



劲达律师
KINGSTA
PRC LAWYERS

法 讯

传 导

上海劲达律师事务所

地址：上海市延安西路728号

华敏·翰尊国际6层D座

邮编：200050 电话：86-21-62255893

传真：86-21-62255895

网址：www.kingstalaw.com

电子信箱：info@kingstalaw.com

目录 提要

总第六十三期
2009年9月10日

学法一点通

- 法定代表人以个人名义签订合同效力如何认定/2
- 在途货物毁损由谁来承担责任/2
- 小股东如何监督公司经营情况/2

法规经纬

- 最高法：企业裁员是否合法将严格审查/3

案例精选

- 雇主代赔后可向雇员追偿/3

企业服务台

- 公司高管失职相关法律问题 /4
- 国家税务总局关于明确个人所得税若干政策执行问题的通知 /6
- 财政部 国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知 /7

学法一点通

法定代表人以个人名义签订

合同的效力如何认定？

问：2007年7月3日，我公司法定代表人王某代表公司与某钢结构公司商定钢结构生产线转让事宜，并以个人名义与钢结构公司签订转让协议。协议约定设备交付前钢结构公司支付60万元，余款1年内付清。但设备投入使用后，钢结构公司迟迟不支付余款，并说该协议是王某以个人名义签订，并未说明是代表公司，而且签的字也是其个人，并未加盖公司的公章。因此合同主体不合格，其转让协议无效。请问：该协议是否有效？

答：通常认为公司法定代表人的行为若构成公司代表行为，应具备以下要件：1、具有代表人的身份，自然人须依公司法规定的任职资格和公司章程的具体规定成为法定代表人，才具有法定代表人的身份；2、以公司法人的名义，法定代表人如果不以公司名义而以个人名义进行活动，又无其他情况表明该行为确属在公司授权范围内，为公司的利益而从事的行为，则不能认定法定代表人的行为是公司的行为；3、在权限范围内，如果法定代表人的行为超越权限，其代表行为无效，除非其行为构成表见代表。

本案中，王某虽以个人名义签订合同，但钢结构公司明知王某是代表公司商定合同事宜，合同内容显然涉及公司利益，合同的签订也属于公司的授权范围，而且，合同履行的主体是公司，而非法定代表人自身，因此王某的行为仍成立代表行为，行为后果仍由公司承

担，该协议有效。

在途货物毁损由谁来承担责任？

问：我公司跟甲公司签订一份买卖合同，约定将货物以铁路运输方式送达甲公司所在地。货物运出后，甲公司来电要解除合同，说资金周转困难，没有能力履行付款义务。后该货物改道送往乙公司，途中遇到暴雨，货物部分损毁。对毁损的货物是否应由乙公司自行承担 responsibility？

答：该货物损毁应由乙公司承担。合同法规定：出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。因为你公司跟乙公司达成的协议中，没有约定在途货物的毁损风险，所以该货物损毁应由乙公司承担。

小股东如何监督公司经营情况？

问：我和朋友出资成立了一家公司，我出资占10%，是公司小股东，朋友作为大股东全权负责公司经营管理。起初几年，我从公司拿到了分红，但最近两年，公司不仅没有分红，我向朋友询问公司情况，他口头告诉我公司亏损。请问，我该怎么办？

答：按照公司法规定，公司股东享有以下股东权利：股东身份权、参与重大决策权、选择、监督管理者权、资产收益权、知情权、关联交易审查权、股东会议权、决议撤销权、退出权、诉讼权和代位诉讼权等权利。你可以根据需要选择行使股东权利，了解公司经营情况。

法规经纬

最高法：企业裁员是否合法将严格审查

最高法要求妥善处理企业裁员引发的纠纷，严格审查用人单位的裁员行为是否合法。7月12日，最高人民法院发布《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》。

意见要求，妥善处理企业裁员引发的纠纷，严格审查用人单位的裁员行为是否符合劳动合同法规定的程序和条件，积极鼓励和引导用人单位与劳动者进行协商，尽量不裁员或少裁员。及时处理因拖欠基本工资引发的劳动争议，按照“快立、快调、快审、快执”的原则，尽快受理，适时调解，及时判决，优先执行。在审理劳动纠纷的案件全过程中，要尽可能采取调解、和解方法，寻找各方利益平衡点。加强与政府部门的沟通和协调，积极主动地邀请企业工会、居民委员会等社会各方力量参与调解。要立足预防，重在化解，创建和完善劳动争议多方联动解决机制和应急处理机制，全力预防和化解劳动争议，促进劳动关系的有序运行和经济社会的健康发展。

最高人民法院民一庭负责人称，目前劳动争议纠纷案件数量膨胀化。从全国情况来看，2008年受理劳动争议案件28万余件，较2007年增长93.93%；2009年上半年受理近17万件，同比增长30%。在当前形势下，各级法院应妥善处理劳动争议纠纷案件的审判工作。

案例精选

本期案例：雇主代赔后可向雇员追偿

【案情】

2007年9月2日，被告干某驾驶属原告蒋某所有的货车至事发处，因干某疲劳驾驶，追尾碰擦到淮南市驾驶员陈某驾驶的货车左侧尾部。造成蒋车车头严重受损，乘车人杨某受伤及陈车左侧尾部车厢和后桥受损的交通事故。经交警部门认定被告干某负事故的全部责任。事故发生之后，蒋某与杨某经公证处公证，由蒋某赔偿杨某各种费用74000元，蒋某投保应获得50000元，蒋某于2007年11月23日实际支付给杨某24000元。蒋某的车辆因需维修而造成停运32天，蒋某已将停运期间的养路费、运管费、代征费合计6550元缴纳不能退还。因干某发生交通事故给原告造成实际经济损失30550元。

法院认为，原、被告双方是雇佣关系，原告蒋某是雇主，被告干某是雇员。雇员在从事雇佣活动中因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。被告干某在从事运输过程中，因疲劳驾驶引发交通事故，经交通事故认定书认定负事故的全部责任。干某在主观上存在重大过失，原告在承担了赔偿责任后有权向其追偿，因原、被告之间是雇佣关系，根据被告的实际承受能力，由被告承担70%的经济损失为宜。原告与杨某的赔偿数额，被告没有异议；原告因车辆发生交通事故造成的停运已交不能退还的养路费用应列入原告的经济损失。故判决：被告干某一次性赔偿原告蒋某经济损失21385元。

【焦点】

雇主蒋某替雇员干某承担连带赔偿责任后，是否可以向干某行使追偿权？

《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的

理解与适用》第九条，雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

该条是有关雇主责任的解释和规定。即雇主应对雇员在雇佣活动中致人损害的行为承担替代赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，雇主与雇员承担连带赔偿责任；雇主承担连带赔偿责任后，有向雇员追偿的权利。

雇主对雇员侵权行为的替代责任主要是依据雇员在雇佣活动中是根据雇主的授权从事活动，雇员是为了雇主的利益从事活动，雇员的活动只要足以表现为在其职责范围内或是雇主会从中受益，就应当认定为雇主的行为。雇主与雇员之间具有特定的人身关系。即雇员在受雇期间，其行为受雇主的意志的支配和约束；在执行职务过程中，雇员按照雇主的意志所实施的行为实际上等于雇主自己所实施的行为。雇主与雇员所致损害之间存在特定的因果关系。损害事实虽是雇员造成，但是和雇主对于雇员选任不当，疏于监督、管理等作为与不作为的行为有关，是损害事实得以发生的主要原因。雇主和雇员之间有着特定的利益关系。雇员在受雇期间所实施的行为，直接为雇主创造经济利益和其他物质利益，雇主承受这种利益，雇员据此得到报酬。

但是并不是雇员造成损害一律由雇主赔偿，因为若雇员在从事雇佣活动中因故意或重大过失致人损害的责任一律由雇主担责，而雇员不承担责任，这本身就有违公平原则，如雇员因自身有过错而不担责，责任一律雇主承担，则只会放纵雇员随意侵害他人利益，也即

直接侵害雇主的利益。故法律规定了雇主在承担赔偿责任后即向被害人先行垫付后，可以向雇员进行追偿。

企业服务台

公司高管失职相关法律问题

【案情】

原告系一家合资企业，2005年3月8日，被告薛某作为原告董事被聘任为总经理。2006年7月27日，原告拟向交行北京分行申请4000万元贷款，以偿还于2006年8月3日到期的该行等额借款，该事宜已取得包括被告在内的全体董事一致同意，并形成了董事会决议。原告制作了《不可撤销承诺函》，并签署了《借款合同》和《抵押合同》。2006年7月30日，被告因股东利益冲突的问题，私自藏匿上述文件，原告董事长邓某曾发送召开紧急董事会的通知，但包括被告在内的三名中方董事均不出席董事会，致使银行因原告逾期还款而加收罚息、强制扣收贷款、限制原告对外支付款项。2007年7月31日，被告被公司董事长停职。原告认为被告的行为给原告造成了巨额经济损失，故诉至法院要求被告赔偿给原告各项经济损失。北京市东城区人民法院经审理认为，本案被告作为原告的总经理，应按公司章程的规定，直接对董事会负责，执行董事会的各项决定。被告未按董事会的指示，将董事会决议及其他文件送交交行北京分行，原告又无其他救济途径，致使交行北京分行对原告逾期还款加收罚息和复利，并通过诉讼向原告主张权利，由此给原告造成的支付复利及支付诉讼费 etc 经济损失，被告应承担赔偿责任。遂依照公司法第一百四十八条第一款、第一百五十条的规定，

判决被告薛某赔偿原告经济损失。宣判后，薛某提出上诉，二审判决驳回上诉，维持原判，本案现已发生法律效力。

【焦点】

本案原告、被告主体地位是否适格？

本案被告的一系列行为依法当如何定性？

在司法实践中，在出现公司董事、经理等高级管理人员损害公司利益时，公司应当如何救济？

【短评】

本案是一起典型的公司董事、监事、经理损害公司利益纠纷案。根据相关法律规定，公司的高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务；公司高级管理人员执行职务时违反法律、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。

本案中，被告作为原告的总经理，应直接对董事会负责，执行董事会的各项决定。在公司董事会作出决议时，被告未提出异议，并签字同意董事会决议的内容。但却不去执行董事会决议。原告依程序要求另行召开董事会，包括被告在内的三名中方董事又表示不参加，采取消极的态度对待即将到期的巨额贷款。由此可见，被告在明知原告不按期还款又不办理转期手续时会给原告带来的直接的经济损失的情况下，仍然采取消极不作为的行为，因此造成的损失，被告应承担赔偿责任。

本案原告、被告的主体是否适格？

有观点认为，根据《中华人民共和国公司法》第一百五十二条的规定，应由公司的董事会或股东提起诉讼，故原告的主体不适格。然而，《中华人民共和国公司法》第一百五十

二条为股东代表诉讼。股东代表诉讼是指当公司怠于行使通过诉讼追究内部成员责任及实现其他权利时，具备法定资格的股东为了公司的利益代表公司提起诉讼的制度。股东代表诉讼需要有一个前置程序，要以内部救济穷尽为前提，即当不能以公司名义提起诉讼时。同时，《中华人民共和国公司法》也做了灵活处理，即当情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，股东可以直接提起诉讼。本案不属于紧急情况，且公司已自行提起诉讼，故本案原告具有诉讼主体资格。

而关于本案被告薛某是否具有适格诉讼主体资格，关键要看薛某的行为是否为履行职务行为。薛某的身份为原告董事兼总经理。作为公司总经理，薛某应当按照公司章程规定，直接对董事会负责，执行董事会的各项决定。但其实际并未按执行董事会决议且拒不交出相关文件，给公司造成了损失，应当作为被告对公司承担赔偿责任。

本案被告的行为应当如何定性？

本案中，被告薛某违反其作为公司董事兼总经理应尽的义务，拒不执行董事会决议且拒不交出相关文件的行为构成了公司董事、经理以不作为的形式对公司侵权。

公司法针对公司董事、高级管理人员侵权行为都有哪些具体规定？

董事、监事、经理对公司构成侵权并承担责任是以违反其应尽义务为前提的。对于董事、监事、经理应尽的重视义务和勤勉义务，法律也分别做出了相应的具体规定。《中华人民共和国公司法》第二十一条第一款规定，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其关联关系损害公司利益；第一百四十八条第二款规定，董事、监事、

高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产；第一百四十九条列举了董事、高级管理人员不得为的行为。这些条文涵盖了董事、经理忠实义务的具体内容。

《中华人民共和国公司法》第一百一十三条第二款规定，董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任；第一百五十条中规定董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、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。这些条文就包含了对董事勤勉义务的规定。

对于不作为侵权应当如何进行救济？

首先，对于董事、高级管理人员的不作为侵权的法律救济为，如果侵权行为已经给公司造成了经济损失，就应按照《中华人民共和国公司法》第一百五十条的规定对公司承担赔偿责任。通常情况下，如果公司意图对董事、高级管理人员对公司的不作为侵权行使自力救济，可以通过召开公司股东大会或者董事会的形式决议命令负有义务的董事、高级管理人员交出董事会决议或者重新形成新的会议决议从而达到预期目的。但是就本案而言，无法通过此种途径解决，因为原告此时已经出现“公司僵局”问题。

对于“公司僵局”如何进行法律救济？

对于公司经营管理发生严重困难，继续存续将使股东利益蒙受重大损失，通过其他途径不能解决时，《中华人民共和国公司法》第一百八十三条赋予持有公司全部股东表决权

10%的股东，请求法院解散公司的权利。但是解散公司毕竟是救济的最终途径，更多的股东或者公司债权人仍然希望公司能够维系正常运营。因此，对于“公司僵局”，法院干预有其必要性。就目前来说，法院加强调解工作来平衡各方的利益冲突，打破“公司僵局”亦不失为一种有效途径。

国家税务总局关于明确个人所得税若干政策执行问题的通知

各省、自治区、直辖市和计划单列市地方税务局，西藏、宁夏、青海省（自治区）国家税务局：

近期，部分地区反映个人所得税若干政策执行口径不够明确，为公平税负，加强征管，根据《中华人民共和国个人所得税法》及其实施条例等相关规定，现就个人所得税若干政策执行口径问题通知如下：

一、《国家税务总局关于个人所得税若干政策问题的批复》（国税函〔2002〕629号）第一条有关“双薪制”计税方法停止执行。

二、关于董事费征税问题

（一）《国家税务总局关于印发〈征收个人所得税若干问题的规定〉的通知》（国税发〔1994〕089号）第八条规定的董事费按劳务报酬所得项目征税方法，仅适用于个人担任公司董事、监事，且不在公司任职、受雇的情形。

（二）个人在公司（包括关联公司）任职、受雇，同时兼任董事、监事的，应将董事费、监事费与个人工资收入合并，统一按工资、薪金所得项目缴纳个人所得税。

（三）《国家税务总局关于外商投资企业的董事担任直接管理职务征收个人所得税问题的通知》（国税发〔1996〕214号）第一条停

止执行。

三、关于华侨身份界定和适用附加费用扣除问题

（一）华侨身份的界定

根据《国务院侨务办公室关于印发〈关于界定华侨外籍华人归侨侨眷身份的规定〉的通知》（国侨发〔2009〕5号）的规定，华侨是指定居在国外的中国公民。具体界定如下：

1.“定居”是指中国公民已取得住在国长期或者永久居留权，并已在住在国连续居留两年，两年内累计居留不少于18个月。

2.中国公民虽未取得住在国长期或者永久居留权，但已取得住在国连续5年以上（含5年）合法居留资格，5年内在住在国累计居留不少于30个月，视为华侨。

3.中国公民出国留学（包括公派和自费）在外学习期间，或因公务出国（包括外派劳务人员）在外工作期间，均不视为华侨。

（二）关于华侨适用附加扣除费用问题

对符合国侨发〔2009〕5号文件规定的华侨身份的人员，其在中国工作期间取得的工资、薪金所得，税务机关可根据纳税人提供的证明其华侨身份的有关证明材料，按照《中华人民共和国个人所得税法实施条例》第三十条规定在计算征收个人所得税时，适用附加扣除费用。

四、关于个人转让离婚析产房屋的征税问题

（一）通过离婚析产的方式分割房屋产权是夫妻双方对共同共有财产的处置，个人因离婚办理房屋产权过户手续，不征收个人所得税。

（二）个人转让离婚析产房屋所取得的收入，允许扣除其相应的财产原值和合理费用后，

余额按照规定的税率缴纳个人所得税；其相应的财产原值，为房屋初次购置全部原值和相关税费之和乘以转让者占房屋所有权的比例。

（三）个人转让离婚析产房屋所取得的收入，符合家庭生活自用五年以上唯一住房的，可以申请免征个人所得税，其购置时间按照《国家税务总局关于房地产税收政策执行中几个具体问题的通知》（国税发〔2005〕172号）执行。

财政部 国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知

一、以下情形的房屋产权无偿赠与，对当事双方不征收个人所得税：

（一）房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹；

（二）房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与对其承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人；

（三）房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的法定继承人、遗嘱继承人或者受遗赠人。

二、赠与双方办理免税手续时，应向税务机关提交以下资料：

（一）《国家税务总局关于加强房地产交易个人无偿赠与不动产税收管理有关问题的通知》（国税发〔2006〕144号）第一条规定的相关证明材料；

（二）赠与双方当事人的有效身份证件；

（三）属于本通知第一条第（一）项规定情形的，还须提供公证机构出具的赠与人 and 受赠人亲属关系的公证书（原件）。

（四）属于本通知第一条第（二）项规定

情形的, 还须提供公证机构出具的抚养关系或者赡养关系公证书 (原件), 或者乡镇政府或街道办事处出具的抚养关系或者赡养关系证明。

税务机关应当认真审核赠与双方提供的上述资料, 资料齐全并且填写正确的, 在提交的《个人无偿赠与不动产登记表》上签字盖章后复印留存, 原件退还提交人, 同时办理个人所得税不征税手续。

三、除本通知第一条规定情形以外, 房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与他人的, 受赠人因无偿受赠房屋取得的受赠所得, 按照“经国务院财政部门确定征税的其他所得”项目缴纳个人所得税, 税率为 20%。

四、对受赠人无偿受赠房屋计征个人所得

税时, 其应纳税所得额为房地产赠与合同上标明的赠与房屋价值减除赠与过程中受赠人支付的相关税费后的余额。赠与合同标明的房屋价值明显低于市场价格或房地产赠与合同未标明赠与房屋价值的, 税务机关可依据受赠房屋的市场评估价格或采取其他合理方式确定受赠人的应纳税所得额。

五、受赠人转让受赠房屋的, 以其转让受赠房屋的收入减除原捐赠人取得该房屋的实际购置成本以及赠与和转让过程中受赠人支付的相关税费后的余额, 为受赠人的应纳税所得额, 依法计征个人所得税。受赠人转让受赠房屋价格明显偏低且无正当理由的, 税务机关可以依据该房屋的市场评估价格或其他合理方式确定的价格核定其转让收入。

提示: 本刊旨在为读者提供法律动态的新信息, 并非法律意见, 不适合用于个案情况, 也不为个案问题所引用。

福建建达律师事务所

福州市华林路 338 号锦绣福城西区 17 层

电话: 86-591-87676100 传真: 86-591-87676123

深圳景达律师事务所

深圳市红荔路 38 号群星广场 A 座 24 楼

电话: 86-755-83748769 传真: 86-755-83748761

台湾劲业律师事务所

台北市博爱路 130 号三楼之一 邮编: 100

电话: 886-2-23888077 传真: 886-2-23888079