

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书



法学专业实训课程系列教材 ■ 总主编 楼伯坤

法律谈判的技能与实践

Legal Negotiation skills and practice

主 编 胡敏飞 刘建明 杨 磊



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

法律谈判的技能与实践

主编 胡敏飞 刘建明 杨 磊



浙江工商大学出版社
ZHEJIANG GONGSHANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律谈判的技能与实践 / 胡敏飞, 刘建明, 杨磊主编. — 杭州: 浙江工商大学出版社, 2017. 3

ISBN 978-7-5178-1997-4

I. ①法… II. ①胡… ②刘… ③杨… III. ①法律—谈判—教材 IV. ①D90—055

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 322047 号

法律谈判的技能与实践

胡敏飞 刘建明 杨磊 主编

责任编辑 郑建

封面设计 林蒙蒙

责任印制 包建辉

出版发行 浙江工商大学出版社

(杭州市教工路 198 号 邮政编码 310012)

(E-mail: zjgsupress@163.com)

(网址: <http://www.zjgsupress.com>)

电话: 0571-88904980, 88831806(传真)

排版 杭州朝曦图文设计有限公司

印刷 浙江云广印业股份有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 13.25

字数 267 千

版印次 2017 年 3 月第 1 版 2017 年 3 月第 1 次印刷

书号 ISBN 978-7-5178-1997-4

定价 32.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江工商大学出版社营销部邮购电话 0571-88904970

总序

Prefore

法学乃应用之学科。中国的法学教育应该是学科教育还是职业教育,素有争论。我认为这种争论并没有太大意义。学科教育不是单纯的思辨教育,缺乏技术传授的教育其实也谈不上是教育;职业教育也不是单纯的技术教育,没有知识体系的技术教育只能算是经验传授。而高等教育的使命是让学生不仅要懂得一些知识,还要会将这些知识予以应用,并对社会产生积极影响。因此,作为一个完整的法律人才培养体制,法学教育既要注重通识教育,又要注重职业教育。处理好二者的关系,是法学教育健康发展的重要前提。长期以来,我国的法学教育既不重视通识教育,也不重视职业教育,而只偏重于专业知识的传授。教师采用演讲方式讲授系统的理论知识和成文法的具体规定,虽也穿插案例分析、模拟法庭等内容,但其目的是配合理论知识的讲解。貌似进行专业培养,实际上学生的知识面不够宽、法治理念不够牢固、法律素养不够高、实践应用能力不够强,导致学生毕业后适应法律职业所需要的时间比较长,与时代对法律专业人才的要求不相适应。这已成为中国法学教育的通病。

就职业教育而言,法学教育的目的就是要培养具有良好交往能力、自由思考能力、批判性思维能力以及健全的人格和人文关怀精神,融知识、能力与素质于一体的法律专门人才。因此,改变单一的知识传授和学术培养格局,更加注重学生知识面的拓展和法律实践应用能力的培养,是法学教育面临的迫切任务。这就需要根据法律职业的基本要求来调整人才培养计划、完善培养模式、改革培养方案、增加实践教学环节和内容,突出对学生“实践、运用和操作”能力和技能的训练,以提高学生观察问题、分析问题和解决问题的能力。只有这样,才能使学生在毕业后迅速适应法院、检察院、律师事务所和其他法律实务部门法律职业工作的需要。

提高法科学生的实践应用能力,实践教学是重要途径,也是法学知识与法律实践相结合的主要环节。教育部早在1998年就下发了《普通高等学校本科专业目录和专业介绍》及相关文件,明确规定法学专业的实践性教学环节包括:见习、法律咨询、社会调查、专题辩论、模拟法庭、疑案辩论、实习等。2007年教育部《关于进一步深化本科教学改革,全面提高教学质量的若干意见》进一步强调,“各高等学校要高度重视实践环节,提高学生实践能力,特别要加强专业实习和毕业实习等重要环节”,推动学生实

实践活动的开展。然而,由于受传统教学理念和教学模式的影响,法学教育与社会实践的结合还停留在形式上,效果并不明显。为从根本上解决法科学生的职业适应能力和创新能力问题,2011年底,教育部、中央政法委联合启动了“卓越法律人才教育培养计划”,旨在建立法学院校与政法机关的联合培养机制,强化学生法律职业伦理教育和法律实务技能培养,提高学生解决实际法律问题的能力,促进法学教育与法律职业的深度衔接,为新形势下的法学教育工作指明了方向。

教材是实现教育功能的重要工具和媒介,是课程及教学内容的主要载体,也是实践教学课程改革的基础和先导。法学教材建设是法学教育永恒的任务,也是提高教学质量的重要环节。2005年教育部《关于进一步加强高等学校本科教学工作的若干意见》要求“加强教材建设,确保高质量教材进课堂……对发展迅速和应用性强的课程,要不断更新教材内容,积极开发新教材,并使高质量的新版教材成为教材选用的主体”,而且特别强调教材应当“具有中国特色、中国风格和中国气派”。教材的编写与选用是法学教学改革和发展的基础。但是,法学教材的编写套路一般比较固定,都是按照概念、特征、内容、原则、体系、理论争议等这样的思路下来,这就不能满足实践教学的需求。即使近些年新出版的教材既阐述原理,也分析案例,但总体上还存在原理与案例彼此分离、结合有限、对接困难的问题。因此,破解法学教育的难题,推进法学教学的实践化,教材起着相当重要的作用。

实训教材是指导专业应用技能培养的教科书,是长期实践教学经验的总结。浙江工商大学法学院是由原杭州商学院法律系和原浙江省政法管理干部学院合并组建而成的,其法学专业历史始于1979年,是浙江省内较早设立并招收、培养法学专业本科生的高等学府。多年以来,浙江工商大学法学院依托学校“大商科”的办学优势,积极探索实践教学的途径和方法。在实验教学方面,学院将法学专业课程中需要通过实验来讲授的内容,变成了学生自己动手参与学习的模式。借助两校合并带来的资源优势,学校于2003年3月投资30万元,并通过2005年省财政100万元的专项资助,建成了省内高校一流的“刑侦实验室”,主要承担刑事侦查学的教学任务。在刑侦实验室的基础上,又将与之关联的《法医学》课程纳入实验教学范围,“刑侦实验室”也扩展为“刑侦法医实验室”,面积达到了250平方米,主要承担《刑事侦查学》《法医学》《证据法学》等课程的课内实验教学任务。同时,以诉讼法为主体,开始引入诊所教学模式。法律诊所于2005年10月开业,由20多名经过严格选拔的优秀学生担任诊所律师,配备10名专业教师进行专门辅导,并且得到了律师事务所执业律师的技术指导,开展社会服务工作。为使诊所教育取得实效,学院从2006年开始,与美国太平洋大学麦克乔治法学院和美利坚大学华盛顿法学院合作进行了为期五年的“体验式法学教学”项目,在师资培养和教学方法习得方面取得了重大突破。2007年建成的以全新模拟法庭为标志的学生综合专业能力训练平台,使得法学理论知识与实践应用相结合,成为法科学生演练组织能力、反应能力和表达能力的重要场所。2009年学院成为“教育部法律执

业技能人才培养实验区”试点,又在整合实验室教学、诊所教学、模拟法庭和社会实践方面作了新的探索,提升了法律诊所教育、模拟法庭课程的位阶,融案例教学于全部实践性课程中,并以学生社团为基础组建法学社会实践小分队,形成了以实验、实训、实习和社会实践为主要环节的实践教学体系。这当中,实训课程的建设成为一项新的任务。因此,从2009年开始,学院以法学核心课程中应用性强的课程为重点,为本科生开设了“民事法实训”“商事法实训”“刑(事)法实训”“行政法实训”“经济法实训”“民事诉讼法实训”“刑事诉讼法实训”和“行政诉讼法实训”等8门实训课,并着手编写讲义。经过3年多的教学实践,发现了一些课程在教学内容和训练方法上有一定的重叠,加之实体与程序分离,主讲教师往往将其引入了“理论+案例”的教学模式中,课程内容缺乏可操作性,学生的技术能力提高不快。经过调研和论证,学院于2012年初决定将原先8门实训课中的民事、商事和民事诉讼法合并为“民商事法律实训”,将刑事法与刑事诉讼法合并为“刑事法律实训”,将行政法与行政诉讼法合并为“行政法律实训”,并将法律谈判、调解等非诉讼程序和法律职业道德养成等纳入实践教学课程体系。2012年底教育部和中央政法委公布了“全国首批卓越法律人才教育培养基地”,浙江工商大学法学院成为浙江省属高校中唯一的“应用型、复合型卓越法律人才教育培养基地”,强化实践教学、深化教学效果、提升教学质量,又被推到了培养卓越法律人才的高度。在总结实践教学经验和广泛吸取国内外实践教学最新成果的基础上,浙江工商大学法学院决定编写这套面向21世纪高等学校法学专业的“法学专业实训课程系列教材”,以践行培养高层次应用型人才为目标的办学理念,为卓越法律人才教育培养作出积极的努力。整套教材内容广泛,涵盖了培养法律职业人才的专业技能和素质涵养的总体要求。在教材建设上,第一批出版的实训教材包括《刑事法律实训教程》《民商事法律实训教程》《行政法律实训教程》《调解的技能与实践》《法律谈判的技能与实践》《法律执业道德养成》,根据法律职业类型和学生就业方向需要编写的侦查业务、检察业务、审判业务和律师诉讼与非诉讼业务等方面的实训教材也将陆续出版。

为确保教材编写质量,本套教材选聘了具有丰富实践教学经验的教师担任主编,并吸收了实务部门具有教学指导经验的专家参与编写,致力于打造品牌教材。本套教材具有以下几个方面的特色。一是定位适当、追求卓越。教材编写贯彻了法学院校与实务部门联合培养的要求,在法治理念、法律知识、职业伦理和职业技能上,与时代的要求相适应。二是形式多样、追求优质。根据实践教学课程的特点,采取灵活多样的体例形式,以“学以致用”为目标,争取教材功能在最大程度上得到优化。三是注重应用性,讲求实效。教材编写注重了知识点的应用和技能的可操作性,以满足学生熟练运用法律知识进行创新思考,独立解决疑难、复杂法律问题的能力。

我认为,本套教材同以往的法学实践类教材相比,在质量和层次上都有了新的提升,它既可以作为在校法科生的实训教材,也可作为在职法律人士业务培训的参考书。本套教材的出版,对于推进我国的法学教育特别是法学实践教学必将起到积极的作

用。当然,由于实践要求的多样性和编写人员涉足领域的有限性,这套教材也肯定存在许多不足和需要改进的地方,恳请读者提出意见和建议,以便于再版时修正。

楼伯坤

2013年7月20日

前言

Foreword

谈判是一门艺术,谈判是一项技能,谈判是一种争议解决方式……不同角度的解读,赋予了谈判不同的内涵。对法学院的学生来说,谈判是一项必备的技能:不管你以后成长为律师、法官、检察官,还是公司法务、法学教授,谈判都将伴随你的职业生涯。

早在20世纪50年代,美国就认识到了培训未来律师谈判技能的重要性;20世纪80年代,英国也将谈判方法和技术的教育引入本科法学项目。^①在中国,将包括谈判在内的法律职业技能培训作为法学院的教学内容之一,是最近十几年的事情。

本书主要用于教授法学院的学生了解并初步掌握法律谈判的技能:第一章是法律谈判的概述,接着依法律谈判的进程,分谈判准备、开局与初次报价、谈判进行中、谈判结束四章,对法律谈判的原理、策略、技巧等进行了介绍、梳理和分析;第六章述及多边法律谈判,第七章探讨的是法律谈判中的伦理道德问题,第八章简单介绍了法律谈判与其他争议解决方式的关系。在第二至第六章、第八章中,我们专门增加了一节模拟练习,为学生进行法律谈判的模拟演练提供事例、练习方案、自我评估表等。我们认为,模拟练习是帮助学生领悟法律谈判程序与技能的最佳方式。

本书的写作,得到了浙江工商大学法学院同仁和部分律师的指导和建议,尤其是罗文燕教授、汪凌萍律师、李慧慧律师,为本书模拟事例的撰写提供了许多帮助,在此一并表示感谢。

编 者

2016年6月

① [英]戴安娜·特赖布:《法律谈判之道》,高如华译,法律出版社2006年版,前言第1页。

目录

Content

第一章 法律谈判概述	1
第一节 什么是法律谈判	1
第二节 法律谈判的模式与策略	13
第三节 法律谈判的沟通技巧	24
第四节 法律谈判的礼仪	40
第二章 法律谈判准备	44
第一节 收集信息	45
第二节 评估各方的利益、权利和权力	49
第三节 制定谈判方案	59
第四节 谈判人员、议事顺序、谈判时间与地点的确定	77
第五节 模拟练习	82
第三章 法律谈判开局与初次报价	86
第一节 法律谈判开局	86
第二节 初次报价	91
第三节 模拟练习	104
第四章 法律谈判进行中	108
第一节 信息交换	108
第二节 磋商与让步	120
第三节 其他常见谈判策略和技巧	136
第四节 模拟练习	144
第五章 法律谈判结束	149
第一节 法律谈判结束	149



第二节 模拟练习	159
第六章 多方法律谈判	163
第一节 多方法律谈判	163
第二节 模拟练习	168
第七章 法律谈判中的伦理道德	173
第八章 法律谈判与其他争议解决方式	185
第一节 法律谈判与其他争议解决方式	185
第二节 模拟练习	194
主要参考文献	198

第一章 法律谈判概述

生活从不缺少争议。因此,作为解决争议最直接最常用的方法,谈判也就无所不在。律师所处理的绝大部分法律事务,最终都会涉及谈判:不管是想替委托人达成一份买卖合同,还是打算提起一宗人身损害赔偿诉讼,或是与你的客户讨论一些未决的法律事务,你都是在谈判。谈判是律师的一项重要任务,是律师职业不可或缺的一部分,甚至影响到律师生涯的成功与否。尽管很多人认为,律师要比一般人更有谈判技巧,但除少数人天生就具有谈判才能外,大多数律师熟练的谈判技能都是通过培训、实践而获得的。法律谈判就是一个将法律培训、法律技能和人际交往能力融合在一起并最终达到预期目的的过程。^①

法律职业就是谈判。

第一节 什么是法律谈判

一、谈判的概念

(一)谈判的含义

在日常生活中,谈判事例随处可见:比如你看中了街边橱窗展示的一件小工艺品,或者你想在学校附近租个房子准备司法考试或公务员考试,或者你因为不小心弄破了借来的一件礼服等,你会与店主、房东或礼服的主人,就价格、赔偿等问题进行谈判。谈判是双方或多方通过相互交流、讨价还价,最终达成一致的过程。换句话说,所谓的谈判,是人们为某些事项达成一致而与他人协商,或为达成和解或妥协而讨论问题,^②或者说,是有关各方为了自身的目的,在一项涉及各方利益的事务中进行磋商,并通过

^① [美]X. M. 弗拉斯科纳、H. 李·赫瑟林顿:《法律职业就是谈判》,高如华译,法律出版社2005年版,第3页。

^② [英]戴安娜·特赖布:《法律谈判之道》,高如华译,法律出版社2006年版,第3页。

调整各自提出的条件,最终达成一项各方较为满意的协议,这样一个不断协调的过程。谈判与裁判的不同之处在于,后者是由有利益冲突的各方,通过向第三方(仲裁员或法官等)提交证据、进行辩论,然后由第三方做出对各方均有约束力的裁定;而谈判,则是由当事方自己而非第三方决定结果,当事方必须同意或接受最终结果,从而使得协议能够得到履行。

(二)谈判的特点

谈判作为一种互动的社会行为,具有以下几个特点:

1. 谈判是谈判者“给予”与“接受”兼而有之的一种互动过程。^① 谈判是双方的而不是单方的给予,单方面的施舍或接受、单方面的让与取,都不是谈判。谈判者要实现自己的利益需求,必须不断地、不同程度地修改自己的利益目标、调整各方的利益关系,即各方都要做出一定程度的让步、妥协,相互调整并最终趋于一致。谈判双方都有自己的需求,一方想要满足自己的需求,须以满足另一方的需求为前提;否则,各方互不相让,最终双方的利益和需求都得不到满足。因此,对各自的利益需求进行调整是实现谈判目标的必然途径。如果一方有足够的权力将所有条件强加给对方,并可以无视对方的利益和需求,迫使对方无条件让步,那不是真正意义上的谈判。

2. 谈判既有竞争性,又有合作性。谈判的前提是,参与者都存在尚未满足的欲望和要求,否则谈判不会发生。谈判者参与谈判的目的,就是通过谈判使己方的这些利益和需求得到满足。但是,由于立场的不同,谈判各方的利益和需求之间存在着冲突。如在买卖合同谈判中,买方希望以尽可能低的价格获得某一物品,而卖方则希望以尽可能高的价格出售这一物品。这就意味着,谈判的过程是各方为实现自己的利益和需求而相互竞争的过程。谈判者可以通过竞争来衡量和估计自己与对方对抗的能力和手段,通过竞争获得各自想要的利益和需求。

但同时,在谈判中,一方利益的实现和需求的满足,离不开另一方的合作。谈判者要想通过谈判使自己的需求得到满足,就必须把谈判当作参与者之间的合作过程,在关注自己利益和需求的同时,也要了解和考虑对方的利益和需求。谈判的目标不是一方独得胜利、另一方完全失利,而是各方都获益。因此,谈判既是一个竞争的过程,也是一个合作的过程。

3. 谈判是谈判者之间进行信息交流、沟通、磋商的过程。谈判包括了“谈”和“判”两个环节:谈,是指双方或多方之间的沟通和交流,是谈判各方通过信息交流,明确阐释自己的意愿和所追求的目标,陈述自己的观点,同时通过倾听对方的要求,接受对方的信息,了解对方的期望、要求、观点、态度等,充分发表各方关于应当承担和享有的责、权、利等看法;判,即分辨、评定和决定,谈判各方只有在交流、沟通的基础上,才能

^① 宋莉萍:《商务谈判理论、策略与技巧》,上海财经大学出版社2012年版,第16页。

够做出相应的决定,最后达成协议。

谈判是一种沟通对话。在谈判过程中,语言运用得好与不好、恰当与否,直接影响到意见、条件、要求等信息的表达和接受。谈判的参与者都是一个个具体的人,随着谈判交流的逐渐深入,谈判者的思想、感情会发生变化。因此,在谈判过程中,谈判者要平和地表达自己的要求、想法和意见,避免与对方发生激烈冲突,通过交流和沟通建立起相互理解和信任的关系,促进谈判的顺利进行。

4. 谈判是一种复杂的人际交往活动。谈判是人与人之间、团体与团体之间利益关系的协调过程。它伴随着谈判者的语言互动、行为互动和心理互动,需要运用交往手段及策略来实现有效协商的目的。每个谈判参与者,都有自己的成长背景和经历,也有与之关联的感情、需求、爱好、性格、习惯、价值观念等,谈判者的个人性格、思维方式和行为习惯会规制和约束谈判的进行,并对谈判结果产生重大影响。因此,这就要求谈判者要了解谈判对手的性格和谈判风格,预测谈判对手的行为,具有较强的洞悉与体察对方心理状态及应变的能力,并能做出应对性的反应。

二、法律谈判与一般谈判的区别

既然谈判无处不在,那么我们这里所说的法律谈判和通常意义上的谈判是否有所不同?不同在哪里?应该说,法律谈判最本质的一点就是,律师是以委托人代表的身份参与谈判的。因此,法律谈判不仅涉及律师与谈判对方或谈判对方的律师之间的关系,还涉及律师与各自委托人之间的关系。对谈判议题的法律咨询以及委托人对谈判的影响,贯穿着法律谈判的整个过程。概括地说,法律谈判和一般谈判的区别主要有以下几点:^①

1. 在法律谈判中,有权就一些重要的实质性问题,如是否出价、出价多少、是否接受对方报价或和解方案等做出决定的,是委托人而非作为谈判者的律师。这包含两个层面的意思:一是在法律谈判中,有决定权的是委托人而非律师;二是在委托人做出最终决定前,律师应告知委托人有关谈判事项的各类情况,并提供与之相关的法律意见和建议。

美国律师协会《职业行为示范规则》第 1.2 条(a)款明确规定,律师应遵从委托人关于是否接受某一争议解决方案的决定。该款还规定,律师应遵从委托人关于代理目标的决定,并同委托人商讨采用何种手段实现该目标。^② 中国的相关规定虽然没这么明确、具体,但同样要求律师应在委托人的委托权限内行事:《律师执业行为规范》第四

^① Donald G. Gifford, *Legal Negotiation: Theory and Applications*, West Group (1989), pp3—7.

^② *Model Rules of Professional Conduct Rule 1.2(a)* (2002).



十条规定,律师接受委托后,应当在委托人委托的权限内开展执业活动,不得超越委托权限。不过,在选择实现代理目标的方法和途径上,《律师执业行为规范》更多的将决定权赋予了律师,该规范第三十六条规定,律师及所任职律师事务所根据法律规定、公平正义以及律师执业道德标准,选择实现委托人或当事人目的的方案。不管是谈判还是其他争议解决方式,有一点是毋庸置疑的,即律师仅是委托人的“代理人”而已。

如果一项谈判或和解协议能够满足或者实现当事人的利益,那么这就是一份好的协议。因此,衡量某项谈判协议是否成功,依据的不是律师自己的评判标准,而是取决于该协议是否满足,以及在多大程度上满足了委托人的利益,而且要从短期和长期两个角度进行衡量。因此,若想获得一个对委托人真正有益的谈判结果,律师首先必须确定委托人真正的利益,委托人最关心的是什么,他应当和委托人就除达成协议之外的其他各种替代方案进行有效沟通,并告知其各种方案所可能带来的有利、不利结果。比如,在一起专利转让合同谈判中,律师可能会认为,如果不是委托人过早地做出让步、决定接受对方的报价,按照他的计划再持续一段时间的强硬立场的话,他可以为委托人争取在他看来更好的合同条件。但是,只有委托人才能最终决定当前的合同条件对他来说是不是最佳的:如委托人或许会认为对方的报价已经比较公平、合理了,他并不打算更进一步;委托人或许更关注未来与对方的合作前景,而不是仅着眼于在当前这项谈判中获得尽可能多的利益。又如,在一起人身损害赔偿纠纷谈判中,律师或许会认为,委托人若愿意提起诉讼,获得20万元以上赔偿金额的可能性极高,但是只有委托人才有权利决定,是选择在一周内拿到12万元赔偿金额,尽快了结这起纠纷,还是选择提起诉讼,在接下来的几个月里等待法院可能做出的、判令对方赔偿20万元甚至更高数额的裁决。同一事件,每个人的视角不同、诉求不同,风险承受能力也不同。因此,只有对谈判所涉事项有着直接利害关系的委托人,才有权决定某项协议是否为一项“好”交易。

当然,委托人接受或拒绝某一谈判协议的决定,应当是在律师全面告知相关情况之后做出的。我国的《律师职业道德和执业纪律规范》第二十六条规定,律师应当遵循诚实守信的原则,客观地告知委托人所委托事项可能出现的法律风险,不得故意对可能出现的风险做不恰当的表述或虚假承诺。第三十一条规定,律师应当及时告知委托人有关代理工作的情况,对委托人了解委托事项情况的正当要求,应尽快给予答复。美国律师协会《职业行为示范规则》第1.4条也要求,律师应当合理告知委托人关于委托事项的进展情况,及时满足委托人了解情况的合理要求;律师对委托事项的说明应合理且必要,以便委托人能够据此对委托事项做出决定。就谈判而言,这条规定意味着在谈判推进过程中,律师应及时、持续告知委托人谈判的最新进展;告知委托人对方提出的和解方案,在谈判中与对方律师的交流沟通情况,并向委托人提供与谈判事项相关的事实。

需要指出的是,律师的职责并不仅限于向委托人告知委托事项的相关情况,还包括从专业角度做出判断并向委托人提供直接的法律意见和建议。美国律师协会《职业行为示范规则》第 2.1 条还建议,律师给予委托人的建议除相关的法律因素外,还应包括其他如道德、经济、社会和政治因素等。如在前述的人身损害赔偿纠纷谈判中,委托人最终可能决定接受对方提出的赔偿 12 万元的和解方案,但律师有义务、有责任告知委托人,若将纠纷提交诉讼的话,他很有可能获得比这 12 万元多近一倍的赔偿。律师需要确认委托人是否真的清楚接受和解方案的后果是什么,是否真的理解委托人所遭受的伤害将给他未来的生活、经济所带来的各种影响,接受这 12 万元的赔偿是真实意愿还是因为 12 万元对他而言已经是一笔巨款,出于一时激动做出了接受和解的仓促决定。

2. 在法律谈判中,律师是委托人与对方当事人及其律师之间利益冲突的调和者。

在谈判过程中,作为谈判者的双方律师通常会努力促成协议的达成。由于律师并不是直接利害关系人,因此不会像他们的委托人那样无法抽离对谈判所涉争议或事项的感情,而能够以一个更平和、客观的心态去进行谈判,因此也就更容易找到能在一定程度上令双方都较为满意的解决方案,促成协议的达成。不过我们也需要分辨,协议的达成到底是因了律师对委托人之间的利益冲突进行合理、合法的协调,还是因律师错误地屈从于压力甚至于为了和解而和解?有些时候,这两者之间的差别很细微。在一些极端的案件中,也曾出现过律师为了达成和解而出卖委托人利益的情况。

参与法律谈判的律师身上,融合着两种互相冲突的职业压力:一方面,作为委托人的代理人,你有义务在谈判中为委托人争取尽可能大的利益,哪怕给对方造成损害;另一方面,作为一个法律人,你的职业信仰又会要求你去争取一个对双方当事人而言都较为公平、合理的解决方案。因此,就有了这样一种分歧:有效或成功的谈判者是代表受到伤害的委托人获得尽可能高的经济赔偿的律师,还是在特定案子中获得最接近一般判决结果(被视作更为公平)的律师?或者说有效或成功是应依据委托人的需求或期望来判定,还是应根据一些非委托人的因素比如公平或公共利益来判定?通常,对某个谈判者的有效或成功进行评价,应当考虑整个法律体系的目标、律师工作体系的目标。^①

3. 法律谈判的进程很多时候会因为律师和委托人之间频繁的沟通、咨询而中断,进展相对缓慢。

法律谈判的时长和谈判律师之间的相互交流,会因交易或谈判事项的类型、重要程度等的不同而大有差别。如一起简单的财产损害赔偿谈判,可能只需一个或几个小时;而一起复杂的公司并购谈判,则可能要持续几个月甚至几年。尽管在法学院的法律谈判模拟教学中,学生针对每个谈判事例的模拟演练大多只进行一场面谈就告结

^① [英]戴安娜·特赖布,前引书,第 10 页。



束,但在实践中,双方律师通过一次面对面的交锋就达成协议的法律谈判虽然有,却不多见。大多数的法律谈判往往要经过多个回合的文件交换、电话沟通、面对面会谈等多种形式,才能完成。而且,在法律谈判中,当事人与律师之间以及谈判律师相互间的交流也不可能一次就完成。通常,律师和当事人之间的反复商讨、咨询,双方律师之间的多次讨价还价,贯穿了法律谈判的整个过程。最初,许多委托人往往并不完全清楚他自己的目标,或者他最想要的是什么,也不太确定他能够或者承受的风险有多大。谈判开始之前,委托人通常是什么都想要,且会对谈判之外的其他替代性解决方案可能带来的结果进行不切实际的评估。谈判开始后,在获取了更多信息尤其是谈判对方对谈判事项的观点、意见之后,委托人的期望以及他对某一特定问题或事项的关注,会发生变化。在有些谈判中,当双方的分歧太大或者遭遇谈判困境时,委托人甚至会选择改变他的底线,也即他能接受和解的最低条件,而不是中止谈判。当然在有些案件中,委托人的底线是不变的:如在离婚谈判中,不管谈判过程中出现什么样的新情况或新信息,父母通常都不愿意改变她或他想获得孩子抚养权或监护权的立场。在许多时候,即使委托人坚持底线不动摇,但是他对对方在谈判中的立场和情势的预期、对一旦谈判破裂所可能带来的后果或影响的预期,则会发生不小的变化。

法律谈判本身也是律师获取谈判所涉主要事项相关信息的来源。法律谈判的过程,是律师了解对方当事人对该争议或交易的观点、意见的最佳途径,同时也是律师获悉、了解对方能给自己的委托人带来什么,愿意给委托人什么和解条件的唯一途径。律师在与委托人进行最初的交流时,律师所掌握的信息也是不完整的,因此你给予委托人的一些咨询建议也仅是初步的,包括采取仲裁、诉讼等替代性争议解决方式,律师也无法准确预见裁判结果。律师通过法律谈判获得更多信息后,你需要将这些信息与委托人进行沟通,而委托人的反应通常是根据新的信息,改变或调整他的预期和对某一特定事项的要求,然后和他的律师一起商讨决定,在下一轮的谈判中该如何报价、提出条件、应对对方的报价等。法律谈判的过程及其性质,决定了律师和委托人之间沟通的重要性。

三、法律谈判的分类

根据谈判的目的,法律谈判大体可以分为两类:交易型谈判和争议解决型谈判。

(一)交易型谈判

交易型谈判,是指谈判各方为了进入或建立某种法律关系而进行的谈判。如房屋的买卖、租赁,货物或服务的采购与出售,公司的成立或合并,劳动关系的确立,等等。在交易型谈判中,各方就将来约束他们行为的条件自愿达成共识,其目的在于努力缔结某种关系。

（二）争议解决型谈判

争议解决型谈判,是指谈判各方为解决某一产生于过往事件的争议所进行的谈判。争议源于各方原有的法律关系或某一行为或事件,如因合同履行、侵犯知识产权、人身或财产损害、离婚引起的孩子抚养权以及财产分割争议等。在争议解决型谈判中,谈判各方存在着冲突,谈判的目的在于解决这些冲突。

不过,有些时候,某一法律谈判兼具争议解决和交易两方面的内容:^①如在某一劳动合同谈判中,就可能同时涉及有关法律规定的安全或工作条件方面的争议解决以及劳动者和用人单位之间维持长期关系这一交易层面的问题;同样,在某一贸易谈判中,各方可能就现有合同条款的含义产生争议并对将来的合同条款进行讨价还价。即使是在一些表面上看来属于“纯”争议解决的谈判中,也会存在某些交易事项。如对于某一租赁合同,承租人声称因出租人未按约提供物品或服务而违约,出租人主张承租人未支付租金而违约,双方可以通过谈判重新起草租赁合同并将各方的权利义务规定得更为详细、具体。

（三）区分交易型谈判和争议解决型谈判的意义

那么区分交易型谈判和争议解决型谈判,又有哪些实际意义呢?^②

1. 交易型谈判关注利益,争议解决型谈判更关注权利。在解决争议的谈判中,谈判各方更关心的是他们拥有什么样的权利;反之,交易型谈判更关注利益,因为在交易尚未达成之前,通常不存在可支配这桩交易的“权利”。不过有时交易和争议解决是共存于同一谈判中的。因此,在一场解决争议的谈判中,谈判者既可能通过协调各方的利益即缔结一桩新交易,也可能通过追溯那些已经为协议或法律所确立的权利,来解决争议。

从理论上讲,关于利益的谈判,较之关于权利的谈判,更容易朝达成协议的方向前进。通过为获得共同受益设计创造性的选择,利益可以通过多种途径得到满足,进而产生“双赢”的结果;而在关于权利的谈判中,一方的权利即另一方的义务。因此,单纯的争议解决型谈判,通常不太可能存在双赢。

2. 交易型谈判和争议解决型谈判的最佳替代方案存在差异。在交易型谈判中,谈判者的最佳替代方案或者是与其他第三方进行谈判,或者不再进行交易。相对于争议解决型谈判,谈判者的选择余地更大些,同时也意味着替代方案有着更多的不确定性。而在争议解决型谈判中,相对于达成协议的最佳替代方案,就是采取其他的争议解决方式,或调解或仲裁或诉讼。离开谈判桌,对相互间已经存在争议的谈判各方而言,谈

^① [美]斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼:《律师执业基本技能:会见客户、咨询服务、谈判、有说服力的事实分析》,中伦金通律师事务所译,法律出版社2006年版,第312页。

^② [美]斯蒂芬·B.戈尔德堡、弗兰克·E. A.桑德等:《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》,蔡彦敏等译,中国政法大学出版社2004年版,第68—70页。



判者的选择比在有可能达成协议的谈判中的更少；而且由于各方对在仲裁或诉讼中胜诉可能性的评估不同，对某一和解方案的评价也就有所不同。因此有些时候，争议解决型谈判的替代方案也存在不明晰的情形。

3. 争议解决型谈判相对更具对抗性。由于争议解决型谈判中的各方更关注如何从处于争议的资源中，“索取”更多的利益或价值，而交易型谈判相对更关注“创造”价值，创造使各方利益都能得到满足的机会。因此从程序上看，争议解决型谈判更有可能存在一种对抗的味道。

4. 谈话的方式和内容也可能存在差异。在交易型谈判中，谈判各方有更多的机会去探讨各方的利益和选择，因此谈话的方式倾向于非正式、理性、友好，且谈话内容的焦点在于未来的关系，如“如果我们达成协议，对我们而言会发生些什么？”“我们的未来会是一种什么样的关系和状态”等。而在争议解决型谈判中，由于谈判各方已经存在冲突，所以很多时候谈话会以一种相对正式、不那么友好的方式进行，而谈话的内容则更多地关注于过去——通常包括对引起争议或冲突的所有作为或不作为的过错、责任等的讨论。（见表 1-1）

表 1-1 交易型谈判与争议解决型谈判之比较^①

交易型谈判	争议解决型谈判
前瞻性	回顾性
关注创造价值	关注索取价值
关注利益	关注权利
用以替代一份谈判协议的最佳选择经常是不明晰的	用以替代一份谈判协议的最佳选择有时是不明晰的
共同解决问题式的风格	竞争型的风格

四、法律谈判的目标与内容

（一）法律谈判的目标

无论是交易型谈判还是争议解决型谈判，谈判者的目标是与对方进行说服性的交流，并最终让对方同意对你的委托人尽可能有利的协议或和解方案。交流的方式有多种：如威胁对方，如果不能成交，你的委托人将采取某些行动；辩称某一法律法规或者法院的某一判例支持你的立场和观点；承诺对方的让步将获得相应的对价；肯定对方在尝试合理解决问题中的观点；恳求对方给你的委托人留些情面；或故意保持沉默，以激起对方的解释、讨论；等等。谈判者所选择的交流方式，取决于他所制

^① [美]斯蒂芬·B. 戈尔德堡、弗兰克 E. A. 桑德等，前引书，第 70 页。

定的策略。但无论何时,谈判都不是一方律师表演的独角戏;谈判不是向对方宣泄委托人的不满和愤怒,也不是律师玩弄文字游戏炫耀口才的舞台,更不是律师卖弄法律专业知识的场合。谈判是一场旨在说服对方就所涉事项或争议达成彼此可以接受的结果的对话。

(二)法律谈判的内容:利益、权利和权力

任何一项交易或争议,都不可避免地会涉及利益、权利和权力:各方利益的差异会把他们带到谈判桌上,同时,各方的权利和权力又会影响到谈判的结果。因此,法律谈判所谈的,就是利益、权利和权力。

1. 各方的利益。利益是需要、欲望、担心、恐惧及对特定一方的预期,是人们所关心或想得到的东西。利益决定了人们的态度。利益包括经济利益、履行利益、心理需求、名声、关系利益、自由利益等多个方面。共同的利益能使交易达成、争议较为迅速地解决,使经济上的考虑得以最大化,使各方之间的关系得以发展或保持,或使心理上的需求得到满足。如在一起发生于邻里间的人身损害赔偿纠纷中,受害一方的利益包括获得医药费误工费等的赔偿、所受伤痛的精神赔偿、内心的宁静、与邻居关系的修复与维持;而对侵害一方而言,其利益包括减轻或免除刑事处罚、免遭报复、内心的宁静、邻里关系的修复等。同样,交易型谈判也会涉及多种利益:如在雇佣合同谈判中,潜在的受雇者不仅关心薪资的高低,而且关心福利、假期、岗位、升职的可能性、未来的发展前途等;而公司的利益则包括了受雇者所受过的培训、工作经历、薪水和福利、其为人处世的能力、团队合作的能力、受雇者是否愿意长期从事这份工作以及其职业成长的潜力等。

在法律谈判中,任何一方都会有多种利益,这些利益中有些可能是共同或互补的,有些则是相互矛盾的。谈判的目的就是协调这些相互冲突的利益,使谈判各方的利益能在一定程度上得到满足或实现。

2. 各方的权利。法律谈判中所涉及的权利,有些是依法律法规所确定的,有些是以委托人之间原有的合同为基础的,还有些是为社会接受的行为标准如互惠、平等、先例等为基础的。^① 在争议解决型谈判中,谈判通常是在“法律的阴影”(shadow of the law)——各方当事人在某个特定审判中所提出的主张和抗辩——的背景下发生,各方对其所拥有的权利的评估会对谈判结果产生重要影响。在交易型谈判中,谈判并不在“法律的阴影”下进行,但各方当事人的权利确实为交易的讨价还价提供了背景。有时,当事人被特定的法律限制了选择,如法律限制了贷款人能够向借款人收取的利息额度,即使是双方另行达成协议,这种协议一旦发生争议,其效力通常不会被法律支持。除了法律,交易中的谈判者还常常依赖于“商业惯例”或“格式条款”,参照社会或

^① [美]斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼,前引书,第314页。

行业所接受的行为标准作为他们采取立场的基础。

3. 各方的权力。权力是强迫他人做如果不被强迫就不愿意做某些事情的能力,是不需要诉诸行使合法权利即可实施的强制。^① 权力主要来源于经济、社会、心理、政治以及专业知识等因素。当事人实施权力的途径有两种:一种途径是进攻,如进行破坏,或宣称向外界公开对方的不法行为等;另一种途径是拒绝,拒绝给予某种关系中产生的利益或满足对方的需求,如拒绝提供后续服务,威胁不让对方探视孩子,等等。权力会对谈判产生影响,有些时候甚至会决定谈判的结果,但是许多时候权力并非绝对,而是会发生变化的。如在房屋买卖的谈判中,开发商通常比购房者拥有更多讨价还价的资本,但开发商必须要在激烈的市场竞争中销售房屋。因此在房屋销售淡季或房地产市场相对低迷的时期,多个购房者联合起来进行集体购买的时候,购房者可能就拥有了更多的权力。

五、法律谈判的过程

尽管每一次的法律谈判都是不同的,有着各自的节奏、进程和时长,但对于大多数法律谈判而言,通常都会经历以下四个基本步骤或阶段:谈判准备、谈判开局、磋商与让步、谈判结束。有的还将一次完整的谈判分成六个步骤:谈判准备、谈判开局、首次报价、信息交换、缩小差距、谈判结束。^②

(一)谈判准备

谈判准备是指在谈判开始之前,谈判者围绕谈判议题进行准备的阶段。任何一项重要的尝试都受益于之前的准备工作,法律谈判也不例外。谈判准备阶段的工作包括确定谈判的议题或事项,谈判团队的组建,信息的收集包括委托人的信息、谈判对方的信息及其他相关信息,评估委托人和对方当事人的利益、权利和权力,确立谈判目标和底线,确定最佳替代方案,选择谈判策略,确定谈判时间、地点和议程等等。

谈判准备的重要性毋庸置疑,尽管从表象上看,谈判者的口才、颇具说服力的论辩、应对各种情况的能力,是谈判成功的关键因素。殊不知,充分、有效的谈判准备才是谈判成功的关键。当谈判者最终坐在谈判桌前时,就会明白谈判前的准备工作让他受益匪浅。成功的谈判者往往只有一个选择,就是准备。这就意味着要花费足够的时间来确保你的预测和信息是准确的、详细的,对大量谈判细节进行充分的准备,从而让你能够控制整个谈判进程。这是唯一能避免在谈判中因为环境、对方律师或者其他情况而导致你被动的方法。有谈判专家说,“二八法则”同样适用于谈判:大约80%的努

^① [美]斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼,前引书,第315页。

^② Donald G. Gifford, *supra* note, p8.

力应该用于准备工作,20%的努力用于实际谈判。^①

(二)谈判开局

谈判开局是指谈判各方为谈判而进行正式接触,彼此了解,开始就谈判事项进行沟通的阶段。谈判的目标是让对方接受或同意能够满足己方委托人利益的解决方案。因此,作为谈判者的律师与对方谈判者之间的关系如何至关重要。谈判开局的功用旨在为后续的谈判打下基础,包括与对方建立一种和谐信任的关系,获取相关信息、确定谈判的参数等。在有些谈判中,开局较为简短、迅速,谈判者很快就切入主题,进入讨价还价的阶段。而在另一些谈判中,谈判开局则较为缓慢:有些是因为谈判事项比较复杂、重大,在首次报价之前有许多的信息、规则需要双方沟通和确认;有些是因为谈判者没有太多的谈判经验,或者因为对谈判没信心、担心谈判失败而不愿意尽快进入正式的谈判中,等等。

俗话说,良好的开始是成功的一半。谈判开局的好坏,直接影响到谈判的进行和结果。良好的开局措施为后续的谈判打下了基础,并且往往在取得和保持谈判的控制权方面发挥至关重要的作用。

(三)磋商与让步

磋商与让步是指谈判开局之后,谈判各方就谈判议题进行报价、还价、交换信息、辩论、逐步缩小差距的阶段。磋商的过程,就是谈判各方在交换信息基础上进行讨价还价的过程,其目的在于促成一个能为各方所共同接受的协议。在磋商阶段,通过报价和还价、更多信息的交换和透露,谈判会进入一个相对深入的状态,谈判者相互间也有了更清晰的了解。在这个阶段,谈判者一方面要为自己的委托人争取尽可能多的利益,另一方面也要让对方从中得到利益和需求的满足,即在保证自己得到实质性利益的情况下,以尽可能少的让步来协调与对方利益之间的矛盾和冲突。因此,这个阶段又被形象地称为谈判的跳舞阶段(the dance stage)。

在磋商阶段,谈判者会遇到各种挑战,包括是否以及如何提出初次报价,如何进行回价,如何控制谈判节奏,如何应对谈判僵局和困境,以及各种谈判策略和技巧的运用,等等。某种程度上,谈判的磋商阶段是集中检验谈判者的准备工作是否充分、谈判策略和技巧的运用、应对各种挑战和困境的能力的阶段。谈判中的对立与统一、冲突与协调、竞争与让步,在这一阶段都表现得淋漓尽致。

(四)谈判结束

谈判结束是谈判的最后一个阶段,标志着谈判进入尾声。很多时候,谈判结束和谈判磋商阶段的界限并没有那么清晰,当谈判者经过几轮讨价还价之后,出于时间压力或其他一些原因,谈判一方或双方会认为是达成一致的时机了,进而做出最关键也

^① [美]利·汤普森:《谈判学》,赵欣、陆华强译,中国人民大学出版社2009年版,第10页。

是最后的让步以促成交易或争议的解决;或者鉴于双方之间分歧太大、无法协调,因而承认谈判破裂或失败。

谈判结束虽然是谈判的最后一个阶段,但也是一个非常重要的阶段,如果处理不当,很可能导致功亏一篑。谈判不管是以达成协议而结束,还是因破裂而告终,都会涉及结束时机的选择和谈判技巧的运用。需要指出的是,谈判的结束并不意味着作为谈判者的律师工作的结束,签署意向书、起草协议、监督协议的履行等,都是谈判结束之后律师需要完成的工作。

六、律师在法律谈判中的角色

在法律谈判中,律师通常扮演者四种角色:评估者、法律顾问、谈判者和协议起草者。^①

(一)评估者

在法律谈判中,作为当事人的委托人很多时候可能会过度关注争议或交易中的某一部分而忽视其他方面,而律师由于在其中没有切身利益,所以能从另外一个角度来看待问题,对谈判议题的评估相对会全面、客观些。比如,在人身伤害赔偿谈判中,委托人有时会潜意识地夸大自己所受到的伤害,同时受到外界舆论的支持或压力,可能会对赔偿金额等有着过高的预期。律师的作用之一便是向委托人解释、评估现实或合理的情况是什么。

(二)法律顾问

律师就委托人在交易过程中的选择向客户提供咨询。在一些较为复杂的交易型谈判中,律师的作用之一就谈判中的各项议题提供法律意见,分析法律风险,就委托人可做什么样的要约以及是否能接受对方做出的要约提供咨询意见。在争议解决型谈判中,律师则需要根据合同、法律的规定,结合相关事实证据材料,向委托人提供有关责、权的咨询意见,以便协助委托人做出是否进行谈判、确定谈判目标和底线等决定。当然,是否接受和解、签订协议的决定权掌握在委托人而非律师手里。

(三)谈判者

在有些谈判中,委托人是谈判的积极参与者,律师仅是谈判团队中的重要一员,主要负责法律方面的问题而非技术、财务等其他事项的谈判,如一些较为重大、涉及众多谈判议题和事项的交易型谈判。而在另一些谈判中,律师可能是唯一能与对方或其律师沟通的人,委托人并不具体参与谈判,其所做的就是授权律师进行谈判。委托人是和律师共同参与谈判还是由律师单独参与谈判,取决于多种因素,包括谈判的策略、委

^① [美]斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼,前引书,第320页。

托人与他人的沟通技能、律师或委托人所具备的有关交易或争议事项的专业知识、授权代理的利弊、委托人的时间和精力等。

(四)协议起草者

不管是交易型还是争议解决型的谈判,一旦达成一致,不管是口头的还是书面的,都需要有一份正式的协议加以固定。而协议的起草,无疑是律师的工作,律师需要用准确的语言表达出双方的一致,这期间可能会涉及草案来来回回的修改、确认,才能最终完成协议。协议是对谈判成果的肯定,同时也是对后续的实施、履行的一种监督和保证。

第二节 法律谈判的模式与策略

在法律谈判中,作为谈判者的律师的目标是,在不违反法律的情形下,努力和对方达成一份能使委托人利益最大化的协议。谈判是各方相互进行沟通、说服的过程,因此谈判者在谈判中采取什么样的方法至关重要:谈判对方会基于律师在谈判中的言行举止做出不同的反应,而谈判结果或协议的内容在很大程度上也取决于律师所采取的谈判模式和策略。

划分不同类型的谈判模式,主要从两方面进行衡量:第一,采取某一谈判模式,是着眼于从有限的资源中尽可能分享到多的利益,还是通过拓展、扩大共同利益和资源,提高双方在相关问题上的满足程度?第二,谈判者采取此种谈判模式,旨在促进与另一方的协作关系,还是制造与对方的对抗关系?谈判模式通常可以分为三种:竞争型谈判、合作型谈判和解决问题型谈判。尽管这样的表述并不十分准确和贴切,但这是目前较为通用的或者说能较好地帮助人们理解谈判者在谈判中各种行为的表述。

每一种谈判模式都有相应的谈判策略。其实,谈判策略有两个层面的含义:一是谈判战略或策略,英文表述为 negotiation strategy,是指谈判者在谈判中为了实现谈判目标,使谈判朝有利于他的委托人方向发展,而采取的一系列思考、谋划、选择与行动。^①二是谈判策略或手段、技巧,英文表述为 negotiation tactic,是指谈判者在谈判中为了启动和对方的交流,或回应对方的某个行为而做出的一个具体的谈判行为。^②前者需要通过后者得以实现。

^① Donald G. Gifford, supra note, p13.

^② 同上注。

一、竞争型谈判模式与策略

(一)竞争型谈判(competitive negotiation)

竞争型谈判,有时又被称为对抗式或零和型谈判。所谓零和(zero-sum),就是指谈判一方所获得的,正是另一方所失去的。在该谈判模式下,由于资源是固定、有限的,且只能在谈判各方之间进行分配,每一方都希望自己获得尽可能多的资源。而一方获得的利益越大,另一方的损失也就越大,反之亦然。因此,竞争型谈判的结果,必然导致一输一赢。^① 比如在就一辆二手车或一件衣服的价格进行讨价还价时,车价每降低一元,购买者就多获得一元的利益,而出售者就损失一元。因此,在此类谈判中,很容易判断谈判的结果,输和赢的比例为50:50,要么输要么赢,不存在双赢的可能。这结果就像经过适当的谈判,双方之间的需求达成平衡。

竞争型谈判模式下,谈判各方都是基于各自的立场进行讨价还价。在解决争议的谈判中,谈判者会以各方的权利和权力为中心,谈判者通常会以若将争议提交仲裁或诉讼时,对仲裁庭或法院可能做出的裁决的预估,作为坚持己方立场的依据。如在人身伤害赔偿的谈判中,各方可能会执着于讨论各自在法律上的权利主张、抗辩的优势和劣势以及对裁决的预测等。在交易谈判中,尽管不涉及仲裁庭或法院的裁决,但谈判者还是会以贸易或商业中的通行惯例作为讨价还价的权利,而且各方权力的不平衡将影响交易条件的最终达成。

竞争型谈判经常适用于针对某一问题的简单谈判,因为在谈判议题比较单一的情形下,双方间的利益冲突简单而直接,所以双方会更关注如何从固定的、有限的资源中分享到尽可能多的利益,也就自然而然地采取了竞争型的谈判模式,如仅涉及商品价格、人身伤害赔偿金额的谈判等。当然,这不是说竞争型的谈判模式仅出现在针对单一议题的谈判中,在综合性议题的谈判中,有些谈判者同样会采取竞争型谈判模式,因为他们仅关注谈判的或“输”或“赢”状态。换句话说,他们只注重于己方立场,关注己方所能获取的利益的大小,而忽视对双方都有利的解决方案的考虑。^②

此外,如果谈判是属于偶然的、一次性的,谈判者也会倾向于采取竞争型的谈判模式:一方面,谈判者希望从此次谈判交易中获得最大的利益;另一方面,他不需要考虑与另一方现行关系的维护和未来关系的发展。如买方通过中介与出售房子的卖方就房子的价格、付款方式等进行谈判,或者因行人不小心将商店门口摆放的展览物撞坏而引发的赔偿谈判等。

^① [英]戴安娜·特赖布,前引书,第5页。

^② Donald G. Gifford, *supra* note, p16.

(二)常用的谈判策略

竞争型谈判模式下,谈判双方处于一种对立或竞争的关系,双方都将对方视为“敌手”。竞争型谈判模式会有一些特定的策略:如通常不会首先报价,或提出极端的报价,或到最后才报价;总是试图隐瞒委托人的真实目的,不轻易透露信息或仅在有某种谈判优势时才透露部分信息,同时极力谋求从对方获得有利的信息;不做让步或很少让步且让步幅度小;喜欢进行争论、辩解,否定对方的意见和理由;经常使用夸张、威胁、欺诈的手法。这些谈判策略的目的,在于给谈判对方造成紧张或压力,减损对方对其谈判优势、实力和地位的信心,降低其对谈判结果的期望,进而诱使对方接受所获利益要比预期少得多的协议。

竞争型的谈判策略如果运用得当,会使对手失去信心,进而获得对委托人有利的谈判结果,尤其是谈判对方经验不足,或者谈判实力明显弱势的情形下。但是,这种过于强势的谈判策略的局限性在于:它们通常会对手逼向防守,不利于出现具有创造性的解决方案;谈判对方可能会出于对这种压迫式谈判方法的反抗而导致两败俱伤,谈判破裂的可能性增加;即使双方达成协议,对方也可能不履行或不完全履行协议;谈判者与对方在未来继续进行合作的空间变小;当双方再次相遇时,谈判遭遇失败的可能性较大。

二、合作型谈判模式与策略

(一)合作型谈判(cooperative negotiation)

合作型谈判是指谈判者通过同对方建立共识,并试图使双方的利益都能达到最大化,进而从心理上逐步接近对方;谈判者通常会以“让步换让步”,双方逐渐缩小差距,直至达成妥协。^①合作型谈判模式的特点是:谈判者通常比较信任对方,双方在合作的基础上,通过讨论、协商,说出自己的真正目标,以使对方充分知晓并争取获得对方的理解,同时听取对方的想法,以了解对方的立场和目标;谈判者愿意首先做出让步,同时期待并相信对方会以礼相待也做出让步;对谈判者而言,一份对双方都较为公平、合理的协议,是实现委托人利益的最佳途径;同时寻求在善意、信任基础上与对方建立起良好的关系。

需要指出的是,尽管合作型谈判的目的是与谈判对方建立起良好的协作关系,但是,与竞争型谈判相同,合作型谈判也是着眼于从有限、固定的资源中为委托人获取相应的利益,同样认为他们之间的谈判就是如何在双方之间分割现有的“蛋糕”。也即,在合作型谈判模式下,谈判各方依旧固守着各自的立场进行讨价还价,谈判的核心依旧着眼于各方有权得到些什么。只不过在合作型谈判模式下,谈判者所采取的方法、

^① [英]戴安娜·特赖布,前引书,第6页。

策略更为温和,提出的报价更为公平、客观,其不仅考虑到己方委托人的立场,也考虑了对方的立场。

(二)常用的谈判策略

合作型谈判模式常用的策略有:提出对委托人有利的,但同时又较为温和、公平的报价;依双方认同或客观、公平的标准提出建议;首先做出让步,解释让步或所提建议的理由;进行公平、合理的辩论和说服;不否定也不贬低对方提出的各种替代方案;共享信息,行事公正合理,试图调解双方的利益冲突等。

采取合作型谈判策略的好处在于,和谈判对方达成协议的概率很大,而这正是合作型谈判的目标所在;同时,由于双方通过谈判建立起了良好的协作关系,所以后续的谈判及协议履行相对会比较顺利,而且未来在谈判者之间或委托人之间也存在继续合作的可能。但是,合作型谈判策略的软肋也非常明显:合作型的谈判更合适于双方谈判实力、地位相当的谈判。如果谈判一方的财富、地位等因素明显占优,合作型的谈判策略很难实施。而且,合作型的谈判策略要想达到预设的目的,必须得到对方的配合,即谈判对方也采取合作立场和态度。如果对方不愿意给予互惠,或者对方是一个强硬的非合作型谈判者,那么采取合作策略的谈判者往往会被利用;谈判者温和的立场、公平的报价、善意的让步,换来的可能是对方的得寸进尺,因为竞争型谈判者只愿意接受让步而拒绝做出让步;即使达成了协议,也不太可能是一份公平、合理的协议,单方面的退让,为协议而协议的,注定是一份不明智的协议,它很可能是以损害一方委托人的利益为代价的。

三、解决问题型谈判模式与策略

(一)解决问题型谈判(problem-solving negotiation)

解决问题型谈判,又称原则性谈判(principled negotiation),是指谈判双方不再执着于立场之争,而是通过扩大共同利益、拓展有限资源,使各方解决问题的潜力最大化。解决问题型谈判由美国学者罗杰·费希尔和威廉·尤里提出,被认为是一种与立场式谈判截然不同的新的谈判方法,旨在通过有效和友好的方式取得最明智的结果。解决问题型谈判的目的,是通过最大化谈判各方解决问题的潜力,以扩大其委托人潜在的共同利益。这种谈判模式通常适用于双方利益不是针锋相对、并且存在着满足双方利益的解决方案的情形。

解决问题型的谈判模式具有四个基本策略:^①

1. 把人和事分开。即把谈判者之间的人际关系和实质利益分开。人都是带有强

^① [美]罗杰·费希尔、威廉·尤里、布鲁斯·巴顿:《谈判力》,王燕、罗昕译,中信出版社2012年版,第10—11页。

烈情感的动物,每个人都有自己不同的感知,有时很难做到明白无误的交流。人的感情容易和客观利益纠缠在一起,立场式谈判之所以会导致局面恶化,是因为人们把自我与立场等同起来。因此,在解决实际问题前,应该把人际关系和实际问题分开处理。形象地说,谈判者应该是肩并肩地一起解决问题,而不是相互攻击。因此谈判的第一点,就是要将人和问题分开。

2. 关注利益,而不是立场,即考虑委托人的利益,而不是执着于立场,这样各方才能充分理解每一方的动机、目的和价值。立场式谈判的一个弊端是,谈判者本应满足各方的潜在利益,实际上却把精力集中在各自的立场上。谈判中的立场常常会掩盖委托人的实际利益需求,使人看不清自己真正想要的是什么;即使谈判者在立场上做出妥协后达成协议,也不太可能兼顾双方最初采取这种立场的实际需求。因此谈判的第二点是,着眼于利益,而不是立场。

3. 达成协议之前,为共同利益找出多种选择方案,如通过集体讨论找出能满足各方需求的新思路。为了寻求富有创造性的选择方案,谈判者需要做到:(1)将创造选择方案与评判方案二者分开,也即把思考可能方案的过程与从中进行选择的过程分开,先创造,再决定。(2)扩大谈判桌上的选择,不要只寻求唯一方案。在创造多种方案的过程中,谈判者的目的不是寻找正确的途径,而是要创设可以谈判的空间:只有通过获得众多截然不同的想法,才能创设这种空间,如那些可以成为你和对方的谈判基础的想法,那些双方可以共同进行选择的思路、途径,等等。(3)寻求共同利益。共同利益显然有助于达成共识,作为谈判者,不仅要明确双方的共同利益,而且要努力融合不同利益,即寻找对己方而言代价最小,对对方好处最大的方案,反之亦然。(4)找到让对方容易决策的方法。谈判者在谈判中的成功取决于对方做出让你满意的决定,因此应尽自己所能让对方轻松做出那一决定。你所需要做的不是让对方觉得事情很难办,而是要让对方面临的选择尽可能地简单明了。如果没有吸引对方的选择,那就可能永无协议可言。

4. 谈判结果须以客观标准为基础,即根据以客观准则为基础的、容易确定的标准,来评价计划中的结果。当利益直接冲突时,谈判者有可能因态度强硬而得到满意的结果,这种方法会使寸步不让的一方得到好处,但也容易产生武断的结果。而谈判是双方而不是单方面说了算的事情,协议必须反映公平的标准,要有公平合理的依据,而不依赖于各自的要求:比如有市场价值、专家意见、惯例、法律的评判等。通过讨论这样的标准而不是单凭各自的意愿,双方就会遵从从一个公正的解决方案。

(二)三种谈判模式的区别

通常认为,竞争型谈判是一种对抗式的谈判,而合作型谈判和解决问题型谈判,都属于协作式的谈判。但是,除了以创造非对抗性的氛围以便双方达成一致外,合作型



谈判和解决问题型谈判似乎再没有其他的共同之处，^①它们是两种完全不同的谈判模式：在谈判双方存在直接利益冲突，认为谈判是胜负之争，是分割“定量利益”的单一谈判情势下，协作型谈判就是采取合作型的谈判策略；而在综合性的谈判情势下，即谈判双方的利益并非直接发生冲突，一方的利益满足程度并非以损害另一方的利益满足程度作为代价的情况下，解决问题型的谈判模式便是最佳的协作型谈判。当然，判断某一谈判中哪些问题具有综合性的潜能，哪些问题仅是单一性的谈判议题，是对律师谈判能力的一个挑战 and 检验。从某种程度上说，谈判者最初对谈判议题的界定、能创造的潜在解决方案、对重要事实与信息的评估等，都有助于谈判者确定该谈判是单一性谈判情势还是综合性的谈判议题。^②

罗杰·费希尔认为，竞争型谈判和合作型谈判，都属于立场式谈判，前者属于强硬型，后者属于温和型；解决问题型谈判跳离了立场之争，着眼于利益。这三种谈判模式的差异如表 1-2^③

表 1-2 竞争型谈判、合作型谈判和解决问题型谈判的差异

竞争型谈判	合作型谈判	解决问题型谈判
对方是对手	对方是朋友	双方能解决问题
目标在于胜利	目标在于达成协议	目标在于有效、愉快地取得明智的结果
要求对方做出让步作为维持双方关系的条件	为了双方关系做出让步	把人和事分开
对人和事的态度强硬	对人和事的态度温和	对人温和、对事强硬
不信任对方	信任对方	谈判与信任无关
固守立场不动摇	容易改变立场	着眼于利益而非立场
威胁对方	给予对方实惠	探讨共同利益
掩饰自己的底线	亮出底牌	避免谈底线
把单方面优惠作为达成协议的条件	为达成协议愿意接受单方面的损失	为共同利益创造选择方案
寻求己方可以接受的单方面解决方案	寻求对方可以接受的单方面解决方案	寻求多种解决方案
以坚守自己的立场为目的	以达成共识为目的	坚持使用客观标准
试图在意志的较量中取胜	避免意志的较量	争取基于客观标准而非主观意愿的结果
给对方施加压力	迫于压力而妥协	坚持并欢迎理性方法，只认道理，不屈服于压力

① [英]戴安娜·特赖布，前引书，第 7 页。

② Donald G. Gifford, *supra* note, p18.

③ [美]罗杰·费希尔、威廉·尤里、布鲁斯·巴顿，前引书，第 12 页。

四、谈判策略的选择

(一)谈判策略的选择

单就法律谈判策略而言,不能说某一种策略就一定比另一种策略高级或有效。没有哪一种谈判策略是万能的,适用于任何谈判、永远都是最有效的;也很少有谈判者,在谈判中从头至尾只采用一种策略。在实践中,谈判者会采取或者说该采取什么样的谈判策略,取决于多种因素,包括争议的性质、议题的数量、谈判各方的关注点,委托人的地位、实力,谈判的进程,对方采取的谈判策略,是否想和谈判对方建立良好的关系,谈判者的谈判风格,等等。在有些谈判中,将竞争型、合作型、解决问题型三种谈判策略结合起来加以运用或许是最合适、最有效的,因为它们并不完全相互排斥。

的确,谈判者在谈判的某一阶段、针对某一个具体事项,只能在竞争、合作与让步、提出一个综合性的方案或建议中,选择一种谈判方式或策略;但据此认为一个谈判者只会或只能采取竞争型、合作型或解决问题型谈判策略中的一种,显然是不合理的。在同一个谈判中,谈判者通常会采取多种谈判策略,而并不局限于某一策略或技巧。在不同时机、不同议题上采取不同的谈判策略和技巧的事例,比比皆是。谈判的过程,很多时候就是从最初的竞争型策略向后来的合作型或解决问题型策略推进的过程。通常,在谈判开始之初,一方或双方律师会采取一些竞争型的谈判策略,如开出极高的初次报价、不愿做出让步等,但随着谈判的深入,律师的谈判策略开始转向协作,逐步同意以互惠为条件进行让步,或者提议由双方共同商讨一个能够满足各自不同利益的解决方案。在同一谈判中,有经验的谈判者在对具有综合性潜能的事项采取解决问题型策略的同时,会就某个单一性的事项采取竞争型或合作型的谈判策略。谈判中的有些问题是单一而直接的,如雇佣谈判中的工资问题;而另有些问题是具有综合性或有扩大选择方案可能性的,如岗位保障问题,一方面工人的就业、岗位的稳定和持续性得到了保障,同时企业也可以减少因工人流动频繁而需不断支出的培训费用。又如,关于人身伤害赔偿的谈判,谈判者最关心的就是赔偿金额、赔偿的支付方式、支付时间等问题,若将这三个问题分开来逐一进行谈判,则每个问题只能进行单一的你赢我输、你高我低的讨价还价,但将其统筹起来进行考虑,这一谈判事项也就具有了综合性,就可以有多个方案可以进行选择和讨论。

一个有经验的谈判律师不会在谈判前就确定在谈判中只采取竞争型或只采用解决问题型的谈判策略。相反,谈判者应当明白,在谈判的每一个阶段,针对每一个谈判事项,当他有机会就对对方的信息、主张等进行回应的时候,他有三种选择:首先,他可以采取对抗性的谈判策略如提出极高的报价、拒绝让步、进行威胁或反驳等;其次,他可以采取温和的合作型策略,如做出让步同时期望对方也做出让步,或者援引一些客观



标准,提议该如何解决这个问题;最后,他可以采取解决问题型的谈判策略,就谈判事项提出一个解决方案,建议各方以在不同问题上做出让步作为交换,或者启动各方集体讨论解决方案的程序。谈判律师做出上述选择并付诸行动后,他接下来要做的便是等待对方的回应。一旦对方做出回应,他就要对对方的回应进行评估,继而决定是继续原有的谈判策略,还是采取另一种策略。^①在谈判进行过程中,谈判者可以经常变换他的谈判策略,而不必受缚于他最初所采取的谈判策略。

一个有经验的谈判者应该懂得,什么时候该合作,什么时候该采取强硬立场,什么时候该提供解决问题的选择方案。决定采取竞争型或合作型或解决问题型谈判策略的一个重要因素,是对方可能采取的策略。合作型和解决问题型的谈判策略,要求谈判者和对方都采取相同的策略。所以,遭遇竞争型对手的谈判者,不能采取合作型的谈判策略,否则将会节节败退。因为竞争型对手会把合作型谈判者的让步当作软弱的信号,进而不愿意让步或者做出极小让步。只有对方以礼相待也做出让步时,合作型策略才能成功。采取解决问题型策略的谈判者,由于并不直接做出让步而是提供新的、综合性的解决方案,因此他受到竞争型谈判者压迫或利用的可能性相对少一些;但是,解决问题型的谈判策略也要求交换信息并对谈判对方的需求做出回应,由于竞争型谈判者通常会拒绝参与到共同创设解决方案的过程中,因此这种被利用或压迫的可能性仍旧存在。越是不强势的谈判者越应该采取非竞争型的谈判策略,因为不够强势的谈判者的威胁和抗辩不能令人信服,采取竞争型的谈判策略很可能就意味着失败。

(二)模拟事例:谈判策略的选择

1. 基本事实

市南安建筑装饰公司(以下简称“南安公司”)是一家成立不到一年的新公司,规模不大。5个月前,公司通过原来的老客户承接了一个项目,为紫荆花园小区一套顶楼的跃层住宅进行装修,并在其露台上加建一个玻璃花房。双方约定装修款项为30万元,分3期支付,最后一期10万元在工程结束、房主验收后的一周内支付。

南安公司原计划于签订合同后的一周内开始这项工程,但是由于公司工程部经理生病,加上房主指定的建筑团队由于另一个项目的超期,装修工程比原计划迟了两周才开工。其间又由于天气、工人放假等,直到上月初才完成装修,比合同所约定的时间整整晚了一个月。现在工程结束已有两个多月了,但房主迟迟不肯验收,也没有支付第3期10万元的装修款,理由是工程没有按时完工,客厅地面的地砖有色差,露台玻璃花房所用钢化玻璃厚度不够。

南安公司认为,工程未按时完工确实是他们的责任;客厅地面的地砖是房主自己采购的,出现色差不是公司的责任;对于玻璃花房所用的钢化玻璃厚度,合同并未明确

^① Donald G. Gifford, supra note, p23.

约定,南安公司目前安装的玻璃厚度为 3.4mm,是标准厚度。公司想尽快收回这 10 万余元款,因为公司成立时间短、承接的工程也不是很多,此项工程的利润也不高;另外,公司需要这笔钱去支付原料供应商的款项,以便再次进货。公司不太想进行诉讼,因为诉讼既费时费钱,而且对公司的名声也有影响。

房主陈先生认为,工程未按约完工,导致自己一家不能按时搬进新居;客厅地砖是自己采购的,但装修公司在铺地砖时未及时发现并告知地砖有色差,所以也应承担一部分责任;玻璃花房所用的钢化玻璃是最薄的那种,总让人感觉质量不够好。

2. 问题

(1)如果你是南安公司的代理律师,准备和房主委托的律师进行谈判,你计划采取什么样的谈判策略?为什么?

(2)如果你是房主陈先生的代理律师,你计划采取什么样的谈判策略?理由是什么?

(3)在谈判进行过程中,你会一直采用你事先计划的谈判策略吗?为什么?

(4)如果你改变谈判策略,你觉得影响你改变的主要原因可能是什么?

(5)如果你采取的是非竞争型的谈判策略,你会提出什么样的解决方案?

(6)谁会最终决定或影响你的谈判策略?

五、谈判策略与谈判风格

谈判策略和谈判风格是两个不同的概念。谈判策略是一系列具体的谈判技巧和谈判行为的综合;而谈判风格则是谈判者与人交流、沟通也即待人接物的方式,具有鲜明的个人特征。谈判者谈判风格的形成取决于多种因素,除了谈判者的智力、教育、个人经历和性格外,还受社会经济背景、上下级关系、文化、地理、宗教背景等影响。所有这些因素共同作用,形成了谈判者鲜明的人格并且决定着其特定的谈判风格。在法律谈判中,谈判风格往往通过谈判者说话的语气、语调、非言辞语言及其他细节体现出来。以下两段对话,假设来自徐律师(以下简称“徐”)——一名女性新手律师——和一位有经验的谈判律师邓律师(以下简称“邓”)。比较这两段对话可以看出,谈判者所采取的谈判策略没有变化,但其谈判风格却是截然不同的。^①

例 1:

徐:邓律师,很高兴见到您!您是谈判界的高手,久仰大名。

邓:嗯,一直以来,让你们这些刚从法学院出来的小朋友体验现实社会、见识见识什么是真正的谈判,是我最大的荣幸。小徐,我知道你的委托人利

^① Donald G. Gifford, *supra* note, pp19—20.



基电脑公司想租我客户朗丰集团的商铺。

徐:噢,说实话,我并不这么确定。最初,我的委托人确实对你客户的商铺有兴趣,但当邓律师你把租约发给我们,提出租价为每平方米130元时,我们就已经在另作打算了。我的委托人今天让我过来的目的,是想最后确认一下你们的真实意图。但说实话,邓律师,你的委托人实在是狮子大开口,过分了。我不知道你们想要蒙谁。你委托人的朗丰大厦里好多铺位都是空着的,这个地段的商铺租金一般是每平方米80元,而你们竟然要130元每平方米。我的委托人今天还跟我提到了朗丰集团的副总裁彭小平先生,公安局是不是在调查他啊?

邓:哈哈,小徐,你的“家庭作业”做得不错啊。我想说的是,尽管你表现得很努力,你想装得跟我们男律师一样有底气,但是我会让你明白现实是什么。我发给你委托人的是朗丰大厦商铺的格式租约。坦白地说,我不太确定对我们而言,把房子出租给你委托人这样的公司是否是一个明智的选择,因为我们都知道电脑公司的倒闭率奇高。每平方米130元的租价是一个标准价,你知道,我们的客户主要是一些具有高品质、高知名度的专业商店,不像某些没信誉、不靠谱的电脑公司。给你们这个报价,我的委托人已经是卖大面子了,别不领情。

在这段对话中,两位谈判律师的谈判风格都很强势,每一方都在极力地打击和贬低对方及其委托人。邓律师的“让刚从法学院出来的小朋友见识见识什么是真正的谈判”以及对徐律师“装得和男律师一样有底气”的说法,显然是对对方律师的新手兼女性身份的攻击。他带着傲慢的口吻进行冷嘲热讽,还说徐律师的委托人是“没信誉、不靠谱的”。而徐律师也针锋相对,说邓律师的委托人是“狮子大开口”,并且还提及其副总裁被调查的事情。这样的对话,显然只会使双方的关系恶化,无助于协议的达成。

例 2:

邓:徐律师,有机会见到你并与你一起合作,我感到很荣幸。我一直认为,和同行律师建立起良好的工作关系极其重要。

徐:谢谢您,邓律师。您是一位非常优秀的律师,久仰您的大名。我们现在就开始谈正事好吗?我看过您发给我们的租约,我的委托人还是很有兴趣租用您委托人的铺位,但同时他也要求我找一找周边的其他商铺,看看有没有更合适的选择。坦白地说,每平方米130元的租金确实吓到了我的委托人,让我们有些难以接受。我们知道朗丰大厦目前的出租价格在每平方米80元左右,且大厦里还有很多的空店铺可供出租。离你们朗丰大厦不远的建峰大厦已经在开始招商了,这对你们来说应该也是个压力,他们会分流掉

一部分客户的。

邓:小徐,我必须跟你实话实说。我们都知道电脑零售市场的起伏太大了。那些销售业绩好、能长久生存下来的通常都是一些综合性商店,他们能吸引大量消费者到朗丰大厦来。我想你明白你的委托人是一家尚未打响知名度、业绩并不佳的公司。我们认为你们的电脑零售卖场将来在很大程度上要依赖于朗丰大厦良好的商业氛围。不过对于租金,恐怕我们真的没有太多空间可以退让了。如果我答应你可以降低租金,那么下次代表朗丰集团和你进行谈判的就不是我而是他们委托的其他律师了。在租金问题上,我的委托人是不会允许我做出退让的。

在第二段对话中,双方谈判律师的谈判策略都没有发生变化:相同的报价,同样的抗辩理由,以及同样的坚持初次报价不让步。但是与第一段对话不同的是谈判者的谈判风格,双方律师互相客套,说了些好话,并且表示良好的工作关系很重要。邓律师将其不愿意让步的缘由推给了委托人,因而在很大程度上消除了徐律师对他产生的对立情绪;他旨在减低对方律师信心的抗辩理由,如认为电脑零售卖场不如其他企业稳定、对其委托人而言不如普通的综合性商店有价值等,虽然采取的是以一种比较歉意的口吻,表达得却是强硬的立场。而徐律师对邓律师提出的每平方米130元租金报价的回应,并不是“如果你们不降价,那我们就没什么可谈”等之类带敌意的威胁,而是以委托人对报价的反应作为事实进行施压:“每平方米130元的租金吓到我的委托人了,我们有些难以接受”。谈判策略虽并没有改变,但两人交流、沟通的风格显然不同了。

认清谈判策略和谈判风格的区别,对作为谈判者的律师而言,有着重要意义:首先,谈判者要意识到,具有不同个人谈判风格的律师,即便采取同样的谈判策略和技巧,结果也会大不相同。比如,大多数的竞争型谈判策略和技巧,容易引起谈判双方之间关系紧张、互不信任、互不相让,进而导致谈判陷入僵局甚至破裂,但如果谈判者本身是位颇有合作风格和个性的律师,那么竞争型谈判策略所带来的那些负面影响,会在很大程度上得到缓解。尽管谈判者针对实质问题提出的要求或条件比较高且强硬,但其表示出来的善意、谦和且有礼貌的说话方式,有助于同对方建立起较为积极、良好的工作关系。但如果谈判者本身就是一个行事强硬、自视甚高且具有控制倾向的谈判者,那么谈判过程会变得紧张而充满火药味,这样的谈判氛围显然不利于促成令双方都满意的协议。其次,谈判律师还应当清醒地认识到,谈判对手所展现出的友好、协作的谈判风格,并不意味着他采取的谈判策略就是协作型的。有些时候,谈判者会被谈判对手友好、谦逊的谈判风格所误导,理所当然地认为对方会采取合作型的谈判策略,对方的谈判目标会是一份公平、合理的协议和双方之间积极、信任的工作关系。殊不知温和、礼貌的谈判风格,并不等同于对方在具体谈判事项上的立场和谈判策略也是温和、合作的。谈判者一旦迷信于对方的合作型谈判风格,就容易在谈判中过快过多

地做出让步、回报,进而导致对其委托人不太有利的谈判结果。

当然,在一个具体的法律谈判中,谈判者的谈判风格很多时候是与他所采取的谈判策略相对应的,而谈判者所选择的谈判策略也不可能不受其个人的谈判风格影响。比如一个喜欢挑战、竞争,寻求冒险并具有较强控制欲望的谈判者,在谈判中通常更倾向于选择竞争型的谈判策略,而那些较为深思熟虑、相对随和、合群并具有说服力的人,则会更倾向于采取非竞争型的谈判策略。但这并不是说,具有竞争型性格的人不会采取合作型的谈判策略,也并不意味着具有谦逊、合作个性的谈判者就肯定会采取非竞争型的谈判策略。尽管一个强势、具有进攻性的谈判者,常常能够成功地使谈判对手丧失信心,接受一个比其最初预期利益少得多的和解方案,但是,一个态度谦逊平和、待人友善的谈判者,他若采取提出极端的初始报价且不轻易让步等竞争型谈判策略,摧毁谈判对手的自信心并诱使对方做出单方面、非互惠的让步,就更容易了。因此,谈判律师要采取灵活的方式,学会区分谈判对手的谈判风格和他所采取的谈判策略。

第三节 法律谈判的沟通技巧

谈判是一个双方或多方为特定事宜达成最终一致而交换信息、进行交流沟通的过程。只有通过交流沟通,谈判者才能分享信息、知晓各自的想法和意图,最终达成一致。因此,谈判的进展和结果,在很大程度上取决于谈判律师的沟通技巧。

尽管每个人在日常生活中,一直就和周围的人之间进行着沟通,但对于学习如何在专业层次上进行沟通,却没有看起来那么简单。作为律师,很多时候他会发现,原先看起来很熟悉、很有效的沟通方式或习惯行不通了;同时,对于本来知道在交谈中该如何做的事情,却不敢做了,因为他认为这不是律师应该做的。比如,在日常交流中,当你要表示“我听到了你刚刚所说的”这个意思时,你可能会习惯性地说“好”;但在以律师身份对委托人的叙述进行回应时,在某些场合这种习惯可能会让你犯错。^①

例 1:

你:请问,明天上午的会议议程是怎么安排的?

工作人员:明天上午 9:00 开幕式,9:30—10:30 大会主题发言;10:30—10:45 是茶歇时间,10:45—12:00 是分组讨论时间。

你:好的,谢谢。

^① [美]斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼,前引书,第 49 页。

你听到了某件复杂的事情,但认为自己听明白了,所以说“好的”。但是现在委托人跟你说。

例 2:

委托人:我曾在华通公司工作了 15 年,公司破产的时候,我失业了,我的养老金也没了,因为我把钱全都用来购买华通的股票了,但现在这些股票一文不值。我已经身无分文,我投了几百份的简历,但全部石沉大海。我也知道没有公司会愿意聘请一个已经快到退休年龄的老头。我的房子也很快就要被银行收回去了,因为我已经有半年多没有付房贷了。我的生活一点希望都没有。

你:哦,好的。

对于你的这种回答,委托人会想,你认为发生在他身上的悲剧是“好的”,但其实你只是想表示“我听到你说的了”。对于委托人而言,他所需要的是你知道该如何处理他的事情,但你却可能以为作为律师,如果感同身受就会显得不理性和客观。其实在这种情形下,律师应该做的是:表现出你的同情心,如同你朋友告诉你某件不幸的事时你会做出的回应。

例 3:

委托人:(同上)

你:啊,这真是太糟糕了。

在面对面的法律谈判中,律师所用的语言、措辞、语调、神情、动作等,都会对谈判对方产生影响。对方的回应,很多时候都取决于你的语言沟通。通常,谈判律师所涉及的沟通技巧包括以下几种。

一、陈述的技巧

(一)陈述的含义

法律谈判中的陈述,是指谈判者基于己方的立场、观点和谈判方案,通过陈述来表达相关事实、对各种问题的具体看法,以使对方有所了解。谈判的过程是交换、披露信息的过程,而陈述是谈判双方借以了解对方的想法、方案和需要的基本途径和手段。陈述是谈判的重要技巧之一,谈判者能否正确、有效地运用陈述的功能,把握陈述的要领,直接影响到谈判的效果。

谈判中的陈述跟一般的陈述既有许多相似之处,又有其特殊性:谈判要求能够快

速而准确地说明问题,因为谈判的针对性很强,它要求谈判双方能够直接解决某一个具体问题。因此,陈述对谈判者而言具有更高的要求:它要求谈判者不仅能够清晰明确、言简意赅地把自己的想法表达出来,而且还要能够吸引对方兴趣,并具有相当的说服力。对一个未掌握陈述技巧的谈判者而言,谈判的结局通常只有两种:一是谈判最终达成了对他不利的协议;二是谈判破裂。其原因在于若谈判者无法清晰地表达自己的想法,也就无法说服对方满足己方的需求。

(二)陈述的技巧

概括起来,法律谈判中的陈述技巧主要有以下几点:

1. 主题明确,言简意赅。谈判者应尽量使自己的陈述简洁明了。法律谈判中的陈述不同于日常生活中的闲聊,切忌主题模糊、主次不分、层次混乱,让听者不知所云。陈述的内容,不管是客观事实还是观点、意见,都要围绕你所要表达的主题,不要随意发表与主题无关的言论,因为这样一来影响谈判进程,二来淡化甚至混淆你的真实意图。同时,法律谈判明确的目的性和急促性不允许谈判者长篇大论,你需要的是马上找到一个明确的解决方案。不要使用过多的论据和技巧,这样会让对方无法抓住你的重点,还会认为你说了太多废话。事实证明,大多数谈判者都对那些夸张、虚华的字句很反感,并且会在谈判的过程中表现出不耐烦。直奔你要表达的观点,进行必要的解释和说明,这样就足够了。

2. 观点要准确。谈判者在陈述己方的观点时,应力求准确、易懂,避免表达含混不清、前后矛盾,这样很容易让对方发现破绽,陷自己于尴尬境地。当然,在谈判过程中,谈判者的各种观点和意见可以依据谈判形势的发展而发生变化,但在陈述方法上还是要做到令人信服。不管观点如何变化,都要以准确为原则。

3. 陈述要客观、坦诚。谈判者在陈述相关事实时,应本着客观真实的态度进行叙述。不夸大也不缩小事实真相,这样方可取得对方的信任;否则,一旦对方发现陈述者对事实进行虚假陈述的话,会大大降低己方的信誉。同时,谈判者要避免在谈判的过程中闪烁其词,隐瞒自己的想法和动机,这样势必给对方一种不真诚的印象,从而影响谈话气氛。在谈判中,谈判者应该把自己的想法和需求明白地表达出来。只有这样,对方才能知道你的想法,或者满足你的需求。另外,把对方想了解的情况告诉对方,这样才能得到对方的信任,进而了解对方的想法,最终达成一致的意见。当然,你只是需要适度地坦诚相待,因为有些时候,过度的坦诚反而可能会被对方利用。

4. 注意语调、语速。为了让对方集中注意力,获取最佳的倾听效果,你在陈述的时候应注意语调的变化,采用节奏适中的语速。很多谈判者急于表达自己的观点,急于说服对方以便迅速达成协议,在陈述时语速非常快;结果等你说完了,对方并不明白你说了些什么。还有些谈判者总是希望用气势压倒对方,试图用气势赢得谈判,希望对方最好不要讲话、不要反驳。结果是,对方很可能直接以沉默作为回应,但并不同意你

的观点,而谈判也可能因此破裂。因此,不要试图用咄咄逼人的气势去压倒对方,最好使用平和的语调;也不要使用过快或者过慢的语速,记得要让对方能够听得清楚。

二、倾听的技巧

(一)倾听的含义

倾听是谈判者之间交流与沟通的一种基本形态。没有倾听,就没有沟通和交流。倾听的形式有三种:消极倾听、认同、积极倾听。^① 消极倾听,指只接收信息而不向信息发送者提供接收是否正确和完整的任何反馈。有时消极倾听就可以保持信息的交流,如果对方很健谈、喜欢讲话,谈判者会发现当对方讨论自己的观点时,最好的办法就是倾听。认同,比消极倾听稍微积极一些,在倾听时,倾听者偶尔点一下头,保持眼神交流或回答诸如“我明白”“嗯”“有意思”“请继续”等,以表示认同,这些反应足以使谈话者继续发送信息,但谈话者有可能会将此误解为倾听者同意其观点,而不只是在接收信息。积极倾听,即倾听者有效倾听,并用自己的语言重述或解释讲述者的信息。如:

谈话者:我不知道该如何解决这个难办的问题。

倾听者:你真的被这个问题难住了。

谈话者:请不要问我这个问题。

倾听者:听起来你现在很忙。

谈话者:我认为今天的会议没有什么成果。

倾听者:你对今天的会议感到失望。

法律谈判中的倾听,是指谈判者作为信息的接收者认真听取对方所发送的信息,确定其含义并做出反应的过程,是一种积极的倾听。在谈判中,好的倾听能力与好的谈话能力同等重要。只有先听到对方对谈判所涉事实、问题、意见的陈述,才能知晓对方的基本立场和观点,并在此基础上做出回应。倾听者对听到的信息进行反馈,是积极倾听的关键;但同时,对于倾听者而言,此时与对方进行交流的重点在于倾听而不是沟通。积极倾听并不是要求或建议倾听者机械地同意对方的观点,而是希望谈判者通过积极倾听更好地了解对方的立场、信息,并根据谈判者的偏好和优先次序对己方观

^① [美]罗伊·J.列维奇、布鲁斯·巴里等:《谈判学(第4版)》,廉晓红等译,中国人民大学出版社2006年版,第161—162页。

点进行调整。

(二) 倾听的技巧

1. 认真、仔细地听。在法律谈判中,要认真、仔细地倾听对方的谈话。是否认真倾听,可以从眼睛、神情、肢体语言等各个方面表现出来。在谈判对方谈话时,保持对他的正视、适时地就谈话内容进行回应、对部分谈话内容进行记录等,都是认真倾听的表现。认真倾听,有利于同对方建立信任关系:认真倾听,会让对方感觉到尊重,不仅是针对他个人,而且包括对他所表达的观点和意见的尊重。相对应地,对方也会在后续的谈判过程中对你以及你所表达的意见表示尊重。认真倾听,方能清楚听见、获取对方所说的信息,正确理解对方的真实意图。很多时候,你所愿意的或者你希望对方所说的与他实际所说的经常是不一致的,仔细聆听对方所使用的词汇,才能真正明白他的实际用意。比如,“我同意你的建议”和“这真是一个有意思的建议”有着天壤之别,而“我有权提供的内容就是这些”与“我想我此时最多只能提供这些”也有实质的差别。

很多律师都是糟糕的聆听者,他们习惯于说得多、听得少。研究表明,当谈判对方说话时,很多律师都未能积极地参与到谈判中来,并因此丧失了收集与案件、争议相关的重要信息的机会。很多情况下,这是因为他们正在思考待会儿该他们发言时他们该说些什么、怎么说,或者他们认为对方说的是重复的,完全是在浪费时间;又或者他们感到很疲倦,不想再去听对自己委托人不利的信息。但是,律师如果不认真聆听,可能会误解对方的谈话而失去达成妥协或和解的机会。^① 懂得认真倾听的律师,往往有着非常大的优势。

2. 有效地听。有效倾听,就是在对方说话的同时,倾听者要对接收到的信息进行处理,也即要听懂对方说话的意思。“倾听,不仅仅是一字一句地听某人向你讲述的话,你必须用心去倾听……”“倾听,不仅仅是保持安静,而是听人们说什么、没说什么、所表达的是什么意思……”^② 法律谈判中的倾听不仅要求倾听者听到对方说什么,还要注意说话者所用词句,识别对方的语气、语调,这样才能真正听懂、听明白对方的意思。只有进行有效倾听,倾听者才能准确地获取信息、理解讲述者的真实意图,并在此基础上做出有效的反馈,包括采用何种方式、顺序,来有效地表达己方的意见和观点。

(1) 识别谈话者的主要观点和理由。有经验的谈判者,一般会在开始的时候即用一两句话表达自己的主要观点,之后再阐述用以支持其观点的事实和理由;但对于另外一些没有经过专门训练的谈判者而言,他可能对于说什么或者怎么说并没有特别准备,他无法条理清楚地表达他的主要观点和理由,有时往往要讲很多话,说很多内容,才能断断续续把他的意思给表达完整。对于倾听者而言,不管谈判对方的表达能力如

^① [英]戴安娜·特赖布,前引书,第17页。

^② 转引自[美]斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼,前引书,第50页。

何,也不管对方是否是一个有经验的谈判者,都要注意识别对方的主要观点和理由。尤其在后一种情形下,更要学会从对方冗长且缺乏条理的谈话中厘清对方的真实意思。

(2)注意倾听谈话者的用语,识别关键词句。在谈判中,说话者所用的许多词句,都反映了他的真实想法和意图,倾听者要学会识别。比如,对方表示“你产品的价格稍微高了些”,在这里“稍微”就是一个关键词,对方表示价格“稍微有些高”,说明你委托人的产品定价基本接近对方的标准,坚持这个价格或适度给予对方一些优惠,最终是有可能达成协议的。又比如,对方说“我没被授权同意这个价格”,这句话可以有两种解释:一是你所提出的价格有问题;二是尽管说话的人没被授权接受这个价格,但是其他人被授权了。又如,“我们不打算在这个阶段讨论这个问题”意味着谈判者可能打算在以后讨论。“这是我们的格式合同条款”则可能意味着:一是一直以来,就这个问题,我们的条件都是这样的;二是这些条款还是可以再商量的。

还有人喜欢用一种比较随意的语言,如“顺便提一下”,倾听者听到这类话不要太大意,反而要特别留意对方所谓顺便提及的问题,很多时候恰恰是对方真正想要表达的重点内容所在。^①

(3)注意谈话者的语气和语调。在谈判中,倾听者不仅要注意对方所用词句,还要注意对方在谈话时流露出来的语调、语气,因为正是这些语调语气,最有可能暴露对方内心的态度,不经意间就把对方潜在的一些信息透露出来。一个出色的倾听者,不仅会从对方的表述中听到相关的事实、观点和立场,而且能从对方言语间的语气、语调中听出对方的情绪、心态,抓住对方很多没有用语言表现出来的,或者是可以掩饰的信息。^②

在对方说话时,作为倾听者的你,问自己以下几个问题,会帮助你听得更有效些:^③

我正听到什么话?那些话是什么意思?

说话者的话暗示(揭示)了些什么?

说话者的语调和身体语言(面部表情、姿势)等暗示了什么?

为什么说话者说或暗示这些事情?

说话者没说或没暗示哪些一般人在这种情况下会交流的事情?为什么?

3.记得重申和确认相关信息。有些时候,谈判对方可能表述得不太清楚,他们或者故意说得模棱两可,或者口头语言和肢体语言互相矛盾,使得你不太确定他的

① 蔡彦敏、祝聪、刘晶晶:《谈判学与谈判实务》,清华大学出版社2011年版,第151页。

② 同上注。

③ [美]斯蒂芬·克里格、理查德·诺伊曼,前引书,第52页。