

一、关于委托理财合同是否已成立。

《中华人民共和国合同法》第十条第一款规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”

《最高人民法院关于适用若干问题的解释（二）》第二条规定：“当事人未以书面形式或者口头形式订立合同，但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的，人民法院可以认定是以合同法第十条第一款中的‘其他形式’订立的合同。但法律另有规定的除外。”

周松华于2015年8月通过微信向张建云提出的代为炒股、其承担亏损、利润五五分成的建议，虽然双方没有签订书面合同，张建云当时在微信中也没有明确表态同意，但张建云已按照周松华的意见实际履行相应义务，包括开立证券账户、转入资金、交付密码等，周松华也实际操作了涉案的张建云的两个证券账户，张建云也按照周松华的要求未再向周松华下达具体的买卖指令，故张建云、周松华双方之间成立了事实上的民间委托理财合同关系。周松华以双方未签订书面合同为由，主张其行为系单方好意施惠行为，与张建云之间不存在委托理财合同关系，系其对合同的成立方式理解有误所致，本院不予支持。

二、关于双方是否约定有保本条款问题。

周松华于2015年8月8日、8月13日向张建云建议其承担亏损（即保本），要求张建云不再给任何买卖、斩仓指令和看法，每年/半年结算一次，亏损部分结算后其三日内补回，获利的50%在一周内打至其指定账户。

2015年8月14日，周松华还提出了具体的操作方案，张建云出资1500万元，周松华出资100万元，启动资金1600万元，如果市值低于1500万元，其必须在三日内追加第二个甚至第三个100万元；如果高于1800万元，三个交易日内各分红100万

元。

从微信的聊天记录来看，张建云当时并没有明确表示同意，且张建云之后的出资也未达到1500万元，周松华也没有出资100万元，之后周松华操作股票账户期间张建云也没有主张周松华及时补足亏损金额，周松华据此主张双方并未达成由其保本的合意。

本院认为，双方通过微信加为好友后，微信聊天频繁。2015年8月8日之后，周松华一再强调由其控制风险，张建云将已转出的1200万元又转回五矿证券账户，交由周松华操作股票，且张建云也未再向周松华发出买卖或斩仓的指令；张建云于2015年11月17日根据周松华的建议又开立了中投证券的账户，周松华于2015年11月20日再次表示中投证券的任何亏损都由其自行承担。2015年11月22日9时16分，张建云发送微信表示担心股票日后影响双方的情义，应是担心要求周松华兑现保本承诺时双方发生冲突，同时表示“你也别太沉重，损失就损失了，现在无外乎再多做二年了”，应含有亏损自己承担的意思。但之后，2015年11月22日，周松华建议张建云先拿600万元买入股票友阿股份，六七个月可以翻番；并于2015年11月26日向张建云表示“8月份股票到现在亏了这么多，我负责任，我要送一台车给你，就当我不亏的”。周松华再次表态对2015年8月份以来的亏损承担责任。张建云这才于2015年11月27日从五矿证券账户转出600万元，转入中投证券账户，之后又先后转入430万元。2016年4月26日，张建云表达对炒股亏损的担忧，所发微信有“尽管这个钱你说你承担”的内容，周松华收到该条微信并未表示异议。2016年6月15日，张建云要周松华帮其凑一千万元，并再一次讲“那时候你也说给张建云保本”，周松华告知张建云其已把三套房子挂出去出售，也未对张建云所主张的保本提出异议。如周松华不是承诺保本，纯属好意施惠代人炒股，则风险应由委托人自行承担，周松华如无现金可周转，也没必要声称出售其家庭三套房为张建云筹款。

以上事实足以表明，虽然双方没有完全按照周松华建议的1600万元方案操作，但周松华一再地向张建云表态炒股本金亏损由其承担，张建云其后按照周松华的建议将相关款项转入证券账户供周松华操作，并不再对周松华提出任何买进卖出的指令，应认定双方已以实际行为表明双方已对周松华承担本金亏损责任达成一致意见。

三、关于合同的效力。

一审法院认为周松华承诺“承担全部亏损”，系该合同的保底条款，依据证券法第一百二十二条的规定，认定保底的委托理财合同无效。

本院认为，周松华不是证券公司从业人员，其受个人委托炒股，承诺承担本金亏损责任，利润则双方五五分成。

虽然受托人的保底承诺改变了委托合同由委托人承担风险的基本特征，但合同法对委托人的风险承担系任意性规定，保底条款是当事人意思自治对委托行为所设立的一种制约机制，并未违反法律、行政法规的强制性规定，加之委托人专业理财知识的匮乏以及受托人独享投资决策权，根据权责一致原则，受托人负有较大责任，故对该民间委托理财合同中保底条款的特殊风险安排，不应认定为无效。

一审法院认为张建云与周松华之间形成的民间委托理财合同无效错误，本院予以纠正。

三、关于张建云的损失。

一审法院根据五矿证券、中投证券的对账单以及张建云所列两个账户亏损统计，认定张建云两个账户损失共计10122046.83元。

经查，二审期间周松华主张张建云于2015年12月31日曾转出101万元，张建云亦予以确认。

经审核对账单，张建云确于2015年12月31日从中投证券账户转出101万元。

另外，周松华于2015年8月8日才提出保本炒股方案，而在此之前张建云转入五矿证券的1600万元，周松华已根据张建云的要求于2015年8月4日卖出，该亏损应由张建云自行承担，张建云在2016年6月份的微信聊天记录中也予以确认。

2015年7月22日张建云转入1600万元，2015年8月4日抛出全部股票后的金额为12496130.27元，张建云于2015年8月5日转出1200万元。该账户周松华继续用来买卖股票，2015年8月7日买入股票金额为533974.84元，至此，张建云亏损3466025.16元（1600万元-1200万元-533974.84元）。

之后，周松华继续操作该账户，张建云应当知晓，但其并未予以制止或修改账户密码，在双方就保底条款未达成一致的情况下，仍应认定为无偿帮助性质。

至2015年9月28日，张建云才向五矿证券账户转款700万元，此前的2015年9月15日，周松华已将该五矿证券股票抛售，截至2015年9月22日，该账户股票回款加利

息为517008.20元，至此，该账户损失为3482991.80元（1600万元-1200万元-517008.20元），该损失应由张建云自行承担。

一审法院未作扣减不当，本院予以纠正。

张建云五矿证券账户的损失为1014099.60元（4497097.40元-3482991.80元），中投证券账户的损失为4614955.43元（5624955.43元-1010000元），共计5629055.03元。

四、关于周松华的赔偿责任。

《中华人民共和国合同法》第九十七条规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”

张建云主张周松华应在亏损产生后三日内立即补足，而周松华主张假设存在委托理财合同关系，张建云修改账户密码并抛售股票，其已自动解除了委托，周松华不应再承担任何赔偿责任。

经查，周松华与张建云约定了保底条款，但关于结算时间的约定并不明确。

《中华人民共和国合同法》第六十一条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”

关于理财期限约定不明，不能成为否定委托理财合同成立的依据。

事实上，双方一直没有结算过，张建云也没有要求周松华补偿过亏损金额，关于委托理财期限，双方各执一词。

本院认为，虽然双方关于委托理财期限约定不清，但周松华于2015年8月曾主张以半年或一年为期限，但在2015年11月期间，周松华一方面表示其对2015年8月以来五矿证券账户的损失承担责任，另一方面又建议张建云另在中投证券开立账户，投资买入友阿股份，反复强调六个月左右可以翻番，至张建云抛售时其中600万元已过六个月，2016年1月投入的430万元也即将满六个月。

因此，尽管张建云单方抛售了股票，解除了双方的委托理财合同，但部分本金的结算期限已到期，部分本金的结算期限即将届满，该账户的亏损早已产生，周松华仍应对张建云的损失承担责任。

其次，周松华一再向张建云声称其用于炒股的资金雄厚，有多套房产，有相当财力，张建云才与之建立保本的民间委托理财合同关系，而张建云急需资金时一开始并没有主张一定要抛掉股票，而是向周松华借款，周松华承诺保本，应有一定的资金实力才可以履行该合同，若周松华有能力及时出借，张建云应不会于2016年6月27日抛售股票，周松华所主张的所谓抛在低位的损失应可避免。

第三，本院注意到，周松华一方面向张建云声称其对某些股票有深入研究，其系价值投资，动员张建云投资买入，如友阿股份，但周松华买入后不久即抛售，然后频繁更换股票，频繁买进卖出，令人费解，有违诚实信用原则。

张建云使用非自有资金炒股，因急需资金而抛售股票，因此张建云单方面解除委托理财合同属违约行为，自然也应承担违约责任。

根据上述分析并考虑股市后期走势，本院酌定张建云自担损失的20%，周松华承担损失的80%，即周松华应向张建云赔偿4503244.02元，并支付相应利息。

判例来源：

审理法院：深圳市中级人民法院

案号：(2017)粤03民终12196号

案由：民间委托理财合同纠纷

裁判日期：2019-03-19