

上海市高级人民法院 刑事裁定书

(2015)沪高刑终字第140号

原公诉机关上海市人民检察院第一分院。

上诉人(原审被告)陈必红。

辩护人计时俊、赵秦，上海华夏汇鸿律师事务所律师。

原审被告刘某某。

上海市第一中级人民法院审理上海市人民检察院第一分院指控被告人陈必红犯泄露内幕信息罪、被告人刘某某犯内幕交易罪一案于二〇一五年十二月十一日作出(2015)沪一中刑初字第141号刑事判决。原审被告陈必红不服，提出上诉。本院受理后依法组成合议庭，于2016年3月30日公开开庭审理了本案。上海市人民检察院指派检察员吴某某、陈某出庭履行职务，上诉人陈必红及其辩护人计时俊、赵秦、原审被告刘某某均到庭参加诉讼。本案经上海市人民检察院申请，依法延期审理，现已审理终结。

原判认定：被告人陈必红2007年起担任内蒙古晟纳吉光伏材料有限公司(以下简称晟纳吉公司)财务总监，2011年起担任上海杰姆斯电子材料有限公司(以下简称杰姆斯公司)总经理，2013年1月起担任天龙光电总经理。被告人刘某某作为富派公司总经理，采用与客户签订《委托资产管理协议》的方式实际控制了户名为“谭甲”、“谭乙”等证券帐户。

2013年初，天龙光电董事长冯某在获悉上海超日太阳能科技股份有限公司(以下简称上海超日)出现经营危机后即开始追讨欠款，但均未果。同年8月，上海超日董事长倪某向冯某提出将上海超日空闲厂房和设备出租给天龙光电以使用租金抵偿欠天龙光电债务的方案。冯某在征求被告人陈必红等人意见后，于同年9月5日与倪某就上述方案达成合意，即：天龙光电租赁上海超日(洛阳)太阳能公司(以下简称洛阳超日)、上海超日(九江)太阳能公司(以下简称九江超日)的厂房、设备，相关租金用于抵偿上海超日欠款。同年9月18日，冯某在天龙光电高管会议上向陈必红、天龙光电董事会副总经理吕某等人通报了上述方案。同月20日至23日间，吕某受指派考察了九江超日、洛阳超日，并对相关租金进行了测算和汇报。此后，天龙光电经与上海超日进一步协商，于同年11月1日签订《合作生产经营协议书》。同月2日，上海超日发布关于签订上述协议的公告。同月4日，天龙光电在进行内部预测后，发布了签订上述协议和2013年度业绩预增公告，并停牌。同月5日，天龙光电复牌。

自2013年初起，被告人刘某某因投资晟纳吉公司而不定期与陈必红、晟纳吉公司董事长周某见面，主要地点为本市浦东新区卓美亚喜马拉雅酒店(以下简称喜马拉雅酒店)，主要商谈晟纳吉公司和天龙光电的经营状况等事项。其间，刘某某先从陈必红处获悉天龙光电将向新疆那拉提单晶厂出售价值约1.5亿元人民币(以下币种均为人民币)单晶炉的信息，后于同年9月初又从陈必红处获悉天龙光电研发蓝宝石屏幕样品取得进展信息和上述用租金抵偿债务方案的内幕信息。同期，刘某某因投资其它证券遭受巨额经济损失，遂起意利用上述内幕信息进行证券交易，并开始与陈必红保持密切电话联系。同

年9月11日、12日和13日，刘某指使富派公司交易员洪某利用实际控制的户名为“谭乙”、“谭甲”的证券帐户共计买入天龙光电31万余股。同月25日10点左右，刘某指使洪某将10万股天龙光电予以出售。同日13时许，刘某与陈必红电话联系，时长达25分钟余。次日，刘某指使洪某购入天龙光电，并开始抛售其他股票用于买入天龙光电。至同年11月1日，洪某按照刘某指令持续交易天龙光电，最终持有天龙光电246万余股。同年11月6日，刘某指使洪某抛出所持有的全部天龙光电股票。至此，刘某共计购入天龙光电319万余股，总成交金额为2336万余元，获利139万余元。

原判认定上述事实的证据有：查获的富派公司委托资产管理协议书、户名为“谭甲”、“谭乙”的证券账户资料、富派公司笔记本电脑、喜马拉雅酒店消费账单、陈必红与刘某之间的通话记录，上海超日、天龙光电关于签订合作生产协议的公告、天龙光电2013年年度预告等物证、书证；市公安局经侦总队一支队出具的案发经过、协助冻结财产通知书；证人冯某、倪某、周某、吕某、洪某等人的证言；上海财瑞会计师事务所出具的司法鉴定意见书等鉴定结论；被告人陈必红、刘某的供述等。

原判认为：被告人陈必红作为涉案内幕信息的知情人员，在敏感期内将涉案内幕信息告诉被告人刘某等人，导致刘某进行天龙光电证券交易，其行为已构成泄露内幕信息罪。刘某并非涉案内幕信息的法定知情人，在从陈必红处非法获悉涉案内幕信息后，指使他人利用实际控制的证券帐户进行天龙光电证券交易，其行为已构成内幕交易罪。陈必红所犯泄露内幕信息罪和刘某所犯内幕交易罪的交易成交额均为2336万余元，获利数额均为139万余元，均属于情节特别严重。陈必红到案后拒不认罪，且无其它法定、酌定情节，依法对其严惩；刘某具有坦白情节，且能全额退缴违法所得，依法对其减轻处罚，并适用缓刑。据此，依照《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第一百八十条第一款和第三款、第五十六条、第六十四条、第六十七条第三款、第七十二条、第七十三条和《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》（以下简称《内幕交易、泄露内幕信息司法解释》）第一条、第二条、第七条和第十条之规定，以泄露内幕信息罪判处被告人陈必红有期徒刑五年六个月，剥夺政治权利一年，并处罚金人民币一百五十万元；以内幕交易罪判处被告人刘某有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币一百四十万元（已预缴）；追缴被告人刘某违法所得人民币一百三十九万八千七百三十四元一角二分。

上诉人陈必红及其辩护人提出，原判认定陈必红泄露内幕信息犯罪事实不清，证据不足，理由是：1、天龙光电与上海超日以租抵债的信息不是内幕信息。2、两公司2013年7、8月商谈租金抵债后未付诸行动，9月5日商谈后即进行了考察、租金测算等具体操作，因此，7、8月的商谈只是提出想法并未确定，9月5日的商谈才是初步确定，内幕信息敏感期起始时间应为9月5日，原判未采用中国证券监督管理委员会上海稽查局（以下简称稽查局）的调查报告和会计师事务所的司法鉴定意见关于内幕信息敏感期起始时间为2013年9月5日的鉴定结论，而以2013年8月为内幕信息敏感期起始时间不当。3、陈必红虽为总经理，但不负责此次合作，不掌握发展动态，在9月18日冯某向高管们开会通报后，才知道两公司以租抵债的意向已确定，因此，陈必红知悉内幕信息时间应为9月18日，原判未采用稽查局的调查报告和会计师事务所的司法鉴定意见关于陈必红

知悉内幕信息的时间不晚于9月18日的鉴定结论，而以2013年8月为陈知悉的时间亦不当。4、刘某在9月18日陈必红知悉之前于9月11日购入天龙光电股票，与陈必红无关，陈自始至终未向刘某泄露过任何与以租抵债相关的信息，也从未供认向刘泄露过这一信息；刘某在稽查局称其系基于技术分析买入天龙光电股票；周某、洪某、冯某等人的证言、酒店消费单、通讯记录等证据也不能证明陈必红向刘某泄露了内幕信息。因此，刘在侦查阶段关于其系在陈告诉其以租抵债信息后购入天龙光电股票的供述不符合实际情况，也不排除其他人向其泄露的可能性，原判未采用对陈必红有利的刘在稽查局的陈述不当。此外，辩护人还提出，即使认定陈必红构成泄露内幕信息罪，原判对陈的量刑也未考虑其未谋取利益、未造成天龙光电股价下跌或波动等情况而区别于刘某，对陈量刑过重，请求二审法院从轻处罚。

原审被告刘某某没有提出上诉，对原判没有异议。

上海市人民检察院认为：天龙光电和上海超日以租抵债信息属于内幕信息；内幕信息敏感期起始时间应为2013年8月；根据冯某、倪某、周某、刘某等人的证言和供述、酒店消费记录以及刘某和陈必红的通话记录等证据，陈必红2013年8月即知天龙光电与上海超日以租抵债的信息，并在9月初告知了刘某和周某，同时还告知了天龙光电向新疆那拉提单晶厂出售设备以及开发蓝宝石屏幕的信息，刘某未与上述单位其他人员联络，陈必红是刘某获得内幕信息的唯一来源；司法机关对证券违法犯罪行为具有独立判断的权力，可以直接依据刑法和相关司法解释的规定进行刑事认定，原判未采纳稽查局的调查报告和司法鉴定意见并无不当；刘某交易天龙光电与内幕信息的形成、变化和公开时间基本一致，属于交易行为明显异常，加之刘某与陈必红在敏感期内联络频繁等，足以认定刘某是从陈必红处获悉内幕信息并进行交易。原判认定陈必红泄露内幕信息、刘某内幕交易犯罪的事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，陈必红的上诉理由及辩护人的辩护意见不能成立，建议本院驳回上诉，维持原判。

本院经审理查明的事实和证据与原判相同。

根据经审理查明的事实和证据，本院对各方意见综合评判如下：

一、关于天龙光电与上海超日以租抵债信息是否属于内幕信息的问题

《中华人民共和国证券法》第七十五条、第六十七条第二款第（三）项规定，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；内幕信息包括可能对上市公司股票交易产生较大影响的重大事件；重大事件包括公司订立重要合同，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响。

经查：天龙光电2012年末对上海超日应收账款余额11,958万元，已计提坏账准备8370万元；公司2013年前三季度净利润为-3452万余元。天龙光电2013年11月1日与上海超日签订以租抵债合作生产经营协议，上海超日11月2日对相关事项发布了公告，天龙光电11月4日停牌并公告上述合作生产事宜及2013年度业绩预测情况。天龙光电当时测算，公司签订此协议，将影响特别坏账减少计提3000至4000万元，增加当年利润2000万元。2013年11月5日，天龙光电复牌，当天股价以涨停价收盘。

本院认为，天龙光电与上海超日以租抵债合作生产经营协议的签订，将对本公司的

负债、经营成果等产生重要影响，利好股价，实际股票价格走势也印证了合同签订的重要性，因此，相关信息具有重大性，在公告前具有未公开性，根据前述法律规定，属于内幕信息。陈必红及其辩护人关于相关信息不属于内幕信息的上诉理由及辩护意见与查明的事实和法律规定不符，不能成立。

二、关于本案内幕信息敏感期的确定问题

《内幕交易、泄露内幕信息司法解释》第五条规定，内幕信息敏感期是指内幕信息自形成至公开的期间，影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行初始时间，应当认定为内幕信息形成之时。

经查：上海超日董事长倪某的证言称，2013年上海超日下属子公司九江超日和洛阳超日一直在寻找合作伙伴，2013年8月天龙光电董事长冯某等人到上海超日讨债，双方经商量就把租赁抵债一事的大方向确定下来了；天龙光电副总经理吕某、董事会秘书陈某的证言均称，两家公司董事长关系较好，2013年7、8月份，冯某带着陈某去了上海超日，经与倪某商量，上海超日提出以洛阳超日和九江超日租赁给天龙光电抵债；天龙光电董事长冯某的证言称，天龙光电自2012年起一直向上海超日追讨欠款，2013年7、8月份左右，倪某提出以九江超日、洛阳超日租赁抵债，2013年9月份左右，其上海超日倪某办公室把这个事情确定下来；常州华盛恒能光电有限责任公司（以下简称华盛恒能）执行董事季某某的证言称，2013年8月冯某就开始考虑用上海超日的生产线扩大天龙光电关联公司华盛恒能的产能，2013年9月其还陪同冯某去洛阳超日考察。

本院认为，2013年7、8月，租赁抵债动议提出的主体为双方董事长，董事长属于公司决策的核心人物，且双方董事长关系较为密切，双方董事长共同商量的事项具有很大的实现可能性；冯某在8月份时就已经考虑利用上海超日的生产线扩大华盛恒能的产能，其后还让华盛恒能的执行董事季某某陪同考察，即冯某在8月份就考虑使用洛阳超日、九江超日的生产线扩大华盛恒能的产能，同时，上海超日也在积极寻求合作伙伴，可以说两公司是一拍即合，因此，以租抵债方案在2013年8月份一经提出即如倪某所言基本确定了。冯某证言所称的2013年9月把这个事情确定下来应是指双方进一步确定各自负责人等操作事项，事实情况也确实如此：9月5日当天，双方就租赁抵债一事进一步运作确定了各自的负责人；9月8、9日，冯某、季某某等人到洛阳超日考察；9月18日，天龙光电召开高管会；9月20日至23日，进行租金测算；11月1日，双方签订合作协议，即在2013年8月动议提出后，双方很快开始了事项的实质性操作，因此，内幕信息敏感期的开始时间应是影响内幕信息形成的动议的初始时间2013年8月。对于稽查局的调查报告和司法鉴定意见将内幕信息形成时间认定为2013年9月5日的结论，本院认为，司法机关对于证券违法犯罪行为具有独立判断权力，对调查报告和鉴定意见中的客观内容予以采纳并进行独立的刑事认定符合法律规定。陈必红及其辩护人关于内幕信息敏感期起始时间为2013年9月5日的上诉理由和辩护意见与查明的事实和证据以及法律规定不符，不能成立。

三、关于陈必红知悉内幕信息的时间

经查，冯某、吕某、陈某的证言以及陈必红在侦查阶段的供述均称，陈必红作为公司总经理全面统管公司的各项工作，陈必红没有参与具体谈判过程，但租赁抵债一事整

个过程陈必红都知情；吕某的证言称，其和上海超日确定租赁抵债的金额后向陈必红、冯某汇报过；陈必红在侦查阶段的供述还称，吕某去洛阳超日和九江超日之前和回来之后都向其汇报过，协议签订之前吕某也给其审阅过；陈必红二审庭审供称，2013年7、8月份，双方董事长开始洽谈上海超日向天龙光电出租厂房、生产设备抵债、天龙光电将设备租给有扩大生产需求的关联公司华盛恒能的事情，冯某当时就征求过其意见，其当时即知晓。

本院认为，冯某等人的证言及陈必红的供述能够相互印证，陈必红虽然没有参与具体的谈判事项，但是其作为总经理，自2013年8月动议提出至协议签订之后公告、停牌、复牌的整个过程，其均了解，冯某9月18日在高管会上的通报仅是在正式场合集中向公司包括陈必红在内的所有高管公布这一信息。因此，对陈必红知悉租赁抵债一事的时间应以陈最早实际知悉的时间2013年8月认定，原判未采用稽查局和会计师事务所的调查报告和鉴定意见关于陈知悉这一时间不晚于2013年9月18日的鉴定结论并无不当。陈必红及其辩护人关于陈9月18日高管会时才知悉此信息的意见与查明的事实和证据不符，不能成立。

四、关于陈必红是否向刘某泄露内幕信息的问题

经查，刘某在侦查阶段2015年5月14日的自述中供称，上海超日与天龙光电有关债务讨论了几种偿还方案，包括用电池片偿债、用太阳能电站偿债以及用厂房和设备租赁抵债。刘某供述的前述信息应是天龙光电以及上海超日内部人员才能知悉的信息，刘某作为公司外部人员是无法获知的，因此，两公司必定有知情人将信息告知刘某。

冯某、吕某、倪某等两家公司高管的证言均称，未将内幕信息告知刘某；刘某供称，2013年9月，陈必红与其及周某在喜马拉雅酒店大堂见面期间，陈曾告诉其和周某天龙光电经营情况及利好消息，包括天龙光电与上海超日达成以租赁厂房、设备折抵债务一事，其是因为陈必红泄露的信息以及自身的判断购买天龙光电股票的，其与陈必红通电话时也会谈到前述信息，买卖股票期间天龙光电只有陈必红和其有联系，也只有陈必红告诉其前述信息。因此，冯某等人关于未告知刘某内幕信息的证言与刘某的供述能够相互印证，而陈必红关于未告知刘某内幕信息的供述无其他证人证言可以印证，故陈必红系刘某获知内幕信息的唯一来源。

刘某、陈必红的供述及周某的证言均称，2011年，刘某通过陈必红介绍向周某的晟纳吉公司投资；刘某的供述、周某的证言均称，天龙光电持有杰姆斯公司68%股权，周某持有剩余的32%股权，周某将持有的32%股权质押给了刘某，2013年刘某、周某与陈必红三人有多次会面，地点为喜马拉雅酒店、汤臣高尔夫会所等，主要商谈天龙光电、晟纳吉公司经营上的事情；陈必红的供述称，其在担任天龙光电总经理期间，兼任杰姆斯公司总经理，其与周某、刘某见面一般聊杰姆斯公司和晟纳吉公司的事情，其于2008年就认识刘某了；周某的证言称，2013年与刘某、陈必红会面时，陈必红当时说到包括蓝宝石做面板项目在内的事情，从技术上征求其意见，租赁抵债的事和其没关系，所以没有深刻的印象；洪某的证言称，2013年3月富派公司与天龙光电谈过市值管理，刘某与陈必红的交流很多，在9月11日建仓天龙光电前的某一个中午，刘某曾对其说陈必红约刘某见面，在第一阶段建仓天龙光电股票时刘某曾提过天龙光电上半年应该是

亏损的，但是第三季度会有所改善，还提过天龙光电计划对新的太阳能硅片进行产能扩张，有利于增加利润；喜马拉雅酒店的消费凭证证实，周某的会员卡2013年9月1日中午在该店消费过；陈必红与刘某的通话记录显示，在内幕信息敏感期内，陈必红曾多次与刘某通话。

本院认为，陈必红与刘某的关系密切，且陈必红是刘某投资周某晟纳吉公司的中间人，晟纳吉公司与天龙光电都属于光伏行业，三人在天龙光电下属子公司杰姆斯公司或任总经理、或系股东或系股东的债权人，在谈话过程中涉及晟纳吉公司、天龙光电以及杰姆斯公司的经营情况符合逻辑，也得到了刘某的供述、周某的证言的印证；刘某控制的两个证券账户交易信息显示，刘某在与陈必红见面、通话后多次购入天龙光电股票，其控制使用的账户内资金变化的情况与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致。上述证据能相互印证，并形成证据链条，足以证实陈必红向刘某泄露内幕信息的事实。陈必红及其辩护人关于陈必红未向刘某泄露内幕信息的意见亦与查明的事实和证据不符，不能成立。

五、关于刘某在稽查局的陈述是否应当采信的问题

经查，刘某在稽查局陈述其购买天龙光电股票系基于自身判断，否认系因为陈泄露信息而购买。在侦查阶段及一审、二审均供称其购买天龙光电股票系基于从陈必红处获知信息后加上自己的专业判断等因素。本院认为，刘某在稽查局的陈述得不到其它证据的印证，在侦查阶段及一审、二审庭审阶段的供述能够得到其它证据的印证，且刘二审期间称，对稽查阶段陈述与侦查阶段供述不一致的部分，以侦查阶段的供述为准。因此，陈必红及辩护人关于应采纳刘某在稽查局的陈述的上诉理由和辩护意见与查明的事实和证据及法律规定不符，亦不能成立。

六、关于原判对陈必红的量刑是否正确的问题

《刑法》第一百八十条和《内幕交易、泄露内幕信息司法解释》第七条、第十条规定，证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券交易内幕信息的人员，在涉及证券交易或者其他对证券交易价格有重大影响的信息尚未公开前，泄露该信息，导致他人从事与该内幕信息有关的证券交易，成交额在250万元以上或获利在75万元以上的，为情节特别严重，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；内幕信息的泄露人员，其罚金数额按照因泄露而获悉内幕信息人员从事内幕交易的违法所得计算。

根据上述规定，陈必红泄露内幕信息的成交额、获利额应按照刘某内幕交易涉及的交易额2336万余元、获利数额139万余元认定，其与刘某均属于情节特别严重，依法均应当判处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。原判鉴于陈必红没有法定和酌定从轻情节，刘某具有坦白情节，且积极退缴违法所得和预交罚金，对两人判处的刑罚均无不当。陈必红及其辩护人关于原判对陈量刑过重的上诉理由及辩护意见于法无据，不能成立。

综上所述，本院确认，原判认定陈必红泄露内幕信息、刘某内幕交易犯罪的事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法。上海市人民检察院建议驳回上诉，维持原判的意见正确，应予支持。陈必红及其辩护人的上诉理由及辩护意

见不能成立，本院不予采信和采纳。现依照《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，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审	判	长	吴志梅		
审	判	员	苏敏华		
	人	民陪	审	员	金俊
书	记	员	汪敏		
二〇一六年五月二十七日					