

争议解决法律

实务清单 — 仲裁前协商期，企业自身可以做什么¹？

作者：金立宇 | 赵宇先

导论：仲裁条款往往会设置一个仲裁前协商期（从30天到90天不等）。即便没有，当事人在提起仲裁前也通常会“先礼后兵”，经历一段相对漫长的协商过程。实务中，我们不时收到客户关于他们在这段期间可以做哪些准备工作的咨询。另外，由于当事人在这段期间准备不足或忽略了特定事项，而导致仲裁陷入被动局面的情形亦不罕见。

有鉴于此，我们尝试选取不同行业客户的共性问题，结合实务经验和有关参考资料，精简和提炼了一份关于企业自身在仲裁前协商期（尤其在委托外部律师前）可以进行哪些准备工作的实务清单，以便企业高效地利用这段期间，为纠纷解决创造“势能”。当然，这份清单只是辅助性的，其并不能穷尽所有实务要点，尤其是带有行业针对性的要点。此外，有些工作应当是持续性的，并不限于提起仲裁前的期间。

下文共包含两部分：（一）谈判要点；（二）仲裁准备。

一、谈判要点

我们理解，通过谈判解决争议往往是企业的优先选择。但同时，我们也注意到，由于谈判没有既定的规则和裁判者，不少当事人对谈判的准备和操作可能不够重视，未能充分发挥其纠纷解决的潜力，甚至为仲裁留下隐患。我们认为，企业人员在谈判中可以留意如下要点：

¹ 参考资料：

- (1) Negotiation Preparation Checklist, Harvard Program on Negotiation, available at: <https://www.pon.harvard.edu/daily/negotiation-skills-daily/negotiation-preparation-checklist/> (last visited May 18, 2020).
- (2) Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes* 7th Ed (2020).
- (3) Nancy H. Rogers, Robert C. Bordone, Frank E.A. Sander, Craig A. McEwen, *Designing Systems and Processes for Managing Disputes* (2018).
- (4) Roger Fisher & William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (2011).
- (5) Robert H. Mnookin, *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes* (2004).

1. 沟通管理

- (1) 纠纷发生后，应当注意对公司员工与对方就交易和纠纷相关的沟通进行管控。必要时，可以确定内部纠纷解决小组和统一的沟通接洽人员。
- (2) 如有可能，重要谈判沟通尽量让法务人员陪同或主导。
- (3) 在表达自身法律立场，尤其是出于谈判目的作出妥协让步时，可以口头和书面强调无损权益（without prejudice），即有关表述不减损自身任何法律立场和权益，亦不得视为对某一不利观点的自认。
- (4) 避免情绪化和绝对化的表述。（一来，该等表述一般不利于有效沟通；二来，其日后如果暴露在仲裁庭面前，可能会对己方的形象和可信度造成不利影响。）
- (5) 注意判断与己方进行谈判的对方接洽人是否有权代表对方表达特定立场。
- (6) 判断双方哪些人员之间曾发生严重矛盾，如有必要可以避免在谈判中让他们直接碰面。

2. 识别双方核心分歧，针对其设计谈判方案。常见的分歧包括：

- (1) 对方因找到更好的商业条件或其它原因反悔；
- (2) 双方对合同条款理解不一致；
- (3) 对方希望从合作中获得更大的经济利益，要挟我方变更合同条款；
- (4) 对方丧失合同履行的财务能力；
- (5) 双方因公司治理架构缺陷、信任缺失或其它原因陷入合作僵局；
- (6) 特定事件（如疫情爆发、标的物灭失等）发生导致合作无法顺利进行，或者合作基础发生变化导致利益失衡。

3. 厘清大背景：

- (1) 可以注意判断有关交易和纠纷属于双方商业版图的哪一块，纠纷的不同解决方式将如何影响全局，避免因小失大。

4. 识别双方的谈判目的，例如：

- (1) 索赔；
- (2) 恢复合同履行；
- (3) 优化商业条件；
- (4) 消除商业不确定性；
- (5) 修复双方关系；
- (6) 改善公司治理结构；
- (7) 退出交易；

- (8) 引进新的投资人；
- (9) 诱使对方作出对自身不利的表述，从而“创造”证据；
- (10) 拖延时间，为财产保全等法律行动争取时间。

5. 利益梳理，并以“利益”（而非“立场”）为轴心展开谈判：

- (1) 根据谈判目的，尽可能识别出双方可以从谈判中获得的利益种类（如金钱、商业条件、商业关系、新的合作机会等），并进行利益优先级排序；
- (2) 特别地，应当注意区分和权衡短期利益（如赔偿金）和长期利益（如双方未来合作空间、政府关系等）；
- (3) 识别双方利益交集（例如某项产品成功研发、目标公司上市或被收购等）；
- (4) 针对利益交集设计解决方案（解决方案可以超出纠纷所涉的交易本身）；
- (5) 识别带有“零和”性质的利益，避免陷入这些利益的拉锯；
- (6) 留心双方之间的文化差异；
- (7) 对事不对人，避免给任何一方的品格扣帽子；
- (8) 避免基于不同立场的互相指责和辩论。特别地，建议将商业或法律立场视作谈判的筹码而非绝对不可妥协的原则；
- (9) 向对方陈述和解方案时，多强调该方案如何有助于实现对方利益。

6. 充分理解己方的 BATNA（Best Alternative to a Negotiated Agreement），即谈判失败时己方的最佳替代选项，这会影响己方在谈判中的态势。

7. 设定己方的底线。

8. 识别潜在利益相关方（不限于交易和纠纷当事人）：

- (1) 纠纷解决会影响哪些案外人利益？该问题的答案可能影响和解方案设计。
- (2) 哪些案外人可能为纠纷解决提供帮助，或制造障碍？需考虑如何借助相关方解决纠纷，或避免相关方施加阻挠。
- (3) 例子：公司其它部门或分支机构、当地政府、监管机构、关联公司、其它环节供应商、涉案公司高管、离职员工、潜在投资人、创始人、潜在竞争者等等。

9. 梳理双方的谈判筹码，例如：

- (1) 商业依赖性，例如：
 - 对方的生产依赖己方供应的原料；
 - 对方获得合同利益依赖己方采取某一行为（例如产品研发）；
 - 对方与己方持续合作甚至扩大合作的意愿。

(2) “规则”（不限于法律法规），例如：

- 法律法规和相似案例（可由外部律师协助评估法律立场强弱）；
- 行业规则和惯例（如会计准则），必要时，可考虑共同聘请外部专家就某一行业或技术问题出具意见；
- 双方一贯实践；
- 双方之间的“先例”，即在过去谈判和纠纷解决中确立的原则（如有）；
- 商业合理性。

(3) 对方对负面舆论的顾虑；

(4) 在有关行业领域为对方制造商业困境，或者帮助对方脱离商业困境的能力；

(5) 对方对于纠纷解决的迫切性；

(6) 财务和商业实力；

(7) 有关仲裁及保全程序为对方创造的压力和不利影响。

10. 当谈判出现僵局时，可以：

- (1) 多考虑不同利益之间的交换，而非在同一个“零和”利益上拉锯；
- (2) 强调双方过去的交情和未来的合作空间；
- (3) 暂时替换谈判出面人；
- (4) 由双方法务人员或律师单独谈判；
- (5) 聘请调解员协助双方谈判；
- (6) 提起仲裁，迫使对方重回谈判桌。

11. 动态评估：根据仲裁进展及双方有关商业发展对上述问题进行重新评估。

二、仲裁准备

不少当事人会认为提起仲裁意味着“撕破脸”和谈判渠道的关闭。事实上，我们在实务中很多时候观察到的是相反的情形：仲裁的提起使得谈判渠道重新恢复，也使得对方更严肃对待谈判，并更谨慎地评估自身立场强弱。仲裁的提起和推进往往起到了“以打促和”的积极作用。

因此，企业人员不妨将仲裁视为谈判的助推器，而非寻求解决方案的最终手段。在提起仲裁后，企业人员可以特别注意几个时机：仲裁通知书送达对方、双方完成实质性陈述答辩、证据披露完成（在境外进行的国际仲裁中）、开庭后。根据我们的观察，这些时刻往往是双方达成和解的良机。

企业人员在准备仲裁过程中，可以注意如下要点：

1. **判断仲裁对纠纷“解决力”，即仲裁对于解决双方之间的核心分歧能起什么作用。具体地，在存在如下情形时，仲裁可能不一定能起到“治本”的作用，可以考虑是否需要转换或并行使用多条**

救济途径：

(1) 纠纷不仅关于交易双方之间的合同和私法上的关系，还是涉及与政府之间的公法问题。例如，政府征用某一土地使用权或设施导致交易无法顺利进行；

(2) 纠纷涉及刑事问题。例如，基金管理人违规交易，可供执行的财产已经被转移。

2. 及时发送行权通知（如催告履行通知、催款通知、回购通知、不可抗力通知、解约通知、仲裁前协商通知等），并特别注意：

(1) 确保通知发送方式与合同约定一致；

(2) 在通知中提及欲触发的合同条款、权利和期限；

(3) 保存有关寄送和送达证据；

(4) 向对方日常联系地址，及其它认为可能有助于对方收到通知的地址再次寄送；

(5) 保存显示对方确认收到有关通知的证据。

3. 可以从如下板块全方位地准备案件：法律研究、事实挖掘、经济分析、仲裁员候选人调研、案件核心理论形成。

4. 法律研究：

(1) 法律法规

(2) 司法解释

(3) 审判指引

(4) 法律释义

(5) 国内案例（着重关注指导案例、公报案例）

(6) 境外案例（着重关注在交易和纠纷上具有相似性，可能蕴含行业普遍解决方案的裁判案例）

(7) 权威著作论文

5. 事实挖掘：

(1) 可以关注四类证据事实（以证明目的分类）：

■ **要件事实：** 直接关乎某个法律或合同要件成立与否的事实，例如在对赌交易中证明回购条件成就的事实；

■ **损失事实：** 与量化损失相关的事实，例如某项目前期投资数额和过往盈利数据；

■ **背景事实：** 便于仲裁庭理解交易和纠纷背景的事实，例如双方交易历史、交易习惯等；

■ **品格事实：** 影响仲裁庭对一方好感度的事实，例如关乎违约行为具体实施方式和违约动机的恶劣性的事实。

(2) 证据固定

- 对关键会议准备会议纪要，如有可能，尽量签字会在会后发送电邮确认；
- 对关键对话录音；
- 通过与对方书信沟通形成特定证据，例如反映对方立场和观点的表述，或者对己方表述的回应等；
- 电子证据所有人（例如电子邮件、微信信息的发送和接收方）应及时保存有关证据，避免自动清理；
- 对特定事实状态进行公证；
- 对损失进行评估，必要时，可以聘请第三方专业机构进行评估。

(3) 人员访谈

- 进一步了解事实全貌和细节，尤其是充分了解可能对己方不利的事实；
- 确定熟悉特定问题（如技术或财务问题）的内部专家和业务联络人；
- 判断案件对事实证人需求；
- 判断案件对（技术、财务、行业等）专家证人需求。

(4) 背景调研

- 挑选潜在的具有偿付能力的被申请人（Deep Pocket），研究将其纳入仲裁的可能性；
- 研究对方财务状况（包括涉诉状况），梳理财产线索（为保全做准备）；
- 调查对方近期商业动向，判断其对司法程序和败诉风险的承受能力；
- 通过公开判决书、媒体报导等渠道研究对方的商业行为特征（例如是否惯常采取某类违背商业诚信的行为）；
- 通过公开判决书、文章、同行打听等研究对方代理律师的背景和办案思路等信息。

6. 经济分析：

- (1) 研究交易商业模式、行业实践和商业惯例（该等问题可能关乎合同解释、合同补正、诚实信用和公平原则的运用、损失认定等仲裁实体问题）；
- (2) 剖析交易下的利益和风险分配机制；
- (3) 判断纠纷发生前后，各方经济地位的变化（一方因某一行为获得额外利益可能有助于论证其违约动机）；
- (4) 提出本案的利益分配方法，可以同时考虑如下两种视角：
 - 事后分析视角（Ex post perspective）：判断何种裁决方案符合交易本身的利益和风险分配机制；
 - 事先分析视角（Ex ante perspective）：判断何种裁决方案有利于促进未来双方合作的效率（主要适用于长期合同中，双方在仲裁后仍需继续合作的情形）。

7. 仲裁员候选人调研：

- (1) 通过公开书籍、文章、演讲、访谈、同行评价等渠道研究候选人的观点倾向性和办案特点；
- (2) 研究候选人以往的判决或裁决（如该等判决或裁决书能得到的话）；
- (3) 判断候选人对某一行业的熟悉程度；
- (4) 判断候选人在仲裁领域的声望和权威；
- (5) 评估候选人的忙闲程度（如果企业希望仲裁程序能尽快推进，可能不宜指定过于热门的仲裁员）；
- (6) 评估候选人的费用（境外仲裁员费用往往较高）。

8. 案件核心理论形成

- (1) 确定请求权基础；
- (2) 5W1H1V 法则：Who（谁）Where（在什么地方）When（在什么时候）What（做了什么）Why（为什么）How（问题如何解决）Value（读者应有的价值评判）。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

金立宇

电话： +86 21 6080 0968

Email: denning.jin@hankunlaw.com