しかしながら、当該４ファンドは適格機関投資家以外の者を匿名組合員とする匿名組合契約であり、ハヤシ社が当該４ファンドの営業者である当社に対して行ったハヤシファンドの私募は、金商法第63条第１項第１号ロの規定により特例業務には該当せず、また、ハヤシ社が第二種金融商品取引業の登録を受けていないため、ハヤシ社は、無登録で第二種金融商品取引業を行っている状況にあると認められる。

・　勧告対象
　当社

㈱　勧告年月日、行政処分の内容については、⑶の「ファンド運用に係る無登録営業」を参照。

⑸　金融商品取引契約の締結又は勧誘に関して、虚偽のことを告げる行為〔金商法第38条第１号該当〕

○　トップゲイン株式会社は、当該４ファンドの持分の私募及びハヤシ社を営業者とするファンドの持分の私募の取扱いを行っている。

当社は、これらのファンドの持分の取得勧誘において、ハヤシファンドの運用報告書等を用いて勧誘を行っていたが、当該運用報告書等には、「ファンド・オブ・ファンズで運用し、安定した運用益を得られている」等と表示されているものの、実際には主に貸付により運用されているなど、事実と著しく相違するものとなっていた。

当社には、ハヤシ社に対し、ハヤシファンドの運用内容に係る情報提供を要請する機会が多数あったにもかかわらず、これを怠り、虚偽の表示を看過したことについては、重大な過失があるものと認められる。

当社は、このような状況の下、これらのファンドの取得勧誘に際して、運用報告書等の投資勧誘資料を用い、ファンドの運用方法及び実績という投資者の投資判断に影響を及ぼす重要な事項につき、虚偽の告知を行った。

・　勧告対象
　当社

㈱　勧告年月日、行政処分の内容については、⑶の「ファンド運用に係る無登録営業」を参照。

⑹　業務の運営が不適切な状況〔金商法第40条の３違反。金商法第51条該当〕

○　株式会社エプソム愛馬会（以下この⑹において「愛馬会」という。）及び株式会社ジャパンホースマンクラブ（以下この⑹において「ＪＨ社」という。以下この下⑹において二社を併せて「両社」という。）は、愛馬会が競走用馬を取得し、当該競走用馬への出資を投資者から募り、当該競走用馬をＪＨ社に現物出資する。ＪＨ社は、ＪＨ社の名において競馬に出走させて賞金等を獲得、獲得した賞金等を愛馬会へ配当し、愛馬会が、出資の拠出口数に応じて出資者（以下この⑹において「会員」という。）に分配するとした匿名組合契約（以下この⑹において「ファンド」という。）を一体で運営している。

①　分別管理が確保されていない状況で私募を行う行為

両社は、出資金の分別管理の確保のために、定款等により分別管理に関する規定を設けていない。

また、愛馬会は、愛馬会の収益である入会金等とファンドの財産である維持費出資金を同一の口座において混在させているなど、愛馬会固有の財産とファンドの財産の分別した管理が確保されていない状況で、ファンドの持分の私募を行っている。

②　契約締結前交付書面等の記載内容とは異なる業務運営の状況

イ　賞金管理の不備

ＪＨ社取締役兼愛馬会統括部長（以下この⑹において「ＪＨ社取締役」という。）は、ＪＨ社代表取締役社長兼愛馬会取締役（以下この⑹において「ＪＨ社社長」という。）の指示により、ＪＨ社の賞金等受取口座から金銭を出金し、直接、又はＪＨ社社長の個人口座を経由し、両社の金融機関からの借入金の返済、維持費出資金で支払うべき厩舎、牧場等への支払い、両社に対するＪＨ社社長個人からの借入金の返済などに充当されていた。

愛馬会自身も会員であることから、上記の出金が、愛馬会自身が受取るべき分配分であったとしても、各々の出金は、分配金の支払時期とは関係なく、また、出金の都度、愛馬会自身の分配金を計算した形跡もなく、出金時期、出金額とも「賞金等を出金する理由」としては具体的な根拠がない。

加えて、ＪＨ社社長個人からの借入金については、同社長個人との間の消費貸借契約書等が存在せず、借入金額、借入金利、返済金額、返済時期が不明であり、ＪＨ社取締役によるＪＨ社の賞金等受取口座からの出金は具体的理由のある出金とは認められない状況にある。

賞金等は「契約締結前（時）交付書面」（以下この⑹において「交付書面」という。）の定めのとおり、分配の時期までは金融機関等で適切に管理され、愛馬会は、会員として分配を受けた後、自らの借入金の返済等の支払いに充当すべきであり、ＪＨ社は、交付書面において規定されたとおりに賞金等の管理を行っているとは認められず、賞金等の管理に不備があると認められる。

ロ　維持費出資金の目的外使用及び厩舎等への預託料の滞納

愛馬会は、競走用馬の飼養管理に要する費用として、会員から「維持費出資金」を受領しているが、会員から入金された維持費出資金が顧客への分配金、借入金の返済及び両社の会社経費に充当されていた。

このように、維持費出資金が目的外に使用されている一方で、愛馬会は、平成22年２月10日現在、ファンドに係る費用の厩舎等への支払いを滞納した状態にあり、これにより、厩舎等の管理委託先において、ファンド資産である競走用馬の維持管理に支障が生じ、その結果、投資者の利益を害するおそれがあると認められる。

ハ　交付書面の説明とは異なる維持費出資金の受領

愛馬会は、維持費出資金について、交付書面において「会員は、入会時期にかかわらず、出資対象となった競走用馬の１歳11月分以降の維持管理費を維持費出資金の形で負担する義務がある」旨の説明を行っている。

しかしながら、愛馬会は、多数の競走用馬について、１歳11月分より前の維持管理費を受領している事例が認められており、愛馬会は、交付書面等による説明とは異なる維持費出資金を会員から受領している状況が認められた。

ニ　競走用馬の無償譲渡

ＪＨ社は、中央競馬での賞金等の獲得が困難と判断した競走用馬について、ファンドの終了に際し、当該競走用馬を地方競馬の馬主資格を持つＪＨ社取締役に対して、実際には適正な評価をすることなく、一律に「無償」で譲渡している。

譲渡の対象となった競走用馬はファンドの財産であることを考慮すると、公正な評価に基づく適正な価格で売却し、売却代金は、当該ファンドの会員に分配すべきものであると考えられるが、ＪＨ社は、その価値を検討することなく全て一律無償で譲渡している状況が認められた。

③　法令遵守態勢の欠如

両社は、平成21年10月13日を検査基準日とした関東財務局の検査において、直ちに検査に応じなければならないところ、検査官の入室を拒み、無予告検査への抗議を繰り返すなど、直ちに検査に応じず、検査の受忍義務に悖る対応を行った。

当該行為は、両社が顧問税理士の指南を鵜呑みにしたことが原因であったとしているが、両社は、金融商品取引業者として、直ちに検査に応じなければならないという検査の受忍義務など遵守すべき法令を自ら正しく認識し、その遵守に努めるべきところ、これを怠っており、両社においては、法令遵守態勢が根本的に欠如している。