

再议实行行为的“着手”

——以未遂犯处罚根据为视角的展开

阎二鹏 任海涛

【提要】 实行行为的着手是未遂犯处罚根据论之下的具体展开,对此,学界历来存在客观未遂论、主观未遂论与折中未遂论的对立;客观未遂论虽然在目前学界占据通说的地位,但其存在若干理论上的缺陷,不能合理解释我国刑法的立法规定;在判断着手的时间点时必须合并考察行为人的主观方面的犯罪计划,否则行为的法益侵害性就无法确定,因此,折中未遂论的提倡就成为逻辑上的必然结果。而具体个案中行为人主观上犯罪计划的差异也决定了同种类犯罪在着手时间点上的多样性。

【关键词】 着手 客观未遂论 折中未遂论 犯罪计划

〔中图分类号〕D914 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2011)01-0071-06

一、问题的提出

2008年7月24日17时许,犯罪嫌疑人吴某携带盗窃用的“T”型工具和电线雇乘张某的摩托车,并将作案工具放在摩托车后箱。当车行至某通讯器材店旁的巷子时,犯罪嫌疑人吴某喊张某停车,并独自一人进入巷子,随后动手试探巷子里李某的摩托车是否安装防盗器,伺机实施盗窃时,因车防盗器响而没继续实施。案发后,吴某辩解其看到路边巷子里停着一部女士摩托车,就想把该车偷走,于是叫那车工停下来,然后自己一个人下车,想先过去动一下那部车,看那车是否有防盗器,如果没有的话就把摩托车偷走,如果有的话则回来取犯罪工具再行盗窃。^①

针对上述案情,争议的焦点问题在于,吴某的行为究竟是盗窃罪的未遂还是预备?按照刑法学界通说的理解,犯罪未遂与犯罪预备的主要区别在于,行为人是否已着手犯罪的实行行为,具体在本案中就是,吴某的行为是否属于盗窃实行行为的着手?^②

二、未遂犯处罚根据论的学说史考察

关于实行行为的着手是与“未遂犯的处罚根据”密切关联的,此一问题是解决犯罪未遂相关问题的前提,对此问题的不同解答必然影响到着手时间点的认定。因此,未遂犯的处罚根据是实行行为的着手认定的前提,而后者是前者的具体贯彻,两者互为表里。从大陆法系国家刑法理论的发展谱系来看,在此问题上主要经历了客观未遂论、主观未遂论与折中未遂论的变迁。

(一) 客观未遂论之理解

客观的未遂论是产生最早的用于说明未遂犯处罚根据及判断着手时间点的理论学说,此一论点认为,由于故意犯罪之未遂犯与既遂犯在主观上的事实形态是相同的,所不一样的只是客观上的实现阶段,所以,处罚未遂犯的理由并非在其主观上的不法,而是在其客观上的

① 本案例由福建省晋江市人民检察院提供,表示感谢。

② 由于是否已进入盗窃的着手阶段还决定了能否构成事后抢劫,因此,盗窃罪着手的认定对司法实务尤为重要。

危险性。相应地,在判断着手的时间点时,应舍弃行为人的主观意思,仅从所实施的行为的外部来判断实行着手的有无。

由于判断基准不同,在客观未遂论内部,关于着手的认定又存在形式客观说与实质客观说两种不同的见解:形式客观说将实施符合构成要件的行为、实现一部分构成要件的行为视为实行的着手。反对论者认为,这一观点虽然忠实于立法条文,而且能够提供明确的未遂成立的标准,但是存在着未遂成立阶段过于后置的问题。例如当入室盗窃的场合,如果严格贯彻该说,即使行为人开始物色窃取的对象,但如果还没有实施占有转移行为,那么未遂仍然成立。所以,为了确保妥当的处罚范围,该说也不得不修改其立场,将实行的着手扩展(提前)至接近构成要件该当行为之时,对此,各学者又有“直前行为”、“密接行为”、“前置行为”等不同的表述。^①但如何认定“实施构成要件的直前行为或密接行为”,如果不探讨着手标准的实质根据的话将无法得到明确,而明确这一标准的唯一出路就是走到实质客观说的立场。^②

实质客观说为日本刑法学界的通说,该说认为,实行的着手是结果发生之现实危险或法益侵害之现实危险发生的时期,“当行为人之行为属于惹起结果发生之现实危险或惹起法益侵害之现实危险之行为时,即为实行之着手。”^③唯对于此处“危险”的理解,学界又有“行为危险”与“结果危险”之分野,前者将危险把握为事前判断出来的、行为自身所具有的发生危害结果的“抽象危险”,而后者则将其把握为事后判断出来的作为既遂结果的“具体危险”。后者为现今日本刑法学界的通说,但在具体危险说内部,针对危险的判断素材、判断基准等仍存在较大分歧。正因为对危险判断的模糊性而导致着手认定的不明确,因而,实质客观说也不得不承认需要以形式的标准加以限定。所以,形式客观说与实质客观说之间并非水火不容的关系,“实行的着手,从形式上看,是开始实施符合构成要件的行为;从实质上来看,可以解释为发生了法益侵害的现实危险……,从这两个侧面分析着手时间这个问题是完全可以的,而且是很有必要的。”^④

(二) 主观未遂论之主张

主观的未遂论以行为人的危险性格作为刑法评价的基点,认为犯罪的本质是行为人危险性格的展现,刑罚处罚的对象以及刑罚轻重的根据也是行为人的危险性格,即使是犯罪未遂,行为人通过其行为依然显示其主观上的法敌对意志(危险性格),与既遂犯一样,此一法敌对意志正是对犯罪未遂进行处罚的理由。^⑤换言之,如果某种行为已将行为人主观上的犯罪意思表现于外

部,则未遂犯的犯罪意思与既遂犯的犯罪意思没有差异,既然如此,未遂犯就应与既遂犯受同等的处罚。在主观未遂论之下,实行行为的着手以行为人开始实施表征其犯罪意思的行为的时点为基准,不过,在上述共识基础上,各学者的表述又略有不同,Bockelmann将着手的标准表述为“由犯罪故意产生对危险状态的点火尝试”,牧野英一称之为“犯意的成立根据其实现的行为可以确定的认定之时”,宫本英修提出“具有犯意的飞跃性表动”之时为实行的着手。^⑥主观未遂论虽然在确定实行的着手方面以行为人的犯意为标准,但是,为了明确地认定犯意,仍然以外部的行为实施之时作为实行的着手时间,这一点,与客观说相似。“不过,这一外部的行为并不是像客观说那样事先在定型上预定的,而仅仅具有作为犯意的认定资料的意义。在这一点上,它与客观说有着决定性的不同。”^⑦因此,在主观未遂论之下,在行为人具有犯罪意思的前提下,任何行为可能都会被视为犯罪的实行行为。

对于主观未遂论的上述主张,学界历来认为过于扩张(前置)未遂犯的可罚性范围,而延伸到预备犯的阶段。但是,反对论者提出的所谓刑罚过早或过晚的批评意见,都只是指出结论而已,并未提出真正的理由,更多的只是出于直觉,因此也未切中问题的核心。主观未遂论真正存在的问题,一方面,欠缺理论依据,主观未遂论认为对未遂犯的处罚根据在于行为人的着手行为足以反映行为人主观上的危险性格或法敌对意志,但为什么因为行为人的着手行为足以反映其主观上的危险性格或法敌对意志,刑法就要处罚他?刑法的目的是保护法益,而主观未遂论显然欠缺此一目的思考上的实质理由;另一方面,主观未遂论之下的着手时间点的判别标准也欠缺相当的实证可能性,完全以行为人的情绪性反应作为着手的认定标准,除了会导致着手的判断标准游

① 参见盐见淳《实行的着手》,《京都大学法学论丛》,1987年121卷第6号;井田良:《刑法总论的理论构造》,成文堂2005年版,第251页;团藤重光:《刑法总论纲要》,创文社1990年版,第328页。

② 正是基于这样的原因,我国台湾地区学者多将此一意义上的“形式客观说”划归“实质客观说”的范畴。参见林山田《刑法通论》,台湾大学法学院图书部2006年版,第449页;林珏雄:《新刑法总则》,元照出版公司2006年版,第349页;苏俊雄:《刑法总论II》,台湾大学法学院图书部1997年版,第354页。

③ 陈子平:《刑法总论》,元照出版公司2006年版,第13页。

④⑦ [日]西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第8、9页。

⑤⑥ 参见黄荣坚《基础刑法学》,元照出版公司2006年版,第500、516页。

离不定外，还可能使整个刑法堕入“心情刑法”的泥沼。由于主观未遂论的上述缺陷，当今刑法学界已无人支持此一学说。

（三）折中未遂论（主客观混合理论）之表述

折中未遂论在德国刑法学界又被称为“印象理论”，此一理论脱胎于客观—主观理论并将其结合作为犯罪未遂的应罚性根据。根据印象理论，犯罪未遂的处罚根据是违反规范并现实化了的意志；而只有由于该行为动摇了公众对于法秩序效力的信赖并损及法安全感和法和平之时，朝向犯罪的行为才具备应处罚性（Strafwürdigkeit）。^①换言之，并非所有出于主观犯意的未遂行为，均具有刑罚性，而应加以刑罚处罚，而是表征主观犯意的客观行为足以令社会大众感到不安，法律若对之不加以制裁，则足以危害法律的安定性与法律秩序者，始有加以刑罚制裁的必要。在这一点上，折中未遂论与主观未遂论存在差异。相应地，在判断着手时期的场合，折中未遂论主张综合考量行为人之主观面与法益侵害之客观面，兼顾行为人的整体计划，当法益侵害之危险性存在时，即为实行的着手。

由于有刑事立法的支持，折中未遂论在德国获得了通说的地位：按照1976年修正公布的西德《刑法》和1998年公布的《德国刑法典》（第二节未遂犯）第22条的规定：行为人根据其对于犯罪行为的想象、直接着手使构成要件的实现的，是犯罪未遂。^②对于此规定，学界与司法实务界一般认为所采取的是主客观混合理论。虽然在该理论内部，对于着手的认定标准仍有分歧，但在运用“从行为人的整个计划来看，法益侵害的危险性是否已经迫切”作为着手的认定基准上，并没有本质区别。

三、客观未遂论之检讨

客观未遂论是目前日本刑法学界的通说，亦在我国刑法学界获得很多学者的支持，但对其缺陷则鲜有论及，笔者认为，客观未遂论至少存在以下几方面的弱点：

（一）刑法目的思考上的不足

刑法通过刑罚适用的目的是保护法益，这一观念是迄今为止被刑法学者所普遍接受的共识，但在客观未遂论的视野中，刑法是如何实现上述目的的呢？如井田良教授所言：“现在的刑法学是以刑罚是针对‘所已经做的事情’而科以作为其反动的制裁这种观点为基础，采取所谓客观主义的犯罪论。”^③亦即，按照客观未遂论者的逻辑，是单纯以行为人客观上所制造的危险性作为未遂犯的刑罚理由，所以，刑罚的目的就是在挽救过去的

伤害，或者说是对犯罪行为的“报复（报应）”。问题是，“报应不是在追求任何对社会有用的目的中考虑刑罚的意义”，^④换言之，“以眼还眼、以牙还牙”意义上的报应在观念上不可能成为刑罚的目的，因为“所谓目的，指的一定是一个利益状态，而报应只是在表达一个做法而已，至于我们所要问题的答案，即‘以眼还眼、以牙还牙’的做法的好处在哪里，却还完全没有答案。”或许可以认为，报应能够满足人们的正义感，但是，“所谓正义，和所谓的善良相类似，都必须经过利益平衡的考量才有其客观的标准。如果没有经过利益平衡思考的检验，就要说自己所主张的利益是正义，那么这种所谓正义感的满足，充其量也只是满足私利的情绪上的欲求而已。”^⑤是故，刑法的目的是保护法益，但并不是像客观未遂论者所想象的那样是对已经发生的犯罪行为所侵害或威胁的法益的保护，而应是对未来可能受到侵害的法益的保护。单纯以犯罪对过往的法益造成的侵害作为其刑罚理由是欠缺刑法目的思考的理论归结。

（二）判断方法上的缺陷

按照客观未遂论的初衷，未遂犯的刑罚理由并非在其主观上的不法，而是在其客观上的危险性，因此，在判断着手的时间点时，应舍弃行为人的主观意思，仅从所实施的行为的外部来判断实行着手的有无。此一判断方法的缺陷在于，首先，客观未遂论提出的判别标准无法清晰地区分预备与未遂。因为，对于所谓的“法益侵害的直接危险”，如果从客观方面去观察，那么任何一个行为从预备到既遂，可以说对法益侵害的危险性是逐渐上升的，以此为标准很难在预备与未遂之间划出清晰的界限，所导致的结果必然是判断基准的恣意。其次，显而易见的是，离开对行为人主观面的考量，行为的客观危险性就无法判断。“拿枪向他人射击的场合，从外部行为来看，究竟是犯罪行为抑或是开玩笑的行为，是不能加以区分的；即便是作为犯罪行为，但是，杀人行为、伤害行为还是胁迫行为也是无法判断的。所以说，

① 参见托马斯·魏根特《刑法未遂理论在德国的发展》，樊文译，《法学家》2006年第4期。

② 参见于卓民、夏弋舒《犯罪既遂概念：困惑与重构》，《中国法学》2005年第2期。

③ 井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第248页。

④ [德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第40页。

⑤ 黄荣坚：《刑罚的极限》，元照出版公司2000年版，第15页。

未遂犯所要求的故意这一主观的违法要素是必不可少的。”^①再次，以科学的危险作为前提，从事后、客观的立场来判断行为是不是具有危险，此一判断方法上的缺陷在不能犯未遂问题上更是暴露无疑：因为，“从事后来看，任何没有发生犯罪结果的未遂犯都是有其理由和原因的。如果将这种理由和原因作为阻碍结果发生的必然原因的话，那么，就会出现所有的未遂犯都是不能犯的结局”。^②为避免此一不利后果，学界又有所谓“绝对不能”与“相对不能”的说辞，但是，问题依然没有解决，既然是客观未遂论，那么就要从自然科学的角度进行判断，任何未遂犯未发生实害结果，都是有原因的，那么，对于客观上不会导致结果出现的某一现实未遂行为硬要说是绝对不能导致结果出现还是相对不能导致结果出现，这样的区分是遵循了“客观”的标准吗？其实，“从客观未遂论内部还在争论究竟应该从事中或事后的角度判断实现既遂的可能性，就可以看得出来，客观理论者当中自始就有人已经忐忑不安而起心逃离真正的客观论了。”^③

（三）以客观之名行折中之实

正是由于单纯从客观方面对行为造成的法益侵害危险性的考量存在致命的缺陷，因此，当今刑法学界所标榜的客观未遂论者大部分都转而承认行为人的主观意思对判断“危险”的重要意义。如上文所述，实质客观说是当前日本刑法学界的通说，但“现在日本的通说采取了一方面以客观说为依据，另一方面根据‘要么认为故意是构成要件要素（团藤、大塚、福田、庄子），要么认为它是未遂犯的主观违法性要素（平野）’，在此限度内可以考虑行为人的主观方面的见解。”^④换言之，纯粹的客观未遂论已成为一种“历史”的学说，^⑤目前占据通说地位的实质客观说与折中说应该说没有什么差别。其实，从逻辑论证上来看，实质客观说与折中说本来就不一定是对立的，因为“实质客观理论的主张，重点是在就行为的阶段上来说，到底行为进行到了哪一个时间点，就可以算是着手。至于在判断的方式上要以行为人的主观上想象的事实来作为判断的背景，实质客观理论并未排斥，甚至也已经注意到了。”^⑥如此，将现在的通说冠以“客观未遂论”的名目是不切实际的，其在本质上是一种折中理论，应当直截了当地承认。

（四）解释论上的困境检讨

我国《刑法》第23条第2款规定：对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。我国许多刑法学者认为，此一立法条文从实质看采取了客观的未遂论。^⑦但按照纯粹客观未遂理论的主张，既然未遂犯的刑罚根据在于其客观上的危险性，那么，在行为之客观意义上其与既遂犯显然不同，所以，在法律效果上对于未遂犯

必须减轻其刑，亦即在立法上应采必减主义。尽管如客观未遂论者所提到的：“在我国司法实践中绝大多数犯罪的未遂都没有作为未遂犯处罚，与国外刑法的规定相比较，我国刑法对未遂犯的实际处罚范围也比较狭窄，‘可以’表明了立法者的倾向性意见，即在通常情况下，对于未遂犯得比照既遂犯从轻或者减轻处罚”，^⑧但无论如何不能否认的是，按照我国《刑法》的规定，立法保留了对未遂犯与既遂犯同等处罚的余地，即在特殊情形下，对未遂犯与既遂犯做同样的处罚。在这一点上，采取了主观未遂论的立场，因为，只有主观未遂论才认为，未遂犯的刑罚根据在于行为入主观上的法敌对意志，而既遂犯在此一观念下与未遂犯没有区别。总之，我国《刑法》关于未遂犯的处罚规定属于“得减主义”，对这一立法规定的解释无论用客观未遂论还是主观未遂论都无法单独进行说明，只有用折中的未遂论（主客观混合理论）才能对其做出合理的解释。

四、折中未遂论之确立与具体展开

回归事物的本然，用纯客观的判断方法无法合理的认定行为对于法益侵害的现实危险性，而必须结合行为人的主观意思（犯罪计划）做合并的考量，如此，折中未遂论的提倡就成为逻辑上的必然。

（一）对批判意见的回应

反对论者一般认为，折中未遂论虽然主张，以行为人的犯罪行为对法益侵害进入直接危险阶段作为实行的着手，但是，由于在危险判断的基础上，仅以行为人的主观意思即犯罪计划作为危险判断的基础，所以，还是没有逃出主观主义的窠臼，同时与客观说相比，其认定

- ① [日] 曾根威彦：《刑法的重要问题》，成文堂2005年版，第251页。
- ② [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会1999年版，第156页。
- ③ 黄荣坚：《基础刑法学》，元照出版公司2006年版，第552页。
- ④ [日] 西原春夫：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第9页。
- ⑤ 在日本刑法学界，只有内藤谦、浅田合茂等少数学者主张，参见西田典之的《日本刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第249页。
- ⑥ 黄荣坚：《刑罚的极限》，元照出版公司2000年版，第262页。
- ⑦ 参见张明楷《刑法学》，法律出版社2007年版，第284页；黎宏：《刑法总论问题思考》，中国人民大学出版社2007年版，第421页。
- ⑧ 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第207页。

着手的时间点过于提前，因而扩大处罚范围。^① 此一批判意见对折中未遂论存在某种程度的误解：按照折中未遂论的主张，即使承认犯罪人的主观意思这一主观违法要素，但是这种主观意思只是作为判断行为客观危险性的一个材料而已，这与主观未遂论存在本质区别；至于说折中未遂论导致实行着手阶段的过早问题，笔者认为，折中未遂论较之客观未遂论在认定着手的时间点上当然有提前的情形，如行为人拿枪瞄准被害人开枪的行为，按照折中未遂论的主张，只有当行为人扣动扳机时才是故意杀人实行的着手，而客观未遂论一般认为瞄准被害人的行为就是着手，但相反的情况即折中未遂论认定着手的阶段较客观未遂论晚的情形也存在，例如日本刑事判例中在一起为了窃取现金夜间侵入一家电器店的案件中，法院并没有在行为人接近电器的阶段认定实行的着手，而是在接近放有现金的柜台的阶段认定着手。^② 如果按照客观未遂论的观点，不考量行为人的计划，那么在入室或者接近财物（电器）阶段就可以肯定盗窃行为的着手，正是因为考虑了行为人的犯罪计划——折中未遂论的主张，所以等到接近柜台的阶段才肯定“紧迫危险”的发生。如此，折中未遂论较之客观未遂论，在认定着手阶段上，既可能提前也可能落后，一概地说折中未遂论认定着手的时间过于提前并不准确。更为关键的问题是，着手的时间点是根据刑法的目的及刑罚的意义综合考量而来的，在此一观念指导下的着手标准才是合理的标准，而针对折中未遂论提出的所谓认定着手时间点“过早”或者“过晚”的批判意见，都只是提出了结论而已，并未触及真正的理由。

（二）折中未遂论之下着手阶段的认定

折中未遂论主张，在判断实行行为的着手时应综合主客观两个方面进行判定，亦即融合主观未遂论与客观未遂论的一种折中见解，但由于对主观未遂论与客观未遂论学界本来就有不同的认识，因此，在折中未遂论的名目之下，学者们的理解仍有不同：有的认为根据行为人的犯罪计划，行为人已经实施和构成要件行为有必然从属关联的行为时即为着手。^③ 有学者在此基础上进一步提出：实行的着手的认定应以时间与空间之关联性为判断标准，行为人的行为在时间上是否已经接近构成要件之实现，以及行为人与被害人在空间上是否具有紧密关联性，时间与空间上的紧密关联性二者必须同时具备才是实行的着手。还有学者认为，着手的认定应对照行为人的犯罪计划，行为人是否认为攻击的法益已进入直接危险阶段，行为人不必要做进一步的必要或重要行为，即可产生侵害，此时即为实行的着手。^④

其实，上述说法之间并非完全对立，和构成要件的行为有必然从属关联的行为一般也是在时间上已经接近

构成要件的实现，行为人与被害人在空间上具有紧密关联性之时，同样，上述标准也可以作为判定犯罪行为是否针对法益侵害已进入直接危险阶段的方法之一予以运用。只不过，前两种观点，都可谓形式的认定标准，特别是第一种观点将“与构成要件行为必然从属关联”的行为作为认定着手的标准，所无法回答的难题是：为什么对于着手标准的认定，可以脱离构成要件行为而在其之外另外寻找一个所谓的“直前行为”作为刑罚的对象？同时，上述形式的认定标准，如果不对其进行实质的解释，则必然造成恣意判断的结局，因此，以行为人的犯罪计划为参考，客观上的犯罪行为对法益侵害具有直接危险时作为着手的认定标准是合理的。

综上，依行为人的犯罪计划所实施的行为具有导致法益侵害的直接危险时即为着手的观点，在理论上是可以被接受的检验标准。在此种折中未遂论中，关于行为人是否已经着手的问题，必须就行为人个人对于其行为的事实关系的认知作为判断的依据，不过，需要明确的是，“考虑行为人的主观方面，并不是说由行为人自己来说他是不是已经开始犯罪（类似上述主观未遂论的想法），而是说，我们先知道行为人主观上对于整个事实发展过程的想象是什么，然后我们来决定，行为人客观上的动作在他想象中的整个事实发展过程中，是否已经到达着手而应该被刑罚的阶段。”^⑤ 换言之，着手应该是就行为人的犯罪计划而言，此一行为的实施会导致法益侵害的实现（构成要件的完全实现）而无需进一步的动作之时。当然，由于达到实现犯罪的途径是无限的，多样的，所以实行的开始，常常依存于个别的行为者的行为的计划，亦即同种类型的犯罪行为，由于行为人的犯罪计划不同，着手的时间点具有多样性：例如，就扒窃行为而言，如果是为了确认口袋里有财物而触摸他人的口袋，也就是所谓的“试探行为”尚不是着手，而如果是出于窃取的意思而触摸他人裤子口袋的外侧，则为实行的着手；同样是出于强奸的目的而将被害人拽进汽车，如果行为人计划在车内实施强奸，便能肯定危险的发生，如果是计划将被害人带到市区再实施强奸，则不

① [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，成文堂2000年版，第399页。

② [日] 金光旭：《日本刑法中的实行行为》，《中外法学》2008年第2期。

③ 有日本学者将此种理论称为“直前行为”理论，参见曾根威彦《刑法的重要问题》，成文堂2005年版，第248页。

④ 参见黄惠婷《预备行为与未遂行为之区别》，《月旦法学杂志》2004年第5期。

⑤ 黄荣坚：《基础刑法学》，元照出版公司2006年版，第521页。

能直接肯定存在发展至结果的危险。^①

五、简短的结论

回到本文开始的案例，行为人主观上出于盗窃的故意接触财物的刹那，如果按照客观未遂论的结论则应属于盗窃行为的着手，因为就财产犯罪而言，接触财物时在客观上很显然对财产所有权已造成了直接、紧迫的危险。但在折中未遂论之下，判断犯罪行为的着手还要综合行为人的犯罪计划合并观察，在本案中，行为人的计划是先试探摩托车是否有防盗器，然后决定是否窃取，由于着手的时间点应该是行为人主观上认识到的使构成要件完全实现的行为，就本案而言，就是使他人的财产所有权遭受侵害的行为，显然行为人实施的试探行为在行为人的犯罪计划中并不具有这样的意义，这样的行为不是使法益侵害实现的行为，还需要行为人做进一步的

必要或者重要行为，才能实现法益侵害的事实，所以，本案中行为人的行为尚不是着手。

课题名称：2010年教育部人文社科研究一般项目“比较法视域下我国共犯论体系的建构与完善”，编号：10YJC820130。

本文作者：阎二鹏是华侨大学法学院教授、硕士生导师、刑法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后；任海涛是西南政法大学法学院讲师、法学博士

责任编辑：赵俊

^① 参见西田典之《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第246页。

Study on Commerce of Perpetrating Act of Crime

—From the Perspective of the Basis of Punishment for Attempted Crime

Yan Erpeng Ren Haitao

Abstract The commerce of perpetrating act is discussed on the basis of punishment for attempted crime; there always exists three different opinions in academia, namely, objective attempted crime, subjective attempted crime and compromise attempted crime theory. The objective one has a lot of defects in theory and can't reasonably explain Chinese criminal legislation, although it is the mainstream opinion. We need to inspect the subjective aspects of crime when judging the time of beginning of perpetrating act of crime, so introducing the compromise theory becomes the unavoidable logical result. The subjective differences on the criminal plans in specific case lead to the diversity of the time of beginning of crime of the same kind.

Key words: beginning of crime; objective attempted crime theory; compromise attempted crime theory; criminal plan

观点选萃

科技发展的生态建构

詹秀娟

东南大学人文学院伦理学专业博士研究生詹秀娟在《当代科技发展的生态建构——科技—伦理生态视景中的科技发展之进路》一文中指出：

在科技—伦理生态理念这一思想的指导之下，科技发展与伦理环境处于良性运行的共生互动的和谐状态。科技发展与伦理环境并不是作为两个从外部嫁接的相互独立的概念存在，可以说，科技发展与伦理环境处于循环的开放的运行状态，它们的内部直接相关性确定了科技发展与伦理环境的生态关系。科技发展与伦理环境的生态关系和共生互动的和谐状态为当代科技发展的生态建构奠定了基础，生态地建构当代科技发展体现在建构科技发展的宏观伦理环境和建构科技发展的微观伦理环境两个方面。

(周勤勤 摘编)