

论影子董事识别标准的完善

马文心

广州商学院, 广东 广州 510700

DOI:10.61369/IED.2025060008

摘 要： 影子董事制度虽以所有权与经营权分离为前提，但在中小企业实践中面临显著困境。由于资金压力、规模限制及生存策略需求，中小企业的股东常逾越公司法对所有者的权责假设进行企业经营，进而导致其易沦为影子董事，或易于通过形式决议以规避责任。现行《公司法》第一百九十二条的影子董事制度立法较为笼统，在司法实践中对影子董事之指示的识别标准极不明确且标准不一。建议从四方面构建对影子董事的识别标准，即明确影子董事之指示的认定标准，基于利益关联性建立推定规则（如家族企业亲缘行为一致性），引入举证责任倒置以缓解证据困境，并增设权责一致的差异化解释路径，以平衡规范与中小企业的经营实际，推动影子董事制度的有效落地。

关 键 词： 影子董事；控股股东；实际控制人；中小企业

On the Improvement of Identification Standards for Shadow Directors

Ma Wenxin

Guangzhou University of Business Studies, Guangzhou, Guangdong 510700

Abstract： Although the shadow director system is premised on the separation of ownership and management rights, it faces significant dilemmas in the practice of small and medium-sized enterprises (SMEs). Due to financial pressure, scale constraints, and the need for survival strategies, shareholders of SMEs often overstep the assumption of rights and responsibilities for owners under the Company Law to engage in business operations. This not only makes them prone to becoming shadow directors but also enables them to evade liabilities through formal resolutions. The current legislation on the shadow director system in Article 192 of the Company Law is relatively general, resulting in highly ambiguous and inconsistent standards for identifying the "instructions" of shadow directors in judicial practice. This paper proposes constructing identification standards for shadow directors from four aspects: clarifying the criteria for determining the instructions of shadow directors, establishing presumption rules based on interest relevance (such as consistency of kinship behavior in family-owned enterprises), introducing inversion of burden of proof to alleviate evidence dilemmas, and adding differentiated interpretation paths consistent with rights and responsibilities. These measures aim to balance regulatory requirements with the actual business conditions of SMEs and promote the effective implementation of the shadow director system.

Keywords： shadow directors; controlling shareholders; actual controllers; small and medium-sized enterprises (SMEs)

引言

“影子董事”制度旨在解决控股股东和实际控制人（以下简称“双控人”）通过操控董事、高管损害公司或股东利益的问题。当公司的双控人在指示董事、高级管理人员行事时，需要对该行为损害公司或股东利益的结果与行事的董高共同承担连带责任。这显然是为了让双控人权责一致的重要手段。然而由于颁行时尚浅，该条款在适用过程中面临认定标准模糊和举证困难等挑战，这种模糊空间尤其对经营不规范的中小企业股东造成了“要么被动投资面临丧失知情权的投资风险，要么完全介入治理并随时可能承担责任”的两难困境^[1]。影子董事制度诚然敲响了规范公司治理的警钟，但另一方面，迫于现实，影子董事制度也可能成为打击企业家经营热情的重锤。由此，如何细化影子董事的适用标准以确保立法目的的实现，并避免打击范围过大，就成了重要的现实问题。

一、影子董事制度的制度内涵

从主体要件来说，双控人未经过法定程序任命为公司董事，

也不在工商登记文件中列为董事身份即可以成为第192条的适格主体。

从行为要件来说，影子董事是通过“指示”这一间接路径操

控公司决策的，呈现了英国法所称“隐身于幕后”的特点。从影子董事的域外理解来说，指示的范围限制是对董事通常的、习惯性的指示，董事有按照该指示行事的习惯。但指示没有形式要求，只要作出即可^[2]。目前在司法实践中，有部分法院提出指示的认定应当结合指示的对象、内容、方式和效果综合考虑，比如从指示的对象来说，可以理解为任职的董事和高管个人，原则上不包含集体行事的董事会；指示的内容指向公司治理事项但排除专业人士的专业建议；指示方式可以是书面或口头，单次或多次，但不能以次数作为限定范围，同时考虑指示是否造成损害；从指示的效果来说，则需要具备强制性、命令性，达到董高服从，并对公司达到完全或几乎完全控制的程度。

从责任承担要件来说，影子董事的承责是以侵权责任而构造。其可归责性按照侵权四要件来判断，即侵权行为层面为影子董事做出了指示，主观上为故意或过失，损害结果以财产损失为主，兼顾人身或非财产损失，因果关系则是指示行为与损害结果的关联性。在构成侵权责任后，双控人与具体施为的董事和高管就对公司或其他股东的利益损害承担连带责任。影子董事由于与形式董高承担连带责任，故就体系解释，公司法第一百八十条到四条的所有董监高忠实义务，诸如关联交易、谋取公司商业机会、同业竞争等；勤勉义务诸如出资核查，违法减资和违法分配利润等，均可覆及影子董事。由此特别是对股东身份的双控人而言，在越公司法所设定的公司规范经营之轨后，法人人格否认制度等将因其行为失范而被拓展适用^[3]。

由于影子董事制度系以行为而非身份为双控人施以责任约束，双控人因其指示行为才会被认定为影子董事并承担行为后果，故“指示”为影子董事制度适用和影子董事识别的最核心要件。但对“指示”这一核心要件，目前仅有第192条立法的两个字笼统规定，其内涵和外延亟待明确^[4]。

二、影子董事制度的实践困境

就指示的对象而言，第192条的文义列明对象为董事与高管。但在实践中，出现了双控人要求公司的其他股东，或公司非董高的财务人员按自己要求行事的案例，此时是否能认定其构成了影子董事之指示，不同案件存在不同的认定。但显然，股东或出纳都超越了所谓指示对象为董高的范畴，但指示股东或出纳，在中小企业中确可支配公司行为。承认此种超越文义解释的指示对象与否，决定影子董事身份的成立与否，此类情况亟需形成司法共识。

就指示的内容而言，存在对指示内容的详细辨析或依据结果反向推论指示内容的判决。就指示的形式而言，在一援引第192条做出判决的损害公司利益责任纠纷案中，原告是公司的现任实际控制人，其诉被告即前实际控制人在控制公司期间，掌控公司印章等证件但未在公司任职，而被告指示公司的高管不与公司员工签订劳动合同，致使公司在与相应员工的劳动仲裁中败诉并支付大额赔偿，此种损失理应视为“影子董事指示高管从事损害公司利益”的行为。法院以无指示证据的存在驳回原告诉求。但在

另一同样不存在指示证据的案件中，法官则依据施为人与实际控制人具有亲缘关系，推定有指示的存在。司法实践中对于指示内容和形式的判断是否可以推定存有争议。

就指示的施为而言，当公司的控股股东为法人，控股股东的员工到被控股公司任职董事或高管，其为了控股股东的利益做出未经被控股公司董事会决议许可的行为时，此是否能理解为影子董事损害公司利益纠纷。就此，闽沪两省高院持有受到指示但不认定为影子董事，或认为具体人员仅为职务行为的不同看法。

综上所述，影子董事制度在颁行后，此类案件的审理情况不一反映了一个困境，即当前的司法审判者往往不得不在实际审判中按照自由心证作出价值权衡，在保护中小企业家创业热情和确保双控人权责一致的两种境况中进行平衡。但由此极易造成说理不一致，进而不能得到服判息诉的结果。由此，实践中尤其应当基于中小企业的情况，进行更明确的影子董事法律适用标准的制定^[5]。

三、影子董事之“指示”的识别标准完善

（一）应当建立明确的指示认定标准

双控人做出指示是一个完整的过程，双控人发出指令，受指令人接收并理解指令，并按照指令的要求行事^[6]。因此，就双控人发出的包括书面明示，口头指令，聊天记录、邮件记录等形式的指令，如果得到了受指令人的理解与服从，则应当认定为指示^[7]。双控人对公司任职董高的指示由于包含地位区别带来的强制性，由此有别于可以不遵从的专业建议。

（二）应当建立指示的推定标准

指示往往并不公开，许多案件中关于双控人的指示是否存在，指示内容为何都缺乏书面证据，故不可避免要对指示进行推定。推定应基于利益关联性进行。如董高做出的损害行为直接有利于双控人或其关联方，那么可以推定双控人作出了指示。此中较为典型的情形是家族企业的经营行为一致性。亲缘行为一体性的问题早已被规范制定者洞见，一致行动的典型情况即包含亲缘同盟持股的情况^[8]。董高愿意背弃其法定义务遵从指示，一致利益往往是重要动机，此与一致行动将亲缘一体性纳入的理由一致，在影子董事之指示的推定中亦可参照适用同类标准^[9]。

（三）应当引入举证责任倒置规则

指示系双控人向公司任职董高做出的，超越公司治理规范的指令。公司法第180条规定赋予董高对公司和其他股东的信义义务。实际上形式董高遵循双控人的失范指令，本就是对其信义义务的违反。按照第192条的文义解释，受指示的董高并非无自我意志的工具，故而才有连带责任的产生。因此，考虑到指示的隐蔽性和受指示董高对忠实勤勉义务的预先违反^[10]。应由受指示的董高对指示的存在与指示内容进行举证并承担举证不能的后果。

（四）应增加权责一致下的差异化解释路径

影子董事制度的立法目的系确保双控人权责一致，在公司治理中不滥用其实质权力地位，而非惩罚或阻却双控人的出现^[11]。如前所述，对于中小企业而言，所有者与经营者并非泾渭分明，

由此规范解释在对中小企业的适用上存在难以覆及之处^[12]。因此应增加权责一致下的差异化解释路径，将公司内部治理结构是否规范作为是否应对指示作出差异化解释的依据。举例而言，对于公司内部治理秩序规范的公司而言，普通员工和管理者职责分工清晰，审批流程明确，则对指示内容和指示对象都应遵循第192条的字面意义解释不做推定。但在公司治理不甚规范的情况下，所谓的普通会计或出纳实际上却可能掌握公司的整个财务制度，能够任意拿走公司的账册账本或随意转账，此时不应当以该职工的形式身份而排除其应承担的责任，或者限缩指示内容推定。否则必然会造成影子董事的认定漏洞^[13]。

四、结论

影子董事制度是对传统公司法的法律漏洞进行了重大填补，

对双控人滥用控制权的行为了进行了权责一致的规范，并为保护中小股东和债权人的利益提供了重要的制度供给。但基于我国中小企业普遍经营不甚规范现状，实践中也需要对影子董事之指示的识别标准进行进一步完善，对指示的认定、推定标准，对指示的举证和差异化解释路径做出整体的考虑。此外，对于中小企业的股东而言，对股东协议与章程设计做出完善的设置，为双控人股东在公司治理中留下适当的行权空间，能够避免被认为是经营越轨^[14]；注重程序留痕，避免公司经营的意见成为非经决议的指示^[15]。中小企业通过提升公司治理的规范性，能够为股东避免被认定为影子董事，产生治理风险做出事前预防。

参考文献

- [1] 岳万兵. 实际控制人的公司法识别 [J]. 法律科学 (西北政法大学学报), 2024, 42(5): 95-105.
- [2] 许寒梅. 试析我国影子董事制度之适用 [J]. 吉林工商学院学报, 2025, 41(1): 116-120.
- [3] 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(5): 114-132.
- [4] 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.
- [5] 马玉玲. 影子银行对我国商业银行稳定性影响的实证研究 [D]. 四川: 西南财经大学, 2018.
- [6] 代鹏. 利益冲突交易中的董事责任 [D]. 重庆: 西南政法大学, 2023.
- [7] 郭富青. 控股股东、实际控制人公司法规制范式研究——我国《公司法》双控人规制范式的变革与完善 [J]. 学术论坛, 2024, 47(01): 29-43.
- [8] 郑斌. 实质董事的法律规制: 因何、为何与如何 [J]. 财经法学, 2024(3): 81-97.
- [9] 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.
- [10] 张璇, 胡婧, 温和铭. 非金融企业影子银行化与盈余操纵 [J]. 金融监管研究, 2025(4): 38-60.
- [11] 李鹏伟. 新《公司法》背景下董事承担第三人责任的三点思考 [J]. 河北企业, 2025(2): 145-148.
- [12] 刘斌. 重塑董事范畴: 从形式主义迈向实质主义 [J]. 比较法研究, 2021(5): 82-98.
- [13] 司耕旭. 新公司法下董事催缴制度的责任实现路径及制度衔接 [J]. 法律适用, 2025, (04): 163-176.
- [14] 李香花, 姚玲, 李世辉. 独立董事网络位置与实体企业影子银行化 [J]. 金融发展研究, 2022(7): 3-14.
- [15] 牛世魁, 袁春生, 赵毅. 董事高管责任保险与非金融企业影子银行化——治理效应还是助推效应 [J]. 统计学报, 2022, 3(2): 57-72.