

法学家 茶座

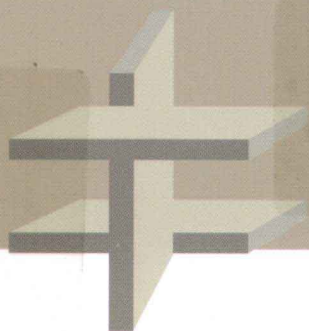


2012.3
总第36辑

主编 何家弘

张 晶 吴英案重述
陈兴良 吴英集资诈骗案三问
周光权 刑事法官如何把“账”算清楚
刘明祥 吴英案与集资诈骗罪、非法吸收
公众存款罪的存与废
刘作翔 民主是分层次的
林来梵 异国恩师

Teahouse
For Jurists



山东人民出版社

民主法治促和谐

天和风雨顺，地和五谷丰，国和实力长，家和万事兴；心和人气爽，身和人无病，情和人生爱，道和人大同。

和谐是自然界存在的最佳状态，也是人类社会追求的崇高目标。然而，如何才能达致和谐的状态？笔者以为，关键在于均衡。诚如中国古代思想家所推崇的“致中和”思想。据《礼记·中庸》的解释，“中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也；致中和，天地位焉，万物育焉”。在中国传统文化中占有重要地位的道家亦崇尚“天人合一”的精神，认为“中和”是与“太阳”和“太阴”并列且取二者之中的三种元气之一。老子说，“万物负阴而抱阳，冲气以为和”。因此，儒家和道家都认为“和”是至关重要的。孔子说，“礼之用，和为贵”。老子说，“圣人法天顺地，贵在守和”。“中和”与“贵和”的思想是一脉相通的。

按照笔者的解读，这里讲的“中”字的含义是适中、均衡，“和”字的含义是平和、和谐。均衡是宇宙存在的首要根基，和谐是世界发展的正确路径；若达到均衡和谐的境界，则天地万物都能各得其所、共存共生。简言之，“致中和”的基本思想就是要达至均衡与和谐。

自然界的存在需要均衡与和谐，人类社会存在也需要均衡与和谐。和谐是人类在社会生活中所追求的崇高目标和理想境界，而均衡则是达致社会和谐的基本路径。在人类社会中，个人之间以及群体之间既有利益的冲突也有利益的竞合。前者引发竞争和对抗，后者促进共生与合作。社会和谐并不等于说社会中没有任何冲突或矛盾，而是说这些冲突或矛盾可以通过一定社会机制的协调而达成各方都能够接受的均衡。历史的经验证明，民主与法治就是这种社会协调机制的最佳形式。所谓“民主”，就是以民为主，由民做主，就是要由民行使社会生活中重大事务的决定权。在任何一个人或群体之间，冲突都是不可能完全避免的，而民主的实质就是人与人之间利益的均衡。法的基本精神是公平正义，法的基本功能是均衡利益，因此，法治的根本目标就是要在均衡的基础上构建稳定和谐的社会秩序。

笔者在此斗胆套用孔子的话：民主者，社会之大本也；法治者，社会之达道也；致民主与法治，官民位焉，世人育焉。

何家弘

写于北京世纪城痼醒斋

主 管 山东出版集团
出 版 山东人民出版社
编 辑 《法学家茶座》编辑部

主 编 何家弘
副主编 廖 明 张君周
主编助理 杨锦璈 张 晶

责任编辑 麻素光
漫画插图 小黑孩

投稿邮箱 fxjchazuo@126.com
网 址 <http://www.sd-book.com.cn>
社 址 济南市胜利大街 39 号
邮 编 250001
编辑部电话 0531-82098903
购书电话 0531-82098021
新浪微博 <http://weibo.com/u/2474079213>

图书在版编目 (CIP) 数据

法学家茶座. 第 36 辑 / 何家弘主编. — 济南: 山东人民出版社, 2012.8

ISBN 978-7-209-06757-7

I. ①法... II. ①何... III. ①法学—文集 IV. ① D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 192086 号

山东临沂新华印刷物流集团印刷

16 开本 (172 × 232 毫米) 10 印张 160 千字

2012 年 8 月第 1 版 2012 年 8 月第 1 次印刷

定价: 18.00 元

目 录

| 卷首语 |

何家弘 民主法治促和谐 / 001

| 三言拍案 |

张 晶 吴英案重述 / 005

陈兴良 吴英集资诈骗案三问 / 007

周光权 刑事法官如何把“账”算清楚 / 012

刘明祥 吴英案与集资诈骗罪、非法吸收公众存款罪的存与废 / 017

| 法治漫谈 |

刘作翔 民主是分层次的——关于民主的三点认识 / 020

王 丽 律师文化与国家治理 / 024

冯亚东 宪政、分权与法治 / 031

乔新生 必须破除反腐败的错误思维定势 / 037

| 法学札记 |

陈卫东 人权保障：走出宪法的“神坛”
——尊重和保障人权从宪法走进刑法背后的故事 / 043

龙宗智 刑事诉讼中的“‘等’字定律” / 047

王明锁 刑事诉讼中提起精神损害赔偿的迷茫 / 050

| 法苑随笔 |

柳经纬 漫议“非公益性用地退出征地范畴” / 056

柯华庆 制度侵权与社会福利 / 061

朱伟一 逻辑：法律写作的要旨 / 066

| 身边法事 |

刘桂明 2011年，那个“限”字让我浮想联翩 / 073

汤啸天 公权冷漠不除，社会冷漠难消 / 078

┆域外法制┆

李 勇 德国见闻录 / 082

┆忆师念友┆

田文昌 严谨的治学精神 高尚的做人品格
——亲历马克昌教授教诲与关爱的感悟 / 088
林来梵 异国恩师 / 091

┆名师剪影┆

彭新林 静水流深 大师风范——记著名法学家、法学教育家陈光中先生 / 098

┆史海钩沉┆

郝铁川 周公为巫的历史意义——中外法史考辨札记 / 104
侯欣一 李木庵与陕甘宁边区司法改革 / 107

┆中外名案┆

崔 敏 法治奇闻五则 / 114
赵晓耕 从“阿云之狱”看北宋党争 / 119

┆学人絮语┆

周道鸾 一位老法官人生经历的转折 / 124
杨立新 六十述怀 / 130

┆聊斋闲话┆

徐国栋 中国文科大学师生关系的悲剧性变迁 / 136
彭 伶 从法律人的素养想到的 / 141

┆书城夜话┆

米 健 欲解实然，先知其所以然，而后论其应然
——沈建峰博士《一般人格权研究》读后 / 145
张君周 时间隧道另一端的案情
——《神探李昌钰破案实录系列：重返犯罪现场》读后 / 149

┆名家访谈┆

鸿 明 刑法修改与未成年人司法保护——叶青所长访谈录 / 153

吴英案重述

张 晶 *

吴英，1981年5月20日出生，中专文化，浙江东阳市人。18岁中专学习期间辍学经商，先后从事过女子美容、足浴、服装等行业的经营，积累资金千余万元。2006年初产生扩大经营规模打造“本色集团”并上市的想法，之后开始融资。随后，她连续注册了浙江本色集团及下属的概念酒店、投资公司、担保公司、建材城、汽车租赁、婚庆公司等八个公司，并以本色集团的名义购买大量的商铺、房产、汽车、建材、珠宝、酒店用品、床上用品及广告位，同时进行了数千万元的股权投资。

2007年2月10日下午4点30分左右，东阳警方控制了本色集团在东阳的所有门店。当晚，东阳市政府发布公告，宣布吴英已被当地公安机关刑事拘留，理由是涉嫌非法吸收公众存款，本色集团也同时被立案调查。与此同时，与集团有关的债权债务开始登记。

经作为一审法院的浙江省金华市中级人民法院审理查明，被告人吴英在成立本色控股集团有限公司前，即以每万元每日35元、40元、50元不等的高息或每季度分红30%、60%、80%的高投资回报为诱饵，从俞亚素、唐雅琴、夏瑶琴、徐玉兰等人处集资达1400余万元。在已负债上千万元的情况下，为了资金链的延续，于2005年下半年开始，继续以高息和高额回报为诱饵，大量非法集资，并用非法集资款先后虚假注册了多家公司。为掩盖其已巨额负债的事实，又隐瞒事实真相，采用给付高息或高额投资回报的手段，用非法集资款购置房产、投资、捐款等方法，进行虚假宣传，给社会公众造成其有雄厚经济实力的假象，骗取社会资金。2009年12月18日，

* 作者为中国人民大学法学院博士研究生。

浙江省金华市中院作出一审判决：认定被告人吴英以非法占有为目的，隐瞒事实真相，虚构资金用途，以高额利息或高额投资回报为诱饵，骗取集资款人民币 77339.5 万元，实际集资诈骗人民币 38426.5 万元，数额特别巨大。其行为不仅侵犯了他人的财产所有权，而且破坏了国家的金融管理秩序，构成集资诈骗罪。判处被告人吴英死刑，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产。

2010 年 1 月，吴英不服一审判决，提起上诉。浙江省高级人民法院于 2011 年 4 月 7 日对吴英案进行二审。2012 年 1 月 18 日下午，二审裁定驳回吴英的上诉，维持对被告人吴英的死刑判决并报最高人民法院核准。最高人民法院经复核后认为，第一审判决、第二审裁定认定被告人吴英犯集资诈骗罪的事实清楚，证据确实、充分，定性准确，审判程序合法，综合全案考虑，对吴英判处死刑，可不立即执行，并于 2012 年 4 月 20 日裁定发回浙江省高级人民法院重新审判。2012 年 5 月 21 日，浙江省高级人民法院经重新审理后认为，被告人吴英集资诈骗数额特别巨大，给受害人造成重大损失，且其行为严重破坏了国家金融管理秩序，危害特别严重，应依法惩处。但鉴于吴英归案后如实供述所犯罪行，并主动供述了其贿赂多名公务人员的事实，其中已查证属实并追究刑事责任的 3 人。综合考虑，对吴英判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产。至此，吴英案在司法程序上尘埃落定。

在司法程序进行的过程中，因集资诈骗罪二审被裁定死刑的“吴英案”，引发了一场罕见的争论，法学家、经济学家、企业家和广大网民都参与其中。讨论的焦点对准了当前中国正试图突破、但困难重重的金融体制改革以及法院的“死刑”判决等问题。有人认为吴英是无罪的，也有人提出经济犯罪不应当判处死刑，还有人提出，吴英罪不当杀。除了实体法上的争议点，辩方还提出东阳市政府查封本色集团财产以及公安机关对资产拍卖的行为存在程序违法。如今，吴英案在司法程序上已经尘埃落定，但它必将成为中国又一个著名的案件被载入法律人的记忆，这个案件带给我们的思考仍在继续。

吴英集资诈骗案三问

陈兴良*

【醒世言】吴英集资诈骗案折射出我国社会当前存在的金融垄断问题、民间融资问题、集资的正当性问题、死刑问题等。其中，有些是法律问题，有些是金融问题，有些是社会问题。正因为案件本身的复杂性，其所引起的关注与讨论已经远远超出了刑法的范畴。

吴英集资诈骗案二审维持死刑判决以后，引起了社会公众的广泛关注，该案已经远远超出了刑法的范畴。可以说，吴英案折射出我国社会当前存在的各种问题，包括金融垄断问题、民间融资问题、集资的正当性问题、死刑问题等等。在这些问题上，有些是法律问题，有些是金融问题，有些是社会问题。正因为吴英案本身所具有的复杂性，其引起社会公众的关注是可以理解的。作为一个法律人，我想对吴英案所涉及的三个法律问题提出质疑性意见。

一、吴英的行为是否构成非法集资？

关于吴英的行为是否属于非法集资，一审判决认为：“公诉机关指控的本案被害人虽然只有11人，但根据现有的证据，足以证实被告人吴英系通过虚假宣传、支付高额利息及所谓的高额投资回报等形式，误导社会公众，使其通过本案的11名被害人将款投资给吴英。而且被告人吴英明知林卫平

* 作者为北京大学法学院教授。

等人是做融资生意的，他们的资金也系非法吸存所得到。综上，吴英的行为完全符合集资诈骗罪的构成要件。”二审判决则认为：“吴英除了本人出面向社会公众集资，还委托部分不明真相的人向社会公众集资。虽原判认定的直接受害人仅为11人，但其中林卫平、杨卫陵、杨志昂、杨卫江四人的集资对象就有120多人，受害人涉及浙江省东阳、义乌、奉化、丽水、杭州等地，大量的普通群众，且吴英也明知这些人的款项是从社会公众吸收而来。吴英显属向不特定的社会公众非法集资，有公众性。”就以上一审和二审判决的认定而言，都确认了一个基本事实，即本案的直接被害人是11人，正是这11人将巨额款项投资给了吴英。只不过二审判决强调在这11人的背后，存在大量的普通群众，由此认定吴英的集资行为具有公众性。

在我国刑法学界，对于非法集资的理解存在较大分歧，主要有三种观点：第一种观点认为非法集资就是非法筹集资金，因此把用于经营活动的集资借贷都认为是非法集资，而不管采取何种方法进行筹集资金。这是对非法集资的最为宽泛的理解，按照这种理解，甚至可以得出“借钱即是犯罪”的结论。第二种观点认为非法集资是对社会上不特定多数人筹集资金，至于用途则在所不问，既可以用于本人经营，也可以将筹集的资金高利转贷给他人经营。第三种观点认为非法集资是指以高利转贷为目的，向社会上不特定多数人筹集资金。这种观点对于集资的理解与第二种观点是相同的，只是在集资的目的上强调只能是高利转贷给他人经营。在非法吸收公众存款的意义上理解非法集资，第三种观点是可取的。因为非法吸收公众存款就是非法行使金融机构的储蓄职能，侵犯了国家的金融垄断权。这样的话，就可以把非法集资与民间融资区分开来。但从我国目前的司法解释规定来看，对非法集资采用的是上述第二种观点。因此，我们根据这种观点对吴英案进行分析。

在吴英这个案件中，其行为是否构成非法集资，根据判决书来看，存在以下两个问题需要讨论：

一是向11位债权人借款用于公司经营是否属于非法集资。如果借款用于公司经营属于非法集资，那就是一种直接型的非法集资。所谓直接型的非法集资是指行为人直接面对不特定的社会公众进行集资，就像银行与储户的关系一样。认定这种直接型的非法集资，主要涉及对非法集资的公众

性的认定，根据案件材料，这 11 位债权人大多数是先前认识的，有的还有亲戚关系，他们是否属于社会上不特定的多数人，还存在值得推敲之处。

二是明知 11 位债权人的资金是从社会吸收来的而使用就是一种非法集资。明知 11 位债权人的资金是从社会吸收来的而使用，本人认为不能直接认定为非法集资，那只是对非法集资款的使用。在这种情况下，如欲构成非法集资，必须符合间接集资的要件。所谓间接型的非法集资是指存在一个集资的链条，之间存在多个层级。在这种情况下，处于这个层级最上端的行为人之所以构成集资，就在于在其下面各个层级都是在为他吸收资金，由此而形成非法集资的共犯。在吴英案中，吴英欲以明知 11 位债权人的资金是从社会吸收来的而使用构成非法集资，那么，这 11 位债权人必须是专门为吴英进行集资。换言之，是吴英指使这 11 位债权人为她从事集资活动，并使用集资款。如果这 11 位债权人本来就是做资金生意的，就相当于这 11 位债权人是银行，而吴英只是用款客户。那么，就不能认为吴英和这 11 位债权人的关系是构成共同的非法集资关系。从目前的情况来看，这 11 位债权人已经以非法吸收公众存款罪被判刑，而又不能认定他们和吴英存在共犯关系，则据此认定吴英的行为属于非法集资也存在一定问题。

根据以上的分析，吴英案和其他集资诈骗案存在一个重要区别，就是她不是直接面向社会公众集资，而是从这 11 位从事资金生意的债权人那里借款从事经营活动。在这种情况下，能否构成非法集资，就要进行具体分析，而不是简单地套用一般的集资概念。如果非法集资不能成立，即使存在诈骗也是普通诈骗罪而不构成集资诈骗罪。

二、吴英的行为是否构成诈骗？

在本案中，关于吴英的行为是否构成诈骗，争议主要集中在以下三个问题：一是关于隐瞒用途。法院判决认为，吴英在向各债权人借取资金的时候，说的是借款用于公司经营、资金周转，但事实上却用于偿还公司债务，因此吴英的行为是一种欺骗。隐瞒用途构成诈骗是指虚构资金用途，因此它和改变用途还不一样。如果仅仅是改变用途，则虽然存在诈骗，还是一种民事欺诈。在本案中，说是用于公司经营，实际用于归还公司债务，

这不能构成诈骗。

二是虚假宣传。法院判决认为，吴英在借款时进行了虚假宣传。虚假宣传对于集资诈骗罪来说，也是一种诈骗手段，使公众陷于认识错误而参与集资。本案吴英的虚假宣传主要是指在其本色集团的一套宣传册中将已有计划但尚未成立的公司概况作为宣传内容放在其中，有一定的虚假成分，以及在广告牌上存在虚假。但是，认定诈骗罪不仅要看是否存在虚假宣传，而且要看虚假宣传与获得集资款之间是否存在因果关系。在吴英案中，11位债权人是否因为吴英的虚假宣传而将资金借给吴英，对于这一点应当由控方加以证明，而不是仅仅罗列一些虚假宣传材料，就认定吴英构成诈骗。

三是明知不能归还而借款。法院判决认为，吴英明知没有归还的能力仍向社会公众借款，主观上具有非法占有的目的。理由是吴英进行的投资所能够获得的收益不足以支付借款利息。本人认为，明知没有偿还能力而借款，这是一种诈骗的行为方式，而不是一个主观上是否具有非法占有目的的问题。然而，我国目前的司法解释都认为这是一个推定是否存在非法占有目的的问题，显然混淆了主观与客观的关系。在以借款方式构成的诈骗罪中，隐瞒不具有还款能力，或者虚构还款能力，使借款人陷于认识错误而借款，这将使债权人的借款处于极大的风险之中，因此，借款人可以构成诈骗罪。当然，在一个具体案件中是否具有还款能力的评估，这是一个极为复杂的问题。对于吴英案来说，最有可能构成诈骗罪或者集资诈骗罪的就是这一点。由于无从了解具体案情，因而无法对吴英是否具有还款能力做出一个正确的判断。

三、如果构成集资诈骗罪，吴英是否应该判处死刑？

吴英的行为如果不构成非法集资，那就不可能构成集资诈骗罪。如果存在诈骗行为，也只能构成普通诈骗罪，当然也就不存在死刑问题。那么，即使吴英的行为构成集资诈骗罪，是否应该适用死刑呢？这本身是一个量刑问题，也是一个刑事政策的把握问题。在考虑集资诈骗罪是否适用死刑时，存在三个需要考量的要素：一是集资的数额，二是不能归还的数额，三是是否造成群体性的事件，严重扰乱社会秩序。在以上三个考量要素中，

本人认为只有第三个才能成为集资诈骗罪适用死刑的根据。在《刑法修正案（八）》考虑废除 13 个非暴力犯罪的死刑的时候，其他金融诈骗罪的死刑都废除了，只留下集资诈骗罪。如果从诈骗数额和损失数额来说，其他金融诈骗罪的数额也可能会达到数以亿计。之所以保留集资诈骗罪的死刑，当时的理由是集资诈骗罪是涉众型犯罪，容易引发群体性事件，从维护社会秩序考虑，没有废除其死刑。在吴英案中，她是向 11 位债权人借款，虽然这 11 位债权人背后还有 120 多位出资人，但并没有引发群体性事件。仅仅因为集资诈骗数额特别巨大，经济损失特别严重而适用死刑是需要慎重考虑的。这里还有必要指出，目前在经济社会中之所以大量存在非法集资现象，是和国家的金融垄断有关的。在某种意义上说，非法吸收公众存款罪名之设立就是以维护金融垄断为目的的。非法集资其实就是一种没有获得合法地位的民间金融活动或者地下金融活动，这种民间金融活动由于缺乏法律规范和法律保护，处于一种严重的无序状态，很容易引发集资诈骗等犯罪。吴英案就是在这样一种背景下发生的。这是我国金融体制的根本缺陷，但是死刑不应该成为金融管理不善的补偿，我们不能靠杀人来维护金融秩序。因此，即使吴英构成集资诈骗罪，也不应当适用死刑。

（本文系为 2012 年 2 月 27 日晚北京大学法学院主办的“当代刑法实务论坛”系列活动第一场——“非法集资与金融监管：吴英案聚焦”活动而准备，并在论坛上作了发言。因此，本文是根据最高人民法院对吴英案未核准死刑之前的材料而写，特此说明。）

刑事法官如何把“账”算清楚

周光权*

【喻世言】法官在“算账”时清醒一些，把“账目”整理得清楚一些，对于防止司法权成为脱缰的野马，依法保障被告人的财产权，确保定罪理性准确至关重要。如果再拔得高一点：法官的账算不算得清楚，事关被告人的身家性命和宪法性权利。

在吴英案审理过程中，很多法律和法理问题凸显出来。本文讨论的核心问题是：法官在处理经济犯罪、财产犯罪和有犯罪数额可以计算的渎职型犯罪中，究竟应该如何算“账”结论才是公允的，才不是算的“糊涂账”，才不是“算盘只往里面拨”？

一、算账的基准是什么？

对于吴英案，既然是以集资诈骗罪定罪，被害人的确定就是一个要首先搞清楚的问题。如果某人给吴英交钱的时候，深知吴英的某些项目虚假，也能够通过特殊渠道接触吴英公司的管理人员，对公司前景堪忧有所警觉，但仍为谋取200%的利润甘冒风险，司法上一定要说这个出资人是被吴英诈骗了，不是自欺欺人，就是多多少少有些不讲道理。所以，对那种并未陷入错误，但愿意交付财物的，似乎不能再作为被害人看待，其交付的财物也不是被诈骗之物，不能计算在行为人的犯罪数额里。

这并不意味着在集资诈骗罪中没有被害人，而仅是说可能某些出资人

* 作者为清华大学法学院教授。

不是被害人。至少说，那些在被告人案发后仍然声称没有被骗，自愿“自担风险”的人，司法机关不宜再将其作为被害人。如果此时还将其作为被害人，司法机关的心实在是“操得太多”了！在吴英案中，应该就有这样的情形。不分情况，将所有的出资人都作为被害人，算账的基准可能就有问题。

二、涉案财产处置不当的“账”算到谁的头上？

对于涉案财产，究竟如何处置才既符合程序，又能不损害被告人的利益？在当前的司法实务中，这个问题一直没有得到很好的解决。按照有关司法解释的规定，对于查封、扣押的赃款、赃物，应当随案移送。对依法不移送的，人民法院作出的判决生效后，由原审的人民法院通知查封、扣押机关上缴国库，同时将通知及判决书送达有关财政机关。如果财物容易腐烂或不能保存，需要在审判前处置的，也需要经过特别严格的法律程序才能进行。

以此作为标尺，在吴英案中，有关机关对涉案财产的处置，或许有值得检讨之处：（1）地方政府有无权力处置涉案财产？吴英案重审后，浙江省高级人民法院新闻发言人表示：吴英案发生后，公安机关即对吴英的资产进行了查封登记。据法院从公安机关了解的情况，“当地政府”成立了吴英案资产处置组，负责资产处置工作。问题在于：吴英案已经进入司法程序，地方政府强力介入，并绝对主导去处置刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的财产，法律依据何在？出错的几率如何防止？被告方不服向谁控告？处置错误谁承担责任？错案追究的板子是打在司法机关身上，还是打在地方政府身上？同时，如果地方个别官员与该案有纠缠不清的利益，被告人的处境就可能“雪上加霜”。（2）在法院审判前，处置被告人财产的程序要求是什么？例如，被告方主张的财产价值很高，而有关部门委托的鉴定机构估价很低，能否允许其他机构再鉴定、估价？如果不允许，是否合适？在吴英案中，辩护人对东阳公安机关查封和冻结吴英个人以及公司财产的方法提出异议：资产估价认定明显低于市场价格几倍，比如价值30多万元的洗车机，旧的被认定为1万，新的也仅被认定为7万。吴英的辩护律师对东阳价格认证中心所做的鉴定书提出质疑并要求重新鉴定，但遭到拒绝。另外，审判前的财

产处置程序如何公开？辩护人提出，吴英用 5000 万元装修的本色概念酒店，试营业不过才 2 个月，最后以 450 万被低价拍卖，这个拍卖过程是“封闭拍卖”，缺乏公平和透明度。对这些问题，迄今为止，都没有得到很好的回应。

因此，对于审判前处置被告人财产的案件，法官在“算账”时一定要睁大眼睛。对于程序早、估价低、程序不公开、不透明的财产处置，应该允许被告方申辩，如果实物还存在的，甚至可以考虑聘请第三方重新估价，以准确评估被告方的财产，并用其财产弥补被害人的损失。对于涉案财产处置不当的案件，尽量不要把账算到被告人头上。

在这里，特别要提到：对原本就不应该查封、扣押、处置的财产，侦查机关违法采取相关措施的，法官在对案件作出判决时，一定要纠正违法的查封、扣押、处置行为。例如，被告公司虚开增值税专用发票，抵扣税款 50 万元，侦查机关就将该公司查封，并拍卖公司价值数亿的土地、厂房，此财产处置行为明显违反“比例原则”，应该予以纠正。再如，被告人租用某饭店的一层楼从事洗浴行业，并附带组织卖淫活动，侦查机关将整个饭店长时期查封，也是不合法的。法官在“算账”时，对类似违法司法行为（在某些“打黑”活动中尤其突出）如果仍然是睁一只眼闭一只眼，天下就真的没有什么公理可讲了！所以，法官在算账时，也应该程序和实体并重，不能只看结果，只看最终的数字；而不看过程，不看“流水账”。

三、“算账”时，要不要考虑审判时的经济、社会环境？

某些案件在案发时，因为宏观经济环境不景气，被告人“资不抵债”，有关机关对其财产进行评估时，该财产价值相对低廉。但是，当案件进入审判程序后，经济、社会环境发生变化，有关机关查封、扣押的被告人财产如果在市场上交易，其价值大幅度升高，此时，法官似乎有义务将该财产再行委托有关机关鉴定、估价，充分考虑其增值部分。例如，某被告人用集资诈骗款购买房屋后案发，涉案房屋被查封，在房地产低迷时，对该房屋的估价一定会比较低。但是，在审判阶段，房产价格猛涨，这时对被告人的财产价值就有必要重新评估。如果仍然固守侦查阶段经济不景气时的估价，法官算出来的账可能就是算盘珠子往里拨，怎么都对被告人不利。

如此说来，法官要想把账算清楚，考虑审判时的经济、社会环境也是必不可少的功课，这样对刑法和刑事政策的掌握才可能万无一失。李斯特所讲的“最好的社会政策就是最好的刑事政策”，是不是也含有这样的意思？

四、如何计算被告人“挥霍”的账？

如何判断被告人是否挥霍及其数额大小，也不是一件容易的事情。实践中，的确存在认定挥霍扩大化的问题。例如，法院认定被告人诈骗他人财物用于自己的房地产开发项目，同时购买5辆高档汽车放到自己名下（而不是公司名下），据此，确定被告人购车是为了讲排场，因而是挥霍骗取的财物。但是，被告人辩解，购买汽车挂在自己名下，是因为公司管理不规范，但该汽车是公司开展业务或者接待时的用车，不是个人车辆，也不是个人挥霍。被告人的辩解不是没有一点道理。如果查明该汽车确实用于公司经营活动，对财产挥霍的认定或许需要重新考虑。类似的情况是：被告人认为房地产、字画、珠宝有升值潜力，用犯罪所得大量购买这些物品，但在日常生活中并不使用、享用这些物品的（实践中，往往在案发时或者审判时这些财物的价值有所升高），属于投资行为，可能也不宜认定为挥霍。这些情形实际上和犯罪后将所取得的财物存入银行赚取利息的性质一样，是一种经营行为。而在关于挪用公款罪的司法实务中，就明确将挪用公款存入银行的行为认定为从事“营利活动”，而不会认为是挥霍（如果认定为挪用公款挥霍，定罪标准马上就会改变）。在吴英案的认定中，是否也有类似情况，值得司法机关认真回头总结。

五、通过算账，以结果反推非法占有目的是否合适？

实践中，有很多犯罪（如集资诈骗罪、非法吸收公众存款罪、贪污罪、挪用公款罪等），只要出资人的本金及收益有保证、被害人的“亏空”能及时弥补，通常不会案发，正所谓“一肥遮百丑”。但是，另外的一极是：一旦被告人还不起钱，法官就可能反推其具有非法占有目的，从而可能将非法吸收公众存款罪认定为集资诈骗罪，将挪用公款认定为贪污罪。此时，

法官成为简单的算账机器：凡是有大“窟窿”补不上的，就是不法取得所有权的犯罪，行为人就有非法占有目的，轻罪立马升格为重罪。这是典型的客观归罪。

也正是因为实践中存在法官机械地“算总账”，不认真核查非法占有目的是否存在的问题，最高人民法院才在各种司法解释和规范性文件中不厌其烦地提出对非法占有目的的判断标准。例如，2001年1月21日最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》明确提出：集资诈骗罪和欺诈发行股票、债券罪、非法吸收公众存款罪在客观上均表现为向社会公众非法募集资金。区别的关键在于行为人是否具有非法占有的目的。对于以非法占有为目的而非法集资，或者在非法集资过程中产生了非法占有他人资金的故意，均构成集资诈骗罪。但是，在处理具体案件时要注意以下两点：一是不能仅凭较大数额的非法集资款不能返还的结果，推定行为人具有非法占有的目的；二是行为人将大部分资金用于投资或生产经营活动，而将少量资金用于个人消费或挥霍的，不应仅以此便认定具有非法占有的目的。此后，在2010年12月13日，最高人民法院发布《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，其中第4条规定，使用诈骗方法非法集资，具有集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的，肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的，携带集资款逃匿等情形之一的，可以认定为“以非法占有为目的”。实际案件中，以非法占有为目的应当区分情形进行具体认定。行为人部分非法集资行为具有非法占有目的的，对该部分非法集资行为以集资诈骗罪定罪处罚；非法集资共同犯罪中部分行为人具有非法占有目的，对该部分具有非法占有目的的行为人以集资诈骗罪定罪处罚。

当然，法官如何把账算清楚，除了上述这些问题，还有很多很多。要法官在“算账”时清醒一些，把“账目”整理得清楚一些，对于防止司法权成为脱缰的野马，切实依法保障被告人的财产权，确保定罪理性准确，至关重要。如果再拔得高一点：法官的账算不算得清楚，事关被告人的身家性命和宪法性权利。这样说来，在很多刑事案件的处理上，如何算账真是来不得半点马虎。