

吴吉龙、徐洋等非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪¹

江苏省南京市中级人民法院 刑事判决书

(2018)苏01刑终402号

原公诉机关南京市玄武区人民检察院。

上诉人(原审被告)吴吉龙,男,1984年9月25日出生,无业,住浙江省杭州市西湖区。2016年6月曾因运输爆炸性危险物质被行政拘留五日。2017年6月6日因涉嫌犯非法出售珍贵、濒危野生动物罪被刑事拘留,同年7月14日被逮捕。现羁押于南京市看守所。

辩护人马康华,浙江圣港律师事务所律师。

辩护人辛本华,北京盈科(上海)律师事务所律师。

上诉人(原审被告)徐洋,男,1981年9月15日出生,杭州千串屋餐饮管理有限公司职工,住浙江省杭州市余杭区。2017年6月6日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局刑事拘留,同年7月6日被该分局取保候审,同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

辩护人嵇新,江苏宁法律师事务所律师。

上诉人(原审被告)张静(曾用名:张进),男,1972年1月26日出生,南京顺君运输公司业务员,住江苏省南京市六合区。2017年6月6日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局刑事拘留,同年7月6日被该分局取保候审,同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

¹

<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=6f620fb694b44a85977ca9c400d2d364>

辩护人曾诚，北京市炜衡（南京）律师事务所律师。

上诉人（原审被告）石小丰（曾用名：石小峰），男，1987年1月27日出生，乐之洲科技有限公司法定代表人，住江苏省常州市天宁区。2017年6月9日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，被南京市公安局玄武分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

辩护人庄宇，北京市隆华（南京）律师事务所律师。

上诉人（原审被告）张馨文，女，1995年6月21日出生，无业，住北京市丰台区。2017年6月6日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

原审被告许亮，男，1977年9月11日出生，无业，住浙江省金华市金东区。2017年6月6日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局刑事拘留，同年7月6日被该分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

原审被告鲁鹏，男，1983年2月21日出生，无业，住江苏省南京市栖霞区。2017年5月9日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局刑事拘留，同年6月8日被该分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

原审被告陆小军，男，1980年9月21日出生，南京六合中等专业学校老师，住江苏省南京市六合区。2017年6月5日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

原审被告刘静，女，1975年7月16日出生，无业，住重庆市渝北区。2017年6月6日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南

京市公安局玄武分局刑事拘留，同年6月13日被该分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

原审被告人季叶伟，男，1987年12月25日出生，无业，住浙江省庆元县。2017年6月5日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局刑事拘留，同年6月12日被该分局取保候审，2017年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

原审被告人任赛娟，女，1967年12月30日出生，无业，住浙江省舟山市定海区。2017年6月9日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

原审被告人薛峰，男，1969年10月1日出生，无业，住江苏省常州市钟楼区。2017年6月6日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

原审被告人吴峰（曾用名：吴锋），男，1981年12月25日出生，常州营特造价有限公司总经理，住江苏省常州市武进区。2017年6月5日因涉嫌犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪被南京市公安局玄武分局取保候审，同年9月14日经南京市玄武区人民检察院决定被取保候审。

南京市玄武区人民法院审理南京市玄武区人民检察院指控原审被告人吴吉龙犯非法出售珍贵、濒危野生动物罪，原审被告人徐洋、许亮、张静、鲁鹏、陆小军、刘静、张馨文、季叶伟、任赛娟、薛峰、吴峰、石小丰犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，于2018年4月20日作出（2018）苏0102刑初19号刑事判决。宣判后，吴吉龙、徐洋、张静、石小丰、张馨文不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，于2018年8月31日公开开庭审理了本案。江苏省南京市人民检察院指派检察员杨

云飞、检察员助理孙笑寒出庭履行职务。上诉人吴吉龙及其辩护人马康华、辛本华，上诉人徐洋及其辩护人嵇新，上诉人张静及其辩护人曾诚，上诉人石小丰及其辩护人庄宇到庭参加诉讼。上诉人张馨文在本院审理期间主动撤回了上诉。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明：一、2016年10月，被告人吴吉龙以人民币5000元的价格向蔡鑫鑫出售1只被列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》（以下简称《公约》）附录I的非洲灰鹦鹉；2017年6月5日被告人吴吉龙被民警抓获，未及出售1只非洲灰鹦鹉、2只红肩金刚鹦鹉、2只太阳椎尾鹦鹉；红肩金刚鹦鹉和太阳椎尾鹦鹉为《公约》附录II中的保护动物。二、2016年10月，被告人吴吉龙以人民币4800元的价格向姚某出售1只非洲灰鹦鹉。三、2016年10月，被告人吴吉龙以人民币5000元的价格向万某出售1只非洲灰鹦鹉。四、2016年10月，被告人吴吉龙以人民币5000元的价格向胡彬出售1只非洲灰鹦鹉。五、2016年11月，被告人吴吉龙以人民币5625元的价格向施雪峰出售1只非洲灰鹦鹉。六、2016年11月，被告人吴吉龙以人民币1400元的价格向被告人任赛娟出售1只太阳椎尾鹦鹉。七、2016年12月，被告人吴吉龙以人民币5000元的价格向被告人薛峰出售1只非洲灰鹦鹉。八、2016年12月，被告人吴吉龙以人民币5500元的价格向徐菁菁出售1只非洲灰鹦鹉。九、2017年1月，被告人吴吉龙以人民币5500元的价格向被告人鲁鹏出售1只非洲灰鹦鹉；当月，被告人鲁鹏还以人民币5000元的价格购买1只非洲灰鹦鹉。十、2017年1月，被告人吴吉龙以人民币14000元的价格向被告人张馨文出售1只被列入《公约》附录II的白凤头鹦鹉。十一、2017年1月，被告人石小丰通过互联网联系，以人民币5300元的价格购买1只非洲灰鹦鹉。十二、2017年2月，被告人吴吉龙以人民币4530元的价格通过刘澄宇向管小

刘出售 1 只非洲灰鹦鹉。十三、2017 年 2 月，被告人吴吉龙以人民币 4800 元的价格向被告人徐洋出售 1 只非洲灰鹦鹉；2017 年 3 至 4 月，被告人徐洋通过互联网联系，以总价人民币 56000 元的价格购买 2 只被列入《公约》附录 I 的黄颈亚马逊鹦鹉，以总价人民币 20000 元的价格购买 2 只被列入《公约》附录 II 的黄冠鹦鹉。十四、2017 年 3 月，被告人张静通过互联网联系，以总价人民币 4800 元的价格购买 1 只非洲灰鹦鹉和 1 只太阳锥尾鹦鹉；2017 年 5 月，被告人张静通过互联网联系，以人民币 4430 元的价格购买 1 只被列入《公约》附录 II 的黑头凯克鹦鹉。十五、2017 年 4 月，被告人吴吉龙以人民币 5000 元的价格向被告人陆小军出售 1 只非洲灰鹦鹉。十六、2017 年 4 月，被告人吴吉龙以人民币 5000 元的价格向仇虹然出售 1 只非洲灰鹦鹉。十七、2017 年 4 月，被告人吴吉龙以人民币 8500 元的价格向被告人吴峰出售 1 只被列入《公约》附录 II 的杜氏凤头鹦鹉。十八、2017 年 5 月，被告人吴吉龙以人民币 65800 元的价格向被告人刘静出售 1 只被列入《公约》附录 II 的米契尔氏凤头鹦鹉。十九、2017 年 5 月，被告人季叶伟以 1 只非洲灰鹦鹉加价人民币 8000 元向被告人吴吉龙换购 1 只被列入《公约》附录 I 的小葵花鹦鹉。二十、2017 年 5 月左右，被告人吴吉龙向被告许亮出售 4 只被列入《公约》附录 II 的和尚鹦鹉。

2017 年 5 月 9 日被告人鲁鹏被公安机关抓获归案。2017 年 6 月 5 日被告人吴吉龙、徐洋、陆小军、张静、刘静、张馨文、季叶伟、许亮、吴峰被公安机关抓获归案。2017 年 6 月 6 日被告人薛峰被公安机关抓获归案。2017 年 6 月 9 日被告人任赛娟、石小丰被公安机关抓获归案。上述鹦鹉已被移送至南京市红山森林动物园。

以上事实，各被告人均不持异议。本案事实另有依法扣押的鹦鹉物证，抓获经过、刑事摄影照片等书证，证人仇虹然、姚某、万某等人的

证言，国家林业局森林公安司法鉴定中心出具的物证鉴定书，电子数据检查笔录，辨认笔录，微信聊天记录，转账记录电子数据等证据予以证实。

原审法院认为，被告人吴吉龙非法出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，情节特别严重，其行为已构成非法出售珍贵、濒危野生动物罪。被告人徐洋、许亮、张静、鲁鹏、陆小军、刘静、张馨文、季叶伟、任赛娟、薛峰、吴峰、石小丰非法收购国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，其行为已构成非法收购珍贵、濒危野生动物罪。被告人吴吉龙非法出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，因被公安机关抓获，尚有5只国家重点保护的珍贵、濒危鹦鹉因其意志以外的原因未及出售，系犯罪未遂，对于该部分犯罪依法可以比照既遂犯从轻处罚。本案13名被告人归案后如实供述自己的罪行，依法可以从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第三百四十一条第一款、第二十三条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第三款、第七十三条、第五十二条、第五十三条第一款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人吴吉龙犯非法出售珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币十万元；被告人徐洋犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币二万五千元；被告人许亮犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币二万元；被告人张静犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年，并处罚金人民币一万五千元；被告人鲁鹏犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年，并处罚金人民币一万元；被告人陆小军犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元；被告人刘静犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处拘役六个月，缓刑

一年，并处罚金人民币五千元；被告人张馨文犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元；被告人季叶伟犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元；被告人任赛娟犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元；被告人薛峰犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元；被告人吴峰犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元；被告人石小丰犯非法收购珍贵、濒危野生动物罪，判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元。

二、对被告人吴吉龙的非法所得人民币 158455 元应予追缴并没收。

宣判后，原审被告人吴吉龙、徐洋、张静、石小丰、张馨文不服，提出上诉。

上诉人吴吉龙上诉称：一、一审判决定性不准确，且量刑过重。刑法所打击的是出售野生动物，本案所出售的是人工驯养繁殖的鹦鹉；人工驯养繁殖鹦鹉与纯野生鹦鹉之间存在很大的区别，将人工驯养繁殖鹦鹉按照野生动物的保护规定进行定罪量刑无法接受。二、本人因认定涉案鹦鹉为非野生鹦鹉才进行交易，所出售鹦鹉均为幼鸟，不可能从野外捕获；野外捕获幼鸟的喂养条件是无法达到的；涉案鹦鹉所带脚环是认定人工驯养繁殖的一种方式，人工驯养繁殖的鹦鹉幼鸟可从小套上脚环，长大的鹦鹉无法套进脚环。请求二审法院依法改判。

上诉人吴吉龙的辩护人提出：一、《中华人民共和国野生动物保护法》（以下简称野生动物保护法）是认定非法出售珍贵、濒危野生动物罪的前提和基础，对《中华人民共和国刑法》规定的“非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物罪”进行解释时，应依据 2016 年 7 月 2 日修

订的野生动物保护法的相关规定进行，才符合“后法优于先法”的法律适用原则。二、对于“收购”“出售”的概念也应结合相关立法解释与野生动物保护法的相关规定予以适度限缩。《最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）几乎囊括了所有的购买、出售行为，未考虑特殊情况的存在，亦未考虑是否真正破坏了对野生动物资源的保护，从而将大量实质上不具有严重社会危害性的行为也作为犯罪行为予以刑事处罚。2014年4月24日全国人民代表大会常务委员会对刑法规定的“收购”进行了限缩解释，“以知道或者应当知道”为前提，参照关于黑社会性质组织犯罪的立法与司法解释的修改过程，涉及野生动物保护的司法解释也应当执行立法解释而非司法解释。以观赏为目的进行珍贵、濒危野生动物交易并不影响野生动物保护法关于“保护野生动物，拯救珍贵、濒危野生动物”目的的实现，甚至有利于拯救珍贵、濒危野生动物，故该行为应不属于野生动物保护法打击的行为，不构成刑法第三百四十一条规定的“收购”“出售”行为。三、《解释》将“驯养繁殖”的“野生动物”物种解释为野生动物无上位法依据，属于类推解释，违反罪刑法定原则。野生动物保护法对“人工繁育”作出了规范，其与“野生动物保护”相关，但并不相等或者相同，二者不可等量齐观。《公约》附录I、附录II不能作为最高人民法院司法解释的法律依据，公约仅适用于国际贸易范围，顶多适用于走私珍贵动物罪，而不应适用于非法收购、出售珍贵、濒危野生动物罪。林业部核准的国家重点保护濒危野生动物也仅限于野生动物，不包括人工驯养繁殖的上述物种。四、一审法院适用法律错误。一审法院机械的理解和适用司法解释，没有实质地考察是否侵害了该罪的保护法益及该行为有无严重的社会危害性，一审判决明显不当，导致缺乏实质违法性的行为被错误定罪。五、一审时被告人已举证证明每一

只鹦鹉在幼鸟时都带上了无法取下来的脚环，该脚环可以证明涉案鹦鹉为人工驯养繁殖。涉案的鉴定结果仅根据鹦鹉品种的简单描述，以肉眼观察的方式确定鹦鹉的类别，且未对鹦鹉是否人工驯养繁殖进行鉴定，该鉴定结论没有相应的依据。六、吴吉龙的行为没有社会危害性，未侵害本罪所保护的法益，不应以犯罪论处。吴吉龙在出售野生动物过程中没有得到行政许可，应当适用有关规定进行行政处罚而非刑事犯罪。吴吉龙作为卖家对幼鸟进行细心照料和喂养，其行为保护了野生动物。涉案鹦鹉生在非洲，不可能从当地捕获的野生动物，应为人工养殖。七、深圳王鹏案经过最高人民法院核准后，予以大幅减刑，对本案有借鉴意义。本案指控的数量是 20 多只，2017 年 1 月 2 日调整之后才将非洲灰鹦鹉列入《公约》附录 I，在定罪量刑时应结合调整前后的情况进行。综上，一审判决定性不准，量刑过重，请求二审法院作出公正判决。

上诉人徐洋及其辩护人的主要辩护意见是：一、一审判决部分认定事实不清。徐洋所收购的 5 只鹦鹉均有脚环，系通过人工繁殖、驯养的，并非野生动物。人工驯养繁殖为鹦鹉的繁殖提供了更有利的条件，通过人工孵化鹦鹉的产量会大幅度增加，而在野外环境下鹦鹉的繁殖能力相对较弱。深圳王鹏案，就是几只成年鹦鹉在短短几年内繁殖出了几十只。二、涉案鉴定意见仅确定涉案鹦鹉的品种，对于鹦鹉是否属于濒危野生动物并未进行鉴定；一审法院将人工驯养繁殖鹦鹉定义为野生动物与常理不符，超出一般社会公众的理解和认知。三、非法收购珍贵、濒危野生动物罪主观方面应表现为故意，而实践中，非专业人士对野生动物领域及其界定范围了解不多，在无知的情况下收购珍贵、濒危野生动物，应不以犯罪论处。一审法院对上诉人徐洋定非法收购珍贵、濒危野生动物罪定性错误。四、一审判决罪刑不相适应，即使上诉人徐洋的行为构成犯罪，一审判决也量刑过重。不论涉案鹦鹉是否属于野生动物，上诉

人徐洋的行为均具有从轻、减轻处罚的法定或酌定情节。徐洋没有主观恶意，不知道购买鹦鹉行为触犯刑律，购买鹦鹉是为了观赏且对涉案鹦鹉悉心照料，事发后，涉案鹦鹉也由有关部门收养至指定机构，未造成严重后果。且徐洋系初犯、偶犯，并积极配合公安、检察机关的工作，如实陈述，对其应当酌情从宽处罚。五、由于人工繁殖、驯养技术不断提高和推广，全国各地广泛出现鹦鹉驯养场，许多珍贵品种的鹦鹉走进了普通百姓的家庭，已不再是濒危物种，最高人民法院的司法解释将野生与人工驯养动物同等对待，显然不符合实际情况。事实上，最高人民法院、国家林业局早已经注意到了上述实际情况，最高人民法院亦准备对珍贵、濒危野生动物保护名录进行调整、对《解释》进行修改，将人工驯养繁殖野生动物排除在野生动物之外。综上，请求二审法院查明事实，正确适用法律，依法作出适当的裁判。

上诉人张静的上诉理由及其辩护人的主要辩护意见是：一、一审判决量刑过重。上诉人虽然通过互联网向他人购买鹦鹉，构成非法收购珍贵、濒危野生动物罪，但上诉人购买的是经人工驯养繁殖的鹦鹉，而非野生鹦鹉；上诉人出于对鹦鹉的喜爱而自行饲养，并非用于营利或其他非法目的；涉案鹦鹉已被移交动物园饲养，未造成实际危害后果。二、一审法院未能充分考虑上述因素，对上诉人“判处有期徒刑二年，缓刑三年，并处罚金人民币一万五千元”，属量刑过重。综上，请求撤销一审判决，在查明本案事实后依法改判，对上诉人从轻处罚。

上诉人石小丰的上诉理由及其辩护人的主要辩护意见是：一、一审判决量刑过重。上诉人在淘宝上向卖家购买的鹦鹉是经过人工驯养繁殖的鹦鹉，而非野生鹦鹉；上诉人因女儿经常玩弄手机，导致学习成绩下降，想通过饲养鹦鹉来转移其对手机的注意力，增加孩子对动物的爱心，购买时并不知道属于野生濒危保护动物。二、上诉人并非用于营利或其

他非法目的，事发后，涉案鹦鹉已被移交南京红山动物园饲养，未产生实际危害后果。三、一审判决未能充分考虑上述因素，对上诉人“判处拘役六个月，缓刑一年，并处罚金人民币五千元”，量刑过重。综上，请求撤销一审判决，在查明本案事实后依法改判，对上诉人从轻处罚。

江苏省南京市人民检察院出庭检察员的意见如下：一、本案一审判决据以定案的证据均系公安机关依法收集取得，经一审庭审质证，合法有效。各上诉人及原审被告人对非法收购、出售珍贵濒危野生动物的事实均供认不讳，且有充分的证据予以佐证。一审判决认定的事实清楚，证据确实、充分。二、涉案鉴定意见系具有相关鉴定资质的鉴定机构及鉴定人员作出，鉴定意见合法有效。鉴定意见中并未直接认定涉案鹦鹉是珍贵、濒危野生动物，更未认定是人工驯养繁殖还是野生，司法机关依据司法解释认定涉案鹦鹉属于珍贵、濒危野生动物，符合法律规定。吴吉龙辩护人提出非洲灰鹦鹉在附录中有调整，但仍在附录中，并不影响鉴定意见的客观性。三、根据《解释》第一条的规定，涉案鹦鹉不论是人工繁殖驯养还是野生，均属于刑法规定的珍贵、濒危野生动物，辩护人提出控方需对涉案鹦鹉是否纯野生进行举证，根据法律规定，控方并无该举证义务。本案中并无直接证据证实涉案鹦鹉系人工繁殖、驯养。相关专家意见证实，鹦鹉的脚环并不能区别鹦鹉是人工驯养繁殖还是野生；上诉人提出购买来的是幼鸟、养殖成本低等理由，均不能证实涉案鹦鹉为人工繁殖。四、非法的人工繁殖、饲养、收购、出售野生动物的行为，对野生动物资源保护和生态平衡仍是有害无利，并非上诉人和辩护人认为的对生态环境没有影响。认定野生动物是否珍贵、濒危的标准是尚在自然环境中自由生存、自由繁衍的野生种群的数量。通过人工繁殖、驯养的野生动物数量的增加，并不会增加或补充野生种群的数量；另一方面，人工繁殖驯养的外来野生动物物种，比如涉案的非洲灰鹦鹉

等，因非我国自然分布物种，可能无法适应野生环境而死亡，也有可能破坏本土的自然生态链，对本土的自然生态造成灾难性的危害。且非法买卖人工饲养的鹦鹉表面上看没有伤害野生种群的数量，其实是用表象掩盖了真实的伤害，如果对非法的人工繁殖、饲养珍贵、濒危野生动物的交易不加规范，就会助长民间交易，大大增加原产地野生物种的风险，不利于野生动物的保护。五、上诉人徐洋、张静、石小丰均供述在购买灰鹦鹉之前，曾在百度上搜索了解野生灰鹦鹉是保护动物的事实，在侦查阶段亦供述购买前明知所购鹦鹉是或者可能是珍贵、濒危野生动物，具有犯罪的主观故意。吴吉龙称其 2015 年申请相关许可证的时候就知道涉案鹦鹉是珍贵濒危野生动物，2016 年才销售，证明其出售前明知涉案鹦鹉是珍贵濒危野生动物。各上诉人提出不知道其所购买的鹦鹉属于珍贵、濒危野生动物与事实不符。六、全国人大常委会的解释中的“食用或者其他目的”包含了用于观赏的目的，不论是用于食用还是观赏，均同样侵害了野生动物资源，不利于野生动植物资源的保护。七、《解释》是最高人民法院依法制定的司法解释，具有当然的法律效力，在办理破坏野生动物资源类的刑事案件中当然应当适用。辩护人对司法解释合法性提出的质疑意见，已经超越了法定的辩护范围，违背了基本的法治原则。虽然最高人民法院已启动了新的野生动植物资源犯罪司法解释制定工作，但至今为止，尚无新的司法解释颁布施行。如果本案审理期间新的法律施行，应当依照从旧兼从轻的原则适用法律。八、本案各上诉人及原审被告依法构成犯罪，辩护人提出无罪的意见不能成立。吴吉龙不仅违反了行政法规，同时也违反了刑事法律规范；石小丰虽不是向吴吉龙购买的鹦鹉，但是否构罪要看其行为是否违反刑法的相关规定，并不是和吴吉龙没有关系就不构成犯罪。九、其他法院办理的同类案件，虽然都是非法出售、收购鹦鹉，但是案件事实、情节与本案有明

显区别，不存在同案不同判的问题。十、关于上诉人提出主观恶性较轻及量刑过重的上诉理由。一审判决根据刑法及司法解释的规定，对徐洋、张静、石小丰等人判处三年以下的有期徒刑或者拘役，并且都适用了缓刑，对吴吉龙在法定量刑幅度最低点判处刑罚，已经充分考虑了犯罪事实、犯罪情节、量刑情节、主观恶性、社会危害性及案件特殊情况，量刑符合法律规定。十一、虽然至庭审为止，上诉人没有提供能够证实涉案鹦鹉是人工繁殖驯养的相应证据，但如庭审后能够提供相应的证据证实鹦鹉的来源为人工繁殖驯养，对野生动植物资源的破坏程度相对较小，建议二审法院也能够综合考虑全案情节依法进行裁判。

本院经审理查明的事实及证据与原审判决一致。各上诉人对一审判决认定事实均无异议。

二审审理中，上诉人吴吉龙的辩护人向法庭提交了《行政许可受理通知书》和《征求意见书》，用以证明吴吉龙曾申请办理野生动物驯养繁殖许可证，并征询了周边邻居意见，但因申请杭州市 G20 峰会等原因，没有予以批准。其他上诉人及其辩护人在本院审理期间未提供新的证据。

江苏省南京市人民检察院出庭检察员向本院提交了一份其向南京市红山森林动物园兽医院副院长邓长林所作的《讯问笔录》，用以证实无法通过鹦鹉的脚环来判断该鹦鹉是否为人工驯养繁殖，也不能通过鹦鹉的外形判断鹦鹉为野生还是人工繁殖。

本院另查明，上诉人吴吉龙为与买家交流有关鹦鹉的信息，成立了一个名为“群鹦荟萃”的微信群。在上诉人张馨文的《讯问笔录》中，在被问“你是如何知道葵花鹦鹉是受保护动物”时，答：“一开始我不知道，卖鹦鹉的卖家建了一个群，我们都在里面聊天。当时卖家在群里告诉大家，养这个鹦鹉要低调，我才知道这种鹦鹉是受保护的动物，我看有人买卖，以为人工繁殖的鹦鹉没有事。”上诉人张静的《讯问笔录》

中，在被问及“你在购买这些鹦鹉之前是否清楚这些鹦鹉是国家一级或者二级保护动物”时，答：“在我购买第一只灰鹦鹉之前是不知道的，但是在购买完第一只鹦鹉以后，卖家把我拉进一个叫‘群鹦荟萃’的微信群里面，在群里看到群主发了一个卖鹦鹉犯罪的新闻链接，所以才知道买卖这些鹦鹉是违法。”在上诉人徐洋的《讯问笔录》中，在被问及“你知不知道你所购买的鹦鹉是国家保护动物，不能买卖”时，答：

“我知道不能买卖，这是触犯法律的。就是因为喜欢，所以没考虑这些，没觉得会抓到自己。”在上诉人石小丰的《讯问笔录》中，在被问及

“你是否知道鹦鹉能否买卖”时，答：“我不知道，我当时看淘宝上有很多卖鹦鹉的，应该没有关系，所以我也就没有多想。”在被问及“你在购买这只非洲灰鹦鹉之前对此是否有所了解”时，答：“我之前在百度上进行过搜索，了解过灰鹦鹉的相关习性等等，也了解过野生的灰鹦鹉是保护动物，但通过卖家了解到网上卖的鹦鹉是人工孵化的，淘宝上卖的也很多，也有脚环，我就感觉饲养没有关系。”在问及卖家向其交付鹦鹉为何使用纸箱子时，答：“相对保密一些，因为这是非洲灰鹦鹉，不是猫、狗这些常见的宠物。”问及“为什么要保密”时，答：“可能卖家也觉得这是见不得光的，有些违法的成分在里面。”

本院还查明，2016年1月4日，杭州市西湖区林业水利局作出《行政许可受理通知书》，该通知书中申请事项为：野生动物驯养繁殖许可证的核发；申请人为：杭州圣卢希农业科技有限公司；申请人地址为：双浦镇吴家村380号；申办人姓名为：吴吉龙；具体内容为：“申请人：你单位提交的行政许可事项的申请材料，经本行政机关初步审查，属于本行政机关职权范围，申请材料齐全，符合法定形式。根据《中华人民共和国行政许可法》第三十二条第一款的规定，现予以受理。”2016年4月28日，杭州圣卢希农业科技有限公司作出《征求意见书》，

其内容为：“关于我公司在双浦镇吴家村 380 号养殖鹦鹉期间会有喧闹声经与周边邻居住户商议并同意驯养特此签名如下：……”下方有吴广夫、吴广生等 7 人手写签名，有杭州市双浦镇吴家村村民委员会加盖公章。

二审审理中，江苏省南京市人民检察院工作人员于 2018 年 7 月 24 日向南京市红山森林动物园管理处兽医院副院长邓长林进行了询问并制作了《询问笔录》。邓长林在笔录中称，鹦鹉的脚环起到标识作用，从鹦鹉的脚环及其鹦鹉的外形均不能判断其是野生还是人工驯养繁殖。审理期间，合议庭成员分别走访了南京林业大学林学院李明阳教授、江苏省野生动植物保护站野保科翟飞飞科长等从事野生动物保护和研究的专家。走访的专家一致认为，鹦鹉的脚环不能证明鹦鹉是否为人工驯养繁殖；我国境内没有发现已成型的外来鹦鹉种群，国内现有的外来物种的鹦鹉基本为人工驯养繁殖；受野外生存环境的影响，个别外逃的此类鹦鹉在野外生存下来的可能性很低。

本院认为，纵观全案，控辩双方的争议焦点主要集中在以下几个方面：一是能否认定涉案鹦鹉为人工驯养繁殖；二是对人工驯养繁殖的鹦鹉进行买卖交易是否构成刑事犯罪；三是原审法院对上诉人吴吉龙、徐洋、张静、石小丰买卖鹦鹉行为定罪是否准确，量刑是否得当。

第一，关于涉案鹦鹉是否为人工驯养繁殖问题。上诉人吴吉龙、徐洋、张静、石小丰均提出涉案鹦鹉为人工驯养繁殖而来，但在卷证据中没有直接的证据予以证实。吴吉龙提供了上家的姓名及联系方式，但因其他原因未能查获，故对于涉案鹦鹉的具体来源并无直接证据予以证实。由于出售、收购人工驯养繁殖的鹦鹉与出售、收购纯野生鹦鹉的主观恶性及对社会的危害程度有很大差别，故应受到的相应处罚程度亦有不同。经向相关专家进行咨询，涉案鹦鹉均为外来物种，因气候环境等因素的

影响，此类外来物种在我国境内未形成野外的种群，此类鹦鹉在我国境内存活于野外的可能性极低，绝大多数此类鹦鹉为人工驯养繁殖。结合涉案鹦鹉大部分为幼鸟等情况，在现有证据不能证明涉案鹦鹉为纯野生鹦鹉的情况下，综合全案的证据及庭审情况，从有利于被告人的角度考虑，可以认定涉案鹦鹉为人工驯养繁殖而来。对各上诉人及其辩护人提出涉案鹦鹉为人工驯养繁殖的主张，本院予以采纳。

第二，关于对人工驯养繁殖的鹦鹉进行出售、收购是否构成刑事犯罪问题。野生动物保护法第二十七条第一款规定：“禁止出售、购买、利用国家重点保护野生动物及其制品。”如因科学研究等特殊情况，需要出售、购买、利用国家重点保护野生动物及其制品的，应取得野生动物保护主管部门的批准。最高人民法院《解释》第一条规定：“刑法第三百四十一条第一款规定的‘珍贵、濒危野生动物’，包括列入国家重点保护野生动物名录的国家一、二级保护野生动物、列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录 I、附录 II 的野生动物以及驯养繁殖的上述物种。”根据上述规定，上诉人吴吉龙出售的鹦鹉虽然是人工驯养繁殖的，但仍然属于刑法第三百四十一条第一款规定的珍贵、濒危野生动物，其行为已构成非法出售珍贵、濒危野生动物罪；上诉人徐洋、张静、石小丰等人非法收购国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，其行为已构成非法收购珍贵、濒危野生动物罪。各上诉人及其辩护人提出因本案出售、收购的鹦鹉系人工驯养繁殖的动物而不构成犯罪的抗辩主张，依法不能成立。

《解释》是最高人民法院作出的司法解释，具有不可争辩的法律效力，是人民法院审理破坏野生动物资源类刑事案件必须遵守的适用准则，当然适用于本案。上诉人吴吉龙的辩护人对该司法解释提出的质疑，超越其法定辩护范畴，本院对其该项辩护意见不予采纳。

第三，关于对上诉人徐洋、张静、石小丰的量刑问题。上诉人徐洋、张静、石小丰等人对于检察院指控其非法收购国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的事实均不持异议。因徐洋、张静、石小丰等人具有如实供述犯罪事实，有悔罪表现，涉案鹦鹉已送至动物园饲养等可从轻处罚的情节，再犯的可能性较小，故可对其宣告缓刑。原审法院根据徐洋等12位原审被告收购珍贵、濒危野生动物的数量、悔罪表现等犯罪情节，分别对其判处一定期限的有期徒刑、缓期执行及相应数额罚金的刑罚，定罪准确、量刑适当，依法应当予以维持。在卷证据显示，上诉人徐洋等在实施涉案鹦鹉的买卖交易时，对收购甚至饲养珍贵、濒危野生动物行为的违法性是明知的，上诉人徐洋、张静、石小丰提出其不知道涉案鹦鹉为珍贵、濒危野生动物，该主张与其在侦查阶段的供述内容不符，本院依法不予采信。

第四，关于对上诉人吴吉龙的量刑问题。上诉人吴吉龙非法出售珍贵、濒危野生动物，且情节特别严重，论罪应判处十年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。在吴吉龙被公安机关抓获时，尚有5只国家重点保护的珍贵、濒危鹦鹉因其意志以外的原因未及出售，系犯罪未遂，对于该部分犯罪依法可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。鉴于涉案鹦鹉系人工驯养繁殖，其行为的社会危害性相对于非法出售纯野外生长、繁殖的鹦鹉要小，根据本案具体犯罪情节和对社会的危害程度等因素，对吴吉龙可在法定刑以下量刑，并依法报请最高人民法院核准。

综上，原审判决认定事实清楚，证据确实、充分，审判程序合法。对徐洋、许亮、张静、鲁鹏、陆小军、刘静、张馨文、季叶伟、任赛娟、薛峰、吴峰、石小丰定罪准确，量刑适当。对吴吉龙定罪准确，但对其量刑过重，本院依法予以纠正。吴吉龙及其辩护人提出量刑过重的上诉理由及辩护意见成立，本院依法予以采纳。吴吉龙辩护人所提吴吉龙的

行为不构成犯罪等辩护意见不能成立，本院依法不予采纳。检察员所提对吴吉龙应维持原判的量刑意见，本院依法不予采纳。

上诉人张馨文撤回上诉系依法处分其诉讼权利的行为，确系其真实意思表示，符合法律规定，本院依法予以准许。

据此，经本院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国刑法》第三百四十一条第一款、第二十三条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第二款、第三款、第五十二条、第五十三条第一款、第六十四条、第六十三条第二款、《最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条、第二条、第三条、第十条、《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项、第二项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第三百零五条第一款、第三百三十六条之规定，判决如下：

一、维持南京市玄武区人民法院（2018）苏 0102 刑初 19 号刑事判决第一项对被告人徐洋、许亮、张静、鲁鹏、陆小军、刘静、张馨文、季叶伟、任赛娟、薛峰、吴峰、石小丰的定罪量刑部分；

二、维持南京市玄武区人民法院（2018）苏 0102 刑初 19 号刑事判决第二项即追缴并没收被告人吴吉龙的非法所得人民币 158455 元；

三、撤销南京市玄武区人民法院（2018）苏 0102 刑初 19 号刑事判决第一项对被告人吴吉龙的定罪量刑部分，即被告人吴吉龙犯非法出售珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币十万元；

四、上诉人吴吉龙犯非法出售珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币十万元。（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自 2017 年 6 月 6 日起至 2020 年 6 月 5 日止。罚金限于判决生效之日起一个月内缴纳）；

五、准予上诉人张馨文撤回上诉。
本判决依法层报最高人民法院核准。

审判长 宋振敏

审判员 汤 权

审判员 赖传成

二〇一八年十一月二十三日

书记员 陈晓君