紧急”为不需要经过庭审、言词辩论,法官径行裁定的特别程序。^[51] 根据德国《民事诉讼法典》第 937 条第 2 款的规定,通常情况下的“假处分”申请需要经过庭审环节、双方需进行言词辩论,法官根据庭审的结果决定是否裁定“假处分”申请。但是情况紧急的条件下,法官可以依职权径行裁定“假处分”申请。原因在于根据德国民诉法理论,“情况紧急”已属于“假处

[50] See Interco, 551 A.2d, at 799.

[51] 参见李晓枫、郭萍:《评析〈民事诉讼法〉中行为保全制度的立法突破与不足》,载《法律适用》2015 年第 6 期。

分”的申请理由,因此法院不进行言词辩论直接裁定符合法理。^[52] 英国衡平法院在临时禁止令的申请上也存在类似的规定,如果法院在不通知被申请人的情况下直接签发临时禁止令必须具备充分理由,上述禁止令的签发必须是在无可避免的紧急情况下,或者存在如果将该禁止令提前通知被申请人可能导致对申请人不公的情形。借鉴上述两国的实践经验,未来我国法院在行为保全申请程序中是否需要庭审、是否需要双方辩论这一问题上可以考虑给予法官更大的自由裁量权。法官在紧急情况下可以不进行庭审径行裁定,但必须证明如果进行庭审可能妨碍债权人利益的实现,导致对申请人的不公。此外针对 48 小时的超短裁定时限,当法官面对复杂的上市公司反收购案时,由于案情复杂、涉及公众股东人数过多,法官很难在 48 小时时限内作出裁定。如果原被告申请双方案情复杂,申请行为保全需要适用庭审辩论程序,为了给予原告方充分的准备时间搜集证据,行为保全裁定时限可适当放宽至一周内。

2. 行为保全申请担保制度的完善

《民事诉讼法》第 103 ~ 104 条对针对行为保全申请是否需要担保区分了三种情形,即不需要担保、法院裁定担保以及强制担保。第 103 条第 2 款下,法官拥有是否要求行为保全申请人提供担保的自由裁量权,法官可以根据案件的具体情况决定行为保全申请需要提供担保的数额。在德国法上,“假处分”申请是否需要由法院命令担保,属于义务性裁量的事项,法官在是否要求“假处分”申请人提供担保的事项上拥有自由裁量权。^[53] 而在英国衡平法上,法院针对申请人的临时禁止令申请一般会要求原告申请人作出特定的义务承诺(undertaking),这一义务承诺范围包含被申请人因为临时禁止令可能遭受的经济损失。这一义务承诺是由申请人向法院作出,而非面向被申请人。申请人可以不作出义务承诺,法院也不得强迫申请人,但通常的结果是在没有义务承诺的情况下法院一般不签发临时禁止令。在我国的司法实践中,

[52] 参见张文亮:《涉外临时救济的三重困境及应对分析——兼评我国现行涉外临时救济体系》,载《现代法学》2017 年第 6 期。

[53] 参见赵旭东:《论虚假陈述董事责任的过错认定——兼〈虚假陈述侵权赔偿若干规定〉评析》,载《国家检察官学院学报》2022 年第 2 期。

几乎绝对多数的行为保全申请被要求提供担保,法院在行为保全申请审查中过分强调担保可能会导致以担保替代对申请事由的审查,由此可能产生两方面的问题:一是由于只要提供全额担保,法院一般会裁定行为保全申请,这样导致市场竞争中竞争对手恶意利用行为保全申请阻却竞争;二是在董事违反受托义务之行为保全申请中,上市公司中小股东的利益可能遭受预期侵害,如果一律要求中小股东提供全额担保,那么行为保全制度可能在公司法、证券法适用中流于形式。^[54] 未来我国法院在行为保全申请的担保数额确定上不一定必须确定是全额担保,参照德国、英国法官的做法,担保数额的确定应与被申请人可能遭受的损失为限,但这一损失通常小于全额担保。英国法院在签发临时禁止令时,针对申请人的义务承诺,法官一般会综合考量申请人的财务经济状况,并不会因为义务承诺范围无法涵盖被申请人可能遭受的所有损失而拒绝签发临时禁止令。

3. 处分原则与法官自由裁量权的平衡

处分原则是民事诉讼法的一项基本原则,《民事诉讼法》第105条载明了处分原则在行为保全申请中的适用,即行为保全申请限于请求范围。德国法中“假处分”申请一般以当事人的请求范围为限,但是在例外情形下,法院在审查范围内拥有更广泛的自由裁量权。在反收购案件中申请人向法院申请禁止令时其申请中一般并未包含精确的申请事由,申请禁止令的目的是防御公司、股东、债权人预期利益之损失,而这一申请下法官拥有足够的自由裁量权来审查董事是否违反受托义务以及董事违反受托义务是否可能导致公司、股东以及债权人利益的预期损失。在特殊情况下,法官自由裁量权会超越处分原则,原因在于涉及上市公司收购与反收购案件,申请人往往并不局限其本身,潜在的利益关联者往往是不特定的,如果法官单纯依据处分原则审查申请范围往往导致对不特定对象之不利因素的出现,因而需要在当事人处分原则与法官自由裁量权之间寻求平衡。

(编辑:谢贵春)

[54] 参见李建伟、岳万兵:《董事对债权人的信义义务——公司资本制度视角的考察》,载《中国政法大学学报》2022年第2期。