

内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体认定的“辩审冲突”问题研究

韩 轶*

摘要:通过对近 11 年 103 份内幕交易、泄露内幕信息案件判决书的统计分析可以发现,当前内幕交易、泄露内幕信息罪的适用数量在显著增加,而司法实务界对该罪犯罪主体的认定也产生了较大的争议。围绕“知情人员”和“非法获取人员”两类犯罪主体的认定,辩护方与审判机关存在明显的冲突,而在冲突表象的背后,实际上是双方对信义理论与市场理论的误读。我国在立法方面实际上已经明确秉持信义理论来限制内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体和刑法边界的立场,而在刑事司法方面辩护方和审判机关都应当坚守文义解释的基本立场,对“知情人员”和“非法获取人员”两类犯罪主体,分别基于特定职务属性和严重违法性的基础进行解释,以减少“辩审冲突”并推动“辩审良性互动”。

关键词:内幕交易、泄露内幕信息罪 犯罪主体 刑事辩护 辩审冲突

内幕交易、泄露内幕信息罪是金融犯罪领域的典型罪名,但在以往的司法实践中该罪的适用数量并不多。根据最高人民法院统计,在 2010 年以前,我国人民法院系统每年审结的内幕交易、泄露内幕信息犯罪案件基本不超过 5 件。^①内幕交易、泄露内幕信息罪适用较少并非此类行为在实践中罕见,而是因为对此类行为的查处有一定的难度,同时也存在在实质上已构成犯罪的行为最终被作为行政违法行为处理的情形。近年来,伴随“维护国家金融安全稳定,促进资本市场健康发展”政策的强化,司法机关明显加大了对证券犯罪的打击力度,对证券违法犯罪开始追求“零容忍、无死角、全方位”的目标,^②内幕交易、泄露内幕信息罪适用的数量开始急剧攀升。2021

* 中央民族大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金一般项目(19BFX064)

① 最高人民法院的统计数据显示,我国各级人民法院审结的内幕交易、泄露内幕信息罪案件,2007 年为 1 件、2008 年为 1 件、2009 年为 4 件、2010 年为 5 件。参见苗有水、刘晓虎:《〈关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2012 年第 15 期。

② 参见毛玲玲:《内幕交易犯罪案件中的行政认定问题——以行刑衔接为视角》,《上海政法学院学报》2019 年第 1 期。

年,检察机关起诉证券期货犯罪被告人 229 人,同比上升 94%。^① 2022 年 9 月 9 日,最高人民检察院联合最高人民法院、公安部、中国证券监督管理委员会召开“依法从严打击证券违法犯罪为资本市场营造良好法治环境”新闻发布会,公布了近 5 年来我国各级人民法院审结操纵证券、期货市场,内幕交易、泄露内幕信息,利用未公开信息交易 3 种证券犯罪案件共 229 件,涉案被告人 335 人,并且提出人民法院将进一步加大惩处证券犯罪的力度。^②

尽管内幕交易、泄露内幕信息罪在 10 年前并不属于常见、多发的犯罪,但是由于对该罪的认定具有较强的专业性,因此最高人民法院、最高人民检察院在 2012 年 3 月还专门出台了《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)用于指导司法实践。然而,《解释》的出台并未完全解决内幕交易、泄露内幕信息罪在司法适用中存在的许多争议问题。伴随近年来该罪名适用数量的增加,在司法实践中相关的争议也越发激烈,尤其是该罪的犯罪主体有明显的扩张趋势,并呈现出“裙带化”“复杂化”等特点。^③ 在内幕交易、泄露内幕信息罪适用的司法实践中,辩护方与审判方关于该罪犯罪主体的认定存在明显的认识分歧,导致出现较为罕见的刑事实体法方面的“辩审冲突”问题。

一、该罪犯罪主体认定“辩审冲突”现状考察

“辩审冲突”,是指在刑事司法实践中辩护方与审判机关之间因对事实认定和法律适用存在认识差异而产生的纷争。一般而言,我国学界对“辩审冲突”的关注往往集中在程序法层面,而在刑事实体法方面则较少出现“辩审冲突”,对于特定的实体问题,如果法条、司法解释已经明确或在司法实务中已有通例,那么自然不会出现纷争;如果法律、司法解释未作出明确的规定,学理上存在不同的解读,司法实务中也未形成公认的通例,那么就属于法官行使自由裁量权的范畴,即便审判机关未采纳辩护方的意见,或者辩护方未能说服审判机关,也不会形成认知冲突。但是,在特殊情况下,关于刑事实体问题也可能出现“辩审冲突”,即相关法律、司法解释的规定存在冲突,而辩护方与审判机关基于不同的立场对其进行了不同的解读,或者辩护方认为审判机关对法律、司法解释作出了超越其自由裁量权范围的解释,此时辩护方与审判机关的认识差异将会导致严重的冲突。如果此类刑事实体问题的“辩审冲突”持续存在,那么将会引发法律职业共同体内部对司法公正的质疑。

(一)该罪犯罪主体认定“辩审冲突”的实务检视

虽然内幕交易、泄露内幕信息罪不属于高发犯罪,但是关于该罪名的适用问题一直是司法实践中争议较大的热点问题。^④ 目前我国理论界和实务界对该问题的讨论普遍是围绕个案进行的,很少对其进行系统的样本分析。笔者以《解释》颁布的时间为起点,以近 11 年发生的 103 件内幕交易、泄露内幕信息案件为样本,对内幕交易、泄露内幕信息罪在司法实践中发生的“辩审冲

^① 参见张昊:《持续释放对证券期货违法犯罪“零容忍”信号》,《法治日报》2022 年 6 月 28 日。

^② 参见许睿、李海洋:《四部门形成合力从严打击证券违法犯罪》,《中国商报》2022 年 9 月 20 日。

^③ 参见彭志、肖土盛、赵园:《中国资本市场 20 年内幕交易行为案例综述》,《财经研究》2017 年第 12 期。

^④ 参见顾海鸿、刘宪权、金泽刚等:《内幕交易、泄露内幕信息具体行为如何判断》,《人民检察》2017 年第 8 期;贺国良、戴善音:《证券内幕交易罪司法认定中的若干争议》(上),《中国律师》2014 年第 11 期;王晓磊:《以典型案例谈内幕信息交易罪》,《人民法治》2019 年第 5 期。

突”进行了统计分析。^①在103个样本中,被告人认罪认罚的样本有39个,^②在剩余的64个样本中,辩护意见被审判机关认可的有5个。^③从这个角度看,在统计样本中内幕交易、泄露内幕信息罪的有效辩护比例约为8%。而在剩余的59个样本中,笔者将“辩审冲突”的类型分为以下8类:(1)“主体资格认定错误”。该种类型指辩护方提出被告人不具备内幕交易、泄露内幕信息罪的特殊主体资格但未被审判机关采纳的情形。(2)“信息性质认定错误”。该种类型指辩护方提出被告人获知或泄露的信息在性质上不属于内幕信息但未被审判机关采纳的情形。(3)“相关交易无异常”。该种类型指辩护方提出被告人的交易行为符合日常的交易习惯不存在明显异常但未被审判机关采纳的情形。(4)“信息形成的时间认定错误”。该种类型指辩护方提出被告人的交易行为或泄露行为系在内幕信息形成的时间点之前但未被审判机关采纳的情形。(5)“无泄露行为”。该种类型指辩护方提出被告人未故意实施泄露内幕信息的行为但未被审判机关采纳的情形。(6)“违法所得认定错误”。该种类型指辩护方提出被告人无违法所得或违法所得认定过高但未被审判机关采纳的情形。(7)“非共同犯罪”。该种类型指辩护方提出被告人未同其他实施内幕交易或泄露内幕信息行为的被告人成立共同犯罪但未被审判机关采纳的情形。(8)“其他”。该种类型指辩护方提出犯罪主体为单位,被告人的行为属于犯罪中止、未遂,被告人的行为属于行政违法,被告人的行为仅成立一罪,被告人具有立功情节或具有自首情节但未被审判机关采纳的情形。上述各种类型“辩审冲突”的数量和比例情况如表1所示。

表1 样本中“辩审冲突”的基本情况

辩审冲突类型	主体资格认定错误	信息性质认定错误	相关交易无异常	信息形成的时间认定错误	无泄露行为	违法所得认定错误	非共同犯罪	其他
数量 ^④	41	33	16	13	10	9	7	12 ^⑤
比例 ^⑥	70%	56%	27%	22%	17%	15%	12%	20%

由表1可以发现,犯罪主体的认定是内幕交易、泄露内幕信息罪“辩审冲突”最明显的领域。根据笔者统计,在非认罪认罚案件中,辩护人普遍会提出被告人不属于内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体的辩护意见,但是极少会被审判机关采纳。从刑法条文的规定看,内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪主体应为特殊主体,《解释》也对该罪特殊主体的内涵和外延进行了界定,但是

^① 样本判决书的作出时间为2012年6月1日至2022年9月30日,103份内幕交易、泄露内幕信息案件样本来源于北大法宝数据库、中国裁判文书网数据库、公开文献以及笔者调研的北京地区部分人民法院的判决书,案件包含一审判决和二审判决,其中部分案件尚处于二审程序中。

^② 在样本中认罪认罚的比例约为38%,明显低于认罪认罚试点期间整体45%的比例。参见周强:《最高人民法院、最高人民检察院关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作情况的中期报告》,《全国人民代表大会常务委员会公报》2018年第1期。这说明内幕交易、泄露内幕信息罪在司法实践中的“控辩冲突”比一般犯罪的“控辩冲突”更为明显。

^③ 此处的辩护方意见被采信,是指辩护方提出的与公诉人指控不一致的辩护意见被审判机关采纳,包括部分辩护意见被采纳。

^④ 由于在大部分样本中都存在辩护方提出的多个不同类型的辩护意见均未被采纳的情况,因此整体辩审冲突数量为141个,大于59个样本数量。

^⑤ “其他”系样本中整体数量较少“辩审冲突”类型的整合,具体包括:单位犯罪认定有异3个、犯罪形态认定有异2个、违法与犯罪定性认定有异2个、罪数定性认定有异2个、立功认定有异2个、自首认定有异1个。

^⑥ 该比例为按照“四舍五入”规则得出的整数。表2、表3的比例亦采用相同的计数规则。

《解释》并未能够解决内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体认定的“辩审冲突”问题。

(二) 该罪犯罪主体认定“辩审冲突”的具体表现

1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第180条将内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪主体分为“证券、期货交易内幕信息的知情人员”和“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”两类(以下分别简称“知情人员”与“非法获取人员”),因此,“知情”和“非法获取”就成为认定内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体的关键词,对这两个关键词的不同解读就成为该罪犯罪主体认定“辩审冲突”最直观的表现。在样本中辩护方主张被告人不属于知情人员但未被审判机关认可的数量为17个,主张被告人不属于非法获取人员但未被审判机关认可的数量为29个。^①显然,对“非法获取”这一关键词的解读不同而引发的“辩审冲突”更为普遍。

1. 对知情人员特殊主体身份认定的“辩审冲突”

表2 样本中知情人员主体“辩审冲突”的基本情况

类型	被告人不具备特定职务	被告人未实际获得内幕信息
数量	11	6
比例	65%	35%

如表2所示,在样本中辩护方对知情人员犯罪主体认定问题提出的主张可以分为两类:(1)“被告人不具备特定职务”。该种情形指辩护方主张成立内幕信息的知情人员必须具备特定的职务,当被告人不具备特定职务时不能认定其为知情人员,而审判机关未采纳辩护意见。例如,洪某系某大学与某单位博士后科研工作站联合招收的博士后研究人员,在中国证券监督管理委员会下属的中证金属研究院从事上市公司并购重组研究工作。2017年6月,A公司与B公司协商初步达成收购B公司股权的意向,中国证券监督管理委员会认定该收购信息为内幕信息,内幕信息敏感期自2017年6月13日起开始计算。2017年6月25日,A公司董事长李某获悉洪某的研究方向便向其咨询收购股份事宜,洪某因此了解到上述内幕信息并买入B公司股票,共获利800余万元。该案的辩护方提出洪某不具备特定职务,不应被认定为内幕信息的知情人员,并且洪某同李某也不属于关系密切人,李某主动向洪某进行私人咨询,洪某同样不属于内幕信息的非法获取人员,但审判机关未认可辩护意见。^②(2)“被告人未实际获得内幕信息”。该种情形指辩护方主张成立内幕信息的知情人员除了应具备特定职务外,还必须证明其实际获得内幕信息,而审判机关未采纳辩护意见。例如,广某系某证券公司投资银行部副总监、A公司首次公开募股和持续督导保荐代表人。2013年12月25日,广某根据其专业判断和同事工作的调整,推断A公司某项重大业务可能出现变故,于是在2013年12月26、27日告知其朋友谭某减持A公司股票,卖出金额共计2400余万元,2013年12月28日,广某收到A公司某重大业务失败的邮件通知。由于A公司的股票后期出现上涨,因此谭某于2013年12月26、27日卖出股票的行为,不存在应避免的损失。该案辩护方提出虽然广某的职务符合证券法规定的知情人员职务类别,但是广某在内幕信息生成后并未在第一时间获得内幕信息,在其未实际获取内幕信息时建议他人进行相

^① 围绕犯罪主体认定产生的“辩审冲突”样本为41个,此处两种类型的犯罪主体的总数为46个,是因为在样本中存在同时包含两种类型人员的判决。

^② 在该案的判决书中审判机关回避了洪某究竟是属于内幕信息知情人员还是属于非法获取人员的问题。参见辽宁省高级人民法院(2020)辽刑终249号刑事裁定书。

关的交易,不成立内幕交易、泄露内幕信息罪,但审判机关未认可辩护意见。^①

由此可见,关于知情人员的犯罪主体认定问题,辩护方与审判机关的认知差异主要表现在对“特定职务”的理解和对“实际获得内幕信息”能否认定知情人员两个方面的必要条件。而产生这种冲突的根源,正是源于对相关法律条文的不同解读。根据1997年《刑法》第180条第3款的规定:“内幕信息、知情人员的范围,依照法律、行政法规的规定确定。”《解释》也规定,证券、期货交易内幕信息的知情人员由《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)、《期货交易管理条例》确定。因此,对知情人员这一犯罪主体的认定实际上是遵循行政法规的规定。2019年修订的《证券法》采用列举的方式,列明了9类知情人员,而2017年修订的《期货交易管理条例》则先规定了知情人员的概念,再辅以列举的方式列明了3类人员。尽管《证券法》和《期货交易管理条例》近年来都进行了修订,对知情人员的范围进行了进一步细化,但是依然未能明确其核心特征,^②留下了大量的差异性解读空间,进而也引发了关于内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体认定的“辩审冲突”。

2. 对非法获取内幕信息人员特殊主体身份认定的“辩审冲突”

表3 样本中非法获取内幕信息人员成立犯罪主体“辩审冲突”的基本情况

类型	不属于关系密切人、近亲属	未采用非法手段获取内幕信息	被动型获悉内幕信息	获悉已经过多次传递的信息
数量	14	7	6	2
比例	48%	24%	21%	7%

如表3所示,在样本中辩护方对非法获取内幕信息人员犯罪主体认定问题提出的主张可以分为以下4类:(1)“不属于关系密切人、近亲属”。该种情形指辩护方认为被告人与内幕信息知情人员不具有特定的关系,不成立特定身份型获取内幕信息的人员,但审判机关未采纳辩护意见。例如,辩护方认为被告人石某甲系内幕信息知情人员何某的丈夫石某乙的妹妹,石某甲不是知情人员的近亲属或关系密切人,但审判机关提出二者有亲属关系,并且经常共同居住在某镇,可以认定石某甲与内幕信息知情人员何某关系密切,属非法获取内幕信息人员。^③(2)“未采用非法手段获取内幕信息”。该种情形指辩护方认为被告人获取内幕信息未采用非法手段,不成立非法手段型获取内幕信息的人员,但审判机关未采纳辩护意见。例如,被告人成某在其住所听到A公司董事长叶某与他人的电话商谈内容,获悉叶某决定对A公司进行重大资产重组的内幕信息,随后购买A公司股票,交易金额为1000余万元。后由于A公司重组失败,成某浮亏近200万元。辩护方认为成某不是非法窃听,而是在无意间听到,不能视为使用了非法手段,审判机关未认可辩护意见。^④(3)“被动型获悉内幕信息”。该种情形指辩护方认为被告人未主动积极联系内幕信息知情人员,而是知情人员主动告知其内幕信息,不成立积极联系型获取内幕信息的人员,而审判机关未采纳辩护意见。例如,毕某系内幕信息知情人员芮某的高中同学,芮某在春节回老家期间主动告知毕某A公司正在和大型国企进行科技合作,可以关注一下A公司的股票,

^① 参见广东省高级人民法院(2018)粤刑终1315号刑事裁定书。

^② 参见李振林:《“非法获取内幕信息人”的理据辨正与司法廓清》,《政治与法律》2022年第5期。

^③ 参见广东省中山市第二人民法院(2015)中二法刑二初字第243号刑事判决书。

^④ 参见上海市第一中级人民法院(2021)沪01刑初23号刑事判决书。

毕某遂买入 A 公司股票,后获利 600 余万元。辩护方认为内幕信息系芮某告知毕某的,并且二人不属于密切关系人,但审判机关未认可辩护意见。^① (4)“获悉已经过多次传递的信息”。该种情形指辩护方认为被告人并非从知情人员处获得信息,而是从非法获取内幕信息人员处获取的内幕信息,不成立积极联系型获取内幕信息的人员,但审判机关未采纳辩护意见。例如,范某从内幕信息知情人员郭某处获悉 A 公司将进行重大资产重组的内幕信息后,又将该内幕信息泄露给张某,张某购买 A 公司股票,获利 900 余万元。张某的辩护人指出,张某未采用非法手段获取内幕信息,不属于内幕信息知情人员的特定关系人,也未积极联系内幕信息知情人员,不属于非法获取内幕信息人员,但审判机关未采纳该辩护意见。^②

与知情人员成立犯罪主体不同,对非法获取内幕信息人员成立犯罪主体的认定并未依托外部法律规范,而是需要在刑法的体系框架内进行解释。仅就刑法条文的规定看,何为“非法”可以有手段非法、目的非法、结果非法等多种解释思路。《解释》将“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”分为 3 种类型:(1)利用非法手段获取内幕信息的,即利用窃取、骗取等非法手段获取内幕信息;(2)利用特定身份获取内幕信息的,即内幕信息知情人员的近亲属或关系密切人;(3)积极联系获取内幕信息的,即与内幕信息人员联络、接触的人员。^③ 在样本中辩护方对非法获取内幕信息人员犯罪主体认定问题提出的辩护意见也是围绕上述 3 种类型展开的,但是司法解释的规定并未能完全“定分止争”,在司法实务中 3 类非法获取内幕信息人员的犯罪主体认定问题都存在一定的“辩审冲突”。

二、该罪犯罪主体认定“辩审冲突”根源探究

对“知情”和“非法获取”关键词的差异性解读引发的“辩审冲突”仅是表象,许多学者都试图还原对关键词进行不同解读的根本原因,然后发现其不同的理论依据并比较不同理论的优劣,进一步提出基于不同理论依据建构的解释进路。然而,这种研究思路是立足于理论差异本身的,并未能同司法实务紧密结合。通过对内幕交易、泄露内幕信息罪的司法实务进行考察可以发现,引发该罪犯罪主体认定“辩审冲突”的根本原因,并非辩护方与审判机关依据的理论观点之争,而是对罪名适用的刑法合理边界之争。谈及内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体认定的理论依据,信义理论和市场理论是被提及最多的两种理论。许多学者认为对内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体的认定,基本就是对上述两种理论的不同选择。例如,有学者将内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体认定的争议称为对“信义进路”与“市场进路”的选择;^④也有学者提出仅有“信义(信赖)关系理论”和“信息平等理论”两种国际惯例;^⑤还有学者提出内幕交易、泄露内幕信息罪的争议实际上就是“信义关系理论”与“市场理论”的理论争议。^⑥ 值得注意的是,目前学界大多关注两

^① 参见湖北省荆州市中级人民法院(2017)鄂 10 刑初 14 号刑事判决书。

^② 参见上海市第二中级人民法院(2018)沪 02 刑初 99 号刑事判决书。

^③ 参见苗有水、刘晓虎:《〈关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2012 年第 15 期。

^④ 参见傅穹、曹理:《内幕交易规制的立法体系进路:域外比较与中国选择》,《环球法律评论》2011 年第 5 期。

^⑤ 参见曾洋:《证券内幕交易主体识别的理论基础及逻辑展开》,《中国法学》2014 年第 2 期。

^⑥ 参见李振林:《“非法获取内幕信息人”的理据辨正与司法廓清》,《政治与法律》2022 年第 5 期。

种理论的差异或冲突,而忽略两种理论背后其实具有共通的一致性目的,二者在本质上都是为划定内幕信息领域的刑法介入边界而进行的理论设计。

(一)基于犯罪手段特征建构的信义理论

信义理论是美国各联邦法院在英美法“欺诈”法律概念的基础上通过一系列个案裁判建构并逐步完善的理论。^①在美国法律中并没有独立的关于内幕交易、泄露内幕信息犯罪的规定,对泄露内幕信息犯罪刑事责任的评价,往往以1934年的《美国证券交易法》和美国证券交易委员会的规则为基础,以使用欺诈手段进行证券交易为由,对非法利用内幕信息的行为进行处罚。^②根据英美法的传统,成立欺诈犯罪必须同时具备以下条件:其一,行为人进行了不符合客观事实的陈述;其二,行为人虚假陈述的事实涉及重大利益;其三,行为人明知进行虚假陈述会诱导被害人对其虚假的事实产生信赖;其四,被害人因信赖行为人的虚假陈述遭受了损失。^③因此,成立内幕信息犯罪的犯罪主体,行为人必须是未履行一定的“信赖义务”。

1980年,美国联邦最高法院在判例中首次明确提出了“内部人”的概念。典型的内幕信息犯罪主体通常是对股东等具有信赖关系的公司内部人。在律师事务所、会计师事务所等服务机构中能够临时接触到内幕信息的工作人员,同样负有临时信赖义务,可以作为临时内部人成为内幕信息犯罪的犯罪主体。^④1983年,美国联邦最高法院在判例中进一步明确从“内部人”处获得内幕信息而买卖证券的个人可以成立内幕信息犯罪的犯罪主体,但对非法获取人的责任承担作出了限制:首先,非法获取人必须实际获取重大且未公开之内幕信息,并利用该内幕信息进行了相关的证券交易;其次,非法获取人明知或应当明知内部人是违反信赖义务将内幕信息泄露给自己;最后,非法获取人必须因非法利用内幕信息而获利。^⑤根据上述判例确立的原则,从“内部人”处获得内幕信息的人员并不必然成立内幕信息犯罪的犯罪主体,其只有满足一系列条件,负有一种同“内部人”共同的信赖义务,才能成为非法获取内幕信息犯罪的犯罪主体并承担相应的刑事责任。

2000年,美国证券交易委员会以上述判例确立的规则为基础,明确划定了内幕信息犯罪“内部人”以外负有信赖义务的犯罪主体范围。笔者认为其从整体上可以分为以下3类:其一,因保密承诺引发的信赖义务。行为人明示同意对内幕信息承担保密义务,其也负有信赖义务。其二,因保密期待引发的信赖义务。行为人与“内部人”有相关历史、模式或经验为基础,行为人在获取内幕信息时明知或应当知道“内部人”对内幕信息有保密期待,其也负有信赖义务。其三,因亲密关系引发的信赖义务。行为人与“内部人”的配偶、父母、子女或兄弟姐妹具有特殊关系时,行为人继受“内部人”的信赖义务,除非行为人能够提出证据证明其对获取的内幕信息不存在明知或应当知道应进行保密的可能性。^⑥

^① See Donald C. Langevoort, Rereading “Cady, Roberts”: The Ideology and Practice of Insider Trading Regulation, 99 Columbia Law Review, 1319-1343 (1999).

^② 参见宋颀阳:《内幕交易罪犯罪主体识别理论之检讨——以美国法为视角的分析》,《法学》2019年第3期。

^③ See Joel Seligman, Troy Paredes Louis Loss, Fundamentals of Securities Regulation, Aspen Publishers, 6th edition (October 27, 2011), p.770.

^④ See Chiarella v. United States, 445 U.S. 222 (1980).

^⑤ See Dirks v. SEC, 463 U.S. 646 (1983).

^⑥ See 17 C.F.R. § 240.10b5-2, 65 Fed. Reg. 51, 738 (Aug.24, 2000).

(二) 基于犯罪侵害法益特征建构的市场理论

证券市场的平稳运行和公众对市场有信心是经济增长的重要条件。一个完整、高效和透明的证券市场的建立需要公众对信息的获取具有平等的地位,而内幕信息的泄露损害了金融市场的公平性以及公众对证券和衍生品的信心。因此,持市场理论者认为,内幕交易的本质特征在于行为人从内幕信息中获取了不公平的利益,损害了不知情的第三方的利益,进而损害了金融市场的完整性和投资者的信心。^①

市场理论最早也是由美国的司法判例所建构。1961年,美国法院的判例确立了获悉内幕信息的人都负有“公布消息否则禁止买卖”义务的基本立场,内幕信息犯罪的犯罪主体不限于公司内部人,因特定关系获取内幕信息的人员同样被禁止利用内幕信息与不知情人的第三方进行交易以获取利益。^② 1968年,美国联邦第二巡回法庭的判例将内幕交易犯罪的犯罪主体扩展到任何获悉内幕信息的人。获悉内幕信息的人都负有禁止泄露、利用内幕信息的义务。^③ 市场理论虽然最早在美国被提出,但是该理论并未在美国成为通行的理论。1983年,美国联邦最高法院在判例中实际上推翻了上述两个判例所持的市场理论立场。然而,市场理论却被美国以外的其他国家和地区所借鉴,如澳大利亚、德国等国都基于市场理论建构了新的内幕信息犯罪体系。^④ 欧盟也在2014年颁布新的《市场滥用条例》,将内幕信息犯罪的犯罪主体规定为任何因以下原因而掌握内幕信息的人:(1)作为发行人或上市公司的行政、管理或监督机构的成员;(2)持有发行人或上市公司股份的人;(3)通过工作、专业或职责获得信息的人;(4)通过犯罪活动获得信息的人;(5)在其他情况下掌握内幕信息的人,而该人知道或应当知道该信息是内幕信息。^⑤ 尽管前几类主体还需要满足一定的职务要求或非法手段要求,但是最后一类主体的界定实际上是将该类犯罪的犯罪主体扩展到一般主体。

(三) 信义理论和市场理论所具有的刑法边界功能

对刑法边界的讨论最初起源于社会契约理论对国家权力合法性的论证。由于在社会契约理论的模型中,国家刑事处罚权来自全体公民的权利让渡,因此,国家刑事处罚权必须限定在公民授权的界限内,不能超出特定的边界。^⑥ 然而,由于社会契约理论是建构的理论,并不是以真实的契约内容为基础,而国家刑罚权从理论到实践需要更为具体的标准来界定,针对什么样的行为,国家才能运用刑罚权,这种对刑法边界的审视同样适用于诸如内幕信息犯罪之类的具体犯罪领域。^⑦ 从上文对信义理论和市场理论的溯源以及特征分析可以发现,尽管二者对于内幕信息犯罪的犯罪主体的认定标准不同,但是其理论基础并不冲突。如果说信义理论是从内幕信息犯

^① See Donald C. Langevoort, Rereading “Cady, Roberts”: The Ideology and Practice of Insider Trading Regulation, 99 Columbia Law Review, 1319-1343 (1999).

^② See In Re Cady Roberts & Co., 40 SEC 907 (1961).

^③ See SEC v. Texas Gulf Sulfur Co., 401 F.2d 833 (2d Cir. 1968).

^④ 参见曾洋:《证券内幕交易主体识别的理论基础及逻辑展开》,《中国法学》2014年第2期。

^⑤ See Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0596>, 2022-11-22.

^⑥ 参见[德]洛塔尔·库伦:《论刑法与宪法的关系》,蔡桂生译,《交大法学》2015年第2期。

^⑦ 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第12页。

罪的构成特征来对犯罪主体进行限制的话,那么市场理论则是着眼于此类犯罪的危害性从法益保护的维度来展开的。实际上,即便是目前被认为采纳了信义理论的美国,也认可市场理论所倡导的法益保护的主张。例如,2016年,在美国联邦最高法院的判例中,尽管其坚持了信义理论,但是却同样认可公诉方提出的内幕信息的泄露导致信息获取人利用了只能用于上市公司经营目的的信息,由此带来的内在不公平,损害了证券金融市场的公平和公众的信赖。^①

因此,信义理论并非不关注保护证券市场公平的重要性,而是认为有必要对内幕交易、泄露内幕信息行为追究刑事责任进行一定的限制,以避免刑事制裁手段在金融领域的过度扩张使用。因为如果将犯罪主体扩张到所有知悉内幕信息的主体,那么就会导致所有证券、期货市场的参与者都负有“回避”内幕信息的义务。行为人在任何场合主动获取或被动接收内幕信息后,都会被禁止交易或者对外披露,这将影响公众对证券、期货市场正常咨询的获取和分析。^②因此,信义理论选择通过考查行为人是否负有“信赖义务”对内幕信息犯罪主体进行一定的限定,以避免在该领域的国家刑罚权行使超过合理的边界。同样,市场理论虽然不采用“信赖义务”来对犯罪主体进行限定,但是依然需要通过其他规则进行限定。例如,欧盟在采用市场理论的同时,也确立了内幕信息获取人与获知内幕信息途径之间应当具有因果关联性和非偶然性的标准,限定内幕信息犯罪主体的范围。^③因果关联性标准,是对因职务直接获悉内幕信息主体的限定,其主体类似于我国刑法中的知情人员。因果关联性标准要求行为人的职务与其获取内幕信息之间应当具有客观上的因果关联性。非偶然性标准,是对间接获取内幕信息主体的限定,其主体类似于我国刑法中的非法获取人员。非偶然性标准要求行为人获取内幕信息的途径应当是在明确的预期目的下有计划地积极获取,排除在日常生活中因他人的偶然性泄露而获悉内幕信息的情形。

三、该罪犯罪主体认定标准的合理界定

(一)立法层面:基于信义理论的内幕交易、泄露内幕信息罪“合边界审视”

“合边界审视”,是指判定刑法扩张是否超出基于刑法公权力谦抑性而限定的边界,是每一次刑法适用都应当被反复衡量的问题。“刑法合边界”问题,主要是围绕合理限制和确定国家刑事处罚权的标准而展开的,与此相关的理论依据主要是法益原则和危害性原则。^④

法益概念最早由19世纪中期德国学者比恩鲍姆提出,但那时法益概念并不具有进行“合边界审视”的功能,^⑤直至20世纪中期,在德国刑法学界对纯违反道德行为能否被定罪的讨论中,法益被用来否定“纯粹道德性犯罪”,并基于法益提出了刑罚都直接受到法益制约的主张,法益原则才被普遍认可具有限定国家刑罚权的功能。^⑥在内幕信息犯罪领域,德国自然秉承了法益原

^① See *Salman v. United States*, 580 U.S.(2016).

^② See Donald C. Langevoort, Rereading “Cady, Roberts”: The Ideology and Practice of Insider Trading Regulation, 99 *Columbia Law Review*, 1319—1343(1999).

^③ 参见主力军:《欧盟禁止内幕交易制度的立法实践及启示》,《政治与法律》2009年第5期。

^④ 参见田刚:《数据安全刑法保护扩张的合理边界》,《法学论坛》2021年第2期。

^⑤ 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,王世洲译,法律出版社2005年版,第15页。

^⑥ Vgl. Hubert Bacia, Maß für Maß oder die Wiedergeburt des Alten: Eine Kritik des Besonderen Teiles eines Alternativ-Entwurfs zum Strafgesetzbuch (Sexualdelikte etc), 2(1) *Kritische Justiz* 50—57 (1969).

则,希望通过限定法益来限制刑罚权的扩张,因而采用了市场理论。^①而危害原则起源于19世纪自由主义政治哲学,^②其强调国家的刑罚权应当适用于出现合法利益被损害的情形,强调追究刑事责任必须具有明确、可指向的利益损害。^③具体到内幕信息犯罪领域,由于其利益损害是不确定的金融市场参与者以及抽象的市场公平和信心,因此美国司法机关通过引入违背“信赖义务”来强化这种损害的具体性和现实性。

在对行为适用刑法时不能只考虑必要性,更需要考虑“合边界性”。基于内幕交易、泄露内幕信息罪的行政犯属性,我国在立法方面对该罪名的限定必然要结合刑法和行政法进行综合考察。从刑法的规定看,尽管内幕交易、泄露内幕信息罪对犯罪主体并未进行明确的限定,但是在新增设的利用未公开信息交易罪中,1997年《刑法》第180条第4款对犯罪主体进行了明确的限定:其一,必须是特定单位的工作人员(包括证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员);其二,必须利用因职务便利获取内幕信息以外的其他未公开的信息。由该款的规定可以看出刑事立法对利用未公开信息交易罪秉持明确的信义理论立场,而考虑到其与内幕交易、泄露内幕信息罪规定在刑法同一条文之中,基于维护刑法体系性的考虑,对内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体的认定也应当持相同的立场。

从相关的行政法规定看,《证券法》和《期货交易管理条例》基本上也是秉持信义理论的立场,强调犯罪主体的特定职务身份,特别是《期货交易管理条例》对知情人员特征的界定更是明显体现了这一立场。而更能体现出相关行政立法目的的是2021年修订的《上市公司信息披露管理办法》。2006年颁布的《上市公司信息披露管理办法》第4条规定:“在内幕信息依法披露前,任何知情人不得公开或者泄露该信息,不得利用该信息进行内幕交易。”此处的“知情人”不同于刑法中的“知情人员”,该条规定实际上是将禁止泄露内幕信息和禁止交易的义务扩展到所有知悉内幕信息的人员。2021年修订的《上市公司信息披露管理办法》将原规定修改为“在内幕信息依法披露前,内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人不得公开或者泄露该信息,不得利用该信息进行内幕交易。任何单位和个人不得非法要求信息披露义务人提供依法需要披露但尚未披露的信息”。显然,修订的《上市公司信息披露管理办法》对原有的主体范围进行了限缩,体现了行政法规的立法本意。

综上所述,我国理论界和实务界对于内幕交易、泄露内幕信息罪侵犯的法益并不存在普遍性的争议,从1997年立法之初,学界便提出了内幕交易犯罪侵犯的法益是“国家对证券市场的管理秩序和其他投资者的合法权益”。^④该观点同秉持市场理论者对于泄露内幕信息犯罪侵害的法益的理解是一致的,但是并不能据此认为我国采用了市场理论。也有论者提出我国应秉持市场理论,“提倡构建禁止‘任何知情人’利用内幕信息从事交易的证券交易主体基本规则”。^⑤但是,

^① 参见曾洋:《证券内幕交易主体识别的理论基础及逻辑展开》,《中国法学》2014年第2期。

^② 参见[德]埃里克·希尔根多夫:《德国刑法学:从传统到现代》,江溯、黄笑岩等译,北京大学出版社2015年版,第246~251页。

^③ 参见[英]安德鲁·冯·赫尔希:《法益概念与损害原则》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》2009年第1卷,北京大学出版社2009年版,第187页。

^④ 参见马克昌:《论内幕交易、泄露内幕信息罪》,《中国刑事法杂志》1998年第1期。

^⑤ 曾洋:《证券内幕交易主体识别的理论基础及逻辑展开》,《中国法学》2014年第2期。

从立法选择看,我国立法者还是明确选择了信义理论,对内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体的范围进行了一定的限制。

(二)司法态度:坚守文义解释的基本立场

在明确我国立法秉持信义理论的基础上,再回到司法实务中的具体争议可以发现,内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体认定的“辩审冲突”实际上来源于辩护方与审判机关在一定程度上都没有坚持文义解释,而是选择了限缩解释或扩张解释的思路,从而导致彼此之间产生严重的冲突。坚持文义解释的基本立场进行解释,应当成为减少“辩审冲突”进而实现“辩审良性互动”的有效进路。

1.对知情人员应基于特定职务进行解释

首先,关于“特定职务”的解释问题。根据《证券法》和《期货交易管理条例》的规定,知情人员基本上都要具备特定的职务,但是其中存在较大的模糊地带。例如,对《证券法》中的“公司任职人员”和“公司业务往来人员”的认定,以及对《期货交易管理条例》中的“其他由于任职”和“其他有关部门的工作人员”的认定就存在较大的模糊地带。以《证券法》为例,其规定的“任职人员”是仅限于其职务与公司内幕信息有关的公司人员,还是可以扩展到公司内的全部成员?如果不具备参与重大决策职务的普通上市公司员工在公司中无意听到有关重大决策的内幕信息,那么其是否属于知情人员?同理,其规定的“业务往来人员”是限定在业务本身系内幕信息的一部分业务往来的人员,还是扩展到与公司业务有任何关联的人员?

其次,关于“实际获得内幕信息”的解释问题。《证券法》并未明确规定认定“知情人员”是否要实际获得内幕信息,但其对部分主体作出了“可以获取内幕信息”的限定,而《期货交易管理条例》则直接规定知情人员应当系“能够接触或者获得内幕信息的人员”。对此,在司法实务中辩护方普遍认为,上述规定已经明确内幕交易、泄露内幕信息罪的知情人员必须是实际获得内幕信息的人员;然而,审判机关却认为上述规定仅是对相关主体在职务上接触、获取内幕信息可能性的描述,并未要求实际获得内幕信息,只要行为人具备相应的职务,就可以直接推定其已经获得内幕信息。笔者认为,2019年修订的《证券法》第51条规定了9项判定内幕信息知情人的标准,具体可以分为以下3类:(1)对公司业务具有控制力或影响力的单位或自然人,包括发行人、股东(持股5%以上)、实际控制人、收购人、重大交易方(包括其控股股东和实际控制人)、发行人控股或实际控制的公司,当上述主体为公司时还包括其董事、监事和高级管理人员。这为《证券法》第51条第1、2、3、5项所规定。(2)因特定职务、职责、工作可以获取内幕信息的人员,包括公司任职人员,公司业务往来人员,证券相关机构工作人员(包括证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构、证券监督管理机构),对证券发行交易或上市公司进行管理的主管部门、监管机构的工作人员。这为《证券法》第51条第4、6、7、8项所规定。(3)国务院证券监督管理机构规定的可以获取内幕信息的其他人员。这为《证券法》第51条第9项所规定。对于上述第一类主体可以不要求实际获得内幕信息,辩护方主张第一类主体也要证明其实际获得内幕信息,其实是作了限缩解释。对于后两类主体,审判机关如果主张不需要实际获得内幕信息,那么是作了不当的扩张解释。因为与第一类知情人不同,后两类知情人实际上都不具有基于职务获取内幕信息的必然性或高度可能性,不能基于一种小概率的“可以”在未经证实的情况下就直接推定其已经获得内幕信息。

2.对非法获取人员应基于严重违法性进行解释

首先应当明确的是,“非法”是认定非法获取人员的重要前提,而刑法方面的“非法”应当具有一定的严重违法性。有学者在《解释》出台前征求意见时提出,应淡化非法获取人员的严重违法属性,直接从行为人有关内幕信息知情权的维度来界定非法获取人员。这实际上是将所有知情人员以外获取内幕信息的人员都认定为非法获取人员,但该观点并未获得最高司法机关认可。^①笔者认为,《解释》对非法获取人员所规定的3种类型,应当基于严重违法的视角,从不同类型的处罚正当性着手进行解读。非法手段型非法获取人员的可罚性在于行为人获取内幕信息目的和手段的非正当性;特定身份型非法获取人员的可罚性在于特定关系的存在,行为人应被视为内幕信息知情人员,具有利益一致性和信息共享性,同样应当遵守相同的禁止交易和保密义务;积极联系型非法获取人员的可罚性是行为人通过积极追求不应当公开的内幕信息,获取不正当的信息优势,有着明显的非法目的性。基于上述理念,我们可以对非法获取人员的认定标准重新进行认定。

其一,关于关系密切人、近亲属的认定。此类特定关系人员能够成为非法获取人员是由于知情人与特定关系人员具有利益高度一致性,在知情人员向特定关系人泄露内幕信息的情况下,特定关系人利用该内幕信息进行交易获利,实际上同知情人员自己获利并无本质的区别,因此,利益的高度一致性应当成为信义理论下关系密切人的认定标准。^②实际上,即便依据市场理论,对此类特定关系人的认定也是坚持了严格限定的立场。例如,欧盟《市场滥用条例》仅规定了4类特定关系人:其一,配偶或根据国内法被视为与配偶相当的伴侣;其二,依国家法律规定的子女;其三,在交易期间在同一家庭居住至少一年的亲属;其四,为知情人的利益而设立,或者其经济利益实质上等同于知情人经济利益的法人、信托或合伙企业及其管理人员。^③因此,不能随意将亲属、同学、朋友等关系认定为密切关系,必须证明行为人与后者具有明显的利益一致性,在样本中审判机关对于此类主体秉持扩大解释的思维并不可取。

其二,关于利用非法手段获取内幕信息的认定。关于非法手段型非法获取内幕信息人员的认定标准,《解释》列举了窃取、骗取、套取、窃听、利诱、刺探、私下交易等行为方式作为客观特征,但在具体认定此类犯罪主体时,应当同时考察主观和客观两个方面。在主观方面,行为人必须明确认识到其获取的信息是内幕信息,并且其获取内幕信息的目的是利用该内幕信息非法获取利益;在客观方面,行为人必须是通过非正当手段实际获取了内幕信息。这种利用不正当手段的严重违法性体现在两个方面:其一,当行为人违背内幕信息来源人的意志,即内幕信息来源人在主观上不希望泄露内幕信息给行为人时,行为人采用窃取、骗取、套取、窃听、刺探等非法手段获取内幕信息,直接损害了内幕信息来源人的保密义务,其手段本身也损害了内幕信息来源人的利益;其二,当行为人利用利诱、私下交易等非法手段与内幕信息来源人达成一致,内幕信息来源人主动向行为人泄露内幕信息时,行为人实际上与内幕信息来源人构成共同犯罪关系,行为人也要承担内幕信息来源人泄露内幕信息的法律责任。

^① 参见陈国庆、韩耀元、王文利:《〈最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉解读》,《人民检察》2012年第11期。

^② See *Salman v. United States*, 580 U.S.(2016).

^③ See Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0596>, 2022-11-21.

其三,关于被动型获悉内幕信息的认定。在当前的司法实务中确实频繁出现不具备特定关系,仅被动获悉内幕信息被认定为非法获取内幕信息的案例。^① 据此有学者主张,被动型获取内幕信息的人应全部认定为非法获取内幕信息人。^② 也有学者主张,在原则上认可被动型获取内幕信息的人属于非法获取内幕信息人员的基础上,对于一些具有偶然性因素的被动获取行为,如在公共场所无意听到等情形,可以进行除罪化处理。^③ 从《解释》的立法本意看,将被动型获取内幕信息人员认定成立内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪主体,是持一种慎重态度的。被动型获悉内幕信息的人员从事内幕交易或者泄露内幕信息的情形十分复杂,在司法实践中难以准确把握,出于审慎考虑,《解释》未将被动型获悉内幕信息的人员明确规定为非法获取内幕信息的人员。因此,《解释》的制定者所秉持的基本立场是:非法手段型获取内幕信息的人员和积极联系型获取内幕信息的人员都是主动获取内幕信息;而特定身份型获取内幕信息的人员,既可以是主动获取内幕信息,也可以是被动获取内幕信息。该立场也被人民法院的刑事判决书所体现。^④ 笔者认为,被动型获取内幕信息的人员,在市场理论的视阈下,此时行为人由于在被动获悉内幕信息后从事了相关的交易活动,具有一定的可谴责性,但在信义理论的视阈下,行为人获悉内幕信息行为本身并不具有非法性,在其不具备特定身份时,对其自身所负有的保密义务不能过于苛责,不宜对其附加过高的禁止性刑事义务。

其四,关于获取已经过多次传递信息的认定。对于当前司法实务界将获取已经过多次传递的内幕信息的行为人作为内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体的做法,理论界存在较大的争议。有学者提出目前司法实务界对获取已经过多次传递的内幕信息行为人的行为进行刑事责任追究,主要是受证据认定方面的困难所限,在实体方面无论内幕信息经过几次传递,只要行为人在主观上认识到这是内幕信息,就可以成立内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪主体。^⑤ 但是笔者认为,在内幕交易、泄露内幕信息罪的两类犯罪主体中,知情人员获得的内幕信息可以视为基于自身职务而获得的“直接信息”,而非法获取人员则必然是从知情人员处获得的“间接信息”。对于首次获得的“间接信息”,由于其与“直接信息”之间的传递链条较短,行为人直接继受了知情人的信赖义务,行为人从事内幕交易或泄露内幕信息,对这种信赖义务造成了严重的损害。但这种“间接信息”如果经过第二次、第三次等多次传递,后续的信息获取者对信赖义务的继受则逐渐减弱,那么行为人不宜再被视为内幕交易、泄露内幕信息罪的犯罪主体。

四、结 语

本文从“辩审冲突”的维度来分析内幕交易、泄露内幕信息罪犯罪主体的认定在司法实践中存在的争议,实际上也是提倡一种关注刑事司法实践中辩护人观点的学理研究思路。当前我国

^① 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第 118 集),法律出版社 2019 年版,第 220~227 页。

^② 参见李振林:《“非法获取内幕信息人”的理据辨正与司法廓清》,《政治与法律》2022 年第 5 期。

^③ 参见赵姗姗:《法益视角下证券内幕交易罪主体范围的规范构造》,《政治与法律》2018 年第 10 期。

^④ 参见上海市高级人民法院(2018)沪刑终 86 号刑事判决书。

^⑤ 参见苗有水、刘晓虎:《〈关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2012 年第 15 期。

学界存在两种错误的观念:其一,只有司法机关的主张才能代表刑事司法实践中的实务观点,辩护人的主张因其立场不中立而不具有代表性;其二,只有司法机关之间对法律适用出现不一致的观点,才属于司法实务中的争议,辩护人因其“对抗”司法机关的定位,其观点与司法机关不一致是合理的现象。然而,在刑事司法实践中普遍存在“控辩冲突”,是因为辩护人与公诉人本身就存在一定的对抗性,而审判机关由于其处于居中裁判的超然地位,应当是辩护人努力说服的对象,当辩护人提出的主张未被审判机关采纳时,并不必然产生冲突。“辩审冲突”只有在辩护方质疑审判机关未遵循法律规定或滥用自由裁量权时才会出现。实际上,辩护方、公诉方、审判方三方确实存在不同的立场,但作为法律共同体,三方都是以法律为依据提出有利于自身立场的观点,是站在不同的立场上对法律的适用进行解读,这种站在不同立场上的解读对于刑事司法实务而言是不可或缺的,因此对辩护方的普遍主张同样应当作为司法实务中的代表性观点予以重视。辩护方是刑事法律共同体的重要组成部分,辩护人的主张同审判机关的主张一样,都是刑事司法实务观点的代表,二者的冲突也是司法实务中的矛盾集中点,对此应当予以重视并积极探索化解之道。

Abstract: Through the statistical analysis of the judgments of 103 insider trading and the leakage of insider information cases in the past 11 years, it can be found that the number of applications of insider trading and the leakage of insider information crimes has increased significantly, and the identification of the subject of the crime in judicial practice has also generated great controversy. Focusing on two identification standards of criminal subjects as “informed persons” and “illegally obtained persons”, there is an obvious conflict between the defense and the court, and it is actually the misreading of fidelity theory and market theory by both sides behind the appearance of the conflict. In terms of legislation, China has actually clearly adhered to the position of restricting the crime of insider trading and the boundaries of criminal law for the leakage of insider information according to fidelity theory. Both the defense and the court should adhere to the basic position of textual interpretation in criminal justice, and two types of criminal subjects of “informed persons” and “illegally obtained persons” should be interpreted based on the specific job attributes and serious illegality respectively, so as to reduce “defense conflict” and to promote the “benign interaction between defense and trial”.

Key Words: the crime of insider trading and leakage of insider information, the subject of the crime, criminal defense, the conflict between the defense and the court
