

宪法的革命性与连续性

——从宪法纪念日谈起

强世功*

[摘要] 本文从宪法纪念日入手讨论宪法修改所隐含的革命性与连续性。宪法纪念日之所以确定在“修宪日”，一方面是基于八二宪法的实施效力，另一方面是为了告别法国和苏联的“大修”模式所体现的革命性，而采取了美国的“小修”模式，强调宪法的连续性和神圣性。文章从“道体”与“器用”之分重新解释宪法中的尊荣与实效，指出宪法纪念日意在强调宪法在器用层面的实效，忽视了宪法在道体层面的神圣价值。美国模式基于基督教文化传统而将宪法文本神圣化，而我国宪法修改在实践中长期忽视、搁置代表宪法连续性和神圣性的“法定文本”，重视、使用不断革新的、更具有实效的“工作文本”，从而构成“大修”与“小修”、“工作文本”与“法定文本”、革命性与连续性的内在张力。为了协调二者的矛盾，文章建议主权机关不仅应当确认“工作文本”的宪法文本地位，而且应当将1954年宪法及其后历次修宪的宪法文本统统作为中国宪法的“法定文本”，从而在宪法的道体层面上确立社会主义和人民共和国的价值规范意义，建构起五四宪法与八二宪法之间革命性与连续性的统一。

[关键词] 宪法纪念日 法定文本 工作文本

很高兴能够在中山大学做这次演讲。这个演讲的内容本来是我前些日子在北京大学为宪法纪念日而准备的。没想到，《地方立法研究》期刊就是在12月4号创刊的，刚好与宪法纪念日重合。因此，在这个会议上与大家一起讨论宪法纪念日的问题就再合适不过了。在这个问题中，我会提到关于宪法的一些理论思考，但宪法和法律的制定和修改本身是高度技术化的问题，我先从一些技术性的问题入手。

* 北京大学法学院教授、博士生导师。2021年1月2日，作者受《地方立法研究》编辑部之邀，在中山大学法学院、中山大学粤港澳发展研究院联合主办的第一届“立法与治理”论坛暨第九届“法权秩序与中国道路”研讨会上做主题演讲，本文即是在这一演讲稿基础上修订扩充而成。感谢黄瑶教授、陈颀副教授的邀请；张翔教授阅读了修订稿，朵悦同学协助完善了相关注释，一并致谢，所有可能的错误由作者承担。

一、“宪法纪念日”：“制宪日”还是“修宪日”

当我接到邀请，就12月4日“宪法纪念日”做一个关于宪法问题的讲座时，我突然想到一个问题：我们国家的“宪法纪念日”究竟应该是在哪一天？这个问题法学界似乎没有严肃讨论过。从概念上说，“宪法纪念日”通常是指“宪法诞生日”，就是宪法正式制定颁布并产生实际效力的时间。在这个意义上，“宪法纪念日”也可以被简称为“制宪日”。世界上有宪法的国家大多采取这种理解方式。我们都知道现行宪法是1982年宪法，这部宪法是在1982年12月4日这一天由“第五届全国人民代表大会第五次会议正式通过”，并由“全国人民代表大会公告公布施行”。如果说很多国家的宪法纪念日是在纪念宪法诞生的庆祝活动中自发形成的，那么，我们国家的宪法纪念日是由一个明确的立法意志确定下来的，包含着明确的、深思熟虑的政治决断，即国家主权机关在2014年11月1日作出一个“决定”，以立法形式将12月4日这个“宪法实施日”确定为“宪法日”。当然，决定这个日期绝不是偶然的。从2001年开始，12月4日这一天就被中共中央国务院确定为“全国法制宣传日”，从此，每年的法制宣传主题也基本上与宪法和法治问题有关。从这个角度看，20年的实践已经形成了纪念宪法和法治的传统，全国人大常委会在该决定草案的“说明”中指出，“每年12月4日全国各地开展以学习宣传宪法和国家基本法律为重点的法制宣传活动，每10年都举行一次隆重的纪念活动，这已经成为惯例”。^①由此，通过立法将这一天确定为“宪法日”，也是顺势而为，自然而然了。

然而，从学理角度看，有一个问题需要澄清，即我们所隆重纪念的12月4日并非“制宪日”，而是“修宪日”。我们都知道，1982年宪法并非是新制定的一部宪法，而是修改了的1978年宪法，而1978年宪法是对1975年宪法的修改，1975年宪法又是对1954年宪法的修改。因而，1954年宪法才真正是我们国家制定的第一部宪法，这部宪法是在1954年9月20日制定的。而“通过”并“公布施行”1982年宪法的全国人民代表大会，是依据1978年宪法选举产生的，由此上溯，实际上是根据1954年宪法设立的。因此，1982年宪法的宪制基础乃是1954年宪法。毫无疑问，1954年9月20日是中华人民共和国真正的“制宪日”。

如果说9月20日是我们的“制宪日”，而12月4日不过是多次宪法修改中的一个“修宪日”，那么国家主权机关以立法形式确定“宪法纪念日”时，为什么选择的是“修宪日”而不是“制宪日”？这包含着怎样的政治决断呢？如果说确定的宪法纪念日是为了在革命之后一劳永逸奠定宪法秩序，那么将“修宪日”作为宪法纪念日是不是有一种独特的、不断革新的隐含意义呢？事实上，在全国人大常委会通过立法来确定宪法纪念日的时候，这个问题就被提了出来，并提出了不同看法。当时，“有意见提出，1982年是修改宪法，不是制定宪法，应当把1954年制定中华人民共和国第一部宪法的日期定

^① 李适时：《关于〈全国人民代表大会常务委员会关于设立国家宪法日的决定（草案）〉的说明》，载龚树华主编：《全国人民代表大会年鉴》（2014年卷），中国民主法制出版社2014年版，第358页。

为国家宪法日。我们认为，这个意见是有道理的”。^②既然如此，为什么主权机关没有将9月20日这一天确定为“宪法纪念日”呢？

一个可能的原因或许在于，1954年宪法虽然“是一部好的宪法”，但随后被修改的1975年宪法则是“有严重的缺陷和问题”，而接着被修改的1978年宪法“也存在缺陷”，相比之下接着被修改的1982年宪法无疑是最好的了。^③如果将9月20日确定为宪法纪念日，就无疑要包容1975年宪法和1978年宪法，那就会冲淡1982年宪法的革新意义。但另一个更为确切的直接原因就是“在说明”中阐明的：“设立国家宪法日的目的，不仅是纪念中华人民共和国宪法的诞生，更重要的是为了增强全社会的宪法意识，弘扬宪法精神，加强宪法实施，全面推进依法治国，建设社会主义法治国家。现在施行的就是1982年12月4日五届全国人大五次会议通过的宪法，把12月4日设立为国家宪法日是合适的，更具有现实意义。”^④

在此，我们看到主权机关明确区分了“宪法的诞生”与“宪法实施”，将1954年宪法看作我国第一部宪法的诞生，将1982年宪法看作“现在施行”的宪法。如果说宪法的诞生具有精神道义层面上的象征意义，那么宪法的“施行”或“实施”才更突出其所具有的国家法律的强制力。可以说，在主权机关的政治决断中，已经明确意识区分了宪法的象征意义与宪法的实施效力，而在这两者的斟酌、权衡和对比中，选择了凸显具有当下实施效力的1982年宪法，其目的是为了“全面推进依法治国，建设社会主义法治国家”。换句话说，之所以将12月4日确定为宪法纪念日，更重要的是为了凸显1982年宪法在当下现实生活中发挥实际效力，具有法律强制力。相比之下，1954年宪法固然很重要，但在现实生活中似乎已经无效了，没有法律的强制力，只具有象征意义或学术研究意义。设立“宪法纪念日”说到底不是单纯地为了纪念过去，而是为了更好地关注当下的宪法实施，更有利于推动法制宣传的“普法”目的，从而让人们遵守宪法，实施落实宪法。

二、“尊荣”与“实效”：宪法之道体与器用

我们说1982年宪法是一部正在“实施”的宪法，而1954年宪法已经不再“实施”，实际上强调的是“实效宪法”（efficient constitution）。“实施”和“实效”都属于法理学的核心概念。一个宪法文本通过法律程序颁布而“实施”，这在法律上是“有效的”（valid），但并不意味着在实践中“有效”（efficient）。这就是法理学中经常争论的“书本上的法律”（law in books）和“运行中/诉讼中的法律”（law in action）的区别。法学界曾经就宪法如何在现实生活中实施，产生过热烈的争论，以至于“规范宪法”和“实效宪法”这对概念也成为宪法学的基本划分。^⑤

^② 阚珂：《“国家宪法日”为啥定在12月4日》，载《中国人大》2015年第23期，第49页。

^③ 同注^②，第49—50页。

^④ 同注^①。

^⑤ 相关讨论参见强世功：《立法者的法理学》，三联书店2007年版，第3—30页。

白哲特在其经典著作《英国宪制》中，将英国宪法分为“尊荣的部分”（the dignified part）和“实效的部分”（the efficient part）。前者主要强调英国女王作为英国的精神象征，无形中将整个英国的国民凝聚起来，赋予整个国家权力运作的正当性基础；后者则围绕英国内阁制展开国家权力体系的实际运作。^⑥ 这两者的区别就在于英国内阁的权力是由国家法律赋予的，而女王的权力不是由国家法律赋予的，而更多地来源于类似自然法这样的高级法，来源于漫长的“传统”，尤其英王的权力往往是由宪法惯例确立起来的。在英国普通法中，“传统”“习俗”或“惯例”意味着比国家法律（实定法）更高的自然法，而恰恰是这种“传统”或“惯例”才奠定了制定法的正当性基础。如果用韦伯的理论来说，“荣耀的部分”意味着“权威”（authority），而“实效的部分”不过是“权力”。^⑦ 如果用我们中国的概念来说，“荣耀的部分”、自然法的部分代表了道体，而“实效的部分”或实定法的部分，则更多地意味着器用。

我们关注道体与器用、规范与事实、自然法与实定法、权威与权力、合法性与合律性等这些法理学中常见的概念区分，是为了提醒大家，每组概念的后者都是凸显法律所具有的实效层面的操作，用我们的日常语言来说，这些概念“管用”，能够操作，能够产生立竿见影的效果。从我们推行法治建设以来，就在不断强调法律能够改变社会、推进国家迈向治理现代化，因此始终强调要“善于使用法律武器”，并为此开展大规模的法制宣传，甚至要“送法下乡”，从根本上改变中国社会。^⑧ 因此，当我们从宪法实施或发挥“实效”的意义来强调“宪法纪念日”时，恰恰凸显了宪法不过是由国家强制力保障实施的法律，强调其“实定法”的特征及其背后的国家权力保障的暴力特征，从而在器用的意义上希望公民遵守国家的宪法和法律。

如果从“有用”这个角度看，可以说这几对概念范畴中，每对概念的前者大多属于抽象的、虚无缥缈的、言说话语层面的“无用”范畴。然而，这些看似“无用”的东西，恰恰是无所不在的道体，它不是器用层面的具体的“用”，而是在道体层面的无所不在之“用”。就像空气，我们看不到它的存在，感觉不到怎么使用它，可是一旦离开空气，生命就立刻死亡。如果我们从这个角度看，宪法中固然有器用的部分，比如国家机关的权力分工和具体运作程序等等，但宪法不同于部门法的地方恰恰在于宪法中具有从器用视角来看的“无用”。比如，世界上各国的宪法序言大多是用一种诗学的语言写成的，因此不少人从器用的角度来批评这些内容无法在法律实践中进行具体操作，缺乏明确的、可以把握的对象，并因此否定宪法序言的宪法效力。然而，这类宪法序言以及宪法中纲领性的表述，恰恰能够发挥“无用之用”。如果用柏拉图的理论来说，宪法序言类似音乐或诗歌的“序曲”，是从抽象、形而上的世界向具体城邦政治法律秩序的过渡环节，它意味着整个城邦政治法律秩序的正当性基础来源于更高的理念。^⑨ 而这种理

^⑥ 参见 [英] 沃尔特·白哲特：《英国宪制》，李国庆译，北京大学出版社 2005 年版，第 3 页。

^⑦ 参见 [德] 马克思·韦伯：《政治作为一种志业》，载《学术与政治》，冯克利译，商务印书馆 2019 年版，第 202—286 页。

^⑧ 参见强世功：《法制与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 189—287 页；朱苏力：《送法下乡》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 19—39 页。

^⑨ 参见 [古希腊] 柏拉图：《法律篇》，何勤华、张智仁译，商务印书馆 2016 年版，第 7 页。

念无法从器用的角度来把握，而必须从道体的意义上来把握，而把握道体的学问大多是哲学、诗歌、艺术、宗教之类的知识。相较而言，法律乃至社会科学不过是器用层面的知识。离开了道体的滋养，法律的运用就变成了单纯的暴力强制，人类的秩序也就堕落成了动物的秩序，只具有生物学的意义，而不再具有文明的意义。在这个意义上，宪法之所以高于法律，之所以被看作所有法律正当性来源的“母法”，也就是因为宪法属于凯尔森所说的所有法律规范正当性来源的“基本规范”（basic norm），^⑩ 恰恰是为了强调宪法发挥的力量和功用并非简单源于器用层面上国家暴力支撑的强制推行，而是源于宪法乃是承载着道体层面上价值生存意义的“高级法”。^⑪ 宪法固然有器用的内容，但更重要的是，宪法在法治秩序中承载着道体，是从道体向器用的过渡和转化。比较之下，具体法律更多的是在器用层面上着眼于解决具体问题，从而针对不同问题形成了不同的部门法。

在这个意义上，道体层面的价值规范、权威、正当性恰恰构成了宪法乃至法治本身的生命所在。我们之所以强调“要法治而不要人治”，树立宪法的权威而不是个人权威，归根结底不是基于器用层面的功能性思考，而是基于道体层面的正当性思考。“法律必须被信仰，否则形同虚设”，^⑫ 这句对伯尔曼著作的“误译”之所以在法学界成为耳熟能详的格言，恰恰反映出中国法学界对法治背后的道体的追求。宪法纪念日强调宪法在器用层面的“实效”，无疑忽略了宪法在道体层面具有的“高级法”或自然法的意义，忽略了宪法因承载着人民共和国的价值理念和政治理想从而具备赢得人民衷心认同的权威特征，并因此让人民勇敢地践行宪法所推崇的价值和理想，建构更加美好的法治社会。在这个意义上，我们的人民共和国乃是因为认同中国宪法所承载的道体意义上的核心价值理念而“凝聚”起来，而绝不是因为宪法具有器用层面的强制力而“聚集”起来的。卢梭和霍布斯的著作清晰地展现了“凝聚”（association）与“聚集”（aggregation）的不同。^⑬

三、“宪法实施”：宪法的革命性与连续性

“宪法实施”问题不仅涉及宪法在道体与器用层面的区分，而且涉及宪法的当下性与普遍性、革命性与连续性。强调宪法“实效”的一面，往往会强调宪法在器用意义上的当下性和现实性，而忽略宪法在道体意义上的普遍性和连续性。从某种意义上讲，法律都是要面对具体历史处境和现实生活中的人；而当下具体的历史处境和现实状况，包括自然环境、政治制度、经济发展水平和风俗习惯等，构成了“法律的精神”，^⑭ 这意味着道体也展现在器用之中。因此，从器用层面强调法律的实施，就必然强调法律的地方

^⑩ 参见 [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 126 页。

^⑪ 关于宪法作为“高级法”，参见 [美] 爱德华·S·考文：《美国宪法的高级法背景》，强世功译，三联书店 1996 年版，第 7 页。

^⑫ [美] 伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，商务印书馆 2012 年版，第 7 页。

^⑬ [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版，第 18 页。

^⑭ 参见 [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），许明龙译，商务印书馆 2017 年版，第 1—13 页。

性和当下性。^⑮然而，如果从道体的层面看，法律的精神恰恰要超越空间的地方性和时间的当下性，而获得普遍性。为什么我们在今天始终要研究古典的法律传统，研究异国、异文明的法律制度，无非是探寻具体的、不同的法律背后在道体层面的普遍原理，正是这种原理的普遍性使得我们可以学习借鉴古代的乃至外国的法律规则和法律制度。

若从实施角度的当下“实效性”来理解宪法，无疑将有效的1982年宪法与似乎无效的1954年宪法割裂开来，彰显了1982年宪法的革命性而相对遮蔽了1954年宪法。然而，这就反过来忽略了1982年宪法与1954年宪法在法理根基上的普遍统一性和内在连续性。如果我们将法律“实效”的器用逻辑贯穿到底，就会遇到新的难题：1982年通过的宪法文本有很多内容已经被后来的修正案所修改，甚至出现了“修正案修改修正案”，那么1982年宪法中的很多内容乃至修改这些内容的个别修正案都已经不具有“实效”。如果从这个角度看，人们不免会质疑：1982年宪法经过了1988年、1993年、1999年、2004年和2018年五次修改，怎么能说是“现行宪法”呢？

事实上，在确定“宪法日”的时候，这个问题就曾经被提出来。如果从“实效”宪法的角度看，那么，我们当下真正有效的宪法乃是经过历次修订的宪法，而不是1982年12月4日通过的那个宪法文本。若从“实效”的角度看，世界上大多数国家的宪法都会面临类似的难题，因为每个国家的宪法都面临修改的问题，只要宪法修改一次，那就是一部新的宪法。这就意味着无论是宪法还是宪法纪念日，都不可能被一劳永逸地固定下来，而必须处于时常更改、与时俱进中。这也就意味着宪法乃至宪法纪念日也永远都是“新的”。

这种“实效”的法理逻辑所形成的宪法观，被杰斐逊完美地加以阐述。我们都知道他的名言：“地球的用益权属于活着的人，死去的人对之既无权力，也无权利。”他根据每19年就是一代人的自然更新，提出“在每19年终结时，每一部宪法和法律都将自然过期……如果宪法得到更长时间的执行，宪法就成为暴力的法律，而不是权利的法律——因此可以说，每一代人事实上都有其废止权，惟其如此才得以自由，如同宪法或法律明文限定在19年”。^⑯杰斐逊的这种“每19年宪法重来一次”无疑就是在宣扬一种“苟日新，日日新”的“不断革命论”，以至于他的这种主张被美国学者看作第二次“独立宣言”。事实上，的确有宪法学家对历史上所有的成文宪法典的修改进行统计，计算出宪法的平均寿命恰恰是19年。^⑰当然，中国宪法的修改速度就更快，差不多每十年就再来一次。

追求法律的稳定性与社会生活的不断变化是法理学面临的永恒矛盾。如果说法律随着社会生活的变化不断废止立改是社会生活的常态，那么宪法每十年修改一次也没有什么太大的问题。从这个角度看，就不要把宪法这个文本看得太认真，比如像英国这个国

^⑮ 参见[美]克利福德·吉尔兹：《地方性知识——阐释人类学论文集》，王海龙、张家宣译，中央编译出版社2000年版，第222—322页。

^⑯ [美]托马斯·杰斐逊：《杰斐逊选集》，朱曾汶译，商务印书馆2011年版，第479—482页。相关译文转引自田雷：《宪法穿越时间：为什么？如何可能？来自美国的经验》，载《中外法学》2015年第2期，第394页。

^⑰ 同注⑯，《宪法穿越时间：为什么？如何可能？来自美国的经验》，第394页。

家，连一部成文宪法都没有；如果要找宪法文本，那就是可以随时修改并不断增加的宪法性法律文件。同样，大革命之后的法国长期在共和国和帝制之间不断轮转，宪法也在不断翻新变化，因为对于法国乃至德国来说，真正永恒的神圣法律文本并非宪法，而是其民法典，这才是法国和德国的民族精神的体现。^⑮

然而，这个世界上偏偏有一个国家把宪法塑造为永恒不变的神圣文本，这个国家就是美利坚合众国。正如潘恩所言，如果要在美国找到一个国王，那么这个国王就是宪法这个文件。^⑯这句话是说，英国是围绕国王形成的，国王就是英国这个国家可见的神圣的身体，而美利坚合众国则是通过宪法这个法律约定建立起来的，宪法就是美利坚合众国可见的神圣的身体。正因为美国这个国家是通过宪法这个文本构成的，constitution这一西方传统中的古老概念因为美国而发生了一个革命性的转化。constitution从作为古老的“构成”意义上的“国体”概念——这一概念强调政治共同体是由哪些人组成的，比如西方的古典混合国体理论提出，共同体是由君主、贵族和平民之间的不同结构所构成的——变成了一个可以进行专业化、理性化操作的法律制定、修改和解释的法律概念，即宪法（constitutional law）。^⑰因此，为了强化多个邦国联合起来的合众国的国家统一性和神圣性，强化美国“合众为一”的政治需要，必然要神话美国宪法文本的统一性和神圣性。美国建国的新教神学传统也强化了宪法文本的神圣性，即将宪法文本当作类似记录上帝言语的圣经、类似摩西在西奈山上记录“十诫”的石板，把它看作神圣不可更改的。^⑱由此，我们才能理解一个通过法学话语不断生产出来的关于美国宪法连续性的现代神话：美国200多年来依靠一部宪法来治理国家，而美国宪法的神圣性就体现在很难对其修改，并且即使修改也只能通过增加修正案的模式来修改。

虽然杰斐逊所主张的美国宪法每19年重来一次未能实现，但美国宪法的“不断革命”本身是不争的事实。从美国将修宪变成制宪再到“重建宪法”，从1937年“宪法革命”到民权运动，美国宪法革命恰恰凸显了宪法的暂时性、革命性与断裂性。然而，美国宪法的主流叙事面对这个“杰斐逊魔咒”，始终以一种“反革命”“反民主”的立场来建构各种捍卫宪法连续性的理论，通过彰显“一部宪法治天下”来捍卫美国宪法的神圣性。^⑲比如大家熟悉的所谓“先定约束论”（pre-commitment），主张在美国人民实行民主政治之前，通过宪法来约定遵守一些基本原则，从而以宪法来约束民主政治，由此形成所谓的“宪政民主论”（constitutional democracy）。^⑳再比如，强调“我们人民”的“宪法政治论”，强调宪法具体内容变化的背后，宪法所捍卫的“我们人民”的民主政治的连续性和神圣性。^㉑而新近出现的保守主义强调所谓“宪法时刻”这样的神学叙事，

^⑮ Fletcher, George P. "Three Nearly Sacred Books in Western Law", 54 *Arkansas Law Review* 1 (2001), p. 1.

^⑯ 参见 [美] 托马斯·潘恩：《潘恩选集》，马清槐译，商务印书馆1997年版，第35—36页。

^⑰ 参见施图尔茨：《Constitution：17世纪初到18世纪末的词义演变》，载 [美] 特伦斯·鲍尔、约翰·波考克主编：《概念变迁与美国宪法》，谈丽译，华东师范大学出版社2010年版，第28—41页。

^⑱ 参见刘晗：《合众为一：美国宪法的深层结构》，中国政法大学出版社2018年版，第66—72页。

^⑲ 系统的讨论参见注⑮，《宪法穿越时间：为什么？如何可能？来自美国的经验》，第391—416页。

^⑳ [美] 史蒂芬·霍姆斯：《先定约束与民主的悖论》，载 [美] 埃尔斯斯特等编：《宪政与民主：理性与社会变迁》，潘勤等译，三联书店1997年版，第223—278页。

^㉑ 参见 [美] 布鲁斯·阿克曼：《我们人民：奠基》，汪庆华译，中国政法大学出版社2017年版，第37—61页。

将美国宪法制宪看作美国的“创世纪”，由此美国最高法院的“九个黑衣人”就变成了不折不扣的神父，执掌告知神意的神职。^⑤

从这个角度看，美国人确立“宪法日”绝不是从器用的角度强调宪法中“实效”的实施问题，而是从道体的角度强化美国宪法中“荣耀”的神圣性。美国宪法的这种神圣性往往被归因于一次类似“创世纪”的建国行动，因此，这些立宪者或建国者都被尊称为“国父”（founding fathers）。由此，美国宪法被看作道体意义上自由精神或美国精神的体现，美国宪法文本和自由女神像一样成为自由、人权之类的价值符号象征。美国实力的每一次扩张必然带来宪法的全球扩张。比如“一战”之后，世界各国纷纷学习美国，开始制定成文宪法。从此，美国的成文宪法传统取代了英国的不成文宪法传统，成为世界宪法发展的新潮流。^⑥“二战”之后，尤其是冷战之后，美国不仅推动人权宪政理念的全球扩张，从而建立起所谓的“民主帝国”或“人权帝国”；^⑦而且推动司法审查制度在全球的扩张，甚至德国、韩国这些原本大陆法系的国家也纷纷模仿美国建立承担司法审查功能的宪法法院。^⑧可以说，美国宪法在全球扩张始终是在道体意义上的扩张，而不是美国宪法在器用层面对这些国家的约束。

相反，如果在器用层面强调美国宪法“实效”的当下性，那无疑是对美国宪法神圣性的祛魅或解构。人们会注意到美国宪法中那些已经被修订的条款，比如其中的奴隶制条款，这些条款曾经被准确地描述为“与魔鬼的契约”，这就意味着美国宪法的历史不仅仅是光荣的历史，而且也是一部黑暗的历史。同样，如果阅读美国宪法案例，人们会意识到真正的美国宪法并不是那个所谓神圣的文本，而是“九个黑衣人”可以随心所欲解释的文本，他们甚至可以随意将自己的政治党派意见（政治的、种族的、性别的、宗教的）注入到宪法中，以至于连波斯纳都批判美国最高法院堕落后为“政治的法院”。^⑨因此，越是深入地研究美国的“实效宪法”，即美国最高法院的宪法判例，就越能发现美国宪法在实施时就像一个“黑洞”，薄薄的几页宪法最后变成了连全球最庞大的法律人队伍借助强大的计算机检索技术也未必能搞清楚的东西。我们当然不能将美国宪法看作“注水猪肉”，以为历届大法官都在不断往其中灌水；对于任何伟大的事物我们都应当怀有敬畏之心。美国宪法在实践中经历如此复杂的解释，或许是体现了“道在器中”。我想强调的是，这仅仅是美国的做法，是特定的美国历史文化传统形成的做法，而并不一定就是普遍的做法，或者最好的做法。每个国家都应当从自己的文化传统出发来寻找其宪法的道体与器用。美国宪法的连续性和神圣性实际上是公共话语塑造的一种公民宗教。宪法文本是相对稳定不变的，但对宪法的理解和解释是不断变化的，由此构成美国

^⑤ 保罗·卡恩：《牺牲之国：美国政制的神学基础》，曹宇、徐斌译，观察者网：https://www.guancha.cn/PaulKahn/2015_04_07_315003_s.shtml，最后访问时间：2021年11月8日。

^⑥ 参见[美]路易斯·亨金、阿尔伯特·J.罗森塔尔编：《宪政与权利：美国宪法的域外影响》，郑戈等译，三联书店1996年版，第535—653页。

^⑦ 强世功：《文明终结与世界帝国：美国建构的法秩序》，香港三联书店2021年版，第133—176页。

^⑧ Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, The AEI Press, 2003.

^⑨ Posner Richard A. “The Supreme Court 2004 Term-Foreword: A Political Court”, 119 *Harvard Law Review* 31 (2005), pp. 31—102.

宪法学中保守派强调宪法不变的原旨主义 (originalism) 理念和自由派强调对宪法理解和解释要不断与时俱进的“活宪法” (living constitution) 理念之间的张力。^④

四、“美国模式”的中国困境：“法定文本”还是“工作文本”

我之所以花这么长时间来讲美国宪法，在于强调：如果试图构建宪法的权威性、连续性乃至神圣性，是不能从“实效”角度去理解宪法的。我们研究美国宪法不仅要关注其宪法文本保持不变的连续性表象，也应该关注支撑其宪法文本连续性的内在机理，以及以相对不变的文本来回应社会变化的内在机制。那么，我们继续回过头来看，我们中国是如何处理宪法修改带来的革命性与连续性的内在张力。

1954年宪法规定，全国人大有权修改宪法。此后的几次宪法修改都是全国人大通过“宪法修改草案”对宪法内容进行系统修改，重新通过并公布新的宪法文本。这个宪法修改模式被学术界称为“大修”。1982年宪法公布之后，到1988年又面临修改问题。这次宪法修改就是学习美国宪法修改的增加“修正案”这种“小修”模式，即原来的宪法文本不动，全国人大只需投票通过新增加的修正案，而不需通过修改之后的宪法全文。^⑤ 这一点当时的全国人大常委会委员长彭真说得很清楚，他认为这种“小修”的美国模式比我们曾经采取的“大修”的法国、苏联模式要好，其好处就在于“有利于维护宪法的稳定和尊严”。^⑥ 这一主张的法理逻辑是强调宪法的权威和尊严来源于宪法的相对稳定不变，并希望通过宪法文本的稳定和连续性来形成一个稳定的法治传统。对于历经革命的中国来说，“告别革命”并通过宪法和法治来建立稳定的权威和秩序，应该说是当时整个社会的时代精神。^⑦

尽管这种“小修”模式保证了1982年宪法文本的稳定性、连续性和权威性，但由于宪法条款不断被修改而丧失“实效”，这种将“实效宪法”与“失效宪法”混合在一起的宪法修订模式，导致修改之后的宪法文本在实际使用中很不方便，甚至产生很多歧义。1982年宪法只有138条，但经过五次修改后，增加了52条修正案，这就意味着原来宪法中的很多内容被修改了，甚至条款的数目也发生了变化。比如我们当年学宪法时，都知道宪法第138条（也就是最后一条）规定中国的首都是北京，可现在这一条已被修改为宪法的第143条。可以说，从宪法实施或者“实效”的角度看，宪法修订采取“大修”模式更利于使用，这样整部宪法都是完整有效的，而且每个文字都是有“实效”的。相反，“小修”模式虽然保留了1982年宪法在文本上的完整性，但也意味着保留了大量已经“失效”的宪法条款或宪法修正案。这在实施中很容易混乱，使用者必须记住哪些条款仅修改了几个词句，哪些条款被全面废除，哪些是新增加的条款，哪些条款是

^④ 相关讨论参见注⑩，《宪法穿越时间：为什么？如何可能？来自美国的经验》。

^⑤ 关于这两种修改宪法模式的讨论，参见董之伟：《修还是不修，大修还是小修——评修宪问题上的两种争议》，载《法学家》2003年第5期，第16—18页。

^⑥ 同注②。

^⑦ 参见李泽厚、刘再复：《告别革命：回望二十世纪中国》，香港天地图书有限公司1996年版。

在哪一次修正案中被废除的，这样“使用起来很不方便”。^④

这个问题早在 1992 年宪法修改小组的一次内部会议上就被提出来了。这意味着是从“实效”角度看，究竟采取“大修”模式还是“小修”模式，哪个在实施过程中更好是有争议的，这表明大家已承认两种模式各有利弊，而不是原初设想的那样，法国、苏联模式有弊端，而美国模式就是好。对于这个争议，全国人大有关机构最后研究确定，“仍采用修正案的方式，但出版两个文本：一个是 1982 年通过的宪法并附修正案；一个是按照修正案修正后的宪法。前一个是法定文本，后一个是工作文本，以便于人们使用查阅”。^⑤于是，我们看到在 1993 年《中国共产党中央委员会关于修改宪法部分内容的补充建议》的“说明”中特别提到，“宪法修改方式，继续沿用 1988 年的修正案方式，同时在出版的文本中按修正案把原文改过来”。^⑥而此后的历次修改宪法的“说明”，都建议全国人大秘书处将 1982 年宪法文本、历次宪法修正案和根据宪法修正案修正的文本全部公布。这样，全国人民代表大会正式投票通过修正案，最后在全国人大主席团发表宪法修正案的公告的同时，全国人大秘书处也会同时公布按照修正案全面修订后的一个崭新的宪法文本，即“工作文本”。这两个文本的区分实际上是“大修”模式与“小修”模式之间的一种妥协。一方面，作为全国人大“法定文本”的正式法律文本乃是确认了采用附加修正案的“小修”模式，其中保留了已经“失效”的宪法内容；另一方面，在宪法实施中使用“工作文本”，实际上认可了“大修”模式的好处，删除了已经“失效”的宪法内容。“法定文本”与“工作文本”的区分恰恰意味着这个“法定文本”只是作为法律权威的依据而被藏在图书馆中，甚至被看作“束之高阁”的文本，而在宪法实施过程中真正使用的反而是“工作文本”。这个工作文本每次修宪之后都是崭新的。比如，我们目前宪法实施中使用的文本实际上是 2018 年宪法修改的文本。

从法理上讲，两个宪法文本中，“法定文本”是国家最高权力机关正式通过并公告的宪法权威文本，而“工作文本”仅仅是工作人员或研究人员在日常工作中为了方便查阅而使用的文本。如果国家的政策和法律文件要援引那些被修改的宪法条文，理应依据“法定文本”所公布的宪法条文及其修正案。然而，在宪法实施中，甚至在全国人大修改宪法过程中，所援引的宪法条文并非依据宪法的“法定文本”，而是依据宪法的“工作文本”。比如，规范私营经济与公有制经济关系的《宪法》第 11 条经过三次修改。在 1988 年第一修正案中，在原来两款内容基础上增加了第 3 款。1999 年修正案第 16 条明确提出要修改宪法第 11 条第 3 款，可事实上在 1982 年宪法第 11 条中只有两款内容，根本就不存在“第 11 条第 3 款”，因为“第 11 条第 3 款”的内容出现在 1988 年宪法修正案第 1 条中。同样，2004 年宪法修正案第 23 条所要修改的宪法第 11 条第 2 款的具体内容也根本不是 1982 年宪法第 11 条第 2 款中的内容，而是 1999 年宪法修正案第 16 条所修改的内容。因此，如果我们要捍卫“法定文本”的法律权威，那么 1999 年修正案

^④ 同注②。

^⑤ 同注②。

^⑥ 全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编：《人民代表大会制度重要文献选编》，中国民主法制出版社 2015 年版，第 901 页。

第16条的正确表述就不应是对宪法第11条的修改,而应是对宪法第11条和1988年宪法修正案第1条的修改。宪法修正案第16条不仅是修改宪法第11条,也同时修改了1988年宪法修正案第1条。同样,宪法修正案第21条要修改的内容不单单是宪法第11条第2款的内容,而且也包括修改1999年宪法修正案第16条的相关内容。换句话说,围绕宪法第11条的修改,1999年宪法修正案第16条修改了1988年修正案第1条,而2004年宪法修正案第21条又修改了1999年修正案第16条。宪法序言以及其他条款的修改也存在类似的问题。可见,尽管我们的宪法修改采取了“修正案修正修正案”的模式,^①然而在宪法修正案的具体法律文本中,都变成了对1982年宪法文本的修改,仿佛这些宪法修正案都依然有效地排列在一起。换句话说,在宪法修改过程中,从来没有明确表述要修改修正案,但其中有不少修正案已经事实上被修改而导致无效。宪法修改中之所以出现这种“规范”与“事实”的冲突,原因就在于我们的宪法修改过程中援引的是没有法定效力的“工作文本”,而完全忽略了“法定文本”的法定效力。

那么,在修改国家根本大法如此庄重严肃的政治事件中,我们的国家一遍又一遍地强调树立宪法的权威,重申依法办事,为什么立法机关竟然犯如此低级的错误,对“法定文本”列明的“修正案”内容视而不见,却来修改1982年宪法中根本就不存在的内容呢?其原因就在于混淆了“法定文本”与“工作文本”的区别,把宪法实施中使用的“工作文本”当作“法定文本”,而完全忽略了“修正案”本身在“法定文本”中应有的宪法权威地位。如果从法律文本主义(textualism)的立场看,我们所说的“宪法”就是国家按照严格的法定程序正式通过并颁布的宪法的“法定文本”。全国人大正式颁布的宪法只有1982年宪法文本再附加修正案这样的“法定文本”,而根本就没有颁布过删去修正案并按照修正案的内容删改宪法正文这样的“工作文本”。用我们惯常的话来说,“工作文本”只能算作研究和工作中使用的“内部粮票”,不具有普遍通行的法律效力。甚至“法定文本”与“工作文本”这两个概念的区分本身就是一个学理区分,而不是依照法律规定而区分的两种不同的法律文本形式。然而,我们的宪法修改竟然一而再、再而三地修改一个在法律上没有效力的文本,以至于我们宪法中的“修正案”从来没有经过法定程序的修改,可在宪法实施中很多宪法修正案却已经失效了。换句话说,宪法的“法定文本”仅仅是一个抽象的概念,其具体的物理形态,也就是1982年宪法正文及其修正案并没有获得应有的尊重,以至于有论者指出我国宪法的“法定文本”“只存在于修宪者的精神世界,而不存在于物理世界”。^②这不能不说是一个严肃的问题。

我们决不能把修改宪法过程中忽略“法定文本”并修改没有法律效力的“工作文本”看作一个简单的法律错误,而应该严肃认真地对待这个错误,并追问为什么面对如此严肃的宪法修改问题,修宪者竟然犯下如此低级的程序性错误。我们的宪法学教授已经注意到这个错误,应当将这个问题反映到全国人大常委会的相关立法机关,可是,为什么在强调全面依法治国、强调树立宪法和法律权威的今天,这个明显错误依然未能得到更正呢?陀思妥耶夫斯基在《冬天记的夏天印象》中有一段名言:“你们试着给自己

^① 王磊:《宪法如何面对未来?——修宪与宪法的稳定性和连续性》,载《中外法学》2005年第1期,第117—121页。

^② 杜强强:《从宪法修正案看我国修宪方式和程序的完善》,载《政治与法律》2018年第6期,第69页。

提出这样的要求：不要想起白熊，可你们偏会看到，这该死的东西总是不断地浮现在你们的脑海里。”^③这就成了后来实验心理学中著名的“白熊问题”：你越是想忘掉某事，想起它的概率也就越高。心理学家弗洛伊德也观察到，人们在正常言语表达中的“口误”往往暴露出其潜意识层面的思考和想法。^④这就意味着我们在积极推进法治现代化的进程中，不得不重新审视已被法学界普遍遗忘的“法律文化”问题：我们在努力建设法治的进程中，尽管试图在法律技术、法律观念乃至法律文化上学习美国模式，采用1982年宪法不变而附加修正案的“小修”模式来维持1982年宪法的稳定性和连续性，从而树立宪法的权威，然而，在我们的深层意识中，甚至可以说在整个民族的集体无意识中，实际上并没有将法律文本神圣化的基督教传统，也缺乏将法律文本加以形式主义处理的科学理性化传统。无论是中国古典传统，还是近代的马克思主义传统，法律从来不具有神圣的地位，法律不过是统治阶级意志的体现，是治国理政的有效工具和推进国家治理现代化的轨道。在我们的潜意识或者集体无意识的文化观念里，我们依然保持着“大修”思维，采取一种实用主义的立场，关注宪法中发挥实效的部分，而不大关注宪法法定的形式文本的权威性和有效性。我们更倾向于在每次修改宪法的时候，都突出强调“与时俱进”，强调当前的宪法是“新”的。而且我们整个社会的文化价值观念都崇尚“新”比“旧”好，我们自然也会在自觉不自觉中忽略了在实施中已经不具有“实效”（efficient）但在法律程序上依然“有效”（valid）的宪法条款和修正案，以至于“得意而忘言”，将宪法修正案看作通向宪法权威文本的一个临时性的跳板。因此，尽管宪法“工作文本”形式上缺乏法律效力，但修宪者在深层的集体无意识中，始终将这个“工作文本”看作真正发挥“实效”的宪法文本。由此导致我们在英美法律文化所推崇的“小修”与法国和苏联法律文化所强调的“大修”之间摇摆不定，“既没有得到修正案方式不改动宪法原文的益处，也没有得到全文修改而令宪法文本清晰明细的优点，反而承受了这两种修改方式的双重缺陷”。^⑤

事实上，当我们将12月4日确立为宪法日时，实际上就已经展现了这种内在矛盾。一方面，我们想希望通过“宪法日”捍卫宪法的稳定性、连续性和神圣性；另一方面，却将“修宪日”而非“制宪日”确定为宪法纪念日，凸显改革精神、宪法修改乃至宪法革命的内在价值。我们希望通过“宪法日”来强化1982年宪法的权威性和神圣性，但一旦这种权威和神圣性来源于其在宪法实施中的“实效”性，那么这种对“实效”的强调必然导致人们越来越关注宪法修改之后的“工作文本”，而忽略1982年宪法的“法定文本”。一旦我们遵循宪法实施和“实效”的逻辑，那么对宪法的理解就会从专业法律人所强调的“法定文本”转向社会大众普遍认同的“工作文本”，就会发现我们经常强调的“1982年宪法”已不再是严格意义上的“1982年宪法”，不过是名之为“1982年宪法”，实际上已不再是1982年全国人大通过的那个实实在在的宪法。这个“1982年宪法”之名实际上指向了每个时代中不断被删改、修正、更新的新宪法。与“法定文

^③ 陈蔡主编：《陀思妥耶夫斯基全集》（第6卷），河北教育出版社2010年版，第134页。

^④ 参见[奥]西格蒙德·弗洛伊德：《精神分析引论》，高觉敷译，商务印书馆1984年版，第9—52页。

^⑤ 同注^③，第69页。

本”完整保留了1982年宪法文本不同,“工作文本”实际上采用了“大修”的法律修改技术,直接删改了1982年宪法文本。就像我们现有的2018年宪法“工作文本”,不仅在宪法目录和正文中增加了国家监察委员会这样的国家机构,而且宪法条文总数也从1982年宪法的138条变为143条。

在这个意义上,我们似乎可以将1982年宪法理解为一张不断擦拭、反复书写的羊皮纸,其中有些字句和条款是古老不变的,有些是经过不断擦拭书写的,有些是刚刚写上去的。而要理解中国宪法必须采取知识考古学的方法,尤其要在不断擦拭修改所形成的累积层中,把握时代变迁的脉搏。可以说,这种在一张纸上反复书写,恰恰展现了中国宪法内在的连续性和革命性。当我们依然在使用“1982年宪法”这个概念时,我们面对的已经不再是原来的宪法,而是我们眼前几经修改的新宪法。每一代人都在法律语汇的“表达”上严格遵守“1982年宪法”,可在“实践”中遵守的却是那个时代的最新修改的宪法。宪法的“有效”(valid)与“实效”(efficient)、“小修”与“大修”、“法定文本”与“工作文本”、“表达”与“实践”的相互关系形成独特的连续性与革命性之间辩证统一的奇观。宪法在“表达”中说的都是“1982年宪法”,可在“实践”的实施中采用的都是“实效”的“工作文本”所展现出来的新宪法。由此,随着时代的推移,“1982年宪法”这个“词”逐渐脱离了现实的“物”(宪法文本),成为一个跨越时代、跨越具体宪法实施的抽象的关于宪法理念和精神的“表达”,逐渐变成了每一代人都必须奉从的符号象征,就像“祖宗之法”一样具有不可撼动的权威性。^②然而,在每一代人具体的生活实践中所遵循的却是符合自己这个时代要求的与时俱进的新宪法。而这种宪法的革命性与连续性的内在关联就展现在宪法的“工作文本”中的开头,即用括号记载了宪法文本是在1982年12月4日通过并经过历次修正案修正。

由此可见,区分“法定文本”与“工作文本”的确体现了我们中国人在处理道与器、经与权、原则性与灵活性、连续性与革命性的实践智慧。然而,全面依法治国必然要求尊重法律文本的权威性、法律程序的规范性和法治精神的内在刚性,不能用实践有效性来冲击程序的合法性,而应当将其纳入到法治轨道,赋予实践创新的合法有效性。为此,我想提出的第一个建议就是:给宪法实施中的“工作文本”赋予其合法的地位。具体可以有两种办法:

其一,全国人大在表决宪法修正案时,可在修正案的正文后面附上根据修正案修正的“工作文本”,这就意味着全国人大虽然在表决通过修正案,但同时也是在表决通过根据修正案修改之后的新宪法全文,实际上也是对此前有效的宪法内容的再次确认。这实际上将“小修”和“大修”的两种模式统一起来。

其二,全国人大每次修改宪法之后,在由全国人大主席团发布的大会“公告”中,加一句话:“在中华人民共和国宪法实施中,可采用依据中华人民共和国宪法修正案所修订的宪法文本”,从而赋予“工作文本”与“法定文本”同等的法律效力。

这两种办法都是通过法定程序确立宪法“工作文本”的法律定位,从而赋予其与

^② 关于中国宋代如何通过不断累积来创造形成的“祖宗之法”,参见邓小南:《祖宗之法:北宋前期政治述略》,三联书店2006年版,第184—408页。

“法定文本”同等的法律效力，以解决目前宪法修改中程序违法的瑕疵。而一旦经过这些法律程序的认可之后，那么“工作文本”这个概念也会随之丧失意义，也变成“法定文本”。这样，我们的宪法就有两个“法定文本”：一个是包含着部分内容被修改以至于失去“实效”的文本，另一个是所有内容都具有“实效”的文本。随着时间的推移，前者逐渐成为研究中使用的“历史文本”，而后者才是真正具有“实效”的“法定文本”。这样，我们就避免遭遇两种修宪方式的“双重缺陷”，反而可以充分发挥两种修宪方式的双重优势。

五、重思宪法的连续性：1954年宪法失效了吗

通过同时确认宪法“法定文本”与“工作文本”的法律地位，我们可以解决中国宪法的连续性和革命性的问题，但进一步追根溯源，就会发现这个问题来源于我们确立宪法纪念日所展现出的内在矛盾，即我们将宪法的“修改日”而非“制宪日”作为宪法纪念日，以此来树立宪法永恒不变的权威，而确立宪法纪念日的法理逻辑就是从“实效宪法”的逻辑推断1954年宪法已经失效。刚才，我们已经批评了这种“实效”逻辑是如何指向当下的新宪法而不断解构宪法的古老权威，以至于逐渐将宪法的“法定文本”束之高阁，而将注意力转向关注“工作文本”。现在我想和大家一起讨论第二个问题：1954年宪法真的失效了吗？

“有效性”是法理学中的核心概念，它包含了两层含义，这在英文中比较容易区分。其一，就是规范意义上的有效性（valid），即某一个行动具有正当认可的依据，以至于我们把这个行动以及行动所产生的后果看作有效的。这种“有效性”的依据可能来自自然法层面上的某种共同的价值认可，也可能来自实定法层面上的法律规范，我们往往把前者称为正当性或合法性（legitimacy），把后者称为合法性或合律性（legality）。但是，我们都知道，正当、合法的规范规定是一回事，可这些规范、规定能不能在实践中得到贯彻落实是另一回事情。这个问题无疑是法律社会学思考的核心问题。正是从法律社会学的角度，我们有了第二个概念，即从实施的角度所提出来的“有效性”问题，这个问题实际上就是我们前面一直在讨论的“实效性”（efficient）。^⑬

这种在规范性层面上所关注的有效性问题乃是“道”，而在操作实施层面上所关注的实效性问题是法律社会学关注的主题，而法理学的核心问题乃是道体。19世纪西方法理学从自然法理论转向了法律实证主义，进而在20世纪转向法律社会学和法律现实主义，实际上就是在现代的道体问题解决之后，逐步转向了器用的问题。然而，20世纪哈特之所以能够展开对法律实证主义的批判，就在于重提道体问题，即他提出的“强盗命令”这个难题。强盗的命令虽然具有“实效性”，但因为缺乏规范上的“有效性”，我们不能将强盗的命令称为法。强调命令乃是“实效的法”，但不能作为“有效的法”，因此也就不能称之为法。^⑭这就意味着“法”的首要功

^⑬ 相关讨论参见注⑩。

^⑭ 参见[英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第1—22页。

能就是在道体的意义上的“正名”，在规范意义上确立善与恶、确立正义与不义、合法与非法的规范和尺度，由此才能定纷止争。法律“实效性”的器用问题始终是从属于“有效性”的道体问题。这个问题乃是法理学的常识问题，但我想举一个中国宪法学上的例子加以生动地说明。这就是香港回归之后的宪法第一案——马维琨案。

这个案件很有意思，我略过相关的事实和法律问题，直接讨论争论的法律关键。用一句话来说，香港回归之前，全国人大颁布了香港基本法，规定立法会是香港特区的立法机关。然而，由于香港回归过程中政治形势的变化，全国人大常委会做出决定成立了“临时立法会”，作为香港回归后的立法机关，这个“临时立法会”运作一届之后再过渡到立法会。这个案件的法律争议就在于“临时立法会”在香港已经是一个具有“实效的”立法机关，但它在香港基本法确立的规范体系中，究竟是不是一个“有效的”立法机关？这就是要审查“临时立法会”的合法性问题。为了说明这个问题，法官展开了长篇法理论述，强调“临时立法会”是由国家主权者在紧急状况下做出决定所设立的，这个决定是依据国家宪法做出的，是为了香港回归的政治稳定和法治连续性做出的，因此“临时立法会”是“有效的”，否则香港回归之后会陷入无法无天的混乱局面。那么，香港法院法官无权来审查国家主权者做出的决定是否具有“有效性”。可见，这个案件之所以重要，不在于具体案件争议的当事人是否有罪这样的“器用”问题，而是在于借助香港普通法中法官的权威来为整个香港来“正名”，确立中央治港的“道体”问题：即全国人大及其常委会是香港主权者；香港法院无权挑战主权者的权威，不能对主权者的行为进行司法审查。而后来的吴嘉玲案件之所以引发重大的政治争议，并非居港权这样的“器用”问题，而是同样涉及“道体”问题，即香港终审法院试图推翻马维琨案，进行重新“正名”，确立新的“道体”：基本法是香港的宪制性法律，香港法院凌驾于主权者之上，有权对主权者的行为进行司法审查。由于涉及“道体”的根本问题，中央组织“四大护法”对香港法院进行公开批评，最终迫使香港终审法院罕见地做出包含更正声明的第二次判决，自己用判决书来纠正自己的错误，这在法治秩序中应该是绝无仅有的现象。^④

讲这个故事是想重申，宪法的根本问题乃是“道体”问题，一个真正法治的国家必须高度重视“正名”这个问题。孔子当年就讲过，“名不正则言不顺，言不顺则事不成。事不成则礼乐不兴，礼乐不兴则刑罚不中”。^⑤如果把这里所说的“刑罚”看作现代的法律问题，那么这里所说的“礼乐”就是确立整个国家道德价值规范的自然法或高级法，这无疑是宪法的首要问题。比如中国宪法的首要问题就是要确立一部社会主义宪法，还是资本主义宪法，这无疑是“道体”意义上奠基“礼乐”的根本大法。从这个角度看，我们之所以将宪法纪念日确定为“修宪日”而非“制宪日”，是因为在格局上过分狭隘地着眼于器用，从法律实施角度强调1982年宪法的“实效性”，而忽略了更为根本和关键的道体问题，未能从规范层面上关注1982年宪法的“有效性”问题。

^④ 该案的详细讨论，参见强世功：《和平革命中的司法管辖权之争：从马维琨案和吴嘉玲案看香港宪政秩序的转型》，载《中外法学》2007年第6期，第5—33页。

^⑤ 《论语·子路篇》，参见杨伯峻：《论语译注》，中华书局2012年版，第131—132页。

如果我们从法律实施的器用问题转向法律有效性的道体问题，从规范有效性的角度看，1982年宪法的“有效性”不仅在自然法层面上是来源于1954年宪法所确立的社会主义原则以及由此带来的整个礼乐教化的价值体系和制度体系，而且更重要的是，在实定法层面上，1982年宪法是对1978年宪法的修改，由此上溯，实际上是对1954年宪法的修改，而且宪法修改制度以及具有修宪权的全国人民代表大会制度是由1954年宪法所确立起来的。因此，1982年宪法的有效性基础必须追溯到1954年宪法，它是在1954年宪法的基础上生长出来的，它的有效性的基础乃是1954年宪法。这意味着我们决不能简单地从“实效性”的立场否定1954年宪法的有效性。

确立国家“宪法纪念日”来凸显国家宪法的权威，原本是国家礼乐制度的重要组成部分，本应该着眼于国家宪法所尊崇的道体问题，而不是应当从法律实施这样的器用问题入手。如果从历史根源上来考察，12月4日这个日期起源于国家普法活动中的“法制宣传日”。而“普法宣传”实际上是国家法治现代化进程中的“送法下乡”的重要组成部分，这原本具有礼乐教化的功能，但更多地是在器用的意义上，推动全民“将法律作为武器”，“学法”的重点在于“用法”，通过日常生活中的“用法”来逐步用国家法律的权威来取代传统习惯法的权威。当然，我们不能将道体与器用割裂开来，“器不离道”，正是在器用层面的日常法律运行中，每个人不断遭遇类似“秋菊的困惑”，国家法律乃至国家宪法的权威才逐步确立起来。^⑭然而，如果要从器用层面的法律运行上升到道体层面的宪法核心价值乃至宪法的根本制度，那我们就不能不回到1954年宪法所确立的社会主义的核心价值理念以及人民当家作主的国家基本制度：人民代表大会制度。事实上，如果我们从1982年宪法修改的角度看，1982年宪法对此前的宪法有很多修改，但无论是此后的几次“大修”还是多次“小修”，1954年宪法中确立的社会主义核心价值理念和人民当家作主的制度都没有被修改，而且更重要的是中国共产党的领导这个基本政治制度也没有被修改。

如果我们不考虑“大修”或“小修”在确立法律神圣性问题上的理念差异，仅仅就法律技术而言，“大修”和“小修”的区别不过是“工作文本”和“法定文本”的区别，那么我们是不是可以说：1982年宪法也不过是1954年宪法不断被修改之后形成的“工作文本”？既然我们在宪法实施上都关注当下的“工作文本”，宪法的“法定文本”往往因其实践中失去“实效”而被束之高阁，那么随着时间的推移，1982年宪法的原初文本也会和1954年宪法文本一样，逐渐淡出人们的视野，成为束之高阁的“历史文本”或研究文本。如果从“法定文本”的角度看，既然1982年宪法及其修正案的某些内容被修改而失去“实效”之后依然可以放在“法定文本”中，从而认可其规范程序上的“有效性”，那么，同样是具有规范程序上“有效性”的1954年宪法、1975年宪法和1978年宪法，为什么就不可以放在“法定文本”中呢？

基于这些思考，我的第二个建议是在前面的第一个建议基础上，可以考虑将1954年宪法、1975年宪法和1978年宪法和目前的1982年宪法及其修正案统统纳入宪法的

^⑭ 参见朱苏力：《秋菊的困惑与山杠爷的悲剧》，载朱苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第23—40页。

“法定文本”，而在宪法实施的“工作文本”（也就是新的法定文本）的开头，也就是在开头括号中对宪法修改历史的描述中，从目前的“以1982年宪法开始”改为从“1954年宪法开始”，从而有一个完整的宪法修改的历史叙述，避免将1954年宪法和1982年宪法割裂开来，从而将“历史文本”与当下有效的“法定文本”（“工作文本”）的关系讲清楚。这样，我们才能真正展现中国宪法的革命性与连续性的内在关联，才能将中华人民共和国的正统与中国宪法的法统对照起来，二者相互支撑形成一个完整的国家建构体系。

在宪法文本上形成完整的体系之后，我们的宪法纪念日要不要从“修宪日”改为“制宪日”，这显然是仁者见仁，智者见智。一种意见认为，应该正本清源，将“制宪日”确定为宪法纪念日，从而彰显宪法在道体问题上的重要性，淡化器用视角下的实效性。另一种意见认为，目前已经逐渐将1982年宪法进行了神圣化，确立了对1982年宪法的权威性认同，如果推倒重来似乎没有必要，毕竟制度都是历史形成的，不断纠正历史反而滋长革命心态，不妨“将错就错”，^④逐渐形成尊重宪法的历史传统就可以了。

这两种理由都有道理。究竟采取哪一种，取决于主权者的决断。然而，我想从学理上强调，这个问题显然不是简单的技术问题，也无法用实用主义的策略来处理，这必然会涉及对毛泽东确立的1954年宪法和邓小平确立的1982年宪法的内在连续性和革命性的争议，以及对“建国之父”的争议，^⑤更涉及革命、改革和宪制的关系，涉及党章与宪法关系，^⑥涉及中华人民共和国与中华人民共和国宪法之间的关系，涉及究竟自西方文化脉络来理解中国宪法，还是从中国文化传统脉络来把握宪法的革命性与连续性的关系。而对这些问题的解答首先要从清除对宪法“大修”的法国模式或苏俄模式的误解开始。这些更大的问题显然不是这里能够讨论清楚的。希望我们法学界能够从这里入手，将中国宪法的研究进一步推向深入。

^④ 参见甘阳：《将错就错》，三联书店2019年版，第9—11页。

^⑤ 参见刘小枫：《如何认识百年共和的历史含义》，载《开放时代》2013年第5期，第183—193页。

^⑥ 参见强世功：《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》，载《开放时代》，2009年第12期，第12—41页；强世功：《党章与宪法：多元一体法治共和国的建构》，载《文化纵横》2015年第4期，第18—29页。

Revolution and Continuity of the Constitution — Analysis from the Constitution Memorial Day

Jiang Shigong

[Abstract] This paper discusses the revolutionary nature and continuity implied by the revision of China's Constitution from the perspective of the Constitution Memorial Day. The Constitution Memorial Day is set on the "Constitution Amendment Day" because it is the date of the implementation of the 1982 Constitution, because China wanted to bid farewell to the revolutionary nature embodied in the French and Soviet "overhaul" model and to adopt the American "minor repair" model to emphasize the continuity and sanctity of the Constitution. However, the article reinterprets the honor and effectiveness of the Constitution from the distinction between "Dao" and "Use" in Chinese tradition, and points out that although the purpose of the Constitution Memorial Day is to emphasize the effectiveness of the Constitution at the Use level, it ignores the sacred value of the Constitution at the Dao level. The American model sanctifies the constitutional text based on the Christian cultural tradition. However, in practice, China's constitutional amendment has long neglected and shelved the statutory text which represents the continuity and sanctity of the Constitution. Instead, it has attached importance to and used the constantly innovative and more effective "working text", thus constituting the internal tension between "overhaul" and "minor repair", between "working text" and "statutory text", between revolution and continuity. In order to coordinate the contradiction between the two, the article suggests that the authority should not only confirm the status of the "working text" as the constitutional text, but also take the 1954 Constitution and all the constitutional texts that have been amended since then as the "statutory texts" of China's Constitution, so as to establish the standard value significance of socialism and the People's Republic of China at the Dao level of the Constitution and construct the revolutionary and continuous unity between the 1954 Constitution and the 1982 Constitution.

[Key words] Constitution Memorial Day, statutory text, working text

责任编辑：徐菁菁 吕 万