

新《公司法》实质董事的制度创新 与规范适用研究^{*}

钟洪明^{**}

摘要:我国2023年修订的《公司法》引入事实董事和影子董事制度,有利于强化对控股股东与实际控制人的规制,但该法规定的简约原则及对境外通行做法的改造可能造成理解与适用分歧。《公司法》中董事义务规范原则上适用于事实董事,对影子董事则应主要准用忠实义务规范,还需协调实质董事规范与其他规范的关系。在民事责任上,应实质区分事实董事和影子董事并分别完善二者的责任构成要件与分担规则。此外,实质董事制度适用应与《证券法》衔接协调,并完善上市公司实质董事的特别规范。

关键词:事实董事 影子董事 制度创新 规范适用 新《公司法》

我国2023年修订的《公司法》(以下简称新《公司法》)紧抓公司治理的“关键少数”,对控股股

^{*} 本文系四川省哲学社会科学基金2024年度一般项目“新公司法下控制股东的义务与责任规范适用研究”(批准号:SCJJ24ND099)的阶段性成果。

^{**} 四川省社会科学院法学研究所副研究员。

东、实际控制人(有时统称二者为实控人)滥用控制权侵害公司与股东权益的突出问题切实回应,^[1]其中引入事实董事和影子董事制度具有极强的实践针对性。然而,由于新《公司法》事实董事与影子董事规范在借鉴境外经验的同时作了相应改造,加之所涉具体条文比较简约,大量基础性问题如事实董事与影子董事的认定与判断标准、董事义务规范准用范围以及民事责任构成要件等均有待系统阐释。鉴于此,本文拟对此展开讨论,以期对新《公司法》实质董事制度的准确理解与统一适用提供见解。

一、我国公司实质董事的入法历程与制度特色

(一) 实质董事制度的阙如与初期探索

各国各地区关于公司董事的界定,素来存在形式主义和实质主义两种不同模式。在形式主义模式下,若特定主体未以董事身份行事,即使具备董事之实,因无董事之名亦将排除董事义务和责任的适用。无疑,将董事范畴仅限于形式董事显然不利于公司治理。^[2]而在实质主义模式下,只要具有董事之实,即使无董事之名亦可能被认定为董事而承担义务和责任,学理上将实质主义模式下的董事进一步区分为事实董事和影子董事。

我国《公司法》自1993年制定以来,即将董事范畴建立在形式主义的基础之上,长期缺乏事实董事和影子董事的规定。实践中,出现了大量利用上述立法漏洞的情况,公司实控人不担任董事高管职务,但实际行使决策经营权力或者居于幕后发号施令,甚至借此从事违法违规行,损害公司、股东及其他人的利益。其中,证券市场的情况尤为突出并渐成“顽疾”。在此背景下,如何有效防范治理公司实控人的不当

[1] 有学者指出,鉴于新《公司法》实际控制人定义已涵盖控股股东,宜将控股股东、实际控制人统称为“实控人”。参见刘俊海:《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》,载《法律适用》2024年第7期。

[2] 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。

行为成为不同法律部门的共同课题。

我国立法上将公司实控人指使董事、监事、高级管理人员的行为纳入法律规制范围,始于2005年修订的《证券法》,该法第193条第3款规定了实控人指使发行人、上市公司从事信息披露违法行为的处罚。2006年《刑法修正案(六)》在增设的第169条之一背信损害上市公司利益罪的条文中,保持了相同表述,规定了上市公司的实控人指使董事、监事、高级管理人员实施背信行为的刑事处罚。此后,2011年《信息披露违法行为行政责任认定规则》(以下简称《信披认定规则》)对实控人指使违法行为作出多处完善:第14条规定,引起信息披露义务人信息披露违法的其他违法行为包括上市公司的实控人指使上市公司董事、监事、高级管理人员从事损害公司利益行为;第17条规定,董事、监事、高级管理人员之外的其他人员,包括实际承担或者履行董事、监事或者高级管理人员的职责的人,组织、参与、实施了公司信息披露违法行为或者直接导致信息披露违法的,应当视情形认定上述人员为直接负责的主管人员或者其他直接责任人员;第18条第2款规定,实控人直接授意、指挥从事信息披露违法行为,或者隐瞒应当披露信息、不告知应当披露信息的,应当认定控股股东、实控人指使从事信息披露违法行为。通过上述规定,《信披认定规则》将《证券法》规定的指使行为细化为授意、指挥、隐瞒、不告知4种样态,而实际承担或者履行董监高职责之规定体现了事实董事的基本内涵。2019年修订的《证券法》吸收了《信披认定规则》上述思路,将原《证券法》规定的双控人的指使行为扩展为组织、指使两大类型。2022年,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》第20条规定了发行人的实控人组织、指使发行人实施虚假陈述导致损失时对原告直接承担赔偿责任,具有影子董事民事责任内涵。

综上,我国证券法律规范和刑法对于实控人组织、指使、授意他人从事违法行为的规制和执法进行了持续探索,其中相关规定已初具实质董事规则之雏形,但其适用范围和制度内核与典型的实质董事制度依然相去甚远,尚需通过公司立法进行体系性完善。

(二)新《公司法》实质董事立法的创新与特色

我国新《公司法》对境外实质董事制度的借鉴并非照搬照抄,而是

紧密结合公司治理的本土实践和需要进行创新,呈现自身特点。

1. 体例上区分事实董事和影子董事。从境外来看,对事实董事和影子董事是否区分存在不同。我国台湾地区“公司法”将事实董事与影子董事混合置于同一项下,学者认为二者有相当差异,不可等而视之:影子董事并未执行董事业务而于幕后操纵董事会,其行为样态与事实董事大相径庭,问责上不应作相同处理。^{〔3〕}我国新《公司法》于第180条第3款规定事实董事,并于第192条规定影子董事,呈现不同的规范路径,可谓一种创新和突破。

2. 适用对象上同时适用于公众公司与非公众公司。实质董事适用的公司类型是经历了发展变化的。我国台湾地区2012年“公司法”增订第8条第3项引进实质董事,规定仅限于公开发行股票之公司始有适用。到2018年修改时删除“公开发行股票之”规定,使实质董事规范对各类公司适用。在此之前,我国台湾地区法院对实质董事的规定根据衡平原则采取了扩张解释,以对非公开发行股票公司中的实质董事纠纷进行裁判。事实上,绝大多数国家和地区封闭公司的数量远超公众公司,实践中“挂人头”情形在非公开发行公司中同样严重。因此,若将实质董事制度仅限于对公开发行公司适用,将会使实质董事制度的实际意义和制度功效大打折扣。可见,我国《公司法》将事实董事和影子董事适用于各类公司的立法深值赞许。

3. 规制主体上突出对公司实控人的适用。从制度本源来看,事实董事和影子董事规范本旨在将未担任董事但实际行使董事职权执行公司事务或者操控公司董事之人纳入董事义务和责任规范内,此类人员在主体范围上具有广泛性,在公司股权集中背景下以实控人为典型。我国《公司法》在引入事实董事和影子董事之初将其限于对实控人的适用,具有明确的现实针对性,凸显了对实控人法律规制的立法初衷。此外,新《公司法》第192条将实控人指示的对象涵盖董事、高级管理人员亦较我国台湾地区仅限于列举董事而遗漏经理人更为科学,理由在于:公司董事会开会频率不高,高级管理人员有可能被赋予部分重大决策权力,以此身份执行公司事务者应被认为是事实高管从而负有信

〔3〕 参见王文字:《公司法论》,台北,元照出版有限公司2018年版,第230页。

义义务。因此,将董事和高级管理人员一体纳入实控人指示范围更为周延。最后,新《公司法》第192条明确实控人与其指示的董事、高级管理人员承担连带责任,符合共同侵权的基本法理,对于法律适用具有清晰具体的指导。

综上,我国新《公司法》对于实质董事的规制呈现“非典型性”的特点,因此在创新的同时难免带来理解适用的困惑与分歧。比如,将实质董事与实控人规制相糅合将导致适用范围过窄。再者,诚如学者所言,因本土裁判经验与法理研究的沉淀积累不足,相关条款可诉性较弱。^{〔4〕}鉴于此,亟须进一步深入研究和阐明公司法中实质董事的制度内涵与适用路径。

二、公司法中实质董事的界定与构成要件

比较法上,各国各地区关于实质董事的内涵与认定标准存在差异,在一些具体规则上甚至大相径庭。

(一) 比较法视野下的实质董事构成要件认定

大多数国家和地区对事实董事和影子董事之构成要件作了区分。事实董事之构成,一般需要满足的要件包括:不具有形式董事身份,事实上进行了董事行为。其中,前者较为容易作出判断,而后者较难认定。英国法院在认定事实董事时,考量的因素主要包括:该人担负董事之地位与功能、该人与法律上董事立于同等地位、公司对外允称该人为董事,为公司作重大决策等。简言之,行为人的行动是否在实质意义上行使作为“公司治理架构一部分”的董事所应有的权力,并履行董事应负有的职责或者功能。我国香港特区认定事实董事的标准包括:公开以公司董事名义行事,事实上行使公司董事权力,和其他按照法律程序任命的董事同等地参与公司事务。^{〔5〕}可见,事实董事是建立在跟形式

〔4〕 参见刘俊海:《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》,载《法律适用》2024年第7期。

〔5〕 参见最高人民法院:单某庆、邱某平侵权责任纠纷二审民事判决书,案号:(2017)最高法民终869号,2019年7月9日。

董事一样参与公司事务的外观主义基础之上的。

关于影子董事的判断,《英国公司法》第 251(1)条规定,影子董事应为持续性、惯习给予指示或命令之人,一次性或偶然为之的指示不能认定为影子董事。对于影子董事是否要控制董事会多数董事,英国法院的裁判立场并不完全一致。主流观点认为,英国法并未要求影子董事必须实质控制公司人事、财务或业务,故只要对公司业务构成影响即可认定构成。

在我国台湾地区,事实董事是指非董事而事实上执行董事业务之外观者,事实董事认定的核心要素在于实质上执行董事业务。正常情况下执行董事业务系指以董事会成员之身份,参与董事会决议并且进行投票,形成集体决策;董事个别执行职务的情况极为有限,股份公司之董事主要系以参加董事会为其执行董事业务的主要方式。对于影子董事,我国台湾地区确立了“实质控制公司之人事、财务或业务经营而实质指挥董事执行业务”的认定标准,较英国等国家或地区更为严苛。有学者认为,要求影子董事之构成需具备“对公司之控制力”之要件,将导致影响力仅基于个别董事但不基于董事会的幕后人员无法纳入适用范围,故建议我国《公司法》放弃对公司董事会的控制要件。^{〔6〕}

(二)我国《公司法》中事实董事与影子董事的认定要件

学理上,关于实质董事的认定存在从严和从宽的不同意见。本文认为,实质董事构成要件的界定直接关系事实董事和影子董事制度的实现效果,若界定过于宽松甚至流于恣意可能导致相关行为人动辄获咎,而界定过窄则易减损董事制度规制功能,故在界定实质董事构成要件时宜以宽严相济和权责相符为原则。

1. 事实董事的认定要件

根据新《公司法》第 180 条第 3 款的规定,事实董事的构成有 3 个考量要素:实控人、不担任公司董事、实际执行公司事务。实控人的认定标准已经相对成熟,在此不作讨论。不担任公司董事的认定较为明确,即不属于形式董事或法律董事,未经选举或推举和登记确认。由此,事实董事认定的核心在于对“实际执行公司事务”的理解。这是我

〔6〕 同注〔2〕。

国《公司法》首次出现的概念,事实董事具体认定标准并无明确规定,司法实践对此亦缺乏经验。结合境外经验及我国公司立法旨意,对实际执行公司事务可解释为,董事或高级管理人员之外的行为人实际参与了公司的经营决策,且行为人的行为外观具有公司董事、高级管理人员履行职务的特点。

对于实际执行公司事务尚需解释董事代表权问题:我国《公司法》中普通董事并无法定的公司代表权,董事会是董事行使职权的法定方式。^{〔7〕}可见,董事在执行职务时是以董事“会”的形式采取行动,因此在我国公司法语境下,实际执行公司事务主要指行为人参加董事会审议相关议案,召集股东会等行为。

2. 影子董事的认定要件

影子董事的显著特点在于隐蔽性,即行为人不在“台前”亲自执行公司事务,而在幕后操纵、指挥董事和高级管理人员。根据新《公司法》第192条的规定,实控人构成影子董事(高级管理人员),必须对董事、高级管理人员实施了指示,且受指示的董事、高级管理人员的行为产生了损害公司或者股东利益的后果。要言之,影子董事的认定要件可概括为:隐蔽性、指示性、非法性。其中指示性的认定最为关键亦最为困难,指示性的认定同时系民事责任构成要件之违法行为的内容,容后文详述。

实践中接受公司委托或聘请的律师、会计师等中介或专业服务机构从业人员,以专家或专业人员身份向公司提出咨询建议或意见,对公司决策和业务执行具有一定影响,但与公司治理尤其是控制权无涉,故原则上不应构成影子董事。由此亦可见,应对实质董事的认定增加消极规定,以排除不必要的主体被纳入适用范围。

三、公司董事义务规范对事实董事与影子董事的准用

欲发挥实质董事的规制效应,必须在法律上确立事实董事和影子

〔7〕 参见新《公司法》第67条、第120条。

董事承担的各项义务。根据各国各地区的通例,界定实质董事义务的关键在于明确公司法上形式董事的义务规范是否对事实董事与影子董事无差别地适用。

(一) 事实董事应负义务的认定与规范适用

对新《公司法》第180条第3款,无论是基于文义,还是体例解释,抑或目的解释均可理解为:事实董事应与形式董事同负忠实义务和勤勉义务。然而,公司董事义务并不限于信义义务,还包括守法合规义务(新《公司法》第179条),在公众公司中还有信息披露等义务。守法合规义务与信息披露义务无疑都应涵盖在实质董事同负义务范围之内。

还需指出,根据董事不同分工,不同的董事在公司中承担的职责有差异。有学者主张,按照董事“执行职务”的事实,管理董事、非管理董事、董事长和公司代表人的职务不同,各自负担的勤勉义务在内涵上应有差别:法定代表人比其他管理董事承担较重的勤勉义务,管理董事承担比非管理董事更重的勤勉义务,独立董事和外部董事则承担较轻的勤勉义务。^[8]就此而言,新《公司法》虽然完善了董事信义义务规定,但未能关注公司不同董事在功能上的差异,导致对董事义务和责任的配置重共性而轻个性,不利于之后责任的界定和配置。基于事实董事之“实际执行公司事务”构成要件,本文认为事实董事应当与管理董事负有相同义务,这是一种高于外部董事(含独立董事)、职工董事等非管理董事的义务。

(二) 影子董事义务及董事义务规范的准用

与新《公司法》第180条第3款事实董事的规定不同,第192条未对影子董事负有的义务作出一般性规定。由此,在理论解释和具体适用上存在影子董事义务的范围和性质如何界定的问题。

英国《公司法》第250条规定事实董事与其他董事的义务责任相同,第251条规定影子董事并不适用一切董事规范,但英国2015年《小企业和就业法案》对公司法作出修订,规定影子董事同法定董事一样

[8] 参见叶林:《功能主义视野下的董事勤勉义务》,载《环球法律评论》2024年第1期。

负有信义义务。^[9] 美国法与影子董事制度功效相似之控制股东受托义务规范,主要强调控制股东的忠实义务(以公平交易义务为主),原则上控制股东不负注意义务和积极管理公司之义务。在澳大利亚,公司法关于董事的义务等各种规定,同样适用于事实董事和影子董事。^[10] 我国台湾地区规定实质董事与董事同负民事、刑事及行政罚之责任,但有学者认为,影子董事对于公司之控制力超过个别董事,故“公司法”关于董事的规范对其规制是否不足不无疑义。

我国新《公司法》引入影子董事制度以规制实控人的行为,但后者毕竟与董事具有不同的主体特点和行为方式。从文义上看,新《公司法》规定实控人实际执行公司事务时对公司负有忠实义务和勤勉义务,指示董事、高级管理人员则应承担连带责任,^[11]但并未明确实控人对公司和其他股东负有信义义务的一般条款。即使在境外典型的实质董事制度下,影子董事是否对公司负有一般信义义务依然存在争议,较为一致的观点是影子董事负有善意(或忠实)的信义义务。^[12]事实上,在构成影子董事的情形中,实控人并不直接经营管理公司,因此难以触发法律规定的董事、高级管理人员的勤勉义务。可见,在以影子董事为桥梁认定实控人义务时,应主要强调实控人忠实义务,以符合公司法信义义务的体系协调。

(三)事实董事与影子董事的规范准用区分

对于我国应否区分事实董事和影子董事,有学者认为,区分二者仅具有理论意义,在司法适用上并无区分之必要。^[13]也有学者主张,二者存在明显差异,同时具有相互转化的可能性,具有难以精准识别的情

[9] 非但如此,影子董事实际上还应当承担法律规定的个别义务。See Imogen Moore, *Duties of a Shadow Director: Recent Developments Considered*, 345 Co. L. N. 1, 2 (2013).

[10] 参见黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》(第2版),清华大学出版社2020年版,第192页。

[11] 参见林一英:《〈公司法〉第二次修订对公司法律制度的完善与未来展望》,载《法学家》2024年第4期。

[12] 参见葛伟军:《中国特色影子董事:新〈公司法〉第192条评析》,载《法学杂志》2024年第5期。

[13] 同注[2]。

形,只要不存在法律上或事实上的区分障碍,仍应精准区分。^[14] 本文认为,虽然事实董事与影子董事的规定均以科以双控人对公司的信义义务为基本趣旨,^[15]但综合考量公司法信义义务规范的配置及其体系性,对影子董事应主要准用董事、高级管理人员的忠实义务规范,故区分二者的空间和实益依然存在(见表1)。而事实董事与影子董事在行为外观、民事责任的构成要件和承担上存在的差异更为明显,新《公司法》在规范配置上亦以不同条文分别规定,故从民事责任认定和配置来看,区分二者的意义更加明显。

表1 新《公司法》主要董事义务规范对实质董事的准用

董事义务规范及内容	对事实董事和影子董事的准用判断
第22条:不得利用关联关系损害公司利益的义务	对事实董事和影子董事均适用
第51条:核查和催缴出资义务	对事实董事适用
第53条:防范抽逃出资义务	对事实董事适用
第163条:禁止财务资助义务	对事实董事和影子董事均适用
第179条:守法合规义务	对事实董事和影子董事均适用
第180条:忠实义务与勤勉义务	对事实董事完全适用,对影子董事适用忠实义务
第181条:忠实义务一般要求	对事实董事和影子董事均适用
第182条:自我交易报告义务	对事实董事和影子董事均适用
第183条:不得谋取公司商业机会	对事实董事和影子董事均适用
第184条:竞业禁止义务	对事实董事和影子董事均适用

四、实质董事民事责任的构成要件与分担规则

法律责任的承担以义务的存在与违反为前提,同时应满足特定的构

[14] 同注[4]。
[15] 参见刘贵祥:《关于新公司法适用中的若干问题》,载《法律适用》2024年第6期。

成要件。事实董事与影子董事成立后被科以信义义务,未履行该等义务时将承担失信责任,但新《公司法》关于实质董事尤其事实董事承担民事责任构成要件并不清晰而亟须阐明。新《公司法》第180条第3款对事实董事的责任承担未置一词,性质上属于行为规范而非裁判规范。由于新《公司法》规定事实董事与形式董事同负信义义务,按照“相同事物相同处理”原则,事实董事承担法律责任的基础亦在于事实董事违反忠实义务或勤勉义务,故董事责任构成要件理应与董事失信责任相同。

与新《公司法》第180条规定不同,新《公司法》第192条对于影子董事的民事责任进行了明确规定,该条规定与《民法典》中的共同侵权规范并无差别。^[16] 由于影子董事指示董事、高级管理人员从事的行为损害了公司或者股东利益,故影子董事民事责任在性质上属于侵权责任。新《公司法》第192条规定了违法行为和损害结果之民事责任构成要件,而根据民事侵权责任的机理还应包括主观过错和因果关系。

(一) 影子董事民事责任的构成要件

1. 违法行为要件

影子董事民事责任之违法行为要件,系指行为人向董事或高级管理人员作出了实施损害公司或者股东利益的行为的指示,董事或高级管理人员收到并按指示实施了相关违法行为,又可称为指示性要件。

具体而言,我国影子董事指示要件的认定应考量的具体因素包括以下几点:(1)指示主要体现为影子董事基于影子董事对公司形式董事、高级管理人员的控制,通过各种方式向董事、高级管理人员发出指示或命令,要求董事、高级管理人员根据影子董事的指示作出相关公司决定和处理公司相关事务。影子董事的指示或命令,不管是明示抑或隐晦暗示,只要完成了指示行为且为受指示的对象接受,即应当认为指示行为已经成立。(2)指示应当是对董事惯常性而非一次性为之。换言之,董事听从他人指示不是偶然现象,而是习惯性听从,一次性指示不足以认定为影子董事。^[17] 从立法旨意来看,由于行为人经常性指示命令公司

[16] 参见王湘淳:《控制股东忠实义务的完善:基于特拉华州公司法的比较考察》,载《证券市场导报》2024年第6期。

[17] 参见王瑞贺主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2024年版,第364页。

董事、高级管理人员根据行为人意志执行公司业务,已经对正常的公司治理造成损害,故需要公司法的特别规制。若行为人偶尔唆使董事、高级管理人员实施违法行为,应适用民法规定追究行为人教唆的侵权民事责任。(3)关于行为人指示的董事、高级管理人员是否必须为多人甚至控制公司董事会,不少国家或地区要求证明影子董事对董事会大多数成员实施控制。从我国公司实践来看,实控人控制董事会多数成员确属常见,但实控人仅操纵少数董事或高级管理人员即可实现意志。例如,在“掏空”上市公司案件中,实控人往往恶意绕开公司董事会,未经公司有权机关审议,通过指令少数董事、高级管理人员,促成公司为自己提供担保、借款,或者直接挪用公司资金。鉴于此,无论行为人指示的董事系多人抑或单人,均不应影响指示行为的成立。从文义来看,我国新《公司法》下指示单一董事从事特定行为可构成影子董事。(4)影子董事认定的结果性要件,主要指受指示的主体是否按照指示内容从事相应行为。现实中,控制人发出的指示可能被全部执行亦可能仅部分被执行,为此,不宜拘泥于指示是否每次都得到执行,而应结合惯常性或经常性要件加以判断。只要控制人大部分指示指令得以执行、多数目的或意志得以实现,即足以认定指示要件已经具备。

2. 损害后果要件

根据新《公司法》第192条的规定,影子董事行为致损可区分为公司损害和股东损害。公司损害后果包括公司利益直接受侵害、股东利益间接受侵害,而股东损害主要指股东利益直接受到侵害。在民事赔偿诉讼中,公司或者股东负有证明损害发生及赔偿金额的义务;公司直接提起诉讼时,公司负有证明损害后果的义务;股东以自己名义提起诉讼或者代表公司提起代位诉讼时,股东负有该等证明义务。

3. 主观过错要件

鉴于影子董事发出指示时明确知悉相关行为的内容和结果,故只要受影子董事指示的董事、高级管理人员的行为侵害了公司或者其他股东利益,即可据此推定影子董事主观上存在故意或重大过错。换言之,在查明或者证明影子董事发出指令和受指示的董事、高级管理人员根据指令实施了相关侵权行为时,即可根据客观行为事实推定行为人存在过错。影子董事若认为自己不存在故意或重大过错,需要承担反证义务。

4. 因果关系要件

有学者认为,公司或股东损害只有归咎于影子董事与傀儡董事的协同配合,才能认定因果关系的存在。^{〔18〕} 上述观点并无不妥,但法律适用上尚需明确因果关系的举证责任分配。影子董事的指示行为往往具有隐蔽性,依传统举证规则要求公司或股东证明损害后果系影子董事和傀儡董事的通谋所导致,势必困难重重,如此亦将导致大量隐蔽的指示行为难以被追究责任,影子董事的立法目的将随之悬空。鉴于此,建议实行举证责任转移,由影子董事证明其未实施不当干预、损害后果与其行为无因果关系,并承担举证不能的法律后果。

(二) 事实董事与影子董事民事责任的配置

影子董事行为样态与事实董事迥异,追责上理应体现差异。

根据事实董事和影子董事的认定标准及民事责任的构成要件,可对二者责任承担区分如下:一旦公司实控人构成事实董事,事实董事与名义董事一样直接对公司负有信义义务,在事实董事违反此等义务时,“与名义董事的责任关系一般不应界定为连带责任,而是根据各自对公司应负的信义义务对公司承担责任”^{〔19〕}。换言之,事实董事的失信行为一般与名义董事无直接关联,故应自负责任。反之,影子董事的认定及民事责任构成要件,必须包含指示、操控公司名义董事或高级管理人员,借助名义董事或高级管理人员的职权和直接行为损害公司或股东利益,二者的行为构成具有意思联络的共同侵权,故应对受损害的公司或股东承担连带责任。

新《公司法》对董事义务体系进行了重构,扩张了董事责任的适用场景。^{〔20〕} 随之而来的问题是,公司法中董事义务责任规范是否完全对实质董事适用,如何解决事实董事与影子董事新规与上述法律规范之间的协调适用问题? 以新《公司法》第 191 条董事对第三人责任的规定与实质董事适用的关系为例,主流观点认为,在名义董事依据新《公司法》第 191 条对第三人承担赔偿责任的情况下,构成事实董事或影子董事的

〔18〕 同注〔4〕。

〔19〕 同注〔15〕。

〔20〕 参见邹海林:《公司法上的董事义务及其责任配置》,载《法律适用》2024 年第 2 期。

双控人应对第三人承担责任;相当于在双控人与第三人之间通过实质董事制度架构了一座桥梁,直接发生法律关系,为追究双控人滥用控制权民事责任开辟了一条新的路径。^[21]然而,新《公司法》第192条规定实控人承担责任的对象为公司或者其他股东且性质为连带责任,而第191条规定董事、高级管理人员管承担责任的对象为“他人”且董事、高级管理人员对第三人的责任性质上应为非连带的赔偿责任。^[22]据此,在公司实控人指示董事或高级管理人员在执行职务造成第三人损害时,无论是适用新《公司法》第191条抑或第192条的规定,均有逻辑难以自洽之处:如适用前者定责,指示人将劣后于公司对第三人承担补充赔偿责任而非连带责任,这一结果与指示人对致损行为起支配作用而应承担主要责任或连带责任的配置不相称;若依后者追责,指示人指示董事、高级管理人员实施的行为系给第三人造成的损害,不具备指示董事、高级管理人员的行为“损害公司或者股东利益”之结果要件,连带责任恐依然难以成立。由上可见,新《公司法》新设实质董事规定与其他法律规范之间的协调适用问题难以避免,亟须有权机关作出相应解释以明确法律适用标准。

五、实质董事规范适用中《公司法》与《证券法》的衔接协调

(一) 实控人指示上市公司虚假陈述行为的法律适用

上市公司实控人指示董事、监事、高级管理人员从事欺诈发行和虚假陈述等违法行为、损害投资者权益依然是我国公司治理的沉痾宿疾。新《公司法》补齐了实质董事立法的短板,但在将实质董事立法适用于上市公司实控人指示行为时需协调《公司法》与《证券法》的关系。

《证券法》第85条规定发行人的实控人与董事、监事、高级管理人员对于信息披露违法致损与发行人承担连带赔偿责任,与新《公司法》第192条颇有形似之处。然而,我国司法实践在《证券法》第85条基础上

[21] 同注[15]。

[22] 参见周友苏:《中国公司法论》,法律出版社2024年版,第539页。

发展出了比例连带责任,意在《证券法》的文义范围内根据各主体的角色和参与来精细化地划分责任。^[23] 此外,根据最高人民法院《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》等司法解释和规范性文件的规定,控股股东、实际控制人指使发行人从事欺诈发行、虚假陈述的,依法判令其直接向投资者承担民事赔偿责任;深圳市中级人民法院《关于服务保障创业板改革并试点注册制的实施意见》更是明确上市公司承担限额补充赔偿责任。可见,对于《证券法》上包括实控人指示在内的虚假陈述连带责任的规定,司法机关已作出重大调适,如发行人承担补充责任、非主要责任人承担比例连带责任。若适用新《公司法》的第192条的规定,将无法实现前述法律效果。故根据法律适用一般原则,对上市公司实控人指示信息披露违法行为,应优先适用《证券法》及其解释性规定。

关于证券市场虚假陈述行为的治理,《证券法》高度重视中小投资者的赔偿救济,但研究显示,此类案件中仍几乎由上市公司承担赔偿责任,导致实控人责任虚化。^[24] 易言之,在实控人指示虚假陈述案件中上市公司依然是主要责任承担者,然而公司作出赔偿直接受损的同时,其他中小股东所持股权的价值亦将减损,而《证券法》对此并未提供救济。新《公司法》第192条的规定,无疑有助于解决公司及股东对于影子董事等实际责任人进行追偿的救济路径问题。^[25] 但该规定过于简约粗疏,后续有赖于司法解释等明确民事救济的具体规范。

(二) 事实董事与影子董事规范适用的衔接与续造

《公司法》与《证券法》分别从组织法和行为法角度对公司实控人指示行为作出规定,在“实际控制人”以及“指示”等相同概念的适用中,应保持二者的一致性。新《公司法》对实控人的内涵扩张后将控股股东涵摄在内,《证券法》的适用中应保持与此相同的解释。反之,新《公司法》

[23] 参见武鸿儒、郭雳:《证券信息披露义务人的范围与法律责任承担》,载《证券市场导报》2024年第4期。

[24] 参见傅穹、陈洪磊:《控股股东、实际控制人虚假陈述责任的实证研究与规制路径》,载蔡建春、卢文道主编:《证券法苑》第34卷,法律出版社2021年版。

[25] 参见郑彧:《实质董事的法律规制:因何、为何与如何》,载《财经法学》2024年第3期。

关于实控人的“指示”尚缺乏具体操作性规定,而《证券法》及其司法解释、证券监管规则规定更为具体,建议新《公司法》实施中借鉴参考。

与封闭型的公司相比,上市公司的董事类别更为多样化,董事义务和责任的配置认定亦更为复杂。鉴于上市公司中事实董事和影子董事的认定与规范适用存在特殊性,建议制定中的《上市公司监督管理条例》根据新《公司法》的规定进行规范续造,构建上市公司事实董事和影子董事的一般条款,并对事实董事、影子董事在掏空上市公司资产、信息披露违法等场景下的具体适用作出相应规定,以深化与完善实质董事制度在公众公司领域的适用。

六、结语

我国公司立法长期以来对董事的界定采取形式主义,仅承认经正式程序产生的形式董事。实践中董事选任存在瑕疵、未担任董事而具有董事之实以及居于幕后控制、指挥董事的情况在普通公司和公众公司中均屡见不鲜,将事实董事和影子董事制度纳入《公司法》的规制进而明确事实董事和影子董事负有信义义务和承担违信责任,系完善公司治理制度的重要课题。新《公司法》切实回应了上述问题,引入了在境外发展已较为成熟的事实董事和影子董事制度,但事实董事和影子董事制度具体适用还存在诸多关键问题有待解决。

新《公司法》以事实董事和影子董事为理论基础强化对实控人的法律规制,无疑具有组织法上的合理性,但将实质董事构成主体局限于公司实控人,偏离了实质董事制度的本源而可能减损实质董事制度的规制作用。为此,建议对新《公司法》第180条和第192条进行目的性扩张解释,将符合规范意旨的其他主体一并纳入适用范围。关于董事义务的规范准用,事实董事对公司负有与法律董事相同的信义义务属于题中应有之义;对于影子董事,应主要准用忠实义务规范,强调影子董事不得滥用控制地位损害公司和其他股东利益的消极义务,而不应对影子董事施加积极管理公司事务的注意义务,以免侵蚀公司人格的独立性。对于民事责任的承担,需区分事实董事和影子董事的责任构成要件和具体分担。

实质董事制度的适用,还应协调《公司法》与《证券法》的关系;鉴于事实董事和影子董事在上市公司中的适用存在特殊性,建议通过《上市公司监督管理条例》等进行规范续造以完善事实董事与影子董事的特别规定。

(编辑:朱锡俊 谢贵春)