

认定内幕交易罪需要满足“充分必要条件”：须有利用内幕信息交易的行为

◇ 谢望原



内幕交易罪是刑法第一百八十条规定的“内幕交易、泄露内幕信息罪”中的一个选择性罪名。作为一个禁止性规范，其禁止的内容就是“内幕交易”，而“内幕交易”的本质乃是利用内幕信息从事非法证券、期货交易。该罪与利用未公开信息交易罪（刑法第一百八十条第四款）一个重要共同之处，就是该两罪都是行为人“利用了法律禁止利用的信息”——内幕交易罪的行为人所利用的是“内幕信息”，而利用未公开信息交易罪的行为人利用的是“内幕信息以外的其他未公开信息”。所以，检察机关在指控行为人犯有内幕交易罪时，既要证明行为人主体适格（主体必须是“证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货内幕信息的人员”），还必须证明行为人利用了内幕信息进行交易。在处理内幕交易罪时，应当特别注意以下几点：

一、必须客观公允地理解

2012年“两高”《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《2012年司法解释》）第二条和第三条，行为人符合该两条规定，仅仅说明行为人是“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”，而不能就此得出构成内幕交易罪的结论。

《2012年司法解释》第二条以三项具体内容说明了如何认定“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”的范围；该条第

（二）项、第（三）项将“相关交易明显异常”作为“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”的佐证（行为人的行为表现）。《2012年司法解释》第三条第（一）项至第（八）项又进一步详细解释了第二条涉及的“相关交易行为明显异常”的具体表现。也就是说，《2012年司法解释》第三条第（一）项至第（八）项是对“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”的“相关交易行为明显异常”的列举式说明。必须指出，该两条解释均是针对行为主体作出的详细说明，符合该两条解释规定，只能说明行为人符合本罪构成要件中的主体身份之一——即“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”，而不能说明行为人已经构成内幕交易罪。这就意味着，即使涉案人员“相关交易行为明显异常”，属于“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”，这仍然不能认定其构成内幕交易罪。要认定行为入构成内幕交易罪，还必须证明行为人在意思或意志支配下实施了犯罪的客观构成要件。

司法实践中，存在一种不正确认识，即认为：行为人只要符合《2012年司法解释》第二条或第三条规定的情形之一，就满足本罪成立客观要件，这样的理解显然陷入了表象化的机械主义错误泥坑，其致命错误在于，混淆了行为主体要件与行为客观要件的区别。

二、正确理解和把握内幕交易罪的“充分必要条件”

从刑法第一百八十条规定来看，内幕交易罪的客观要件有三：一是违法行为必须发生在“在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前”；二是行为人实施了“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，或者明

示、暗示他人从事上述交易活动”；三是行为人“利用了内幕信息”。逻辑上言之，前两项是刑法第一百八十条所明确描述的犯罪成立的充分条件，而第三项则是基于法条规定推导出的内幕交易罪成立的必要条件。只有同时满足这三项客观要素——即同时满足充分必要条件，才能成立内幕交易罪。换言之，虽然行为人“在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，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，或者明示、暗示他人从事上述交易活动”。但是，如果有证据证明行为人并没有利用内幕信息从事相关交易（不能排除合理怀疑），仍然不能认定其构成内幕交易罪。易言之，仅仅满足前述第一、第二客观要件（充分条件），还不能直接推定行为人之行为满足本罪全部客观要件，只有在确证行为人“利用了内幕信息”（必要条件）从事非法交易后，才能认定犯罪成立。

逻辑学认为，充分必要条件是一种双向推理关系，即一个命题的成立必然导致另一个命题成立，反之亦然。就内幕交易罪而言，如果有事物情况A（内幕交易罪），则必然有事物情况B（一是违法行为必须发生在“在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前”；二是行为人实施了“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，或者明示、暗示他人从事上述交易活动”；三是行为人“利用了内幕信息”）；如果没有事物情况B，则必然没有事物情况A，B就是A的充分必要条件。

三、重视法条规范（立法）保护目的

值得注意的是，刑法第一百八十条规定的内幕交易罪，其法条规范（立法）保护目

的的核心内容，显然包括保护与证券、期货交易安全密切相关的内幕信息。所以，只有行为人侵犯了内幕信息——即行为人非法利用该内幕信息进行证券、期货交易，才可以认定构成本罪。所以，检察机关指控行为入犯有本罪，就必须证明行为人存在侵犯法条规范（立法）保护目的的事实，而决不能仅仅根据行为人在信息敏感期间曾经与有关知情人员接触、联络就直接认定行为人属于《2012年司法解释》第二条规定的“非法获取证券、期货交易内幕信息的人员”，进而认定其实施了本罪。

正是出于这样的考虑，有的人民法院在办理此类案件时坚持要求检察机关证明行为人存在“利用（侵犯）内幕信息”的事实与证据，这无疑是非常正确且必须坚持的做法。笔者注意到，浙江省温州市中级人民法院《（2022）浙03刑初106号刑事判决书》对苏立华内幕信息交易案的分析说理就坚持了前述原则，其指出：“被告人苏立华与内幕信息知情人孔德永是多年上下级，又是老乡，案发期间苏立华又返回孔德永实际控制的万家新能源公司工作，二人在案发前后多次电话联系无法排除系工作原因，……无直接证据证明二人在同年10月8日的电话联系与苏立华在同年9日小额几乎全仓买入万家文化股票之间存在关联。……现有证据不能证明孔德永当时已经向苏立华泄露了内幕信息或建议买卖该股票，难以得出系苏立华获取并利用内幕信息进行交易的唯一结论。”最终，该院否定了检察机关指控苏立华通过孔德永获取内幕信息并从事内幕信息交易的该部分指控，其分析说理十分透彻且令人信服〔请参见温州市（2022）浙03刑初106号刑事判决书第13页至第14页〕，值得各级人民法院处理同类案件时认真参考。

（作者系中国人民大学刑事法律科学研究中心教授）

约定收受贿赂行为的刑法定性

◇ 高 静 金华捷



在对腐败行为零容忍的态势下，行受贿双方对于涉案的贿赂款物往往会采取延期兑现的方式来规避调查。实践中，行贿人代持贿赂款物的案件逐渐多发，甚至还出现了诸多约定收受贿赂的案件。由于约定收受贿赂在行为阶段上较为靠前，且受贿人对贿赂款物的控制力较为薄弱，因而司法实践中对于此类行为是否构成犯罪以及犯罪停止形态的认定均存在较大争议。

所谓约定受贿赂，是指国家工作人员与请托人之间就利益输送存在事先约定，尚未形成稳定的代为保管状态即案发的情形。例如，某地级市市长甲利用主管工程项目的职务上的便利，为当地某民营企业法定代表人乙承接项目提供帮助。为感谢甲，乙提出给予甲人民币300万元，并约定在退休后或者急需时可支取，甲表示同意。后甲因涉嫌严重违法被监察机关立案调查，至案发尚未取得该钱款，乙也没有进一步行为。应当看到，约定收受受贿不同于实践中常见的“行贿人代持”。在行为阶段上，约定收受受贿更早于“代持”，尚未形成稳定、特定化的代为保管状态。因此，“代持”侧重于对涉案贿赂款物代为保管这种客观状态的法律评价。即行贿人已经对涉案款物形成了代为保管的状态，司法机关应根据受贿人对于涉案款物的控制力判断犯罪形态上的既未遂问题。约定收受受贿的核心问题聚焦于行受贿双方对于利益输送的约定行为的评价。即约定后请托人可能正在筹集贿赂款物或者为后续保管作准备的过程中，甚至可能认为兑现时候尚早而仅停留在口头约定阶段。因此，约定收受受贿的争议焦点则是这类行为是构成受贿犯罪还是仅停留在犯意流露阶段；如果构成犯罪，其犯罪停止形态又应如何评判。鉴于这类案件在司法实践中已较为频发，上述的法理问题应作充分前瞻，以应对这类新型贿赂案件。

一、约定收受受贿案件中犯意流露与约定型受贿犯罪的界限

约定收受受贿的第一个问题是这类行为是犯意流露还是构成犯罪。二者的共同点在于均具有主观犯意，但二者的界限在于犯意流露仅仅是对于犯意的表达，尚不足以对法益造成侵害；而构成犯罪则需要实施客观行为，进而侵犯到了相应的法益。当然，考虑到犯罪预备也在犯罪论体系之中，所以上述的客观行为，既包括着手后的实行行为，也包括构成要件行为所对应的预备行为。具体到约定收受受贿案件中，两者的区分与界限应从两个层面考量。

一是构成受贿犯罪需要具备的要素。受贿罪的构成要件包括“谋利”与“收财”两个部分。从该罪权钱交易的本质来看，“谋利”与“收财”之间须具有关联性。因而，事先约定的行为成立受贿罪，必须同时具备“谋利”与“收财”两个要素。同时，请托

人与国家工作人员之间必须就“谋利”与“收财”均达成合意。如果请托人仅与国家工作人员就收财部分达成合意，但尚未提出请托的，或者未就收受财物有合意的，即不具备入罪条件，仅能评价为犯意流露。

二是双方对于“谋利”“收财”达成的合意需达到相应的程度，如过于笼统、抽象则仍未超出犯意流露的范围。其中，关于请托事项，双方需对于具体请托事项能够形成合意；而对于收受财物的约定至少需对于给予财物的种类作出约定。这是因为，受贿犯罪的本质是权钱交易，“谋利”和“收财”之间是互为对价的关系。作为收受财物的对价，国家工作人员提供的帮助必须具有现实性，而现实性的底线则是其履职行为指向的事项必须是具体的。如果请托人仅是笼统地表达“今后关照”等抽象的请托，尚未触及关照所针对的内容，因这类请托不具有收受财物对价的性质，则不能形成受贿犯罪意义上的“请托”，也就不具备去讨论是否形成请托合意的基础。同理，作为权力的对价，国家工作人员收受的财物，也需具有现实性，也即明确物质性利益、能大致表达物质性利益的种类且这种利益已超出了日常人情往来。如果双方的约定仅涉及“今后会有表示”“事成后会感谢”等过于抽象笼统的内容，则很难区分是否系物质性利益，是否超出了宴请、生活薄礼等日常人情往来的程度。此时，双方约定的利益是否具备受贿犯罪中财物的性质、是否具有权力对价性质尚不明确，也就不能评价为对“收受财物”存在合意。

符合上述条件的，可以认为约定的行为已然超出犯意流露的边界且侵犯了法益，可以构成犯罪。理由有二：一是达成行受贿的合意本身也具有犯意流露的成分和因素，但受贿罪具有对合犯特点，双方达成合意的过程系客观上确定行为对象的过程，因此达成合意的举动已经超出了犯意流露阶段，可以评价为受贿的客观行为。二是因国家工作人员与请托人之间客观上确定了行为的对象，国家工作人员廉洁性的法益受到侵害，这类行为具备了构成犯罪的前提。当然，法理层面构成犯罪并不意味着都具有处罚必要性，需结合停止形态进行判断。

二、约定收受受贿犯罪停止形态的具体认定

受贿罪通常是国家工作人员实际控制收受的财物作为既遂标准。而约定型受贿尚停留在行受贿双方约定的状态，尚不具备达到犯罪既遂的条件。

犯罪中止的成立条件是自动放弃实施犯罪，如果国家工作人员与请托人基于事后收受财物形成约定之后，能够明确表示放弃约定的，则可以成立犯罪中止。这里需要注意自动放弃与假意推脱、犹豫未决的界限。

犯罪中止中的自动放弃具有阶段的终局性以及对于危害后果的否定性这两个特征。而在约定型受贿中，请托人与国家工作人员形成约定后，二人会多次沟通约定事项。在此过程中，国家工作人员碍于情面或者基于受

到查处的考虑，会在表面上假意推脱或者表达“再考虑、再等等”的犹豫态度。实践中，司法机关应根据社会观念、习惯判断国家工作人员是否系假意推脱。考虑到请托人与国家工作人员已经先行形成约定，因此在通常情况下，除非国家工作人员明确表示放弃，且行贿人也表示放弃履约的，方可成立犯罪中止。鉴于自动放弃必须具有对危害后果的否定性的特征，如果仅停留在口头上的“算了”“不用”等程度，在请托人一再坚持后未明确拒绝的，一般不能认定为自动放弃。同时，基于自动放弃需具备终局性特征，国家工作人员仅表达模棱两可的犹豫态度的，亦不能界定为自动放弃。

犯罪未遂与犯罪预备的认定与区分是约定型受贿案件的难点，关键在于如何界定犯罪“着手”。其中，形式标准是行为人开始实施客观构成要件行为；实质标准是法益陷入现实紧迫的危险。在认定中，司法机关需兼顾到两种标准，并遵循主客观相一致的原则，从以下层次进行分析。

首先是评判的对象。从受贿罪构成要件的构造来看，收受财物是其客观方面要件，而为他人谋取利益是主观要件。因此，在着手的判断上，还是要从收受财物这个核心要素来分析。

其次是适用的标准。如机械地适用形式标准，只有在国家工作人员开始收受的一刻起，才能视为着手。约定型受贿案件中，由于请托人尚未交付即案发，似乎只能评判为犯罪预备。事实上，犯罪行为处于不同的行为阶段，法益侵害的程度、社会危害性的大小均有不同。犯罪停止形态的理论体系的机能就是针对不同的阶段特征，给出差异化的处断模式。在国家工作人员与请托人形成约定期间，可能存在国家工作人员实现请托事项、双方就约定收受的财物特定化、请托人为事后兑现创造条件等行为。如果将约定型受贿一概界定为犯罪预备，有违犯罪停止形态理论体系的初衷。因此在“着手”判断的标准上，应当以实质标准作为补充，即从法益侵害的现实紧迫性角度进行考量。但考虑到理论体系的平衡，实质标准的结论不能超出形式标准的涵摄范围。

最后是标准的具体适用。结合约定型受贿的行为特点，成立犯罪着手，需同时符合三个要素。

一是请托事项已经或者大部分已经实现。虽然为他人谋取利益的要件系主观要件，不能以请托事项是否实现来界定客观上是否犯罪着手。但请托事项作为受贿罪中的金钱对价，其是否实现关系到请托人兑现利益的意愿。请托人的意愿越强烈，国家工作人员实际获取利益的可能性越大，法益受到侵害的现实紧迫性越强。

二是约定的物质性利益已经特定化。正如前述，双方对于物质性利益的种类形成大致合意是构成受贿罪的基础，约定的物质性利益特定化则是在构罪的基础上朝着利益兑现的方向的下一阶段内容，也是法益侵害程度现实、紧迫的表现。需要注意的是，约定的“物质性利益的特定化”的标准不同于“代持”中的“财物特定化”。因为“代持”系代为保管的客观

状态，只有行贿人代持的财物已经达到种类、数额精确化、保管方式独立化的程度，才具有讨论受贿人对于代持的财物是否具有控制力的基础。但约定收受受贿案件大多在形成代持前即案发，需借助国家工作人员、请托人合意指向是否明确，来判断利益兑现的可能性、法益侵害的程度。因此，这里的“特定化”只要物质性利益的具体种类明确且数额存在大致范围即可。当然，约定的数额与请托人获取的利益的比例应当合乎行受贿双方的一般心理预期。

三是请托人已经为实现约定实施准备活动。从法益侵害的角度分析，请托人实施准备活动使得国家工作人员收受财物处于可以兑现的状态，法益侵害性已经从潜在威胁性开始向紧迫、现实性转化，可以作为约定型受贿案件中着手的标准。同时，不能过于机械地去理解“开始实施构成要件行为”的形式标准。如果简单从字面意思理解，很容易将收受财物的构成要件行为等同于“直接交付”，而将交付之前的所有行为均界定为尚未着手的犯罪预备行为。由于客观构成要件通常包含犯罪对象要素，构成要件行为通常具有直接指向对象特征。例如在人身、财产犯罪认定中，莫不是以行为人开始实施直接指向对象的行为之时作为犯罪着手的节点。

行受贿犯罪属于对合犯，也具有财产犯罪的特征，其构成要件行为为既指向对方行为入，亦指向财物。当行受贿双方就收受财物达成合意但尚未有进一步行为之时，仅系确定行为对象。因尚未实施直接指向对象的行为，故不属于“开始实施构成要件行为”，应评价为犯罪预备。实践中，犯罪预备尚未对法益造成现实、紧迫侵害，故大多不具有处罚必要性。

在确定行为对象的基础上，当双方为实现约定，进一步在犯意支配下开始实施直接指向受贿人、财物的客观行为，例如为了实现约定而筹集钱款、调集资金、设立账户等准备行为，即可视为犯罪着手。此时，准备行为系为了实现约定而实施，则是具备了行为直接指向对方行为的要素；而筹集钱款、调集资金、设立账户等准备行为系行为直接指向受贿人、财物与受贿系对合关系，可认定受贿、行贿行为同时着手，进而认定成立受贿未遂。这种情况下，因法益已受到现实、紧迫侵害，故通常具有处罚必要性。

实践中，有较为典型的情形可以认定为请托人已经开始实施准备活动。一是在约定收受钱款的案件中，如行贿人开始筹集钱款、调集资金、准备账户的，可以评价为开始实施准备活动。在有些案件中，行贿人为了实现约定，虽未额外筹措钱款，但在其控制的账户中存留的资金的数额长期保持在约定数额以上，处于随时可兑现的状态。其长期保持兑现条件的举动，亦评价为实现约定的准备行为。二是在约定收受房产的案件中，行贿人根据其与被告入约定的房产的类型，开始寻找房源、现场看房的，可以评价为开始实施准备活动。

（作者单位：上海市人民检察院第一分院；上海市闵行区人民检察院）

析疑断案

不法状态延续至缓刑考验期内且在考验期届满后发现漏罪如何处理

◇ 黄江南

【案情】

2023年5月至6月期间，被告人徐某通过向被害人孙某虚构其是某公司总经理的外甥，可以帮助跑关系的事实，共计在被害人处骗取人民币3.9万元（转账日期为5月15日至6月13日）。被发现后，其于同年6月至8月，陆续归还被害人1.09万元。被告人徐某于2023年7月19日因犯危险驾驶罪被判处缓刑，缓刑考验期为2023年8月1日至11月30日。2024年2月26日，在被害人报案后，本案立案。立案后，被告人徐某的家属退赔被害人3万元，并取得谅解。

法院以诈骗罪判处被告人有期徒刑七个月，并处罚金人民币3000元。

【分歧】

被告人徐某骗取被害人钱款的时间为2023年5月15日至6月13日，归还部分款项的时间为6月至8月，其缓刑考验期为同年8月1日至11月30日，本案立案时间为2024年2月26日。即被告人犯罪的不法状态延续至缓刑考验期内，且在缓刑考验期届满后发现漏罪。本案的主要问题有：1.不法状态延续至缓刑考验期内是否属于考验期内犯新罪并撤销缓刑；2.缓刑考验期届满后发现有其他罪没有判决，是否应当撤销缓刑并予以数罪并罚。

第一种观点认为，被告人于2023年6月至8月先后归还被害人部分款项，系犯罪的延续行为，并发生在缓刑考验期内，属于在缓刑考验期内犯新罪，应当撤销缓刑并予以数罪并罚。

第二种观点认为，被告人的诈骗行为于2023年6月13日已既遂，不属于在缓刑考验期内犯新罪。但是刑法第七十七条“在缓刑考验期内”是对“犯新罪”的界定，不是对“发现判决宣告以前还有其他罪没有判决”的限缩，这里的“发现”可以在缓刑考验期内，也可以在考验期届满之后。所以，不管漏罪的发生时间是在缓刑考验期内，还是在考验期届满之后，均应当撤销缓刑并予以数罪并罚。

第三种观点认为，被告人的诈骗行为为2023年6月13日已既遂，虽然诈骗造成的法益侵害延续至缓刑考验期内，但不属于在缓刑考验期内犯新罪。刑法第七十七条“在缓刑考验期内”应理解为是对“犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决”的概括性界定，所以在缓刑考验期届满之后发现还有其他罪没有判决的，不能适用刑法第七十七条的规定，无需撤销缓刑，仅需对漏罪单独作出判决即可。

【评析】

笔者同意第三种观点。具体分析如下：

一、不法状态延续至缓刑考验期内不能认定为考验期内犯新罪

状态犯是指犯罪行为实施终了且达到既遂状态后，因该行为所导致的违法性状态仍在持续，但后续持续状态不再具有构成要件该当性的犯罪类型。根据刑法罪数理论，当持续存在的违法状态已被原构成要件评价所涵盖时，不得对该不法状态进行重复评价或另行定罪。以诈骗罪为例，其犯罪构成要件在行为人通过欺诈手段取得财物并建立事实支配关系时即告既遂，此时诈骗犯罪行为已实施完毕。尽管既遂后被害人对财物的失控状态与行为人对赃物的不法占有状态仍在持续，但该持续状态系诈骗罪构成要件效力所及的自然延伸，不具有独立刑事可罚性。

本案被告人于5月至6月期间虚构事实，骗取财物，转账日期为5月15日至6月13日，该转账日期的截止日应认定为本案诈骗罪犯罪行为的实施完毕时间。对于诈骗既遂后持续占有赃物的行为，不得以侵占罪等财产犯罪进行二次评价，此系状态犯“违法状态吸收”原则的典型体现。而且，诈骗罪的危害程度大小不在于被告人是否控制财物，而在于被害人是否丧失对财物的控制，既遂标准应以被害人丧失对财物的控制时间为准。虽然6月至8月期间，被告人先后归还被害人部分钱款，但这种事后悔还钱款的行为并不影响本案诈骗罪已于6月13日既遂。本案既遂在前，缓刑考验期在后，不属于考验期内犯新罪，无需撤销缓刑。

二、缓刑考验期届满后发现还有其他罪没有判决的，不符合刑法第七十七条规定的撤销缓刑的情形

从法条理解层面分析，刑法第七十七条明确规定，撤销缓刑的法定情形包括两类：缓刑考验期内犯新罪或考验期内发现漏罪。对于“犯新罪”的情形，立法以行为发生时间为标准，即只要新罪实施于考验期内，无论何时被发现，均需撤销缓刑并数罪并罚；而对于“发现漏罪”，则严格限定为必须在考验期内发现。若漏罪发现时间晚于考验期届满时间，则已超出该条款的适用范围，不得启动撤销程序。

从刑罚有效性层面分析，缓刑制度旨在通过非监禁化待遇促进犯罪人复归社会。若犯罪人在考验期内遵守监管规定且未暴露漏罪，表明其已初步满足“确有悔改表现”的缓刑适用条件。如果再推翻缓刑予以判处实刑，在罪犯心中留下的可能是国家与社会对自己过于严苛的印象，这并不利于改造。司法机关因自身侦查疏漏导致漏罪未能及时发现的，不应将不利后果转嫁于犯罪人。所以，对于考验期外发现的漏罪，若强行撤销缓刑并数罪并罚，将导致前罪刑罚执行完毕的法律效果不当否定，与刑法关于缓刑考验期法律效力的规定相冲突。因此，司法实践普遍采取单独定罪量刑的处理模式，仅对漏罪单独追诉，不得溯及否定已执行完毕的缓刑效力，体现刑事司法对法律安定性与被告人信赖利益的保护。

综上，本案单独对诈骗罪作出判决是适当的。（作者单位：浙江省三门县人民法院）