

Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

September 2018

Edition No. 27

In this September edition, we are delighted to present legal and industry updates from the firm's global network of offices. The selection is based upon our experience of the wide variety of issues faced by our clients in their business operations and investments around the world.

We hope that you enjoy the edition, and would welcome the opportunity to discuss further any matters which impact your business today.



Chris Bailey
Partner, Tokyo

+81 (0)3 4510 5603
cbailey@kslaw.com



Oliver McEntee
Associate, Tokyo

+81 (0)3 4510 5620
omcentee@kslaw.com

“Very Strategic,” “tremendously professional in every respect,” “seamless,” and “terrific – very collaborative and politically savvy.”

Chambers USA

In This Issue:

[Lead Article.....](#) **Page 1**

[Resources & Links....](#) **Page 6**

[Our Team.....](#) **Page 7**

Business Crime and Investigations Update

Privilege Protection and Deferred Prosecution Agreements

Introduction

In this month's edition, we focus on recent developments in the internal investigations field in the English courts.

We begin with the important recent decision on legal professional privilege, *SFO v ENRC*, where the English Court of Appeal reversed a decision that had limited corporates' ability to rely on legal professional privilege in respect of materials generated during an internal investigation conducted in parallel to a law enforcement investigation into their activities.

We also look at the increased use of deferred prosecution agreements (DPAs), and the differences between the approach to DPAs in the US and the UK (where the DPA remains a relatively recent innovation).

1. *Court of Appeal Decision in SFO v ENRC: Litigation Privilege Wins the Day (For Now)*

In an eagerly awaited judgment, the English Court of Appeal has overturned an earlier decision narrowing the scope of litigation privilege in criminal investigations in the UK. The Court of Appeal ruled that interview notes produced by lawyers during internal investigations (as well as additional categories of materials) **are** covered by litigation privilege and that Eurasian Natural Resources Corporation (ENRC) was **not** obliged to turn them over to the Serious Fraud Office (SFO).

In May 2017, the English High Court had sought to clarify the parameters of litigation privilege. In doing so, it adopted a restrictive approach – stating that litigation privilege will not be available unless it can be shown that litigation was a real likelihood (rather than a mere possibility) when the material in question was created. The High Court ruled that a criminal investigation by the SFO is not, in itself, sufficiently adversarial to fulfil this requirement.

Moreover, the High Court had reached the surprising conclusion that a company carrying out an internal investigation into possible criminal conduct is only able to claim litigation privilege once it has uncovered sufficient evidence to support a prosecutor's decision to charge the company, but not before. Today's important decision by the Court of Appeal overturns this approach.

It will be interesting to see whether the SFO decides to appeal the decision. While the decision may have significant ramifications for future investigations, we query whether it has the appetite for such litigation, not least because it has only recently appointed a new Director, Lisa Osofsky.

2. The Cross-Border Rise of DPAs

Introduction

DPAs are a “middle ground between declining prosecution and obtaining [a] conviction” (9-28.200 of the U.S. Attorneys’ Manual). They allow a putative corporate defendant to suspend prosecution if it fulfills certain requirements, such as co-operating with prosecutors, paying fines, and implementing corporate reform over a specified time period. Assuming the defendant does not breach the DPA, the prosecutor will not pursue criminal prosecution.

Contrast between US and UK positions

DPAs are prevalent in the US, but historically have not been as widely used internationally. They were only recently introduced in the UK and are being rolled out elsewhere. Given this uptick in jurisdictions offering DPAs as a legal framework to resolve investigations, their use is likely to increase as they allow for greater flexibility for both prosecutors and defendants embroiled in multijurisdictional matters. The UK first introduced DPAs in February 2014.

However, there have been only four DPAs in the UK to date, notably including the Rolls-Royce DPA (approved in January 2017) (see *Serious Fraud Office v Rolls-Royce Plc* [2017] Lloyd’s Rep FC 249), pursuant to which the company paid £671 million in penalties following allegations of various bribery offences. The Rolls-Royce DPA was striking both for the scale of penalties imposed and the SFO’s willingness to impose them, and could be a harbinger of more UK DPAs to come. Several elements of DPAs in the UK differ from DPAs in the US. Most notably, DPAs in the UK are supervised by, and require approval from, the judicial system. Even before a DPA can be approved, the parties must obtain a declaration from the court that the DPA is in the interests of justice and the terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate.

Further, where a prosecutor believes a defendant has breached a DPA, only the court can terminate the DPA. Courts in the UK have not hesitated to criticise the SFO’s handling of DPAs. For example, in the 19 April 2018 ruling from the UK High Court in *R (AL) v SFO* [2018] EWHC 856 (Admin), discussed above, the court concluded that, had it not lacked jurisdiction, it would have found unlawful the SFO’s failure to force disclosure of employee interview notes taken during the company’s internal investigation. The DPA process in the US is

mainly a creature of contract in that it occurs predominantly between the prosecutor and the defendant.

Courts have a limited role in approving the terms of a DPA and prosecutors have discretion to rescind the agreement and institute criminal proceedings on a breach and without judicial involvement. Indeed, in *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*, the Court of Appeals for the Second Circuit held that district courts do not have authority to supervise the implementation of a DPA absent a showing of impropriety (see 863 F.3d 125 (2d Cir. 2017)). Additionally, UK DPAs apply only to organisations (in the US, DPAs are available for individual defendants) and they are limited to certain commercial crimes. Further, from a practical perspective, the DOJ has more resources and a longer history with DPAs than the SFO. Nonetheless, it is likely that the UK will see a rise in DPAs going forward as the SFO becomes more comfortable with using them as part of the agency’s enforcement toolkit.

Other Jurisdiction

Elsewhere, France has already implemented its own versions of DPAs (introduced by law no. 2016-1691 of 9 December 2016, relating to Transparency, Fight Against Corruption, and Economic Modernisation), the so-called “Sapin II law” (as has Singapore (introduced by the Criminal Justice Reform Act on 19 March 2018)). The first French agreement was entered into on 27 November 2017 with HSBC Private Bank Suisse SA (HSBC PB)).

Additional jurisdictions, like Canada (the legislative framework for DPAs is to be introduced by amendments to the Criminal Code, which are contained within Part 6, Division 20 of Bill C-74 - Budget Implementation Act) and Australia (a public consultation into DPAs was launched by Attorney-General’s Department in March 2016), are considering the legislative frameworks for local DPAs.

Conclusion

With the introduction of DPA regimes across numerous jurisdictions, opportunities for cross-border co-operation and collaboration continue to grow. This increased cross-border use could, however, create new issues arising out of parallel investigations and jurisdictions’ varying disclosure and co-operation rules. What is certain, however, is that DPAs have evolved well beyond their historical use as a uniquely American tool for prosecutors.

3. *R (AL) v Serious Fraud Office: Further Divergence between UK and US Investigations Practice on the Horizon*

Introduction

The introduction of deferred prosecution agreements (DPAs) in the UK in 2014 has seen companies, prosecuting agencies and courts grapple with the practicalities of negotiating and executing the agreements.

Unsurprisingly, parties in the UK have looked for guidance from their counterparts in the US, where the agreements have been in existence for over 20 years. Certain practices that are common in the US, such as companies providing prosecuting authorities with “oral proffers”, for example, orally summarising witness interviews and evidence collected during an internal investigation, have made their way into UK practice. In the US a proffer meeting (or what is commonly referred to as “Queen for a Day”) has the added feature that the evidence provided to the authorities in this manner cannot be used to prosecute the person or entity providing the information. To date, where companies seeking a DPA in the UK have been reluctant to waive a valid claim to privilege over interview notes, the Serious Fraud Office (SFO) has been content to rely on oral proffers in lieu of notes of interviews, a practice that has been praised by the Crown Court as a mark of co-operation.

However, a recent decision of the High Court in *R (AL) v SFO and others* [2018] EWHC 856 (Admin) has questioned the validity of oral proffers as substitutes for underlying interview notes, and raised the prospect that they constitute a waiver of privilege over the underlying interviews themselves. It also raises questions around the SFO’s obligations to challenge problematic assertions of privilege over first account interview notes by companies who enter into DPAs and are under an obligation to co-operate with the SFO. The decision, which comes in the wake of recent judgments of UK courts that have seen the position on privilege in internal investigations depart from the position in the US, suggests that practice in the two jurisdictions may continue to diverge.

Background to the Judgment

AL, now a defendant in criminal proceedings, was previously interviewed on several occasions by external lawyers for XYZ Ltd (XYZ) as part of the company’s internal investigation in 2012. The purpose of the interviews was to determine whether XYZ should self-report criminal misconduct, namely bribery of foreign officials, to the SFO. Following the interviews, XYZ self-reported to the SFO, which initiated its own

investigations, during which it requested the notes of the witness interviews. XYZ refused, asserting legal advice and/or litigation privilege over the interview notes. Instead, the company’s lawyers provided oral proffers summarising the interviews, which the company said did not constitute a waiver of privilege. The SFO accepted the oral proffers and recorded and then transcribed them.

AL was charged in February 2016 and made a request for disclosure of the interview notes in June 2016. The SFO requested the interview notes from XYZ but the company again refused, asserting privilege. Although the SFO disagreed that privilege applied, it didn’t press the issue and instead disclosed the transcript of the oral proffers to AL. The company entered into a DPA with the SFO on 11 July 2016, the terms of which obliged XYZ to disclose to the SFO all relevant information and material in the possession, custody or control of the company “not protected by a valid claim of legal professional privilege”.

AL made an application to the trial court in September 2016 for disclosure of the interview notes, arguing that the SFO should be required to bring proceedings against XYZ under the DPA to forcibly obtain the interview notes. The trial court, unable to order the SFO to disclose documents not in its possession, expressed misgivings about the SFO’s position that it had done all it could to obtain the notes. Subsequently, the SFO wrote to XYZ requesting disclosure and arguing that following the recent judgments in *RBS Rights Issue Litigation* [2016] EWHC 6161 (Ch) and *SFO v ENRC* [2017] EWHC 1017 (QB) (which, as noted above, has now been overruled), the company’s claim of privilege was “unlikely to succeed”. XYZ responded that privilege still applied because:

- The investigation was conducted against a background of a real prospect of prosecution.
- The notes recorded legal advice that was given during the interview.
- The notes included lawyers’ impressions and action points.
- Civil litigation had been contemplated at the time of the interviews.

The SFO decided not to pursue the request for disclosure and informed AL on 13 October 2017, explaining that although the SFO disagreed that privilege applied, the SFO was not under an absolute obligation to obtain the interview notes nor was it under a duty to litigate the status of the interview notes as privileged or otherwise.

On 3 January 2018, AL brought a claim for judicial review of the SFO's decision. In defence of the claim, the SFO argued that:

- The SFO has a wide discretion as to whether to pursue XYZ for breach of the DPA.
- While the SFO does not accept XYZ's legal privilege arguments, the arguments are "not obviously wrong".
- The oral proffer summaries accurately reflect all material contained in the interview notes.

The Judgment

The claim ultimately failed on the basis that the High Court was not the correct forum to determine the issue, but the judgment contains significant, albeit obiter, analysis of the SFO's obligations in these circumstances:

- **Obligation to pursue disclosure.** The SFO's obligations under the Attorney General's Guidelines on Disclosure, and under Article 6 ECHR (right to a fair trial), include taking reasonable steps to procure materials in the possession of third parties. These obligations circumscribe the SFO's discretion in deciding whether to take action against a company that has breached its co-operation obligations under a DPA. Where a third party is subject to a DPA it is far easier for the SFO than it is for a defendant to obtain the materials, and the SFO should "not take 'no' for an answer".
- **Duty to assess assertions of privilege: interview notes.** The SFO has a duty to assess claims for privilege "properly and not cursorily and superficially" and to provide reasons for the outcome of its assessment. Simply stating that an assertion of privilege is "not obviously wrong" does not satisfy these obligations. The court described as "cogent and persuasive" AL's arguments that privilege does not apply because:
 - XYZ could not have reasonably contemplated that criminal proceedings were likely before it had decided whether to self-report;
 - any legal advice contained in the interview notes could be redacted; and
 - any part of the notes that related to a civil litigation claim could be redacted.
- **Duty to assess assertions of privilege: oral proffers.** The SFO should have considered whether "oral proffers" constitute a waiver of privilege. In the

court's view, since privilege was asserted over the entire contents of the interviews, oral proffers summarising these interviews amount to a waiver, and open the door to disclosure of the interview notes to the defendant; even where a waiver is made for a limited purpose.

- **Duty to ensure completeness of oral proffers.** Without access to the interview notes, the SFO is not able to adequately assess whether they contain anything of relevance, over and above the material contained in the oral proffer summaries and other material in the case. This is best assessed by independent counsel with access to the interview notes.
- **Duty to assess waiver in the light of duty to cooperate.** The SFO has made public statements that may amount to evidence of an SFO policy to treat waiver of privilege as a component of co-operation under a DPA. When XYZ asserted privilege, the SFO should have addressed whether or not to require XYZ to waive privilege as part of its duty of co-operation.

Implications

Although non-binding, the judgment contains important points which will have implications for how the SFO tests claims to privilege in future, how the SFO exercises its discretion when a company breaches its duty to co-operate pursuant to a DPA, and whether the SFO continues to accept, and companies continue to offer, oral proffers.

It would not be surprising to see the SFO challenging claims to privilege over first account interviews on a more regular basis. This is in sharp contrast to practice in the US, where it would be highly unusual for federal prosecutors to demand production of the written interview summaries prepared by external lawyers, as these are documents that are generally considered privileged.

Even where a company establishes a legitimate claim to privilege over interview notes, the SFO may be buoyed by the judgment to consider non-disclosure of the notes as uncooperative and deny the company a DPA, a move that would be seen by many as an assault on the fundamental right to privilege. Companies entering into global settlements with UK and US authorities may find the UK part of that settlement under threat if privileged material is not disclosed.

Oral proffers may no longer serve as a useful workaround for companies wishing to shield underlying interview notes from disclosure. Companies may become hesitant to provide oral proffers to the SFO for fear that it will open the way for the SFO to contend privilege has been waived over the underlying interviews.

While at least one US court has held such oral summaries waived the privilege over the written documents on which the summaries were based, arguments for waiver are less likely to be advanced by US prosecutors in those circumstances. The judgment creates a real likelihood of further divergence between the expectations of authorities in the UK and US. This will present even greater challenges for those navigating transatlantic investigations and DPA negotiations.

About our Government Investigations Practice

King & Spalding's Government Investigations practice is comprised of over 100 lawyers in 14 offices globally, making it one of the largest and most respected such practices in the world.

The group consists of over 40 former federal prosecutors is dedicated to a variety of government and internal investigations, including landmark international anti-corruption matters. We assist clients in a wide variety of industries with every aspect of FCPA counseling and representation, and have led multinational investigations involving approximately 80 countries. Further, it has handled investigations before 73 of the 93 U.S. Attorneys' Offices in the United States and every litigating division of the Justice Department. It also has appeared before the Securities and Exchange Commission and all 12 of its Regional Offices, as well as all its specialized enforcement units.

Our Government Investigations lawyers also have extensive experience advising companies on compliance issues, and the team includes former in-house legal counsel and compliance professionals from Global Fortune 100 corporations.

In 2017, Law360 named it "White Collar Practice Group of the Year". The team also has been ranked by Global Investigations Review (GIR) as one of the top investigations practices in the world every year that GIR has conducted this survey.

Resources & Links

The following links provide access to further King & Spalding Dispute Resolution and Crisis Management publications.

Legal Updates

DOJ Enforcement: New DOJ Policies on Corporate Enforcement

#MeToo & Internal Investigations: Internal investigations need rethinking in the #MeToo era

US Tariffs on USD 200 Billion of Chinese Imports: Third Group of Chinese Products Subject To Additional 10 Percent Tariffs

In-House Preparation for Allegations: #MeToo: How general counsel can prep companies for allegations

Human Rights Violations: Foreign Corporations Can't Be Sued in U.S. Court for Alleged Human Rights Violations

How to Protect Your Company: The New, #MeToo World: How to Protect Your Company, and Your Officers and Directors

Cybersecurity: SEC Issues Guidance on Cybersecurity and its Interplay with Corporate Governance

Insider Trading: Cui Bono? The (Latest) Personal Benefit Test in Insider Trading Cases

Climate Change: Climate Change AG Investigations and Municipal Litigation

Auto Emissions: Why EPA's Auto Emissions Review Could Be A Game-Changer

King & Spalding News

Deputy AG Sally Yates: Former U.S. Deputy Attorney General Sally Yates rejoins the firm in our Government Investigations team

Ranked Preeminent Law Firm: Chambers USA 2018 Recognizes King & Spalding as a Preeminent U.S. Law Firm

Significant London Hire: Gareth Rees QC's move from Financial Reporting Council to K&S is highlighted in The Times

US Directory Recognition: King & Spalding Earns Strong Rankings Results in Legal 500 United States 2018 Guide

Commentary on New SFO Director: Aaron Stephens on what to expect from the new U.K. Serious Fraud Office Director, Lisa Osofsky

US Trade Official Joins: Former U.S. trade official Brad Ward joins the firm's Government Matters practice group in the DC office

Investigations Directory Recognition: Global Investigations Review Names Dixie Johnson Among Top 100 Women in Investigations

EU GDPR Fines: Kim Roberts discusses the EU's General Data Protection Regulation and the heavy fines for non-compliance

The Tokyo Disputes Team



Chris Bailey — Partner
England & Japan*
Head of Tokyo Disputes



Oliver McEntee
English Barrister
Japanese



Flora Jones
London Desk
Italian & Spanish



John McClenahan
Australia & Japan*
Tokyo Managing Partner

The Asia Disputes Team



John Savage, QC
England & France
Queen's Counsel



Wade Coriell — Partner
Texas
Energy



Elodie Dulac — Partner
France & Cambodia*
Investor Treaty



Emerson Holmes — Partner
English Barrister
Construction



Simon Dunbar — Partner
New York & England
Commercial



Manuel Bautista, Jr.
New York & Philippines
Commercial



Donny Low
New York & Australia
Anti-trust & Investigations



Jia Lin Hoe
England & Singapore
Mandarin



Adam Gregory
Australia
Construction



Hanna Azkiya
Indonesia
Bahasa Indonesia



David Park
Australia
Korean



Xiaomao Min
China
Mandarin

Special Matters and Investigations



Wick Sollers
Washington D.C.



Richard Walker
New York



Gareth Rees, QC
London



Zachary Fardon
Chicago



Andrew Hruska
New York



Jason Jones
Washington D.C.



Aaron Stephens
London



Grant Nichols
Washington D.C.

* Registered Foreign Lawyer

東京オフィス 紛争解決・
危機管理ニュースレター

2018 年 9 月

第 27 号

本 9 月号では、当事務所のグローバル・ネットワークから法務・業界アップデートをお届け致します。このトピックは、全世界で当事務所のクライアントがその業務や投資において直面した広範な問題に関する当事務所の経験に基づき選択されました。

本号がお役に立つことを願い、今日において皆様のビジネスに影響を及ぼす事項について更に意見交換をさせていただく機会を心待ちにしております。



クリス・ベイリー
パートナー
東京オフィス
+81 (0)3 4510 5603
cbailey@kslaw.com



オリバー・マッケンティ
アソシエイト
東京オフィス
+81 (0)3 4510 5620
omcentee@kslaw.com

「非常に戦略的」、「全てにおいて非常にプロフェッショナル」、「シームレス」且つ「素晴らしい - 非常に協力的で、処世術に長けている。」

Chambers USA より

本号：

本文.....	1 頁
資料&リンク....	6 頁
当事務所チーム.....	7 頁

企業犯罪と捜査に関する最新情報

秘匿特権保護および訴追猶予合意 (DPA) について

はじめに

今月は、英国裁判所による内部調査に関する最近の進展に焦点を当てる。

はじめに、法律専門職特権に関する最近の重要な判決が出された **SFO v ENRC** 事件について概説する。この判決で英控訴院は、法執行機関による捜査と並行して企業が行った内部調査中に収集された資料について当該企業が法律専門職特権に依拠する能力を制限していた以前の判決を覆した。

また、増加する訴追猶予合意 (DPA) の利用に注目し、米国と (DPA がまだ比較的新たな制度である) 英国における DPA へのアプローチの違いについて述べる。

1. **SFO v ENRC** における控訴院の決定: 訴訟関連情報秘匿特権が (今) のところ) 勝利

英控訴院は、待ち望まれていた判決で、英国での犯罪捜査における訴訟関連情報秘匿特権の範囲を狭める第一審の決定を覆した。内部調査中に弁護士が作成した面接メモは (他のカテゴリーの資料と共に) 訴訟関連情報秘匿特権の 対象となり、Eurasian Natural Resources Corporation (ENRC) 社はそれらを重大不正捜査局 (SFO) に引き渡す義務を 負わない と判示した。

2017 年 5 月に、英高等法院は訴訟関連情報秘匿特権の範囲を明らかにするよう求められた。そこで同院は制限的なアプローチを採用し、問題の資料が作成された時点で訴訟が (単に可能性があるだけでなく) 行われる見込みが高かったことを示さない限り、訴訟関連情報秘匿特権は利用できないと述べ、SFO による犯罪捜査は、それ自体ではこの要件を満たすために不十分であると判示した。

高等法院はさらに、可能性のある犯罪行為の内部調査を実施する会社は、検察官が同社を起訴する決定をしたことを裏付ける十分な証拠を明らかにするまでは訴訟関連情報秘匿特権を主張できないという、驚くべき結論を導いた。本日の控訴院による重大な決定は、このアプローチを覆すものである。

SFO がこの決定について上訴するかどうかは注目されるところである。この決定が将来の捜査に広く波及し得る一方、新任の局長リサ・オソフスキーが就任したばかりなこともあり、そのような訴訟を行う意欲があるかは疑問である。

2. DPA の国際的な増加

はじめに

DPA は、「起訴を拒否することと有罪決定を得ることの間の妥協点」（連邦検察官マニュアルの 9-28.200）である。被疑者である会社が特定の期間内に検察官に協力する、罰金を支払う、企業改革を実施するなど一定の要件を満たせば、訴追が猶予される。被告人が DPA に違反しないと仮定すれば、検察官が刑事訴追を行うことはなくなる。

米国および英国の見解の対比

DPA は米国では広く用いられているが、国際的にはあまり行われてこなかった。英国では最近導入されたばかりであり、その他の地域でもようやく開始されたところである。捜査を解決するための法的枠組みとして DPA を提供する国が増加していることから、その利用は増えていくだろう。複数の国にまたがる事件に関与する検察官と被告人の双方にとって、柔軟性が高まるからである。英国では、2014 年 2 月に初めて DPA が導入された。

しかしながら、これまでに英国で結ばれた DPA はわずか 4 件しかない。その 1 つであるロールスロイス社の DPA（2017 年 1 月に承認）（*Serious Fraud Office v Rolls-Royce Plc* [2017] Lloyd's Rep FC 249 参照）では、様々な賄賂罪の申立てに従って、同社が 6 億 7100 万ポンドの罰金を支払った。この DPA は、科された罰金の規模においても、SFO が積極的に罰金を課そうとしたことにおいても際だっており、英国で DPA が増えていく前触れになる可能性があった。英国の DPA には、米国とは異なる要素がある。最も顕著なのは、英国では DPA が司法当局により監督され、その承認を必要とすることである。DPA が承認される前ですら、両当事者は裁判所から、DPA が正義にかなっており、DPA の条件は公平、合理的且つ妥当であるとの宣言を受けなければならない。

また、被告人が DPA に違反したと検察官が考える場合に、DPA を終了させられるのは裁判所だけである。英国の裁判所は、SFO が DPA を扱うことを躊躇なく非難している。例えば、上述した *R (AL) v SFO* [2018] EWHC 856 (Admin)における 2018 年 4 月 19 日の高等法院の判決は、同裁判所に管轄権があれば、会社の内部調査の間に作られた従業員の面接メ

モの開示を SFO が強制しなかったのは違法であると認定しただろうと結論付けている。米国の場合、DPA の過程は、大部分が検察官と被告人の間で生じるという点で、主として契約の産物である。

米国では DPA の条件を承認する際の裁判所の役割は限られており、違反があった場合には、検察官が司法当局の関与なしに合意を解除し、刑事訴訟を起こす裁量を有している。実際、*United States v. HSBC Bank USA, N.A.*において、第 2 巡回区連邦控訴裁判所は、それが不正であると立証した場合を除き、地方裁判所が DPA の履行を監督する権限はないと判示した（863 F.3d 125 (2d Cir. 2017)参照）。その上、英国の DPA は組織にのみ適用され（米国では個人の被告人も DPA を利用することができる。）、範囲も一定の商事犯罪に限られる。さらに、実務的な観点からは、DOJ は DPA に関して SFO よりも豊富なリソースと長い歴史を有している。しかしながら、SFO は法執行の道具のひとつとして DPA を利用することに慣れてきており、今後英国で DPA が増加する可能性は高い。

その他の管轄

その他の国では、フランスがすでに独自の DPA（透明性、腐敗防止、及び金融近代化に関する 2016 年 12 月 9 日法律第 2016-1691 号、いわゆる「サパン II 法」により導入された。）を実施しており、シンガポールも同様である（2018 年 3 月 19 日の刑事司法改革法で導入）。フランスで最初の合意は、2017 年 11 月 27 日付けで HSBC Private Bank Suisse SA (HSBC PB)との間に結ばれた。

その他にも、カナダ（法案 C-74 - 予算執行法のディビジョン 20 パート 6 に含まれる DPA の法的枠組みが、刑法の改正により導入される予定。）やオーストラリア（2016 年 3 月に司法長官省により DPA の公開協議が開始された。）などの国が、自国の DPA の法的枠組みについて検討を行っている。

結論

多くの国で DPA 制度が導入されるに伴い、国境を越えた協同や協力の機会が増え続けている。しかし、国境を越えた利用の増加によって、並行捜査や、国により異なる開示及び協力の規則に起因する新たな問題が生じている。とは言え、DPA が米国固有の検

察官の道具であったこれまでの利用を遙かに超えて発展しているのは確かである。

3. R (AL)対重大不正捜査局: 英国・米国間の捜査実務の乖離がさらに広がる兆し

はじめに

2014年に英国で訴追猶予合意（DPA）が導入されて以来、会社、検察機関、及び裁判所は、かかる合意の交渉及び締結は現実的か、との問題に取り組んできた。

当然のことながら、英国の当事者らは、20年以上前からかかる合意が存在する米国の組織に手掛かりを求めた。米国で一般的な実務のうち、会社から検察当局への「口頭での証拠提供」（例えば、内部調査中に収集された証人の面接や証拠について口頭で要約すること）などが、英国での実務に取り入れられている。米国では、証拠提供のための会合（俗称「Queen for a Day（一日限りの女王の意。米国のクイズ番組のタイトルに由来）」）には、かかる方法で当局に提供された証拠は、当該情報を提供した個人又は組織を訴追するために使用することができないという特徴がある。これまでのところ、英国でDPAを求めた会社が面接メモに関する特権の有効な主張を放棄することを拒んだ場合、重大不正捜査局（SFO）は面接メモの代わりに口頭での証拠提供に依拠することで満足してきた。刑事法院はかかる実務を協力の印として認めていた。

ところが、最近の *R (AL) v SFO and others* [2018] EWHC 856 (Admin)における高等法院の判決は、元の面接メモに代えた口頭での証拠提供の有効性を疑問視し、これが元の面接それ自体にかかる特権の放棄を構成する可能性があることを提起した。また、DPAを結び、SFOに協力する義務を負う会社が最初の面接メモに関して疑わしい特権を主張した場合に、SFOが異議を申し立てる義務を負うか否かについても疑問を呈した。この判決は、英国の裁判所における、内部調査での特権について米国での見解から離れた見解を示す最近の判決にならったものであり、両国での実務の乖離が今後も広がっていく可能性があることを示唆している。

判決の背景

現在刑事訴訟の被告人であるALは、2012年にXYZ Ltd (XYZ)の内部調査の一環として、同社の社外弁護士による何回かの面接を受けた。面接の目

的は、XYZが犯罪的違反行為（具体的には外国公務員贈賄）についてSFOに自己申告すべきか判断することであった。面接の後、XYZはSFOに自己申告し、SFOは独自の捜査を開始し、その過程で証人との面接のメモを請求した。XYZは、面接メモに関する法的助言秘匿特権及び/又は訴訟関連情報秘匿特権を主張してこれを拒絶した。代わりに、同社の弁護士が面接を要約した口頭での証拠提供を行い、同社はこれは特権の放棄を構成しないと述べた。SFOはこの口頭での証拠提供を受け入れて録音し、その後これを文字に起こした。

ALは2016年2月に起訴され、2016年6月に面接メモの開示を請求した。SFOはXYZに面接メモを請求したが、同社は今回も特権を主張して拒絶した。SFOは特権が適用されることには異議を唱えたが、その問題は追及せず、代わりに口頭での証拠提供を文字に起こしたものをALに開示した。ALは2016年6月11日にSFOとDPAを結んだ。その条件はXYZが占有、保管又は管理している、「有効な法律専門職特権の主張により保護されない」すべての関連情報及び資料をSFOに開示する義務をXYZに負わせるものであった。

ALは2016年9月に第一審裁判所に対して面接メモの開示を申請し、SFOにDPAに基づいてXYZに対する手続きを取り、面接メモを強制的に入手するよう求めるべきであると主張した。第一審裁判所（SFOが占有していない文書の開示をSFOに命令することはできない。）は、メモを入手するためにできることはすべて行ったというSFOの見解に疑問を表明した。その後、SFOはXYZに書面で開示を請求し、*RBS Rights Issue Litigation* [2016] EWHC 6161 (Ch)及び*SFO v ENRC* [2017] EWHC 1017 (QB)（上述したとおり、こちらは覆された。）の判決に従えば、XYZの特権の主張が「認められる可能性は低い」と論じた。XYZはこれに対し、それでも特権は適用されると述べ、以下の理由を挙げた。

- 調査は起訴されることが実際に予想される中で行われた。
- メモには面接中に行われた法的助言が記録されている。
- メモには弁護士の印象及び行動項目が含まれている。
- 面接時に民事訴訟が予期されていた。

SFO はそれ以上開示請求を行わないことを決定して 2017 年 10 月 13 日に AL に通知し、SFO は特権が適用されることには同意しないが、面接メモを入手する絶対的な義務を負っておらず、面接メモが特権の対象か否かを争う義務も負わないと説明した。2018 年 1 月 3 日に AL は SFO の決定について司法審査を請求する申立を行った。この請求に対する答弁として、SFO は以下のように主張した。

- SFO は、XYZ を DPA の違反で訴追するか否かについて幅広い裁量権を有する。
- SFO は XYZ の法的特権の主張を受け入れないものの、主張は「明らかな間違いではない」。
- 口頭での証拠提供の要約は、面接メモに含まれるすべての資料を正確に反映している。

判決

請求は、高等法院がこの争点について決定する適切な裁判所ではないことを理由に、最終的には認められなかったものの、判決にはかかる状況における SFO の義務について、付随的ではあるが重要な分析が含まれている。

- **開示を追求する義務。** 開示に関する法務長官指針及び欧州人権条約 (ECHR) 第 6 条 (公正な裁判を受ける権利) に基づく SFO の義務には、第三者が占有する資料を入手するために合理的な措置を講じることが含まれる。かかる義務により、DPA に基づく協力義務に違反した会社に対する訴えを提起するか否かに関する SFO の裁量は制限される。第三者が DPA に服する場合、SFO が資料を入手するのは被告人がそれをするよりはるかに容易であり、「SFO はノーという返事を受け入れるべきではない」
- **特権の主張を評価する責任: 面接メモについて。** SFO には、特権の主張を「ぞんざい且つ表面的にではなく、適切に」評価し、その結果の理由を示す責任がある。単に特権の主張は「明らかな間違いではない」と述べるだけでは、この義務を果たしたことにならない。裁判所は、以下の理由により特権は適用されないという AL の主張は「納得できる、説得力のあるもの」だと述べた。
- XYZ は、自己申告をするか決定する前には、刑

事訴訟の可能性が高いと合理的に予期することはできなかった。

- 面接メモに含まれる法的助言は除くことができる。
- メモのうち、民事訴訟の請求に関連する部分は除くことができる。
- **特権の主張を評価する責任: 口頭での証拠提供について。** SFO は、「口頭での証拠提供」が特権の放棄を構成するかを検討すべきであった。裁判所の見解では、特権は面接の内容全体について主張されているため、これらの面接を要約した口頭での証拠提供は放棄になり、たとえ放棄が限定的な目的でなされたとしても、面接メモを被告人に開示する機会を与えるものである。
- **口頭での証拠提供の完全性を確保する責任。** 面接メモを閲覧しなければ、そこに口頭での証拠提供の要約に含まれる情報や事件のその他の情報以上の、関連する内容が含まれていないかを SFO が適切に評価することはできない。これを最も適切に評価するには、独立した法廷弁護士が面接メモを閲覧することである。
- **協力義務の観点から放棄を評価する責任。** SFO は、特権の放棄を DPA に基づく義務の構成要素として扱うという SFO の方針の証拠になり得る公式声明を出した。XYZ が特権を主張したとき、SFO は、XYZ が協力義務の一部として特権の放棄を求められるか否かを述べるべきであった。

本件で暗示されること

拘束力はないものの、この判決には、今後 SFO が特権の主張をどのように考査するか、会社が DPA に基づく協力義務に違反したときに SFO がどのように裁量権を行使するか、また今後も SFO が口頭での証拠提供を受け入れ、会社がこれを提供できるかについて、重要な点が含まれている。

最初の面接に関する特権の主張に対して SFO がより頻繁に異議を申し立てるようになって、驚くには当たらないだろう。これは米国での慣行とは非常に対照的である。米国では、社外弁護士が作成した面接の要約書を提出するよう連邦検察が求めることはまずないだろう。なぜならこれらの文書は特権で

保護されると一般に考えられているからだ。

会社が面接メモにかかる特権を正当に主張したとしても、SFO がこの判決を抛り所として、メモの非開示を非協力的とみなし、その会社と DPA を結ぶことを拒否する可能性がある。これは特権に関する基本的人権の侵害であると考える人は多いだろう。英国及び米国の当局と世界的な和解を結ぶ会社は、特権で保護された資料を開示しなければ、和解の英国に関する部分は危うくなると知ることになるかもしれない。

口頭での証拠提供は、元になる面接メモの開示を防ぎたい会社にとって、今後は便利な回避法にならなくなる可能性がある。会社は元になる面接に関する特権が放棄されたと主張するチャンスを SFO に与えることを恐れて、SFO への口頭での証拠提供を躊躇するようになる可能性がある。

米国でも、かかる口頭での要約によってその元になった文書にかかる特権が放棄されたと判示した裁判所が少なくとも 1 つはあるものの、このような状況で米国の検察が放棄の主張をする可能性は低い。この判決は、英国と米国で当局の期待がさらに乖離する可能性を実際に高めるものである。これは英米両国の捜査に対処し、DPA の交渉をしようとする者に、さらに困難な課題を突きつけることになるだろう。

キング&スポールディング政府捜査実務部門について

キング&スポールディングの政府捜査実務部門は、14のグローバルオフィスにおいて100名超の弁護士を擁し、この分野のプラクティスでは世界で最も大規模かつ最も評価の高い部門です。

40名を超える元連邦検事を擁する当該部門は、腐敗防止分野における重大な国際案件を含む、様々な政府捜査及び内部調査を専門としています。当事務所は、多岐にわたる業界のクライアントに対し、FCPAのすべての側面に関する法的助言の提供及び代理人を務めており、およそ80ヶ国が関与する多国間の捜査を率いてまいりました。さらには、米国内の連邦地検93ヶ所のうち73ヶ所及び米司法省の全ての訴訟部における捜査を取り扱った実績があります。また、SEC及びその全12ヶ所の支部、並びにそのすべての特別執行部署にも同席しています。

当事務所の政府捜査部門の弁護士はまた、コンプライアンス問題について企業に対する助言を提供してきた豊富な実務経験を有しており、当該チームには Global Fortune 100に選出された企業の元社内弁護士及びコンプライアンスの専門家が含まれています。

2017年には、Law360により「White Collar Practice Group of the Year」に選出されました。同実務チームは、Global Investigations Review (GIR) によっても、GIRが調査を行う年においては、常に世界有数の捜査実務部門の1つにランクされています。

リソース及びリンク

下記のリンクから、King & Spalding による紛争解決及び危機管理の発表内容にアクセスできます。

法務アップデート

DOJ による法執行：企業に対する執行に関する DOJ の新たな方針

#MeToo と内部捜査：#MeToo 時代の内部捜査には再考が必要

200 億米ドルの中国輸入品に対する関税：中国製品に対する 10% の追加関税第 3 弾

インハウスによる申立の準備：#MeToo：申立に対して顧問弁護士は会社にいかに準備させることができるか

人権侵害：人権侵害の疑いで外国企業を米国の裁判所において訴えることはできない

会社を保護するために：新たな#MeToo 世界：あなたの会社、そして役員及び取締役を保護する方法

サイバーセキュリティ：SEC がサイバーセキュリティ及びそのコーポレートガバナンスとの相互作用に関する指針を公表

インサイダー取引：Cui Bono?(誰の利益か) インサイダー取引事件における (最新の) 個人的利益テスト

気候変動：気候変動に関する AG 捜査及び自治体訴訟

自動車排ガス：EPA による自動車排ガス規制の見直しゲームチェンジャーとなり得る理由

当事務所ニュース

司法副長官 Sally Yates：Sally Yates 元司法副長官が当事務所 Special Matters & Government Investigations チームに復帰

優良法律事務所としてランク：Chambers USA 2018 により、King & Spalding が米国における優良法律事務所に出

ロンドンオフィス採用：Gareth Rees QC の財務報告評議会から K&S への移籍が、タイムの記事で特集される

米ディレクトリの評価：King & Spalding は Legal 500 United States 2018 Guide において上位ランキング成績を獲得

SFO 新局長：英国重大不正捜査局の新局長、Lisa Osofsky に期待されることに関する記事において、Aaron Stephens の言葉が引用される

米貿易政府関係者が入所：元連邦貿易担当局員の Brad Ward が当事務所ワシントン DC オフィスの Government Matters プラクティスグループに参加

捜査関連ディレクトリでの評価：Global Investigation Review は女性捜査専門家トップ 100 人の 1 人に Dixie Johnson を指名

EU GDPR 処罰：Kim Roberts が EU 一般データ保護規則及び違反に伴う重い処罰について論じる

東京紛争担当チーム



クリス・ベイリー
英国及び日本*
東京オフィス国際紛争 主任



オリバー・マッケンティ
英国法廷弁護士
日本語



フローラ・ジョーンズ
ロンドン
イタリア語及びスペイン語



ジョン・マクレナハン
オーストラリア及び日本*
東京マネージングパートナー

アジア紛争担当チーム



ジョン・サベージ QC
英国及びフランス
勅選法廷弁護士



ウェイド・コリエル
(パートナー)
テキサス
エネルギー



エロディー・デュラック
(パートナー)
フランス及びカンボジア*
投資協定



エマソン・ホームズ
(パートナー)
英国法廷弁護士
建設



サイモン・ダンバー
(パートナー)
ニューヨーク及び英国
商業



マニエル・バウティサ
ニューヨーク及びフィリピン
商業



ドニー・ロウ
ニューヨーク及びオーストラリア
反トラスト及び捜査



ジア・リン・ホー
英国及びシンガポール
マンダリン



アダム・グレゴリー
オーストラリア
建設



ハンナ・アズキヤ
インドネシア
インドネシア語



デイビッド・パーク
オーストラリア
韓国語



シャオマオ・ミン
中国
マンダリン

特別案件及び捜査 担当 パートナー



ウィック・ソラーズ
ワシントンDC



リチャード・ウォーカー
ニューヨーク



ギャレス・リース QC
ロンドン



ザッカーリー・ファード
ン
シカゴ



アンドリュー・フルスカ
ニューヨーク



ジェイソン・ジョーンズ
ワシントンDC



アーロン・ステフェンス
ロンドン



グラント・ニコールズ
ワシントンDC