


当代世界学术名著



刑法理论的核心问题

[英] 威廉姆·威尔逊 (William Wilson) / 著
谢望原 罗 灿 王 波 / 译
谢望原 / 审校

 中国人民大学出版社

当 代 世 界 学 术 名 著



刑法理论的 核心问题

[英] 威廉姆·威尔逊 (William Wilson) / 著
谢望原 罗 灿 王 波 / 译
谢望原 / 审校

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑法理论的核心问题/(英)威廉姆·威尔逊著;谢望原,罗灿,王波译. —北京:中国人民大学出版社,2014.10
(当代世界学术名著)
ISBN 978-7-300-20120-7

I. ①刑… II. ①威… ②谢… ③罗… ④王… III. ①刑法-法的理论-研究
IV. ①D914.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第242743号



当代世界学术名著

刑法理论的核心问题

[英]威廉姆·威尔逊 著

谢望原 罗灿 王波 译

谢望原 审校

Xingfa Lilun de Hexin Wenti

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街31号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242(总编室)		010-62511770(质管部)
	010-82501766(邮购部)		010-62514148(门市部)
	010-62515195(发行公司)		010-62515275(盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京联兴盛业印刷股份有限公司		
规 格	155mm×235mm 16开本	版 次	2015年1月第1版
印 张	28.75 插页2	印 次	2015年1月第1次印刷
字 数	404 000	定 价	88.00元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

中文版序



自从本书第一版在 2002 年出版以来，诸事皆已时过境迁。然而，令人高兴的乃是，刑法理论的核心问题依然如故。支配犯罪化的道德规范仍旧保留了实质性的魅力。的确，围绕这一课题，近些年来出版了大量论著。2002 年以来，日渐高涨的当代关注乃是——在寻求引起社会变迁或减少社会失范对策之时，国家太容易动用刑法了。动用刑法应当是国家最后的手段，而不应该是第一策略，动用刑法应当始终尊重本书第二章所描述的那些有关犯罪化的道德规范。刑罚——这一事实以及其适当的刑罚量——仍然引人关注。但过去十年中，人们却依稀看到这样的转变，即在决定如何最好地处理犯罪行为时，将被害人归入考虑之列。这不仅涉及国家准备“退居后位”，而且更关乎这样一种认知，即只有尊重被害人所受之犯罪侵害，国家方能以刑罚来实现正义。当然，把被害人置于重要位置，可以附带地促使犯罪人更深刻地认识自己犯罪的本质，从而为之赎罪。

一般性的责任问题以及具体性的辩护事由问题，仍是人们关注的焦点。在设定刑事责任边界问题上，国家的主要角色，乃是为这样的案件——支持对其采取措施的理由和反对对其采取措施的理由相互抗衡，



由此可能引发误解——明确地设定规则。在一些核心犯罪中，如谋杀和其他暴力犯罪等，如果行为要素包含了道德禁止规范，那么使行为人的施暴理由在该罪中占据重要地位就会适得其反。通过将背景和动机归入“附加的辩护事由范围”，伤害他人是犯罪这一明确的道德原则就能得以维持。对这项原则的遵守是自证其成的。对一个进退维谷的人来说（这里是指无法两全其美的场合，如为了拯救重病的孕妇而堕胎。——译者注），“仁慈地”杀人很可能是一种最好的选择；原因仅在于，似乎刑事犯罪与辩护事由就是以这样的现存方式被构建起来的。刑法禁止规范要求得到遵守，即使不遵守有充分理由也当如此。刑法禁止规范有明确的目的，使我们无须进行复杂的道德探寻，就清楚什么是“对”的。如果行为人的特殊背景或动机能够为不遵守规范提供一个抵消理由，那么该理由必须首先受到社会禁止观念的评价，而不是行为人自己或他的即时道德受众的观念评价。这样，完全的道德考量才能贯穿其中。

但是，使得背景与动机在刑事责任的构造中占据更重要的地位就会引发一个再怎么进行外围司法修补也无望解决的全局性问题，即当公共利益、公共认知与个人利益、个人认知产生冲突时，如何最好地协调社会需要与个体公平正义之间的关系。近些年来，人们做了很多工作，探寻是否存在这样的可能性，即描绘出一个基本刑事辩护事由的蓝图，据此，获得认可的辩护事由能够被评判，并且已获认可的辩护事由要素能够得以确认和评估。特别是，越来越多涌现出的问题乃是人类生存状况中的重要核心特征，例如慈悲和绝望，怎样才会在犯罪本体构造中不起作用；以及是否应当对日常情感和心理状态给予更多的关注。

我十分高兴这些问题和刑法理论的其他一些普遍性问题，在当下中国吸引了新的同行的关注，我倍感荣幸有谢望原教授这样的专家和权威乐意翻译本书。此一事件标志着一个新的重要开端，其中，有关社会及其法律的思想正在变得真正全球化。

威廉姆·威尔逊

The Preface for the Chinese Version



Much water has flowed under the bridge since this book was first published in 2002. And yet, happily, the central issues in criminal theory remain much the same. The ethics governing criminalisation remain of substantial interest. Indeed a number of monographs on the subject have been written in recent years. The contemporary concern, heightened since 2002, is that the State is too ready to reach for the criminal law when seeking to bring about social change or reduce social disorder. This should be the State's last, rather than first, resort and should always respect the ethics of criminalisation described in chapter 2 of this book. Punishment, both the fact of and appropriate quantum also continues to be of concern. The last ten years, however, have seen a discernible shift towards taking account of the victim when deciding how best to address wrongdoing. This is not simply to do with the State being prepared to take the 'back seat' but more to do with the recognition that the State can only do justice, through punishment, by treating with respect the wrong as experienced by the victim. Incidentally, of course,



in putting the victim centre stage it may enable the offender to understand more truly the nature of his wrong, and thus atone for it.

Questions of responsibility generally and defences specifically have also been in the spotlight. The state's primary role, in setting the boundaries of criminal liability is to specify clearly the rules which govern cases where the balance of reasons for and against action may be misunderstood. Where, as in core crimes such as murder and other crimes of violence, the conduct element embodies a moral proscription, lending an actor's reasons for violence a defining role in the offence would be self-defeating. By relegating context and motives to the 'realm of supervening defences' the clarity of the moral principle—hurting people is wrong—can be sustained. It is a principle which generates its own reason to conform. It may well appear to an individual on the horns of a dilemma that to kill 'mercifully' is the best option and it is just because it may so appear that criminal offences and defences are structured in the way they are. Criminal prohibitions demand obedience even in the face of compelling reasons for disobedience. They have a clarity of purpose, which enable us to know what is the 'right' thing to do without our having to engage in complex moral inquiry. If the special context or the motive of the actor is capable of providing a countervailing reason not to conform that reason must first be evaluated from the point of view of the proscribing society rather than that of the actor himself or his immediate moral audience. In this way full moral consideration can be given to it.

This refusal to allow context and motive a greater say in the construction of criminal liability points up, however, a general systemic problem which no amount of judicial tinkering at the edges can hope to resolve, namely how best to reconcile the needs of society on the one hand and justice/fairness to the individual on the other where public and private interests and perceptions collide. Some work has been done in

recent years questioning whether it is possible to generate a basic blueprint for criminal defences by which defences meet for recognition can be judged and the elements of defences already recognised identified and evaluated. In particular, questions are increasingly being raised about how central constitutive features in the human condition such as mercy and despair do not figure in the construction of criminal identities; and whether greater notice should be paid to the impact of everyday emotions and psychologies.

I am delighted that these and other universal issues of criminal theory are now seeking new audiences in China and I am honoured that such an expert and authority as Professor Xie Wangyuan has seen fit to translate this book. Such event marks a new era in which ideas about society and its laws are becoming truly global.

William Wilson

英文版序



正如乔治·弗莱彻（George Fletcher）最近论及的那样，现在正是刑法理论的好时光。人们对刑法哲学基础的兴趣陡然增加，而且此间很多刑法论著质量品味俱佳，并被教科书撰写者所采纳。诸多刑法学说新论，甚至引起了法官的注意。法官、评论家与刑法理论家之间非对称合作表明了一种迹象——教科书所解释的法律与法律的社会实践之间的传统隔阂能够被消除，虽然不时有挫折出现。

我已经把对这种交流作出贡献作为自己的任务，我集中讨论刑法理论试图解释的若干核心问题。无论就本书的内容还是形式来说，加强交流的愿望都具有重要意义。就试图揭示刑法的哲学根基而言，刑法理论并不容易理解，或者说确实不容易交流。对任何现象的真正理解，都有赖于有关该现象的思想的激烈论辩与反驳。因此，自相矛盾的是，据以获得理解的过程有可能就是影响思想交流的过程。当我们总是寻找一种观点的缺陷时，我们很容易对该观点及其意义失去头绪。在交流的过程中，当代刑法理论中许多正确的内容也受到了严厉批评。正如所见，人们似乎认为，读者对刑法著述所论及的问题，既有理论知识，又有哲学思辨能力。对于那些重要的新思想与观点，潜在的读者不可避免地会有



压力。因此，我试图通过这样的途径确保所有的交流渠道保持开放——使本书的篇幅保持相对简短，以及假定读者阅读本书前并无刑法学知识与深层次的哲学思辨能力。我一直支持最低限度的论辩，相信聪明的读者在必要时能够填补论证的空白。我之所以这样做，乃是希望所阐释观点的清晰与一致，能够弥补分析深度不足的缺陷。为了让刑法学家们对本书不失兴趣——不必辩解，他们是本书的主要读者，我在书中大量使用了假设以及刑法教科书经常采用的资料。

本书总体结构所显示的活力，主要就是精心选择了所要讨论的问题。对于任何试图了解刑法的人来说，极为重要的起点就是从刑罚开始。毕竟，正是刑罚这样一种现象形成的巨大推动力，促使人们围绕刑事责任的前提展开了合理化的论争、评价以及批评。我早就考虑了刑罚的正当性，无须赘言，刑罚的正当性以应得之惩罚（desert）为核心。这一应得之惩罚的概念及其导致的许多矛盾，不可避免地引出了有关刑事责任的构造问题，而刑事责任构造又反过来暴露了许多其他问题。什么使刑罚成为应得之惩罚？是因为违反规范吗？还是因为可归责的违法行为？什么造成了违法行为？什么使得违法行为受到诸如正当刑罚的归责？等等。

本书的某些风格特征值得一提。我有意按照所讨论问题的复杂性程度对本书章节进行了安排。我在每章开头都对该章讨论领域作了简单明了的介绍，从而为后面讨论中的问题或挑战奠定了坚实基础。全书也是从简单到复杂，从而使读者根据前面章节来理解后面章节。其实际效果是，如果读者理解了前面的基本前提和其他重复出现的问题，那么就更容易理解各章的具体内容。因此，初学者会发现，按照顺序阅读本书是有益的；第一、二、三章更多的是介绍性描述，而第十、十一章则与之全然不同。我之所以以这种方式来安排本书的结构，是为了使本书一方面成为基础读本，另一方面，给那些已经熟悉刑法理论的人提供某些有兴趣的内容。

第四章是在论文“受损的自愿性：一个可变的标准？”（载《布法罗刑法评论》2002年秋季/冬季卷，‘Impaired Voluntariness: A Variable

Standard?’ in the fall/winter volume of the Buffalo Criminal Law Review, 2002) 的基础上作了稍微修改。非常感谢原出版者允许我再次出版。

感谢斯蒂芬·舒特 (Stephen Shute)、吉瑞米·霍德 (Jeremy Hor-der) 以及伯明翰大学刑法理论系列会议的参与者们。感谢伦敦大学玛丽皇后学院法律理论系列会议的参与者们。

谨以此书献给梅拉尼 (Melanie)、弗雷德 (Fred) 和亨利 (Henry), 在我写作此书的过程中, 他们一直都保持着耐心。

威廉姆·威尔逊

论英国刑法中的共犯退出（代译序）*

谢望原 王 波

引 言

长期以来，我国有些刑法学者往往偏爱德日刑法理论（这本来无可厚非）并将其诸多理论大胆地直接移入中国刑法学（其探索精神值得肯定），但他们却在有意与无意之间完全忽视甚至否定英美刑法理论及其对完善中国刑法学的巨大价值。此种刑法学研究的理论诉求，至少在方法论上实属偏颇。应当肯定，世界上两大法系的刑法学研究均有其可取之处，对于发达较晚的中国刑法学的发展与完善，均具有“他山之石，可以攻玉”之效。基于此一思考，我们试图通过对英国刑法上共犯退出（Withdrawal in Complicity）的系统研究，揭示其理论根基与构成特征以及司法适用原则，从而为完善我国刑法上的共犯责任制度提供一种全新的思维方式或视角。

* 本文发表在《法律科学》2013年第5期。将其作为本译著代译序，征得了《法律科学》杂志社的同意。谨向《法律科学》杂志社致以深切谢意！



一、作为特殊辩护事由的共犯退出

英国刑法中的共犯退出被阐释为，共犯如果在实行犯着手实行某项犯罪之前明确地表示退出，那么对于该犯罪他将不承担共犯参与的刑事责任。^① 作为普通法上共犯^②独有的一项免罪辩护事由^③，共犯退出的责任问题乃由共犯派生责任理论（The Theory of Derivative Liability）直接演绎而来。根据英国刑法中的共犯派生责任理论，共犯人之所以要对实行犯（Perpetrator）的犯罪行为及其后果承担责任是因为其参与到了实行犯的犯罪之中，其犯罪性和可罚性均来源于实行犯。因此，共犯的刑事责任乃由实行犯的刑事责任派生而来。在共犯人中途退出实行犯的犯罪行为、不再参与的情况下，共犯人就再不承担刑事责任——因为其责任根据已经消失。但是，共犯退出制度的适用并不影响共犯人未完成罪的成立，共犯退出制度只有在派生责任理论适用的情况下才成为免罪辩护事由。虽然，由于普通法的特质，共犯退出这项制度还存在一些不尽完美之处，但是其对于实现罪刑均衡和贯彻责任主义具有重要价值。

如前所述，在英国普通法上，共犯参与责任的法理在于共犯参与到了实行犯的犯罪之中，从而共犯的刑事责任被认为是由实行犯的刑事责任派生而来。共犯的起诉、审判和刑罚与实行犯完全相同，实行犯被判

^① *R v Oflaherty* (2008) EWCA Crim. 526, *R v Mitchell* (2008) EWCA Crim. 2552, *R v Campbell* (2009) EWCA Crim. 50. See also, David Omerod, *Smith and Hogan's Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 13th ed, 2011) at 237.

^② 英国刑法中的共犯仅指狭义共犯，亦即非实行犯，此与德日刑法上的共犯概念基本一致；共同正犯在英国刑法学上被作为实行犯制度予以研究，不在共犯责任中予以讨论。因此，其共犯退出制度仅指非实行犯的退出。另外，英国刑法中的共犯责任制度远远宽泛于我国刑法上的共同犯罪制度，包括了共犯参与责任和未完成罪责任两种形式。只要是共犯人对他人进行教唆或者帮助，并且希望或者是预见到该人可能会实施某种或者某几种犯罪，而最终该犯罪或该多项犯罪被实施的，行为人就要承担共犯参与的刑事责任。共同直接意图犯罪（where all the participants have a common purpose or a common intention），片面共犯（where the assistance or encouragement given is unknown to the perpetrator），教唆或者帮助他人实施疏忽犯罪或者严格责任犯罪（assist or encourage others to commit a negligent crime or a crime of strict liability）都属于共犯参与制度的内容。另外，在预期的犯罪没有被实行的情况下，共犯则可能承担未完成罪的刑事责任。

^③ 免罪辩护事由，类似于大陆法系刑法学上的正当化事由。

何种刑罚，共犯也会被判相同的刑罚。由派生责任理论支撑的共犯参与责任在普通法和制定法中都得到了体现。^① 在该理论框架中，共犯的处遇和实行犯没有什么两样。由于共犯的责任基础不在自身，而在于其参与了实行犯的犯罪，共犯的可罚性不是来源于自身的帮助或者教唆行为，而是由实行犯的可罚性派生而来，因此，如果共犯主动退出、不再参与实行犯的犯罪，那么对于实行犯之后所作出的行为也就不存在承担刑事责任的基础，从而不承担共犯参与的刑事责任。在这样一种意义上，共犯退出被看做一种辩护事由。但是，相对于一般辩护事由来说，共犯退出究竟是由于其正当性还是由于其不可谴责性而具有免除刑事责任的作用尚无定论。^②

英国刑法中的辩护事由广泛而多样，包括精神错乱（Insanity）、无意识行为（Automatism）、正当防卫（Self-Defence）、错误（Mistake）、紧急避险（Necessity）、胁迫（Duress）、同意（Consent）等。^③ 众多的辩护事由中又可分为一般辩护事由和特别辩护事由。一般辩护事由对于所有犯罪都适用，例如精神错乱、正当防卫、紧急避险、胁迫等；特殊辩护事由只在个别情况下成立，例如，失去控制（Loss of Control）和责任能力减弱（Diminished Responsibility）就是仅对谋杀罪有效的辩护事由。一般辩护事由之适用，可以导致无罪判决的成立，从而行为人由此而不承担刑事责任。特殊辩护事由则不同，例如谋杀罪的特殊辩护事由并不能否定行为人的刑事责任，只是将行为人的责任从谋杀罪降至自愿的非预谋杀杀人罪（Voluntary Manslaughter）。^④

作为英国刑法中一项特殊辩护事由，共犯退出的特殊之处在于——

① 1861年的《帮助犯及教唆犯法》（Accessories and Abettors Act 1861）完全继承了普通法上的共犯参与制度，之后检方的起诉也多以此法为依据。

② K. J. Smith, *Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles*, 2001 *Criminal Law Review* 769, 772.

③ See generally, William Wilson, *Criminal Law* (Harlow: Longman, 4th ed, 2011) at chap. 9, chap. 10.

④ See generally, Dennis J. Baker, *Glanville Williams' Textbook of Criminal Law*, (London: Sweet & Maxwell, 2012) at Chap. 22.



它只适用于共犯参与责任中的共犯，即非实行犯。共犯的退出是为了切断共犯和实行犯所犯罪行之间的联系，而实行犯只要着手实行，那么他就要承担未遂罪（Attempt）或者既遂罪的刑事责任，不存在退出犯罪的情况。^①另外，共犯之刑事责任在英国刑法中表现为共犯参与责任和未完成罪之责任两种，前者只有在实行犯着手实行之后才成立；后者则是因为实行犯未着手实行才有可能成立。共犯人可能承担的未完成罪（Inchoate Offence）具体是指共谋罪或者教唆帮助罪。^②共犯退出这一辩护事由并不影响未完成罪的成立，也就是说对于未完成罪该辩护事由无效。例如，甲和乙谋议抢劫某银行，在约定的犯罪日期前一周，甲向乙表示自己不想实施该犯罪而要退出；之后，如果乙仍然实施了抢劫行为，那么甲不承担抢劫罪的刑事责任，但是他仍要承担共谋罪的刑事责任。同样，如果甲应乙的请求，将自己的棒球棒借给乙以便乙对 X 实施殴打；在乙出发之前，甲后悔并要回了该棒球棒；那么，如果乙继续完成对 X 的殴打行为，甲不承担殴打罪的刑事责任。但是，根据 2007 年《重罪法》（Serious Crime Act 2007）的规定，甲提供工具给乙这一行为是足以帮助乙实行犯罪的行为，因此，在甲交付棒球棒的一瞬间就已经构成了教唆帮助罪（Assisting and Encouraging）这一未完成罪，无论乙最终是否实施预期犯罪，甲未完成罪的刑事责任已然成立。甲要回棒球棒的退出行为虽然可以使甲免除共犯参与的刑事责任，但是无法免除其未完成罪的刑事责任。可以说，共犯退出是英国刑法中仅适用于以派生责任理论为支撑的共犯参与责任的一种特殊辩护事由。

① 实行犯在着手以后不论是因为什么原因没有既遂的都以未遂罪论处，因此我国刑法中的实行犯之中止在英国刑法中是以未遂罪论处的。

② 2007 年以前，英国刑法中的未完成罪包括未遂罪、共谋罪和教唆罪三种。2007 年的《重罪法》施行之后，教唆罪被该法案确立的教唆帮助罪所吸收。该教唆帮助罪是指行为人实施了足以教唆或者帮助他人犯罪的行为，并且希望或者相信被教唆人会实施该犯罪的犯罪行为；无论被教唆人有没有实行所教唆或者帮助之罪，行为人都将构成该教唆帮助罪。实践中，多把实行犯着手实行了犯罪的情况按照 1861 年《教唆犯和帮助犯法》来起诉。例如，甲提供枪支供乙实施谋杀，那么根据 1861 年的《教唆犯和帮助犯法》，甲和乙将被判处谋杀罪并处以相同之刑罚。相反，如果被教唆或者帮助之人没有着手实行犯罪的，则按照 2007 年的《重罪法》判处教唆人或者帮助人构成教唆帮助罪这一罪名。

二、共犯退出的法理根据

虽然共犯退出是由普通法发展而来的特殊辩护事由，但是对于其法理根据，判例法却并没有给出明确的结论。英国刑法理论上对于共犯退出免除刑事责任的根据，大致归结为两种。其一，来自于刑事政策的主张，即出于阻止犯罪的目的，对那些委身于犯罪共同体的人提供辩护理由和创造一种激励机制使其退出犯罪是值得的。^① 如果没有激励其退出犯罪的机制，那么共犯人（the secondary party）为什么会想要退出呢？其二，被告人打消犯意（change of heart）则降低，甚至消除了其最初参与行为所引起的可责罚性和/或危险性。^② 前者被称为法律激励论之根据（Incentive Rationale），后者被称为罪责、危险性减少论之根据（Reduced Culpability or Dangerousness Rationale）。^③

从法律激励角度来看，共犯退出作为辩护事由为共犯提供了一条退出犯罪的途径，从而能够鼓励共犯人退出犯罪，进而降低实行犯将犯罪进行到底的风险；鼓励共犯退出就是减少实际犯罪，因而共犯的退出可以被视作类似于正当化事由的辩护事由。辩护事由中的正当化事由具有否定行为违法性的特点，拥有正当化事由就意味着行为人的行为是被社会认可的，并不具有违法性；社会鼓励公民在此类情况下实施这类行为。^④ 但是，共犯的退出并不具有否定共犯人之前共犯行为违法性的特点，因此并不完全符合正当化事由的要求。^⑤ 退出行为只是停止了已经实施的不法行为，并不意味着此前已经实施的行为之不法性由于退出而被消除或合法化。然而，撇开单个犯罪行为，从社会整体利益来看，共

^① See K. J. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (Oxford: Clarendon Press, 1983) at 255; Law Commission Consultation Paper 131 *Assisting and Encouraging Crime* (1993) 4. 133.

^② See William Wilson, *Central Issues in Criminal Theory* (Hart Publishing, Oxford, 2002) at 214. 此与德国刑法学上中止未遂责任解决之根据——“可罚性消失说”大体一致。

^③ See Smith above n. 15, at 253-254.

^④ See Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 6th ed, 2009) at 114.

^⑤ See Wilson above n. 11, at 589.



犯的退出有利于减少实行犯实行犯罪，因而具有重要的积极意义。在谴责共犯退出之前的参与行为和防止实行犯实行犯罪之间，社会防卫要求选择后者。^①虽然共犯退出并不能消除共犯之前的参与行为之不法性，但是为了降低实行犯实行犯罪的风险，共犯的退出行为仍然是被社会所鼓励的。在这一点上，共犯退出和其他正当化事由具有相同性质。

该法律激励理论的核心就是用免除刑事责任的方式来激励共犯人放弃参与行为，从而减低实行犯将犯罪进行到底的风险。根据这一理论，共犯如果将犯罪参与进行到底，那么结果就是自己和实行犯承担同样的刑事责任；共犯如果放弃犯罪参与，就可以免除刑事责任。而作为一个理智的人，一定会趋利避害选择后者，从而通过行为人这样的选择达到法律激励、预防犯罪的目的。然而，并不是每一个共犯人在行为时都是清醒、理智而足以作出趋利避害选择的，甚至有一部分共犯人可能根本就不知道退出的法理及其意义。在共犯人不知道或者不了解该法律激励机制的情况下，很难说他们会受到该激励的影响，那么也就无法用该理论来解释免除他们刑事责任的根据了。另外，即使共犯人知晓该激励并且能作出理智的选择，也不见得就会退出犯罪参与。因为，即使有效退出免除了他们共犯参与的刑事责任，他们仍可能会承担未完成罪的刑事责任。^②因此，在退出承担未完成罪责任和继续进一步承担共犯参与责任这两者之间，很难说理性的共犯人都选择后者。在上述这两点上，法律激励理论尚无法给出令人满意的答案。

如果说法律激励理论是共犯退出的刑事政策论依据，那么罪责、危险性减少理论就是共犯退出的刑法原则依据。罪责、危险性减少理论认为，共犯退出是共犯人罪责或者危险性消失（至少是降低）的有力证据。这种理论具有类似辩解事由（Excuse）的特点，也就是说行为人的行为虽然具有违法性，但是惩罚这种行为显然不具有合理性，因此该行为被宽恕。在辩解事由的框架下，行为人道德上的可谴责性被否定；虽然行为人的行为仍然具有社会危害性或者说具有违法性，但是由于内在

^{①②} See Smith above n. 10, at 773.