

张卫平:瘦子跟着胖子减肥 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BC_A0_E5_8D_AB_E5_B9_B3__c122_485759.htm 肥胖是现代生活生活的“后遗症”。因此在当下，减肥是一种时尚，一种新生活运动。每天早晨打开电视机，就能看到央视5套体育频道的减肥主题节目----“将减肥进行到底”。除了教练以外人人都在各种器械上挥汗如雨地锻炼。节目主持人不时推出减肥成功人士，比较减肥前后的变化----均为脱胎换骨，重获新生一般。这些人的确应当减肥----比正常标准多出好几十斤甚至是几十公斤，一个比一个胖得可爱，胖得有水平。但也有一些人，主要是女士，按照一般标准尤其按照男士的标准，其实并不算胖，但却仍然要一个劲地减肥。或许是因为服装的缘故要减肥(属于典型的削足适履)，更多地是因为对偶像的崇拜和模仿而减肥，而且要瘦的有“骨感”，追求所谓“骨感美”。为了达到影视歌坛中的孙燕姿、郑秀文、莫文蔚、张柏芝、张艾嘉或是著名主持人李霞、王小丫、杨澜的身材，原本不胖的女士们完全不顾自身的条件，一心要将减肥进行到底。而体育锻炼又无法达至“骨感”的效果，只有通过超常的节食，使用各种减肥药物来达成“美”的目标。旁观者看起来的确“残酷”到家，然而，女性与男性不同，为了美，女性是愿意牺牲一切的。这种盲目追求“骨感美”、模仿影视歌星而“残酷”减肥在某种意义上也许还算是一种理性行为，而瘦子跟着胖子减肥则无异是一种非理性的行为，这种人虽然不多，但在现实生活中也是有的。在我国法治建构中就同样存在着“瘦子跟着胖子减肥”的情形。这里

所指的“胖子”就是法治相对发达的那些西方国家。相对这些发达国家而言，在法治方面我们应当承认我们仍然是“瘦子”，而且还“瘦”得很。我们在法治建设方面应当是不断“胖”起来，使得我国的法治更加“丰满”、“健壮”。然而我们往往没有意识到我国法治的实际状况，看到别人“减肥”时，也一味跟风，导致本来就虚弱的法治“体质”可能受到“减肥”的影响而进一步弱化。例如，在我最熟悉的民事诉讼法领域里，西方发达法治国家推行了一系列的司法改革和民事诉讼的制度改革，如英国，在民事诉讼制度改革中强化了法官的职权，强调法官的积极干预。美国一些法院则推出了所谓“管理型法官”，强调法官在诉讼中促进当事人和解的积极作用，法官应当提出和解方案，积极与当事人沟通，加强对民事诉讼的“管理”。“管理型法官并不只是沉默地倾听由当事人作为第一人称来陈述的回顾性的事实，法官已经除去了蒙眼布，而置身于故事情节之中。”[1]在德国，人们提出“协调主义”的理念，认为民事诉讼应当是当事人与法官之间的“协调”。在日本，1996年通过修改民事诉讼法，同样强化了法官职权，例如阐明权，使法官能积极地介入当事人的主张。人们普遍认为古典的自由主义、私权自治、辩论原则正在被修正。总的来讲，应当承认，西方国家的确普遍存在着在民事诉讼中强化法官职权、弱化当事人自主性和主导性的倾向。从弱化当事人的自主性和主导性的这个角度来讲，西方国家正在“减肥”。顺应这种趋势，我国便有人随之跟风，认为我们不当弱化法院的职权，我们也应当顺应发达国家的潮流，强化法院的职权，我们的诉讼体制没有必要转型。没有必要建构以当事人主导，强调自由主

义、当事人自主性和能动性的诉讼体制。我们现在的民事诉讼体制也许恰恰打了一个“提前量”，成功地与西方国家“迎面”实现了新的“对接”。然而，这是误识。持这种认识的人没有意识到西方国家诉讼体制已经发展到了一个怎样的阶段，处于什么样的平台，是在一个什么样的阶段和平台上对其诉讼制度进行的调整。应当承认一旦建构当事人主导型的民事诉讼体制，必然将法院置于消极、被动的地位，诉讼程序具有“肥大化”的弊端，但这是法治和诉讼体制发展到一定程度的自然反映。与此相比，我国的情况就完全不同了。我国的法治尚需要“胖”起来，我们需要追求“体重”，就像田赛运动员一样，掷铁饼、标枪、铅球、链球等项目就要求运动员必须要有一定的“质量”，否则无法将铁饼等掷得更远。西方国家是在相当厚实的基础上，是在“胖”得行动不便的情形下，才自然地提出了“减肥”的问题，并实施了“减肥”的各种措施。只有在“胖”起来以后才谈得上将“减肥”的问题提上日程，如果在远未“胖”起来的情况下就跟着西方国家盲目“减肥”，不仅是错误的，而且还是很危险的。我们必须果断地实行诉讼体制从职权主义、职权干预型转向当事人主导性，那种想在没有“胖”起来的情况下就打“提前量”，与西方国家直接对接只是一种“乌托邦”构想而已。近年来，“公益诉讼”可谓十分火爆，不少人主张要建构公益诉讼。公益诉讼的研究也被各种官方研究基金例为重点研究资助项目。许多人认为公益诉讼是西方国家所十分关注的话题，既然西方国家在建构公益诉讼，我们也应该跟上，公益诉讼一时间成为关注的重点，学者们也蜂拥而上。公益诉讼成为许多研究生、博士研究生的论文题目。不

少人主张检察机关应该成为公益诉讼的主体，主动提起公益诉讼。然而，我们应该清醒地认识到，公益诉讼在西方的兴起有其独特的背景。西方国家相对于我国而言，公权力无论在干预范围，还是力度方面都要小得多，公权力对社会的干预要弱得多，更多的是通过对主体利益的间接调整，而不是直接控制和干预。例如，依赖市场这只看不见的手配置社会资源，调处各种因稀缺资源造成的矛盾。正是由于西方国家过分依赖市场，便会发生因市场失效所带来的外部性。按照西方经济学理论的一般观点，外部性不可能通过市场机制解决，例如环境污染的问题。因此，西方国家在强调国家或政府的干预，以消除“外部性”。而我国的情形却完全不同，长期以来，公权力就一直主宰着社会，公权力广泛介入、干预社会的各个领域，私权利十分有限。广泛的“行政处置权”恰恰是我国社会的制度弊端。若干年改革的基本趋势就是要使国家权力的干预全面退让，萎缩行政处置权，而不是强化公权力，扩张行政处置权。因此，我们没有必要通过公益诉讼，强化公权力积极干预社会。检察机关作为公权力介入公益诉讼究竟有多大的意义是值得考虑的，公权力与私权利不同，是一种极易扩张和膨胀的权力，人们最容易利用公权力的扩张谋求自己的利益。在我国，我们应当尽可能地调动私权利，鼓励通过私权利的行使实现社会公益的维护，不断完善私权利实用的手段，以私权利抑制公权利的侵害，通过弘扬私权利才能为培养和发展私权利体系，进一步抑制过于扩张和膨胀的公权力体系和机制。我们应当在私权利的增育方面不断增“胖”，而不是不断去张化公权力。正如曼 奥尔森所言：广泛的私权利保障机制才能使产权得以明确，才能

在一定程度抑制政治和和政处置权（曼?奥尔森：《通向经济成功的一条暗道》载《比较》第11期）。总之，我们千万不可跟着西方国家盲目“减肥”。[1] (美) . Judith Resnik：《管理型法官》，载1982年12月《哈佛法学评论》。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com