

【个罪研究】

“以刑制罪”视阈下绑架罪的定性与量刑

——对大样本绑架释放人质案件的实证考察

徐光华

【摘要】对大样本绑架案件的实证考察发现,审判实践通过“以刑制罪”来实现从轻量刑的现象较为突出。具体包括:过度强调释放人质对认定情节较轻的意义,扩张解释情节较轻的范围,过度限制绑架罪而适用其他轻罪。“释放人质”型绑架案件,多不加区分地被认定为情节较轻且量刑畸轻,过度扩张法定从宽情节、限制从重情节的适用,即便未认定为情节较轻也从轻量刑。“未释放人质”型绑架案件,过度考虑释放人质外的其他因素对认定情节较轻的意义。排斥绑架罪适用的方式包括:将绑架罪的目的限制解释为重大不法目的,将行为方式限制解释为对人质实施重大不法侵害或威胁,扩张“索债”型非法拘禁罪的范围,以事出有因为由限制绑架罪的适用。审判实践对“以刑制罪”认识不一,同案异判较为突出。应进一步降低绑架罪的法定刑,对释放人质减免处罚作专门规定,重新梳理释放人质与认定情节较轻的关系,限制解释绑架罪不宜突破绑架行为的类型特征。立法上对绑架罪规定合理的罪刑关系,是解决司法上以刑制罪乱象的根本。

【关键词】绑架罪;情节较轻;释放人质;以刑制罪

【作者简介】徐光华,江西财经大学法学院教授、博士生导师。

【原文出处】《政法论坛》(京),2018.5.17~32

【基金项目】本文系国家社科基金项目《财产犯罪“以刑制罪”的案例考察、立法梳理和理论解读》(项目编号:17BFX190)之研究成果。

我国刑法对绑架罪规定了较重的法定刑,通说认为,只要控制人质就是犯罪既遂,主动释放人质也不能成立犯罪中止而获减免处罚。2009年刑法修正案(七)对绑架罪增设“情节较轻,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”,以缓和原法定刑畸重。^①增设“情节较轻”的规定,是指主动放弃绑架意图,恢复被绑架人人身自由,并且未造成他人人身较大伤害、财产较大损失等后果的具体情形^{①)(P.489)}。但即便立法上降低了绑架罪的法定刑,但仍显畸重。刑法理论与审判实务主张通过“以刑制罪”来限制解释绑架罪、扩张绑架罪“情节较轻”的适用还具有一定的典型性。^②审判实践中,以刑制罪包括:对绑架罪的“情节较轻”作过度扩张解释,对绑架后“释放人质”不加

区分地一律认定为情节较轻,部分完全符合绑架罪的行为如果认定为“情节较轻”也可能导致量刑畸重,会排斥绑架罪而认定为其他轻罪。以量刑适当为指导的“以刑制罪”会忽略对绑架罪构成要件本身的认识,量刑是否适当也因司法人员的主观认识不一而易造成同案异判。有学者经实证研究后指出:“通过对78个案件的梳理分析发现,对情节较轻认定的因素理解不同、各地把握的尺度不同以及案件的相异性,即便相似判例的判决结果也是大相径庭。”^②域外刑法理论与审判实践也认可以刑制罪。^③但缺乏必要的规范与约束,突破罪刑法定的“以刑制罪”所带来的司法乱象,亦值得警醒。笔者以绑架罪认定“情节较轻”为主线,对大范围样本案件梳理,以释

放人质在认定情节较轻的作用中被过度评价、情节较轻被过度扩张适用、判决对绑架罪过度限制适用为视角,了解“以刑制罪”的现状。^④在此基础上,反思绑架罪法定刑畸重的立法现状,提出更为合理的建议以缓和司法上“以刑制罪”的乱象。

一、“释放人质”型绑架案件“以刑制罪”的现状

在2009年刑法修正案(七)对绑架罪规定“情节较轻”之前,法定最低刑为10年有期徒刑,审判实践中对部分释放人质的案件,会报最高人民法院核准后在法定刑以下量刑。2007年俞志刚绑架释放人质案,经最高人民法院核准后判处有期徒刑4年。^⑤刑法修正案(七)对绑架罪增设“情节较轻”之后,“释放人质”的案件不必报最高人民法院核准即可认定为“情节较轻”并适用轻刑,但审判实践中却将“释放人质”与认定“情节较轻”几乎等同起来,释放人质对于认定情节较轻的意义被过度强调。

(一)案件多被认定为情节较轻且量刑畸轻

释放人质的案件多被认定为情节较轻。收到巨额赎金、绑架手段恶劣、关押时间较长等已经对人身、财产造成侵害的,只要释放人质,多被认定为情节较轻,且多被判处5年有期徒刑,没有区别量刑。

1. 部分案件,将释放人质的行为认定为犯罪中止(未遂),以期实现从轻量刑。我国台湾地区刑法,即便绑架罪被规定在财产犯罪一章,通说也认为只要控制人质就是犯罪既遂^{[3](P.363)}。绑架罪是目的犯,行为人主观上具有绑架人质实现勒索财物或其他要求的不法目的。目的犯的目的是超过的主观要素,在既遂未遂的判断上,并不以该目的的实现为标准^[4]。在刑法修正案(七)规定情节较轻之前,绑架罪的法定最低刑为10年有期徒刑,释放人质或人质被解救的案件,有少数被认定为犯罪中止或未遂,以期从轻量刑。1999年的林仁群绑架人质,在挟持人质的过程中被民警抓获。法院认定为犯罪未遂,判处有期徒刑5年。^⑥2006年的沈伟绑架案,绑架人质后将人质送回家中。法院认定为犯罪中止,判处拘役5个月。^⑦该案的主审法官指出:“如果不加分别地一律认为一旦控制人质就构成犯罪既遂,在有些情况下会导致量刑过重,而且这也不利于鼓励被告人中途放弃犯罪。”^⑧理论上亦有学者对此赞同^[5]。

2. 部分案件,较少考虑释放人质的原因,无论是主动、被动还是被迫释放人质,无论不法目的是否实现,多认定为情节较轻,量刑也多为法定最低刑。

有的案件,行为人无法实现其绑架目的而被迫释放人质,被认定为情节较轻。董进松等绑架案,董进松因打不通人质家属电话而无法勒索到钱财,后释放人质。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑5年。^⑨郑某某等绑架案,绑架人质后惊动了周围的群众,无奈地逃离现场。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑7年。^⑩但相似案件亦有未认定为情节较轻的,赵德军绑架案,绑架过程中轮胎损坏不能继续行驶,弃人质而逃,未认定为情节较轻。^⑪我国台湾地区相关判决强调释放人质的主动性,判决指出:“意图勒索而掳人,在未取得赎金前,因经谈妥条件(尚未履行)而释放被害人。并非出于自动终止勒索之意思,而在于取赎,不应适用第347条第5项减轻处罚的规定。”^⑫

有的案件,经警方劝说后释放人质,被认定为情节较轻。该类案件,行为人难以逃脱警方的抓捕,释放人质的主动性并不强。卜某某绑架案,卜某某因吸食毒品后产生幻觉,持刀挟持人质,经警方说服后释放人质。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑5年。^⑬陈小波绑架案,陈小波抢劫后,挟持人质以抗拒民警抓捕,后在民警劝说下释放人质。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑5年。^⑭类似案件,即便挟持的对象为4岁的孩子,也被认定为情节较轻。^⑮

有的案件,行为人实现不法目的后才释放人质,也被认定为情节较轻。刘强绑架案中,刘强吸食民警提供的毒品后,释放人质。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑5年。^⑯

3. 部分案件,弃人质而逃,多被认定为情节较轻,较少考虑人质被弃置后的安全状况。徐鹏飞等绑架案,因怀疑人质家属报案而将人质(9岁)于凌晨4点弃置在高速公路出口后逃跑。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑5年。^⑰卢相林等绑架案,将人质(11岁的少女)绑离居所地三百余公里外,于当晚11时将人质弃置在乡村道路,也被认定为情节较轻。^⑱

相似案件,也有未认定为情节较轻的。李春雷绑架案,行为人在高速公路旁弃人质而逃,未认定为

情节较轻。^⑩沈某某等绑架案,将人质于当晚10点弃置在田地里,没有认定为情节较轻。^⑪我国台湾地区审判实践亦强调人质释放后的危险状况应成为减免处罚的重要依据,被害人若为小孩或年老体弱者,要求行为人必须将其护送到安全地,始得减免处罚^⑫。

4. 部分案件,行为人没有主动释放人质的想法,人质趁机逃跑的,也将之等同于释放人质进而认定为情节较轻。方先平等绑架案,人质(5岁)在被告人打电话时逃走,法院认定为情节较轻。^⑬马某某等绑架案,人质(8岁)趁被告人外出之机挣脱绳子逃跑。法院认定为情节较轻。^⑭上述案件将人质逃跑等同于释放人质,进而认定为情节较轻,忽略了绑架行为的对象为儿童、绑架手段的严重性、释放人质的主动性不强、绑架时间过长等等。

相似案件,也有判决认为人质逃跑不属于主动释放人质,不能认定情节较轻。甘某某绑架案,判决指出,虽然人质通过采取自救措施挣脱,但绑架对象为未成年学生,极易造成家长、学校及社会恐慌,不宜认定为情节较轻。^⑮我国台湾地区也有类似案件指出,不能以被告人犯罪计划不够缜密、捆绑不够牢靠、看守不够严密而导致被害人逃脱,认定被告人是主动释放人质。否则,对于真正主动、积极释放人质者,显然不公。^⑯

5. 部分案件,仅因释放人质,就认定为情节较轻并判处轻刑,无视行为对人身和财产造成的侵害、威胁。

有的案件,已经严重侵犯了被害人的财产,被认定为情节较轻。姚某某等绑架案,对人质进行殴打、恐吓,造成人质轻微伤,抢得1600元,逼迫人质写下5万元虚假借条,得到赎金1万元后将人质放回。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑5年6个月。^⑰张鹏飞绑架案,对人质实施殴打,当场劫取其300元,后又取得赎金2000元后释放了刘嘉宾。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑5年。^⑱

有的案件,绑架勒索财物数额特别巨大(未遂),但只要释放人质,都被认定为是情节较轻并适用轻刑。但财产犯罪即便是针对数额特别巨大财物的犯罪未遂,也仅仅是“可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”,仍有适用重刑的可能。^⑲王崑峰绑架案,索要

300万赎金未得逞,后释放人质,认定为情节较轻,判处有期徒刑5年。^⑳

有的案件,对人质的人身权利侵害较大,也被认定为情节较轻。如造成人质伤害后,被害人逃脱的。谈彪等绑架案,得到3200元赎金,将人质殴打致轻微伤,人质跳入水塘后逃脱。法院认定为情节较轻。^㉑对人质关押的时间较长,仅因释放人质就被认定为情节较轻。邓某某等绑架案,绑架人质8天后释放。法院认定为情节较轻。^㉒再如,对人质实施了殴打、抢劫行为,因释放人质也被认定为情节较轻。赵某绑架案,殴打人质致轻微伤,逼人质出具30万元的借条,喝下含有毒品的饮料。得知被害人家属报警后,带被害人前往公安机关销案。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑8年。^㉓但本案除了释放人质(将人质带往公安机关)外,关押的时间较长、给被害人喂毒药、殴打、索要的金额过大、以实施重大不法侵害相威胁,认定情节较轻并不妥当。

认定情形较轻及量刑,未能较好地对比绑架罪与其他犯罪(如抢劫、敲诈勒索罪等),罪刑失衡有一定的典型性。牛三铅等绑架案,绑架人质3天,得赎金3万元后将人质释放。法院认定为情节较轻。^㉔但即便是抢劫3万元,都属抢劫数额巨大,最低应判处有期徒刑10年。谢俊贤等绑架案,索要赎金50万元(得到7万元),后将人质释放,法院认定情节较轻。^㉕但仍有大量相似案件不被认定为情节较轻,张锋等绑架案,得到赎金3万元后释放人质,未认定情节较轻。^㉖

6. 在共同犯罪的情况下,只要其他共犯人释放了人质,部分行为人没有释放人质的意愿甚至反对释放人质,也认定为情节较轻。高远、路某某(胁从犯)共同绑架案,路某某因释放人质被认定为情节较轻,高远并无释放人质的行为及意愿,也被认定为情节较轻。^㉗相似案件亦存在不同判决,仅对释放人质的行为人认定为情节较轻,如樊海平等绑架案。^㉘

判决过度强调释放人质对于情节较轻认定的意义,而忽略了其他从重处罚的因素对否认情节较轻的意义,以此扭转绑架罪法定刑畸重的现状。无论是主动还是被动或被迫释放人质,无论释放人质的地点及释放后人质是否安全,甚至人质脱逃的,多认定为是释放人质从而认定情形较轻,并判处法定刑

最低刑。虽然不少国家(地区)刑法将释放人质视为重要的减轻处罚事由,但多强调“自愿、安全地释放人质”。日本学者大谷实指出:“所谓释放,就是解除对被绑架、被诱拐者的实力支配。还必须将被绑架、被诱拐者转移到安全场所。”^{[7](P.100)}我国台湾地区审判实践中通说观点亦如此,判决(80台上3925号判决)认为:“台湾刑法第347条第5项其立法用意除鼓励罪犯中止犯行外,另兼顾人质之安全,应具有自动释放人质之心意及实际释放人质之事实,始得宽减其刑,如已案发,迫不得已,始行释放,或尚未释放,即被查获,均与上述规定不符。”^{[8](P.419)}

(二)过度扩张法定从宽情节、限制从重情节的适用

1. 扩张从犯的认定范围,并对从犯尽可能地从宽处罚。样本案件多为共同犯罪,如何认定主、从犯,同案异判较为突出。刑法修正案(七)增设“情节较轻”的规定之前,即便主动释放人质仍可能被适用重刑,审判实践中更倾向于扩张认定法定从宽情节以从轻量刑。如张方述、张方均绑架案,判决指出,鉴于两被告人出于筹钱为母治病的动机才劫持人质,被劫持者在本案中已成功获救,两人的绑架行为属情节较轻。张方均参与了犯罪全程,只是不是提议者,就被认定为是从犯,并适用缓刑。^⑤李某等绑架案,李某、伍某某密谋绑架李某的堂弟(4周岁)勒索钱财,人质后被抛入河中,至今下落不明。法院判处李某无期徒刑,而伍某则因为从犯、自首被判处有期徒刑4年。^⑥该案中,伍某参与了绑架的预谋、实行行为,并收取了赎金,认定为从犯的理由并不充分,量刑也畸轻。

多数认定从犯的案件,并没有阐述认定从犯的理由,或者阐述理由过于简单。正是因为认定从犯缺乏说理,样本案件中,上、下级法院对从犯的认定存在一定分歧。袁民等绑架案中,袁民、斯上海绑架人质(小学生),斯上海负责看守人质,一审二行为人均被判处10年以上有期徒刑,二审改判认定斯上海系从犯。对于改判理由,没有阐述。^⑦周建锋、李光前等绑架案,李光前出资租赁关押地点,看守被害人,收取赎金、释放被害人,参与了绑架案件的全程。一审并没有区分主、从犯。但考虑到主动释放

人质在当时(2006年)的立法下只能判处10年以上有期徒刑,量刑畸重,二审认定李光前为从犯,判处有期徒刑7年。^⑧

2. 对自首、立功的认定过于宽容,从宽的力度过大。2014年最高人民法院量刑指导意见规定:“对于自首情节,可以减少基准刑的40%以下;犯罪较轻的,可以减少基准刑的40%以上或者依法免除处罚。”样本案件中,有自首情节的,减轻处罚大多超过了基准刑的50%。丁某某绑架案,丁某某主动释放人质。法院认定为情节较轻,因具有自首情节,被减轻处罚至有期徒刑2年6个月。^⑨即便以法定最低刑5年为基准刑,该案也被减轻处罚50%。如果案件存在多个从宽情节,从宽处罚的力度更大。例如,陈某甲、陈某乙、林某等共同绑架并致被害人死亡案,陈某乙、林某具有自首情节,均系从犯,陈某乙未满18周岁。法院判决陈某乙有期徒刑1年,林某有期徒刑2年。^⑩极少数案件,即便有自首、立功等法定从宽情节,仅从轻处罚而未减轻处罚。^⑪

3. 部分案件,法定从宽情节被重复评价,既作为认定情节较轻的依据,亦作为从轻、减轻处罚的依据。刑法总则所规定的法定从宽情节,如未遂、中止、自首、立功、从犯等,不应成为影响罪质的因素进而认定为“情节较轻”^[9]。部分判决未重复评价从宽情节。濮剑鸣、夏福军等绑架案,判决指出,濮剑鸣、夏福军等欲绑架毕某之子向毕某勒索200万美元,但未能绑架成功,系绑架未遂,不应适用情节较轻条款。^⑫但是,亦有部分判决为了实现从轻量刑,对法定从宽情节进行了重复评价。邹某某等绑架案,行为人获得赎金(12万元)后将人质释放。法院以邹某某是从犯为由认定为情节较轻,又以其是从犯为由减轻处罚,判处有期徒刑4年。^⑬郑丽刚、柴彦军绑架案,犯罪预备既作为认定情节较轻的依据,又作为预备犯减轻处罚。^⑭

4. 对从重处罚情节的适用较为限制。以累犯为例,样本案件对累犯从重处罚的力度有限。释放人质的案件,多被判处了法定最低刑即5年有期徒刑,即便有累犯情节,也只是略高于5年有期徒刑。2014年最高人民法院量刑指导意见规定:“对于累犯,增加基准刑的10%~40%,一般不少于3个月。”绑架罪

法定最低刑为5年,按此增加10%即6个月。如果未认定为情节较轻,最低刑为10年,增加10%即1年。样本案件无论是否认定为情节较轻,从重处罚的幅度多不超过10%。沈某某等绑架案,将被害人于晚上10点弃置在田地里。没有认定为情节较轻,王某是累犯,仅被判处有期徒刑10年6个月,即便以法定最低刑10年为基准刑,从重幅度也仅为5%。^⑦胡某某绑架案,人质趁胡某某松手时逃跑,未认定为情节较轻。胡某某系累犯,也仅判处有期徒刑10年6个月。^⑧上述两案,行为人前后犯罪的时间间隔都在2年以内,从重处罚力度本应更重。犯罪人先前的犯罪记录时间越近,用来预测犯罪人未来再犯罪可能性时就越准确,罪犯的人身危险性也越大,更应从重处罚。^⑨

样本案件对累犯的从重处罚力度有限,幅度普遍不超过10%。有学者对大范围盗窃案(57886个)、抢劫案(21411个)、故意伤害案(27259)的累犯与非累犯样本案件考察发现,在其他情况相似的情况下,被判处有期徒刑的累犯的刑期显著长于非累犯的刑期,累犯情节作为一个整体确实对量刑结果产生了从严调节的作用。例如,抢劫罪2041个累犯样本的有期徒刑刑期均值为91.79个月,而19370个非累犯样本的有期徒刑刑期均值为70.73个月,累犯组有期徒刑的均值要比非累犯组有期徒刑的均值多21.06个月。如果参考该罪量刑幅度的有期徒刑底线,累犯的从严幅度分别为:盗窃罪21%、抢劫罪64%、故意伤害罪25%^[10]。

此外,对于酌定从重情节,从重处罚的力度也不大。部分未认定为情节较轻的案件,即便判决认定为情节恶劣,也多判处了法定最低刑,或略高于法定最低刑。陈某绑架案,判决指出,陈某将汽油倒在地上的纸上并用打火机点燃,情节、手段恶劣,不属于绑架罪情节较轻,判处有期徒刑10年。^⑩

(三)未认定为情节较轻的案件量刑畸轻

部分案件考虑到行为人虽然释放了人质,但对人身、财产造成较大侵害,没有认定为情节较轻,但也多判处了法定最低刑。对于释放人质的案件,如何评判释放人质之外的因素对否定情节较轻的作用,样本案件的判决并不一致。

1. 部分释放人质的案件,得到了巨额赎金,未认定情节较轻,但仅被判处略高于或等于10年有期徒刑,量刑畸轻。即便是盗窃、抢劫数额特别巨大的财物,也应判处10年以上有期徒刑。释放人质虽然没有被认定为情节较轻,但在从轻量刑时却被过高评价,而得到的赎金数额大小在量刑上的差异并不明显。例如,得到巨额赎金后释放人质的案件,虽未认定为情节较轻,但得到赎金数额大小的差异对量刑影响不大,且多判处轻刑。闫申兵绑架案,得到赎金200万元后释放人质,判处有期徒刑11年。^⑪周瑞、王志维绑架案中,得到赎金21.9万元后释放人质,各行为人分别被判处10年、10年6个月有期徒刑。^⑫刘某绑架案,得到赎金3.72万元后释放人质,判处有期徒刑10年。^⑬邢某、张某绑架案,得到赎金5万元后释放人质,各行为人分别被判处10年、10年6个月有期徒刑。^⑭少部分案件考虑到得到巨额赎金而判处了重刑。张诚等绑架案,得到赎金300万元后释放人质,判处无期徒刑。^⑮

2. 部分释放人质的案件,伴随着对人身权利较为严重的侵害或者威胁,未认定为情节较轻,但部分量刑畸轻。例如,绑架对象是未成年人或限制责任能力人,给人质及家属造成较大的恐慌,即便释放人质,也没有认定为情节较轻。如杨路、吴鹏绑架案。^⑯该类案件,即便因对人身权利造成严重侵害而未认定为情节较轻,量刑也多为法定最低刑即10年有期徒刑。曹嫣嫣绑架案,曹嫣嫣绑架年仅4岁的孩子,得到1万元赎金后将人质丢弃。仅判处有期徒刑10年。^⑰王立全、卢仕枝等绑架案,将人质的腿部捅伤(轻伤),以人质的生命相威胁,索要400万赎金(未得逞)后将人质释放,各行为人均被判处略高于有期徒刑10年。^⑱

亦有部分案件,对人身或财产仅造成轻微侵害后释放人质的,法院亦没有认定为情节较轻。朱子军、陈某绑架案,造成人质轻微伤后释放人质,未认定为情节较轻。^⑲这类案件对人身、财产的侵害并不严重,类似案件认定为情节较轻的较多。

二、“未释放人质”型绑架案件“以刑制罪”的现状

未释放人质的案件,多不被认定为情节较轻,释

放人质对于认定情节较轻的意义被过度强调。但亦有部分未释放人质的案件,认定为情节较轻并适用轻刑。但如何考虑释放人质之外的因素对认定情节较轻的意义,审判实践中有过度扩张的趋势,同案异判较为突出。

(一)以事出有因为由扩张认定情节较轻

部分未释放人质的案件,基于事出有因,尤其是被害人存在一定的过错,也认定为情节较轻。陈甲等绑架案中,陈甲在洗浴中心被陈乙打伤,后绑架陈乙索要巨额医药费,被害人家属报警后,陈甲带领人质前往公安机关要求销案。判决以被害人存在过错为由,认定为情节较轻。^④刘某某等绑架案,刘某某以廖某某曾经将他的女朋友介绍给他人发生性关系为由,绑架廖某某并索要赎金2000元,由于被害人存在一定的过错,各行为人均被认定为情节较轻。^⑤

但基于事出有因而认定为情节较轻的案件,“因”的认定过于扩张,审判实践中的认识也不完全一致。例如,基于非法的理由绑架他人也被认为事出有因,进而认定为情节较轻。赵江游等绑架案,行为人超出赌债金额(1.56万元)绑架他人索要10.5万元,因“索赌债”这一理由,也被认定为情节较轻。^⑥又如,为逃避警察的合法追捕而绑架人质,也有的认为是事出有因,从而认定为情节较轻。^⑦再如,出于行为人自身的特殊原因,也被认定情节较轻。谭某某绑架案,谭某某自称其患有“露癖症”,觉得很丢脸,一心求死。挟持农某某与民警对峙,并要求民警开枪将其打死,后被民警制服,也被认定为情节较轻。^⑧部分样本案件,仅因为事出有因就认定为情节较轻,忽略绑架行为对人身、财产法益的侵害。

(二)以绑架手段、对人身造成的侵害、勒索数额等不严重为由扩张认定情节较轻

部分未释放人质的案件,综合考虑其绑架手段、对被害人人身造成的侵害、勒索目的、勒索财物大小等,也被认定为“情节较轻”。张方述、张方均绑架案,二人为了母亲筹钱治病在街头绑架他人,请求相关部门贷款1.8万元,经警方劝说后仍不释放人质。判决理由指出:“鉴于两被告人在绑架人质过程中没有殴打、侮辱人质,也没有造成伤害后果,最后亦未实际索得财物,应认定为情节较轻。”^⑨但样本案件有

扩张认定情节较轻之嫌,部分案件忽略了其他酌定从重情节,如绑架对象为儿童、绑架手段严重。田黎军绑架案,持刀绑架对象为儿童(10岁),也被认定为情节较轻。^⑩

(三)以绑架系因婚恋家庭矛盾而引发为由扩张认定情节较轻

部分未释放人质的案件,基于婚恋、家庭矛盾等原因,也多被认定为情节较轻。吴敦绑架案,吴敦以其曾被前女友曾红霞欺骗为由,绑架曾红霞的现任男友陈某某,向其亲属索要7000元,后被警方抓获。法院认定为情节较轻。^⑪部分基于婚恋矛盾的绑架案件,得到数额巨大的赎金也被认定为情节较轻,明显有违罪刑相适应,如周峰等绑架案。^⑫即便是发生在亲属之间的财产犯罪,司法解释都没有规定一律从宽处罚,从宽处罚也附加了一定的条件,如获得被害人谅解等。对于绑架这类严重侵犯人身法益的犯罪,仅因为发生在亲属、恋人之间,不考虑案件的差异一律认定情节较轻,未必合理。如黄炳伍绑架案,绑架人质(小学生)7天,也认定为情节较轻。^⑬

对于该类案件,是否从宽,如何从宽量刑,审判实践中的认识并不一致。有的认定为情节较轻,但量刑存在差异,有的未认定为情节较轻,有的认定为其他轻罪。在刑法修正案(七)之前,绑架罪的法定最低刑为10年有期徒刑,该类型绑架案件,突破法定刑的下限判处更轻的刑罚,或认定为其他轻罪的现象具有一定的典型性。程乃伟绑架案,程乃伟曾偷过其舅父程会生家中一个传呼机,程会生对其指责并将此事告诉了村里其他人,程乃伟为了报复其舅父而绑架了其子(10岁),后被民警抓获。一审判处有期徒刑11年,二审改判5年,最高人民法院复核后改判有期徒刑3年,缓刑5年。^⑭但亦有相类似案件未认定为情节较轻。蔡克峰为达到恢复恋爱的目的,采用暴力、胁迫方法,挟持人质后被民警制服,未认定为情节较轻。^⑮杨云祥绑架案,杨云祥绑架其妻弟(9岁),要求其岳父交出妻子才释放孩子。没有释放人质,未认定为情节较轻^[11]。相似案件,还有的认定为非法拘禁罪,如付志军案,判决指出,付志军是出于合法目的(继续谈恋爱)挟持他人,不是基于非法目的,不构成绑架罪^{[12][P.23]}。

(四)以行为人并非实现重大不法目的为由扩张认定情节较轻

部分未释放人质的案件,行为人所欲实现的并非重大不法目的,也就不会对人质及其家属造成严重侵害,未释放人质,也多被认定为情节较轻。有的案件,绑架人质是为了引起社会关注的目的。何劲绑架案,何劲预谋在深圳找一家香港人家庭当保姆,然后挟持小孩以引起香港媒体关注,使其在香港的相关问题得到解决。法院认定为情节较轻,判处有期徒刑6年。^②但类似的案件,也有未认定为情节较轻的。刘宝柱绑架案,其因赌博受害,为了引起社会对赌博的关注,以自己的经历告诫还沉迷于赌博的人远离赌博,绑架他人。未认定为情节较轻。^③

样本案件认定情节较轻不完全拘泥于“释放人质”,而是综合考虑其他因素,有其合理性。但释放人质之外的哪些因素应作为肯定或否定情节较轻的理由,并不一致,情节较轻整体上被扩张适用。绑架对象系未成年人、索要巨额赎金、在公共场所绑架人质、造成人质轻微伤等,能否认定为情节较轻,就存在不同的认识,同一案件中,上、下级法院也可能存在不同认识。例如,绑架对象为儿童的,能否认定情节较轻,存在不同认识。陈某、马某某绑架案中,未对被害人实施暴力,且在得知被害人家属报案后释放被害人。一审以绑架对象是儿童为由否认情节较轻,二审认定情节较轻。^④部分案件,过度扩张情节较轻的适用范围。凡某绑架案,凡某携砍刀、水果刀行至深圳市某公交站台,遇治安巡防员询问,挟持人质马某某,威胁治安员放其离开,引来群众围观,后被警方制服,造成人质轻微伤。本案在公众场合绑架人质,携带凶器,造成人质轻微伤,没有释放人质,也被认定为情节较轻,判处有期徒刑5年。^⑤

肯定或否定情节较轻,应有较为充分的说理,但样本案件大多说理不充分。朱新平等绑架案,朱新平等绑架秦某(16周岁)勒索财物,进行了严密的谋划,准备了头套、绳子、塑料胶带,向人质家属索要100万元(未得逞)。行为人被民警抓获,人质亦被解救。判决仅以行为人在绑架过程中未对受害人实施殴打等暴力手段,就认定为情节较轻,但绑架对象系未成年人,索要赎金数额特别巨大等从重情节均未

阐述。^⑥陈超勇等绑架案,判决指出:陈超勇二审期间不如实供述罪行,不悔罪,不能认为陈超勇犯罪“情节较轻”。^⑦该案以绑架之后的悔罪态度,而非绑架事实本身来认定该案不属于情节较轻,也是值得商榷的。部分案件,即便二审改判,说理亦过于简单。周安德等绑架案,行为人两次绑架人质,分别得到赎金6800元、7800元,没有释放人质,一审没有认定为情节较轻,二审认定为情节较轻。改判理由指出:在绑架过程中无明显的人身伤害等暴力行为。^⑧

三、排斥绑架罪适用的案件“以刑制罪”的现状

样本案件的量刑表明,无论是否认定为情节较轻,多在法定刑幅度的下限量刑。但部分案件,即便判处法定最低刑,也可能被认为量刑畸重,判决则限制绑架罪的适用,转而适用其他轻罪,如寻衅滋事罪、非法拘禁罪、敲诈勒索罪等。绑架罪与寻衅滋事罪、非法拘禁罪、敲诈勒索罪之间存在竞合,符合绑架罪构成要件的行为,多数也必然符合寻衅滋事罪、非法拘禁罪、敲诈勒索罪的构成要件。但部分案件,判决主要阐述行为符合其他轻罪,而对于行为明显符合绑架罪则不予阐述,或简单地予以否定。白建军教授对1997年10月至2005年9月最高人民法院示范性案例中变更罪名案件的实证考察发现,检察机关起诉的罪名被法院变更认定为其他罪名的情况:绑架罪被变更的机会为8%,处于较高的比例,主要是变更为轻罪,如非法拘禁罪、敲诈勒索罪、寻衅滋事罪等^[13]。本文样本案件亦得出了相似的结论。

(一)将绑架罪的目的限制解释为重大不法目的

实现其他诸如恢复婚恋关系、索要少量财物、要求见特定人等目的的不认定为绑架罪。有论者指出,如果罪犯绑架人质仅仅是索要少量财物或者其他微不足道的不法要求,对被勒索人而言,因为很容易满足其不法要求,被绑架人人身安全所蒙受的风险就大大降低,不宜认定为绑架罪^[14]。最高人民法院的指导案例亦认可这一观点:“因为被害人拖欠工资、债务,而索要少量超出工资、债务范围的钱财的,或者由于冲动、无知、愚昧扣押人质索取少量钱财的,或者扣住岳母要求媳妇回家的,等等,显然不具有与绑架罪的严厉评价相当的不法程度,完全可以按照非法拘禁罪或者敲诈勒索罪论处。”^⑨

1. 基于婚恋矛盾而绑架他人, 所欲实现的并非重大不法目的, 排斥绑架罪的适用。顾永波案, 顾永波与妻子钟玲婚后共同欠债7.2万元, 双方因对各自承担多少债务争执不休而未能达成离婚协议。钟玲即以找钱为由离家不归, 顾永波扣押钟玲的堂弟(小学生), 要求见钟玲并要其承担3万元债务。判决指出: 顾永波扣押了其妻的亲人作为交换其妻的条件, 从而达到要其妻承担债务与其离婚的目的, 是一种“债务纠纷”的绑架行为。以非法拘禁罪判处有期徒刑1年6个月。^⑤

2. 产生幻觉后绑架他人的, 所欲实现的目的并不真实, 排斥绑架罪的适用。郑师武案, 郑师武因吸毒产生了幻觉, 为了“躲避警察追捕”而持刀挟持李文珍欲“逃避追捕”, 并向他人“索车逃离现场”。判决指出, 该犯罪目的并不具有客观真实性, 仅能认定为非法拘禁罪。^⑥ 娄某案, 娄某因吸毒产生幻觉而绑架他人, 法院判处非法拘禁罪, 有期徒刑1年。^⑦

3. 借机利用他人的违法犯罪行为, 绑架他人并勒索财物的, 排斥绑架罪的适用。胡某某案, 胡某某发现他人的违法行为后, 绑架他人向其家属索要赎金5000元后释放人质。一审认定为绑架罪, 二审指出, 行为人利用被害人犯有违法行为, 害怕受到法律追究, 且身处异地, 短暂扣押被害人, 索取财物数额不大, 认定敲诈勒索罪能做到罪刑相适应。^⑧ 理论上学者持不同意见, 认为应成立绑架罪^{[15](P.889)}。司法机关对该类案件的定性也认识不一, 类似的李某案, 检察机关以绑架罪起诉, 法院判处敲诈勒索罪, 有期徒刑3年6个月。^⑨

4. 基于索要少量赎金的目的而绑架他人的, 排斥绑架罪的适用。宋建东案, 宋建东伙同他人持枪控制夏海军, 向其家人索要5万元(实得3000元), 后释放人质。一审认定为绑架罪, 有期徒刑10年, 二审改判敲诈勒索罪, 有期徒刑3年。判决指出: 绑架罪勒索的不法要求应当是巨额赎金或其他重大的不法要求^[16]。也有学者提出反对意见, 认为不能因为犯罪数额少就变更为敲诈勒索罪^[17]。

(二) 将绑架罪的行为方式限制解释为对人质实施重大不法侵害

部分样本案件, 没有对人质实施重大侵害或威

胁, 适用其他轻罪。有学者指出: “从法定刑评价的相称性来讲, 应当对绑架罪的绑架手段作严格解释, 将其解释为行为人主观上企图以杀害、伤害被绑架者相威胁的可能危及被绑架者生命、健康安全的行为。”^[18] 最高人民法院对相关案件的评述也指出: “在绑架案中, 行为人一般都采取超强度的暴力等手段, 给被害人的心理造成极大恐慌。而非法拘禁罪一般表现为低强度限制被害人的人身自由。”^⑩

对人身自由剥夺的程度较轻的, 不认定为绑架罪。唐某敲诈勒索案, 检察机关以绑架罪起诉, 法院判处敲诈勒索罪。判决指出: 绑架罪的行为实质为实际控制被害人, 被害人失去人身自由、人身安全处于随时可能被侵犯的危险状态。本案被害人系成年男子, 尚不足以导致被害人不敢或不能反抗, 被害人人身自由未受完全剥夺, 被告人行为尚未达到绑架犯罪所应达到的严重程度, 以敲诈勒索罪论处更符合罪刑相适应原则。^⑪ 绑架手段较轻微的, 也不认定为绑架罪。谢家海等案中, 判决理由指出: 行为人虽然在一定程度上限制了被害人的人身自由, 并且为控制被害人而采取了轻微暴力, 但并未使用暴力、胁迫、麻醉或者其他方法劫持被害人, 其在控制被害人后并不是以威胁要杀害、伤害被害人等手段向被害人家属勒索财物, 而是以报警相要挟勒索财物, 亦未将被害人藏匿, 应当以敲诈勒索罪定罪处罚。^⑫ 2005年最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》指出: “绑架罪表现为行为人以杀害、伤害等方式向被绑架人的亲属或其他人或单位发出威胁, 索取赎金或提出其他非法要求。”

(三) 扩张“索债”型非法拘禁罪的范围

部分案件, 通过对“索债”型非法拘禁罪作扩张解释, 排斥绑架罪而认定为非法拘禁罪。刑法第238条第3款规定, 为索取债务非法扣押、拘禁他人的, 依非法拘禁罪定罪。2000年最高人民法院《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》规定, 索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务, 亦认定为“索债”。该解释出台的背景为: “绑架罪的法定最低刑是十年有期徒刑, 如果对这种情况定绑架罪, 势必会造成罪与刑不相适应”^[19]。在该解释出台之间, 审判实践亦认同对索债

的范围扩张解释为包括赌债从而限制绑架罪的适用。^⑧刑法理论上亦有学者主张对“债”的范围作扩张解释,“债务并非完全局限于民法意义上的债务关系,这种关系的成立只要没有超越民间习惯且没有超出合理范围即可”^{[20](P.567)}。

样本案件中,对“索债”的认定更有过度扩张之嫌。例如,对于男女朋友分手后,索要“青春损失费”的,也被认定为索债。^⑨给付定金方违约后,为索回定金而非法扣押对方当事人子女索要定金的,也被认定为是“索债”。^⑩在无法查清被害人是否存在债务的情况下,行为人自以为被害人欠其债务,进而拘禁他人“索债”的,也被认定为是“索债”。^⑪委托他人理财,亏损了,索要损失的,也被认定为“索债”。^⑫向儿子索要其父亲生前欠的债,也被认定为“索债”。^⑬

(四)以事出有因为由限制绑架罪的适用

前述指出,对于事出有因的绑架行为,尤其是存在被害人过错的绑架行为,多作为认定绑架罪情节较轻的理由。但部分案件,认定为其他轻罪,并且对事出有因之“因”作了非常宽泛的解释。同案异判现象较为突出。

1. 被害人存在过错的案件,即便是轻微过错,排斥绑架罪的适用。谢金付案,谢金付曾被秦兴中殴打,花费医疗费130元。后谢金付绑架秦兴中,并向其亲友勒索5万元。一审认定为绑架罪,二审改判敲诈勒索罪^[21]。沈某某等敲诈勒索案,沈某某因其妻子与陈某某发生过性关系为由,绑架陈某某,法院认定为敲诈勒索罪。^⑭

2. 即便行为人自认为被害人存在过错的,也排斥绑架罪的适用。叶清益案,叶清益怀疑其妻黄某与陈某某通奸,绑架陈某某索要财物,后将人质送交公安机关。一审判处绑架罪,有期徒刑10年。二审改判敲诈勒索罪(未遂),有期徒刑1年6个月。^⑮张某某等敲诈勒索案,张某某等人怀疑被害人谭某某、许某某在赌博中“出老千”,拘禁被害人40余小时,向其家属索要“赔偿”款30万元(实得2万元),后将人质释放。法院认定为敲诈勒索罪。^⑯但也有类似案件认定为绑架罪。^⑰

3. 行为人基于无依据的“理由”而绑架他人,进而欲实现不法目的的,排斥绑架罪的适用。兰隆成

案,兰隆成等人对法院拘留其同村三名村民不满,将两名法官强行带回村里,要求法院放人才释放法官。法院认定为非法拘禁罪。^⑱

(五)以其他理由限制绑架罪的适用

部分案件,综合判断其社会危害性较小以排斥绑架罪而适用轻罪,理由也多强调量刑适当。陈满生寻衅滋事案,陈满生因其前女友肖丽与其分手心生不满,绑架了肖丽,后被民警抓获。检察机关以绑架罪提起公诉,一、二审都认定为寻衅滋事罪,检察机关亦对判决寻衅滋事罪提出了抗诉。判决指出:“其行为目的系宣泄不满,意图解决感情问题;行为暴力程度较低,与民警和第三方无激烈对抗,未造成严重后果,其行为的危害程度与寻衅滋事罪的危害程度相当。”^⑲

部分共同勒索财物的绑架案件,对于部分共犯人,通常以其误以为是“索债”而不具有“勒索财物”的目的为由,认定为非法拘禁罪,但对行为人“误以为是索债”的认定及说理也过于简单。代应洪、陈某绑架案,二人共同绑架小学生林某后,向其父亲勒索财物18万元(实得15万元),后将人质释放。法院判处代应洪绑架罪,以陈某仅有索债的目的为由,认定为非法拘禁罪,判处有期徒刑2年。^⑳综合本案所使用的犯罪工具(仿制手枪、美工刀)、绑架的对象(小学生)以及陈某本人也多次与人质家属电话沟通,认定陈某主观上不知同案犯有“非法勒索财物目的”的理由并不充分。

忽略行为类型特征而随意更换罪名的做法,亦会突破构成要件的决定性,导致对犯罪的认识不一。与上述排斥绑架罪转而适用轻罪的情况不同,大量相似的案件,亦有定罪坚持以行为类型特征而非量刑妥当为准,从而认定为绑架罪。例如,基于婚恋目的而绑架他人且未释放人质的,有的认定为非法拘禁罪,有的认定为“情节较轻”的绑架罪,有的认定为绑架罪的基本犯。即便是同一个案件,也可能存在不同认识。例如,王刚案,王刚因怀疑其妻子多次流产与工作环境有关,持刀挟持人质,要挟经理为其妻子调动工作岗位,后经公安人员劝说而释放人质。一审判处绑架罪,免于刑事处罚。发回重审又判处绑架罪,有期徒刑10年。二审维持原判。二审

法院再审认定为非法拘禁罪,判处有期徒刑3年。河南省高级人民法院再审判处非法拘禁罪,有期徒刑1年。^⑧该案事实和证据没有任何变化,历经5次判决,定罪量刑不一,判决理由都强调量刑合理,而量刑合理的判断因司法人员的主观认识不一而存在差异。

四、若干建议

样本案件在审判实践中的乱象,既有司法本身的原因,如对“情节较轻”的理解不一,对释放人质在认定情节较轻中的地位不一,过度强调“以刑制罪”而突破罪刑法定等,亦有立法上的原因。立法上绑架罪的法定刑畸重,是导致司法乱象的根本原因,司法乱象的目的也是为了实现量刑轻缓。认定为绑架罪的案件无论是否认定为情节较轻,量刑多在法定刑幅度的下限,没有较好地区分不同情形。排斥绑架罪而认定其他轻罪的,更是为了实现从轻量刑。

(一)进一步降低绑架罪的法定刑

从我国刑法绑架罪与其他罪名之间的比较可以看出,无论是对比其他人身、财产犯罪(故意杀人、抢劫、强奸罪等),还是对比危害公共安全类的犯罪(放火、以危险方法危害公共安全罪等),绑架罪的法定刑都更重。并且,由于绑架罪的法定最低刑为5年有期徒刑,如无法定减轻处罚情节,无适用缓刑的可能。比较域外规定,我国的规定仍然是偏重的。域外刑法对绑架罪一般都规定了比非法拘禁罪、拐骗(拐卖)儿童罪、抢劫罪更重的法定刑,但其法定刑差距比我国刑法要小,有的国家把绑架作为非法拘禁或者拐骗儿童、拐卖儿童的加重类型(日本),有的国家对绑架与抢劫规定相同的法定刑^[14]。此外,多数国家和地区对于绑架后主动释放人质作出特别从宽的规定。本文的样本案件,即便认定为情节较轻,并判处法定最低刑5年有期徒刑,仍有部分以量刑过重为由提出了上诉。

对绑架罪规定较重的法定刑,在特定的历史背景下,有其合理性。公安部公共安全研究所“当前中国绑架犯罪研究”课题组于2004年进行的调查表明,“对百起绑架犯罪案件的分析,绑架后撕票的占32%。其中,先撕票后勒索的有17起”^{[22](P.18)}。现今绑架案件的类型已经发生了变化:“过去,绑架行为人一般都是些亡命之徒,现在有些案件是好逸恶劳之

徒实施的恶性不大、勒索小额财物的行为。绑架罪过高的法定刑起点显得罪责不相适应。”^[23]即便刑法修正案(七)增设了“情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑”,仍有必要进一步降低法定刑。2007年的“善良绑匪”案,余有绑架3个儿童,在未索要到钱财的情况下,将身上最后的20元钱给了孩子们,教他们背熟了回家坐车的路线,自己步行3个小时回家。该案当时经最高人民法院核准,在法定刑以下被判处有期徒刑6年,也因量刑过重受到了较为普遍的质疑。^⑨即便按现行刑法认定为情节较轻,该案亦应被判处有期徒刑5年以上有期徒刑,仍显过重。样本案件中,情节较轻被过度扩张适用、量刑多集中于法定刑幅度的下限、突破绑架罪的构成要件而以刑制罪等,也说明应降低绑架罪的法定最低刑。此外,“情节较轻”的规定应适于犯罪的特殊情形,而非一般情形。绑架案件多是行为人实施绑架行为,向人质亲友等提出要求,实现(或未实现)特定目的后释放人质,但这种普遍情形在审判实践中多被认定为情节较轻,并判处了该法定刑幅度的下限。从这一意义上看,现行刑法规定的“情节较轻”应修改为基本犯,现行刑法规定的基本犯应修改为加重犯才更准确^{[24](P.102)}。笔者建议将绑架罪的基本罪的法定刑应调整为“三年以上十年以下有期徒刑”。

(二)对释放人质行为减免处罚作专门规定

绑架案件及时释放人质,虽然不能认定犯罪中止,但其积极意义不亚于犯罪中止,我国台湾地区刑法理论与实务将掳人未经取赎便释放被害人或者取赎后释放被害人的行为称为“特殊中止犯”。不同国家(地区)的规定并不一致,但多对释放人质行为予以积极肯定。有的强调释放人质的主动性,有的还强调人质被释放后的安全性,有的强调释放人质的时间。总体上,从宽处罚的力度较大。即便未来将我国刑法中绑架罪的法定最低刑降低为3年有期徒刑,仍然有必要对释放人质行为进一步减免处罚作出专门规定。刑法修正案(七)对绑架罪规定“情节较轻”之前,绑架罪的法定最低刑为10年有期徒刑。审判实践中,对于部分案件,报最高人民法院核准的,不少被判处了5年以下有期徒刑,如俞志刚案,因释放人质被判处了有期徒刑4年;^⑩程乃伟绑架案,未释放

人质仅被判处有期徒刑3年,缓刑5年;^⑩李德新绑架案,因释放人质被免于刑事处罚。^⑪刑法修正案(七)的立法目的是降低绑架罪的法定刑,但在刑法修正案(七)之后,无法定减轻处罚事由的,反而都被判处至少5年有期徒刑。

我国刑法中放火罪的既遂标准也过于提前,只要造成危险状态就属犯罪既遂。对于既遂后主动放弃犯罪、排除危险状态的,其意义不亚于绑架后释放人质,也不能认定为犯罪中止。放火罪的法定最低刑为3年有期徒刑,既遂后主动排除危险状态的,也可能判处3年有期徒刑并适用缓刑,不会导致量刑畸重。但即便如此,审判实践仍然存在“以刑制罪”的乱象。例如,为了实现对放火后又主动排除危险状态的行为从轻量刑,有判决将该行为认定为犯罪中止或未遂。^⑫有的案件,已经出现危险状态,行为人为

未主动排除危险状态,危险状态被他人排除,法院认定为犯罪未遂。^⑬亦有类似案件被认定为其他轻罪(如寻衅滋事罪)。^⑭理论上亦有不少学者主张对放火后排除危险状态行为作专门减轻处罚的规定^[25]。鉴于绑架罪的法定刑更重,对于绑架后主动释放人质的,更有必要作出减免处罚的规定。域外的类似做法也值得借鉴,注重罪后行为对刑罚减免的影响。^⑮我国刑法及司法解释规定,对于诸多犯罪行为完成(既遂)后,实施特定行为的可减免刑事责任,值得借鉴。刑法第241条第6款(收买被拐卖的妇女、儿童罪)规定:“对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以从轻处罚;按照被收买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以从轻或者减轻处罚。”绑架罪同样是侵犯人身自由的犯罪,从鼓励犯罪分子主动悔改、停止犯罪、释放人质的角度看,更

表1

部分国家或地区刑法关于绑架及释放人质的规定

国家(地区)	绑架罪	绑架后释放人质的规定
我国台湾	第347条(掳人勒索),处死刑、无期徒刑或7年以上有期徒刑。因而致人于死者,处死刑、无期徒刑或12年以上有期徒刑;致重伤者,处死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑。	第347条:未经取赎而释放被害人者,减轻其刑;取赎后而释放被害人者,得减轻其刑。
德国	第234条a(绑架),1年以上自由刑;情节较轻的,3个月以上5年以下自由刑。第239条a(掳人勒索),5年以上自由刑;情节较轻的,1年以上自由刑。	第239条a(4),行为人又将被害人带回其生活环境的,或者真诚努力追求此结果,可依第49条第1款减轻处罚。
日本	第225条之二,处无期或3年以上惩役。	第228条之二,在提起公诉前,将被诱拐人的解释至安全场所的,减轻刑罚。第228条之三,在着手实行前自首的,减轻或者免除刑罚。
匈牙利	第175条A,2年至8年监禁;有加重情节的,5年以上15年以下监禁。	第175条A6,行为人在严重后果发生之前自愿放弃绑架行为的,可以给予不受限制的减轻处罚。
奥地利	第102条(勒索性诱拐),10年以上20年以下自由刑。	第102条(4),行为人自动放弃所要求的给付,释放被诱拐或绑架之人,且后者的生活未受重大损害的,处6个月以上5年以下自由刑。
俄罗斯	第126条(绑架),处4年以上8年以下的剥夺自由;加重情节的,处6年以上15年以下剥夺自由或8年以上20年以下的剥夺自由。	第126条,主动释放被绑架人的,如其行为不含有其他犯罪构成,可以免除刑事责任。
意大利	第630条(掳人勒索),25至30年有期徒刑。	第630条,共同犯罪人与其他犯罪人相脱离,设法使被绑架者重新获得自由的,如果释放不是交纳赎金的结果,处6个月以上8年以下有期徒刑。
巴西	第159条(绑架勒索罪),规定了8-15年、12-20年、16-24年、24-30年4种量刑幅度。	第159条,向有权机关自首并且为释放被绑架人提供方便的,减轻刑罚的1/3至2/3。

有必要对释放人质的行为予以专门处罚^[26]。

(三)重新梳理释放人质与情节较轻的关系

1. 在绑架罪法定刑畸重的背景下,不宜过度强调释放人质为认定情节较轻的惟一标准。对情节较轻的认定应进行综合评价,包括对人质人身与财产权利的侵犯程度、绑架行为的起因等。不释放人质的,在刑法修正案(七)增设“情形较轻”之前,最低应判处是判处有期徒刑10年。如果现今不释放人质的行为绝对不认定为情节较轻,判处10年以上有期徒刑,那么,刑法修正案(七)降低绑架罪的法定刑的立法精神就得不到贯彻,部分判决将释放人质作为认定情节较轻的惟一理由值得反思。

2. 鉴于释放人质的积极意义,即便绑架行为造成了一定的人身、财产损害,如造成了人质轻伤、得到了刚达数额巨大的赎金,或者以实施严重不法侵害相威胁,也可认定为情节较轻并适用轻刑。对比抢劫数额巨大都应该判处10年有期徒刑以上,绑架得到数额巨大赎金的案件似乎不宜认定为情节较轻,但考虑到释放人质可以避免更为严重的后果,也可认定为情节较轻。我国台湾地区有学者指出:“因为掳人勒赎系一种非常恶劣之行为,本应从重量刑,但为顾及被害人之人身安全,同时也希望犯罪人能心存慈悲,有所悔悟,而主动释放被害人,免生撕票的悲剧,以保护被害人之人身安全,故而只要掳人勒赎后,不论是否取赎,释放被害人,均得减轻其刑。”^[27](P.664)

3. 对于“情节较轻”的考量因素应限于罪质因素本身。“情节较轻”的判断基础应当是能够影响绑架罪罪质轻重的事实要素,如果某一事实因素不能够反映绑架罪社会危害性程度,也自然不能成为“情节较轻”的判断基础。一些纯粹反映行为人人身危险性程度的事实因素就不能成为判断是否属于“情节较轻”的基础,主要包括:行为人的一贯表现,是否属于初犯、偶犯以及前科情况,犯罪后的认罪悔罪态度,是否具有自首、立功等情节等等。这些事实因素对绑架罪罪质轻重没有影响^[28]。

4. 区分不同情形下的“释放人质”来认定情节较轻。“释放人质”作为认定情节较轻的重要事由,应对“释放人质”作适度扩张解释,但亦应注意到人质被

释放后的安全性。不同国家对于释放人质减免处罚的依据,大多附加了一定条件,有的国家强调释放人质的主动性,有的强调人质的安全性等,对减免处罚的力度也各不相同。样本案件没有很好地区分释放人质的不同情形并区别量刑,几乎只要释放人质的,没有严重侵犯人身、财产法益的,都被认定为情节较轻进而适用轻刑。

例如,日本刑法强调释放人质后人质的安全性作为减免刑罚的依据,日本刑法第238条之二(因解放而减轻刑罚):“犯第二百二十五条之二(勒索赎金目的的略取等)、第二百二十七条第二项或者第四项(移交被略取者)之罪的人,在提起公诉前,将被略取或被诱拐的人解放至安全场所的,减轻刑罚。”日本刑法学者对此的解释是,所谓“安全场所”是指被绑架、被诱拐者被安全救助的场所。德国刑法理论认为,“释放人质无须将其送回原来处所,只要使其重获自由即可,如果人质为无自救能力的幼童或老人,则必须交与可提供保护的第三人如警察等”^[29]。德国审判实践亦认为,行为人必须有意识地释放被害人回归其生活领域,使被害人能够返回其住所或者居住地点。对成年被害人而言,行为人只要让其可以到达其所指定的地点即可。对儿童或者因为负伤难以行动的被害人,行为人必须采取相应的措施确保被害人可以返回使其受到保护的地点。^[30]相反,如果行为人只是出于疏忽导致被害人可以凭借自己的力量逃回生活领域的,不构成悔过行为。^[31]考虑到我国现行刑法中绑架罪的法定刑较重,对于释放人质的行为认定为情节较轻可以不附加过多条件,但区分不同情形下的释放人质以区别量刑是必要的。

(四)限制解释绑架罪不宜突破绑架行为的类型特征

对绑架罪的构成要件作适度限制解释,但不宜突破绑架罪的构成要件、行为特征,同时应注重指导案件的规范指引,做到同案同判。以刑制罪有其合理性,但亦应受到必要的规范与约束。首先,对于“事出有因”的“绑架”行为,尽量排斥绑架罪的适用,但应严格规范“因”的范围,考虑社会公众的可接受程度。例如,对于那些“事出有因”,行为人主观上并非为了实现重大不法目的,客观上与非法拘禁、敲诈

勒索等行为交叉的绑架行为(劫持、控制人质的行为),只要没有对人质实施严重殴打、虐待、摧残、伤害等严重暴力从而构成人身损害的,可以不认定为绑架罪。其次,应注重绑架行为对人身权利侵犯的现实及潜在可能性。部分案件,不大可能对人质造成严重的人身、财产侵害,可以排斥绑架罪的适用。再次,突破绑架行为类型特征的过度以刑制罪必须予以摒弃。绑架罪作为一种传统型犯罪,古往今来、不分中西,对行为类型已经有了较明确的认识,不宜通过改变绑架罪的构造来限制绑架罪的成立范围^[15](P.887)]。

注释:

①原刑法第239条规定:“以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”

②本文研究的“以刑制罪”是从两个角度:第一,在绑架罪与其他轻罪(如非法拘禁罪、敲诈勒索罪、寻衅滋事罪)之间,基于量刑妥当而排斥绑架罪的适用;第二,对绑架罪的“情节较轻”的认定,基于量刑妥当而扩张解释“情节较轻”的适用范围,即在绑架罪的“基本犯”与“减轻犯”之间,扩张“减轻犯”(情节较轻)的适用,但案件仍认定为绑架罪。

③Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5., Auflage, Verlag Duncker & Humblot/Berlin, 1996, § 61, S. 42. § 17IV, S. 158.

④笔者参阅了《刑事审判参考》自创刊以来的所有绑架案件,《中国审判案例要览(刑事审判案件卷)》中的所有的绑架案件,北大法宝、中国裁判文书网中的部分案件,共计1253个,案件搜集的最后时间为2018年4月。囿于篇幅的原因,对于特定问题举例时,仅列举部分案件。

⑤《刑事审判参考》指导案例第496号。

⑥福建省龙岩市中级人民法院刑事判决书,(1999)岩刑终字第188号。

⑦上海市虹口区人民法院刑事判决书,(2007)虹刑初字第652号。

⑧肖晚祥:“绑架人质后未勒索财物而放弃犯罪的构成犯罪中止”,载2007年5月29日《人民法院报》第6版。

⑨湖南省娄底市中级人民法院刑事裁定书,(2009)娄中刑一终字第147号。

⑩湖南省岳阳市中级人民法院刑事判决书,(2012)岳中刑一终字第21号。

⑪山东省聊城市中级人民法院刑事裁定书,(2014)聊少刑

终字第1号。

⑫2017年台湾“最高”法院第13次刑庭决议。

⑬广东省广州市中级人民法院刑事裁定书,(2014)穗中法刑一终字第718号

⑭广东省中山市中级人民法院刑事裁定书,(2014)中中法刑二终字第56号。

⑮浙江省嘉兴市中级人民法院刑事裁定书,(2012)浙嘉刑终字第38号。

⑯陕西省榆林市中级人民法院刑事裁定书,(2014)榆中刑一终字第218号。

⑰河南省博爱县人民法院刑事判决书,(2012)博刑初字第226号。

⑱浙江省台州市中级人民法院刑事裁定书,(2013)浙台刑一终字第288号。

⑲黑龙江省绥化市中级人民法院刑事裁定书,(2016)黑12刑终字第139号。

⑳河南省新乡市牧野区人民法院刑事判决书,(2012)新牧刑初字第302号。

㉑浙江省桐庐县人民法院刑事判决书,(2009)杭桐刑初字第66号。

㉒河南省南阳市中级人民法院刑事裁定书,(2012)南刑一终字第100号。

㉓广东省深圳市中级人民法院刑事裁定书,(2010)深中法刑一终字第498号。

㉔台湾“最高”法院1997年台上字第4188号判决。

㉕安徽省怀远县人民法院刑事判决书,(2015)怀刑初字第145号。

㉖四川省成都高新技术产业开发区人民法院刑事判决书,(2011)高新刑初字第241号。

㉗2011年最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释第6条规定:“诈骗既有既遂,又有未遂,分别达到不同量刑幅度的,依照处罚较重的规定处罚;达到同一量刑幅度的,以诈骗罪既遂处罚。”根据该规定,犯罪行为如果针对数额特别巨大的财物,即便分文未得,也属于加重犯的未遂,在加重法定刑的基础上适用未遂犯从宽处罚的规定,但仍有适用重刑的可能,而不是必然减轻至下一个法定刑幅度的最低刑。

㉘山西省大同市南郊区人民法院刑事判决书,(2014)南刑初字第60号。

㉙湖南省岳阳市中级人民法院刑事裁定书,(2010)岳中刑一终字第65号。

㉚河南省新乡市辉县人民法院刑事判决书,(2010)辉刑初字第229号。

㉛上海市第二中级人民法院刑事判决书,(2012)沪二中刑初字第51号。

⑫河南省平顶山市中级人民法院刑事判决书,(2010)平刑终字第68号。

⑬广东省广州市番禺区人民法院刑事判决书,(2014)穗番法刑初字第606号。

⑭河南省南阳市宛城区人民法院刑事判决书,(2010)南宛刑初字第117号。

⑮河南省新乡市中级人民法院刑事判决书,(2012)新刑一终字第77号。

⑯河南省安阳市中级人民法院刑事判决书,(2009)安少刑终字第54号。

⑰广东省广州市白云区人民法院刑事判决书,(2009)云刑初字第1323号。

⑱广东省高级人民法院刑事裁定书,(2009)粤高法刑四终字第319号。

⑲湖北省宜昌市中级人民法院刑事判决书,(2007)宜中刑终字第267号。

⑳广东省广州市中级人民法院刑事判决书,(2006)穗中法刑一终字第251号。

㉑广东省普宁市人民法院刑事判决书,(2014)揭普法刑初字第579号。

㉒广东省茂名市中级人民法院刑事判决书,(2012)茂中法刑二初字第25号。

㉓陕西省黄陵县人民法院刑事判决书,(2011)黄刑初字第28号。

㉔《刑事审判参考》指导案例第947号。

㉕广东省深圳市中级人民法院刑事裁定书,(2010)深中法刑一终字第610号。

㉖李松、黄洁:“北京首起适用刑法新规审判绑架案受关注,法官讲轻判缘由”,载2009年3月19日《法制日报》第7版。

㉗河南省新乡市牧野区人民法院刑事判决书,(2012)新牧刑初字第302号。

㉘浙江省兰溪市人民法院刑事判决书,(2013)金兰刑初字第590号。

㉙ Carissa Byrne Hessick and F. Andrew Hessick, Double Jeopardy as a Limit on Punishment, 97 Cornell Law Review, 46 (2011-2012).

㉚广西壮族自治区桂林市中级人民法院刑事裁定书,(2012)桂市刑一终字第175号。

㉛山西省霍州市人民法院刑事判决书,(2017)晋1082刑初56号。

㉜河北省邯郸市中级人民法院刑事判决书,(2016)冀04刑终字第67号。

㉝上海市第二中级人民法院刑事裁定书,(2009)沪二中刑终字第706号。

㉞河北省石家庄市桥西区人民法院刑事判决书,(2015)西

少刑初字第23号。

㉟福建省厦门市中级人民法院刑事附带民事判决书,(2007)厦刑初字第111号。

㊱四川省德阳市旌阳区人民法院刑事判决书,(2017)川0603刑初字第407号。

㊲湖南省常德市中级人民法院刑事裁定书,(2009)常刑一终字第44号。

㊳湖南省怀化市中级人民法院刑事裁定书,(2012)怀中医一终字第87号。

㊴广东省河源市源城区人民法院刑事判决书,(2014)河城法刑初字第259号。

㊵上海市第二中级人民法院刑事裁定书,(2010)沪二中刑终字第217号。

㊶湖南省郴州市中级人民法院刑事裁定书,(2010)郴刑一终字第85号。

㊷福建省泉州市中级人民法院刑事裁定书,(2009)泉州刑终字第1140号。

㊸上海市闸北区人民法院刑事判决书,(2009)闸刑初字第146号。

㊹广西壮族自治区巴马瑶族自治县人民法院刑事判决书,(2014)巴刑初字第92号。

㊺广东省广州市白云区人民法院刑事判决书,(2009)云刑初字第1323号。

㊻湖南省怀化市中级人民法院刑事裁定书,(2010)怀中医一终字第63号。

㊼湖南省娄底市中级人民法院刑事裁定书,(2012)娄中医一终字第23号。

㊽浙江省湖州市中级人民法院刑事裁定书,(2012)浙湖刑终字第63号。

㊾陕西省黄陵县人民法院刑事判决书,(2011)黄刑初字第44号。

㊿《刑事审判参考》指导案例第182号。

①福建省厦门市中级人民法院刑事判决书,(2005)厦刑终字第177号。

②广东省深圳市中级人民法院刑事裁定书,(2012)深中法刑一终字第348号。

③山西省太原市中级人民法院刑事裁定书,(2015)并刑终字第233号。

④四川省绵阳市中级人民法院刑事判决书,(2017)川07刑终字第35号。

⑤广东省深圳市中级人民法院刑事裁定书,(2011)深中法刑一终字第915号。

⑥甘肃省武威市中级人民法院刑事判决书,(2011)武中医终字第35号。

⑦河南省三门峡市中级人民法院刑事裁定书,(2012)三刑

终字第86号。

⑧湖南省永州市中级人民法院刑事判决书,(2010)永中刑一终字第190号。

⑨《刑事审判参考》指导案例第435号。

⑩云南省永德县人民法院刑事判决书,(2007)永刑初字第29号。

⑪《刑事审判参考》指导案例第1172号。

⑫福建省浦城县人民法院刑事判决书,(2015)浦刑初字第94号。

⑬湖南省岳阳市中级人民法院刑事判决书,(2012)岳中刑一终字第89号。

⑭湖南省郴州市北湖区人民法院刑事判决书,(2010)郴北刑初字第52号。

⑮广西壮族自治区巴马瑶族自治县人民法院刑事判决书,(2014)巴刑初字第92号。

⑯江苏省苏州市吴中区人民法院刑事判决书,(2014)吴刑初字第554号。

⑰海南省海口市中级人民法院刑事判决书,(2008)海南刑终字第74号。

⑱《刑事审判参考》指导案例第74号。

⑲上海市第一中级人民法院刑事判决书,(2009)沪一中刑初字第175号。

⑳《刑事审判参考》指导案例第157号。

㉑《刑事审判参考》指导案例第1008号。

㉒四川省成都市武侯区人民法院刑事判决书,(2016)川0107刑初字第245号。

㉓李浩:“‘保鏢式’索债如何定性”,载2015年1月11日《检察日报》第3版。

㉔广东省佛山市中级人民法院刑事裁定书,(2007)佛刑二终字第2号。

㉕福建省厦门市中级人民法院刑事判决书,(2001)厦刑终字第188号。

㉖云南省临沧市临翔区人民法院刑事判决书,(2016)云0902刑初字第35号。

㉗广东省茂名市茂南区人民法院刑事判决书,(2017)粤0902刑初字第610号。

㉘四川省金堂县人民法院刑事判决书,(2000)金堂刑初字第112号。

㉙北京市第二中级人民法院刑事裁定书,(2013)二中刑抗终字第1024号。

㉚浙江省温州市中级人民法院刑事判决书,(2009)浙温刑初字第193号。

㉛河南省高级人民法院刑事判决书,(2009)豫法刑再字第13号。

㉜雷成:“‘善良绑匪’被判6年引争议”,载2007年6月6日《中国青年报》第12版。

㉝《刑事审判参考》指导案例第496号。

㉞四川省宜宾市中级人民法院刑事裁定书,(2008)宜中刑一终字第1号。

㉟《刑事审判参考》指导案例第182号。

㊱河南省驻马店市中级人民法院刑事判决书,(2014)驻少刑终字第64号。

㊲上海市宝山区人民法院刑事判决书,(2012)宝刑初字第835号。

㊳河北省廊坊市中级人民法院刑事判决书,(2015)廊刑终字第209号。

㊴Durham, Alexis M. Justice in Sentencing: The Role of Prior Record of Criminal Involvement. Journal of Criminal Law and Criminology, pp. 614-643(1987).

㊵Vgl. BGH NStZ 2003, 605.

㊶Vgl. BGH NStZ 2001, 532.

参考文献:

[1]全国人大法工委刑法室编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2009年版。

[2]周珊:“绑架罪‘情节较轻’的司法认定”,载《中国检察官》2017年第6期。

[3]林山田:《刑法各罪论》(上册),北京大学出版社2012年版。

[4]桂亚胜:“目的犯的目的与犯罪形态”,载《法学》2006年第8期。

[5]付立庆:“绑架罪既遂标准重新论证——以刑法修正案(七)的相关修改为背景”,载《法学评论》2012年第1期。

[6]黄惠婷:“准掳人勒索罪”,载《月旦法学教室》2009年第11期。

[7][日]大谷实:《刑法讲义各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版。

[8]曾淑瑜:《刑法分则实例研习——个人法益之保护》,中国台湾三民书局2004年版。

[9]付立庆:“‘情节较轻’的认定应不考虑法定从宽情节——以防卫过当故意杀人行为的量刑为切入”,载《法学杂志》2014年第10期。

[10]劳佳琦:“累犯从严量刑适用实证研究”,载《中国法学》2016年第1期。

[11]于洪伟:“关于降低绑架罪法定刑必要性的反思”,载《法学杂志》2009年第7期。

[12]最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案件选》(2003年第1辑),人民法院出版社2003年版。

[13]白建军:“变更罪名实证研究”,载《法学研究》2006年第4期。

[14]阮齐林:“绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约”,载

《法学研究》2002年第2期。

[15]张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版。

[16]裴广川主编:《刑事案件诉辩审评——绑架罪、非法拘禁罪》,中国检察出版社2005年版。

[17]卢勤忠:“绑架罪疑难问题认定探究”,载《东方法学》2012年第4期。

[18]黄丽勤:“索债型非法拘禁案件的定性分析”,载《法学》2012年第4期。

[19]李兵:“关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释”的理解与适用”,载《人民司法》,2001年第2期。

[20]孙万怀:《刑法学基本原理的理论展拓》,北京大学出版社2011年版。

[21]张利兆:“宽严相济刑事政策的贯彻与严格依法定罪——由一起从绑架罪改为敲诈勒索罪案件引发的思考”,载《人民检察》2008年第10期。

[22]王智民等:《当前中国绑架犯罪研究》,中国人民公安

大学出版社2005年版。

[23]黄太云:“《刑法修正案(七)》解读”,载《人民检察》2009年第6期。

[24]赵秉志主编:《刑法修正案最新理解适用》,中国法制出版社2009年版。

[25]张兴慧:“刑法第114条与第115条第1款的关系探究——兼论具体危险犯的既遂、未遂与中止”,载《清华法律评论》2013年第2期。

[26]徐光华、艾诗羽:“刑法分则中罪后行为对刑事责任的减免”,载《刑法论丛》2017年第1期。

[27]许玉秀主编:《新学林分科六法·刑法》,台湾新学林出版股份有限公司2008年版。

[28]杨志国:“认定绑架罪‘情节较轻’的几个理论问题”,载《中国刑事法杂志》2009年第11期。

[29]许泽天:“掳人勒索罪之构成要件与特殊中止犯——借鉴德国刑法第239条之1与同条之2”,载中国台北《台湾法学讲座》2002年第4期。

An Empirical Study on “Release Of Hostages” and “Relatively minor” in the Crime of kidnapping under the Threshold of Affirming a Crime by Penalty

Xu Guanghua

Abstract: According empirical study on a mass of kidnapping cases, we can find that a lenient sentence is realized by affirming a crime by penalty in trial practice. In detail it concludes overemphasizing the significance of the release of hostages to the determination of relatively minor, expanding the scope of relatively minor, excessively restricting the crime of kidnapping and turn to other peccadilloes. The kidnapping cases of “release of hostages” are usually regarded as relatively minor and less penalties, excessive expansion of statutory extenuating circumstances and limiting the application of aggravating circumstances. The penalty is lighter even if the conduct is not considered as relatively minor. In the “non-release of hostages” kidnapping cases, the significance of other factors to sentence as relatively minor were overemphasize. The way to exclude the crime of kidnapping includes limiting the purpose of kidnapping as huge unlawful purpose, restricting conduct as a gross unlawful infringement or threat to hostages, expanding the scope of the crime of illegal detention of “demand for payment”, restricting the application of the crime of kidnapping because of other reasons. The different understandings of affirming a crime by penalty result in different judgments in the same case. We should reduce the statutory punishment of the crime of kidnapping, make special provision for the release of hostages, re-sort the relationship between the release of hostages and the relatively minor, and restrict kidnapping should not break through the characteristics of the crime. The reasonable relationship between crime and punishment on the legislation of kidnapping is the fundamental solution to the chaos of affirming a crime by penalty.

Key words: the Crime of Kidnapping; Relatively minor; Release hostages; Affirming a crime by Penalty