

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书



THE COLLECTED TRANSLATIONS
OF WESTERN CLASSICS ON LEGAL LOGIC

西方法律逻辑经典译丛

熊明辉 丁利 主编

〔美〕拉里·L. 特普利 著 *Larry L. Teply*

陈曦 译

Legal Negotiation

in a nutshell

法律谈判简论

(原书第三版)



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律谈判简论/(美)拉里·特普利著；陈曦译. —北京：中国政法大学出版社，2017.11

ISBN 978-7-5620-7821-0

I. ①法… II. ①拉… ②陈… III. ①法律—谈判—研究 IV. ①D90-055

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第266164号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 寄 地 址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 9.75
字 数 240千字
版 次 2017年11月第1版
印 次 2017年11月第1次印刷
定 价 42.00元

法律谈判简论

Legal Negotiation in a Nutshell (Third Edition)

by Larry L. Teply

Copyright © LEG Inc., d/b/a West Academic Publishing

This translation *Legal Negotiation in a Nutshell 3rd Ed.* by Larry L. Teply is published by China University of Political Science and Law Press Co., Ltd. through arrangement with LEG Inc., d/b/a West Academic Publishing.

Licensed for distribution in Mainland China Only. Not for export.

本书经LEG Inc., d/b/a West Academic Publishing授权
中国政法大学出版社翻译出版。

版权登记号：图字01 - 2017 - 0640 号



出版说明

“西方法律逻辑经典译丛”由教育部普通高校人文社会科学重点研究基地中山大学逻辑与认知研究所、中山大学法学院以及广东省普通高校人文社会科学重点研究基地中山大学法学理论与法律实践研究中心共同策划，由中国政法大学出版社出版的系列图书翻译项目。“译丛”所选书目均为能够体现西方法律逻辑的经典著作，并以最高水平为标准，计划书目为开放式，既包括当代西方经典法律逻辑教科书，又包括经典法律逻辑专著。第一批由广东省“法治化进程中的制度设计与冲突解决理论：理论、实践与广东经验”项目资助出版，到目前为止已出版有：《法律与逻辑：法律论证的批判性说明》《法律逻辑研究》《法律推理方法》《论法律与理性》《前提与结论：法律分析的符号逻辑》《建模法律论证的逻辑工具》《虚拟论证：论律师及其他论证者的论证设计助手》《对话法律：法律证成和论证的对话模

型》《平等的逻辑：非歧视法律的形式分析》等。他山之石，可以攻玉，相信本译丛之出版不仅有助于推动我国法律逻辑教学和研究与国际接轨，而且为法治中国建设提供一种通达法律理性和实现公正司法的逻辑理性工具。

熊明辉 丁 利

2014年5月31日第一版

2017年7月19日修订



总 序

法律逻辑有时指称一组用来评价法律论证的原则或规则，其目的是为法律理性和法律公正提供一种分析与评价工具；有时意指一门研究法律逻辑原则或规则的学科，即一门研究如何把好的法律论证与不好的法律论证相区别开来的学科。

自古希腊开始，法律与逻辑就有着密不可分的联系，甚至可以说，逻辑学实际上就是应法庭辩论的需要而产生的，因为亚里士多德（Aristotle）《前分析篇》中的“分析方法”后来演变成“逻辑方法”，它实际上是针对当时的智者们的论证技巧而提出来的，这些智者视教人打官司为基本使命之一。亚里士多德把逻辑学推向了普遍有效性的追求，这导致了这样的结果：论证的好坏与内容无关，而只与形式有关。19世纪末，亦即在弗雷格（Frege）发展出了数理逻辑之后，“形式逻辑”一度成为“逻辑”的代名词。法律与逻辑的关系似乎渐行渐远。因此，有人说逻辑

就是形式逻辑，根本不存在特殊的法律逻辑，故法律逻辑至多是形式逻辑在法律领域中的应用。事实上，法律推理确实有自己的逻辑，并且这种逻辑指向的是与内容相关的实践推理。正因如此，如佩雷尔曼（Perelman）所说，在处理传统上什么是法律逻辑的问题时，有人宁愿在其著作中使用“法律推理”或“法律论证”之类的术语，而避免使用“逻辑”一词。

20世纪50年代，以图尔敏（Toulmin）和佩雷尔曼为代表的逻辑学家们开始把注意力转向实践推理，特别是法律推理领域，开辟了法律逻辑研究的新领域。特别是非形式逻辑学家与论证理论家们把语境因素引入到日常生活中真实论证的分析与评价上来，这为法律逻辑研究找到了一个很好的路径。如今，法律逻辑研究需要面对“两个大脑”：一是“人脑”，即法官、律师、检察官等法律人是如何进行法律论证的；二是“电脑”，即为计算机法律专家系统中法律论证的人工智能逻辑建模。前者的逻辑基础是非形式逻辑，而后的逻辑基础是形式逻辑。如果说形式逻辑对论证的分析与评价仅仅是建立在语义和句法维度之上的话，那么，非形式逻辑显然在形式逻辑框架基础之上引入了一个语用维度，因此，我们不再需要回避“法律逻辑”这一术语了。

熊明辉 丁利
2014年5月31日



中文版序言

我非常荣幸能为法律谈判简论（第三版）的中译本添序。原书是西方学术简论丛书数百本中的一员。对于不太熟悉该丛书的中国读者，我想谈一下该丛书写作的指导方针，因为我不太确定“nutshell”的中译是否能够准确捕捉其全部意义。简论丛书旨在通过提供简洁的学习指南，向法律人和法学院学生解释某一主题的核心要点，其目的是创制一份足够详细的参考指南，而为该主题提供一个简明且易于理解的全面总结。虽然因格式要求不能使用脚注或引用，但所有简论丛书都要求其主题已被深入研究并由杰出的学术权威或公认的专家撰写。

非常荣幸，我已为西方学术简论丛书贡献了三本著作。其中，我发现写法律谈判最具挑战性。为什么？因为写作这本简论的最基本的困难是，如何以一种让读者能够吸收谈判理论与策略的方式去呈现复杂多面的素材，以使得他们在真



实谈判中切实地在**思想和行动上**有所不同。申言之，挑战体现在如下几方面。

第一，谈判会涉及极为大量的逻辑、交易理论、法律推理、博弈论、论证、说服、心理学方面的问题，然而，与其他实践技艺类似，高效谈判融合了理论和实践，它们对真正掌握谈判技艺皆必不可少。例如，我们可以将谈判与学骑自行车比较。仅就平衡、转向、力、功率、齿轮、刹车等方面的基本物理机制拥有全面理解，并不会为你在初次尝试骑车时带来多少真正帮助，但是，相关物理学知识却能助你事半功倍。写作本书的其中一个挑战与此类似，那就是兼顾理论与实践，给予读者更为高效谈判的真正洞见。

第二，显而易见，所有人都对谈判拥有某些既定观点，无论他们是否对此有过正规训练。人类在语言技能和推理能力形成之初就已开始进行谈判活动。此外，多数人对其运用的诸多谈判技术并未深思熟虑，更别提对谈判过程高度自觉了。不幸的是，人们学到的谈判知识并非总是像它本可以且应当那般地有效，尤其是在运用到专业领域或商务语境下，更是如此。这很像学打高尔夫球。在美国，很多人通过自我尝试学打高尔夫球，可当他们下定决心想要精通这项运动时，他们往往会报班学习。在看完学员击球后，教练常会指出，要成为真正的高尔夫球手，需要“戒除”学员已经沾染上的一些陋习。因此，本书的目的之一是试图帮助读者去掉谈判陋习，并以更为高效的技术取而代之。这着实不易。

第三，写作简论的另一个挑战是，人们对于究竟何为胜任和高效缺乏共识。是在和解中争取到最高或最低的可能金额吗？是为所有相关方实现公平结果吗？是以最高效的方式安排可利用的经济资源而达成和解吗？是以最有利于社会整体的方式达成和解吗？是达成满足“客观公平标准”的“讲原则”的协议吗？是达成兼顾所

有相关信息和论证而非有所偏倚的协议吗？是能够维持当事人关系的结果吗？是以最大化地利用可及资源——包括降低成本的程序、沟通渠道以及其他资源——的方式谈判吗？是以减少谈判的时间、花费以及心理伤害成本的方式去谈判吗？

第四，另外一个挑战是对交易谈判（例如交易方自愿买卖）和纠纷和解谈判（其涉及可由法院强制执行的法律权利）的讨论加以整合。如正文所论，将交易所用的谈判技术批量移至法律纠纷谈判中（反义亦然）是造成低效谈判的一个因素。此外，这两种情形之间的区分有时并非像谈判者心中所想的那般泾渭分明，而本书则试图突出它们之间的重要差异。

总之，这本简论明显是以西方视角而作。然而，它将为中国读者就该主题的复杂性提供西方视角的理解。中国读者应亲自评估本书内容在中国语境下的可适用性。无论如何，跨国界与跨文化谈判可因诸方了解他方采取的路径及其个中缘由而得以改善。正如我非常确信美国人民在中国人民那里还有很多东西要学一样，我诚挚地希望你们也会觉得这本书有用。

拉里·L. 特普利

2017年10月

于美国内布拉斯加州奥马哈市



前 言

对法律实践而言，法律谈判现已被公认为一个极为重要的主题。本书旨在为读者呈现关于它的一个简述。鉴于该丛书的篇幅和格式限制，在该书的准备过程中，不断面临着排除难题和论述深度的问题。我已尽力平衡各种竞争性考量，相信最为重要的材料已经含于本书之中。尤其是本书的第三版，它大幅增加了对新议题的讨论，并吸收了关于法律谈判的最新研究。

因为该丛书缺乏脚注，故我无法提供特定资料的完整文献。然而，主要文献已经标明。通过查询“案例表”“制定法表”“程序法表”“职业伦理表”“法条重述表”，读者可以继续跟进正文所呈现的观点、建议和引文。除了这些直接确认的资料，我还要承认，文中的一些观点源于本人在多年法律谈判教学中所吸收到的其他众多资料，但在此，我并没有直接表明它们的出处。

我还要感谢本书（连同第一版）所获得的持

续许可。首先，我要感谢杰拉尔德·R. 威廉姆斯（Gerald R. Williams）教授以及汤姆森/韦斯特集团授权我使用受版权法保护的大量素材。它们分别源于威廉姆斯教授1983年的《法律谈判与和解》（*Legal Negotiation and Settlement*，版权为韦斯特出版公司所有），以及他在1981年出版的早期著作《高效谈判与和解》（*Effective Negotiation and Settlement*，版权为韦斯特出版公司所有），该书是一项卓越创举，法律人和法科生从中获益良多。

我还要感谢凯莉·门克尔-梅多（Carrie Menkel-Meadow）教授和《加州大学洛杉矶分校法律评论》（*UCLA Law Review*），因为他们授权我使用门克尔-梅多教授的《走向法律谈判的另一种视角：问题解决的结构》（*Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*）[31 *UCLA L. Rev.* 754, 760, 801-02, 810 (1984)，该文版权归《加州大学洛杉矶分校法律评论》所有]一文中受版权法保护的引证素材。此外，我还参考了这篇论文中其他的有益观点和解释。门克尔-梅多教授的著述就法律谈判提供了一个令人兴奋的概念模型，深入阅读更是获益良多。

此外，我要感谢罗伯特·M. 巴斯特莱斯（Robert M. Bastress）教授和系主任约瑟夫·D. 哈勃（Joseph D. Harbaugh）授权我使用他们1990年出版的《会见、咨询与谈判：高效代理的技巧》（*Interviewing, Counseling, and Negotiating: Skills for Effective Representation*，该书版权为作者共同所有）一书中受版权法保护的素材。这本书为律师会见、咨询、谈判技巧提供了一种有用描述，称得上是极为优秀且值得大力推荐的一个文本。

我要感谢麦格劳-希尔有限公司。它曾授权我引证来源于理查德·A. 吉文斯（Richard A. Givens）1980年出版的《辩护：诉因的艺术》（*Advocacy: The Art of Pleading a Cause*，该书版权为麦格劳-

希尔,科泉市)中受版权法保护的素材。这本书从辩护的视角,以一种具有趣益的方式就谈判过程提供了洞见。

我还要感谢切斯特·卡拉斯(Chester Karrass)的系列丛书对谈判技巧知识在理论和实践上做出的开创性贡献。在“参考文献与资源”中所引证的他的著作值得高度推荐。同样,参加一次他的研讨会令我获益良多,并值得高度推荐。

至于本书的第一版和第二版,我仍要感谢克雷顿大学法学院几位系主任过往的支持。我还要感谢那些出色的学生研究助理——安吉拉·巴伦坦(Angela Ballentine)、丽萨·汉高(Lisa Henkel)、卡罗琳·莫泰特(Carolyn Sue DePriest Mouttet)、克里斯蒂娜·谢菲尔(Kristina Schaefer),她们复查了本书第一版和第二版的初稿。我还要向我的儿子——罗伯特·特普利(Robert Teply)给予我的有益帮助表示感谢。作为一名律师和《哈佛法律谈判评论》(*Harvard Negotiation Law Review*)的前编辑,罗伯特曾提出许多非常宝贵的洞见和建议。此外,我的另一个儿子本杰明·特普利(Benjamin Teply)曾就案例评价的公式,以及技术和数学层面提供了专业帮助。

我还要继续感谢法律图书馆主任凯·安德鲁斯(Kay Andrus)及其手下的大力协助,以及埃德·摩斯(Ed Morse)教授在本书三个版本中关于税法问题纠纷解决所提供的有益建议。

最后,我想感谢我所在法学院的帕特·安德森(Pat Anderson)和帕姆·弗林特(Pam Flint),他们对本版本的文秘和校对提供了帮助。

拉里·L. 特普利

2015年11月

于美国内布拉斯加州奥马哈市



目 录

出版说明	1
总 序	3
中文版序言	5
前 言	8
第 1 章 法律实践中的谈判	1
第一节 引论	1
第二节 学习以及完善谈判技巧的重要性	5
第三节 法律谈判中的客户代理	5
第四节 法律谈判的基本类型	14
第五节 讨论范围	20
第六节 进行谈判前应当考虑的法律因素	21
第七节 紧张关系与挑战	26
第八节 自我测试	27
第 2 章 高效法律谈判者和低效法律谈判者：	
法律谈判的模式、策略及阶段	38
第一节 高效法律谈判者的特征	38



第二节	低效法律谈判者的特征	43
第三节	法律谈判模式	43
第四节	法律谈判策略	55
第五节	模式策略组合	68
第六节	法律谈判阶段	73
第3章	计划、准备、与客户共事	84
第一节	引论	84
第二节	理解拟议事项与交易	84
第三节	评估当事人的需求和利益	87
第四节	评估优劣并改进谈判力	89
第五节	案件评估	102
第六节	“务实的预期”与授权	118
第七节	谈判前起草拟定的协议	121
第八节	谈判笔记与谈判笔记本	122
第九节	谈判伦理	124
第4章	开启谈判、讨价还价、信息交换、战术与说服	125
第一节	环境因素与初步准备	125
第二节	开启谈判并发出初始要约	141
第三节	构建有利的案件概念模型，论证并寻求解决	147
第四节	谈判期间的交往、信息交换与战术	157
第五节	回应要约	167
第六节	向客户传达要约	170
第七节	法律谈判中的真相	171
第八节	胁迫	178
第九节	保全面子	184

第十节 移情因素	185
第十一节 威胁与承诺	185
第十二节 冲突升级、困境和“沉淀成本”	191
第十三节 谈判破裂与重启被搁置的谈判	192
第十四节 应对恼人低效的竞争型谈判者	193
第5章 达成协议或“最终破裂”、整理细节、 起草并解释和解协议以及和解中的公平与缺陷	196
第一节 时间压力与截止日期	196
第二节 缩小分歧与终结技术	198
第三节 达成一致或“最终破裂”	203
第四节 敲定协议	204
第五节 解释和解	213
第六节 谈判结果的公平	215
第七节 妥协与和解协议的瑕疵	217
第八节 最终支付	220
第九节 谈判后的自我分析	220
第十节 结论	221
案例表	222
制定法、程序法、职业伦理、法条重述的列表	224
参考文献与资料	227
索 引	236

第 1 章 法律实践中的谈判

第一节 引 论

谈判是众多专业人士（尤其是律师）生活不可分割的一部分。¹事实上，谈判常常被描述为律师的主要任务。律师利用谈判为客户创造法律关系，例如合伙、公司、特许经营以及合资企业。律师利用谈判为客户进行交易，包括不动产交易、商业销售、公司合并以及雇佣协议。律师还会利用法律谈判（诉诸或不诉诸诉讼）为客户解决法律纠纷。例如，在很多商业场合，律师试图通过讨论与和解去解决误解和争议，避免由诉讼造成的当事人间的紧张关系。

即便法律纠纷导致诉讼，前置于审判的商谈和解无论是在州法院还是联邦法院层面都占很高比例。例如，近些年，在联邦地区法院存档的所有民事案件（除了土地征收案件）中，仅有 5% 达致最终诉讼。剩下 95% 的案件（多数通过谈判达致和解协议）则未经审判则已终结。

在个人层面，一份载于《加州大学洛杉矶分校法律评论》²（*UCLA Law Review*）的经验研究表明，律师平均花费他们 15.1% 的时间用于和解讨论。这一时间仅被审前的证据开示活动（16.7%）和会见客户（16%）的时间超过。剩下的时间花在了如下活动：辩



护（14.3%）、事实调查（12.8%）、法律研究（10.1%）、听证与审判（8.6%）、上诉与执行（0.9%）以及其他（5.5%）。

从当事人的视角看，通过协商解决法律纠纷所带来的益处进一步凸显出谈判在法律实践中的重要性：

（1）协商和解避免了审判和上诉的不确定性和易变性——接受确定的而非不确定的。

（2）协商和解避免了审判的经济成本——包括与审判有关的延迟成本、法院的成本、专家证人费、额外的审前开示、因当事人准备和参与审判而失去的时间，以及其他法律费用。

（3）协商和解避免了审判的社会和心理成本——包括审判导致的焦虑和压力、可能的窘迫和敌对宣传，以及对当事人关系的进一步损害。

（4）协商和解避免了绝大多数法律救济“胜者通吃”的本质。

（5）协商和解避免了法院所能提供的有限救济范围——为利用更广泛手段争取当事人的最大利益提供了机会。

3 （6）协商和解避免了获得不利法律解释的风险。

（7）协商和解避免了可用于相关诉讼（如争议点排除）中针对当事人的有害许可或不利事实认定的可能性。

法律争议谈判还有更广泛的意义。从制度的角度看，协商和解减少了司法体系的工作量。因为协商解决，初审法院和上诉法院都有更多时间去考虑那些需要审判和上诉审查的案件。从律师个体的角度看，协商解决增加了律师能够实际处理的案件数量。从心理学和人类学的角度看，协商解决有利于“治愈过程”。正如杰拉尔德·威廉姆斯（Gerald Williams）教授所描述，谈判过程本身不仅有助于当事人解决直接纠纷，而且还为他们以积极方式解决深层社会心理问题提供了可能。

妥协是法律谈判过程中的一个关键因素。在某些法律谈判中，相关当事人会希望达致可接受的自愿和解或协议。为了协调可能会产生竞争和冲突的利益，他们会参与讨论并交换意见。形成这种解决或协议的意愿，会受两种不同因素的极大影响：①当事人受到的限制，包括对协议未达成所可能遭受的损失或他方当事人可能不讲信用的担忧，以及社会压力；②达致协议的驱动力，包括从协议以及合作的愿望中可能获得的好处。 4

谈判过程中的另一个关键因素是有意义的交流。这种交流有利于达致双方都可接受的协议。习惯上，这一过程需要当事人提出要约、考虑论证并做出反论证。

在这一过程中，另外一个基本因素是让步的意愿。和解会避免形成僵局的风险，以及在不通过诉诸暴力、法律诉讼或其他处理方式的前提下固定协议所形成的益处——例如对可欲财产、服务或金钱形成的某种令人愉快的、双方一致同意的相互交换。此外，这一过程还可能涉及发现、评价符合当事人利益的诸种替代性方案，以获得符合双方最大利益的解决方案。

有些人因为法律谈判过程涉及一定数量的论证、争论和压力而感到不悦。此外，在某些情境下，某些人会对妥协和务实表示不悦，他们认为这是一种不讲原则的“出卖”。

还有人因为谈判涉及风险而不安。例如，谈判可能被利用以使得当事人做出超出达成协议必要的让步。此外，当协议达致且一方已经履行，那么就会有另一方拒绝履行协议的风险。要成为一名成功的谈判者，很大程度上取决于要学会何时以及如何面对这些风险时去妥协。谈判的另一个部分是利用谈判者的能力创造出满足当事人需要的替代解决方案。 5

法律谈判是一项困难且富有挑战的工作。在真实世界中，法律

谈判不同于在经济和博弈论模型下所假定的对所有信息具有完全或完美知识的谈判。法律谈判者经常在无法确定谈判者知悉所有相关信息的情况下为客户提供建议。例如，一方或双方当事人可能会忽视某些关键证据或信息。类似地，法律谈判者会面临如下真实风险，即新信息（有利或不利的）可能随时被发现，或是新的法律发展（同样是有利或不利的）可能不期而至。

法律谈判困难且富有挑战还有一个理由与评价和预测相关。绝大多数诉讼的评价底线是大概率审判结果。在特定案件中，法官或陪审员在庭审中所判定的事项（如果有）通常饱受争议。诉讼牵涉一系列无形事物，其范围可从陪审员所认定的痛苦和苦难程度到是否存在责任这样的不确定因素。而相关律师对审判辩护技巧上的不同观点，则加剧了由这些无形事物所导致的不确定性。

- 6 法律谈判还会因为不了解对方及其律师如何行动——更重要的是如何反应——而进一步被复杂化。谈判的经济模型和博弈论模型假定，谈判者将根据理性选择而决策。然而，法律谈判者必须对付那些拒绝摆脱不合理立场以及做出明显不理性决策的客户和对方当事人。在判断和选择时，客户及其律师还常常依赖于心理启发法。这些“心理捷径”是减少推理过程复杂性和强度的一种方式。然而，启发法也可能在理性思维和决策中带来偏见和歪曲，特别是当它被直觉或无意识运用时尤其如此。

此外，谈判的经济模型和博弈论模型常常假定双方当事人都知道“支付矩阵”中每一事项的重要性。然而，法律谈判者常常不得不猜测特定事项对对方当事人的价值。例如，谈判者鲜能确切知晓防止不利公开或避免设立不利先例对对方当事人有多重要。对此缺乏了解会再次增大法律谈判的困难性。

而且，虽然对决策加以数学分析，即通过“决策树”图解展示

在某些方面挺有用，但这通常要求就胜诉可能性或其他预测做出评估，然而，大多数律师认为，在“现实生活”效用很难令人满意地发展并运用这些预测评估。 7

第二节 学习以及完善谈判技巧的重要性

正如下一节详细讨论的那般，谈判技巧是充分代表客户的一个重要部分。在极端情况下，拙劣的谈判技巧可能会导致执业失当。谈判技巧还是律师声誉的一个重要成分。正因为谈判在法律实践的重要作用以及谈判者面临的困难和挑战，对学习和完善法律谈判技巧赋予极高的优先地位是正当的。

第三节 法律谈判中的客户代理

法律谈判的一个显著特征是律师通常代表客户而非自身。律师和客户之间这种专业关系具有重要影响。其一，这种关系对律师施加了伦理责任；其二，它造成了基于律师行为形成的与法律谈判相关的执业失当风险；其三，律师与客户间的这种专业关系使得决策过程复杂化，因为法律谈判者不仅必须应对对方当事人和律师，而且还需应对自身客户。例如，律师和他们的客户可能就会应当采取的谈判策略和方式有严重分歧，或是对接受对方要约或使用某种特定战术的可欲性有分歧。此外，当律师与客户的利益并不充分匹配时，冲突也会产生。 8

一、称职代理的义务

在法律谈判中，律师负有其客户称职代理的义务。这种义务有两个渊源：一是规制律师执业责任的规则；二是以执业失当标准



为体现形式的法律。然而，评价某位律师是否已经满足了称职代理的要求则并非易事。

（一）职业道德规则

美国律师协会的《职业操守标准规则》（*Model Rules of Professional Conduct*, 1983）（后文所指的《律协标准规则》）1.1规定，“律师应当为其客户提供称职代理。称职代理要求律师为实施代理而具有合理必要的法律知识、技能、缜密和准备”。在谈判情形中，这条规则指令需要特别强调的是**缜密和准备**。正如下一部分讨论的那样，准备是高效法律谈判者所具有的一种主要的共同特征。缜密准备既可以让法律谈判者令人信服且持续地体现客户的立场和利益，还可以令法律谈判者尽可能高效应对其代理案件中的不利之处。

（二）评估谈判实力或效能

职业伦理标准要求谈判实力。然而，评估法律谈判者职业能力的的一个问题是缺乏何者应被视为有能力或高效的确切共识。

评估谈判实力或效能的一种方式侧重于**结果**。在纠纷解决中取得了可能获得的最高（或相应的最低）数额吗？获得了对每个人都“公平的结果”吗？达成了令可利用经济资源“最高效”配置的和解吗？达成了对法律体系和社会整体最有益的和解吗？形成的“原则性”协议满足了公平的“客观标准”吗？达成的协议考虑了所有相关信息和论证，而并非偏听偏信吗？

另外一种评估方式则强调**过程**。以某种方式进行的谈判最高效利用了可以利用的资源（其中包括降低成本的程序、沟通渠道、案件管理技术以及司法资源）吗？以某种方式进行的谈判避免使用了那些会增加双方无谓成本的策略吗？谈判是在以减少时间、金钱以及心理伤害的方式进行吗？

至于效能的结果措施，在美国律协先前的《职业责任标准守则》（*Model Code of Professional Responsibility*）（后文所指的《律协标准守则》）与现行的《标准规则》（被大多数州采纳）中，对上面提及的问题基本没有涉及。当然，上面两部法律都对令双方利益最大化以及普遍公平的标准予以支持。类似地，律师与法律评论家在对何种观点恰当或是最优标准上有所分歧。一般来说，对那些被其同侪视为高效谈判者的人而言，尽可能达成和解被普遍视为一种共同目标。虽然达致公平合理的和解可能常常与和解最大化不一致，但它还是被众多高效谈判者视为一种恰当目标。

（三）法律执业失当

律师-客户关系中的一个重要组成部分是律师必须忠诚、真诚且始终如一地代表客户利益，维护客户权利。当律师代表客户或是为客户提供和解建议时，他受制于那些用来判断律师执业失当行为的一般标准：律师必须运用在类似情况下共同体内其他律师通常拥有并会运用的那些知识、技能和能力。

11

有时，律师会因未在谈判场合中满足这一标准而要对执业失当负责。例如，在马萨诸塞州有这样一个案件。某位律师被一位脚踏车骑行者雇佣，后者在与小轿车同向前进时在路边被撞，身受重伤。案发时，骑行者身着深色服装，且单车缺乏合适的反射器。骑行者的律师是一位单独执业的兼职律师，其不仅数年未接触诉讼，而且主要处理不动产转让事宜。事故发生十六个月后，该律师才将案件诉诸法律。在毫无缘由的情况下，该律师在立案后十个月都没有向被告调查取证。他既没有检查机动车，也没有从事任何有效的审前调查并了解事故刚发生后的情况。同时也未了解到事故发生后不久，司机否认在他的车撞倒骑行者之前看到了脚踏车和它的骑行者。相反，该律师却信任了由该司机保险公司主动提供的信息。



在开庭前两个月，该律师就此案咨询了一位对人身损害具有丰富经验的诉讼律师。然而，由于该律师不同意被分去 1/3 的胜诉酬劳，该案甚至根本没被提至法院。于是，该律师向司机的保险公司提议以 250 000 美元和解了事。在对承保范围全然不知的情况下，他却告知当事人这就是可获得的全部。可事实上，承保范围却是 1 000 000 美元。司机的保险公司提出了多种解决主张，每一个主张该律师都建议其客户接受。然而，客户拒绝。最终在庭审即将到来之际，该律师告知其客户该案如果诉至法院将无胜诉可能，导致其客户只能同意 160 000 美元的损害赔偿了事。

在针对执业失当的诉讼中，费思曼诉布鲁克斯 (*Fishman v. Brooks*, 1986) 一案的陪审团认定：①律师在处理人身损害诉讼中存在过失；②律师建议其客户接受不合理的解决方案存在过失；③如若律师运用适当技术，给予足够重视，那么其客户本可获得更优结果。基于此，陪审团认定骑行者因其代理律师的过失而受损，共计 525 000 美元。

二、维持客户知情的职业义务

信息是客户对案件做出明智决策的重要前提。在《律协标准规则》中，规则 1.4 特别要求律师要维护客户“对事件性质的合理知情，并及时遵守为获取信息而产生的合理要求”。还要“在合理必要的程度上解释事件而令客户能就律师代理事项做出明智决策”。虽然在律协之前的《标准守则》纪律规则中，并没有与规则 1.4 直接对应的规定，但是在《伦理注意事项》中该规则能够获得支持。例如，《伦理注意事项》(*Ethical Consideration*) 7-8 规定：“律师应尽力保障（其）客户的决策仅在知悉相关事项后做出。”《加利福尼亚州职业操守规则》(*California Rules of Professional Conduct*) 3-500 要求，“律师应保持客户合理知悉与雇佣或代理事项有关的

重要发展……”此外，规则3-500还在“迅速遵守信息方面的合理要求”施加了义务。

因此，律师负有帮助其客户理解诉讼进程（开始、证据开示、庭审、上诉）的道德义务。客户应被告知与案件有关的法律理论和辩护。同样，客户还应被告知任何潜在抗辩，证明或证据可靠性问题，以及其他方面的弱点。作为优秀的案件管理和客户咨询的一部分，客户应知悉其案件进程，律师应例行公事，将所有文件的副本连同解释其意义的附信发给客户。

有时，在保障客户知情权以及就大概率审判结果或和解提供意见时，律师面临的一个问题会由他给予客户的初始评价引起。客户常常会要求律师评估什么情形值得诉讼。一些律师为了商业利益，14 倾向乐观评估。这类评估可能会导致客户不切实际的预期。而如果律师未告知客户此点，并且对案件的优势和劣势进行评估更新，那么这些预期就不会改变，严重的分歧则可能产生。这可能还会导致客户质疑律师为其尽力谋利的忠诚和能力。

通常，当律师所建议的解决方案严重偏离客户预期时，这一问题则被凸显。这一理由或许可以解释众多案件无需到达庭审的现象。例如，杰拉尔德·威廉姆斯教授对亚利桑那州凤凰城的诉讼研究表明，逾50%的案件就是因为一方或双方客户不愿意接受自身律师的解决意见而没到达庭审。

三、客户的知情决策与同意

和解过程之核心是知情决策以及客户同意。《律协标准规则》规则1.2规定，律师必须在法律与律师职业义务设定的界限内遵守客户就“代理目标”所做的决策。正如詹姆斯·费罗因德（James Freund）在《精明谈判》（*Smart Negotiating*）中所做的恰如其分的表述：是否决策取决于客户，而如何决策则通常取决于律师。



15 就法律谈判而言，《标准规则》规则 1.2 (a) 特别规定，“在是否和解这个问题上，律师应当遵循客户决策。”因此，在罗杰斯诉罗布森、马斯内特、赖安、布鲁蒙德和贝隆一案中 (*Rogers v. Robson, Masters, Ryan, Brumund & Belom*, 1980)，一位受医疗事故承保人雇佣的律师，因其未在内科医生同意下而违反医生明确指示去解决问题，而最终就内科医生所造伤害承担了损害赔偿赔偿责任。律师有义务披露承保人的和解意图，这源自律师与客户之间的关系，且在未经医生同意的情况下，这种义务在承保人授权和解案件的范围内不受影响。

在《律协标准守则》的纪律规则中，没有与规则 1.2 (a) 直接对应的部分，但是《伦理注意事项》中的一些陈述对其有所支持。例如《伦理注意事项》7-7 规定，“在不影响案件利益或对客户权利没有实质侵害的某些法律代理领域，律师有权自己做决策。但除此之外，决策权限则排他地属于客户。”

通过将决策的最终责任给予客户，伦理规则为解决个体客户利益与更广泛社会目标之间的冲突提供了“钥匙”。例如，试图通过庭审和上诉而谋求法律阐明或法律改变的一些决策可能会与客户的直接利益冲突。诚然，对方当事人可能会愿意通过支付额外费用摆平案件，而避免为那些可能的阐明或改变买单。解决这一困境办法是向客户充分披露这一问题并听从客户的明智愿望。

类似地，如果客户真要做出知情同意或决策，法律谈判者应当告知客户所有的选项。例如，在上述例子中，法律谈判者应当根据自身就他方会如何反应的看法以及不接受未决提议的风险去讨论还价的可能性。通常，要以某种方式解释诸种选项而将真实选择留给客户是困难的，特别是当法律谈判者已就应当如何行事表达观点后。

在获得知情同意方面，伴随着律师承担风险的等级、对对方谈判者的愤怒以及私人的、财务的、专业的或社会方面的考量，律师的自我介入体现了一些特定问题。在《会见、咨询与谈判：高效代理的技巧》（*Interviewing, Counseling, and Negotiating: Skills for Effective Representation*）一书中，罗伯特·巴斯特莱斯（Robert Bastress）和约瑟夫·哈勃（Joseph Harbaugh）正确指出，律师可能会有意或无意地操控当事人的预期以确保当事人同意交涉结果，而这一结果会令律师获益，或是满足其自身而非客户的需求。例如，那些较为怕输的律师，可能会通过提供一些信息（次于律师实际期望的预计解决方案）来操控当事人的预期；而那些具有高风险偏好的律师则可能会过度提高预期以支持某种更具侵略性的处理。此外，与对方谈判者的关系是好是坏，也会微妙地影响律师对要约的评价。

17

律师必须不断提防自我介入对客户知情决策的扭曲。对此，巴斯特莱斯和哈勃建议，除了当事人所表明满意度外，还可用六个步骤检查自我介入的影响并评估谈判成就：

- (1) 利用“以客户为中心”的咨询方式 (a) 分离客户的目标与需求，(b) 交流你对潜在后果的公正评估。
- (2) 参与客户对谈判选项、策略和战术的理解和选择。
- (3) 持续评估 (a) 你对对方谈判者以及案件的个人介入和感受，(b) 那些影响客户咨询或谈判的因素。
- (4) 谨慎且详细的计划。
- (5) 在谈判结束后重新评估个人介入。
- (6) 基于批判性自我评估调整谈判准备以及未来实施。

总之，当法律谈判者对拒绝或接受某一和解提议伴以经济利益的并具有强烈的个人情感时，切不可对向客户所做的庭审结果预测或提供选项之公平性过于自信。然而，长期来看，充分知情的客户

- 18 将对真正由他们自己所做的决策更为满意。而最不可能满意的客户，则是那些在处理事项或官司进展上一一直被“蒙在鼓里”，以及一直被自以为知道什么是最符合客户最佳利益的律师牵着鼻子走的人。

现实地说，法律谈判者缺乏有效手段去评估在客户真实决策和满意度上发挥重要作用的无形因素的重要性。例如，是客户而非律师，最清楚避免庭审压力或对业已紧张的持续关系造成进一步伤害的价值。也只有客户更清楚他们愿意容忍的风险，或是在法庭中公开揭露被告恶行对其自身有多重要。律师的义务是帮助客户理解选择，而非代为选择，更不是让其个人介入扭曲客户的知情决策。

客户与律师在道德议题、处理方法，以及对公平、正义的看法之间的冲突，最终会通过撤回委托解决。《律协标准规则》规则 1.16 (b) (4) 允许律师在“客户坚持采取诉讼而他自身对此极为反对或是具有基本分歧”的时候退出。类似地，《律协标准守则》纪律规则 2-110 允许律师在客户“就无需待由法庭决定的事项上，坚决要求律师从事虽不为纪律规则禁止但却违背其自身判断和建议的行为”时退出。

19 四、作为客户代理人的律师

在法律谈判中，律师代表客户的另一个重要后果与律师作为客户代理人的角色相关。一般而言，律师不能仅仅因为被雇佣就具有对客户主张或诉因加以妥协和解的默认权限。因此，客户可能在未对律师进行特定批准或授权的前提下忽略律师所做的和解。客户可能继续诉讼、发起新诉讼，或是要求法院驳回和解而恢复诉讼。

当发生如下情形，该通则存在例外：①不存在与客户协商的机会；②受雇律师为保护客户利益而必须快速行动。然而，在非紧急状况下，律师在做出对客户具有约束力的妥协或和解时，特定授权

或客户事后追认是必须的。

当客户已明确授权，律师则可处理应对任何事项。在那种情况下，即便律师对其推荐的和解方案有所疏忽，基于“在授权范围内的作为或不作为，都被视同委托人自身行为”这条规则，客户也受到约束。换言之，律师的职业疏忽将归责于那些受约束的客户。此时，客户唯一的救命稻草就是对导致和解方案被接受的律师执业失当进行诉讼。 20

雇请律师处理交易或争议的主要好处在于他们的专业技能，特别是他们熟识诉讼、谈判以及其他纠纷解决方式。此外，律师还较为超然而且在战术上较为灵活。然而，正如穆诺金（Mnookin）、帕皮特（Peppet）、图鲁梅洛（Tulumello）在《超越输赢：谈判在交易和争议中创造的价值》（*Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*）中适宜地指出，基于以下理由，律师与客户之间的利益并非“铁板一块”：①在和解或诉讼偏好上的差异；②在财务等动机上的分歧；③信息不对称。除了客户利益，律师还爱惜“羽毛”，因此他们会遵守职业伦理规范而不至于违法，这维持了专业关系。律师与客户间的费用结构也可能存在扭曲因素，这些分歧往往与这一事实分不开，即客户很难全方位监督律师的所作所为。所有这些因素都会造成两者之间的紧张关系。

穆诺金、帕皮特、图鲁梅洛建议，这一紧张关系应被当成一个普遍问题予以正视。开诚布公地处理将会促成：①更妥帖的费用安排、奖金及激励措施；②更合适的监督机制；③更多的信息共享；④更加增进的信任和尊重，从而有助于“代理费用”的最小化以及所有人正当利益的和谐共存。

第四节 法律谈判的基本类型

律师进行的法律谈判可分为六大基本类型：

- (1) 合同交易。
- (2) 民事纠纷。
- (3) 劳资谈判。
- (4) 刑事案件。
- (5) 离婚与亲属关系问题。
- (6) 国际法律谈判。

每一类别都在一定程度上反映出某种专业化谈判。有能力的律师会调整自己的方法以反映每一类型中占主导目的的习惯、实践和特性。

一、合同交易

律师行为在一种法律谈判类型中与当事人间的交易有关。这类谈判的产生背景极为广泛，其包括货物销售、保险、不动产、服务以及企业经营。从法律的角度看，当事人之间的合意是这类谈判的标志。通常而言，书面合同是对这种合意的记载，但也并非总是如此。调整这些交易的协议在本质上具有立法属性：它们主要直接针对当事人的未来行动及各自权利。

这类谈判有四个方面应当牢记于心。

第一，大多数交易是基于合意的。在这类谈判中，任何一方都可“一走了之”或与他人做生意。一般来说，市场情形决定了当事人拥有的自由度。然而，大多数交易必须对交易双方都有益处。

第二，在这类谈判中，对与某种特定类型交易有关的商业事实具有渊博知识，将能极大提高法律谈判者的谈判效能。在谈判者不

熟悉的商业环境下，他们应当自学交易本质、目的、每方试图寻求的利益、卖点以及行业环境。这方面的一般信息通常可从专业的法律或非法律公开出版物、法律的继续教育教材以及其他律师那里获得。通常，特定信息的最优信息源是客户。

第三，这些交易可以反映某种持续关系或是短期交换。如果交易要求当事人之间长期相互合作，那么当事人通常一开始就会致力于促进和谐关系。

第四，除非存在垄断情形或是谈判实力差异导致的极不公平，否则过强的攻击性、胁迫，或是在谈判时不讲道理，可能会令“交易胎死腹中”。例如，将那些适于诉讼的谈判策略运用于交易之中可能是不明智的，比方说在对方清楚你的客户缺乏影响力的情况下仍过于乐观地进行谈判开场。此外，要是与标准的行业习惯和实践相比，强调“过度”的保障措施的，那么法律谈判者可能会令客户以及他们自己都被视为无礼顽固的“吹毛求疵者”。这种对抗方式很可能会被视为破坏礼仪，并导致不必要的猜忌和敌意。 23

法律谈判者准备的另外一个重要因素，是应当了解行业的传统标准、习惯以及实践知识。对此，审查行业内其他人的成功协议从而发现诸种法律问题的解决方式是一种方法；另外一种方法则是在可及范围内参考专业法律资料。

二、民事纠纷

法律谈判的另一重要类型源于民事纠纷。在这些情景下，一方或双方当事人会于法院主张其权利，实施救济。这类分歧通常集中于如下一个或几个议题上：其一，对于特定争议事实有可适用的实体法为权利提供救济吗？其二，起诉方有权获得他所主张的诸如禁令或法定信托这样的救济吗？其三，所谋求的救济范围被可证事实以及大概率审判结果证成了吗？

24 民事纠纷谈判最重要的方面在于，如果当事人自己无法达成合意解决，那么争议的最终解决将由法院裁判或其他权威决策者（例如仲裁员）做出。因此，如果一方当事人根据案情败诉，那么他就可能因判决或命令而被迫兑现对方当事人的法律权利。这类谈判在本质上是可裁判的。当事人主要关注的是给定规则如何适用于特定事实。相比于合意交易，在这类情境下，对攻击性和不合理情形发生的容忍度更高。

民事纠纷谈判的另一个重要方面是承保范围的作用。今时今日，保险适用于多数可创设责任的活动形式——其范围从产品责任险、医疗事故险到交强险。保险的存在将承保范围、理赔人以及保险辩护律师等议题引入纠纷解决和审判过程当中，且原告必须处理由此带来的制度偏见和关注。保单限额是什么？这种主张将会鼓励他人做出类似索赔吗？换言之，这将会“打开泄洪闸”吗？这种索赔会损害保险公司的声誉吗？

25 类似于合同交易，民事纠纷可能也是“一锤子买卖”，纠纷当事人可能在未来不会再缔结合同，例如交通事故。类似地，民事纠纷也可能涉及长期或持续关系的问题，例如特许经营权或其他的分配安排。然而，即便当事人不可能再缔结合同，可他们的法律谈判者却不得不再打交道，或是与听闻过他们在纠纷中如何行事的其他人建立关系。

三、劳资谈判

工会的主要目的是通过寻求公平报酬和改善劳动环境去保护其成员。在美国，联邦法对劳动关系有大量规制。《联邦法典》（*United States Code*）第 29 篇就集体谈判的雇主和雇员代表施加了义务。劳资双方应当在合理期限内会谈，并就工资、工时、雇佣条件等其他事项真诚磋商。然而，这种义务并不强制任何一方必须达成

协议或妥协。如果无法达成一致，这会提高劳方罢工，或是资方关闭、迁移产业，或是停工的可能性。因此，达成和解的压力通常颇高。

一方面，劳资谈判兼具合同交易和民事纠纷的特征。之所以与合同交易类似，在于这种谈判发生在持续关系的语境中，且以达成协议为导向。与交易类似，通常对那些（至少穷尽劳动法所强制规定的行政程序的）可走司法救济途径的交易而言并无所谓错误存在。此外，集体交涉的功能在本质上是立法性的：当事方建立规则规制未来关系，它还重在寻求某些方式以使得劳资双方达成利益最大化的协议，这与大多数诉讼中的“零和博弈”不同。 26

另一方面，劳动管理谈判类似于民事纠纷。这类谈判通常体现了高度对抗，并因“心理战”而闻名。此外，基于自身负有谈判义务，当事方也无法直接“一走了之”。

律师通常会作为资方的谈判代表，而非律师则会代表劳方。在集体谈判中，支持者的压力意义重大。例如，工会谈判者常常成为普通受雇方的代表，并对谈判委员会及其所代表的一般雇员的反应非常敏感。当事方通常会在某一特定期限或截止日期内（一般是60天或90天）谈判。存在截止日期往往是影响谈判的一个重要因素。此外，在这类谈判中，谈判者通常极为关注现有的集体谈判协议对未来协议的影响。

集体谈判通常涉及多重议题。对于困难议题，对协议某些特定条款有意地模棱两可有时不失为解决之道。这种方法之所以可行，在于集体谈判协议提供了在协议期内所导致纠纷的解决方法，例如仲裁。劳资协议的另一个特征是，它们可能是且有时是修正双方协议或既往实践的中期协议。 27

四、刑事案件

刑法规定了何种行为属于犯罪，并应施加何种刑罚。其主要意在保卫社会免受犯罪行为伤害，但同时它也保护犯罪嫌疑人免受狂热或不正的起诉与刑罚。《美国联邦宪法第六修正案》（*The Sixth Amendment to the U. S. Constitution*）保障了犯罪嫌疑人拥有律师——私人律师、公职辩护人或指派律师——协助的权利。因此在刑事案件中，一方是被告及其律师，另一方则是代表政府和社会利益的检察官。

刑事案件具有与民事案件相同的“和解”率。这种高和解率，一方面源自政府通常处于强势，这令嫌疑人进入审判没什么好处；另一方面是基于实践理由：如果大量案件无法解决，那么法院将在对嫌疑人进行刑事审判时陷入困境。

28 在刑事案件中，律师会试图以如下方式解决问题：其一，辩护律师可能会试图说服检察官不起诉嫌疑人；其二，他们可能试图说服检察官采取撤销型押后审理（即如果嫌疑人在未来的特定期限内不再犯罪被捕，那么这一指控将被撤销），或是利用一些其他在当地可用的类似程序；其三，律师可能寻求令嫌疑人转为污点证人的机会而令其免于起诉；其四，律师可能会参与辩诉交易，这种解决形式通常涉及嫌疑人承认某种较轻罪行，或是承认被起诉的数罪中的某一些，以换取相比可能较严重指控而言的较轻判决。此外，谈判还可能涉及证据承认和假释推荐。当有条件认罪建议做出时，嫌疑人往往面临快速决策的极大压力。

联邦法院层面所涉及的辩诉交易程序由《联邦刑事诉讼规则》（*Federal Rules of Criminal Procedure*）规则 11（c）调整。该规则尤其涉及如下内容：辩诉交易的程序；辩诉协议的必要开示；认罪的司法考量；法院的接受或拒绝；认罪答辩讨论和认罪的不可采；认

罪程序的必要记录。然而，该规则并未处理辩诉交易潜在的实践和哲学面相。

与保险公司卷入的民事纠纷类似，制度因素也会影响刑事案件的和解。检察官、公职辩护人以及本地刑事律师必须持续地相互打交道。因此，他们在某一案件的行为可能会影响另一案件。公职辩护律师和检察官会关注案件量和行政效率，后者还要关心与警察和公众维持良好关系。同样地，检察官的加薪、升迁、连任也会受到其胜诉记录影响。

29

在刑事案件谈判中，有一个极为重要的方面需要辩护律师一开始就有所认识：人际因素会影响检察官的自由裁量权的行使。因此，在常规案件中，辩护律师应当努力让检察官了解和喜欢嫌疑人。从检察官的视角看，最重要的任务可能是令有罪的嫌疑人及其律师认为他们从中有所获益。

五、离婚与亲属关系

还有一种独特的法律谈判涉及离婚和亲属关系问题。与交易谈判和集体谈判协议类似，这种谈判本质上也是立法性的：其旨在规制当事人未来的地位、权利以及义务。在离婚和亲属关系谈判中，当事方通常在纠纷中非常情绪化并有很多心理活动。例如，当事人可能痛苦万分从而恶意抵制理性解决方案。而第三方（例如当事人的孩子）的权利和利益也可能是重要因素。通常，要对这类问题达成一致和解，压力颇大。

六、国际法律谈判

30

由律师主导的另一重要的法律谈判类型发生于国际交易和纠纷中。与这类谈判相关的三个显著特征应当重视：其一，语言障碍会令国际谈判复杂化，从而增加误解的可能性；即便当事方都来自讲



英语的国家，这类障碍也会发生；其二，谈判通常会受到政治考量影响；其三，这类谈判通常会牵涉文化障碍，这会使得协议更难达成。

主要的文化障碍有：对“直接交流与间接交流”（例如对说“不”勉为其难）的不同偏好，对以“等级主义和平等主义”（即更顺从那些具有较高社会或经济地位的人）为体现形式的权力和地位的不同观点，以及对“个人主义和集体主义”（即个人需求与集体需求之间的对抗）所持有的不同观点。

31 其他影响国际法律谈判的重要文化因素有：情绪的体现程度、承担风险的意愿差异、个人谈判模式的正式程度、不同的时间敏感度、对预期协议在性质与形式上（即是特定协议还是一般协议）的差异、团队组织上的变化（例如，是“一言堂”还是“集体共识”）、竞争态度（即是强调单赢还是共赢）以及整体目标（即是正式合同还是私人关系）。最后，谈判还易陷入对他国文化的刻板印象（即无法识别出个人的特性）以及种族中心式思维（即深信自身国族或文化天然更优）这一双重陷阱。

第五节 讨论范围

在本文中，大多数讨论（除非另有说明）针对的是民事纠纷谈判。这类谈判允许大量的许可性行为。然而，它没有提出：①在刑事案件和家庭关系案件中所涉及的关于公平、伦理以及公共政策方面的复杂议题；②在劳资谈判中发生的集体动态议题；③在国际谈判中发生的交叉文化以及政治问题。然而，关于民事争论文述的大部分内容也适用于这几种谈判。

第六节 进行谈判前应当考虑的法律因素

在进行法律谈判前，有几种法律因素应当考虑。其一，和解中的要约、讨论、致歉是否在庭审中可采？其二，程序规则（例如《联邦民事诉讼法》规则68）是否影响妥协要约？其三，谈判对诉讼时效的影响是什么？很明显，在谈判前知道这些问题的答案至关重要。

一、庭审中作为证据的和解要约、讨论、致歉

在普通法中，为了证明要约者的责任，作为证据，关于纠纷的妥协要约在庭审中是不可采的。该规则有三个可能的理论基础。第一个基础是在“英国”理论或“合同”理论中，要约的做出被假定为对合法权利无害，除非要约被接受并实际形成合同，否则要约没有证据效力。该规则的第二个基础是“相关性”理论。在该理论中，妥协要约被视为渴望息事宁人的表现，而不被当成承认错误。因此，这类证据与实际责任不相关而被排除。该规则的第三个基础是“特许例外”理论，其建立在法院鼓励纠纷解决的政策上。

然而，所有这些理论都无法一般性地将关于承认的事实陈述、担保声明，或是不构成实际妥协要约行为排除出证据范围。如果证据规则允许这类陈述或行为在庭审中被用于对抗其做出方，那么真实谈判的交往开放性可能会大幅缩减。在某些法域，在谈判或和解要约中所做的陈述，可能构成与当事人之间某一议题相关的独立事实的承认。

在那些法域中，允许事实陈述、担保声明、发生于和解讨论和提议中的行为可采，其核心问题在于，陈述是否与妥协要约不可分离，或是与可排除出证据范围的要约紧密相关。例如，如果责任已

被承认，而谈判仅仅是为了确定损害赔偿数额，那么妥协要约就可
34 在确立责任时可采，但却无法成为确定损害数额的证据。

陈述或是承认的措辞也很重要。一方面，假设性或条件性让步
不能被解释为体现当事人实际信念的断言。例如，“为了谈判，让
我们假定我的客户有过失，那你认为应当有哪些损失”这一陈述就
是条件性和不可采的。另一方面，无条件的断言却是可采的，尽管
某种动机可能促进了它。例如，“好吧，我的客户有过失，让我们
谈谈赔偿”这一陈述就是如此。

在跟随普通法的那些法域中，由于在谈判过程中所做陈述的可
采性问题会导致风险，因此律师们已经发展出许多方法处理这些问
题。一种解决方法是，在对方当事人书面同意谈判中所言一切都对
客户权利无害之前，拒绝谈判。要是没有这种协议，那么律师就要
对和解谈判中涉及的所有事实陈述采取假设性措辞以避免其可采，
以及在所有文件中包含免责条款以使得陈述将来不具有证据价值。
例如，“仅仅基于谈判需要，我们的客户承认……”。一种更为保险
的方法是在全部声明、信件或讨论的前言处，伴以这类陈述：“这
一提议是可质疑和有争议的，由此导致的责任、损失以及其他可争
议事实会被明确否认。我所说的一切都自动包含这一免责声明。”

《联邦证据规则》（*Federal Rules of Evidence*）规则 408 排除了
在和解讨论中做出陈述和提议的许多问题。该规则特别排除了提
出、表示“在一项值得考量的和解或试图达成和解的主张中，对其
效力或数额有争议的”证据。这条规则建立在公共政策支持和解的
这一事实之上。因此，类似于普通法，规则 408 明确了妥协要约不
可采，但是它使用的“特权理论”通过扩大“在和解谈判中所做
行为和陈述”的不可采范围而改变了普通法规则。

35 规则 408 中的“值得考量”的语言表述是为了排除所谓的“麻