

合约争议的谈判艺术

章汝奭 编译

当买卖双方建立起合约关系以后，由于一方或双方的行为，或由于不可控制的原因，会发生条款上的乃至关系上的争议。应该说，经双方签署的合约是受到法律制度的制约的。而法律制度又从属于特定国家的政治、社会思想。这样，双方可能在实质上（而不是在形式上）有很大的差别。应该认识到当合约涉及外国法律的时候，双方对其内容的解释不一定完全相同。有时尽管使用同一专用名词或术语，但理解却不一样。因此，在某种情况下虽形式上存在着合约，却在实际上不可能履行。

一、在分析合约争议时，需要考虑的几个因素

在分析任何合约争议时，必须联系与合约有关的法律结构的实质、法权、财权及商业力量的运用等因素来考虑。

（一）法律结构及法权的运用

关于法律结构主要涉及三方面的问题：1. 合约受何种法律制度的制约；2. 如果争议双方诉诸法律将由哪个法庭或仲裁庭作出终局处理决定；3. 有关双方的资产在哪个国家。

目前，在英、美等国有个普遍倾向，就是当合约发生争议时，不用律师，也不援引原订协议中所规定的法律权力，甚至连合约条款也不提及。当然，这种倾向多用于私人之间而不是公众方面。其所以如此是因为本企业的买卖人员认为他能在人与人之间交往的基础上与对方洽商，以双方都能接受而合理的办法解决争端。如果本企业委用自己的律师，而对方也同样用他自己的律师，这样将立即使磋商变得严峻僵化而过于正式。不仅如此，一旦将争议委诸律师处置，恐怕律师按其职业习惯将严格按照法律准则办事而不会用情商或谅解的态度处理问题，那就可能把事情搞得更难以解决。此外，考虑到双方将来的交往，如对于对方的过失不以法律观点来对待，则将来自己如有过失，对方也会宽容谅解，否则，对方如有机会也会以牙还牙。因此，有这样的名言：“如果不让律师、会计师介入，任何争议都是能够解决的。因为律师和会计师们往往不理解在商业交往中的权衡取舍问题”。这种判断虽嫌粗糙，但实际上在英美却是广泛流行的。因此，在实际业务中，法律权力和律师往往是隐藏在幕后的，而是只有当不再考虑未来交易和双方关系的时候才会使用这个武器。

（二）财权

财权是权力中最强有力的形式，因为它能给予迅速而直接的冲击。从事售出货物的企业能在下述两个方面采取行动：

1. 对已交付的货物或劳务，扣留对方已交的货款；

2. 对持有属于对方的货款或保证金予以部分扣押。

对于发生争议的合约，在估量双方谈判实力时必须特别注意下列各点：

1. 买方是否未付货款，且仍拖欠于供货商；

2. 买主是否控制着货款；

3. 买主是否控制着履约保证金或银行保证金。

前两者比较简单，而第三种情况则涉及法律。一般来说保证有两种：一种是现金保证，即买主可持这种保证债券径往银行要求兑付，而并不需要提供供货商的违约证明；另一种保证债券通常是保险公司发行的，用以担保供货厂商履行合约。但对这种债券，买方如未能提供大量的有关供货厂商违约的证据则不能得到兑付。且这种保证债券一般附有仲裁条款。区别上述两种保证的重要性是很必要的，特别是对于供货厂商来说，如果遇到一个不讲道德无所顾忌的买主来说，这种区别的重要性就更为突出。

(三) 商业力量的作用

在实际业务中运用公开的或内涵的商业威胁的做法是促使争议得到解决的普遍使用的手段。这就是说，在争议当中，任何一方都可能向对手施加商业压力。其表现形式可能是以组织出面的，也可能是个人出面的。

1. 以组织出面的做法：

买主对供货商可能施加的压力是：

(1) 将其从供货商的名单中除名；

(2) 对其卖主作用的估量降级；

(3) 扣留将要向其订购的订单。

供货商对买主可能施加的压力是：

(1) 停止对等交往；

(2) 如供货商处于垄断地位，或求过于供，可对买主未来购货不予优先考虑。

2. 至于个人出面的做法，主要是建立在人员的个人交往之上。通过职业性组织或行业的关系，使人员建立起个人的接触。

(1) 双方最高层人员之间的关系是建立在彼此互相尊重的基础之上的。而且彼此都不愿失去对方的信赖，所以当对方以其个人的身份对己方的过失提出意见时，常把这看成对自己威信的挑战而愿意认真负责解决。同样，对于拟向对方提出意见的一方来说，在提出意见以前总要把问题调查清楚，唯恐意见不切实际而有失脸面，而这种慎重的态度自然也要让对方晓得。这些往往是交往中彼此心照不宣的准则。

(2) 在低层人员的交往中，往往互相捧场，有时还相互赠送些小礼物，以增进友谊，使彼此交往融洽。在面对争议时，其对策不外有四：接受对方的要求或提出的解决办法；设计一种折衷的解决办法；顶住、并停留在本企业目前的主张之上；诉诸法律或仲裁。

上述所有这一切都与企业的资源情况和竞争目标有关，而且可以这样概括起来：即不论是磋商交易，还是发生争议问题以后而诉诸法律，总要测算成功概率，总要考虑资源的需要和供给。这些对于大公司和小公司来说是很不相同的。譬如，资源问题在大公司来说可能根本不予考虑而小公司则不然；大公司可能有自己的法律部门，而小公司则只能另行聘请律师，而这将是一项额外开支；大公司有能力另行聘用技术专家，而小公司往往只依靠本公司

的技术人员；大公司在财务上可以承受旷日持久的业务谈判或诉讼事宜，而小公司甚至必须考虑每月的开支和人员的工资；大公司一时发生资金周转上的困难，他们往往可得到银行的同情和支持，因为银行怕失去一个往来可观的帐户，而小公司在这种情况下只能请求在一定的透支限度内允许记帐，因此对于小公司来说，必须考虑资金的最有效的使用。一般来说，小公司是不能承受旷日持久的磋商谈判和法律诉讼的。这就是说，小公司在商业、法律、技术、财力等方面的压力面前会明显地暴露出它的弱点。这也是小公司多选择低风险项目从事经营的原因。

二、对待合约争议的策略原则

合约争议谈判的突出特点是双方已经处于契约关系之中，在任何时候对于各方都提供下述可能的选择：

（一）合约争议策略的四种选择

（1）承认、接受合约目前的局势，并接受对方对于合约的解释和采取的行动。

（2）虽维持合约的有效，但反对对方对于合约的解释和采取的行动，要求在合约的原则基础上进行进一步谈判。

（3）中止合约。

（4）有时合约一方认为毁约有利，而故意违约。

在对上述（1）（2）两项进行抉择时，作为承受对方处置行为的一方，必须在向对方表示抵制或反对之前审慎权衡利弊，考虑这样做的结果是会建立本企业的坚定信誉还是会引起对方人员的不满而在以后进行报复。有时在某个枝节问题上即使是正确的，但是从长远来说也未必会得赞同，甚至会遭致对方人员公开的不信任。

反过来，作为采取处置行为的一方，则应完全根据合约的正当解释和事实以及有力的证据，使他完全有理由期待对方予以接受。然而，有时感情会胜过理智，对因之而产生的反常反应也应有所预见。所以他应尽一切努力向对方表明，他在采取这些处置行动的时候是注意到对方的看法的。这样，就使得对方的业务谈判人员在向管理部门汇报的时候，说明经过他的努力，目前的做法较原来打算提出的处置办法缓和得多，从而使他能得到领导的信任。如果这还不够，行为发起的一方应考虑修改其策略，即执行有限度的克制性策略，从而适当缓和对方业务谈判人员的情绪。这里有必要再次强调的是：企图用规范化的办法来对待合约争议将是非常困难甚至是行不通的，因为人事和感情的因素在其中所起的作用实在太大了。

（二）企业应根据不同情况制定不同策略

争议案件的处置很重要是如何抵制绝对的论证和主观的判断。因此，在企业制定策略的过程中须区别哪些无形的问题完全是由于外界环境所造成而且是任何一方都无法控制的，哪些是由于对方或其代理人的过失所造成的；此外，还必须注意区别原则上的接受索赔与确定索赔数量的协议。对于这四种情况应有不同的对待策略。

案件编号	情 况	问 题	应采取的策略
1	出于双方不能控制的原因	原则同意索赔	速决策略
2	出于双方不能控制的原因	确定索赔数量	克制性策略
3	由于对方过失所造成	原则接受索赔	速决策略
4	由于对方过失所造成	确定索赔数量	克制性策略

上述第2案所以提出采取克制性策略，是认为提出索赔的企业在了解到对方如何对待讨价还价的态度之前，所提索赔要求应是最低限度的。（除非知道对方从来是以减半来对待任何索赔，才须另作考虑）这是因为在这种情况下，对方虽然没有过失，却也蒙受一定损失。他们很可能认为提出索赔企业的任何要求都是过分的、不公正的，也是对他们的一种打击。这样，他们的回答很可能是感情用事或属对抗性的。如果提出索赔的企业能表示对于对方处境的谅解并将索赔要求尽量予以节制和尊重对方，那就很可能得到同情的反应。但是，提出索赔的企业也不能表现太软弱，以防对方轻蔑对待。总之，“合理而坚定”应是奉行的准则。

第3、4案的问题自然是更为尖锐的。这里的问题是，如果对方一旦接受索赔，其经济损失还在其次，主要是不仅在一定程度上丧失尊严，且有关人员将可能受到惩处。而且可以设想，在索赔期间也正是向这些人调查了解具体情况的。关于原则接受索赔的问题，其速决策略的主张是建立在以提索赔应完全根据事实与合约文件，并无夸大之处这样的基础之上的，因此，如予退回，索赔一方仍可根据合约将以无可辩驳的理由向受谴方的最高领导层、董事会乃至任何仲裁庭提出索赔主张的。关于索赔的数量问题，索赔一方必须准备对方将讨价还价。这是因为在客观上这是唯一可能减少支出的手段，而在主观上，从谈判人员的角度来说，这也是唯一保护自己免失尊严的途径。因此，索赔一方为了达到目的，还必须与对方一起探索解决索赔的途径，有时甚至还可利用抛出替罪羊的办法，既在一定程度上保护对方某些人员的尊严，又可使自己达到得到赔偿的目的。索赔一方的谈判虚头应使这种让步足以使对方的谈判人员能以之向其管理部门表明他们在争取解决这一问题所作的努力，从而使对方的谈判人员得到保护，并促使其管理部门同意这种解决办法而付诸实施。

任何索赔谈判，为了索赔一方的利益，最好能向对方提供实证。这样，就可避免双方僵持在讨价还价之中而使对方的谈判人员有理由接受索赔。如有可能提供的实证，最好不要指名道姓地涉及对方的某个或某些具体人员或职务。

三、如何提出最初的解决办法

在合约发生争议时最初提出的解决办法应该是：

（一）本着双方一致同意的争议事实，提出一种认为是刚好满足对方最低谈判目标的解决办法；

（二）任何解决办法，都必须保证能够达到本企业的最低谈判目标。

合约争议谈判的特点是：双方业已为一项利害相关的契约牵涉在一起，因而与一般的报盘出售或采购是截然不同的。这样，双方谈判人员的感情成分要比一般的报盘出售或采购谈判大得多。而且可以想象，谈判的结果对于双方来说，心理上的得失甚至和金钱上的得失一样重要。此外，社会的民法规范也影响着合约的执行。不仅如此，争议双方看待争议事项的价值也可能大不一样。譬如，卖方可能认为，对于规格上的某一点不大重要的要求未能做到是无关紧要的，甚至会说这对设备的功能和操作运行毫无影响；而这在买方的工程师来说却认为这种未能达到规格既定要求的情况是对他们的一种轻蔑侮慢，如果他不坚持原定规格要求，被上级发现会指责他是严重失职。所以，谈判人员应设法弄清楚对方是如何看待争议问题的。要做到这一点，就必须结合考虑对方的民族气质，社会结构与文化背景。

最好在提出任何解决办法之前，双方对争议的问题有一致的看法。如果双方对争议问题的事实，没有共同的基础而要着手去处理问题将是危险的。当然，也会有这种情况，即双方未能就争议事实达成协议，而一方却被迫必须提出一项解决办法时，他们就面临一项困难的工作，那就是需要测定如果一旦双方对争议事实达成一致看法时，什么将是对方的最低谈判目标。试举一例，如看准对方错误地认为事实对他们有利而采取强硬态度时，这样，就可测定在对方认清事实真相之后，他们的谈判人员势必改弦更张，以便脱钩而保全或少失面子。在这种情况下，本企业初次提出的解决办法应该网开一面，尽量不使他们受到上级的谴责才好。

假设这是一项关于卖方未能及时交货，买方提出索赔罚款的争议。卖方认为，其所以延期主要是由于买方未能及时履行有关的合约条件，其次是由于有一些不可抗力的因素，因此应该允许延期交货；而买方之所以提出索赔的主张，是因为无视自己未能履约的过失，从而一味认为卖方应该受谴。在这种情况下，卖方在提出解决办法时似应只强调不可抗力因素，而对于对方未能履约问题暂置不议。这样，就给予对方的谈判或业务人员以出路，而不至把他们的过失暴露在他们的领导面前。与此同时，卖方当然要使对方的谈判或业务人员懂得此举的意图在于维护他们，否则，一旦正面驳回对方的要求，其后果将对他们这些人不利。

这类情况之所以重要是由于买方未能履行付款条件是常有的事。在这种情况下，卖方的初步决策应是考虑是否须将问题作为争议事项予以公开，还是把对方的违约过失只记录在案而继续履约。作出这项决策主要考虑的因素是：

(1) 如果不将买方违约之事公开，卖方是否相信买方最终将会纠正违约而予以付款的问题；

(2) 对于对方的违约，卖方自应考虑在财务上能否支持；

(3) 卖方当然须将对方违约情况告知自己的信贷银行，有关信贷银行的态度如何也是决策需要考虑的因素；

(4) 合同双方是否属于同一法律制度之下，如果属于同一法律制度，且对方有财产在法权管辖之下，则卖方可能通过上诉使债务得到补偿。否则，卖方只能通过仲裁以求尽可能减少一些损失，或视信贷银行的态度而考虑进退。

总之，任何决策都必须充分考虑与对方业务谈判人员的关系，特别是某些批评会触动对方情绪的时候则更需注意。