

## Client Alert.

### 東京訴訟部

[マックス・オルソン](#) [クレイグ I. セルニカ](#) [ルイーズ・ストウープ](#) [ダニエル P. レヴィソン](#)  
[ジャック・ロンデン](#) [スティーブン E. コマー](#) [寺澤 幸裕](#) [矢倉 千栄](#)

January 2012

2012 年 1 月

### Is “Conscious Avoidance” Sufficient to Establish Knowledge under the FCPA? Depends Which Court You Ask.

By [Paul T. Friedman](#) and [Ruti Smithline](#)

In 2011, the Department of Justice and the Securities and Exchange Commission continued their aggressive enforcement strategy to hold individuals accountable for FCPA violations. Facing the real possibility of jail time, individuals started fighting back in the courts rather than accepting settlements. As a result, now more than any time since the FCPA was enacted in 1977, the contours of the government’s expansive interpretation of the FCPA are being shaped by judicial decisions. That is not to say, however, that judicial analysis has been entirely consistent.

#### THE BOURKE DECISION

At the end of 2011, the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit affirmed Frederic Bourke’s conviction arising from a scheme to bribe government officials in Azerbaijan in connection with the planned privatization of the state-owned oil company.

Bourke—co-founder of the luxury handbags line Dooney & Bourke—was indicted in 2005 for participating in a consortium of investors organized by Viktor Kozeny, an international businessman whose questionable reputation had earned him the nickname the “Pirate of Prague.” The government alleged that Kozeny arranged for payments of tens of millions of dollars to various Azerbaijani officials that were intended to secure the privatization of the state-owned oil company. Ultimately, the company was not privatized, and Kozeny—along with the other investors including Bourke—lost their entire investment in the

#### 参考訳

### 「意識的な回避」は FCPA 上の認識を 成立させるに足るか？ — それほどの裁判所に判断を委ねるかによる

(執筆者) ポール T. フリードマン／ルティ・スミスライン

2011 年、米国司法省および米国証券取引委員会は、FCPA 違反について個人に責任を課するという積極的な運用方針の採用を継続した。個人は、懲役刑を処される現実的な可能性に直面し、和解を受け入れるのではなく、裁判所での反撃を開始した。その結果、1977 年の FCPA 制定以降いかなる時期よりも、まさに今こそ、政府による FCPA の広範な解釈の輪郭が、裁判所の決定により形成されつつある。とはいえ、これが、裁判所の解釈が常に一貫していたことを意味するわけではない。

#### BOURKE 判決

2011 年末、米国第 2 巡回区控訴裁判所は、国営石油企業の民営化計画についてアゼルバイジャンの政府高官に対して行った贈賄スキームを発端とする Frederic Bourke の有罪認定を支持した。

高級ハンドバッグブランド Dooney&Bourke の共同設立者である Bourke は、その疑わしい評判から「プラハの海賊」との異名を持つ国際実業家 Victor Kozeny が組織した投資家のコンソーシアムに参加したかどで、2005 年に起訴された。米国政府は、Kozeny が、国営石油企業の確実な民営化のためにアゼルバイジャンの数々の政府高官への支払いを行うことを目的として、数千万ドルを調達したと主張した。最終的に当該企業は民営化されず、Kozeny は、Bourke を含むその他投資家とともに、かかるベンチャーへの投資額の全てを失った。

venture.

In 2009, Bourke was convicted after a jury trial of conspiring to violate the FCPA. Throughout the trial, Bourke maintained that he had no knowledge of the bribery scheme. While the government's primary theory was that Bourke in fact did have actual knowledge of the bribery, the government asked the judge to instruct the jury that it could convict Bourke on a "conscious avoidance" theory. That is, the jury could find that Bourke had the requisite knowledge to be found guilty if he was aware of a "high probability" that bribes were being paid, but he "consciously and intentionally avoided confirming that fact." Finding that Bourke consciously avoided learning of the bribery scheme, the jury convicted Bourke, and he was sentenced to a year and a day in prison and fined \$1 million.

Bourke appealed the conviction on several grounds including that the trial court judge improperly instructed the jury on the issue of conscious avoidance. Bourke contended that the government failed to present evidence sufficient to establish such a theory. The Court of Appeals disagreed and cited the evidence at trial that Bourke was aware of the corruption in Azerbaijan and knew of Kozeny's poor reputation.<sup>[1]</sup> The court also pointed to the fact that Bourke had voiced concerns (in a taped conversation) to another investor and his attorney that Kozeny may have been bribing government officials. The court relied on the fact that another investor declined to participate in the venture after his diligence left him uncomfortable about FCPA compliance. The court held that it was "entirely proper for the government to argue that Bourke refrained from asking his attorney to undertake the same due diligence done by [another investor] because Bourke was consciously avoiding learning about the bribes."<sup>[2]</sup>

The Bourke decision reaffirms the government's longstanding position that an individual may be prosecuted for a bribery offence even when there is no evidence that the individual had actual knowledge of the bribery scheme. It also emphasizes the importance of conducting FCPA due diligence prior to entering business ventures and highlights that failure to conduct due diligence offers no refuge from what

2009年、Bourkeは、FCPA違反を共謀したとして、陪審審理後に有罪認定を受けた。審理中、Bourkeは、贈賄スキームについて認識していなかったと一貫して主張した。政府は、贈賄について Bourke に現実の認識があったという理論を主に展開する一方で、裁判官に対し、「意識的な回避」の理論に基づき Bourke に有罪認定を与えることができる旨の情報を陪審員に与えるよう要請した。つまり、Bourke が、賄賂が支払われていることの「高い可能性」を認識していたが「意識的かつ意図的に、その事実を確認することを回避した」のであれば、陪審員は、Bourke を有罪とするために必要な認識を Bourke が有していたと判断することが可能であるということである。陪審員は、Bourke が贈賄スキームについて認識することを意識的に回避していたと判断し、Bourke を有罪とした。そして Bourke には、1年と1日の禁錮刑および100万ドルの罰金が科された。

Bourke は、予審法廷の裁判官が陪審員に対し、意識的な回避について不当に説示した等、いくつかの根拠に基づき、有罪認定を上訴した。Bourke は、政府が「意識的な回避」理論を成立させるに足る証拠の提示を怠ったと主張した。控訴裁判所はこれに異議を唱え、Bourke がアゼルバイジャンにおける腐敗について認識しており、Kozeny の悪評判についても知っていたことの証拠を裁判で引用した<sup>[1]</sup>。裁判所はまた、Kozeny が政府高官への贈賄を行っている可能性があるという懸念について、Bourke が(録音された会話の中で)別の投資家および自らの弁護士に述べたという事実を指摘した。裁判所は、別の投資家が、自らが行った調査の結果、FCPA 遵守について違和感を感じたためにベンチャー投資への参加を断ったという事実に基づいた。裁判所は、「Bourke が[別の投資家が]実施したのと同様のデューディリジェンスの実施を自らの弁護士に依頼しなかったのは、Bourke が贈賄について認識することを意識的に回避していたからである、とする政府の主張は、全面的に正当である」と判示した<sup>[2]</sup>。

Bourke 判決は、個人が贈賄スキームについて現実の認識を有していたとの証拠がなかったとしても贈賄罪を理由として訴追される可能性があるという、政府の長年にわたる見解を再確認するものである。同判決はまた、投機的事業に手を出す前に FCPA についてデューディリジェンスを実施することの重要性を強調し、デューディリジェンスを実施しないことが、認識可能であった事実からの逃げ道を与えるわけではないという事実を際立たせるもの

could have been learned.

### NO WILLFUL BLINDNESS IN LINDSEY

In contrast, in December of last year, the government suffered a setback when a federal district court judge vacated the conviction against Lindsey Manufacturers Co. and two of its executives on the basis of prosecutorial misconduct.<sup>[3]</sup>

Declining to follow the jury instructions given in *Bourke*, the trial judge in *Lindsey* rejected the government's request to include either a "deliberate ignorance" or a "willful blindness" instruction.<sup>[4]</sup> Instead, Judge Matz instructed that for a defendant to have the requisite knowledge for purposes of the FCPA, the government had to establish actual knowledge or a "high probability of the existence of [] circumstance" of bribery.

Despite the court's refusal to permit the conscious avoidance instruction, during closing argument, the prosecutor started to explain that the rationale for the "high probability" instruction was because the law "is saying you can't turn a blind eye to what is . . ." But, before the prosecutor could finish the sentence, the defense objected. The prosecutor apologized but went on to cover his eyes and tell the jury: "Defendants . . . cannot see all of this smoke and all of these red flags and then close their eyes."<sup>[5]</sup>

In the order to vacate the conviction—which was entered days before the Second Circuit issued its ruling in *Bourke*—Judge Matz held the prosecution's implied equation of "knowledge" with "willful blindness" was a "misstatement" of the law.<sup>[6]</sup> The court noted that whether defendants had the required culpable knowledge was one of the hardest-fought issues in the case. According to Judge Matz, permitting the jurors to find culpability based on willful blindness "undoubtedly resonated with at least some of the weary jurors," and warranted dismissal of the conviction.

### CONCLUSION

In the limited but expanding world of FCPA jurisprudence there now appears to be contradictory authority on the level of culpable knowledge required. Just how this will continue to evolve, and eventually be resolved, remains to be seen. Further judicial challenges may help bring clarity to this issue in 2012

である。

### LINDSEY 事件における意識的な無視

その一方、昨年 12 月、Lindsey Manufacturers Co. および幹部 2 名に対する有罪認定を、連邦裁判所裁判官が検察の職権濫用を理由として無効にした際には、米国政府は敗北を喫している<sup>[3]</sup>。

*Bourke* 判決において行われた陪審員に対する説示という方法に従わないことで、*Lindsey* 事件の予審法廷裁判官は、「意図的な無知」または「意識的な無視」のいずれかを含めよとする政府の要請を拒否したのである<sup>[4]</sup>。代わりに、Matz 裁判官は、被告人が FCPA 上必要な認識を持っていたと認定するには、政府は、贈賄について現実の認識または「状況が存在することの高い可能性」を証明しなくてはならないと説示した。

意識的な回避の説示を裁判所が許可しなかったにもかかわらず、検察官は最終弁論で、「高い可能性」の説示の論理的根拠として、法律が「悪事について見て見ぬふりをすることはできないと述べている」ためであると説明を始めた。しかし、検察官が話を終える前に、被告人側が異議を申し立てた。検察官は謝罪したものの話を続け、目を覆って陪審に「被告人は、…この煙やレッドフラッグ（警戒信号）を見ていながらそこで目を瞑ってはいけない」と語った<sup>[5]</sup>。

第 2 巡回区控訴裁判所が *Bourke* 判決を下す数日前に下された有罪認定を無効とするために、Matz 裁判官は、検察が「認識」と「意識的な無視」とを暗黙のうちに同一視したことは、法律の「虚偽の説明」であると判示した<sup>[6]</sup>。裁判所は、被告人が必要な非難されるべき認識を有していたか否かが、*Lindsey* 事件における最も激しい争点のひとつであったと述べた。Matz 裁判官によれば、意識的な無視に基づき過失責任の認定を陪審に許可することで、「少なくとも数名の疲労困憊した陪審員の共感が間違いなく呼び起こされ、」有罪認定の棄却が保証された。

### 結論

制限されつつも拡大している FCPA 法学の世界においては、要件とされる非難されるべき認識の水準要件について、相反する判例が出現してきているようである。この問題がどのように進展し、最終的にどのように解決されるかは、現時点では定かではない。2012 年以降は、更なる異議申立てによりこの問題が明確になる可能性がある。一

and beyond. In the meantime, Bourke was ordered to surrender on January 3, 2012 to begin his prison sentence.

## FOOTNOTES

<sup>[1]</sup> *United States v. Bourke*, No. 09-4704-cr(L) (2d Cir. Dec. 14, 2011).

<sup>[2]</sup> *Id.*

<sup>[3]</sup> Please refer to our Client Alert: [False Affidavits and Lies Doom First-Ever FCPA Jury Conviction of Corporation](#) (December 2, 2011)

<sup>[4]</sup> *United States v. Noriega, et al.*, No. 10-01031(A)-AHM (Dec. 1, 2011) at 21.

<sup>[5]</sup> *Id.* at 22.

<sup>[6]</sup> *Id.* at 23.

方、Bourke は、懲役刑開始のため、2012 年 1 月 3 日に自らの身を引き渡すことを命じられた。

## 脚注

<sup>[1]</sup> *United States v. Bourke* 事件、No. 09-4704-cr(L) (第 2 巡回区控訴裁判所、2011 年 12 月 14 日)。

<sup>[2]</sup> 同掲書。

<sup>[3]</sup> 当事務所のクライアント・アラート「[虚偽の宣誓と証言が FCPA 裁判における法人に対する初の陪審評決をくじく](#)」(日本語版 2011 年 12 月 20 日掲載)を参照。

<sup>[4]</sup> *United States v. Noriega, et al.* 事件、No. 10-01031(A)-AHM (2011 年 12 月 1 日) 21 頁。

<sup>[5]</sup> 同掲書 22 頁。

<sup>[6]</sup> 同掲書 23 頁。

モリソン・フォスターの FCPA および腐敗防止タスク・フォースに関する実務の詳細情報につきましては、下記窓口にご連絡ください。

ポール T. フリードマン  
PAUL T. FRIEDMAN  
サンフランシスコ  
SAN FRANCISCO  
+1 (415) 268-7444  
[pfriedman@mofo.com](mailto:pfriedman@mofo.com)

ダニエル P. レヴィソン  
DANIEL P. LEVISON  
東京  
TOKYO  
+ 81 3 3214 6522  
[dlevison@mofo.com](mailto:dlevison@mofo.com)

ティモシー W. ブレークリー  
TIMOTHY W. BLAKELY  
香港  
HONG KONG  
+ 852 2585 0870  
[tblakely@mofo.com](mailto:tblakely@mofo.com)

ランダル J. フォンズ  
RANDALL J. FONZ  
デンバー  
DENVER  
+1 (303) 592-2257  
[rfons@mofo.com](mailto:rfons@mofo.com)

カール H. ローエンソン Jr.  
CARL H. LOEWENSON, JR.  
ニューヨーク  
NEW YORK  
+1 (212) 468-8128  
[cloewenson@mofo.com](mailto:cloewenson@mofo.com)

ケヴィン・ロバーツ  
KEVIN ROBERTS  
ロンドン  
LONDON  
+ 44 20 7920 4160  
[kroberts@mofo.com](mailto:kroberts@mofo.com)

ロバート A. サレルノ  
ROBERT A. SALERNO  
ワシントン D.C.  
WASHINGTON, D.C.  
+1 (202) 887-6930  
[rsalerno@mofo.com](mailto:rsalerno@mofo.com)

ルティ スミスライン  
RUTI SMITHLINE  
ニューヨーク  
NEW YORK  
+1 (212) 336-4086  
[rsmithline@mofo.com](mailto:rsmithline@mofo.com)

シェリー イン  
SHERRY YIN  
北京  
BEIJING  
+ 86 10 5909 3566  
[syin@mofo.com](mailto:syin@mofo.com)

**About Morrison & Foerster:**

We are Morrison & Foerster—a global firm of exceptional credentials in many areas. Our clients include some of the largest financial institutions, investment banks, Fortune 100, technology and life science companies. We've been included on *The American Lawyer's* A-List for eight straight years, and *Fortune* named us one of the "100 Best Companies to Work For." Our lawyers are committed to achieving innovative and business-minded results for our clients, while preserving the differences that make us stronger. This is MoFo. Visit us at [www.mofo.com](http://www.mofo.com).

*Because of the generality of this update, the information provided herein may not be applicable in all situations and should not be acted upon without specific legal advice based on particular situations.*

**モリソン・フォースターについて**

モリソン・フォースターは、多くの分野において優れた実績を誇る世界的な法律事務所です。クライアントには大手金融機関、投資銀行、Fortune 100 企業、テクノロジー・ライフサイエンス関連企業等が名を連ねています。American Lawyer 誌の A-List に過去 8 年間連続で選ばれただけでなく、Fortune 誌が「働きたい全米トップ 100 企業」として当事務所を挙げています。モリソン・フォースターの弁護士はクライアントのために最良の結果を出すことに全力を注ぐ一方で、より強固な事務所となるべく各弁護士の個性を失わないよう配慮しています。詳しくは、当事務所のウェブサイト ([www.mofo.com](http://www.mofo.com)) をご覧ください。

本稿は一般的なもので、ここに含まれる情報はあらゆる事案に適用されるものではなく、また個別の事案に対する具体的な法的アドバイスを提供するものでもありません。