

宪政建设的首要任务。

中国宪政路在何方？

潘小军

自1908年中国第一部宪法性文件《钦定宪法大纲》问世到如今,中国近现代的宪政事业已经历了近100个风风雨雨的春秋。中国宪政建设尽管已取得了举世瞩目的成就,但现状却不容盲目乐观。

研究宪政,首先要研究它赖以生存的土壤。宪政是根植于西方土壤的自然生长物。西方宪政内生于西方文化传统,是西方社会、文化自然演进的结果。西欧历史上存在古希腊的民主实践和思想、古罗马的法律传统、英国中世纪的宪政实践与法治思想以及大陆中世纪由基督教教会和教会法提供的宪政架构等深厚的文化资源。正因为这些历史资源的存在,宪政在西方近现代得以确立和成熟也就是一件很容易理解的事情了。宪政体现着西方基本的价值和观念,蕴涵着他们对人与社会、人与国家关系的理解,对诸如自由、民主、平等、法律至上等价值的体认,也包含着人们在宪政实践中对宪政本身的感知、信念和忠诚。

古代中国不存在宪政的历史资源,更不存在宪政实践。近代中国,人们对宪政问题的思考是西方的武力威逼而引发的。这种历史背景导致中国知识分子简单地认为,西方国家之所以先进和强大是因为优越制度的存在。他们始终将宪政锁定在国家富强这一目标之上。以康有为、梁启超为代表的立宪党人持如此看法;以孙中山为代表的革命党人也是这么认为。至“五四”运动,尽管科学与民主两面大旗得到树立,民主被固化为人们的信仰。但“五四”人的思路仍是:为了民族的复兴,中国才必须选择宪政。用李泽厚先生的话讲,就是“救亡压倒启蒙”。中国的实践者和思想家是从功利性和实用主义的角度去审视宪政,而不是从文化意义上去理解宪政的。这种功利性的态度导致了近代中国始终无法形成对宪政的正确认识,从而影响了中国宪政的发育成长。宪政被理解成实现富强的工具和手段。这就造成近代中国不可能形成宪法至上的观念,当然也就不可能将宪政理解成是对国家权力的制约、对公民权利的张扬。

新中国建立后,中国的宪政建设从此翻开了新的一页。但50年代末期,由于我国封建专制主义的长期影响以及对宪政认识的不深刻,开始重新回到人治,民主和法制受到肆意践踏,最终导致“文化大革命”的十年之乱,使得宪政被彻底摧毁。党的十一届三中全会使得中国宪政事业又迎来了春天。改革开放以来,我国的宪政事业得到快速发展。1982年宪法得以制定,这是建国以来最好的一部宪法。这部宪法经过四次修正更趋于合理。

当前,尽管宪政从制度层面讲仍存在许多缺陷。但这已不是中国宪政所面临的最主要问题,而主要在于对宪政价值认识不够、宪政意识的薄弱、宪政实施机制的不健全以及宪政实践的不足等问题。

宪政史经验表明:有效的宪政制度首先必须基于社会成员的共识,公民宪政意识水平的高低直接决定了该国的宪政建设状况。由于我国传统法律文化和建国后形成的政治经济权力高度集中的计划经济体制的影响,至今在某些领导人的心目中,在国家工作人员和普通公民的心目中,宪政意识还极其薄弱,主要表现为:权利意识、主体意识、平等意识、诉讼意识、参政意识不高,依法办事的观念不强。“宪法无用”论、“权大于法”的思想还有相当的市场。为了创造宪政的社会基础,我们必须充分意识到强化全民宪政意识的重要性。真正做到树立正确的宪政意识,确立宪法权威,最终形成持久的宪法信仰。

中国宪法的现行规定已具有相当的进步性,尤其是最近的第四次修正案将人权等内容在宪法中加以规定,这就使我国宪法更加趋于合理。然而,中国宪法一直为其效力所困扰。宪法在理论上是我国的根本大法。事实上,一旦将宪法制度转到现实生活,宪法规定却不能得到有效的实施。宪法监督制度不健全导致许多违宪行为得不到纠正,或者不能有效及时纠正并追究违宪责任。司法审查制度没有确立,面对抽象行政行为的违宪,法院却无能为力。公民的宪法权利受到不法侵害却无法得到有效的司法救

济。然而,“无救济就无权利”。这一切使得我国的许多规定形同虚设。宪法制度与宪法实践的脱节,使人们对宪法的实际效力产生怀疑。因此,目前我国推进宪政建设的最紧迫任务就是确立起健全的宪法实施机制,保证宪法的每一条规定都能够落到实处。

中国宪政事业起步较晚,因此,存在着明显的宪政实践的缺乏和经验积累的不足。任何一种社会治理模式都来源于人们长期的实践,都是人们集体智慧的结晶。人们在长期的实践过程中不断尝试、总结经验教训、发展和完善,最终才能形成一种特定的社会治理模式。因此,宪政这种法治发展模式既要有政府自上而下的推进,也要有民众自下而上的大量基层实践,两者形成有效的互动,方能使中国宪政得以最终确立。

我国目前的现状是:一方面,在中国宪政建设的推进过程中,政府的作用是比较明显的,也因此出现了“国家悖论”问题,即宪政建设需要国家权力的推动,而宪政本身又要求对国家权力进行限制。另一方面,民众基层宪政实践是相对不足的。尽管我国已经颁布了《城市居民委员会组织法》和《村民委员会组织法》,为基层民主宪政实践提供了法律依据。但由于民主机制的不健全和基层群众民主意识薄弱等原因,造成了基层民主实践不规范,甚至将基层群众组织当成一级行政机构。基层民主实践的缺乏使得我国宪政事业不能得到群众的广泛认同与参与。同时,国家与社会之间无法形成良性互动。市民社会还不成熟,根本无法与强大的国家权力抗衡,有效地抵制政府的非法侵入。为此,我们应该重视社会力量的培植,使基层民众习惯通过社会力量实现自治,通过市民社会抵制国家权力的非法侵害,将国家权力控制在有利于公民权利全面实现的范围内。

法律的生命不在逻辑,而在于经验。中国的宪政事业要想取得成功,还须经过持之以恒地实践,不断地积累经验,在摸索中前进。我们需要进一步完善宪法制度,健全宪法实施机制,确立宪法审查制度,使宪法从“纸面上的法”变为“行动中的法”;有效地制约国家权力,将国家的权力控制在宪法的范围内运行;建立宪法诉讼机制,确保公民的宪法性权利得以实现,从而树立起宪法权威,形成宪法至上的宪政观念。在不断的宪政实践中提高全民的宪政意识,而宪政意识的提高又会进一步地推进宪政建设,使得宪政事业进入一个良性的运行轨道。当然,中国的宪政事业需要时间,只能渐进地实现。“冰冻三尺,非一日之寒”。

古老的印度文明也正在经历着与中国相似的再生过程。但印度小说家纳拉扬自信地说:“印度会继续的。”同样,我们也可以自信地说:“中国也一定会继续的。”在不久的将来,我们一定能够在“宪政的春天里自由地呼吸”。

从实质宪政到程序宪政

魏 琼

宪政一词源于西方,是指以宪法为依据的民主形式,以实行民主政治和法治为原则,以保障人民权力和公民权利为目的,创制宪法、实施宪法和维护宪法、发展宪法的运作过程。其实质是民主、人权与法治。

程序宪政中的“程序”可以分解为“程序正义”、“正当程序”两个经典概念,这两个概念因对形式理性与法律规则的有力维护,而倍受各国青睐。我们不妨将“程序”视作一种形式理性,将“宪政”作为一种实在经验,那么“程序宪政”就是通过对正义、秩序的追求架构宪政的实现路径,宪政借助对民主、人权和权力制约丰富程序的正义内涵。不难发现,程序正义、正当程序与实质宪政的实现有着密不可分的法律联系。对此,我们从美国联邦宪法及其第5条、第14条修正案的制定与实施来展开考察。

1787年,美国制宪会议写就的联邦宪法,其中并无一套权利典章。因此,当宪法提交各州批准时,各州表示了强烈地反对。在各州所提出的124件修正案中,大部分与这一问题有关。为了减少批评,便于宪法通过,汉密尔顿在1787年的纽约州批准宪法会议上提出“正当程序”一词,该会议在此基础上提

欺诈能否被明确的证明 (clearly established) 已成为英国、美国和加拿大等国普遍采用的证明标准。在当事人向法院申请禁止令以禁止开证行付款时, 必须有充分的证据证明欺诈的存在; 在当事人向银行提出止付申请时, 也要清楚、明确地向银行证实欺诈的存在。此外, 不论是哪一种情况下的申请止付, 都必须在票据兑付之前提出; 就证明责任的分配而言, 一般来讲, 举证责任在申请人。申请人不但要证明欺诈行为的存在, 而且要证明其止付申请是在银行兑付之前已以清楚、明确并足以引起银行注意的方式提出。如果持票人为善意第三人, 持票人对持票的合法性负举证责任; 如果提示票据的信用证受益人及其代理人对欺诈不知情, 则受益人及其代理人对欺诈不知情负举证责任。

[参 考 文 献]

- [1] 王泽鉴. 民法学说与判例研究 (第一册) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 302 - 303.
[2] 刘定华, 李金泽. 关于信用证欺诈的若干问题研究 [J]. 中国法学, 2002, (3): 109.

On the Principle about Exception on Fraud on Letter of Credit

—Also on some judicial problems from one Canada case

BAI Hui - lin

(Law school, Beijing University, Beijing, 100088)

Abstract: To restrict fraud on letter of credit and protect international trading environment, the implement of the principle about exception on fraud on letter of credit breaks the interdependence of letter of credit, and combines the letter of credit business with fundamental contract business. Canada Supreme Court adjudicates one famous case that Bank of Nova Scotia appellant v. Angelica - Whitewear LTD. and Angelica Corporation Respondents, sums up the legislation and cases on the principle about exception on fraud on letter of credit. The paper introduces the case and analyzes the necessity to set up the principle about exception on fraud on letter of credit and the condition to implement it by combining international pact and current legislation, cases and legal theory, in order to make perfect legislation and jurisdiction about swindling by letter of credit.

Key words: The principle about exception on fraud on letter of credit; The principle about independence on letter of credit; Fraud; Substantial fraud; Good credit; Interest balance; Goodwill third party.

From Constitutional Law to Constitutional Government

HE Qin - hua

(Huadong Administrative and Law University, Shanghai, 200093)

Abstract: In March this year, new amendment of constitutional law is passed in the National People's Congress (NPC), some terms including human right, ownership of personal property and compensation authority for expropriation and levy are written in the constitutional law, which means the constitutional law has made one important step towards constitutional government, and receives extensive attention and affirmative evaluation. To propagandize the amendment and comprehend the basic values of constitutional law, Huadong administrative and Law University held one doctor's forum whose topic is from Constitutional law to constitutional government. The forum is presided by Professor He Qinhuang, and commented by Professor Xu Yongkang. In the forum, every spokesman talked about constitutional law and constitutional government from the perspectives of constitutional culture, constitutional ideas, and constitutional system and combining western constitutional tradition and Chinese constitutional system and practice.

Key words: Constitutional law; Constitutional government; Nature law; Constitutional culture