

# A Guide to Criminal Justice

彭东/主编

## 本集要目

### 【刑法适用】

内幕交易犯罪司法实践疑难问题研究

### 【司法前沿】

外国人犯罪案件审查起诉工作中的实践与思考  
——以北京地区的司法实践为样本

### 【证据运用】

论证据转化为定案根据的条件

### 【法律释义】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解和适用

### 【疑案剖析】

受贿罪犯罪未遂与“及时退交”情形的区分与认定  
——郑某某受贿案评析

总第55集

# 刑事司法指南



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

# 刑事司法指南

2013 年第 3 集(总第 55 集)

主 编：彭 东

副 主 编：王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

侯亚辉 张凤艳

执行主编：侯亚辉



法律出版社

[www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

法律门  
Access To  
LAW

[www.falvm.com.cn](http://www.falvm.com.cn)

## 图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2013年. 第3集:总第55集/  
彭东主编. —北京:法律出版社, 2013. 11

ISBN 978-7-5118-4671-6

I. ①刑… II. ①彭… III. ①刑法—研究—中国②刑事  
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第263761号

© 法律出版社·中国

责任编辑/程岳

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/翟国磊

开本/A5

印张/6.125 字数/136千

版本/2013年12月第1版

印次/2013年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4671-6 定价:24.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 《刑事司法指南》

## 2013年第3集(总第55集)

---

### 顾问委员会

总顾问:高铭暄 陈光中 王作富 姜伟

顾问:(以姓氏笔画为序)

卞建林 龙宗智 何家弘 张仲芳  
张明楷 陈卫东 陈兴良 郎胜  
赵秉志 梁根林 阎敏才

---

### 编辑委员会

主编:彭东

副主编:王军 聂建华 黄河 史卫忠  
侯亚辉 张凤艳

编委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 刘岳 齐涛 孙铁成  
李景晗 张书铭 张玉梅 张志强  
张希靖 张晓津 张寒玉 尚洪涛  
陈莺成 金威 贺湘君 高锋志  
曹红虹

---

通讯编委:王新环 赵志辉 赵智慧 周东曙  
马迎春 孙刚 刘艳华 刘凌轩  
李宁 王冠军 沈雪中 谢强  
施忠华 黄秀强 冯祖强 蒋万云  
孟国祥 程华荣 罗树中 沈丙友  
农中校 徐振华 冉劲 雷秀华  
李晓红 袁江 周亦峰 谭鹏  
柳小惠 孙文胜 冯明杰 蒋雪智  
张宏勋 王秀会

---

执行编委:张晓津 李莹 罗曦

---

# 目 录

## 【刑法适用】

- 内幕交易犯罪司法实践疑难问题研究…… 谢 杰 兰跃军( 1 )  
从盗窃罪与诈骗罪的关系反思诈骗罪的成立条件  
…… 王永茜( 47 )  
《刑法修正案(八)》中“入户盗窃”行为之理解与适用  
…… 郭志平 许 航( 70 )

## 【司法前沿】

- 外国人犯罪案件审查起诉工作中的实践与思考  
——以北京地区的司法实践为样本  
…… 田向红 孙 华( 84 )  
新媒体时代办理热点、敏感案件实证研究  
——以检察机关刑事司法实践为视角 …… 孟国祥( 95 )

## 【证据运用】

- 论证据转化为定案根据的条件 …… 赵学武 凌志敏( 111 )  
非法证据排除规则之公诉人应对策略 …… 李光林( 122 )

## 【法律释义】

- 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案

- 件适用法律若干问题的解释》的理解和适用  
..... 陈国庆 韩耀元 宋 丹(131)
- 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安  
全刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用  
..... 陈国庆 韩耀元 吴峤滨(150)

### 【疑案剖析】

- 受贿罪犯罪未遂与“及时退交”情形的区分与认定  
——郑某某受贿案评析 ..... 张桂彤(173)
- 多因一果情况下渎职犯罪因果关系的判断  
——析梁某锋玩忽职守、受贿案 ..... 张 茉(180)

【刑法适用】

# 内幕交易犯罪司法实践 疑难问题研究

谢 杰 兰跃军\*

## 目 次

- 一、内幕信息知情人员认定问题
  - (一) 证券内幕信息知情人员
  - (二) 期货内幕信息知情人员
- 二、内幕信息非法获取人员认定问题
  - (一) 内幕信息知情人员近亲属的认定
  - (二) 内幕信息知情人员关系密切人的认定
  - (三) 内幕信息知情人员联络人、接触人的认定
  - (四) 交易行为明显异常的认定

---

\* 谢杰,上海市宝山区人民检察院助理检察员、华东政法大学博士生、宾夕法尼亚大学法学院客座研究员;兰跃军,上海市宝山区人民检察院副检察长、上海大学法学院教授。

### 三、正当交易抗辩认定问题

(一) 预设交易计划抗辩的实践判断

(二) 预设交易计划抗辩的滥用风险

### 四、内幕信息价格敏感期认定问题

(一) 内幕信息形成时间司法判断的基本原理

(二) 内幕信息形成时间的类型化判断规则

(三) 内幕信息形成时间司法判断例外情形的个案论证

最高人民法院、最高人民检察院于2012年5月22日联合发布《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《内幕交易犯罪解释》)。作为我国首部证券期货犯罪司法解释,《内幕交易犯罪解释》对内幕信息知情人员、非法获取内幕信息人员、内幕信息敏感期、内幕交易、泄露内幕信息定罪处罚标准等证券期货犯罪刑法理论与实践中长期存在争议的刑法适用疑难问题进行了规定。<sup>①</sup>《内幕交易犯罪解释》的实施对于指导司法实务部门办理证券期货犯罪案件,强化资本市场法律监管力度,有效维护资本市场秩序,保护广大投资者合法权益,具有重大且深远的影响。<sup>②</sup>《内幕交易犯罪解释》目前是解决我国内幕交易犯罪案件疑难问题的唯一刑法解释,不仅对于参与我国资本市场的金融交易者起到了重要的规范指引作用,而且由于其规定的内幕交易犯罪刑法适用规则具有突出的创新性,在全球金融市场一体化的背景下,研究《内幕交易犯罪解释》对于丰富全球的证券期货犯罪刑法理论亦有重大意义。

---

<sup>①</sup> 杨维汉、崔清新:“惩治内幕交易犯罪 维护资本市场秩序——最高人民法院有关负责人就首部证券期货犯罪司法解释答记者问”,载《检察日报》2012年5月23日。

<sup>②</sup> 张先明:“‘两高’联合出台司法解释 指导司法机关正确办理内幕交易犯罪案件”,载《人民法院报》2012年5月23日。



但是,由于内幕交易犯罪相关实践问题具有高度复杂性,《内幕交易犯罪解释》在内幕信息知情人员与非法获取内幕信息人员认定、内幕信息重大性判断、内幕交易犯罪行为指控与抗辩、内幕交易犯罪情节认定等重大且疑难实践问题上仍然存在很多争议与困惑。对最新内幕交易犯罪司法解释进行深刻与细致的解析,能够推动证券期货犯罪刑法理论与实践更为冷静地对内幕交易犯罪问题进行审视,持续探索内幕交易犯罪刑法解释不断优化的理论支撑与发展路径。基于此,本文尝试深度剖析最新内幕交易犯罪司法解释实践运作中的疑难问题并提出司法规则优化建议,以期对惩治与防控内幕交易犯罪的理论探索与司法实践有所裨益。

### 一、内幕信息知情人员认定问题

内幕信息知情人员是内幕信息的第一手获取人员,故内幕信息知情人员司法认定是《内幕交易犯罪解释》首先解决的问题。《内幕交易犯罪解释》第1条规定,下列人员应当认定为刑法第一百八十条第一款规定的“证券、期货交易内幕信息的知情人员”:(一)证券法第七十四条规定的人员;(二)期货交易管理条例第八十五条第十二项规定的人员。可见,《内幕交易犯罪解释》罗列内幕信息知情人员司法判断所依据的法律、法规条文。但是,在《刑法》第180条明确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的基础上,刑法理论与实务对于《证券法》第74条<sup>①</sup>、《期货交易管理条例》第85条

---

<sup>①</sup> 《证券法》第74条规定:证券交易内幕信息的知情人包括:(一)发行人的董事、监事、高级管理人员;(二)持有公司百分之五以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员,公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员;(三)发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员;(四)由于所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员;(五)证券监督管理机构工作人员以及由于法定职责对证券的发行、交易进行管理的其他人员;(六)保荐人、承销的证券公司、证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员;(七)国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

第12项<sup>①</sup>分别规定了证券、期货交易内幕信息的知情人员本身并没有疑问。实践中的疑难问题在于,《证券法》、《期货交易管理条例》有关内幕信息知情人员的规定各自存在明显的缺陷,导致司法实务部门在认定相关行为主体是否构成证券、期货内幕信息知情人员时会出现困惑与障碍。

在证券内幕信息知情人员法律规定方面,《证券法》第74条在明示性地列举了上市公司董事、监事、高级管理人员等六项证券内幕信息知情人员类型之后,通过第七项“兜底条款”将国务院证券监督管理机构规定的“其他人”整体纳入知情人员范围。尽管上述规定在形式上实现了明确列举与原则概括相结合,但由于缺乏内幕信息知情人员实质标准的界定,造成证券监管机构裁量权过大,最终导致“其他内幕信息知情人员”的范围处于完全不确定的状态。与此相对应,期货内幕信息知情人员法规的规定则更为模糊。尽管《期货交易管理条例》第85条第12项从实质解释的角度将期货内幕信息知情人员的本质界定为基于职务(管理、监督、专业、职业等多方面的职务)可获取内幕信息的人员,但其具体列举的知情人员主体类型不仅极为概括,而且使用了大量“其他”人员、“有关”人员等内涵十分模糊的表述,造成期货内幕交易犯罪司法实践难以确定期货内幕信息知情人员。笔者建议,有必要准确梳理证券、期货法律、法规各自的优点与缺点,从内幕交易犯罪主体实质特征与核心类型两方面完善内幕信息知情人员的司法认定规则。

---

<sup>①</sup> 《期货交易管理条例》第85条第12项规定:内幕信息的知情人员,是指由于其管理地位、监督地位或者职业地位,或者作为雇员、专业顾问履行职务,能够接触或者获得内幕信息的人员,包括:期货交易场所的管理人员以及其他由于任职可获取内幕信息的从业人员,国务院期货监督管理机构和其他有关部门的工作人员以及国务院期货监督管理机构规定的其他人员。

### （一）证券内幕信息知情人员

司法实践中应当明确,证券内幕信息知情人员的实质特征是基于职务可获取证券内幕信息。构成《证券法》第74条第7项规定的“其他”内幕信息知情人员的行为主体,显然应当与该条前6项规定的内幕信息知情人员主体类型具有同构型特征,在《证券法》本身没有直接且明确规定的情况下,这种同构型特征的归纳正是内幕交易犯罪司法实践应当予以明确的问题。从《证券法》第74条明示性规定的证券内幕信息知情人员类型来看,其实质特征都是基于其在上市公司、上市公司控股公司、上市公司实际控制人、证券监管与服务机构等所承担的职责(包括私营部门的业务性岗位与公共部门的职务性岗位)能够获取内幕信息。因此,由于其所承担的职责可以获取证券内幕信息的人员是证券内幕信息知情人员。这样的实质性界定不仅可以将上市公司并购重组参与方及其工作人员、上市公司重大合同交易对方及其工作人员等《证券法》第74条没有明示性规定,但在实践中能够基于公务性或者业务性的职责充分接触、管理内幕信息的证券内幕信息知情人员准确纳入内幕信息知情人员范围,而且能够将上市公司的控股股东、实际控制人控制的其他公司及其董事、监事、高级管理人员等被《证券法》第74条所忽略但基于其与上市公司形成持股关系、实际控制关系能够获悉证券内幕信息的人员纳入知情人员范围。

### （二）期货内幕信息知情人员

由于我国期货市场运行机制正处于不断完善的阶段,期货交易与期货监管体系相对复杂,导致期货从业人员与监管机构工作人员的主体定位、辨识、认定等存在一定的模糊与凌乱。有必要通过司法解释明确框定期货内幕信息知情人员的主体范围,从而合理控制期货内幕信息与准确定位期货内幕交易违法犯罪的行为主体。《期货交易管理条例》规定“有关”部门工作人员经国务院

机构监管机构的认定可以构成期货内幕信息知情人员。但是,“有关”的含义过于模糊与随意,故笔者建议司法解释应当对此进行细化,将“有关”部门工作人员可以构成期货内幕信息知情人员的类型确定为以下两方面的内容:

### 1. 有关监管部门工作人员

有关监管部门包括直接负责金融监管职能的机构,主要是中国人民银行、证监会、银监会、保监会及其各地派出机构。由于我国金融行业具有多头监管的特点,其他承担部分金融监管职能的部委也应当属于有关监管部门。例如,财政部金融司的职责范围涵盖了:协调执行货币政策;拟订并监督执行银行、保险、证券、信托等非银行金融机构的资产与财务管理制度;对主权信用进行评级等。上述金融监管职责不仅直接影响金融政策进而作用于期货市场(尤其是利率期货市场),而且涉及相关金融机构资产配置信息,相关工作人员利用此类政策信息与监管信息,可以从事相关期货交易谋取个人利益。因此,发改委、财政部、审计署及其派出机构等承担部分金融监管职能的机构及其工作人员,也应当规定为期货内幕交易违法犯罪中的“有关”监管部门及其工作人员。

### 2. 有关行业协会工作人员

中国证券业、期货业、保险业、银行业、信托业协会及其地区性协会等金融行业协会工作人员应当属于期货内幕信息知情人员。同时,在履行自律监管职能过程中掌握大量期货交易市场(特别是商品期货市场)未公开信息的行业协会(例如有色金属工业协会等),此类协会工作人员在决定大宗商品期货交易价格变动的行业信息处于保密阶段时,利用行业信息优势从事私利交易或者违规抢先将信息提供给他人,也应构成期货内幕信息知情人员。

此外,应当特别强调的是,期货内幕信息知情人员并非局限于期货行业监管或者从业人员。随着金融交易产品开发日趋成熟,证券与期货交易关联性日趋紧密,证券行业人员或者上市公司人

员完全可以构成期货内幕信息知情人员。2010年4月中国金融期货交易所推出沪深300股指期货合约的交易品种,我国期货市场正式迈进金融期货时代。由于沪深300指数期货合约的涨跌直接与证券现货市场多空信息挂钩,对沪深300指数中权重较大的成分股交易价格具有重要影响且尚未公开的信息显然属于证券内幕信息,但其同样对股指期货合约交易价格具有重要影响,这种基于证券现货市场与股指期货市场关联性或者价格传递关系而对金融期货交易价格具有重要影响的未公开信息显然也是期货内幕信息。发行权重股的上市公司的内幕信息知情人员或者其他基于职务便利能够获悉此类内幕信息的金融机构、中介机构工作人员,同样应当构成期货内幕信息知情人员,其在影响权重股交易价格的上市公司内幕信息尚未公开之前,并不直接从事证券交易,而是在股指期货市场上建仓谋取个人利益的,应当构成期货内幕交易犯罪。

## 二、内幕信息非法获取人员认定问题

根据《刑法》第180条的规定,内幕信息非法获取人员是内幕交易犯罪的另一种犯罪主体类型。对于非法获取内幕信息人员的认定,证券期货犯罪刑法理论与实务中长期存在三种不同的观点:“非法手段论”认为,非法获取内幕信息人员只能是利用骗取、套取、偷听、监听或者私下交易等非法手段或者通过非法途径获取证券内幕信息的人员。<sup>①</sup>“不当获取论”认为,对“非法获取”的理解不能过于狭窄,“非法获得”应指“不该获得而获得”,其中“不该获得”是指行为人与内幕信息之间并无职务或业务上的信赖关系,也即行为人属于禁止接触或获取内幕信息的人员。<sup>②</sup>“混同认定论”采取淡化非法获取内幕信息人员独立类型特征与模糊上述意

<sup>①</sup> 王作富主编:《刑法分则实务研究(上)》,中国方正出版社2003年版,第546页。

<sup>②</sup> 刘宪权著:《金融犯罪刑法学专论》,北京大学出版社2010年版,第365页。

见分歧的方式,统一使用“内幕人”的概念将内幕信息知情人员及其近亲属、通过非法手段获取内幕信息的人员以及通过其他途径获取内幕信息的人都纳入内幕犯罪行为主体范围。<sup>①</sup>

《内幕交易犯罪解释》第2条与第3条通过联动规定非法获取内幕信息人员类型及其异常交易行为特征的创新性刑法解释技术解决上述争议:利用窃取、骗取、套取、窃听、利诱、刺探或者私下交易等手段获取内幕信息的,显然属于非法获取内幕信息人员;内幕信息知情人员的近亲属或者其他与内幕信息知情人员关系密切的人员,或者在内幕信息敏感期内与内幕信息知情人员联络、接触的人员,从事或者明示、暗示他人从事,或者泄露内幕信息导致他人从事与该内幕信息有关的证券、期货交易,相关交易行为明显异常,且无正当理由或者正当信息来源的,应当认定为非法获取内幕信息人员。

之所以将其评价为创新性解释,是因为《内幕交易犯罪解释》极为精巧的解释并未通过非法手段获取内幕信息人员的行为“非法性”,即根据交易行为事实(从事、建议从事、泄露信息导致他人从事)与交易行为评价(明显异常且无正当理由)逆向证明内幕信息知情人员的近亲属、关系密切人、敏感期的联络、接触人等非法获取内幕信息。《内幕交易犯罪解释》第2条不仅通过限制行为主体类型的方式将偶然、无意地听闻内幕信息人员排除在内幕

<sup>①</sup> 2007年中国证券监督管理委员会《证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》第6条规定:符合下列情形之一的,为证券交易的内幕人:(一)《证券法》第七十四条第(一)项到第(六)项规定的证券交易内幕信息的知情人;(二)中国证监会根据《证券法》第七十四条第(七)项授权而规定的其他证券交易内幕信息知情人,包括:1. 发行人、上市公司;2. 发行人、上市公司的控股股东、实际控制人控制的其他公司及其董事、监事、高级管理人员;3. 上市公司并购重组参与方及其有关人员;4. 因履行工作职责获取内幕信息的人;5. 本条第(一)项及本项所规定的自然人的配偶;(三)本条第(一)项、第(二)项所规定的自然人的父母、子女以及其他因亲属关系获取内幕信息的人;(四)利用骗取、套取、偷听、监听或者私下交易等非法手段获取内幕信息的人;(五)通过其他途径获取内幕信息的人。

交易犯罪行为主体之外,<sup>①</sup>而且在第3条极为详尽地列举了“相关交易行为明显异常”的核心判断指标,<sup>②</sup>实质性地提升了非法获取内

① 参见颜斐:“无意听到内幕信息不是犯罪”,载《北京晨报》2012年5月23日第A7版。无意听到内幕信息从而实施相关证券交易在国外判例中通常也不认为构成内幕交易犯罪。例如,美国证券交易委员会诉巴里·斯威策尔案。在该案中,美国证监会指控,斯威策尔在1981年6月举行的俄克拉荷马州高中运动会上无意中听到他认识的一位上市公司董事及其妻子在谈论将要进行的并购事宜。斯威策尔基于该尚未公开的上市公司并购信息从事证券交易并获利5万美元。联邦地区法院判决斯威策尔的行为不构成内幕交易。因为无意听闻内幕信息的行为主体既非内幕信息知情人员,亦非非法获取内幕信息人员,其对于内幕信息的来源并不承担任何形式的信赖(不基于信息从事交易或者泄露信息)义务,不受到披露或者戒绝交易规则的限制,故不应当将偶然听闻的内幕信息并据此从事相关证券交易的行为认定为内幕交易。参见 SEC v. Switzer, 590 F Supp 756 (WD Okla 1984)。

② 《内幕交易犯罪解释》第3条规定:本解释第二条第二项、第三项规定的“相关交易行为明显异常”,要综合以下情形,从时间吻合程度、交易背离程度和利益关联程度等方面予以认定:(一)开户、销户、激活资金账户或者指定交易(托管)、撤销指定交易(转托管)的时间与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致的;(二)资金变化与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致的;(三)买入或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与内幕信息的形成、变化和公开时间基本一致的;(四)买入或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与获悉内幕信息的时间基本一致的;(五)买入或者卖出证券、期货合约行为明显与平时交易习惯不同的;(六)买入或者卖出证券、期货合约行为,或者集中持有证券、期货合约行为与该证券、期货公开信息反映的基本面明显背离的;(七)账户交易资金进出与该内幕信息知情人员或者非法获取人员有关联或者利害关系的;(八)其他交易行为明显异常情形。应当看到,在美国内幕交易案件司法实践中,交易模式是判断行为人是否基于内幕信息从事相关证券交易的重要指标。如果控方证明涉案证券交易行为所体现出的模式化特征比较异常,则可以推论从事证券交易的行为主体持有内幕信息或者说相关证券交易依托于内幕信息。从异常交易判断规则上来看,美国联邦第九巡回上诉法院的判例规则比较有代表性:内幕交易案件中的异常证券交易是指行为人从事的证券交易行为显著地区别于其以前的交易模式,在具体判断上应当结合行为人交易相关证券的总量以及比例、交易的时间、相关交易是否与其历史交易记录或者交易习惯吻合等相关要素进行分析。参见 In re Silicon Graphics Inc. Securities Litigation, 183 F.3d 970, 986 (9th Cir. 1999); Provenz v. Miller, 102 F.3d 1478, 1491 (9th Cir. 1996)。对照上述《内幕交易犯罪司法解释》,我国内幕交易案件中的异常交易判断标准显然更为细致。

幕信息人员基于内幕信息从事内幕交易犯罪行为证明规则的明确性。

对于《内幕交易犯罪解释》第2条第1项规定的以非法手段获取内幕信息人员,实践中并不存在认定障碍,关键问题在于内幕信息知情人员的近亲属、关系密切人、内幕信息敏感期内的联络、接触人等内幕交易犯罪行为主体的判断。《内幕交易犯罪解释》第2条使用了两个非常重要的概念,即近亲属和关系密切的人员。由于刑法上的近亲属概念并不明确,首创于利用影响力受贿罪的关系密切的人员的内涵与外延在刑法理论与实务中存在较大的认识分歧,内幕信息知情人员近亲属、关系密切人认定问题显然受制于这样的现状而容易在内幕交易犯罪司法实践中产生争议。因此,亟须在理论上准确界定内幕信息知情人员近亲属、关系密切人的范围,否则《内幕交易犯罪解释》第2条第2项将难以在实践中得以有效执行。同时,司法实践中还需要结合现有的证券期货法律解释性文件与反内幕交易实践经验,进一步深度考察《内幕交易犯罪解释》第2条与第3条规定的“相关交易行为明显异常”的判断标准。

#### (一)内幕信息知情人员近亲属的认定

关于近亲属范围问题,我国《刑法》并没有专门的规定,三大诉讼法及其司法解释的界定也并不一致。<sup>①</sup>法律及相关司法解释对于近亲属的范围界定不一致,必然会导致刑法理论与实务部门对于如何认定内幕信息知情人员近亲属产生较大争议。笔者认

<sup>①</sup> 根据《刑事诉讼法》第82条第6项规定,近亲属是指夫、妻、父、母、子女、同胞兄弟姊妹。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第12条则将近亲属的范围确定为:配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。在行政诉讼中,根据2000年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第11条的规定,《行政诉讼法》第24条规定的近亲属,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有抚养、赡养关系的亲属。



为,在我国《刑法》以及刑法司法解释对近亲属概念未作规定的情况下,从诉讼法关于近亲属的规范界定论证刑法上的近亲属范围是无法获取合理解释的。因为诉讼法定义近亲属是为了解决诉讼上的代理、证据效力等程序性问题,刑事诉讼法基于程序严苛性更强的现实要求,设定了相对狭窄的近亲属范围,行政诉讼法与民事诉讼法基于便利诉讼的实用性考量,对近亲属的范围界定更为宽泛。而内幕信息知情人员近亲属是内幕交易犯罪主体要素,其范围界定应当受到近亲属这一法律概念实体法属性的制约,同时更应当与内幕交易犯罪实质相契合。所以,无论是从与刑法关系最为密切的刑事诉讼法中援引近亲属法律概念的内涵与外延,还是从行政诉讼法与民事诉讼法相关规范中进行推断,都会陷入近亲属概念刑法解释上的方向性误区。

笔者认为,社会生活中的近亲属概念要在刑法上探索其合理范围,必须以财产关系作为限制标准对近亲属进行范围限定。财产关系标准不仅具有实体法上的规范性,而且与内幕交易犯罪利用内幕信息从资本市场交易中非法获取利润的行为实质最为契合。因为近亲与远亲之间的界限是模糊与主观的,最为客观的判断标准应当是财产关系上的远近亲疏,即财产继承关系。从《继承法》第10条至第12条<sup>①</sup>有关财产法定继承的规定来看,除了夫妻、父母、子女、同胞兄弟姐妹等之外,继承法上的第一顺序、第二

---

<sup>①</sup> 根据我国《继承法》第10条至第12条的规定,遗产按照下列顺序继承:第一顺序:配偶、子女、父母。第二顺序:兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承开始后,由第一顺序继承人继承,第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的,由第二顺序继承人继承。本法所说的子女,包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。本法所说的父母,包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。本法所说的兄弟姐妹,包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。被继承人的子女先于被继承人死亡的,由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承。代位继承人一般只能继承他的父亲或者母亲有权继承的遗产份额。丧偶儿媳对公、婆,丧偶女婿对岳父、岳母,尽了主要赡养义务的,作为第一顺序继承人。