

A Guide to Criminal Justice

陈国庆/主编

本集要目

【司法前沿】

P2P 网贷异化平台融资的刑事风险分析

——以债权转让模式为主要切入点

【文件释义】

《人民检察院强制医疗决定程序监督工作规定》的理解与适用

【司法实务】

“恶意透支”型信用卡诈骗案件司法实务疑难问题探析

【案例评析】

私设股指期货交易平台、违法组织期货交易构成非法经营罪

——林某明等人非法经营案评析

【2017年司法解释和司法解释性质文件】

最高人民法院关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见

2018年·第1集：总第73集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

《刑事司法指南》

2018 年第 1 集(总第 73 集)



中国法律集刊联盟
ALLIANCE OF CHINESE LAW JOURNALS

顾问委员会

名誉主编

顾问

刑事司法指南

2018 年第 1 集(总第 73 集)

编辑委员会

主 编

副主编

执行主编

编：陈国庆

副主编：王 军 聂建华

史卫忠 张相军

张凤艳

执行主编：张相军



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2018年. 第1集: 总第73集 / 陈国庆主编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2962-2

I. ①刑… II. ①陈… 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(2018)第280805号

刑事司法指南. 2018年. 第1集: 总第73集

XINGSHI SIFA ZHINAN. 2018 NIAN. DI-1 JI:

ZONG DI-73 JI

陈国庆 主编

策划编辑 戴 伟

责任编辑 程 岳 林 蕊

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任校对 郭艳萍

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 A5

印张 7.75

字数 180千

版本 2018年12月第1版

印次 2018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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-83938334/8335 西安分公司 / 029-85330678 重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636 深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2962-2

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》

2018年第1集(总第73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 彭东

编辑委员会

主编:陈国庆

副主编:王军 聂建华 史卫忠 张相军

张凤艳

执行主编:张相军

编委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 王文利 齐涛 刘岳

李景晗 张玉梅 张希靖 陈鸢成

尚洪涛 金威 郭竹梅 贺湘君

曹红虹

通讯编委:王新环 金晓慧 高恩泽 周东曙

张彪 孙刚 钱芳 刘凌轩

顾晓敏 王冠军 沈雪中 潘晓晖

曾传红 黄秀强 冯祖强 冯兴亮

李扬 程华荣 徐国华 曹雁翔

沈丙友 吴寿泽 徐振华 冉劲

龚军辉 袁晓渝 袁江 周亦峰

孟群 柳小惠 孙文胜 冯明杰

张斌 张艳萍 孙秀君

执行编委:陈鸢成

执行编辑:贝金欣 罗曦 次仁卓嘎 王亚兰

目 录

【司法前沿】

P2P 网贷异化平台融资的刑事风险分析

——以债权转让模式为主要切入点 王 拓(1)

【文件释义】

《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》

理解和适用 聂建华 陈鸷成 贝金欣 罗 曦(17)

《人民检察院强制医疗决定程序监督工作规定》的理解

与适用 张相军 金 威 侯若英(50)

【司法实务】

检察环节办理涉众型经济犯罪案件面临的主要困难、问题

及对策建议 翁跃强 范红森 方裕安(66)

“恶意透支”型信用卡诈骗案件司法实务疑难问题探析

..... 叶 萍 石林山(80)

自首疑难问题分析

..... 杨 静(93)

【案例评析】

欺诈发行私募债券案件的法律适用

——中恒通公司欺诈发行债券案评析 ... 于 力 李敬聚(113)

私设股指期货交易平台、违法组织期货交易构成非法
经营罪

——林某明等人非法经营案评析 王 冠(119)

【2017年司法解释和司法解释性质文件】

最高人民法院、最高人民检察院关于适用犯罪嫌疑人、被
告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定
..... (125)

最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、利用邪教
组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释
..... (133)

最高人民法院关于国家赔偿监督程序若干问题的规定 (138)

最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信
息刑事案件适用法律若干问题的解释 (144)

最高人民法院、最高人民检察院关于办理扰乱无线电通讯
管理秩序等刑事案件适用法律若干问题的解释 (148)

最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、强迫、引
诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释
..... (152)

最高人民检察院关于贪污养老、医疗等社会保险基金能否
适用《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿
赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第二款
第一项规定的批复 (157)

最高人民法院、最高人民检察院关于办理药品、医疗器械
注册申请材料造假刑事案件适用法律若干问题的解释
..... (159)

最高人民法院、最高人民检察院关于利用网络云盘制作、
复制、贩卖、传播淫秽电子信息牟利行为定罪量刑问题

的批复	(162)
最高人民法院关于充分履行检察职能加强产权司法保护的 意见	(164)
最高人民法院于被告人林少钦受贿请示一案的答复	(171)
最高人民法院于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制 度改革的实施意见	(173)
最高人民法院于常见犯罪的量刑指导意见	(180)
最高人民法院、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(一)的补充规定	(194)
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司 法部关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的 规定	(204)
最高人民法院关于加强检察法律文书说理工作的意见	(211)
最高人民检察院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件 的若干规定	(216)
最高人民检察院关于充分发挥职能作用营造保护企业家 合法权益的法治环境支持企业家创新创业的通知	(233)

【司法前沿】

P2P网贷异化平台融资的 刑事风险分析

——以债权转让模式为主要切入点

王拓*

目次

一、P2P网贷异化平台融资的主要模式

(一)学界关于P2P网贷平台的分类

(二)本文对于P2P网贷平台的分类

(三)信用中介平台的主要形式

二、穿透式监管理论下债权转让模式的实质分析

(一)债权转让模式概述

(二)穿透式监管的含义

(三)债权转让模式的实质

三、债权转让模式的刑事风险分析

(一)难以构成非法发行证券相关犯罪

* 王拓,北京市人民检察院经济犯罪检察部检察官,管理学博士后、法学博士。

(二)可能构成非法吸收公众存款罪

【张楠 著】

随着互联网的发展以及信用环境的日益成熟,互联网的连接作用使数量众多的借款人与出借人能够建立跨越地域和熟人圈子的联系,点对点借贷关系的发生范围被极大扩展,基于互联网的P2P(peer-to-peer)借贷应运而生。P2P,源于计算机术语,现被广泛应用于金融领域,通常指P2P网络借贷(以下简称网贷),即个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。P2P网贷平台以互联网技术为基础,促进个体与个体之间的资金融通,成为了互联网金融的重要组成部分。自首家P2P网络借贷平台Zopa在英国建立以来,这种新型的借贷模式在世界范围内迅速发展并展示出广阔的前景。在我国,P2P网贷行业在近年来呈现出爆炸式发展的态势,表现出了旺盛的生命力。根据国内“网贷之家”网站发布的《2017年P2P网贷行业年报》显示,2017年全年网贷行业成交量达到了28,048.49亿元,相比2016年全年网贷成交量(20,638.72亿元)增长了35.9%,2017年P2P网贷行业历史累计成交量突破6万亿元大关。然而,与行业数据欣欣向荣相对照的是,正常经营平台数量不断下降;截至2017年12月底,P2P网贷行业正常运营平台数量达到了1931家,相比2016年年底减少了517家,全年正常运营平台数量一直单边下行。^①其中不乏一些不法分子假借互联网金融创新的名义,利用P2P网贷平台实施非法集资等违法犯罪活动。

2015年以来,北京市检察机关办理了包括“e租宝”案在内的多起以P2P网贷为名实施非法集资犯罪案件,罪名主要集中在非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。这类犯罪突破了P2P网贷平

^① 载网贷之家官网:<http://shuju.wdzb.com/industry-list.html>,2018年3月5日最后访问。

台应然的运作模式,将异化平台作为非法融资手段,不仅扰乱国家金融管理秩序,抹黑国家互联网金融政策,且极易引发金融风险,损害投资人利益,进而危及金融安全,应引起高度重视。本文对名为服务实为融资的异化平台的相关行为进行分析,期冀得出对之进行刑事规制的正当性根据。

一、P2P 网贷异化平台融资的主要模式

(一) 学界关于 P2P 网贷平台的分类

国内对于 P2P 网贷平台的分类标准并不统一,有学者认为,平台演变出了四种基本的商业模式:纯平台模式、保证本金模式、信贷资产证券化模式和债权转让模式。^① 有学者认为,应当按照借贷流程、渠道、担保分类,具体而言,按借贷流程分类,可分为纯平台模式和债权转让模式;按融资渠道分类,可分为纯线上模式和线上线下相结合模式;按照有无担保,可分为无担保模式、第三方担保模式、平台自担担保模式。^②

(二) 本文对于 P2P 网贷平台的分类

本文认为,从 P2P 网贷平台的定位出发,大体上可以分为信息中介平台和信用中介平台两大类。对于 P2P 网贷平台的定位,主流观点借鉴国外 P2P 理论,将其定位于信息中介,即平台只是担任纯中介角色,并不参与到借贷的资金交易中,对于借款人逾期对贷款人的损失,平台不予垫付。2015 年 7 月 18 日人民银行等十部门发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》及 2016 年 8 月 17 日银监会等部门发布的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(以下简称《网贷管理暂行办法》)中均明

① 叶湘榕:《P2P 借贷的模式风险与监管研究》,载《金融监管研究》2014 年第 3 期。

② 梅蕾:《P2P 网络借贷平台运营模式研究》,内蒙古大学 2014 年硕士学位论文,第 12~14 页。

确强调了P2P网贷平台信息中介的定位。然而,现实中出于合规宣传考虑,虽然几乎所有的平台都宣称自己为信息中介,但仅仅靠撮合借贷双方并收取服务费的纯信息中介模式事实上已几乎绝迹,上述学者的分类也反映出现有平台对于原初定位于信息中介的背离,甚至部分平台异化为信用平台。

(三)信用中介平台的主要形式

相比于信息中介的低风险,异化为信用中介的P2P平台在实际经营过程中更容易触犯非法集资的红线,常常是名为服务实为融资;实践中常见的运作模式有:(1)投资理财—资金池模式,即以理财为名义,吸收公众资金后用于投资的模式。(2)自担保/关联担保模式,即通过平台自身的“风险备付金”(后基于合规考虑改称“质量保证条款”)或名义上为第三方但实际上为关联企业的担保机构为平台上的借款进行本息担保的模式。债权转让模式,包括投资人债权变现和专业放贷人两种模式;投资人债权变现模式,是指P2P平台上的投资人将自己投资的未到期的债权产品转让给该平台上的其他投资人,将债权变现;专业放贷人模式,是指在普通债权转让模式中多了一个专业放贷人的角色,专业放贷人通常是与P2P平台有关联关系的自然人,如法定代表人或高管。本文所指的债权转让模式特指专业放贷人模式。

对于投资理财—资金池模式以及自担保/关联担保模式来说,前者因缺乏银行资金存管容易形成资金池甚至是自融,后者容易产生保本保息的效果,故实践中更容易认定构成非法集资犯罪。如被告人孙某某于2013年7月至2014年12月,伙同高某、张某等人(另案处理)通过北京众旺易达网络科技有限公司运营“里外贷”P2P网站,以办理借贷高额回报为名,非法吸收投资人雷某等500余人投资款共计2.9亿余元。在运营过程中,被告人孙某某通过互联网向不特定公众宣传其所为的P2P借贷项目,并承诺当投资者投资的借款出现严重逾期时,“里外贷”将向投资人垫付此

笔借款未归还的剩余出借本金或本息,引诱投资人投资,实际上系高某实际控制的公司自融。在这种典型的“自融+自担保”模式下,被告人孙某某被法院认定犯非法吸收公众存款罪。^①

对于债权转让模式来说,实践中也有大量判例对该种类型的非法集资行为予以否定评价。如被告人蒋某某伙同他人以债权转让为名,与高某、魏某等 50 余人签订债权转让及担保合同,以承诺到期归还本金并支付高息的方式,非法吸收高某等 50 余人共计 2800 余万元人民币,被法院以非法吸收公众存款罪定罪处罚。^②又如,被告人穆某某、毕某经过事先预谋,以融信宝公司名义推出四款 P2P 投资理财产品,承诺到期后归还本金,支付高额利息,并使用大部分虚假的房产抵押债权或信用借款债权为上述投资理财产品作担保,假以将上述大部分虚假的债权分割后转让给投资人为名,于 2012 年 5 月至 2014 年 7 月,先后骗取被害人邓某等 400 余名被害人及被害家庭的投资款,后被告人穆某某将绝大部分投资款用于赌博挥霍,致使绝大部分投资款不能返还。被告人穆某某、毕某被法院以集资诈骗罪定罪处罚。^③但是,相似案情的运营模式也有判例被宣告无罪。如林某某一案中,被告人林某某为宜信普惠(北京)信息咨询有限公司福清分公司负责人,该分公司以债权转让的模式向不特定多数人融资。2014 年 6 月 23 日,福建省福清市人民法院判决,宜信公司在未经国家有关部门的批准的情况下经营金融业务,触犯我国《刑法》第 225 条第 4 项的规定,判处责任人林某犯非法经营罪,判处有期徒刑 2 年,缓刑 2 年,并

① 参见(2016)京 0105 刑初 248 号刑事判决书,载中国裁判文书网:<http://wenshu.court.gov.cn/>,2018 年 3 月 1 日最后访问。

② 参见(2014)朝刑初字第 3536 号刑事判决书,载中国裁判文书网:<http://wenshu.court.gov.cn/>,2018 年 3 月 1 日最后访问。

③ 参见(2015)三中刑初字第 00940 号刑事判决书,载中国裁判文书网:<http://wenshu.court.gov.cn/>,2018 年 3 月 1 日最后访问。

处罚金1万元人民币。一审判决后,林某某提出上诉。2014年12月6日,福建省福州市中级人民法院以“针对‘P2P’模式目前尚无明确法律、法规明令禁止的意见,故对于林某某犯非法经营罪于法无据”为由,撤销一审判决,改判林某某无罪。^①基本相同的运作模式,为何却有着完全迥异的判决?这种专业放贷人的债权转让模式到底有何风险,是否会触碰非法集资的底线?这种异化平台融资模式应否为《刑法》所规制?这些都是本文着力探讨的主要问题。

二、穿透式监管理论下债权转让模式的实质分析

(一) 债权转让模式概述

本文所探讨的债权转让模式,特指网贷平台以某个专业放贷自然人(一般为网贷平台实际控制人或关系密切人)与借款人签订相应借款协议,并将资金先出借给融资客户(借款人)取得相应债权;专业放贷人取得相应债权后,网贷平台将专业放贷人手里的债权进行金额、期限的拆分,包装成固定收益的“××宝”等理财产品,借助网贷平台通过债权转让的方式转让给投资人(债权受让人)。与传统线上模式不同,这种模式中网贷平台只提供交易信息,具体的交易手续、交易程序都由平台的信贷机构和客户面对面完成,故被称为线下模式。该模式的优点在于,从经济效益角度考量,通过对债权的拆分组合,实现产品的标准化和固定收益化,有助于克服线上模式过度依赖用户主动寻求贷款而发展缓慢的劣势,同时将债权进行拆分和组合,按其期限和金额搭配形成数额不大的理财产品,降低了投资门槛从而更容易销售;^②从法律风险角

^① 参见福建省福清市人民法院(2013)融刑初字第1400号刑事判决书、福建省福州市中级人民法院(2014)榕刑终字第741号刑事判决书,载中国裁判文书网:<http://wenshu.court.gov.cn/>,2018年3月1日最后访问。

^② 蒋莎莎:《网络贷款“宜信模式”的风险特点及监管回应》,载《金融监管》2014年第5期。

度考量,由自然人将自有资金借出,可以规避非特定机构方能放贷的法律规定,而债权转让的方式亦可在我国的《合同法》中找到合法性依据。但是,这种债权转让模式却在实际运营中频频遭遇质疑:2012年,全国人大财经委员会副主任委员、前央行副行长吴晓灵直指这种模式,“恰恰是最高法院对于非法集资的定义”。^①本文认为,对于债权转让模式,需要借用穿透式监管理念进行审视。

(二) 穿透式监管的含义

穿透式监管作为一种监管方法,其理论渊源来自功能监管理论和行为监管理论。其最初适用于资产管理领域,通常包含两层含义:一是在有多个通道或多层产品嵌套时穿透识别最终投资者是否为“合格投资者”;二是从产品功能和行为性质的角度,穿透识别最终投资标的是否符合投资范围、监管比例及风险计提等监管标准。穿透式监管的精神实质,就是通过行为的表面形态来判断金融业务和行为的本质是什么,将资金的来源、中间环节与资金的最终投向等全流程信息连接起来,按照“实质重于形式”的原则甄别金融业务和行为的性质;根据产品功能、业务性质和法律属性明确监管主体和适用规则,对业务和行为进行全流程的监管。

(三) 债权转让模式的实质

根据美国证券交易委员会(SEC)的定义,“资产证券化”是指将缺乏流动性的资产进行重组、包装,将其转化为能在金融市场自由发售、流动的债券的一项金融技术。^②虽然在资产证券化的运作实践中会加入增信、评级、破产隔离等制度,但资产证券化最为核心的要件仍然是“债权拆分、重组”与“债权自由流转”两个要

^① 吴晓灵:《人人贷勿踩非法集资红线》,载新浪财经;<http://finance.sina.com.cn/money/bank/renwu/20121109/094013625455.shtml>,2018年3月5日最后访问。

^② 赵宇华主编:《资产证券化原理与实务》,中国人民大学出版社2007年版,第23页。

件。在我国,从主导模式方面来看,划分资产证券化实践已经形成了三种类型:央行和银监会主导的信贷资产证券化,证监会主导的企业资产证券化以及银行间交易商协会主导的资产支持票据(ABN)。^①我国对于资产证券化采取了相对保守的态度,而且规定了进行资产证券化试点单位必须是金融机构。

本文认为,这种债权转让模式的运营主体虽然不是金融机构,但其完全符合了债权的拆分和自由流转两个资产证券化的核心要件,借鉴穿透式监管理念,这种模式在实质上完全可以被评价为一种“类资产证券化”的模式。事实上,美国著名的P2P网贷平台Lending Club(LC)也是采用对债权进行拆分并转让销售的模式,美国证券交易委员会(SEC)对其也是以证券监管方式进行的;具体而言,SEC认为LC公司发行的收益权凭证(notes)属于证券,因此受到SEC的监管,LC公司需要向SEC提交发行说明书、季度和年度财务报告等,以履行信息披露业务。^②

他山之石,可以攻玉。在充分借鉴美国证券监管经验并揭示了我国债权转让模式系“类资产证券化”的本质后,我们方能准确地评价这种模式的刑事风险并对之进行合理规制。

三、债权转让模式的刑事风险分析

实施债权转让模式的P2P网贷平台在异化融资过程中,创设各种名目的资产“受益权”或“收益权”进行融资,这些新型的权利不仅缺乏完备的民事法律依据和司法判例支持,一旦发生刑事风险更是将面临投资人利益受损、资产处置困难等问题,因此有必要对此进行刑事规制。如前所述,由于债权转让模式的实质类似于

^① 林强:《资产证券化在我国过去、当下及未来》,载《时代金融》(中旬)2015年第1期。

^② 参见[美]Peter Renton:《Lending Club 简史》,第一财经新金融研究中心译,中国经济出版社2013年版,第42~43页。

发行证券,故首先需要考虑其是否有非法发行证券犯罪的风险;其次还需要考虑其是否具有非法吸收公众存款罪的风险。

(一) 难以构成非法发行证券相关犯罪

有学者认为,“平台对债权打包转让的过程,涉及资产切割,组合拆分,期限、流动性和资金错配,涉嫌建立‘资金池’,出售‘理财产品’,已经违背了P2P网贷的互联网中介服务性质和‘金融脱媒’的本质,实为资产证券化的过程,如果份额超过200份就触犯了证券法规定,涉嫌非法发行证券”。^①《刑法》第179条及其相关司法解释的规定,未经国家有关主管部门批准,向社会不特定对象发行、以转让股权等方式变相发行股票或者公司、企业债券,或者向特定对象发行、变相发行股票或者公司、企业债券累计超过200人的,构成擅自发行股票、公司、企业债券罪。那么,是否意味着债权转让模式可能构成此罪?本文认为,债权转让模式由于是自然人(专业放款人)个人取得的债权,在进行转让时这种债权收益显然不属于公司的股票或公司、企业的债券,故虽然在实际发行中投资人可能会超过200人,但仍然难以适用该条罪名予以规制。

除了擅自发行股票、公司、企业债券罪外,根据《刑法》第225条的规定,违反国家规定,未经国家有关主管部门批准非法经营证券业务,扰乱市场秩序,情节严重的,以非法经营罪定罪处罚。那么,债权转让模式这种类似于经营证券业务的行为是否会构成非法经营罪?前述宜信福清分公司负责人林某某被一审法院判处犯非法经营罪,但二审法院认为,对林某某犯非法经营罪于法无据,故撤销一审判决改判林某无罪,这一判例值得我们重视。依照我国《刑法》的规定,非法经营证券业务构成非法经营罪的前提是“违反国家规定”。而我国《证券法》第2条规定:“在中华人民共

^① 参见张影:《P2P网贷债权转让模式的法律风险与防范》,载《哈尔滨商业大学学报》(社会科学版)2015年第2期。

和国境内,股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易,适用本法;本法未规定的,适用《中华人民共和国公司法》和其他法律、行政法规的规定。”在债权转让模式中,平台向投资人出售的收益权份额,不属于我国证券法规定的“证券”,故依照罪刑法定的基本原则,不能认定债权转让模式属于擅自发行证券经营证券业务,进而不能认定涉案人员构成非法经营罪,从这一角度来说,二审判决是妥当的。

当然,不能以非法经营罪定罪的理由,很大程度上源于我国现有证券法对于“证券”的含义规定过窄。从立法论角度来看,现行“证券”的含义应当予以修改。值得注意的动向是,在2017年4月20日送交全国人大审议的《中华人民共和国证券法(修订草案)》中,“证券”的含义得以扩张:“本法所称证券是指代表特定的财产权益,可均分且可转让或者交易的凭证或者投资性合同。”如果以这种定义,那么以债权转让模式融资的行为完全有可能会被认定为非法经营证券业务,进而也可能被认定构成非法经营罪。^①

(二)可能构成非法吸收公众存款罪

不法金融行为往往并不表现为《刑法》条文所列举的典型犯罪构成要件;相反,存在诸多的变形。在不法金融行为表现方式与特定构成要件存在差异时,不能因为找不到一条完全相符的法律准则就拒绝处罚。^②从解释论角度来看,不构成非法经营证券犯罪,并不代表债权转让模式就隔绝了其他的非法集资的刑事风险。为此,我们应当坚持刑法实质解释论,对构成要件的解释应当以法条的保护法益为指导,不能停留在法条的字面含义上;对《刑法》的解释不能只单纯强调限制处罚范围,而应当强调处罚范围的合

^① 当然,如果证券的定义得以扩张,那么“擅自发行股票、公司、企业债券罪”似乎就应当随之修改为“擅自发行证券罪”。

^② 陈辐宽:《检察机关介入金融监管的依据与标准》,载《法学》2009年第10期。