

习俗与法律的辩证关系

——以《刑法修正案(十一)》

野生动物保护立法为视角

刘柳¹

【摘要】: 习俗与法律辩证关系的法哲学基础在于界定习俗的概念与类别。习俗是个体习惯与习俗性规范之间的中间状态,习俗的类别可以分为良俗、陋俗与价值表征中立的习俗。食用、利用野生动物陋俗与刑法博弈背后彰显的是个体法益观向双重法益观的转变。法律向食用、杀害野生动物的陋俗挥剑,与此同时,国家立法机关考虑到习俗因素对野生动物犯罪条款进行修改,最终对以食用为目的非法猎捕、收购、运输、出售驯养繁殖普通野生动物行为进行出罪妥协。价值表征中立的习俗可以用来界定宠物与在野外生长野生动物的概念,以此在刑法上作为出罪依据或者量刑依据。在推动陋俗及其社会观念转型时,亟须建立刑法罪名条款设置的类型化并以实质解释衡量刑法第 341 条罪名侵害法益的严重程度。

【关键词】: 习俗 法律 野生动物 《刑法修正案(十一)》

【中图分类号】: D923.1 **【文献标识码】:** A **【文章编号】:** 1003-854X(2021)10-0136-09

2010 年,由常纪文教授牵头、多位法学专家起草的《中华人民共和国反虐待动物法(专家建议稿)》胎死腹中。关于吃猫狗肉的习俗是否应该被禁等话题,在网络舆论上吵得沸沸扬扬。此后,归真堂“活熊取胆”事件、江西省资溪县“非法猎杀猕猴案”、河南省新乡市“掏鸟窝案”、深圳“鹦鹉案”等案件频发,而后两个案件分别被选入“2015 年中国十大影响性诉讼”之一与“2018 年中国十大刑事案件”之一。关于此类案件,部分民众缺乏足够辨识能力,单纯以“人不如其鸟”“人不如其动物”的论调批判,以舆情影响司法。与此同时,部分专家学者将这类案件视为一体,忽视了“掏鸟窝案”“鹦鹉案”属侵害不同法益类型之案件,更忽视了伦理学、环境法学与动物保护学等学科的多维度整体视域。¹总而言之,虽然目前相关立法显得无力且有诸多漏洞,刑法第 341 条第 1 款罪名亟需根据侵害不同法益类型进行修正,但是部分论者所谓的割裂人权、动物权与环境权一体性的观点只不过是一叶障目,已然忽视了环境权早已成为第三代人权,环境法益的相对独立性具有时代应然性之特征。

2020 年 2 月 24 日全国人大常委会通过《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》(以下简称《决定》),其中第 2 条规定,全面禁止食用陆生野生动物,包括人工繁育、人工饲养的陆生野生动物。这个决定第 2 条的“一刀切”规定引起广泛争议,关于禁食后的补偿问题以及我国法律规章规定的不一致等因素导致此条规定难以落实,甚至被形容是美国当年的禁酒法令。⁽²⁾实际上,人类历史上第一部反对人类任意虐待动物的法令《马丁法案》在提出之时,褒贬不一,甚至很多人嘲笑该法案的提议人道主义者查理·马丁是“疯子”。然而,接下来各国纷纷效仿英国,出台相关动物保护法案。最后证实这一法案对促进世界动物保护、环境法与食品法协同规制,人权与动物权一体化构建等领域发展具有重要作用。《决定》的出台“将野生动物限制利用问题提升到国家安全和生态文明高度,首次使用了革除陋习这一用语,并将消费端控制作为规范重点。”⁽³⁾这种前瞻性规定有助于动物伦理观念与生态法益观的嬗变。

作者简介: 刘柳,中南民族大学法学院讲师,民族法制研究中心副研究员,湖北武汉,430074。

基金项目: 中南民族大学中央高校基本科研业务费青年项目“基于健康权保障的动物源性食品准入制度研究”(CSQ21011)

“我国《民法典》在世界上首次规定‘绿色原则’并在物权编、合同编、侵权责任编用近 30 个条文建立了‘绿色规则’体系，回应生态环境问题给经济社会生活带来的巨大挑战，满足人民群众对更加美好环境的向往。”⁽⁴⁾与此同时，我国刑法显得更加滞后，即使中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议于 2020 年 12 月 26 日通过的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》[以下简称《刑法修正案(十一)》]加强了关于野生动物、生物安全犯罪等生态领域的刑法规制，但是在整体上刑法仍远远未实现刑民一体化的规则衔接，也尚未健全野生动物领域的刑事规则体系。有论者指出，环境犯罪保护法益之确立应从刑法思维转向刑民一体化思维。⁽⁵⁾环境法益的确立不仅需要局限于刑法既有的思维窠臼，还应当以法哲学的观念统筹整个部门法的协调发展，以此推动破坏野生动物资源刑事罪名的法之协调。

一、习俗与刑法辩证关系的法哲学基础、观念转型与案例反思

2021 年 2 月 22 日最高人民法院审判委员会第 1832 次会议、2021 年 2 月 26 日最高人民检察院第 13 届检察委员会第 63 次会议通过的《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(七)》[以下简称《补充规定(七)》]确定了刑法第 341 条第 3 款的罪名，并且修改了刑法第 341 条第 1 款的罪名。其将前者确定为非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪，将后者修改为危害珍贵、濒危野生动物罪。实际上，早在食用野生动物陋俗进入刑法规制范畴以前，刑法第 341 条第 1 款早已引起了广泛的争论。尤其是当年“掏鸟窝案”等案件，这些案件无一例外反映了个体本位和群体本位的人类中心主义观念形成的对野生动物滥杀滥盗等习俗与刑法的博弈。此番博弈虽然在“掏鸟窝案”中以习俗的失败而告终，却也对后续涉及危害野生动物的刑事案件产生了深远的影响。

(一) 习俗与法律辩证关系的法哲学基础

习俗与法律辩证关系表现在两个层面。第一个层面，习俗被法律吸收成为国家制定法的组成部分，或者习俗尚未被国家立法吸收，但是习俗被司法机关适用。在这个层面上，法律或运用习俗的公意基础来巩固法律稳定性，或基于习俗的秩序价值发挥其社会治理功能。在野生动物领域，法律可以利用地方习俗界定宠物与野生动物的含义，将习俗作为刑法的出罪或量刑依据。法律也可以基于地方习俗对饲养宠物类型的犯罪进行法益危害程度的实质性衡量，将此种类别犯罪适用最低法定刑。第二个层面，体现在法律与习俗的对抗性以及法律对习俗改革的适度性。法律向陋俗挥剑并向其适度妥协常常是漫长而又反复改变立场的过程。换言之，法律将陋俗行为规定为违法行为或作入罪化处理，但基于部分陋俗具有深入人心并形成稳定经济市场的特性，法律需要考虑利益平衡原则而无法一刀切。例如，《反虐待动物法(草案)》表面上是缺乏民众支持，实质上是公众习俗难以转变。再如，《野生动物保护法(草案)》《刑法修正案(十一)》都将驯养繁殖的普通野生动物排除出保护范围，表面原因是驯养繁殖普通野生动物生产链过于庞大难以规制，背后实质是长期形成的买卖野生动物的习俗难以被改变。

习俗与法律辩证关系的哲学基础在于习俗概念的层次性与内涵的丰富性。亚里士多德和托马斯·阿奎那认为，如果一个人从心里认同自由是中立的自由或选择的自由，那么习惯就表现为对自由的限制。但是来自于好的习惯的自由本身就不同于第一种自由。阿奎那用“力量的完美”(Perfection of Power)来指称一个好的习惯(即德性)。⁽⁶⁾不同于阿奎那对习惯的论述，尼采在《快乐的科学》一书中揭示，习惯分为长久的习惯和短暂的习惯。“短暂的习惯是健康的，因为它们允许知识通过经验而加深；长久的习惯是自我超越的障碍……我喜欢短期的习惯，它常有终止的时候……我相信新的习惯是正确的……我憎恶长久的习惯，我感觉是个暴君走近我并且使我的生活空气凝固。”⁽⁷⁾实际上，阿奎那假定了一个绝对好的习惯的前提，在此基础上，论述了道德德性来自于这种习惯。这种习惯是一种理论上纯粹的善的生活实践。在真实的生活里，尼采的观点却更贴近。也就是说，随着生活情境的改变与时代的变化，价值在不断地博弈，好的习惯如果不根据现实情况调整，就不再是好习惯。同理，习俗的合理性随着时代的演变也会遭受质疑，吃野生动物的陋习与不尊重生态环境的传统习俗在当今早该被淘汰了。然而，法律规则可以在一定程度上具有前瞻性，而长久形成的习俗却具有更大的滞后惯性。

习俗以个体习惯作为生成的逻辑起点，是指两个或两个以上的人之间的互动行为或反复博弈行为中产生的常规性行为。首先，习俗具有不同个人之间互动的构成要素。⁽⁸⁾集体性习惯即为风俗或风尚习俗。其次，习俗具有一种集体意见对个人意见施压

的特征。这种压力因为不同的原因具有强弱之分,具有义务性规则特性的习俗的压力就远远高于其他习俗的压力。例如,不得滥用暴力、偷窃等限制性习俗的压力高于腊八节吃腊八粥的舆论压力。前者已经从习俗逐步演变为习俗规范,而后者更多地指向一种纯文化的习俗。不过基于不同习俗之间的区分,韦伯早就提出了习俗、惯例、习俗法三个细化的概念。⁽⁹⁾习俗的界定不同于习俗性规范,后者具有社会强制性的力量。⁽¹⁰⁾基于哲学家的阐述,不难发现法律与习俗冲突的原因在于习俗背后观念的滞后性,与此同时,法律可以吸收良俗来维护法律秩序的稳定。这就是习俗与法律辩证关系的法哲学基础。不过,本文目的不在于论述良俗,而旨在论述陋俗与价值中立的习俗。

总的来说,习俗与法律辩证关系的法哲学基础在于厘清习俗的概念并辨析习俗的类别。本文将习俗的概念界定为个体习惯与习俗规范之间的中间状态,而习俗的类别可以分为陋俗、良俗与价值表征中立的习俗。部分习俗基于观念陈旧性而无法更新,例如食用野生动物的习俗、为获利杀害野生动物的习俗,这些习俗背后彰显的是人类中心主义观念。此类习俗不是《民法典》第8条和第10条规定的“公序良俗”中的“良俗”,而是陋俗。与此同时,另外一些习俗在价值表征层面相对中立,既不涉及善,也不涉及恶。这类习俗包括公民基本日常生活习俗,例如摆地摊打气枪的习俗,吃腊八粥的习俗等等。在野生动物法律规制领域,价值表征中立的习俗指向了基于喜爱宠物而养宠物的习俗。

(二)以《刑法修正案(十一)》透视习俗与刑事立法博弈的法益观流变

环境刑事案例折射的法益观早在2011年就初见端倪。《刑法修正案(八)》将第338条的“重大污染环境事故罪”改为“污染环境罪”,删去“公私财产遭受重大损失或者人身伤亡”的结果性限制,仅作“严重污染环境”的要求,这意味着对环境法益的前置性保护,使得生态法益也进入刑法视野。⁽¹¹⁾而《刑法修正案(十一)》将《刑法修正案(十一)(草案二次审议稿)》的污染环境罪的条款进行了再次细微调整⁽¹²⁾,这意味着生态法益保护的结果性限制进一步被排除,以人身、财产利益受损作为环境犯罪结果要素的传统环境刑法逐步被抛弃。与此同时,《刑法修正案(十一)》在刑法第341条中新增加1款罪名,即非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪。这也意味着我国刑法对于环境类犯罪的立法模式由纯粹的人类中心主义,逐步向生态学的人类中心开始转变。⁽¹³⁾

关于人类中心主义的思想源头,最早可追溯到希腊哲学家普罗泰戈拉的著作。“人是万物的尺度,是存在的事物存在的尺度,又不存在的事物不存在的尺度”。⁽¹⁴⁾然而,由于视域的局限,此种重在强调人作为主体价值的人类中心主义却往往被误解为人类中心至上主义,最终导致生态失衡的严重后果。由此,生态中心主义登上了历史的舞台。人类中心主义与生态中心主义争论的核心是何谓人的利益,以及人的利益是否至上到可以不尊重生态,不顾及动物福利。有论者指出,“所有的生态主义,其实都不是要否定人的中心地位,而是从以往对待世界的傲慢态度中摆脱出来,超越人类中心主义是一种痛心疾首的人类中心观念,它强调我们必须从过度强硬的人类立场回退,以保护人类更长久的生存。”⁽¹⁵⁾进而言之,通过对人的利益等概念的理解差异去解释这种分歧,最后概念取得一致,争议就解决了。界定清楚概念至少会排除掉一些不必要的规范立场争议。汪信砚教授指出,“人类中心主义概念实际上分为两种,一种是类本位的人类中心主义,另一种是个体本位和群体本位的人类中心主义。前者是指以人类整体利益、长远利益为导向;后者指的是把人的利益置于首要地位,而正是在后者的支配下才出现了当代生态危机。”⁽¹⁶⁾人类中心主义的概念明晰后,同时摒弃生态中心主义的极端概念,两个概念的交叉地带就是既保护人类利益,也保护生态环境的折衷立场。人类中心主义与生态中心主义观念的交叉地带是部门法生态法益观的哲学基础。

对于在环境刑法领域,这种争论演变为生态法益是否具有独立性,有论者指出,观点变化具有随着历史发展演变的流动性。“随着生产力发展,人们开始意识到一些即使与人类无直接利害关系的生态环境利益,归根结底也会影响到人类,进而逐渐将生态环境利益视为相对独立的法益。”⁽¹⁷⁾生态法益之所以具有相对独立的价值,源自人自身目光总是趋向于短浅,看不到长远利益。因此,立法者开始脱离单纯的经济利益考察,赋予生态法益相对独立的价值。既保护人的生命、健康等个人法益,也保护环境媒介等生态法益的双重法益观得到大多数学者的认同。⁽¹⁸⁾

综上所述,双重法益观的折中说与哲学层面争鸣的中间地带是吻合的。刑法的谦抑性并不表示刑法不能作为回应性的法进

行适当扩张，并不代表就要对关于社会不良习俗的案件一定作出出罪解释或者降低量刑标准。环境领域的犯罪威胁的是人类卫生健康共同体，环境法益不一定能够最终被还原为个人法益。即使公众尚未清晰认知破坏野生动物资源等生态的危害性，但在明知的情況下依然非法猎捕或者非法收购珍贵、濒危野生动物，构成刑法第 341 条罪名的，无需以人不如动物的言论藐视生态法益。

（三）“掏鸟窝案”后续案件之习俗与刑事司法博弈再审视

我国刑法第 341 条第 1 款危害珍贵、濒危野生动物罪在罪名修改前为非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪。此罪的量刑幅度有三档，分别是 5 年以下，5 年以上 10 年以下以及 10 年以上。根据 2000 年 11 月 27 日最高人民法院《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》）第 1 条规定，刑法第 341 条第 1 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》附录一、附录二的野生动物以及驯养繁殖的上述物种。并且，“情节严重”的判断标准包括数量标准、价值标准与非法获利数额标准。这个规定因为大学生“掏鸟窝案”与“鹦鹉案”等案件的报道而引起广泛争议。争议的问题无非三个：一是驯养繁殖的国家重点保护野生动物与列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录 I、附录 II 的野生动物是否与纯野生动物同等对待；二是作为衡量情节严重与情节特别严重的《解释》附录，其数量标准是否合理，而数量标准是否合理与 2000 年制定的《解释》附录是否滞后相关；三是珍贵、濒危野生动物作为宠物的量刑问题。

在“红尾蚺案”⁽¹⁹⁾中，广州市中级人民法院充分利用《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》附表中的空间，导致了二审裁判结果相对合理而却并不合乎立法原意的效果。在此案件中，被告人黄某某养红尾蚺等动物作为宠物。他于 2012 年至 2013 年间从广州市荔湾区芳村花鸟鱼艺大世界市场等地收购红尾蚺 8 条、球蟒 2 条，再以收购的红尾蚺 6 条分别交换得球蟒 2 条、网纹蟒 2 条以及杜氏蚺 2 条，以用作饲养和销售。广州市荔湾区人民法院遂判处被告人黄某某犯非法收购、出售珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑 10 年，并处罚金 2 万元。⁽²⁰⁾宣判后，被告人黄某某提起上诉。广州市中级人民法院以适用法律不当，对上诉人黄某某量刑过重为由作出判决。判决内容唯一变化地方在于撤销了上述刑事判决第一项的量刑部分，将之前的 10 年有期徒刑改为 1 年 10 个月，并处罚金从 2 万元改为 1 万元。

从判决理由看，法院在认定涉案球蟒、网纹蟒的价值时，基本没有什么问题。然而，该判决书中对涉案红尾蚺与杜氏蚺价值的界定理由值得商榷。具体而言，判决书指出涉案红尾蚺、杜氏蚺为爬行纲蛇目蚺科懒螭属，虽被列入公约附录 I 或附录 II，但在司法解释附表中并无与其同属或同科的国家一、二级保护野生动物，无可供参考的“情节严重”“情节特别严重”的认定标准。根据罪刑法定原则，亦不能认定上诉人黄某某属于“情节严重”或“情节特别严重”。由于红尾蚺与杜氏蚺均属于蛇目蚺科，而红尾蚺被列入公约附录 I，杜氏蚺被列入公约附录 II，红尾蚺价值高于杜氏蚺，故选择红尾蚺进行分析。根据《最高人民法院、最高人民检察院、国家林业局、公安部、海关总署关于破坏野生动物资源刑事案件中涉及的 CITES 附录 I 和附录 II 所列陆生野生动物制品价值核定问题的通知》的规定，我国是《濒危野生动植物种国际贸易公约》（CITES）缔约国，非原产我国的 CITES 附录 I 和附录 II 所列陆生野生动物已依法被分别核准为国家一级、二级保护野生动物。显然，红尾蚺已经得到《濒危野生动植物种国际贸易公约》的认可，并且红尾蚺被《濒危野生动植物种国际贸易公约》认定为属于附录 I 保护的动物。这意味着红尾蚺已被核准为我国的一级保护野生动物。然而，我国 2000 年最高人民法院司法解释附表中却漏洞频出，并无对应的同属或同科的国家一、二级保护野生动物。在司法实践中，虽然机械司法貌似符合罪刑法定原则，然而却忽视了对法益侵害严重程度的实质衡量。此案无疑也反映了司法实践的“避难就易”的懒惰思维⁽²¹⁾。并且，公约附录中的蛇目包括了不止红尾蚺等少数物种，其蛇目下的蚺科、雷蛇科、游蛇科、眼镜蛇科等均没有在《解释》附表中，而这些蛇目下科属的保护级别不仅涉及了公约附录 II，还有不少是附录 I 的保护范围。不仅仅是蛇目，其他大量属于《濒危野生动植物种国际贸易公约》保护范围的野生动物，均不在我国司法《解释》附表中。

总而言之，从刑事司法的角度，法益侵害严重程度实质衡量的缺乏既会导致将涉及国家一级保护动物相关犯罪行为作出量刑畸轻处理，也会造成宠物类犯罪量刑畸重的后果。针对红尾蚺这类特殊案例，既涉及将珍贵、濒危野生动物作为宠物进行收

购、出售的犯罪行为，也涉及国家一级保护野生动物实质价值的解释。无论以上哪一种类型，我国司法实践都存在制度供给不足的问题。有论者指出，“在动物保护问题上，我们现在面临的问题并不是‘重刑依赖’，而是制度供给严重不足……而在这些现象后面起作用的，是不当的观念和错误的认识，尤其是政策和法律制定者以及法律人观念和认识上的不足。”⁽²²⁾从法理论角度，案例背后彰显的是司法对习俗的退让，背后的理念依然是“人类中心的法益论”。

二、《刑法修正案(十一)》等法律立法目的、司法解释与习俗的相互作用

周珂教授指出，“我国野生动物立法经历了基于国有自然资源的保护、基于商业的规范利用和以禁食为切入点深化改革三次嬗变。”⁽²³⁾从上述三次嬗变效果来看，前二次都有制度与实施之间的偏差问题。“只要滥食野生动物的陋习不转变，以食用为目的的野生动物产业受到资本和经济利益的驱动必然屡禁不止。”⁽²⁴⁾然而，在法律世界中，虽然法律建构的理性高于陈俗旧规，但是在现实中往往是习惯的力量在操纵。⁽²⁵⁾立法目的与实际效果的背离往往源自新的价值观念与旧习俗观念的博弈。

(一)《刑法修正案(十一)》等法律立法目的与习俗的相互作用

《刑法修正案(十一)》第41条规定，“违反野生动物保护管理法规，以食用为目的非法猎捕、收购、运输、出售第一款规定以外的在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物，情节严重的，依照前款的规定处罚。”该条对《刑法修正案(十一)》(二次审议稿)进行了修正，增加的文字为“在野外环境自然生长繁殖”这11个字，这11个字看起来不多，但是该条款的含义发生了很大的变化。

首先，以食用为目的非法猎捕、收购、运输、出售非濒危野生动物罪的新增罪名设置与《决定》的第2条进行了衔接。而全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀作出的关于《决定》的说明，其中明确提出全社会应当革除滥食野生动物陋习。具体而言，《决定》要求我国公民都要自觉增强生态保护等意识，移风易俗，将滥食野生动物的陋习更换为健康文明的饮食习惯。这又与《中华人民共和国野生动物保护法(修订草案)》[以下简称《野生动物保护法(草案)》]的新增规定及其立法精神一脉相承。⁽²⁶⁾这说明法律力图将原来的陋俗转变为新的饮食习惯，这种新的饮食习惯是与生态文明观念契合的生活方式。以上改变说明，立法目的在于移风易俗，对滥食野生动物的习惯进行了否定性评价，并且《刑法》《野生动物保护法》实现了行刑衔接，有助于法的价值目标的统一性。

其次，《刑法修正案(十一)》对《刑法修正案(十一)》(二次审议稿)进行了修正，修正的部分涉及到立法目的，这表明非在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物不再受刑法保护。刑法保护野生动物的范围最初局限在珍贵、濒危野生动物，然后扩大为对以食用陆生野生动物为目的进行非法猎捕等行为的规制，最后谨慎地将陆生野生动物限定为在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物。换言之，以食用为目的非法猎捕、收购、运输、出售驯养繁殖的普通野生动物并不构成此罪名。显然，此条修改立足于我国庞大的野生动物驯养繁殖产业与公民食用野生动物陋俗难改，一旦将针对驯养繁殖野生动物的非法猎捕等行为规定为刑法的打击对象，难免会造成打击范围过宽，最后导致法不责众的局面。同时，野生动物驯养繁殖的产业链过长，如果不加区分，一刀切地将自然生长与驯养繁殖的规定禁食后，国家可能会产生巨额的补偿。

再次，《野生动物保护法(草案)》第31条对原《野生动物保护法》第30条作了修正，扩大了野生动物保护范围，即将禁止食用的野生动物扩展为国家重点保护野生动物、“三有”陆生野生动物以及其他陆生野生动物，不再只限于对国家重点保护野生动物的保护。并且，禁止以食用为目的猎捕、交易、运输在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物，这明显扩大了保护范围，将以食用为目的的猎捕、交易、运输行为皆规定为法律规制的行为类型。值得注意的是，此条第2款明确限定的是在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物。换言之，非野外环境自然生长的陆生野生动物可以合法猎捕、交易和运输。这表明《野生动物保护法》在修订过程中向习俗所形成的庞大产业链妥协的过程：驯养、繁殖的野生动物无法受到《野生动物保护法》的保护。《野生动物保护法(草案)》立法目的是扩大野生动物的保护范围，然而却没有明晰可食用野生动物与禁止食用野生动物的概念，并且该法基于相对保守立场舍弃了对驯养、繁殖的野生动物的保护。

最后，关于驯养繁殖野生动物的规定。《野生动物保护法(草案)》第 29 条在原法基础上新增了内容，即“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》。”新增的内容可谓是对近几年野生动物刑事案件所反映的 2000 年最高院《解释》第一条的侧面回应，即对经过驯化，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，不再按照刑法第 341 条第 1 款规定进行惩治。关于这一点，张勇教授指出，“驯化动物与野生动物是两个对立概念……《解释》中规定的‘驯养繁殖的上述物种’，只能被限制解释为‘人工繁育、短期驯养但未驯化的野生动物’”。⁽²⁷⁾因此，应当将购买、出售经过驯化，具有稳定人工选择经济性状的陆生野生动物的行为进行出罪解释。所以，关于驯养繁殖野生动物的法律规制，不论是《野生动物保护法(草案)》，还是《刑法修正案(十一)》，都在一定程度上彰显出法律对于习俗的部分妥协。

(二)野生动物保护刑事立法目的、司法解释与习俗的相互作用

1. 以饲养宠物习俗反思《刑法修正案(十一)》罪名目的合理性

《刑法修正案(十一)》在原法第 341 条中新增第 3 款，该款规定了以食用为目的非法猎捕、收购、运输等违法行为，可见其目的规制对象是食用及其相关行为。然而，整个刑法第 341 条只有第 3 款提到了行为目的，其他目的均未提及。

然而近年来，除了食用野生动物的习俗，还有一种便是饲养野生动物的习俗。“另类野生宠物”的兴起让不少人铤而走险，购买、养殖形形色色的珍贵、濒危野生动物，涉嫌构成刑法第 341 条第 1 款刑事罪名。2020 年 2 月 28 日，浙江省慈溪市人民法院审理了一起非法收购珍贵、濒危野生动物案件。其中，被告人施某因网购野生黄金蟒，一审被判处有期徒刑 8 个月，缓刑 1 年，并处罚金 5000 元。⁽²⁸⁾经查证，施某所购买的黄金蟒是缅甸蟒白化种，属于《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录 II 的保护范围。前文所述的“红尾蚺”案中，红尾蚺等动物就是作为宠物被收购和出售。

这些关于饲养宠物习俗的刑事案例，均反映了刑法第 341 条第 1 款罪名目的不健全的问题。有论者指出，《刑法修正案(十一)》(草案)将“以食用为目的”非法猎捕、收购、运输、出售除珍贵、濒危野生动物以外的陆生野生动物的行为犯罪化，是逻辑上的不连贯。首先，《刑法》第 341 条第 1 款是对主观目的没有限制的概括性规定，这表明是否以食用为目的的上述行为都属于刑法规制的对象。其次，《刑法》试图与《野生动物法》《决定》进行衔接，这无可厚非⁽²⁹⁾，然而这容易使人产生困惑，即不以食用为目的的其他行为到底是否为《刑法》的规制对象。更严重的问题是，如此规定导致《刑法》第 341 条规定逻辑结构的不自治。《刑法》第 341 条的立法目的让人迷惑，除了以食用为目的，其他行为目的是什么，哪些目的才属于《刑法》的规制对象。

值得注意的是，《补充规定(七)》修改刑法第 341 条第 1 款的罪名为危害珍贵、濒危野生动物罪。此新罪名虽然尚未修改条款，但是引人深思。原罪名为行为犯，情节严重、情节特别严重的量刑幅度依据司法解释的数量标准，这种机械依据数量衡量法益侵害严重性的标准早已在司法案件中引起争议，例如“鹦鹉案”“红尾蚺案”。新立法以“危害”两字取代“非法猎捕、杀害、收购、运输、出售”等行为，新罪名修改是否暗示了法益侵害严重程度是作为具体案件裁决的实质性理由，而以饲养宠物为目的的行为涉嫌此罪名时，则需考虑生态破坏的法益侵害严重程度。

2. 以野生动物制品交易价值习俗窥见原司法解释之矛盾

野生动物制品价值是变动的，而不是一成不变的，正如其珍贵程度也是随着时间变化的。原最高人民法院两个司法解释本身存在规定不完全一致的地方，这个漏洞更加导致了刑事案件中野生动物制品价值难以确定。即使在民商法领域，存在根据野生动物制品价值的交易习俗确定不同的价格，然而在刑法领域，罪刑法定所依据的法存在不同的规定容易产生司法适用困境。

根据 2000 年 11 月 27 日最高人民法院《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》)第 1 条规定,刑法第 341 条第 1 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。2012 年 9 月 17 日,最高人民法院、最高人民检察院、国家林业局、公安部、海关总署《关于破坏野生动物资源刑事案件中涉及的 CITES 附录 I 和附录 II 所列陆生野生动物制品价值核定问题的通知》(以下简称《通知》)对陆生野生动物制品价值的标准作出了规定,即 CITES 附录 I、附录 II 所列陆生野生动物制品的价值,参照与其同属的国家重点保护陆生野生动物的同类制品价值标准核定;没有与其同属的国家重点保护陆生野生动物的,参照与其同科的国家重点保护陆生野生动物的同类制品价值标准核定;没有与其同科的国家重点保护陆生野生动物的,参照与其同目的国家重点保护陆生野生动物的同类制品价值标准核定;没有与其同目的国家重点保护陆生野生动物的,参照与其同纲或者同门的国家重点保护陆生野生动物的同类制品价值标准核定。

CITES 附录 I、附录 II 所列的陆生野生动物制品中,其对应关系包括属、科、目、纲或门,依次向上级范围追溯。然而,2000 年最高人民法院《解释》中第 10 条,却只认定了没有同属的,只向上追溯到同科的认定标准。这意味着 2000 年的《解释》与 2012 年的《通知》规定存在不一致的地方。从法的效力位阶进行分析,《通知》的效力级别是部门规范性文件,《解释》的效力级别是司法解释。一般来说,司法解释的效力高于部门规范性文件。然而,此《通知》的发布部门不仅涵盖了最高人民法院、最高人民检察院,还包括了对野生动物领域相对精通的国家林业局等部门。此《通知》是针对实务办案中陆生野生动物交易价值鉴定标准问题而制定,故《通知》相对于《解释》而言是特别法。并且,《通知》相对于《解释》而言是新法与旧法的关系。进言之,从法理角度分析,在解释陆生野生动物的价值方面,《通知》的效力可能优于《解释》。因此,“红尾蚺”案例中红尾蚺可以参照与其同目并且同纲同门的“蟒”来界定其价值。既然“红尾蚺”的价值与“蟒”可以等同,按照责任与处罚相当原则,法律责任的种类和轻重应与违法行为或违约行为的具体情节相适应。非法收购、出售价值相当的野生动物,其量刑幅度应当是相当的。最高人民法院司法解释关于珍贵、濒危野生动物规定的自相矛盾容易导致刑事司法量刑失衡。

三、习俗与野生动物保护刑事立法对抗关系的历时性及其制度完善

我国对习俗的研究路径可能停留在习俗具有的治理价值,忽视了习俗的发展模式并不一定是“趋善之进化”,也有可能是一种与文明对立的异化模式。⁽³⁰⁾这种异化模式经常停留在对乡规民约的研究视域,忽视了时代背景下新的价值理念与旧习俗的对抗状态。在《决定》通过之后,法律的生态文明价值与吃野生动物的陋俗之间的对抗状态被明示化,而早在这之前刑法案例判决文书立场的摇摆不定早已表明法律与习俗之间的博弈历时已久。

(一) 刑法案例背后之法律与习俗对抗关系的历时性

正如上文所述,不论是“掏鸟窝案”,还是“鹦鹉案”,抑或是“红尾蚺案”,这些案件都反映出刑法与习俗的对抗与妥协关系。其中不仅涉及人工繁育野生动物是否与野外环境自然生长繁殖的野生动物的量刑标准一致,还涉及到人类中心主义观念所形成的人类至上主义,以人的权力践踏动物的福利的问题,甚至还涉及到宠物的刑事规制问题。正如上文所述,红尾蚺属于脊索动物门爬行纲的蛇目蚺科懒螭属,而司法解释列表中的“蟒”属于脊索动物门爬行纲的蛇目蟒科。可见虽然科属不同,但是“纲目”是一样的;并且,从价值层面判断,它们也是相当的。不过,2017 年广东省广州市中级人民法院的二审判决以司法解释附表中的漏洞为理由,将刑期减少。此时距离 2015 年“掏鸟窝案”不过两年,被告人黄某某一上诉,二审法院慌忙改判,并且改判的理由相当牵强。通过字面解释的方法作出有利于被告人的解释,虽然从刑法角度而言并无差错,但是二审裁判似乎落入一种被既有社会习俗左右的现象,那就是当年“掏鸟窝案”所折射出来的习俗,这种习俗蕴含的价值观认定动物权不如人权。有意思的是,习俗以其深入人心的隐蔽性特点不被反思,甚至同化了法律人的意识。

野生动物相关立法与习俗对抗关系历经几个阶段,目前,驯养繁殖技术成熟的野生动物的保护尚未被纳入刑法保护领域,而违反野生动物保护管理法规,以食用为目的非法猎捕、收购、运输、出售第 1 款规定以外的在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物的行为已经被纳入刑事规制范围。从《刑法修正案(十一)》(二次审议稿)到《刑法修正案(十一)》的变化,淋漓尽致

地展现了刑法对野生动物保护立场从坚定到妥协,将非在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物排除在刑法的保护范围之外。然而,有论者指出,应当全部将人工繁育国家重点保护野生动物纳入《刑法》调整范围,“在此基础上修改《刑法》及有关司法解释的规定,使之适应实践发展的要求,实现准确进行法律适用的目的。”⁽³¹⁾该论者之所以这样认为,是因为《决定》中规定的禁食“野生动物”包括自然状态和人工繁育状态的野生动物,而刑法中的第341条第1款规定的“珍贵、濒危野生动物”也包括自然状态和人工繁育状态的野生动物。不过在深圳“鹦鹉案”后,基于习俗观念声讨,2016年3月2日最高人民法院研究室《关于收购、运输、出售部分人工驯养繁殖技术成熟的野生动物适用法律问题的复函》(法研[2016]23号)提出,将对某些经人工驯养繁殖、数量已大大增多的野生动物,不再适用2000年最高人民法院《解释》附表所列的定罪量刑数量标准。并且,在野生动物保护方面,《刑法修正案(十一)》对《刑法修正案(十一)》(二次审议稿)进行修正的关键点在于对非在野外环境自然生长繁殖的陆生普通野生动物的刑事保护撤销。这意味着,习俗与法律的博弈已经历经三个阶段,刑法向习俗观念妥协,《决定》向陋俗挥剑,《刑法修正案(十一)》从激进转变到适度妥协的态度。值得注意的一点是,立法动态彰显的是生态价值的日益受重视性,野生动物保护的观念在刑法层面应当循序渐进,人工驯养繁殖技术成熟的野生动物的刑法规制仍然需要缓冲期。刑法的变革始终是最为缓慢的,野生动物保护法律制度难以一蹴而就,毕竟在法律制度本身不完善的情况下直接以刑法大力出击是不合适的。

(二)以司法理念完善缓解习俗与立法二元对立的制度设计

北京大学保护生物学教授吕植支持“一刀切”的规定,他认为野生动物驯养繁殖许可制度的漏洞导致执法困难,并且消费者也难以识别真正的野生动物与驯养的野生动物。因此彻底杜绝消费和贸易野生动物才能解决问题。这一观点不仅得到了许多动物保护志愿者调研结果的呼应,而且在法学领域也拥有一席之地。梁治平先生以法治意识形态的高度建构性与“偏见”性进行了法理学层面的深度剖析,朱振教授更是从动物福利论走向动物权利论,指出“动物权利进入法律已经不存在技术上的门槛,关键在于我们自身观念的转变。”⁽³²⁾上述学者的观念远远超前于时代。实际上,观念与习俗的转变离不开外部制度循序渐进的建构,以司法理念完善缓解习俗与立法二元对立制度设计势在必行。

1. 刑法第341条类型化设计与实质性司法解释

野生动物作为宠物的问题似乎受到立法者的重视并修改了刑法第341条第1款的罪名。《补充规定(七)》将罪名改为危害珍贵、濒危野生动物罪。此罪名修改的关键在于“危害”二字。在罪名修改后,未来可以对刑法第341条第1款罪名进行类型化设置,加入对宠物这一行为目的的规制。与此同时,在实践中,法院也应当考察此类案件的行为目的,例如是否为了满足吃野味的口腹之欲或者商业目的。即使目前尚没有针对普通野生动物作为宠物的刑法规制,但是将珍贵、濒危野生动物作为宠物的行为涉及到刑法第341条第1款罪名的,应当按照实质性解释适用法定刑。例如,仅仅是对珍贵、濒危野生动物的热爱并且没有任何虐待或者遗弃等行为,而且是驯养繁殖成熟的物种,可以适用最低法定刑;而为了吃野味或者商业目的,则根据情节是否严重适用高于前者的不同幅度的法定刑。有学者认为,此罪应当将以下两种行为排除在外:第一种是动物园管理者未经林业主管部门批准,将发情老虎送往外地交配的,不能认定为此罪;第二种是居民搬家时运输祖传或年代久远的野生动物制品,因并没有破坏野生动物资源的行为,不得认定为此罪。⁽³³⁾进而言之,判定是否构成此罪的一个认定因素是是否破坏了野生动物资源,破坏野生动物资源才是实质性的法益侵害。

要而言之,刑法第341条可以进行条款上的目的设计,即以非法食用为目的,营利为目的以及作为宠物为目的,从而进行三重目的的设置,并以是否破坏野生动物资源作为实质性解释的依据。而出售、收购驯养繁殖技术成熟的珍贵、濒危野生动物的行为规制不能一概而论,应当以行为目的与实质性法益侵害作为解释基础。

2. 完善刑法第341条司法解释

第一,完善刑法第341条第3款关于“在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物”概念的司法解释。虽然《刑法修正案(十

一)》将驯养繁殖的普通陆生野生动物排除刑法第 341 条第 3 款的规制范围,但是何谓“在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物”,这仍然需要刑事司法解释说明。因此,应当从刑法教义学角度专门对“在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物”概念进行界定,并列举出在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物的具体名称。例如,可以根据《目录》以黑白名单设定的方式列举。与此同时,对于实践中可能出现的故意将在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物猎捕后与圈养野生动物进行交配,繁育出子代后再以食用为目的进行出售等行为,对此是否按刑法第 341 条第 3 款进行定罪也进行司法解释。

第二,完善刑法第 341 条第 1 款关于驯养繁殖的珍贵、濒危野生动物概念的解释,此乃争议的焦点。江保国教授认为,“这个问题与野生动物的概念内涵息息相关,并指出驯养不同于驯化,应当将“野生动物”界定为家畜家禽以外所有未经驯化的动物,包括人工繁育养殖的野生动物。”⁽³⁴⁾由此,驯养繁殖的野生动物仍然属于野生动物,而驯养繁殖的珍贵、濒危野生动物依然属于刑法第 341 条第 1 款罪名的规制范畴。然而,问题的难点在于,野生动物从野外种群到被捕捉、圈养到最终被驯化成家养动物,是一个包含了多个中间状态的连续过程。⁽³⁵⁾因此,对何谓驯养、何谓驯化应当作出刑法上的相对独立解释,以地方习俗为基准,对此概念进行弹性设定。

第三,完善人工繁育野生动物“量刑”标准的解释。在定罪没有争议的基础上,如何把握人工繁育野生动物刑事案件的量刑标准,实践中做法不一。2000 年 11 月 27 日最高人民法院出台的《解释》与 2012 年 9 月 17 日最高人民法院、最高人民检察院、国家林业局、公安部、海关总署出台的《通知》也存在对野生动物价值界定不一致的地方。因此,应当完善人工繁育野生动物的“量刑”规则,并且针对各地法院不一致的司法实践出台新的司法解释与相关实施细则。有论者指出,“对于驯养技术成熟且大量繁殖的国家重点保护野生动物,有些法院倾向于比较野外种群从轻或减轻处罚,而有些法院认为应严格根据《刑法》及司法解释的规定,同等把握野外种群与人工繁育种群的量刑标准。”⁽³⁶⁾在司法实践层面,针对珍贵、濒危野生动物的野外种群与人工繁育种群,各地法院应当采取一致的量刑标准,除非已有较为成熟的技术能够区分国家重点保护野生动物的野外种群与人工繁育种群。

第四,关于刑法第 341 条第 1 款“情节严重”“情节特别严重”认定标准,应当出台新的司法解释。与此同时,对刑法第 341 条第 3 款“情节严重”认定标准,也应当出台新的司法解释。具体而言,根据 2021 年公布的《国家畜禽遗传资源名录》、《国家重点保护野生动物名录》等目录更新 2000 年《解释》的数量认定标准,将已经不再是一级国家保护野生动物调整到二级,将数量大为减少的二级国家保护野生动物调整为一。可以考虑将新的司法解释中关于野生动物刑事数量的认定与《濒危野生动植物种国际贸易公约》(CITES)中的野生动物目录保持一致。在新的司法解释中,应当将野生动物的门、纲、目、科、属与《濒危野生动植物种国际贸易公约》(CITES)保持一致,并重新调整数量标准。

第五,完善以非法饲养宠物为目的的行为的司法解释。即使将珍贵、濒危野生动物作为宠物进行收购或者出售等行为可能构成刑法第 341 条第 1 款的罪名,然而,将珍贵、濒危野生动物作为宠物的法益侵害性仍然远远小于其他目的犯罪。大部分人对宠物是出于爱,并且有些宠物爱好人士已经相当专业。在司法解释层面,应当对养宠物涉嫌此罪名的情形进行列举,如果这些珍贵、濒危野生动物不是在野外环境自然生长繁殖的,也没有虐待或遗弃行为导致这些动物的病变或死亡,那么在司法解释中,应当将此种爱好宠物习俗类型的犯罪适用最低法定刑。

3. 基于价值表征中立的习俗设定出罪或量刑依据

正如上文所述,深圳“鹦鹉案”与“红尾蚺案”涉及到伴侣动物的刑事规制问题。首先,鉴于我国关于宠物法律规制的单薄,有必要增强这一方面的刑事规制与其他法律规制。对于把野生动物驯化为宠物动物的现象,《保护宠物动物的欧洲公约》在导言中表明了“不鼓励”(should not be encouraged)的态度。在实践中,欧盟国家的立法都限制了宠物动物的种类,并禁止把一些陆生野生动物驯养成宠物动物,如瑞典 1988 年的《动物福利法令》(2002 年修订版)规定,除了鱼和部分两栖野生动物(如青蛙和蟾蜍),禁止把其他野生动物作为宠物动物饲养。⁽³⁷⁾在野生动物概念界定方面,美国《侵权法重述第二版》第 506 节规定:“(1)在本重述中,‘野生动物’一词被用来指称依照习俗,在它被收留之处、之时非专门用于为人类服务的动物。(2)在本重

述中,‘驯化动物’一词被用来指称依照习俗;在它被收留之处、之时专门用于为人类服务的动物”。⁽³⁸⁾可见,野生动物的概念界定需要借助当地习俗。同样,关于伴侣动物,美国各地区根据当地习俗而导致规定不一致。例如,在阿肯色州,每个家庭最多可以饲养以下清单中的六只动物,它们是从野外手工获取的:山猫,土狼,灰狐,赤狐,负鼠,兔子,浣熊或松鼠。鉴于此,我国应当利用每个地区不同的习俗,进行分散立法与统一立法相结合,制定出各地区珍贵、濒危野生动物能够作为宠物的白名单,以此利用习俗来适当出罪。正如有论者指出,“在刑法领域,为了确保公序良俗不致冲击刑法安定性,防止利用该原则对刑法构成要件的不当扩容,宜限制在出罪方向适用。”⁽³⁹⁾实际上,习俗不仅可以用于出罪,还可以用于适度量刑。例如,有的地方有饲养特定野生动物的习俗,本身就是对珍贵、濒危野生动物的热爱并且没有任何虐待或者遗弃等行为,而且是驯养繁殖成熟的物种,可以适用最低法定刑。然而,为了吃野味或者出于商业目的,则根据情节是否严重适用高于前者的不同幅度的法定刑。

在野生动物领域,可以基于习俗设定伴侣动物刑事规制的出罪或量刑依据。有论者指出,“隐形的制度对于文明的重要性在于,只有隐形的制度才有可能深入人心而化为内在制度,即化制度为精神。”⁽⁴⁰⁾在实践中,饲养野生动物作为宠物早已成为隐形的制度,此种隐形制度中的习俗因素可以作为刑事规制的出罪或量刑依据。

四、结语

超前的观点总是显得荒谬,正如2010年饱经争议的《反虐待动物法(专家建议稿)》最后不了了之,而新法出台背后彰显的是观念反复的博弈。鉴于2月24号全国人大常委会立法决定“一刀切”规定后,《刑法修正案(十一)》等法律对以食用为目的的非法猎捕、收购、运输、出售驯养繁殖野生动物的立场反复徘徊,最终决定对不在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物不作保护。

习俗的类别可以分为良俗、陋俗与价值中立的习俗。首先,法律可以适用良俗,“公序良俗不能成为刑法的入罪原则,但刑法可接纳立足于该道德性原理上的出罪尝试,以弥补我国《刑法》出罪机制不畅之天然缺陷。”⁽⁴¹⁾其次,正如卢梭所述,“法律不仅仅可以取之于风俗,法律还可以还之于风俗。”⁽⁴²⁾法律的“应当”也可以推动习俗的转型,例如猎捕珍贵、濒危野生动物的不良习俗,吃猫狗肉与吃野生动物的恶俗,“掏鸟窝案”反映的是明知珍贵、濒危野生动物还要非法猎捕,并且是以获利为目的,缺乏敬畏自然的环境伦理观念。针对不良习俗刑事罪名的司法适用,刑事制裁按照罪刑法定原则定罪量刑,没有必要退让。不过,针对不良习俗的刑事罪名的修改,法律向陋俗挥剑的同时应当基于公众利益优先原则与利益衡量原则反复衡量,不可过于急切,应当考虑习俗变化相对缓慢的特征,逐步进行阶段性立法,将目前尚未纳入保护的驯养繁殖普通野生动物在下一步立法计划中纳入到保护范畴。最后,关于价值中立的习俗,例如养宠物的习俗,法律可以考虑根据危害程度的大小而决定量刑幅度。并且,在野生动物保护领域,价值表征中立的地方习俗有助于明确野生动物的概念并且设定伴侣动物刑事规制的入罪标准与出罪依据。

值得注意的是,在推动习俗与社会观念转型的时候,亟需建立刑法罪名条款设置的类型化,以及健全的法律规章体系。这包括以《补充规定(七)》对《刑法》第341条第1款罪名修改为基础,将刑法第341条的罪名分类为以食用为目的的罪名,以营利为目的的罪名以及以野生动物作为宠物的罪名。最重要的是,应当根据2021年公布的《国家畜禽遗传资源名录》、2021年公布的《国家重点保护野生动物名录》等目录更新2000年《解释》的数量认定标准或者重新出台新的司法解释。与此同时,完善刑法第341条第3款关于“在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物”概念的司法解释;完善刑法第341条第3款关于“在野外环境自然生长繁殖的陆生野生动物”概念的司法解释;完善刑法第341条第1款关于驯养繁殖的珍贵、濒危野生动物概念的司法解释;完善人工繁育野生动物“量刑”标准的解释等。也许如此,这种通过法律“应当”推动习俗转型才不会变成美国当年的禁酒法令,而是有可能像英国当年《马丁法案》一样,虽然几经利益博弈与观念冲突,但最终能成为拉开我国动物福利保护立法、伦理观念嬗变以及环境与食品工程深度建设的帷幕。

注释:

1 参见唐千圃、高圣平：《法定犯的责任要件与刑罚配置：“掏鸟窝案”引发的思考》，《社会科学研究》2016年第3期。

2 参见张亮：《论普通野生动物利用的法律规制——以全国人大常委会的决定文本为展开》，《行政法学研究》2020年第4期。

3(23)(24)周珂、孙思嘉：《野生动物利用法律制度的嬗变与破局》，《法学评论》2020年第6期。

4 吕忠梅：《〈民法典〉“绿色规则”的环境法透视》，《法学杂志》2020年第10期。

5 参见刘艳红：《民法典绿色原则对刑法环境犯罪认定的影响》，《中国刑事法杂志》2020年第6期。

6 Tom Sparrow, Adam Hutchinson, A History of Habit From Aristotle to Bourdieu, Lexington Books, 2013, p. 82.

7[德]尼采：《快乐的知识》，黄明嘉译，中央编译出版社2009年版，第193-194页。

8[德]埃克哈特·施里特：《习俗与经济》，秦海等译，长春出版社2005年版，第4页。

9[德]马克斯·韦伯：《经济与社会》（上），林荣远译，商务印书馆1997年版，第356页。

10[美]埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社2002年版，第32页。

11 张晓媛：《生态文明视野下环境刑法的立场转换——以环境损害的二元特征为视角》，《中国刑事法杂志》2019年第4期。

12 《刑法修正案(十一)》对《刑法修正案(十一)(草案二次审议稿)》的污染环境罪再次进行修改，将“在饮用水水源保护区、自然保护区核心区等依法确定的国家重点生态保护区排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，造成特别严重后果的”与“向国家确定的重要江河、湖泊水域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，造成特别严重后果的”两个条款中的“造成特别严重后果”的字眼去掉，改为“情节特别严重”。

13(18)参见张明楷：《污染环境罪的争议问题》，《法学评论》2018年第2期。

14 北京大学哲学系外国哲学史教研室编译：《古希腊罗马哲学》，商务印书馆1961年版，第138页。

15 王峰：《后人类生态主义：生态主义的新变》，《河南大学学报》（社会科学版）2020年第3期。

16 汪信砚：《生态文明建设的价值论审思》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版）2020年第3期。

17 高铭暄、郭玮：《德国环境犯罪刑事政策的考察与启示》，《国外社会科学》2020年第1期。

18 “红尾蚰案”是对“黄某某、郭某某等非法收购、出售珍贵、濒危野生动物案”的简化称呼，参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01刑终1835号刑事判决书。

19 参见(2017)粤0103刑初695号刑事判决书。

20 参见石聚航：《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》，《法学研究》2018年第2期。

21 梁治平：《法治意识形态反思——基于人与动物关系的视角》，《中外法学》2020 年第 6 期。

22 参见刘拥华：《布迪厄的终生问题》，上海三联书店 2009 年版，第 82 页。

23 《野生动物保护法(草案)》第 8 条新增规定，“公民应当自觉增强保护生态和维护公共卫生安全的意识，自觉抵制滥食野生动物，养成科学健康文明的生活方式。”

24 (29) 张勇：《行政违法行为的犯罪化及其合理限制——兼评〈刑法修正案(十一)(草案)〉中野生动物保护的规定》，《法治研究》2020 年第 6 期。

25 参见浙江省慈溪市人民法院(2020)浙 0282 刑初 142 号刑事判决书。

26 参见刘柳：《基于“惯习”运作的治理法治化》，《法商研究》2017 年第 3 期。

27 (36) 陈颜：《论人工繁育野生动物刑事案件的法律适用问题》，《中国政法大学学报》2021 年第 1 期。

28 参见梁治平：《法治意识形态反思——基于人与动物关系的视角》，《中外法学》2020 年第 6 期；朱振：《论动物权利在法律上的可能性——一种康德式的辩护及其法哲学意涵》，《河南大学学报》(社会科学版) 2020 年第 3 期。

29 参见张明楷：《刑法学》(第 5 版)，法律出版社 2016 年版，第 1134 页。

30 (38) 江保国：《疫情下野生动物的法律界定：起点、难点及边线》，《深圳大学学报》(人文社会科学版) 2020 年第 4 期。

31 曾岩、平晓鸽、魏辅文：《“野生动物”的概念框架和术语定义》，《生物多样性》2020 年第 5 期。

32 参见曹菡艾：《动物非物——动物法在西方》，法律出版社 2007 年版，第 227 页。

33 (41) 刘艳红：《公私法一体化视野下公序良俗原则的刑法适用》，《现代法学》2020 年第 4 期。

34 赵汀阳：《教育问题：遗产、经典和榜样》，《陕西师范大学学报》(哲学社会科学版) 2020 年第 3 期。

35 卢梭认为，公民不仅仅是遵守法律，而是爱护法律，这是法律与风俗互相作用形成一体内化于公民内心的过程。参见[法]卢梭：《卢梭全集》第 5 卷，李平沅译，商务印书馆 2012 年版，第 116 页。