

辩护的边界

——“王鹏鹦鹉案”二审裁判理由述评

王恩海

- 辩护人的目标是为了维护被告人的基本权利，而其方式是“根据事实和法律”，表现形式为提出被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见。“以事实为根据，以法律为准绳”同样是辩护人的行事准则。
- 司法解释将“驯养繁殖的上述物种”列入刑法第 341 条的保护范围，但依据《野生动物保护法》制定的《中国国家重点保护野生动物名录》及原林业部《关于核准部分濒危野生动物为国家重点保护野生动物的通知》并未将驯养繁殖物种列入保护范围。
- 辩护人提出“‘驯养繁殖的上述物种’应解释为直接基于野生动物进行驯养繁殖而来的物种，而非对已经被驯养繁殖的物种再进行驯养繁殖的物种”属于缩小解释，符合刑法解释规则，体现了《立法法》的精神，依此解释产生的判决结果能为社会公众接受。

2018 年 3 月 26 日，深圳市中院就社会广泛关注的“王鹏鹦鹉案”作出二审判决，认定王鹏构成非法收购、出售珍贵、濒危野生动物罪，但认定原审量刑过重，依据刑法第 63 条第 2 款之规定，判处被告人有期徒刑 2 年，并处罚金人民币 3000 元，该判决依法层报最高人民法院核准。该案引发广泛关注的原因显而易见，饲养鹦鹉是社会公众的休闲方式，因收购、出售鹦鹉而获刑超出了大多数社会公众的预期。

就此辩护人提出，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》”）“超出一般公众的理解认知，其对第 1 条中‘驯养繁殖的上述物种’应解释为直接基于野生动物进行驯养繁殖而来的物种，而非对已经被驯养繁殖的物种再进行驯养繁殖的物种”，并认为该解释“是超出《刑法》文义范围的扩大解释，违反罪刑法定原则”。法院就该辩护意见认为，“司法解释具有无可争辩的法律效力，各级人民法院在审理破坏野生动物资源类刑事案件时，应当严格遵照执行《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》。辩护人对该司法解释提出严重质疑，并要求本院‘不能机械地适用’该司法解释，已明显超越其法定辩护范畴，且违反基本的法治原则。”

法院不认可这一辩护观点笔者已有预期，但对法院不接受该观点的理由则超乎预期，因该理由涉及到辩护人的职责、伦理等诸多基础问题，同样涉及到法律职业共同体的建设，有必要展开讨论。

辩护人的行事准则

我国宪法和刑事诉讼法明文规定了被告人有权获得辩护，同时规定被告人有权委托相关为其辩护人，由此可见，辩护权是被告人的基本权利，辩护人的职责是帮助被告人行使这一基本权利，司法机关对待辩护人的方式体现了司法机关对待被告人的态度。

《刑事诉讼法》第 35 条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。”

《律师法》第 31 条规定：“律师担任辩护人的，应当根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。”由此可见，辩护人的目标是为了维护被告人的基本权利，而其方式是“根据事

实和法律”，表现形式为提出被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见。

显然，“以事实为根据，以法律为准绳”同样是辩护人的行事准则，而“以法律为根据”不可避免的涉及到对法律规定的解释，而如何解释法律，是法律学习者和司法工作人员的重要活动，从某种意义上说，法科生的学习活动就是一个在不断学习如何解释法律的过程。

法律解释的争议点

刑法第 341 条规定非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪，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的目的是为了保护环境资源，保护野生动物的繁衍生息，如何确定该罪所保护的“珍贵、濒危野生动物”，理应参考《野生动物保护法》的规定。

《野生动物保护法》第 10 条第 1 款规定：“国家对珍贵、濒危的野生动物实行重点保护。国家重点保护的野生动物分为一级保护野生动物和二级保护野生动物。国家重点保护野生动物名录，由国务院野生动物保护主管部门组织科学评估后制定，并每五年根据评估情况确定对名录进行调整。国家重点保护野生动物名录报国务院批准公布。”据此，最高人民法院《解释》第 1 条明确保护的经营范围包括“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”，这一规定体现了行政法与刑法的衔接，对此规定理论上并无异议。

《解释》同时将“列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录一、附录二的野生动物”列入保护范畴，对此，最高人民法院的解释是：“联合国《濒危野生动植物种国际贸易公约》规定，各成员国应当按照公约规定的方式开展贸易，保护附录一、附录二所列的濒危野生生物动物种以及驯养繁殖的物种，并采取措施处罚违反公约的行为，……，1993 年 4 月，原林业部在《关于核准部分濒危野生动物为国家重点保护野生动物的通知》中决定，将《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录一和附录二所列非原产于我国的野生动物，分别核准为国家一级和国家二级保护野生动物。”（祝二军：《〈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〉的理解与适用》，载最高人民法院刑事审判庭主办：《中国刑事审判指导案例（4）》，法律出版社 2009 年版，第 365 页）。这一规定是我国承担国际公约义务的体现，理论上也无太大争议。

引发争议之处在于《解释》将“驯养繁殖的上述物种”列入刑法第 341 条的保护范围，但依据《野生动

物保护法》制定的《中国国家重点保护野生动物名录》及原林业部《关于核准部分濒危野生动物为国家重点保护野生动物的通知》并未将驯养繁殖物种列入保护范围，《解释》的这一规定导致对尚未违反行政法的行为追究刑事责任的局面，违反了罪刑法定原则和谦抑性原则，导致社会公众难以接受的判决结果，同时也违反了《立法法》第 104 条的规定：“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。”

辩护人未违反基本法治原则

必须指出的是，《立法法》第 104 条的规定是在 2015 年修订后新增设的内容，而《解释》颁布于 2000 年，显然难以用《立法法》的规定指责《解释》，但在《立法法》第 104 条生效后，在解释相关司法解释时，应当以其作为指导原则，也即应考察刑法第 341 条的“立法的目的、原则和原意”。据此，本案辩护人提出“对第 1 条中‘驯养繁殖的上述物种’应解释为直接基于野生动物进行驯养繁殖而来的物种，而非对已经被驯养繁殖的物种再进行驯养繁殖的物种”属于对《解释》的缩小解释，符合刑法解释规则，不仅体现了《立法法》上述规定的精神，依此解释产生的判决结果能为社会公众接受，而且该解释结论有利于被告人，遵循了辩护人的职业伦理，是一个理应引起审理法院高度重视的辩护意见，但审理法院竟然认为其“明显超越其法定辩护范畴”，这一论断实难令人接受。在此必须明确的是，法律必须被解释，否则，任何人手持《现代汉语词典》即可判案，法学专业可被语言学专业所包容，这显然并非我们努力的方向。

法院同时认为，该辩护意见“违反基本的法治原则”，遗憾的是，判决并未明确法治原则的内涵，一般认为，社会主义法治具有以下几个基本原则：合法原则、民主原则、平等原则、统一原则。本案辩护人梳理行政法规和刑法规定，遵循刑法的解释规则，根据常识、常理得出的辩护意见，有效维护了被告人的合法权益，是对前述宪法、刑事诉讼法、律师法相关规定的有效维护，也是法制统一原则的表现，将其视为“违反基本的法治原则”从逻辑上难以自治。

将有理有据的辩护意见做如此评价，显然不太合适，法庭审理中，参与各方应该尊重法官，但法官也应尊重参与各方的辛勤劳动。

（作者系华东政法大学刑法教研室主任、教授、硕士生导师）



《东方法学》 精华推荐

(2018 年第 2 期 总第 62 期)

主办单位：上海市法学会
上海人民出版社

【理论前沿】

论海上共同开发争端的解决及中国的选择

作者：杨泽伟（武汉大学珞珈杰出学者、国际法研究所与“国家领土主权与海洋权益协同创新中心”教授、博士生导师）

摘要：海上共同开发争端可以分为当事国之间的争端、共同开发机构与承包商之间的争端以及承包商之间的争端。这三类争端主要是由于对有关共同开发协议的解释和适用存在分歧、共同开发协议一方出现单方违约行为而产生的。解决海上共同开发争端的方法包括谈判与协商、仲裁、国际法院或国际组织、调解委员会以及综合的方法等。今后中国与周边国家在签订海上共同开发协议、选择争端解决方法时，应坚持政治与外交的方法是首选、仲裁的方法不能完全排斥、利用国际司法机构的裁判方法宜慎重以及重视运用综合的方法来解决争端等。

【学术专论】

破产程序中让与担保权人的权利实现路径

作者：冉克平（武汉大学法学院教授、博士生导师）

摘要：破产法中的让与担保权的处理，重点在于两个层面的问题：一是根据让与担保的法律构成，明确让与担保权人在破产程序中的规制模式。根据让与担保的担保权构成理论，在破产程序中应赋予让与担保权人别除权而非取回权。二是根据破产别除权特性，平衡担保权人和担保提供人之间的利益以及担保权人与无担保债权人之间的利益。让与担保权人在担保设定人破产时应享有优先受偿权，并能就物上代位权行使代偿别除权，以期更好地维护担保权人的利益，降低担保权人的风险。但对于让与担保容易滋生的过度担保和秘密担保行为也应予以规制。

【智慧法治】

娱乐法、虚拟世界与未来生活

作者：高全喜（上海交通大学凯原法学院讲席教授，博士生导师）

摘要：相较于传统娱乐业，新型娱乐产业的活动空间从现实的时空移植到互联网构成的虚拟时空之中。借助于人工智能和生物技术的发展，现实与虚拟的边界越来越模糊，甚至创生出一个看似虚拟实则真实的新世界。就娱乐法来说，这个新世界也是一个新型的娱乐媒介世界，那么以前的娱乐法也就需要有一个升级版，进入一种新的法律体系的构建之中。这需要我们面对更严峻的新一代的娱乐法问题，即解决网络信息、虚拟时空以及人工智能的主体资格、权利基础、自由规范、公共治理、未来生活方式等一系列全新的问题；我们更应该严肃地思考娱乐游戏的伦理基础和法律基础，思考智力创造的人性界限和自由尺度。

【司法改革】

两高联合发布指导性案例的意义及其运作

作者：孙光宁（山东大学（威海）法学院副教授、博士生导师）

内容摘要：在案例指导制度的运行过程中，最高人民法院和最高人民检察院不约而同地将马乐案确定为指导性案例。该案例的正式文本中，两高针对核心争议问题的回应和表述也是高度相似的，突出地表现在法律解释方法的运用中。由此可以看到，两高联合发布指导性案例有着广阔的发展前景。具体来说，两高联合发布指导性案例有助于缓解频繁刑法修正带来的紧张关系，有效提升指导性案例的数量和质量，扩大指导性案例的实际影响力。两高联合发布指导性案例需要与其他相关制度形成配合，例如类案检索机制、以案释法制度等。联合发布的指导性案例凝聚着两高的高度共识，对于刑事审判活动全过程都有着重要意义。