

江维龙：不该发生的错案 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E6_B1_9F_E7_BB_B4_E9_BE_99_EF_c122_479423.htm

笔者最近为一起刑事案件担任辩护人，一审认定我的当事人殷某构成共同盗窃罪，判处有期徒刑一年六个月，罚金1000元；二审裁定驳回上诉，维持原判。笔者虽是从事律师和刑法学教学多年，在二审中与笔者一起担任辩护人的同事还是享有国务院特殊津贴的全国著名刑法学教授，博士生导师。在整个代理过程中，笔者对某些检察官和法官在司法实践中的做法和对刑法知识的一知半解着实让人无法理解。尤其是本案是认定盗窃犯罪，全国各级法院刑事审判庭处理的刑事案件有近一半是盗窃案件，此案有错，可见一斑。因此，个中感觉，有如浓啖塞喉，不吐不快。如不阐明是非，又如何去面对我们的莘莘学子。

一、本案事实清楚，一审、二审对事实认定无异议

案情简介：殷某系上海市某出租汽车公司的驾驶员，殷某开出租车经常在本市一小饭店吃饭，安徽人王某等人也常在同一饭店吃饭，时间一长而面熟，殷某只知道他姓王。98年4月的一天，王某问殷某去不去松江，殷某问去松江干什么，他说去拉货，殷回答出租车装不了多少货，王说给你1000元你去不去，殷回答说我去。当天晚上殷某开车将王等5人送到松江，停在一条大马路的弄堂口，王等人下车。弄堂内有一家工厂，由于工厂大门锁着，殷推测王等人是翻墙进去的。殷某一直停在大马路上。后来王叫他倒车，殷发现王等人已经将东西放在墙外。他们将东西装入出租车的后备箱，有王押车，开回到上海的一家废品回收站。卸货以后殷某发现装的原

来是铜。由于一车没有装下，结果又来回跑了一次。王等人共窃得电解铜980公斤，价值人民币16660元。销赃得款人民币6300元。在整个过程中殷某始终没有下过车。第二天，王给了殷1000元钱（在讯问中王交代给了殷1500元）。第三天王等三人又碰到殷，并乘殷某的出租车去那家废品回收站去拿销赃后的余款，结果到了那里他们三人就被警察抓住。殷某则担心受牵连就开车离开了。由于害怕，我当天晚上就将车还给了公司。王等人由于有十余起盗窃和抢劫案被司法机关另案处理。其间警方曾两次通知殷的母亲叫殷去派出所，但殷某始终未去。（以上事实在两次庭审过程中都已经得到了证实）四年以后，于2002年7月1日警方将殷某抓获，第二天殷某被刑事拘留，8月1日被本市C区人民检察院批准逮捕，9月24日被C区公安分局起诉至C区人民检察院。C区人民检察院于10月8日移送至本市S区人民检察院审查起诉。10月21日S区人民检察院以简易程序向S区人民法院提起公诉。笔者作为一审辩护人向合议庭提出拟作无罪辩护，案件转为普通程序审理。S区人民法院于11月13日公开开庭审理后，于12月4日判决殷某与王等人构成共同盗窃罪，判处有期徒刑1年六个月。罚金人民币1000元。殷某不服一审判决提出上诉，二审法院于2003年2月18日裁定驳回上诉，维持原判。二、二级法院认定殷某构成共同盗窃，定性完全错误（一）殷某事先和事后都未与王等人的有盗窃共谋 1、本案殷某与王等人事先没有盗窃共谋。殷某是王等人叫他到松江去拉货，殷某并不知道王等人是去盗窃。这一点在一审庭审过程中已经得到证实。公诉人和一审主审法官在与辩护人交换意见过程中也都承认殷某在到松江以前不知道王等人是去盗窃。从现有

证据看，也没有任何证据表明殷某与王等人之间有过共谋。

2、在王等人盗窃过程中也没有参与共谋或者表示其同意加入，没有任何证据表明殷某与王等人形成了共谋的默契。据殷某交代他并没有看清王等人是翻墙进去的，到后来有人叫他倒车去装东西。期间殷某并没有看清装的是什么东西，是到了上海以后才知道装的是铜。公诉机关就是以此作出的指控，“认为殷某作为一个成年人应当知道王等人是在盗窃，而知道了还继续开车，那就是共同盗窃。”而一审判决所依据的也完全如此。试问：难道殷某知道了王等人在里面还杀人、放火，殷某还构成杀人、放火罪的共犯吗？司法推理要以事实为依据，而不是主观想象和推测。本案即使殷某看到了（事实上没有看到）王等人翻墙而入，殷某又怎能判断王等人是去盗窃，而不是去杀人、放火或者去实施其他违法犯罪活动，或者是回工厂等合法行为呢？起诉书的指控和一审判决完全违背了我国刑事诉讼法“以事实为根据，以法律为准绳”的基本原则，是审判机关不依据客观事实，主观想象和推测造成的结果。共同故意的形成要有一个过程，当王等人进入到工厂以后，殷某怎能与王等人形成默契吗？一个在墙外，一个在墙里，难道他们是隔墙心心相应而达成的默契吗？即使（仅仅是假设）殷某想参与王等人的盗窃，也没有证据表明王等人同意其加入，哪也只是刑法理论上的片面共犯，而不是我国刑法中的共同犯罪。探讨主观要件必须结合客观要件，公诉机关和一、二审法院都没有将两者结合起来，造成一审判决和二审裁定适用法律的错误。（二）殷某从未参与实施任何共同的盗窃行为要认定共同犯罪，必须要有共同的犯罪行为。在本案的整个过程中，殷某未实施任何盗窃

行为。盗窃是指以非法占有为目的，秘密窃取公私财物的行为，在共同盗窃行为中有实行行为、帮助行为和辅助行为。由于殷某与王等人事先无共谋，所以殷某送王等人去松江不是帮助行为。殷某在王等人盗窃以后将东西送回上海，由于王等人已将财物实际控制，盗窃行为已经构成既遂，盗窃行为已经结束，殷某在理论上已经无法再参加进去。所以殷某的行为也不是一种帮助行为。在整个过程中，殷始终没有下过车，这一点在一审庭审过程中也已经得到了证实。所以，殷始终没有实施任何共同的盗窃行为。（三）本案殷某未参与分赃 本案殷某所拿到的是王等人事先讲好的1000元出租汽车的车费。事先讲好的车费怎么就能变成了是分赃了呢？在司法实践中有事先讲好分赃的，但本案事先讲好的是车费，不是分赃。本案没有任何证据证明这1000元是分赃，但公诉机关和一审法院还是对这一点作出了起诉和判决，是违背客观事实的主观归罪。综观以上分析，本案殷某显然不构成共同盗窃。但是一审判决认为：“被告人殷某作为出租营运人在王等人的租用下，随其共同来到作案现场，时间在深夜至次日凌晨，还两次驾车将盗窃所得的赃物直接运送至废品站予以销赃，在王等人无任何合理的解释，且运输的时间、地点、过程均有悖于常理的情况下，被告人殷某的行为充分表明了其知道王等人正在盗窃，且到案后在司法机关对其进行讯问时，多次供认来到盗窃现场后，看到他们翻墙将数卷铜搬上出租车后，才知道他人在盗窃。被告人殷某的这一供述，经本院查证属实，应采纳为认定本案事实的有效证据。”即使按照一审法院如此的认定，本案殷某也不构成共同的盗窃。二审法院认为：“经查，殷某到案后曾多次供述，其驾

驶的出租车被王等人租用并于深夜开至本市松江区，在看到王等人翻墙时，就知道王等人在偷东西，在看到王等人陆续将数卷铜皮搬出的同时，其就在王的指使下两次开车将上述铜皮装运至一废品回收站销赃，上述供述得到共同作案人王等人供述的印证，应予确认。因此，殷某事先虽未参与盗窃预谋，但到盗窃现场后，明知王等人在实施盗窃行为的情况下，仍积极为王等人将赃物运离现场至销赃地点并分得赃款。显见，殷某不仅具有共同盗窃的主观故意，而且有帮助王等人完成盗窃的客观行为，故原审法院认定殷某为盗窃罪共犯，定性并无不当。”同样，按照二审裁定的理由，其定性也完全错误。

三、题后话（一）判决和裁定不提辩护人的辩护观点，回避问题的实质 辩护人在两次庭审过程中向两级人民检察院和两级人民法院提出要认定共同盗窃，必须说明共同的盗窃故意是在什么时候形成的；不但起诉书、判决书、裁定书只字未提，在庭上公诉人和法官也只字未予回答。对于辩护人认为本案当王等人将铜拿到墙外以后，盗窃行为已经构成既遂的观点，判决书和裁定书也只字未与说明，实在让人费解庭审到底在审什么？判决书和裁定书到底要写些什么内容，到底是否要阐明这些关键问题？虽然判决书过于格式化和程序化的问题已经讨论了很多年，但本案的两级法官显然是在回避问题的回答。（二）本案的检察官和法官的刑法知识让人目瞪口呆 辩护人在庭审过程中提出当王等人将铜拿到墙外以后，他们的盗窃行为已经完成，已经构成盗窃犯罪既遂。殷某在刑法理论上已经无法再参与进去观点，一审检察官的回答是如果按照辩护人的观点，殷应当定两罪，第一次将铜运回上海由于殷某不知道是赃物，应定转移赃物罪

，第二次将铜运回上海由于殷某已经知道了是赃物，所以应定共同盗窃罪。而一审主审的回答是如果辩护人的观点成立，那么王等人也应该定转移赃物罪和盗窃罪两罪；一审主审不知道关于盗窃罪的既遂和未遂刑法学界有过六种观点，他认为既然有六种观点，那为什么要采用你的那种观点，让人瞠目结舌。她还独创了她的第七种观点，那就是本案要等到王等人销赃以后才构成盗窃罪既遂。我们真不知道这些法官和检察官他们学的是从哪里学来的刑法知识？100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com