

# 野生动物禁食立法的法理省思和立法建议

曹 炜

**摘要** 基于立法活动的特殊性,野生动物禁食立法应当遵循以下要求:一是尽量使用解释、填补、续造等方法延续旧法生命,加强与其他立法的衔接;二是选择合适的规制手段和规制环节,以降低法律实施成本;三是将道德判断和法律判断相分离,避免道德判断穿透规范体系;四是兼顾弱势群体利益,减轻立法对相关主体的不利影响。依据上述要求,《野生动物保护法》修改时应当将禁止食用范围限制为所有野外自然生长繁殖的野生动物以及没有合法来源的人工繁育和饲养的野生动物;将规制重心置于捕猎、运输、经营等前端环节,规定公益诉讼条款并且允许合理先占;对以残忍的、令人不适的方式食用野生动物的行为进行处罚;将已经形成疫病防控体系的陆生野生动物尽快纳入《国家畜禽遗传资源目录》,对没有形成疫病防控体系的陆生野生动物停止繁育和养殖,但是要对有证养殖和无证养殖区别对待。

**关键词** 禁食野生动物;野生动物养殖;《野生动物保护法》;公共卫生;公共安全;法政策;动物福利立法

**中图分类号** D912.6 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2021)06-0174-11

**基金项目** 研究阐释党的十九届五中全会精神国家社科基金重大项目(21ZDA088);中国人民大学年度项目新教师启动金项目(2017030103)

为了打击非法野生动物交易,全国人大常委会于2020年2月24日出台了《关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》(下文简称《决定》),明确规定全面禁止食用野生动物。2020年10月,全国人大常委会在网上公布《中华人民共和国野生动物保护法(修订草案)》(下文简称《修订草案》),拟全面规定禁止食用野生动物。禁止食用野生动物不仅涉及公共卫生和人体健康问题,也涉及经济社会发展和脱贫攻坚问题,因此,野生动物禁食立法涉及对野生动物保护和利用等公共政策的重大调整,必须审慎对待、仔细论证。有鉴于此,本文旨在从法理层面分析《决定》中法律规范设计存在的问题,在此基础上提炼和分析其中所蕴含的立法理论和立法技术问题,并在理论分析的基础上提出完善野生动物禁食立法的具体建议,为立法后续修改提供理论支撑。

## 一、问题的提出

从社会经济实践来看,我国出台涉及野生动物问题的法律决定,并且启动野生动物保护立法的修订工作,具有重大的理论与现实意义。《决定》中若干规范存在理解和适用上的问题,有必要予以进一步澄清和完善。

### (一)《决定》的法律性质

《决定》的出台具有一定的现实紧迫性。2020年1月28日,中国疾病预防控制中心发布了《2019新型冠状病毒疫情进展和风险评估》<sup>[1]</sup>,从当时报告的结论来看,新冠病毒来源于野生动物具有高度可能性。

该报告引发了人们反对食用野生动物的舆论热潮,相关领域专家也向有关部门提交了立法建议和研究报告,建议国家修改完善立法,全面禁止食用野生动物<sup>[2][3]</sup>。在此背景下,全国人大常委会迅速通过了《决定》,明确规定禁止食用野生动物,对这一问题做出了法政策上的决断。

从法律性质上来看,《决定》并不是一般的政策性文件,而是属于“有关法律问题的决定”。学界普遍认为,全国人大常委会发布“有关法律问题的决定”的行为属于立法活动或准立法活动<sup>[4]</sup>(P98)<sup>[5]</sup>(P63)。因此,虽然“有关法律问题的决定”相较于法律修正案等方式更为灵活,不必经过相对繁琐的法律修改和法律解释程序<sup>[6]</sup>(P214),但是其通常以修改、补充现行立法规范的形式修改或创制了法律规范。基于这一特征,《决定》在法律性质上属于法律文本,对相应的社会活动和行为产生规范效果,应当接受立法正当性和合理性的检验。

## (二)《决定》中若干规范的理解和适用问题

依据《立法法》的要求,立法机关在立法活动中必须进行充分的调研和系统论证并广泛征求意见。然而从疫情暴发到全国人大常委会出台《决定》,仅仅经过了一个月的时间。由于立法准备时间过短,《决定》中的一些规定在理解和适用上存在一定问题:

第一,《决定》第1条规定:“凡《中华人民共和国野生动物保护法》和其他有关法律禁止猎捕、交易、运输、食用野生动物的,必须严格禁止。对违反前款规定的行为,在现行法律规定基础上加重处罚。”其中,第2款中的“加重处罚”存在一定问题。从法律原理上看,法律责任的大小、计算方法以及承担方式应当由立法者在法律条文中进行明确规定。执法机关只有在法律条文本身允许行政裁量时才可以进行裁量。即便如此,执法机关也不能突破法定责任上限加重处罚,否则就僭越了立法机关专享的立法权<sup>[7]</sup>(P25)。依据《野生动物保护法》第49条规定,对于涉野生动物违法行为,相关部门可以对行为人处以野生动物及其制品价值2倍以上10倍以下的罚款。在这一空间之内,执法机关可以从重处罚,但是不能在10倍以上“加重处罚”。因此,在现有法律规定基础上加重处罚并不具有正当性和可行性。

第二,《决定》第2条要求,“全面禁止食用……人工繁育、人工饲养的陆生野生动物”。但是《决定》前言规定,“为了全面禁止和惩治非法野生动物交易行为……作出如下决定”。从文意上看,《决定》的立法目的是惩治非法野生动物交易行为,而人工繁育、人工饲养陆生野生动物属于法律允许的行为。依据《野生动物保护法》第28条的规定,无论是重点保护野生动物还是非重点保护野生动物,都可以取得人工繁育许可证人工繁育并出售利用。对于食用性利用,依据《野生动物保护法》第30条的规定,无论是野生还是人工繁育的国家重点保护野生动物及其制品都不能食用,但是人工繁育的非国家重点保护野生动物及其制品制作的食品在有合法来源证明的情况下可以食用。因此,在《野生动物保护法》尚未修改的情况下,惩治非法野生动物交易行为的法律措施中不应当包含全面禁止食用人工繁育、人工饲养野生动物。

第三,《决定》第5条采用了“滥食野生动物陋习”的表述,也存在一定的问题。“滥食野生动物陋习”的内涵是指“滥食野生动物”的一种粗鄙、丑陋、不文明的习惯、习俗,这并不是对于行为的描述,而是社会道德层面的判断。《野生动物保护法》第29条规定:“利用野生动物及其制品的,应当以人工繁育种群为主,有利于野外种群养护,符合生态文明建设的要求,尊重社会公德,遵守法律法规和国家有关规定。”按照通常的理解,此处的尊重社会公德应该作限缩理解,在食用野生动物行为中,这应当是指禁止以违反公序良俗或公众善良情感的方式食用野生动物,例如现实生活中出现的“活吃猴脑”、生食蝙蝠等行为。那么,野生动物禁食立法针对的是食用行为还是滥食行为?对此,需要进一步论证。

第四,《决定》第7条规定:“国务院和地方人民政府应当采取必要措施,为本决定的实施提供相应保障。有关地方人民政府应当支持、指导、帮助受影响的农户调整、转变生产经营活动,根据实际情况给予一定补偿。”这一规定在适用时也会存在较大的问题。从实践情况来看,在很多地区,野生动物养殖并不是自发的零散活动,而是规模化的产业,甚至属于政府扶贫项目。例如在广西,竹鼠养殖是脱贫攻坚重

点扶持产业,广西目前有10万人从事竹鼠养殖生产,存栏1800万只,产值20亿元<sup>[8]</sup>。转型将导致巨额经济损失和大量低收入人员的再就业压力,这显然不是一定的补偿能够解决的。更为重要的是,大量农户基于对政府的信赖投入野生动物养殖产业,剧烈的政策变动必然会导致这种信赖的受损乃至于丧失。《决定》既然规定了补偿的内容,显然意识到了“禁止食用野生动物”会带来巨大的社会成本。如何对受损利益进行补偿,也是野生动物禁食立法需要考虑的问题之一。

上述四个方面的问题表明,禁止食用野生动物并不是一个简单的法政策选择问题。对于是否应当禁止食用野生动物以及如何进行制度设计,应当审慎对待、仔细论证。总体来看,《决定》涉及以下基本法理问题:一是法的安定性问题。立法机关修改现行立法或者制定新法必须满足一定的前提条件,社会形势变化并不构成立法的充分理由。二是法的效率问题。为了提升立法的效率,立法机关需要判断野生动物禁食问题是否适合运用禁止性规范来进行规制。如果适合,立法机关还需要考虑在哪个环节进行规制更有效率。三是法的价值中立性问题。法律是独立的社会规范系统,立法机关需要考虑是否对食用野生动物行为的方式进行道德评价。如果需要在立法中引入道德价值,还需要考虑如何对不同类型的食用野生动物行为所包含的道德判断进行技术处理。四是法的公平性问题。立法机关在作出这一重大的法政策决定时,需要考虑如何兼顾不同主体的利益,减少对于相关主体利益的影响。

这些问题关涉立法机关如何处理法律规范和公共政策之间的张力。基于立法活动的特殊性,立法机关必须围绕上述四个方面的法理问题进行审慎、深入的思考,在此基础上才能进行具体的制度和规范设计。

## 二、野生动物禁食立法的法理基础

《决定》所涉及的若干法理问题,实际上反映了野生动物禁食立法中法律规范性和实效性之间的根本矛盾。要调和这种矛盾,促进野生动物禁食立法的规范化、科学化、精细化,立法机关必须充分发挥其主观能动性,遵循基本法理并且充分运用立法技术。这就需要对野生动物禁食立法的法理基础进行深入分析。

### (一) 野生动物禁食立法中立法机关的功能定位

虽然没有科学证据证实此次疫情由食用野生动物引起,但是为了贯彻风险预防原则,国家有必要防患于未然,加强对野生动物开发与利用的管控。这对立法机构构成了较大的挑战,要求立法机关妥善处理野生动物禁食立法中法律与政治之间的平衡问题。

传统的立法理念以规范为中心。在规范论指导之下,立法机关应当注意维护法律体系的完整性和逻辑性,满足法的形式要求。在这种立法理念之下,立法机关应当采取“规范—事实”思维,将变动的社会形势作为立法的实践背景,而非立法必须解决的实际问题。在这种立法理念下,立法活动的目的主要是为社会关系提供一套客观中立的规则,而不是落实公共政策。民事和刑事立法通常都坚持这一立场。正因为如此,克劳斯·罗克辛教授指出,在法律科学本来的意义上,刑法仅仅需要在实在法的法律规则前提下进行概念的分析并得出体系上的结论,而刑事政策则包括刑法的社会内涵和目的,不属于法律人讨论的事情<sup>[9]</sup>(P10)。这种超然的特质能保证刑事和民事立法维持强有力的生命力和稳定性。张力教授在评价民法的特质时,就指出其具有“体制中立性”特征,能够超越重大的社会变革,适应不同的社会体制<sup>[10]</sup>(P17)。在规范论的立法理念之下,法的安定性得到保证,但是法的回应性受到较大的影响,迫切需要将现代社会中的新问题纳入法律框架中以寻求解决之道<sup>[11]</sup>(P69)。因此,随着国家对社会生活介入广度和深度的提升,目的论立法理念被引入立法活动之中,特别是经济法、社会法等新兴法律部门和法律领域的立法活动。目的论立法理念将应对特定的社会问题作为出发点去设计法律制度和规则,以回应公共问题和社会问题。在这种立法理念之下,立法机关也必须向能动主义立场转换,用“目的—手段”思维在立法中注入特定的公共政策目标,对需要解决的问题作出系统性反应。在中国特殊的时空背景之

下,目的论立法理念的重要性逐渐凸显。立法必须能够解决实际问题,回应人民期盼<sup>[12]</sup>(P43)。在这种理念的指导之下,我国对于国家权力的配置采用了功能主义的立场,更加重视国家权力行使的正确性以及国家的权能和效率<sup>[13]</sup>(P291)。在这种情况下,立法活动必然会向在一定时期内占据主导地位的政治诉求和公共政策倾斜,这也是满足立法回应性要求的必然结果。

新冠肺炎疫情是一次突发的、重大的社会形势变化,对社会秩序造成了巨大冲击。在这种情况下,立法机关应当充分发挥其作为国家机关组成部分的作用,通过立法活动稳定社会秩序。但是与行政机关和司法机关不同,立法机关在宪法为其设定的政治空间中相对独立和自由<sup>[14]</sup>(P147)。作为不受约束的主权者,立法机关有权以自己的判断,通过国家的法律规定是非对错,从而决定人们行为的内容和方式。立法机关应当在对社会关系进行深刻认知的基础上,贯彻特定的法律政策,运用立法技术制定规范。在这一过程之中,立法者还需要通过公众参与等新方式广泛吸纳意见,协调各方利益冲突,最终形成法律文本。因此,立法活动是一个系统性活动,立法过程是一个复杂过程。由于立法活动有其自身的规律和要求,无论是在规范论立法理念还是在目的论立法理念之下,立法机关都需要遵循立法活动的原理和规律。

## (二) 野生动物禁食立法中的法理问题

基于规范论立法理念,对于上一部分中提炼的野生动物禁食立法涉及的四个方面的基本问题,立法机关应当形成清晰、明确的认识,并且运用相应的立法技术予以解决。

1. 野生动物禁食立法的安定性问题。依据一般法理,法律一经创制就具有了安定性,其所表达的思想内容和意志内容不能被立法者随意改变或否定<sup>[15]</sup>(P109)。因此,相对于政策制定来说,立法活动必须具有高度正式性,这是法的安定性的基本保障。“法的所有表现的特征在于其产生、颁布和运用方面有某种正式性……法的正式性实现了法的安定性。”<sup>[16]</sup>(P103)基于立法的安定性、正式性,立法机关颁行立法之后,便不能随意否定其效力,也不能根据形势变化随意修改立法。因此,立法机关不能对法律的适用作出政策上的指示,就《决定》而言,既不能使用“严格禁止”这样的政策性表述,也不能授权执法机关在现行法律规定的基础上加重处罚。

当社会形势发生变化以至于现行立法不能满足需要时,立法机关可以考虑修改现行立法或者制定新法,但是这必须满足一定前提:

首先,社会形势变化并不是启动立法的全部理由。在法律工具主义理念之下,立法是实现法的更新和完善的最佳途径。“对于以工具主义的方式随意塑造法律而言,立法是最好的稳定机制——能够决定法律的目标并制定具体的规则内容。”<sup>[17]</sup>(P63-64)但是社会形势变动不居,如果社会形势一发生变化就要进行立法,法的安定性就荡然无存。因此,立法机关必须考虑社会形势变化是否已经完全超出了立法机关在制定现行法时的最大视域。当适用现行法将会带来实质性的、无法忍受的不正义、不公平和无效率时,才能进行新的立法。按照这一逻辑,在此次疫情中,立法机关既然决定修改立法,将禁止食用范围扩大到人工繁育、人工饲养的野生动物,就应当论证以下问题:第一,此次疫情是否由食用野生动物导致,或者与食用野生动物具有关联性,这种原因或关联性是否已经在科学上被查明。第二,如果是由野生动物导致,是否是由人工繁育、人工饲养的野生动物导致或者虽然不是,但是有科学研究或者统计数据证明人工繁育、人工饲养的野生动物仍然会传播某些病原体。如果上述两个方面的结论都是肯定的,则立法的紧迫性和必要性大大提升,反之野生动物禁食立法的紧迫性和必要性大大降低,至少不需要通过《决定》的方式去进行规范。

其次,如果要修改立法,必须用尽其他方法,如法律解释、漏洞填补和法律续造的方法。立法的内涵和意义可以根据新形势和新情况不断发展变化<sup>[15]</sup>(P109)。立法适应形势的变化依赖于法学家和法官的工作。法学家和法官通过法教义学和法律续造的方法来阐明和发展实在法的内容,以尽可能延续实在法的生命。一方面,法学家针对立法机关给定的法律素材(实在法规范)进一步展开解释和体系化的工

作,通过范畴论和目的论的工作来整合实在法中的各种价值,消除规范之间的矛盾和不一致,从而使实在法规范被整合进整体法秩序之中。另一方面,法官也可以通过对法律加以补充或校正的方式对法进行续造。“法官的权力虽然受到立法者之在先决定的约束,在这一点上却并非毫无例外:在法律未能实现其按照在共同体中有效的标准公正地解决某一个法律问题的功能的时候,法官有可能——虽然在这方面同样要受到限制——通过确认‘漏洞’的存在并加以填补,对法律施以‘建设性的批评’。”<sup>[18]</sup>(P121-122)因此,在禁食野生动物的问题上,立法机关也要考虑:第一,是否可以通过法教义学阐述得出现行立法实际上也禁止食用其他类型野生动物的结论。第二,必须对现有的司法解释和案例进行查询和分析,确定在司法实践中是否已经形成对食用野生动物实行一体禁止的共识。只有在无法对现行立法的内涵和意义进行拓展或发展的情况下,才能够考虑修改立法。

最后,立法机关修改立法也不能仅仅修改单一规范,而是必须对相关法律规范一体、协同修改。作为整个法体系的组成部分,法律规范不是单独发挥作用。一旦立法生效,其所包含的规范就会成为规范体系的组成部分,从而融入整体法秩序之中。因此,在制定新法的过程中,立法机关必须对旧法背后的整个体系作整体考察,具体到野生动物禁食问题上,立法机关应当考察其他与《野生动物保护法》中关于食用野生动物规范相互关联的规范,并且在立法或者修法计划中予以一体、协同考虑,从而确保法律之间的衔接,这些立法包括《动物防疫法》《畜牧法》《生物安全法》等。

2. 法的效率问题。当立法机关认为现行立法已经不能满足形势变化需要且不能修补时,应当对立法进行修改。但是禁止食用野生动物的公共诉求并不必然导出禁止食用野生动物的法律规范。在立法活动中,立法机关需要从效率的角度出发,对是否适合运用禁止性规范规制食用野生动物行为以及如何设计规范进行系统分析。

首先,禁止性规范并不是立法机关规制食用野生动物行为的唯一选择。从法理上来看,不同类型规范的适用必须与行为的性质相适应。在对社会行为的性质进行评价时,立法机关并不是只有简单的允许或禁止两个选择,而是应当在一个连贯的评价序列里设计相应规范,即强烈否定(禁止性规范)—否定(不为某种行为的义务性规范)—中立(不做规范或者任意性规范)—肯定(授权性规范)—强烈肯定(必为某种行为的义务性规范)。按照这一逻辑,在野生动物禁食问题上,立法机关应当考虑:食用野生动物是否属于会对公共利益和他人利益造成重大危险或损害的行为,这种重大危险或损害的发生是否具有较大的可能性;立法的时机是否已经成熟;食用野生动物行为是否过于琐碎和细微,以至于难以进行有效规制。对这些问题的分析,决定了是否应当运用禁止性规范来规制食用野生动物行为,以及是否应当对所有的食用野生动物行为进行规制。

其次,如果立法机关认为有必要禁止特定行为,必须考虑禁止性规范的实施成本。禁止性规范则是实施成本最高的规范,执法机关必须投入大量的时间、资金和人力进行有效监督,并惩罚违法行为。如果缺乏充足的执法资源,往往会出现普遍违法的情况。在这种情况下,行政机关往往会选择处理优先事务、放宽执行尺度或者降低规范执行标准,从而导致所谓的规范执行执法偏离效应,即法律实施的效果与立法目的之间出现偏差,导致损害法律权威的后果<sup>[19]</sup>(P259)。因此,立法机关如果决定禁止食用所有的野生动物,就必须考虑:对食用野生动物行为进行执法是否会耗费较多执法资源,执法是否符合成本效益分析的要求;从其他环节进行规制,是否同样也能够实现逐渐减少和消除食用野生动物现象的效果;是否可以设计或者适用私法规范来对食用野生动物行为进行规制以减少行政执法压力。

3. 法的价值中立性问题。在现代民主法治社会,法律规范系统具有运作的自成一体性特征。基于这种特质,法律系统对于来自法律体系之外的源于习惯、道德等产生的价值判断,必须进行筛选和转换,方可使其进入法律规范体系之中。“虽然法律可以从道德中或其他社会来源中沿用一些规范性的规定,但是必须经过明确的形式转换。”<sup>[20]</sup>(P42)这一论断表明,虽然法律规范系统的评价可能与道德评价相一致,并且促进社会成员道德层面的改进,但是这种作用的发挥必须基于法的规范性。因此,对于立法机

关来说,其并不必然要在立法中对食用野生动物行为的道德属性进行判断和评价。食用野生动物行为是否应当在道德上予以非难,与立法机关是否应当禁止食用野生动物不具有必然联系。

基于法律系统运作的自成一体性,在处理某一种立法需求中所包含的道德判断时,立法者需要依据规范主义立场,运用立法技术进行综合分析和处理。首先,对于能够进入法律体系的道德判断,立法者可以通过规范进行价值表达并且补足行为标准和责任,从而产生立法的价值判断与道德规范的价值判断相一致的效果。其次,对于不能够进入法律体系的道德判断,立法者通过综合考量之后可以不予接受甚至作出相反的价值判断。在判断过程中,立法者需要考虑的主要是违反道德的行为能否对权利和利益造成影响。除了上述情况之外,立法者也可以通过使用不确定法律概念等立法技术来回避直接的判断,将判断权留给法官在个案中行使。例如通过在民法中规定作为一般概括条款的公序良俗原则,授权法官在个案中去进行判断。

因此,在野生动物禁食立法中,立法机关实际上需要独立对道德判断予以考量。对于纯粹道德领域的问题,立法机关不需要在规范设计中进行考虑。而对于确实涉及普遍情感或者善良风俗的行为,立法机关应当进行规范,从而将法外的价值判断转化为法内价值判断。在野生动物保护立法中,立法机关需要考虑偶然食用行为、大量食用行为与粗鄙的食用行为在可责性上的区别,并分别设计规则。

4. 法的公平性问题。虽然《决定》要求有关地方人民政府应当支持、指导、帮助受影响的农户调整、转变生产经营活动,根据实际情况给予一定补偿。但是在实践中,国务院部门和各地行政机关都缺乏准备,政策措施短时间无法落地。直到2020年6月,广西壮族自治区才出台《广西人工繁育陆生野生动物处置指导意见》,明确地方政策和补偿标准。2020年9月,国家林业和草原局发布了《关于规范禁食野生动物分类管理范围的通知》,明确了禁止养殖野生动物的范围。配套政策迟迟不能落地,必然会对养殖户正常的生产生活造成较大影响。

在野生动物禁食立法中,为了维护公共利益,养殖户的群体利益受损在所难免。从法理上来看,在社会发展过程中,利益冲突和斗争是普遍情况<sup>[21]</sup>(P15)。为了调和利益冲突,立法机关需要以法律规范的形式安排利益实现的先后顺序,协调相互冲突的利益,从而形成稳定的利益关系和利益结构。这种稳定的利益关系和结构不仅有利于个人安全感的形成,也有利于社会的稳定。“虽然法律并不能直接产出利益,但它规范利益的现实结构、现实关系,会带来巨大的社会效益。”<sup>[22]</sup>(P392)因此,在立法活动中,立法机关必须确定某些利益相对于其他利益的优先地位,处于非优先地位的主体应当容忍立法机关做出的决定所带来的负面影响。因此,在野生动物禁食立法中,一旦立法机关做出禁止食用所有野生动物的决定,养殖户群体的利益必然会有所减损。

尽管如此,立法机关也负有妥善考虑养殖户群体利益的义务,这种妥善考虑并不限于在经济上的补偿。依据《立法法》第36条的规定,立法机关应当在程序上允许受影响主体或者其代表对其利益诉求进行充分表达并进行公开讨论。因此,在野生动物禁食立法中,立法机关负有听取并且回应养殖户利益诉求的义务。如果在听取意见之后,立法机关仍然决定要采取禁食、禁养措施,也需要在立法技术上采取一些措施,避免过渡期带来的额外利益损失,尽可能降低重大变化对受影响群体利益的影响。例如,以延长规范的通过和生效时间间隔的方式为养殖户群体转产提供调整期或者缓冲期,也可以授权地方立法规定调整期或者缓冲期。又如,依据法不溯及既往原则,可以考虑对法律生效前依据旧法已经进行的养殖活动适用旧法,对新许可的活动适用新法。

### 三、野生动物禁食立法的建议

与《决定》相比,《修订草案》对野生动物禁食问题作出了更加全面细致的规定。尽管如此,在具体规范设计上,《修订草案》仍然存在一些问题,有较大的完善空间。因此,有必要在对野生动物禁食立法法理分析的基础上,进一步发挥理论指导作用,就具体规范设计提出相应的立法建议。

### (一) 明确禁止食用野生动物的范围

依据之前的分析,目前并没有确定的科学论据证实此次疫情来源于野生动物。因此,通过正式的立法程序修改现行有关野生动物禁食的规范更加具有正当性和合理性。对于野外生长、繁育的野生动物,《修订草案》第31条第1款规定:“禁止食用国家重点保护野生动物,有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物以及其他陆生野生动物。”而对于人工繁育和人工饲养的野生动物,《修订草案》在第29条新增第3款规定:“对经过人工驯化,具有稳定人工选择经济性状,人工繁育技术成熟,已经形成疫病防控体系的陆生野生动物人工繁育种群,经国务院农业农村主管部门会同国务院有关部门科学论证和评估,可以依照有关规定列入《国家畜禽遗传资源目录》。”依照这两条规定,禁止食用的范围实际上包括两种不同类型的野生动物,即野外自然生长繁殖的野生动物和人工繁育、人工饲养的野生动物。

依据现行《野生动物保护法》第30条的规定,对于使用有合法来源证明的非国家重点保护野生动物及其制品制作的食品,立法并没有予以明确禁止。这一规范确有必要予以修改,理由包括:首先,区分重点保护野生动物和非重点保护野生动物的主要依据是其珍贵、濒危程度,但是无论是何种野生动物都有可能携带病原体,与其是否珍贵濒危并没有关联性,因此,从保护公众卫生和人体健康目的出发,立法没有必要区分国家重点保护野生动物和非重点保护野生动物。其次,从外观上一般无法简单判断特定野生动物个体是否携带病原体,也不可能对与人类接触的每一只野生动物都进行检验检疫,依据风险预防原则,也应当禁止食用所有野外生存的野生动物。进一步来说,《修订草案》第10条对原来的野生动物保护名录制度进行了进一步细化,依据该条的表述,自然生长繁殖的野生动物包括以下四种类型:国家重点保护动物,包括一级保护野生动物和二级保护野生动物;有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物;地方重点保护野生动物;其他陆生野生动物。全面禁止食用野生动物应当包括上述四种类型在内。而《修订草案》第31条却仅仅规定了禁止食用国家重点保护野生动物,有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物以及其他陆生野生动物三种类型,遗漏了地方重点保护野生动物。从《决定》中“全面禁止”的表述来看,立法者的法政策倾向显然是全面禁止,且《决定》第2条将其他陆生野生动物划入禁食范围,举轻以明重,地方重点保护野生动物当然属于禁食范围。因此,建议将《修订草案》第31条修改为“禁止食用国家和地方重点保护野生动物,有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物以及其他陆生野生动物。”

立法的关键问题在于是否应当禁止食用人工繁育和饲养的野生动物。科学地看,人工繁育和饲养的野生动物与野外生长的同类野生动物在生物学上属于同一种类,但是从法律性质和价值上来看,二者存在较大差别。人工繁育和饲养的野生动物不是生态系统的组成部分,不依赖于自然力生长更新,因此既不是环境要素也不是自然资源。从法律性质上来看,这类野生动物属于养殖户通过劳动创造出来的财产。这种生产活动凝结了大量的人类劳动,创造出了新的、额外的社会财富,避免了对于已有资源的挤占,有利于公共利益的整体增加,立法者应当予以鼓励而不是限制。“为了跳出基于社会存量资源分配假设的,先占与他人先占之间的零和博弈的困局,洛克指出,正是因为创造性劳动增加了供养人类生存的物品,劳动者先占取得其劳动对应增值部分,不会减少未参加劳动的其他人对固有存量资源的分享机会。”<sup>[23]</sup>(P888)因此,上述两种野生动物虽然在科学上属于同一物种,但是在法律性质和价值上并不相同。此外,人工繁育和饲养的野生动物由于环境可控,感染、携带病原体的风险也大大减少。因此,对于已经形成疫病防控体系的人工繁育和饲养的野生动物,应当允许进行相关生产、运输、销售活动。在经过规范检疫、屠宰和保证可溯源的情况下,应当允许食用。

综上所述,禁止食用野生动物的范围应当包括所有的野外自然生长繁殖的野生动物以及没有合法来源的人工繁育和饲养的野生动物。

### (二) 提升立法效率

考虑到法的效率问题,对于是否需要在食用环节进行规制并且设定相应的责任规范,需要进一步论

证。首先,食用行为与捕猎、交易、运输、经营等活动在性质上存在本质差别。食用行为属于消费行为,同时也是整个产业链的末端环节。而捕猎、交易、运输、经营则属于经营行为,相关主体以盈利为目的进行此类活动,主观恶性、危害性较大。其次,在进入食用阶段,食客接触的通常是被处理、烹制之后的野生动物食品,并不容易导致病原体的传播。而捕猎、交易、运输、经营等活动中,相关主体接触的通常是动物活体或者动物尸体,更容易导致病原体的传播。最后,从行为的特征上来说,“食用”是一种频繁、普遍和分散的自然行为。食用野生动物行为通常比较隐蔽,在实践中难以被及时发现。此外,在食用阶段,野生动物活体往往已经被加工成为食品,其外观和特征不复存在,难以对其物种进行直接的外观认定,必须依赖专业鉴定机构或专家进行鉴定。相关研究指出,“《决定》将野生动物禁食范围由此前的406种(属)扩展至全部种类的野生动物,数量多达上万种,但一般人只是对其中具有十分显著的外形特征的野生动物有一定的认识,能够大致确定其种属,至于其余的野生动物,根本无法有效辨别。正因为如此,在非法食用野生动物及相关案件中,仅有野生动物及其毛发、鳞片等物证并不足够完成证明,野生动物的物种这一专门性问题还需要通过司法鉴定或者专家辅助人制度来解决”<sup>[24]</sup>。显然,在行政执法中,对每一案件都进行鉴定或者寻求专家鉴定帮助将会耗费大量的行政资源,不具有现实可行性。行政机关很难确保对分散的、隐蔽的食用行为进行及时处罚。

因此,虽然立法机关禁止食用野生动物,但是基于效率的原因,对食用行为进行规制可能难以收获理想的效果。“如果用来监控和惩罚有害行为的公共资源投入不足,法律控制就难以实现其预期的效果。”<sup>[25]</sup>(P18)《修订草案》第54条对食用或者以食用为目的购买野生动物的行为设计了相应的法律责任,包括责令行为人停止违法行为、没收野生动物及其制品、处以罚款、将有关违法信息记入信用记录并向社会公布。这一责任条款虽然比较完备,但是在实践中可能难以进行调查取证,容易引起行政复议和诉讼。因此,建议增加对于初犯且尚未食用的行为予以批评教育的规定,减轻行政机关执法负担。此外,对全产业链的规制应当主要着力于捕猎、交易、运输、经营等前端环节。捕猎、交易、运输、经营等行为属于经营性行为,以盈利为目的,应当予以更加严厉的打击。此外,捕猎、交易、运输、经营都较为集中,容易发现和调查取证,有利于节约执法资源。《修订草案》第31-33条增加了对捕猎、交易、运输以及其他经营行为的禁止性规定,相较之前的立法有较大进步,但是需要注意的是,在具体表述上,应当删去“以食用为目的”的表述。

对于食用行为,除了进行相应的行政处罚之外,是否应当设定相应的民事赔偿责任?《物权法》第49条规定:“法律规定属于国家所有的野生动植物资源,属于国家所有。”《野生动物保护法》第3条规定:“野生动物资源属于国家所有”,但是《野生动物保护法》保护的野生动物限于珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物。依据这两条规定可以得出结论,珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物应当属于国家所有,这具有私法上的意义。因此,食用重点保护野生动物和“三有动物”的行为,不仅违反了公法的管制性规定,还导致了国有资产灭失。因此,可以仿照《海洋环境保护法》第89条的规定,在《修订草案》中增加一条国益诉讼条款,对大量食用国家所有的野生动物,给国家造成重大损失的,由野生动物保护主管部门代表国家提出损害赔偿要求。相对于行政法律责任来说,这一条款可能更加有利于对违法行为的矫正,减少野生动物消费。对于其他野生动物,则不应当适用这一规定。从上述规定来看,并非所有野生动物都属于国家所有,剩余的野生动物应当属于民法上的无主物。“如果连自然资源的概括式国有化都不能自动将其中包含的所有资源成分在私法上一并国有化,那么依据野生动物保护法对非‘珍贵、濒危和有益或有重要经济、科研价值’的野生动物的未国有化、《野生植物保护条例》对野生植物的未国有化,则更可得出这部分野生动植物资源就是物权法上的无主物这一反对解释。”<sup>[26]</sup>(P58)对于无主物,虽然我国民法没有规定先占制度,但是依据通常理解,社会主体可以在合理限度范围内自由实现所有权的先占取得<sup>[27]</sup>(P459)。因此,对于属于无主物的其他野生动物,社会成员在合理的情况下,应当允许合理先占,例如捕杀有害动物或入侵



动物。但是由于《修订草案》将其他野生动物一体纳入禁食范围,社会成员不能食用此类动物。

### (三) 妥善处理道德判断

首先,对于食用野生动物行为,立法机关不需要进行道德判断,就可以做出禁止性规定。因此,野生动物禁食立法中并不需要将食用野生动物行为作为一种陋习来看待,但是立法机关需要对食用行为进行类型化处理。从日常生活经验来看,一般的因好奇驱动而偶然食用野生动物的行为不能被归于伤害公众普遍情感或者善良风俗的行为,并不具有道德上的可责性。立法机关在立法中禁止食用野生动物,主要是基于保护公共卫生和人体健康的考量。对于滥食野生动物的行为,立法机关也需要区别对待。大量食用野生动物的行为与对食用行为的道德评价之间并无关联,实际上涉及违法程度的问题,因此应当在行政处罚的裁量基准中予以反映。而对于粗鄙的食用行为,需要在实践中区分不同形态。当这种粗鄙表现为残忍的、令人不适的方式食用但是并未被公众所知悉时,并没有改变行为的法律性质。因此,立法者对文雅地食用还是粗鄙地食用在所不问,应当留待社会舆论进行道德上的负面评价。但是如果食用者以残忍的、令人不适的方式食用并且进行传播,从而导致对公众善良情感或善良风俗的损害时,则已经实质性侵犯公共利益,应当进行法律上的评价。

以残忍的、令人不适的方式食用野生动物是虐待动物的一种类型。一般来说,对于此种行为应当在动物福利立法中予以规范。但是在我国的现行立法中,并没有相对应的动物福利立法或者规定。现行《野生动物保护法》将推进生态文明建设作为立法目的之一,且第29条规定:“利用野生动物及其制品的,应当……符合生态文明建设的要求,尊重社会公德,遵守法律法规和国家有关规定。”按照上述两条中所体现出来的立法精神,应当可以在立法中对此种行为进行法律上的规制。因此,建议在《修订草案》中增加相应条款,对于以残忍的、令人不适的方式食用野生动物的行为进行相应的处罚。

### (四) 保护养殖户的利益

为了维护野生动物禁食立法的公平性,保护少数群体利益,立法机关应当在修法过程中对人工繁育和饲养的野生动物予以类型化处理。《修订草案》第29条新增了第3款规定:“对经过驯化、具有稳定人工选择经济性状,人工繁育技术成熟,已经形成疫病防控体系的陆生野生动物人工繁育种群,经国务院农业农村主管部门会同国务院有关部门科学论证和评估,可以依照有关规定列入《国家畜禽遗传资源目录》”。按照这一规定所表现出来的立法倾向,未来人工繁育和饲养的野生动物只要进入《国家畜禽遗传资源目录》就可以被允许食用,这有利于加强野生动物养殖管理,同时也给予部分养殖户出路。但是在实践中,农业农村主管部门的认定标准相对宽松,个别种类野生动物虽然没有被纳入目录,但是已经被农业农村主管部门通过其他形式认可。例如,2014年7月,原农业部通过评估认定恭城竹鼠符合农产品地理标志登记程序和条件,准予登记并依法实施保护<sup>[28]</sup>。而国家林草局2020年10月发布的《关于规范禁食野生动物分类管理范围的通知》则要求在2020年底全面停止养殖包括竹鼠在内的64种野生动物。如果等到新的《野生动物保护法》出台之后再由农业农村主管部门进行科学评估和论证,野生动物养殖产业已经难以恢复。因此,从保护养殖户利益的角度出发,农业农村主管部门应当依据现行《畜牧法》对其编制《国家畜禽遗传资源目录》职能的授权,尽快开展认定工作。此外,野生动物毕竟和成熟的畜禽动物物种有较大的差异,分析论证难度较大,因此,在立法出台之后,农业农村主管部门还应当会同野生动物保护主管部门研究论证制定对野生动物遗传资源的认定办法。

对于没有形成疫病防控体系的、具有较大传播病原体风险的人工繁育和饲养野生动物,总体方针是停止繁育和养殖。目前已经出台的《关于规范禁食野生动物分类管理范围的通知》较为简单,需要出台更加细致的文件,对实践中的有证养殖和无证养殖区别对待。对于有证养殖,应当留待人工繁育许可证到期之后停止养殖,给予养殖户以充分的转产时间,对于自愿转产的养殖户则给予充分的经济补偿。对于无证养殖,目前地方文件中规定不予补偿。从法律性质上来看,无许可证养殖只是违反了野生动物人工繁育行政管理的规定,应当承担行政法上的责任,但是不影响养殖户对于养殖的野生动物享有所有

权。在实践中,由于野生动物养殖活动普遍存在于偏远贫困地区,养殖户无证养殖的情况十分普遍。因此,从法理以及维护社会稳定的角度出发,应当对无证养殖户给予相应补偿,但是补偿标准要对标有证补偿进行相应的降低。此外,无证养殖没有行政法上的合法性,不需要给予过渡期,应当要求尽快停止养殖。

禁止食用野生动物是对野生动物保护和利用公共政策的重大调整,需要审慎对待,仔细论证。对于这一问题的研究不仅要从保护公共卫生和人类健康的立场出发,还要从法治主义的立场出发,对其中所蕴含的法的安定性、法的效率、法与道德关系以及法的公平性问题进行深入分析,在此基础上才能进行系统性的规范设计,从而形成稳定、公平的法律秩序。通过对这一问题的探讨,本文揭示了立法机关在诸如环境立法等领域的立法中的基本立场和主要功能。当立法机关在面临不断变化的社会形势时,必须坚持客观中立的立场,创造性地调整法律与社会的关系,实现法的规范效果和社会效果的统一。

### 参考文献

- [1] 中国疾病预防控制中心新型冠状病毒肺炎一级响应态势分析与风险评估组. 2019新型冠状病毒疫情进展和风险评估. 中国疾病预防控制中心官方网站, 2020-01-28. [2021-09-19] <https://www.chinacdc.cn/yyrdgz/202001/P020200128523354919292.pdf>.
- [2] 王菡娟. 全国政协委员、中科院院士李景虹:尽快完善法律 全面禁止食用野生动物. 人民网, 2021-01-26. [2020-07-08] <http://society.people.com.cn/n1/2020/0126/c1008-31562764.html>.
- [3] 章轲. 环境法学界14位专家呼吁:确定野生动物养殖业转型时间表. 第一财经, 2020-02-22. [2020-07-08] <https://www.yicai.com/news/100517486.html>.
- [4] 王竹. 我国到底有多少部现行有效法律——兼论“准法律决定”的合宪性完善. 社会科学, 2011, (10).
- [5] 陈鹏. 全国人大常委会“抽象法命题决定”的性质与适用. 现代法学, 2016, (1).
- [6] 秦前红, 刘怡达. “有关法律问题的决定”:功能、性质与制度化. 广东社会科学, 2017, (6).
- [7] 叶良芳. 《野生动物保护决定》若干适用问题探讨. 法治研究, 2020, (3).
- [8] 古欣. 1800万只竹鼠被判死缓:10万养殖户的生计和20亿元的生意. 中国新闻周刊, 2020-04-06. [2020-07-08] <http://www.chinanews.com/cj/2020/04-06/9148704.shtml>.
- [9] 克劳斯·罗克辛. 刑事政策和刑法体系. 蔡桂生译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [10] 张力. 国家所有权通入私法:路径与实质. 法学研究, 2016, (4).
- [11] 尹亚军. “问题导向式立法”:一个经济法立法趋势. 法制与社会发展, 2017, (1).
- [12] 中共中央文献研究室. 习近平关于全面依法治国论述摘编. 北京: 中央文献出版社, 2015.
- [13] 张翔. 我国国家权力配置原则的功能主义解释. 中外法学, 2018, (2).
- [14] 卢卡·温特根斯. 作为一种新的立法理论的立法法理学. 比较法研究, 2008, (4).
- [15] 卡尔·恩吉施. 法律思维导论. 郑永流译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [16] 迪特玛尔·冯·德尔·普佛尔腾. 法哲学导论. 雷磊译. 北京: 中国政法大学出版社, 2017.
- [17] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈. 法律工具主义对法治的危害. 陈虎译. 北京: 北京大学出版社, 2016.
- [18] 齐佩利乌斯. 法学方法论. 金振豹译. 北京: 法律出版社, 2009.
- [19] 曹炜. 环境监管中的“规范执行偏离效应”研究. 中国法学, 2018, (6).
- [20] 卢曼. 社会的法律. 郑伊倩译. 北京: 人民出版社, 2009.
- [21] 鲁道夫·冯·耶林. 为权利而斗争. 胡宝海译. 北京: 中国法制出版社, 2004.
- [22] 谢晖. 法哲学讲演录. 桂林: 广西师范大学出版社, 2007.
- [23] 张力. 先占取得的正当性缺陷及其法律规制. 中外法学, 2018, (4).
- [24] 路磊, 陈艾璐. 全面禁止食用野生动物制度下野生动物的界定与认定. 新华网, 2020-03-27. [2021-01-20] [http://www.xinhuanet.com/legal/2020-03/27/c\\_1210532816.htm](http://www.xinhuanet.com/legal/2020-03/27/c_1210532816.htm).
- [25] 桑本谦. 法律控制的成本分析——以对通奸和黄色短信的法律控制为例. 现代法学, 2007, (5).

- [26] 张力. 自然资源分出物的自由原始取得. 法学研究, 2019, (6).
- [27] 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 物权法立法背景与观点全集. 北京: 法律出版社, 2007.
- [28] 李新雄. 恭城竹鼠获得国家级农产品地理标志. 人民网, 2014-07-07. [2021-01-29] <http://cpc.people.com.cn/n/2014/0707/c87228-25245226.html>.

## Jurisprudential Analysis and Legislation Suggestion On Legislation Prohibiting Consumption of Wild Animals

Cao Wei (Renmin University of China)

**Abstract** Legislation on prohibiting consumption of wild animals should meet the following requirements based on the special nature of legislative activities. The current law should continue to apply through interpretation, filling and renewal to strengthen the interface with other legislations. Appropriate regulatory instruments and links should be adopted to reduce law enforcement costs. Moral judgments should be separated from legal judgments to avoid the penetration of moral judgments into the normative system. The interests of vulnerable groups need to be accommodated in order to mitigate the adverse effects on the subjects involved. With the consideration of the above requirements, the amendment of the *Wild Animal Conservation Law* should limit the scope of the consumption prohibition to all wild animals that grow naturally in the wild and those artificially bred and raised without legal sources. The core of legislative regulation should be placed on the front-end sectors such as hunting, transportation and operation. The national interest litigation and reasonable acquisition through first possession should be stipulated. Punishment should be specified for consuming wild animals in a cruel and uncomfortable way. Terrestrial wild animals with animal disease prevention and control system should be incorporated into the *National Catalogue of Livestock and Poultry Genetic Resources* as soon as possible whereas the breeding and cultivating of terrestrial wild animals without such a system should be stopped, but with different treatment according to the holding or non-holding of a breeding certificate.

**Key words** prohibition on consumption of wild animals; wildlife breeding; *Wild Animal Conservation Law*; public health; public safety; legal policy; animal welfare legislation

---

■ 收稿日期 2021-04-28

■ 作者简介 曹 炜, 法学博士, 中国人民大学法学院副教授, 中国人民大学食品安全治理协同创新中心研究员; 北京 100086。

■ 责任编辑 李 媛