

docsriver.com 商家本本商家

法学国家特色建设专业实验实践教学系列教材

总主编 吴建依

docsriver.com
商家本本店

非诉讼法律行为演练

» 郑曙光 编著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



docsriver.com商家本本商家

法学国家特色建设专业实验实践教学子系列教材

总主编 吴建依

非诉讼法律行为演练

郑曙光 编著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

非诉讼法律行为演练 / 郑曙光编著. —杭州:
浙江大学出版社, 2015. 11
ISBN 978-7-308-15328-7

I. ①非… II. ①郑… III. ①法律—中国
IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 269320 号

非诉讼法律行为演练

郑曙光 编著

责任编辑 余健波
责任校对 诸葛勤
封面设计 周 灵
出版发行 浙江大学出版社
(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 杭州好友排版工作室
印 刷 富阳市育才印刷有限公司
开 本 710mm×1000mm 1/16
印 张 26
字 数 509 千
版 印 次 2015 年 11 月第 1 版 2015 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-15328-7
定 价 58.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式: (0571) 88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

法学国家特色建设专业实验实践教学系列教材

编写委员会

总主编 吴建依

编委 吴建依 郑曙光 王 伟

陈海波 尹 力 石 慧

前 言

《非诉讼法律行为演练》系宁波大学法学专业 2005 年教学计划修订后新增设的一门课程,也是目前国内高校法学专业中我校率先开设的一门实践类课程。经过十多个单元体验式的运行和实践,总体上收到了良好的教学效果,学生们认为这是一门“将知识技能化,将素质行为化”且具有较强互动性的课程。

一、非诉讼法律行为演练教学的基本特点

1. 《非诉讼法律行为演练》课程教学的基本内容

《非诉讼法律行为演练》课程教学的重点在于“非诉讼法律行为”与“演练”这两个关键词的把握上。非诉讼法律行为是针对诉讼行为而言的,通常是指具有法律行为特征的法务谈判、签约、法律项目运作等一系列法律行为之总称,而演练则是指让学生在接受未经任何加工的鲜活材料的基础上,按照预先设定的要求,在教师讲解和指导下进行训练,通俗地说就是“边说边做”。

《非诉讼法律行为演练》采用课堂教学方式进行。在教学大纲指引下,由任课教师制订教学计划和教学日历,在此基础上,确定一定数量的演练项目,下发演练素材,逐一进行要点讲解,然后要求学生分组在非诉讼行为实验室进行演练和讨论,并将演练成果制作纸质文本或电子文本。每次演练结束,任课教师进行点评与总结,指出演练中存在的问题,帮助学生改正。

《非诉讼法律行为演练》作为一种实训类教学课程,考核有其自己的特点。在考核方式选择上注重平时演练业绩的考核,按照各个演练项目的成绩总和计入课程考核成绩。在考核目标确定上,注重法律思维能力、法律表达能力和对法律事务的综合处理能力的考核。

2. 《非诉讼法律行为演练》课程教学的基本特点

《非诉讼法律行为演练》所采用的教学方法为演练教学法,在整个教学活动中有其自身的特点。

(1)非诉讼法律行为演练教学法不同于案例教学法。案例教学法是通过案例分析讨论,以此来分析、理解法律的一种教学方法,由于起源于 19 世纪 70 年代的美国哈佛大学法学院,亦称哈佛教学法。案例教学法的基本内容是,教师筛选有代表性的判例,编纂成各种判例集作为教材发给学生学习。学生在

课前必须预习,事前准备,阅读与案例相关的大量参考书。教学的基本方式是问答式或讨论式。^①案例教学法的目标是为了训练学生的职业技巧和技能,促使学生积极思维,独立思考,以此来掌握广泛的法律知识与规则。

非诉法律行为演练教学法与案例教学法虽然均以案例作为教学的素材,都需要通过对案例的分析来得出对相关问题的看法,都具有对职业素养培养的意图,但是它们之间的区别是明显的。首先,案例教学法重点是对诉讼案例的分析与概括,而非诉法律行为演练法则是对非诉讼法律行为的实战性“作业”;其次,案例教学法所要解决的是法律的原则与法律的适用,非诉法律行为演练所要提炼的是解决问题的方案,以及可供解决纠纷的对策建议;再次,案例教学法所收集的案例主要是来自法院的判案,而非诉法律行为演练所收集的素材大多是企业组织业已发生的尚未进入到诉讼的一些原始素材,以及较为典型的投资项目、融资项目的过程性材料。最后,训练的要求不同。案例教学法实施的要求是体味案例所反映的法律真谛,从中来丰富对法律条文的理解,从我国目前的现状看,案例教学实际成为讲授式教学中进行问题分析的一个例证式教学。而非诉讼行为演练法的基本要求是培养对实务性问题的分析与解决能力,为学生毕业后从事非诉讼性法律事务提供可供借鉴的运作路径。

(2)非诉讼法律行为演练教学法不同于情景模拟教学法。情景模拟教学法主要是通过对事件或事物发展环境、过程的模拟或虚拟再现,让学生“身临其境”,以此来达到教学效果。情景模拟教学法可以激发学生认真思考问题、积极参与教学活动的主动性,从而进一步提高分析判断实情和处置各种突发事件的能力。

非诉法律行为演练教学法与情景模拟教学法虽然都具有“实景再现”特色,都需要通过选择典型的素材,具备相应的情景来加以完成,且学生在“实训”结束后,由老师对学生完成的作业逐一进行点评,分析得当与否,提出改进意见,但是它们之间的区别也是明显的。首先,情景模拟教学法具有较强的模拟性,一些场景的设计和环境的构造并不十分强调原生性;而非诉法律行为演练教学法则具有仿真性,它所收集的演练素材是未经任何加工的,其目的就是让学生未走出课堂就能运用鲜活的素材进行演练操作。其次,情景模拟演练需要通过播放相关的背景片或场景模拟来渲染“情景”和气氛,而非诉法律行为演练则以演练素材所记载的“事实”作为情景则可,无需渲染演练时的“情景”气氛。再次,情景模拟教学法的目的是通过逼真的模拟场景训练,考验学生的判断能力、反应

^① 汤能松:《美国高等法学教育概述》,载陈明华、汤能松编:《法学教育研究》,中国政法大学出版社,1998年版,第443页。

能力、决策能力。而演练教学法的重点在于让学生去完成演练素材尚未揭示的后续性的“作业”内容,以此来培养学生如何在占有和分析现有资料的基础上处理实务问题的能力。

(3)非诉讼法律行为演练教学法不同于诊所教学法。“法律诊所式课程”(Clinical Legal Education)是20世纪60年代在美国法学院兴起的一种新型的法学教育方法。其基本方法是设立法律诊所,让学生在接触真实当事人和处理真实案件的过程中学习和运用法律。它的教学目标是培养学生从事法律工作必备的职业道德、办案经验和综合处理疑难问题的技能。非诉讼法律行为演练教学法与法律诊所教学法均以获取一定的典型素材作为教学手段,均属于“实战式”作业性质,均具有培养学生的法律职业素养的教学意图。但两者的区别在于:首先,诊所教学法在法学专业中通常采用非课堂教学方法进行,而非诉讼法律行为演练则以课堂教学(实验室实训)为主要教学方法。其次,诊所教学法以学生值班坐诊来收集案源,具有案源的不确定性和分散性,而非诉讼行为演练则以教师提供演练素材由学生进行演练为教学手段,具有教学内容固定、教学目的可预测性等优点。最后,法律诊所的活动是一项接触实践的系列性活动,从当事人来访、立案受理到出庭代理或非诉讼协商解决,最终到结案,程序复杂,过程漫长,诉讼行为与非诉讼行为交错运行,而非诉讼法律行为演练则突出非诉讼法律行为的处理,教学环节和教学过程比较容易控制。

(4)非诉讼法律行为演练教学法不同于体验式教学法。从目前高校各类专业所开展的体验式教学的基本形式分析,主要是通过“走出去”的方式进行,如采用现场教学、社会考察、模拟法庭、庭审观摩等。体验式教学所坚持的是“开放办学”理念,通过“走出去”方法来丰富教学内容。由于强调“体验”,对实务性的操作要求并不十分重视,无论从教学内容的安排还是教学目的的设计,体验毕竟不同于演练。非诉讼法律行为演练教学虽然也具有体验式教学的内容,但是这种体验是通过在实验室里对相关的素材进行演练反映出来的,它强调的是将知识技能化,将素质行为化的教学目标。因此,非诉讼法律行为演练教学法对实务问题的分析与处理能力远远高于体验式教学的要求。

二、非诉讼法律行为演练教学体系

1.《非诉讼法律行为演练》课程的教学计划设计

基于《非诉讼法律行为演练》课程教学时数为36学时,在安排演练项目时力求“精”和“点”,按一些实践性较强的学科(主要是民商法和经济法学科)来设计和组织10个相关的演练项目。

非诉讼法律行为演练

教学计划

演练项目	教学课时	演练要求
1. 法务谈判演练	讲解、点评 2 学时	法务谈判的组织、法务谈判的技巧、法务谈判后意向书、备忘录、会谈纪要的制作
	集中演练、讨论 2 学时	
2. 法律意见书制作演练	讲解、点评 1 学时	以典型的演练素材为中心,进行规范化的法律意见书制作
	集中演练、讨论 2 学时	
3. 商事合同争议事务演练	讲解、点评 2 学时	以典型的商事合同纠纷素材为中心,梳理相关法律关系,概括纠纷焦点问题,提出商事纠纷解决的方案和对策
	集中演练、讨论 2 学时	
4. 公司制改建法律事务演练	讲解、点评 2 学时	以典型的公司改制事务素材为中心,提出公司改建可供选择的方案,改建过程中原企业与新设企业、职工安置、债权债务处理方案的选择
	集中演练、讨论 2 学时	
5. 公司法律事务演练	讲解、点评 2 学时	以典型公司事务素材为中心,演练公司设立、公司运行、股权转让、公司清算等相的法律事务
	集中演练、讨论 2 学时	
6. 特许经营法律事务演练	讲解、点评 1 学时	以特许经营项目素材为中心,演练商业领域特许经营合同的签订与项目选择方案,投资领域的特许经营项目的法律运作事务
	集中演练、讨论 2 学时	
7. 外商投资项目法律事务演练	讲解、点评 2 学时	以外商投资项目素材为中心,演练“三资企业”设立、外资并购项目法律运作事务
	集中演练、讨论 2 学时	
8. 不动产买卖及租赁法律事务演练	讲解、点评 2 学时	以不动产买卖及租赁素材为中心,演练商品房买卖中的法律事务、不动产租赁中的法律事务
	集中演练、讨论 2 学时	
9. 产品质量法律事务演练	讲解、点评 1 学时	以产品质量缺陷损害赔偿素材为中心,演练产品质量纠纷非诉讼解决的法律途径及赔偿项目的法律运作
	集中演练、讨论 2 学时	
10. 劳动争议法律事务演练	讲解、点评 1 学时	以劳动争议事务素材为中心,演练劳动争议处理的基本途径与解决方案
	集中演练、讨论 2 学时	

2. 实施《非诉讼法律行为演练》教学应具备的基本条件

(1)实验室。非诉讼法律行为演练教学需要在课堂中进行,应配置专门的教学设施。宁波大学法学院于 2004 年建立了非诉讼法律行为实验室,面积 161 平方米,配备计算机 60 台,投资 37 万元,该实验室具有网络教学的相关功能,能用于模拟立法、模拟谈判等非诉讼教学活动,基本上能完成演练过程中的讨论、讲演、点评等相关环节。由于具有网络功能,小组讨论可实行网上在线进行,强化了演练教学的互动性效果。

(2)演练素材。演练教学法对演练素材要求较高,没有一套结合课程教学特

点的演练素材,就难以开展此项教学活动。演练素材的收集、筛选及编制是一项艰巨的劳作,收集和筛选的演练素材最好是任课教师自己亲自经办过的一些非诉法律行为实案,由于任课教师已经有过处理实际问题的体验,对组织课堂教学将会起到事半功倍的效果;如果任课教师难以做到这一点,也可以向法律服务机构、企业单位的法务人员收集和筛选演练素材,然后进行必要的编制,提炼出演练的要点,装订成册。由于演练素材具有鲜活性的特点,任课教师可结合本演练项目相关内容自行进行收集和整理。因此,本教程未将演练素材编入其中。

(3) 师资条件。演练教学法的实施必须有一支“创新型的、双师型的”教师队伍,作为强有力的“软件”支持。它要求教师能结合演练素材,具有运用相关的法律法规和法理进行综合判断能力、问题概括能力和解决问题的方案筛选能力。担任此类课程的教师不仅需要相关的法学理论以及对演练项目所涉及的知识较为精通,而且还应有过代理诉讼、非诉法律行为实践、经历。因此,担任此类课程的教师最好是在有过律师执业背景的教师中选任,或由在司法机关担任过审判工作、企业单位中担任过法务工作的兼职教授聘任。

(4) 选课学生。演练教学法应在高年级的学生中开设,在本科专业中,我们将其安排在第5学期开设,主要考虑到选修此类课程时需有相关的法学知识背景,如已经学过民法、刑法、经济法、商法、行政法、劳动法等相关课程。

三、非诉法律行为演练教学蕴含的价值意义与进一步完善对策

1. 《非诉法律行为演练》蕴含的价值意义

我们曾经对选修此类课程的学生做过问卷调查,其中有一项调查项目为:“当初你选修该课程是基于什么考虑:A. 课程的名称吸引我来学一学;B. 信任任课教师;C. 理论课已学得比较多了,该实践一下了;D. 其他(由学生自己概括)。”学生中普遍回答是:“理论课已学得比较多了,该实践一下了。”从中说明学生选修这门课程主要在于强化实践环节,这已成为高年级学生的自觉行动。

我们认为,《非诉法律行为演练》课程教学所蕴含的价值意义主要在于以下方面:

(1) 有利于培养职业化法律人才。演练教学法作为一种新型的教学方法具有理论结合实际、案例素材原始且直观、贴近现实经济生活等特点,受到学生欢迎。它在配合包括民商法与经济法课程在内的一些实务类课程教学,培养学生的实际操作能力方面起到其他教学法所难以起到的功效。今天,以培养实践能力为重点的素质教育已成为教育改革的主旋律,课堂教学是培养学生实践能力的主阵地,如何使课堂教学方法多样起来始终是教学工作中应当直面和探索的现实性问题。实践表明,通过演练教学,学生不仅学到了有关知识,而且也学到

了理论教学以外的技巧、能力、职业道德,学会了如何把抽象的法律条文适用到具体的实际案件之中的能力。

(2)营造平等、民主的课堂气氛,点燃学生发散思维的火花。著名教育家陶行知先生曾提出应对学生实行“六大解放”：“解放他们的头脑让他们去想,解放他们的双手让他们去做,解放他们的眼睛让他们去看,解放他们的嘴皮让他们去说,解放他们的时间让他们去做自己喜欢的事,解放他们的空间让其自由发展。”^①演练教学就其性质而言,属于实训类教学,从其形式而言,是在“教”与“学”为主线的各个阶段和环节中进行的。教学过程中的“教”仅限于第一阶段的“梳理”与最后阶段的“点评”上,绝大多数时间是在学生的“学”中受到训练和能力锻炼;演练教学的特点决定了教师要重视感情投资,把自己对实践活动的真挚感悟和对问题分析的理性传递给学生,便于点燃学生发散思维的星星之火;演练教学的整个教学过程从分析问题入手,最后寻求到解决问题的办法时止,既是师生同台磋商问题的过程,也是师生共同寻求解决方案和相互改错的过程,这种民主的课堂气氛为学生创造发散思维提供机会。

(3)有利于培养学生对法律知识的综合运用。法学是关于法律的本质和规律的科学,实践性是法学的一个显著特点。北大学者苏力教授曾指出:“司法职业就是这样的一个领域或职业,从事这种司法职业的人,例如法官,需要有一定的文字阅读和表达能力,从而能够运用书本告知的法律知识,但是一位合格法官的最基本能力是他的基于经验的判断力。”^②法科学生的实践能力是作为法律人应当具备的职业素质,它包括法律思维能力、法律表达能力和对法律事实的探索能力。^③非诉讼法律行为演练法可以大大提高法律专业学生的职业素养,缩小学校与社会、与学生个体“心”与“手”的距离,提高学生参与解决实际问题的信心,加快从知识到能力的转化进程。

(4)进一步完善了法科类专业实践类课程体系。目前法科专业的实践类课程体系由法律诊所、模拟法庭、物证技术试验、社会实践(包括毕业实习)所组成,通过构建实践教学平台,力图把“经院式”的法学教育转变为理论和实践融为一体的培养高素质的法律人才的教育模式。不过,这些实践类课程教学体系基本上是围绕着与诉讼相关的司法活动展开的,很少考虑相当部分的毕业生毕业后在一些企业单位或法律服务机构从事法务工作所应具备的非诉讼法律行为操作的基本技能,成为实践教学的一个盲点。开设《非诉讼法律行为演练》课程较好

① 葛建枢:《论创新教育与教育创新》,载《扬州大学学报》(高教研究版)2003年第2期。

② 苏力:《法官素质与法学院的教育》,载《法商研究》2004年第3期。

③ 邓建民:《论法学实践教学形式的完善和更新》,载《西南民族大学学报》2006年第10期。

地解决了这一问题,因而深受一些立志在企事业单位和法律服务机构从事非诉讼法律行为业务的学生的欢迎。

2. 《非诉讼法律行为演练》教学环节的完善对策

演练教学有其自身的教学规律,在教学活动中应遵循和践行其教学规律,重视教学方法论的探讨和教学环节的完善。

(1)强化演练素材的收集和筛选。对演练素材的收集、筛选,我们的体会是应以教学计划和计划大纲为核心,注重原始性、针对性和可演练性。原始性是指演练素材应来自于实践,不作任何人为的加工和装饰,给学生以实战式作业之感受;针对性是指演练素材的收集、筛选应与课程的设计要求相符合,突出演练的目的和目标;可演练性是指演练素材所反映出来的法律性问题应具有复杂性,在演练过程中会产生不同的观点和方案,促使学生在演绎推理、论证讨论中提出若干解决问题的方案,并比较、筛选最佳方案,从中留下深刻的印象,以达到演练教学的实际效果。

(2)加强演练指导书编制工作。非诉讼法律行为演练课程一般难以出版统一的教材,需要通过演练指导书的形式来弥补这一问题。编制演练指导书是将非诉讼法律行为演练走向规范化的必要手段。演练指导书在编制时应严格按照教学大纲与教学计划进行,确保教学大纲、教学计划与演练指导书三者之间在知识点构建、教学时数设计以及教学内容安排上的一致性。演练指导书应重点突出演练过程的规范化问题,如演练前理论准备的要点和过程、演练素材提供的过程与步骤、演练的过程与步骤、演练点评的要求。针对不同的演练素材,应分别写出演练指导意见。这样做的目的是将结果控制细化为过程控制,有利于提高课程教学质量。

(3)注重对演练过程的控制。演练过程控制的目的,一是及时发现、了解个体学习者在认知能力上的差异状况,为修正或改进后续教学活动提供直接依据;体现在演练教学中,可以实施阶段性控制。在演练阶段,无论是在课堂小组讨论还是课后收集和查阅相关资料,教师以扮演小组旁观者或评估者的角色为宜,尽量不要参与其中。教师心里必须清楚,让学生自主分析探究解决问题,是培养学生形成个性化自学能力最关键环节。在演练活动的归纳总结阶段,教师的工作重心主要是点评和规范指引,让学生明白自己的演练成果是否达到了教学计划设计的要求,是否达到了作为一个法律职业人应该达到的专业水准。在对学生演练业绩的考核阶段,教师应加强对评价比重的控制。强化形成性考评,淡化终结性考评。

目 录

CONTENTS

第一讲 法务谈判演练	1
第一部分 教师讲解	1
第二部分 演练要点	18
第三部分 演练素材收编及演练组织	22
第四部分 辅助材料导读	26
第二讲 法律意见书制作	34
第一部分 教师讲解	34
第二部分 演练要点	38
第三部分 演练素材收编及演练组织	42
第四部分 材料导读	45
第三讲 商事合同争议事务演练	55
第一部分 教师讲解	55
第二部分 演练要点	74
第三部分 演练素材收编及演练组织	77
第四部分 辅助材料导读	82
第四讲 企业产权交易法律事务演练	96
第一部分 教师讲解	96
第二部分 演练要点	112

第三部分 演练素材收编及演练组织	115
第四部分 辅助材料导读	119
第五讲 公司法律事务演练	147
第一部分 教师讲解	147
第二部分 演练要点	166
第三部分 演练素材收编及演练组织	168
第四部分 辅助材料导读	173
第六讲 特许经营法律事务演练	189
第一部分 教师讲解	189
第二部分 演练要点	205
第三部分 演练素材收编及演练组织	207
第四部分 辅助材料导读	211
第七讲 外商投资项目法律事务演练	249
第一部分 教师讲解	249
第二部分 演练要点	271
第三部分 演练素材收编及演练组织	273
第四部分 辅助材料导读	278
第八讲 不动产买卖与租赁法律事务演练	292
第一部分 教师讲解	292
第二部分 演练要点	319
第三部分 演练素材收编及演练组织	321
第四部分 辅助材料导读	325
第九讲 产品责任法律事务演练	331
第一部分 教师讲解	331
第二部分 演练要点	345
第三部分 演练素材收编及演练组织	346
第四部分 辅助材料导读	351

第十讲 劳动争议法律事务演练·····	364
第一部分 教师讲解·····	364
第二部分 演练要点·····	382
第三部分 演练素材收编及演练组织·····	383
第四部分 辅助材料导读·····	386
附 录·····	391
附录1 课程实验教学大纲·····	391
附录2 课程调研问卷·····	394
后 记·····	397

第一讲 法务谈判演练

第一部分 教师讲解

一、法务谈判的概念及其特点

1. 法务谈判概念

法务谈判是指那些为促成具有法务性项目,或为解决法律争议和纠纷所进行的谈判。

法务谈判,具有谈判的基本属性。所谓“谈”,就是谈各自需要解决的问题和有关的合作意向;所谓“判”,就是对谈判中所涉及的问题与合作事项可能所引起的权利分享、责任承担、风险分担、亏损或盈利的分配等,作出数量、范围、时限等方面的判定。

法务谈判是谈判的一种,大多发生于商事主体之间。谈判各方为了满足各自一定的经济目的,彼此阐述意愿、磋商协议、协调关系,争取达成一致意见。法务谈判具有时空性,表现为参与谈判各方赢得或维护经济利益的一种行为和过程。

2. 法务谈判基本特点

法务谈判中的谈判事务具有法律意义。有些商务谈判,由于涉及从法律上界定行为的性质,防范行为的风险,这些商务谈判就具有法务谈判的属性;而有些法务谈判则根本不属于商务谈判领域,如财产权属的处理,侵权责任的追究等。

要明确界定商务谈判与法务谈判的界限有时是困难的,实务中,通常以谈判领域涉及法律专业领域,以及谈判内容涉及法律问题来区分是商务谈判还是法务谈判。

对法务谈判的基本特点,可以概括为以下方面:

(1)谈判主体的独立性与不确定性。法务谈判的主体绝大多数是经济组织或个人,它们具有独立的民商事主体资格,都在为了个体上的经济利益而进行谈

判活动。这一特点表明,法务谈判不同于军事谈判与政治谈判。另外,经济的全球化以及市场竞争的日益加剧使得在法务活动过程中有机会和条件选择更多的谈判对象,法务合作的对象越来越广泛,唯一性的合作伙伴几乎不存在,这就使得谈判对象具有不确定性,也要求利益主体多方位选择谈判对象并增强自身谈判实力,以确保在法务谈判过程中立于不败之地。

(2)谈判内容的特定性。法务谈判的内容主要是法务合作项目谈判与解决纠纷谈判两大类。其中,法务合作项目谈判具有商务谈判的某些属性,但因此类谈判涉及复杂的法律关系及各方的权利义务关系,故此类谈判按法务谈判进行组织,并按法务谈判标准研判谈判的物化成果,显然比一般商务谈判更具有现实意义。在解决争议谈判中,法务谈判的目的是为了尽可能以协商方式解决争议和纠纷,使争议避免通过诉讼或仲裁等法律程序。

(3)目标指向的经济性。法务谈判以获得经济利益为目的,谈判内容的确定、谈判效果的衡量与评价都是围绕经济利益进行的。不讲求经济效益的法务谈判就失去了价值和意义。所以,人们通常以获取经济效益的好坏来评价一项法务谈判的成功与否。这在为解决法律争议和纠纷所进行的谈判中体现得尤为明显。通过诉讼或仲裁等法律程序来解决纠纷,不仅要花费额外的法律程序费用和律师费,对于证据和相关业务背景的调查了解,也是相当耗时和费力的,而通过协商解决纠纷,往往可基于双方对业务和交易过程的理解,对事实作出判断,这就可省却大量的成本。另外一个原因是,法院与仲裁机构对某些优劣势不十分明显案件的判决结果,对双方都是难以预料的,任何一方坚持进行诉讼或仲裁,都可能要冒一定的败诉风险,为免于承担这样的风险和压力,双方也会倾向于选择通过和解方式来解决纠纷。因此,对卷入争议的任何一方来说,尽管通过和解方式解决纠纷,都可能未必能够实现最理想的结果,但通过谈判和解方式解决纠纷,会减少大量的调查、取证和法律程序的时间,还可避免矛盾被公开化或激化,因此,通过谈判和解方式解决纠纷是一个有利的选择。

(4)谈判主体间的互利性与趋同性。法务谈判本身虽具有一定的对抗性,但这种对抗主要体现在经济利益上的竞争,不构成对人格和人身伤害,不牵涉价值立场与政治主张,这与政治、军事等谈判中你死我活、明枪暗箭的斗争在性质上是截然不同的。因此,法务谈判的对抗是有“度”的,它主要的目的还是要维系谈判主体间的趋同性,也就是要充分考虑到利益双方的需求与承受力,体现的是等价有偿原则。如果在法务谈判中未能充分注意到互利性与趋同性,谈判要么陷入僵局,要么破裂,这些都不是谈判双方愿意看到的结果。

3. 影响谈判冲突或合作的因素

在市场经济条件下,经济组织与个人为了实现自己的经济利益,以自己的名

义与对方进行磋商十分普遍。谈判的过程是利益整合的过程,是给与取的博弈过程,是增加合作、减少冲突的过程,也是最终达到互惠和共赢的过程。美国谈判学会会长,著名律师杰勒德·尼尔伦伯格在《谈判艺术》一书中所阐明的观点更加明确,他说:“谈判的定义最为简单,而涉及的范围却最为广泛,每一个要求满足的愿望和每一项寻求满足的需要,至少都是诱发人们展开谈判过程的潜能。只要人们为了改变相互关系而交换观点,只要人们是为了取得一致而磋商协议,他们就是在进行谈判。”^①

谈判兼具“合作”与“冲突”两种成分。在不同的谈判场合,对于不同的谈判主题,其合作与冲突的程度显然是不同的。决定谈判的冲突或合作的因素主要有:

(1)谈判各方所希望取得的成果越固定,则谈判越具有冲突性。

(2)单一的谈判主题要比多项的谈判主题更具有冲突性。比如,交易双方只针对价格进行谈判,则其中冲突较为集中,因为,对卖方越有利的价格,必定对买方越不利,但若双方同时针对价格、付款条件、交货条件、售后服务等主题进行谈判,则冲突性可随之减低,因为交易双方对某些主题产生的分歧,可借其他主题予以缓和。例如,当买方坚持削价时,卖方可要求一次性付款等,以提高谈判的合作性。

(3)谈判双方依赖程度越高,谈判时各方不得不考虑对方的利益和意愿,则谈判越具有合作性。

(4)谈判者个人的性格极易影响谈判的合作程度。巧取豪夺型的人物能使谈判富于冲突性,而理智型的谈判者则能使谈判具有合作性。

(5)谈判各方所运用的时间越长,谈判更易趋向合作性。反之,谈判各方所能运用的时间越短,则在时限的压力下,谈判将具有冲突性。

(6)谈判各方的实力相差悬殊时,实力较强者往往因以强凌弱的姿态进行谈判,致使谈判具有冲突性。反之,当谈判各方势均力敌时,谈判具有合作性。

二、法务谈判的基本形态

1. 法务谈判一般形态

(1)“赢一输”式

“赢一输”式谈判是人们较为熟悉的一种谈判形态。例如,在合作双方分配红利时,由于分配的总额固定在100%,甲方取得的比例越大时,乙方取得的比例就越小,在这种情况下,谈判的双方处于利害关系的正面冲突中。换言之,在

^① [美]杰勒德·尼尔伦伯格著:《谈判艺术》,曹景行、陆延译,上海翻译出版公司1986年版。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



这种谈判中,倘若甲方是赢家,那么乙方必然是输家。谈判后,一方对谈判的结果感到满意,而另一方则对谈判的结果表示不满意。

(2)“赢—赢”式

在“赢—赢”式谈判中,谈判双方能通过彼此的通力合作而各得其利,反之,若彼此相互冲突,将各受其害。谈判的结果是双方都是赢家,都对谈判结果表示满意。

(3)介于上述两种形态之间的形态

上述两种谈判形态只是谈判的两种常见形态,在许多场合下,谈判的结果往往使各方难以判断赢输结果,或者当谈判刚结束时还一时判断不了赢输问题,只是等一定的时间后,随着商事情势的发展才能呈现出赢输局面。

2. 法务谈判成败的评判标准

一场成功的谈判,双方都是胜者,因此,谈判不是一场棋赛,也不是一场战争,谈判并不是要把对方置于死地,相反,谈判是一项合作的事业。具体地讲,衡量一场谈判是否成败的标准有:

(1)谈判目标是否实现。即自身的需要是否因谈判而获得了满足;谈判的结果是否可以公平地解决谈判各方的利益冲突,同时还综合地考虑到了符合公众利益与社会利益。

(2)谈判是否富于效率。有时一场艰难的谈判虽然达成了预定的目标,但同时花费了过多的精力、时间与金钱,则这种谈判并不被认为是很成功的。效率高的谈判使双方都有更多的精力拓展商业机会。

(3)人际关系是否保持良好。主要表现为谈判对手之间的个人关系是否保持良好。“船舶航行在大海上,总会有在码头上一起停泊的机会”。现实的谈判永远没有“终局”,也并非仅仅只有这样一次谈判的机会。除非以后与谈判对手再无进行任何一种谈判的可能,否则就不应该忽视与任何谈判对手之间的长期友好关系。

在现实生活中,目标、效率和人际关系三者在大多数情形下是相互矛盾、相互冲突的,在这种情况下,杰出的谈判者必须能在三者之间作出一定程度的取舍,使三者关系处于某种合适的均衡状态。

三、谈判前的准备

1. 谈判目标的确立

谈判目标是指一种在主观分析基础上的预期与决策,是谈判所要争取和追求的关键所在。

谈判目标应考虑层次性,即定出上、中、下限目标。必须达到的目标为下限

目标,希望达到的目标为中限目标,乐于达到的目标为上限目标。不能盲目乐观地将全部精力放在乐于达到的目标上,而很少考虑谈判过程中会出现的种种困难,这样做往往会造成束手无策的被动局面。谈判目标要有一定的弹性,根据谈判实际情况随机应变、调整目标。

2. 有关资料的收集

一旦谈判目标确立后,即应着手进行与谈判主题有关的资料的收集工作。与谈判主题相关的资料收集得越多,就越能避免在谈判中受对手的误导,而且对自己所主张的谈判目标越具有信心。

对谈判对手的了解通常有四种途径:①向曾经与对方交往过的人进行调查;②汇集与研读有关谈判对手的书面资料,如从网络上收集对方公司的介绍资料等;③通过直接与对方联系的方式进行,如安排非正式的预备性的接触等;④委托他人(比如资信调查机构、律师事务所)进行资信调查,了解该公司的工商登记材料。

3. 相关法规的研阅

法务谈判具有较强的法律风险性,要认定一项合作项目能否得以开展,并不仅仅要考虑经济上是否合理,技术上是否可行,还得研判在法律上是否合法有效。因此,为防范法律风险,在法务谈判开展前集中进行法规的研阅是必要的,必要时还可以举行小型讨论会,邀请该领域内的法律专家就谈判相关的话题进行法律上的论证。

4. 谈判计划的制订

谈判计划是谈判人员在谈判前预先拟定的具体内容和步骤,是谈判者行动的指针或方向。其基本原则是:谈判计划应当简洁;谈判计划应当具体;谈判计划应当灵活。

确定谈判计划,应明确相关的步骤:

第一步:确定谈判主题。如针对产品质量索赔事件,将谈判主题确定为“争取在法定赔偿数额的范围内以非诉和解的方式解决纠纷”。

第二步:确定谈判要点。谈判要点通常包括谈判目标、会谈议程、谈判进度安排以及谈判人员确定等。就谈判议程而言,至少包括以下内容:即谈判应在何时举行,为期多长;谈判应在何处举行;谈判应列入哪些议项,如何编排议项的先后顺序。

5. 对自身实力的认定

在谈判活动中认清自身的实力是非常重要的。比如在大型设备的买卖合同签约谈判中,作为谈判的一方是卖方,就得充分考虑在多大的让利情况下能做出出卖计划,不至于经营亏损;作为买方,有多大的融资能力,以至于实施一次性付

款计划还是分期付款计划。

6. 谈判组的组成

(1)一人谈判与组成谈判组谈判问题。一人谈判,其优点在于:①可以避免谈判对手对己方较弱的成员发动攻势;②可以避免谈判对手制造己方成员的意見分歧;③可以当机立断地作出退让,或接受对手的退让,从而达成协议。由于谈判具有专业性,当谈判需要大量的情报知识和专业知识,个人力所不能时,就必须依靠别人的帮助,为此,就需要组成谈判组进行谈判。

多人组成谈判组的优势在于:①可以集思广益,谈判中遇到重大问题集体讨论解决;②不同背景与不同专长的人共同参加,可以发挥各自的优势,扬长避短。但谈判组谈判也因各自观点不同而形不成谈判合力,如果谈判组组长统领能力不强,往往起不到集思广益的作用。

(2)谈判组人员规模的控制问题。究竟多大的规模比较合适呢?普遍的看法是3~4人较为合适,其理由主要有:①从谈判组效率来考虑。谈判组规模过大,反而会使利益和观点难以保持一致。②从对谈判组的控制考虑。谈判组规模过大,会影响谈判组组长对团队的协调和谈判过程的控制。③从所需的知识范围考虑。根据每一次谈判的需要来看,其专门知识不过3~4项,因此谈判组也不应超过3~4人。④对谈判组人员调换的角度考虑。参加谈判人员一般不应经常调换,但也不是一成不变的,可随着谈判的进展,所需人员作些调整。即使有些谈判项目涉及的经济、技术、法律问题很多,也不必都通过增加谈判组成员来进行,也可以通过幕后的方式为谈判人员出谋划策。

(3)谈判组组长的确定问题。什么样的人能充当谈判组的组长?首先,要有领导与协调能力;其次,在通常情况下具有商务工作经验的人比生产技术人员更适合充当谈判组的组长。

(4)谈判组内部协调配合问题。谈判组内部的协调配合是十分重要的。成员之间无论在口头上还是在行动上都应得到相互支持。

谈判刚开始时,谈判组组长向对方介绍自己成员的方式对谈判有很大的影响。比如,同样是介绍自己的同事,一位谈判组组长向对方介绍自己的同事时说:“这是我们的会计王××。”而在另一次谈判前,另一位谈判组组长这样把王会计介绍给对方:“这是王××先生,是我们公司的财务主管,他有十五年财务工作的经验,并曾经手过几年融资合作业务。”显然,后一次的介绍往往会给谈判对手以较深的印象。

谈判组的每一个成员在谈判中的发言,必要时得到本谈判组同事的随口性肯定,在谈判活动中也显得非常重要。实际谈判中,经常会使用“的确如此”之类的语言来加强对同事发言的效果,使对方在心理上承认此话的可靠性。比如在

一位生产技术人员谈及产品质量问题时说：“产品引发一些使用中的问题，不外乎产品自身质量问题与操作使用不当问题，我公司生产的该款产品已经有 10 多年的历史了，还没有出现被用户投诉与索赔问题，我们感到意外的是，贵方竟会引发这样的伤害事故。”之后，法务人员可以强调说：“我方正在寻找生产与设计上的原因，但也不能排除贵方员工在操作使用上的原因所引致。”技术主管与法务人员在发言中的前后呼应，加强了给对方的影响，催促对方尽快拿出解决方案。

表 1-1 谈判角色分配表

角 色	责 任	
谈判组长 (一般坐在自己方阵的中间)	由最具专业水平,并具有协调能力的人担当,不一定是小组中职位最高的人。	(1)指挥谈判; (2)需要时召集他人; (3)裁决谈判中出现的问题; (4)对谈判作出休会建议或接受对方方案; (5)与上级部门进行汇报与沟通。
谈判组组员 (坐在组长两边)	由不同专业或工作背景的成员担当。协助组长围绕谈判主题开展工作。	(1)从某一专业领域辅助组长开展工作; (2)一些试探性的方案由组员提出,最终让组长作出认可或否定; (3)围绕己方的谈判目标,提出对对方的方案表示理解或难以接受的事实与理由; (4)观察并记录谈判的进程,使谈判小组讨论集中在谈判目标上。

(5)谈判组的后援力量问题。谈判工作需要得到本部门负责人和其他人员的协助。谈判组成员在谈判时要明确自己的职责范围,及时与企业中的负责人沟通情报,取得联系,以得到他们的支持。有些大的谈判项目,可在谈判班子之外组成一个顾问班子,以增加谈判中的后援力量。

四、法务谈判策略

1. 谈判开局策略

谈判开局的过程也是谈判气氛的形成过程,究竟形成什么样的气氛,是热烈还是冷漠,是友好还是猜疑防范,是轻松活泼还是拘谨紧张,直接影响到谈判的进展。

由于法务谈判追求的是互惠利益,追求的是在公平、合理、有效的前提下解决问题与寻找合作机会,因此,谈判开局策略的关键性问题是如何去创造和谐的谈判气氛。

创造一个和谐的气氛,需要依靠谈判各方的努力。其基本策略有:

(1)在双方接触之初不宜直接进入谈判主题。通过开场白使双方找到共同语言。

请看下面一段对话:

“见到你很高兴,欢迎你到我公司来。”

“我也很高兴认识你,近来公司经营如何?”

“这次谈判所要解决的问题对贵我双方都至关重要,但首先请允许我对你们的平安抵达表示祝贺,旅途愉快吗?”

“十分愉快,谢谢!”

“先休息一下,喝点茶还是咖啡?”

(2)要创造相互信任的谈判气氛,就要争取给对方留下良好的“第一印象”。

“第一印象”主要在于双方接触之初谈判者的姿势、表情、仪表、谈判会场的布置等,应注意谈判气氛的营造。如果双方在初次交往中,一方对另一方的言行举止、风度、气质感觉良好,就会产生好感、信任,并愿意继续保持交往;反之就会疏远,而且这种印象一旦形成就很难改变。

在谈判人员的礼仪礼节方面,主要包括:①日常交往中的礼节。要做到遵守时间,尊重各国的风俗习惯,要有落落大方、端庄稳重的举止和自然诚恳、蔼然可亲的面部表情等。②见面时的礼节。主要包括在交际场合介绍对方谈判人员的先后顺序,递交名片时的先后顺序,握手时的举止行为等。③交谈中的礼节。主要包括谈话时的表情、语言以及手势,以及谈话的内容。④服饰礼仪。主要指谈判过程中的着装是否遵循了TPO原则。TPO系“time”、“place”、“objects”三个词首字母的缩写。其中“T”代表时间、季节、时令时代;“P”代表地点、场合、职位;“O”代表目的、对象。着装的TPO原则是世界通行的着装打扮的最基本的原则。

(3)掌握谈判议程。在谈判开场时,双方将会讨论谈判的议题,以及议题的顺序编排与时间安排,这是确定谈判议程的过程。确定谈判议题首先是根据谈判目标,将与之相关的所有问题都列出来;其次是根据己方利益保障原则,按照对己方有利和不利的程度,将罗列出来的问题排序;尽可能将对己方有利的问题列入谈判议题。

议题的顺序编排可以分为两大类:架构和细节。架构是指谈判中解决所有问题的总的原则性的方案。细节是谈判中讨论的具体问题。议题排序的原则为架构置于细节之前。

2. 报价策略

在涉及投融资业务、索赔事务中经常会运用这一策略。这里的报价是指有关整个谈判业务中的各项条件,并非仅指价格条款。报价是谈判过程中的一个

核心问题,一方面,报价的策略与技巧的应用很大程度上决定了与此相关的合作项目是否能够达成;另一方面,一旦项目达成,还将在很大程度上决定是赢利还是亏损。为此,掌握报价阶段的策略与技巧是法务谈判中必须做到的。

(1)报价原则。在报价时不仅要考虑报价所能获得的利益,还要考虑报价能否被接受,即报价成功的概率。报价的原则是综合两个效果:对报价者最有利和成功的可能性最大。

(2)报价起点的确定。在报价前,应当为自己设定一个“最低可接纳水平”。所谓最低可接纳水平是指最差的但可以勉强接受的谈判终极结果。报价前确定一个最低的可接受的水平有以下好处:一是谈判者可据此避免拒绝有利条件;二是谈判者可据此避免接受不利条件;三是谈判者可据此避免一时的鲁莽举动;四是有多个谈判人员参加的场合,可以据此避免谈判者各行其是。

(3)如何报价。首先,报价时态度要坚决果断,不应迟疑,也不应让对手感到有保留。其次,报价要非常明确,以便对手准确地了解报价方的期望。再次,报价可报得高一些,但绝不是漫天要价、毫无控制。如果报价过高,又讲不出道理,对方必然会认为报价方缺少谈判的诚意,或者被逼无奈而中止谈判扬长而去;或者以其人之道还治其人之身,相对地来个“漫天要价”;或者一一提出质疑,而报价方又无法解释,其结果只好是被迫无条件地让步。可见,报价脱离现实,便会自找麻烦。

(4)对对手报价的处理。首先,切忌干扰对手报价。因为任何干预无疑迫使对手在报价时中途突然停顿,这对对手是不礼貌的,也难以洞察到对方的真实意图。其次,听完对手的报价之后,当对手报价涉及的内容很多,报价主题并不十分明确时,最好能马上复述对手报价的主要内容,以确认自己已经真正了解了对手的报价。再次,若遇到对手的报价不合理的情况,不应马上予以全面的回绝。在谈判中不管自己的理由多么充分,立即回绝对手的提议将被视为鲁莽草率,而且将被解释为对对手及其提议缺乏敬意,欠缺考虑。在这种情况下,一个比较可行的做法是,要求对方解释何以其报价如此之高,然后向其指出另一方需要时间考虑,并建议暂时休会。当然,如果对对手的报价已经胸有成竹,那么,在对手澄清了报高价的理由之后,不妨提出自己的建议。另外还有一个可行的做法是,考虑对手提出的报价中哪一部分有进一步谈判的可能,哪一部分是无法接纳的,以此让对手了解其应该进一步斟酌的是哪一些事项,这种做法对进一步谈判显然是有利的。

(5)谁先报价。报价先后在某种程度上对谈判结果会产生实质性的影响。因此,谈判人员一般对此比较注意,就要认真分析谁先报价问题。

一方面,先报价比后报价(还价)更具有影响力。因此,先报价不仅能够为谈

判结果确定一个无可逾越的上限(卖方的报价)或下限(买方的报价),而且在整个谈判中将或多或少地支配对手的期望水平。如买方先报低价,则双方的议价范围即在卖方预期价位与买方所报价位之间;如卖方先报高价,双方议价及成交价位应当在买方预期价位与卖方所报价格之间。

另一方面,先报价也有一些不利之处。主要表现在:①在一方报价之后,对手可能根据一方的报价对自己原订的报价水平作临时性的调整,比如,在索赔业务中,一方报出“5万元赔偿款并分期支付”的条件之后,对手的还价可能由原定的“6万元赔偿款并一次性支付”临时变为“5万元并分期支付”上;②在一方先报价后,对手并不还价,但却不断地挑剔一方的报价并且逼该方让步,从而使先报价方摸不透对方的真实意图。

谁先报价,可以参考以下要领:

第一,在预期谈判将会出现激烈竞争的场合中,或者说在冲突气氛较浓的场合中,应当先报价以争取较大的影响。“先下手为强”可以争取在谈判开始就占据主动;但在合作气氛较浓的谈判场合中,先报价与后报价并没有什么实质性的影响。

第二,就一般而言,发起谈判的人应带头报价。

第三,双方均为“行家”时,谁先报价关系不会太大;如对手是“行家”时,则让对手先报价,这样己方可从对手的报价中扩大自己的视野。

3. 价格策略

这是在合同谈判中经常使用的策略。主要有抬价或压价策略、最后价格策略、价格让步策略三种。

(1)抬价或压价策略。即双方在经过初步的价格磋商,并已对价格有初步协议的情况下,一方为了避免另一方提出进一步的价格要求而采取的一种虚张声势的做法。

曾有这样一个谈判实例:张先生想买一套住房,与房主磋商后,房主同意承担每月100元的房屋清洁费用,双方准备次日签约。张先生看到这套房屋内有一些旧家具、电器设备,打算在签约时向房主提出把这几样东西免费列入交易之中。第二天,张先生还未开口,房主就转移了张先生的注意力,称不愿意承担房屋清洁费用。张先生很着急,马上与房主就此争论起来。最后张先生还是说服了房主提供每月100元的清洁费,同时以较低价格买下了那些旧家具,张先生对此很满意。显然,房主极为成功地通过改变前一轮谈判内容的办法,控制了张先生在后一轮谈判中的新要求,使张先生不由自主地降低了要求。

在合同谈判中,谈判双方常常会以改变其他交易条件的办法,换取有利于己方的谈判价格。例如:在产品买卖合同谈判中,一方总是会发问:“如果我方增加

订货数量或减少一半数量,贵方给个什么价?”或:“如果我方与贵方订立长期合同,是否可以得到优惠价格?”或:“如果我方自己提供原材料和辅料,以及相关加工技术,贵方能出什么价格?”或:“如果我方一次付清全部价款,价格可以优惠多少?”或:“如果我方一次买几种商品,均价多少?”或:“如果我方接受贵方的包装、交货时间要求,价格调整幅度多少?”或:“如果我方接受贵方分期付款要求,价格应当调整为多少?”等等。

在合同谈判中,遇到对方不合理地抬价或压价时,另一方可以采用以下方法应对:一是及时识别并直截了当地加以指出,坚持原有立场;二是采用反抬价策略,推翻己方原来已承诺的一些条件,迫使对方回到原来立场;三是在对方最初承诺时,要求对方作出某种形式的保证,避免事后反悔。

(2)最后价格策略。这一策略的基本内容是,采用最后通牒式的语言,给对方设置心理障碍,增加对方确定最后价格的紧迫感。例如,“这是我方能提供的最低价格条件”,或“我方已经报出了最优惠的索赔要求,不可能让步了”。

运用最后价格策略时,必须说得很巧妙,以取信于对方,使对方感觉不接受这个价格(款项)条件,就会失去这笔交易业务;或失去此次以非诉和解解决纠纷的机会,从而有可能双方会在法庭上见。而作为另一方,则应对对方的最后价格(款项)条件仔细研究,根据实际情况作出合理的应对。如果确知对方的最后价格只不过是个探测气球,可不予理睬;如果资料表明对方的最后价格(款项)条件根本站不住脚时,可以事实反驳对方;还可以用改变某个交易条件的办法,使对方改变最后价格水平;如果对方态度强硬,而已方又无法接受这个最后价格(款项)时,则可暂时终止谈判或考虑退出谈判。

(3)还价与让步策略。还价以前,先弄清两个问题,其一是弄清对方为何报此价,即对手的真正期望;其二是谈判的形势,分析讨价还价的实力对比情况。

让步的原则是:①在每一阶段的谈判中不要作太大的让步,以降低对手的期待水平。②双方让步应同时进行。即自己在每一次让步以后,都必须对手作相应的让步,在对手作出相应的让步前,不能再让步。③不要作无谓的让步。即让步是为了换取己方在其他方面的利益。④让对手意识到己方的每一次让步都是重大的让步,让其产生一种谈判的成就感,为己方在其他方面的不让步或进一步合作打下基础。

4. 打破僵局策略

谈判中的僵局是指在谈判过程中,双方因暂时不可调和的矛盾而形成的对峙。出现僵局不等于谈判破裂,但它会严重影响谈判的进程,如不能很好地解决,就会导致谈判破裂。

并不一定在每次谈判中都会出现僵局,但也可能一次谈判出现几次僵局。

那么,在什么情况下,僵局可能出现呢?在现实生活中主要有以下情形:

(1)谈判双方势均力敌,同时,双方各自的目的、利益都集中在某几个问题上。比如,一项产品质量索赔事务谈判,对产品是存在质量问题还是买方操作不当所引起,在尚未作出产品质量鉴定前双方本身就存在意见上的分歧,双方之所以会坐在一张谈判桌上直面问题,主要是基于过去有较好的合作关系,且通过委托第三方鉴定或走诉讼之路会有诉累。如果在谈判中,双方通融、协调的余地比较小,很容易在此问题上互不让步,形成僵局。

(2)双方对谈判所设定的条件差别较大,也容易形成僵局。例如,一宗进口机械设备买卖,卖方要价为20万元,而买方报价仅为10万元;卖方要一次性付款,如果实行分期付款,须保留所有权买卖,买方则坚持分二期付清。这样一来,要协调双方的利益就比较困难。通常的办法是都作同等让步,以15万元的价格成交。如有任何一方不妥协,僵局就会形成。

(3)在谈判中,由于一方言行不慎,伤害对方的感情或使对方丢面子,也会形成谈判僵局,而且这种僵局最难处理,也是最不愿意发生的。

(4)在谈判中,以坚持立场的方式磋商问题也容易使谈判陷入僵局。一方宣称要做什么、不做什么,另一方也针锋相对,这就大大缩小了双方回旋的余地,增加了妥协的难度。

应该看到,僵局的出现对双方都不利。打破僵局的主要策略有:

(1)亮出法规底牌。在法务谈判中,虽然会有法务人员参与,但由于法务人员的专业能力的差异,以及从事法务领域的不同,可能在谈判中对法律、法规的认知能力会有所不同。比如对合同的有效与无效的理解与把握、对人身损害赔偿标准与范围的理解与把握、对合同履行中违约责任承担方式的理解与把握等。如己方法务人员认为对方存在对法律、法规理解上的问题时,可以直接援引相关法条,甚至还可将有关司法解释、司法案例提供给对方,让双方明了,如果通过本次谈判不能解决,通过诉讼或仲裁途径对方不一定是有利的,以此来打破谈判僵局,促使对方珍惜本次来之不易的谈判机会。

(2)避重就轻。转移视线不失为一个有效方法。有时谈判所出现的僵局,是僵持在某个问题上。这时,可以把这个问题避开,磋商其他条款或其他谈判条件。例如,双方在价格条款上互不相让,僵持不下,可以把这一问题暂时抛在一边,洽谈交货日期、付款方式、运输、保险等条款。如果在这些问题处理上双方都比较满意,就可能坚定了解决问题的信心。如果一方特别满意,很可能对价格条件作出适当让步。

(3)运用体会策略。谈判出现僵局,双方情绪都比较激动、紧张,会谈一时也难以继续进行。这时,提出体会是一个较好的缓和办法,东道主可征得客人的同

意,宣布休会。双方可借休会时机冷静下来,仔细考虑争议的问题,然后为下一次继续谈判打下基础。

(4)推出调节人。寻找一个双方都能够接受的中间人作为调节人或仲裁人。由调节人提出符合实际的解决办法;或出面邀请对立的双方继续会谈;或启发双方提出有创造性的建议;或不带偏见地倾听和采纳双方的意见;或综合双方观点,提出妥协的方案,促进交易达成。

(5)改变原有的谈判方式。如以互惠式谈判来代替传统的谈判方式;如采取灵活的横向谈判方式;如改变一下谈判环境,以增进合作气氛。

五、法务谈判中的法务人员

1. 法务人员的谈判能力

商务谈判由业务人员主导,法务和其他专业人员提供支持。而在法务谈判中,尤其是纠纷争议的法务谈判,应当由法务人员来主导,即使谈判组组长为企业的行政负责人,其谈判活动也应由法务人员来具体谋划,谈判中的每一个阶段性工作应听取法务人员的意见。这里所讲的法务人员可以是公司外聘的法律顾问或专项服务律师,也可以是公司自己的法务人员。

从知识层面上讲,企业法务人员应当掌握有关法务谈判的相关法律规定和职业规范。法务谈判一般涉及双方主体四类人员:当事人、法务人员、对方当事人和对方法务人员。法务人员和当事人之间,以及法务人员与对方当事人和对方法务人员之间,都有着不同的谈判角色和职业规范。此外,法务谈判对诉讼时效有何影响,谈判内容和谈判记录是否可作为诉讼证据,如何作为诉讼证据,都涉及专门的法律知识,必须掌握和仔细考量。从技能方面讲,良好的谈判技能已成为衡量法务人员工作质量的主要依据。如何设局,如何挖掘和分析案情,如何陈述事实,如何沟通和妥协,都依赖于法务人员的谈判技能。

在一个公司企业中,对于经营性业务,经过业务人员的合理努力未能妥善解决的,使争议和纠纷可能升级而进入法律程序的,都要通报或直接移交给法务部门,由法务人员主导处理。法务工作对交易的顺利进行起着协调、推动和监督的作用。当交易出现问题或者商务谈判处于僵局时,就需要法务人员在明确问题实质、平衡各方商业利益的基础上,通过提出建设性的方案,甚至主持谈判予以解决。

企业应建立一个行之有效的争议纠纷管理流程,避免使业务人员将争议纠纷的处理滞留在自己手里、自行处理的做法。这是因为,业务人员在处理纠纷过程中,由于没有相应的法律知识和经验,可能会在一些不适当的时机,错误地披露、承认或否定一些事实,从而给下一步的谈判,甚至未来的诉讼带来毁灭性的

影响。这样的事例,在一些没有完善的法律争议和纠纷管理流程的企业不胜枚举。

2. 法务人员的决策参与

法务人员参与法务谈判的过程,实际上是参与企业经营决策活动的过程。法务人员坐在谈判桌上,代表公司进行谈判,在谈判之前,要做大量的准备工作,且应让法务人员实实在在地参与到公司的决策活动中。

(1)决策内容的法律调查。它是依法决策的前提,有些经营决策会涉及其内容上的合法性与有效性,需要由法务人员在谈判之前进行调研,做到知己知彼。如某钢铁公司欲向某研究所购买炉渣综合利用技术,双方草签了技术转让“意向书”,后经钢铁公司的法务人员调查得知该研究所虽然从事过炉渣综合利用的研究工作,但并未取得最后的研究成果,尚无现有技术可转让,因此,该项技术转让合同的标的是不存在的。由于技术转让合同是当事人就现有的特定技术权益的转让所订立的明确相互权利义务关系的协议,既然该项技术根本不存在,技术转让合同就不应当签订。最后,法务人员建议双方改签技术开发合同,减少了法律风险。

调研工作可从以下几个方面开展工作:①了解决策事项的有关背景。即通过对决策问题、决策目标、决策对象、决策的初步方案进行了解、分析,初步作出在法律上是否具有可行性的判断。②了解有关当事人的资信情况。即通过对有关当事人的企业性质、经营规模、经营范围、经营者的水平能力、资产负债、产品技术、履行合同情况等进行调查,在此基础上,对当事人相关法律问题作出初步的法律分析。③了解有关法律、法规、规章和政策。即将决策的内容与现行法律、法规和政策结合起来,审视决策的每一项具体内容是否符合现行法律、法规和政策的规定。

(2)决策内容的法律审查。可以由企业的法务人员直接参与企业重大经营决策,并对决策的内容进行法律审查。如某有限公司拟在双方共同投资新设立的有限公司中将董事会董事成员增加至15人,就此提议方案,在召开股东会之前,与另一方股东进行会商,该公司法务人员在会商会议上指出,我国《公司法》规定,有限责任公司董事会不得超过13人,避免了因不符合法律规定而导致股东会决议无效的情形。

企业法务人员参与企业重大经营决策主要通过以下五种方式进行:①以正式成员或列席人员的身份参加企业的各种决策会议;②以口头或书面形式为决策机构或决策者提供法律咨询意见;③通过起草、修改、审核有关法律文件参与企业重大经营决策;④通过调研发现企业管理中存在的重大问题,主动向企业决策者提出依法改进的建议和方案;⑤对企业重大经营决策设计的法律问题出具

法律意见书。

(3)决策内容的法律检查。决策内容的法律检查,就是吸收法务人员检查决策在执行规程中是否存在违规、违法操作情况,将有关信息反馈到决策机构。决策者依据反馈的信息,及时跟踪决策实施情况,对局部与既定目标相偏离的及某个或某些操作环节与法律规定相违的,采取纠正措施,以保证既定目标的实现。如2009年3月,A公司向某银行借款2000万元,约定还款期限为1年,并由资信良好的B公司作为连带责任保证人,保证合同中未约定保证期间。后A公司无力偿还贷款,银行于2011年10月向法院起诉B公司,要求其承担保证责任。按照我国《担保法》规定,连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。超过这一期限,保证人免除保证责任。B公司根据这一规定,向银行提出抗辩,法院最终裁决B公司免除保证责任。该案表明,如果该银行重视合同执行情况的法律检查,就可避免担保债权落空这一结果的发生。因此,企业必须重视吸收法务人员对决策执行情况的检查。

(4)决策过程的法务谈判。企业重大决策在实施过程中,需要相对方的配合与合作,此时,谈判活动就必不可少。法务人员积极参与企业的法务谈判,才有可能将决策计划转化为实际结果。

六、法务谈判的业务领域

1. 投融资业务

通常是指企业所开展的资本投资业务,以股权收购、资产收购、融资租赁等方式进行的旨在对目标公司拥有股权、债权或经营权的商业活动。投融资业务涉及许多法律规定,是法律事务谈判中一个较为常见、也较为复杂的谈判种类。

中小企业投融资业务包括间接投融资模式与直接投融资模式两种。

间接投融资模式包括:①股权转让投资,是指向部分股东拟转让的全部或部分股权为投资标的的投资。②增资扩股投资,是指在原股东之外,吸收投资方作为股东入股,并相应增加融资方注册资本的投资。

直接投融资模式包括:①具有贷款/委托贷款性质的投资方式,以及其他依法可行并经投、融资双方认可的投资方式。②通过小贷公司、典当公司、投资担保公司等非银行机构的资金运作模式进行借贷模式的投资。③融资租赁等其他形式的投融资方式。

中小企业投融资的全过程可以分为:投融资预备阶段、投融资意向阶段、尽职调查阶段、投融资协议签署阶段、投融资协议执行阶段、投资资本退出阶段。在每一个阶段中,从事专业领域的法务人员都可以提供相应的法律服务,为当事

人避免及减少法律风险,为投融资项目的顺利进行提供保障。

2. 产权交易业务

主要是指企业产权出售事务、产权并购事务。企业产权出售是指企业产权的所有权人出卖企业的产权于买受人,由买受人支付相应对价的行为。企业产权出售,从一般意义上讲,它应属于买卖的范畴,但是这种产权买卖不同于一般商品的买卖。

在企业产权交易中,除了企业清盘后净资产买卖以外,更多的是通过企业并购行为进行的,包括合并与收购。其中,合并有吸收式合并和新设合并之分,而企业收购则是一家企业购买另一个企业的股份或资产以获得对该家企业本身或资产的实际控制权的行为。收购一家企业,有时通过购买该企业的股权来进行,有时也可以通过购买该企业的资产来达到目的。

3. 索赔业务

通常是指合同一方当事人因另一方当事人违约使其遭受损失而向对方提出要求损害赔偿的行为,或侵权行为使受害人遭受损失,受害人向侵权人提出损害赔偿的行为。

索赔在实践中不仅指向责任方提出损害赔偿的要求,它还包括行使法律上规定的其他救济方法,如解除合同、拒收货物、实际履行、损失补偿等。理赔是指责任方对索赔的处理。索赔与理赔,可以说是同一问题的两个方面。要认真做好调查研究,弄清事实,分清责任,要合理确定损失程度、金额和赔付办法。开展索赔事务时,各方当事人先进行面对面的谈判,以此寻求双方都可接受的赔偿条件,往往是解决问题的最有效方式。

4. 劳动争议事务

通常是指发生于劳动者与用人单位之间因履行劳动合同而引发的争议处理业务。常见的有工伤事故的认定或赔偿、劳动合同的终止与经济补偿、社保基金缴付争议的处理等。劳动争议通过谈判解决更有利于稳定和谐的劳资关系。

5. 知识产权争议事务

知识产权纠纷按照纠纷性质大致可以划分为三种类型:①知识产权合同纠纷,包括转让合同和许可合同;②知识产权侵权纠纷,包括著作权、专利权、商标权等权利侵权纠纷;③知识产权确权纠纷,通常是关于知识产权权利归属主体及权利是否有效的纠纷。上述纠纷形态通常发生在知识产权的取得、使用、转让、不法仿制等过程中。针对知识产权不同的纠纷,需要能够满足纠纷解决个性化需求的方式加以解决。这其中,诉讼是最典型的解决方式,但未必是最能够满足解决需求的方式。在纠纷解决的整个过程中,对解决模式和方法的选择应贯彻当事人主义,由当事人综合衡量通过谈判解决还是通过诉讼、仲裁解决的优劣后

行使程序选择权,但每种解决方式的程序和法律效果必须明确有效。

6. 纠纷非诉解决事务

这是从广义上来界定法务谈判领域的。法务谈判活动有些是基于项目的合作,有些是基于纠纷的非诉讼解决。法务人员参与法务谈判,相当数量是处理纠纷,尤其是合同或侵权纠纷,通过法务谈判解决纠纷,以避免双方进入诉讼阶段。

七、谈判成果

1. 达成协议

达成协议,即签订合同。协议成为双方当事人明确各自权利与义务关系的依据。

通过谈判达成的协议,应注意以下问题:①协议尽可能采取书面形式。口头的或其他的形式由于存在一些形式欠缺,尽量少采用。②协议应由双方单位加盖公章,或由法定代表人或代理人签字。只有代理人签字而没有加盖公章的,应提交授权委托书。③协议中的原件应由各方保存。各方保存的原件内容应是相同的。④达成的协议切忌一方在签字盖章后通过邮件送交给对方去签字盖章。对一些标的额大、内容复杂的协议书,有效的做法是经办人员与协议文件不离身,这样既可以防止邮寄丢失,也可以防范对方在协议上另加条款作出修改后将原协议的其中一份寄回,从而改变邮寄方的真实意思表示。⑤争取协议初稿由我方来起草。

2. 达成意向书

意向书是双方当事人通过初步洽商,就各自的意愿或原则达成一致认识而签订的书面文件,是双方进行下一阶段实质性谈判的依据,是签订协议(合同)的前奏。一般而言,意向书没有法律效力,但也不是绝对的,有时也可按照合同法上的缔约过失责任来追究一方的缔约过失责任。

3. 达成备忘录

备忘录通常是指将双方在谈判中所持有的意见或观点,以文本的形式概括性地记载下来。它可以是单方面意见的陈述,也可以是补充已表示过的意见,它没有法律约束力,对方可以同意,也可以否定,可以当即回答,也可以留待以后的会谈中再予答复。在中外合营项目的谈判中,双方以备忘录的形式交换意见是很常见的。

4. 制作会谈纪要

会谈纪要是指对每次谈判的情况作出比较完整的书面记载,以保证会谈的连续性。这种文件一般都要双方谈判代表签署,虽然没有单独的法律效力,也不是协议、合同的组成部分,但它对协议、合同的产生起着重要作用。会谈纪要的