

雷彦璋◎著

风险博弈 非诉业务技巧 与公司法务精要

**Risk Game
Non-litigation Business
Skills and Corporate Legal**

(第二版)



· 法务博弈 · 实战技巧 · 合同技战 · 风险防控 ·

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



风险博弈

非诉业务技巧与公司法务精要

Risk Game: Non-litigation Business Skills and Corporate Legal

本书分为法务博弈、实战技巧、合同技战和风险控制四大部分。本书写就过程中，作者对经手的数百宗非诉法律事务案例进行整理、分类、总结，又将法务实例统一编号，便于读者查询、检索。

本书既注重对法理分析，更注重对典型法务工作的剖析，将法理、实务、经验与感悟四者融会。特别是将情感类案的行为经济理念与博弈理念交叉应用到企业非诉法务工作之中，其内容新颖，理念独特，是作者多年的切身感受以及勤于和善于思考的智慧结晶，精彩地展示了企业法律事务处理的技术与艺术，对于企业法务工作或其他经济管理工作颇有指导意义。



中国法制出版社
官方微信



法律阅读
从未如此有趣

上架建议

律师实务

ISBN 978-7-5093-9226-3



9 787509 139226 3 >

定价: 109.00元



风险博弈 非诉业务技巧 与公司法务精要

Risk Game
Non-litigation Business
Skills and Corporate Legal

雷彦璋◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

风险博弈：非诉业务技巧与公司法务精要/雷彦璋
著. —2 版. —北京：中国法制出版社，2018. 4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9226 - 3

I. ①风… II. ①雷… III. ①企业法 - 研究 - 中国
IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 021244 号

策划编辑：赵宏

责任编辑：赵宏 赵文博

封面设计：李宁

风险博弈：非诉业务技巧与公司法务精要

FENGXIAN BOYI; FEISU YEWU JIQIAO YU GONGSI FAWU JINGYAO

经销/新华书店

印刷/三河市国英印务有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2018 年 4 月第 2 版

印张/31.5 字数/433 千

2018 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9226 - 3

定价：109.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66010405

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010 - 66032926)

再版序言

作为一名长期战斗在央企基层的法务管理工作者的，多年来，我养成了“留下痕迹”的职业习惯，因此自己工作与创作起来就不那么费神劳心了。工作之余，我也总是对自己的“留下痕迹”津津乐道，担当过众多家央企的法律顾问，亲历了数宗国家重大项目的建设，参加过数次的涉外谈判，解决过无数的索赔与反索赔案件，办理过形形色色的民商诉讼纠纷，其中有自豪，有教训，历数保留下的数千万字的工作日志，不觉汗颜，同时觉得坦坦荡荡，问心无愧岁月对白发的洗涤与见证。

有很多读者可能已经阅读过由中国法制出版社出版的《对风险说不：非诉博弈与企业法务精要》一书。初版编辑赵宏女士给我打来电话，说是销量不错，要再版，请我吸取长处，补其短板，并力争做到“分享干货，并兼顾可读性”。我理当欣然应诺，全心投入其中，力争弥补原著的一些遗憾，增强部分章节的可读性与实务性。

通过对自家聚宝箱文档库的搜刮，找到些自认满意的痕迹，增加了一些实用性强的内容，忍痛割爱，删除了一些自认理论性太强的套话，或与主旨不一的冗沓。同时还更正了原书的一些错误，补充了一些鲜为人知又被我忽略了的技巧。

本书保持原著的篇章结构，确保各章节内容的紧密关联性。并增加了数章新的内容：

增加的法务宝典章，意在提升法务人员沟通能力、文字表达能力及撰写与回复律师函的能力。

增加的授权策划章，旨在强化对外合同管理的权威性，树立公司法务管理的法人责任意识。侧重介绍了授权管理的主要内容及授权文书的撰写技巧。

增加的招标筹划章，旨在提升法务人员审核招投标文件的能力，重点强调合同实质性条款变更的严肃性。侧重介绍了招标文件的编制思维与对招投标文件的法理性理解。

增加的合同相对性章，旨在提升法务人员通过合同相对性原理的理解，正确处理合同纠纷。侧重介绍了合同相对性原则在工程建设合同中的突破与合同相对性原

则是构建合同具体内容的基础。

增加的尽职调查章，旨在提升法务人员尽职调查实务的能力，并注重尽职调查的技巧与关键点。侧重介绍了法律尽职调查的手段与基本方法。

增加的法律意见章，意在提升法务人员处理公司具体法务的能力，通过法律意见、法律建议的撰写，树立法务管理的权威。侧重介绍了法律意见的落笔点在哪儿，如何形成有主见的法律观点及法律意见撰写的策略技巧。

还增加了近十宗法务实例，使法务实例达到了五十四宗，且将各章的法务实例实施统一编号，便于读者查寻、检索。这些案例都是近几年我亲力亲为处理索赔与反索赔代理诉讼纠纷案件的经验之谈，难得的法务实务教案，对法务同行有较好的引导作用。

对思维训练章节进行了较大篇幅的修改，由原著的“不为呐喊”“思维训练”“梳理关系”三章内容压缩精简而成，限于篇幅，同时删除了构思图等部分章节。

这些删除的章节拟在本人所著的《民商诉讼博弈与律师技能突破》修订版中通过增加法务案例来充实其内容的可读性。

经赵宏编辑提议，再版书名改为《风险博弈：非诉业务技巧与公司法务精要》。新书注重非诉技巧，更注重非诉实务与办案经历，不脱离公司非诉法务的初衷。

新书不仅变厚，更张显丰富、营养与厚重。

再次感谢每一位同仁与朋友。

雷彦璋

2018年4月于泉州东海湾御花园

初版自序

“我的法律意见不一定不正确，但确实能为公司化解风险找到可行的方案，或将风险控制到公司可接受的程度”。这是我为公司提供法律服务的职业理念，也是切身的感悟。

还是先谈谈“我的意见不一定不正确”的渊源吧。某年，A 集团公司的 B 机构按照国务院八部委的整体布置将从 A 集团公司脱钩，组建成 C 有限责任公司。基本政策是原 B 机构的职工须根据自愿原则提出参加 B 机构改制的书面申请，才能成为 C 有限责任公司的股东（按照实际工作年龄折算成补偿金来完成 B 机构评估资产的转换）。同时，所有参加改制的职工与原单位签订终止劳动合同协议，同时重新与 C 有限责任公司签订上岗合同。这样参加改制的职工既是 C 有限责任公司的股东，也可根据劳资双方的意愿成为 C 有限责任公司的员工。

田某是 A 单位下属 B 机构的正式职工。接到通知后，田某向单位递交了申请参加改制的申请表，并在终止劳动协议上签字，一式三份，双方明确约定协议从公证之日起生效。第二天，田某就提出不参加改制，同时当场撕毁了一份，其中二份还没有加盖 A 单位的公章。田某还多次给劳资部门的同志打电话，提出不参加改制，但 A 单位劳资部门认为田某签字并提交完全符合合同成立的要素，从而引发争议。随后，田某向当地仲裁机构提出劳动仲裁，诉请不参加改制，要求 A 单位重新安排工作。

针对这一问题，A 单位组织相关人员及律师进行讨论，本人受邀参加讨论，提出双方签订的劳动合同终止协议可以认定还没有生效。从自愿原则来讲，A 单位可以让田某回归主业，考虑到这属个案问题，应当不会有大的稳定问题。作为公司聘用的法律顾问，在最后陈述意见时，本人说：“我的意见不一定不正确，供领导决策时考虑。”大家哄然而笑，使原本紧张的气氛一下子变得轻松起来。此后，只要本人参加案件讨论，发表意见后，同行们总要补充一句：“雷律的意见不一定不正确。”“不一定不正确”从逻辑上来讲可以理解为可能正确，但从形式上似为一定正确，应当按此意见办，而这从语气上缓和了很多。有时法律顾问提出的法律意见

虽然正确，但不能要求顾问单位这样做，同时，作为公司法律顾问还要提醒顾问单位既要尊重法律的权威性，又要考虑个案对同类事务的影响。因为正确的法律意见对个案正确，但对整体来讲就不一定都须采纳。这是法务人员应懂得的理念，也是实务中值得关注的问题。同样，本书的很多观点属独家之理念，职业之感悟，个人之言论，不一定不正确，但可供执业律师、法务工作人员、公司职业经理人、公司风险管控人员及谙熟行为经济与博弈理念的法律人士和经济学家参考；法律专业学生、司法考试人员、法学实务教师、法律工作者、商务人员等亦可借鉴。

作为一名公司的法律事务工作者，不仅仅是公司维护法律严肃性的呐喊者，更是一名自觉依法治企的践行者。

我个人认为，法务人员的职业魅力主要表现在以下几个方面：

一、有深厚的法理功底

作为公司法务人员，首先就要有深厚的法理功底。其法理功底不能仅凭从学校所掌握的基础法理知识，更重要的是熟悉立法精神与背景，从中弄清法律变革的路径，只有这样才能对法条运用自如，才能应用得恰到好处。

二、有综合的职业技能

法务人员对具体的法务事务要十分了解，就要有综合的职业技能，由于每一法务的背景不同，因此所涉及的专业知识也会有差别，因此，在具体的办案过程中，你不能说不懂就可以不出具法律意见，要出好法律意见，你得熟悉各专业的基础知识，因此要有综合的职业技能，你就要“读万卷书，行万里路”，不断丰富自己的实践总结案例，注意吸收其他同行的办案经验，从而不断增长自己的阅历与见识。

三、有良好的道德素养

法务人员不能总是油嘴滑舌，更不能曲于情面，要有基本的道德素养，并能够始终保持其法律、道德与生活底线。法务人员不能知法违法，更不能钻法律的空子为己谋取私利，但可以为当事人规避法律、有选择性地适用有利于案情的法律。这就要求法务人员具有良好的道德素养，能够做到严于律己、宽以待人，通过自己的辛劳与智慧，换取当事人的满意与安心。

四、有细致的求真精神

公司法务人员不能为了当事人的利益而颠倒黑白，更不能为了讨好领导，迎合领导而是非不分，要勇于说真话，要依法行事，依法识别与规避风险，让领导了解事情真相。要通过细致的工作，发扬求真务实的精神，做公司与领导的法律保护神与排雷手。

法务人员的工作能力与权威性需要良好的职业魅力作为支撑，而良好的职业魅力反过来又能促进或影响法务人员求真务实的法务态度与工作作风。

“法学本无止境，法务更无边际”。本书在写作过程中吸收了经济学、心理学、哲学、法学的诸多理念，因此有别于枯燥的纯粹的法学，是一种创新，也是一种探索。需要说明的是鉴于实务性书稿创作与总结的需要，本书所编入案例除非特殊说明，其作者所持立场单位都冠以 A 公司或 A 集团公司，并对相关事务作了专业技术上的处理，相对方或虚拟对手都以其他英文字母冠名，个人以姓氏冠名。冠名只是一种编排识别的方式，并非特指。

是为序。

雷彦璋
2012 年 5 月

目 录

Contents

第一篇 法务认知篇

第1章 非诉谋划：法务人员应具备的博弈理念

- 一、理解博弈：从简单的“斗地主”谈起/ 3
- 二、非诉博弈的核心价值观/ 7
- 三、从“零和博弈”中思考协商调解/ 10

第2章 情感类聚：法务人员应具备的理念

- 一、情感类聚的例证分析/ 16
- 二、情感流的立论与情感类聚的认知/ 19
- 三、法务人员的定位与决策者的情感/ 24

第3章 依法治企：法务人员的永恒主题

- 一、牢记使命：充公发挥公司法律顾问作用/ 26
- 二、职能定位，找准完善法务工作流程的切入点/ 29
- 三、战略谋划：非诉业务利益最大化的捷径/ 35

第4章 弄懂资料：从博弈角度驾驭法务信息

- 一、巴纳姆效应：读懂别人脸上的信号/ 41
- 二、把握：分析信息不对称的表现形式/ 43
- 三、档案管理：一切着眼于合法依规地留下痕迹/ 53

第5章 留下痕迹：公司法务人员的职业习惯

- 一、证据意识：从日常工作中养成职业习惯/ 57
- 二、资料收集：注意“点”“线”“面”的结合/ 59

三、第一手资料：合同全过程管理的切入点/ 61

四、有关反倾销调查中证据收集的相关要求/ 66

第二篇 实战技巧篇

第6章 法务宝典：夯实基本功

一、如何有效提升法务沟通能力/ 73

二、如何有效提升文字表达能力/ 75

三、写好工作总结这篇大文章/ 76

四、出具与回复法律事务函件/ 77

法务实例

1. 一宗因合作协议引发的工程项目分包纠纷的律师函的回复意见/ 87

第7章 授权策划：法务管理工作的第一要务

一、授权管理的作用/ 93

二、授权管理的原则/ 94

三、授权分类/ 95

法务实例

2. 作者起草的一份“宜授尽授”的授权委托书/ 96

四、对授权人与受权人的思考/ 98

五、授权管理的主要内容及授权文书的撰写技巧/ 99

六、授权的特殊技巧/ 102

第8章 招标筹划：公司依法合规开展商务工作的重点

一、对招标文件编制思维的理解/ 104

二、对招标文件的法理性理解/ 109

法务实例

3. 关于A公司等两项BEPC合同授予发出中标通知后不与中标人签订合同是否违法之法律意见/ 112

4. 关于A公司拟对C装置BEPC合同变更部分内容是否违法之法律意见书/ 117

三、招标文件应明确规定的几个问题/ 124

四、投标文件的审核技巧/ 130

法务实例

5. 关于总承包合同中甲供物资是否涉嫌肢解发包的法律意见/ 135

6. 关于1#区块标段跟标及3#、4#区块标段吹沙加层是否需要重新招标的法律风险评估意见/ 137

第9章 谈判策划：走向双赢的基石

一、谈判策划的基本内容/ 144

二、谈判意识的建立/ 145

三、培养谈判的沟通能力/ 147

四、谈判“争议焦点”把握/ 153

法务实例

7. * * 设备买卖合同谈判关注点的分析小结/ 156

五、协商一致：买家得益不过卖家的洽谈意识/ 159

六、如何分析、突破谈判僵局/ 161

七、成功谈判的特点/ 165

第10章 担保策划：商务风险防范的强力保障

一、相关合同保证的法理问题/ 168

二、保函审核的原则立场/ 170

法务实例

8. 以质量保函替代质量保证金的审核意见/ 171

9. 一宗履约保函争议法院管辖地选择的审核意见/ 174

三、物权担保的审核立场/ 179

法务实例

10. 债权人擅自变卖质押物是否应按定金双倍返还/ 181

四、主合同与辅合同的条款匹配/ 184

法务实例

11. 关于铁路专用线EPC总承包合同与监理合同履行的法律风险评估意见/ 184

第11章 避税策划：根据法律规定适时调整合同策略

- 一、公司合理避税策划的原则/ 188
- 二、两宗合理避税的策划案例分析/ 189

法务实例

- 12. 针对增值税政策调整实施合同变更的避税法律风险评估与建议/ 190
- 13. 针对营业税政策调整实施 EPC 总承包合同变更的法律意见与建议/ 195

第12章 投资筹划——从项目的可行性研究入手

- 一、投资并购中重点关注的问题/ 200
- 二、几宗与投资筹划有关的法律风险评估或涉诉案例分析/ 205

法务实例

- 14. 某设计公司并购的法律风险评估与建议案例/ 205
- 15. A 公司与投资开发房地产公司合作异地购地建设生活区基地项目的法律风险评估/ 210
- 16. 一宗债权转股权引发诉讼纠纷的案例分析/ 215
- 17. 一宗联合经营铁路直通油罐车合同引发的诉讼纠纷案例/ 218

第13章 纠纷预案：减少索赔与反索赔成本的谋划

- 一、项目建设混沌环境的评估分析/ 224
- 二、遇到不可预见因素的索赔与反索赔工作步骤/ 226
- 三、项目建设中止，如何做好合同清理工作/ 227
- 四、法务人员在合同清理中的着手点/ 228
- 五、合同纠纷预案实务摘录/ 229

第14章 思维训练，法务人员的职业魅力所在

- 一、综合素质：良好法律思维的基础/ 233
- 二、思维训练：法务人员战术应对的有效途径/ 239
- 三、梳理关系：做好法律实务不可或缺的重要环节/ 243
- 四、通过法律关系的梳理明确各方的责任承担/ 245

法务实例

- 18. 一宗仓储标的物火灾引发的索赔案的法律关系梳理/ 248

第15章 诉讼策划：从博弈理念中看准和解的最佳时机

- 一、纠纷与诉讼策划应注意的问题/ 252
- 二、诉讼战略构思分析/ 254
- 三、路径节点分析：发现制胜机会/ 258

法务实例

19. 借职务之便自卖自买公房合同无效引发的思考/ 259
20. “续租权是相对权而非绝对权”的作为法庭辩论的法理切入点/ 262
21. “公平原则的适用以既无比较责任又无严格责任为前提”作为法庭辩论的法理切入点/ 263
22. 关于汪某因不服单位除名引起诉讼，单位是否就一审判决提起上诉的法律意见书/ 266
23. 针对未生效司法文书提供法律意见与建议/ 267
24. 针对生效法律提供如何正确履行民事判决书的法律意见/ 268
25. 关于A公司下属石化总公司诉F公司强制执行难问题的法律意见书/ 269

第16章 持续改进：从效能监督警示中强化法务过程管理

- 一、正确理解效能监察，分析法务管理的漏洞/ 271
- 二、从有利于效能监察出发，强化合同过程管理/ 272
- 三、从有利于体系完善，加强法务的过程管理/ 276

法务实例

26. 重新评标构成改变中标结果是否合法/ 276
27. 合同卖方超营业范围中标后变更为合格主体是否合规/ 279

第三篇 合同技战篇

第17章 关注要点：合同起草、审核工作的灵魂

- 一、目的性审核：明确当事人所表达的意思真实/ 285
- 二、真实性审核：确保合同的有效性/ 286

法务实例

- 28. 法务人员见证的骗局/ 288
- 29. 标准螺栓上的陷阱/ 289
- 三、条规性审核：确保当事人权利义务的明确、具体/ 291
- 四、文法性审核：确保合同格式规范，语词表达准确/ 294
- 五、术语性审核：确保合同意思表述真实/ 296
- 六、逻辑性审核：确保合同严谨、科学/ 296
- 七、均衡性审核：确保当事人的责任明晰，权利义务匹配/ 297
- 八、公平性审核：确保合同效力不被否定或撤销/ 298
- 九、风险性审核：确保交易安全，纠纷减少/ 300

法务实例

- 30. 从风险防范角度审查合同中的漏洞所在/ 302

第 18 章 实质要件：合同风险管控的重点

- 一、合同实质内容的正确理解/ 304
- 二、对于框架协议下订单模式的理解/ 305

法务实例

- 31. 出具购油发票是否意味现金收讫/ 309
- 32. 一宗与合同实质性内容改变相关的效能监察的法务意见/ 310

第 19 章 合同难以正常履行的应对技巧

- 一、弄清合同难以正常履行的原因/ 315
- 二、如何利用抗辩权来主张或反驳对方/ 319

法务实例

- 33. 关于 A 公司是否应当就设计合同行使不安抗辩权的法律意见/ 321
- 三、合同变更的处理技巧/ 324

法务实例

- 34. 一宗非业主提出合同主体变更的法务处理实证/ 327
- 四、合同便利终止的处理技巧/ 329

法务实例

- 35. 一宗合同便利终止的案情简介/ 330

第20章 违约救济：不可忽视的合同审核要点

- 一、违约责任的一般法理问题/ 336
- 二、有关违约金条款的关注要点/ 337
- 三、审核违约条款时应关注的重点/ 339

法务实例

- 36. 一宗总承包合同审核，建议增加“鉴于条款”的例子/ 340

法务实例

- 37. 履约保函不能依照《合同法》简单理解为定金的处理意见/ 342
- 38. 以提交的委托加工成果为担保，是属定金还是属抵押物的认定意见/ 343

- 四、互免责任和限制条款的效力性问题/ 346

第21章 合同相对性：正确处理合同纠纷的法宝

- 一、合同相对性的基本法理原则/ 350

法务实例

- 39. 一宗劳务纠纷被告上诉要求追加合作经营合伙人的代理小结/ 351
- 40. 一宗代收养老保险办理费用的纠纷案件/ 353

- 二、合同相对性原则在工程合同中的突破/ 355

- 三、合同相对性原则是构建合同具体规则的基础/ 357

法务实例

- 41. 一宗联合体债权转让纠纷的代理思路/ 358
- 42. 一宗沙石运输合同是否应被认定为工程项目建设分包合同的诉讼纠纷案综述/ 361

第四篇 风险防控篇

第22章 适度谨慎：法律风险评估的基本原理

- 一、法律风险：不可能获得的概率性和定量分析值/ 369
- 二、风险防控：不完全信息动态博弈的权宜之计/ 372
- 三、法律风险评估的基本原则：“严格占优”与“适度谨慎”/ 379

四、危机应对：从泛塘效应中领悟公司风险所在/ 382

五、集思广益：与投币具有同样的效果/ 387

第23章 尽职调查：法律风险防范的重要手段

一、法律尽职调查法理性要求/ 392

二、法律尽职调查的基本原则与目的/ 393

三、法律尽职调查的手段与基本方法/ 395

法务实例

43. 一份尽职调查带来的索赔之诉/ 396

四、法律尽职调查的分类与主要内容/ 398

五、法律尽职调查的程序/ 403

第24章 法律意见：法务人员核心竞争力的表现

一、法律意见书的构思/ 404

二、法律意见的结构/ 405

三、弄清法律意见的落笔点/ 406

四、如何形成有主见的法律观点/ 407

五、法律意见撰写的策略技巧/ 408

六、撰写法律意见书的技术/ 409

第25章 风险防范：多方案下的法律意见提示

一、法律风险评估/ 414

二、法律风险的主要内容/ 416

三、法律风险的分配原则及风险源的识别/ 417

法务实例

44. 年度案情分析与法律风险源识别/ 418

第26章 全程指引：多方案进行法律风险评估

法律风险的应对策略/ 424

法务实例

45. 一方不提交履约保函而又实际开始履行合同的风险评估及解决方案优选/ 425

第27章 实例剖析：案解法律风险评估及实务提升

法务实例

46. 业主因提供的地质资料不准的法律风险评估/ 435
47. 关于***工艺包技术引进合同拆分的法律风险评估/ 439
48. EPC 总承包合同形成的复式关联合同的法律风险评估/ 443
49. 针对专利技术转让共有权利人单方转让行为的法律风险评估与建议/ 446
50. 针对合理使用失效专利的法律风险评估与建议/ 450
51. 针对公司与当地政府共建公共设施事项的法律风险评估与建议/ 454
52. 工程项目建设总承包合同之分包纠纷处置的关键与技巧/ 462
53. 工程项目建设转包、分包引起结算纠纷的法务思考/ 470
54. 一宗仓储货物引发火灾事故索赔案的办案小结/ 474

参考文献

后记



第一篇

法务认知篇

——从基础的“认识王”说起——

法务工作“大而无当”，大到可以“包罗万象”，小到可以“一叶知秋”。在法务工作的实践中，除了专业技能，法务认知——作为法务工作的基础，也是法务工作的灵魂，更是法务工作的核心。只有具备了扎实的法务认知，才能在法务工作中游刃有余。

第 1 章

非诉谋划：法务人员应具备的博弈理念

法务人员面对公司繁杂的非诉讼法务工作，想让法律风险降到可接受的程度，并非易事，要做到让领导满意，不仅需要专业的技术支持，更需要缜密的计划与谋划思想作指导，也就是要自觉培养自己的非诉谋划意识，以此提高自己的非诉业务处理水平。

所谓非诉谋划，就是法务人员在非诉讼活动中，根据事先掌握的资料，通过专业知识，从谋略的角度来策划如何解决法务事项，如何用最有效的方法让自己所经办的工作达到满意的结果。

一谈到谋划，不可不提博弈论。博弈论就是研究不同情境下战略、战术选择的一种理论。可以说只要懂得一点棋理，或者说会“斗地主”这种国人皆知的游戏，都会很快掌握博弈论的基本理念。

法务人员在公司非诉讼活动中，不可避免地要与形形色色的、需求不同的公司、单位或个人打交道，这是一个利益交换的过程，也就无可避免地要面对各种矛盾和冲突。博弈论听似深不可测，但其精髓极易理解。通俗地说，博弈论就是研究、分析、运筹，反复行动，并不时修正自己的偏差，从而寻求最佳效果的行为方式，是人们如何进行行动以及使这种行动如何达到均衡的问题。每个博弈者在决定采取何种行动时，不但要根据自身的利益和目的行事，还必须考虑到自身的决策行为对其他人的可能影响，以及其他人的反应行为反过来对自己可能产生的后果，通过选择最佳行动计划，来寻求收益或效用的最大化。

一、理解博弈：从简单的“斗地主”谈起

我们知道“斗地主”有“三人玩法”与“四人玩法”之分。当三人进行“斗地主”时，通过摸底牌的权利利用，决定了谁是地主，谁是佃户。作为地主一方凭着先出牌和多有底牌的优势，要想赢得两家，就要精于计算，同时还要精于攻心，

给对方造成错觉，从而有机可逃，赢得胜利。作为佃户，只能通过两家联手来制服庄家。庄家的技巧在于打破另两家的合纵连横，佃户的技巧在于阻击对手的强攻与逃脱。当然对于佃户来讲，坐在地主的左位与右位，其技法是有差异的。左方是尽力要顶，或者为对手搭桥，阻击庄家出顺手牌，防止庄家小牌的出逃，右家在于尽量让同伴走顺手牌，因而要尽力与同伴配合，还要考虑断庄家的桥，不能明知庄家哪一类牌强势就出哪一类，而是要专选庄家的弱势牌或断路牌进行猛攻，穷追不舍。当然，为了让同伴接手，有时也要学会留接手牌，即留同伴强牌类型中的小牌，以便让对手顺利接牌跳过庄家。通过与同伴在牌型上的有力配合，达到制服庄家的目的。

通过分析，我们从“斗地主”中能体会到博弈的基本要素。

（一）博弈要有两个或两个以上的参与者（Player）

在博弈中存在一个必需的因素，那就是并非一个人在一个毫无干扰的真空状态下作决策。从经济学的角度来看，如果是一个人作决策而不受到他人干扰的话，那就是传统经济学或管理学中经常研究的最优化问题，也就是一个人或一个公司在一定的局面或情况下如何决策的问题。

单一的行为选择不能称为真正的博弈者，博弈者的身边充斥着与之具有相互关系的主观能动性的决策者，他们的选择与其他博弈者的选择相互作用、相互影响。这种互动关系自然会对博弈各方的思维和行动产生重要的影响，有时甚至直接影响着其他参与者的决策结果。因此，博弈的构成至少有两个同时参与影响的参与者，或称为博弈主体。

以建设工程公司为例，在法律风险管控的博弈过程中，博弈的主体主要有以下几类：

- （1）股东或投资建设的投资者以及建设单位的上级主管部门；
- （2）地方行政管理部门；
- （3）有劳资关系的员工；
- （4）有周边相邻关系的村民或其他单位；
- （5）潜在产品需求客户；
- （6）项目建设总包方（如 EPC 总包方）与施工承包方；
- （7）物资供应商；
- （8）债权人；

- (9) 债务人；
- (10) 其他干系人。

(二) 博弈要有参与各方争夺的资源或收益 (Resources 或 Payoff)

博弈中的资源不仅仅是指自然资源，如矿山、石油、土地、水资源等，还包括了各种社会资源，如人际、信誉、学历、职位等。如果这些资源是无限供给的，那么我们就不需要在具体的利益冲突中苦思冥想了，因为既然一招就可达到预期目的，何必煞费心机呢。

资源不仅具有客观性，有时也反作用于人的主观能动性。人们之所以会参与博弈是受到利益的吸引或驱动，预期将来所获得利益的大小直接影响到竞争博弈的吸引力，参与者的关注程度和博弈者的预先付出（包括时间成本）。经济学的效用理论可以用来解释这个问题，凡是自己具有强烈占有欲的对象肯定就意味着资源稀缺，反之亦然。如果人人礼让使得客观的资源变得毫无价值，犹如沙漠的沙子，自然就不会吸引博弈者争抢了，相反，如果沙子在采沙场就不一样了，会引来众多的采沙者，如果引进建筑市场就会有众多的供给者（不一定是采沙者）与众多的消费者来参与沙子供需谈判，就会产生供给各方对市场分配、占有及控制的竞争与博弈，在实质的市场中还可能引来市场外势力因素的控制与支配，让沙子的价格远脱离市场价格，影响用户的利益。

当然，不可否认的是在多方博弈中：一方面博弈者之间会发生冲突；另一方面他们当中也可能包含着合作的潜力。市场的运行也符合对立的统一规律。例如，在公司，法务人员和纪委人员没有根本的利益冲突，但由于分工不同，工作职责不同，所站的立场必然有异，现时更多地存在或包含着合作。有时，从表面上看纪委人员是合法对商务人员的业务进行效能督查，需要法务人员的配合，实质上也是对法务工作是否尽职尽责的督查。反过来法务人员的咨询答复意见也可帮助纪委人员更进一步地了解商务人员的尽职尽责情况或让纪委人员更全面地适用法律与公司制度。在与纪委人员的配合中，法务人员不能脱离具体的事务而去要求商务人员陈述与纪委观点差异的原因所在，以及要求商务人员去提供与交易合同有关的相关法律文书，绝不能“明哲保身，但求无过”，不与商务人员进行协商、沟通，直接按照纪委的要求出具意见，这样就有悖法务人员立场公正的行为准则。任何法务工作都离不开事先的沟通。

（三）参与者有自己能够选择的战略（Strategy）

所谓战略，通俗地说就是计策、谋划，是博弈参与者所能够选择的手段或方法。而博弈论的战略选择，是先对局势和整体状况进行分析，确定局势特征，找出其中关键因素甚至关键路径，然后在最重要的目标上进行战略选择。由此可见，博弈论中的战略是可以纲举目张的，直接对整个局势形成重大影响。以现实婚姻的博弈战略为例，最有趣的博弈莫过于“女A男F”现象了。

在我国由于受传统思想的影响，男人在找对象方面总不希望找一位比自己强的女人，而女人大多不愿意找一位比自己弱势的男人，这样将男女划分成A/B/C/D/F五类之后，往往优先搭配的是男A女B；男B女C；男C女D，最后剩男当然是F，剩女当然是A。

“女A男F”的寓意其实就是在资源的寻找中如何运用战略产生优势，避免弱势。错位的求偶方式说明在市场大潮中过于强势很可能使自己的优势并不一定能够最优化发挥。这就应了“商场如战场”的老话，运用战术得当就能以弱胜强。公司在商务招标过程中也存在此种现象，过高的供应商设置门槛可能使很多有实力的投标者望而生畏或望而生疑，认为招标方是特有所求，从而影响优质供应商的充分参与。

明白策略的重要性，还要明白策略运用的时机。法务人在非诉的谈判、论辩、说理中要学会控制时机，面对不利因素学会转移方向或角度，对自己不利的方向与角度要及时回避，对自己有利的要抓住战机，形成集中优势阐明自己的观点。同时，在争议处理过程中，还要学会换位思考，懂得强势方如不换位思考，不及时调整策略，其得益不一定最大的道理。

（四）参与者拥有一定量的信息（Information）

信息是博弈者必须掌握的要素，博弈的胜败往往取决于各方对信息的掌握程度。有时博弈双方所掌握的信息是相当的，如当纪委要求公司法务人员就合同的相关事项出具法律意见时，相对纪委人员与法务人员来讲，商务人员所掌握的或拥有的信息（证据）就是完全的，因为合同的完成主要以商务人员为主导，通过纪委掌握的基本事实是各方都已掌握的，主要是合同的归档文件。但有些时候，信息的掌握并不是完全对称的，人们决策的信息条件是不确定的。因此，得益的大小也与博弈者掌握信息的多少有关，但绝不能理解为信息掌握的多，就一定能够得益大。在实际的博弈过程中，不可否认的是博弈者在行动之前总要收集更多的信息以便充分

利用，有时却适得其反，你收集的重点正好给对方以某种信息或启示，对方会因而改变策略或方向。

（五）参与者行动的秩序（Order）

博弈者拥有了一定的信息，制订了自己的战略，赢得胜利的另一因素就是博弈者行动的先后次序了，如公司非诉中证据出示的先后顺序对于双方当事人来说就十分重要。最经典的博弈案例“田忌赛马”中先出场哪一匹马，接着出场哪一匹，最后出场哪一匹就是秩序的选择问题。

还有在合同谈判中，是先谈合同价款、质量标准、交货日期好，还是先谈支付条件、违约责任、侵权责任追究等条款好，这就是一个行动的秩序选择的问题。对于卖方来讲，当然是希望先谈合同价款与交货期，确定对方的价格底线后，通过反扣还会影响到其他条款，甚至因此而提高价款；对于买方来讲，当然不希望先把合同价款定了，否则，如果谈到其他条款，对方就可能以此提价，或者要求降低产品品质。显然，秩序严重到会影响各方的利益。

二、非诉博弈的核心价值观

公司法务人员不仅要懂得博弈论的基本理念，还要结合公司的项目建设、生产管理、持续经营、改制重组等情况，懂得通过对博弈论的掌握，正确理解法务工作的核心价值观，将其应用到法务管理之中。一切法务工作的目的就是要避免公司涉诉，或者发生纠纷与诉讼后能够有理有据地提出自己的主张或者反驳对方的诉求，从而减少或避免公司因诉讼纠纷带来的不必要的损失。这一切就需要法务人员做到“立足夯实法务基础，围绕防范法律风险”开展卓有成效的法务工作。

公司非诉博弈的核心是法务人员就公司与公司之外的不特定相对方就某一事项发生冲突或争议，引起纠纷时，法务人员依赖于自己的判断迅速而及时地解决纠纷或提出解决纠纷的法律意见，决定采取何种方式来化解矛盾，从而最大限度地保护公司利益。或者在争议纠纷还没发生前，法务人员就通过自己的专业水平对某种不合规或者不适当的行为进行及时纠偏，从而避免纠纷的发生。这一行为不仅要结合自己的专业水平，考虑与公司其他专业人员或各级领导的协调与沟通，还要充分考虑冲突各方可能采取的行动，从而选择最佳的预防方案或解决纠纷的法律意见，并努力督导相关人员按照预防方案或法律意见来采取行动，并检验其效果，不断修正

其法律指导意见。

综观公司非诉行为中的利益各方，为了获得最大的非诉利益，让对方的无理索赔或反索赔落空，总是要设法与利益对方进行博弈，在博弈中总是要通过事实澄清、法理应用、证据质证来均衡各方的非诉利益，在“均衡中把握失衡，在失衡中寻找均衡”，从而确保公司经济行为的法律风险最小化，整体利益最大化，社会效果最大化。

在公司非诉中，包括两个层次的参与者：首先是公司内部的协调与沟通，包括与各级领导的沟通、与专业技术人员的沟通、与各职能部门管理人员的沟通（如财务、计划、商务、营销等）；其次就是与公司有着直接利益之争的相对方的沟通，如周边村民、当地政府及其职能机构，产品消费者、与工程建设有关的承包商、监理方、技术服务方以及主张解决劳资纠纷的公司员工等。为便于理解，本书将前者称为协调方，后者称为冲突方，统称为非诉博弈者。

（一）值得注意的两个问题

用博弈理论来研究公司非诉活动，有两点值得注意：

第一，博弈是一种人与人之间的对峙状态，但只是一种状态，而不是所有持续的过程。每一宗非诉事务的要点不可能完全相同，各有具体的情境或状态，用博弈理念来研究公司非诉，尤其是公司法务人员处理非诉纠纷，只能根据具体的纠纷发展态势，审时度势，具体分析解决个案。在对峙状态中，法务人员要静观对峙的过程变化与情境变化，掌握“静中思动，动中求静”的哲理观，学会在变化中把握策略变化，不断修订自己的行为，这才是博弈的实质所在。

第二，博弈本身包括合作状态下的相互关系或非合作状态下的利益相争关系，也包括人与人之间的互相竞赛，比拼知识、技能、体力、心理承受力的关系。在公司非诉的博弈过程中，各方无论是合作性博弈，还是非合作性博弈，都会选择最有利于自己的战略、战术去执行，以求自己的非诉利益最大化。而博弈方往往不会在寻求自己的战略、战术处于最佳路径时去考虑对方是否也会同样寻求类似的战略，甚至是与自己相反的战略，这可能是非诉事务处理难度较大的关键所在。也就是说，最难的是在行动之前假设对方的劣策略较易，而假设对方的优策略较难，这样就会影响到人的决策与行动。

我们具体分析某一争议纠纷或某一商务谈判时，无论协调方还是冲突方都认为己方占理，认为提出的要价理由充分，索赔与反索赔争议点明确，其现有证据也十

分有利，但具体协调起来，对方总要找到破绽。公司的法务人员也觉得公司的非诉事务难做，一遇到争议，就采取回避的态度，甚至在还未弄清争议的解决是否对公司有利与不利时，就希望通过诉讼来解决，一到判决下来，等官司输了时，才知道非诉业务工作的重要，领导也开始重视起来。以此作为借鉴，法务人员要学会寻找法务工作中的漏洞，以减少非诉管理工作的失误或合同文本的不利因素，这样既能保证法务质量，又能够提高自己的专业技能水平，会从根本上减少纠纷的不利因素。

（二）引发风险博弈的几点体会

通过众多的非诉讼业务实践和争议处理线索，作者有五个方面的体会比较深刻：

1. 关于理解“法务文书约束小人，不约束君子”的真谛

在公司非诉实务中，一些领导、业务人员在对外往来中，往往不重视用书面的文书来约束彼此的行为，总相信对方是诚实守信的，特别是熟人之间的商务行为，往往认为在熟人之间没有必要那么认真。而实际上法务文书是用来约束小人而非君子的，也就是说当双方遵守诚信准则时，法务文书只是一张废纸，只有当有一方试图抛弃诚信时，法务文书才成了解决争议的良方。

2. 关于理解“是听领导的，还是按照制度办”的思考

在公司非诉工作中，总有一些人喜欢打着领导的幌子，说这是领导定的，那是领导安排的，而很少说制度是如何定的。面对这一问题，法务人员就要谨慎行事，不能做违背领导意志的“愣头青”，同时也不能做违背制度规范的开头人，因此要在坚持原则的情况下适当做出变通，基本的原则是不得违背公司的整体利益。涉及重大事项时，应尽快与领导进行当面沟通，或者在得到领导的真实意见后再作行动不迟，如果是制度或流程有问题，就要与相关人员沟通，适时对制度、流程做出修订。要知道，法务人员不是制度、流程的践踏者，而是公司制度、流程的忠实守护神。

3. 关于理解“先做君子，还是先为小人”的意义

在商务合同中，双方因为关系密切才会聚到一起谈这议那的，无论说什么都答应得十分愉快，谁都想做君子，而非小人。但实质上，很多纠纷的发生、困难的解决都说明“要么先做君子，后做小人；要么先做小人，后做君子”。而后者的做人态度使得纠纷显然发生得少，其双方所签的协议更便于履行。

4. 关于培养“法务无小事”的作风

有人认为法务是讲大道理，而实质上对于法务人员来讲，法务是无小事的，小小的疏忽都可能给公司酿成巨大损失。特别是对外文书，更要精益求精，在文书处

理中，哪怕一个标点，一个否定词都可能影响纠纷处理的方向，法务人员一定要培养“法务无小事的”的作风。

5. 关于理解“事事留下痕迹”的重要

“事事留下痕迹”是法务人员证据意识的最好体现，无论做什么事一定要留下痕迹，善于保存自己所经手的资料、文档、电子邮件，即使离职、调岗都要有永久保存自己的劳动成果的意识，千万不能随手乱弃，要经常性地分类处理，做好归档工作，即使移交，最好也要留下副本或复印件。痕迹是法务人员的心血，也是法务人员依法合规执业的证据。

三、从“零和博弈”中思考协商调解

之所以将博弈理念植入公司非诉活动，用博弈论来研究公司非诉行为，是因为公司非诉双方当事人（主要指公司方与冲突方）的利益总是对立的，即使以追求双赢为目的的谈判，利益的获取也是必然的。当然，一方之失必然是另一方之得。双方相互的行为战略会影响法务人员的判断，双方在合同签订、合同履行、合同谈判、合同争议解决中，都只是为了说服对方而有利于己方，或者希望法务人员公正应用法律文书而不损害自己的切身利益。在实际的非诉行为中当事人的行为往往表现为前者。一般来讲，在非诉过程中，双方都不知道对方是否会预料到己方所要采用的行为来解决特定的问题，虽然在合同中约定了解决争议的方式方法，但并不表明彼此就希望走向法庭。因为诉讼也是需要成本的，而减少诉讼成本也就使得公司非诉行为具有了博弈的特征。

为了帮助法务人员提升沟通、调解的能力，下面重点谈一下“零和博弈”。

“零和博弈”是博弈理论的一个重要概念，意思是双方博弈属于非合作博弈，博弈中一方的收益，必然是相对方的损失，即各博弈方得益之和为零。在“零和博弈”中，双方总是存在利益上的根本对立，没有合作机会。尽管博弈理论属于经济学范畴，但作者通过多年的公司法务实践和认真思考，认为非诉法务（如合同纠纷、邻里纠纷、环保纠纷等）的纠纷调解行为具有“零和博弈”的基本属性。下面通过“零和博弈”基本思路的分析对非诉沟通、调解的思维线索产生实践性的指导，以促成更多的公司非诉纠纷以沟通、调解结案。

（一）法理思考：植入“零和博弈”理念

在“零和博弈”中，博弈的参加者属非合作方，各方的行为都以实现自身的最

大利益为唯一目标，除非为了实现自身最大利益的需要，否则不会考虑其他方或社会利益这样一种决策原则。而且“非合作博弈”是指各博弈方之间不能存在任何有约束力的协议，也就是说各博弈方不能公然“串通”“共谋”的博弈问题。如何将“零和博弈”理念植入非诉纠纷的调解活动中，作者认为第一要熟悉“零和博弈”的基本理念；第二要善于将两者的观念融合；第三要学会将“零和博弈”的理念贯通到非诉纠纷调解的各个阶段，从中把握其法理的精髓所在；第四要学会应用法理，适当地引入法理来解决分歧。

在“零和博弈”中各博弈方决策时都以自己的最大利益为目标，结果是既无法实现集体的最大利益，也无法实现个体的最大利益。除非在各博弈方中存在可信性的承诺或可执行的惩罚作保证，否则各博弈方难以合作。当然，博弈双方不可能不考虑完全处于不利纠纷地位时出现的一败涂地的尴尬。也就是说在非诉纠纷中，“零和博弈”理念对和解、调解、双赢谈判等具有十分重要的指导意义，关键是我们要如何应用、掌握这一理论。

（二）寻求理性得益：找准各方的诉求

按照博弈理论，我们将纠纷或争议中的诉求分为“适中标的”“低位标的”与“高位标的”三种。“适中标的”就是依据所掌握的资料，提出对方确实有利的事实而确定的非诉主张，这一非诉主张也能最终被各方所接受。“低位标的”就是提出非诉请求的一方在考虑己方应分担相应责任依据标准就低不就高的原则前提下所确定的非诉主张。“高位标的”就是在不考虑己方应承担责任的的前提下同时采取了高套标准或重复计算，及已解决的问题一并列入待解决所确定的非诉主张。合同谈判中标的额的确定本身是一次博弈过程，这一过程也将影响到整体谈判过程，如果采用了高位标的，以后的调解中让步就可能大点，但也要承担非诉成本偏高或对方拒绝合作的风险。如果采用了低位标的，让步就相对小些，这样承担非诉讼主张的成本的风险相对小些，但也可能因没有调解让步的余地而使调解陷入僵局，从而影响博弈的得益。

（三）把握各方得益：寻求最佳资料

非诉纠纷中双方当事人对资料的收集、整理、提交、质询与固定，实质上是在“零和博弈”中，对博弈信息的掌握与分析。现代证据理论提倡有完全证明力证据和最优证据。证据有完全证明力就是在一方当事人提出符合“客观性”“真实性”

“关联性”的资料后，另一方当事人没有提出异议而又没有足以反驳的相反资料供参考的，确认其资料的证明力，或提交较为公正的第三方出具的证明力。这些资料主要是原始证据或与原始证据核对无误的派生证据以及相关鉴定机构的检验报告。这些证据可以让对方信服，并且都具有完全的证明能力，不需要其他证据予以补强。

最佳证据规则来自普通法传统上的证据规则，其含义是，某一特定的有关纠纷的事实，只能采用能够寻找到的最为令人信服和最有说服力的有关最佳证据方式予以证明。也就是说只要证据的使用者把持公平、合理之心，就会认为数个证据能够形成证据链，对同一事实就会形成证明力或说服力。在不同证据证明了相反的事实主张的情况下，有关各个证据证明力的大小就显而易见了，也就是说非诉纠纷所提供的证据虽然对己方有利，但还要与对方所提供的证据进行证明力的比较。通过证据资料的交换与比较，双方当事人总能达成共识，除非有一方就是蛮不讲理之人，那就只有通过司法途径来解决纠纷了。

无论是完全证明力证据理论还是最佳证据理念，始终都阐明效益为先的原则，这里包含着非诉纠纷处置效益与当事人得益两种注重效益的观念。在证据没有完全对质之前，每一方总是希望知道对方的证据是否有较强的证明力，对方持有什么优势证据，是否会有关键的人出来作证以及在法律的适用上是否对自己有利。因为只有对自己和他方的处境、条件了解清楚了，并且对至关重要的证据拥有在手，才能对非诉的结果充满信心。不可否认的是证据以外的非诉相关人的社会背景也是重要的决策依据和决定博弈结果的重要因素。当然，我们并不是说缺乏某些证据就一定不能进行决策或取胜，但至少风险要大些，有时还可通过抗辩权来反驳对方的请求，但证据的差异必然会造成非诉请求或抗辩行为的差异和博弈结果的不同，这一点却是可以肯定的。

（四）寻求和解均衡：缩小双方分歧

在处理非诉纠纷的过程中，和解总是各方当事人自始至终所追求的完美目标，除非有一方当事人没有站在公正的立场或者因种种原因提出了漫无边际的主张，否则没有哪一方当事人愿意将纠纷交由司法机关解决。在每一件具体的非诉讼事务中，无论是哪一方的业务人员及其公司法务人员，面对一定的环境条件（如已获得的证据用以支持非诉讼请求等），在一定的规则下（如双方约定的解决方式），同时或先后，一次或多次，从各自允许选择的行为或战略中进行选择，并努力实现己方利益的最大化，在每一非诉讼阶段无不希望通过调解达成协议，以尽快结束纷

争，但由于非诉纠纷双方当事人总会存在利益上的冲突，难以达到预期的利益平衡点而引起矛盾的激化，甚至走到对抗的地步，因此，以调解协商的方式结案的比例也就十分有限。如果我们能够从“零和博弈”的理念出发，尽量促成当事人调解成功的效果，这就需要双方的法务人员和业务人员善于捕捉信息，自觉或不自觉地应用“零和博弈”对非诉纠纷调解进行指导，从对抗中找到双方的利益平衡点。这一平衡点就是双方能够接受的得益，或通过条款换条款的方式令各方满意，如在合同谈判中，总有一方对合同谈判的时间要求有紧迫性，这样另一方就可提出适当的要求与对方进行和解，从而满足对时间的补偿与效益的提高。对于工程承包合同来讲，由于发包方更多地考虑的是工期的紧迫性，因为工期直接关系到投资总额，其财务成本与建设项目早日投产受益、加快投资收回的因素有关，因此，在承包商与发包方的非诉讼博弈中往往是发包方做出较大的让步，因时间耽误的所有损失最终还是要由发包方来买单的，所以只有双赢才能使发包方真正受益。

（五）力求达到和解：降低非诉成本

在非诉纠纷处理过程中，“战略”与“非诉纠纷成本”无不左右着双方业务人员及其法务人员的思维，非诉主体可运用博弈思想以达到得益最大化管理。当获得某种非诉请求的非诉成本到了非诉主体可以承受的限度时，非诉成本可能相对于请求来讲显得较高了，因为通常可用时间造成的机会套利或利用时间开发未使用的资源，时间是很重要的，所以拖延行动成本也是很高的。如果没有一定的策划能力，在处置非诉纠纷中，即使为当事人争得了所谓的利益，也未必使当事人感到满意，而却要为此付出很大的成本或心血。决策改善非诉处境或尽快摆脱非诉纠纷以及是否能抵偿付出的非诉成本，无论对于哪一方来讲都要考虑这一影响博弈思维的重要因素。有时很可能非诉博弈中对立的结果对某一方伤害是最大的，也是当事人不可接受的，如在工程承包合同中，如果业主选择终止合同，可能并没有更合适的承包商能够承担得了该项工程就是一个业主不可接受的结果。

一般来讲，非诉纠纷成本主要分为“社会成本”“时间成本”和“价值成本”三种。

“社会成本”就是因为非诉可能引起周围人对自己的社会评价所产生的影响（如无故终止合同带来的公司信誉降低等）。社会成本实质上是一种对公司负面的评价，该负面评价需要公司花费较大的投入才能消弭。

“时间成本”又可分为定量的时间成本和不能定量的时间成本两种。可定量的

时间成本是指非诉可能使已投入资产难以发挥效能，已投入的资金因纠纷难以解决而使资金机会成本增加等或者因违约承担按标的额支付的利息或罚息，以及纠纷解决过迟对可支配标的额的支配权推后所形成的机会成本损失等；不能量化的时间成本就是因非诉所引起的对公司正常生产、建设秩序的影响，有时一道工序可能影响到其他工序的顺利进行，形成因小失大（如某公司因×设备安装发生纠纷造成其他整体工程难以正常试车、开工），这一影响是难以用价值来确定的。这也是在工程建设中，非业主方注重与业主互免间接责任的原因所在，对于非业主来讲，业主的间接损失是无法估量的，如果互免，显然对业主不利，但业主有求于人，权衡利弊有时又不得不接受。

“价值成本”就是在非诉过程中应当支付的各项费用，这一费用是可以量化的，如非诉费用的分担，公司法务人员费用、差旅费用、非诉文书的打印复印费用、鉴定费用，等等。这些费用与非诉标的额大小有关，也可能与争议双方所在地区的相对距离有关，还与涉及标的物在纠纷公司中的实际用处有关。在博弈的过程中，一般考虑可量化的非诉成本，但对于标的额较小的案件来说时间成本也是一项重要的因素。如果为了一件小事，一个经理或一个公司法务人员与一个退休老工人整天为某一区区小事去争吵、沟通与协调，那公司法务人员与经理的非诉成本就相对较高了。所以，要努力从非诉成本的角度来说服当事人以和解形式尽快解决纠纷。

（六）促成调解结案：防控非诉风险

非诉纠纷是有风险的，无论是对哪一方。风险一方面来自引发纠纷方没有达到预期的目的；另一方面来自达到预期目的后双方达成的调解协议难以履行；再一方面来自过高的非诉成本使当事人心力不济。无论是居中调解者，还是公司法务人员都会适时地以合理的方式向当事人提示非诉存在风险的信息。非诉存在风险也是基于博弈的实质——有风险才会有博弈，无风险的博弈是不存在的。

非诉风险按照风险相对于非诉进程来讲，可分为“纠纷前风险”“纠纷中风险”和“纠纷处置后风险”三种。

“纠纷前风险”主要存在于对时效、撤销权、除斥期间的胜诉权丧失或不能在合理期间提出诉权而失去法律保护的机会成本损失而言。

“纠纷中风险”主要是当因一方无理取闹，使得有理的一方被拖延时间，最终承担较大机会收益损失的风险。

“纠纷处置后风险”就是在双方当事人虽然就某一纠纷达成了一致处置意见，

并明确了各自的权利义务后，仍存在不能完全履行的执行风险。因为协议的履行还要受诸多因素的影响，具有不确定性。

在非诉纠纷处置过程中，各方都是平等的民事主体，都具有平等的民事关系，在法律上也是平等的，因此双方获得信息的途径都是对等的。每一个纠纷的处置相对是否有利于哪一方，除了证据因素、双方法务人员或业务人员的业务素质、不正当因素等外，当事人的非诉“零和博弈”的理念建立也是十分重要的。这就要求公司法务人员应当适时地提醒当事人寻求理性的得益，找到促成双方达成调解的均衡点，还要帮助当事人核算非诉成本，不时地对当事人进行非诉风险提示，利用当事人息事宁人的心态，尽快从无奈的纠纷中解脱出来。作者主张在第三方介入的过程中，努力促成非诉双方达成调解协议，应当是公司法务人员所追求的社会正义所在。实质上，非诉纠纷调解的目的也是使双方的损失降到最小，而不是收益最大，因为一方的收益最大，按照“零和博弈”理论另一方必然是损失最大。为了尽快体面地缩小双方的争执差距，使损失降到最低程度，非诉纠纷各方又有什么理由不选择与对方进行和解或达成调解协议呢？

第 2 章

情感类聚：法务人员应具备的理念

“物以类聚，人以群分”，这句话的意思是志同道合的人更容易相聚成群、结为良友，或因共同的志趣而行动容易协调。作者通过对许多现象的观察，渐渐发现，人与人之间的交流、沟通，与内心的情感或者表现出来的情感有着非常微妙的关系，从而发现行为中的“情感类聚”无不左右着人们的决策行为。于是对其产生了浓厚的兴趣，并酝酿出了情感类聚这一独特的思想，使其成为一种有效指导法务工作的思维模式，以此作为强化公司法律风险的识别与防范的着力点。

一、情感类聚的例证分析

抽象地描述也许并不能让读者领会“情感类聚”的深意，下面结合一则事例来具体地阐述公司法务实例中情感类聚的认识和应用。

事例：一位同事曾经因为到菜市场买菜，菜贩没有找她 3.15 元的零钱，她不假思索地决定出门打车去讨回那 3.15 元。结果打的花了 10 元的起步价，路上用 2 元买了瓶水，追回了 3.15 元。她认为菜贩没找零，属不当得利，理应返还给她，而花 10 元出租车费一是心急，二是司机的劳动所得，无可责备；2 元是自己的消费。追回 3.15 元与花去 12 元好像没有什么关系，冷静下来后，还是觉得不合算。显然该位同事的行为不符合行为经济学的框架效应对风险的有意识规避，而是受到了对菜贩厌恶的情感支配。

作者认为这是由于市场决策者在采取某一行动时，并不习惯对市场信息的收集，绝大多数是“直觉科学家”，很容易忽略那些对利润或效用影响很小的因素。而这些很小的因素往往又决定着最后的成本与收益。这意味着人们在不确定性条件下决策行为存在某种“思维效能优化”。但是行为经济学没有说明这种“思维效能优化”的内在原因是什么。也难以说明非理性情况作出决策偏离的真正原因。作者认为这些都是基于决策者受到了情感流与情感类聚的影响。

鉴于此，作者从行为经济学有限理性假设出发对情感流与情感类聚这一经济行为进行了浅显的分析，揭示认知过程背后的内在机制，提出情感类聚原理，并试图构建起情感经济学的框架，从而对法务策划与法律风险管理工作有所指导。公司有很多行为与这位同事的匆忙行为一样，由于受环境因素或市场气候的影响，会做出很多难以置信的决策，对于微小事务的疏忽，就可能影响整体决策的成败，也应验了“千丈之堤，以蝼蚁之穴溃；百尺之室，以突隙之烟焚”“细节决定成败”的大道理。这也印证了很多决策者因决策失误而反思时往往会归罪于在决策时受到了情感的影响或左右。

从此事例可以看出在现实生活中，当人们的行动方案代表的是“收益”时，行为人是风险厌恶的，当行动方案代表的是“损失”时，行为人是风险偏好的。但在情急之下时，人们又很难评估具体的“收益”与“风险”，也就是说，决策者在决策时受到情感的影响或冲击，其决策的随意性随之增加，有时带有很强的主观冲动性。实质上是日常的行为偏离了预期的行为框架，它体现出人的有限理性，致使我们在寻求真实的、潜在的偏好时可能事与愿违。

那么，到底什么是我们行为中的框架效应呢？

框架效应（Framing effects）是指一个问题，用两种在逻辑意义上相似的说法却导致了不同的决策判断。也就是指：当决策者感觉某一价格带来的是“损失”而不是“收益”时，他们对价格就越敏感，趋利避害的情绪也越明显。

为了让我们对框架效应有更深的理解，不妨以大家熟悉的选择加油站加油为例来说明：

在 A 加油站，每升汽油卖 5.6 元，但如果以现金的方式付款可以得到每升 0.6 元的折扣或实物返还；在 B 加油站，每升汽油卖 5 元，但如果以信用卡的方式付款则每升要多付 0.6 元。显然，从任何一个加油站购买汽油的经济成本是一样的。但大多数司机会选择去 A 加油站，心理上认为：加油站 A 要比加油站 B 更实惠。因为，从加油站 A 购买汽油是要折扣给司机实惠，而从加油站 B 购买汽油是要多支付，显得十分不舒服。因为，加油站 A 是与某种“收益”（有折扣）联系在一起的，而加油站 B 则是与某种“损失”（要加价）联系在一起的。

上述差异的原因是当衡量一个交易时，人们对于“损失”的重视要比同等的“收益”大得多。因此，公司在法务工作中，也往往面对很多“收益”与“损失”的联系或选择，从而也会影响自己的法务行为。特别是对于同一方案以“收益”或“损失”两种不同形式向决策者汇报时，这一影响显而易见。

显然框架效应对于同一个问题或同一种情况，因表达方式的差异而导致接受方在判断、选择和行动上存在差异。或者说是一个问题在逻辑意义上相似的两种说法却导致了不同的决策判断或决策好恶。行为中的框架在绝对多数情境下表现为“正”与“反”，“生”与“死”，“好”与“坏”，“敌”与“友”等二分论框架。例如，研究表明当消费者感觉某一价格带来的是“损失”而不是“收益”时，他们对价格的突起就越敏感。换言之，必须建立决策过程的理论（并进行经验验证），不仅包括推理的过程，还包括决策者的主观表现，即框架。人们的冒险性与决策任务框架有关，在得益情境（正框架）下人们倾向于保守，而在损失情境（负框架）下倾向于冒险。这种效应在人们的风险决策中普遍存在，经济决策的理论历来也认为，人从根本上来说是理性动物。然而，人类在许多方面有非理性的特征，在这一效应下，以“肯定”或“否定”的方式做出一种选择对后来的选择具有戏剧性的影响。研究表明来自决策系统中的情绪偏爱的整合是框架效应产生的潜在原因。更为引人注目的是，他们能预知哪个个体最具理性，即相对来说避免受框架效应的影响。

那么，公司法务人员在法务管理过程中，情感过程在认知与决策中分别起多大的作用，以及如何影响经营决策过程应该是值得进一步探讨的重要问题。对此，作者针对框架效应进一步提出如下质疑：

第一，决策人以所根据的基准点来判断“收益”与“损失”显然受到了某种驱力的影响，而行为经济学家没有说明与解释这种驱力所在。框架理论也没有说明决策主体对风险偏好的根本原因；

第二，在风险决策方面，大多数研究表明与决策者欲“获得”和“损失”的结果有关的数量和概率在决策者心中都是有数的，而在应激反应状态下个体决策时是如何判断这一数量和概率的，似乎没有做出正面的回答；

第三，决策过程究竟是理性的还是非理性的，人们在做决策时到底在多大程度上进行理性的计算，这似乎又回触到传统决策理论的核心问题；

第四，现有的行为经济学家在没有说明框架理论情况下，对于概率的机械性表述，而实质上人们在应激决策时，很有可能忽略这一思维模式，决策者在决策时，多数表现为武断，学者的立论也是基于武断；

第五，就市场个体在被其他市场个体强行洗脑的情况下，是否还会受框架效应的影响；

第六，对于决策阶段二种模式是否可合并为一种模式，或者还能够有二种以上的模式，如在商务活动中，人们更愿意通过与单一品牌、单一厂家的谈判来确定价

格，而讨厌多方案的比选，是否决策者有更多的品牌情感、优质供应商情感在影响商务活动呢？

第七，也是十分关键的一点，就是人们的思维决策往往是二维的，即任何多种方案下的选择，都是选择一种可接受的，其他都为不可接受的，而并非是一种为不可接受，其他都为可接受的，也就是说肯定在思维运行中会否决多数。这也是一旦决策主体选择某一方案，或坚定了某一信念，任何反对的意见都是不可接受的。否则，决策者会认为持反对意见者在动摇他的信念，会被划为另类。

当然，还有很多类似的例证，如公司管理中的“狐假虎威”现象，“拿着鸡毛当令箭”现象就十分普通，如有管理人员要求法务人员进行合同审核时，当法务人员对某一问题提出质疑时，其总会随口说出，这是领导定的，那是领导定的，似乎只要是领导定的，就可顺利让法务人员放松审核条件似的，而实质上有些领导根本就不知其事。这些情感类聚行为严重影响着公司法律风险防范的成效性，值得法务人员深思与警觉。

二、情感流的立论与情感类聚的认知

为了更好地回答对框架效应产生的质疑，并能够有效地阐明情感类聚，不妨让我们再看一个情感类聚行为的事例：

某市曾在其市区一主要路口，安置了一座“马踏飞燕”的大型雕塑。据说被民间传为该市最短命也是最滑稽的雕塑。传说是一位首长级领导到该市视察，看了那座雕塑，随口说道，该市俗称燕城，马非马，燕被踩，燕城如何腾飞。就是这一对“马踏飞燕”的另解，也就立刻形成了对地方官员的一种不恰当的指令，价值不菲的艺术品顷刻化成了一文不值的垃圾。首长的随口而出或许是种幽默，而这种幽默让“随从”产生了一种特殊的情感。

“马踏飞燕”创作之意并非喻马要踏飞燕，而是以燕衬马，让飞燕与奔马的速度有目共睹，使奔马的动势凝固在一个静止的空间，把一匹静止的铜马塑灵、塑活。其想象力之卓越、构思之新颖以及铜铸工艺运用之巧妙，都令人惊叹不已。如果说奔马象征中国的腾飞，飞燕何不喻意该市这座燕城与祖国的共奋进呢。马撤走了，虽变换成了群燕争飞，何尝不是撤走了这座旅游城市的个性张扬。看来对于艺术的欣赏不仅仅需要艺术的造诣。这又如何用现有经济理论来诠释该市决策者的行为呢？你能说决定推倒“马踏飞燕”的决策者没有思考他这一行为的经济效用吗？

那又如何来用框架效应解释这一现实经济行为呢？公司的法律风险又何尝不像这“马踏飞燕”的命运，需要法务人员做好风险的识别与防范。决策者的意识有时会左右法律风险的识别与防范，更重要的是法务人员心中的风险是如何用专业的理性与防范的悟性去规避的。

通过上述事例的理解，就不难对情感流及情感类聚下定义了：

所谓情感流，就是个体面对决策时，在追求利益最大化的过程中形成的并与物资流、信息流、资金流既相互区别又相互联系的一种通过个体情感渗透到整体利益之中的具有积极促进作用的综合要素。

在以新古典经济学为主流的传统经济学中，一个根本的假设是人属理性的动物。在进行决策的时候，个体会充分考虑到各种信息和可选方案，理性地做出决策。但是，在现实生活中，我们却常常可以发现我们在开头提到的例证，这样的悖论有很多，经济学家却一直无法使用现有的模型和理论来解释这种决策方式。即使是行为经济学家也只能归于心理的因素，而心理因素又何尝不表现为特定的情感流呢。不难分析，新古典经济人假设隐含着—个前提，经济人深思熟虑地“理性计算”本身是没有风险的。“风险为零”与完全理性假设有关。完全理性假设意味着，经济人为达到效用最大化所需要的风险为零。现实中，有限理性的经济主体为达到效用最大化所需要的风险为正。有限理性与风险是互相支持的，有限理性是风险存在的根据，有限理性意味着风险可期。如果风险为零，仅依赖理性决策可以达到最大化；如果风险可期，那么理性与非理性决策需要匹配才能最终达到最大化。

所谓情感类聚，就是个体在决定做什么或不做什么时，总要受个体心理与情感的支配，无形中把自己划归某—群体，然后根据群体的行动方向来修正自己的冲动，从而忘记了事先理性的行为指引规则而武断地选定行动路径，做出非理性的行为。

情感类聚的关键是个体思想总要受个体所认定的群体思想的影响。个体会无形中受情感流的支配把自己归于某—类，否则，个体是很难做出决策的，除非个体发现了新的类聚原则。当然对于类的划分与类聚方式受到情感类聚个体的学识、经验、阅历、修养与个人情感思想的影响较深。例如，—代伟人毛泽东养成了情感类聚思维与决策的习惯，在他看来，无论周边的人多复杂，他都简单地把人划分为“敌人”与“朋友”。新民主主义革命时期他对中国社会各阶层的分析，旗帜鲜明地提出“谁是我们的敌人，谁是我们的朋友，这是革命的首要问题”—下子就让类聚个体找到了方向。新中国成立后他所作的“无产阶级”与“资产阶级”的阶级划分，他的中国属于“第三世界”的情感类聚，在特定历史时期都反映出了他的领

袖才能。尤其是新中国成立初期中国的经济行为基本上都受到他所类分的“社会主义”与“资本主义”这一情感类聚思想的影响，人们无形中把自己的经济行为类聚到“社会主义”之中，认为只要归入其中，就可忽视成本与风险，也可认为群体收益最大。而邓小平虽然没有脱离这一类聚思想，但他提出了有“中国特色社会主义”，将社会主义内涵扩展，超越了“社会主义”与“资本主义”这一情感类聚的思想，使得他的决策更具有灵活性和可践行性，使得国人的思想发生了变化，其行为摆脱了“姓资”“姓社”的束缚，人们在无论“黑猫、白猫，捉到老鼠就是好猫”的引导下，个体的创造力得到了有效发挥，使得中国的经济行为得以朝着健康的方向快速发展。这就符合情感类聚的内涵越宽，指导人们的经济行为甚至国际关系秩序就越具灵活性的情感类聚规律。还有美国纽约世界贸易中心双子座遭“9·11”恐怖袭击后，时任总统小布什在国会发表的讲话就十分的霸气，但也完全符合情感类聚的行为：“世界各个地区的每个国家，你们现在处在一个抉择的时刻，你们要么和我们站在一起，要么和恐怖分子同流合污。从今天开始，美国将把任何继续庇护和支持恐怖主义的国家看作敌对国家。”要么站在恐怖主义一边，要么站在反恐主义一边。一下子为全美国民众和所有国家的决策者对与美国发起的反恐行为所持立场构建了分界线。

作者曾经接触过一宗唐突的海滩土地使用权转让案例，教训惨痛。中原地区某公司下属的全资公司，在海南某区域投资购买了一宗数万平方米的土地使用权，拟用于房地产开发，该公司在海南按照要求进行了公司登记，总部的领导为慎重起见，特地安排财务、技术、工程管理等部门领导到现场进行了实地考察，然而等到第二年去开发时，所征用土地却一片海茫茫。原来，该土地出让方属本地人，对于海洋气候十分了解，包括潮起潮落时间，在该公司一位领导带队去考察时，土地出让方将土地的前期转让情况进行了介绍，并出示了土地使用权证，在招商方精心安排的行程下，该考察团成员一同去现场进行了考察，当时正值低潮时间，站在海边的高处，好一番感叹：“凭栏处，夕阳西下，银波泛起财源聚；起高楼，朝辉沐浴，金光闪烁人气旺。”当地土地管理部门的人员也向来客说明了土地红线的关键参照物（该宗土地的红线所在地离海边还有数百米远），并描绘了未来这一带市政开发的远景目标。当第二年，单位安排人员、机械进驻工地现场时，顿时傻了眼，原先去考察时领导所站之下皆是一片海汪汪。原来当潮水上涨时，整个征用地都被海水覆盖了。后来，虽经多次交涉，也没能退换出去，因为该宗土地也确实存在，如果需要利用，还涉及海域使用权报批，填海工程相当宏大，该公司也只好望而却步，