**中华人民共和国最高人民法院**

**刑 事 判 决 书**

（2015）刑抗字第1号

抗诉机关中华人民共和国最高人民检察院。

原审被告人马乐，原博时基金管理有限公司博时精选股票证券投资基金经理。2013年8月21日被逮捕，2014年3月28日被取保候审。2014年10月20日因犯利用未公开信息交易罪被判处有期徒刑三年，缓刑五年。现在深圳市福田区司法局接受社区矫正。

指定辩护人张青松，北京尚权律师事务所律师。

广东省深圳市中级人民法院审理深圳市人民检察院指控被告人马乐犯利用未公开信息交易罪一案，于2014年3月24日以（2014）深中法刑二初字第27号刑事判决，认定被告人马乐犯利用未公开信息交易罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币1884万元；违法所得人民币18833374.74元依法予以追缴，上缴国库。宣判后，深圳市人民检察院以原判适用法律错误，量刑明显不当为由提出抗诉，广东省人民检察院支持抗诉。广东省高级人民法院经依法公开开庭审理，于2014年10月20日以（2014）粤高法刑二终字第137号刑事裁定，驳回抗诉，维持原判。裁判发生法律效力后，广东省人民检察院认为生效裁判确有错误，提请最高人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。最高人民检察院于2014年12月8日以高检审刑抗〔2014〕1号刑事抗诉书向本院提出抗诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。最高人民检察院代理检察员张志强、罗曦出庭履行职务。原审被告人马乐及其辩护人张青松到庭参加诉讼。现已审理终结。

广东省深圳市中级人民法院一审认定，2011年3月9日至2013年5月30日期间，被告人马乐担任博时基金管理有限公司旗下的博时精选股票证券投资经理，全权负责投资基金投资股票市场，掌握了博时精选股票证券投资基金交易的标的股票、交易时间和交易数量等未公开信息。马乐在任职期间利用其掌控的上述未公开信息，从事与该信息相关的证券交易活动，操作自己控制的“金某”、“严某甲”、“严某乙”三个股票账户，通过临时购买的不记名神州行电话卡下单，先于（1-5个交易日）、同期或稍晚于（1-2个交易日）其管理的“博时精选”基金账户买卖相同股票76只，累计成交金额人民币10.5亿余元，非法获利人民币18833374.74元。2013年7月17日，马乐主动到深圳市公安局投案。

上述事实，有博时精选股票交易流水账单,金某、严某甲、严某乙三人的证券账户交易流水账单，金某、严某甲、严某乙账户情况说明及开户资料，博时基金管理公司人事调整通知，关于基金经理注册通知，基金经理授权表，博时基金管理公司出具的《关于博时精选基金投资指令下达人的说明》，博时精选基金投资指令记录，中国证券监督管理委员会出具的《马乐利用未公开信息交易案案情说明》、《关于马乐涉嫌利用未公开信息交易案有关问题的认定函》，中国证券监督管理委员会深圳监管局出具的《关于马乐涉嫌利用未公开信息交易股票案情况的函》、《马乐涉嫌利用未公开信息交易股票案案件调查终结报告》，协助冻结财产通知书，马乐书写的《关于主动退缴非法所得的申请书》，深圳市公安局经济犯罪侦查局出具的《投案经过》和《马乐投案自首的认定》，李某某的《员工入职表》，马乐出差记录等书证,证人金某、严某甲、严某乙、李某某、曹某等人的证言及被告人马乐的供述等证据证实。

广东省深圳市中级人民法院认为，被告人马乐作为基金管理公司从业人员，利用其职务便利所获取的未公开信息，违反规定，从事与该信息相关的证券交易活动，情节严重，其行为已构成利用未公开信息交易罪。公诉机关指控的罪名成立，依法应予惩处。但刑法中并未对利用未公开信息交易罪规定“情节特别严重”的情形，因此，依法只能认定马乐的行为属于“情节严重”。马乐具有自动投案的情节，且到案之后能如实供述其所犯罪行，是自首，依法可以从轻处罚。马乐认罪态度良好，其违法所得能从扣押冻结的财产中全额返还，判处的罚金亦能全额缴纳，确有悔罪表现，另经深圳市福田区司法局社区矫正和安置帮教科调查评估，对马乐宣告缓刑对其所居住的社区没有重大不良影响，符合适用缓刑的条件，决定对其适用缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第一百八十条第四款、第一款、第六十七条第一款、第七十二条、第七十三条、第五十二条、第五十三条、第六十四条之规定，判决：一、被告人马乐犯利用未公开信息交易罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币1884万元；二、违法所得人民币18833374.74元依法予以追缴，上缴国库。

一审宣判后，广东省深圳市人民检察院抗诉提出，被告人马乐的行为应认定为犯罪情节特别严重，依照“情节特别严重”的量刑档次处罚；马乐的行为不属于退赃，应当认定为被司法机关追赃。一审判决适用法律错误，量刑明显不当，应当依法改判。

广东省人民检察院支持抗诉认为，刑法第一百八十条第一款规定的内幕交易、泄露内幕信息罪存在“情节严重”和“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次，该条第四款规定，利用未公开信息交易情节严重的，依照第一款的规定处罚。从刑法设置上来说，同一法条的不同款项在处罚上应该有一个协调性，这种处罚的参照不可能只是部分参照，应该是全部参照。本案中，马乐的证券交易成交额为10.5亿余元，获利1800多万元，应认定其犯罪“情节特别严重”，一审判决认定其犯罪“情节严重”，属于认定情节错误，应予纠正。马乐有自首情节，且积极退赃，一审对其作出判三缓五的处罚，基本符合法定的量刑幅度。

广东省高级人民法院二审查明的事实和采信的证据与一审相同。

广东省高级人民法院认为，刑法第一百八十条第四款规定，证券交易所、期货交易所等金融机构从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用未公开信息交易，情节严重的，依照第一款的规定处罚，该条款并未对利用未公开信息交易罪规定有“情节特别严重”情形；而根据第一百八十条第一款的规定，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金，故本案马乐利用未公开信息，非法交易股票76只，累计成交金额人民币10.5亿余元，从中获利人民币1883万余元，属于犯罪情节严重，应在该量刑幅度内判处刑罚。原审判决认定事实清楚，证据确实、充分，量刑适当，审判程序合法。抗诉机关的抗诉理由不成立，不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第一百八十条第四款、第一款、第六十七条第一款、第七十二条、第七十三条、第六十四条以及《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，裁定驳回抗诉，维持原判。

二审裁定生效后，广东省人民检察院提请最高人民检察院按照审判监督程序向本院提出抗诉。最高人民检察院抗诉提出，刑法第一百八十条第四款属于援引法定刑的情形，应当引用第一款处罚的全部规定；利用未公开信息交易罪与内幕交易、泄露内幕信息罪的违法与责任程度相当，法定刑亦应相当；马乐的行为应当认定为犯罪情节特别严重，对其适用缓刑明显不当。本案终审裁定以刑法第一百八十条第四款未对利用未公开信息交易罪规定有“情节特别严重”为由，对此情形不作认定，降格评价被告人的犯罪行为，属于适用法律确有错误，导致量刑不当，并且对类似案件及法律适用有重大误导，应当依法纠正。

原审被告人马乐对原审认定的事实和定罪量刑均无异议。其辩护人提出，刑法第一百八十条第四款未规定利用未公开信息交易罪有“情节特别严重”的情形，从法条文义、立法本意和“有利于被告人”的司法理念来看，原审裁判理解法律正确；马乐具有自首、积极全额退赃并足额缴纳罚金等从轻、减刑处罚情节，原审裁判量刑适当，对马乐适用缓刑符合罪刑相适应原则；目前能查阅到的所有案例均依法按“情节严重”量刑，为保障司法统一、维护司法权威、彰显司法公正，应依法驳回最高人民检察院抗诉。

本院再审查明，原审被告人马乐在担任博时基金管理有限公司博时精选股票证券投资经理期间，利用其掌控的未公开信息，从事与该信息相关的证券交易活动，买卖股票76只，累计成交金额人民币10.5亿余元，案发后马乐投案自首的事实与原审认定一致。证实以上事实的书证、证人证言、被告人供述等证据已经原审庭审举证、质证，再审予以确认。

另查明，原审被告人马乐利用未公开信息从事证券交易活动,非法获利数额应为人民币19120246.98元。证明该事实的证据有再审中本院依职权调取的中国证券监督管理委员会深圳监管局出具的《深圳证监局关于马乐利用未公开信息交易案的复函》。该证据已在再审庭审中经出庭检察员和辩护人双方质证并予确认，马乐亦认可。原审认定马乐非法获利数额人民币18833374.74元属计算错误，应予以更正。

对最高人民检察院抗诉理由和辩护人辩护意见评判如下：

刑法第一百八十条第四款援引法定刑的情形，应当是对第一款全部法定刑的引用，即利用未公开信息交易罪应有“情节严重”、“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次。从立法目的上理解，由于我国基金、证券、期货等领域中，利用未公开信息交易行为比较多发，行为人利用公众投入的巨额资金作后盾，以提前买入或者提前卖出的手段获得巨额非法利益，将风险与损失转嫁到其他投资者，不仅对其任职单位的财产利益造成损害,而且严重破坏了公开、公正、公平的证券市场原则，严重损害客户投资者或处于信息弱势的散户利益，严重损害金融行业信誉，影响投资者对金融机构的信任，进而对资产管理和基金、证券、期货市场的健康发展产生严重影响。为此，《中华人民共和国刑法修正案（七）》新增利用未公开信息交易罪，并将该罪与内幕交易、泄露内幕信息罪规定在同一法条中，说明两罪的违法与责任程度相当。利用未公开信息交易罪也应当适用“情节特别严重”。从法条文意理解，首先，刑法第一百八十条第四款中的“情节严重”是入罪条款，《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》对利用未公开信息交易罪规定了追诉的情节标准，说明该罪需达到“情节严重”才能被追诉。利用未公开信息交易罪属情节犯，立法要明确其情节犯属性，就必须借助“情节严重”的表述，以避免“情节不严重”的行为入罪。其次，本条款中“情节严重”并不兼具量刑条款的性质，刑法条文中大量存在“情节严重”兼具定罪条款及量刑条款性质的情形，但无一例外均在其后列明了具体的法定刑，刑法第一百八十条第四款中“情节严重”之后，并未列明具体的法定刑，而是参照内幕交易、泄露内幕信息罪的法定刑，因此本款中的“情节严重”仅具有定罪条款的性质，而不具有量刑条款的性质。从立法技术上理解，援引法定刑是指对某一犯罪并不规定独立的法定刑，而是援引其他犯罪的法定刑作为该犯罪的法定刑。刑法第一百八十条第四款援引法定刑的目的是为了避免法条文字表述重复，并不属于法律规定不明确的情形。综上，刑法第一百八十条第四款虽然没有明确表述“情节特别严重”，但是根据本条款设立的立法目的、法条文意及立法技术，应当包含“情节特别严重”的情形和量刑档次。法条没有重复表述不等同于法律没有明确规定。在法律已有明确规定的情况下，应当适用该法律规定,而不再适用有利于被告人的原则。

基于上述对刑法第一百八十条第四款援引法定刑的理解，在明确利用未公开信息交易罪有“情节严重”、“情节特别严重”两种情形和两个量刑档次的前提下，本案应对马乐的行为是否属于情节特别严重予以评价。目前虽然没有关于利用未公开信息交易罪“情节特别严重”认定标准的专门规定，但鉴于刑法规定利用未公开信息交易罪是参照内幕交易、泄露内幕信息罪的规定处罚，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》将成交额250万元以上、获利75万元以上等情形认定为内幕交易、泄露内幕信息罪“情节特别严重”的标准，利用未公开信息交易罪也应当遵循相同的标准。马乐利用未公开信息进行交易活动，累计成交额达人民币10.5亿余元，非法获利人民币达1912万余元，已远远超过上述标准，且在案发时属全国查获的该类犯罪数额最大者，参照最高人民法院、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》，马乐的犯罪情节应当属于“情节特别严重”。

综上，最高人民检察院对刑法第一百八十条第四款援引法定刑的理解及原审被告人马乐的行为属于犯罪情节特别严重的抗诉意见正确，应予采纳；辩护人的辩护意见不能成立，不予采纳。原审裁判因对刑法第一百八十条第四款援引法定刑的理解错误，导致降格认定了马乐的犯罪情节，进而对马乐判处缓刑确属不当，应予纠正。

本院认为，原审被告人马乐作为基金管理公司从业人员，利用因职务便利获取的未公开信息，违反规定，从事与该信息相关证券交易活动的行为已构成利用未公开信息交易罪。马乐利用未公开信息交易股票76只，累计成交额人民币10.5亿余元，非法获利人民币1912万余元，属于情节特别严重，应当依法惩处。鉴于马乐主动从境外回国投案自首；在未受控制的情况下，将股票兑成现金存在涉案三个账户中并主动向中国证券监督管理委员会说明情况，退还了全部违法所得；认罪悔罪态度好；赃款未挥霍，原判罚金刑得已全部履行等情节，对马乐可予减轻处罚。第一审判决、第二审裁定认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，但因对法律条文理解错误，导致量刑不当，应予纠正。依照《中华人民共和国刑法》第一百八十条第四款、第一款、第六十七条第一款、第五十二条、第五十三条、第六十四条及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第三百八十九条第（三）项的规定，判决如下：

一、维持广东省高级人民法院（2014）粤高法刑二终字第137号刑事裁定和深圳市中级人民法院（2014）深中法刑二初字第27号刑事判决中对原审被告人马乐的定罪部分；

二、撤销广东省高级人民法院（2014）粤高法刑二终字第137号刑事裁定和深圳市中级人民法院（2014）深中法刑二初字第27号刑事判决中对原审被告人马乐的量刑及追缴违法所得部分；

三、原审被告人马乐犯利用未公开信息交易罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币1913万元；

四、违法所得人民币19120246.98元依法予以追缴，上缴国库。

本判决为终审判决。

审　判　长　　罗智勇

审　判　员　　董朝阳

代理审判员　　李剑弢

二〇一五年十一月二十三日

书　记　员　　孙自中