

上市公司实质董事的认定与类型化研究——以新《公司法》第180条、第192条为中心

徐辰

贵州财经大学法学院, 贵州贵阳, 550025;

摘要: 我国新《公司法》第180条第三款与第192条分别确立了事实董事与影子董事的规范基础。事实董事的认定须从行为性质、行为程度和主观状态三个维度展开, 以判断是否构成“实际执行公司事务”; 影子董事的认定须以指示的存在、因果关系和主观状态为核心要件, 以判断是否构成“指示”行为。两类实质董事均应承担信义义务, 但因行为模式差异, 义务范围应作区分。事实董事承担与形式董事同等的全面义务, 影子董事承担以其指示行为为限的有限义务。在信息披露领域, 这一二元构造具体表现为全面披露义务与有限披露义务的区分。实质董事制度是对形式董事规则的补充, 适用中应坚持法人独立性原则, 避免制度泛化, 实现权责统一的治理目标。

关键词: 实质董事; 事实董事; 影子董事; 信义义务; 新公司法

DOI: 10.69979/3029-2700.26.04.076

引言

2023年新修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称新《公司法》)在借鉴域外立法例基础上引入了实质董事制度,要求事实上执行董事业务或在背后操纵董事行为的相关主体承担董事责任。新《公司法》第一百八十条为事实董事条款,规定公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的,适用公司董事忠实和勤勉义务的规定。新《公司法》第一百九十二条为影子董事条款,规定控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的责任。这不仅意味着责任承担的补位,更意味着信义义务主体的扩张。事实董事与影子董事因行为模式差异,其义务内容边界应作区分。同时,司法实践也面临着一系列问题,事实董事认定中的“实际执行公司事务”应如何解释?影子董事认定中的“指示”与“建议”如何区分?将实质董事主体限定于控股股东和实际控制人,是否足以涵盖实践中各类实际行使董事职权的主体?以上问题均有待体系化的梳理。

1 实质董事的二元格局

1.1 实质董事的法律内涵

实质董事是相对于形式董事而言的概念范畴。形式董事指经过法定选任程序、符合法定资格条件并完成公示登记的董事。实质董事则指虽未经法定选任程序,但实际行使董事职权或对公司董事施加支配性影响的主

体。实质董事包括两种类型:一是那些并不符合法律形式上对于董事任职和履职的要求,不是公司董事却在事实上拥有并且行使对于公司管理权力的事实董事;二是通过其在公司中能够被自己所控制的人作为自身的代表而行使着对于公司的管理、决策权利的影子董事。

实质董事制度的法理基础在于功能等值理论。当某一主体实际行使了本应由董事行使的职权,或者通过指示支配了董事的行为,其对公司治理产生的影响与形式董事并无二致。法律通过拟制技术,将这些主体纳入董事责任体系,使其承担与形式董事相当的义务与责任,从而实现权责的统一。

新《公司法》第180条第三款与第192条分别构成事实董事与影子董事的规范基础。第180条第三款通过法律拟制使实际执行公司事务的双控人准用董事的信义义务,属间接规制模式。第192条则直接规定指示他人从事损害行为的双控人承担连带责任,其规范基础可从信义义务与共同侵权双重角度加以解释:一方面,影子董事通过持续性指示控制形式董事,实质上介入了公司治理,应对其指示行为所及的范围承担注意义务;另一方面,其指示行为与形式董事的执行行为共同造成损害,亦构成共同侵权。两种模式共同构成我国实质董事制度的二元格局。

1.2 类型化区分的理论基础

事实董事与影子董事的区分标准,在域外判例法中

有成熟论述。

事实董事的核心特征是亲自、直接地行使本应由董事履行的职能。英国法下“事实董事”定义的突破，始于 Re Lo-Line Electric Motors 案及紧随其后的 Re Hydrodan (Corby) Ltd 案。这两案将事实董事扩张至未经有效任命、却实际以董事身份行事之人。此后，Re Kaytech International Plc 案与 Re Paycheck Services 3 Ltd 案分别确认了上述扩张理解，在判例上确立了范围更广的“事实董事”概念。大体而言，英国法下通常可以总结出以下三个要素作为考虑某人是否可以被认定为事实董事的条件：一是此人的行动是否构成了“公司治理结构”的一个组成部分；二是此人的行动是否真实地在行使着董事所应有的权力，履行着董事所应负有的职责；三是此人的活动是否已经被认为在履行董事的职责或者功能。

影子董事的核心特征则在于隐于幕后，通过持续性指示控制形式董事的意志，使其丧失独立判断而习惯于遵从。英国现行公司法第 251 条规定，在公司法语境下，与公司相关的“影子董事”是指公司董事习惯于按其指导或指示行事的人。针对影子董事的立法萌芽可追溯至英国《1928 年公司法》第 75 条第 5 项中的“董事”定义。Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell 案对“影子董事”的认定具有典型意义。该案中法官提出了若干判断标准，即无需证明公司董事接受的每个指令均明确具体，但需证明发出指令之人具备影响公司董事行事的能力；法院应审慎区分何种行为构成指示或指令；影子董事既可在暗处，也可在明处。该条款定义的“董事”在效果上囊括了我们今天称之为“影子董事”的主体。

学者指出，新《公司法》将管理层的信义义务扩张适用于控股股东、实际控制人、影子董事、事实董事，可能导致信义义务制度的“失焦”，即制度功能偏离其应有定位。本文认为对实质董事课以信义义务，不能简单等同于形式董事的义务移植，而应深入辨析事实董事和影子董事的本质差异，进而设定差异化的信义义务。这种区分具有双重意义。从归责基础看，事实董事与公司形成事实上的信义关系，应准用董事的完整信义义务；影子董事虽未亲自执行事务，但其通过指示控制形式董事，亦应对指示行为所及的范围承担信义义务。且有学者进一步将我国公司法上的信义义务类型化为职权型、利益型与合规型三类，其中事实董事与影子董事承担的

正是“合规型信义义务”，其制度功用不在于培植信任与合作，而在于界定、维护“真、假”管理层之间的职权边界。这一类型化视角为本文区分事实董事与影子董事的义务范围提供了有力的理论支撑。

1.3 类型化区分的现实意义

首先，避免名义规避导致的责任逃逸。实践中，控股股东、实际控制人常通过不担任董事职务的方式，既实现公司控制又逃避董事责任。实质董事制度穿透形式、聚焦实质，将其重新纳入规制范围。其次，为差异化义务配置提供依据。事实董事与影子董事的行为模式差异，决定二者义务内容应有所区别。事实董事因亲自执行事务，介入程度更深，应准用完整的董事义务体系，包括忠实义务、勤勉义务及其衍生的各项具体义务。影子董事仅通过指示行事，其义务可限于与指示行为相关的领域，承担有限义务。最后，提升司法裁判的可预期性与统一性。明确的类型化区分标准，有助于法官在个案中形成相对统一的裁判尺度，减少因概念模糊导致的分歧。

2 事实董事的认定标准

2.1 核心要件

事实董事的认定，核心在于对“实际执行公司事务”的解释。应从行为性质、行为程度和主观状态三个维度展开。

行为性质应限于董事职权范围内的事务。新《公司法》第 67 条集中规定了董事会的十项职权，包括召集股东会、执行股东会决议、决定经营计划和投资方案、制订利润分配及亏损弥补方案、制订增资减资及发行债券方案、制订合并分立等方案、决定内部管理机构设置、决定聘任经理及报酬、制定基本管理制度、章程或股东会授予的其他职权。此外，第 52 条规定的董事会催缴出资及失权决议、第 232 条规定的董事清算义务等，亦属董事职权。只有行为人实际行使上述职权范围内的职能，方可构成事实董事。控股股东参与日常经营、提出业务建议，若未直接行使董事专属职权，不应轻易认定为事实董事。第二，行为程度需达到持续性和稳定性。一次性或偶发性行为，即使涉及董事职权，亦不足以构成事实董事。判断标准包括：行为人是否多次参与董事会决策并发挥实质作用；是否长期以董事名义对外活动、签署文件；相对人是否对其董事身份产生合理信赖；是否被公司内部视为决策层成员、列席董事会；行为人的

介入是否构成公司治理结构的组成部分。第三，主观状态是否以董事身份行事可作为辅助判断因素。若行为人明确宣称自己是董事，或在公司内部要求以董事相称，或对外使用董事头衔，均可作为认定事实董事的有力证据。

2.2 法律衔接

新《公司法》第180条第三款规定事实董事适用前两款关于董事忠实义务和勤勉义务的规定。对此应作如下解释。

其一，事实董事不仅准用第180条第一款和第二款的一般性规定，还应准用公司法中所有类型化的董事义务。如新《公司法》第二百三十二条关于董事为清算义务人的规定，属于类型化的董事勤勉义务，应适用于事实董事。又如关于禁止关联交易、禁止篡夺公司机会、竞业限制等具体义务，事实董事亦应遵守。其二，事实董事违反上述义务的，应承担与形式董事相同的责任。包括对公司的赔偿责任新《公司法》第188条、对股东的赔偿责任新《公司法》第190条等。责任的性质和范围，应与形式董事保持一致。其三，事实董事仅准用董事的义务责任，并不享有董事的全部权利。关于董事的产生、任期、更换、辞任、报酬等规定，不应适用于事实董事。

3 影子董事的认定标准

3.1 核心要件

影子董事的认定，核心在于对“指示”行为的解释。应从指示的认定、因果关系和主观状态三个维度展开。

第一，指示的认定应区别于建议或咨询。指示具有指令性与约束性，旨在限制或替代形式董事的自由裁量权，使其依指示人意志行事；建议仅提供参考意见，是否采纳由形式董事自行判断。区分关键在于形式董事是否丧失独立决策空间：若其对指令不加分析、全盘接受，甚至放弃商业判断，则构成指示；若听取建议后仍独立分析、自主决策，则不构成指示。指示可以明示的指令、指使、指导、指挥等作为方式作出，亦可以消极隐瞒、默许等不作为方式作出。实践中指示多通过非正式渠道传递，法院应综合全案证据判断，不能仅因缺乏书面文件而否定其存在。第二，因果关系要求指示与损害后果之间存在关联，即董事、高级管理人员从事损害公司或股东利益的行为系因遵循指示人的指示。若行为与指示

无关，或董事、高级管理人员未遵循指示，即使损害发生，亦不能依据新《公司法》第192条追究指示人责任。关于因果关系是否要求达到“习惯性遵循”的程度，英国法强调指示的惯常性与持续性，而新《公司法》第192条未使用“习惯”“惯常”等措辞，表明立法者有意降低认定门槛，单次指示若足以导致损害发生，亦可构成影子董事。第三，主观状态须具有故意或重大过失。新《公司法》第192条虽未明文规定主观要件，但作为责任条款，应适用过错责任原则。指示人须明知其指示可能导致损害后果或对此持放任态度，或者严重违反注意义务而未预见损害后果；若已尽合理注意义务仍无法预见，则不应对其苛责。

3.2 有限义务的规范构造

新《公司法》第192条的规范基础可从双重角度理解。一是影子董事通过持续性指示控制形式董事，实质上介入了公司治理，应对其指示行为所及的范围承担信义义务；二是其指示行为与形式董事的执行行为共同造成损害，亦构成共同侵权。基于此，影子董事承担的义务应是有边界的有限义务。

第一，影子董事的信义义务以指示行为为限，不应扩张至未指示的领域。影子董事仅在指示事项范围内负有注意义务，包括确保指示内容不违反法律规定、不损害公司利益等。第二，影子董事的信息披露义务是有限的。影子董事的信息披露义务仅在其指示行为涉及依法应当披露的信息事项时触发，触发条件是当指示涉及依法应当披露的重大事件或内幕信息；义务内容是确保指示内容无虚假记载、误导性陈述或重大遗漏，涉及内幕信息时应履行相应管理义务，可能影响信息披露质量时应督促形式董事依法披露；而义务边界是不承担定期报告编制、与指示无关事项披露及以董事名义签署文件等义务。第三，影子董事违反上述义务的，应与形式董事承担连带责任。连带责任的适用以形式董事自身承担责任为前提，公司或股东有权要求任何一方承担全部赔偿责任。

3.3 与事实董事认定的衔接

同一主体可能同时构成事实董事和影子董事。例如，控股股东既亲自执行公司事务参与经营决策，又通过指示控制其他董事的行为。此时应综合认定其控制程度，允许当事人选择请求权基础，或依据责任竞合规则处理。

在同一行为同时符合两种类型时,应根据具体案情选择最适宜的规制路径。当行为人同时构成事实董事时,其义务范围不再限于有限义务,而应扩张至事实董事的全面义务。

4 实质董事认定的特殊情形

4.1 法人实质董事的认定

法人能否构成影子董事,是新《公司法》适用中需澄清的问题。我国《公司法》虽未明确禁止法人担任董事,实践中通常要求董事为自然人,但法人股东尤其是母公司完全可能通过对子公司董事的指示而构成影子董事。例如,母公司通过股东会决议或内部文件指令子公司董事从事某项交易,子公司董事照此执行造成损失。若将影子董事限于自然人,母公司即可逃脱责任,有违实质董事制度的立法目的。

从规范解释角度,《公司法》第192条将主体规定为“控股股东、实际控制人”,并未限定为自然人,法人可以构成影子董事。比较法上,英国、澳大利亚等国均承认法人可以构成影子董事。

当法人构成影子董事时,应进一步区分法人的责任与法人董事的个人责任。法人的指示行为应由法人承担连带责任,其董事除非有个人过错,如越权指示或明知指示违法仍予执行,否则不直接对子公司承担责任。信息披露领域,法人作为影子董事时,其信息披露义务同样以指示行为为限,由法人承担相应责任。

5 结语

实质董事制度的引入,标志着我国公司法从形式主义向实质主义转型迈出关键一步。新《公司法》第180条第三款与第192条分别确立了事实董事与影子董事的规范基础,二者的认定标准各有侧重:事实董事的认定须从行为性质、行为程度和主观状态三个维度判断是否构成“实际执行公司事务”;影子董事的认定须以指示的存在、因果关系和主观状态为核心要件判断是否构成“指示”行为。

事实董事与影子董事虽同属实质董事范畴,但其行为模式存在本质差异:前者亲自执行公司事务,与公司形成事实上的信义关系;后者通过指示控制形式董事意志,介入了公司治理结构但未直接执行事务。基于这一

差异,两类实质董事均应承担信义义务,但义务范围应作区分——事实董事承担与形式董事同等的全面义务,影子董事承担以指示行为为限的有限义务。在信息披露领域,这一二元构造具体表现为全面披露义务与有限披露义务的区分。

实质董事制度是对形式董事规则的补充而非替代。在适用中,应坚持形式董事为原则、实质董事为例外的审慎立场,避免因制度泛化而侵蚀公司法人人格独立性这一根本制度安排。对于法人实质董事、派出董事与委派股东的责任分配等特殊情形,应在既有规范框架内予以合理解释,填补可能存在的责任漏洞。

实质董事制度的有效运行,尚需与《证券法》虚假陈述责任规则、《上市公司信息披露管理办法》等规范形成衔接,构建公司法与证券法协同发力的规制体系。在更宏观的层面,对事实董事与影子董事义务范围的类型化区分,正是信义义务制度“各归其位、各尽其用”的题中之义,有助于实现权责统一的治理目标,促进我国公司治理结构的持续优化。

参考文献

- [1]朱晓娟.公司法信义义务制度的失焦及类型化适用矫正[J].政法论坛,2026,44(02):19-33.
- [2]莫志.中国公司法下认定实质董事的动态系统论(英文)[J].China Legal Science,2025,13(06):113-135.
- [3]刘卫锋,白鑫.事实董事规范的挑战、反思与完善[J].董事会,2025,(09):57-62.
- [4]张恋华,杨洋,周泽龄.新公司法视角下“影子董事”的认定[N].人民法院报,2025-06-05(6).
- [5]高振翔.新《公司法》实质董事制度研究[J].中国应用法学,2025(2):142-156.
- [6]葛伟军.中国特色影子董事:新《公司法》第192条评析[J].法学杂志,2024,45(05):114-132.
- [7]刘俊海.论实际控制人作为影子董事的民事责任:以新《公司法》第192条的解释为中心[J].法律适用,2024,(07):129-154.
- [8]孟高飞,张禾.实质董事制度的体系化适用[J].人民司法,2024,(16):26-31.