

2012年第十届“理律杯”模拟法庭比赛

第1号参赛队

辩 护 词

目 录

第一部分：基本事实和证据.....	错误！未定义书签。
一、本案诉讼参与人简介.....	错误！未定义书签。
(一)有关指控李大任构成内幕交易罪的证据分析.....	错误！未定义书签。
(二)有关指控被告人李大任构成泄露内幕信息罪,被告人潘逸璇构成内幕交易罪的证据 分析.....	错误！未定义书签。
第二部分：被告人李大任的行为不构成犯罪.....	错误！未定义书签。
一、李大任不构成泄露内幕信息罪.....	错误！未定义书签。
(一)内幕信息及内幕信息敏感期范围厘定.....	错误！未定义书签。
1.内幕信息的构成要素.....	错误！未定义书签。
2.内幕信息敏感期的确定.....	错误！未定义书签。
3.本案中的内幕信息为“德克公司与浩电公司合并”.....	错误！未定义书签。
(二)李大任不符合本罪的主体要件.....	错误！未定义书签。
1.我国法律法规关于本罪主体条件的规定.....	错误！未定义书签。
2.控方指控李大任的行为时间为2010年2月14日，此时内幕信息尚未形成；指控 李大任“非法获取”，证据不足.....	错误！未定义书签。
(三)李大任不存在明示、暗示行为.....	错误！未定义书签。
(四)李大任的行为不具有有责性.....	错误！未定义书签。
二、李大任不构成内幕交易罪.....	8
(一)被告人李大任自己购买浩电公司股票不构成内幕交易罪.....	8
(二)被告人李大任与晋财广茂公司不构成共同犯罪.....	错误！未定义书签。
1.被告人李大任主体不适格.....	11
2.李大任主观方面不存在直接故意.....	1 错误！未定义书签。
3.被告人李大任没有“明示、暗示他人从事交易活动”的行为.....	错误！未定义书签。
第三部分：被告人潘逸璇的行为不构成犯罪.....	14
一、犯罪主体不适格.....	错误！未定义书签。
二、危害结果未发生.....	15
第四部分：情理辩护.....	错误！未定义书签。
第五部分：附件.....	错误！未定义书签。

尊敬的审判长、审判员：

根据我国《刑事诉讼法》第三十二条和我国《律师法》第二十五条的规定，河川律师事务所接受本案被告人李大任、被告人潘逸璇的委托，指派我担任其辩护人，参与本案诉讼活动。开庭前辩护人查阅了有关案件材料，认真研读了起诉书，多次会见了被告人，并就案件相关事实进行了详细的调查，也已将所调取的证人证言提交给法庭。结合全案事实及证据，辩护人认为，起诉人指控被告人李大任构成内幕交易、泄露内幕信息罪，指控被告人潘逸璇构成内幕交易罪，事实不清，证据不足，指控的犯罪不成立，从而为两被告提供无罪辩护。具体辩护意见如下：

第一部分：基本事实和证据

一、本案诉讼参与人简介

1. 被告人李大任：晋财投资股份有限公司（以下简称“晋财公司”）和晋利创业股份有限公司（以下简称“晋利创投”）副总经理，以晋利创投法人股东代表身份进入银城浩电科技股份有限公司（以下简称“浩电公司”）并担任公司董事。

2. 被告人潘逸璇：老股民，李晓英的朋友

3. 证人温瑞帆：晋利创投投资部经理，晋财公司财务总监

4. 证人李晓英：李大任的妹妹

5. 证人潘逸周：潘逸璇的哥哥

6. 证人石求真：李大任中学和大学同学

7. 证人周鹏举：晋财广茂公司经营部部长

二、证据分析

（一）有关指控李大任构成内幕交易罪的证据分析

证据名称	证明的事实
1. 被告人李大任供述笔录一 (2012年6月21日)	(1)李大任为浩电公司董事,但并非浩电公司高层管理人员; (2)李大任介绍德克公司与浩电公司认识,但并未参加两公司的谈判; (3)2010年1月初,李大任与德克公司、浩电公司总经理共进晚餐,饭局上谈到德克公司投资入股浩电公司的投资意向; (4)在德克公司与浩电公司谈判的过程中,双方均向李大任打听对方公司情况,李大任也将两公司公开的情况告诉对方; (5)李大任于2010年3月5日正式得知双方达成合并协议;1月5日到3月5日期间,李大任一直关注两公司合并事宜,但对谈判过程并不知情; (6)2010年3月5日之后,晋财广茂公司存在买卖浩电公司股票的行为。
2. 被告人李大任供述笔录二 (2012年8月20日)	(1)李大任于2010年3月5日正式知道德克公司与浩电公司合并的消息; (2)2010年3月5日董事会后,依照晋财广茂公司对市场的判

	断和既定的方案,晋财广茂公司买卖过浩电公司的股票。
3. 证人温瑞帆作证笔录 (2012 年 6 月 11 日)	(1)李大任指示温瑞帆研究浩电公司的情况,经晋利创投公司研究,认为浩电公司有发展潜力。晋利创投于 2009 年初决定买入浩电公司股票,半年内成为浩电公司大股东; (2)温瑞帆先于李大任得知德克公司想要收购浩电公司的消息,是温瑞帆将此消息告知李大任; (3)李大任将德克公司介绍给浩电公司之后,没有参加两公司的谈判; (4)在介绍德克公司与浩电公司直接谈判的几天后,李大任指示温瑞帆研究浩电公司和手机电池行业的情况,并表示根据他的经验判断出双方合并必然发生,股票必然升值; (5)李大任指示温瑞帆买进浩电公司股票,并且表示不用晋利创投的名义买入,要以下面公司名义买入; (6)温瑞帆找到晋财广茂公司,经过合议,以晋财广茂公司名义买入浩电公司的股票。
4. 晋财广茂公司财务报表	买卖浩电公司股票记录: (1)2010 年 1 月 7 日,买入 10,000 股 (2)2010 年 1 月 28 日,买入 10,000 股 (3)2010 年 2 月 16 日,买入 110,000 股 (4)2010 年 2 月 25 日,买入 56,000 股 (5)2010 年 3 月 8 日,买入 60,000 股
5. 浩电公司董事会第 12 次全体会议纪要 (2010 年 3 月 5 日)	浩电公司董事会决议浩电公司与德克公司的合并事宜。
6. 石求真证言 (2012 年 7 月 17 日)	李大任炒股经验丰富,分析能力强。
7. 周鹏举证词 (2012 年 7 月 10 日)	(1)晋财广茂公司从 2009 年下半年开始对手机行业股市进行研究; (2)2010 年 1 月初,晋财公司指示晋财广茂公司注意手机电池和其他配件行业的研究; (3)晋财广茂公司基于本公司对相关公司经营况的研究,提出购买浩电公司的股票。

在以上七份证据中,证据 1 和证据 2 属于被告人供述,证据 3、证据 6 和证据 7 属于证人证言,证据 4 和证据 5 属于书证。

七份证据所证明的事实大部分可以相互印证,但是对于“李大任是否指示晋财广茂公司买卖浩电公司的股票?”这一事实,证据之间却存在矛盾:

1.被告人李大任的两份供述笔录以及证人周鹏举的证言都表明,晋财广茂公司是基于本公司对手机配件行业的股市情况和相关公司的经营状况进行的分析研究,决定买卖浩电公司的股票,且未表明李大任对晋财广茂买卖浩电公司股票存在任何指示行为。

2.证人温瑞帆证言表明,被告人李大任指示自己以下属公司的名义买入浩电公司的股票,温瑞帆通过与晋财广茂公司达成合意,决定购买浩电公司的股票。

首先,三份证据都表明,被告人李大任对晋财广茂公司买卖浩电公司的股票不存在直接

的指示行为；其次，从证据效力的角度分析，证人周鹏举、证人温瑞帆与本案均存在利害关系，两份证言的证明力相当，均不具备完全的证明力；最后，只有温瑞帆一人的证言证明被告人李大任与晋财广茂公司购买浩电公司股票的行为存在一定的、间接的关系，并且李大任的供述笔录、周鹏举的证言证明晋财广茂的行为与李大任并不存在任何关系。

3.被告人李大任供述笔录二中证明，李大任从德克公司与浩电公司进行谈判时起算，曾几次买卖浩电公司的股票。但是，从现有的证据看，无证据证明李大任有买卖浩电公司股票之行为，所以只能推定，李大任在证人证言中的买卖行为，即为晋财公司的买卖股票行为。

综上所述，能够证明“李大任指示晋财广茂公司买卖浩电公司股票”这一法律事实存在的证据只有温瑞帆的证言。辩护人认为，根据刑事诉讼中孤证不能定案的原则，¹结合本案中存在与温瑞帆证言证明力相当的相反证据这一情况，应当认定，不存在“李大任指示晋财广茂公司买卖浩电公司的股票”这一法律事实。

(二)有关指控被告人李大任构成泄露内幕信息罪,被告人潘逸璇构成内幕交易罪的证据分析

证据名称	证明的事实
1. 被告人李大任供述笔录一 (2012年6月21日)	(1)李大任与潘逸璇并不熟悉； (2)2010年2月14日的家宴上李大任并没有向潘逸璇提起浩电公司的相关事宜。
2. 被告人李大任供述笔录二 (2012年8月20日)	(1)李大任并不确定是否与潘逸璇谈论过浩电公司； (2)李大任的妹妹李晓英是一个爱慕虚荣,喜欢显摆的人。
3. 被告人潘逸璇供述笔录 (2012年8月21日)	(1)潘逸璇曾向李大任的妹妹李晓英打听浩电公司； (2)李大任主动向潘逸璇透露“浩电公司要发了”“浩电公司的股票值得买”这样的信息； (3)潘逸璇出于赌一把的意图,借钱买入浩电公司的股票。
4. 证人李晓英作证笔录 (2012年7月18日)	潘逸璇总是主动找李大任聊天。
5. 证人潘逸周证言 (2012年5月22日)	(1)炒股是潘逸璇维持生计的手段之一,经常借钱炒股,有赢有亏； (2)2010年初,潘逸璇向潘逸周借钱5万元。
6. 潘逸璇证券交易记录	(1)2010年2月22日,买入浩电公司股票40,000股； (2)2010年3月2日,买入浩电公司股票38,000股。
7. 潘逸周证言 (2012年7月18日)	(1)与他人谈论股市行情或股票投资是潘逸璇的交谈习惯； (2)潘逸璇买卖浩电公司股票是基于自己的判断,以及几个懂行人的一起分析。

在以上七份证据中，证据1、证据2和证据3属于被告人供述，证据4、证据5和证据7属于证人证言，证据6属于书证。以上证据中所证明的大部分事实可以相互印证，但是对于下法律事实是否存在，仍然存有矛盾之处：

1.被告人李大任是否与被告人潘逸璇谈论过浩电公司相关情况？

(1)从李大任的供述笔录看，李大任并不确定是否与潘逸璇谈论过浩电公司的情况；

(2)潘逸璇的供述笔录表明，潘逸璇曾从李大任处获知“浩电公司要发了”“浩电公司的股票值得买”这样的信息；证据7潘逸周的证言也表明，潘逸璇存在与他人谈论股票股市

¹曾友祥：《确立我国刑事诉讼证据可采性规则体系的新思考》，《政法论坛》2005年第1期。

的交谈习惯，可以与潘逸璇供述中所说的“与李大任谈论过浩电公司，并获得一些信息”这样的事实相互印证。

因此，辩护方认为，根据已有的证据，可以确定“被告人李大任曾与被告人潘逸璇谈论过浩电公司，被告人潘逸璇从被告人李大任处获知浩电公司要发了、股票值得买这样的信息”这一法律事实。

2.被告人潘逸璇获知浩电公司情况，是被告人李大任主动透露还是被告人潘逸璇主动打听？

(1) 潘逸璇的供述笔录表明，关于浩电公司的股市信息是被告人李大任主动透露；

(2) 证人李晓英的证言表明，潘逸璇与李大任的接触过程中，潘逸璇总是处于主动地位，潘逸璇总是主动找李大任聊天；证据 7 证人潘逸周的证言也表明，与他人谈论股票行情是潘逸璇的交谈习惯；

首先，从证明力分析，被告人供述的证明力低于证人证言的证明力；

其次，对于潘逸璇供述的“主动透露”存在两种可能情况：第一，李大任有意识地、积极主动地向被告人潘逸璇透露关于浩电公司的信息；第二，经过潘逸璇的询问，李大任在非被胁迫的强制状态下透露关于浩电公司的信息；

再次，对于李大任主动透露信息的情况，并无其他证据佐证，即为孤证，并且两份证人证言均可以证明潘逸璇与李大任的接触过程中，潘逸璇处于主动地位，均与此种情况相悖；相反，潘逸璇积极打听，李大任被动地回答潘逸璇提问，从而向潘逸璇透露“浩电公司要发了”“浩电公司的股票值得买”这种情况，却可以从李晓英和潘逸周的证言中得到印证。

所以，辩护人认为，根据本案的证据材料，可以确定的法律事实应当是：“被告人李大任是在回答被告人潘逸璇提问或者咨询的过程向其透露‘浩电公司要发了’‘浩电公司的股票值得买’这两条信息。”

三、案件事实

刑事案件中的案件事实即为通过证据材料所证明的法律事实，辩护人对证据材料进行了认真地分析和研究，认为本案的法律事实如下：

1. 被告人李大任于 2010 年 1 月初介绍德克公司与浩电公司直接接触，并知悉德克公司投资入股浩电公司的投资意向；于 2010 年 3 月 5 日正式知悉德克公司于浩电公司合并的信息。

2. 2010 年 1 月初，德克公司与浩电公司接触，并向浩电公司表明其合并意向，但浩电公司并未立即答复；2010 年 2 月 15 日，德克公司与浩电公司签订合并意向书与保密协议；2010 年 3 月 8 日，两公司召开记者会公布合并消息。

3. 晋财广茂公司在 2010 年 1 月到 2010 年 3 月初买入浩电公司股票共计 246,000 股。2010 年 3 月 8 日后，广茂公司依照其对债券市场投资经验，抛售所持浩电公司股票的三分之二，获得收益 32.6 万元。

4. 被告人李大任并未指示晋财广茂公司买卖浩电公司股票，晋财广茂公司买卖股票的行为完全基于本公司对股市行情和相关公司情况长期的分析与研究。

5. 被告人潘逸璇在 2010 年 2 月 14 日以前曾和被告人李大任接触，经过被告人潘逸璇询问，被告人李大任向其透露“浩电公司要发了”“浩电公司的股票值得买”两条信息。

6. 被告人潘逸璇于 2010 年 2 月 22 日、3 月 2 日分别买入浩电公司股票 38,000 股、20,000 股。2010 年 3 月 8 日后，被告人潘逸璇抛售浩电公司股票 20,000 股。

第二部分：被告人李大任的行为不构成犯罪

一、李大任不构成泄露内幕信息罪

本案中，控方指控李大任向潘逸璇泄露内幕信息，触犯《刑法》第180条的规定，构成泄露内幕信息罪。泄露内幕信息，是指法律规定的特定主体，通过明示、暗示的方式将内幕信息传递给他人，使不应知道内幕信息的人掌握内幕信息的行为。

(一)内幕信息及内幕信息敏感期范围厘定

1. 内幕信息的构成要素

《刑法》第180条第三款规定：“内幕信息的范围，依照法律、行政法规的规定确定。”辩方认为，《刑法》明确规定内幕信息的范围由“法律和行政法规”来确定，即说明内幕信息应区别于一般的未公开的消息，属于一个法律概念。《证券法》第75条规定：“内幕信息是指证券活动中，涉及公司经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。”同时，《证券法》第67条、75条对内幕信息的种类作出列举性规定²。通过对相关法律规定的分析，内幕信息的要素应该包括以下几个方面：

A. 信息源。即要成立法律意义上的内幕信息，信息必须具有一个确定的信息来源，即公司、证券监督管理机构、证券服务机构等。从而，区别于无信息源的坊间传闻、谣传信息和以国家机关为信息源的未公开信息。

B. 信息内容具有影响可能性和价格敏感性。这要求信息在一般水平的理性投资人看来，会对证券、期货价格产生重大影响，使得获知该信息的人员在证券、期货交易市场上有利用该信息牟取暴利或减少巨大损失的可能性。所谓“重大影响”是指，如果信息一旦被公布，那么有可能造成该公司的证券、期货价格发生较大波动。³

C. 具备一定的表现形式

(a) 非公开性。即内幕信息为尚未公开，未为证券市场上的有关证券投资者所获悉的信息。两高《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》）第5条第四款规定：“内幕信息的公开，是指内幕信息在国务院证券、期货监督管理机构指定的报刊、网站等媒体披露。”因此，我国对于公开与否的判断标准采取形式

² 《证券法》第75条：“证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信息。下列信息皆属内幕信息：（一）本法第六十七条第二款所列重大事件；（二）公司分配股利或者增资的计划；（三）公司股权结构的重大变化；（四）公司债务担保的重大变更；（五）公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的百分之三十；（六）公司的董事、监事、高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；（七）上市公司收购的有关方案；（八）国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。”

《证券法》第67条：“发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的重大事件，投资者尚未得知时，上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送临时报告，并予公告，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果。下列情况为前款所称重大事件：（一）公司的经营方针和经营范围的重大变化；（二）公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；（三）公司订立重要合同，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；（四）公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；（五）公司发生重大亏损或者重大损失；（六）公司生产经营活动的外部条件发生的重大变化；（七）公司的董事、三分之一以上监事或者经理发生变动；（八）持有公司百分之五以上股份的股东或者实际控制人，其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化；（九）公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；（十）涉及公司的重大诉讼，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；（十一）公司涉嫌犯罪被司法机关立案调查，公司董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被司法机关采取强制措施；（十二）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。”

³ 陈正云，张汝杰：《内幕交易罪论》，《政法论坛：中国政法大学学报》（京）1997年04期

判断的方法，认为即使信息已经实质为市场主体所知，但只要未通过法定机关经法定程序披露，即为“尚未公开”。

(b) 内幕信息需要具备载体。具体来说，内幕信息的载体包括：决定、计划、方案、事件和动议、筹划、决策或者执行行为等等。第一，这些载体有些可以是有形的，物理性的，如：决定、计划等。第二，这些载体有时又是无形的，口头的，表现为参与谈判各方达成的意向、共识，或者会议中临时提出建议，即所谓“动议”。在刑事诉讼中，为证明此类无形载体所体现的内幕信息的存在，需要大量的人物、物证，组成一个完整、严密的证据链来证明。证明对象包括会晤、谈判的具体时间、地点、参与人员，交谈的详细内容，交谈结束后各知情人员的动向等等。

2. 内幕信息敏感期的确定

《解释》第5条规定：内幕信息敏感期是指内幕信息自形成至公开的期间；《证券法》第67条第二款所列“重大事件”的发生时间，第75条规定的“计划”、“方案”的形成时间，应当认定为内幕信息的形成之时；影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行人员，其动议、筹划、决策或者执行初始时间，应当认定为内幕信息的形成之时。

3. 本案中的内幕信息为“德克公司与浩电公司合并”

在本案中，有证据能够证明的相关事实只有三项：即2010年1月初李大任设饭局介绍两家公司总经理认识，2010年2月15日浩电公司和德克公司达成合并协议；2010年3月8日公布公司合并消息。

(1) “2010年1月初两家公司总经理在李大任的介绍下会面。”在饭局中德克公司表达了并购浩电的意向并采取了行动，但是“德克有合并浩电的意向并采取了行动”这一信息，并不构成内幕信息。原因在于，“合并”需要两公司共同的意向才可以达成，在这场饭局中，只有德克公司存在此合并意向，浩电公司并未答复，一般的理性投资人在得知此信息时，将持一种观望态度，并不会买卖浩电公司股票。所以，“德克有合并浩电的意向并采取了行动”这条信息被公开，并不足以对股票价格造成重大影响、不具有价格敏感性和影响可能性，并非内幕信息。

(2) “2010年2月15日浩电公司和德克公司达成合并协议。”这条信息的信息源为浩电公司和德克公司，内容属于“公司股权结构的重大变化”，是《证券法》第75条所列明的“内幕信息”，信息载体为“协议”。因此，“2010年2月15日浩电公司和德克公司达成合并”这个信息符合内幕信息的构成要素，属于内幕信息。此内幕信息形成于2010年2月15日，也即2010年2月15日是内幕信息敏感期的起始日期。

(3) “2010年3月8日公布公司合并消息。”即2010年3月8日是内幕信息公开日期。

综上所述，在本案中“德克公司与浩电公司合并”为内幕信息，内幕信息敏感期为2010年2月15日至2010年3月8日。

(二) 李大任不符合本罪的主体要件

1. 我国法律法规关于本罪主体条件的规定

(1) 《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。”

很显然,《证券法》关于知情人员的界定,采用的是形式要件,即一旦具有某种特殊身份,便可以认定为“知情人员”,至于实质上是否知道内幕消息,与犯罪主体的认定并无关联。

(2)《解释》第2条详细列举了应当被认定为“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”范围⁴。该解释明确规定只要具备本条所列的“行为”即可被认定为非法获取内幕信息的人员,因此,并不要求行为人实际获得内幕信息,而是以行为作为唯一要件判断主体是否适格。

2. 控方指控李大任的行为时间为2010年2月14日,此时内幕信息尚未形成;指控李大任“非法获取”,证据不足

在本案中,“德克公司与浩电公司合并”为内幕信息,形成于2010年2月15日,内幕信息敏感期为2010年2月15日至2010年3月8日。虽然李大任具有浩电公司董事这一身份,但是,在2010年2月15日前,并不存在内幕信息,所以也不可能存在“内幕信息知情人员”。根据案件证据证实,李大任与潘逸璇进行关于股市行情讨论的对话发生在2010年2月14日,当时并不存在内幕信息,李大任当然也不能被认定为“内幕信息知情人员”。

起诉书称李大任通过“种种途径”了解到双方合并几近达成协议,但此处的“种种途径”控方并未具体阐明,不可以就此认定其途径非法;李大任在与潘逸璇的交谈中,告知了潘逸璇的一些有关证券投资的信息,但这些信息的来源均是出自于一个正常经验的理性商业人士的专业判断。即使在李大任的确知道“浩电公司与德克公司合并的谈判进程”,但如果法律对公司高管等内幕信息知情人员的日常生活和社会交际进行严格限制,显然太过于苛刻,并且有侵犯公民隐私权之嫌。作为一个正常的有经验的商业人士,在与朋友的聊天攀谈中谈及自己的从业经验、市场分析、市场走向,是再正常不过的表现,法律不可能加以规制也不能加以规制。

(三)李大任不存在明示、暗示行为

从法律条文的文意角度解释,所谓“明示”,是指行为人以语言(音)、文字(包括书面及电子文档)或其他直接表意的方法明确指示。本案的内幕信息为“德克公司与浩电公司合并”,从证据所印证的法律事实中,不难发现,李大任告知潘逸璇的仅有“浩电公司的股票值得买”“浩电公司要发了”这样的信息,所以,李大任并未明示潘逸璇内幕信息。

所谓“暗示内幕信息”,是指行为人以使对方能够推知的方式间接指示,既包括以积极的行为暗示,也包括通过消极的不作为甚至是沉默来暗示,从而使被暗示人领悟到对该公司股票价格具有重大影响的经营相关信息。控方所提供的证据证明,潘逸璇是一个文化水平低下,不具备良好的股市行情分析能力的公民,因此,辩方认为,潘逸璇在听到李大任透露“浩电公司的股票值得买”,“浩电公司要发了”这样的信息后,并不能当然得知“浩电公司

⁴ 《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》第二条:“具有下列行为的人员应当认定为刑法第一百八十条第一款规定的“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”:

(一) 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;

(二) 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,在内幕信息敏感期内,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;

(三) 在内幕信息敏感期内,与内幕信息知情人员联络、接触,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。”

与德克公司合并”这一内幕信息；李大任也能够预见潘逸璇并不能够从自己醉酒后的只言片语中推知“浩电公司与德克公司合并”这一内幕信息，因此，李大任没有暗示行为。

（四）李大任的行为不具有有责性

所谓有责性，是指就犯罪行为对于行为人的非难，即非难可能性。⁵被告人李大任建议广茂公司进行股票买卖的行为，辩护人认为，在仅知李大任在2010年2月15日之前做出建议，且李大任提出建议时并不知晓内幕信息的情况下，并无讨论李大任主观故意的必要和可能性。并且，根据三要件犯罪构成的层次性体系，在认定某种行为是否构成犯罪时，层次性非常重要。也就是说，李大任不具有内幕交易罪的实行行为，就已经排除了其构成内幕交易罪的可能性，因而无需对其主观方面进行讨论。所以辩护人在本部分将不就李大任实施建议行为时所持的主观罪过进行探讨。

二、李大任不构成内幕交易罪

（一）被告人李大任自己购买浩电公司股票不构成内幕交易罪

被告人李大任从德克公司与浩电公司谈判时起，曾几次买卖浩电公司的股票。辩护人认为，在2010年2月15日内幕信息形成之后，被告人李大任即具有内幕信息知情人员这一身份，符合内幕交易罪的主体要件；被告人李大任买卖浩电公司股票即为进行与内幕信息有关的证券买卖，符合内幕交易罪的行为要件；但是本案中，控方并未提供被告人李大任买卖股票的交易记录，以及买卖浩电公司股票的交易额、次数、获利情况。因此，对被告人李大任买卖浩电公司股票的行为由于控方缺少对危害结果的举证，应当被认定并未达到法律规定的“情节严重”程度，被告人李大任不构成内幕交易罪。

（二）被告人李大任与晋财广茂公司不构成共同犯罪

1. 被告人李大任主体不适格

依据证人温瑞帆作证笔录（2012年6月11日）及晋财广茂公司的交易记录，晋财广茂公司首次买入浩电公司的时间为2010年1月7日，从而可以推定被告人李大任指示晋财广茂公司的行为必然发生于2010年1月7日以前，但在本案中，内幕信息敏感期为2010年2月15日至2010年3月8日，所以被告人李大任实施指示行为的时间不处于内幕信息敏感期内，彼时内幕信息尚未形成，被告人李大任自然不是内幕信息的知情人员，更非非法获取内幕信息的人员，即被告人李大任不具有构成内幕信息交易罪的主体要件。

2. 李大任主观方面不存在直接故意

首先，由于证券犯罪是一种新型的刑事犯罪，本罪属于刑法中的“情节犯”，即只有达到严重的程度才可能构成犯罪。从这一立法原意上分析，我国刑法中对于内幕交易、泄露内幕信息罪的惩罚体现了刑法的谦抑原则。所谓刑法的谦抑原则，是指用谨慎和克制的态度设定刑法在法律体系中的地位和布局，将刑法局限在必要的范围之内，尽量减少刑法在适用中可能产生的副作用，充分发挥刑法在预防犯罪、保障人权上的应有作用。也就是说，我国刑法对于内幕交易、泄露内幕信息罪的处罚保持着谨慎和克制的态度，处罚的行为限制在了一定的范围内。因此，辩护人认为，本罪的主观要件也应予以限制，只应该是故意而不应该包

⁵ 龚亭亭：《三大法系犯罪构成理论之比较》，载《法制观察》，2008年第2期。

括过失。

其次，我国《刑法》明确规定，“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”。这表明，我国刑法以处罚故意犯罪为原则，以处罚过失犯罪为例外，即过失犯罪的成立应当以刑法的明文规定为限。从理论上讲，我国刑法规定的犯罪如果是过失可以构成的，立法上一般有两种表示法：其一，特别冠以“过失”或者类似含义；其二，特别在法条中要求具体存在有危害结果。但《刑法》第180条规定的泄露内幕信息、内幕交易罪，既没有冠以“过失”或类似含义，又未规定要求具体出现有危害结果，而仅仅只是对行为规定了“情节严重”的要件。根据罪刑法定的原则，由于《刑法》第180条并未规定过失可以构成本罪，因而本罪的主观方面当然不应该包括过失。

内幕交易罪的危害行为应表现为明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或放任这种结果发生的心理态度。即行为人明知该信息为内幕信息，仍利用该信息进行交易行为，且希望该交易结果发生的心理状态。

刑法中的犯罪故意的内容包括认识因素和意志因素。本罪中，认识因素指行为人明知其知悉的信息是内幕信息，并且行为人明知利用该信息进行了交易的行为。

意志因素是指行为人希望上述结果的发生。因为主观方面需要通过客观行为来体现，而本罪中，行为人总是以积极的行为方式进行交易，通过行为积极地获取利益或者避免损失，从而破坏了国家对于证券市场的但行为人一般具有牟取非法利益或者减少损失的目的。

综上所述，内幕交易罪只能由故意构成，并且由于行为人实施内幕交易的行为均是以积极地行为追求危害结果的发生，因而本罪理应由直接故意才能构成。

3. 被告人李大任没有“明示、暗示他人从事交易活动”的行为

根据《刑法》第180条所规定的“明示、暗示他人从事上述交易活动”这一行为的核心在于“明示或暗示”而不是直接交易，因此不属于内幕交易罪的实行行为。其次，明示或暗示他人交易的行为不同于泄露信息的行为。泄露行为也是明示或暗示行为的一种形式，即向他人泄露可能影响股票价格的内幕信息，就相当于明示或暗示他人买卖该股票，但是单纯的明示暗示内幕信息因为不具有为他人或为自己谋利的目的，即缺乏构成内幕交易罪的主观要件，而仅仅构成泄露内幕信息罪。

(1) 被告人李大任没有内幕交易罪的实行行为

本案中所涉及的内幕交易罪的实行行为可能是“买入或者卖出与内幕信息有关的证券”，晋财广茂公司确实存在买卖浩电公司股票的行为，但晋财广茂公司系独立法人，李大任是独立于该单位之外的自然人，这些行为并不是被告人李大任的行为。因此，被告人李大任并未实施刑法所规定的内幕交易罪的实行行为。

(2) 被告人李大任的建议不构成“明示暗示他人从事内幕交易”的行为

在证券期货犯罪的司法实践中，尚未出台相关司法解释明确“明示”、“暗示”等犯罪构成要件的操作标准，因此要深入分析利用未公开信息交易罪的犯罪构成，总结分析，归纳证明相应犯罪构成要件的证据的证明规则，提炼认定原则和依据，以便指导司法实践。实践中，一般围绕以下情形予以证明：（1）行为人有明示或暗示他人非法交易的行为，例如相关的通讯记录、电子邮件等；（2）行为人自己承认有过明示或暗示的行为；（3）接受明示、暗示的一方证明行为人实施过这种行为；（4）明示、暗示的行为发生于未公开信息公开之前；（5）在接受明示、暗示之后，他人实施了相应的证券基金等交易行为，且这种交易行为与通常的交易行为不具有逻辑连贯性；（6）行为人与明示、暗示的对象在交易行为之后获取或可能获取相关收益，等等。

本案中，无能够证明李大任有明示或暗示他人非法交易行为的证据，例如相关的电子通讯记录，录音或者邮件等等；其次，本案被告李大任并无自己承认对下属公司有过明示或暗

示的行为；再次，接受明示、暗示的一方晋财广茂公司的职员并没有在证言中明确表示指示行为确实系被告李大任作出的；最后，李大任在2009年底开始，就通知子公司应当着重关注电池等行业，表明其投资意向早已有之，与该子公司晋财广茂最后投资了电池行业的公司具有逻辑连贯性。所以，不能认定李大任实施“明示、暗示他人从事内幕交易”的行为。

（3）被告人李大任的建议行为不构成刑法上的教唆

首先，刑法意义上的教唆行为必须是引起他人犯意的行为。本案中根据起诉书的记载，广茂公司早在1月7日就购买了浩电公司的股票，那么根据李大任做出建议的时间不同，就可能得出不同的结论。如果李大任在1月7日之前或者1月7日至2月15日之间做出建议，那么其建议时内幕信息尚未形成，则不存在内幕信息的知情人，也不存在通过明示或者暗示他人购买股票泄露内幕信息的可能；如果李大任在2月15日之后才做出指示，则与温瑞帆的证言不相吻合，且广茂公司大量购买浩电公司股票的行为开始于2月15日。因此，我们认为，李大任的建议行为并未引起广茂公司购买浩电公司股票的意图。

其次，若要成立教唆犯，一定是在共同犯罪的场合。那么在本案中，首先要成立李大仁和晋财广茂公司的共同犯罪，也即李大仁的建议行为（姑且认定为“明示、暗示”行为）构成教唆行为。然而，内幕交易罪规制的是有特殊身份的人，晋财广茂公司根本不具有这种特殊身份，即使有内幕交易罪所规制的交易行为也不可能是内幕交易罪的实行犯。因为对于我国刑法规定的犯罪实行行为，应该作完整、全面和实质上的理解。无特定身份者实施部分有特定身份者构成犯罪的行为，并不就等于实施了该罪的实行行为。实行行为是由刑法分则规定的客观要件中的全部行为，实行行为必须包含该种犯罪的罪质行为。未实施罪质行为，就不能看成是实行行为。在共同金融犯罪中，无特定身份者不可能成为有特定身份要求的金融犯罪的实行犯。⁶ 在没有实行犯的场合，李大仁的建议行为根本不可能成立教唆。如若因此认定晋财广茂公司系李大仁的帮助犯，从而成立李大仁为教唆犯的话，也是说不通的。因为李大仁所实施的正犯行为，不是“从事相关交易”的行为，而是“明示或暗示”的行为，那么，若要构成对李大仁的帮助犯，只能是针对“明示或暗示”行为本身所实施的帮助。⁷

最后，在本案中，根据现有的证据根本无法证实李大任在何时建议广茂公司购买浩电公司的股票，最多只能依靠推定推断出一个时间段，而该时间点的确定对于认定李大任是否构成内幕交易罪，是否可以成为广茂公司的共犯都是非常关键的。在如此关键的问题无相关证据可以明确证明的情况下，辩护人认为，根据刑法上存疑时应有利于被告人的原则以及刑事诉讼法上的疑罪从无原则，都应该认定李大任不能与广茂公司构成共同犯罪。

综上所述，由于被告人李大任并不属于内幕信息的知情人员，其不具备构成内幕交易罪的客观要件，与晋才广茂公司之间的交易行为也不构成共同犯罪，因此，被告人李大任不构成内幕交易罪。

二、李大任不构成内幕交易罪

（一）被告人李大任没有自己买卖浩电股票的行为

本案中晋财广茂公司存在买卖浩电公司股票的行为，但晋财广茂公司系独立法人，李大任是独立于该单位之外的自然人，买卖浩电公司股票的行为并不是被告人李大任的行为，因此，被告人李大任不存在《刑法》第180条规定的“买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易”的行为。

⁶ 刘宪权：《共同金融犯罪若干理论问题研究》，《华东政法学院学报》2007年第3期。

⁷ 参见车浩：《从间接正犯到直接正犯——评《刑法修正案（七）》关于内幕交易罪的修改》，《政法论坛》2009年第三期

（二）被告人李大任与晋财广茂公司不构成共同犯罪

1. 被告人李大任主体不适格

依据证人温瑞帆作证笔录（2012年6月11日）及晋财广茂公司的交易记录，晋财广茂公司首次买入浩电公司的时间为2010年1月7日，从而可以推定被告人李大任指示晋财广茂公司的行为必然发生于2010年1月7日以前，但在本案中，内幕信息敏感期为2010年2月15日至2010年3月8日，所以被告人李大任实施指示行为的时间不处于内幕信息敏感期内，彼时内幕信息尚未形成，被告人李大任自然不是内幕信息的知情人员，更非非法获取内幕信息的人员，即被告人李大任不具有构成内幕信息交易罪的主体要件，不可能向晋财广茂公司泄露内幕信息，广茂公司不可能获得内幕信息并进行相关交易。

2. 李大任主观方面不存在直接故意

首先，证券犯罪属于刑法中的“情节犯”，即只有达到严重的程度才可能构成犯罪。从这一立法原意上分析，我国刑法中对于内幕交易、泄露内幕信息罪的惩罚体现了刑法的谦抑原则。所谓刑法的谦抑原则，是指用谨慎和克制的态度设定刑法在法律体系中的地位和布局，将刑法局限在必要的范围之内，尽量减少刑法在适用中可能产生的副作用，充分发挥刑法在预防犯罪、保障人权上的应有作用。也就是说，我国刑法对于内幕交易、泄露内幕信息罪的处罚保持着谨慎和克制的态度，处罚的行为限制在了一定的范围内。因此，辩护人认为，本罪的主观要件也应予以限制，只应该是故意而不应该包括过失。

其次，我国刑法明确规定，“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”。这表明，我国刑法以处罚故意犯罪为原则，以处罚过失犯罪为例外，即过失犯罪的成立应当以刑法的明文规定为限。从理论上讲，我国刑法规定的犯罪如果是过失可以构成的，立法上一般有两种表示法：其一，特别冠以“过失”或者类似含义；其二，特别在法条中要求具体存在有危害结果。但刑法第180条规定的泄露内幕信息、内幕交易罪，既没有冠以“过失”或类似含义，又未规定要求具体出现有危害结果，而仅仅只是对行为规定了“情节严重”的要件。根据罪刑法定的原则，由于刑法第180条并未规定过失可以构成本罪，因而本罪的主观方面当然不应该包括过失。

内幕交易罪的危害行为应表现为明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或放任这种结果发生的心理态度。即行为人明知该信息为内幕信息，仍利用该信息进行交易行为，且希望该交易结果发生的心理状态。

刑法中的犯罪故意的内容包括认识因素和意志因素。本罪中，认识因素指行为人明知其知悉的信息是内幕信息，并且行为人明知利用该信息进行了交易的行为。

意志因素是指行为人希望上述结果的发生。因为主观方面需要通过客观行为来体现，而本罪中，行为人总是以积极的行为方式进行交易，通过行为积极地获取利益或者避免损失，从而破坏了证券市场的正常交易秩序，这显然可以体现出行为人主观上对于危害结果持希望的态度，而不仅仅是放任的态度。因此，间接故意不能构成本罪。此外，虽然本罪不以犯罪目的作为犯罪成立的条件，但行为人一般具有牟取非法利益或者减少损失的目的。

综上所述，内幕交易罪只能由故意构成，并且由于行为人实施内幕交易的行为均是以积极行为追求危害结果的发生，因而本罪理应只有直接故意才能构成。

3. 被告人李大任没有“明示、暗示他人从事交易活动”的行为

根据《刑法》第180条所规定的“明示、暗示他人从事上述交易活动”这一行为的核心在于“明示或暗示”而不是直接交易，因此不属于内幕交易罪的实行行为。其次，明示或暗示他人交易的行为不同于泄露信息的行为。泄露行为也是明示或暗示行为的一种形式，即

向他人泄露可能影响股票价格的内幕信息，就相当于明示或暗示他人买卖该股票，但是单纯的明示暗示内幕信息因为不具有为他人或为自己谋利的目的，即缺乏构成内幕交易罪的主观要件，而仅仅构成泄露内幕信息罪。

(1) 被告人李大任的建议不构成“明示暗示他人从事内幕交易”的行为。在证券期货犯罪的司法实践中，尚未出台相关司法解释明确“明示”“暗示”等犯罪构成要件的操作标准，因此要深入分析利用未公开信息交易罪的犯罪构成，总结分析，归纳证明相应犯罪构成要件的证据的证明规则，提炼认定原则和依据，以便指导司法实践。实践中，一般围绕以下情形予以证明：(1) 行为人有明示或暗示他人非法交易的行为，例如相关的通讯记录、电子邮件等；(2) 行为人自己承认有过明示或暗示的行为；(3) 接受明示、暗示的一方证明行为人为人实施过这种行为；(4) 明示、暗示的行为发生于未公开信息公开之前；(5) 在接受明示、暗示之后，他人实施了相应的证券基金等交易行为，且这种交易行为与通常的交易行为不具有逻辑连贯性；(6) 行为人与明示、暗示的对象在交易行为之后获取或可能获取相关收益，等等。

本案中，无能够证明李大任有明示或暗示他人非法交易行为的证据，例如相关的电子通讯记录，录音或者邮件等等；其次，本案被告李大任并无自己承认对下属公司有过明示或暗示的行为；再次，接受明示、暗示的一方晋财广茂公司的职员并没有在证言中明确表示指示行为确实系被告李大任作出的；最后，李大任在2009年底开始，就通知子公司应当着重关注电池等行业，表明其投资意向早已有之，与该子公司晋财广茂最后投资了电池行业的公司具有逻辑连贯性。所以，不能认定李大任实施“明示、暗示他人从事内幕交易”的行为。

(2) 被告人李大任的建议行为不构成刑法上的教唆

第一，本案中，证据材料所能够证明的案件事实是：被告人李大任与晋财广茂公司自始至终并未接触，晋财广茂公司依靠公司自身的分析研究买卖浩电公司的股票。

第二，即使辩护人降低底线，认可控方在事实认定时“疑惑事实作不利于被告人的推定”的做法，承认“被告人李大任指示温瑞帆以下面公司的名义买卖浩电公司股票”这一说法，也认为，被告人李大任对晋财广茂公司买卖股票只是一种“建议”，其行为并不成立教唆犯。理由在于：

首先，刑法意义上的教唆行为必须是引起他人犯意的行为。本案中根据起诉书的记载，广茂公司早在1月7日就购买了浩电公司的股票，那么根据李大任做出建议的时间不同，就可能得出不同的结论。如果李大任在1月7日之前或者1月7日至2月15日之间做出建议，那么其建议时内幕信息尚未形成，则不存在内幕信息的知情人，也不存在通过明示或者暗示他人购买股票泄露内幕信息的可能；如果李大任在2月15日之后才做出指示，则与温瑞帆的证言不相吻合，且广茂公司大量购买浩电公司股票的行为开始于2月15日。因此，我们认为，李大任的建议行为并未引起广茂公司购买浩电公司股票的意图。

其次，若要成立教唆犯，一定是在共同犯罪的场合。那么在本案中，首先要成立李大仁和晋财广茂公司的共同犯罪，也即李大仁的建议行为（姑且认定为“明示、暗示”行为）构成教唆行为。然而，内幕交易罪规制的是有特殊身份的人，晋财广茂公司根本不具有这种特殊身份，即使有内幕交易罪所规制的交易行为也不可能是内幕交易罪的实行犯。因为对于我国刑法规定的犯罪实行行为，应该作完整、全面和实质上的理解。无特定身份者实施部分有特定身份者构成犯罪的行为，并不就等于实施了该罪的实行行为。实行行为是由刑法分则规定的客观要件中的全部行为，实行行为必须包含该种犯罪的罪质行为。未实施罪质行为，就不能看成是实行行为。在共同金融犯罪中，无特定身份者不可能成为有特定身份要求的金融犯罪的实行犯。⁸ 在没有实行犯的场合，李大任的建议行为根本不可能成立教唆。如若因此

⁸ 刘宪权：《共同金融犯罪若干理论问题研究》，《华东政法学院学报》2007年第3期。

认定晋财广茂公司系李大任的帮助犯，从而成立李大任为教唆犯的话，也是说不通的。因为李大任所实施的正犯行为，不是“从事相关交易”的行为，而是“明示或暗示”的行为，那么，若要构成对李大任的帮助犯，只能是针对“明示或暗示”行为本身所实施的帮助。⁹

最后，在本案中，根据现有的证据根本无法证实李大任在何时建议广茂公司购买浩电公司的股票，最多只能依靠推定推断出一个时间段，而该时间点的确定对于认定李大任是否构成内幕交易罪，是否可以成为广茂公司的共犯都是非常关键的。在如此关键的问题无相关证据可以明确证明的情况下，辩护人认为，根据刑法上存疑时应有利于被告人的原则以及刑事诉讼法上的疑罪从无原则，都应该认定李大任不能与广茂公司构成共同犯罪。

综上所述，由于被告人李大任并不属于内幕信息的知情人员，其不具备构成内幕交易罪的客观要件，与晋才广茂公司之间的交易行为也不构成共同犯罪，因此，被告人李大任不构成内幕交易罪。

第三部分：被告人潘逸璇的行为不构成犯罪

一、犯罪主体不适格

（一）被告人潘逸璇不属于《刑法》第180条规定的“内幕信息知情人员”

《刑法》第180条规定，本法所称的知情人员根据其他法律、行政法规的规定确定。根据《证券法》第74条、《期货交易管理条例》第85条第十二项的规定，内幕信息的知情人员包括公司或相关国家机构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。而潘逸璇仅仅是本案另一被告李大任的妹妹的同事，因此并不符合法律中规定的知情人员这一主体条件。

（二）被告人潘逸璇不属于《刑法》180条规定的“非法获取内幕信息的人员”

根据最高院《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》（下文简称《解释》）第2条的规定¹⁰，非法获取内幕信息的人员包括：采用套取、刺探等手段获取内幕信息的人员；在内幕信息敏感期内与内幕信息知情人员接触并从事与该内幕信息有关的证券交易，交易行为明显异常且无正当理由或正当信息来源的人员。与“内幕信息知情人员”的定义相比，“非法获取内幕信息的人员”显然范围更广，灵活性更高，没有明确的职业的界定。只要符合上述条件，任何人都有可能触犯法律，包括数量庞大的普通股民。辩护人认为，目前应当坚持主客观一致的原则，即行为人动机目的清楚、手段明确的情况下，才可能被认定非法获取内幕信息，“无意中听到”等方式获取内幕信息的行为不应被纳入其中。

⁹ 参见车浩：《从间接正犯到直接正犯——评《刑法修正案（七）》关于内幕交易罪的修改》，出处？

¹⁰ 最高院《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》第二条：“具有下列行为的人员应当认定为刑法第一百八十条第一款规定的“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”：

（一）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；

（二）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，在内幕信息敏感期内，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；

（三）在内幕信息敏感期内，与内幕信息知情人员联络、接触，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。”

1. 本案中，家宴中的交谈并非套取、刺探等违法行为

根据法律条文的文义解释，“套取”是指用违法手段交换取得；“刺探”是指侦察，探听。因此，套取偏于行为目的的完成，而刺探偏于行为的过程，均具有违法性和故意性，是行为人为达到非法目的精心策划的行为方式，而不是偶然行为。

(1) 本案中，从相关证据的互相印证中，可以发现下述一般性事实：潘逸璇很早就与李大任就有过接触，不仅仅是在德克与浩电谈判合并事宜这一段时间内；潘逸璇和李大任不仅仅聊股市还有其他的，且每次对话后潘逸璇都会忙活好长时间；潘逸璇碰到谁都会打听股市行情和炒股诀窍。

因此，辩方认为，潘李两人每次碰面交流是件很正常的事，并不是潘逸璇策划过的；不管李大任说了什么都会对潘逸璇购买股票产生影响，购买浩电的股票属于“惯性”行为；李大任对与潘逸璇来说并不是个特定目标，只要碰到兴趣相投的人，潘逸璇都会与其讨论，这种对股票的正常交流很难以看出是在套取、刺探信息。

(2) 由案件事实可知，在宴会上聊天、敬酒是很常见的事情，酒会属于公开场合，自然不属于暗中侦察，潘逸璇和李大任都对炒股感兴趣，双方就自己感兴趣的话题聊天也是在情理之中，符合生活逻辑；潘逸璇在李大任的家宴中在双方醉酒后（喝了不少酒）从李大任口中得知的是李大任新参加的公司要发了，那个公司的名字叫“浩电”；由于“非法获取内幕信息的人员”不能扩大到以偶然方式获取内幕信息的人员，所以，辩方认为，潘逸璇并未使用“套取和刺探”等主观恶性极大的手段试图获取内幕信息。

综上，潘逸璇不属于《解释》第2条中的“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人员。”

2、潘逸璇的身份为李大任妹妹的好友，不属于《解释》第2条中的“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。”

3、即使被告人潘逸璇在内幕信息敏感期内，与内幕信息知情人员联络、接触，被告人潘逸璇之后的证券交易行为并非“明显异常”

根据最高院《解释》第3条的规定，应当以三个标准判断相关交易行为是否“明显异常”：

(1) 时间吻合程度，即行为人开户、销户、激活资金账户或者指定交易、撤销指定交易等行为的时间，资金变化时间，以及相关证券、期货合约买入或者卖出时间是否与内幕信息形成、变化、公开的时间吻合。

本案中，李大任与潘逸璇的交谈发生在2月14日这一事实发生于内幕信息形成之前，并且根据证据材料判断，2月14日之后潘逸璇没有再与李大任接触。所以辩方认为潘逸璇所掌握的信息并非内幕信息。

对于潘逸璇2月22日和3月2日的股票交易行为，辩方认为，这是潘逸璇向其他人打听信息并结合自己多年来炒股的经验做出的最后决定。因为这一系列的行为需要一段时间完成，其交易必然存在滞后性，所以潘逸璇购买股票的行为发生在听取李大任根据专业知识和经验的判断结论的八天之后。在3月5日李大任正式知道双方达成合并决议和3月8日两公司公开合并消息后，潘逸璇没有购买股票，从严格意义上来说，潘逸璇的行为并不符合时间吻合程度。

(2) 交易背离程度，即交易是否基于平时的交易习惯和公开信息而采取。

证人李晓英证言证明，每次潘逸璇与李大任聊天之后，都会“忙”很长一段时间。而且在家宴之前潘李二人就已认识，也谈论过股市等市场信息，所以，这里的“忙”应当是购买股票的行为。因此，辩方认为潘逸璇此次购买股票的行为，是其一直以来的交易习惯，并不具有背离性。

(3) 利益关联程度, 即账户交易资金进出是否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。本案中, 潘逸璇既非知情人员也不是非法获取内幕信息人员, 与利益关联程度的主体范畴不同, 也即不符合此处第3条之规定。

综上所述, 潘逸璇不属于司法解释所规定的“非法获取内幕信息的人员”, 不具备《刑法》规定的内幕交易罪所要求的主体要件。

二、危害结果未发生

根据《刑法》第180条的规定, 构成内幕交易罪, 要求行为人的行为达到“情节严重”的程度, 即内幕交易罪属于情节犯, 必须达到一定情节才能够成犯罪。从本案客观的危害结果上看, 被告人的行为并不具备内幕交易罪所规定的“情节严重”这一构成要件。

内幕交易罪作为经济犯罪的一种, 多以非法牟利为目的, 从刑法理论及司法实践来看, 非法买卖的证券价值数额是否巨大, 非法谋利数额的大小, 实施内幕交易的次数的多少, 是否给其他投资者造成严重损失或其他严重后果, 是否引起股市动荡导致证券交易紊乱的等等, 都是判断情节严重与否的标准。

本案中, 辩护人认为:

1、潘逸璇共进行了两次交易, 共计78000股, 用于买股票的钱来源于从亲朋好友处筹得的十五万元和本人的存款, 不难推断成交金额一定小于五十万元, 即潘逸璇交易成交额没有达到五十万元。

2、控方得出的潘逸璇最终所得收益达到十五万元入罪标准的结果, 建立在两个基础之上:

首先, 获益包括核定利益数额。控方认为应将潘逸璇抛售20000股所得利益加上剩余股票的账面收益, 所谓账面收益即是仍未抛售的股票所代表的实际资产的价值。司法实践中将账面收益称为核定利益数额, 此数额的计算方法为内幕信息披露后开始对市场产生影响至案发时证券期货的市场平均价格与入价格之间的差额。但是, 内幕信息公布后多久才能被市场消化进而认定其业已公开, 应当根据具体情况进行分析, 司法机关无法提供固定的答案。但具有以下情形之一, 通常可以认定重大信息开始对市场产生影响: (1) 信息公布后证券价格达到涨幅限制或者跌幅限制; (2) 连续三个交易日振幅达到5%; (3) 与信息相关的公司股票连续三个交易日列入股票、基金公开信息; (4) 证券日成交量与上月日均成交量相比连续三个交易日放大5倍。¹¹ 结合本案来看, 所给出的案件事实和相关证据并不能得到与上述情况相符的结果, 辩方对于核定利益数额的计算是不准确的。此外, 也没有相关法律和司法解释中明确规定获利数额应该包括仍未抛出的股票(即仍未实际获利的部分)。因此无法认定潘逸璇最终获益十五万余元。

其次, 关于获利时间节点的认定。内幕交易罪表现为利用内幕信息买入或卖出证券, 或者从事与内幕信息相关的期货交易, 通常涉及买入数额、卖出数额、交易数额、获利数额、止损数额等多种数额形态。由此看来内幕交易行为经历多个时间段, 不同的时间节点对应不同的数额形态会得出截然不同的数额计算结果。从潘逸璇2010年买入股票到潘逸璇2012年被刑事拘留, 其中间隔长达两年。而控方认为计算其所获利益的时间节点为内幕信息公开的这一天(即3月8日), 这种说法缺少法律以及其他司法解释的支持。此外, 本案给出的案件事实及所有证据也无法给出有力依据。因此, 辩方关于时间节点的认定同样是不准确的。

辩方认为炒股是一个长期且复杂的过程, 避免损失或是获得利益的数额不能是控方在缺少法律依据和事实、证据基础的情况下推测出来的。控方作为举证责任的一方, 应当找到更

¹¹ 《内幕交易数额的司法认定》, 载于《人民法院报》, 2008年第006版

为确切的方法来计算潘逸璇最终所获利润。因此，控方对于潘逸璇获利数额的认定不能被采纳。

3、以潘逸璇的财力、能力和社会地位来看，她的股票购买行为对于股市的影响、社会的危害可以说是微不足道的。

综上所述，无论是从主体要件，还是从本案客观行为所要求的情节，本案被告人潘逸璇的行为均不符合“内幕交易罪”的犯罪构成要件。因此，被告人潘逸璇的行为不构成内幕交易罪。

第四部分：情理辩护

本案中二被告人的行为属于数个法律边缘问题。

第一被告李大任并未直接利用内幕信息指示他人从事交易活动，晋才广茂公司买卖股票的行为与一般的正常交易行为几乎无异，其间的界限非常难以判断，因此该行为也并未对金融市场的管理秩序造成严重影响，否则其他正常的交易行为也有被指控危害金融市场管理秩序的危险。

第二被告潘逸璇虽然在主观上存在希望通过炒股赚钱以维持家庭生计的愿望，且在买卖股票前曾与被告李大任交谈，但是被告人潘逸璇的这些行为在辩护人看来，只不过是普通老百姓出于对专业人士的信赖，在作出重大投资前必经的专家咨询罢了。因此第二被告虽然获利，但其行为并不具有主观故意，也不符合法律规定的犯罪主体要求。

由于刑罚的严厉性，刑事法律往往被认为具有最后性，这是刑法机能及本质的要求。公诉人采取对刑法条文进行类推解释、对被告人的行为做有罪推定等方式，将二被告人本不应构成犯罪的行为认定为犯罪，并要求人民法院对其进行刑事追究，这种做法完全忽视了刑法的人权保障机能，也与刑法追求的公正、谦抑、人道等价值相悖。

最后，希望法庭以公平、正义的价值追求为导向，全面贯彻以事实为依据，以法律为准绳的刑事司法原则，充分考虑辩护人的意见，客观中立地作出裁判，宣判本案被告人李大任、被告人潘逸璇无罪。

此致

敬礼

辩护人：郑 XX 河川律师事务所
2012年11月10日

第五部分：附件

1. 附件一：授权委托书

授权委托书

【2012】第 1997 号

银海市第二中级人民法院：

你院受理的由银海市人民检察院第二分院提起公诉的李大任涉嫌内幕信息、内幕交易罪，潘逸璇涉嫌内幕交易罪一案，河川律师事务所受委托人李大任、潘逸璇之委托，指派**律师担任犯罪嫌疑人的辩护人。

律师在李大任涉嫌内幕信息、内幕交易罪，潘逸璇涉嫌内幕交易罪一案中，代理权限为：特别代理

本委托书有效期自即日起至 2012 年 12 月 15 日止。

委托人：李大任、潘逸璇

受委托人：***

律师事务所（章）合川律师事务所

2012 年 10 月 14 日

（注：本委托书一式三份，由委托人、律师事务所各持一份，交人民检察院或人民法院一份。）

附件二：相关法条：

- 1、《中华人民共和国刑法》（略）
- 2、《证券法》（略）
- 3、《公司法》（略）
- 4、《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》（略）

附件三：被告人李大任供述笔录两份（略）

附件四：被告人潘逸璇供述笔录（略）

附件五：证人温瑞帆作证笔录（略）

附件六：证人李晓英作证笔录（略）

附件七：证人潘逸周证言两份（略）

附件八：晋财广茂公司财务报表（略）

附件九：潘逸璇证券交易记录（略）

附件十：浩电公司董事会第 12 次全体会议纪要（略）

附件十一：石求真证言（略）

附件十二：周鹏举证词（略）

附件十三：本书面答辩意见副本 8 份