

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织

纠纷解决原理与实务系列教材

SERIES TEXTBOOK ON DISPUTE RESOLUTION PRINCIPLES AND PRACTICE

谈判学与谈判实务



蔡彦敏 祝聪 刘晶晶 著



NLIC 2970692748

清华大学出版社

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND) 中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC) 组织

纠纷解决原理与实务系列教材

SERIES TEXTBOOK ON DISPUTE RESOLUTION PRINCIPLES AND PRACTICE

谈判学与谈判实务



蔡彦敏 祝聪 刘晶晶 著



NLIC 2970692748

清华大学出版社

北京

内 容 简 介

《谈判学与谈判实务》为纠纷解决原理与实务系列教材之一,适用于法律院校学生和实务工作者(调解员、仲裁员、法官)等。它是我国法学教育领域第一部关于谈判学的教材。该书由“谈判的基本理论”、“谈判的主体”、“谈判的阶段”、“谈判的策略与技巧”等七章组成,作者在撰写过程中,参考借鉴国内外在谈判学领域的最新研究成果,并结合我国法学教育的目标、特点、需要及发展趋向设计安排全书框架、体系和内容,以谈判学理论、实务操作相结合为基本思路和方法,涉猎法学、管理学、心理学、政治学、社会学、历史学等多学科知识,对谈判学理论进行系统的研究和运用,同时又结合诸多谈判实例予以阐释和分析,兼具理论性、实用性、可读性与启发性,使读者既可获得谈判学理论上的指引与提升,又可了解谈判实务、增强谈判实力。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

谈判学与谈判实务/蔡彦敏,祝聪,刘晶晶著. --北京:清华大学出版社,2011.4
(纠纷解决原理与实务系列教材)

ISBN 978-7-302-25052-4

I. ①谈… II. ①蔡… ②祝… ③刘… III. ①谈判学-教材 IV. ①C912.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 043906 号

责任编辑:李文彬

封面设计:闻·竞工作室

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨艳

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:21 字 数:430 千字

版 次:2011 年 4 月第 1 版 印 次:2011 年 4 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:39.00 元

产品编号:036668-01

作者简介

蔡彦敏,女,法学博士,中国人民大学博士后,美国富布莱特项目访问学者,美国耶鲁大学世界研究员项目研究员,纽约大学高级访问学者。现任中山大学法学院教授,中国民事诉讼法学研究会副会长,中国诊所法律教育专业委员会副主任,广东省诉讼法学研究会会长,广东省人大常委会立法顾问,广东省、广州市人民检察院专家咨询委员会委员。

著有《正当程序法律分析》、《民事诉讼主体论》;译著《美国民事诉讼的真谛》、《纠纷解决——谈判、调解及其他机制》、《法庭风暴——美国耶鲁师生诉战总统》;在《中国法学》等国家级杂志上发表《对以事实为依据以法律为准绳原则的重新释读》等论文;《中国特色的诊所法律教育》(英文版)论文发表在牛津大学出版社《全球化的诊所法律教育运动》一书;主持国家社科基金项目“中国民事诉讼法的修改”等课题;主讲的民事诉讼法课程被评为中山大学优秀重点课程;主持的诊所式法学教育改革项目获广东省教学成果一等奖。

祝聪,法学硕士,曾从事刑事、民事审判工作及法学教育与科研工作,现为广东民生康田律师事务所合伙人,广州市律师协会环境法委员会副主任委员,广州市工会工资集体协商顾问团顾问。曾到美国耶鲁大学、哥伦比亚大学、肯塔基大学等进行学术访问。在《法学评论》等法学期刊上发表论文 20 余篇,科研成果获广东省法学会优秀科研成果三等奖、广州市法学会优秀科研成果二等奖。获得广东省律协 2008 年律师业务典型案例评选一等奖,为中山大学法学院诉讼法研究生和法律诊所学生开设关于法律谈判与纠纷解决的专题系列讲座。

刘晶晶,女,法学硕士,美国哥伦比亚大学法学院法律硕士,获得纽约州律师资格。现任美国佛蒙特法学院(Vermont Law School)助理教授及中美环境法合作项目副主任,讲授中国法概论和比较环境法研究两门课程,主要研究领域包括纠纷解决、比较法和环境法。此前曾在美国著名的环保组织自然资源保护委员会旧金山办公室从事中国环境法方面的研究,并在洛杉矶公益法中心从事环境正义方面的项目。合作出版译著《纠纷解决——谈判、调解及其他机制》,并在《法律适用》杂志上发表论文《建构中国民事诉讼中司法性的 ADR 审视与思考》。

纠纷解决原理与实务系列教材

编审委员会

(按姓氏音序排序)

蔡彦敏	程 慧	丁相顺	范 愉	冯玉军	傅郁林
郭文杰	郝银钟	韩大元	胡红玉	胡苏薇	江 伟
蒋惠岭	金俊银	李 冰	李 浩	李文彬	刘荣军
彭文浩	齐树洁	邱星美	史长青	汤维建	王福华
王亚新	王承杰	肖建国	肖建华	徐 昕	杨荣新
杨华中	杨晓蕾	章武生	宗俊峰	赵旭东	朱景文

总 序

范 愉

这里奉献给读者的,是一套有关纠纷解决的系列教材,内容涉及纠纷解决原理,谈判(协商, negotiation)、调解(mediation)等非诉讼解纷方式和各种专门性纠纷解决机制方面的法律实务。教材的主题是古老的,但是作为法学院教育和法律实务部门的培训的教材,又是全新的。教材所阐释的是现代的多元化纠纷解决机制,同时也是对人类社会传统资源的一种继承与升华。

孔子云:听讼,吾犹人也,必也使无讼乎。作为一位现世的地方官吏,孔子在承担司法和纠纷解决职责时,也会像任何一位法官那样,遵循公平正义之道、按照法律规则和程序进行审理并作出裁判;而这一点往往会被人们所忽略。实际上,中国古代的孔子和美国现代的霍姆斯大法官一样,都承认诉讼是“必不可少的恶”——虽然恶,但必不可少。法律是为国家强制力保障的权利和义务,是人类行为的底线,由于社会存在利益纷争,存在各种形式的恶,存在不守法的人和行为,就需要国家司法机关通过诉讼主持正义,保护为被恶所践踏和侵害的善,为缺少理性的纠纷当事人作出裁判,恢复被纠纷和冲突破坏的秩序,因此,诉讼是必不可少的。

然而,孔子在忠实于自己职责的同时,更满怀着对人类社会的一种悲天悯人的关怀,以及一种对诉讼的批判和社会责任感。他深刻地看到了纠纷与诉讼中的“恶”,确信这种以国家权力和法律规则名义的、最正当、最权威的纠纷解决方式,存在着种种局限与弊端,远不如他毕生追求的中庸、和谐、宽容、仁爱等美德。因此,孔子的政治理想是通过道德教化和人类社会自身的努力使诉讼减少乃至消弭。毋庸置疑,孔子的理想不仅在他所处的时代、而且在人类的漫长历史上从未实现过,即使在古代中国的熟人社会,即使在儒家伦理被奉为国学的时代,不仅大规模的社会冲突(如农民战争)总是阶段性地发生,而且在日常生活中,道德礼教也并不能阻止民间社会纠纷频繁、诉讼不断。自古以来,与“无讼”理想同在的,是载入史料的“健讼”、“缠讼”的事实;与官府不遗余力的“非讼”、“诚讼”之努力并行的,是没有终结的“上访”和“京控”文化。在今天社会转型、市场经济和法制建设进程中,随着权利意识的高涨、熟人社会的解体、利益冲突的加剧和价值观的多元化、道德失范、社会风险的增加,毫无疑问,纠纷和诉讼的增加不可避免。此外,不可否认,孔子在非讼的同时,没有正面肯定诉讼对于社会的积

极意义和价值,这种价值取向似乎与现代法治社会格格不入。对于深受法治理想话语浸染的现代公众、特别是法律人而言,诉讼的消失往往会被视为正义的消亡,他们不仅不可能信奉无讼理想,而且总要将其作为中国入权利意识淡漠、忽视法律、崇尚人治的经典证据。

实际上,对于孔子的思想内涵还可以作出一种辩证的理解或诠释。首先,孔子的非讼思想,不过是对诉讼的终极价值提出了批判,并没有不切实际地试图消灭纠纷,更没有以此推卸自己的职责;在当今社会,也有很多法官同样认为,依法裁判未必等于公平和正义,相比诉讼和判决而言,非诉讼或协商方式解决纠纷往往具有更好的效果。其次,无讼的理想并非毫无依据的想象,事实上,在人类社会发展的不同阶段、不同地域(社区),都自然地存在着无讼的现象甚至“无需法律的秩序”(美国,埃里克森),通过道德教化、精神疏导、社会公平度的提高,有可能降低纠纷的密度和强度;依靠社区等共同体的自治、宗教戒律,自律机制等形成有效的治理,不仅有可能减少诉讼,而且可能最大限度地减少纠纷带来的风险和社会成本。即使在今天的中国,一些基层人民调解健康运行的地方,也能做到“小事不出村,大事不出乡镇”。最后,在人类社会,纠纷本身是不可能完全消除的,在复杂的现代社会形态下,诉讼作为特定纠纷解决方式的价值本身更是不容否定,但任何国家或地区,特别是基层或社区,确实可以将最大限度地减少诉讼作为治理目标,作为良好治理效果的标志,作为社会公正的指标,作为社会和谐的象征。当然,这种结果不可能通过禁止诉讼或压制诉求实现,而只能通过合理的风险预防和治理机制,以及在纠纷发生后的及时有效运行的协商和调解等非诉讼解纷机制,减少对国家权力以及强制性、对抗性和高成本的诉讼程序的启动和依赖。在这个意义上,无讼可以视为孔子提出的一种富有哲理和可行的治理之道,是一种在崇尚自然、情理、自治基础上形成的社会可持续发展理念。

尽管西方人并不奉行孔子的价值观和理想,但并不意味着他们都崇尚诉讼,律师出身的美国总统亚伯拉罕·林肯,一次在律师协会的演讲中告诫律师们:劝阻诉讼吧。尽可能地说服你的邻居达成和解。向他们指出,那些名义上的胜诉者实际上往往是真正的输家——损失了诉讼费、浪费了时间。律师作为和平的缔造者,将拥有更大的机会做个好人。其实,在西方法律传统中,诉讼也同样被视为一种“负价值”,并流传着各种谚语,例如,“诉讼会吞噬时间、金钱、安逸和朋友”(Lawsuits consume time, and money, and rest, and friend),“坏的调停胜于好的诉讼”(Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès),等等。遗憾的是,正如美国法社会学家布莱克指出的那样,现代社会已经产生了对法律和诉讼的依赖症,人们选择诉讼往往并不是因为对它的认同或热爱,而是因为法律的触角已经渗透到每一个角落,并逐步将其他机制从人们的选择中加以排除。人类社会对和谐、协商、非对抗纠纷解决方式的崇尚,长期以来一直被法律人“为权利而

斗争”的口号所压抑,并被贬斥为前现代的社会意识。

20世纪60年代以后,世界各国在相对稳定与和平的发展环境中开始重新审视和反思法治与社会治理的规律,非诉讼纠纷解决方式(ADR)运动逐步成为一种世界潮流和全球发展趋势。追求非对抗、自治、效率、便利、参与、协商等价值的多元化理念,促成了大量新型纠纷解决机制的产生和传统调解机制的现代转型,乃至英国在世纪之交的民事司法改革中确立以减少诉讼为目标。如今,适应当代人价值观和利益的多元化需求,除了国家强制和法律诉讼之外,当事人可选择的程序和方式已经越来越多,法律与民间社会规范、诉讼与非诉讼、国家规制与社会自治之间的协调与融合也更加开放和丰富,而法律人在非诉讼领域也有了越来越多的用武之地和社会责任担当。

中国自近现代以来,尽管从未实现过的儒家“无讼”理想一直遭到各种进步思想的批判,但是调解却在各种意识形态和体制下保持着旺盛的生命力,这并不是因为中国社会保留着礼俗和中庸传统,毋宁说是由于近现代以来从西方国家移植而来的诉讼制度缺少与之匹配的程序公正理念、社会环境及文化,始终没有成为中国人实现正义的理想方式,在这种背景下,调解等非诉讼机制(也包括信访)作为一种替代性机制或解纷方式,可以在司法、行政和民间社会中发挥特殊作用,弥补法律和正式制度、资源的不足,成为社会秩序稳定发展不可或缺的一种缓冲、调节、更生机制。

另一方面,由于我国法制进程起步较晚,而司法体制和诉讼程序的现代化尚未完成,因此,社会对于法治的理解和宣传自始就带有强烈的理想甚至迷信色彩,在建构现代法律体系的进程中,社会和法律人都执著于诉讼的积极价值,而对其负面意义、局限性、成本和风险则三缄其口。在纠纷解决中,人们习惯将“法律途径”解释为诉讼或司法途径,并将其视为唯一正当、有效的解纷方式。将法律与国家规制和司法活动等同,将立法和司法视为法律与社会治理的全部。因此,在20世纪90年代的法制建设、普法和司法改革中,人们不断地对“无讼”理想大加鞭挞,而以诉讼取代调解一度成为社会的主流观念和法律人的理想。

然而,社会发展的规律和纠纷解决现实是不依人的意志而转移的,当社会转型期纠纷的复杂性、多发性与法律和诉讼机制的危机相遇时,人们不得不承认,一方面,任何一个社会都不可能通过不断增加司法的量的供给,满足社会无限增长的需求,因为这种供求失衡不仅不可能根本上消除,而且可能会通过机制的便利而被更多地诱发,乃至陷入一种恶性循环和诉讼依赖;另一方面,即使进入诉讼程序,也未必能得到期待中的正义结果,而以高昂的成本赢得“零和”结果、乃至两败俱伤的结局屡见不鲜,更何况道德成本、关系破损、民间规范的失落和“案结事不了”等社会效应。正因为如此,非诉讼纠纷解决机制(ADR)的意义并不是仅仅为了应对所谓“诉讼爆炸”,即从量上扩大司法的利用,更重要的是人

们有了更多的选择和可能,使纠纷解决从国家和法律人的垄断下向社会开放,从事后的救济提前到预防与早期介入,让当事人、社会力量、专业人员等都参与其中,从而使纠纷解决更加经济、及时、合理,并兼顾法律与道德、情理和各种利益的协调,真正达到“案结事了”。这种多元化纠纷解决机制的理念,实际上是孔子的理想和与现代法治社会的治理理念的交汇点。其目的不是为了全面取代或消灭诉讼,而只是对诉讼依赖和单一化思路的拨乱反正,重新认识和发挥调解等非诉讼机制的功能和价值。

随着ADR的发展及其影响的扩大,世界各国的纠纷解决研究和教育也在逐步普及和拓展。在司法、行政和民间性ADR协调发展的格局下,来自各种专业背景的调解人和仲裁员开始形成了一个新型职业群体。为此,许多专门性的纠纷解决学位课程、职业教育项目和培训应运而生,成为调解人或仲裁员资格准入的前提或职业保障。很多大学法学院开设了纠纷解决理论和实务技能课程,甚至已经将其列为必修课。而法官和律师职业群体,顺应多元化纠纷解决机制的发展和司法社会化趋势,不仅积极推动ADR与诉讼程序的衔接,自身也成为调解或和解的积极参与或推动者,并导致法律专业技能和职业伦理的重要转变。纠纷解决人员的职业化、专业资格准入和教育培训,尽管有着多元的价值、目标和路径,但共同之处在于,通过不断加强广大纠纷解决的实务工作者的职业伦理、行业自律和技能,提高非诉讼纠纷解决机制的公信力和实际功能,使社会公众和当事人熟悉、信任、乐于选择ADR解决纠纷,推动其扩大和普及,并由此实现社会的多元化和善治。因此可以说,纠纷解决教育和培训是打造善治基础的一项社会工程。

近年来,在建构和谐社会和科学发展观的背景下,我国多元化纠纷解决机制进入了一个新的发展阶段。司法机关、行政机关、仲裁机构、各种民间社会组织和行业组织以及传统的人民调解组织都在适应当代社会纠纷解决的实践需要,不断创新机制、完善程序,提高纠纷解决的技能和规范性。为此,调解等纠纷解决业务和技能培训的需求不断增加,标准不断提高,而法律院校也开始在法律硕士培养方案中将法律谈判课设立为实践必修环节,标志着非诉讼纠纷解决实务课程即将开始全面进入法律教育领域。

然而,众所周知,中国自古以来就重视书本知识和学历教育,而对于经验、技能的总结、传承则相对鄙视,实务教育与培训历来十分薄弱。在学术性和体系性法学教育中,各种实务技能并未获得应有的重视,迄今为止,国内绝大多数法学院系尚未真正展开纠纷解决课程,仅有一些侧重讲授原理和制度、法规的“调解法学”或“调解学”课程,由于脱离实践,法律学生很难由此获得对非诉讼纠纷解决机制的价值认同、知识、兴趣和行为规范,遑论成为调解或纠纷解决的能手。而实务界同样缺乏高水准的纠纷解决培训教材,在多数调解培训中,或者以介绍

实体法和现行制度为主,或者直接采用国外的调解教材和教学模式,由于缺少针对性和中国实践特色,效果往往不尽如人意。

针对我国纠纷解决培训的实际情况,汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND)和中国人民大学纠纷解决研究中心(DRRC),组织国内一些有关专家学者,并参考实务部门的培训需求和经验,编写了这套纠纷解决专门教材。

汕头大学长江谈判与争议解决中心(CKND),为本套教材的编写、出版提供了资助。为此,教材编审委员会和出版单位深表感谢。

这部系列教材的策划和推动者都是我国大学法学院最早成立的纠纷解决研究机构,始终致力于为我国多元化纠纷解决机制的理论研究、实践、教育培训和制度建构作出贡献,近年来与法院、司法行政部门、仲裁、人民调解、各专业领域、行业协会以及从中央和地方的不同行政机关,实务部门和民间社会团体展开了全方位的合作,在理论研究、立法、司法解释和制度建构、创新以及实务培训等方面进行了大量的尝试和努力,取得了诸多成果。我们合作开发的这套系列教材,原则上定位为研究生和本科生的必修或选修教材,同时能够作为其他有关实务部门的培训教材。本书在编写中注重理论体系与实务技能培训相结合,国际标准与中国纠纷解决的实际相结合,在教材内容上兼顾原理、制度、法律与实务技能,适应法学院教育及实务部门调解培训的需要和各自的特点。注意根据我国国情和实际,社会主体和当事人的行为方式、文化传统和价值观,针对我国法学院学生及实务工作人员的知识结构和实际需要,设计教材的内容和重点。教材具有独创性和前沿性,根据法律制度、纠纷性质、纠纷解决的专门化或专业性、程序和方式等不同标准,形成有区别但又相互关联的教材体系。同时,注重研究借鉴当代世界各国ADR理论与实践经验,充分反映国际最新信息和研究成果,力图使其达到国际同类教材的水准,但力戒盲目照搬和简单模仿。

我们衷心希望,这部教材能为在我国普及多元化纠纷解决机制的理念,传播和系统阐释非诉讼纠纷解决原理,促进各国纠纷解决制度和经验的交流借鉴,提高法律学生和实务工作者的操作技能作出应有的贡献。

前 言

我们奉献给读者的这本《谈判学与谈判实务》，是我国法学教育领域第一部关于谈判学的著作和教材。在本书中，作者旨在以鲜明的观点、细致的阐释、明晰的条理、广阔的视角、完整的体系探索与揭示谈判与读者之间紧密而深刻的联系，呈现谈判之繁复变幻与博大精深。这是一部探索性的著作，是我们不断学习、思考、探索、提炼和总结的结晶。在写作中我们力求参考借鉴域外发达国家商学院、管理学院、法学院等以及国内有关机构在谈判学领域的最新研究成果，结合我国法学教育的目标、特点、需要以及发展趋向设计安排教材的框架、体系和内容，以谈判学理论和谈判实务操作相结合为基本思路和方法，既对谈判学原理和理论进行系统的研究和运用，又结合诸多谈判实例予以阐释和分析，以期读者既可获得谈判学理论上的指引与提升，又可了解掌握谈判的实务和提高谈判的实际能力。

虽然在商学院和管理学院的课程体系中，谈判课程早已是其中的重要成员，但长期以来其在法学教育中却付之阙如。从传统法学教育体系来看，关注之重点一直在于法理、法制史、宪法、刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法等主干必修课程，而这些课程关注的主要是其自身领域的基础知识和理论发展状况；从授课教师角度来看，其关注的主要在于课程相关知识的传输，而非学生实务能力的培养；从法律实务角度来看，诉讼以其强制性、终局性和权威性毋庸置疑地位于整个纠纷解决机制之核心，而谈判、调解、仲裁等 ADR 的替代性纠纷解决机制则处于边缘地位。

然而，这一境况在迅速发展的社会大背景下悄然改观。自 20 世纪 70 年代以来，以谈判、调解、仲裁等为主要形态的各种替代性纠纷解决机制以其灵活、便利、高效、务实等特点迅速勃兴为一种时代潮流，日益成为当代社会中与民事诉讼制度并行不悖、相互作用的重要社会解纷机制，深刻而细致地影响着整个纠纷解决体系的面貌。世界性的 ADR 运动的持续勃兴，不仅广泛影响着法律实践，也深刻影响着法学教育。ADR 大潮荡漾着世界主要法域的纠纷解决格局的同时，也激发了世界先进的法学教育机构对其所培养的未来法律人应当掌握的谈判和其他法律实务技能培养的高度重视以及相应的课程建设。例如，自 20 世纪 80 年代以来，ADR 成为美国法学院普遍开设的一门课程，并且越来越多的法学院还开设了独立的谈判、调解、仲裁等 ADR 系列课程，着重培养学生通过上述方法为当事人解决纠纷的理论意识与操作能力。不少享有盛誉的法学院如哈佛法学院、斯坦福法学院、哥伦比亚法学院等还设有对 ADR

这一领域进行专门研究的学术中心。同时 ADR 相关的教材及研究成果也如雨后春笋般问世。随着法学教育与研究领域交流与合作的国际化,在其他国家和地区的 ADR 及谈判等课程也日渐成为法学教育中的朝阳领域。在中国的法学教育中亦是如此。近年来随着我国法律实务领域对于 ADR 以及谈判学领域需求与关注的迅速增长,谈判课程也已开始成为中国法学院课程体系中的一名新的成员。但由于谈判学教材的缺失,致使已开始或有兴趣探索该课程领域的师生们颇感困惑或力所不逮,比如,谈判课程究竟应当包括哪些基本的概念、涵盖哪些主要的内容、具有怎样的逻辑体系、究竟应该如何认识谈判的价值以及如何有效地运用谈判机制等,要自信地回答这些问题可以说是一个不小的挑战。

本书的写作亦旨在有助于更好地应对这一挑战。在体系与内容上,本书力求兼具理论性、实用性与可读性。全书共分为七章。第一章“谈判的基本理论”中,在对谈判的定义、要素和特征进行界定的基础上,按照一定的标准对谈判进行类型上的区分,进而分析谈判与其他纠纷解决机制的关系及其在纠纷解决机制中的作用、优势与局限,以厘清谈判学领域的一些基本概念和界限,为读者在该领域的系统学习、研究与实践奠定基础。第二章“谈判的主体”旨在对谈判主体以及影响谈判主体的各种因素进行专门梳理与研究。在对谈判主体进行类型划分的基础上概括谈判主体应具有的高素质与能力,分析谈判团队、谈判权力在谈判中的积极作用,进而分节研究感知、认知因素以及性格、性别、情绪等因素对谈判主体的影响,以使读者更理性地认识上述相关因素对于谈判主体及其谈判行为的重要影响,把握谈判主体及其谈判行为的一般规律。第三章“谈判的阶段”旨在分析谈判准备阶段、开始阶段、进行阶段、终局阶段等各个阶段的任务与特点,以使读者更清楚地认识谈判的过程性与阶段性,从而更好地把握谈判各阶段的工作重心,把握谈判各阶段之间以及其与谈判结果之间的有机联系。第四章“谈判的策略与技巧”中,以著名历史事件“重庆谈判”作为典型案例,生动揭示了谈判策略的制定与谈判技巧的运用之于谈判成功的非凡意义,进而分节研析了谈判中的沟通技巧与其他技巧,以期在谈判的策略与技能方面给予读者富有价值的参考和指引。第五章“第三方介入的谈判”专门研究分析调解人介入的谈判、管理人介入的谈判、仲裁人介入的谈判以及国际调停人介入的谈判,并通过对不同第三方介入下谈判的基础、条件、目的、作用等的分析,揭示第三方介入下谈判的变幻、复杂与多元。第六章“诉讼框架下的谈判”重点分析谈判与诉讼的相互关系,将诉讼框架下的谈判划分为诉讼前的谈判、诉讼中的谈判、诉讼后的谈判,并对委托律师的谈判、启动诉讼的谈判、诉讼程序的谈判、民事与刑事和解谈判、诉讼结束后的谈判等予以论述,从各阶段、多角度剖析诉讼框架下的谈判,揭示谈判与诉讼之间的深刻关系。第七章“国际商务谈判”以比较的视角展开对主题的研究,在探讨文化差异对国际商务谈判的影响的基础上,结合一些国际商务交流实例进行分析,进而总结

归纳出进行国际商务谈判应注意的问题。

在写作中我们注意到,谈判课程与法学院里所开设的绝大多数课程颇为不同之处在于,对每一受众来说谈判不仅不是一个完全陌生的领域,而且在该领域都已经有着其生活中的谈判经验可资借鉴。正因为如此,我们相信,读者在阅读中既不难在本书中找到共鸣,也容易对本书中的一些观点、论证等持不同乃至相反的看法。不过,在我们看来这是十分正常的,也是具有裨益的。因此,在本书中我们对于谈判学所涉问题的探讨,并不旨在给予读者一个唯一的标准答案,而是希望调动起读者的激情与批判性思维,鼓励读者自己以本书的体系、内容、观点、论证等为参考去探索、分析、判断和取舍。另一方面,考虑到现实生活中的谈判不仅与书本上的谈判有差异,而且要比书本里的谈判丰富得多,而在学习谈判的同时每一读者亦不可避免地作为现实世界中的谈判者践行着谈判,我们希望读者在系统学习谈判的课程中既注意观察和分析对方及他人的谈判行为,又理性地审视自己的谈判行为,评估过往的谈判行为及经验对自己谈判风格形成的影响,以便通过最大化自己的学习能力来组织和运用既有的谈判经验,汲取既往的教训,避免重蹈失败的覆辙,以不断提升和完善自己的谈判能力,从而游刃有余地进行谈判和赢得谈判。

对于法律人而言,无论是在职业发展领域还是个人生活领域,谈判都是必不可少的内容。或许在许多人看来,法律人作为谈判者会比一般人更具有优势。但这一看法中实际上不乏想当然的成分。我国法学教育中长期以来谈判等实务性课程缺失的状况,使得法学院学生在校期间没有机会获得专门的谈判理论与谈判实务的系统培训。因此,经过法学院的学习甚至通过了司法考试步入法律职业成为了法律人,却并不意味着必然具有比一般人更强的谈判能力和优势,在进行各种谈判时实际上主要还是基于自己既往的经验“跟着感觉走”,但这些自然形成的经验可能是积极有益的,也可能是消极无益甚至是有害的。因此,仅靠如此而形成的这种谈判能力是难以成为一名出色的谈判者的。谈判是一种可以后天研习提升的能力,对于法律人而言更是其职业发展必须具备的本领。只有对谈判学及其实务进行悉心的学习和研究,才能够不同情境和时空下更好地运筹和主导谈判,得心应手地应对谈判中各种变化的因素,以致致更好的谈判效果,成为一名出色的法律谈判者。上述考量也是激励我们写作本书的重要动因之一。

本书的作者团队长期从事法学教育、法学研究与法律实践,具有跨法域的教育与研究背景。本书由蔡彦敏、祝聪和刘晶晶合作完成。蔡彦敏与祝聪共同负责全书的体系设计、结构安排及修改定稿,其中,蔡彦敏负责撰写绪论、第一、二、三、四章,并与祝聪共同负责撰写第五、六章;刘晶晶撰写了第七章的初稿。在写作中,作者从《纠纷解决——谈判、调解和其他机制》、《法庭风暴——美国耶鲁师生诉战总统》选用了若干案例。本书作者即为该两部著作的中文译者,并获得原著作作者的授权。在本

书写作的后几个月中,刚刚考取中山大学诉讼法专业研究生的罗恬漩同学积极承担了本书的研究助理工作,并从学生的视角阅读了各章节,提出了有价值的反馈及修改意见。

本书是汕头大学长江谈判与争议解决中心和中国人民大学纠纷解决研究中心组织的纠纷解决原理与实务系列教材之第三部。我们衷心地希望,本书的出版能够促进更多的法学院谈判课程的开设与建设,以及促进法学教育界在谈判学领域更为系统、全面而深入的学术研究与实务探索,同时希望能够有助于读者更清楚地认识谈判的本质、价值和规律,克服谈判中的本能、惯性和混沌,从而成为出色的谈判者。

目 录

第一章 谈判的基本理论	1
第一节 谈判的概念、要素及特征	1
一、谈判的概念及其与人们的关系	2
二、谈判的定义和要素	7
三、谈判的基本特征	11
四、谈判与相似概念的区别	14
第二节 谈判的基本类型	16
一、竞争型谈判和合作型谈判	17
二、硬式谈判、软式谈判和原则型谈判	21
三、达成交易型谈判和纠纷解决型谈判	27
第三节 谈判与其他纠纷解决机制	30
一、纠纷与纠纷解决机制概述	30
二、谈判纠纷解决机制的特点与局限	32
三、谈判与其他纠纷解决机制的关系	33
第二章 谈判的主体	39
第一节 谈判主体概述	39
一、谈判主体对于谈判的影响	39
二、谈判的关系主体与行为主体	41
三、谈判的行为主体应具有的高素质与能力	43
四、谈判团队	47
五、谈判权力	50
第二节 感知、认知因素对谈判主体的影响	53
一、感知因素对谈判主体的影响	53
二、认知因素对谈判主体的影响	56
第三节 性格、性别、情绪因素对谈判主体的影响	64
一、性格因素对谈判主体的影响	64
二、性别因素对谈判主体的影响	67
三、情绪因素对谈判主体的影响	70

第三章 谈判的阶段	75
第一节 谈判的准备阶段	75
一、知己——对于谈判的自我评估	77
二、知彼——对于谈判对手的评估	81
三、审时度势——对谈判情势的评估	85
四、确定谈判议程	89
第二节 谈判的开始阶段	90
一、谈判开始阶段的主要任务	91
二、营造良好的谈判氛围应遵循的原则	95
第三节 谈判的进行阶段	98
一、谈判中的开价	99
二、谈判中的让步	101
三、谈判的节奏	102
第四节 谈判的结束阶段	108
一、谈判达成一致	109
二、谈判不能达成一致	114
第四章 谈判的策略与技巧	120
第一节 谈判的策略与技巧概述	120
一、谈判的策略概述	121
二、谈判的技巧概述	125
第二节 从“重庆谈判”看谈判策略的制定与运用	127
一、蒋介石方面“重庆谈判”战略的制定与运用	127
二、毛泽东方面“重庆谈判”战略的制定与运用	128
三、“重庆谈判”前电报往来间的战略与战术博弈	128
四、“重庆谈判”过程中国共双方的战略与战术博弈	133
五、“重庆谈判”的启示	139
第三节 谈判中沟通技巧的运用	141
一、表达	142
二、倾听	146
三、提问	151
四、回应	155
第四节 谈判中其他技巧的运用	160
一、分出轻重、抓大放小	161
二、白脸黑脸、刚柔并济	164

三、以刚克刚、以柔克刚·····	167
四、欲擒故纵、取上得中·····	170
第五章 第三方介入的谈判 ·····	175
第一节 调解人介入的谈判 ·····	176
一、谈判主体对调解人的信任·····	176
二、调解人介入谈判的经典案例·····	178
第二节 管理人介入的谈判 ·····	198
一、管理人介入的方式·····	199
二、管理人介入的劳资纠纷谈判实案·····	201
第三节 仲裁人介入的谈判 ·····	204
一、仲裁机制的特性·····	205
二、仲裁人介入的谈判实例·····	211
第四节 国际调停人介入的谈判 ·····	214
一、国际调停实例·····	215
二、国际调停及争端解决方式评析·····	238
第六章 诉讼框架下的谈判 ·····	243
第一节 诉讼前的谈判 ·····	244
一、律师与客户关于纠纷解决及其诉讼代理的谈判·····	244
二、谈判推动下叩响诉讼之门·····	248
第二节 诉讼中的谈判 ·····	267
一、诉讼可能基于谈判而开始·····	268
二、诉讼中的谈判主体及其谈判议题·····	269
三、诉讼中纠纷解决的“构建决策树”理论·····	274
四、刑事诉讼中的和解实例·····	277
第三节 诉讼后的谈判 ·····	279
一、诉讼后谈判的必要性——案结事未了·····	279
二、诉讼后谈判的主要议题·····	280
第七章 国际商务谈判 ·····	285
第一节 国际商务谈判中的文化差异 ·····	286
一、对“文化”的定义·····	286
二、以文化指标为核心的理论框架·····	289
第二节 文化差异对谈判的影响及实例分析 ·····	292
一、文化差异对谈判的影响·····	292
二、商务交流小实例及其分析·····	298