
 論 説

ローヤリング基礎論覚書（4）交渉

榎 本 修

目 次

- 序 ローヤリング基礎論覚書について（282号）
- 第1 法律相談・面談（282・283号）
- 第2 事件受任（284号）
- 第3 調査・証拠収集²⁹⁷⁾
- 第4 交渉（本号）
- 1 交渉（Negotiation）とは何か
 - （1）利害の対立があること
 - （2）コミュニケーションを通して行うものであること
 - （3）合意点を目指しお互いの利益を実現していくプロセスであること
 - 2 法的交渉（Legal Negotiation）とは何か
 - （1）問題の所在
 - （2）法的交渉（Legal Negotiation）の意義
 - （3）交渉一般（法的交渉以外の交渉）を学ぶ意義
 - 3 法的交渉の類型
 - （1）これまでの整理—「交渉の2類型」（紛争解決型・取引契約型）
 - （2）2類型にあてはまらない交渉—「団体における意思形成交渉」
 - （3）2つの交渉モデル—「分配的交渉」「統合的交渉」
 - 4 法的交渉における弁護士の機能
 - （1）弁護士が関与しない法的交渉について
 - （2）法的交渉に弁護士が関与する意義と機能

297) 交渉の前に調査・証拠収集を論ずることを予定していたが、現在、日弁連ロイヤリング研究会で事実調査・証拠収集に関する研究・書籍化作業が進行中のため、同部分は当該書籍の出版後に先送りし、本稿では先に交渉について論ずる。

- (3) グッド・ネゴシエーター（よい交渉人（弁護士））とは何か
(以上本号)
- 5 アメリカを中心に論じられてきた交渉学の概要（以下次号）
 - (1) 交渉全体のあり方—いわゆる「ハーバード流交渉術」
 - (2) 交渉における基本概念
 - (3) 交渉と隣接諸科学（経済学・心理学・社会学など）
 - (4) 様々な交渉技術—日本の法曹（弁護士）倫理を踏まえた整理
- 6 日本における法的交渉のあり方
 - (1) 日本における交渉（特に法的交渉）の現状と特質
 - (2) 選択肢の開発と絞込み
 - (3) その他法的交渉において留意すべき事項

第4 交渉²⁹⁸⁾

ローヤリングの対象には、法律相談・受任・事実調査・証拠収集等様々な分野・要素が含まれるが、交渉については他分野・要素に比し多くの先行業績や文献が存する。

その理由としては、以下のようなことが考えられる。

すなわち、①法的交渉に限らず、外交・日常生活上の交渉など交渉一般に関する研究・文献が多く存する点が弁護士の他の業務（特に事件受任や調査など）と異なること（学際性）、②とりわけ、1976年ころから開始された「ハーバード・プロジェクト」が交渉に関する理論的な研究²⁹⁹⁾を積

298) 日本の法科大学院での交渉教育については、深井靖博「紛争解決交渉①—交渉プランニングの方法—」「紛争解決交渉②—交渉現場での対応」佐藤昌巳「取引契約型交渉の基本技術①②」名古屋ロイヤリング研究会編・前掲注(1)186～220頁、251～284頁、竹内淳「第1編 法的交渉の意義と技法」日本弁護士連合会法科大学院センターローヤリング研究会編『法的交渉の技法と実践』（民事法研究会、平成28年）2頁以下、宮城哲＝木村美隆＝川合伸子＝亀井尚也＝宇加治恭子＝榎本修「第2編 事件類型に見る法的交渉の実践」同書82頁以下各参照。

299) R.Fisher=W.Ury=B.Patton「Getting to Yes」(Penguin Group,3rd,2011) vi頁、203頁。同書について、加藤新太郎編・柏木昇＝豊田愛祥＝堀龍兒＝佐藤彰一著『リーガル・ネゴシエーション』（弘文堂、2004年）194頁【佐藤発言】は「ハーバード・ネゴシエーション・プロジェクトの研究の経緯のなかで出てきたものを、一般向けに分かりやすく解説をし、術として売り出したのが、日本でも紹介されているハーバード流交渉術、原則立脚型交渉術と呼ばれているもの」と紹介する。なお、

極的に展開し、アメリカ国内にとどまらず強力な世界的な影響力を持ったこと(いわゆる「ハーバード流交渉術」の大きな影響力)、③上記「ハーバード・プロジェクト」の中心的な文献は、ロジャー・フィッシャー (R. Fisher) = ウィリアム・ユリー (W. Ury) 著の“Getting to YES” (初版は1981年)である³⁰⁰⁾と、フィッシャーはハーバード・ロースクール(法科大学院)の教授であり、同人を創設者とする「ハーバード大学交渉学研究所」(Pon: Program on Negotiation at Harvard Law School)は法科大学院の中に置かれてはいる³⁰¹⁾が、その教員構成は法律の専門家に留まらず、上記①のような「交渉」そのものが持つ学際性も相まって、その分析の視点は法律、ビジネス、政治・心理学・経済学・人類学・芸術・教育など様々な分野に亘っている³⁰²⁾。その結果、認知心理学やゲーム理論など法律の枠内に留まらない様々な分野における研究や文献が存すること(①②の結果としてのさらなる学際的研究の活性化)、④弁護士に限らず「交渉術」「交渉論」を論ずる上では、様々な実践例(成功失敗を問わず)に学ぶことが有益であるところ、外交交渉、ビジネス交渉から弁護士同士の各種交渉まで様々な実例を記した書物が多数存することなど自身の経験談を記した書物が多数存すること(多数の先行する「逸話(anecdotes)」の存在)等である。

よって以下では、これらの先行業績について筆者において可能な限り整

小島武司編『法交渉学入門』(商事法務研究会、1991年)15頁[小島]は「法律の研究に交渉が中枢的意味をもつことが認識されるにいたったのは、アイゼンハーグの法的交渉に関する論文」(Melvin Aron Eisenberg, *Private Ordering Through Negotiation: Dispute Settlement and Rulemaking*, 89 Harv. L. Rev. 637 (1976))以後のことである」という。

「ハーバート流交渉術」に関するPONに属する教授の主な著作については、豊田愛祥「弁護士と交渉技術」豊田愛祥=太田勝造=林圭介=斎藤輝夫『和解は未来を創る—草野芳郎先生古希祈念—』(信山社、2018年)11頁にまとめられているものが分かりやすく便宜である。

300) 邦訳は、ロジャー・フィッシャー=ウィリアムズ・ユリー(金山宣夫=浅井和子訳)『ハーバード流交渉術』(三笠書房、1989年)。1991年に改訂版が出版され(邦訳はロジャー・フィッシャー=ウィリアムズ・ユリー(金山宣夫=浅井和子訳)『新版ハーバード流交渉術』(TBSブリタニカ、1998年)以下「日本語版[第2版]」という)、最新版はブルース・パットン(Bruce Patton)が加わった第3版(R.Fisher=W.Ury=B.Patton・前掲注(229))である。

301) マサチューセッツ工科大学(MIT)、シモンズ大学及びタフツ大学とのコンソーシアムとなっている。R.Fisher=W.Ury=B.Patton・前掲注(229)203頁。

302) 現在の同研究所の所長である Guhan Subramanian は、ハーバードの歴史上はじめての、法科大学院(ロースクールと)とビジネススクールの両方の終身在職権(tenure)ある教授であるとされる。<https://www.pon.harvard.edu/about/>

理することを試みる（本稿 1～5）。ただし、そもそも本稿において論ずる「ローヤリング」は弁護士の取り扱う技能すべてではなく「法律家、就中（なかんずく）弁護士として実務に従事する際に使用する実務技能のうち、法科大学院において学生に習得させたく、かつ、習得させることが相当程度可能な実務技能」と整理して検討を進めている³⁰³⁾。そこで、上記整理を行った結果のうち「法科大学院において学生に習得させ」という観点からの絞り込みを行いたい。

その際には、「交渉における倫理の問題」につき併せて検討する³⁰⁴⁾（特に弁護士による法的交渉については法曹（弁護士）倫理の問題が大きくかわることについて本稿 5（4）³⁰⁵⁾）とともに、「日本の」弁護士にとって習得が必要であると考えられる交渉術に特に焦点をあてる。

すなわち、上記のような交渉論のこれまでの発展経緯（アメリカの議論が日本等世界に大きな影響を与えていること）からすれば、アメリカの議論を参考にする必要はあるとしても、当該議論そのままに日本の交渉には当てはまらない場合もある。ここでは、日本の法律家や弁護士に必要な実務技能を検討することが本稿の目的にかなう³⁰⁶⁾。そこで、特に「日本の」弁護士の交渉にとって必要な実務技能という観点から、これまでの法交渉学について考えたい（本稿 6）。

そしてその中では、交渉の場面においても、相談・受任時と同様「選択肢の開発と絞り込み」が、上記のような弁護士の「技能」の中で特に重要であることについて論じる。

303) 佐藤昌巳・前掲注（1）3頁参照。

304) アラン・ランブルウ、オウレリアン・コルソン [著] 奥村哲史 [訳] 『交渉のメソッド—リーダーのコア・スキル—』（株式会社白桃書房、2014年）34頁は、弁護士の交渉に限らない一般的な交渉を対象として（効率性や関係者の役割と責任など様々な要素を検討したうえで）「こうした多様な基準に加えて、われわれは倫理的考慮をすべき時もある」という。

305) 交渉は「ブラフ」や「駆け引き」という言葉に象徴されるように、いつも倫理と背中合わせである。法曹倫理は、法科大学院の必修科目であるが、これまで必ずしも「交渉における倫理」が強調されてこなかったように思われる。

306) 中央教育審議会におけるローヤリングの定義（前掲注（1））や名古屋ロイヤリング研究会での上記定義では必ずしも明示されていないが、これらのローヤリング科目の定義は「日本の」法科大学院におけるローヤリング科目のあり方を検討してきたものである以上、その対象はおよそ世界の弁護士や法律家全体ではなく、「日本の弁護士にとって必要な」実務技能を当然の前提とするものであろう。

1 交渉 (Negotiation) とは何か

交渉とは、利害の対立する複数の当事者が、コミュニケーションを通して、合意点を目指してお互いの利益を実現していくプロセス³⁰⁷⁾をいう。

(1) 利害の対立があること

交渉は、貸主と借主、遺産分割のきょうだい同士など、一定の利害の対立がある場合を前提としている。しかし、交渉の中には団体としての意思形成の過程において利害対立がある交渉もあり得るのであり**(3 (2))**「団体における内意思形成交渉」参照)、株主総会 (会社法 295 条以下) や取締役会 (同法 362 条以下)、一般社団法人における社員総会 (一般法人法 35 条以下) や理事会 (同法 90 条以下) といった組織内の機関において各構成員の利害が対立する中で行われるものもこのような交渉に含まれる。

(2) コミュニケーションを通して行うものであること

交渉には関係当事者の十分なコミュニケーションが不可欠である。この点で、法律相談における面談技術で論じられた各種のコミュニケーションに関する理論、ADR における手続主催者に関して論じられてきた同様のコミュニケーション理論 (例えば、傾聴、パラフレージングやリフレミングなど³⁰⁸⁾) が重要な役割を果たす。ここでいうコミュニケーションは、一般には口頭による「話し合い」が多いであろう³⁰⁹⁾が、メールや SNS のやり取り、書簡の交換など手段は問わない。また、言語的コミュニケーション

307) 深井靖博「交渉総論」名古屋ロイヤリング研究会・前掲注 (1) 169 頁、加藤新太郎「リーガル・ネゴシエーションの基礎」加藤新太郎編・柏木昇＝豊田愛祥＝堀龍児＝佐藤彰一著・前掲注 (299) 29 頁、竹内・前掲注 (298) 4 頁、豊田・前掲注 (299) 195 頁以下各参照。

藤田忠監修・日本交渉学会編『交渉ハンドブック 理論・実践・教養』(東洋経済新報社、2009 年) 2 頁は「交渉」を「紛争や対立を話し合いによって解決することである」と定義し、松浦正浩「実践! 交渉学」(筑摩書房、2010 年) 43 頁は「交渉」をお互いの「背後にある利害に着目して、それぞれの利害を満足する取り決めを模索する行為」と定義し、端的にいえば「交渉とは利害調整のこと」であると要約する。これらの定義は、本文における定義の (1) (及び (3)) に特に重点を置いた定義といえることができる。

なお、「対話」という観点から弁護士業務全般を横断的に見渡すという極めて興味深い観点から、交渉を検討するものとして大澤恒夫『法的対話論—「法と対話の専門家」をめざして—』(とりわけ「交渉理論と対話」(118～124 頁以下))、「『対話』による交渉」(173～204 頁))。

308) 本稿第 1「法律相談・面談」3「法律相談の理論的基礎」4「面談を十分にを行うために重要な技法 (面談技術)」(名法 282 号 79 頁以下) 参照。

309) 竹内・前掲注 (228) 4 頁は「コミュニケーション (話し合い)」と表記する。

ンのみに限られず、表情やしぐさなど非言語的コミュニケーションも含まれる³¹⁰⁾ ことにも留意が必要である。

(3) 合意点を目指しお互いの利益を実現していくプロセスであること

交渉の結果、合意に達する場合もあるし、達しない場合もあるが、いずれにしても合意点を「目指すこと」は交渉に共通した特徴であり、その活動の中では各自の利益を実現することを目指してゆくという点に特徴がある。

2 法的交渉 (Legal Negotiation) とは何か

(1) 問題の所在

上記の「交渉」(Negotiation) は法的交渉 (Legal Negotiation) に限られない。法律家が「交渉」を議論するときは法的交渉を念頭に置いてしまいがちであるが、世の中の交渉には様々なものがある。例えば、よく言われる「1個のオレンジを争う姉妹の交渉」もあるし、「セールスパーソンが、車を顧客に売る場合の交渉」もある。「外交官による外交交渉」もあれば、「夫婦の間で今日の皿洗いをどちらがやるかを決める交渉」もある。これらの「交渉」の中で特に「法的交渉」(Legal Negotiation) の特徴はどこにあるか。

(2) 法的交渉 (Legal Negotiation) の意義

一般に「法的交渉」(Legal Negotiation) は「交渉のうち、交渉の対象が法的に規律されるべき事項または法的基準によって解決されるべき事項であるものおよび交渉の方法について法的に規律されるもの」³¹¹⁾ などと定義づけられる。

310) 本稿第1「法律相談・面談」4「面談を十分に行うために重要な技法 (面談技術)」(7) 非言語的コミュニケーション (non-verbal communication) (名法 282 号 111 頁以下) 参照。

311) 竹内・前掲注 (298) 5 頁。

なお、ここでいう「方法」について同書は商法 526 条の期間制限に関する最判平成 4 年 10 月 20 日民集 4 卷 7 号 1129 頁を引用している。同判例は「1 年の期間経過をもって、直ちに損害賠償請求権が消滅したものであるということとはできないが、右損害賠償請求権を保存するには、少なくとも、売主に対し、具体的に瑕疵の内容とそれに基づく損害賠償請求をする旨を表明し、請求する損害額の算定の根拠を示すなどして、売主の担保責任を問う意思を明確に告げる必要がある」と判示しているから、このように「明確に告げる」という「交渉の方法が法的に規律されている」という趣旨であると思われる。

しかし、本稿では「ローヤリング」を「法律家、就中（なかんずく）弁護士として実務に従事する際に使用する実務技能のうち、法科大学院において学生に習得させたく、かつ、習得させることが相当程度可能な実務技能」³¹²⁾と定義している。とすれば、ローヤリングが対象とする「交渉」は、全ての交渉ではなく、①交渉が決裂した際に法律によって解決することが可能な交渉、もしくは②交渉を法律の手続きに基づいて行うことが求められる交渉（会社法の取締役会など）のみに限られ、③その中でも法科大学院における習得の必要性や可能性があるものに限定される³¹³⁾。

例えば、上記の各種の交渉のうち、「1個のオレンジを争う姉妹の交渉」は、仮に当該オレンジが姉妹の共有物である場合で交渉が決裂した際には（姉妹で実際にそこまでの手続きに進むか否かは別にして）、共有物分割請求（民法256条、258条）によって解決することが可能であり³¹⁴⁾、「セールスパー

312) 佐藤昌巳・前掲注 (1) 参照。

313) この②③の特質から、ローヤリングにおいて交渉を検討するにあたっては、交渉一般の場合よりも、職業倫理（弁護士倫理）を強く意識しなければならないという結論が導かれる。

一般人同士の交渉は、刑法等一般人を名宛人とする法律に触れない限り（例えば、暴行（刑法208条）、脅迫（強迫）（同222条、民法96条）、詐欺（刑法246条、民法96条）等を手段とした交渉を行わない限り）、（道徳の問題はあるにしても）特にルールはないともいえる。

しかし、弁護士には弁護士倫理（法曹倫理）があるから、その方法について一般人よりも制約される場面がある。かかる意味で、後に検討する「交渉技術」として一般的に知られるものであっても、法曹倫理（弁護士倫理）の観点から考えると問題があって用いられないものがあることに注意を要する。竹内・前掲注(228)72頁「第5章 交渉と倫理」、小林秀之編『交渉の作法 法交渉学入門』（弘文堂、平成24年）254頁以下、加藤新太郎・前掲注(307)38頁（2）交渉と倫理）各参照。

314) 廣田尚久「姉妹が一つの蜜柑を争うとき」『紛争解決学』（信山社、新版、2002年）425頁は、九州大学法学部「裁判学（紛争解決学）」の試験問題でこのような事案をどのように解決するのがよいかという出題をした際の学生の答案の概要について述べる。廣田自身は「姉の側からは蜜柑の所有権の確認を求める確認訴訟を、妹の側からは蜜柑の引渡しを求める給付訴訟をすることができるという答案が、一つくらいは出てくるかと思ったが、さすがに蜜柑一つの所有権をめぐる訴訟は現実性がないとみたのか、ものの見事に1枚も出てこなかった」という（427頁）。

興味深いのは、その答案の解決案に関する多様性である。これは後述する「選取肢の開発」の実践例ということもできる。

極端なものには①「妹が姉を殺す!」というものもあったが（428頁）、②ジャンケン（くじ引き、占い、トランプなど）で解決する、③姉か妹かの一方が分ける権利を持ち、もう一方が先に選ぶ権利を持つ（当該答案では多古輝「頭の体操」（カッパブックス）を読んだとの説明があった）、④第三者（母親など）に裁定をゆだねる方法（仲裁等）、⑤入札などで売って金銭で分ける、⑥姉が蜜柑を取って代わりに物かサービスを与える、⑦この前姉が食べたから今度は妹がもらう、今度は妹がもらうが次は姉にあげるという「過去はまたは未来とつなげて解決す

ソンが、車を顧客に売る場合の交渉」は決裂した場合には、単に売買契約（民法 555 条）が締結されなかったにすぎないから法律的に解決することは原則的にはできない（例外的な理屈としては「契約締結上の過失」の理論³¹⁵⁾が認められる場合ぐらいであろう。「外交官による外交交渉」は交渉内容によっては、法律的に解決できる場合もある³¹⁶⁾、「夫婦の間で今日の皿洗いをどちらがやるかを決める交渉」は決裂した場合には法律的に解決することは困難であるからここでいう「法的交渉」にはあたらないことになる。そして、各事案のさらに詳細な具体的内容や資料の有無等によって法科大学院における習得の必要性や可能性を判断すべきことになる。

(3) 交渉一般（法的交渉以外の交渉）を学ぶ意義

しかし、法的交渉に限らず、「交渉」一般（上記のようなビジネス交渉や外交交渉なども含む）に共通する技能や性質もある。とすれば、法的交渉について検討するにあたって、法的交渉に限らず交渉一般の性質や技能もできる限り参考にすべきである。そのような意味において（法交渉学に限られない）「交渉学」全体を学ぶ意義がある³¹⁷⁾。

しかも、交渉には「利害が対立する」複数の当事者が登場することから、

る」方法、⑧このような打算的な解決方法とは別に「姉が妹に無償で与えてしまう」という精神重視の答案、⑨更には「姉妹が果物屋の前で蜜柑を争って喧嘩する。もしかしたら人の良い果物屋さんが、1つ蜜柑をくれるかもしれない（廣田は「ストリート・チルドレン方式」と名付ける）などなど（他にも廣田自身は⑩母親がたまたま蜜柑をもう一つ持っていて3人とも3分の2ずつ分けることにする方法（大可越前守の「三方一両損」を紹介する）。

315) 最判昭和 59 年 9 月 18 日集民 142 号 311 頁(マンションの購入希望者において、交渉過程で歯科医院とするためのスペースについて注文を出したり、電気容量の不足を指摘したりして、売却予定者が容量増加のための設計変更及び施工をすることを容認しながら、交渉開始 6 か月後に自らの都合により契約を結ぶに至らなかった等の事情のもと、購入希望者は、当該契約の準備段階における信義則上の注意義務に違反したものとして、売却予定者が右設計変更及び施工をしたために被った損害を賠償する責任を負うとされた事案) 参照。

316) 例えば、国際司法裁判所 (International Court of Justice) においては、「裁判所は付託される紛争を国際法に従って (in accordance with international law) 裁判することを任務」とするものとされている (国際司法裁判所規程 38 条 1 項)。
<https://www.icj-cij.org/en/statute>

317) 松浦・前掲注 (307) 17 頁は「交渉学」は「経済学、心理学、行政学、法学などを起源としつつ、学際領域として、過去 40 年程度で、次第に発展してき」たものであり、「現在では、独立した一つの学術分野として確立されようとしている学問」であるとする。そして、「交渉学といっても、さまざまな視点から研究と教育が行われて」おり、「ゲーム理論を応用した抽象的な数理研究 (意思決定分析) もあれば、ビジネス交渉を念頭に置いたきわめて実践的な訓練も行われている」とする。

その進め方や結末に様々な可能性があり、多数の実例 (逸話 [anecdotes]) から経験的に学ぶことが望ましい。

当事者はそれぞれ個性と独自の考え方を持っている。交渉当事者に1人1人必ず違った個性や特質が備わっており、2人として同じ人はいない。しかし、だからこそ、他の似た例や参考となる例と比較対照して考えることに意味が出てくる。その意味では、一般的な交渉だけでなく歴史上の事象や事件に学ぶことも有益である。とりわけ、政治的交渉とりわけ外交交渉は、最終的には戦争によってしか解決できないこともあるが、上記のとおり国際法によって解決することもあり得るものであり、その意味では法的紛争である。そのような意味において、過去の事件や外交交渉や事件に学ぶことには有益なことがある。

上記のハーバード・プロジェクトの諸文献では多く外交交渉事案が登場する³¹⁸⁾。弁護士として交渉を学ぼうとするときに外交の話を検討することは奇異に感じられる場合もあるが、上記のように位置付けると十分に学ぶ意義があることが分かる³¹⁹⁾。とりわけ、弁護士の交渉には守秘義務がある(弁護士法23条、弁護士職務基本規程23条、刑法134条)ので、実際にどのように交渉が進んだのかを公にすることには難しい。仮に依頼者自身の承諾が得られたとしても相手方や関係者の承諾まで得ようとする、過去の特定の事件の交渉過程を明らかにすることは、非常に困難となる。その点、政治的な交渉はそのやり取りが公になっていることも少なくなく、その時点で秘密であっても特にアメリカなどでは情報公開によって後日交渉の経緯や舞台裏が分かることもあり³²⁰⁾、その意味でも法的交渉を考えるうえでも参考になる。

318) 例えば、R.Fisher=W.Ury=B.Patton・前掲注(229)5頁のケネディ大統領によるキューバ危機での当時のソ連との交渉に関するエピソードなど。同書204頁でもアメリカの実際の外交交渉に関する研究が行われていることが触れられている。

319) 加藤新太郎・前掲注(237)37頁は「カリエール『外交談判法』は、ネゴシエーションのための議論の宝庫である」とし、同書から「その交渉観、交渉家の素質、交渉家の誠実さ、その交渉技術などについて学ぶ」とする。

320) アメリカ連邦政府情報公開法(The Freedom of Information Act: FOIA)などによる情報公開。宇賀克也「情報公開法—アメリカの制度と運用」(日本評論社、2009年)170頁は、国家安全保障を理由とする不開示(Exemption1)についてさえ「一般的に、秘密指定された情報は、指定の要件を欠くにいたったときは、可及的速やかに指定解除されなければならない」とする(Executive Order No.12958, §3.1(a))。

3 法的交渉の類型³²¹⁾

(1) これまでの整理—「交渉の2類型」(紛争解決型・取引契約型)

法的交渉の類型については、①私人間に紛争が発生した場合の交渉(紛争解決型交渉)と②私人間がある取引を行おうとしている場合にその取引契約を締結するための交渉(取引契約型交渉)の2類型に整理されることが一般である³²²⁾。紛争解決型交渉が紛争発生後の回顧的(レトロスペクティブ retrospective)な交渉であるのに対し、取引契約型交渉は(過去の取引を一定程度検討することはあるにせよ)将来に向けた(プロスペクティブ prospective)ものである点に大きな違いがある。また、取引契約型交渉はビジネス交渉など一般的な交渉とより性質が接近するため、法的交渉に限らない交渉一般の技法を応用しやすいという点でこれを分類して考える意義がある。

(2) 2類型にあてはまらない交渉—「団体における意思形成交渉」³²³⁾

上記分類は(例外はあるにせよ)基本的には2当事者、多くても3当事者程度の交渉を念頭に置いているものと考えられる。しかし、世上、更に多数の当事者が関与する交渉もある。そして、その中でも特に「団体の意思形成における交渉」、例えば、株主総会(会社法295条以下)、取締役会(同法362条以下)、理事会(一般法人法90条以下、医療法46条の7(医療法人)、特定非営利活動促進(NPO)法17条参照)等における交渉も、上記の「②交渉を法律の手続きに基づいて行うことが求められる交渉³²⁴⁾」には該当する以上、やはり上記定義に言う「法的交渉」に含まれる。しかし、このような団体の意思形成における交渉は上記の①紛争解決型交渉②取引

321) 加藤新太郎・前掲注(237)30頁は「リーガル・ネゴシエーション」を①「取引締結交渉(契約締結交渉)と紛争解決交渉」②交渉の構造については、伝統的な「論争主義的交渉モデル」と新しい「問題解決交渉モデル」ないし「統合的交渉モデル」とに分けられる」という。

322) 小島編・前掲注(229)4頁[小島]、藤田忠『交渉ハンドブック 理論・実践・教養』(東洋経済新報社、2009年)[小島武司]18頁。

323) 藤田忠『交渉ハンドブック 理論・実践・教養』(東洋経済新報社、2009年)27頁[Larry Crump]は、複数当事者間交渉の文献が「(1)多国間およびその他の国際交渉(2)公的機関内の争議(3)組織およびグループの交渉(4)当事者間の相互作用という四つの一般的な領域に分割される」という。

324) 竹内・前掲注(228)5頁の表現でいえば「交渉の方法について法的に規律されるもの」に含まれる。

契約型交渉のいずれにもあてはまらない。とすれば、ここに③「団体における意思形成交渉」という3つ目のカテゴリーを策定して検討すべきと考える。なお、「交渉」の定義を上記第1のとおりとするとすれば、「利害の対立する」場面での協議のみが「交渉」に含まれることとなる。

そして、「ローヤリング」を法科大学院生にとって習得必要な技能に絞り込む本稿の観点からは、会社法における会社（株式会社³²⁵⁾、合名会社、合資会社又は合同会社（会社法2条1号）や民法（33条）及び一般法人法等における各種法人（一般社団法人、一般財団法人など）における意思形成が検討の対象とされるべきであると考え³²⁶⁾。

かような「団体における意思形成交渉」の特徴はどこにあるか。交渉の参加者・利害関係人が多くなることは一つの特徴である³²⁷⁾が、それ以上に重要なのは、上記の①紛争解決型交渉や②取引契約型交渉は、個々人が

325) 株主総会については、平成2年法第64条による改正前は発起人が7人以上必要であり（旧商法165条）、取締役会は平成17年法第86号による改正（会社法の制定）前は取締役が3人以上必要であった（旧商法255条）から、株主総会（少なくとも設立当初の株主総会）や取締役会では必ず交渉が必要とされていた。

現在は、株主1人の1人会社（会社法38条1項その他の規定に設立時取締役に人数の制限はない）も取締役会1人の機関設計も可能である（取締役会設置会社とするか否かは各株式会社の制度設計による（会社法326条2項）のが原則である）から、株主や取締役が1人である場合には株主総会や取締役会でも例外的に交渉の必要がない場合が制度上あり得る。

326) 法務省ホームページ「令和元年司法試験の実施について」「平成31年司法試験用論文登載法令」の「民事系科目」において、組織内の意思形成が問題となる法律が含まれるのは会社法と一般法人法の2つに限られることによる。

なお、上記で「民事系科目」に限ったのは本稿の対象を民事に限定している（本稿(1)（名法282号73頁注(4)参照）ことに基づく。

これを「公法系科目」や「刑事系科目」にまで広げて考えれば、「公法系科目」については日本国憲法・国会法・内閣法（国会や内閣、裁判所などにおける意思形成）、地方自治法（議会（地方議会）等における意思形成）、「刑事系科目」については裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（裁判員裁判における評議における意思形成）・検察審査会法（検察審査会における意思形成）を対象とすることもできる。なお、刑事弁護活動の一環として行う示談交渉（木村文隆「刑事事件における示談交渉」第2編 事件類型に見る法的交渉の実践・日本弁護士連合会法科大学院センターローヤリング研究会編・前掲注(298)105-128頁参照）は、和解契約（民法695条）締結に向けた交渉として「民事系科目」にも関連することとなる。

327) 松浦正浩『おとしどころの見つけ方 世界一やさしい交渉学入門』（株式会社クロスメディア・パブリッシング、2019年）94-5頁は、ステーキホルダー（複雑な問題を解決するとき、関わってもらわなければならない人たち）が「誰なのかを特定してから会議をはじめないと、非常に効率の悪い会議とな」るので、「公共政策の分野では、とてつもなく多くの人たちが関係」するため、「『ステーキホルダー分析』という調査を数カ月かけて行うこともあ」という。

処分できる自己の利益を獲得することを最終的な目標とする（そのような前提であるからこそ、以下（③）で論じるような「分配的交渉」と「統合的交渉」の分類に意味が出てくる）のに対し、③の団体における意思形成交渉では、交渉にあたる個々人の利益ではなく団体自体の意思形成自体が最終的な目標となるので上記のような「分配的交渉」と「統合的交渉」の理論は当然にはあてはまらない³²⁸⁾という点である。ただし、当該交渉に参加する各人は、団体の意思形成をするにあたっては、常に個々人の利益について意識しながら交渉を行うのが通常である（例えば、株主総会で剰余金処分（会社法 452 条）の具体的金額を決定するにあたっては、直接のテーマは会社としての配当政策が問題とはなっているが、各株主は、常に当該株主個人としての利害も考えながら議論に関わることになる）。また、このような交渉においては多数のステークホルダーが登場することも少なくない³²⁹⁾ので、メンバーの選定その他の諸手続にも十分注意しなければならない³³⁰⁾。

328) マックス H・バイザーマン＝マーガレット A・ニール著、奥村哲史訳『マネジャーのための交渉の認知心理学—戦略的思考の処方箋』（白桃書房、2008 年）169 頁は「第 14 章 組織の中での交渉、グループの中での交渉」において「二者間交渉で学んだことが、そのままグループ交渉にあてはまるわけではない」「交渉関係者の数が増えると、調整という問題が人数以上の勢いで一気に膨らんでしまう」という。

329) 松浦・前掲注（307）は、「マルチ・ステークホルダー交渉」（「多数のステークホルダーが参加する交渉」（118 頁）について、「交渉相手が複数になることで、意思疎通が難しくなりますし、また発信機会も少なくなる」るので、「マルチ・ステークホルダー交渉の進め方」については、これまでいろいろな解決策が模索されてきており、たとえば、議会では「法案などの議題を事前に提出させ、発言の順番も厳格に定められていて、そして最終的には投票で議決するという方法」があるなど「欧米では、議論の進め方を非常に詳しく定めた『ロバートの議事規則』というルールが、さまざまな場面で長年用いられて」おり、「問題解決を目的としたマルチ・ステークホルダー交渉では、『ファシリテーション』という技法（交渉の当事者ではない人が、交渉の場で、司会進行の役割を引き受けること）が使える（119～120 頁）とする。

330) アラン・ランブルウ＝オウレリアン・コルソン〔著〕奥村哲史〔訳〕・前掲注（304）227～229 頁は「多者間交渉」について、「諺は『2 人なら気が合うが、3 人では仲間割れ』という。構造的に言えば、3 人がからむときは、2 人が残りの 1 人に対して手を組む機会が生まれる。2 者間の交渉と比べると、複雑さのレベルは明らかに高まる。多数の当事者と交渉するときに認識しておくべき明確な特質がいくつかある」として、①ロジスティクス（多数の当事者を同じ時に同じ場所に招集するのは実に大変）、②参加者の選択（決して中立にはならない。参加者がオブザーバーか。発言時間をどう配分管理するか）、③意思決定のメカニズム（二当事者交渉とは全く異なる事態になる）をあげる。

(3) 2つの交渉モデル³³¹⁾ — 「分配的交渉」「統合的交渉」

そして、上記のような①紛争解決型交渉や②取引契約型交渉については、それぞれ【A】「分配的交渉」(distributive negotiation: 交渉の目的物は固定されており、当事者がお互いに情報を開示することなくそれぞれの利益のみの拡大を図り、最低限の譲歩しかしない方法)と【B】「統合的交渉」(integrative negotiation: 交渉の目的物は当事者が交渉の動機を提示し選択肢を広げることにより拡大し、当事者双方の利益を図りながら、多元的な提案をすることによって問題を解決していく方法)³³²⁾の2つがあるとされる。

とりわけ、ハーバード流交渉術では【B】統合的交渉の重要性が強調される。典型例としてよく引用されるのは、1個のオレンジを争う姉妹が、オレンジを欲する動機を相互に開示すると姉はケーキを作るためのオレンジの皮を妹はそのまま食べるためのオレンジの実を欲しており、相互がその目的を達する分け方(win-win solution)が実現できた例である³³³⁾。【A】の分配的交渉ではお互いに情報開示をせず「とにかくオレンジが欲しい」ということしか言わず、最低限の譲歩しかしないため、成果に乏しい。

以上の意味で、統合的交渉のポイントは、①交渉の動機を提示して②選

331) 深井・前掲注(228)177頁、竹内・前掲注(228)10頁。

なお、R.J.レビスキー=ブルース・バリー=デイビッド・M・サンダース『交渉学 最強のバイブル』(マグローヒル・エデュケーション、2011年)23頁は「多くの人はbargain(駆け引き)とnegotiation(交渉)とは同じだと考えているが、両者にははっきりとした違いがある」としたうえで、「bargainはガレージセールやフリーマーケット、中古車店などで値切り交渉をする場合のように勝ち負けがつくケースを表し、negotiationは当事者双方が複雑な対立をしている中で、互いに利益があるような解決を試みる場合、いわゆるウィン・ウインの解決を試みる場合を指す。本書においてはbargainについて行う当事者間の話し合いを『分配型交渉』、negotiationの話し合いを『統合型交渉』と表現することにした」という。

332) R.J.レビスキー=D.M.サンダース=J.W.ミントン著(藤田忠監訳)『交渉学教科書—今を生きる術』(文真堂、1998年)77~79頁では、「統合型交渉過程の概観」として、①情報の自由な流れを創出すること、②他の交渉者の真の要求と目的を理解しようとする③当事者間の共通項を強調し、相違を最小限にすることが挙げられている。そして、このような「統合的交渉が成功するため」には「両者の目標や目的に合う解決法を探すこと」が重要とされる(80頁)。そして、このような「統合型交渉過程」には①問題を明らかにし、定義すること②その問題を理解し、利害や要求を表面化すること③問題の代替案を探すこと④代替案の中からひとつの特定の解決策を選ぶこと(前の段階で生み出した選択肢を評価し、それらを遂行するために最適な代替案を選択すること[101頁])という「4つの重要な段階がある」とされる(80頁)。

333) R.Fisher=W.Ury=B.Patton・前掲注(299)58頁(日本語版[第2版]88頁)。

なお、廣田・前脚注(314)参照。

択肢を広げるという点にあると考えられる。なぜ、オレンジが欲しいのかという目的や動機をオープンにすることにより、交渉の対象や目的物が拡大し（オレンジの例でいえば妹にとっては、皮は分ける対象として意味はなかったのに、交渉の目的・動機をオープンにしたことにより皮にも意味が出てきたため、交渉の目的物・対象が拡大したことになる。）、多元的な提案をすることによって問題を解決していく方法である。分配型交渉よりも「統合的交渉」の方が経済学的にも最適な結果に到達しうると指摘する経済学者もあり、このようなアプローチは「原則立脚型交渉（Principled Negotiation）」「協力型交渉」「問題解決型交渉」と呼ばれ、排他的で競争的な関係を志向する「分配型交渉」とは区別されるといわれる³³⁴⁾。

上記のように見てみると、ここでも「②選択肢を広げる」ことが、交渉全体にとって非常に重要であることが分かる。また、交渉は全体としてみると複雑に入り組んでいたり、時間の経過によって状況が変わったりすることもよくあるから、1つの交渉を「これは分配的交渉」「こちらは統合的交渉」というように切り分けるのではなく、「分配的交渉」と「統合的交渉」を上手く組み合わせて（統合して）よりよい合意を目指してゆくことが望ましい。

4 法的交渉における弁護士の機能

(1) 弁護士が関与しない法的交渉について

交渉一般のみならず、法的交渉においても、双方（ないし当事者全員）に弁護士が関与しない場合や一方には弁護士が関与しない場合がある。しかし、「ローヤリング」の定義について「法律家、就中（なかんずく）弁護士として実務に従事する際に使用する実務技能」に限定する³³⁵⁾ 本稿においては、少なくとも一方に弁護士が関与する交渉のみに限定してこれを論ずる³³⁶⁾。

334) 小林編・前掲注 (313) 71 頁。なお、加藤新太郎・前掲注 (299) 35 頁は「加藤」[現実のネゴシエーションはさまざまなものを含んでいるため、すべての場面に妥当する一般理論はない]としたうえで「ハーバード流交渉術である原則立脚型交渉 (principled negotiation) なども適用範囲は比較的広いとはいっても、例外も多い」という。この点は銘記すべき点であり、特に日本における日本人同士の交渉にどこまで原則立脚型交渉が通用するのか、ということは再考を要するに思われる（後述「6 日本における法的交渉のあり方」参照）。

335) 注 (233)、佐藤昌巳・前掲注 (1) 3 頁各参照

336) 草野耕一『ゲームとしての交渉』（丸善、1999 年）4~5 頁は「代理交渉」の必要性について、「『ゲームとしての交渉』を可能にするためには」「『交渉の利益帰

(2) 法的交渉に弁護士³³⁷⁾が関与する意義と機能

交渉に弁護士が関与することには、以下のような積極的機能と消極的機能とがある。

ア 弁護士関与による積極的機能³³⁸⁾

(ア) 事実整理促進機能

弁護士が第三者として関わることによって感情的な問題が捨象され、客観的な利害を冷静に分析できるようになる。とりわけ弁護士は法律事務の専門家であるから、各種関係者が関わった複雑な紛争に関する言い分の中から客観的な証拠を合理的に評価して事実の有無や内容を分析することに長けている。このような事実整理に関する力量がある者が交渉に関わることによって、複雑に絡み合った紛争がいわば「ほぐされて」ゆき、問題点が絞られていく（それは裁判官が行う「争点整理」に近い性質を有する）ことは、交渉を合理的に進行させるために大きな意義がある。

(イ) 法律的交渉促進機能³³⁹⁾

上記のように事実が整理されると、弁護士は交渉が決裂した場合の

属主体と、現実交渉を行う者が、別人でなければならない』という条件があるという。そうでなければ「現実交渉を行うあなた自身が交渉の利害の帰属主体となっているため、当事者間の感情の問題や倫理上の問題を交渉のゲーム的側面と切り離して扱うことが著しく困難」であり、「余程の変人でない限り、このような交渉が煩わしく疎ましいものであることは、何も我々日本人に限った話ではない」とする。

337) 交渉に本来の権利義務の帰属主体以外の者が関わるのは、弁護士による場合に限らない。例えば、会社（法人）のために担当者（個人が）当該交渉を遂行する場合も厳密に言えば、本来の権利義務の帰属主体以外の当事者以外の者が交渉に関わっている。アラン・ランブルウ＝オウレリアン・ゴルソン [著] 奥村哲史 [訳]・前掲注 (330) 218-219 頁は、このような「プリンシパル」（権利義務の主体）と「エージェント」（プリンシパルの代理として交渉する者）が交渉するタイプの交渉を「複層交渉」と呼ぶ。弁護士による交渉はかような「複層交渉」の典型例である。

一般にこのような「エージェント」が利用される理由は「エージェントを採用することで、プリンシパルは自分の時間を節約でき」「複数のエージェントを使えば、複数の交渉を並行して同時に進められる」点にあるとする。そして、他の利点としては交渉の3要素（問題、人、プロセス）とリンクしているとしたうえで、①専門性、②ネットワーク、③プロセス志向の技術、④戦術的および戦略的優位性の4点を挙げる。

338) Stefan H. Krieger & Richard K. Neumann Jr., *Essential Lawyering Skills*, at 277 (2nd ed., Aspen Publishers, 2003) は、「交渉における弁護士の役割」として① Evaluator, ② Advisor, ③ Negotiator, ④ Drafter の4つの要素をあげる（深井・前掲注 (298) 171 頁）。本稿で挙げている弁護士の「機能」とは若干分析の視点が異なるが、特に両者が矛盾するものではなからう。

339) 深井・前掲注 (298) 172 頁が、弁護士の役割として「法律の専門家」（弁護士法3条、72条）を挙げるのもここに通ずるところがある。

BATNA（後述 5 (2) ウ参照）として常に「当該事実に法律や判例を適用した解決」を意識することになり、時にはこれを相手方に直接提示することになる。これによって、弁護士に依頼した当事者本人³⁴⁰⁾もその相手方も³⁴¹⁾、法律適用の結果を常に意識して交渉にあたることになるから、弁護士が関与することによって、（経済的な強弱、人間関係や社会因習等とは必ずしも一致しない）法律的な解決が促進されるという機能がある³⁴²⁾。

340) 当事者本人は必ずしも法を十分知るとは限らない。鈴木正真「A 紹介」[4 依頼者との関係および交渉]（「IV 法的交渉・和解—G.R.Williams, Legal Negotiation and Settlement (West Publishing,1983)」）小島編・前掲注 (299) 210 頁は、「弁護士は法的知識、法制度、交渉の実際の専門家であるが、依頼者はそうではない。依頼者というものは、それぞれの問題や、問題を解決しようとするに関する考え方を持っているが、その依頼者を代理する弁護士には、必ずしもそのすべてが伝わっているとはいえない」という。

弁護士は「法」を知るが本件事の「事実」を知らない。当事者は「事実」を知るが「法」を知らないので、両者が共同して情報を十分に交流させて、協力して交渉を進め行く必要がある（本稿第 1「法律相談・面談」[5 法律相談の枠組み]「エ 相談者と法律専門家による問題点の共有」（名法 283 号 114 頁以下）参照。

341) 相手方にも弁護士が選任されている場合には、相手方弁護士も法的解決を前提とした BATNA を意識するから、法的交渉は更に促進されることになる。

342) しかし、そもそも前提として、弁護士が交渉に関与しても常に喧嘩腰の態度で相手方に臨んだのでは法的交渉は促進されるどころか紛糾を極めることにもなりかねない。この点に関し、鈴木・前掲注 (270)（「(2) 弁護士はいかにして交渉を行うか」小島編・前掲注 (299) 203 頁）は、G.R.Williams, Legal Negotiation and Settlement (West Publishing,1983) を引用して「多数である 65% の交渉者が用いている型は「協力的」交渉であり、他の 24% が用いている型は「競争的」交渉であるとする。

	交渉成功者	平均的交渉者	交渉不成功者	合計
協力的	38%	24%	2%	65%
競争的	6%	10%	8%	24%

そして、同書「(4) どちらの型の交渉者が成功に導くか」(207 頁)は、「多くの有能な弁護士は意識的にこの二つの型を使い分けられると信じている。協力的交渉者は、計算ずくで型を使い分けることは、不正直であると考え、正直者は、どちらが利するかを前もって予定するのではなく、自然に事態に応じて行動をとるべきであるとする。しかしながら、データの示すところによると、多くの交渉成功者は、そのときに応じてどちらの型も使い分ける能力を備えているということである。以上、ウィリアムズ教授は、アンケート調査等を通じて、弁護士によって用いられている交渉の型を分析しているが、交渉者がどちらの型に属するかで交渉の成功、不成功を決定的にするものではなく、多くの交渉成功者は、どちらの型も使い分ける能力を備えているものであると結論づけている」とする。

この分析は、弁護士による交渉の実態として日本においても相当程度あてはまると思われる。

なお、上記でいう「協力的」及び「競争的」の意義については、鈴木・前掲注 (270)（「(2) 弁護士はいかにして交渉を行うか」小島編・前掲注 (299) 208 頁）が G.R.Williams, Legal Negotiation and Settlement (West Publishing,1983) を引用して以下のように整理する。

(ウ) 倫理的交渉促進機能³⁴³⁾

弁護士は倫理的に行動することが法律上求められているから、交渉に弁護士が関与することは、暴力や脅迫、非倫理的交渉を排除する方向で働き、そのような意味で交渉の弁護士の関与は倫理的交渉促進機能がある。

(エ) 依頼者を説得する機能³⁴⁴⁾

弁護士は、当事者そのものではない。当事者の利益を常に考えているが、当事者と一体になってはならない³⁴⁵⁾。当事者が感情的になっているときに、依頼者に冷静になることを促し、説得して交渉をまとめることは弁護士の重要な仕事である。この作業は、自らに対して報酬を支払う者を説得するという非常に矛盾した仕事であり、特に新人弁護士はそこに矛盾を感

すなわち、「協力的戦略」とは「心理的に相手方弁護士に歩み寄るやり方」であり、「共通の土俵を求め」ために「利害を分かち合う気持ちを伝え、合理的、論理的な態度をとる」。このような交渉者にとり「最終目的は、事実と法の客観的分析に基づき、利害相反する事項を公正に解決することである」とする。

これに対し、「競争的戦略」は「①最初は、相当高い要求をする、②交渉の過程でも相当高水準の要求を維持する、③あまり妥協しない、④妥協する場合も、最小限のものにする、⑤大望を持ち続ける」といった点にあるとする。そして「競争的交渉法を使う弁護士」は「相手当事者に対して誇張、馬鹿にすること、脅かし、騒ぎたてること、およびかなりの神経の逆なで圧力を強いる傾向にある」という(他方、この方法は「交渉法的に不信感を植え付ける傾向があり」「当事者間のコミュニケーションを止めかねない」から「この要素は交渉にとってマイナスの結果をもたらす」とする)。

343) 深井・前掲注(298)172頁が、弁護士の役割として特に弁護士職務基本規程から「誠実」(5条)を引用していることも、この点に通ずるところがある。

344) 亀井尚也「(2) 依頼者の説得」(『第2編 事件類型に見る法的交渉の実践』「第4章 遺産分割交渉」・日本弁護士連合会法科大学院センターローヤリング研究会編・前掲注(298)171頁は、「依頼者が納得するのは、弁護士の説明の説得力によるだけではなく、それまでの、弁護士の誠実な努力やそのつど依頼者との協議を通じて、信頼関係が形成され、弁護士が依頼者自身のために(下線は榎本)そのような説得をしていることを、依頼者自身が感じるからである、ということである」と正当に指摘する。

「受任の最初の段階から、依頼者の気持の面を含めて弁護士がよく理解し、話もよく聞き、いっしょに方針を考えるという姿勢を貫いてこそ、弁護士の説得を依頼者が受け入れることができるのである」とし、「この面が、相続案件では特に重要である」とする。

345) 弁護士職務基本規程2条は「弁護士は、職務の自由と独立を重んじる」と規定し、同20条は依頼者との関係でも「弁護士は、事件の受任及び処理に当たり、自由かつ独立の立場を保持するように努める」と規定する。

北川ひろみ・豊川義明「民事における依頼者弁護士関係(2) - 調査・事件処理」森際編・前掲注(251)95頁は、「依頼者の支持と弁護士の考えが一致しない場合には、依頼者の依頼者により生じうる不利益を指摘するなどして依頼者の利益実現のために適切な処理がなされるよう説得を試みるべき」であり、意見がどうしても一致しない場合には「解任もしくは辞任を視野に入れた行動をとらざるを得ない」とする。

じたり悩みを持ったりすることも多い。しかし、弁護士が当事者の言いたいことを代弁することが大切である一方、それを代理人弁護士がスピーカーのように喧伝しあうだけでは、紛争は解決しない。お互いに「こうしたほうがよいのではないか」と説得しあって、争いのある距離や領域を少しずつ縮めていく作業がなければ、交渉はまとまらない。その意味では、弁護士は非常にアンビバレントな立場に立つ。逆に言えば、そのような困難で難しい作業を弁護士が行うからこそ紛争が解決していくのであり、このような意味で弁護士が交渉に関与することには重要な意義がある。

イ 弁護士関与による消極的機能

(ア) 本人意思との乖離の可能性

上記と裏腹であるが、本人の感情から離れた形で解決を図ろうとすることは本人からすると「そのように解決するつもりではなかったのに…」という不満（本人意思との乖離）を招来しかねない点に十分な注意が必要である。

(イ) 交渉期間の長期化

また、単純に関係当事者が増えることによって日程調整その他のために期間がより長くかかることになる（弁護士と相手方の交渉、弁護士と依頼者の打合せの2つの期日を調整しなければならないことも多い）。この意味で、弁護士の関与は交渉期間を長期化させる方向で働く要素である。

(ウ) エージェント・コスト³⁴⁶⁾

代理人関与により、代理人自身の利害と本人の利害が微妙に異なることが生じ得る（エージェント・コスト）。弁護士費用の負担は本人と代理人弁護士の利益が直接相反する顕著な例であるが、現在の日本の法制では仮に最後に判決まで進んだとしても基本的には依頼者本人（当事者本人）の負担となっており³⁴⁷⁾、その費用（場合によっては双方弁護士の費用）も念

346) 草野・前掲注(336) 31頁は「代理人と『本人』との利害や思惑の違いによって生じる不効率のことを、経済学では『エージェント・コスト』と言」い、「代理交渉に携わる者は」「政府の役人も弁護士も、もちろん企業人も、すべからくエージェント・コストを最小とする効率的交渉を目指さなければならない」とする。このように「エージェント・コスト」は単なる弁護士費用のみには留まらない不効率が包含されている。

例えば同じ弁護士報酬の金額でも、年末ころに事件が解決しそうな場合、弁護士は課税年度をまたいで受け取りたいという場合や、翌年の解決の方が良いという場合があり得て、早期に解決したい本人と利害がずれることがあり得る。

347) 最判昭和48年10月11日民集110号231頁。なお、①不法行為訴訟②安全配

頭においた解決が必要になってくるため、このような観点から見ると弁護士
の関与は合意をより成立しにくくする方向で働く要素である。

(3) グッド・ネゴシエーター (よい交渉人 (弁護士)) とは何か

では、弁護士がそのような形で交渉人として関わる場合、どのような弁
護士が「グッド・ネゴシエーター (よい交渉人)」とされるのであろうか。

交渉論一般においても法的交渉に限定せず議論がされているので、様々
な見解があるが、ここでは、ローヤリングの上記定義から、弁護士がどの
ような者を「グッド・ネゴシエーター」として挙げているかを見てみよう。

ア 廣田尚久による整理³⁴⁸⁾

弁護士である廣田尚久は、①冴えた動物的勘を持っている、②知、情、
意ともにすぐれて強靱である、③数字に強い、④強烈な正義感、⑤人を信
じる力を持っている、⑥察しがよい、⑦芝居がかったことが好き³⁴⁹⁾、とい
った点を挙げる。ここでは、法律の知識や考え方が明示して挙げられていな
い点が興味深い。他方、「③数字に強い」という点は金銭賠償の原則 (民
法 417 条、722 条 1 項) により、そもそもの紛争の原因が非金銭的な問題 (作
為義務の有無、離婚による精神的苦痛など) であっても、最終的には法的
交渉の多くが金銭的な問題として解決されるという性質を持つ法的交渉を
背景として論じていることが少なからず影響しているように思われる。

イ 豊田愛祥による整理³⁵⁰⁾

同じく弁護士である豊田愛祥は、①依頼者の信任を得、説得力を持つこ
とができる、②法律全体の流れについて、その動向や価値観を的確に把握
し、時代が進むべき方向を確実に予見できる、③個々の法規の詳細に通曉
し、具体的な問題について、瞬時に適切な先例、判例、行政通達等を検索

慮義務違反訴訟については一定の範囲で相手方の負担とされる (①につき最判昭
和 44 年 2 月 27 日民集 94 号 433 頁、②につき最判平成 24 年 2 月 24 日民集 240
号 111 頁)。

348) 廣田尚久「紛争解決学」(信山社、新版増補、2006 年) 133 頁以下。

349) おそらくここでいう「芝居」は、交渉における「駆け引き」と関係するもの
と思われる。確かに、そのような「芝居がかったこと」をするのが嫌いな人は、
駆け引きに向かないであろう。交渉における「芝居」が許されるか、許される
として法曹倫理として許される限界はどこまでかというのは、難しい問題である
(後記 5 (4) 参照)。

350) 豊田愛祥「第 4 章 交渉者論：望ましい交渉者とは」[2. 弁護士から見た望ま
しい交渉者像] 太田勝造＝草野芳郎【編著】奥村哲史＝鬼澤友直＝豊田愛祥＝西
潟眞澄【著】太田勝造＝草野芳郎編『ロースクール交渉学』(白桃書房、第 2 版、
2007 年) 54 頁。

して提示できる、④情報に関する感覚が鋭敏で、ふだんから情報収集に熱意があり、また、情報の真偽の判断に研鑽を積んでいる、⑤物事の本質を即座に、素直に、何のけれん味もなく把握できる、⑥熟考して信念とした事柄については、断固としてこれを貫く勇気を持つ、⑦相手方とする陣営から公正で誠実な、責任感のある人間と思われることなどをあげる。

ここでは②や③などについては、特に法的交渉であることが強く意識されている。

ウ 深井靖博による整理³⁵¹⁾

同じく弁護士である深井靖博は、ローヤリングの授業において身につけるべき能力として、①入念に準備する能力、②プレゼンテーションする能力、③相手方の話をしっかりと聞きその真意を理解する能力、④問題を分析し解決する能力、⑤相手方との間で信頼関係を構築していく能力をあげる。

エ その他

その他にも、論者によって様々な意見がある。例えば、中嶋洋介は交渉人に一番大切な資質は「相手に信頼され、同時に味方に信頼される「信頼感」である」とする³⁵²⁾。詳細なものとしては、小島武司編「法交渉学入門」（商事法務研究会、1991年）130頁がH.Raiffa「The Art and Science of Negotiation」（The Belknap Press of "Harvard University Press"、1982年）120~121頁を引用して「交渉者の資質」として「準備・企画技術」「交渉の対象事項への知識」など34もの項目をあげる³⁵³⁾など様々な主張がなされている。

351) 深井・前掲注（298）175頁。

352) 中嶋洋介「交渉力」（講談社現代新書、2000年）116頁。

353) 同書が挙げる34項目は以下の通りである（1準備・企画技術／2交渉の対象事項への知識／3プレッシャー・不明確さの中で、明確かつ迅速に考える能力／4考えを陳述する能力／5聞く能力／6判断力・一般的理解力／7清廉さ／8他人を説得する能力／9忍耐力／10果敢さ／11敵方の信頼・尊敬を勝ち得る能力／12一般的問題解決・分析技術／13感情と外見についての自制心／14他人の感情の洞察／15根気強さと決断力／16目的到達に有用な力に気づき開拓する能力／17潜在需要ならびに自陣および敵方組織の反応に対する洞察力／18自分のチームまたはグループのメンバーに対する統率力／19それ以前の交渉経験／20個人的安全感／21開かれた心（他者の意見への寛容さ）／22競争心（競争し勝とうとする願望）／23自己の陣営の中の種々の目的の伝達・調整技術／24ディベートの技術（質問を受け流し、テーブルをはさんで答える技術）／25好まざるリスクを進んで負うこと／26交渉上の役割や交渉ポーズを上手く演ずる能力／27組織の中での地位・ランク／28曖昧さ・不明瞭さへの寛容さ／29合図・ジェスチャーあるいは沈黙によりコミュニケーションする技術（言葉以外の言語）／30歩み寄る性格／31魅力的な人格およびユーモアのセンス（その人間といっしょにいて楽（し）める度合い）／32人を信じる

オ 小括

以上のとおり「グッド・ネゴシエーター」には様々な資質が必要と提唱されている。しかし、各要素のうち一要素でも欠けば全く交渉できないというわけではないし、何をもって「グッド」とし、なぜ「必要」なのかが具体的に実証されているわけでもない。各自が論じていることは共通しているように見える面もあるが、必ずしもその外延が明確ではなく共通する部分がどこまであるのかも不明確である。

上記は、必ずしも必要不可欠な点を論じているというわけでもなく、「あった方が良い」というものを各自で論じている面がある³⁵⁴⁾。各論者が挙げる要素は一致点もあるが、各論者が自己の理想とする(弁護士としての)交渉家を掲げて要素を挙げている面が強い³⁵⁵⁾。

およそ交渉には必ず相手方があり、弁護士が関わる法的交渉では必ず依頼者と弁護士が登場することが予定されているものである以上、2名以上の人間が必ず関わることになる。人はそれぞれ異なった個性をもっているから、「このような人は、必ずうまくいく」という絶対の法則はない。

むしろ、このような点に気を付けると「よい場合がある」という程度にとどめるべき性質の事柄ではなかろうか。

性格／33 通常のビジネスまたは職業の範囲を超えるリスクを進んで負うこと／34 食べ物にされるのを避けるために、実力、脅し、ブラフを進んで使うこと。

354) 例えば、上記で廣田は「強烈な正義感がある」ことを要素としている。確かにそのような正義感があることが交渉を推進する場合もあるが、他方、当事者と事案によっては、そのような正義感の強い人よりある意味で茫洋とした素朴な感情を持っている交渉人の方が効果を発揮する場合もあろう。

355) 太田勝造＝草野芳郎・前掲注(350)では、「裁判官から見た望ましい交渉者像」(57頁以下[鬼澤友直])や「経営学者の考える望ましい交渉者像」(60頁以下[奥村哲史])、「法社会学者から見た望ましい交渉者像」(64頁以下[太田勝造])についても言及がある。様々な職種や他分野の専門家の手になるかのような分析は示唆に富む。

しかし、各論者が挙げている資質を全て兼ね備える交渉家は一種の「全能者」であり現実離れしてくる。

夫婦・家族でも交渉が行われているように、およそ交渉とは日常誰でも行っているものであるし、法的交渉は全ての弁護士が当然に行っているものである。もちろん「よい」「悪い」はあろうが、神様しかできないようなものは、少なくとも、上記ローヤリングの定義に言う「法科大学院において学生に習得させたく、かつ、習得させることが相当程度可能な」ものとは言えない。

そもそもローヤリングは、一種の「技能」であり(名古屋ローヤリング研究会・前掲注(1))そもそも「技能」とは「技芸をおこなううでまえ」「技量」であり(新村出「広辞苑」(岩波書店、第7版、2018年)726頁)、必ずしも神しかなし得ないものではなく、むしろ万能ではなく、個性と欠点、長所と人格をもった人間だからこそ行すべきであり行うことができる事柄であるともいえる。

論 説

以上のような限界があることを前提に筆者なりの「グッド・ネゴシエーター」観を敢えて付け加えるとすれば、①依頼者とも相手方ともラポール（信頼関係）を上手に形成できること、②選択肢の開発と絞込みに長けていることの2つが重要であると考え。この議論は要するには「交渉において何を大切と考えるか」と別の角度から検討している面もある。この点は6(2)(3)で後述する。（以下次稿）