

企业与工商管理

作者：韩志远/编著

出版社：中国电影出版社

字数：250 千字

分类：法律-汇编-中国

版权所有：北京烨子工作室

出版日期：2006 年 4 月

书号：INBN-7-106-02792-1

内容提要

本书以企业与员工建立的劳动关系为核心,对企业在劳动合同管理中的法律风险及防范措施作了详细阐释,为企业管理者指出了劳动合同法管理的方法及工具。书中列举了大量翔实而典型的案例,将相在的法律问题串联在一起,利于企业管理者触类旁通,使企业管理者能真正防患于未然及早消除企业劳动法律风险,促进企业健康发展。

目录

第一章 合同的基本知识.....	5
合同可以以什么形式签订?	5
怎样签订一个合同?	5
什么是合同?合同形式有什么要求?合同内容一般包括哪些条款?.....	5
《合同法》对格式条款有什么限制?.....	7
什么是要约?什么是承诺?	7
合同成立时间如何确定?什么是合同的效力?合同成立与生效的关系如何?.....	9
什么是无效合同?什么是可变更、可撤销的合同?合同无效、被撤销的法律后果是什么?	10
合同履行应遵循什么原则?合同履行中的三大抗辩权是什么?	12
什么是合同的代位权、撤销权?如何行使代位权和撤销权?	13
什么是合同的变更?什么是合同的转让?	13
如何解除合同?.....	14
第二章 合伙企业.....	15
什么是合伙企业?	15
设立合伙企业应当具备哪些条件?	15
合伙企业如何办理设立登记、变更登记和注销登记?	16
合伙企业财产的范围及性质是什么?合伙企业如何管理、使用企业的财产?	17
合伙企业事务的执行方式有哪几种?	18
公司股东有哪些出资方式,应注意的问题有哪些?	18
第三章 个人独资企业.....	19
什么是个人独资企业?	19
设立个人独资企业应当具备哪些条件?	20
个人独资企业如何办理设立登记、变更登记和注销登记?	20
个人独资企业如何设立分支机构?	21
个人独资企业的投资人有哪些权利和责任?	22
个人独资企业的投资人有哪些权利和责任?	23
个人独资企业可以采取哪些形式管理企业事务?	23
第四章 劳动合同.....	24
劳动者订立劳动合同的条件是什么?	24
为什么不能向劳动者给付劳动成果?	24
劳动合同内容是否只限于劳动者本人的权利与义务?	25
劳动合同应当由谁签订?	25
因工伤残造成间接的经济损失是否应当赔偿?	25
因工伤残与非因工伤残在待遇上有区别吗?.....	25
劳动者是否应为工伤事故中本人的过错承担责任?	26
用人单位未缴纳社会保险费是否影响劳动者的权利?	26
用人单位能与患有精神病的劳动者解除劳动关系吗?	26
劳动合同期满后终止,用人单位还要支付经济补偿吗?	26
为什么不能将劳动成果作为劳动者的给付?	27
工伤保险赔偿是否应当包括康复费用?	27

《企业年金试行办法》：退休可领补充养老保险.....	27
企业年金基金管理试行办法.....	28
《企业年金基金管理试行办法》出台.....	29
新《集体合同规定》注重对女职工特殊保护.....	30
代扣工资有何法律限制？.....	31
企业在什么情况下可以代扣劳动者的工资？.....	31
什么是预告性辞退？.....	31
什么是过失性辞退？.....	31
劳动合同的试用期有何具体规定？.....	32
工伤赔偿常见问题.....	32
“非典”与劳动法的几个问题.....	33
签订劳动合同中的常见问题.....	35
如何计算工龄的问题.....	35
员工违约跳槽中的常见问题.....	35
终止、解除劳动合同中的常见问题.....	39
劳动合同的订立.....	44
劳动合同的变更.....	46
劳动合同的解除和终止.....	47
劳动合同的范本.....	50

第一章 合同的基本知识

合同可以以什么形式签订？

- 1、书面形式；
- 2、口头形式；
- 3、其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

怎样签订一个合同？

合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

- (一) 当事人的名称或者姓名和住所；
- (二) 标的；
- (三) 数量；
- (四) 质量；
- (五) 价款或者报酬；
- (六) 履行期限、地点和方式；
- (七) 违约责任；
- (八) 解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。

什么是合同？合同形式有什么要求？合同内容一般包括哪些条款？

(1)什么是合同？

我国《合同法》第2条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议适用其他法律规定。”依此说明，我国《合同法》规定的合同是具有财产关系的民事合同，不包括身份关系的合同。合同具有以下法律特征：合同是平等主体之间的民事法律关系。合同当事人的法律地位平等，一方不得凭借行政权力、经济实力等优势地位将自己的意志强加给另一方。合同是多方当事人的法律行为。合同的主体必须有两个或两个以上，合同的成立是各方当事人意思表示一致的结果。合同是从法律上明确当事人之间特定权利与义务关系的文件。合同在当事人之间设立、变更、终止民事权利义务关系，以实现当事人的特定经

济目的。 合同是具有相应法律效力的协议。合同依法成立生效之后,对当事人就具有了法律上的拘束力。

(2)合同的形式有什么要求?

合同的形式,是指合同当事人意思表示一致的外在表现形式。我国合同法规定:当事人订立合同可以采用口头形式、书面形式和其他形式。合同的口头形式指当事人只有口头语言为意思表示订立合同,而不用文字表达协议内容的合同形式。口头形式优点在于方便快捷,缺点在于发生合同纠纷时难以取证,不易分清责任。口头形式适用于能即时清结的合同关系。书面形式是指当事人以合同书或者电报、电传、电子邮件等数据电文形式等各种可以有形地表现所载内容的形式订立合同。书面形式有利于交易的安全,重要的合同应该采用书面形式。书面形式又可分为下列几种形式:由当事人双方依法就合同的主要条款协商一致并达成书面协议,并由双方当事人的法定代表人或其授权的人签字盖章。格式合同。双方当事来往的信件、电报、电传等也是合同的组成部分。

(3)合同内容一般包括哪些条款?

合同的内容,即合同的当事人订立合同的各项具体意思表示,具体体现为合同的各项条款。《合同法》第12条规定:“合同的内容由当事人约定,一般应包括以下条款:(一)当事人的名称或者姓名和住所;(二)标的;(三)数量;(四)质量;(五)价款或者报酬;(六)履行期限、地点和方式;(七)违约责任;(八)解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”

合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。当事人就有关合同内容约定不明确,依照前述规定仍不能确定的,适用下列规定:

质量要求不明确的,按照国家标准、行业标准履行;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的,按照规定履行。

履行地点不明确,给付货币的,在接受货币一方所在地履行;交付不动产的,在不动产所在地履行;其他标的,在履行义务一方所在地履行。

履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时要求履行,但应当给对方必要的准备时间。

履行方式不明确的,按照有利于实现合同目的的方式履行。

履行费用的负担不明确的,由履行义务一方负担。

传统合同法上的八大条款并非每个合同都必须具备的“必备条款”、“主要条款”,缺少了其中的一个或几个条款,并不当然导致一个合同不成立或者不生效。事实上,每个合同应具备哪些条款依合同情形不同而各不相同。第12条的规定仅具有提示性意义,并无任何强制效力。

《合同法》对格式条款有什么限制？

《合同法》规定：格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定的，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。违反提请注意义务的，该格式条款不生效。对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用大格式条款。

下列情形的格式条款无效：

提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

造成对方人身伤害的；因故意或者重大过失造成对方财产损失的免责条款无效。

一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定。

什么是要约？什么是承诺？

当事人订立合同，采用要约、承诺方式。要约人提出订立合同的条件，受要约人完全接受，表明双方的意思表示一致，合同的订立过程结束。

(1)什么是要约？

要约是一方当事人向另一方当事人提出订立合同的条件。希望对方能完全接受此条件的意思表示。发出要约的一方称为要约人，受领要约的一方称为受要约人。

要约的条件：a.要约的内容必须具体明确。所谓“具体”是指要约的内容必须具有足以使合同成立的主要条款。如果没有包含合同的主要条款，受要约人难以做出承诺，即使做出了承诺，也会因为双方的这种合意不具备合同的主要条款而使合同不能成立。所谓“确定”，是指要约的内容必须明确，而不能含糊不清，否则无法承诺。b.要约必须具有订立合同的意图，表明一经受要约人承诺，要约人即受该意思表示的拘束。

要约的效力。《合同法》第16条规定：“要约到达受要约人时生效。”自要约实际送达给特定的受要约人时，要约即发生法律效力，要约人不得在事先未声明的情况下撤回或变更要约，否则构成违反前合同义务，要承担缔约过失的损害赔偿责任。需明确一点，到达是指要约的意思表示客观上传递到受要约人处即可，而不管受要约人主观上是否实际了解到要约的具体内容。例如，要约以电传方式传递，受要约人收到后因临时有事未来得及看其内容，要约也生效。

要约的失效。要约发出后，有下列情形之一的，要约失效，要约人不再受原要约的拘束：a.要约的撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要

约人。b.拒绝要约的通知到达要约人。受要约人以口头或书面的方式明确能知要约人不接受该要约。c.受要约人对要约的内容进行实质性变更。有关合同标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更,是对要约内容的实质性变更。d.要约中规定有承诺期限的,承诺期限届满,受要约人未作出承诺。对口头要约,在极短的时间内不立即作出接受的意思表示,则表明要约的失效。e.要约的撤销。要约可以撤销,撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。但是,有下列情形之一的,要约不得撤销:A.要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;B.受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同作了准备工作。

要约撤回与要约撤销的区别。二者的区别仅在于时间的不同,要约的撤回是在要约生效之前为之,即撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人;而要约的撤销是在要约生效之后承诺作邮之前而为之,即撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

要约与要约邀请的区别。a.要约邀请是指一方邀请对方向自己发出要约,而要约是一方向他方发出订立合同的意思表示;b.要约不是一种意思表示,而是一种事实行为。要约是希望他人和自己订立合同的意思表示,是法律行为;c.要约邀请只是引诱他人向自己发出要约,在发出邀请要约邀请人撤回其中邀请,只要未给善意相对人造成信赖利益的损失,邀请人并不承担法律责任,以下四个法律文件为要约邀请:寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书。

(2)什么是承诺?

承诺是指受要约人同意要约的意思表示。承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

承诺的条件:a.承诺的主体只能是受要约人。这意味着,非受要约人作出的承诺的民意表示并非承诺,而是向要约人发出的要约。b.承诺的内容是同意要约,它强调承诺的内容与要约的内容应当一致。承诺实质性变更要约的,为新要约。我国合同法对承诺与要约内容的一致性原则作了灵活处理,允许承诺作出大量实质性变更。c.承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限,承诺应当按照下列规定到达:要约以对话方式作出的,应当及时作出承诺,但当事人另有约定的除外;要约以对话方式作出的,承诺应当在合理期限内到达。

承诺迟到的效力。a.因承诺自身原因迟到的,原则上承诺无效,为新要约。《合同法》第28条规定:“受要约人超过承诺期限发出承诺,除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外,为新要约。”b.因非由于承诺人自身原因迟到的,原则上承诺有效。《合同法》29条规定:“受要约人在承诺期限内发出承诺,按照通常情形能够及时到达要约人,但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的,除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外,该承诺有效。”

承诺的效力。承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的,根据交易习惯或者

要约的要求作出承诺的行为时生效。承诺的生效亦采取到达主义，与要约相同。承诺生效时合同成立，承诺生效的地点为合同成立的地点。

承诺的失效。有下列情形之一的，受要约人接受要约所做的答复不发生法律效力：a. 承诺撤回。承诺人可以发出承诺后又撤回承诺，但撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。b. 承诺逾期，要约方没有认可其为承诺。

合同成立时间如何确定？什么是合同的效力？合同成立与生效的关系如何？

(1) 合同成立时间如何确定？

《合同法》第 25 条规定：“承诺生效时合同成立”；第 32 条规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”第 33 条规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”

根据第 25 条规定，承诺到达要约人时合同即告成立，但第 32 条、33 条又规定了不同的合同成立时间规则，这三个条文的适用关系是：若同时存在各条适用情形而三者又不一致的，应以第 33 条为准；若同时存在第 25 条、32 条适用情形的，应以 32 条为准；若只存在第 25 条适用情形，或双方签字盖章时间与承诺生效时间一致，则可适用第 25 条，举例说明：甲公司于 1998 年 10 月 5 日向乙公司发出要约，乙公司于 10 月 10 日向甲公司了却承诺并于当日到达，甲公司于 10 月 15 日在合同上签字后再寄给乙公司，乙公司于 10 月 20 日在合同上盖章，后甲、乙双方又于 10 月 25 日签订了合同确认书。在这个案例中，甲乙之间的合同成立时间应为 1998 年 10 月 25 日。

注意：第 32 条中的签字与盖章之间是选择关系，即当事人既可以只签字而不盖章，也可以只盖章而不签字，也可以既签字又盖章。双方当事人的签字、盖章行为既可以同时同地完成，也可以异地完成。在异地完成情况下，以最后一方当事人完成签字或盖章时间为合同成立时间。

(2) 什么是合同的效力？

合同效力是法律赋予依法成立的合同所产生的约束力。合同的效力可分为四大类，即：有效合同，无效合同，效力待定合同，可变更、可撤销合同，合同效力的表现：

合同对当事人的一般拘束力。依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

合同的效力。依法成立的合同，自成立时生效。合同的效力体现为双主事人订立合同的效果意思产生的法律效力，每一个合同的效力都是特定的，各个合同之间的效力都是不相同的。例如：货物买卖合同的效力体现在买方负有交付价款义务而取得货物的权利，卖方负有交付货物义务而取得价款的权利上。但房屋租赁合同，一方负有交付房屋给他人占有、使

用而享有获得租金的权利，另一方负有交付租金义务而享有占有、使用他人房屋的权利。

(3)合同成立与生效的关系如何？

合同成立是指双方当事人意思表示达成了一致，合同生效是指合同成立后在法律上得到肯定性评价，产生了当事人意定的法律效力。合同的一般生效要件包括：主体合格，行为人具有相应的民事行为能力；意思表示真实；不违反法律和社会公共利益。某些特殊合同，须办理特殊手续，如批准、登记等。

二者关系如下：

合同生效以合同成立为前提，合同不成立就无所谓生效。反之，一个合同生效了，意味着它已经成立了。

合同成立并不意味着合同生效。合同成立后是否生效，主要分以下几种情况：a.大多数合同成立即生效，也就是说合同成立与合同生效是在同一时间；b.合同成立后永远不生效，即无效合同；c.合同成立后处理效力待定状态，是否生效要看合成立时缺乏的生效要件后来能否得到补正；d.合同成立后并不立即生效，生效时间视所附期限何；e.f.合同成立后并不立即生效，只有完成了应当办理的批准、登记手续后地生效。

如果法律、行政法规明确规定某一类合同应当办理批准、登记手续才生效的，则此时批准、登记手续为该合同的生效要件。未予办理的，人民法院应当认定该合同未生效。但注意，只要在一审法庭辩论终结前办理了批准、登记手续的，人民法院就应当认定该合同已生效。

什么是无效合同？什么是可变更、可撤销的合同？合同无效、被撤销的法律后果是什么？

(1)什么是无效合同？

无效合同是指合同虽然成立，但因其违反法律、行政法规、社会公共利益而无效。可见，无效合同是已经成立的合同，是欠缺生效要件的不具有法律约束力的合同不受国家法律保护。无效合同自始无效，但部分条款无效，不影响其余部分的效力。

无效合同的原因有两种：

订立合同主体不合格，表现为：a.无民事行为能力人、限制民事行为能力人订立合同且法定代理人不予追认的，该合同无效，但有例外：纯获利益的合同和与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不需追认，合同当然有效；b.代理人不合格且相对人有过失而成立的合同，该合同无效；c.法人和其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，且相对人知道或应当知道其超越权限的，该合同无效。

订立合同内容不合法，表现为：a.违反法律、行政法规的强制性规定的合同，无效；b.违反社会公共利益的合同，无效；c.恶意串通，损害国家、集体或三人利益的合同，无效；d.以合法形掩盖非法目的合同，无效；e.无处分权的人处分他人财产的合同，无效。但有两

例外：事后经权利人追认的，有效；事后取得处分权的，有效。

意思表示不真实的合，即意思表示有瑕疵，如：一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益的，无效。

(2)什么是可变更、可撤销合同？

可变更、可撤销的合同是基于法定原因，当事人有权诉请法院或仲裁机构予以变更、撤销的合同。

可变更、可撤销的合同的种类有：因重大误解订立的合同；订立合同时显失公平的；一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或仲裁机构变更或撤销。

对于可变更、可撤销的合同，当事人有权诉请法院或仲裁机构予以变更、撤销，当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。

撤销权是撤销权人依其单方的意思表示使合同溯及既往的消灭的利权。因撤销原因不同，撤销权人也不同。重大误解中，误解人是撤销权人；显失公平中，遭受明显不公的人是撤销权人；欺诈、胁迫中，受欺诈、受胁迫的人是撤销权人。撤销权是诉权，只能通过法院或者仲裁机构行使。

撤销权的消灭：具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

例如：甲公司向乙公司订购乳胶漆一批，乙公司在订立合同时，谎称国产乳胶漆为进口乳胶漆。甲公司事后得知实情，适逢国产乳胶漆畅销，甲公司有意履行合同，乙公司则希望这批货以更高的价格卖给别人，此时：甲公司向乙公司催告交货或预付货款或递交确认合同有效的通知，则合同成为确定的有效合同；乙公司不能以合同订立存在欺诈为由主张撤销，从而使合同失去约束力。由此可见，我国对于一方当事人欺诈对方当事人而订立的合同是作为可撤销合同来处理的，这样就给予受到欺诈方选择权，尊重其意思自治。如果受到欺诈的一方当事人认为不必撤销合同的，则可以补正合同的效力。注意：我国可撤销合同的撤销权仅赋予受到欺诈的一方，而欺诈方是没有选择权的，所以不能主动主张合同可撤销。

(3)合同无效、被撤销的法律后果是什么？

无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力，其他部分仍然有效。

合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

合同履行应遵循什么原则?合同履行中的三大抗辩权是什么?

(1)合同履行应遵循什么原则?

合同的履行,是指合同的双方当事人正确、适当、全面地完成合同中规定的各项义务的行为。履行合同应当遵循下列两项原则:

全面履行原则。

当事人应当按照约定全面履行自己的义务,即按照合同规定的标的及其质量、数量,由适当的主体在适当的履行期限、履行地点以适当的履行方式,全面完成合同义务。当事人一方在履行中对合同约定义务的任何一个环节的违反,都是违反了全面履行原则。

诚实信用原则。

当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

(2)合同履行中的三大抗辩权是什么?

在全同履行中,当事人可享有同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权。这些抗辩权利的设置,使当事人在法定情况下可以对抗对方的请求权,使当事人的拒绝履行不构成违约,可以更好地维护当事人的利益。

同时履行抗辩权。当事人互负到期债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求,一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行要求。

先履行抗辩权。当事人互负债务,有先后履行顺序,先履行一方未履行的,后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定时,后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

不安抗辩权。不安抗辩权的行使分为两个阶段:第一阶段为中止履行。应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情况之一的,可以中止履行:经营状况严重恶化;转移财产、抽逃资金,以逃避债务;丧失商业信用;有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。第二阶段为解除合同。当事人依照上述规定中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。

但是,不安抗辩权的行使是有一定条件和限制的。如无确切证据证明对方零部件失履行能力而中止履行的,或者中止履行后,对方提供适当担保时而拒不恢复履行的,不安抗辩权人承担违约责任。

什么是合同的代位权、撤销权?如何行使代位权和撤销权?

债的保全是法律为防止因债务人的财产不当减少而给债权人带来危害,授权债权人采取的积极预防和补救措施,包括代位权、撤销权等。

(1)什么是合同的代位权?如何行使代位权?

因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权,但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限,债权人行使代位权的必要费用,由债务人负担。

债权人提起代位权诉讼,应当符合下列条件:债权人对债务人的债权合法;债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害;债务人的债权已到期;债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。专属于债务人自身的债权,是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

债权人向次债务人提起的代位权诉讼经法院审理后认定代位权成立的,由次债务人向债权人履行清偿义务,债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

(2)什么是合同的撤销权?如何行使撤销权?

因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害的,债权人可以请求法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形的,债权人也可以请求法院撤销该债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限,债权人行使撤销权的必要费用,由债务人负担。

可见,债权人行使撤销权的三种情形: 放弃到期债权; 无偿转让财产; 以明显不合理的低价转让财产,侵害债权人债权,且受让人知道该情形的。例如,张三欠李四5万元钱,张三有一辆价值10万元的小车,现张三将该车赠与其好友王五,李四发现张三除了小车以外再无其他值钱的东西,这一赠与会影响张三偿还债务,张三赠与汽车即无偿转让财产,对债权人李四造成损害,因此李四可以行使撤销权,请求法院撤销该赠与行为。

撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使,自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的,该撤销权消灭。

什么是合同的变更?什么是合同的转让?

(1)什么是合同的变更?

合同的变更是指合同内容的变更,即合同成立后尚未履行或者尚未完全履行之前,基于当事人的意思或者法律的直接规定,不改变合同当事人、仅就合同关系的内容所作的变更。

合同的变更有以下几种: 因重大误解订立的合同或在订立合同时显失公平的,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更; 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对

方在违背真实意思的情况下订立的合同，当事人选择了变更合同的；因双方当事人意思表示一致，而对合同内容进行的变更。

合同变更的效力指已变更的内容发生变更后的效力，而未变更的内容继续有效，已履行的合同义务或已发生的违约责任、损害赔偿请求权，除法律规定或当事人约定，不因变更而失效。

(2)什么是合同的转让?

合同的转让是指合同成立后，尚未履行或者尚未完全履行之前，合同当事人对合同债权债务所作的转让，包括债权转让、债务转让和债权债务概括转让。

债权转让。债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生法律效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

债务转让。债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。不经债权人同意，转让合同无效。债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

债权转让与债务转让的区别有：a.债权转让采用通知主义，不以债务人同意为条件；而债务转让采用同意主义，不经债权人同意，转让合同无效。b.债权转让合同的当事人是债权人与受让人(第三人)，债务人不是当事人；债务转让合同的当事人是债务人与新债务人(第三人)，债权人不是当事人。c.债权转让的债务人可以援用抗辩权和抵销权；而债务转让的新债务人只能援用抗辩权，不能援用抵销权。

债权债务概括转让。当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

如何解除合同?

合同的解除，是指已成立生效的合同因发生法定的或当事人约定的情况，或经当事人协商一致，而使合同关系终止。

合同的解除有三种类型。 双方协议解除：当事人协商一致，可以解除合同。 单方约定解除：当事人可以约定一方解除合同的条件，解除合同的条件成立时，解除权人可以解除合同。 单方法定解除：有下列情形之一的，当事人可以解除合同。a.因不可抗力致使不能实现合同目的；b.在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行

主要债务；c.当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；d.当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；e.法规定的其了情形。因不可抗力产生的法定解除，发生不可抗力一主与非发生不可抗力一方均享有。因预期违约、根本违约、迟延履行、其他情形下定解除权，仅由非违约方单方享有。

法律规定或者当事人约定解除行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没能规定或者当事人没有约定解除行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。解除权人主张解除合同的，应当通知对方，合同自通知到达到对方是。合同的解除权是典型的形成权，解除权人只要将解除和意思表示通知对方，即产生解除合同的效力不以对方同意为生效要件。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

第二章 合伙企业

什么是合伙企业？

合伙企业，是指依照《中华人民共和国合伙企业法》在中国境内设立的由各合伙人设立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙债务承担无限连带责任的营利性组织。

合伙企业具有以下几个特征：

(1) 合伙企业以合伙协议为成立的法律基础。合伙协议是调整合伙关系、规范合伙人相互权利义务、处理合伙纠纷的基本法律依据，对全体合伙人具有约束力，是合伙得以成立的法律基础。

(2) 合伙企业须由全体合伙人共同出资，合伙经营。出资是合伙人的基本义务，也是其取得合伙人资格的前提条件。合伙人必须合伙参与经营活动，从事具有经济利益的营业行为。

(3) 合伙人共负盈亏，共担风险，对外承担无限连带责任。合伙人既可以按其对企业出资比例分享合伙盈利，也可按合伙人约定的其他办法来分配合伙盈利。当合伙企业财产不足以清偿合伙债务时，合伙人还需要以其他个人财产来清偿债务，即承担无限责任，而且任何一个合伙人者有义务清偿全部合伙债务，即承担连带责任。

设立合伙企业应当具备哪些条件？

设立合伙企业应当具备以下几个条件：

(1) 有符合要求的合伙人。设立合伙企业必须有 2 个以上合伙人，并且都是完全民事

行为能力人，且依法承担无限责任；法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，如法官、检察官、人民警察、国家公务员等，不得作为合伙企业的合伙人。

(2) 有书面合伙协议。合伙协议是 2 个以上的公民的为设立合伙企业而签订的合同。合伙协议必须采用书面形式，经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人依照合伙协议享有权利、承担责任。合伙协议应当载明下列事项：合伙企业的名称和主要经营场所的地点；合伙目的和合伙的经营范围；合伙人的姓名及其住所；合伙人出资的方式、数额和缴付出资的期限；利润分配和亏损分担办法；合伙事务的执行；入伙与退伙；合伙企业的解散与清算；违约责任。合伙协议还可以载明合伙企业的经营期限和合伙人争议的解决方式。

(3) 有各合伙人实际缴付的出资。合伙人的出资必须是合伙人的合法财产或财产权利，合伙人必须按照合伙协议约定的出资方式、数额和交付出资的期限，履行出资义务。如果合伙人违反了这一义务，即构成违约，其他合伙人可追究其违约责任。合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资；上述出资应当是合伙人的合法财产及财产权利。对货币以外的出资需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构进行评估。经全体合伙人协商一致，合伙人也可以用劳务出资，其评估办法由全体合伙人协商确定。

(4) 有合伙企业的名称。合伙只有拥有自己的名称，才能以自己的名义参与民事法律关系，享有民事权利，承担民事义务，并参与诉讼，成为诉讼当事人。

(5) 有经营场所和从事合伙经营的必要条件。经营场所是合伙企业从事生产经营活动的所在地。合伙一般只有一个经营场所，记载企业登记机关登记的营业点。经营场所的法律意义在于确定债务履行地、诉讼管辖、法律文书送达等。从事合伙经营的必要条件是指根据合伙的企业的业务性质、规模等因素而需具备的设施、设备、人员等方面的条件。

合伙企业如何办理设立登记、变更登记和注销登记？

(1) 设立登记。设立合伙企业，应当由全体合人指定的代表或者共同委托的代理人向企业登记机关申请设立登记。工商行政管理机关合伙企业登记机关（以下简称企业登记机关）。国家工商行政管理总局主管全国的合伙登记工作。市、县工商行政管理机关负责本辖区内的合伙企业登记。

合伙企业的登记事项应当包括：合伙企业的名称、经营场所、经营范围、经营方式和合伙人的姓名及住所、出资额及出资方式。合伙企业确定执行合伙企业事务的合伙人或者设立分支机构的，登记事项还应当包括执行合伙企业事务的合伙人或者分支机构的情况。

申请设立合伙企业，应当向企业登记机关提交下列文件：全体合伙人签署的设立登记申请书；全体合伙人的身份证明；全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人的委托书；合伙协议；出资权属证明；经营场所证明；国家工商行政管理总局规定提交的其他文件。法律、行政法规规定设立合伙企业须报经有关部门审批的，还应当提交有关批准文件。合伙协议约定或者全体合伙人决定，委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务的，还应当提交全体合

伙人的委托书。

企业登记机关应当自收到申请人规定提交的全部文件之日起 30 日内，作出核准登记或者不予登记的决定。对符合《合伙企业法》规定的，不予登记，发给营业执照；对不符合《合伙企业法》规定条件的，不予登记，并应当给予书面答复，说明理由。合伙企业的营业执照签发之日，为合伙的成立日期。

(2) 变更登记。合伙企业登记事项发生变更，应当于作出变更决定或者变更事由发生之日起 15 日内，向原企业登记机关申请变更登记。

合伙企业申请变更登记，应当向原企业登记机关提交下列文件：变更登记申请书；全体合伙人签署的变更决定书或者变更事由发生的证明文件；国家工商行政管理总局规定提交的其他文件。法律、行政法规规定变更事项须报经审批的，还应当提交有关批准文件。

企业登记机关应当自收到符合规定的全部文件之日起 30 日内，作出核准变更登记或者不予变更登记的决定。合伙企业变更登记事项涉及营业执照变更的，企业登记机关应当换发营业执照。

(3) 注销登记。合伙企业依照合伙企业法第 57 条规定解散的，应当自清算结束之日起 15 日内，向原企业登记机关办理注销登记。

合伙企业办理注销登记，应当提交下列文件：全体合伙人签署的注销登记申请书；全体合伙人签署的清算报告；国家工商行政管理总局规定提交的其他文件。合伙企业办理注销登记时，应当缴回营业执照。经企业登记机关注销登记，合伙企业终止。

合伙企业财产的范围及性质是什么？合伙企业如何管理、使用企业的财产？

(1) 合伙企业财产的范围及性质。合伙企业存续期间，合伙企业的财产主要由两部分组成：一是合伙人出资形成的财产；二是合伙经营创造和积累的财产，即以合伙名义取得的收益。

合伙企业财产的性质可从以下两方面理解：第一，合伙人出资财产。在合伙人出资财产中，不同的出资所反映的性质不完全一样：以现金或明确以财产所有权出资的，意味着所有权的转移，出资人不再享有出资财产的所有权，而由全体合伙人共有。以土地使用权、房屋使用权、商标使用权、专利使用权等权利出资的，出资人并不因出资行为而丧失土地使用权、房屋所有权、商标权、专利权等权利，这些出资财产的所有权或使用权属于出资人，合伙企业只享有使用权和管理权。第二，合伙积累财产。合伙经营积累的财产归合伙人共有。这种共有从本质上讲是一种按份共有关系，但只在分配利润、退伙以及解散清算时，合伙人既不得以份额比例才具有实际意义。在其他情形下，合伙人既不得以份额比例要求分割财产，也不得按份额大小决定合伙人管理使用合伙财产以及执行合伙企业事务等权利的多少。

(2) 合伙企业财产的管理和使用。合伙企业的财产由全体合伙人依照《合伙企业法》