

## 論 説

# ローヤリング基礎論覚書（5）交渉（承前）

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
- 第4 交渉（285号及び本号）
  - 1 交渉（Negotiation）とは何か
  - 2 法的交渉（Legal Negotiation）とは何か
  - 3 法的交渉の類型
  - 4 法的交渉における弁護士の機能（以上285号）
  - 5 アメリカを中心に論じられてきた交渉学の概要（以下本号）
    - (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（社会心理学など）
    - (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

## 5 アメリカを中心に論じられてきた交渉学の概要

以上1～4において、「(法的)交渉の有する性質」「(法的)交渉に関わる交渉人(弁護士)に必要な資質」を論じた。以下では、再度、法的交渉に限らない交渉全体を対象にアメリカ等で論じられてきた交渉学の概要について整理を試みる。

交渉学では種々のテクニックや理論が主張されているが、多くはバラバラに論じられており、相互の関係が今一つ明らかではない。本稿では、まず(1)交渉全体のあり方—いわゆる「ハーバード流交渉術」—について一瞥したうえで、(2)交渉における基本概念を整理し、その後(3)交渉と隣接諸科学(社会心理学など)との関係について検討した後、(4)「様々な交渉技術」について、特に日本の法曹(弁護士)倫理を踏まえて、主としてアメリカで論じられてきたこのような交渉技術を日本の弁護士が法的交渉において用いた場合、どのような問題点があるかにつき検討する。

### (1) 交渉全体のあり方—いわゆる「ハーバード流交渉術」

本稿第4冒頭で述べたとおり、交渉学の世界では、1977年ころ開始された「ハーバード・プロジェクト」(Harvard Negotiation Project)の理論的研究(所謂「ハーバード流交渉術」)が強い影響力を持つ。その中心文献は、ロジャー・フィッシャー(R.Fisher)＝ウィリアム・ユリー(William Ury)著の“Getting to YES”(1981年初版)であり、そこで述べられる技法(methods)は、以下の4つに集約できる<sup>356)</sup>。

---

356) Fisher et al, supra note 229, at12. 小山齋「交渉技術をみがこう」『現代法律実務の諸問題(平成30年度研修版)』(第一法規、2019年)843頁はこの考え方を「交渉を動かす基本要素」についての「4要素説」と呼び、「この4つが世界中に広まり、ハーバード大学は交渉学のリーダーとなりました」という。そして、①インタレスト(interests)②権利(Rights)③パワー(power)の3つ(若しくは、①情報②時間③パワー、①インタレスト②優先順位③戦略)と考える3要素説、射手矢好雄弁護士の7要素説(①利益②オプション③根拠④BATNA⑤関係⑥コミュニケーション⑦合意、齊藤孝＝射手矢好雄「ふしぎと上手いく交渉力のヒント」(講談社、2009年)54頁、同「うまくいく人はいつも交渉上手」(講談社、2014年)232頁(kindle版)各参照)、トム・ピーザーの5要素説(①感情②論理③威嚇④駆引き⑤妥協)を併せて紹介する。

交渉に関わる個々の人間は全て異なる個性を持ち、交渉自体が各個に独自の特徴を持つ以上、各要素の持つ意味や影響力は各紛争により異なるし、各要素は全てが同一の価値や重要性を持っているのではない。とりわけ日本人同士の法的交渉では、5要素説でいう①感情(これは一当事者として見た表現であるが、交渉当事者間の状況で言えば、ラポール(rapport)の形成)が大きな役割を果たすことが多い(本稿6(1)ウ)。

## (ハーバード流交渉術の「4つの技法 (methods)」)

- ① 人と問題を切り離す。
- ② 「条件や立場」ではなく「利益」に注目する。
- ③ お互いの利益に配慮した複数の選択肢を考える。
- ④ 客観的基準にもとづく解決にこだわる。

「選択肢の開発とその絞込み」がローヤリング全般において重要であるとの本稿の立場からは、上記①～④は等閑視されるべきではなく、特に③の選択肢創出にこそ大きな意味があることを評価すべきである(本稿6(2)で詳述する)。

この「ハーバード流交渉術」は、「統合型交渉 (integrative bargaining/negotiation)」、「原則立脚型交渉 (principled negotiation<sup>357)</sup>」、「問題解決型交渉 (problem solving negotiation)」とも呼ばれる。ここで「統合型 (integrative)」と呼ばれるのは、「双方の利益を統合する (integrating their interests into an agreement)」交渉方法だから<sup>358)</sup>であり、「原則立脚型 (principled)」と呼ばれるのは、「できるだけ共通の利益を見出し (look for mutual gains)」、利害が衝突する場合は、「どちら側の意志からも独立した公正な基準に基づいて (on fair standards independent of the will of either sides) 結論を出す」交渉方法だからである<sup>359)</sup>。

上記の「共通の利益を見い出す」ことを極限まで実現したものが、双方の利益を実現して解決する「ウィン・ウィン (win-win)」の交渉と呼ばれるものである<sup>360)</sup>。交渉の勝者と敗者とを分かつ従前の「ウィン・ルーズ (win-lose) 型」交渉に対置する概念<sup>361)</sup>として、一つの目指すべき交渉のあり方である。そして、「選択肢の開発とその絞込み」の観点からは、かかる選択肢を開発し、絞り込むための一つの重要な視点として、「ウィン・

357) Fisher et al, supra note 229, at xx viii .

358) R. Luecke., Negotiation (2003) at2. この統合的交渉の対語は「分配型交渉 (distributive negotiaton)」である。

359) Fisher et al, supra note 229, at xx viii. 「原則立脚型交渉は、問題の本質に厳しい (hard) が、人間に対して柔軟 (soft) である」という。

360) win-lose 型の交渉の「勝利」が、本当に交渉者自身 (弁護士) や (弁護士に交渉依頼した) 本人の精神的満足をもたらすものであるか否かは疑わしい。

「勝者の呪い」につき (R・J・レビスキーら『交渉力』(マクロウヒル・エデュケーション、2011年) 300頁) 参照。

361) 加藤編・前掲注 307) 193頁 [佐藤彰一] は、数学者であるシュリング (T.Schelling) とライファ (H.Raiffa) の先駆的な研究を紹介している。

ウィン (win-win)」を位置付けることができる。

## (2) 交渉における基本概念

上記のような交渉全体のあり方とは別に、交渉のあり方を議論してゆく中で論じられてきた様々な基本的な概念が多数存在するので、以下で整理する。下記のうち、ローヤリングにおいて「選択肢の開発及び絞込み」が重要であるとの本稿の立場からは、「BATNA」を意識することが特に重要である。

### ア ボトムライン・留保価値 (留保価格)<sup>362)</sup>

交渉対象につき、各当事者が合意できる最低水準をいう<sup>363)</sup>。双方のボトムラインを意識的に整理・理解することで、下記のイ「合意 (交渉) 可能領域 (ZOPA)」を初めて意識できる。また、下記ウ「BATNA」の理解には、まずこのボトムラインを意識することが重要となる。ただ、実際には最初から自分自身でボトムラインを意識できる当事者 (依頼者) は少ない。依頼者本人が何を大切に考えるか (①損得、②解決の手続き、③面子その他) によりボトムラインのあり方が変わり得るので、弁護士が依頼者本人と十分な法律相談と打合せを繰り返さなければこのボトムラインが明確とはならない。そして、この把握を間違えると以後の戦略手法は全て大きく変わる。その意味で何をボトムラインと考えるかの見極めは非常に重要である。

### イ 合意 (交渉) 可能領域 (ZOPA: Zone Of Possible Agreement)

交渉当事者双方のボトムラインを第三者の目で比較した場合に双方が交渉による妥結が可能と考えているところに重複がある場合の当該重複部分をいう<sup>364)</sup>。交渉対象複数の場合の ZOPA は複雑で、例えば 2 要素の最小効用を表す直線と効率曲線 (パレート・フロンティア) で囲まれた領域が ZOPA となる<sup>365)</sup>。

---

362) Fisher et al, supra note 229, at100.

363) 竹内・前掲注 228) 18 頁。

364) 竹内・前掲注 228) 19 頁。具体的な BATNA の検討例は、川合伸子「2 交渉が決裂した場合の想定」[3 優先順位の確認] (『第 2 編 事件類型に見る法的交渉の実践』[第 3 章 不動産関係事件における示談交渉])・日弁連法科大学院センターローヤリング研究会編・前掲注 228) 140～141 頁、亀井尚也「1 交渉を成立させるか、不成立とするか」同書 174 頁以下参照。

365) 深井・前掲注 297) 191 頁。竹内・前掲注 228) 21 頁。藤田忠監修『交渉ハンドブック』(東洋経済新報社、2003 年) 16 頁 [土屋弘元]。H・E・ジャクソンほか (神田秀樹=草野耕一訳)『数理法務概論』(有斐閣、2014 年) 61 頁注 2) (訳者注)。

ウ BATNA<sup>366)</sup>

交渉が決裂した場合に採り得る最善の選択肢(代替案)〔「不調時対策案」〔最善(最適)代替案〕Best Alternative to a Negotiated Agreement<sup>367)</sup>〕をいう<sup>368)</sup>。力強い代替案を持っている者は相手方に対して強い立場に立つことができる<sup>369)</sup>。その意味で、力強い代替案を作り出す能力がある弁護士は相手方よりも極めて有利な立場に立つことができる<sup>370)</sup>。

## エ 「落とし所」

交渉において実務家がよく用いる言葉であり、双方が納得する決着点をいう<sup>371)</sup>。上記の「合意可能領域(ZOPA)」(イ)の範囲内で、どの点で最終的に決着するかという具体的ポイントを指すことになる。

「納得」は各人の主観的問題であるから、当然に決まった落とし所があるわけではない<sup>372)</sup>。しかし、とりわけ法的交渉の場合には、①証拠の有無や内容・評価、②事実関係が固まってくれば、それに法律を適用し、判例などを参照することによって、ある程度の落着予想点が見えてくることがある。もちろん事件は生き物であるし、同じものも見る者の位置や角度によって全く異なって見えることはよくあることであるから、必ずしも簡単なことではないが、そのような落着予想点について交渉代理人である弁護士同士で共通認識が持てた場合には、当該交渉は妥結に向かって大きく動

366) Fisher et al, supra note 229, at 102、竹内・前掲注 228) 21 頁。

367) ここでいう 2 つ目の「A」が、alternative (= 選択肢) を指すことは、選択肢の開発や絞り込みを強調する本稿にとっては特に大きな意味がある。

368) 谷原誠『弁護士が教える気弱なあなたの交渉術』(日本実業出版社、2008 年) 89-91 頁は、交渉で(相手から)聞き出したい 5 つの情報として、①相手のニーズ、②相手の強みと弱み、③相手の期限、④相手の限界値(価格)、⑤相手代替手段の 5 つをあげる。この「代替手段」が BATNA を指すことになる。

369) R.J. レビスキー = D.M. サンダース = J.W. ミントン(藤田忠監訳)『交渉学教科書』(文真堂、1998 年) 91 頁は、「代替案を探すことは、統合型交渉の創造的な側面である」「そして、それらの選択肢の中から最終案を選択することが、交渉最後の局面での仕事となる」という。

370) なお、近時は、A・ランブルウラ(奥村哲史訳)『交渉のメソッド』(白桃書房、2014 年) ii - iii 頁の示す SAT (Solution At Table: この交渉における話し合いで成立しうる内容) と SAFT (Solution Away From Table: この交渉が決裂したときに取り得る選択肢の内容) BATNA の概念を見直したり、発展的内容を示唆したりするものも見られる。

371) 深井・前掲注 297) 191 頁参照。

372) 深井・前掲注 297) 204 頁は、草野耕一『ゲームとしての交渉』(丸善、1999 年) 86 頁以下の「感情的説得」「功利的説得」「論理的説得」の得失を踏まえ、「説得の方法」として①論理②損得③感情の 3 要素を挙げる。

実際、多くの交渉ではこの 3 つが問題となることが多い。

き出してゆくことになるという意味で、この「落着予想点」には大きな意味がある。

#### オ 「バルコニーに登ってみる」ことの重要性

交渉が佳境に入ってきたり、交渉者が感情的になったりすると交渉全体のあり方を見失うことがあり得る。このような場合 *Getting to Yes* の共著者でもある W.Ury が推奨する「バルコニーへ登れ (Go to the Balcony)」との考え方は一考に値する<sup>373)</sup>。

#### カ 性別による「交渉」に対する考え方の違い

ステレオタイプ的に検討することは問題であるが、交渉において男性と女性<sup>374)</sup>によって「交渉」についての考え方が違うことはあり得る。例えば、男性は(女性より)話し方が断定的で(相手の話を遮る)、女性は(男性より)感情的シグナルや相手の反応に注意を払う傾向があると指摘するものもあれば、「女性のリスニング・共感 (empathy) スキルが男性と異なっているはずだ」との考えを「神話 (myth)」と断じ、男女間で交渉しても同性間の交渉と大きな違いはないと結論づけるもの、「昇給・昇進につき女性は(男性より)交渉することを選択しない」という実験結果や、女性は平均して男性よりも協力的だが、それは、自分が非協力的だと思われたときの社会的反動 (backlash) を心配してのことであると指摘するものもある<sup>375)</sup>。

G. Richard. Shell は、この種の性別による偏見が交渉の障害となりそうな場合に検討すべき点を4点挙げており参考となる。すなわち、①「自分は女性だから交渉において弱い立場だ」「自分は男性だから他人の感情を読むのが苦手だ」のような固定観念 (stereotype) を揺り動かす (move)、②例えば女性は、自分の給料について交渉する場合、自分の「家族のため」に交渉すると考えるなど他人を代理しているかのように交渉する<sup>376)</sup>、③相手方が性的な固定観念を持っていると感じたときは、それに対する具体的な行動を起こす前に一呼吸置く。④たとえば女性 M & A 担当者が交渉に入る前に「自分は昔、イスラエルの軍人でした」と説明してしまうように偏見が表面化する

373) W.Ury "Getting past NO" (2007) at 38. (「NOと言わせない交渉術」(三笠書房、2010年)74頁)「武士道」では、自分に対して刃を向ける相手を遠いところにある山のごとく見よと説き、これを「バルコニーから見下ろす」極意とする。

374) それは生物学的意味に限らず、本人が自認する性によっても異なり得る。

375) Shell, G.Richard., *Bargaining for Advantage* at 15 (2d ed,2018).

376) 女性は押しつけがましい (pushy) と他人から見られることを恐れているが、他人を代理する場合は男女全く同様に交渉するとの研究があるという。

前に、固定観念とは異なった利害や活動について説明するといった点である。

#### キ 交渉の準備（プランニング）の重要性と留意点

一般に「交渉の成否を決するのは、この交渉プランニングにある<sup>377)</sup>」「交渉の優劣は、多くの場合、段取り（準備）次第で決まる<sup>378)</sup>」「交渉の要諦は準備にあり<sup>379)</sup>」などと言われる。その具体的な準備につき、深井靖博は(1) 事実調査・証拠収集、(2) 法律・判例の調査、(3) 訴訟等になった場合に発生する問題の予測、(4) 交渉が決裂した場合の対応、(5) 依頼者の意向を踏まえた和解解決の見通しを挙げる。

松浦正浩は「交渉の準備にはいろいろな方法論がある」としたうえで、ホワイトボード等下記のような「交渉間トリックス」を作成する方法を「比較的単純な方法」として紹介する<sup>380)</sup>。

【図1】交渉マトリックス

	利害	BATNA
自分		
交渉相手		

この点は、正に様々な方法があり得るところであり、一定の準備が必要であることは間違いがない。上記で深井が挙げる諸点は弁護士として検討する一般的なポイントであると思われる。ただし、後述するとおり日本人同士の交渉で特にラポール（rapport）が重視される点を勘案するとき、あまりに詳細に交渉の準備をした場合、どうしても「その準備の通り交渉を進めたい」という気持ちが先に立ってしまい、ラポール（rapport）形成が後回しになることがあり得るので注意が必要である。

#### (3) 交渉と隣接諸科学（社会心理学など）

上述のとおり、「ハーバード大学交渉学研究所」（Pon）での分析の視点は法律にとどまらず、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。本稿では、その中でも「法科大学院

377) 深井・前掲注297) 186頁。

378) 佐藤昌巳「取引契約型交渉の基本技術①」・前掲注1) 253頁。

379) 太田勝造＝野村美明編「交渉ケースブック」(商事法務、2005年) 7頁。

380) 松浦・前掲注372) 71～72頁。

において学生に習得させ」という観点から下記の点に絞り込んで論じ、検討する。

#### ア 集団極性化 (Group Polarization)<sup>381)</sup> (社会心理学の概念から)

同じ意見の人間が議論すると、①議論の内容が極端な結論に至ったり(リスキーシフト)、②より安全な意見に落ち着いたり(コーシャスシフト)することがある。

交渉には、主として二当事者の交渉を念頭に置いた「分配的統合」「統合的交渉」のほかに、2類型にあてはまらない交渉として「団体における意思形成交渉」がある(3(2))が、集団極性化は、特にそのような交渉を分析するにあたって有用な社会心理学、とりわけグループ・ダイナミクス(group dynamics)研究の重要なテーマである。その原因としては、少数意見には反論や批判が含まれているため多数の者が①不愉快になり②そのような議論を「無駄」だと考え早く結論を出したくなるという心理が指摘されている。

かかる弊害を防ぐため、悪魔の代理人(devil's advocate:カトリック教会で聖人を選ぶ際、その人物の欠点を指摘する列聖調査審問検事に因む。)を導入するなど、少数意見を大切にすアプローチが大切であるとされる。

#### イ しっぺ返し戦略(Tit-for-tat Strategy)(ゲーム理論から)

当初は協調的な行動をとり、これに対し相手方が協調的な態度に出れば当方も協調で応ずるが、相手方が裏切り行為あるいは競争的態度に出れば、当方も同様の態度で応じるという戦略のことをいう<sup>382)</sup>。ゲーム(ゲイム)理論<sup>383)</sup>で「囚人のジレンマ」の状況下での長期的な最適戦略として論じられる<sup>384)</sup>。

---

381) 田村次郎＝隅田浩司『戦略的交渉入門』(日経文庫、2014年)210頁、ジェームス・スロヴィンスキー(小高尚子訳)『『みんな』の意見は案外正しい』(角川書店、2006年)202頁。

382) 小林編・前掲注242)157~158頁。

383) 意思決定の相互依存関係を数学的で厳密な手法を用いて分析していく理論(藤田監修・前掲注365)28頁以下(逆綴じ)〔大成節夫〕、小島武司編『法交渉学入門』(商事法務研究会、1991年)249頁〔太田勝造〕各参照。

384) この点、小島編・前掲注383)267頁〔太田〕は「無限に繰返しに行なわれる可能性のある交渉においては、一定の条件のもとでは囚人のディレンマが解消する」「繰返し対戦の確率はだんだんと小さくなるが、可能性としては無限回繰返されうる」。よって、「紳士的(nice)・報復的(retaliatory)・寛容(forgiving)な戦略として『しっぺ返し(tit-for-tat)』を採用することが最も有利となりうる」という。最近のアクセルロッドの研究で明らかとなった」という。



日本で弁護士がこの戦略を正面から用いると、当該戦略を採用すること自体に相手方から抵抗感を示され、相手方とのラポール (rapport) 形成が困難になったり、既に醸成されていたラポール (rapport) が崩壊したりしてしまう危険性が高い<sup>385)</sup>。その意味で、この戦略を選択することには慎重であるべきである。

ただし、他の様々な理論や戦略と違う効能がこの「しっぺ返し」戦略には存在する。

筆者は、日本の弁護士実務で最初からこの種の「交渉技術」「交渉術」を振りかざすことは望ましくないと考えている。それは、上記の通り相手方とのラポール (rapport) の形成を阻害するからであるが、逆に相手方がこのような「交渉技術」を駆使してきた場合には、「こちらもそういう技能は知っています」(かような対応のために、交渉技術を学び理解する意味は十分にある。)[この種の『交渉技術』を戦わし本当にとことん戦いますか?』という点を反芻してもらうため、敢えて「しっぺ返し戦略」をとる(防御法としてのみ用いる「しっぺ返し戦略」)ことがある。その結果、双方が「技術だけに頼った交渉には限界がある」と自覚し、再度、ラポール (rapport) 形成に向うのが目指すべき交渉であると筆者は考えている。

#### (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

交渉技術として論じられてきたものの中には、洋の東西を問わず、外交交渉の技術、政治的交渉の技術、日常生活での交渉の技術など様々な技術の叡智の蓄積がある。しかし、本稿は「ローヤリング」の基礎論を論ずるものであるから、交渉技術のなかでも特に弁護士の交渉技術として用いることを前提として検討する。この点で特筆すべきは、弁護士には高度の職業倫理が求められていることである<sup>386)</sup>。一般的な交渉技術としては有用でも弁護士倫理上問題がある技術もある<sup>387)</sup>。そこで、以下では、これまでの

385) 加藤編・前掲注307) 68頁 [柏木] 参照。

386) Shell, *supra* note 375, at 177. は、弁護士同士の交渉に限らない一般の交渉についてさえ "Ethics Come First, Not Last" であるという。

387) 竹内・前掲注228) 「交渉と倫理」(72～80頁) 参照。

他方、ハーバード流交渉術では倫理的側面は排除し、技術論に徹することを前提とする。例えば、Fisher et al, *supra* note 229, at 157 は、「この本 (Getting to YES) は、善悪の道徳を説く説教ではなく、如何に交渉を上手く運ぶかにつき論じた」「道徳的に良いことをすること自体自己目的化することを勧めていない」と断言する。

先達の研究成果<sup>388)</sup>を踏まえ、これらを弁護士倫理の観点からの問題点につき検討する<sup>389)</sup>。

#### ア 交渉と弁護士倫理<sup>390)</sup>

交渉で問題となる弁護士倫理には以下のものが考えられる。

##### (ア) 一般的な倫理

法的交渉において問題となる各種の倫理を法律等の条文に沿って整理すれば、以下のとおりである。

- a 弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現するという使命（弁護士法（以下、「法」という。）1条1項）に基き、誠実にその職務を行うものとされ（誠実義務<sup>391)</sup>・同条2項）、
- b 弁護士会及び日弁連（以下、「日弁連」という。）の目的は「弁護士及び弁護士法人」（以下「弁護士等」という。）の「品位を保持」することにあるとされ（法31・45条）、
- c 弁護士等に「職務の内外を問わずその品位を失うべき非行があったときは、懲戒を受ける」（法56条1項）。
- d 日弁連会則（昭和24年7月9日制定、以下「会則」という。）は「弁護士は、人権の擁護者であり、社会正義を顕現するものであることを自覚しなければならない」（10条）「絶えず人格を錬磨し、強き責任感と高き気品を保たなければならない」（12条）と定め、
- e 弁護士職務基本規程（平成16年11月10日会規第70号、以下「規程」という。）では「弁護士は、真実を尊重し、信義に従い、誠実

---

388) 技法が幅広く整理された小林編・前掲注242) 56頁以下（「3交渉戦術」）を基本とし、これに弁護士倫理的観点から検討を加えた。

389) 交渉と倫理の問題は弁護士以外の者も直面する問題である。R.J. レビスキーほか（藤田監訳・前掲注369) 279頁は、大勢のMBA課程の学生に「戦術の適切さ」等7つの尺度で順位付けした結果を整理している。

390) 小林編・前掲注242) 256頁以下「交渉学と弁護士倫理」参照。

391) この「誠実」が、誰に対する誠実を問題とするのかという点につき、森際康友＝北川ひろみ「弁護士倫理と誠実義務」森際康友編『法曹の倫理』（名古屋大学出版会、第3版、2019年）12頁、田中宏「弁護士のマインドー法曹倫理ノート」（弘文堂、平成21年）97頁以下）参照。

なお、誠実義務が法的義務なのか、単なる倫理的義務に過ぎないかについても争いがあるが、前者（法的義務説）が多数説とされる（日弁連調査室編著「条解弁護士法」（弘文堂、第5版、2019年）13頁、日弁連弁護士倫理委員会編著「解説 弁護士職務基本規程」（日弁連、第3版）13頁）。また、弁護士と依頼者との関係を信認関係と捉え、そうした関係において弁護士が依頼者に対して負う義務を「信認関係（fiduciary duty）」とする考え方につき森際＝北川11頁参照。

かつ公正に職務を行う」(5条)ものとされ、同70条は「弁護士は他の弁護士、弁護士法人及び外国法事務弁護士」「との関係において、相互に名誉と信義を重んじる」、同71条は「弁護士は、信義に反して他の弁護士等を不利益に陥れてはならない」と規定する。

- f 法23条は「弁護士又は弁護士であつた者は、その職務上知り得た秘密を保持する権利を有し、義務を負う」、規程23条は「弁護士は、正当な理由なく、依頼者について職務上知り得た秘密を他に漏らし、又は利用してはならない」と定め、これとは別に刑法134条は「弁護士、弁護人」「又はこれらの職にあつた者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏らしたときは、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処す」と定める(守秘義務<sup>392)</sup>)。

以上について、弁護士が負う義務の観点から整理すると、このような場合に弁護士が負う義務は、

- ① 誠実義務<sup>393)</sup> (法1条2項、規程5条。相手方も弁護士を選任している場合につき規程70条、71条)、
  - ② 真実義務 (規程5条)、
  - ③ 品位保持義務 (法31・45・56条1項、会則12条)、
  - ④ 守秘義務 (法23条、規程23条、刑法134条)
- の4つに整理できる。

#### (イ) 特に交渉の相手方との関係で問題となる倫理

上記の中でも、特に交渉の相手方との間では「駆け引き」や「誇張」「はったり」などが問題となり、一種の「嘘」が用いられることがあり得る。かような場面では、上記の倫理のうちでも特に①誠実義務(法1条2項、規程5条、70条、71条)、②真実義務(規程5条)、③品位保持義務(法31・45・56条1項、会則12条)の3つが特に問題となる。

その評価は難しく、これまでも「現実の交渉ではどこまでが違法ではない」「駆

---

392) 3つの条文は異なるレベルで弁護士に対する守秘義務を定めるが、各要件は微妙に異なる。規程が日弁連の会規なので「弁護士であつた者」を要件から外すことは理解できるが、法23条に「正当な理由なく」との文言がない点、規程23条には「利用してはならない」との文言が付加されている点は注意が必要である。

393) なお、訴訟上の和解で交渉が行われる場合は、民事訴訟法2条との関係も問題となる。

け引き』や『はったり』であるかは、程度問題として判断が難しい<sup>394)</sup>、「詐欺など明らかに違法なケースを除き、『欺く技術』はある程度までは、交渉上のテクニックとして首肯しうるといえるかもしれない<sup>395)</sup>」等とされてきた<sup>396)</sup>。

この点アメリカの法曹倫理での議論を見る<sup>397)</sup>と、ABA 法律家職務模範規則（モデル・ルール）第5章「依頼者以外の者との関係」4・1条（a）は「依頼者を代理する弁護士は第三者に対して、重要な事実や法律について、故意に虚偽の陳述をしてはならない」と規定する。何が「重要な事実」なのかという問題が残る規定ぶりである。他方、ABA モデル・ルールの注釈書（The Comment）では、4・1条（a）については、「慣行による例外」があり、①取引の対象物の価格、②見積もり、③受け入れ可能な和解案に関する当事者の意向の3つはその対象外であるといわれる<sup>398)</sup>。

#### （ウ）特に依頼者との間で問題となる倫理

弁護士は、「依頼者の代理人として期待されている役割を果たす過程で、ときに依頼者のために非道徳的行為をなすことがある」とされる<sup>399)</sup>。ここ

394) 小林編・前掲注242) 261頁。

395) 小林編・前掲注242) 253頁、ディーバック・マルホトラ＝マックス・H・ベイザーマン（森下哲朗監訳／高遠裕子訳「交渉の達人」（日本経済新聞出版社、2010年）222頁各参照。

396) 小山・前掲注269) 850頁は真実義務につき「ABA モデル・ルールの注釈書にいうような慣行（榎本注：4・1条（a）（相手方に対する故意の虚偽陳述の禁止）について、①取引の対象物の価格、②見積もり、③受け入れ可能な和解案に関する当事者の意向の3つは「慣行による対象外」とすること）が我が国にもあって、真実義務の対象から外されているのか」「嘘くさいことを言ってもよいのか」「について職務規程は沈黙しています」と指摘し、日本の弁護士も交渉では「嘘くさいことを言」い「アメリカの慣行と似た状況が我が国にもある」という。

397) 小山・前掲注269) 849頁（（二）アメリカのロースクールが教える交渉倫理（ABA 法律家職務模範規則））。280頁。藤倉皓一郎監修・日弁連訳「【完全対訳】ABA 法律家職務模範規則」（第一法規、平成18年）201頁。ロナルド・D・ロタンダ（当山ら訳）前掲注256) 280頁。Ronald D. Rotunda, Legal Ethics in a nutshell at406（5th ed. 2018）は「和解案に関する当事者の意向」は“material fact”ではないことを、義務の対象から除外される理由としている。

398) 小山・前掲注269) 850頁。その上で、同書は「2 ロースクールが教える交渉倫理」として、アメリカのペパーダイン大学ロースクールの教材を要約して、① Bluffing（脅し）はOKだ、② Puffing（大げさ・過大にふっかける）もOKだ、しかし③ Lying（嘘）はnot OKだ、④ Honest（正直）はベストなやり方だ（ただし、バカ正直ではダメで、戦略的でなければならない）、⑤ Legal limit（法律の限界）に注意せよと教えているという。しかし、Stefan H. Krieger et al, Essential Lawyering Skills at278（2nd ed. 2003）が「actual misrepresentation と puffing との区別は常に明確であるとは言えない」と指摘するように puffing の限界は微妙な問題とされているようである。

399) 小林編・前掲注242) 263頁は、実際は150万円のオファーを受けていても、依頼者に「100万円のオファーを受けた」と顧客に（虚偽の）報告をして交渉の

は、「依頼者のため」というパターンナリスティックな動機・目的をいかに評価するかが問題である。特に日本では、このようなパターンリズムが弁護士に対してある程度期待されていると感じられる場面もあり、評価がより困難となる。

### イ 一般的に使われる策略と戦術

以上のような一般論を前提として、以下、各策略・戦術について具体的に論じる。具体的には、独占禁止法のガイドラインが①「原則として違法となるもの」(黒色)、②「違法となるおそれがある」もの(灰色)、③「原則として違法とならない」(白色)と書き分けた場合分けをしている<sup>400)</sup>ことに倣い、弁護士倫理の観点から【A】問題があることが明らかなもの、【B】場合によっては問題となるもの、【C】特に問題と思われえないものの3つに分け論じる。

#### (ア) 前提条件要求【弁護士倫理上の問題：B】

交渉開始前に一定の条件・要望が満たされていないことを理由に交渉を拒否する方法のことをいう<sup>401)</sup>。相手の出鼻をくじき、強烈なスタートを強いて相手より優位に立てる。

例えば、現在アマゾンジャパン合同会社においては、同社サイトに出品された商品につき特許権その他の知的財産権侵害のクレームを申し立てる場合、同社HPの専用ページ<sup>402)</sup>に詳細を書き込まないと当該クレーム自体を受け付けない(弁護士が内容証明郵便等で別にクレームを送付しても当該ページに書き込むことを求められる)取扱いとしている。これはかようなフォームが要求する事項を一種の前提条件とする前提条件要求の一例と

---

成立可能性を高める場合をあげる。「その後、100万円を上回るオファーの提示があったと報告すれば、顧客は提案に容易に合意する傾向がある」という。

弁護士がかような言動で交渉をまとめた場合、弁護士が①(本当は150万円なのに)「100万円のオファーがありました」と報告した点と、②(その後改めて150万円のオファーがあったわけではないのに)「100万円を上回るオファーがありました」と報告した点という2点で(2回に亘り)依頼者に対して虚偽の報告を為し、誠実義務(法1条2項、規程5、70、71条)・真実義務(規程5条)上問題ある行為を行っている。これを許容することは相当ではないと考える。後日「相手方が前から150万円のオファーをしていた」事実を依頼者が何らかの方法で知ったとき、交渉者(弁護士)は窮地に陥るのではなからうか。

400) 例えば、平成7年10月30日公正取引委員会「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」(最終改正：平成22年1月1日)「2 本指針の構成等」参照。

401) 小林編・前掲注242) 56頁。

402) <https://www.amazon.co.jp/report/infringement> (2019年11月29日閲覧)「知的財産権の侵害を申告」。

評価できよう。

かような方法は、日本の弁護士実務では必ずしも多く用いられているとは言えない。弁護士倫理との関係では、「信義に従い、誠実」に業務を行う義務（規程 5 条）や「品位」（法 56 条参照）を高めるべき努力義務（規程 6 条）などが問題となり得る。

**（イ）相手方の条件提示【弁護士倫理上の問題：B】**

丁寧に関心相手の意見を聴くふりをして、相手方に先に条件提示させ、それに合わせて自らの条件を修正する方法<sup>403)</sup>。聴く「ふり」をする点で嘘が混入する。先に相手方に条件提示させる点がポイントである。本当は更に譲歩する腹案を持っていても、不必要に譲歩しないですむので、当方に有利である。

弁護士は、ときにこのような方法を用いる<sup>404)</sup>。聴く「ふり」をする点で、真実義務（規程 5 条）との関係で問題がなくはないが、実際に相手方の話をよく聞く中で相手方から条件を提示させても同じ目的は達せられる。その場合は特に問題はない。ただ、相互に探りあい「自分の提示を後にしよう」とすると譲り合いで交渉が堂々巡りとなり、進展しない可能性や、その場合、実際に先に条件を提示した方が不利になる可能性はあり得る。ただ、この方法はある意味では、係留効果（アンカリング（下記（エ））と逆の方法であるともいえる。あまりに交渉が進展しないなら、自分から早期にアンカーを打ってしまい交渉をリードする方法もあり得る。

**（ウ）最初のオファーと大きな要求【弁護士倫理上の問題：C】**

相手方が絶対に受けることができない大きな要求を出し、次に小さな要求を出すことで、小さな要求に相対的合理性があるように見せる方法<sup>405)</sup>。これは弁護士間の交渉でも相当程度用いられる。後から大きなオファーを出す方がむしろ問題であり（その最たるものが（カ）追加要求である）、逆に最初に大きな要求をきちんと示しておくことには倫理上も特に問題はない<sup>406)</sup>。ただし、あまりに大きなオファーをすると相手方とのラポールの

403) 小林編・前掲注 242) 56 頁。

404) 加藤編・前掲注 372) 71 頁 [柏木] では、弁護士であり商社（三菱商事株式会社）勤務経験もある筆者が『『あらかじめ交渉の計画を立てない』『相手に対して、最初のオファーを先に出したがらず、相手方が最初の提案をするまで待つ』ということ』を「何度となく経験した」という。

405) 小林編・前掲注 242) 56 頁。

406) ロイ・J・レビスキーほか・前掲注 360) 111 頁は、「誇大なオファーをした交

醸成に失敗したり大きな反感を買ったりすることがあり、実質的な交渉に入ることができずに訴訟その他の強硬手段へ移行することを相手方が主張し始めて、話し合いの糸口を逃してしまうこともある<sup>407)</sup>。ここは、自己のBATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement: 上記5(2)ウ)をよく検討したうえで最初のオファーを検討することがよい。

(エ) 係留効果 (anchoring: アンカリング<sup>408)</sup> <sup>409)</sup>)

### 【弁護士倫理上の問題: C】

最初に提示した金額が交渉の基準になってしまうように交渉を進める方法<sup>410)</sup>。停泊している船が錨 (アンカー: anchor) を下ろして錨の周りで停泊しているように、当該提示金額が基準点となっているのでこの名がある。このような策略を、交渉技術を積極的に用いようとする弁護士は多く使っていると思われるが、(少なくとも日本では) まだ必ずしも一般的になっているとは言えないように思われる。心理学的には、この手法は一種の「認知バイアス」を利用した方法であり<sup>411)</sup>、大きな効果が期待できる<sup>412)</sup>が、他方、上述の通り、上記イ (相手方の条件提示: 相手方に先に条件を提示させることによって相手方の情報の幅を見定めてから当方の条件を提示する) とは相反する場合があります、そのタイミングや方法は慎重に検討する必要がある。なお、この方法が特に誠実義務 (法1条2項、規程5条、70条、

渉人のほうが「よい妥結を得」ているという。

407) 佐藤昌巳「ハイ・ボールには要注意」「取引契約型交渉の基本技術②」・前掲注1) 277頁は、「タフ・ネゴシエーター」のうち、「ハイ・ボール (相手方が受け入れ不可能な強硬な交渉提案) を投げる交渉者」とは「容易に信頼関係を醸成しにく」という。瀧本哲史『武器としての交渉思考』(星海社、2019年) 200頁も「自分にあまりにも有利な条件を提示し」「あとから『あいつはひどい』『騙された』という噂が立ったら、のちのビジネスに悪影響を及ぼす」という。

なお、Shell, supra note 375, at 191. は、逆に「ロー・ボール」「夢のような提案 (dream-come-true offer)」を先方から投げられた場合は全体の状況がよくわかるまで (until you have the complete picture) 簡単に「yes」と答えるなという。

408) ロイ・J・レビスキーほか・前掲注360) 297頁。竹内・前掲注228) 69頁は、加藤編・前掲注372) 147～149頁 [堀龍児] を引用して「交渉当事者は、最初に提示された提案を『交渉の起点』として扱い、そこに拘束される心理的作用が働くといわれている」とする。田村次郎=隅田浩司・前掲注381) 43～46頁。

409) 佐藤昌巳「アンカリング (係留作用)」「取引契約型交渉の基本技術②」・前掲注1) 283頁は、「経験値が少ない法科大学院生や若手弁護士は、どうしても最低条件をして交渉決裂となることを危惧し、甘めのプロポーザルをしたり、相手のプロポーザルに引き摺られる傾向が見受けられる」ので要注意と指摘する。

410) 小林編・前掲注242) 57頁。

411) R.J. レビスキーほか (藤田監訳)・前掲注360) 297頁。

412) 瀧本・前掲注407) は、「交渉はスタート時点で決まる」(190頁) 参照。

71条)や品位保持義務(法31・45・56条1項、会則12条)に反するとも考えられず、弁護士倫理上特に問題となる点はない。

(オ) 嘘の要求、嘘の譲歩【弁護士倫理上の問題：B】

嘘の要求や譲歩により、実際に関心がないことを重要だと思わせて交渉を有利に進める方法をいう<sup>413)</sup>。

日本の弁護士実務上、上記2つのうちでも特に「嘘の譲歩」は相当数行われている<sup>414)</sup>。実際には、このような形で進めないと交渉が妥結しない場合も少なくなく、何とか合意を成立させるため敢えてこのような方法が採られる場合もある。

**【例1】** 弁護士Xが先方に対し「当方の合意条件は甲・乙・丙の3つを呑んでもらうことです」と相手方には提示するが、本当は、3つの条件のうち乙については、実は全く不要であり、弁護士Xは敢えてそれを最初から仕込んでおく<sup>415)</sup>。

これが「嘘の要求」の一例である。

そして先方が「乙だけは呑めない。その代わり甲と丙は受諾する」と回答した場合、弁護士Xは心中では「目的を100%達成し、満足できる回答だ」と思いながら「乙は呑めませんか。仕方がない。そこは譲りましょう」と譲歩した形にする。

413) 小林編・前掲注242) 57頁。Shell, supra note 375, at 193. は、交渉で問答を繰り返す過程で、相手方に報いよう (reciprocate) として、相手方の小譲歩に当方が大譲歩をしてしまうことを「互惠性の策略」(reciprocity ploys) と呼び、警戒を促す。

414) これはアメリカでもよく用いられる嘘のようである。Shell, supra note 375, at 191.

415) Shell, supra note 375, at 191. は、このような「嘘の要求」を phony issues (いかさまの論点) と呼び、これに対処するには「様々な異なる論点の組合せを提示して相手の反応を試す」「『あなたなら、AとBのどちらを選びますか?』と聞き返す」方法を推奨する。小島編・前掲注383) 177頁 [竹内康二] は、「(ホ) みせかけの要求 (false demand)」を「真実獲得したい要求に併せて見せかけの要求をとりまぜ、取引材料にする」もので「団体交渉では有効」でも「法律紛争の示談交渉には向かない」という。



これが「嘘の譲歩」である。この間一貫しているのは、「当方依頼者は、乙という条件には実際には全く関心がない」のに、弁護士 X は敢えてそれを言わず、いかにも当該条件に関心があり、最後に譲歩までして諦めたような説明をする点であり、この一連の弁護士の行動に「嘘」があるのである<sup>416)</sup>。

他には以下の例が考えられる。

**【例 2】** 依頼者との事前打合せで弁護士 L は「本当は依頼者が 1,000 万円もらえば良いと思っている」ことは分かっているが、いきなり「1,000 万円でもいいです」と言ってしまうと相手方から更に金額を下げられる危険があるので、最初は相手方に「1,500 万円もらえないと依頼者は納得しません」と切り出し、先方から「でも何とかもう少し低い金額で説得してくれませんか」と言われたら初めて、「わかりました、何とか譲歩してもらうように話をします」と相手方に話し、本当はもう 1,000 万円で依頼者本人は納得しているのに、「何とか話をして 1,000 万円まで減額してもらいました」と説明して、合意を成立させた。

最初の 1,500 万円が「嘘の要求」であり、いかにも 500 万円譲歩したような説明をするのが「嘘の譲歩」である。これは、500 万円の上積み部分が【例 1】の乙という条件と同じ意味を持っており、その部分を敢えて足しこんで要求することが「嘘の要求」であり、その部分をあたかも後から譲歩したかのように説明するのが「嘘の譲歩」である。

416) もっとも実際の弁護士実務では、「全く関心がない乙」とまでは言えないが、「当事者が一応言っているが『他の条件に比して要求程度が弱く、そこにこだわり交渉が決裂するならば当該条件は諦める』との条件である」場合もある。法的交渉では、当事者本人が混乱していたり種々の思いが交錯していたりすることもある。そのような話を事前打合せで弁護士が聞く中で「本人は色々いっているが、本当は、『乙』の条件は、本人は諦めることに納得するかもしれない」と思った場合、①最初から当該条件をなしにして説得したうえで先方に提案するか、②「甲乙丙」と3つを並べて提案する（しかも「条件乙は本当は引っ込められるかもしれない」ことは相手に言わずに）かというのは、事案の内容や当事者の意向等ケースによってどちらもあり得る。当事者にとって、そのような「諦めてもかまわない条件」と「全く関心がない条件」との差異は相対的なものであり、時には微妙なものであり得る。

このような「嘘の要求」「嘘の譲歩」には誠実義務（法1条2項、規程5、70、71条）や方法次第によっては、品位保持義務（法31・45・56条1項、会則12条）との関係で問題があり得る<sup>417)</sup>。

(カ) 追加要求・ニブリング (Nibbling, The Nibble)

【弁護士倫理上の問題：A】

合意が全て成立した後、新たな要求を突き付けて有利な立場に立つ方法のことをいう<sup>418)</sup>。

**【例3】** 裁判所での和解協議が大詰めとなり、金額面も含めて条件内容も固まり事前に和解条項案も相互に確認して次回和解期日で支払う側が当日現金（例えば500万円）を持参して席上払いで和解が成立することが決まっていた。ところが、弁護士Lは和解期日の前日になって「申し訳ないですがもう50万円だけ金額を増やしてもらえませんか。そうしないと私の弁護士報酬がもらえないので（その50万円がその弁護士の報酬となる）」と相手方弁護士に電話した。

この50万円の上乗せ請求が追加要求の例である。

ここで、この50万円の案を拒絶したら、一からやり直しになってしまう<sup>419)</sup>。そこで、相手方は仕方なく50万円の追加要求を受け入れることがある。この場合、追加要求をした者は有利な立場に立てる。

しかし、このような方法は、相当に信義に反するものとして相手方や裁

417) 小林編・前掲注242) 262頁は、「嘘の要求」につき「仮にこうした行為は倫理上問題のないものであるといえるためには、弁護士は、自分の信念—はったり、言い逃れ、質問逃れ、完全な嘘が倫理的であるとする客観的基準—をもっていなければならない」とするが、具体的な「客観的基準」については沈黙する。実際の弁護士の実務において客観的で統一的な基準を立てることは極めて困難ではなからうか。

418) 「おねだり戦術 (Nibbling ニブリング)」（田村次朗＝一色正彦＝隅田浩司『ビジュアル解説 交渉学入門』（日本経済新聞出版社、2013年）141頁参照）。「おねだり (The Nibble)」（Shell, supra note 375, at 193.）と呼ばれることもある。ロイ・J・レビスキーほか・前掲注360) 136頁のいう「ちょいかじり」戦術（おまけ要求戦術）も一種の「追加要求」と言えよう。

419) 田村ほか・前掲注381) 77頁は、このような「合意したい」「合意しなければならぬ」というプレッシャーを「合意バイアス」と呼び、合意の中身こそが重要であることを指摘する。本ケースでは、この弁護士との交渉は1回きりかもしれないが、これまでの交渉の積み上げがあり、その点で合意することに強い関心が向いてしまっている状況にある。

判所から大きな批判を浴びる可能性がある(法1条2項、規程5条、70条、71条。なお、上記事例は裁判上の事例でもあるので民事訴訟法2条「当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない」との関係でも問題である)。

また、双方がかような「追加要求」を繰り返していたら交渉はまとまらない。弁護士がそのような方法を用いた場合、その弁護士の品位評判にもかわるであろう。同業者の間では「あの弁護士には気を付けろ」という話になり、長期的にはその弁護士のためにもならない。このようなこともあって、少なくとも日本の弁護士実務では、この方法はあまり行われていない。

#### (キ) 承諾先取り法【弁護士倫理上の問題：A】

ある条件について、いったん合意をした後に、それらの条件を撤回して有利な立場に立つ方法のことをいう<sup>420)</sup>。

これも、上記(カ)追加要求・ニブリング(Nibbling、The Nibble)と同様に、弁護士倫理上、大きな問題があり、日本の弁護士実務ではあまり用いられていない。このように一度決めたことを覆すと、様々な手続きを積み重ねて築いてきたラポールも崩壊し、交渉は極めて困難となる。

#### (ク) 段階的要請法(Foot-in-the-door)【弁護士倫理上の問題：C】

最初に小さな依頼を承諾させ、段階的に大きな依頼をしていき、最終的に目的である大きな依頼を取り付けるという戦術のこと<sup>421)</sup>。人間の「心理的に一貫性を保持しようとする傾向」を利用した戦術であるといわれる<sup>422)</sup>。

420) 小林編・前掲注242) 58頁。

421) 小林編・前掲注242) 58頁。竹内・前掲注228) 70頁。佐藤昌巳「一部合意の活用」[取引契約型交渉の基本技術②]・前掲注1) 284頁は「たとえ小さな合意であったとしても、交渉の当事者が合意したという事実は、当事者をして交渉締結に対して前向きにさせる心理的効果がある」とする。

422) 小林編・前掲注242) 58頁。なお、Shell, *supra* note 375, at 192. は、一見無害に見える基準・規範につき承諾させておき、その基準・規範から論理的に導かれる結論が相手方の求める提案であることを示して説得を図る方法を「一貫性の罠」(consistency traps)と呼んで警戒し、当該基準や規範に承諾を与える前によく考えよという。

【例 4】アメリカの社会心理学実験では、まず「安全運転のステッカーを車に貼って欲しい」と依頼し、承諾が得られると、さらに「庭に交通安全の大きな看板を置かせてくれ」と依頼した場合、初めから「大きな看板を置かせてくれ」と依頼した場合より高い確率で同意が得られたといわれる<sup>423)</sup>。

ドアが閉まりそうなところに「足 (foot)」という小さなものをそっと差し入れて閉めるのを止め、徐々に大きなものを入れていくという意味から「Foot-in-the-door」とも呼ばれる。この方法自体には、特に倫理的問題はないように思われる。ただし、徐々に意図に気づかれて相手が警戒的になると交渉が進まなくなる場合があり得る。

(ケ) 譲歩的要請法 (Door-in-the-face) 【弁護士倫理上の問題：B】

上記 (ク) (段階的要請法) とは反対に、まず大きい要求を拒否させて、次に小さい依頼に移って、目的を達成する戦術である。上記の “foot (足)” よりも大きな要求である “face (顔)” をドアに入れてしまうという「ドアが閉まりそうなところに顔をふっと入れる」ということから「Door-in-the-face」とも呼ばれる。人が義理を感じると譲歩してお返しをしようとする傾向がある事を利用したものと言われる<sup>424)</sup>。

【例 5】2年間週2時間のボランティア活動を依頼して拒絶させたのちに、翌月のボランティア活動を依頼した方が、はじめから翌月のボランティア活動を依頼するよりも同意が得やすいとのアメリカの社会心理学実験がある<sup>425)</sup>、とされる。

この方法は、やり方によっては、上記 (オ) (嘘の要求・嘘の譲歩) と同様の弁護士倫理上の問題があり得る。

423) 太田＝野村編・前掲注 379) 6 頁。

424) 小林編・前掲注 242) 59 頁。

425) 太田＝野村編・前掲注 379) 6~7 頁。

(コ) サラミ (Salami tactics, salami-slice strategy)

【弁護士倫理上の問題：C】

小さな要求を連続して受け入れさせ、次々に合意を重ねてゆき、自ら望む交渉結果を導く戦術。上記(ク)(段階的調整法 (Foot-in-the-door))と同一のものを別の名前と呼んでいるようにも見える<sup>426)</sup>が、(ク)(段階的調整法 (Foot-in-the-door))が合意成立自体に重きを置いているのに対し、この「サラミ」は問題を「小分けにする」という合意成立前の準備や手法に重点がある点でニュアンスが異なる。あたかもサラミを1枚ずつ切ってゆくように、少しずつ状況を変えれば抵抗が少なく合意に達することができるという含意かと思われる。どこかで相手に猜疑心を持たれると暗礁にのりあげる可能性があることは、上記((ク) 段階的調整法 (Foot-in-the-door))で述べたことと同様である。

(サ) ブルウェアリズム (Boulwarism) 【弁護士倫理上の問題：C】

ある決められた条件を受けるか拒否するかを迫る戦術<sup>427)</sup>。GEのブルウェア (Lemuel Boulware 1895 ~ 1990) 副社長の名前に因む。自分側が受け入れることができる条件だけを列挙すれば、こちらにはリスクがないが、選択肢の押し付けになり破談するリスクがある<sup>428)</sup>。この方法は、提案する内容自体に弁護士倫理上の問題が含まれていない限り、当該方法を選択すること自体には弁護士倫理上の問題はない。

(シ) 差異の分割 (splitting the difference) ・足して2で割る

【弁護士倫理上の問題：C】

交渉の最後で、差異を両者で分割して受け入れる方法のことをいう。この方法は一種の「痛み分け」であり、よくない方法ともいえる<sup>429)</sup>が、交渉を尽くし最終盤に至った場面では、この方法をとるほかない場合もある。

---

426) 佐藤昌巳「一部合意の活用」「取引契約型交渉の基本技術②」・前掲注1) 284頁がいう「解決可能な小さな問題を次から次へと重ねてい」く方法は「サラミ」にあたると思われる。

427) 単項目プロポーザル (単一項目を内容とし、その承諾・その拒絶を問う申出) は「分配的交渉」に、多項目プロポーザル (複数項目を組み合わせる1つの提案にまとめた申出) は価値創造的な「統合的交渉」にそれぞれ馴染みやすいことにつき、佐藤・前掲注289) 277頁。

428) いわゆる「二分法の罠」で思考停止に陥ることがあるので注意が必要である。田村ほか・前掲注381) 43頁参照。

429) ローレンス・サスキンド (有賀裕子訳) 『ハーバード×MIT流 世界最強の交渉術』(ダイヤモンド社、2015年) 267頁参照。

虚偽を弄する点もないし、特に弁護士倫理上の問題はない交渉手法である。ただ、技法としてはあまり優れたものとはいえず（最初に大きな主張をしたものが有利になる）最後に他に採る方法がなくなった場合に初めて検討すべき性質のものである。

**（ス）他のオファー【弁護士倫理上の問題：C】**

他のオファーがあることを相手に伝え、相手方より有利に立つ戦術のことをいう。これは、BATNA（Best Alternative to a Negotiated Agreement 上記5（2）ウ）と似た部分があり、関連している。他の選択肢を念頭に置く点では共通だが、BATNAは当然にはこれを開示することを予定していないのに対し、この「他のオファー」は、先方に直接示すことを前提としている点に大きな違いがある。一般に一つの選択肢でも多面的評価が可能であり、例えば法律的には当方に有利でも、経済的には当方に損害がある提案やその逆もあり得る。経済的に良い提案でも爾後の人間関係に大きなヒビを入れる提案の場合もある。そのような意味で「他の提案」も様々な評価がなされ得ることから、相手方としてはそのような「他の提案」よりは、現在検討している提案の方が相対的によい（または「ました」）と考えて、現在検討中の案の内容で合意が成立する場合があります。そのように現在の提案の良さを先方に納得してもらうためには、このような別案を示すことが効果的であり、そのこと自体には、弁護士倫理上特に問題はない。

**（セ）譲歩案を間違えて伝えること【弁護士倫理上の問題：A】**

例えば敢えて厳しく間違えて譲歩案を伝え、相手のボトムラインを探る戦術が考えられる<sup>430)</sup>。

**【例6】** 依頼者から既に「相手方から1,000万円回収できれば交渉は妥結してよい」という内諾をもらっている弁護士が、相手方には敢えて「1,200万円もらえない限り合意はできません」と高く間違えて伝え、相手方がそれで応諾すれば相手のボトムラインは割と高かったことを判明させる。

この方法は、依頼者との関係で間違えて伝えることを事前に了解をも

---

430) 小林編・前掲注242) 60頁。

らっていないければ依頼者との関係での誠実義務(法1条2項、規程5、70、71条)が問題となるし、仮に依頼者が了解していても相手方との関係での誠実義務も問題となり得るほか、方法次第では品位保持義務(法31・45・56条1項、会則12条)の問題ともなりかねない。また、真実義務(規程5条)との関係でも大きな問題があり、弁護士倫理上は、かなり大きな問題がある方法であるといえよう。

実際にも、間違っただけで伝えることが「あまりにも強気の提示」として交渉決裂を招くリスクもあり得るから、本当に依頼者のためになるかどうかについても難しい点がある。

#### (ソ) 非難と失敗探し【弁護士倫理上の問題：B】

本題と関係ないところで相手の失敗を探して非難を続けて相手より有利な立場に立つ戦術のことをいう<sup>431)</sup>。例えば、相手方が約束の時間に少し遅れたとき、必要以上に相手方を非難しなかなか本題に入らないという方法がある。弁護士倫理上は、相手方との誠実義務(法1条2項、規程5、70、71条)等が問題となり得る場合があるが、相当の範囲内であれば誠実義務に当然に反するとまでは言えないように思われる。

#### (タ) よい刑事・悪い刑事 (good-cop, bad-cop<sup>432)</sup>)

##### 【弁護士倫理上の問題：B】

弁護士が2人で対応し、1人が攻撃的に他の1人が親切に対応し、相手の心理的違和感を取り除くことで妥協を引き出す戦術をいう。これは、実際の日本の弁護士実務においても、ある程度使われ得る方法である<sup>433)</sup>。イギリス

431) 小林編・前掲注242) 60頁。

432) 久保利英明『交渉上手』は生き上手』(講談社、2010年)102頁のいう「鬼と仏のペアリング」は、この「よい刑事・悪い刑事 (good-cop, bad-cop)」と実質的に同一の手法と評価することができる。

433) 小林編・前掲注242) 61頁。田村=隅田・前掲注381) 238頁「二人の弁護士」は、米国では、コンフリクト・マネジメントのために①法廷弁護士 (Litigator: 専ら法廷での弁論を担当し、攻撃的・競争的な弁護活動を展開)と②和解交渉専門弁護士 (Settlement Counsel: 法廷での争いが継続中でも、相手方が和解を申し出たときに対処できる和解案を作成するなどして協調的な交渉を展開)の2人の弁護士を雇う場合があるとする (Robert H. Mnookin, Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes at181 (2004).)。

日本の弁護士実務でも、若い勤務弁護士(イン弁など)に相手方を厳しく非難する準備書面等を起案させて提出し、話し合いの場面に至るとおもむろに経営者弁護士(ボス弁など)が登場し協調的に介入するという手法がたまに見られる。このような手法も、このような「よい刑事・悪い刑事 (good-cop, bad-cop)」の技法に含まれるであろう。

軍事界では「マットとジェフ (Mutt and Jeff)」の名で知られるほか、「共同質問 (joint questioning)」「友人と敵 (friend and foe)」とも呼ばれ、尋問に使用される心理学的な戦術であるといわれる。応用版としては、依頼者本人が攻撃的になってしまった場合、ある程度そのまま攻撃的に言いたいことを言ってもらい、弁護士はなだめ役に回る方法もよく用いられる。また、弁護士が2人いない場合は、最初のうち故意に攻撃的に bad-cop の役を演じ、徐々に親切な対応をして good-cop を1人2役で行うということもある。

“cop”が名称となっているのは警察官の取調べで用いられることに因むものである。

「警官」「相手方弁護士」という同じ立場の者であっても、一方の者に攻撃的に対処された後に、他の者に親切かつ友好的に対応されるとその人に対して宥和的な態度をとりやすい。そのことを利用した交渉技術である。弁護士倫理上の問題は基本的にはないように思われる。特に1人で2役演じる場合、最初のうちはわざと攻撃的に対応するのであるが、それ自体が特に誠実義務(法1条2項、規程5、70、71条)等に反するとまでは言えないであろう。

#### (チ) 突然のモード変更【弁護士倫理上の問題：B】

それまでの穏やかな雰囲気から一転して、怒りに満ち、罵声を浴びせ、攻撃的、敵対的な雰囲気に変える戦術であり、それによって交渉を進めることができるものとされる。上記の(タ)(よい刑事・悪い刑事 (good-cop, bad-cop))をそれとは逆の順番で(「厳しめ→優しめ」と「優しめ→厳しめ」の違いである)、1人で演じ分けるような形になる。

一般にこの戦術に対する相手方の対抗策は「同様の反応を示すか、しつぱ返し戦略 (Tit-for-tat Strategy) (上記5(3)イ参照)が有効な手段である<sup>434)</sup>」とされるように、相手方からも厳しい反応が予想される<sup>435)</sup>。一旦敵対的な雰囲気に変えた後に、再度穏やかな雰囲気に至らないとその後の合意に向けたラポールは形成しがたいこともあり、この手法を取る弁護士はあまり多くないように思われる。弁護士倫理上の問題点は、上記(タ)(よ

434) 小林編・前掲注242) 61頁。

435) Shell, supra note 375, at 192. は、この手法 (good cop/bad cop) に対処するもっともよい方法は、そのような方法を相手が取っていることをよく認識・確認し、そのような方法に折れ合うのを拒絶することである、という。



い刑事・悪い刑事 (good-cop,bad-cop) と同様であると考える。

(ツ) 権限なき交渉 (Lack of authority, negotiator without authority)

**【弁護士倫理上の問題：B】**

①最初にあたかも自分が交渉についての最終決定権者であるかのように振る舞い、相手の手の内を明らかにさせて、②交渉の最後になって自分に権限がないことを伝え、別の権限者に交渉させることによって相手側のさらなる譲歩を引き出す戦術のことをいう<sup>436)</sup>。

**【例7】** ビジネス交渉で担当者が長く交渉してきた結果、「300万円を手を打ちましょう」という話になりかけたところで、突然「この合意をするには部長の決裁があるので持ち帰らせてもらいます」と切り出し、後日「部長に話をしたらもう50万円高くないと決裁はできないと言われたので、50万円の上乗せをお願いしたい (先回の300万円というのは、自分には合意の完全な権限がなかったのです)」と再依頼した。

当初から意図せず交渉した結果、結果的にこのようになってしまうのは仕方がない面もあるが、最後にはこのような方法で50万円を上乗せする作戦で最初からこのように持ち出したならば、倫理的に疑問がある。最初の300万円の話もある程度は上司と事前打合せの上で交渉に臨んでいると相手方に期待を持たせる言動がある場合はなおさらであろう。

とりわけ、このような方法を弁護士が採ることには問題がある<sup>437)</sup>。弁護士が代理人となる場合、このような「権限」を持っているのは依頼者本人ということになる。この方法を用いるとすれば、弁護士が種々交渉してほぼ妥結した段階になって、突然依頼者の意思を確認したらその案では無理だったと言いついた場合ということになる。もちろん弁護士は依頼者の意思を尊重し(規程22条1項)、最終的には本人の意思を確認してそれに沿って業務をしなければならないから、最終的には依頼者の意思に反する合意はできないのであるが、基本的には弁護士が一定の事件の解決について委

436) 小林編・前掲注242) 61頁。

437) Shell, *supra* note 375, at 191. は、「Fake authority ploys」(嘘の権限を標榜する策略)は、①本当はない権限をあると偽る場合(敢えてロー・ボール(注265参照)を投げる場合等)と②本当はある権限をないという場合があり、「弁護士や、ブローカーやエージェントはよくこの(②の)方法を用いる」という。

任を受けた（これが民法99条1項の「権限」である）以上、代理権の範囲に制限はないのが原則であり（民法110条参照）、制限があるのであればその点を相手方に示す必要がある（同条参照）。実務上そのような場合によく行われているのは、「代理人案ですが」（本人は了解していません）、「まだ依頼者本人の了解はとっていないのですが」などと前置きして自分の側の提案を示したり、事実上の合意に向けての意思表示をしたりする方法である<sup>438)</sup>。この点を明示すれば、相手方は「代理人弁護士としてはこの提案に前向きであるが依頼者本人の意思によっては難しいという場合もあり得る」という状況を十分に理解して対応を検討することができ、信頼が裏切られることもない。そのような十分な配慮をせずにこの方法を用いるときは、弁護士倫理上、誠実義務（法1条2項、規程5、70、71条）や真実義務（規程5条）、また方法次第によっては、品位保持義務（法31・45・56条1項、会則12条）の問題があり得るように思われる。

（テ）地位・権威・学歴【弁護士倫理上の問題：B】

地位・権威・学歴の差異が明確である場合、交渉において無意識のうちにその差異を認知し交渉に影響することがあるとされる<sup>439)</sup>。確かに、例えば、弁護士の場合、法曹経験（司法修習期の上下）等が交渉に影響する可能性はあり得る。

しかし、これを実際にどのように交渉技術として活かすのだろうか。例えば、相手が地位・権威・学歴で優位であっても、それは無意識に影響されているだけゆえ、冷静に対処せよという趣旨であろうか。しかし、先方が優位にあると強く思っている場合には、その点に摩擦が生じる可能性があり、交渉が上手く進まない可能性もある。逆に、自分が「優位」にある場合に、それをかさに着て優位に交渉を進めよという趣旨であろうか。これは、言い方ややり方によっては、品位保持義務（法31・45・56条1項、会則12条）に関して弁護士倫理上の問題があり得るように思われる。

（ト）原則（principled negotiation）【弁護士倫理上の問題：C】

「原則に固執することで、説得力ある交渉を進めることができる。お互いの立場を支える原則を議論することは、交渉を有利に進めるための有効

438) この方法は、厳しく利害が対立している中で合意を形成してゆくために非常に有効な方法である。

439) 小林編・前掲注242) 61頁。

的な方法である」とされる<sup>440)</sup>。

確かに無原則に交渉するのではなく、「当方はこういう考え方でこの案を提案しているから、この点は譲れない」と明確にすることは、交渉を有利に進めるうえで有効な場合がある。これは「原則立脚型交渉 (Principled Negotiation)」の最も中心的な技術でもあり、重要な点である。しかし、あまりに原則論を振りかざすと、その時点で拒絶感を持たれてしまい、信頼感 (rapport) の形成に失敗し、交渉が先に進まない場合もあるので注意が必要である。

なお、このような原則論をはっきりさせながら交渉すること自体には特に弁護士倫理上の問題はないように思われる。

#### (ナ) 時間切れ【弁護士倫理上の問題：C】

「交渉において時間は重要な要素である。期限までに合意に至らなければならぬ必要性によって、妥協を引き出すことができる。交渉者は実際には急いでいない場合でも時間が無いふりをして、相手方の合意形成を早めることもできる」と言われる<sup>441)</sup>。このような観点からは「時間切れを狙う」こと自体が一つの交渉技法・交渉技能ということになる。

このような技法は、日本の弁護士実務でも時折用いられる。例えば、本当は別にいつ合意してもよいようなケースでも「今度の決算期までに合意を成立させたい」「次の社内〇〇会議までに合意したい」などと期限を切ってしまうという方法である。「消費税があがる〇月までに合意しましょう」というものや、12月に交渉している場合に（特に個人の感情が原因となっているようなケースでは）「今年のうちにまとめてしまいましょう（すっきりとした気持ちで新年を迎えましょう）」と言って各人の精神的な安定を図ったり、相続争いの場合に「故人の命日までに合意しましょう」と提案したり、「相続税の申告期限<sup>442)</sup>までにまとめましょう」等の方法で使われる場合もある。このように合意を急ぎたい理由には、「もめごとは早く解決した方が双方にメリットがある」という単純な一般論もあるが、色々悩んでいるうちに種々の利害関係者が口を出してきて「あなたはもっとも

440) 小林編・前掲注 242) 61 頁。

441) 小林編・前掲注 242) 61 頁。

442) 相続税法 27 条 1 項により「相続の開始があつたことを知つた日の翌日から 10 月以内」が相続税の申告期限の原則である。

らえるはずだ」「そんなことで譲歩してはいけない」「私はもっと沢山もらった」等の介入が行われ、本人が悩んでしまい、結局合意できず本人にとっても不幸な結果になることがあるので、これを防ぐためには、ある程度スピード感をもって話を進めてゆくことが大切だという理由もある。その意味で、弁護士は、このような「時間切れ」の到来が近いことを相手方に告知して、上手に交渉を進めることがある。

この方法自体には特に大きな弁護士倫理上の問題はない。

## (二) 交渉期限【弁護士倫理上の問題：B】

「両当事者が競争的に交渉しながらも期限内に取引を取りまとめたい意向が強い場合、交渉期限が近づくに従って譲歩を引き出すことが容易になる」ものとされる<sup>443)</sup>。上記(ナ)時間切れとはほぼ同じ技能ということになる。

## (又) 交渉文書<sup>444)</sup> 草案作成 (draftsman)【弁護士倫理上の問題：C】

最終合意のための文書草案をこちらで起案してしまう方法<sup>445)</sup>。これは、交渉を有利に進める極めて有益な技能である<sup>446)</sup>。その理由は「交渉の論点が明確になり、こちらが起案した文章に従って交渉が進められる」点にあると言われる<sup>447)</sup>が、これを敷衍すれば以下のようなことが言える。①問題点<sup>448)</sup>に早期に気付くことができる(相手方起案の文案中から問題点を発見することもできるが、自分で一から文書作成する方が大変な分だけ

---

443) 小林編・前掲注242) 61頁。

444) このような「交渉文書」の表題は「合意書」「確認書」「示談書」等種々あるが、法的交渉が一定の紛争を前提としていることを考えれば、その法的実質は和解契約(民法695条)の成立を証する契約書であることが多い。

合意書の例としては、例えば、宇加治恭子「Ⅶ 合意文書の作成」(「第2編 事件類型に見る法的交渉の実践」「第5章 個人対企業の紛争—個別労働事件の交渉」)・日弁連法科大学院センターローヤリング研究会編・前掲注228) 199～201頁の「退職合意書」参照。本項で言う「技能」は、かような「交渉文書」の草案起案をこちらで積極的に行ってしまうこと自体が一つの交渉技能だということである。

445) 小林編・前掲注242) 62頁。

446) Stefan H. Krieger & Richard K. Neumann Jr., *Essential Lawyering Skills*, at 277 (2nd ed., 2003) 前掲注255) 277頁が、「交渉における弁護士の役割」として① Evaluator、② Advisor、③ Negotiatorのほか特に「④ Drafter」を挙げていることを銘記すべきである(深井・前掲注297) 171頁)。

447) 小林編・前掲注242) 62頁。

448) 例えば、①何と何を同時履行(民法533条)にするか②振込先(弁護士の預かり金口か依頼者本人の口座でよいか)③どの時点で登記(所有権移転・役員変更)を経由するか、④利害関係人の個人(会社同士の交渉でも、合意では代表者個人が参加する必要がある場合もある)や法人(関連会社等)、⑤清算条項の内容(「本件に関し」の文言の有無等)等の検討は自分自身の頭の整理にもなる。

早く問題点に気付くことができ<sup>449)</sup>、自分の頭も整理される)、② 相手の草案にクレームをつけて修正させるには相当の心理的パワーを要する。それよりも第一案にそっと有利な条項を挿入しておく方が心理的に容易であり、交渉を優位に進められる<sup>450)</sup>。

最終的合意の成立直前に「誰かが和解契約書案・条項案を作らなければならない」という点を(特に弁護士同士の交渉では)双方弁護士がともに意識する瞬間がある。条項案作成は重作業であることも多いので、相手方が「自分が作ります」と言い出してくれるのを双方ともに待つ瞬間がある場合もある。一瞬の「間」が生じてしまうのである。交渉を有利に進めるには、ここで勇気を振り絞り「私が起案します」と申し出ることがよい<sup>451)</sup>。

ただし、注意が必要なのは、仮にここで検討点に見落としがあった場合、その後間違いに気付く可能性はかなり少ないので、ファーストドラフトは念入りに作成する必要がある点である。

相手方に第一案を作られてしまうと当方にとって良い案が来るかどうかは分からないし、先方は相手方の利益を最大限にするのが職務である以上、むしろそうでない可能性の方が高い。弁護士倫理にも、その提案内容自体に倫理的問題がない限り、当該技法自体には何の問題もない。そのように考えると、自分でファーストプロポーザルを作るという方法は、交渉において普遍的な、有益な交渉技能であるように思われる。

#### (ネ) 前言撤回【弁護士倫理上の問題：A】

前言を撤回して相手に譲歩を迫る方法をいう<sup>452)</sup>。たとえば、当事者が複数の問題を同時並行的に議論する場合に、ある問題は解決されたが、新たに別の問題が発生したとき、有利な結論を導くため、交渉者が「既に合意した事項にも対応しない」として、実質的に前言を撤回してしまう方法があり得る。

弁護士がこのような方法を採用すると、交渉は相当に混乱する。確かに、前

449) 激しい交渉を最後にまとめるにあたって、改めて問題点の所在を見つけるのは相当に難しい作業である。この点を Krieger, supra note 446, at 277 は "the devil is in the details" (悪魔は細部に宿る) との言葉で言い表している。

450) 谷原・前掲注 368) 39 頁は「相手に直接要求を言いにくければ、書面にして渡すことを勧める。「書面に言わせるとずいぶん気が楽になります」という。

451) 注 446 参照。

452) 小林編・前掲注 242) 62 頁。

提条件が違ってくれば前言を撤回したいときはある。しかし、それは、前の合意時点でかような問題が生ずることを十分予測できなかった点で撤回する側に落ち度がある。その点を棚上げにして、簡単に前言撤回を認めてしまえば先方からも同様の理由で前言撤回されても非難し難くなり、交渉は漂流しかねない。

このような状況に陥るとすれば、その根本はこの方法が誠実義務（法1条2項、規程5、70、71条）に反するからであろう。このような禁反言を許す交渉は、相手方のラポール（rapport）自体を崩壊させかねない。方法次第によっては、品位保持義務（法31・45・56条1項、会則12条）の問題にもなりかねない。そのような意味でこの方法を用いること、とりわけ意図して用いることには弁護士倫理上の問題がある。

**（ノ）撤回不能なコミットメント【弁護士倫理上の問題：B】**

交渉者が「すでにこれ以上譲歩できない点に達した」と相手方を説得する戦術のことをいう<sup>453)</sup>。

実際に譲歩できない点に達してこれを伝えるだけなら、特に戦術というまでもなく「事実の伝達」であろう。しかし、一般に「有利に交渉を進めるため」「本当は交渉の打ち切り点に達していない」のに交渉者が「撤回不能なコミットメントであると申し出ることにもできる」ともされる<sup>454)</sup>。この場合、「嘘」の要素が混入してくるため、**真実義務**（規程5条）、**誠実義務**（法1条2項、規程5、70、71条）との関係で**弁護士倫理上問題**があり得る。方法次第によっては、**品位保持義務**（法31・45・56条1項、会則12条）との関係も問題となり得よう。「自らが設定した撤回不能は、コミットメントを守らなかった場合には交渉者の威信や評判を大きく傷つけ」る、「撤回不能なコミットメントとは、自発的かつ不可逆的に行動の自由を捨て去ること」「自らを拘束する力によって、相手方をも拘束する力を持<sup>455)</sup>」つといわれるのは、かような趣旨から理解できる。

**（ハ）意図を隠す【弁護士倫理上の問題：B】**

「交渉者は交渉における自らのゴール（意図）をわからせないように交

---

453) 小林編・前掲注242) 61頁。

454) 小林編・前掲注242) 62頁。

455) 小林編・前掲注242) 62頁。

渉を進めなければならない」とされる<sup>456)</sup>。これ自体は、当然に行われていることであり<sup>457)</sup>、逆に意図 (自分の依頼者の譲歩の限界点等) を明白にしようとして交渉は非常に難しくなる。

しかし、かかる方法の中には「本当は他の選択肢があるように見せかけて相手側の交渉力を弱めること<sup>458)</sup>」も含まれ、これは「実際の交渉でもよく行われている戦術」だとも言われる<sup>459)</sup>。ここには、存在しない他の選択肢があるように「見せかける」(それが「相手方の認知に働きかける」ということの意味である) 点で嘘の要素が混入している<sup>460)</sup> ことになるから、誠実義務 (法1条2項、規程5、70、71条)、真実義務 (規程5条) の関係で弁護士倫理上の問題があり得る。方法次第によっては、品位保持義務 (法31・45・56条1項、会則12条) の問題もあり得る。

#### (ヒ) はったり (bluff) 【弁護士倫理上の問題：B】

「弱点を隠すためか弱点がないことを相手側に誤認させる戦術」「嘘の脅しや約束を使って確信的な発言を行うこと」を指すとされる<sup>461)</sup>。いわゆる「ブラフ」であるが、ここにも「嘘の脅しや約束」が入ってくる点で真実義務 (規程5条) や誠実義務 (法1条2項、規程5、70、71条) の問題があり、方法次第によっては、品位保持義務 (法31・45・56条1項、会則12条) の問題も生じかねない。

そもそも「はったり」とは「わずかなことを大げさに言ったり、ありもしない物事があるように見せたりして他人を圧倒しようとする。また、

456) 小林編・前掲注242) 62頁。

457) 小島編・前掲注383) 177頁 [竹内康二]「ブレア・ラビット法 (Brer Rabbit)」(漁師にとらえられたブレア・ラビットが、briar patch (ヒースのしげみ) に投げ込まれるのが一番嫌なことだと思わせて、うまく欺まして逃げさせた寓話にみられる方法) 参照。

458) 小島編・前掲注383) 177頁 [竹内]「Whipsaw (両挽き方法)」(第三者たる他の強者が競争関係に入っていると悟らせて譲歩を得る方法) 参照。

459) 小林編・前掲注242) 63頁。

460) この点、(交渉に限らず) 弁護士業務全般について論じたものではあるが、ハーバード・ロースクール教授で弁護士である Alan Dershowitz, Letters to a young lawyer at 159 (2001) の下記記述が示唆深い。

「すべての有能な弁護士は依頼者のために法律やリーガル・プロフェッションのルールによって禁じられていない全てのことをする必要がある。しかし、よい人間というものは、自分自身の個人的道徳的な基準に適合しない事柄については常に不快に感じるはずだ」

461) 小林編・前掲注242) 63頁。

そういう言動」をいうものとされ<sup>462)</sup>、bluffとは“an attempt to deceive someone into believing that one can or is going to do something”とされている<sup>463)</sup>から、「ありもしない物事があるように」『見せたり』“deceive”するという点で嘘の要素が含まれていることになる。

本当は訴訟をする気が全くないのに「ならば、訴訟を提起します」という言い方をするのは一種のはったりであるが、「ならば、訴訟になってしまうかもしれませんね」というのは（微妙であるが）可能性を示唆したのにとどまる。実際に、人間の気持ちは様々な状況によって変わり得るから、この交渉結果を依頼者に伝えたところやはり訴訟をする気になるということはあり得る。上記の二つの表現は、相手方に対しては、ほぼ似たような効果をもたらす弁護士の言辞であるが、弁護士倫理の観点からは後の方が望ましい表現であるように思われる。

このような「本当は存在しないもの」があるかのように見せかけて行う交渉には、弁護士倫理上の問題があり得る。それは、ちょうど交互尋問において誤導尋問が許されない（刑事訴訟規則 199 条の 3 第 3 項・同 5 項・民事訴訟規則 115 条 2 項 2 号各参照）のと同様である。その趣旨は、誤導尋問が「尋問者に敵意を抱く証人を錯誤におとし入れ、その意思に反して、経験しない事実を供述させる結果に導くおそれがある<sup>464)</sup>」との点にあるとされるが、これは交渉においてもあてはまる。

このような一種の「はったり」を使った尋問について、ハーバード・ロースクール教授である Alan Dershowitz は、自身が体験した倫理上興味深い刑事事件の尋問例を提供する<sup>465)</sup>。

---

462) 三省堂「大辞林」第 3 版。

463) Paperback Oxford English Dictionary 71p. "bluff".

464) 岸盛一＝横川敏雄「新版事実審理」（有斐閣、1983 年）116 頁。なお、同書は続けて誤導尋問は「このため、英米ではもっと不当な尋問とされ」という。

465) Dershowitz, supra note 460 at 153.



【例8】被疑者が警官から「爆弾を仕掛けた者を明らかにすれば、お前は訴追されることも証人として呼ばれることもない」と約束された。被疑者は警察官とのやり取りをひそかに多数録音していた。しかし、その録音には「『他の』事件に関する情報を提供すれば証人として呼ばない」という内容は含まれていたが肝心の「『この』事件についての警察官とのやり取り」が録音されていなかった。そこで、Dershowitz 弁護士は、この警官に対する反対尋問において、以下のような戦略 (tactics) を用意した。つまり、警官に「弁護側が『この』事件のテープも持っている」と思わせるために、①まず、テープの存在について何も語らずに警官に嘘の供述をさせる。②次に、Dershowitz 弁護士は実際に存在するテープの内容を原稿にしたものを読み上げて尋問し、警官に「被疑者にいくつかの約束をした」ことを認めさせる。③最後に、Dershowitz 弁護士は「この」事件に関する警官と被疑者のやり取りを原稿にしたものを読み上げて尋問する。②との違いは、②では本当にテープから原稿にしたものであるのに対し、③では（本当はテープがないのに）あたかもテープがあるかのように被疑者（被告人）が Dershowitz 弁護士に語ったことを原稿にしたという点である（この点で、相手方の認知 (cognition) に働きかけている）。

最終的に警官は真実を語り「この」事件について被疑者（被告人）と約束をしたことを認めた。

なお、同書ではその後の経緯にも触れられ興味深い。

裁判官は「この尋問は卑怯な手 (punches below the belt) ではないか」と示唆したが、Dershowitz 弁護士は、リンカーン大統領の実務弁護士時代に行った有名な「ムーンライト・クエスチョン」の反対尋問を引用して反論<sup>466)</sup>し、被告人は無罪となったのである。後日、裁判官は「君が平凡な路上の弁護士 (street lawyer) だったなら、そんなに驚かなかった。しかし、あなたはハーバード・ロースクールの教授で、法科大学院生に教える立場

466) リンカーンのこの反対尋問は「はったり」ではないが、misleading (誤導) だったのではないかと Dershowitz はハーバード大学に残っている資料に基づき指摘している。See Dershowitz, supra note 460 at 205.

にあるのです。あなたには、高い倫理の基準をもってもらいたかった」と  
法廷外で話をしてきたが、Dershowitz 弁護士は「あなたが私に通常より高  
い倫理基準を要求するならば、わたしは自分の依頼者により低いレベルの  
弁護士活動を押し付けることになる。それは、良き法でも良き倫理でもない」  
と反論したという。

交互尋問の場面では、弁護士倫理の限界につき厳しく考え抜いたレベル  
の技法を駆使することも理解できる。しかし、(尋問に至らない)交渉の  
場面で、ここまでのことを考えながら相手の言辞や証拠を精査し始めると  
相手方弁護士との間でラポール (rapport) を形成することは相当に困難と  
なるように思われる。

(フ) 予想【弁護士倫理上の問題：B】

交渉者はその主張がたんなる予想であるにもかかわらず、実際に発生し  
ているかのように表現する方法のことをいう<sup>467)</sup>。例えば上記(ヒ)の例で、  
「訴訟が起こることになりますね」と言ってしまえば、「相手方は『確実に  
訴訟になる』と受け止めるだろうなと知りながら故意に(それが「相手方  
の認知に働きかける」ということの意味である)そのような表現を用いる  
とこれ自体が交渉技法のひとつということになる。

「あくまでも交渉者の一方的な見方を示しているのだから、それは嘘でも真  
実でもないということ逆手にとった戦術ということができよう」と言わ  
れ、実際に交渉者がそのように本当に見ているのであれば特に嘘はないこ  
とになるが、本当はそうでもないのにそのように述べているとすれば、や  
はり「嘘」の要素が混入してくるので、弁護士倫理の観点からは、誠実義  
務(法1条2項、規程5、70、71条)や真実義務(規程5条)の問題が生  
じ得る。方法次第によっては、品位保持義務(法31・45・56条1項、会  
則12条)の問題もあり得る。

(ヘ) 故意の誤報【弁護士倫理上の問題：B】

①相手側を騙すため間違っことを説明する場合、もしくは②真実では  
あるが相手側に誤認を招くような表現を使うことをいう<sup>468)</sup>。交渉者が、「過  
去、私は最終条件を提示した後に再び交渉の席に着くことはなかった」と  
発言した場合、相手側にこれが最後の交渉だとの暗示にはなる、それは必

---

467) 小林編・前掲注242) 61頁。

468) 小林編・前掲注242) 63頁。

ずしも今回もここで交渉が打ち切られることは同義でなく、相手側が最後の条件提示であると誤認することを期待する戦術とされる<sup>469)</sup>。

上記①の故意に虚偽の説明をすることはもちろん、②の相手方の誤解を期待する方法であっても、その方法、程度、交渉経過によっては弁護士倫理上、誠実義務 (法 1 条 2 項、規程 5、70、71 条) や真実義務 (規程 5 条) の問題、方法次第によっては、品位保持義務 (法 31・45・56 条 1 項、会則 12 条) の問題が生じ得る問題であり、実際この方法を利用するには慎重な検討が必要である。

#### (ホ) 情報を隠す【弁護士倫理上の問題：B】

「嘘をつくことと情報を提供しないことは同義ではない」との理解のもと、「①相手側から要求された情報を提供しなかったり、もしくは②相手側が誤認するように、情報の一部だけを回答すること」をいう<sup>470)</sup>。

例えば、「本来は客先要求の期限内に納入できる十分な生産能力があるにもかかわらず、自社の生産状況を明らかにしないことで、客先が高い価格を支払ってでも納期内に必要数量を確保したいと思わせること」などが例として挙げられる<sup>471)</sup>。

弁護士が関わる法的交渉においては、①の情報の不提供は守秘義務等との関係もあり特に問題があることは少ないが、②で「相手方が誤認するように」(それが「相手方の認知に働きかける」ということの意味である)一部だけ回答するという方法には、その方法、程度、交渉経過によっては弁護士倫理上、誠実義務 (法 1 条 2 項、規程 5、70、71 条) や真実義務 (規程 5 条) の問題、方法次第によっては、品位保持義務 (法 31・45・56 条 1 項、会則 12 条) が生じ得る問題である。

#### (マ) 意図をそらす【弁護士倫理上の問題：B】

相手方の質問に直接答えずに、交渉者はそれを無視して話を変える等の技法である。例えば、質問に対して相手方に質問し返すというような方法が考えられる<sup>472)</sup>。「無意識のうちに質問には答えなければならないと考え

469) 小林編・前掲注 242) 63 頁。

470) 小林編・前掲注 242) 63 頁。

471) 小林編・前掲注 242) 63-64 頁。

472) 小山・前掲注 269) 851 頁は「私の交渉姿勢」として嘘をつかないと決めるとした上で「そう決めているから、どんなに相手から厳しい質問が来ても、答えられないものは答え」ず「相手の質問に重ねて質問をして相手に答えさせ、相手に自分の質問を忘れさせ」「他の話に誘導して自分の質問を忘れさせる手も使

る人間の心理を利用して、議論の主導権を握っていく戦術」とされる<sup>473)</sup>。

相手方に誠実に答えているのかという点では誠実義務（法1条2項、規程5、70、71条）等の観点から弁護士倫理上の問題はあり得るが、相手方が非常に感情的になっている場合に相手方の質問に逐一回答することが更に相手方を刺激したり感情を高ぶらせたりするときもあり、必要によっては話題を変えることが合理的である場合もあり得る。

**(ミ) 部分回答【弁護士倫理上の問題：B】**

相手方の質問に対して部分的に回答することをいう。「相手方に知られたくない事項に対して質問を受けた場合、回答を拒否してしまうと重要な論点であることを相手方に悟られてしまう」ことから、これを避けるため部分的に回答することにより「相手方が質問に回答されていないと感じることなく、情報漏えいをコントロールすることができ」とされる<sup>474)</sup>。特に嘘をついたわけではないが、相手の質問に誠実に答えていないという点で、やり方によっては誠実義務（法1条2項、規程5、70、71条）に反しないかという弁護士倫理上の問題があり得る。

**(ム) 如才なく回答拒否をすること【弁護士倫理上の問題：B】**

交渉者が「私には情報を提供する権限がない」「現段階では回答する準備ができていない」などという理由で相手方の質問に対して回答拒否すること。これによって、「議論をコントロールすることができ」「相手方は、それを聞いても本当に回答したくないのか、回答する権限がないのか、準備ができていないのか迷ってしまう」ことになるといわれる<sup>475)</sup>。

本当に交渉者に情報提供権限がない場合や回答準備が整っていない場合には特に問題はないが、本当は権限や準備が整っているのに嘘を言って回答を拒否する場合には、誠実義務（法1条2項、規程5、70、71条）や真実義務（規程5条）に反しないかという弁護士倫理上の問題がある。

**(メ) 約束【弁護士倫理上の問題：B】**

「交渉者は適宜回答するように約束するのだが、実際はきちんと対応しないことがある。そのかわり自分の関心がある事にものみ回答して、質問者

---

います」という。これは「意図をそらす」一例であろう。

473) 小林編・前掲注242) 64頁。

474) 小林編・前掲注242) 64頁。

475) 小林編・前掲注242) 65頁。

の論点への関心をそらすことができる」とされる<sup>476)</sup>。

例えば、「いつになったら回答してくれるんですか」と尋ねると簡単に「ああ、すぐ答えます」と返事をするのに、いつまで経っても回答はしない、もしくは、一応回答はあるのだが肝心なことを全く書いてこないというような方法である。

このように「きちんと対応しない」ことを最初から意図してこの技法を取る場合には、誠実義務(法1条2項、規程5、70、71条)に反するのではないかという弁護士倫理上の問題がある。方法次第によっては、品位保持義務(法31・45・56条1項、会則12条)の問題ともなりかねない。

#### (モ) 「聞き役になること」【弁護士倫理上の問題：C】

「交渉者は相手方からの際限ない質問によって情報が引き出されることを回避し、主に相手方に対し聞き役に回り、多くを語らない戦術をとることがある。良い聞き役になることで相手方から情報を引き出す一方、こちらは多くを語らないことで情報漏えいを防ぐことができる」とされる<sup>477)</sup>。

聞くこと自体は、むしろ交渉において非常に重要であり<sup>478)</sup>、そのこと自体には弁護士倫理上の問題がない。この手法が例外的に問題となるとすれば、本当に徹頭徹尾聞くだけで、自分側の情報を全く開示せず、交渉がそれを理由に行き詰まる場合に、そのような交渉態度が本当に誠実義務(法1条2項、規程5、70、71条)にかなうかということが例外的に問題となる余地はあるが、極めて例外的な極限の場面に限定されよう。

#### (ヤ) 補論：交渉の開始方法・場所など

以上の個々の技術のほかに、交渉をどのように始めるか、どこで交渉を行うか等の点も一種の交渉技術である。以下、大澤恒夫『法的対話論—「法と対話の専門家」をめざして—』(信山社、2004年)193頁以下をベースに検討する。

476) 小林編・前掲注242) 65頁。

477) 小林編・前掲注242) 65頁。See Larry L. Teply, Legal Negotiation in a nutshell. 238-241 (3d, 2016). 同書が特に「3.LISTENING」(241頁)で「聞く」際に調停(Mediation)の技法である「マインドフルネス(mindfulness)」を紹介していることが興味深い。これにより弁護士が「交渉の内外で相手方が抱える感情の問題やストレスを認識し直接に扱うことに更にフォーカスすることができる」とする。

478) 宮城哲「相手方の話をよく聞く—聞き上手は交渉上手」『第2編：事件類型に見る法的交渉の実践』「第1章：交通事故事件における示談交渉の進め方」・日弁連法科大学院センターローヤリング研究会編・前掲注228) 99頁以下参照。

a 交渉の開始方法<sup>479)</sup>

大澤は「弁護士は」「相手方への第一歩の対応として内容証明郵便による警告を行うことがよくある」が、「話し合いにより迅速で適正な解決がなされうる事案も多い」から、「弁護士はまず、『対話』の場の設定を円滑にできるように相手方への連絡を行うべきであろう」という。

この点、今までの弁護士実務は右から左に内容証明郵便等の書面を送り付けるあり方も少なくなかった。この点、大澤は「依頼者自身からまず相手方に連絡を取ってもらい、弁護士を交えた話し合いの場を持つことについて提案をしてもらうという方法」を示唆するが、他にも、弁護士が（弁護士名義ではなく）本人名義で書面を起案し、それを送付してまずは相手の反応を待ち、どうしても難しそうならば弁護士が直接相手との折衝に当たる方法もある。

具体的連絡方法について、大澤は「電話等の口頭で行うか、手紙・電子メール・FAX等の文書で行うかなど種々の選択肢がある。対話の場の設定そのものに特別に困難はないと思われる事案では、電話など口頭で連絡を取り、当方が話し合いによる解決を希望する趣旨をよく説明して、相手方の理解を得るのが、もっとも迅速で円滑な場の設定につながる」という。弁護士はいきなり電話して相手方と話をすることについて消極的な場合も多い。しかし「対話」を本当に行おうと思えば、もっと積極的に弁護士から電話や面談での話し合いができるように進めることも前向きに検討しなければならないように思う（ただし、具体的な相手によっては、相手との直接面談が危険な場合もあるので注意が必要である）。

そして「相手方には、以下のような諸点を伝え、理解を得られるように努力すべき」とする（大澤は、その内容につき「事前に依頼者本人に伝えてその了解を得ておくべき」とする<sup>480)</sup>）。

479) 交渉の開始方法は、その後の交渉全体にとって重要な意義を持つ。藤田監修・前掲注365) 22頁 [佐野陽子] は、ハロー効果 (halo effect: 仏像の後光 (ハロー) によって仏像のありがたみが増すように一部のよい、あるいは悪い部分的印象が全体の評価に影響してしまうこと) を説明するが、弁護士は交渉の開始方法のハロー効果を銘記すべきである。アラン・ランブルウ=オウレリアン・コルソン (奥村訳)・前掲注370) 157頁参照。

480) 守秘義務 (法23条、規程23条、刑法134条) を慮ってのことと思われる。ただし、個々で具体的に同意を得なくても、交渉の進め方を説明してゆく中で当該内容を先方に話すことについて黙示の承諾があったと評価される場合も多い。

すなわち、①両当事者間に存する問題についてのできるだけ客観的な説明(リフレーミング<sup>481)</sup>などの手法により、感情的対立を捨象し角を丸めた表現を行うよう留意すべき)をし、②この問題について、以下のような説明をするという。すなわち、⑦当方の考えを聴いて欲しいこと、当方としても相手方の考えを聴くこと、④相互に質問し合い、語り合い、聴きあって、両当事者間の問題を双方が納得できる形で解決できるよう、一緒に誠実に考えるという基本的な姿勢でいること、⑨相手方としても、弁護士など適切と思う人に相談するなどして、話し合いに臨んで欲しいこと、⑩具体的な対話の日時・場所等については、双方の都合により協議して決めさせて欲しいこと等を説明するというのである。

確かに、以上のように進むのが理想であるとは思われるが、①の客観的説明は一番難しい点でもある(同じものを見ていても全く違った角度から見ている両者で「客観的状況」を共通認識とすることは非常に難しく、ある意味では最終的な解決の際そのような認識共有ができることを目指すことはあっても、当初の段階でそこまで至ることは難しいことも少なくない)。

#### b 交渉場所について<sup>482)</sup>

上記のうちでも、実務上特に重要なのは⑤の「交渉場所」である。大澤は「対話を行う場所も重要な要素であり、相手方の希望も尊重して話し合いで決めるべきである」が「プライバシーを保って双方の当事者が安心して話ができる場所が望ましい」とし、「相手先に出かけて行って、話し合いをするということもよくあることである」とする。これまでの弁護士は腰が重いことも多く<sup>483)</sup>、相手方のところへ行って交渉する技法はもっと採

481) 本稿第1 4「面談を十分に行うために重要な技法(面談技術)」「(5) 調停の技法から」「イ リフレーミング (reframing)」(名法 282 号 108 頁以下) 参照。

482) アラン・ランブルウ＝オウレリアン・コルソン(奥村訳)・前掲注 481) 69 頁は交渉場所の設定自体が「『予備交渉』の一部になることもあり、部屋の大きさ、ロジスティクス(インターネットアクセスから食事まで)、書類(配布するのに十分な数)、サンプル、図面、パソコン、プラグコード、黒板、OHP、プロジェクターなどの「共通」の設備の手当ても重要であるという。

483) 例えば、奥山倫行「弁護士に学ぶ! 交渉のゴールデンルール」(民事法研究会、第2版、2019年)10頁「2 交渉場所は自分のテリトリーで」など。

高中正彦ほか『弁護士の現場力 民事訴訟編—事件の受任から終了までのスキルと作法』[関理秀](ぎょうせい、平成31年)61頁は「どこに会いに行くか、会いに行く時間は「ママ」いつかは、いずれもケースバイケース」だが「一般論としては、密室となる場所はなるべく避ける。自宅に來いという要望にはできれば応じない」等の注意点を挙げる。確かに、セキュリティ等には注意が必要だが、相手方のホームグラウンドに飛び込む勇気を持つこともあってよい。

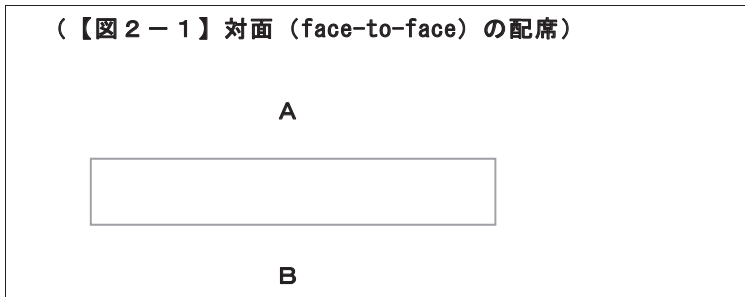
用されてよい手法であるように思われる<sup>484)</sup>。

### C 座席の配置

一般に「座席の配置は、交渉における物理的な設定においておそらく最も重要な要素であろう」と言われる<sup>485)</sup>。

#### (a) 対面 (face-to-face) の配席

対面 (face-to-face) の配席【図 2 - 1】は「相手方から一定の情報は取得したいが友好的な関係を確立したいとまでは思わない場合に好まれる方式である」とされる<sup>486)</sup>。



なお、弁護士同士の交渉の場合は「通常は、どちらかの事務所に相手が行くのではなく、どちらかが所属する弁護士会の会議室で面談することになろう」とされる(東京弁護士会法友全期会・前掲注 240) 107 頁)。

484) Teply, *supra* note 477 at 185-187. は、交渉の際に自分の方に来てもらう (Being the Host) 点のメリットとして、①心理的な有利さ (home field advantage)、②来訪者を飲食物等でもてなし有利に立てる点、③快適な交渉場所を設定することができる点、④覚書等の書類を作成できる点、⑤移動の時間・体力・心理的成本を避けられる点等をあげる。他方、相手方のところへ出かけて行き交渉すること (Being the Guest) のメリットは、⑥不利な資料等を「忘れて」来られる点、⑦避けたい話題になったら辞去して交渉終了のタイミングをコントロールできる点、⑧交渉場所に問題が生じたとき寛大さを示して心理的に優位に立てる点、⑨交渉場所につき相手に譲歩して互恵的 (reciprocate) 気持ちを持たせ他の点で譲歩を促せる点等をあげる。弁護士としての実感言えば、相手方先で交渉が進む最も大きな理由は、⑨にあると思われる。つまり見えないことに見えるが、先方のところまで出かけて行き話をするのは相当のストレスであることは事実である。

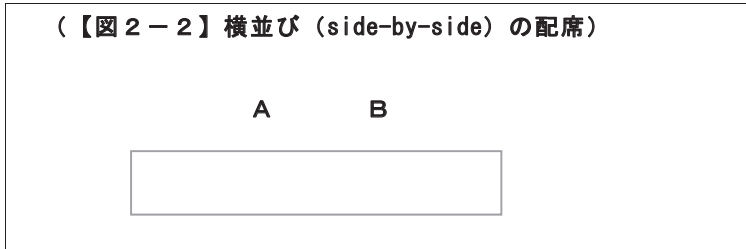
485) Teply, *supra* note 477 at 188 頁。「テーブルの形やテーブルの有無が交渉の進行に予期せぬ影響を与える」との指摘もある (アラン・ランブルウ＝オウレリアン・コルソン (奥村訳)・前掲注 481) 70 頁)。

486) Teply, *supra* note 477 at 189-190. なお、配席に関する日本に特有の問題として「上座」「下座」の考え方がある。奥山・前掲注 482) 58 頁「座席の配置と座り方に気を配ろう！」では、対等の交渉や謝罪の交渉では下座に座ることを勧める。



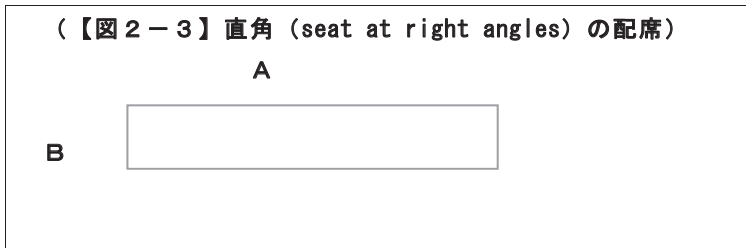
(b) 横並び (side-by-side) の配席

これに対し、横並び (side-by-side) の配席【図 2-2】は「より協力的な関係を築き情報を共有したい」場合に用いられるものとされる。



(C) 直角 (seat at right angles) の配席

日本ではあまり用いられないが、直角 (seat at right angles) の配席【図 2-3】は、「より協力的な関係を築き情報を共有したい」場合に用いられるものとされる<sup>487)</sup>。



一般には、対面 (face-to-face) の配席【図 2-1】で交渉を開始することが多いが、交渉の進展状況に応じて直角 (seat at right angles) の配席【図 2-3】が用いられることもあってよい。そのような配席は、双方の対決的な姿勢を和らげるから、相互に心理的に余裕をもって交渉を進められよう。大きな図面を広げての事実確認やパソコンのディスプレイを一緒に見て行っ情報確認が必要な場合には、例外的であるが横並び (side-by-side)

487) 奥山・前掲注 482) 59 頁は「心理学では正面に座った相手には無意識に敵対している感覚をもつといわれている」ことをあげて、椅子をずらす等の方法により被害者や相手側の決定権者の正面には座らない方法を探るといふ。

の配席【図2-2】が用いられることもあろう。このように同じ方向を向いて共同作業を行うこと自体が、合意や互譲を促進する心理的効果をもたらすことがあり得る。

## 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

以上において、いわゆる「ハーバード流交渉術」と呼ばれるアメリカを中心に論じられてきた交渉学の概要について整理してきた。これらは、非常に示唆深いものである。とりわけ、勝者と敗者を峻別し前者となることを追求することに重きを置く従前の「交渉『術』」から離れ、「両者が共に勝者になる」という“win-win solution”の考え方を強調・提唱し、広く受け入れられたことには重大な意味があるし、この点自体は日本での日本人同士の交渉でも広く受け入れられやすい<sup>488)</sup>。実際の法的交渉に役立つ点もあると思われる。

しかし、少なくとも現在の日本における交渉、特に法的交渉において、ハーバード流交渉術を中心とするいわゆる「交渉技法」「交渉技能」の全てが多く活用されているとは言えない<sup>489)</sup>。

これは、どのような理由によるものであろうか。

#### ア 数値化における限界

これは必ずしも日本の法的交渉に限らない問題であると思われるが、数値化による限界という問題がある。例えば、ハーバード流交渉術に関連して時折触れられる「囚人のジレンマ」について論ずる場合、下記のような数値化による仮定が行われる。

---

488) 深井・前掲注 297) 179 頁、竹内・前掲注 228) 12 頁、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】『ロースクール交渉学』（白桃書房、第2版、2013年）16頁、佐久間賢『交渉力入門（第4版）』（日本経済新聞出版社、2011年）32頁、松浦・前掲注 372) 17頁など日本で発刊された極めて多くの書籍がこの点を強調している。

489) 例えば、弁護士志望者が全員その課程を経なければならない司法研修所の民事弁護のテキストたる司法研修所・前掲注 237) 50頁以下「第4章 交渉及び訴訟手続外の紛争解決」においても、ADRの利用、書面による交渉等が論じられているのみであってハーバード流交渉術などの交渉理論は全く触れられていない。

「もし両者が協調的な対応で自白を拒めば、当局は罪の重い犯罪を証明することができず両者とも懲役2年という短期刑である。もし両者が自白してしまえば、お互い短い刑期で終えることができずそれぞれ10年の刑期を受けることになる。もし一方が自白し、一方が黙秘する場合は、自白した方は懲役1年という短い刑期になり、黙秘した方が15年という長い刑期を受けることになる。もっとも好ましい戦略はお互いに協調行動をとり黙秘を貫くことである。しかし、どちらも相手が自白することを防ぐことができないので、みずからが長期刑に処せられるおそれがあるから、相手に協調することの価値を見失う。そして、最も合理的な選択は自分が黙秘せず自白することになる。自分にとって最適な選択をとることで、全体として最適な選択をとることができないことから『囚人のジレンマ』と言われている」。そして、このような「囚人のジレンマ」についても、いわゆる「ナッシュ均衡<sup>490)</sup>」が成立しており、それ以外の戦略を採用しても利得が大きくなることがないため、「ナッシュ均衡」の状態が続いているとされる。そして、このような「囚人のジレンマ」の理論は、「継続的な関係が予見されていない1回限りの交渉」では、そのような状態に陥る可能性があるという点で、交渉についてもあてはまるというのである<sup>491)</sup>。

しかし、この囚人が負っているリスクを「懲役1年、2年、10年、15年」と数値評価した点に、既に一定の人為的操作が加わっており、その操作が正しいか否かの検証は実際には不可能である。実際の交渉では、リスクを数値化できないことも多い。実際に、日本の刑事実務においてかような状況を想定した場合、日本では比較的広い刑期の幅が取られており<sup>492)</sup>、裁判

490) 「信頼を通じて行動の選択がなされ、その行動がさらにその信頼を高めていく関係にある状況」のこと。単に「均衡 (equilibrium)」という場合もある (H・E・ジャクソンほか (神田=草野訳)・前掲注 365) 39 頁)。より正確に言えば、ナッシュ均衡とは、「各プレイヤーがとり得る行動の組合せ」(交通法規がない仮定の世界でドライバーが道路の左右いずれを走行するかという問題について、すべてのドライバーが右側を走るという事態) であり、「すべてのプレイヤーに関して、その組み合わせに含まれる他のプレイヤーの行動を所与とした場合におけるその組合せに含まれる自分の行動が最適な選択となるもの」を意味する。

491) 以上につき小林・前掲注 242) 154-155 頁参照。

492) 刑の量定に関する、いわゆる「幅の理論」について、前田雅英『刑法総論講義』

所が具体的にどのような刑を科すかを正確に予測することは相当に困難である。裁判官（所）は、事実は証拠に基づいてしか認定できない（刑事訴訟法 317 条）が、当該事実の評価や量刑にどの事情をどのように反映させるかについては極めて広い裁量を持っている。刑事裁判に限らず、民事上の実際の裁判も、それぞれ異なる相手方を対象とする交渉も、その行動を単純に数値化することは難しい。そのような中で、単純に刑期や結果を数値化し、それをもとに交渉理論を組み立てても、実際の実務的な交渉には応用しづらい<sup>493)</sup> ことが、このような理論が実際の日本の交渉で必ずしも多く用いられていない原因の一つであるように思われる。

このような数値化は、上記の例に留まらず、「数理法務」における「決定の木」においても<sup>494)</sup>、「留保価格 (reservation price)」の検討において

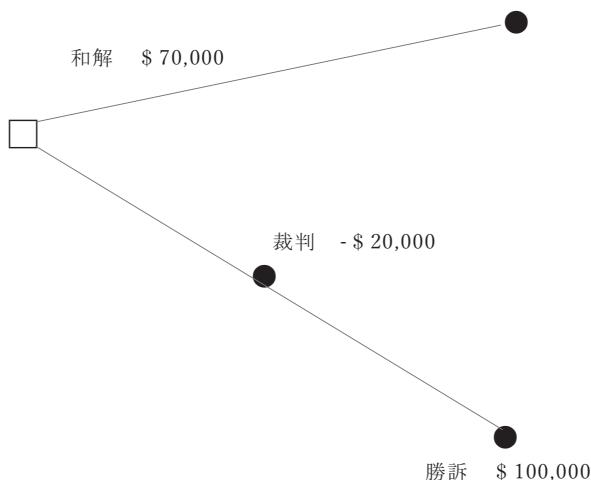
（東京大学出版会、第 7 版、2019 年）413 頁。

493) 小島編・前掲注 383) 274 頁参照。

494) H・E・ジャクソンほか（神田＝草野訳）前掲注 365) 5 頁は「決定分析の第一歩は、問題を『決定の木 (decision tree)』と呼ばれる定型的な表記法で書き表すことである。この表記法は直感的にも分かりやすく、実用性も極めて高いことが経験上確認されている」とする。例えば、同書 5 頁は「決定ノード (decision node)」という名の四角形と当該四角形を出発点とする「決定の枝 (decision branch)」を下記のように書き表して検討をしてゆく。

例) 訴訟をすれば 10 万ドルを得られることは確かだが訴訟費用が 2 万ドルであるが、相手方から 7 万ドルの支払で和解をすることを提案されている場合。

（同書 5 頁「【図 1-1】和解か裁判か」より転載）



も<sup>495)</sup> 同様にあてはまる。いずれの場面においても一定の数値化が為されたり、現実社会とは必ずしも整合しないほどの単純化や条件付けがなされていることが少なくなく、他方実際の交渉において状況を数値化したり特定の条件を当然に指定したりすることは極めて困難であることから、実務に適合しにくい事態が生じている<sup>496)</sup> ように思われる。もちろん、これらの検討は一種の「モデル」であるから一定の捨象や一般化は避けられない性質のものである。しかし、現在の（少なくとも日本の一般的な弁護士が直面する）交渉の現場とは、上記の一般化や数値化による乖離の程度が大きく、これを活用したり意識したりして行われている交渉は実際には極めて少ないものと思われる。

#### イ 「交渉術」そのものに関する警戒感

そもそも、実際の日本の法律実務においては、このような「交渉術（交渉技能）」に関する警戒感も根強い<sup>497)</sup>。

上記 5 (4) で見てきた通り、交渉には「嘘」「はったり」「かけひき」を伴う部分が少なくない。弁護士倫理上の問題を検討することが必要な交渉技術も相当に存在する（上記 5 (4)。中でも、(カ) 追加要求・ニブリング (Nibbling, The Nibble)、(キ) 承諾先取り法、(セ) 譲歩案を間違っ  
て伝えること、(ネ) 前言撤回には、問題が相当多い)。かような「交渉術（交渉技術）」を広く積極的に活用しようとする姿勢を相手方に示した場合、「この弁護士は様々な交渉術を使って交渉してくるから、警戒しなければ

495) H・E・ジャクソンほか（神田＝草野訳）・前掲注 365) 51 頁以下では、とりわけ、「留保価格 (reservation price)」の概念の検討につき「取引価格だけが交渉のテーマ」「あなたは最終価格を提示できる立場」との条件 (仮定) が付される。この条件 (仮定) を取り除いても検討可能かもしれないが、少なくとも上記論証では当該仮定を前提とした検討に検討範囲が限定されている。

496) H・E・ジャクソンほか（神田＝草野訳）・前掲注 365) 53~54 頁は、この考え方は「現実の交渉でも『指標としての役割』を果たすであろうが、それは交渉が多く  
の点において『技芸 (art)』であることを否定するものではない。人の心理にかかわる事項の中には、安易に評価したり総括したりすることができない重要な要素が含まれ」という。

497) 加藤編・前掲注 372) 67 頁 [柏木] は、「『誠心誠意』『虚心坦懐』に話し合うことに力点を置くのも、小手先の術策を弄して利益を得ようとすることは、日本人にとっては『誠意』に反する行為であり」「信頼関係の構築に害にな」り「交渉を研究したりすることは、品格を汚すものと理解される」として、佐久間・前掲注 487) 27 頁が、佐久間教授がある企業の役員から「交渉の研究は品格に傷をつけるから止めたほうがいい」と忠告を受けた話を紹介する。

ならない」と身構えられるリスクが極めて大きい<sup>498)</sup>ように思われる。

筆者自身、弁護士として「はぐらかす」「駆け引きする」「交渉術を駆使する」という話をし続けると、(そのような交渉をしていなくても、そのような交渉術について語ることで)自分自身嫌な気持ちになることが多い。逆に、相手方弁護士から「交渉を勉強している」「交渉の権威である」「交渉に強い」と評価された場合や、「駆け引き」「小さな嘘」「はったり」に長けた弁護士と評価された場合、相手方弁護士は「いつどんな方向から切りつけられるかわからない」との気持ちで相当な警戒心を持って交渉に臨むことになるから、ラポール (rapport) の形成は非常に難しくなり、交渉は難航してしまう。これは、法的交渉として必ずしも良いものとは言えないのではないか。

#### ウ 日本における「交渉」についての考え方

むしろ、日本における(法的交渉に留まらない)交渉全般、とりわけ日本人同士の交渉においては、そのような「交渉術」を弄せず、相手方の「立場」をよく理解して (understanding にとどまらず sympathy を持つ)<sup>499)</sup>、ラポール (rapport) を形成することにこそ重きが置かれる<sup>500)</sup>。これは、ハーバード流交渉術の出発点「立場を捨てて利益に焦点を当てよ」(本稿 125 頁の①人と問題を切り離す、②「条件や立場」ではなく「利益」に注目する)とはある意味逆である。むしろ相手方の懐に飛び込んで<sup>501)</sup>、相手の置かれた「立場」をよく理解し、その理解の上にラポール (rapport) を形成

498) 草野・前掲注 372) は、若き日の草野がクラウゼヴィッツの『戦争論』を読み、「戦争自体が悪」ゆえその「理論を」「精緻に作り上げても所詮は悪の華、知性の浪費」で、「交渉も戦争に類似している」からその「理論は弁護士の職業的狡知として胸中を含み置き、黙して語らぬことが社会人としての節度」と考えていたことを吐露する (1-2 頁)。

499) 加藤編・前掲注 372) 71 頁 [柏木]「日本人は、相手の『理解』を求めることが他の国民に比べ多い。この『理解』は英語に訳すときは、understanding ではなく、sympathy と訳すとうまく訳せる場合が多い」という。

500) 加藤編・前掲注 372) 62 頁 [柏木]は「『ハーバード流交渉術』には、「人と問題を分離する」という原則の細目には『(交渉は、) 信頼するしないと無関係に進行する』とある」が日本人は「信頼するしないで交渉の進展が決定的に影響されることが多い」とする。

501) 加藤編・前掲注 372) [柏木] 63 頁の地主のところは一升瓶をぶら下げて交渉に臨んで成功した例は「相手の懐に飛び込む交渉」の典型例である。日本の交渉ではこの方法こそが美談であり、実際に上手く場合も少なくない。他方、同書は「BATNA」「を用意して交渉に臨む」という交渉技法の重要さも指摘し、かような「文化的アプローチ」は交渉方法の一つに過ぎないものと位置付ける。

し<sup>502)</sup>、そこから始めて実際の本格的な交渉に入ることができることが少なくない。交渉を「競争的交渉」と「協調的交渉」に分ける<sup>503)</sup>とすれば、日本の交渉では後者が重視されることが多い<sup>504)</sup>。このような背景もあり、日本では法的交渉においてもこのような「協調的交渉によるラポール (rapport) の醸成」に重きが置かれることが少なくない<sup>505)</sup>。

日本の弁護士実務や法的交渉では<sup>506)</sup>、ハーバード流交渉術は十全には使えないのだろうか。Getting to YES は「世界中のどんな交渉もこれで解決できる」と豪語する<sup>507)</sup>。ハーバード・プロジェクトでは実際に、様々な国での交渉の例が取り上げられているし、そもそもアメリカ自体が多民族から構成される国家である。アメリカ国内でこの方法で交渉が上手くいくとすれば、全世界でその方法が通用しそうであるようにも思える。Getting to YES には日本の「柔術」の例も引かれている<sup>508)</sup>。

しかし、このような「国際的」交渉で念頭に置かれているのは基本的には「アメリカ人と」他国人 (もしくは、アメリカ市民権を得た世界各国出

502) 藤田監修・前掲注 365) 48 頁 [御手洗昭治] は「日本人の交渉スタイル」につき「日本人は交渉に入ると、相手側との一致点を見いだそうと、その確認と調整に時間をかける」が「アメリカ側は反対に対立点を探る」という。

503) 太田勝造『民事紛争解決手続論』(信山社、2008 年) 220 頁以下は「交渉の戦術」につき「競争的戦術」と「協力的戦術」を区別して整理する。

504) 太田ほか【編著】奥村ほか【著】・前掲注 487) 127 - 128 頁 [西潟] の挙げる「日本的といわれる交渉スタイル」は、弁護士として非常に共感できる。このような「話し合いのやり方」(それも一種の「交渉技術」ということもできる)は、アメリカで論じられている「交渉技術」「交渉学」とは相当に異質である。

505) 大澤恒夫『法的対話論』(信山社、2004 年) 4 頁は、「『法と対話の専門家』としての弁護士像」「ヒューマンな法曹」を目指すべきとするが、同感である。それに近づくことが、ラポール (rapport) の醸成に有利に働くことが多いであろう。

506) アメリカの弁護士実務に関しては、例えば、太田・前掲注 503) 222 頁以下が G. Williams の研究を紹介して、[相手方弁護士の交渉者としての性質]について、過半数(65%)の弁護士は「協力的 (cooperative) 交渉者」、24% が「競争的 (competitive) 交渉者」に類型化できたという。

507) 加藤編・前掲注 372) 47 頁は「『ハーバード流交渉術』の序文には『ここで提示した交渉方法は、典型的なアメリカ式交渉術でもなければ、典型的な日本式交渉術でもない。日米を含め、あらゆる交渉様式に適應できるものである』と述べてある。しかし、これはかなり疑問であるし、そう信じることは危険」という。

508) 「柔術」(Negotiation Jujitsu) とは、相手が立場による交渉で押し込んだ場合に、日本の柔道における「柔術」のように、敢えて押し返す (push back) ことをせず、相手の力の方向を変えることによって、押したり引いたり悪循環を避け、相手方の力を自分自身の目標の方向に向けることをいう (Fisher ET AL, supra note 229, at 109 (“What If They Won't Play? (Use Negotiation Jujitsu)»))。

ちなみに、同書では、①②とも上手く行かなかった場合には、第3のアプローチとして③利益・選択肢・基準に基づく交渉に長けた第三者を巻き込むという方法 (one text procedure [「最終案調整」と訳される]) が主張されている。

身のアメリカ人同士)の交渉であり、他国人同士の交渉ではない<sup>509)</sup>。仮に「アメリカ人」という留保を除くとしても、AとBという全く異なる交渉文化や考え方をする者同士の交渉にはハーバード流交渉術も対応を図っているが、AとA'という一つの交渉文化圏内に属する<sup>510)</sup>(しかも、それがアメリカの交渉文化と異なる)者同士の交渉(それは、日本人同士だけでなく、中国人同士、タスマニア人同士、日本でも関西人同士、東京の人同士<sup>511)</sup>など区分の方法によって無数のものがあり得る<sup>512)</sup>)については十分対処できているとは言えない。少なくとも、日本人同士の交渉を前提とした検討は十分には為されていない<sup>513)</sup>。とすると、ハーバード流交渉術の中でも、日本人同士の交渉には、それがあてはまる部分と直接にはあてはまらず、ある程度修正や改善を加えて利用してゆくことに重要な部分があるのではないか<sup>514)</sup>。

509) R.J. レビスキーほか(藤田監訳)・前掲注369) 287頁以下は「全ての人が米国人のように交渉するとは限らない!」とし、日本など「15ヶ国からの交渉者と米国の交渉者」を比較するグラハムの実験を紹介する。

510) 加藤編・前掲注372) 60-61頁[柏木]参照。

511) 「ちゃきちゃきの江戸っ子」の交渉態度を「ブルウェアリズム(Boulewarism)」(4頁(サ))に比して論じた加藤編・前掲注372) 55頁[柏木]参照。

512) 御手洗昭治「ハーバード流交渉術」(総合法令出版、2017年) 153~197頁「相手文化の交渉スタイルと特徴をつかめ」では、筆者の豊富な経験と分析に基づき29種類(日本、アメリカ、中国、韓国、ロシア、フランス、エジプト、サウジアラビア、イラン、アラブ式市場、イタリア、インド、イギリス、カナダ、オーストラリア、ドイツ、オランダ、フィンランド、スウェーデン、ノルウェー、マレーシア、インドネシア、華僑、ブラジル、チリ、アルゼンチン、メキシコ、ポーランド、ユダヤ)の各文化での交渉スタイルと特徴が整理されている。

513) このような「日本人同士の交渉」について、加藤編・前掲注372) 65頁[柏木]は、「2 日本式交渉スタイル」として、以下の特徴を挙げる。

「(a) 性善説に立って人間同士、理解し合えないことはない」「(b) 虚心坦懐に誠心誠意で話し合えば分かってもらえる」「お互いの立場を理解し合い誠意をもって話し合うことが交渉の王道」「(c) 術策を弄したり、威嚇的言動は得るところがない、(d) 信頼関係が成立すれば互譲の精神で解決の糸口がつかめる、(e) 雄弁は不要で、口下手でも真摯な態度が重要」「(f) 変化に対応できる柔軟性が重要で」「場合によっては玉虫色の暫定的取り決めでもよい、(g) 「相手が圧倒的に強いときは温情に頼り」「(h) 相手が弱いときは惻隱の情を持ち接すべし」。

そして、同書36頁[柏木]は「合理的交渉理論が基本になるべきである」が「非合理的要素を計算に入れる必要があり、このような「日本的交渉スタイル」の特徴には「信頼関係の構築、全員参加の意思決定システム」等があるが、「これらも交渉における基礎知識として理解されるべきである」という。

514) 松浦・前掲注372) 215頁は、「Q交渉学は米国の学問で、日本では通用しない。日本はウェットな文化だ」に対する答えとして、「日本と米国では、交渉の前提条件にさまざまな違いがあり」「ウェット」で「交渉上手な米国人が、日本のビジネスでも上手に交渉できるかどうかは怪しい」としたうえで、「日本については、文脈依存性(暗黙の了解が多いこと)、事前の根回し、交渉担当者の肩書き、交



## エ 日本人同士の交渉において重要なポイント

そのように考えると、日本人同士の交渉において考えるべき重要なポイントは以下のような事柄であるように思われる。

- (ア) ハーバード流交渉術の4原則のうち、第1原則及び第2原則は相  
当な修正を要する。「立場」を極めて大切にし、「利益」が問題とな  
るのは最初と最後である。しかも、その場合であっても「立場」を  
決して忘れてはいけない。
- (イ) 何よりもラポール (rapport) を大切に<sup>515)</sup>。ラポールが形成さ  
れないところで交渉が上手くいく例は少ない。そのためには、相手  
方を理解する (understanding ではなく sympathy を持つ) ことが重要  
であり<sup>516)</sup>、露骨に交渉術を駆使するような態度はリスクが大きい<sup>517)</sup>。
- (ウ) ラポールが十分に醸成されたら、選択肢を開発する共同作業を行  
うのがよい<sup>518)</sup> (これが、ハーバード流交渉術の第3原則であり、こ  
こにこそ交渉の目標を置く<sup>519)</sup>)。そして、できる限り沢山の選択肢  
を開発した後、実際に実行可能な選択肢を少数 (できれば3つ以内)  
に絞り込んでゆく<sup>520)</sup>。
- (エ) 弁護士は、相手方と交渉して開発・絞り込みをした選択肢を自身の  
依頼者のもとに持ち帰り、更に選択肢の開発と絞り込みを行う。相手  
方にも弁護士が選任されている場合には、相手方弁護士も自身の依

渉の環境と立場・本音、長期的関係と恩・義理という概念など、日本に特徴的な交渉の前提条件に配慮する重要性」を指摘する。

515) 加藤編・前掲注372) 68頁 [柏木] は、「信頼関係の基礎は、交渉者個人の人格的資質によることが多く」「日本では交渉の要諦として比較的強く交渉者個人の人格的信頼性が強調されることが多い」という。

516) 注480) 参照。

517) 太田ほか【編著】奥村ほか【著】・前掲注487) 68~69頁 [太田] 参照。

518) 双方に代理人弁護士が選任された事件においては、両弁護士は相手方であって敵ではあるが、最終的な解決を図るという意味では共同作業である。特に和解をする場合、双方ともが譲歩 (互譲) しなければならない (民法695条)。法科大学院や法曹養成課程において法曹としての一体感が保持向上されればされるほど、共同作業の土壌は整い、双方にとって満足できるよりよい解決が可能となる可能性が高くなる。そのような一体感が喪失されてくると、究極的には「しっぺ返し戦略」が最適解ということになってしまいかねない。それは、司法制度の利用者 (当事者) にとって幸せなことであるとは思われない。

519) Fisher et al, supra note 229, at 58 (日本語版 [第2版] 88頁) 「弁護士にとっての成功は、依頼者と相手方との双方を満足させる解決策を考え出す能力にある」という。

520) D.M. サンダースほか (藤田監訳)・前掲注369) 101頁参照。

頼者と同様の作業を行う。

(オ) 上記 (ウ) (エ) の作業を繰り返すことによって、両当事者にとって最善の選択肢 1 つに絞り込むことに成功したときが、合意の成立である。

## (2) 選択肢の開発<sup>521)</sup>と絞り込み

上記の中で、ラポール (rapport) の醸成とともに特に重要な (ウ) 「**選択肢の開発<sup>522)</sup>と絞り込み**」とは何であり、どのような意義を持つか。

### ア 選択肢の開発

(ア) “Getting to YES” で指摘されている「**選択肢の開発**」法

このうち、「**選択肢の開発**」の部分は、“Getting to YES” では第 3 の技法 (method) として「お互いの利益に配慮した複数の選択肢を考える」とされる部分にあたる。

#### a 選択肢開発の「障害」となるもの

同書では、このような**選択肢の開発**にあたって障害となるものとして以下の 4 点を挙げる<sup>523)</sup>。

##### ① 早まった判断をし過ぎること (premature judgement)<sup>524)</sup>

早く決定しようとし過ぎると、「新しいアイデアの欠点を探そうとする批判的態度」「決めつけ」となり、「考え出す」作業を阻害し、想像を妨げる。また「**選択肢を出す**と自分の立場を危うくする情報を出すことになるのでは」と考え、**選択肢を開発・提案**することを躊躇することがある。

##### ② 単一の答えを探そうとすること (searching for the single answer)<sup>525)</sup>

最初から唯一最良の回答を得ようとして、数多くの可能性から選び出す賢明な決定過程を壊すことがある。

---

521) 田村ほか・前掲注 381) 175～177 頁は、「自分の強みを生かした**選択肢** (付帯条件) を作り上げることによって合意を形成する」(太字下線は榎本。これこそが**選択肢の開発・創造**である) ためには、近江商人である伊藤忠商事創業者たる初代伊藤忠兵衛の「三方よし」(三方とは「売手」「買手」「世間」の 3 つ) の考え方が重要であるという。

522) アラン・ランブルウほか (奥村訳)・前掲注 481) 118 頁参照。

523) Fisher et al, *supra* note 229, at 60. (日本語版 [第 2 版] 89 頁) 以下。

524) *Id.* at 60. (日本語版 [第 2 版] 89 頁)。

525) *Id.* at 61. (日本語版 [第 2 版] 90 頁)。

③ 分け合うパイの大きさを一定と決めてかかること

(The assumption of a fixed pie)<sup>526)</sup>

対象物を「どちらが取るかの二者択一」と見ずに、上述「オレンジの例」(3 (3)) のように、分け合うパイを広げようとする柔軟な姿勢が重要である。

④ 「相手の問題は相手が解決すればよい」と考えること

(Thinking that “solving problem is their problem”<sup>527)</sup>)

人は「問題の一面にだけ感情的にこだわって、双方の利益にかなう賢明な方法を考えるための客観的な態度を身に着けるのは難しい」から、「我々は我々が抱えている問題で精いっぱいだ。彼らも自分の問題は自分で処理すべきだ」という態度をとってしまうことがあり、それが選択枝の開発を妨げる。

b 処方箋 (Prescription)

以上の障害に対処するために、同書は下記のような処方箋 (Prescription) を提示する。

① 選択枝の立案とその決定を分離せよ。

選択枝を評価し「判断を下すこと」「批判」は選択枝立案の独創性を妨げるから両者を分離する。

同一グループ内で選択枝を案出する際には、ブレインストーミングをすることも検討すべきであり、その際の最も基本的なルール<sup>528)</sup> は、アイデア (選択枝) の批判や評価を全て後に延ばし、「いい悪い」「現実的であるか」等の評価を途中ではさまない。

他方、相手方との合同ブレインストーミング (交渉の際にはこれが非常

---

526) *Id.at61.* (日本語版 [第2版] 91頁)。

527) *Id.at61.* (日本語版 [第2版] 92頁)。

528) 他には、以下のような点が挙げられている (R.Fisherほか・前掲注229) 63～64頁 (日本語版 [第2版] 94-96頁)。

[ブレインストーミング「前」の心得] ①目的を定義 (define) する、②参加者を厳選する、③環境を変える (いつもの会議と違った時間及び場所にする)、④打ち解けた雰囲気を作る、⑤司会者 (facilitator) を選ぶ。

[ブレインストーミング「中」の心得] ①横並び (side by side) に座って問題に取り組む、②批判禁止を含む基本ルールを明確にする、③とにかく考えをどんどん出す、④思いついたアイデアを一覧表にする。

[ブレインストーミング「後」の心得] ①最も良いアイデア (複数) に星印を付ける、②見込みのあるアイデアに改良を加える、③アイデアをじっくり評価してから決定する。

に重要である)は「自分に不利な発言をしてしまう危険が高い<sup>529)</sup>」が「関係者全員の利害を考慮に入れたアイデアを生み、共同で問題を解決しようという機運を生じさせ」るので有益とされる。

② 選択肢の幅を広げよ。

ここが選択肢開発の一番中心となる部分であるが、同書では以下のような方法を提唱している。

(A) 「具体案と一般論を交差させて選択肢を増やせ」

具体案として、「① 問題点 (例：川が汚い) → ② 分析 (例：化学成分の状況) → ③ 対処法 (例：化学排水を減らす) → ④ 実施案 (例：上流企業に化学排水量の制限命令を出すよう州に働きかける)」がある場合<sup>530)</sup> その方法で上手く行けばよいが、上手く行かない場合は、いくつかの実施案を分析し、その背後にある「一般原則」を見つけ出し、それを応用して現実に即した別の実施策を考案する<sup>531)</sup>。

(B) 「専門家の目から見よ<sup>532)</sup>」

例えば、子供の養育権をめぐる紛争では、教育者、銀行家、精神科医、民事弁護士、聖職者、栄養士、医者、婦人解放論者、フットボールのコーチなど。

商取引の問題ならば、銀行家、発明家、労働組合幹部、不動産投機家、株式ブローカー、経済学者、税理士、社会主義者など。

(C) 「強弱のレベルの異なる合意 (different strength) を用意せよ<sup>533)</sup>」

内容について合意できないなら解決手続につき合意する、最終的解決が図れなくても暫定的合意をする、全部合意が無理なら一部合意をすること等を選択肢に入れる。

内容につき同意できなくても「同意できないのは何か」を確認し合意するという選択肢を提示することで両当事者は問題点の所在を共有できる。

---

529) そのような危険から身を守るための手法について、See Fisher ET AL, supra note 229, at 65 頁 (日本語版 [第 2 版] 98 頁)。

530) 同書では「円形図—選択肢を考え出す 4 つの思考過程」とのタイトルでこの過程を図示する (Fisher et al, supra note 229, at 69 (日本語版 [第 2 版] 98 頁))。

531) 同書では、北アイルランドでカトリックとプロテスタントの教師が双方の小学校で使う北アイルランド史の共通教科書を作った興味深い例を挙げる (R.Fisher ほか・前掲注 229) 70 頁 (日本語版 [第 2 版] 104 ~ 106 頁)。

532) Fisher et al, supra note 229, at 70 ~ 71 頁 (日本語版 [第 2 版] 106 ~ 106 頁)。

533) R Fisher et al, supra note 229, at 71 (日本語版 [第 2 版] 106 頁)。

(D) 「合意案の範囲を変えてみよ<sup>534)</sup>」

合意の対象を小さく処理しやすい単位に「細分化」する方法 (これは、交渉範囲を「小さくする」ことになる) もあるし、第三者や別の問題を付け加えて妥協点を増やす<sup>535)</sup> 方法 (これは、逆に交渉範囲を「大きくする」ということになる) もある。

③ 相互の利益を探せ<sup>536)</sup>。

「パイの大きさは決まっている」「自分と相手のゼロサム・ゲームである」と決めつけず、双方に利益になる点を探すのがよい<sup>537)</sup>。共通の損害を避けたいという共通の関心事以外にも、共通の利益は大抵の場合存在するが、① 共通の利害はどの交渉においても表面に現れないこと、② 共通の利害はあくまでも合意を得るきっかけに過ぎず、それを契機に合意に向けて新たな何かを創り出さなければならないこと、③ 共通の利害を強調すれば、交渉をスムーズにし、関係を友好的にできる<sup>538)</sup> ことの3点に留意すべきと述べる。

そして、「利害が異なるからこそ交渉ができる」ことを強調し「異なる利害<sup>539)</sup> をしっかり組み合わせよ」といい、「相手にどちらがよいか聞け<sup>540)</sup>」という。

④ 相手に決定しやすくさせよ<sup>541)</sup>。

一般に「人は、自分の提案の長所を過大評価し、相手にとっての利益まで考慮しようとしない」「目前の自己の利益しか見ない視野の狭さを克服するには、相手方の立場に自分自身を置いてみよう (put yourself in their shoes)」という。そのうえで、「具体的に『誰の』靴に足を入れるか」(当該担当者自身か、そのボスカ、委員会等の意思決定機関か) について考え、

534) *Id.* at 71. (日本語版 [第2版] 108頁)。

535) ロイ・J・レビスキーほか・前掲注360) 89頁は「マンション購入交渉」の例を挙げ、「値段や契約締結日、改装、マンションに残すもの(カーテン、電気器具といった)」という複数の交渉事項を「駆け引きミックス」と呼ぶ。

536) R Fisher et al, *supra* note 229, at 72-77. (日本語版 [第2版] 113頁)。

537) 田村次朗＝色正彦＝隅田浩司・前掲注418) 38頁参照。

538) R Fisher et al, *supra* note 229, at 74-75 (日本語版 [第2版] 109～118頁) 参照。

539) 具体的に「調整しやすく合意しやすい相違」につき、*See* R Fisher et al, *supra* note 229, at 75-77 頁 (日本語版 [第2版] 114～118頁)。

540) 「利害を組み合わせる一つの方法は、一方の当事者が、自分はどれでもよい、という案をいくつか提示し、そのうちどれがよいか相手に尋ねることである」とする (R.Fisher ほか・前掲注229) 頁 (日本語版 [第2版] 117頁)。

541) R Fisher et al, *supra* note 229, at 78-81. (日本語版 [第2版] 118～123頁)。

如何に決定過程が複雑でも一人（通常は交渉担当者自身）に焦点を絞り、その人の観点から問題をとらえれば、その決定過程を理解できる、という。

相手を脅かせばよいというものではなく、むしろ建設的な提案の方が効果的であるという。そして選択肢の最終的なテストは、選択肢を「合意可能な提案」の形で書き出してみることであり、そのためにはできるだけ多くの選択肢を並べてみる<sup>542)</sup>（まず考え出す、決定は後でいい）ことが重要であるとする。

#### (イ)「選択肢の開発」に関するそれ以外の手法や技法、内容

以上が Getting to YES において提示されている選択肢の開発方法であるが、本稿ではこのテーマにつき法律相談の場面（本稿第1）でも検討しているとおり、弁護士の業務全般に共通する部分があり、他にも下記のような手法が考えられる。

##### a 契約条件や和解条項の内容を工夫することによって選択肢を開発する方法

例えば、債権者側が1,000万円請求しているケースで、最終的に債務者が500万円しか払えないことになる場合、1,000万円の支払義務を認め、1回も遅れず500万円払ったら残額を免除するという和解条項を作ることがある。これは、最初から500万円の支払のことにしか決めない場合でも、債務不履行がない場合には決めた内容は実質的には同じである<sup>543)</sup>。しかし、そういう選択肢を1個作り出すと、債務名義としては、1回でも期限の利益を失えば1,500万円の債務名義が取れるという選択肢が創出されたことになる。

##### b その他の方法

法律家は法律的側面のみを考えて選択肢を開発しようとすることが多いが、法律相談の場面でも検討したとおり、法律以外の要素（例えば、経済的判断、税務上の判断や人間関係など）も積極的に考慮に入れてゆくことで、より多くの選択肢を創出することができる<sup>544)</sup>。また、多くの事件に積

---

542)「複雑な状況では、創造的なアイデアが絶対的に必要である」という（R Fisher et al, supra note 229, at 81.（日本語版〔第2版〕123頁）。加藤編・前掲注372)94頁〔豊田愛祥〕が「(2) あっと驚く提案」として説明する内容も「創造的なアイデア」を別の言葉で表現したものと言えよう。

543) 草野芳郎「和解技術論」（信山社、第2版、2003年）では、これを「一部完済後免除型」と呼ぶ。

544) 本稿第1「法律相談・面談」5「法律相談の枠組み」(2)「『選択肢開発・絞り込みの協同作業』の重要性（名法283号126頁以下）参照。

極的に触れて選択肢開発の経験を増やすとともに、判例や過去の契約書の条文、先輩法曹の例に学ぶことも有益である<sup>545)</sup>し、特に交渉においては外交交渉や歴史上の事実に関する「逸話 (anecdotes)」が多数存在するから、そこに学ぶ姿勢を持つことも重要であろう。

### イ 選択肢の絞込み

上記ア (選択肢の開発) では、一種のブレインストーミングとして、できるだけたくさんの選択肢を挙げるのがよい。しかし、情報化社会に生きる私たちは「選択肢が多数であるほど幸福であるとは限らない」という「選択肢のパラドックス」という問題にも意識を払うべきである<sup>546)</sup>。とすれば、上記ア (選択肢の開発) で案出した多数の選択肢の中から、相手方との交渉の中で①スピード、②内容、③費用の3点から絞り込んだ3つ程度の選択肢に絞り込んでゆくの<sup>547)</sup>がよい。

### ウ 法律相談における「選択肢の開発と絞込み」との相互作用

これを法律相談における「選択肢の開発と絞込み」と統合して考えると、交渉全体の「選択肢の開発と絞込み」の理想的な形としては、以下のよう<sup>547)</sup>にモデル化することができる。

#### (法律相談と交渉全体での「選択肢の開発と絞込み」)

A という当事者が L1 という弁護士に依頼し

B という当事者が L2 という弁護士に依頼した場合、

#### ① 事前の法律相談 (1) [A と L1 弁護士]

A と L1 が交渉前の事前の法律相談において、

多数の選択肢を開発し (A1~An)、

3つに絞り込む (A1・A2・A3)

#### ② 事前の法律相談 (2) [B と L2 弁護士]

B も L2 も交渉前の事前の法律相談において、

多数の選択肢を開発し (B1~Bn)

3つに絞り込む (B1・B2・B3)

#### ③ 交渉 (L1 弁護士と L2 弁護士)

545) 同上 128 頁以下「エ 法律以外の点についても検討すべきか」参照。  
546) 同上 129 頁以下「オ 様々な選択肢を開発する能力を身につける方法」参照。  
547) 注 522) 127 頁参照。

L1 弁護士と L2 弁護士が交渉を行う。

双方の間でラポール (rapport) が形成できたら<sup>548)</sup>、それぞれ持ち寄った選択肢 (合計 6 つ: A1~3 と B1~3) を提示しあい、更に双方で新たな選択肢を開発する<sup>549)</sup> (P1~Pn)。

その上で、L1 弁護士と L2 弁護士で 3 つの選択肢に絞り込む (C1・C2・C3)<sup>550)</sup>。

④ 選択肢を持ち帰っての再度の法律相談 (打合せ)

L1 弁護士と L2 弁護士は上記の新たな 3 つの選択肢 (C1~3) を持ち帰り、それぞれの当事者 (A / B) と検討する。それによって、更に選択肢を新しく開発し、3 つに絞り込む (A につき A'1~3、B につき B'1~3)。

⑤ 再交渉 (L1 弁護士と L2 弁護士)

L1 弁護士と L2 弁護士で③同様の選択肢の開発と絞込みを繰り返す。

⑥ 合意の成立 (交渉の終了)

以下、④と⑤を繰り返してゆき、最終的に全員が納得できたところで、合意が成立し、交渉が終了する。

各交渉の当事者、各弁護士や各紛争の内容は、それぞれ何物にも代えがたい個性を持っているから、全ての事案がこのような形で進むとは限らない。むしろ今までの日本における法的交渉では、これほどまでに多数の選択肢の開発が行われることは少なく (これは、極めて創造的な作業であり、法律だけでなく税務会計、社会常識、人間の感情など様々な事柄に配慮した重労働である<sup>551)</sup>) が、法律家が新たな価値を創出できる極めて重要な職

548) ここでラポール (rapport) を醸成するには、依頼者との法律相談において重視すべきとされた「傾聴」「アクティブ・リスニング」などが相手方との法的交渉においても重要である。アラン・ランブルウほか (奥村訳)・前掲注 481) 170 頁、185 頁参照。

549) サスキンド (有賀訳)・前掲注 429) 95 頁参照。

550) 当事者と専門家、専門家と相手方の専門家で選択肢を多数開発し絞り込むという作業を真剣に行ってこのプロセスを経れば、この段階で絞り込まれた当該選択肢の内容は、当初の選択肢より相当洗練されたものに進化しているはずである。

551) マックス H・バイザーマン、マーガレット A・ニール (奥村哲史訳)『マネジャーのための交渉の認知心理学』(白桃書房、2008 年) 134~135 頁参照。



務分野である<sup>552)</sup>。しかし、法律家の判例や前例を大切にする考え方、前例踏襲的な考え方、日本人の受け身的な姿勢から、これまでは必ずしもそのような積極的な選択肢開発が重要視されてこなかったのではなからうか<sup>553)</sup>、絞り込むほどの数にならないことも少なくない。

しかし、目指すべきモデルとしてはこのようなものがよいのではないか<sup>554)</sup>。合意内容の観点からも、このように依頼者と弁護士、弁護士と弁護士が相互に情報を開示しあって必死に選択肢を開発してよいものに絞り込んでいった結果できる合意の内容は相当に良いものとなる。また、手続的にもこのような形で法律相談と交渉が進めば、きっと依頼者の「納得と安心」<sup>555)</sup>が得られるのではないかと、筆者は考えるのである。

※ 本稿の参考文献の整理や論稿の作成にあたっては、名古屋大学大学院法学研究科を主幹校とする PSIM (法実務技能教育教材研究開発) コンソーシアム、名古屋大学法科大学院修了生の加藤朋美さん (73 期司法修習生)・加藤信さん (同) の助力を得た。記して謝意を表する。

552) 「選択肢の開発ほど創造的でおもしろく、かつロースクールでまったく教えない法実務はない」との指摘について柏木・前掲注 18) 69 頁。。

553) 例えば、税負担を考えると新しい選択肢が開発されることが多い。法律的には債権者は少しでも多く、債務者は少しでも少なく払いたいというゼロ・サムゲームになるが、税負担を考えれば支払名目を変更することにより、債務者が同じ金額を支払うにしても債権者の手取りは多くなることもある (例えば、慰謝料ならば非課税なので全額債権者の手元に残る [所得税法 9 条 1 項 17 号及び所得税法施行令 30 条 3 号参照])。とすれば、債務者の支払額は少なくとも名目を変更することによって、債権者の取り分は増えて「ウィン・ウィン」になり得る。

554) 田村次朗ほか・前掲注 418) 144~145 頁、瀧本・前掲注 407) 210 頁「面倒くさいやり取りが『仲間意識』をつくる」参照。

555) 名古屋ロイヤリング研究会・前掲注 1) 3 頁。なお、脱稿後、奈良輝久【企画】若松亮 = 宮坂英二 = 神田孝【編】『ケース別 法的交渉の実務—交渉理論を習得したいあなたのために』(青林書院、2020 年) に接した。

