



刑事疑难案例研究

孙 力◎主编

中国检察出版社

刑事疑难案例研究

孙 力 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事疑难案例研究/孙力主编. —北京: 中国检察出版社, 2008. 10
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0005 - 2

I. 刑… II. 孙… III. ①刑法 - 案例 - 分析 - 中国 ②刑事诉讼法 - 案例 - 分析 - 中国 IV. D924. 05 D925. 205

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 155499 号

刑事疑难案例研究

孙 力 主 编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱: faccount@163. com

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 16. 25 印张

字 数: 295 千字

版 次: 2008 年 11 月第一版 2008 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0005 - 2/D · 1985

定 价: 30. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

编委会

主任 孙 力

副主任 李 华 卢建平

委员 赵志坚 李卫国 王长林 袁春桔 黄晓文

主 编 孙 力

执行主编 卢建平

执行副主编 刘中发

前 言

调查研究是保证科学决策与实现正确领导的前提，也是做好各项工作的基础。早在新民主主义革命时期，毛泽东同志就提出了“没有调查就没有发言权”的著名论断。检察工作的健康发展离不开正确理论的指引，加强检察理论研究，是发展和完善中国特色社会主义检察制度的必然要求，是推动检察工作深入发展的客观需要，是建设高素质、专业化检察队伍的重要途径，是积极应对检察制度和检察理论面临的各种挑战的迫切任务。

北京市海淀区检察院地处中关村高科技园区，拥有一支具有高学历和丰富实践经验的检察队伍，每年办理的各类案件都位居全市前列，人均办案量更是遥遥领先。庞大的案件数量在带来繁重的办案任务的同时，也为开展调研工作提供了大量鲜活的素材。海检人立足区域内丰厚的教育科研资源优势，对调研工作给予了高度重视，积极思考和回答检察工作中遇到的一系列问题，取得了较好的效果，不仅产生了获得全国检察机关精神文明建设“金鼎奖”、全国检察理论研究优秀调研成果奖的调研文章，而且还在全国检察机关推广了开展检察改革的成功经验，如第一个在全国探索学者挂职机制，设立专家咨询委员会，实施普通程序简易化审理改革，制定《检警关系指导规则》。为总结、推广调研成果，深化调研工作，推动各项业务工作进一步发展，在纪念恢复建院三十周年之际，我们从近年来海检人撰写的文章中精选出了一些优秀成果汇编成《刑事疑难案例研究》，作为对近年来海检院调研工作的回顾和展示，也作为调研工作进一步深入发展的新起点。

当前，我国检察制度和检察工作机制改革已进入深层次发展阶段，党和国家、人民群众对检察工作提出了更高的要求。我们将继续发扬海检院的调研传统，认真学习、深入贯彻科学发展观，围绕检察工作主题和检察事业发展的需要，加强对检察实践中热点、难点问题的研究，加强对检察实践经验的理论概括，以丰硕的研究成果推动检察理论和检察实践的共同繁荣。

编 者

2008年9月

目 录

一、刑法总则篇

孙某玩忽职守案

——新旧刑法及刑法修正案的适用 邱志英 (1)

李某等人盗窃案

——犯罪故意的认定 刘丽娜 (7)

李某等人故意伤害案

——“概括故意”的认定 李 娜 (13)

王某过失致人死亡案

——刑法上的预见义务 杨新娥 付 强 (18)

陈某过失致人重伤案

——意外事件与犯罪的区分 尤 越 (21)

李某抢夺枪支案

——危险犯的认定 付 强 (25)

徐某、张某破坏生产经营案

——对象不能犯的认定 汪 蕾 (31)

伊某抢劫案

——继承的共同犯罪中后行为人承担刑事责任的范围 张 枚 (36)

张某、郝某诈骗案

——非法行使财产权利的刑法评价 曾静音 (39)

刘某故意伤害案

——自救行为及其刑事责任的认定 张 枚 (43)

刘某故意伤害案

——刑法追诉时效的溯及力问题 付 强 杨陈炜 (47)

二、刑法分则篇

付某销售伪劣产品案

——销售假冒的奥林匹克标志行为的定性 李巧芬 (53)

弋某票据诈骗案

——票据诈骗与合同诈骗的区分 向建国 (57)

许某销售假冒注册商标的商品案

——“明知”的推定 朱克非 (62)

郝某强奸案

——强行与已放弃卖淫意图的陪酒小姐发生性关系

行为的定性 郭毅涛 (67)

刘某强奸案

——违背妇女意志的认定 戚进松 (70)

周某、付某、李某绑架案

——“勒索财物型”绑架罪与“索取债务型”非法

拘禁罪的界限 汪 蕾 (75)

姜某非法侵入住宅案

——非法侵入住宅罪与非罪的界限 尤 越 (79)

孙某抢劫案

——冒充警察以“抓嫖”为名获取他人财物行为的定性 郭毅涛 (85)

殷某、刘某抢劫案

——在非法营运的出租车上强行索要财物行为的定性 齐沁霞 (89)

张某抢劫案

——转化型抢劫罪中的“当场” 武 军 (93)

高某、王某抢劫案

——“入户”抢劫的认定 郭毅涛 (98)

王某盗窃案

——以练习开车为目的多次偷开机动车行为的定性 尤 越 (101)

傅某盗窃案

——非法变更客户证券交易密码划走客户资金行为的定性

..... 王宏伟 (106)

李某盗窃案

——窃取信用卡卡号和密码进行电话转账行为的定性 朱克非 (110)

王某盗窃案

——秘密拿走卖者其他电脑作抵押行为的定性 杨新斌 (114)

刘某盗窃案

——“非法占有目的”的认定 罗 飞 (117)

王某盗窃案

——非法占有目的产生时间对定罪的影响 罗 猛 (122)

刘某盗窃案

——侵占罪与盗窃罪的区分 邢永杰 (127)

丁某诈骗案

——利用程序漏洞重复获取赠送点卡行为的定性 庄晓晶 (132)

李某诈骗案

——盗取保单向投保人收取保费行为的定性 王晓乐 (137)

徐某、陈某诈骗案

——虚构部分事实行为的定性 朱克非 (140)

王某等人诈骗、公司人员受贿案

——身份对行为定性的影响 胡志强 杨崇华 (143)

王某诈骗案

——盗、骗手段交织的“调包”案的认定 张春宇 (151)

王某、乔某诈骗案

——冒用他人身份使用移动电话造成的电信资费损失的界定
..... 徐 云 (155)

柴某诈骗案

——受贿罪与诈骗罪的区分 王云光 (159)

王某职务侵占案

——“本单位财物”的界定 周 鹂 (162)

臧某敲诈勒索案

——打假维权与敲诈勒索的区分 刘中发 (166)

祝某涉嫌敲诈勒索案

——以揭露技术缺陷相要挟索要存在争议的劳务费用行为
的定性 庄晓晶 (172)

王某妨害公务案

——职务行为合法性的判断 吕 良 (176)

葛某伪造事业单位印章案

——贩卖伪造的民办高校文凭行为的定性 马凌云 (180)

于某破坏计算机信息系统案

——破坏计算机信息系统“情节严重”的认定 胡志强 (184)

吴某窝藏赃物案

——“明知”的认定 程晓璐 (188)

赵某转移赃物案

——转移赃物罪主观“明知”的认定 向建国 (194)

卞某非法行医案

——非法行医罪的主体认定 杨新城 付 强 (198)

杨某贪污案

——违规为自己和出纳购买商业保险行为的定性 庄燕君 (202)

屈某等人贪污、挪用公款案

——共同贪污与私分国有资产的区分 程 乐 (206)

三、刑事证据篇

王某诈骗案

——证据的采信与运用 王 戈 (212)

李某贩卖毒品案

——证据确实充分与排除合理怀疑刑事证明标准的具体适用
..... 张春宇 (219)

唐某挪用资金、职务侵占案

——如何采信前后矛盾的证人证言 李 莹 (224)

徐某诈骗案

——如何采信存在瑕疵的有罪证据 何柏松 (228)

迟某盗窃案

——利用间接证据定案的证明标准 齐沁霞 (233)

李某某强奸案

——强奸案中证据的审查认定 杨陈炜 (239)

辛某盗窃案

——“明知”的推定 李聪明 (243)

一、刑法总则篇

孙某玩忽职守案

——新旧刑法及刑法修正案的适用

一、基本案情

犯罪嫌疑人孙某，男，67岁，系北京某设备研究院副院长。该设备研究院在2000年以前系国有事业单位，2000年改制后同时具有企业法人资格。

1996年下半年，孙某所在单位决定对厂区进行改造，并多方寻找合作方。在此过程中，孙某通过戴某介绍认识了某山东公司（工商登记注册显示系国有企业）董事长柳某。孙某轻信柳某的介绍并意图将该山东公司引入本单位厂区改造工程。在山东公司与设备研究院正式谈判之前直至谈判中，孙某多次将设备研究院合作的“标底”透露给柳某、戴某等人，为山东公司日后与设备研究院的谈判扫清了障碍。戴某答应工程完工后，从山东公司应得的利益中为孙某解决住房一套。

1997年7月初，在签订合同之前，孙某得知山东公司无力给付工程前期款项1500万元（双方合作的前提条件）及后期利益（每年250万元工程款）。孙某隐瞒真相，并授意戴某多方联系、谈判，最终私自决定以设备研究院名义从河北某建筑公司借款1500万元，掩盖山东公司无力出资的事实。

1997年7月11日，孙某在没有向院领导及职代会汇报的情况下，擅自同戴某、柳某等人前往河北建筑公司总部，以设备研究院的名义同该建筑公司签订了关于设备研究院厂区改造的《合作协议书》及《补充协议书》，并私自自在协议书上加盖设备研究院公章。在签订合同时，孙某对河北建筑公司隐瞒了山东公司存在的事实。

随后，孙某私自拟订了《厂区改造工程筹建合同补充协议》，并与山东公司法人柳某在补充协议上签字。该补充协议约定山东公司有权将其所分得使用

房屋以设备研究院名义与第三方签订合作协议；并约定山东公司承担孙某以设备研究院名义与河北建筑公司所签订合作协议中规定的全部责任。

1997年7月13日，设备研究院在不了解山东公司无力给付1500万元工程前期款项这一事实的情况下，同山东公司签订了合作合同（以下简称合同四）。根据此合同，孙某被任命为厂区改造工程总指挥，柳某担任副总指挥，戴某担任办公室主任。

根据同孙某签订的《合作协议书》和《补充协议书》，河北建筑公司于1997年7月—10月分5次将工程前期款项1500万元汇入设备研究院工程办公室账户。1997年7月—2000年2月，柳某、戴某等人将1500万元资金中的1000余万元工程款挪作他用，其余少量资金被用于工程建设。

1998年12月，孙某从设备研究院退休，仍未将私自与河北建筑公司签订协议的情况告知设备研究院。2000年5月，设备研究院从戴某的交代材料中得知孙某同河北建筑公司签订了《合作协议书》及《补充协议书》。

2003年3月，河北建筑公司根据1997年7月11日与孙某签订的《合作协议书》以及《补充协议书》进行结算，依据《补充协议书》，河北建筑公司将工程前期借款1500万元从设备研究院应得的售楼款中予以扣除，从而导致设备研究院1177.742余万元的资金缺口。

现查明，山东公司系虚假注册的“国有”公司，其在山东省工商局进行工商登记注册时出资1000万元全部为虚假出资。而截至2003年10月底，该公司在中国光大银行的基本账户内以及其在中国工商银行所开设的另一企业账户中，余额共计55032.64元，无力偿还1500万元巨额工程款。

2003年9月19日，孙某被抓获。后侦查部门以孙某涉嫌玩忽职守罪移送审查起诉。

二、分歧意见

本案主要争议为以下三个问题：

第一，本案孙某的渎职行为发生在1997年7月，而本案损失结果却发生在1997年7月—2000年2月，在时间上跨越了新旧两部刑法，那追诉渎职类犯罪应适用行为发生时的法律还是损害结果发生时的法律；

第二，本案损害后果发生在1997年7月—2000年2月，甚至在2003年3月河北建筑公司还从设备研究院划走了借款1500万元，在时间上跨越了1979年刑法、1997年刑法和1999年的刑法修正案，在这种渎职行为损害后果发生的时间是一个持续的过程甚至有间断的情况下，损害结果发生的时间如何确定；

第三,由于以上两个问题的存在,对孙某的行为是适用1979年刑法还是1997年刑法,又或者是1999年刑法修正案,即涉及新旧刑法及刑法修正案应如何适用的问题。

三、评析意见

(一)玩忽职守等渎职类犯罪,对犯罪嫌疑人应以危害结果发生时的法律定罪处罚

本案孙某越权私自签订借款等一系列合同的行为发生在新刑法实施之前的1997年7月,按照当时的法律应认定为玩忽职守罪;本案的损害结果发生在新刑法实施之后,如果以结果发生时的法律,其行为既不符合主体要件为国家机关工作人员的玩忽职守罪,也不符合主体要件为国有企业、公司的工作人员的徇私舞弊造成破产、亏损罪,其行为不构成犯罪;而按照处理时的法律,即1999年12月《刑法修正案》第2条的规定,其行为应当认定为国有事业单位人员滥用职权罪。由此可见,确定对孙某的行为的评价是适用行为时还是结果发生时的法律,抑或是适用处理时的法律关系到行为人罪与非罪、此罪与彼罪的问题。

一种观点认为,渎职类犯罪案件,虽然是结果犯,要求有损害结果的发生才能追究行为者的刑事责任,但一旦损害结果发生,还是应适用行为者行为时的法律。依据此观点,孙某私签合同的行为发生在1997年7月,依据1979年刑法,孙某的行为构成玩忽职守罪。

另一种观点认为,渎职类犯罪因是结果犯,只有损害结果发生时才能追究行为者的刑事责任,因此,应以损害结果发生时的法律对行为者定罪处罚。

笔者同意第二种观点,主要理由是:根据最高人民检察院公诉厅、最高人民法院刑二庭的座谈会纪要的规定:“对玩忽职守罪等结果型的渎职犯罪,均应从危害结果发生之日起计算其追诉时效。”据此推理,对玩忽职守类犯罪,应当适用危害结果发生之日的法律,对孙某的行为应以危害结果发生之时的法律追究其刑事责任,而不能以其渎职行为发生时的法律定罪量刑。

(二)本案如何界定危害结果发生时间

追究孙某的刑事责任应适用危害结果发生时的法律,但本案危害结果发生不是一次性或者瞬间完成的,而是一个持续的过程,从1997年10月到2000年2月,损失在不断地发生。而到2003年3月因河北建筑公司与设备研究院结算,才使得危害结果得以显现。本案“危害结果发生之日”应该是何时:是损失一开始发生之日(1997年10月),还是损失发生结束之日(2000年2月),或者是损失显现之日(2003年3月)?

本案中,设备研究院发现损失是在归还河北建筑公司的前期投入款项1500万元时,由此看来,损失是发生在2003年3月,因此2003年3月为本案的危害结果发生时间^①。但实际上,设备研究院损失的发生是由于山东公司戴某、柳某贪污、挪用了巨额工程资金造成的,只不过损失是在设备研究院同河北建筑公司结算时才凸显出来。河北建筑公司借款与收回款项是合同理当履行之责,不存在损失问题,设备研究院的损失与归还河北建筑公司借款之间没有因果关系。既然设备研究院的损失同河北建筑公司结算之间没有因果关系,当然不能将损失时间确定在工程结算的2003年3月。

根据1997年刑法及其修正案以及最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的规定,渎职犯罪要求有“重大损失”的发生,而且损失应该是直接的灭失性损失。这里需要明确的是“重大损失”的发生之日是指款项从设备研究院拿走之日还是确定为灭失性损失之日,这二者之间是有差别的。从本案来讲,戴某和柳某等人将钱拿走之日是1997年至2000年2月,但确认为灭失性损失的时间却是在2003年(在该案的侦查过程中证实山东公司是虚假出资注册成立)。法律所要求的“重大损失”的发生之日到底是款项被从设备研究院账户转走之日,还是确定损失为灭失性损失之时?我们认为,应将款项转走之日确定为损失发生之日,这也符合最高法《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》关于“玩忽职守行为造成的重大损失当时没有发生,而是玩忽职守行为之后一定时间发生的,应从危害结果发生之日起计算玩忽职守罪的追诉期限”的规定。将损失确认为不可挽回的灭失性损失是对损失发生状态的一种事后认定,但并不是损失发生时间本身。

综上,设备研究院危害结果发生时间应确定为1997年7月至2000年2月。

(三) 关于本案的法律适用问题

确定将款项转走时间为该案损失发生的时间后,具体危害结果发生的时间应以新刑法生效的1997年10月1日为分界线,对10月1日前后发生的损失分段评价?还是确定为损失最后发生的2000年2月?上述时间的确定,将直接影响到对孙某渎职行为的法律适用。因为1997年10月,正是我国新旧刑法交替的时期,新旧刑法对国有公司、企业、事业单位工作人员玩忽职守、滥用职权犯罪做了不同的规定,且1999年刑法修正案对该罪又做了修订,在此情况下,新旧刑法及刑法修正案应如何适用。

如果以新刑法生效的1997年10月1日为分界线,对孙某的渎职行为分段

^① 杨敦先教授为本案提供的专家意见。

评价,则孙某的渎职行为呈现以下两种情况:一是因主体不适格,孙某对1997年10月1日以后发生的损失不负刑事责任。因为1997年新刑法规定渎职犯罪的主体应该是国家机关工作人员,在2000年以前,孙某任职单位设备研究院是事业单位,孙某因主体不适格而不能构成玩忽职守罪或者滥用职权罪。而刑法第168条的徇私舞弊造成破产、损失罪的主体是国有公司、企业直接负责的主管人员,孙某是事业单位主管人员,同样因主体不适格而不构成犯罪。二是1997年10月1日以前发生的损失,只要数额达到玩忽职守罪的立案标准,孙某的渎职行为就构成玩忽职守罪。本案中1997年10月1日前发生的损失为322.3921万元,已远远超过玩忽职守罪的立案标准,孙某的行为构成玩忽职守罪。

根据1979年刑法孙某的行为构成了玩忽职守罪,但根据1997年刑法孙某的行为不构成犯罪,根据从旧兼从轻原则,新刑法不认为是犯罪或者处罚较轻的,适用新刑法。因此,对孙某的渎职行为应适用1997年刑法。由此,孙某的行为不构成犯罪。

如果将设备研究院危害结果的发生确定在2000年2月,因1999年12月25日我国刑法修正案对刑法第168条进行了修正,将该罪犯罪主体改为国有公司、企业、事业单位的工作人员,则对孙某的渎职行为应以1999年刑法修正案进行评价,孙某的行为有可能构成国有事业单位人员滥用职权罪。

陈兴良教授即持此观点,陈教授认为设备研究院的损失发生的时间是1997年7月—2000年2月,这一时间段是一个持续的完整状态,孙某应该对全部损失负责。因此,孙某的渎职行为危害结果发生的时间点应是2000年2月,根据刑法修正案,孙某身为国有事业单位工作人员,因滥用职权造成国家1100余万元的经济损失,则其行为构成国有事业单位人员滥用职权罪^①。

我们认为,上述观点与我国相关规定不符。根据最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》关于渎职罪问题的规定:对于1999年12月24日《中华人民共和国刑法修正案》实施以前发生的国有公司、企业人员渎职行为(不包括徇私舞弊行为),尚未处理或者正在处理的,不能按照刑法修正案追究刑事责任。既然作为犯罪主体的国有公司、企业人员的此类行为都不能按照刑法修正案追究刑事责任,孙某作为非犯罪主体,在没有证据证明其具有徇私舞弊行为的情况下,其渎职行为更不能按照刑法修正案追究其刑事责任。

综上,对孙某的行为不能以1979年刑法的玩忽职守罪定罪处罚,又因其

^① 陈兴良教授为本案提供的专家意见。

主体不适格，亦不能以新刑法的玩忽职守罪或者徇私舞弊造成破产、损失罪定罪处罚。因现有证据不能证明孙某有徇私舞弊行为，亦不能以刑法修正案的国有事业单位人员滥用职权罪对孙某定罪处罚。

四、处理结果

本案经院检委会研究决定，并向上级院请示，以国有事业单位人员滥用职权罪对孙某作存疑不起诉处理。

(拟稿：邱志英)

李某等人盗窃案

——犯罪故意的认定

一、基本案情

2003年8月7日晚22时许,来京务工人员李某等三人酒后前往北京市海淀区北京市农林科学院林业果树研究所(以下简称林果所)找同乡严某(该所临时工)玩,后李某三人走时从研究所里盗窃葡萄园内P-6-2科研项目葡萄果实23.5公斤。经北京市价格认证中心鉴定,被盗葡萄价格为人民币376元,造成直接经济损失人民币11220元,包括林果所2003年对P-6-2项目被盗部分的劳动投入(约8220元)和田间投入(3000元)。

二、分歧意见

本案争议的焦点集中在三名民工的行为虽然轻微,但其行为所造成的损失巨大,在此种情况下,他们的盗窃行为能否被认定为盗窃罪,如若不构成盗窃罪,能否以破坏生产经营罪处罚?本案批捕部门认为,三名嫌疑人以非法占有为目的,深夜翻墙潜入林业果树研究所果园内盗窃正在培育的科研项目果实,造成科研项目直接损失11220元,数额巨大,涉嫌盗窃罪。本案审查起诉部门认为三名犯罪嫌疑人有盗窃故意,但是科研项目直接损失不能作为盗窃数额,应以被盗葡萄的鉴定价格定罪,而由于被盗葡萄经鉴定价值人民币376元,未达到盗窃罪的认定标准,故不宜定罪。

三、评析意见

本案主要涉及以下几个问题:一是嫌疑人对损害后果的故意如何认定;二是被害单位的直接经济损失是否属于盗窃数额;三是是否构成破坏生产经营罪。

(一) 嫌疑人主观上不宜认定为盗窃故意

由于盗窃罪是故意犯罪,所以追究三名民工是否涉嫌盗窃罪的时候,必须确定该三人主观上是否具有犯罪故意。我们知道刑法中的故意是指明知肯定会

发生危害的结果，并且希望或者放任这种结果发生。对此，有肯定说与否定说两种观点。对此案批捕部门和起诉部门的承办人意见一致，均采肯定说。理由是三名民工秘密窃取葡萄，是以非法占有葡萄为目的实施的行为，即便其三人对被盗财物的价值缺乏明确的认识，也不影响犯罪故意的构成。而有部分专家采否定说。王作富教授认为犯罪嫌疑人没有犯罪的故意，只具有一般违法故意，虽然造成的后果损失很大，但是出乎其意料之外，根据主客观相统一原则，不能定罪。

该分歧的实质在于对犯罪故意的理解不同。学理界对犯罪故意的构成也是众说纷纭。主要是社会危害性说与违法性说之争。社会危害性说认为只要行为人认识到其行为的性质及危害社会的后果即可，不需要行为人具备一定的法律知识，即不能以不知法者无罪。社会危害性是对行为人进行责任非难的一个重要主观基础，也是阻却犯罪故意成立的最根本的原因。

违法性说先从批判角度出发，认为社会危害性是一个超规范的概念，如果将社会危害性视为一种实质判断，那么这种实质判断就是自外于犯罪构成的。如果社会危害性是犯罪构成判断的唯一结果，那么在犯罪构成之外就不需要社会危害性的判断。然而违法性才是罪刑法定原则的内在要求。而且社会危害性具有不稳定性和不明确性，凡是对社会不利的行为都可以被贴上犯罪的标签。刑罚必须是罪刑法定，如果行为人有严重危害社会的故意，并实施了危害社会的行为，但是假如法律没有规定，也不能构成犯罪。此种观点又存在争议：究竟是一般违法性是犯罪故意的认识内容，还是刑事违法性是犯罪故意的认识内容？该案报道后，有文章主张应以一般违法性作为犯罪故意的认识内容。

笔者认为就本案而言，社会危害性与违法性之争并没有多大的意义，因为社会危害性是实质，违法性是形式，两者并没有根本上的区别。假若行为人意识到违反刑法而仍然故意为之，则必定会造成社会危害性。正因为世界上没有绝对的思想，法律也是人类思想的表现形式，二者不可避免地都存在一些不足。就本案而言，这些差异和不足都是非常次要的。即便社会危害性属于上位概念，应当划入犯罪学考虑范畴，那也只是学科与学科之间的形式之分，不能隔离犯罪故意与刑罚之间的天然关联。本案中的三名嫌疑人显然至少有违法的故意，然而假如该三人并不能预料到如此巨大的损害后果的话，是否仍然可以认定为盗窃故意。故笔者认为讨论本案的关键点在于行为人主观上达到了刑法所必须追究的“恶”性。也就是说，在本质上，三名民工盗窃葡萄的行为是否构成了社会危害，从形式上，他们的行为是否构成了“违法性”？要解决这一点，必须对社会危害性和违法性作一个较清晰的界定。关于社会危害性的定义，也是一个颇有争议的问题，主要有事实说、法益说、属性说之争，观点颇