

# 行为保全与公司股东权益事前救济

沈朝晖\*

**摘要：**我国公司法重视强化管理者的损害赔偿责任，完善公司利益与股东权益的事后救济，但事前救济仍有不足。民事诉讼法的行为保全，是有力的事前救济工具。公司诉讼与行为保全的结合，有利于完善公司利益与股东权益的事前救济，制止管理者的不法侵害行为，预防损害发生或扩大。行为保全可以制止侵害股东共益权与自益权的行为，以及管理者违反受信义务侵害公司利益的行为。在公司控制权争夺的特殊场景中，法院的行为保全可以禁止违规收购的股东行使股东权益，禁止违法的股东会决议付诸执行，禁止董事会实施违法的反收购措施，最终有利于上市公司在控制权争夺中的经营稳定性。

**关键词：**保全程序 胜诉可能性 损害权衡 公司控制权争夺 公司法与民诉法的协同实施

2023年12月全国人大常委会通过的新公司法具有历史意义，其通过强化控股股东、实际控制人、董事、监事、高管的损害赔偿责任，基本完善了对公司利益、股东权益等的事后救济，惟对公司与股东权益等的事前救济有所不足。2025年3月，李强总理在《政府工作报告》中指出应“切实依法保护民营企业和民营企业家合法权益”。本文探讨通过程序法上的行为保全，建构公司法上的公司利益、股东权益的事前救济，

预防损害发生，或者至少及时制止不法行为、侵权行为对公司股东权益造成的损害扩散，以预防式保护企业与企业家合法权益。

## 一、公司股东权益事前救济的必要性

从一则典型案例切入。上市公司甘肃亚太实业发展股份有限公司近年来经营困难，原控股股东亚太矿业通过表决权委托，引入广州万顺技术有限公司作为新实际控制人，

\* 沈朝晖，清华大学法学院院长聘副教授，法学博士。

本文系国家社科基金一般项目“数字经济驱动下公司法规范的调适研究”（项目编号：23BFX085）的阶段性成果。

并推动上市公司向其定向增发股份。该增发方案获得股东会通过后，部分小股东以增发可能损害其权益为由提起诉讼，并申请行为保全，法院裁定暂缓增发。然而，数周后，法院撤销该行为保全，公司随即继续推进增发，同时新控股股东承诺增持股份，以稳定市场预期。<sup>[1]</sup> 此案引发广泛关注，涉及小股东权利保护、法院对行为保全的审查标准，以及行为保全在公司诉讼中如何平衡股东权益保护与公司治理稳定性等问题。

引入公司股东权益在面临不法侵害或不法侵害威胁时的事前救济，在新公司法语境中具有必要性。一是，新公司法初步建立董事会中心主义，扩大股东会向董事会的授权范围，管理者权限范围更大。例如，授权资本制的引入，使得董事会有关于不经股东会决议即决定公司发行股份的权限，这可能会造成董事会的滥权。为此，有学者提出在公司实体法中，引入股份不当发行的停止请求权。<sup>[2]</sup> 二是2016年以来，我国资本市场环境的变化导致敌意收购兴起，控制权的激烈争夺，更彰显了事前救济的必要性。收购方（“市场派”）与被收购公司（“公司派”）频频向法院申请对股东表决权、公司决议等采取行为保全，引起了理论和实务界的的关注。<sup>[3]</sup>

公司法以保护公司利益与股东权益为立法宗旨。建立权益保护的事前救济，具有重

大意义，具体有五。一则，公司作为合同群的集束中心，具有一定外部性，涉及债权人、职工、供应商、债券持有人、公众投资者等外部利益相关者，需要及时制止不法侵害行为对公司的损害，仅仅依靠事后的损害赔偿尚不充足。例如，《公司法》第34条第2款规定，公司登记事项未经登记或者未经变更登记，不得对抗善意相对人，即股东、法定代表人等信息，经过登记之后，善意相对人有信赖利益。登记的法定代表人对外缔结合同，公司不得以登记错误为由对抗善意相对人。公司发行的股份一旦被公众投资者认购，交易难以撤销。

二则，公司法上的一些损害难以量化。例如，未能成功解任董事，对股东、公司的损害就难以量化。失去对公司的控制权，损害也难以量化。即便损害赔偿可以量化的侵权情况中，考虑到商业活动瞬息万变，各种外在因素的介入，也会使得公司股东难以证明其损害与董事等的违法行为之间具有因果关系。

三则，行为保全制度提供了司法有限度地介入公司治理的方式，妥当的行为保全有利于法院在公司自治与司法救济之间取得平衡，实现公司正义。司法适时干预公司治理，<sup>[4]</sup> 不仅可以避免损害扩大，而且有助于降低诉讼不确定性，提高治理透明度。比如，当公司治理出现重大争议时，行为保全

[1] 甘肃亚太实业发展股份有限公司《关于诉讼事项进展的公告》(2024年11月1日,公告编号:2024-075),载《中国证券报》2024年10月8日第B026版。

[2] 参见李卓卓:《授权资本制中不当发行停止请求权的建构与行使》,载《财经法学》2023年第1期,第18页。

[3] 参见陈彦晶:《公司决议行为保全构成要件的确定》,载《当代法学》2019年第5期,第37页。

[4] 参见梁上上:《论公司正义》,载《现代法学》2017年第1期,第61-62页。

可暂缓争议事项的执行，使股东和管理层有更多时间解决争端，从而避免因决策执行造成不可逆的损害，维护公司治理的稳定性。

四则，公司治理是典型的程序驱动型治理体系，许多权利的实现依赖于特定的程序。<sup>[5]</sup> 行为保全在公司法中的特殊意义还在于，它不仅保护实体权利，还具有程序保障功能。法院通过行为保全，干预或修正股东会、董事会决策过程中存在的程序性问题，确保治理程序的正常进行，从而保障最终决策的公平性。例如，在股东会决策层面，公司章程规定股东会应提前 15 天通知股东，但控股股东为了控制会议结果，故意缩短通知时间，导致部分股东无法参会并行使表决权。在此情形下，法院可以通过行为保全，暂缓该次股东会决议的执行，或者责令公司重新召开会议，确保股东权利不受侵犯。再如，在董事会决策层面，董事长为了推动某项有争议的重大交易，未经所有董事同意，单方面缩短会议通知期限，甚至拒绝部分董事参会。法院可采取行为保全措施，暂缓该项董事会决议的执行，或要求公司重新召开符合规定的会议，确保所有董事均能依法参与决策。可见，法院可通过股东会决议瑕疵争议中的行为保全，确保会议决策程序的合法性；还可通过对董事会决议的行为保全，防止程序不公导致决策实质上偏向某

一方。

五则，在方法论上，基于“实体法和程序法作为共同组成法律基础的有意义的整体而彼此联系”的认识，<sup>[6]</sup> 在公司实体法上缺少事前救济的情况下，引入程序法的行为保全制度，有利于融合实体法与程序法，完善公司救济体系。

## 二、行为保全制度及在公司诉讼中的适用性

我国《民事诉讼法》第 103 – 104 条分别规定了诉中行为保全与诉前行为保全。2024 年最高人民法院发布《关于规范和加强办理诉前保全案件工作的意见》（法〔2024〕42 号，以下简称《保全意见》），对诉前行为保全作出了全面、特别的规定。事实上，诉前与诉中行为保全的主要区别在于保全发生的阶段不同，但二者都属于本案诉讼判决确定之前的临时措施（对应比较法上的“临时禁制令”或“中间阶段禁制令”<sup>[7]</sup>），在行为保全的申请受理、司法审查标准、保全内容、程序等方面有诸多共同点。<sup>[8]</sup> 由于诉前行为保全的规定较为全面，下文拟结合《保全意见》，以诉前行为保全为讨论行为保全制度的标准样本，倘若诉中

[5] 参见林少伟：《程序型公司法的证成与实现》，载《当代法学》2022 年第 1 期，第 127 页。

[6] [德]蒂宾根：《实体法与程序法》，赵秀举译，载张卫平等主编：《民事诉讼法读本》，上海交通大学出版社 2011 年版，第 13 页。

[7] 参见[英]韦伯、阿库赫：《信托法》（第 5 版），汤淑梅译，法律出版社 2024 年版，第 557 页。

[8] 参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第 100 – 105 条的解释》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015 年第 4 期，第 97 页。

行为保全有不同规定再作额外说明，从而全面阐释行为保全的一般制度及其在公司诉讼中的可适用性。

事前与事后救济兼备，应是公司法完整的救济体系构成。我国公司法应重视事前救济的理念。由于实体法欠缺事前救济，可通过民事诉讼法的行为保全制度，弥补我国公司法上欠缺实体法事前救济的不足。

### （一）行为保全的制度目标与性质

行为保全的概念来自于财产保全的类推思维。<sup>[9]</sup> 财产保全是对金钱债权未来强制执行的担保。与财产保全相对应，行为保全是指为了给予债权人（申请人）预防性的紧急权利保护——包括预防将来判决难以执行或者预防产生难以弥补的损害，法院通过裁定的方式命令债务人（被申请人）作出一定行为或者禁止其作出一定行为。行为保全的性质为临时性救济措施。由于诉讼可能持续时间较长，行为保全制度的目的是保证未来本案判决的有效执行，或避免实体判决前被申请人的行为对申请人产生不可弥补的损害。而由法院介入提供预防性的权利保护，同时也避免了将来的实体判决难以实现对受害者的充分救济。<sup>[10]</sup> 概言之，行为保全的要旨在于阻止不法侵害行为持续侵害权利人的权益，而非惩罚被申请人。

行为保全具有暂时性、附属性与迅速性。一则，我国行为保全是在本案实体判决之前，法院对申请人的权利受到实际或威胁的侵犯形势所作出的判断，在此种特定情境

中的判断只能无限接近于本案最终的实体判决结果，但无法保证一定与最终判决一致，实为权宜之计，故在特定情境中作出的保全措施需附加一定期限。诉前行为保全要求申请人必须在 30 日内起诉或申请仲裁，诉中行为保全的期限不会超过实体判决确定前，二者都起到暂时性的法律保护功能。二则，行为保全附属于本案实体审理，是为本案实体审理与实体判决执行而服务的。诉前行为保全的目的之一是敦促当事人提起诉讼或仲裁。不过，在公司纠纷特别是控制权争夺纠纷中，行为保全具有本案化的趋势，即行为保全裁定的作出，意味着公司控制权的归属已定，申请人没有再去提起诉讼的必要，缺少追求最终实体判决胜诉的动力。三则，行为保全针对的情况具有紧迫性，这要求法官尽快结合申请人提出的法律依据与事实基础作出裁定。

行为保全具有诉讼和非讼的双重特征。一方面，其具有诉讼的特征，表现在它是为了解决当事人法律关系的纷争而由法院介入作出的暂时措施，附属于本案诉讼。诉前行为保全是本案诉讼的先驱，诉中行为保全与本案诉讼密不可分，法官在作出行为保全裁定时，须紧密参照作为基础关系的本案诉讼或者正在进行的本案诉讼，对本案诉讼结果进行尽可能准确的预判，俾使保全措施服务于本案诉讼。另一方面，其具有非讼的特征。法官可以依照一方当事人的单方申请作

[9] 参见江伟、肖建国主编：《民事诉讼法》（第 8 版），中国人民大学出版社 2018 年版，第 251 页。

[10] 参见张卫平、李浩：《新民事诉讼法原理与适用》，人民法院出版社 2012 年版，第 204 页。

出裁定，若对方不服，可以向法院申请复议，程序的对抗性较弱。法官在作出是否准允行为保全的裁定时，还必须考虑国家利益、社会公共利益，以保护整体法秩序的利益，而不能仅仅关注当事人私人利益。行为保全的审理中，法官可以依比例原则酌定行使裁量权，裁定内容包括禁止在多长期限内行使表决权，责令股东会的召开必须向法院申请，<sup>[11]</sup> 等等，具体内容比较灵活。

## （二）行为保全的司法审查及与公司诉讼的结合

《保全意见》采取行为保全的“四要素说”，即“胜诉可能性”“不可弥补的损害”“对被申请人造成的损害是否大于申请人的损害”和“公共利益”。<sup>[12]</sup> 下文根据《民事诉讼法》第103—104条、《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》（法释〔2022〕11号）与《保全意见》，将行为保全的司法审查分析框架总结如下。

首先，申请人的行为保全请求具有事实基础和法律依据。申请人是实体法上的请求权主体，基于被申请人的违法行为、侵权行为，或者与被申请人之间存在实质的纠纷或者系争的基础法律关系，向法院申请保全。如果申请人与被申请人之间不存在可确认的基础法律关系的纠纷，则法院不会通过保全程序介入。法院在评估申请人的事实基础和法律依据时，须评估申请人在本案中的胜诉可能性。只有基于申请人提出的事实在与法律

依据，法院预判申请人具有较大胜诉可能性而且需要预先保护时，才可能支持其保全请求。应予阐明，法官基于申请人提供的事实与法律依据而作出的胜诉可能性判断，是一个范围，而不是确定的点。在诉前和诉中保全中所要求的内心确信不同：诉前行为保全是在情况紧急下48小时内所作出的，对胜诉可能性的程度要求是从申请人提供的事实与法律来看，请求具有表面的合理性与合法性即可；而诉中行为保全的申请，由于已经过双方证据的提交甚至经过庭审质证环节、法官对案件已有一定了解，此情况下的胜诉可能性预判，应在内心确信原告胜诉可能性具有较高程度才准许保全申请。此外，如果行为保全措施对被申请人影响巨大，例如在股东知情权纠纷中，命令被申请人（公司）在保全程序中向股东提供公司账簿、会计凭证等重要信息，那么，法官对申请人的胜诉可能性的内心确信应达到较高程度。

其次，情况紧急，法院如果不采取行为保全，将会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害，或者使判决难以执行或者造成当事人其他损害。情况紧急是诉前行为保全的必要条件；如果紧急情况发生在诉讼中，法院必须如同诉前行为保全一样，在受理后48小时内作出裁定。依据《保全意见》第12条，情况紧急包括几种情形：1. 申请人的财产权益正在或者即将面临被非法侵害的危险；2. 被申请人的行为会

<sup>[11]</sup> 参见四川省成都市武侯区人民法院(2017)川0107民初858号民事裁定书。

<sup>[12]</sup> 参见董晓敏：《论知识产权诉讼中的临时禁令》，载《法律适用》2008年第7期，第5页。

导致侵权行为难以控制且可能增加申请人损害；3. 申请人的权益正在或者即将造成难以弥补的损害的其他情形。

公司纠纷中的情况紧急，一般多适用上述列举中的第二种“被申请人的行为会导致侵权行为难以控制且可能增加申请人损害”和第三种情况“其他情形”，原因有二。第一，公司纠纷中被保全的对象，不仅包括侵权行为，还包括公司经营管理者的广义上违反法律法规和公司章程的行为。第二，股东权是一个权利束，内含多种权利。大致分为自益权（财产权）与公益权（也称参与治理权，包括提案权、参会权、表决权、质询权等）。侵犯财产权，可以适用“申请人的财产权益受到非法侵害”，但股东的治理权很难认定为股东的人身权益。当事前救济涉及股东的治理权保护时，情况紧急的情形需涵摄进“被申请人的行为会导致侵权行为难以控制且可能增加申请人损害”或“其他情形”之中。

公司诉讼中，符合“情况紧急”的情况包括：1. 根据《公司法》第52条，董事会对股东的失权决议自书面通知发出之日起生效；2. 根据《公司法》第84条第2款，侵犯股东优先购买权的股权转让，登记之后难以对抗善意第三人；3. 股东根据《公司法》第115条第2款提出临时提案，但是未被召集人接受为股东会议案，股东大会召开在即；4. 公司即将发生合并、分立、重大资产出售、发行新股等根本性变化；5. “双控

人”、董监高正在从事侵害公司利益的行为或者违反法律、行政法规、公司章程的行为；6. 股东会的解任或选任董事决议已经通过，实施在即。不符合“情况紧急”的情况例如，虽然董事会决议违反法律、法规或公司章程，但董事会决议尚需等待股东会表决通过或政府审批后方能执行。

“难以弥补的损害”或将来“判决难以执行”要件也称行为保全的必要性。所谓难以弥补的损害，是指事后的损害赔偿对权利人不够充分，损害可能扩大化到难以弥补的程度，或者损害很难量化。所谓将来判决难以执行，是指判决确定的当事人的权利内容无法实现或实现可能出现严重障碍。<sup>[13]</sup>被申请人的赔偿能力，也是考虑损害赔偿是否足以弥补申请人损害或将来判决是否难以执行的因素之一。如果申请人即便能证明被申请人正在从事不法行为或侵犯其权益的行为，但倘若事后的损害赔偿是充分的，法院仍应驳回行为保全申请。

在公司纠纷中，公司交易金额巨大，考虑到税务、会计成本、股权错误登记后又被善意受让人购买、公司组织变动等，事后难以撤销或恢复原状，交易一旦完成即意味着对权利人造成难以弥补的损害。侵权股东的共益权（参与治理权）的不法行为，对股东造成的损害，均为难以量化的损害，迫切需要行为保全的事前救济。承前所述，法官还需要考虑到包括董监高在内的不法行为人的赔偿能力，以及公司控制权错误变动的损

<sup>[13]</sup> 参见江必新主编：《民事诉讼新制度讲义》，法律出版社2013年版，第233页。

害难以量化等因素，是否会导致事后损害赔偿责任难以落实。

再者，难以弥补的损害，是从申请人利益的角度进行司法审查；法官还需换位思考，考虑被申请人是否因保全措施而遭受损害或不利益，并对两者的损害进行权衡。即衡量不采取诉前行为保全措施对申请人造成的损害，是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害（《保全意见》第13条第3款）。不论是诉前还是诉中，行为保全的裁定均是在案件未完成实体审理之前，由法官自由心证所作出的临时措施，客观上存在错误的可能。为了降低错误的社会总损害，法官须对双方损害大小进行权衡，“两害相权取其轻”。<sup>[14]</sup>这也叫“便利平衡”（balance of convenience），实质是衡量错误裁定的风险。如果双方都可能受到无法弥补的损害，法院将评估行为保全对双方的相对影响大小，据此作出准许或驳回的裁定。<sup>[15]</sup>

在公司纠纷的场景中，被保全的行为一般是公司或控股股东、实际控制人、管理者的行，包括发行新股、引入投资者、反收购措施、公司重大资产交易、公司合并分立增资减资，管理者违反法律、行政法规或公司章程的行为，管理者违反受信义务侵害公司利益的行为等。如果保全措施施加于公司之上，法官将不得不权衡其对公司与其他股东的损害。

对法官而言比较难的一种情况是，难以

弥补的损害大小对公司诉讼双方常常是旗鼓相当的。例如，在公司控制权争夺中，行为保全对申请人、被申请人造成的损害，都是难以弥补的。此时，司法审查有两种处理方案。一是回到胜诉可能性的审查与判断，如果胜诉可能性偏向于申请人，则准许行为保全；反之，则驳回行为保全。二是维持现状，这也不失为利益平衡之妥当决定。不论法官采取何种路径，在复议时，复议法官不宜推翻法官在权限范围的心证认定，因为不能在事后对保全法官在紧急情况下基于有限信息作出的裁定过分苛求。

复次，考虑行为保全措施对国家利益、社会公共利益可能产生的影响。如果被申请人的违法行为不仅对当事人利益构成威胁，还对国家利益、社会公共利益造成损害，法官更可能倾向于准许行为保全。反之，如果行为保全可能过度限制被申请人的自由，从而对国家利益、社会公共利益造成损害，法官则倾向于驳回申请。这在上市公司利益保护中特别重要，即如果申请人申请的行为保全措施容易导致上市公司经营权不稳定——例如禁止在任的董事、高管继续履职，法官需考虑上市公司经营稳定性对于公司合规与公众股东利益的影响。

最后，申请人提供担保。诉前行为保全的申请人必须提供担保，不提供担保的，法院应裁定驳回申请。诉中行为保全，法院对是否提供担保有裁量权，如认为申请人应当

<sup>[14]</sup> 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，第156—157页。

<sup>[15]</sup> 同前注<sup>[10]</sup>，第568页。

提供担保的，申请人不提供，则裁定驳回。担保要件的功能有二：一是防止申请人滥用行为保全，达到自身不正当的目的；二是如果行为保全错误由此给被申请人造成损失，担保金额可以赔偿给被申请人。不同于财产保全，对行为保全错误所需要的赔偿金额，法院只能进行预判，因此行为保全的担保金额，应由法院酌定。

在涉公司纠纷的行为保全实务中，申请人常常由保险公司出具保单保函的方式提供法院保全所需要的担保。传统上，担保要件会限制申请人的权利事前救济，而保险公司的介入，使得行为保全中的担保难题得到大大化解，行为保全对权利人的事前救济功能得以充分释放，提升了公司股东权益通过行为保全得到事前救济的空间。申请人可以凭借较小的金额，去启动潜在商业利益巨大的行为保全。保险公司提供的是责任保险，以被保险人（保全申请人）对第三者（被申请人）依法应负的赔偿责任为保险标的。如果保全错误给被申请人造成损害，责任实现程序是被申请人起诉申请人以确定赔偿责任的范围与大小，申请人对被申请人所负的赔偿责任经人民法院生效裁判、仲裁裁决确认后，申请人可以请求保险公司直接向被申请人赔偿保险金。如果申请人怠于请求的，被申请人有权就其应获赔偿部分直接向保险公司请求赔偿保险金。如果申请人已经向被申请人进行了赔偿，保险公司应向申请人赔偿保险金（《保险法》第65条）。

### （三）行为保全程序及与公司诉讼的结合

行为保全的程序包括申请人、管辖权、举证责任、复议、解除等方面。诉前行为保全的申请人必须是案件的利害关系人，即认为不立即申请行为保全将导致其合法权益受到难以弥补损害的权利人。诉中行为保全的申请人是案件原告。此外，法院在诉讼中如果认为必要时也可依职权裁定采取保全措施。具体到公司纠纷中，保全申请人是相关权利人，包括股东、公司（董事会代表公司提出申请）等。

目前法律和司法解释只对行为保全的地域管辖做了规定，没有对其级别管辖作规定。诉前行为保全由被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院受理。诉中行为保全由诉讼审理法院受理。涉及上市公司的行为保全，级别管辖宜有特别规定，应不允许基层法院受理与审查涉上市公司的行为保全申请，容后详述。

申请人对“四要素说”的证明责任，属于程序事项的疏明，学者主张采用优势盖然性标准，优势盖然性的数字表达约为50%。<sup>[16]</sup> 在公司诉讼中，如果法官认为行为保全对被申请人影响巨大，可以适当提高优势盖然性的标准。<sup>[17]</sup>

行为保全可能是法官根据申请人的单方申请而作出的，申请人或被申请人可能不服，当事人对保全裁定不服的，可以申请复

<sup>[16]</sup> 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，106页。

<sup>[17]</sup> 同前注<sup>[5]</sup>，第42页。

议一次。复议期间不停止裁定的执行（《民事诉讼法》第111条）。复议法官撤销裁定的原因，可以是基于对法律或证据的不同理解、随着时间推移而出现新证据，或者情势变更等，但不宜基于自由心证裁量的行使结果差异。<sup>[18]</sup>

行为保全措施一般附有期限，到期自然解除保全。诉前行为保全，申请人在人民法院采取保全措施后30日内不依法提起诉讼或者申请仲裁，行为保全措施就应解除。因为诉前行为保全是情况紧急下的权宜之计，实为方便申请人去提起本案诉讼或仲裁，假如申请人在30日内未行动，则意味着情况不紧急，诉前保全的前提丧失，保全措施应当解除。但如果申请人提起诉讼或仲裁，则保全措施按照裁定书的保全期限继续。此外行为保全还有可能提前解除，例如《保全意见》第20条规定，当人民法院发现存在保全错误，或者申请人申请或同意解除保全的，诉前行为保全应当解除。这两项也应适用于诉中行为保全。

### 三、行为保全对公司股东进行事前救济的类型化解析

上文初步分析了行为保全在公司诉讼中的可适用性，下文将以类型化的方法分析行为保全如何在公司诉讼中发挥事前救济之功效。《公司法》第1条规定其立法目的是保护公司、股东、职工和债权人的合法权益。根据《民事

案件案由规定》（法〔2020〕347号），“与公司有关的纠纷”细分为24个案由，可分为保护股东权利、公司利益与债权人（含职工债权人）利益三大类。从债法与组织法区分的角度来说，债权人与公司之间的关系属于债之关系，由民法典合同编、民法典侵权责任编、劳动法等法律调整为宜，公司法主要保护股东权与公司利益。故本文从法益保护目标出发，将公司诉讼中的行为保全分为股东权的保护和公司利益的保护两大类。

#### （一）股东权的事前救济

新公司法的重大贡献是完善了股东权利的保护。<sup>[19]</sup>法院对侵权行为享有作出行为保全的权力，有利于事前制止控股股东、实际控制人、董事高管等主体利用对公司的权力，侵害股东权利，从而真正贯彻对产权保护的要求。

#### 1. 制止侵害股东共益权行为的行为保全

侵害股东共益权（治理权）的行为，符合行为保全“难以弥补的损害”要件。法院通过行为保全可以预防对股东共益权的侵害行为，实现股东权的事前救济。比如，股东的提案权是指符合条件的股东向股东会召集人提案的权利，召集人对提案只能进行形式审查，即如果提案有明确议题和具体决议事项，不违反法律、行政法规或公司章程的规定，且属于股东会职权范围，那么召集人就必须将股东提案列入股东会议案，由全体股东表决通过之后交董事会落实执行。如

<sup>[18]</sup> 参见[英]佩蒂特：《佩蒂特衡平法与信托法》（下册），石俊志译，法律出版社2020年版，第828页。

<sup>[19]</sup> 参见林一英：《新〈公司法〉对股东权利保护的完善》，载《法律适用》2024年第2期，第16页。

果召集人（常常是董事会）不将股东提案尤其是股东提名的董事候选人列入即将召开的股东会，虽然股东可以提起诉讼，但诉讼期间，股东会召开完毕，董事会选任活动等股东会议案已经表决结束，则该违法行为已经实施完毕而不再有制止的必要，无法将申请人股东所提名的董事列入候选人名单。这构成对股东的难以弥补的损害，实有作出行为保全的必要性。<sup>[20]</sup>

## 2. 制止侵害股东自益权行为的行为保全

股东自益权受到侵害，若事后的损害赔偿足以弥补，就不需要法院以行为保全裁定提供事前救济，然而由于公司涉及外部利益相关者，需要保护善意相对人的信赖利益，股东自益权受到侵害也可能导致事后损害赔偿构成难以弥补的损害，有事前救济的必要性。例如，基于人合性与封闭性的需求，有限公司其他股东对股东对外转让的公司股权有优先购买权。如果股东侵犯其他股东的优先购买权，虽然股权转让行为无效，但由于股权会可能发生连续转让，而流转到善意受让人手中，发生无效阻却事由。为弥补事后救济的不足，享有优先购买权的股东可以在侵权诉讼之前或之中，申请法院作出保全裁定，禁止公司办理股权变更登记，避免发生股权转让无效的阻却事由。

下面从两类案例展示行为保全如何对股东自益权进行事前救济。一是新公司法增加的股东失权制度。二是公司发生根本变化时

行为保全对股东自益权的事前救济。

### （1）股东失权制度

新《公司法》第52条新增股东失权制度，即不如期缴纳出资的股东，在公司书面催缴与宽限期届满之后，仍不缴纳，则公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知。股东失权制度有利于公司资本充实，但也容易被滥用于剥夺股东资格。一方面，股东失权事项是董事会的权限，不需要召开股东会，失权股东没有表决权；另一方面，董事会对股东的失权通知一经发出即生效，自发出之日起该股东丧失其未缴纳出资的股权。由于诉讼耗费时日，股东失权之后，对应的股权回到公司，公司可能已经转让给善意相对人，故仅仅依靠事后的失权诉讼或者董事会决议瑕疵之诉，不足以以为股东提供充分救济。失权股东在提起诉讼之前或之中，可以向法院申请保全。

保全程序的具体构造上，其一，失权程序中须召开两次董事会，构成两个节点。第一次董事会是发出催缴书并载明宽限期，第二次董事会是向仍不缴纳出资的股东发出书面的失权通知书。从股东权事前救济的角度，失权股东可以在第一个节点即申请法院作出行为保全的裁定。其二，申请人的法律依据除了上述董事会决议的程序正当要求之外，还可能包括实质化的法律依据，如董事会对股东的失权决议违反股东平等原则，董事会对股东的失权决议是在控股股东利用对董事会的控制欺压失权股东的情况下做出的

<sup>[20]</sup> 参见洪凯伦：《定暂时状态处分制度于公司经营权争夺之实务运用介绍》，载《万国法律》2018年第4期，第68页。

等。其三，保全裁定的内容为禁止公司执行董事会该决议，或禁止公司依据董事会议决议办理工商变更登记。

## (2) 公司根本变化

公司根本变化，是指公司资本结构的变化（增资减资、发行股份）、公司转让主要资产、公司合并分立等。公司一旦完成根本变化则难以恢复原状，或者说撤销交易的成本巨大，对股东的损害难以弥补。新《公司法》第89条第1款、第161—162条赋予股东在公司根本变化时的回购请求权。当公司转让主要资产、合并分立时，公司应召开股东会，异议股东享有回购请求权。譬如，如果董事会决议向第三方转让主要资产，股东存有异议，固然可以通过行使回购请求权等方式得到事后救济，然而如果该交易违反法律、行政法规或违反公司章程，交易本应撤销或无效，事后经济赔偿不足以以为股东提供充足救济，行为保全可以适时介入以发挥事前救济之功效。

首先，申请人有基本的法律依据和事实依据，能基本证明该根本变化是违反法律、行政法规或公司章程的，比如，重大交易中的董事会没有尽到义务，或者有控股股东的指使操纵，使控股股东得到的对价与小股东得到的对价不一致等。其次，如果法院不介入，申请人受到的损害是难以弥补的。比如，一旦合并完成，公司就无法恢复到合并前的状态，因此也难以获知在合并前的状态中，假设有公平的竞价或谈判机制，小股东

可能得到何种公允对价。再者，法院应进行双方的损害权衡。<sup>[21]</sup> 对于重大资产出售等涉及公司根本变化的交易，法官如果驳回行为保全，是否可能对申请人造成难以弥补的伤害或导致将来的判决难以执行。另一面，法官如果准许行为保全，命令公司停止交易，那么这对公司是否可能导致难以弥补的损害。具体案件中，法官需要审查公司对外重大交易的合同条款中，是否有第三方因为公司涉诉而取消交易的权利。若有，行为保全有可能导致公司丧失交易机会。双方损害权衡的结果很有可能是不相上下。此时，如果时间允许，法官可以回到案件实体本身，对双方胜诉可能性进行权衡；如果情况紧急，法官可以维持现状。

新公司法通过授权资本制使董事会在授权范围内可以不经股东会即决定公司发行新股。新股发行也是引起公司根本变化的交易之一，一旦为善意相对人所认购，事后难以撤销。新股发行将直接稀释股东权益。受损股东如果申请对新股发行进行行为保全，则需举证证明该次新股发行违反法律、行政法规或公司章程，发行是不公正的（比如涉及利益冲突交易），如证明发行目的不正当，董事高管没有尽到受信义务等。在申请人具有胜诉可能性的情况下，法官应权衡损害，一方面要考虑申请人的股份比例、申请人是否有收购公司的意图、公司是上市公司还是非上市公司等因素。另一方面要考虑新股发行对公司的利益是什么，新股发行的目

<sup>[21]</sup> See Gimbel v. The Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. 1974).

的是公司继续融资发展，还是管理层的反收购手段，如果禁止新股发行公司今后是否还有商业机会等。一般而言，如果出于融资目的的新股发行，上市公司的整体利益要大于公众股东的财产利益。

## （二）公司利益的事前救济

保护公司利益，其实是间接保护股东利益，因为股东是公司的剩余索取者。《公司法》第 180 条第 1—2 款规定，董监高对公司负有忠实义务与勤勉义务。第 3 款创造性地规定，控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务，适用前 2 款规定，对公司同样负有忠实义务与勤勉义务，即应采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益，同时应为公司最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。被保全的对象是管理者（含控股股东、实际控制人、董事高管）违反法律、行政法规、公司章程对公司利益造成或可能造成侵害的行为。行为保全的程序制度让股东等公司监督者可以借助司法裁定，及时制止对公司利益的侵害行为，其弥补了公司法事后救济的不足。保护公司利益的行为保全申请人分为两类。一类是与案件有直接利害关系的，即公司内部监督者，比如监事、审计委员会委员，<sup>[22]</sup> 他们是公司内部承担监督职能的主体。当董事高管的行为损害公司利益时，监督主体在提起诉讼之前或诉讼之

中，可以通过行为保全的方式，制止董事高管侵害公司利益的行为。要注意的是，监事或审计委员不能单独行动，而须以监事会决议或审计委员会决议的方式发起保全申请。另一类申请人是公司的股东，其必须依托于股东代表诉讼，且须符合代表诉讼的资格与程序，<sup>[23]</sup> 即有限责任公司、股份有限公司的股东必须连续 180 日以上单独或合计持有公司百分之一以上股份的股东，才有资格提起与股东代表诉讼相关的保全申请。还有一类特殊的股东是为保护上市公司公众股东利益而设立的投资者保护机构。

### 1. 制止管理者违反忠实义务的侵害行为的行为保全

管理者侵害公司利益的行为，主要是违反忠实义务的行为，包括侵占公司财产、挪用公司资金、披露公司秘密、自我交易、谋取公司商业机会、经营同类业务等。此时管理者需对公司承担损害赔偿责任和归入责任，即所得收入归公司所有。大多数情况下，违反忠实义务的侵权行为一旦完成，管理者就应承担损害赔偿责任与归入责任，即可对公司利益进行事后救济，不需要法院通过保全制度进行干预。但是，当管理者违反忠实义务的行为持续进行且可能造成难以弥补的伤害时，行为保全就有必要性。

比如，根据《公司法》第 184 条，管理者有竞业禁止的忠实义务，董事高管设立

<sup>[22]</sup> 参见刘斌：《中国式审计委员会：组织基础与权责配置》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2024 年第 4 期，第 121 页。

<sup>[23]</sup> 参见任重：《论股东代表诉讼的程序对接：兼论公司法与民事诉讼法的协同实施》，载《法律适用》2025 年第 1 期，第 165 页。

公司与本公司竞争，是违反忠实义务的行为。案件实体审理需要认定是否构成同业、是否构成豁免等，需要较长时间。一旦管理者继续公司外的营业活动，可能占领相关市场，获取客户，对本公司利益造成难以弥补的伤害。因此，申请人迫切需要法院在最终判决前，及时作出行为保全，裁定管理者停止侵权。此情况下可以采取的保全措施包括：禁止管理者的关联公司营业，禁止泄露在任职期间所获得的公司秘密，甚至包括禁止管理者及关联公司搬离公司的财产以维持现状等待法院判决。<sup>[24]</sup>

## 2. 制止管理者违反注意义务的侵害行为的行为保全

利害关系人对管理者违反注意义务的侵害行为提出行为保全，有两项法律依据。一是直接主张其违反注意义务，包括管理者未勤勉尽责，未尽到善良管理人的注意义务，有损于公司利益。二是转致到董事会决议。董事履行职务不能单独行动，需召开董事会、作出董事会决议的方式履职，比如，董事会决议对外提供担保（《公司法》第15条）、董事会决议对外提供财务资助（《公司法》第163条）、董事会决议回购股份（《公司法》第162条）、董事会决议对外转投资、董事会决议重大投资等。如果利害关系人认为董事会决议损害公司利益，可通过决议瑕疵之诉进行，其法律依据是决议内容

违反法律（解释上，董事违反注意义务或忠实义务，可以认定为违反法律的情形之一<sup>[25]</sup>）、行政法规、章程（例如决议违反了公司章程所规定的公司目的与公司营业范围等），或者违反法定或章定程序，以此停止董事会决议执行，防止对公司利益造成损害。

保全申请人需要证明，管理者在作出相关决策时决策程序非常草率，没有进行必要的调查程序，或没有聘请外部顾问等，以此推断被申请人违反注意义务而作出决策，或者公司决议存在程序瑕疵，且公司可能因此发生难以弥补的损害，包括决议执行后，即便事后行使损害赔偿请求权也无法得到充分弥补，以及侵害人存在失去偿付能力的可能性，或者未来损害赔偿金额过大，超过其支付能力。

## （三）事前救济的公因式手段：以公司决议瑕疵诉讼为本案而申请行为保全

由于公司法呈现组织法的特征，涉公司的不法行为或侵权行为，大多数情况下是通过董事会决议、股东会决议所作出的，故本案的请求权基础常常为决议瑕疵。申请人请求法院对公司决议进行保全，停止已通过决议的执行，在保全程序中申请人提出的法律依据也是决议瑕疵的相关规定。被申请人是公司，而不法行为或侵害行为的具体行为人为第三人，此具体行为人往往是控股股东、

<sup>[24]</sup> “本院根据原告的保全申请，依法作出裁定，禁止被告搬离东莞市天益生物发酵技术有限公司所有的位于东莞市松山湖科技产业园区工业四路5号ITT厂房116室的价值共计30万元的空调、发酵罐、玻璃墙隔断、配件、会议桌、椅。”参见广东省东莞市第一人民法院（2015）东一法民二初字第373号民事判决书。

<sup>[25]</sup> 参见[日]近藤光男：《最新日本公司法》（第7版），梁爽译，法律出版社2016年版，第328页。

实际控制人、董监高等掌握公司权力的人。

不论其事项内容为何，公司决议作为集体智慧的凝聚过程，必须遵守法定或章程规定的程序。这就形成了公司诉讼的显著特征：尽管案件的具体内容是多样的，例如公司的新股发行、股东会的解任董事、利润分配、股东会选任或解任董事、关联交易损害公司利益、公司合并分立等实质内容多元化的纠纷，但因为它们都需要通过公司决议作出，故利害关系人都可通过决议瑕疵之诉申请救济。由此，在公司决议瑕疵诉讼（特别是由于程序不当导致决议可撤销时）中为本案而申请行为保全，成为公司诉讼的共用路径。

具体而言，公司决议都必须遵守股东会、董事会的正当程序，否则程序瑕疵条件下形成的决议属于可撤销（轻微瑕疵除外）。承前所述，与程序不正当相关的决议为可撤销决议，法定的利害关系人只有股东，对股东持股期限、持股比例均没有要求，解释上公司章程不能有另外规定。董事、监事等不得提起股东会、董事会决议可撤销之诉，也不能以之为本案申请行为保全。

对此类行为保全进行司法审查时“法律依据”的审查侧重点如下。第一，股东会的正当程序。比如，股东会的召集人应有合法的召集权，股东会的召集次序应遵守《公司法》第 114 条第 2 款与第 63 条第 2 款。第二，董事会的正当程序。比如，董事

长应当自接到提议后 10 日内，召集和主持董事会会议；<sup>[26]</sup> 关联董事必须回避表决；同意票数达到法定标准或者章定标准。这些程序规定不因决议的具体内容变化而有差异。

#### 四、行为保全在控制权争夺特殊场景中的类型化解析

以上是常态中的公司股东权益的行为保全，下文探讨非常态下的行为保全，即公司控制权争夺纠纷中的公司诉讼与伴生的行为保全。

##### （一）控制权争夺中的行为保全特殊性

市场派与公司派之间的公司控制权争夺诉讼与保全有特殊性。首先，公司控制权不可估值，这使得行为保全中法官在进行损害权衡时，难以估计“损害”。控制权结构由于市场以外力量发生错误变动，所造成的损害范围极广，将损害予以量化而确定担保金额很难实现。司法审查中的公平标准应用于股权估值时，是基于公司的资产负债表或者未来现金流，这种对股权进行的估值是独立于控制权人的，剥离了控制权人对资产价值创造的影响。而控制权不同于现金流，控制权的价值，依赖于控制权人的企业家精神。企业家精神是因人而异的，在财务上尚没有也不可能有统一的、客观的估值模型与方法，能够对控制权人的企业家特质愿景进行

<sup>[26]</sup> 参见青海省西宁市城西区人民法院(2020)青 0104 民初 2322 号民事裁定书。

估值。<sup>[27]</sup>所以，司法审查时一般主要审查公司控制权变动是否遵守法律、法规与公司章程的程序。

第二，控制权争夺中的行为保全，具有本案化的特点。在市场派（股东、收购人）与公司派（现任的实际控制人、董事会、高管）进行公司控制权争夺时，行为保全的天平倾向于某一方，控制权即归属于该方。行为保全之后，当事人没有再去起诉或等待判决的必要。保全对结果的重要性提高，因此，申请人的疏明责任应相应提高，法官对申请人的胜诉可能性的确信要更高。

特别是，在其他公司诉讼与保全中，法官可以担保的方式弥补申请人举证的不足，<sup>[28]</sup>但在控制权争夺的诉讼与保全中，不宜通过提供担保的方式，弥补疏明的不足。<sup>[29]</sup>管理者向股东负责，如果能以担保金的大小弥补疏明的不足，公司派或市场派的焦点将由争取股东认同，转为争取法院认同，能力将为资力所取代，这种情况可能会扭曲并购市场运作。

第三，公司控制权争夺中的诉讼与行为保全裁定，不仅涉及市场派、公司派董事会的利益，而且关系到外部投资者利益与证券市场稳定性，具有较大的外部性。处理不善，易造成公司股票价值波动，影响广大公众投资者利益。法官在进行损害权衡时，不仅需要考虑当事人的私益，还须衡量行为保

全对社会公共利益即公众股东利益与上市公司经营稳定性的影响。

第四，涉及上市公司的行为保全的级别管辖应提高。针对上市公司的行为保全影响巨大，甚至关系到公共利益。为避免申请人滥用行为保全让法院介入上市公司治理，保全不宜由基层法院进行审理。建议参照适用《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》（法释〔2022〕2号）第3条的规定，由上市公司住所地的省、自治区、直辖市人民政府所在的市、计划单列市和经济特区中级人民法院或者专门人民法院管辖。

## （二）禁止股东行使股东权

在控制权争夺中，公司或者现任控股股东以收购人的收购行为违反相关监管规定，申请法院确认收购行为无效，并同时提起行为保全，禁止收购人行使投票权、提案权、参加股东会的权利、召集和主持股东会的权利等。表决权等参与公司治理管理的权利是股东权的核心内容，因此，禁止股东行使治理参与权，应当较为慎重。

第一，申请人在疏明法律依据与事实基础时，应展示其具有较高的胜诉可能性，应达到特别高度。申请人的法律依据主要包括：1. 股份代持的情况下，公司申请禁止实质出资人投票；2. 股权转让的合同尚存在效力瑕疵争议，并有可能导致合同无效、

<sup>[27]</sup> Zohar Goshen & Assaf Hamdani, Corporate Control, Dual Class, and the Limits of Judicial Review, 120 Columbia Law Review 941, 966 – 967 (2020).

<sup>[28]</sup> 参见王亚新等：《中国民事诉讼法重点讲义》（第2版），高等教育出版社2021年版，第253页。

<sup>[29]</sup> 同前注[5]，第45页。

可撤销的情形；3. 根据《公司法》第 15 条第 3 款、证监会的规定等，关联股东回避表决；4. 公司持有自己的股份没有表决权（《公司法》第 116 条第 1 款），子公司持有的母公司的股份没有表决权（《公司法》第 141 条第 2 款）；5. 收购人的委托书征集应遵守《证券法》第 90 条，征集人应征集人应当按照规定的程序披露征集文件，信息应真实、准确、完整，禁止以有偿或者变相有偿的方式公开征集股东权利；6. 收购人隐瞒一致行动人关系，进行秘密收购，在买入后的 36 个月内，对该超过规定比例部分未及时信息披露的股份不得行使表决权（《证券法》第 63 条）。

第二，在损害权衡上，由于禁止表决权对股东权利侵害较为严重，法官宜考虑申请人存在明显的法律地位状态或者具有明显优势的保护需要，或者严重不可弥补的损害时，才作出禁止股东表决权的保全措施。<sup>[30]</sup>

第三，保全措施需遵循比例原则。由于《证券法》第 63 条第 4 款明确规定，是“超过规定比例部分的股份不得行使表决权”，行为保全裁定仅应限定违规收购的部分股份没有表决权，而非收购人持有的全部股份均没有表决权。此外，被限制或禁止行使表决权的股东，仍可以参加股东会，但被限制或禁止表决权的股份比例不计入股东会出席表决权的总数，因为如果将被行为保全所禁止行使表决权的股份比例计入出席股东会的表决权股份总数，将使出席股东会表决

权总数增大，议案通过的可能性变小，在效果上相当于被限制或禁止表决权的股份投了反对票，可能阻止股东会决议的通过。

公司派有权申请法院通过保全，禁止股东（收购人）行使表决权。反之，股东（收购人）也有权通过保全程序，禁止公司妨碍股东行使表决权及其他权利。股东可能提出的保全请求包括：1. 禁止被申请人（公司）以剔除表决票等任何方式妨碍或限制该股东的表决权行使；2. 禁止被申请人（公司）拒绝或阻碍申请人出席股东会与行使表决权；3. 被申请人应容许申请人出席股东会与行使表决权。

### （三）禁止股东会决议实施

股东会决议的合法性是控制权争夺的主要实体争议，因此，禁止股东会决议实施，是行为保全最常见的样态。有争议的决议内容一般是董事解任、董事选任等。

一是股东会决议解任董事。由于我国公司法缺少裁判解任董事的实体法制度，董事解任只能依靠股东会决议。我国实践中的公司诉讼与保全案件，较多是股东会决议解任公司的法定代表人、董事长、董事，被解任的法定代表人等不服，提起公司股东会决议瑕疵，寻求法院救济。其背后的商事逻辑在于，市场派欲掌握公司控制权，须召集股东会决议解任现任董事，选举新董事。

如果主张撤销股东会决议，申请人必须是股东，公司应是被申请人。申请人向法院

<sup>[30]</sup> 参见沈冠伶：《商业公司事件之定暂时状态处分——公司治理、暂时权利保护制度与商业法院之机能》，载《月旦法学杂志》第 310 号（2021 年），第 56 页。

申请行为保全，禁止解任董事、法定代表人的决议执行。常见的法律依据包括决议瑕疵、召集程序有瑕疵、参与股东的表决权有瑕疵（例如股东投票中的表决权委托协议有瑕疵）、解任不符合法律等。2005年公司法下，很多公司章程规定，在董事任期届满前，股东会不得无故解任董事。针对期前无理由解任董事的股东会决议，法官在审查胜诉可能性时，可以偏向于被无故解任的申请人，同意其保全申请。但新公司法下，股东会可以在董事任期届满前无理由解任董事（《公司法》第71条），申请人不能再以解任缺乏理由作为申请保全的法律依据。

对于解任决议，如果申请人具有胜诉可能性，法院在损害权衡时，可以适当向公司经营权的稳定性倾斜，毕竟如果股东会决议执行、董事被解任，公司经营可能受到一定的消极影响。对解任决议实施保全，有利于公司经营权的稳定。

二是股东会决议选任董事。选任新董事的股东会决议，往往是市场派召集股东会并作出的，申请人是公司的在任董事、股东、控股股东、实际控制人等，主张董事选任的股东会决议瑕疵。此外，也有可能是股东对公司派召集的股东会决议所选出的连任董事有异议。此时被申请人是公司，请求内容是禁止公司执行股东会选任董事的决议。这些情况下，保全的法律依据除了通用的股东会正当程序规则之外，还包括在实体内容方面，被选任的董事不符合公司法所规定的任职资格、不符合公司章程所规定的任职资格等。

法官在损害权衡时，一方面，考虑到如果允许有瑕疵的股东会所选任的董事履职，可能导致公司与股东利益遭受重大损害；为防止损害或危险，法院有作出行为保全、禁止新选任的董事履职的必要。申请人应当疏明，难以弥补的损害是明确的、具体的，而不是臆测的、模糊的。如果申请人仅主张新董事可能带来损害，而没有确实的证据显示公司权益将面临直接威胁，那么申请人没有证明难以弥补的损害要件。另一方面，行为保全一般不会对被申请人造成难以弥补的损害，因为公司可由在任董事作为看管董事继续经营管理。此类行为保全的内容为：在非公众公司，禁止公司变更工商登记、禁止公司变更在银行的法定代表人及公司预留印鉴等属于其财务管理活动；<sup>[31]</sup> 在公众公司，保全的内容为禁止新选任的董事履职。

#### （四）禁止董事会决议实施

新公司法增加股东会向董事会授权的事项，包括股东会可以授权董事会发行公司债券、增资发行新股（《公司法》第152条）、回购股份（《公司法》第162条），小规模合并中的合并方不需要召开股东会、简易合并中的被合并方不需要召开股东会等。依此，董事会在法定或章程授权范围内自主决定，不需要召开股东会。换言之，在任董事会在不经过股东会决议的情况下有权自主采取反收购措施，例如增资发行新股、回购股份、小规模合并。因此，市场派有在诉

<sup>[31]</sup> 参见北京市海淀区人民法院(2019)京0108民初35030号民事裁定书。

前或诉中就董事会决议进行行为保全的必要。<sup>[32]</sup> 比如，根据《公司法》第 152 条，董事会有权在已发行股份百分之五十的范围内不经过股东会决议就自主决定对外发行股份；在面临敌意收购人时，董事会可以借此向友好第三方（“白衣骑士”）大量发行股份，阻止敌意收购人接管公司。

如果申请人主张董事会决议所载的反收购措施违反了董事受信义务，该主张是否成立，需要密集的事实审查与调查取证，需要经过法院开庭后的实质审查，方能明辨对错，不宜在行为保全程序中裁定。在保全程序中，申请人主张的其他法律依据有：董事会决议内容违法、程序违法、决议内容超越了授权范围、定价方案制定过程不公允、发行价格过低、<sup>[33]</sup> 董事未回避表决；在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份（《公司法》第 96 条第 1 款第 2 句）等。

法官在损害权衡时，一方面，如果不采取保全措施，则市场派可能无法完成控制权的接管，这对于申请人而言，是难以弥补的损害，相当于其整个交易的目的将落空。另一方面，一旦准许行为保全，禁止董事会决议所载的反收购的实施，将导致公司控制权落入收购人手中，这也是对公司的难以弥补的损害。此时，如果双方的损害均难以弥

补，法官应结合申请人的胜诉可能性进行判断，审查是否准许行为保全。

## 五、结语

公司法的完善不仅在于强化事后救济，更应重视事前救济的构建。民事诉讼法中的行为保全制度，恰是实现这一目标的关键程序法工具。公司诉讼与行为保全的协同运用，能够有力地约束管理者的不当行为，防止损害的扩大，进而充实公司利益与股东权的救济体系。在公司控制权争夺的特殊情境下，行为保全更是能弥补目前公司控制权争夺中缺乏快速反应机制的实体法制度真空。行为保全在控制权争夺特殊场景有特别的适用要点：第一，公司控制权不可估值，这使得行为保全中法官在作损害权衡时，难以估计“损害”；第二，控制权争夺中的行为保全，具有本案化的特点，不宜通过提供担保的方式弥补疏明的不足；第三，公司控制权争夺中的诉讼与行为保全裁定，关系到外部投资者利益与证券市场稳定性，法官需特别权衡行为保全对公共利益的影响；第四，建议提高涉及上市公司的行为保全的级别管辖。

（责任编辑：韩利楠 助理编辑：王常阳）

<sup>[32]</sup> 禁止董事会决议实施这一行为保全方式，既可用于一般场景下的股东和公司利益保护，也可用于控制权争夺场景。本文按照公司法权利保护目标的视角展开行文，而非按照民事案件案由的角度展开。故文中可能存在禁止董事会决议实施这一行为保全措施的重复使用现象。

<sup>[33]</sup> 参见温笑侗：《低价发行新股的公司法规制》，载《清华法学》2024 年第 6 期，第 168 – 169 页。