

## 野生动物产业规制的双重失灵及其矫正 ——非法野生动物产业链的法律分析

薛克鹏\*

---

**内容提要：**所有社会问题都能从人的行为中找到原因，并可以通过法律的规范化和体制创新进行化解。SARS 事件后，国家通过连续修法和立法重构的野生动物保护、动物防疫、传染病防治和食品安全等法律制度和监督管理体制，如不发生整体性失灵，足以起到预防公共卫生危机和维护公众健康生命安全的目的。但非法野生动物产业链的客观存在表明，规制猎捕、运输、交易、加工和食用野生动物等行为的法律以及监管体制已同时出现失灵。法律应当从改限为禁、全面禁止和重点规制三个方面进行完善，预防双重失灵的关键是规制监管者。

**关键词：**野生动物产业链 法律规制失灵 监管失灵

---

### 一、引言

回眸历史，20 世纪既是经济和社会快速发展的世纪，也是经济和社会危机频繁爆发的世纪，同时也是法律数量急剧增长的世纪。危机之后便有新法诞生已成为一个基本规律，即法律从社会行为的主人转变为社会行为的奴隶。<sup>〔1〕</sup>如美国 1906 年制定的《肉类检查法》、1934 年《证券交易法》和《银行法》等系列立法以及 1960 年的环境保护立法，都与之前发生的社会和经济危机相关。

21 世纪仍然如此。2010 年的《多德—弗兰克法案》无疑是 2008 年次贷危机的产物。2004 年，即 SARS 事件后的次年，我国即对《野生动物保护法》和《传染病防治法》进行大修，后又连续制定《畜牧法》（2005 年）、《重大动物疫情应急条例》（2005 年）和《突发事件应对法》（2007 年）。2008 年的三聚氰胺事件直接推动了《食品安全法》的出台。同理，此次疫情之后立

---

\* 薛克鹏，中国政法大学民商经济法学院教授。

〔1〕 参见〔美〕施瓦茨·伯纳德：《美国法律史》，王军译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 244 页。

法活动定然不会少。<sup>〔2〕</sup>但不论是制定新法还是修改或废除旧法，都应当以现有法律制度及其实际表现为基础，否则就无的放矢。本文拟结合野生动物产业链，对现行的野生动物保护相关法律以及监管体制运行效果进行分析，以期法律和体制能日臻完善。

## 二、野生动物产业法律规制的失灵<sup>〔3〕</sup>

野生动物曾经是人类食物的主要来源，在个别地方仍然与人们的生产和生活密切相关。20世纪中叶开始，为了保护生态环境，保护人类自身安全，各国普遍从放任自由转变为国家干预，以法律形式对野生动物的猎捕、交易和利用进行一定的限制或者禁止，即规制。<sup>〔4〕</sup>我国在20世纪80年代就制定了《渔业法》和《野生动物保护法》，后来又陆续制定通过了《动物防疫法》《畜牧法》《传染病防治法》《进出口商品检验法》《进出境动植物检疫法》《农产品质量安全法》《食品安全法》和《重大动物疫情应急条例》等法律和法规，对野生动物的猎捕、饲养、收购、储藏、运输、销售和加工等行为进行系统规制，立法目标也从最初的保护濒危和珍贵野生动物、维护生物多样性和生态平衡，向保护公众健康方面扩展。近年来，一些地方存在着合法和违法并存的野生动物交易市场，形成一个从猎捕、收购、运输、销售，再到餐饮服务的完整产业链。现实告诉我们，面对法律的精心设计，有关野生动物的立法不只是一个环节存在失灵，而是出现了整体性失灵。

1. 猎捕环节。猎捕是野生动物产业链的第一环，也是野生动物及其制品的源头。《野生动物保护法》对猎捕采取了禁止和限制两种规制措施。对国家重点保护的野生动物，采取全面禁止原则；对非重点保护的野生动物猎捕进行限制，由监督管理部门通过发放猎捕许可证，对猎捕的种类、数量、地点、工具、方法和期限进行控制。<sup>〔5〕</sup>这些规制措施虽然存在不足，但如果猎捕者都能严格遵守，那么非法野生动物产业链也很难形成。但是，近年来个别地方的市场公开或半公开出售国家重点保护的野生动物的现象说明，禁止或限制猎捕的法律规定并未正常发挥作用。正是非法狩猎的存在，才为非法野生动物产业的形成提供了充足的货源。

2. 流通环节。现行法律在野生动物的收购、储藏、运输和终端交易等各个环节进行了规制，即全面禁止重点保护野生动物及其制品的流通，合法运输、携带、寄递必须通过许可、强制检疫、批准等程序。对非国家重点保护的野生动物，法律规定：（1）运输非国家重点保护的野生动

〔2〕 截至目前，除全国人民代表大会常务委员会通过了《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》外，天津市、福建省、青海省、北京市和广东省等地方人大常委会已先后通过禁止野生动物猎捕、交易、滥食的地方性法规。参见中国人大网，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c190/list.shtml>，最后访问时间：2020年4月1日。

〔3〕 法律规制失灵是指法律规定的禁止或强制性规范因行为人违反而未发挥作用，立法目的没有实现或实现得不理想。法律规制失灵既不同于法律失灵，也不同于经济学中的政府规制失灵。法律失灵是指现有法律在适用过程中发生的作用偏差和不合理现象，是就法律效果而提出的一个概念。参见芮卫东：《法律失灵——一个客观的法律现象》，载《华东政法大学学报》2003年第1期。经济学中的规制失灵或政府规制失灵，指的是政府实施的公共政策完全没有改善经济效率或使经济低于之前的效率。参见李郁芳：《政府规制失灵的理论分析》，载《经济学动态》2002年第6期。

〔4〕 为简化论述需要，本文主要采用狭义的规制概念，即规制是社会公共机构（政府）依照一定的规则，对企业的活动进行限制和禁止，或者是出于秩序的目的对一定行为的限制。参见〔日〕植草益：《微观规制经济学》，朱绍文等译，中国发展出版社1992年版，第1-2页；〔日〕金泽良雄：《经济法概论》，满达人译，中国法制出版社2005年版，第45页。

〔5〕 参见《野生动物保护法》第20-24条。

物出县境的，应当持有狩猎、进出口等合法来源证明以及检疫证明；（2）农产品批发市场应当设立或者委托农产品质量安全检测机构，对进场销售的农产品质量安全状况进行抽查检测；（3）运输动物和动物产品的，托运人托运时应当提供检疫证明，没有检疫证明的，承运人不得承运；（4）网络交易平台和商品交易市场等交易场所不得为违法出售、购买、利用野生动物及其制品或者禁止使用的猎捕工具提供交易服务。<sup>〔6〕</sup>如果运输经营者拒绝运输或快递服务，商户拒绝销售野生动物及其制品，农产品交易市场没有提供交易场所，那么，猎捕野生动物的行为也就难以为继，非法供应链也不会形成。但一些地方频繁出现的非法野生动物交易，说明流通领域的法律已经失灵。

3. 餐饮服务环节。野生动物需要经过加工制作才能供人们食用或用于其他消费。餐饮服务作为加工者和食品提供者，既联系着销售者，又联系着消费者，是供需双方的连接点。为保护野生动物和保证食品安全，维护公众身体健康和生命，《野生动物保护法》和《食品安全法》禁止生产和经营使用国家重点保护的野生动物及其制品制作的食品，禁止使用没有合法来源证明和未经检验检疫或者检验检疫不合格的肉类加工食品。如果餐饮经营者能遵守这些规定，拒绝采购违法野生动物及其制品，那么，野生动物的消费将会受到遏制，非法野生动物产业也很难形成。但是，事实说明，上述规定并未发挥应有的作用，大量的野生动物被餐饮服务者加工成食品，完成了野生动物供应链的关键一环。

4. 消费和利用环节。消费是野生动物产业的最后一个环节，也是猎捕、销售和加工制作的最终目的。狩猎者、运输经营者、商户、批发市场和餐饮经营者之所以积极加入野生动物供应链，都是因为消费需求。鉴于消费和野生动物产业之间的关系，在倡导文明消费的基础上，法律对消费者食用和利用行为进行了规制。<sup>〔7〕</sup>但是，滥食野生动物现象说明，法律对消费者的规制和倡导同样失灵。

### 三、野生动物产业监管的失灵

现行法律不仅对非法野生动物产业进行了全面规制，而且为了保证立法目标实现，还设立了相应的监督管理机构，专司监管职责。<sup>〔8〕</sup>之所以在司法体制外设立一个专门监督分类实施的机关，是因为致力于保护环境、濒危物种、保护野生动物和保证食品安全等方面的法律，属于与分散的众多受益人以及组织严密的受规制阶层有关的制定法。<sup>〔9〕</sup>受集体行动难题的影响，虽然人数众多但又极度分散的环境受益人很难采取行动实现大家的共同利益。<sup>〔10〕</sup>所以，如果没有一个代表社会公众的监管机构，被规制者不但会单独实施违法，而且会通过严密的组织结构集体对抗法律。如果监管机构能正常发挥作用，或者不全部失灵，违法猎捕、流通、交易和食用行为能被

---

〔6〕 关于野生动物的交易和运输，可参见《野生动物保护法》第27-33条、《传染病防治法》第25条第2款和《动物防疫法》第44条、第47-48条。

〔7〕 关于消费者利用和食用野生动物的规定，可参见《野生动物保护法》第29条和第30条第2款的规定，即：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；禁止为食用非法购买国家重点保护的野生动物及其制品。

〔8〕 参见《畜牧法》第52条和《传染病防治法》第25条。

〔9〕 参见〔美〕凯斯·R·桑斯坦：《权利革命之后：重塑规制国》，钟瑞华译，中国人民大学出版社2008年版，第116页。

〔10〕 参见〔美〕曼瑟尔·奥尔森：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，格致出版社2011年版，第2页。

及时追究法律责任，那么非法野生动物供应链同样不会形成。但事实证明，立法机关苦心孤诣建立的监督管理体系不只是在某一个环节未发挥作用，而是出现整体性失灵。

1. 监管猎捕者的失灵。猎捕者处于非法野生动物供应链条的首端，通过捕杀为市场提供了源源不断的野生动物。为了对猎捕行为进行监督管理，县级以上人民政府普遍设立了林业草原部门（沿海地区为渔业部门），法律同时授予其没收猎获物、猎捕工具和违法所得，吊销特许猎捕证和罚款等权力。<sup>〔11〕</sup>有的地区还成立了森林公安部门，通过刑事手段遏制非法猎捕活动。但是，一些地方交易市场存在的出售国家重点保护野生动物及其制品现象说明，狩猎环节的监管防线已经失守，不仅大量非法猎捕活动未被发现、未得到有效查处，而且猎物都被成功出售，进入流通环节。

2. 监管运输行为的失灵。运输是现代物流的关键环节，也是野生动物供应链的重要一环。缺少畅通的物流，任何交易都难以持续，市场也难以形成。为了规范野生动物及其制品的运输，《野生动物保护法》规定，运输、携带、寄递国家重点保护和其他规定的野生动物及其制品出县境的，应当持有或者附有规定的许可证、批准文件的副本或者专用标识和检疫证明。《民用航空法》《铁路法》《道路运输条例》《邮政法》和《快递暂行条例》等运输法律法规也明确规定，运输经营者不得运输法律、行政法规禁止运输的货物，并授予经营者检查和查验权力。为规范运输行为，我国已建立了一个庞大的交通运输监督管理体制，分别对公路、航空、铁路、水路、邮政和快递等各类运输实施立体交叉式的监督管理。按照现有的运输监管体系和规模，要完成非法野生动物及其制品从乡下到城市的运输几乎不可能。但是，不无遗憾的是，市场上存在持续不断的非法野生动物及制品供给，说明为阻断非法猎捕和未经检疫的野生动物运输的监管机制并未正常发挥作用。

3. 市场交易监管的失灵。非法野生动物产业之所以能够运行，关键是存在一个销售以及为供需双方提供安全、便利的交易场所。交易场所（包括网络交易平台）开办者为买卖双方提供交易场所，销售商将收购的野生动物出售给餐饮企业或者消费者。为规制野生动物及其制品交易，《野生动物保护法》《传染病防治法》《动物防疫法》《农产品质量安全法》《食品安全法》和《电子商务法》都规定了严格的禁止或强制性义务，同时设置林业草原、渔业、兽医主管、动物卫生监督、农业农村和市场监督管理等部门对野生动物的交易进行监管。但是必须承认，市场交易环节的监管并没有正常发挥作用，从而使非法野生动物产业能够顺利运行。

4. 餐饮服务监管的失灵。在现有监管机构体系中，食品安全监管体制可谓最为严密和全面。在国务院层面，除设有食品安全委员会和国家市场监督管理部门外，卫生健康行政部门和其他有关部门根据法律和国务院规定的职责也承担有关食品安全工作。在地方层面，各级人民政府均设有市场监督管理部门对食品安全实施监管，市场监督管理部门还可以在乡镇或者特定区域设立派出机构。此外，法律还规定县级以上人民政府实行食品安全监督管理责任制以及评议考核制度。<sup>〔12〕</sup>至于监督管理措施，《食品安全法》同样也是最为齐全和完备的法律之一。有如此严密的监督管理体制，非法野生动物及其制品不应该再出现在餐饮服务环节和餐桌上。然而，事实并非如此。大量的野生动物正是在餐饮服务者的场所被宰杀后制作成美味佳肴，供食客消费，这与该

〔11〕 参见《野生动物保护法》第7条、第45条和第46条规定。

〔12〕 参见《食品安全法》第5-7条。

环节的监管失灵不无关系。

总之，“制定法失灵的很多例子，问题都出在实施上”<sup>〔13〕</sup>。规制野生动物行为法律的失灵在我国可能更具典型性。

#### 四、野生动物产业法律失灵的矫正

现有法律和体制有不完美之处，但如果能得以遵行，绝不至于让非法野生动物的产业长期存在。法律规制和监管的双重失灵，必定会增加发生公共危机的风险。我们需要反思和矫正野生动物产业法律失灵。

##### （一）规制方式的重新选择

现行法律主要区分国家重点保护野生动物和非重点保护野生动物进行规制，前者实行全面禁止，后者从猎捕种类、数量、地点、工具、方法、期限、运输和强制检疫方面进行限制。全面禁止重点保护野生动物在任何时候无疑都是正确的。虽然禁止性规则屡被违反，但这并不意味着全面禁止本身存在问题，而应当从监管环节去寻找原因。实践证明，双轨制的规制方式存在很多弊端，根据违法野生动物日趋产业化的现实和保护公众健康形势需要，应当采取全面禁止的规制原则，即全面禁止非法猎捕、饲养、运输和交易野生动物，革除滥食野生动物陋习。<sup>〔14〕</sup>

首先，现有禁止和限制的标准存在缺陷。重点和非重点保护划分主要基于野生动物的珍贵、濒危程度以及是否具有重要生态、科学、社会价值的标准，目的是拯救珍贵、濒危野生动物，维护生物多样性和生态平衡，推进生态文明建设。<sup>〔15〕</sup>这种划分显然存在不足，缺少了公共卫生安全和公众健康因素。因为携带病毒与是否具有生态、科学和社会价值无关，不属于珍贵、濒危和不具有所列价值的野生动物，如果可能携带病毒，也应当予以禁止，否则将会增加病毒传播的风险。所以，以限制方式进行规制存在着明显的缺陷。

其次，禁止和限制的并存，容易被违法者利用，将违法与合法猎捕的野生动物相混淆，既增加了消费者辨识的难度，也增加了监管的难度。实践中，之所以存在违法野生动物猎捕、交易和食用行为，就是因为法律允许一定范围的猎捕、交易和消费，一些违法者正是在合法形式掩护下从事非法活动。

再次，限制性的规制方式监管成本较高，不利于规则的实施。从猎捕环节看，限制猎捕者的主要形式是以许可方式对猎捕的种类、数量、地点、工具、方法和期限进行控制。而许可证发放的数量、允许猎捕的种类和数量等数据，都需要有充分的信息作为依据，这无疑需要很高的获取成本，否则，许可就完全成为监管人员的一种随意行为。至于猎捕者是否按照许可进行猎捕，在分散的猎捕范围内，同样需要很大的监督成本。从流通环节看，除了进行强制检疫外，还需要检查许可证和运输证等各种有效证明，成本同样很高。相反，全面禁止是法律上最为简单，同时从

〔13〕 前注〔9〕，凯斯·R·桑斯坦书，第110页。

〔14〕 参见《全国人民代表大会常务委员会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》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202002/c56b129850aa42acb584cf01ebb68ea4.shtml>，最后访问时间：2020年3月20日。

〔15〕 参见《野生动物保护法》第1条、第2条。

执法和司法上最容易识别和判断的一种规制方式，能大幅降低监管成本，提高监管效率。

最后，全面禁止还可以防止监管机构和执法人员滥用职权。如前所述，限制实际是通过颁发猎捕许可证、运输批准文件以及颁发检疫证明等方式进行控制，实际是授予监管部门自由裁量权、监督检查权和处罚权。这无疑增加了监管者被俘获、监管部门工作人员滥用职权或玩忽职守的风险，为监管套利和腐败提供了机会。<sup>〔16〕</sup>

当然，全面禁止会对传统狩猎业和一些养殖经营者带来冲击，要求以狩猎为生的猎民重新选择职业。这是全面禁止制度实施后政府应当考虑的另外一个问题，但不应当成为否定全面禁止制度的理由。

## （二）规制的重点选择

全面禁止在立法层面上容易实现，但要真正落实，还应当根据野生动物产业链的运行特点和监管能力可及程度，在全面规制基础上进行重点规制。

猎捕是野生动物产业链的首端和供给侧起点。没有猎捕就没有供给，也不会有消费。全面禁止交易和食用，必须禁止猎捕。但猎捕者是一个庞大的群体，分布的空间又十分宽广，监管资源又非常有限，所以要全面禁止需要很高的监管成本。运输环节同样存在类似问题。随着交通工具的多样化和现代运输业的多元化，利用现代科技手段固然可以提高发现违法运输的概率，但全面禁止运输违法野生动物及其制品难度非常之大。在野生动物产业链中，商户将所收购的野生动物及其制品出售给餐饮服务者或消费者，在黑色产业链中扮演着重要角色。如果忽视对商户行为的规制，将很难遏制野生动物或者其他有害食品的交易行为。但是，商户多是小规模经营，数量多，交易手段也多样化，政府监管成本也较高。

消费者是非法野生动物产业链中容易被忽略的法律主体。消费者虽然作为弱势一方应当加以保护，但我们不能就此忽略其应负的社会责任，忽视对消费者的规制。没有消费，就没有供给，消费者消费得越多，越能够带动生产。根据消费和经济增长关系的原理，消费在野生动物供给方面发挥了关键的基础性作用。<sup>〔17〕</sup> 狩猎者、运输者、商户、批发市场和餐饮经营者都属于供给一侧，他们之所以积极参加野生动物产业供应链，都是因为消费者的存在。正是对野生动物的消费，才保证了供给侧所有经营者利益的实现，带动了整个产业的运转。所以，如果缺少对消费者的约束，野生动物黑色产业的基础将永远存在，全面禁止将会十分艰难。当然，与商户、交易市场和餐饮经营者相比，消费者不应当成为重点。

综合在产业链中的位置、作用和监管难易程度，重点规制的对象应当锁定为交易场所的提供者和餐饮服务者两类经营者。

严格讲，交易场所经营者（包括农产品批发市场和网络交易平台经营者）只是为商户售卖和餐饮服务者或消费者购买提供买卖场所和相关服务，本身并不售卖野生动物，其责任应当是保障其提供的房屋或场地符合工程质量安全标准，保障相关设施设备的正常运行。但是，将其作为规制重点是基于多种因素的考虑。

首先，交易市场以及交易平台模式只是从内部物业权属和内部管理上进行了分化，并未从本

〔16〕 关于监管者被俘获的原理，可参见王俊豪：《政府管制经济学导论》，商务印书馆2001年版，第56页以下。

〔17〕 参见聂新伟：《中国经济运行中消费作用的演变与发展趋势》，载《中国物价》2018年第9期。

质上改变传统模式下销售者应负的法律 responsibility。在传统商业模式中，销售者既是商品和服务的提供者，也是交易场所的拥有者，当然也是法律责任的承担者。随着商业领域的分工细化，以往由一个经营者提供商品的行为，分化为交易场所和商品销售两个经营者共同完成。交易场所经营者为销售者和消费者提供交易场所和相关服务，销售者向消费者提供商品。电子商务出现后，这种模式也被复制到电商领域，形成平台经营者和平台经营者模式。商业领域的这种分化只是传统模式下应当由一个经营者完成的行为，在交易场所管理、定价模式和结算服务等方面进行了重新分工，是供给一侧为了各自利益分担成本和分享利润的新模式。但是，不论其内部分工如何细化，各方经营者围绕的仍然是“商品”的销售这一核心问题。而就所交易“商品”的合法性问题，包括质量瑕疵问题，所产生的法律责任，不应当因为供给一侧的分工而转移。人们在购物时常常忽略具体的商户，而将某个市场或平台经营者作为自己的交易相对方，原因正在于此。至于交易场所或平台经营者经常在交易规则中为商户规定的规则或条款，只是双方确定合同责任和分担民事责任的依据，并不能代替交易“商品”合法性和安全性等强制性要求。

其次，交易场所在产业链以及市场交易中的位置决定了应当将其作为规制的重点。非法野生动物之所以屡禁不止，是因为始终存在着一个隐蔽或半隐蔽可供利用的交易场所或平台。交易场所或平台一方面为上游环节的经营者提供销售便利，另一方面联结餐饮服务提供者和食用者，使得交易得以顺利进行。所以，交易市场或平台在整个产业链中处于咽喉要地，从这一环节进行规制无疑能够起到事半功倍的效果。

再次，交易场所或平台经营者在新的商业模式中通常具有明显的市场优势，对分散的商户有着极强的控制力和影响力。因为交易场所或平台经营者除了出租场地、柜台或平台外，还控制着交易的设施设备，对场所进行管理并负责支付结算。特别是大量分散的个体商户，对交易场所或平台已经形成了依赖关系，使得交易市场和平台经营者的支配地位越来越强，足以对商户进行控制，包括进场的资格条件、经营的商品种类和范围等。所以，只有将交易场所或平台经营者作为规制的重点，才能控制商户的非法交易行为，切断非法交易产业链。

最后，交易市场作为现代城市居民和餐饮经营者购买食材原料的场所，汇集了各类畜禽和野生动物及其制品以及交易人员，既是商品的集散地，也极易成为疾病的传播地，所以，应当作为规制的重中之重。

正是认识到交易市场和网络平台等交易场所的重要地位，《野生动物保护法》《农产品质量安全法》《食品安全法》和《电子商务法》都分别对商品交易市场、农产品批发市场和网络交易平台等交易场所进行规制，包括禁止为违法出售、购买、利用野生动物及其制品或者禁止使用的猎捕工具提供交易服务，要求农产品交易市场承担质量安全检验和检测等强制性义务等。<sup>〔18〕</sup>但是，如何落实全面禁止规则，除了对现有规则进行优化整合外，关键是要对各种交易场所包括网络交易平台进行重点监管，将纸上的法律规定，变为实实在在的法律行动。

除交易场所经营者外，落实全面禁止绝不能忽视餐饮服务经营者。与普通食品不同，野生动物食品具有稀缺性，绝大多数消费者缺乏加工野生动物食品的经验，通常都是由餐饮经营者制作

〔18〕 关于交易场所和网络交易平台的法律义务和责任可参见《野生动物保护法》第32条和第51条、《农产品质量安全法》第37条、第50条和《食品安全法》第64条等。

加工售卖。餐饮服务者处于供给侧末端，购买野生动物或其制品后加工成美味佳肴再提供给食客。在高额利润的驱使下，一些餐饮经营者不但积极向消费者宣传和推介，鼓励、吸引和扩大消费，甚至还直接收购非法野生动物。餐饮经营者作为供需双方的连接点，在满足食客消费的同时，最终使供应链中所有主体的利益得以实现。如果没有餐饮服务者的供给，也就没有对野生动物的消费，野生动物产业循环也难以为继。所以，餐饮服务者是整个野生动物黑色产业链条中至为关键的一环。以往对餐饮经营者的规制不足，是非法野生动物产业得以生存和运行的主要原因之一。全面禁止野生动物交易，革除滥食野生动物陋习，必须将餐饮经营者作为规制的重点。

## 五、野生动物产业监管失灵的矫正

以法律形式禁止捕猎、交易和食用野生动物，只是规制的开始而非全部。在高额利益诱惑之下，如果缺乏外力强制，任何法律都会成为文字摆设。完整的规制除了设定禁止性义务和法律责任外，还必须有专门的监督管理部门的严格执法，以及时发现、制止和处罚违法行为。没有监管或监管失灵，等于没有规制。所以，要全面禁止交易和滥食野生动物，就必须防止监管失灵，这是全面禁止战略的决定性环节。

如前所述，我国已建立了一个多元化、多层次的与野生动物相关的监管体制。这种体制固然存在一定不足，但如果不出现失灵，不可能使非法野生动物产业长期存在。国家之所以投入巨资设立如此庞大监管机构，目的就是为了保护人类赖以生存的生态环境，维护公众健康。监管失灵，不仅浪费了有限的人力和财力，而且导致法律的失灵，使人们对监管丧失信心，进而伤及法治的权威。

野生动物产业监管失灵的根源在于缺乏对监管者的有效监督和责任追究机制。监管者无论是何种组织形式，都具有一切经济人和代理人的本性。“代理人作为理性的人有他自己的利益，他可能去追求他自己的利益而把委托人的利益放在次要的位置甚至以牺牲委托人的利益为代价。”<sup>〔19〕</sup>所以，要全面实施禁止交易和滥食野生动物战略，防止监管失灵，除了完善监管者的法律责任，从纵横两个角度对监管权重新优化配置外，至为关键的是要建立一个对监管者进行监督的体制和机制。当负有监管职责的机构和个人不履行或不能正确履行其法定职责时，能够及时启动监督程序进行调查并追究法律责任。从某种意义上讲，规制监管者的意义甚至超过了规制市场主体的意义，是规制能否成功的决定性环节。

监督监管者的关键是应当建立一个独立和公正的体制，因为监督权是不同于且外在于被监督权力的一项专门权力。<sup>〔20〕</sup>当前法律并不缺乏监督监管机构及其直接责任人的机构。<sup>〔21〕</sup>但实践中，法律规定的监督监管机构的机制基本未发挥作用，其中一个重要原因是监督体制的非独立性，即行政监督行政的自我监督模式。

要让各个野生动物和其他相关监管机构及其工作人员忠实履行监管职责，必须从政府之外寻

〔19〕 方福前：《公共选择理论——政治的经济学》，中国人民大学出版社2000年版，第160页。

〔20〕 参见刘小妹：《人大制度下的国家监督体制与监察机制》，载《政法论坛》2018年第3期。

〔21〕 可参见《野生动物保护法》第42条、《农产品质量安全法》第43条和《食品安全法》第144-146条。

找监督力量。<sup>[22]</sup> 监察委员会克服了以往行政机关内部监督的弊端，足够保证监督管理机构严格执法，依法行使监管职责。如果再辅之以行政公益诉讼，就可以形成一个能矫正监管失灵的体制机制。

## 六、结 论

虽然有关野生动物的法律早已制定，体制也已建立，但不能就此说明在这一方面的国家治理体系和治理能力已经现代化。相反，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》直言不讳指出的“法治建设领域有法不依、执法不严、违法不究现象比较严重，执法体制权责脱节、多头执法、选择性执法现象仍然存在”等问题，犹如野生动物领域法治状况的真实写照。野生动物黑色产业链的表述似乎是对所有市场主体的不敬，整体性和双重失灵的论断似乎也有些危言耸听或者有全盘否定之嫌。不过，事实让我们完全有理由怀疑“在其他条件不变的情况下，私人企业中的个人活动最有可能符合公共利益”这一表述的正确性，同时也应当思考“在行政机构中，人们也最有可能恣意追求最大化个人利益，而不管这些个人利益是否符合公共利益”<sup>[23]</sup>的道理所在。全面禁止的主张并非单纯为全国人大常委会的决定进行辩护，也并非一味地支持过正才能矫枉，而是确有其据。但整个制度体系中最需要深刻检讨的仍然是政府及其监督管理机构，最后要保证不再出现双重和整体性失灵，仍离不开体制机制这一核心命题。

---

**Abstract:** All social problems can be found in human behavior and be resolved through the standardization of laws and institutional innovation. After the SARS, the state has continued to amend laws and legislation to reconstruct the legal system and regulatory system for wildlife protection, animal epidemic prevention, infectious disease control, and food safety. It is sufficient to prevent public health crises and maintain public health and life safety, if overall failure does not occur. However, the objective existence of the illegal wildlife industry chain shows that laws and regulatory systems that regulate hunting, transportation, trading, processing, and eating have failed at the same time. The law needs to be improved from three aspects: changing from restriction to prohibition, comprehensive prohibition, and key regulations, and the key to preventing double failure is to regulate regulators.

**Key Words:** industry chain of Illegal wildlife, failure of legal regulation, failure of supervision

---

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)

---

[22] 参见胡税根等：《政府规制失灵与对策研究》，载《政治学研究》2004年第2期。

[23] 前引[19]，方福前书，第258页。