

二十一世紀評論

中國憲制轉型歷程再思

建國立約與憲制立法：協商民主的初始定位與高階功能



在中國政治的現行運作機制中，全國人民代表大會（人大）是國家最高權力機構，也就是立法機關，中國人民政治協商會議（政協）則是一個非國家機關的協商、議事統戰機構。這是1954年中華人民共和國第一屆全國人民代表大會（下稱「1954年/第一屆全國人大」）召開之後對兩個機構的定位。在建國初始設計上，政協的定位與之不同。1949年中國人民政治協商會議第一屆全體會議（下稱「1949年/第一屆政協會議」）所確立的建國方案，奠定了中華人民共和國建國的政治基礎，並為建國後制定國家的根本大法即憲法（《中華人民共和國憲法》），確立了先在的政治原則。就此而言，追溯政協與人大的關係，梳理是次政協會議的基本理念、制度框架與運行方式，不僅可以幫助我們獲知人民共和國的建國初始定位，而且有助於知曉建國的高位理念與憲法制定之間的關聯，從而深刻理解協商民主在建國機制中不可替代的作用。

一 建國的政治立約

國家建構的方式存在一個古今之別的問題：古代國家幾乎都屬於給定的國家。所謂「給定國家」（given country），就是由掌握國家暴力的集團強加一個國家建制給臣民，後者必須臣服於給定他們國家建制的權勢力量。古代國家之所以大多不出給定國家的範疇，是因為這類國家都處在「打天下者坐天下」的暴力建國狀態中。建國立約是典型的現代事件。相比於古代的給定國家，依約建構起來的國家是一個「人造國家」（artificial state）。建國之所以需要立約，是因為首先設定了加入國家的每個公民所具有的平等權利。建國立約因

此成為國家成員設定的、從自然社會邁進政治社會即國家的必須。這樣的立約，是判斷成員基於自由確認的國家建構原則。除開這樣的原則，現代國家無法以任何其他理由聚集正當性資源、獲得合法性認同^①。

建國立約並不是一個可有可無的事件。建國立約可先可後，國家契約可以在建國之先立定，也可以在建國之際達成，還可以在建國之後再行增訂。建國立約不是一個簡單的制定國家根本法即憲法的問題，而是一個為建國確立制憲的更高政治規則的問題。讓人們理解現代建國方式的社會契約論，是一種非歷史的解釋性理論。在實際的歷史進程中，並不存在一個權利與權力雙方先期訂約、然後建國，或者直接立約而建國的歷史事實。但在現代的人造國家建構中，社會契約論卻是最具有解釋力度的政治理論。依約建國，其實不僅是一個解釋性理論，也是一個貫穿於現代國家建構進程的理論。只要看看世界上絕大多數國家都有制定成文憲法的事實，而國家都依照憲法條規運行，立憲遵從人民主權，國家服從人民意志，就對此可以有一個系統而深入的理解。

中國的現代建國，之所以會展現出政治立約奠基、憲制立法跟進的基本態勢，是因為中國並不存在明顯的自然法或神法傳統。因此，需要介入建國的各種政治力量達成基本的建國共識，以為各方必須遵循的建國準則，從而共同推進現代建國進程，並有效坐實憲制立法，為建國提供一個眾所依循的政法機制。於是，關乎建國的兩個重要步驟便呈現出來：政治立約，是一個旨在聚合有助於立憲的政治資源的行動；憲制立法，是在介入建國的各種政治力量達成共識的基礎上，制定成文憲法的活動，它是一個促成立憲契約並依憲建國的立法過程。

1940年代由國民黨與共產黨主導的兩次政治協商會議，具有開闢中國立憲政制的政治立約性質，值得高度重視。1946年國民黨召集的政協會議（俗稱「舊政協」），與1949年共產黨召集的另一次政協會議（俗稱「新政協」），顯現出以政治立約為憲制立法開道的共同特徵。前者是在抗戰結束之際召開的一次政協會議，但因為國共兩黨都未放棄自己堅持的建國方案，最後舊政協的政治立約成果，以國共兩黨發動第三次國內戰爭的形式終結。不過，基於現代建國的政治進路已經呈現出來，那就是以政治立約為憲制立法奠定基礎，以此將中國的現代國家建構坐實在憲制平台上。在1949年國共兩黨的戰場勝敗形勢已經完全呈現出來的時候，共產黨掌握了建國的主導權。但其依循的建國路線，仍然是先行展開政治立約，以求在諸政治力量之間達成建國共識；而不是先行制定憲制文件，將建國問題坐實為憲制立法的法律事務——建國的政治事務是優先於立法事務的。即便是憲法的制定，也必須是在建國政治共識，也就是憲制立法的高位規則得以落實的情況下，才具備進入立法過程的政治前提和可靠基礎。如此，從中國共產黨主導的第一屆政協會議及訂定的《中國人民政治協商會議共同綱領》（《共同綱領》），去理解中華人民共和國的建國立約問題，就是一個恰切的進路。而且，循此思路，人們才能理解中共主導下的第一屆全國人大制定憲法並重新布局國家權力體系的「高級法」依託。

這是對一個幾乎是定見的商榷。在論述新政協《共同綱領》的政治法律著作中，大致都將《共同綱領》視為中華人民共和國的第一部憲法、臨時憲法或不成文憲法，老一輩學者如許崇德是如此，中年學者如蔡定劍亦作如是看，青年學者翟志勇的看法也大致如此^②。相比而言，翟志勇等青年學者開始嘗試將《共同綱領》抬舉到比成文憲法更高的位置，但對之的定位仍欠準確。本文認為，不能將新政協發布的《共同綱領》視為憲法文件，而應將之視為憲法的高級法，這樣才能看清楚人民共和國所依託的建國立約與憲制立法的政治架構。

二 《共同綱領》與制憲權悖論的化解

(一) 作為政治立約的《共同綱領》

以政治立約為憲制立法奠基，從而讓國家建構具備高級法支持與人定法規則，是理解 1949 至 1954 年這一段中華人民共和國建國史的一個關鍵點。這不是由兩個時間點直接連接起來的建國事務，而是由兩個時間點連接起來的一個建國過程。而這個過程中發生的建國轉向，直接決定了此後中國的國家形態與政體形式，當然也就注定了立憲建國的基本情形。在兩個時間節點上制定的兩部重要建國文件，承載了立憲建國的兩個具有決定性意義的事件：1949 年政協會議制定的《共同綱領》，為建國提供了必不可少的高級法依託；1954 年全國人大會議通過的《憲法》（《五四憲法》），為建國提供了立憲建國的基本法或根本法。兩部文件所負載的中國現代建國信息，不能簡單地以一以貫之的眼光來衡量。因為前者提供的建國法則，在後者那裏有繼承、也有廢止，這讓立憲建國的政體呈現、憲法權威與憲制運作，出現了令人矚目的變化。這需要從政治立約與憲制立法兩個相對獨立的視角來加以審視。

1949 年新政協之「新」，首先在於它所處的政治局勢。舊政協時期還存在的兩個對峙的軍事—政黨集團，經過戰場上的較量，已經勝敗定局。因此，基於建國而召開的政治協商會議，不再存在軍事對峙的威脅。中共的建國領導權處在一個毋庸置疑的位置上，關鍵就看其建國取向如何影響甚至決定國家建構的前途與命運：如果中共僅僅按照政黨一己的意願建國，其他政治力量是不存在挑戰實力的，但潛在的政治對立情緒就很難化解；如果中共為了統合國內所有社會政治組織，並將之視為共同建國的力量，那麼諸社會政治組織就會因為在建國事務上受到尊重，而形成化解政治對立、促成國家團結的良好建國氛圍。更為關鍵的是，如果中共採取後一進路，就會突破國民黨在建構立憲中國時的獨斷屏障，讓國民黨的「一個政黨、一個領袖、一個主義、一個軍隊」的權力獨佔型建國預設，凸顯出其無意立憲建國的隘陋。可見，中共如何為立憲建國決斷進路，涉及它如何聚集建國的豐厚資源，以及營造諸社會政治組織力量接受建國方案的重大問題。新政協之「新」，其次便在於，

因為中共選擇了後一進路，所以得以將建國的諸力量團結起來，並由各方制定大家願意接受的政治規則，從而為立憲建國確立高位的政治法律規則。

1949年政協會議，在會議名稱上已經顯示了它的特殊性：首先，它自覺意識到自己與舊政協在會議性質上的差異。在開始籌備時，為了區別於1946年召開的舊政協，特將之定名為「新政協」；在會議召開之前，特別將「新政治協商會議」改稱為「中國人民政治協商會議」^③。這不是一個單純的名稱之變，其間蘊含重要的政治意義：為建國而召開的政協會議，是排除了「帝國主義、封建主義、官僚資本主義」勢力的、廣義的人民的政治協商會議。因此，這是一次「人民民主陣營」的協商建國會議。其次，這次會議確實具有廣納當時中國諸社會政治組織力量於其中的兼容性。由於國民黨在戰場上的失敗，國民黨及其同盟者自然地排除在建國者的範圍之外。除此之外的政黨、各界代表人物、少數民族、華僑代表，均受邀出席了是次會議。因此，這次旨在協商建國的政治會議，作為人民代表的充分性有了相當保障。再次，會議的舉辦確實體現了諸社會政治組織力量之間平等協商建國的政治精神。新政協籌備會第一次會議，參與組織23個，出席會議134人，中共派出代表7人；籌委會常務委員會21人，中共5人。第二次會議出席代表126人，會議主持人為中共1人、民主黨派2人。基於平等的政治協商，貫穿於組織人事的安排事務。在會議的議程及其主導人事安排上，中共與各界人士的商議也體現了平等、尊重的精神：一者，《共同綱領》的起草小組人員具有較為廣泛的代表性；二者，綱領起草三易其稿，民主人士的意見得到尊重；三者，對建國的重要事務，在中共與民主人士之間進行了往復協商，對諸如國名、社會主義是否寫入《共同綱領》，政協是否存續，黨派是否必要等問題，均進行了開放式的討論；四者，在會議產生的領導機構中，中共在人數上不佔絕對優勢，而各民主黨派與社會賢達則廣泛進入其中：第一屆全國政協委員會180人，常委21人，非中共黨員佔多數。選舉產生的中央人民政府，正副主席7人中，非中共人士有3人；委員56人中，非中共人士也佔大多數。這些中央權力機構的組成情況，既體現了中國社會各界通力建國的合作精神，又體現了共同執掌國家權力的聯合政府性質。

1949年政協會議，是一次以政治立約的形式實現中國現代建國目標的會議。這從本次會議通過的《共同綱領》上得到準確的反映。在《共同綱領》的序言部分，一方面明確規定了建構現代國家的人民主權原則：「中國人民民主專政是中國工人階級、農民階級、小資產階級、民族資產階級及其他愛國民主份子的人民民主統一戰線的政權」；另一方面在政權的組成主體上展現了最大限度納入諸社會政治力量的包容性：「由中國共產黨、各民主黨派、各人民團體、各地區、人民解放軍、各少數民族、國外華僑及其他愛國民主份子的代表們所組成的中國人民政治協商會議，就是人民民主統一戰線的組織形式。」政協會議的目的，就是「代表全國人民的意志，宣告中華人民共和國的成立，組織自己的中央政府」^④。基於這樣的建國理念，《共同綱領》在第一章「總綱」部分對國家性質、權力歸屬、公民權利等立憲建國的基本問題進行了明確闡

述；進而在第二章「政權機關」部分明確了以普選產生各級人大的方式，並將國家的最高權力機關確定為全國人大。在人大與政協之間，確立了「在普選的全國人民代表大會召開以前，由中國人民政治協商會議的全體會議執行全國人民代表大會的職權」^⑤。

《共同綱領》的這些規定，以及其對人大與政協關係的界定，讓人們有理由認為它是中華人民共和國第一部憲法文件^⑥。確實，《共同綱領》所具有的立憲性質是無可懷疑的。但稍加分析可知，《共同綱領》在政治地位上高於後來制定的憲法，它是既具有憲法功能、更具有建國立約性質的政治文件。因為它旨在宣告，在中國結束軍事對峙、即將進入和平狀態情況下的國家建構所要遵循的一些基本原則。這些原則，一些是憲制立法所要呈現於條規之中的憲法條款，一些則是制定憲法所要依循的高階原則。前者是憲法制定事務範圍內的事宜，後者是憲法制定所要遵循的政治原則。就此而言，《共同綱領》不能簡單地被視為憲法文件，而應當被視為高於憲法的立憲政治綱領：它不僅為之後的憲制立法、也就是憲法的制定提供了正當性保證，而且為憲法確立了基本原則，並且為立憲提供了政治合作的機制，進而為立憲者從事憲法制定凝聚了政治共識。

(二) 化解制憲權悖論

人們會問，政協會議的代表能夠代表尚未產生的人民代表來制定建國的立憲基本規則嗎？他們的代表權不是經人民授予，何以代表人民執行相關權力呢？這在政治理論史上，就是制憲權悖論 (the paradox of constituent) 所揭示的一種「政治悖謬」。「制憲權」概念是由法國思想家西耶斯 (Emmanuel J. Sieyès) 提出的，主要強調的是，制憲必須由獨立於人為組織、處於自然狀態的人民來創制，但分散的人民無法在非常情況下聚集在一起決定相關事務，因此必須委託給特別代表來行使制憲權。由此導出一個悖論：處在自然狀態下的人民無法產生代表。為此，他提出將一個國家劃分為一定數量的選區，由其選出代表，他們「惟以人民的利益為利益」，以此解除制憲悖謬^⑦。此後施米特 (Carl Schmitt) 對之進行了更具張力的闡釋。他同樣強調制憲權與根據憲法產生的權力之間的根本區別，認定人民的制憲意志是一種直接意志，先於和高於一切憲法法律程序。人民行使制憲權的方式是「明確表達其直接的總體意志；這種意志的目標是對政治統一體的存在類型和形式作出決斷」^⑧。這樣的思路所導致的仍是西耶斯式的制憲權悖論。對於施米特強調制憲權是一種終止舊的憲制、開啟全新憲制的決斷所引發的制憲權問題，阿倫特 (Hannah Arendt) 以人民享有制憲權力但制憲者享有制憲權威的區分，來化解制憲權悖論。她指出，基於慣習的革命並不是徹底終結傳統，因此也就不存在全新開端的問題。像美國那樣在殖民時代業已存在的人民自治傳統，夯實了人民主權。而一旦作別英國的殖民統治，制憲者只需要以憲定法律兌現人民已經長期實踐的權利，立憲建國就大功告成。作為無限革命的法國大革命必須面對

終止舊制度權力、開啟革命新體制這一無法完成的任務，而作為有限革命的美國革命並不訴諸不受約束的權力來開啟新政治，人民主權與憲法權威相依而立，並不構成所謂制憲權悖論^⑨。顯然，三位學者對制憲權的理解是迥然相異的。但他們討論的命題有一個共同點，那就是面對新政治體的制憲，依據人民主權的制憲者之立憲權威究竟如何保障。阿倫特的思路對於化解制憲權悖論的重要指引作用在於，人民的制憲權並不會陷於一個絕對的惡性循環之中，相反，只要制憲是對人民主權的實現，制憲者就具有權威。這與西耶斯的解套思路是相近的。

1949年政協會議所發布的《共同綱領》，是一個不經意之間化解制憲權悖論的憲制文獻。從文獻的政治地位來看，它不是憲法，但具有憲法效用，更高於憲法的地位。它不僅是其後五年左右憲制政治運作的依託，也是《五四憲法》制定的一個基礎與指引；從制憲權的視角看，《共同綱領》是在人民主權的引導下，由人民代表即制憲者為實際立憲達成政治共識的產物。《共同綱領》所強調的人民性，所指責的帝國主義、封建主義與官僚買辦資產階級對人民權力的僭取，所張揚的立憲，旨在凸顯人民意志的旨趣，都表現出一種阿倫特式的制憲大思路。當然人們可以追問，第一屆政協會議並不是人民直接出場表達自己的意志，是人民代表在表達人民意志，人民意志似乎仍然是一種間接意志，而不是一種直接意志；而且，其時人民並沒有行使直接選舉權推舉這些代表，其代表權的合法性缺乏合法保障。這是一種西耶斯式的質疑。《共同綱領》所表述的中國人民長期以來為實現自己建立國家的政治意志所做出的不懈奮鬥，猶如阿倫特所指的美國人民自治傳統奠立的立憲堅實基礎；而《共同綱領》制定者對人民建國意志的尊崇和表達，正體現了足以引導建國的基本憲制規則要求。而兩者在政協會議前的籌備、進行，以及會後的各界代表的衷心支持的表態中，得到了相宜的體現。這是在一種主動介入、而非受迫情形下，以公共利益為取向的人民代表由衷地贊同立憲建國的表現^⑩。參加政協的人員所具有的極為廣泛的代表性，是在長期的建國活動中已經獲得承認的代表性，不是這些代表自我授予的代表權；商議建國政治原則的諸條款，是在代表各界人士的參會者嚴肅認真、圍繞立憲宗旨展開討論的結果，因此是以公共利益為取向的；《共同綱領》和政協推舉的國家機關負責人，並不是依據戰爭勝敗對勝利者的獎賞，而是對那些於建國和治國可以發揮積極作用的人士的共同激勵。

《共同綱領》構成中華人民共和國立憲建國的高級法：它落實了立憲的政治共識，伸張了人民主權原則，設定了聯合政府機制，建立了政治組織力量之間的信任關係，由此給1954年的立憲奠定了堅實基礎。這份文件不能被簡單視為一部為國家建構和有序運行制定的憲法：一是這份文件命名為「共同綱領」，政治立約的性質明顯強於憲法的法規擬定意願。二是制定這份文件的政協會議為建國確立基本原則——當時將要建立的國家尚在襁褓之中，等待呱呱墜地，儘管其間的時間差非常短暫。在擬制國家以後成為真實國家，實際的制憲主體才會浮現出來；而且國家為建立政治秩序的立法任務，也才切入立憲建國的具體進程。

《共同綱領》何以構成立憲建國的高級法呢？簡而言之，理由有三：一是它解決了可能困擾制憲者的制憲權問題。由已經在長期的建國實踐中獲得各界認可，因此具有一種類似於默認的代表權的人士，共同確認了人民主權原則之下的立憲建國方案與憲制立法原則。這是實際的憲法制定活動不必再行考慮的問題。二是它確認了國家權力不屬於任何特權階層，而屬於人民，唯有人民意志才是建國的正當來源與可靠依託。因此，一切特權階層與特權思維都是違背立憲建國宗旨的。這不是憲法給定的權利，而是制定憲法的正當性依憑。正如有論者在討論美國憲法的「高級法」背景時指出：「這些原則並不是由人制定的；實際上，如果說它們先於神而存在的話，那麼它們仍然表達了神的本性並以此來約束和控制神。它們存在於所有意志之外，但與理性本身卻互相浸透融通。它們是永恆不變的。相對於這些原則而言，當人法除某些不相關的情況而有資格受到普遍遵行時，它只不過是這些原則的記錄或摹本，而且制定這些人法不是體現意志和權力的行為，而是發現和宣布這些原則的行為。」^⑩這是佐證《共同綱領》為憲法之高級法的一個思路。三是1954年全國人大制定憲法時，本身就是對《共同綱領》明確表述過的、會後將經由普選產生全國人大行使國家權力（其中當然包括立憲權）的一個延續。這在國家權力的先後繼承性上看，政協佔據了先於憲法、並由其規定國家權力及其運作機制的政治高位，故必然發揮相對於人大的高階功能。

三 憲制立法的高級法背景

1949年政協會議，確立了建國的基本原則。這些原則既有明確的理論指向，也有強烈的現實針對。它為中國的立憲建國提供了高級法準則，將人民主權、權力共享、聯合政府等原則作為立憲的預設條件確定下來。這些原則不是憲法賦予人們的權力，而是人民不可褫奪、必須予以尊重的權力，是憲法作為基本精神必須承諾的基本原則。換言之，在實際的憲制立法之前，《共同綱領》已經為憲法預制了必須依循的要則。就此而言，如果將《共同綱領》與1954、1975、1978、1982年的四部憲法等量齊觀，就不足以理解中華人民共和國建國所倚重的高級法。我們必須在一種錯位審視的情況下，才足以深刻理解建國之際所確立的、高於並規定憲法制定的建國立約準繩：《共同綱領》不是一部憲法，而是憲法制定的依據。只有在建國的政治立約與憲制立法錯落有次，也即是建國立約為憲制立法的奠基，憲制立法是實現建國立約初衷的前提下，去確定二者高低不同的政治地位，才能夠為人民共和國夯實立憲建國根基。

從1949到1954年，中經五年的時間，由《共同綱領》明確表述的國家權力機關——全國人大召開了第一屆全體會議。這一屆人大會議的最重要成果，就是制定和頒布了《五四憲法》。作為中華人民共和國第一部憲法，它是對《共同綱領》所確立的建國原則的落實，因之讓國家的運行具有基本法或根本法的明確規定。這是中國現代建國在人定法上的一個重要進展。儘管之前在晚

清、民國時期已經制定憲法文件，但因為正處在高度緊張的建國非常狀態之中，憲法並沒有真正成為國家運行中發揮實際作用的根本法規。斷言其是一紙空文，並非誇張。1949年政協會議由全國各界代表人士進行政治協商，達成了立憲建國的高位政治共識，為憲制立法提供了可靠的政治保障：自晚清以降到1949年，中國算是有了作別戰爭的非常狀態，真正具備了立憲建國的和平、理性的政治氛圍，在各種政治力量不再訴諸非常手段（如戰爭）來實現其建國意願的情況下，算是具備了立憲的政治條件。第一屆政協會議制定的《共同綱領》，算是將這一政治條件落定在政治文獻上，並以對憲法之高級法的政治認肯，確認了立憲的高位政治準則。其後全國人大制定憲法，便是對第一屆政協會議由具有廣泛代表性的社會政治組織力量與知名人士共同確認的建國約定的延續與貫徹。

《五四憲法》是在國家權力機制已經穩定運行五年左右後，由全國人大制定的一部國家基本法或根本法。這部法律是在諸社會政治組織力量和知名人士五年前達成的建國政治共識基礎上，經由人民代表制定的法律。這部憲法的正當性依託，在於憲法的高級法即《共同綱領》，在於1949年政協會議達成的政治共識。但從《共同綱領》到憲法制定，也就是從建國的政治立約到憲制立法的轉進，是需要一些特定條件的：一是需要具備更為穩定有序的政治環境，由此才能讓國家對憲制立法的需求浮上檯面。到1952年底，土地改革，工礦企業改革，抗美援朝，「三反」、「五反」，鎮壓反革命運動，恢復生產，權力組織重建等，基本告一段落。於是，由政協倡議舉行人大會議，進行立憲工作，進入人大會議籌備階段。二是具有產生人民代表的選舉安排。1953年，大陸的軍事行動基本結束，和平的全局浮現出來，選舉工作的條件已經成熟^⑫。中央人民政府開啟了普選的組織進程，在新訂的《中華人民共和國全國人民代表大會和地方各級人民代表大會選舉法》引導下，產生了各級人大代表。三是憲制立法的準備工作有序進行。1953年，成立了憲法起草委員會。1954年3月，提交了憲法草案；6月，將憲法草案付諸全民討論。經此安排，憲法草案得到若干修改意見，憲制立法文件因之得到完善。至此，憲制立法算是水到渠成^⑬。

1954年9月第一屆全國人大召開，主持會議的毛澤東指出：「這次會議的任務是：制定憲法；制定幾個重要的法律；通過政府工作報告；選舉新的國家領導工作人員。」^⑭如果說人大、國務院、法院、檢察院組織法涉及的是權力機關的法制建構，那麼立法的焦點便是立憲；如果說國務院工作報告涉及的是國家行政機關對國家權力機關的工作匯報，那麼涉及國家領導產生的辦法與結果就會傳遞出國家權力掌控狀態的新信息。

這需要從形式結構和實質精神兩個角度分別進行簡短分析。《五四憲法》是中華人民共和國第一部憲法文件，在形式和內容結構上，它與現代國家的規範憲法是大致吻合的；大致的意思是，一般憲法並不規定專門組織與意識形態的地位，這部憲法則對之進行了相當明確的規定。除此之外，國家機構與公民權利的構成核心都是相當一致的。這部憲法是承接《共同綱領》制定的憲制文件，但兩者具有明顯的差異：「1954年憲法，在總體結構上，與共同綱

領相比較，有延續的一面，也有變動的一面。延續的一面，兩者都有序言、總綱和國家權力機構。變動最大的是：（一）將共同綱領中分專章規定軍事制度和經濟政策、文化教育政策、外交政策等刪掉，扼要規定在序言和總綱中。（二）將中央人民政府委員會的政府組織體制，改為以全國人民代表大會為核心的新興國家機構。（三）將『公民的基本權利與義務』專章列為憲法第三章。（四）將『國旗、國徽、首都』正式寫入憲法第四章。從而說明1954年憲法是以一個正規憲法的面貌出現，這在我國人民革命憲政立法史上是一個重要的里程碑。」^⑤這個比較在形式結構上是成立的，但在實質比較上還存在盲點。相較於《共同綱領》，《五四憲法》除鮮明凸顯公民權利外，還極為顯著地強化了執政黨的憲法地位。同時，前者着重納入的人民對象在後者那裏明顯收縮，權力的共享性與聯合政府性質不再得到強調。這些都是應當重視的變化。這提示人們，建國的初始政治立約出現了重要的轉變，以憲制立法的形式確立起一些新的建國原則，並且以基本法或根本法的形式確定下來，成為部門法制定與實施的最高依據。

這樣的變化，也體現在國家領導人組成的變化上：國家正副主席都由中共黨員出任，非中共人士主要被安排到全國人大常設辦事機構即人大常委會中。國家最高行政機關即國務院正副總理，也都由中共黨員出任。非中共人士擔任一些部委的負責人，重要部委的負責人由中共黨員出任^⑥。這是一個不大為人重視的變化：因為執政黨在國家權力機構中出任主要職位，似乎是天經地義的事情。只有在與建國立約之際的國家權力機構負責人員組成的比較中，才能理解領導人安排的變化以及所具有的政治含義：這涉及到《共同綱領》時期權力共享與聯合政府定位的改變；而這樣的改變，對於國家權力的憲制構成將會產生結構性的影響。

這樣的結構性調整，可以獲得很多解釋理由。最為直接的解釋理由就是，1949年政協會議和《共同綱領》是在建國之際諸方面情況還未完全落定、因此具有明顯的臨時性特點的情況下做出的建國決定。這可以從周恩來所做的準備召開全國人大會議的報告中獲得支持理由。他強調，既然召開全國人大會議，就應當由其制定憲法，而不能再將《共同綱領》視為國家的根本法或憲法^⑦。但是，周恩來強調的另一個問題可能被這一點所遮蔽，那就是「要以共同綱領作為憲法的基本指導思想」^⑧。這是一個對人們理解《共同綱領》與憲法關係非常重要的信息。之所以制定憲法需要以《共同綱領》作為指導思想，不能單單在《共同綱領》時間在先的意義上理解，而應當在《共同綱領》作為建國立約，也就是諸社會政治組織力量與知名人士達成的建國政治共識在政治地位方面高於憲法的意義上得到定位。如此，《共同綱領》方才具有制憲指導思想的地位。這實際上就承諾了《共同綱領》所具有規訓後起的憲制立法與憲法修改的高階位置。因為由《共同綱領》所構成的政治共識，正是中華人民共和國得以順暢進入建國軌道的前提條件。因此，建國立約不能與憲制立法等量齊觀。如果看不到這一承諾所具有的影響建國根本的決定性意義，就會動搖據以建國的政治基礎。這是憲制立法無法連帶解決的大問題。

第一屆全國人大與第一屆政協會議，在建國史上都具有重大意義，但又呈現出相當不同的政治功能。其間的轉變，更是人們解讀中華人民共和國依憲建國不同信息的重要來源。相比而言，第一屆政協會議終止了國民黨的政治權力，但承接了國民黨統治時期具有代表性的諸社會政治組織力量與知名人士對建國事務介入的傳統。因此，人民共和國的建國並沒有遭遇法國大革命那種終止舊制度、開啟新國家的制憲悖謬，而以一种中國特色的方式展現出近似於美國那種經由革命而實現人民（自治）主權的立憲過程。這樣的政治功能，是人民共和國權力穩定之後不會再遭遇問題，也是確立政協會議的政治預制功能不能變易的理由所在。倘若改變這樣的政治預制條件，憲制立法就會遭遇嚴峻的政治考驗。而這恰恰在1975年《憲法》（《七五憲法》）和1978年《憲法》（《七八憲法》）中，富有張力地呈現給人們。直到1982年《憲法》（《八二憲法》）的頒布，才多少矯正了那種對建國立約與憲制立法關係扭曲的看法與做法，回歸到立憲建國的政法正途之上。

四 背靠協商民主

由上可知，1949年政協會議大致解決了關乎國家建構的四個重要權力安排，即制憲權、代表權、審議權、領導權。這既是中共正式建構中華人民共和國時的建國立約，也是對憲制立法的一個政治預制。它是人民共和國存續情況下必須遵守的高位政治規則。將人民共和國憲法史連貫起來看，人們可以知曉，凡是依循《共同綱領》的政治立約進路制定並執行憲法，便能讓中國行走在建國正途上；一旦偏離《共同綱領》的政治立約軌道，不依人民主權、權力共享與聯合政府的模式立憲建國，就會讓國家付出沉重的代價。《五四憲法》的制定，按照前述周恩來的說法，是以《共同綱領》為指導思想立憲的，因此是一部較為規範意義上的現代憲法。它較好地解決了政治立約與憲制立法之間的關係，從而為完成立憲建國的立法任務奠定了基礎、預制了方向。《七五憲法》、《七八憲法》的制定，由於從建國立約的基本精神，也就是全民共同建立共享的國家這一宗旨，轉向階級鬥爭主導的分離性建國觀念，因此這兩部憲法可以說是丟失了中國立憲建國的基本精神。

《七五憲法》、《七八憲法》秉承的是一種階級鬥爭理念，這不是讓中國社會大和解、大協同、大發展的憲制整合理念。它與《共同綱領》確定的建國精神相去甚遠。兩部憲法在闡述憲法政治宗旨的序言部分，都明確強調鬥爭哲學作為國家理念的基本構成觀念^{①9}。《七五憲法》既是對始自1957年反右擴大化的階級鬥爭「經驗」的「憲法」歸納，也是對愈演愈烈的個人崇拜的「憲法」認肯。僅從憲法序言來看，「這個序言充滿了對領袖的溢美之詞，着力讚揚『無產階級文化大革命』和『無產階級專政下繼續革命』。序言全由政治口號和領袖語錄堆砌而成，明白地表述了當時的政治路線和極『左』方針。它是中外憲法史上非常少見的」^{②0}。這樣的憲法書寫方式，注定了它會嚴重偏離憲

法精神和建國約定。其非憲性和反憲性特點是毋庸置疑的²⁰。《七八憲法》力圖修正《七五憲法》的極左傾向，但仍然對文化大革命群眾運動成果加以直接肯定，仍然延續了階級鬥爭為綱的路線。前者就是對頗具群眾運動特色的「大鳴、大放、大字報、大辯論」條款的保留²¹；後者體現於對「無產階級專政下繼續革命」的堅持，對文革成果之一的「革命委員會」的延續²²。在這兩部憲法中，不僅《共同綱領》的建國約定不見蹤影，就連規範憲法的表述方式都被廢止。

相對於上述兩部憲法，《八二憲法》是對憲法精神的勉力回歸。這是指規範憲法旨在以憲制安排整合全民族的建國力量，並以之為國家治理的最高法律、根本法律。因此，回歸憲法精神，首先必須告別基於鬥爭性與分裂性思維的「憲法」理念。而《八二憲法》的基本關懷就是「撥亂反正」²³：「撥」階級鬥爭為綱之「亂」，「反」共同建構現代國家之「正」。與此同時，這次憲法的修定不僅耗時最長，而且認真程度很高，並再次啟動全國諸社會政治組織力量，激活了「全民討論」的程序。這次憲法修訂活動體現出三個特點，如彭真所說：其一，就憲法修訂稿的撰寫而言，「討論工作前後進行了兩年之久，是做得相當認真、慎重和周到的」，由中共建議，成立了憲法修改委員會，廣泛徵集意見、提出憲法修訂草案，並對之進行了集中修改。其二，就徵集國家機構修改意見而言，人大常委、政協常委與委員、各民主黨派和人民團體、中共中央各部門、國務院各部門、人民解放軍各機關、省市直轄市負責人均提出了修改意見。其三，就全民討論而言，「這次全民討論的規模之大、參加人數之多、影響之大，足以表明全國工人、農民、知識份子和其他各界人士管理國家事務的政治熱情的高漲」²⁴。

這次憲法修訂，不僅是針對《七五憲法》和《七八憲法》進行的矯正，也不僅僅是面對長達十餘年的文革浩劫而做出的憲法調整，其自覺秉承的是《五四憲法》精神。彭真指出²⁵：

中華人民共和國的第一部憲法，是一部很好的憲法。但是，那時我國還剛剛開始社會主義改造和社會主義建設，現在我們國家和社會的情況已經有了很大變化，一九五四年憲法當然不能完全適用於現在。這個憲法修改草案繼承和發展了一九五四年憲法的基本原則，充分注意總結我國社會主義發展的豐富經驗，也注意吸取國際的經驗；既考慮到當前的現實，又考慮到發展的前景。因此，我們這次代表大會一定能夠制定出有中國特色的、適應新的歷史時期社會主義現代化建設需要的、長期穩定的憲法。

這一段話傳遞出非常豐富的立憲信息：一是《八二憲法》直接秉承《五四憲法》精神，這就將中間兩部憲法排除了憲法統緒，是對憲法精神的自覺回歸。二是憲法的制定與修改，需要與中國社會政治生活的實際經驗緊密互動，同時兼顧中國經驗與國際經驗。換言之，憲法的國際趨同理念，在國家制定憲法

時必予重視。三是儘管憲法需要與時俱進，但其作為國家最高法與根本法，需要展現其高度的穩定性，並以此保證它規範國家的運行進程。

彭真關於《八二憲法》與《五四憲法》關係的論述，還可在時段上拉長、在關注點上拓寬，由此展現出憲法制定更為廣闊的視野：首先，直接秉承《五四憲法》精神的《八二憲法》，還需要在時間上溯及1949年的《共同綱領》。因為《五四憲法》是以《共同綱領》為指導思想的，以此推知，自覺承續《五四憲法》精神的《八二憲法》，也可以被認為是接受了《共同綱領》的指導思想。《八二憲法》修訂過程中對諸社會政治組織力量和知名人士的借重、對人民廣泛參與的重視，可以說是對《共同綱領》秉持的人民主權、權力共享精神的傳承。

其次，《八二憲法》的制定，需要在《共同綱領》那裏得到高級法的支援。這一點沒有在主事者那裏顯出自覺意識，是可以理解的。因為《五四憲法》制定以後，就成為此後憲法制定的一個依違範本：以符合這一文本的寫作而成為合規的憲法文本，如《八二憲法》；以不符合這一文本的寫作而成為不合規的憲法文本，如《七五憲法》和《七八憲法》。但這是一種憲法形式結構的規範體現，而不是憲法實質精神的內在吻合。唯有在《共同綱領》那裏，中國憲制立法的高位政治約定，才能凸現出來。可以說這是學者張晉藩將《共同綱領》既視為建國綱領，又看作臨時憲法的緣故²⁹。

再次，從《五四憲法》到《八二憲法》，主持憲法制定與修訂的主事者都一致強調憲法不是永恆不變之法，但同時又都強調憲法的長期穩定性，以及這一特性對於國家運行所具有的意義。與時俱進較易解釋，因為時易世變，憲法得反映時代的變化，否則它作為國家的最高法與根本法的地位，就會因為與時代脫節而喪失；但穩定性的保障是甚麼，似乎沒有得到明確解釋。憲法的穩定性之源，在於它是永恆法則的人定法之最高體現——那就是存在於全體人民的權力，他們可以按照自己的政治意志授予或轉授權力³⁰。因此，制憲者必須清楚，制憲一定要將其正當性與合法性依託於展現人民意志的政治共識上。這是張晉藩指出《共同綱領》是建國綱領的睿智之處，但也是他將之僅僅視為臨時憲法的盲點所在。可以說，只要是在國家框架中制定或修訂憲法，就必須秉承《共同綱領》確立的基本政治共識，否則就有抽掉憲法之高級法準則的風險。

何以政協制定的《共同綱領》具有這樣的高階立憲功能呢？簡而言之，第一屆政協會議所確立的政治立約與憲制立法關係，是中華人民共和國確立的建國基本進路。只要國家存續沒有出現危機，國家需要行進在依憲治國的軌道上，那麼以協商政治凸顯的民主建國原則，就具有其規訓後起的憲制立法的效力。這在當代的協商民主理論那裏可以得到理論印證。協商民主（deliberative democracy，也譯成「審議民主」）這一民主形式不是就一般的國家政治事務、甚至是治國的具體事務進行商議而已。審議民主確實主要是在政策審議的層面上展開，但它最具有意義的舉措，還是就憲制立法進行審議，以便為政治運作達成共識。如果說政策審議主要是在政策受眾之間展開，因此面對不同政策受眾和潛在受眾的話，那麼憲制審議便成為聚合公眾的特殊

審議民主形式。這一審議民主形式，對全體同意的人民主權原則極為重視，認為它勝於代表制中的個別意志表達。只有介入政治審議過程的公眾，才足以形成共同意志。法國政治學家曼寧 (Bernard Manin) 在論述政治審議時指出：「審議的原則既是個人主義的，也是民主的。這一方面意味着所有人的參與，在某種意義上可以合理地認為決策是源於人民 (民主原則)；另一方面，也可以認為決策是源於個體的自由：個體集合起來進行審議，通過審議形成自己的意見，當審議結束時每個人都自由地做出自己的選擇 (個人主義和自由原則)。即使是冒犯悠久的傳統，我們也必須堅定地認為，合法的法律是共同審議 (general deliberation) 的結果，而不是共同意志 (general will) 的表達。」²⁹ 在政治立約時確定的人民主權、共同參與和共享權力原則，以協商民主或審議民主為憲制立法提供政治正當性與合法性保障。審議民主是憲法的政治正當性寄託，憲法是保障審議民主的根本法規，兩者是一種相得益彰的關係。

就政治運行機制而言，審議民主依託於建國的政治立約，憲制立法兌現的是政治約定，而依憲行政仰仗的是憲法。追根溯源，建國立約是後者的最終寄託。因此，像第一屆政協會議那樣展開的政治審議過程，正是保證此後的憲制立法之合法、即合乎高級法原則的保障。就此而言，一旦中國需要處理憲制立法事務，就必須在《共同綱領》那裏尋找終極支持理由。故而，《共同綱領》與憲法兩者在中國政治體系中的位置是不能等量齊觀的。簡言之，前者的正當性是後者的合法性基礎，後者的有效性是前者的正當性呈現。在這個特殊的意義上，《五四憲法》制定以後，將政協視為一個非國家機關的協商、議事統戰機構，確實具有突出國家權力機關重要性的作用，但可能會有限政協作為憲制審議機關的價值，而且會讓人遺忘憲制立法其實是需要高級法加以規範與指引的政治戒條。因此，讓政協回歸憲制審議的協商民主初始定位，對優化憲制立法和政治運行，有百利而無一害；而僅僅讓政協保持一種近乎事務協商機構的統戰功能，則是對其寶貴的政治資源的遺憾閒置。

五 結語

綜上所述，法政學者大致認同的第一屆政協會議頒布的《共同綱領》是一部憲法，這種看法是大可商榷的。那種認為《共同綱領》甚至是低於正式憲法的臨時憲法的觀點，更是難以成立。《共同綱領》應當被看作中華人民共和國賴以立國的政治契約，它是後來憲制立法的高級法。換言之，正是《共同綱領》提供了《五四憲法》以後幾部憲法訂定的政治規範，中國的憲法制定才有了更為深層的價值與規則依據。《共同綱領》以當時中國公認的、具有代表性的政治團體與社會賢達共同確認的立國規則，既化解了後發國家現代建國常常遭遇的制憲權悖論，也為中國憲法制定與依憲治國提供了政治指引。不寧唯是，《共同綱領》還確立起了中國的協商民主制度，讓憲制審議的協商民主具有了它綿長的政治生命力。

註釋

- ① 社會契約論是解釋政治社會/國家起源的主流或主導理論。人們大致認同，契約論是對政治社會/國家起源最有力的解釋。參見萊斯諾夫(Michael H. Lessnoff)等著，劉訓練、李麗紅、張紅梅譯：《社會契約論》(南京：江蘇人民出版社，2005)，頁7-20。
- ② 參見許崇德：《中華人民共和國憲法史》(福州：福建人民出版社，2003)，頁875；蔡定劍：《歷史與變革——新中國法制建設的歷程》(北京：中國政法大學出版社，1999)，頁2；翟志勇：《從〈共同綱領〉到「八二憲法」》(北京：九州出版社，2021)，頁29。
- ③ 參見許崇德：《中華人民共和國憲法史》，頁36-37。下引新政協籌備會的相關信息，均引自該書頁26-37，不再另註。
- ④⑤ 《中國人民政治協商會議共同綱領》(1949年9月29日中國人民政治協商會議第一屆全體會議通過)，收入政協全國委員會辦公廳編：《開國盛典：中華人民共和國誕生重要文獻資料彙編》，上編(北京：中國文史出版社，2009)，頁506；509。
- ⑥ 坊間流行的不同版本的中國憲法史以及憲法文獻類著作，都將《共同綱領》列在憲法序列加以敘述和分析，這是可以商榷的做法。參見許崇德：《中華人民共和國憲法史》，頁20-158；王培英主編：《中國憲法文獻通編》(北京：中國民主法制出版社，2007)，頁265。
- ⑦ 西耶斯(Emmanuel J. Sieyès)著，馮棠譯：《論特權：第三等級是甚麼？》(北京：商務印書館，2010)，頁35。
- ⑧ 施米特(Carl Schmitt)著，劉鋒譯：《憲法學說》(上海：上海人民出版社，2005)，頁92。
- ⑨ 參見阿倫特(Hannah Arendt)著，陳周旺譯：《論革命》(南京：譯林出版社，2007)，頁141-42。
- ⑩ 這從第一屆政協會議後的各方感言與評論、各地慶祝消息、賀電等可以得到直接驗證。參見《開國盛典》，下編，頁306-815。
- ⑪ 〈序言〉，載考文(Edward S. Corwin)著，強世功譯：《美國憲法的「高級法」背景》(北京：三聯書店，1996)，頁V。
- ⑫ 1953年1月，毛澤東指出：「三年來，大陸上的軍事行動已經結束了。土地改革已經基本完成了，各界人民已經組織起來了，辦全國選舉工作的條件已經成熟。」更為具體的論述，參見毛澤東：〈關於召開全國人民代表大會的幾點說明〉(1953年1月13日)，載中共中央文獻研究室編：《毛澤東文集》，第六卷(北京：人民出版社，1999)，頁257-61。
- ⑬⑭⑮⑯ 參見張希坡：《人民代表大會制度創建史》(北京：中共黨史出版社，2009)，頁643-56；660；659；644；644。
- ⑰ 毛澤東：〈為建設一個偉大的社會主義國家而奮鬥〉(1954年9月15日)，載《毛澤東選集》，第五卷(北京：人民出版社，1977)，頁132-33。
- ⑱ 參見〈1975年憲法〉，載《中國憲法文獻通編》，序言，頁181；〈1978年憲法〉，載《中國憲法文獻通編》，序言，頁142。
- ⑲ 《中國憲法文獻通編》，歷史資料，頁196。
- ⑳ 參見任劍濤：《中國的現代國家構造》，上卷(香港：香港城市大學出版社，2019)，頁199-234。
- ㉑ 《七八憲法》第三章第四十五條，參見《中國憲法文獻通編》，頁152。
- ㉒ 《七八憲法》第二章第三節，參見《中國憲法文獻通編》，頁149-50。
- ㉓㉔㉕ 參見彭真：〈關於中華人民共和國憲法修改草案的報告——1982年11月26日在第五屆全國人民代表大會第五次會議上〉，載《中國憲法文獻通編》，頁56；55；57。
- ㉖ 參見張晉藩：《中國憲法史》(長春：吉林人民出版社，2004)，頁323。
- ㉗ 考文：《美國憲法的「高級法」背景》，頁92。
- ㉘ 曼寧(Bernard Manin)：〈論合法性與政治審議〉，載談火生等編譯：《審議民主》(南京：江蘇人民出版社，2007)，頁159。