# **专题三 股东**

一、股东资格

（一）基础法律关系

可以通过公司设立或增资时的认缴出资或认购股份而原始取得股东资格，也可以通过转让、继承、公司合并等方式继受取得股东资格。此外，善意取得也被视为一种原始取得方式。认缴出资、股权转让、股权继承、公司合并、善意取得等均属于取得股东资格的基础法律关系。

出资 善意取得属于原始取得 股权转让等属于继受取得

股权关系和债权关系的区分。应综合各种因素分析，一是看当事人的真实意思，二是看甲实际上在行使何种权利，三是看是否有股权登记等权利外观。还要区分对内关系和对外关系

股权是综合性权利，不是物权

伪造签名的合同可以理解为不成立

（二）权利外观

1．出资证明书

出资证明书可以作为证据使用，证明某人已经向公司实际出资的事实，但是，出资证明书本身并不具有权利推定的效力。（证明认缴出资事实的证据）出资证明书分散保管，很容易转让遗失伪造

2．股东名册

股东名册具有权利推定的效力，也就是说，凡是被记载于股东名册的人，均可向公司主张行使股东权利。但是，股东名册不是公开文件，本身也不需要登记，因此它不具有对抗效力。

3．公司登记（对外的权利外观）

有限公司股东的姓名或名称为登记事项，且公司登记具有对抗效力。基于公司登记的对抗效力，因股权交易而发生的股权归属争议，获得了解决办法。不管是故错误登记，还是代持股、名股实债、股权让与担保和股权信托，如果登记的股东将股权转让给善意相对人，善意相对人都有可能善意取得该股权。

4．权利外观的效力层级

对有限公司而言，对内以股东名册为准，记载于股东名册的股东可以主张行使股东权利；对外以公司登记为准，未经登记或者变更登记的，不得对抗善意相对人。

（三）基础法律关系和权利外观之间的关系

在内部关系上，应以基础法律关系为准作出判断。对内看实质 基础关系不存在无效，虽然具有股东名册工商登记，但依然不是股东 基础法律关系无效可以推翻股东名册工商登记

增资、合并、对外转让可以导致股权比例降低

在外部关系上，往往适用外观主义，以保护信赖公司登记的善意相对人。例如，甲将股权转让给乙，已经记载于股东名册但是未办理变更登记，（此时乙是股东，乙去开股东会）后甲又将股权质押给丙，假设丙不知情，丙可以取得质权。

决议被确认不成立、无效、不撤销，基于该决议作出的变更登记要撤销

《公司法司法解释（四）》第五条：“股东会或者股东大会、董事会决议存在下列情形之一，当事人主张决议不成立的，人民法院应当予以支持：（一）公司未召开会议的，但依据公司法第三十七条第二款或者公司章程规定可以不召开股东会或者股东大会而直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外；（二）会议未对决议事项进行表决的；（三）出席会议的人数或者股东所持表决权不符合公司法或者公司章程规定的；（四）会议的表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例的；（五）导致决议不成立的其他情形。

决议不成立诉讼没有时间限制

被冒名者，既不享有股东权利，也不承担股东义务和责任，相应的股东权利、义务和责任均归属于实际出资者。（与名义股东不同）如果被冒名者知悉后擅自处分名下的股权，则可参照代持股的规定保护善意相对人。（转化为代持股）

一股数卖 股权转让协议均有效 实际变更登记的受让人取得股权

（四）确认股权之诉

在程序上，股东资格确认之诉，应当以公司为被告，与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼（《公司法解释（三）》第21条）。对于原告而言，需要证明存在取得股权的基础法律关系，具体而言，应当证明以下事实之一：（1）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定；（2）已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定《公司法解释（三）》第22条）。

善意取得变更登记才能善意取得，没有必要确认之诉

二、知情权

（一）有限公司股东知情权

1．查阅、复制一般信息

股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。需要注意：（1）既可查阅，也可复制；（2）一般信息的范围包括六项，分别是公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。（3）公司不得以股东存在“不正当目的”加以拒绝。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 有限公司股东 | 股份公司股东 |
| （1）会计账簿  （2）会计凭证（合同发票等） | 所有股东均有权查阅，但无权复制（可看不能印） | 连续180日单独或合计持股3%（章程可降低比例）的股东有权查阅，但无权复制 |
| （3）公司章程  （4）股东名册  （5）股东会会议记录  （6）董事会和监事会决议  （7）以及财务会计报告 | 所有股东均有权查阅、复制（可看可印）不需要正当目的 | |
| 穿越行使：股东可对公司全资子公司的前述材料依法行使知情权 | | |

2．查阅会计账簿和会计凭证

1. 前置程序。股东要求查阅公司会计账簿、会计凭证的，应当向公司提出书面请求，说明目的。
2. 查阅范围包括会计账簿和会计凭证，其中，会计凭证是新公司法增加的内容，包括原始凭证、记账凭证等。
3. 作为公司拒绝查阅理由的“不正当目的”。为平衡股东知情权和保护公司商业秘密，《公司法解释（四）》第8条列举了几种：①股东自营或者为他人经营与公司主营业务有实质性竞争关系业务的，但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外；②股东为了向他人通报有关信息查阅公司会计账簿，可能损害公司合法利益的；③股东在向公司提出查阅请求之日前的3年内，曾通过查阅公司会计账簿，向他人通报有关信息损害公司合法利益的；④股东有不正当目的的其他情形。（核心在于损害公司利益，协调知情权与公司利益保护）“不正当目的”由公司负举证责任，若公司证明股东有上述“不正当目的”，就有权拒绝股东查阅会计凭证和会计账簿。
4. 对于会计账簿和会计凭证，股东只能查阅，不能复制。

（5）可委托性。股东可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构进行。

3．穿透至全资子公司

具体而言，股东有权查阅、复制公司的全资子公司的一般信息，有权查阅公司的全资子公司的会计账簿和会计凭证。

控股子公司不可，全资子公司的全资子公司可以

（二）股份公司股东知情权

1．查阅、复制一般信息

股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告（同有限公司）。

2．查阅会计账簿和会计凭证

连续180日以上单独或者合计持有公司3%以上股份的股东，有权要求查阅公司的会计账簿、会计凭证，具体规则与有限公司相同。公司章程对持股比例有较低规定的，从其规定。

3．穿透至全资子公司

（三）股东知情权之诉

1．原告资格问题

（1）知情权的主体仅限于股东，但是，原告有初步证据证明在持股期间其合法权益受到损害，请求依法查阅或者复制其持股期间的公司特定文件材料的除外。

（2）诉讼中，原告转让股权的，案件裁判对受让股东具有约束力。受让股东也可以申请变更当事人，由法院决定是否准许。

（3）在代持股关系中，实际出资人不具备原告资格，名义股东具备原告资格。

公司无正当理由拒绝股东行使知情权的，股东可以起诉公司，公司董监高未尽到责任导致没有材料的，股东可请求其赔偿；股东行使知情权后泄露公司商业秘密导致公司受损的，公司可以请求股东赔偿。

2．知情权的不可剥夺性

理论上认为，知情权是一种固有权，具有不可剥夺性。

若章程仅仅规定了一些程序性的规定，比如查阅的时间、地点，而并未给股东行使知情权造成实质性障碍，则应承认其效力。

# **三、股东分红权**

（一）利润分配的顺序

1．公司盈利处理顺序

公司盈利的处理顺序是企业所得税——法定公积金——任意公积金——分红。

违反上述顺序分红属于违法分红

2．违法分红的后果

（1）分红的股东会决议内容违反法律规定，因而无效。（2）公司违法向股东分红的，股东应当将违反规定分配的利润退还公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董、监、高应当承担赔偿责任

（二）利润分配的比例

分红权为自益权，原则上按照实缴出资比例行使，对有限公司而言，股东按照实缴的出资比例分取红利，但是全体股东另有约定的除外。对股份公司而言，股东按照持有的股份比例分配，但是章程另有规定的除外。公司持有的本公司股份不得分配利润

“全体股东另有约定”，具体行使包括公司原始章程、经全体股东一致同意修订的章程、全体股东一致同意通过的股东会决议、全体股东之间协议等。必须全体一致约定

约定内容不得损害第三人利益

（三）股东分红权的保护

1．分红时间

股东会作出分配利润的决议的，董事会应当在股东会决议作出之日起6个月内进行分配（《公司法》第212条）。

1. 作出分红决议的是股东会，执行分红决议的是董事会；

（2）6个月时间为相对强制性规定，如果公司章程或股东会决议规定少于6个月的执行时间，应视为有效，但是若规定多于6个月的执行时间，应视为无效，仍按法律规定的6个月执行。

2．分红之诉

一般情况下，原告仅限于股东，但对股东没有持股比例和时间的限制；有限公司股东的认定，应以“内部事项”标准进行，也就是说，以股东名册为准。

公司做出了有效的利润分配决议却未按期按比例分配的，股东可以起诉公司，要求法院判决公司履行决议中载明的分配方案对股东分配。（股东取得了对公司的债权）

3．公司自治与司法介入

抽象利润分配请求权：

1．前提：公司没有做出具体利润分配方案的决议，包括没有决议，做出不分配的决议或者未通过分配方案。

2．条件：存在滥用股东权利的情形（股东压迫 如大股东转移公司财产 给自己发高额报酬 利用公司进行高额职务消费），导致公司没有做出具体利润分配方案的决议。

3．满足前提和条件后，股东可以请求法院判决公司做出分配的决议或者直接判决分配。不满足条件即存在滥用股东权的情形，股东不得在公司未决议分配时起诉要求公司分配。

总结：分红必须满足法定顺序，无盈不分；符合条件是否分原则公司自治；大股东压榨可强制分

4．诉讼时效

抽象的分红权不受诉讼时效限制，但是具体的分红权（普通债权）适用诉讼时效。从决议分红期限届满之日起算

两者区分在于有没有股东会决议

四、股东代表诉讼

股东代表诉讼的知识框架如下：

|  |  |
| --- | --- |
| 诉因 | （1）董监高执行公司职务时违反法律、行政法规或公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。  （2）他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。 |
| 当事人 | （1）原告：股东以自己的名义起诉。有限公司所有股东可以起诉，股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东可以起诉。  （2）被告：造成公司损失的董监高或者他人。  （3）第三人：公司。 |
| 前置程序 | （1）书面请求交叉起诉：对董、高，前述股东应首先书面请求监事会提起诉讼；对监事，前述股东应首先书面请求董事会提起诉讼。  （2）若董事会或者监事会拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前述股东有权提起诉讼。 |
| 诉讼效果 | （1）诉讼利益归属于公司，被告应向公司返还财产或者赔偿公司损失。  （2）股东全部或者部分胜诉后，公司应当承担股东因参加诉讼支付的合理费用，如合理的律师费以及为诉讼支出的调查费、评估费、公证费等。 |

1．关于前置程序问题

交叉前置

存在前述情形，股东应首先请求董事会（除董事损害公司利益外的其他情形）或全资子公司的董事会（除全资子公司董事损害公司利益外的其他情形）、监事会（董事侵害公司利益）或全资子公司（全资子公司董事侵害全资子公司利益），只有在公司或全资子公司的董事会/监事会拒绝或30日内未提起或情况紧急才可提起代表诉讼，但是如果不存在由公司或全资子公司的董事会、监事会诉讼可能的则无须请求可直接提起诉讼。

前置程序是股东代表诉讼“穷尽内部救济原则”的体现，要避免将前置程序绝对化。若前置程序不具有客观上的可能性（不可能或者基本不可能），对于股东未经前置程序直接提起的代表诉讼，法院应当受理。

通常需要前置，例外不需要前置

2．当事人问题

股东以自己的名义起诉。原告资格与股东是否实际缴资、是否参与公司经营管理、是否代他人持股以及何时成为股东均无关系。在股东资格方面，有限公司所有股东可以起诉，股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东可以起诉。一审法庭辩论终结前，符合条件的其他股东，以相同的诉讼请求申请参加诉讼的，应当列为共同原告。应当列公司为无独立请求权第三人。

3．诉讼效果的归属

基于权利义务相一致的原则，股东代表诉讼的胜诉利益归属于公司，胜诉或部分胜诉的合理费用也由**公司**承担。

4．股东代表诉讼的调解问题

诉讼中如股东和侵犯公司的主体愿意的调解，法院须经公司股东会或章程授权下的董事会决议后才能确认调解协议。公司章程没有规定的，应当认定公司股东会为决议机关。与一般调解不同，此时需要无独三公司同意

5．股东代表诉讼的反诉问题

法院是否受理被告的反诉，主要取决于被告反诉的理由。如果被告以原告股东恶意起诉侵犯其合法权益为由提出反诉的，法院应当受理。如果被告以公司在涉案纠纷中应当承担侵权或者违约等责任为由对公司提出反诉的，因不符合反诉的要件，法院应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

原告被告形式上对抗，实体上权利义务关系不存在对抗

6．股东代表仲裁（了解即可）

我国《公司法》并未规定“股东代表仲裁”制度。假设甲、乙公司之间订立合同，并约定了仲裁条款。后乙公司违约，而甲公司不申请仲裁。此时，若甲公司的小股东起诉乙公司，法院会以存在仲裁条款为由裁定驳回起诉；若甲公司的小股东针对乙公司申请仲裁，仲裁机构又可能会以二者之间不存在仲裁协议为由不立案。为解决这一困境，可以考虑参照股东代表诉讼制度，允许甲公司小股东在穷尽内部救济手段之后，以自己的名义针对乙公司申请仲裁。

1. 双重股东代表诉讼：延伸至全资子公司。

全资子公司权益受到损害，母公司股东可以代表诉讼

# **五、股东义务**

（一）相关概念

1．控股股东

是指其出资额占有限责任公司资本总额超过50%或者其持有的股份占股份有限公司股本总额超过50%的股东（绝对控股）；出资额或者持有股份的比例虽然低于50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会的决议产生重大影响的股东（相对控股）。

2．实际控制人

是指通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。实际控制人可能是公司股东，也可能不是股东。

3．关联关系

是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。关联关系的判断，核心在于是否可能导致公司利益转移，而不拘泥于控股股东、实际控制人或董监高的身份。

（二）禁止滥用股权

《公司法》第21条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当承担赔偿责任。”股东正当行使股权和滥用股权的界限非常模糊。通常，滥用股权主要包括滥用财产管理权、滥用表决权和滥用经营管理权等形式。其法律后果，主要表现在对公司和对股东两方面，公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

1．滥用股权的认定

应结合案情，主要从动机和后果两个方面考虑。如果股东行使股权存在恶意，客观上又造成公司或其他股东损失，应认定为滥用股权。

2．股东会决议效力的判断

如果股东滥用表决权通过了股东会决议，可以认为该决议内容违法，因此认定该决议无效。

3．停止侵权

控股股东滥用股权，可能对公司或其他股东、债权人等构成侵权，其法律后果，首先是停止侵权行为。

4．赔偿责任

应区分是公司还是股东遭受损失，以判断赔偿请求权的主体。若公司遭受损失，公司有权主张赔偿责任。此种情形下，股东利益必然间接受损，股权价值相应降低，但是，股东不应以此为由直接主张赔偿责任，但可通过股东代表诉讼维护公司利益并间接维护自身利益。

5．股权回购

《公司法》第89条规定：“公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。”

6．强制分红

《公司法解释（四）》第15条规定：“股东未提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议，请求公司分配利润的，人民法院应当驳回其诉讼请求，但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外。”抽象利润分配请求权

（三）关联交易

关联交易就是公司与关联方之间的交易。关联交易是把双刃剑，它可以节约交易成本，提高效率，也可能不公平，损害公司、股东甚至债权人的利益。

允许但限制关联交易：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

1．关联交易合同的效力问题

如果关联交易存在恶意串通损害第三人利益、违反法律或行政法规的强制性规定等情形，应依据民法认定其无效；若存在显失公平等情形，当事人可依据民法请求法院撤销。

不真正的恶意串通并非无效，可适用公司法条文规制

2．关联交易损害公司利益的责任问题

公司的控股股东、实际控制人、董、监、高不得利用其关联关系损害公司利益。否则，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。（核心看有没有不当利益输送）

被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，法院不予支持（《公司法解释（五）》第1条）。

3．股东代表诉讼的应用

公司直接起诉关联方的可能性不大，所以，股东代表诉讼有用武之地（《公司法解释（五）》第2条）。 股份公司需要连续180天1%持股比例

（四）深石原则

所谓深石原则，是指在存在控制与从属关系的关联企业中，为了保障从属[公司债权人](http://baike.baidu.com/subview/11784883/12154162.htm" \t "_blank)的正当利益免受控股公司的不法侵害，法律规定，在从属公司进行清算、和解和[重整](http://baike.baidu.com/subview/1018487/1018487.htm" \t "_blank)等程序中，对于公司控股股东对公司的债权，根据[控制股东](http://baike.baidu.com/subview/3100372/3100372.htm" \t "_blank)是否有不公平行为，而决定其[债权](http://baike.baidu.com/subview/371859/371859.htm" \t "_blank)是否应劣后于其他债权人或者[优先股](http://baike.baidu.com/subview/34938/34938.htm" \t "_blank)股东受偿的原则（并非当然劣后，而是看控股股东是否有不公平行为）。

《破产法解释（二）》第46条实际上有限度地确认了深石原则，该条规定：“债务人的股东主张以下列债务与债务人对其负有的债务抵销，债务人管理人提出异议的，人民法院应予支持：（一）债务人股东因欠缴债务人的出资或者抽逃出资对债务人所负的债务；（二）债务人股东滥用股东权利或者关联关系损害公司利益对债务人所负的债务。”

目前，深石原则在理论上有争议，实践中也有分歧。若法考涉及，考生可开放式回答，但要能自圆其说。支持深石原则的理论依据主要是公平原则，反对深石原则的理论依据主要是债权平等原则。

# **专题四 公司董监高**

一、任职资格限制

《公司法》第178条规定：“有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：（一）无民事行为能力或者限制民事行为能力；（二）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；（三）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；（四）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、责令关闭之日起未逾三年；（五）个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。

违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。”

聘任决议无效，不得对抗善意第三人

二、董监高的义务

1．董监高与公司的关系

公司与其董监高之间是本质是委托合同，董监高同时承担公司法上规定的特别义务。

董事和监事，可能和公司同时存在劳动关系，即所谓内部董事和内部监事，也可能和公司之间不存在劳动关系，即所谓外部董事和外部监事。

基于公司和董事之间的委托合同关系，双方均享有任意解除委托合同的权利。在公司法上，具体表现为公司对董事享有无因罢免权，对此，《公司法》第71条规定：“股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。无正当理由，在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。”相应地，董事也有权辞任，但要遵守公司法和公司章程的限制。例如，董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞任导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务

无因罢免并不等于劳动合同已经解除

法定代表人身份不能单纯辞去，需要同时辞去基础职务；保留职务不当法定代表人需要修改章程

2．董监高的忠实义务

忠实义务，是指应当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（《公司法》第180条）。具体而言，董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：（1）侵占公司财产、挪用公司资金；（2）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（3）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；（4）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（5）擅自披露公司秘密；（6）违反对公司忠实义务的其他行为（《公司法》第181条）。

除此之外，《公司法》还规定了董监高的三个特别忠实义务：（1）自我交易限制。董监高直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。这一规则，同样适用于董监高的近亲属，董监高或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董监高有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，以堵塞漏洞（《公司法》第182条）。

自我交易需要报告加上决议

1. 不得谋取公司交易机会。董监高不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外：①向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过；②根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会（《公司法》第183条）。
2. 竞业禁止。董监高未向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务（《公司法》第184条）。

上述三个特别忠实义务，均规定了“报告+决议”的例外，只不过在董事会决议时，关联董事不得参与表决，其表决权不计入表决权总数。出席董事会会议的无关联关系董事人数不足3人的，应当将该事项提交股东会审议（《公司法》第185条）。

3．董监高的勤勉义务

勤勉义务，是指执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意（《公司法》第180条）。（1）从主观上讲，董监高应当以善意为之；（2）从客观上讲，董监高应当尽到通常应有的合理注意，例如，应当谨慎地行使权利，保证公司经营合法合规；公平对待所有股东；及时了解公司的业务和经营管理情况；对决议事项进行必要的调查。

4．事实董事

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，也应对公司负有忠实和勤勉义务（《公司法》第180条），这就是关于事实董事的规定。事实董事的认定，关键有两点：（1）范围为控股股东、实际控制人；（2）虽然不担任董事但实际执行公司事务，例如以董事身份参与董事会决议、以董事身份签字、作为执行董事行使董事会职权等。

三、董监高的责任

1．归入权

董监高违反忠实义务，所得收入归公司所有（《公司法》第185条）。

2．对公司的赔偿责任

董监高执行职务违反法律、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（《公司法》第188条）。

需要注意的是，归入权和赔偿责任并不冲突，例如，董事违反忠实义务，获得了收入，又给公司造成损失，当董事所得收入归公司之后仍然不能弥补公司损失的，董事还要就差额承担赔偿责任。公司损失低于董事收入的，公司可以就全部收入主张损害赔偿

不当得利难以解决

3．董、高对股东的赔偿责任

董、高违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼（《公司法》第190条）。注意，这里没有提到监事，主要原因在于，监事的权利较小，一般不会对股东利益造成直接损害。（股东可直接要求）

4．董、高的对外责任

董、高执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董、高存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任（《公司法》第191条）。（1）董、高对外直接责任，以故意或重大过失为主观要件；（2）董、高对外直接责任，并非与公司承担连带责任，而应理解为补充责任，也就是对公司无力赔偿的部分承担赔偿责任。

第三人可直接要求故意重大过失董高承担补充责任，突破了替代责任

5．影子董事

公司的控股股东、实际控制人指示董、高从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董、高承担连带责任（《公司法》第192条）。本条的难点在于如何认定“指示”，（可能默示指认）不过，从法考角度讲，若有涉及，案情应该会直白地告诉考生。