

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

非诉讼法律行为演练

» 郑曙光 编著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

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

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://zjdxcb.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。案例教学法是通过的案例的分析讨论,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 with 规则。

非诉讼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,而非诉讼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,非诉讼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,而非诉讼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。

非诉讼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;而非诉讼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,而非诉讼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。

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 and 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. 产品质量法律责任法律事务演练	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讼法律行为实案,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对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、非诉讼法律行为实践、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、非诉讼法律行为演练教学蕴含的价值意义与进一步完善对策

1. 《非诉讼法律行为演练》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,《非诉讼法律行为演练》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的伤害,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力。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。