

# Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

June 2019

Edition No. 33

In this June 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](mailto:cbailey@kslaw.com)



**John McClenahan**  
Managing Partner, Tokyo

+81 (0)3 4510 5601  
[jmcclenahan@kslaw.com](mailto:jmcclenahan@kslaw.com)

*"Ideally placed to take on high-stakes criminal cases and parallel civil litigation," "major player in the market," "experienced roster of former government lawyers," and "excellent credibility before the agencies across a broad swathe of white-collar matters."*

## Legal 500

### In This Issue:

Lead Article.....	Page 1
Resources & Links....	Page 5
Our Team.....	Page 6

## Corporate Compliance Programs: DOJ Issues Updated Guidance

### *Ten Takeaways for In-House Legal and Compliance Leaders*

#### Introduction

On April 30, 2019, Assistant Attorney General Brian Benczkowski unveiled an update to the Department of Justice's Evaluation of Corporate Compliance Programs during a speech in Dallas, Texas.<sup>[i]</sup> In issuing the new document (the "Updated Guidance"), Benczkowski emphasized that "[t]he importance of corporate compliance cannot be overstated. My deputies and I spend a lot of time talking about what companies can do to achieve the best result once the company or the Department learns of misconduct. But a company's compliance program is the first line of defense that prevents the misconduct from happening in the first place."<sup>[ii]</sup>

Benczkowski's comments and the Updated Guidance are the most recent in a long history of DOJ Criminal Division pronouncements stressing importance of corporate compliance programs, both in terms of preventing misconduct and reducing penalties should misconduct occur. While the Updated Guidance does not reveal changes in policy or suggest major developments, it is a significant improvement and offers a helpful window into how DOJ prosecutors will evaluate your company's compliance program should the need arise.

Below we address some of the questions regarding the guidelines and how it clarifies DOJ's expectations.

#### **1. There is a lot of commentary out there. What are the fundamental questions DOJ prosecutors ask about compliance?**

The Updated Guidance articulates three fundamental questions: (i) Is the corporation's program well designed? (ii) Is the program being applied earnestly and in good faith? In other words, is the program being implemented effectively? and (iii) Does the corporation's compliance program work in practice?

The remainder of the Updated Guidance elaborates on how prosecutors will evaluate these three fundamental questions.

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

### **2. There are compliance risks everywhere. How should we focus our limited compliance resources?**

The Updated Guidance emphasizes that companies should take a risk-based approach to allocating compliance resources. The first step in a risk-based approach is ongoing assessment of risk: “For example, prosecutors should consider whether the company has analyzed and assessed the varying risks presented by, among other factors, the location of its operations, the industry sector, the competitiveness of the market, the regulatory landscape, potential clients and business partners, transactions with foreign governments, payments to foreign officials, use of third parties, gifts, travel, and entertainment expenses, and charitable and political donations.”

Prior guidance cautions companies against spending too much time or attention on lower-risk problems if doing so comes at the expense of addressing areas of greater risk. The Updated Guidance makes this point emphatically and repeatedly: “Does the company devote a disproportionate amount of time policing low-risk areas instead of high-risk areas, such as questionable payments to third-party consultants, suspicious trading activity, or excessive discounts to resellers and distributors?” Scarce resources should focus on high-risk transactions (such as “a large dollar contract with a government agency in a high-risk country”) rather than on “more modest and routine hospitality and entertainment.”

Finally, and importantly, the Updated Guidance emphasizes that risk assessments should not be “one-and-done” exercises. DOJ will check whether the company refreshed the risk assessment to keep it current through “periodic review.” Risks change, not only because companies grow and shift priorities, but also because an effectively operating compliance program will identify new risks from instances of misconduct and controls evasion. Such evolving risks require periodic updates to the company’s risk assessment.

### **3. We are an international company, and we have an exhaustive global ethics and compliance policy. Isn’t that enough?**

No. It is of course essential to have a strong compliance program, including clear policies and procedures. But according to DOJ, those policies and procedures should be “accessible and applicable to all company employees,” and “incorporate the culture of compliance into its day-to-day operations.”

For example, in the past few years, both the DOJ and the SEC have criticized companies for not ensuring that the policies and procedures are accessible by foreign employees. Even the most elaborate policies will be useless if foreign employees are not aware of them, or if they cannot read them because they do not speak English. The policies and procedures should be “rolled out in a way that ensures employees’ understanding.”

### **4. Whom do we need to train, and how? We can’t train everyone, and people stop listening after a while.**

Training should be provided based on risk and should include “all directors, officers, relevant employees, and, where appropriate, agents and business partners.” The training should also be delivered “in a manner tailored to the audience’s size, sophistication, or subject matter expertise,” and it should “give practical advice or case studies to address real-life scenarios, and/or guidance on how to obtain ethics advice on a case-by-case basis as needs arise.”

The Updated Guidance cautions that employees working in high-risk areas should receive training specific to their positions. In addition, companies should consider testing employees on what they have learned in training and maintaining certifications. Note that if companies choose to include testing, they also should address “employees who fail all or a portion of the testing.”

### **5. We run a whistleblower hotline. We almost never see any activity. That’s great, right?**

While a lack of reports could be an indication that processes are functioning smoothly—that there is nothing to report—it could also mean that employees are not using the hotline for some reason. Mechanisms for reporting misconduct should be publicized to employees, and they should allow employees to maintain their anonymity in making reports.

But having a hotline in place is only the first step. There should also be a process to deal with complaints made through the hotline. Companies must take care to design a “process for handling investigations of such complaints, including the routing of complaints to proper personnel, timely completion of thorough investigations, and appropriate follow-up and discipline.” Finally, it is important to “periodically analyze the reports or investigation findings for

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

patterns of misconduct or other red flags for compliance weaknesses.”

**6. We realize that third parties are a risk area, and that’s why we run all prospective third parties through a reputational database and require third parties to certify compliance with our policies. Is that enough?**

Many companies have established a screening process for on-boarding third parties, which is essential for any successful compliance program. The process usually includes a form that requires a description of the prospective third party’s qualifications and associations (for example, ties to government officials). But running the third parties through a background check and filling out a checklist as a matter of routine is not always sufficient. DOJ cautions companies to engage in a more searching inquiry, including discussions and analysis of “the business rationale for needing the third party” in the first place, whether there are contract terms that “specifically describe the services to be performed,” whether “the third party is actually performing the work,” and whether the “compensation is commensurate with the work being provided in that industry and geographic region.”

In other words, beyond the checklist, can you articulate why you are hiring the agent, what they will do, how they will do it, and how much you are paying them? And is there a process in place for ongoing monitoring of those issues? The Updated Guidance also prioritizes ongoing monitoring of third parties through the exercise of audit rights—specifically whether the company has “audit rights to analyze the books and accounts of third parties, and has the company exercised those rights in the past?”

It is important to keep track of third parties that do not make it through the company’s due diligence process. The fact that not all third parties make it through the process demonstrates that the process is functioning as intended to screen out unworthy parties. And in the absence of a mechanism for tracking third parties that previously failed the diligence process (or have been suspended or terminated), some will find a way to be hired or re-hired later.

**7. We also conduct robust pre-acquisition due diligence on any M&A target. Does the DOJ provide any guidance on that process?**

The Updated Guidance does address M&A diligence, noting that “pre-M&A due diligence enables the acquiring company to evaluate more accurately each

target’s value and negotiate for the costs of any corruption or misconduct to be borne by the target. Flawed or incomplete due diligence can allow misconduct to continue at the target company, causing resulting harm to a business’s profitability and reputation and risking civil and criminal liability.”

This is perhaps one area where the Updated Guidance could go even further. Most companies understand the value in pre-acquisition due diligence and prioritize it accordingly. But in many cases, the information available prior to closing is necessarily limited and difficult to verify. Because of the realities of many transactions, the best opportunity for in-depth diligence is after the transaction closes. Of course, by that point the acquiring company has likely acquired the liabilities and whatever problems are ongoing, but it can also now conduct a robust post-acquisition investigation into high-risk areas, such as FCPA/anti-corruption and sanctions compliance. Following the acquisition, if there is a cancer growing, it is now growing on the acquiring company’s watch, and the acquirer must act quickly to identify any the problems and cure them.

**8. The phrase “tone from the top” has become tired—every mature company can show that senior executives push a “do the right thing” ethic. Does DOJ really care about that?**

“Tone from the top” may seem cliché, but DOJ rightly insists that companies demonstrate a commitment to ethical behavior that starts with leadership. “Prosecutors should examine the extent to which senior management have clearly articulated the company’s ethical standards, conveyed and disseminated them in clear and unambiguous terms, and demonstrated rigorous adherence by example. Prosecutors should also examine how middle management, in turn, have reinforced those standards and encouraged employees to abide by them.”

The focus will not just be on whether management has issued communications and slogans touting compliance but will also be on how management has led by example. “Have managers tolerated greater compliance risks in pursuit of new business or greater revenues? Have managers encouraged employees to act unethically to achieve a business objective, or impeded compliance personnel from effectively implementing their duties?”

**9. Our company completely overhauled our compliance program in 2009, with the assistance**

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

**of outside counsel. What else, if anything, does DOJ expect?**

The company's efforts to revamp its program in 2009 are commendable, but 10 years have passed. DOJ expects to see ongoing evolution in compliance programs as they function. "Prosecutors should consider whether the program evolved over time to address existing and changing compliance risks." The Updated Guidance encourages companies not to rest on their laurels, because "one hallmark of an effective compliance program is its capacity to improve and evolve." Continuing analysis of the compliance program, including periodic deep dives into potentially risky or problematic areas, will help inform prosecutors when they "consider whether the company has engaged in meaningful efforts to review its compliance program and ensure that it is not stale."

**10. We hear about "culture of compliance." But how do you measure such a thing, and how can we demonstrate that to DOJ if we find an isolated incident of misconduct?**

There are many ways to measure culture of compliance. The first and most obvious is to observe and analyze instances of misconduct, including what went wrong and what went right. But perhaps the best way to measure culture is to listen to employees outside of the context of an investigation or other crisis. "Some companies survey employees to gauge the compliance culture and evaluate the strength of controls, and/or conduct periodic audits to ensure that controls are functioning well, though the nature and frequency of evaluations may depend on the company's size and complexity."

You don't know if you don't ask, and companies may do well to take a page from marketing experts: focus groups, anonymous surveys, town halls, and other such methods can be extremely effective in evaluating culture, identifying areas for improvement, and demonstrating a company's commitment to compliance.

[i] "Evaluation of Corporate Compliance Programs," U.S. Department of Justice, Criminal Division, April 2019 Update, available at <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.

[ii] Speech of AAG Brian Benczkowski, April 30, 2019, available at <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-brian-benczkowski-delivers-keynote-address-ethics-and>.

**About our Government Investigations Practice**

The authors of this article, Jason Jones (Washington D.C.), Zach Fardon (Chicago) and Brandt Leibe (Houston), are partners at King & Spalding. Our firm'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.

Law360 has 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

**White Collar Developments:** 2018 In Review: Significant White Collar Developments At DOJ

**Corporate Monitors:** U.S. Department of Justice Issues New Guidance on Corporate Monitors in Criminal Cases

**Yates Memo:** Individuals Remain Focus After DOJ Revisions to Yates Memo on Individual Accountability

**A Rock or a Hard Place?:** A Rock or A Hard Place? Reporting overseas enforcement action against Senior Managers

**OFAC Guidance:** OFAC Publishes "A Framework for Compliance Commitments"

**UK DPA:** Growing Pains for the UK DPA: What, if Anything, Can We Learn from the US?

**ABC Risks Abroad:** Beware FCPA Risks When Courting Foreign Investment

**Blockchain:** How Far We Haven't Come: SEC Resistance to Blockchain Securities Continues?

**Data Breach:** Data Breach Litigation Trends to Watch

**Social Media:** To Tweet or Not to Tweet? Lessons in Careful Use of Social Media

### King & Spalding News

**Market Recognition:** GIR Names King & Spalding to List of Top 30 Global Investigations Firms for Fourth Year

**Market Recognition:** King & Spalding Posts Strong Results in Chambers Global 2019 Guide

**Market Recognition:** King & Spalding Once Again Earns Top Rankings in Legal 500 2019 EMEA Guide

**Market Recognition:** King & Spalding Ranks Among Top International Law Firms in Chambers Europe 2019 Guide

**Commentary:** Jason Jones comments on the importance of compliance and remediation for companies facing DOJ scrutiny

**Case News:** K&S obtains a favorable dismissal for Porsche over allegations Volkswagen AG installed "defeat device" software in vehicles

**New Hire:** Former senior DOJ official and MP of Hogan Lovells' San Francisco and Silicon Valley offices Michael Shepard joins the Investigations team

**Partner Profile:** Sally Yates profiled and interviewed in New York Magazine's Women in Power issue

## Tokyo Dispute and Crisis Management Newsletter

### Global Contacts (with links to curricula vitae)

#### Global Arbitration Leadership



**Chris Bailey**  
England & Japan\*  
Head of Tokyo



**Ed Kehoe**  
New York Office  
Head of America



**John Savage, QC\*\***  
London Office  
Head of EMEA



**Wade Coriell**  
Singapore Office  
Head of Asia

#### The Regional Asia Disputes Team



**Stuart Isaacs, QC\*\***  
London  
Trial & Global Disputes



**Emerson Holmes (Partner)**  
English Barrister  
Construction



**Simon Dunbar (Partner)**  
New York & England  
Commercial



**Elodie Dulac (Partner)**  
France & Cambodia\*  
Investor Treaty



**Manuel Bautista, Jr. (Counsel)**  
New York & Philippines  
Commercial



**Donny Low (Senior Attorney)**  
New York & Australia  
Anti-trust & Investigations



**Anisha Sud (Senior Associate)**  
Texas  
Trial and Global Disputes



**Kevin Lim (Senior Associate)**  
Singapore  
Trial and Global Disputes



**Jia Lin Hoe (Associate)**  
England & Singapore  
Mandarin



**Hanna Azkiya (Associate)**  
Indonesia  
Bahasa Indonesia



**David Park (Associate)**  
Australia  
Korean



**Xiaomao Min (Associate)**  
China  
Mandarin

#### Special Matters and Investigations Partners



**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



**Brandt Leibe**  
Houston

\* Registered Foreign Lawyer

\*\* Queen's Counsel

本6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



**ジョン・マクレナハン**  
マネージングパートナー  
東京オフィス  
+81 (0)3 4510 5601  
jmcclellan@kslaw.com

「ハイクラスな刑事事件と民事訴訟を同時進行」、「市場の主要プレーヤー」、「経験豊富な元政府任命弁護士を含む」、そして「広範なホワイトカラー案件を取扱う機関による信頼性に優れている」

#### Legal 500 より

本号：

本文.....	1頁
資料&リンク....	5頁
当事務所チーム.....	6頁

## 企業コンプライアンス プログラム：司法省がガイダンスを更新

### 企業内法務およびコンプライアンスのリーダーのための10の重要ポイント

#### はじめに

2019年4月30日、ブライアン・ベンチョースキー司法次官補が、テキサス州ダラスでのスピーチにおいて、司法省の「企業コンプライアンスプログラムの評価 (Evaluation of Corporate Compliance Programs)」の改訂を発表しました。<sup>[i]</sup> この新たな文書（「改訂ガイダンス」）の発表に際して、ベンチョースキー司法次官補は、「企業コンプライアンスの重要性は、いくら強調しても、強調しすぎることはありません。私の部下と私は、企業または司法省が不正行為を認識した場合に、最善の結果を出すために企業に何ができるかについて、相当の時間を費やして説明しています。しかし、企業のコンプライアンスプログラムは、不正行為の発生自体を防ぐ防御の最前線なのです。」と強調しています。<sup>[ii]</sup>

ベンチョースキー司法次官補のコメントと改訂ガイダンスは、不正行為の防止と不正行為が発生した場合の罰金の低減の双方に関して企業コンプライアンスプログラムの重要性を説く司法省刑事部門の見解表明の長い歴史において最新のものです。今回の改訂ガイダンスは、方針を変更し、大規模な進展を示すものではありませんが、大幅な改善であり、司法省検察官が、必要性が生じた場合に、企業のコンプライアンスプログラムをどのように評価するかについて知るための有用な手段を提供するものです。

本稿では、ガイドラインに関する質問を取り上げ、司法省の求めるものがどのように明確にされているかについて述べます。

#### 1. 数多くの解説が世に出ています。コンプライアンスについて司法省検察官が問う基本的な質問は何ですか？

改訂ガイダンスは、次の3つの基本的な観点をはっきりと掲げています。すなわち、(i) 企業のプログラムは、適切に策定されているか？ (ii) プログラムは、意欲的に誠意をもって適用されているか？言い換えれば、プログラムは、効果的に実施されているか？ また (iii) 企業のコンプライアンスプログラムは、実務において機能しているか？ という3点です。

改訂ガイダンスの残りの部分は、検察官がこれら3つの基本的な観点をどのように評価するかについて詳述しています。

## 東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

**2. コンプライアンス上のリスクは、いたる所に存在します。限られたコンプライアンスのリソースをどう割り当てるべきでしょうか？**

改訂ガイダンスでは、企業はコンプライアンスのリソースの割当てをする際、リスクに基づいたアプローチをすべきであると強調されています。リスクに基づくアプローチの最初のステップは、継続的なリスクの評価です。「例えば、自社の営業場所、産業分野、市場の競争状態、規制状況、潜在顧客およびビジネスパートナー、外国政府との取引、外国政府官僚への支払、第三者の使用、贈答・出張・接待費、ならびに慈善寄付および政治献金等によりもたらされる様々なリスクを企業が分析し、評価したか否かを、検察官は判定すべきである。」とされています。

従前のガイダンスでは、企業に対して、リスクの低い問題について多くの時間を割き注意を払うことによって、リスクの高い分野がないがしろにされることのないように注意が促されていました。改訂ガイダンスでは、この点を強調し、念を押しています。具体的には、「企業は、第三者コンサルタントに対する問題のある支払、疑わしい取引行動、または再販業者や販売業者に対する過度なディスカウント等、高リスクの分野ではなく低リスクの分野を監視するために不釣り合いな時間を割いていないか？ リソースが乏しい場合は、リソースは、「穏当で習慣的な接待や娯楽」ではなく、高リスクの取引（「高リスク国における政府機関との高額な契約」等）に向けられるべきである。」とされています。

最後に、重要な点として、改訂ガイダンスは、リスク評価が「一度限り」の実施で終わってはならないことを強調しています。司法省は、企業が「定期的な検証」によって、リスク評価を最新の状態に更新したか否かを確認します。リスクは変化します。それは、企業が成長し、優先順位が変わるからばかりでなく、コンプライアンスプログラムの効果的な実施により、不正行為や統制の回避の事象から新たなリスクが特定されるからです。リスクがこのように変遷するため、企業のリスク評価の定期的な更新が必要となります。

**3. 当社は国際企業ですが、徹底的なグローバルな倫理・コンプライアンスポリシーを有しています。それで十分ですか？**

いいえ。もちろん、明確なポリシーおよび手続を含む強固なコンプライアンスプログラムを有していることは必須です。しかし、司法省によれば、そのようなポリシーおよび手続は、「全社員に周知され、適用されるべき」であり、かつ「コンプライアンスカルチャー

が、日常的な業務に浸透しているべき」です。

例えば、過去数年において、司法省と証券取引委員会(SEC)の双方が、ポリシーおよび手続が海外の社員に周知されていないことについて企業を批判してきました。どれだけ入念なポリシーであっても、海外の社員がそれらを認識していない場合や、英語が使えないためにそれらを読めない場合には意味がありません。ポリシーおよび手続は、「社員の理解を確保する方法によって周知徹底される」べきものです。

**4. 当社は、誰に対してどのような研修を実施する必要がありますか？ 当社は全員に研修を実施することはできず、また、しばらくすると、だれも耳を貸さなくなります。**

研修は、リスクに応じて実施されるべきであり、「全ての取締役、役員、関与する社員、ならびに適宜、代理人およびビジネスパートナー」を対象に含めるべきです。また研修は、「対象者の規模、知識の度合い、または対象事項の専門性に応じた形」で実施されるべきであり、「実際のシナリオを用いた実務的なアドバイスやケーススタディ、および/または必要に応じてケースバイケースで倫理上のアドバイスを得る方法について、ガイダンスを提供」すべきです。

改訂ガイダンスでは、高リスク分野で業務を行う社員が、各自の職位に応じた研修を受けられるように注意が促されています。更に、企業は、研修で学んだことについて社員に対して試験を実施することや、認定制度を維持することを検討すべきです。企業が試験の実施を選択する場合には、「試験の全部または一部に不合格であった社員」への対応もすべきことに留意してください。

**5. 当社は、内部通報者ホットラインを設けています。ほとんど利用されていません。それを良いことであると考えていいでしょうか。**

内部通報のないことは、プロセスが順調に機能していること、つまり通報すべきことがないことを示している可能性もあるものの、社員が何らかの理由によりホットラインを利用しないことを意味している可能性もあります。不正行為を通報するためのメカニズムの存在を社員に知らしめるべきであり、社員が匿名のまま通報することを認めるべきです。

しかし、ホットラインを設けることは、最初のステップに過ぎません。ホットラインにより寄せられた苦情を処理するためのプロセスも必要です。企業は、「適切な人員への苦情の伝達、徹底的な調査の迅速な完了、ならびに適切なフォローアップおよび懲戒処分を含め、



## 東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

そのような苦情について調査を行うプロセス」を策定するように注意を払わなければなりません。最後に、「内部通報または調査により判明した内容を定期的に分析し、不正行為またはその他のコンプライアンスの弱点を示す危険信号のパターン把握する」ことが重要です。

**6. 当社は、第三者（外部業者）がリスク分野であると認識しており、そのため、定評のあるデータベースにより候補者である第三者全員を調べ、第三者に対して、当社ポリシーの遵守を証明するよう求めています。それで十分でしょうか。**

多くの企業が、第三者である新規の外部業者に対してスクリーニングのプロセスを確立しており、このことは、コンプライアンスプログラムを成功させるために必須です。通常このプロセスには、外部業者候補者である第三者の資格および関係（例えば、政府官僚との関係）の記載を求める書式が含まれます。しかし、身元調査により第三者を調べ、ルーティンとしてチェックリストに記入することは、必ずしも十分とは限りません。司法省は、企業に対して、第一に「当該第三者を必要とするビジネス上の根拠」、そして「履行されるべき業務を具体的に記載した」契約条件が存在するか否か、「当該第三者が実際に業務を履行する」のか否か、「報酬が、業界および現地において提供されている業務に対して相応である」か否かについての協議および分析を含め、より綿密な調査を行うよう注意しています。

換言すれば、チェックリスト以外に、なぜ代理人を雇うのか、何をするのか、どのようにそれを行うのか、そしていくら支払うのかを明確に説明できるかどうかということです。これらの事項の継続的なモニタリングを行うプロセスは定められていますか？また、改訂ガイドランスでは、監査権の行使による第三者の継続的モニタリング、具体的には、企業が「第三者の帳簿および勘定を分析するための監査権」を有し、「過去にその権利を行使したか」否かが重視されています。

企業のデューデリジェンスプロセスを通過しなかった第三者の記録を残すことが重要です。全ての第三者が、このプロセスを通過する訳ではないということによって、不適切な当事者を排除することを目的とした当該プロセスが機能していることが証明されます。また、過去にデューデリジェンスプロセスを通過できなかった（または停止もしくは解除された）第三者を把握するメカニズムが存在しない場合には、その後も雇われ、または再度雇われる方法を見つけ出す第三者が出現することになります。

**7. 当社は、M&A ターゲット企業に対して、買収前に徹底したデューデリジェンスも実施しています。司法省は、そのようなプロセスについてガイダンスを提供していますか？**

改訂ガイドランスは、M&A におけるデューデリジェンスも対象としており、「M&A 前のデューデリジェンスにより、買収会社は、各ターゲット企業の価値をより正確に評価し、腐敗行為または不正行為に係る費用をターゲットに負担させるように交渉できる。不備があるか、不完全なデューデリジェンスにより、ターゲット企業において不正行為の継続を認めてしまい、結果として事業の収益性や評判が損なわれ、民事上および刑事上の責任が問われるリスクが生じる可能性がある。」としています。

おそらく、これは、改訂ガイドランスがより掘り下げることができるはずの分野です。大半の企業は、買収前のデューデリジェンスの価値を理解しており、よってそれを重視しています。しかし、多くの場合において、クロージング前に入手可能な情報は必然的に限られており、確認が困難です。多くの取引の現状として、綿密なデューデリジェンスの最良の機会は、取引のクロージング後です。当然、その時点までには、買収会社は既に責任や継続的問題を引き受けてしまっているでしょうが、FCPA/腐敗防止および制裁措置のコンプライアンス等、リスクの高い分野における買収後の徹底的な調査を実施することは、その時点でようやく可能となるのです。買収後、がん細胞が増殖しているのであれば、買収会社の監視の下で増殖しているのであり、買収会社は、問題を特定し、是正するために速やかに対処しなければなりません。

**8. 「トップの姿勢」という表現は使い古されていますが、成熟した企業は、経営幹部が「正しいことをせよ」という倫理を推進していると示すことができます。司法省は、実際にそのことを大切にしていますか？**

「トップの姿勢」が大切であるということは、決まり文句に聞こえるかもしれませんが、司法省は、企業が、倫理的な行為に対するコミットメントの表明を上層部が率先して行うよう適切に主張しています。「経営上層部が企業の倫理基準を明確に定め、それを明白かつ明瞭な規定によりそれを伝え、浸透させ、また模範を示して徹底的な遵守を図った程度について、検察官は検証すべきである。次に、検察官は、中間管理職がどのようにそのような基準を強化し、従業員に対して遵守するように促進したかを検証すべきである。」とされています。

経営陣がコンプライアンスを強く求める連絡やスローガンを発したか否かが注視されるだけでなく、経営陣

## 東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

がいかに模範を示して主導したかという点も注視されます。「経営陣は、新規事業や売上げ増大を追い求めるにあたって、コンプライアンス上のリスクの高まりを容認していないか。経営陣は、従業員に対して、事業上の目的を達成するために倫理に反して行動することを助長したり、コンプライアンス担当者が職務を効果的に実施するのを妨げたりしていないか。」という点が挙げられています。

### 9. 当社は、社外弁護士の力を借りて2009年にコンプライアンスプログラムを全面的に見直しました。何かその他に司法省が期待していることがありますか？

2009年にプログラムを改革した企業努力は評価できませんが、10年が経過しています。司法省は、コンプライアンスプログラムが機能するよう、その継続的な進化を期待しており、「検察官は、プログラムが、コンプライアンス上の既存のリスクおよび変化するリスクに対処するべく進化したか否かを考慮すべきである。」とされています。改訂ガイダンスは、企業に対して、今の状態に満足しないよう促しています。それは、「効果的なコンプライアンスプログラムである一つの証が、改善し、進化する能力である」からです。潜在的にリスクを伴い、問題のある分野を定期的に深く掘り下げることを含むコンプライアンスプログラムの継続的な分析の実施は、検察官が「企業が、自らのコンプライアンスプログラムを見直し、新鮮さを失わないよう確保する有意義な努力をしたか否かを考慮」する際の判断の助けになります。

### 10. 「コンプライアンスカルチャー」について耳にします。ただ、それはどのように評価されるのでしょうか？また、ある不正行為について、当社が単発的なものとする場合に、それをどのように司法省にわかってもらえばいいのでしょうか？

コンプライアンスカルチャーを評価する方法は、たくさんあります。最も分かりやすい第一の方法は、何に失敗し、何に成功したかを含め、不正行為の事象を観察し、分析することです。ただ、おそらく最善の方法は、調査やその他の危機的状況には関係なく、社員の話を聞くことです。「コンプライアンスカルチャーを判定し、管理力を評価するための社員へのアンケート、および／または管理が十分に機能しているよう確認するための定期的な監査の実施を行う企業があるが、評価の性質と頻度は、企業の規模と複雑さによる場合がある。」とされています。

要は、聞いてみなければ分からないことであり、企業は、マーケティングの専門家を見習うのがよいかもしれません。つまり、カルチャーを評価し、改善分野を

見極め、企業のコンプライアンスへのコミットメントを示すにあたっては、フォーカスグループ、無記名アンケート、タウンホールミーティングなどの手法が、極めて有効な場合があります。

[i] 「企業コンプライアンスプログラムの評価 (Evaluation of Corporate Compliance Programs)」 米国司法省刑事部門2019年4月改訂 (<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>)

[ii] 2019年4月30日におけるブライアン・ベンチョースキー司法次官補のスピーチ (<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-brian-benczkowski-delivers-keynote-address-ethics-and>)

### 当事務所の政府捜査実務部門について

本稿の著者、ジェイソン・ジョーンズ (Jason Jones = ワシントンDC事務所)、ザッハ・ファードン (Zach Fardon = シカゴ事務所) およびブランド・ライベ (Brandt Leibe = ヒューストン事務所) は、キング&スポールディングのパートナー弁護士です。当事務所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、様々な政府捜査およ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およ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ヶ所およ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およびその全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およびコンプライアンスの専門家が含まれています。

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&リンク

下記のリンクから、King & Spalding による紛争解決およ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

**ホワイトカラー進展**：2018年概観：ホワイトカラー犯罪に関する司法省における重大な進展

**イェーツメモ**：個人の説明責任に対するイェーツメモの司法省による改訂後も個人は対象であり続けることについて

**OFAC ガイダンス**：OFAC が「コンプライアンスコミットメントの枠組み (A Framework for Compliance Commitments)」を公表

**ABC リスク**：外国投資を求める際の FCPA リスクに注意

**データ漏洩**：注視すべきデータ漏洩訴訟動向

**企業監視**：米国司法省が、刑事事件における企業監視員に関する新たなガイダンスを公表

**板挟み?**：板挟み? 経営幹部に対する海外での執行手続に関する報告

**英国 DPA**：英国 DPA の産みの苦しみ：米国から学べることはあるのか?

**ブロックチェーン**：どこまで到達していないか：ブロックチェーン証券に対する SEC の抵抗は続くのか?

**ソーシャルメディア**：ツイートすべきか、せざるべきか? ソーシャルメディアの慎重な利用に関する教訓

### 当事務所ニュース

**市場評価**：GIR が King & Spalding をグローバル調査事案を取り扱う法律事務所として4年連続でトップ30に選出

**市場評価**：King & Spalding が、2019年度 Legal 500 EMEA ガイドの上位ランクを再度獲得

**コメンタール**：Jason Jones が、司法省の監視対象となっている企業のために、コンプライアンスおよび是正の重要性についてコメント

**採用**：前司法省高官であり、Hogan Lovells のサンフランシスコおよびシリコンバレー オフィスのマネージングパートナーであった Michael Shepard が、当事務所の捜査チームに加入

**市場評価**：King & Spalding が、2019年度 Chambers Global Guide において堅調な業績を掲載

**市場評価**：King & Spalding が、2019年度 Chambers Europe Guide において、トップ国際法律事務所としてランクイン

**案件ニュース**：フォルクスワーゲン AG が車両に「デフィートデバイス (無効化機能)」ソフトウェアをインストールしたという主張について、K&S がポルシェについて有利な却下の決定を獲得

**パートナー紹介**：Sally Yates が、New York Magazine の Women in Power 特集号において紹介され、インタビューを受ける

東京オフィス 紛争解決・危機管理ニュースレター

グローバル担当者 (経歴へのリンク付き)

グローバル仲裁担当 主任



クリス・ベイリー  
英国および日本\*  
東京 国際紛争 主任



エド・キホー  
ニューヨーク・オフィス  
米国 紛争担当 主任



ジョン・サヴェージ QC\*\*  
ロンドン・オフィス  
欧州、中東およびアフリカ  
紛争担当 主任



ウェイド・コリエル  
シンガポール・オフィス  
アジア 紛争担当 主任

アジア地域紛争担当チーム



スチュアート・アイザクス QC\*\*  
(パートナー)  
ロンドン  
トライアルおよびグローバル紛争



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)  
ニューヨークおよび英国  
商業



エロディー・デュラック  
(パートナー)  
フランスおよびカンボジア\*  
投資協定



マニュエル・パウティスタ Jr.  
(カウンセラー)  
ニューヨークおよびフィリピン  
商業



ドニー・ロウ  
(シニア・アトニー)  
ニューヨークおよびオーストラリア  
反トラストおよび捜査



アニシャ・スード  
(シニア・アソシエート)  
テキサス  
トライアルおよびグローバル紛争



ケヴィン・リム  
(シニア・アソシエート)  
シンガポール  
トライアルおよびグローバル紛争



ジア・リン・ホー  
(アソシエート)  
英国およびシンガポール  
マンダリン



ハンナ・アズキヤ  
(アソシエート)  
インドネシア  
インドネシア語



デイビッド・パーク  
(アソシエート)  
オーストラリア  
韓国語



シャオマオ・ミン  
(アソシエート)  
中国  
マンダリン

特別事案および捜査担当 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aron・ステフェンス  
ロンドン



ブランド・ライバ  
ヒューストン

\* 外国法事務弁護士  
\*\* 勅選弁護士 (Queen's Counsel)