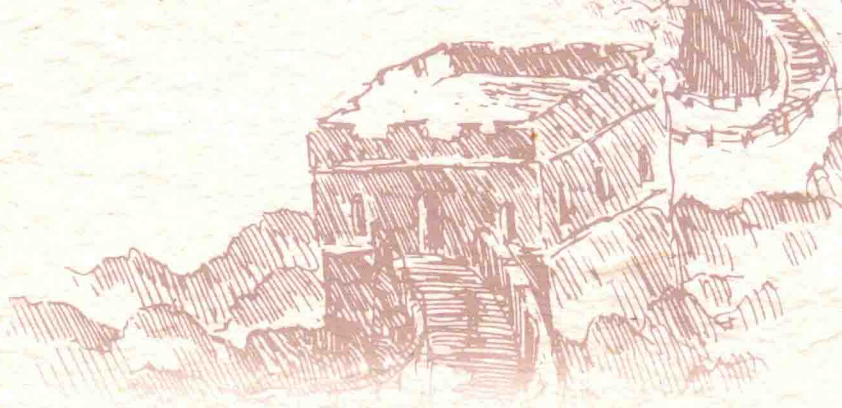




《中华民国临时约法》的 新理想与旧思维

沈桥林 ◎ 著



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



《中华民国临时约法》的 新理想与旧思维

沈桥林 ◎ 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

《中华民国临时约法》的新理想与旧思维/沈桥林著. —厦门: 厦门大学出版社, 2019.6

ISBN 978-7-5615-7253-5

I. ①中… II. ①沈… III. ①宪法—研究—中国—民国 IV. ①D929.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 277365 号

出 版 人 郑文礼

责任编辑 甘世恒

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 720 mm×1 000 mm 1/16

印张 20.25

字数 332 千字

插页 2

版次 2019 年 6 月第 1 版

印次 2019 年 6 月第 1 次印刷

定价 70.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

前言

《中华民国临时约法》是中国历史上第一部立宪主义意义上的宪法。该法承载了革命党人民主共和的政治理想和社会转型的远大抱负,从1912年公布施行到1928年北伐结束、国民党通过《训政纲领》,断断续续施行了十几年。期间,虽几经沉浮,数度被北洋军阀宣判死刑,却始终占据着道德高地,具有最强的合法性。

遗憾的是,这样一部高扬理想风帆的法律,却没能摆脱旧思维的悄然影响,前门高扬着民主共和的时代理想,后窗却钻进了专制人治的传统思维,并终因其理想与思维之内在矛盾,不仅没有能够引领当时的中国社会实现全新转型,反而加剧了新旧两种思想代表围绕该法的长时期斗争。

辛亥革命后,革命党人制定这样一部法律的目的在于,以此推动并实现中国社会的根本转型,促使中国从封建专制的人治社会转变为民主共和的法治社会。然而,结果却是事与愿违。该法不仅没有帮助中国顺利实现社会转型,反而在一定程度上加剧了南北两大政治力量的对立,刺激了袁世凯集权的欲望。个中原因虽然很多,但是重要的一点则是因为该法不知不觉地反映了传统文化的巨大惯性和顽强的生命力,蕴含了许许多多传统文化因素,特别是反映了传统政治领域的斗争哲学,忽视了宪法本应具有的统合功能与和合精神。正是这些传统文化因素的本能作用,导致该法颁布实施后,不仅没有将中国社会引向真正的法治,反而加剧了社会对立,使各种封建统治手段得以延续,甚至变本加厉,对法治造成了巨大的伤害,也动摇了人们对法治的信任和信念,同时还会让人们们对法治产生厌恶和抵触。事实上,近代国人的这种厌恶和抵触也的确比比皆是。

应当说,《中华民国临时约法》及循此构建的民主法治的失败,有袁世凯为首的北洋军阀的责任,也有革命党人的责任。袁世凯断不了封建皇帝梦,冒天下之大不韪复辟称帝,开历史倒车,终至身败名裂,的确为人所不齿。但抛开这个不说,袁世凯曾经也是主张过共和立宪的,特别是他在与清政府讨价还价、对清政府阳奉阴违时,经常以民主共和为武器。就任大总统之后,他还聘请过外国宪法顾问。在民族利益方面,袁世凯也还是有过贡献的。袁世凯曾极力维护中华民族这个大家庭。在继承清政府时代的国家版图、营造当时称之为“五族共和”方面,袁世凯还是做了不少工作的。在蒙古问题上,袁世凯曾有过一系列的交涉,对待蒙古王公义正词严,与俄国交涉据理力争。在中日关系上,袁世凯也不是沉醉于出卖国家利益,而是尽其所能地维护民族利益、争取民族气节。在朝鲜半岛问题上,袁世凯敢于同日本人斗争,没有让日本占到什么便宜,以至于袁世凯成为让日本最头痛的人物之一。

袁世凯死前,曾为自己作过一副对联。联云:为日本去一大敌,看中国再造共和。这副对联既有袁世凯对自己的肯定,也表达了他的反省和悔悟。既反映了他对外不失民族气节,也体现了他对内独裁专制,以及他对自己未能真心拥护共和的反省,寄望后人能够再造共和。袁世凯死后,段祺瑞感念故主,为其风风光光地操办了丧事,墓地选择在河南安阳。如今去袁世凯的墓地参观,游客还可以看到他1914年题写的一幅文字:不文不武,忽朝忽野;今已老大,壮志何如?袁世凯题写这些文字,究竟是要向世人表明什么?是说明自己的无奈?还是自问?抑或自嘲?不得而知。事实是,在认识到自己称帝铸成大错后,袁世凯又亲自宣布取消了帝制,恢复中华民国。

所有这些都说明,当时的国人依然还在传统与现代、专制与民主、人治与法治之间徘徊。时而心向民主法治,时而贪恋集权专制。理性追求近代民主法治,感性又习惯性地回归人治传统。

在此,我们不是要为谁表功,也不是要责谁之过,而是力图寻找《中华民国临时约法》中蕴含的传统文化元素及其影响,并尝试说明这样一种观点,即:正是《中华民国临时约法》中蕴含的中国传统文化

元素导致了该法及其追求的西式民主法治的失败。因为,在国家管理或社会治理方面,中国传统文化与西方法治是完全不同的两种途径,我们分别称之为“用心而治”和“依法而治”。中国传统文化是“用心而治”的文化,这种文化特别注重治术的应用,尤其是心术、权术,统治者往往城府很深、心机十足,经常让人捉摸不透。西方法治文化则恰恰相反,主张规则之治,强调公开透明。这样两种截然不同的治道,前者对后者的消磨作用可想而知。故不抛弃“用心而治”就很难实现“依法而治”。换句话说,不放弃传统的治术就树立不了法律的权威。

需要说明的是,由于我们这里研究的是近代宪法,站在近代立宪主义立场上,可能更多看到的是中国传统文化与民主法治不兼容的一面。但这绝不意味着作者对中国传统文化持全盘否定的态度。恰恰相反,作者认为,中国传统文化博大精深、立意高远,不仅具有浓厚的民族精神和民族特色,同时具有宏大的人类情怀。中国传统文化重在执两用中、相生相克、刚柔相济,崇尚天人合一、天下大同。只是这样一种立意深远、用心良苦的文化理想,在社会治理方面,跨越了人类发展的历史阶段,超越了民主法治的必经环节,越过了人性中一些私恶的东西,直接进入了理想的“圣主之治”,未免有些过于理想和浪漫。拿梁漱溟先生在《中国文化要义》一书中的话来说就是,中国文化早熟。这种早熟文化在法治技术方面自然是落后于西方的。故要实行法治,就必须改变长期以来形成的习惯观念,去除人治土壤,淡化心术的作用。尤其是要警惕在法治建设过程中,不知不觉地应用传统人治所必需的权术和心术。

中西文化是两种截然不同的文化,二者的理念、方法、途径各不相同,立意和着眼点也不一样,可以说是大异其趣,各有优劣。总体而言,西方文化更在乎当下,中国文化更在乎长远。西方文化有利于快速解决现实问题,中国文化有利于缔造人的精神和谐。

具体到法治问题上,中国长期以来是不追求法治的,西方则具有悠久的法治传统。如果既要追求法治,又要抱定全部的传统文化观念,那就会带来很多的纠结,当然也很难实现法治。只有调整文化,

更新观念，法治建设才可能取得长足的进步。正如有的学者所说的，“中国要完成社会转型和现代化的历史任务，关键在观念转变。观念一变，地广天宽”^①。

^① 袁伟时：《昨天的中国》，浙江大学出版社 2012 年版，自序第 1 页。

目 录

导论：西学东渐与西名东实	1
一、中西两种文明的正面碰撞	1
二、西学东渐到中体西用再到西名东实	4
三、法治名义下悄然延续传统治术	8
第一章 《中华民国临时政府组织大纲》之历史遗风	11
一、《临时政府组织大纲》的制定	11
二、《临时政府组织大纲》的内容	17
三、《临时政府组织大纲》的特点	19
四、《临时政府组织大纲》的传统文化考察	23
第二章 《中华民国临时约法》之文化概析	37
一、《临时约法》的产生	37
二、《临时约法》的内容	38
三、《临时约法》的特点	39
四、《临时约法》的传统文化概析	45
第三章 立法目的之工具主义	67
一、《临时约法》制定的争论焦点	67
二、《临时约法》的法律工具主义	74
三、法律工具主义之危害	84
第四章 政体设计之权力牵制	95
一、《中华民国临时约法》制定过程中的政体之争	95
二、《中华民国临时约法》内阁制的特征	100

三、权力牵制制度设计的后果	108
四、《中华民国临时约法》政体之文化分析	112
第五章 总统职位之大统之争	127
一、清帝被迫放弃大统	127
二、南北双方大统之争	131
三、《临时约法》及之后的大统之争	142
四、“大统”之争的文化评析	147
第六章 民代机关之形同官场	158
一、晚清民代机关的产生	158
二、辛亥革命后的民代机关	161
三、民代机关代官甚于代民	167
四、代议机关的历史文化评析	178
第七章 行政机关之朋党之争	188
一、《中华民国临时约法》架构之下的行政机关	188
二、预料之中的“府院之争”	194
三、“府院之争”的历史文化评析	205
第八章 司法机关之屈尊从属	218
一、《临时约法》及其前后的政体选择	218
二、近代宪法政体架构下的司法权	222
三、屈尊从属的司法	232
四、中国传统司法及其近代影响	241
第九章 人权保障之重在民权	246
一、《中华民国临时约法》及其前后的人权	247
二、这一时期人权及其保障的特点	250
三、传统民权及其对约法时期的影响	266

第十章 约法存废之武人干政..... 274

 一、《临时约法》的起伏沉浮 274

 二、《临时约法》生生死死的武力因素 289

 三、文治武攻的中国传统及其影响 293

结束语：法治的文化基因 302

参考文献..... 306

后 记..... 313

西学东渐与西名东实

近代宪法对于中国而言,是十足的舶来品,但在中国,谈论这个舶来品,无论如何也绕不开本土文化。在一定程度上,我们甚至可以说,整个中国近代史,就是外来宪法文化与本土治术文化斗争的历史,或者也可以说,是延续专制统治与实行民主法治的斗争历史。

一、中西两种文明的正面碰撞

鸦片战争以后,我们这个东方大国经受了前所未有的严峻挑战。昔日的强大帝国忽然间就到了生死存亡的紧要关头,救亡图存成了国人必须面对的首要问题。于是,宪法和法治便成为积贫积弱的中国自主自强的道路设计。鸦片战争失败后,林则徐被贬充军,便开始思索如何通过文治的办法救国救民,当途遇老友魏源之时,毅然将自己多年收集编撰的《四洲志》相赠,并嘱其继续收集和编撰各国国情,务求打开国人视野,启迪民智,开发民力。魏源不负重托,持续扩编《海国图志》,详细介绍各国国情、地理历史、政治制度、社会状况,并提出了一个响亮的口号——“师夷长技以制夷”。

就这样,西方的政治和科技开始在中国传播开来。起初,国人想到的,是寄望于通过学习西方的制造技术实现富国强兵,拥有坚船利炮。于是就有了后来持续多年的洋务运动。

及至甲午战争失败,国人痛定思痛,几乎一致认为日本之所以能够在短时间内一跃成为亚洲强国,应当归功于明治维新。于是就有了中国的戊戌变法和百日维新。戊戌变法虽然以失败而告终,但是由此而开启的变法图

强之路却一发不可收拾。迫于时势,原来对变法百般阻挠、恣意镇压的慈禧太后也不得不于1901年下诏变法。1905年,大清王朝又派出五大臣出洋考察各国宪政。翌年,即发布“预备立宪”上谕,并编定逐年完成的筹备事宜清单,清朝政府仿行宪政由此上路。然而,清政府仿行宪政的决心如何?用意何在?不少人心生疑问。特别是革命党人,认为清政府派员出洋考察是骗人的把戏,目的无非就是虚晃一枪、拖延时间,玩弄维护清王朝统治的伎俩。为破坏这一行动,革命党人吴樾在北京车站实施暗杀,试图用炸弹炸死出洋考察的大臣。对自己的行动,吴樾曾作如此说明:“立宪之声,嚣然遍于天下以误国民者,实保皇会人之倡,宗旨暧昧,手段卑劣。进则不能为祖国洗涤仇耻,退亦不得满洲信任,祷张为幻,迷乱后生。彼族黠者,遂因以增重汉人之义务,以巩固其万世不替之皇基,于是考求政治,钦定宪法之谬说,伛偻于朝野闻……综诸种之原因,可逆断将来立宪之效果。地方自治,彼必不甘,三权分立决不成就,满汉权利必不平等。如是立宪,于汉何利?且不徒无利而又害之。假宪政名义加重吾族纳税之义务,以供其奴隶陆军,爪牙警察,为镇压家贼之用耳。而彼族固自拥其君主神圣之不可侵犯之权利,吾族仰望其立宪利害如此。”^①

这一时期,中西两种不同治道的争论也在中国政治舞台上公开上演,由此衍生出两条不同的救国救民道路。保皇党人试图维护封建帝制,延续中国传统和大清皇帝的统治,他们的思路是实行渐进式改良,最终走向君主立宪,确保中国传统文化不会发生根本性改变。革命党人的思路则与此针锋相对,他们主张用革命手段推翻清朝的统治,引进西方宪法,效仿西方国家政治制度,建立全新的民主共和国家。

1911年10月,未及清政府预备立宪准备就绪,辛亥革命已经在武昌胜利爆发。此后,革命的风潮席卷南国大地,风雨飘摇的大清王朝不久便在革命党人与袁世凯等北洋军阀的双重压力下寿终正寝。

1912年1月1日,中华民国临时政府在南京宣告成立,由南方革命党人开启的民主共和国家正式登上了中国历史的舞台。此后,南北议和达成,袁世凯承诺接受共和,革命党人则让出总统大位。不过,革命党人在让出总统大位的同时,也奉送给了袁世凯一部《中华民国临时约法》。

^① 张枬、王忍之:《辛亥革命前十年间时论选集》(第二卷上),生活·读书·新知三联书店1977年版,第391~395页。

随即，两条不同道路的斗争围绕《中华民国临时约法》（以下简称《临时约法》）继续展开。南方革命党人极力维护《临时约法》，严防总统集权专权，并试图引入西方的政党政治。以袁世凯为首的北洋军阀则千方百计破坏《临时约法》，力图挣脱该法对自己的束缚，幻想着能够像历朝历代的封建皇帝那样，君临天下，一统江山。

南北双方的斗争，表面上看是因为《临时约法》的斗争，实质上则是两种治道、两种文明之间的斗争，其中蕴含的是中西不同文化和理念。

革命党人的用意是，让出总统大位后，又通过法律对总统职权釜底抽薪，以此来制约甚至架空袁世凯，从而确保袁世凯走向民主共和，实现革命党人的治国理念，把中国带上近代民主法治道路。

袁世凯对革命党人的用意自然是心知肚明，但在他心里，只要自己登上了总统大位，手上又掌握有强大的北洋武装，何愁控制不了局面？革命党人在战场上得不到的东西，居然指望着能够通过一纸法律就轻易得到，简直就是天真。在袁世凯眼里，只要有武力在手，就能够一统天下，使所有人臣服。对袁世凯来说，重要的是把总统大位抓到手中，至于法律，在他看来，只不过是一张纸而已，可以不必当真，不妨先表示接受再说。正是基于这种思考，在南北议和及宣誓就任临时大总统之时，他口头均表示接受《临时约法》，心中却早已另有一番盘算。

有人认为，如果没有辛亥革命，中国的封建统治者也有可能自觉走上法治道路，特别是英国式君主立宪的法治道路，他们认为，晚清政府“立宪派的种种行动和清廷解散皇族内阁的让步在当时的中国营造了一种制定英国式议会君主制宪法，实行议会君主制的可能性”^①。笔者认为，如果没有辛亥革命，中国也不可能走上英国的君主立宪道路。上述学者的观点是没有考虑到中国传统文化的巨大惯性所致。历史上，清廷解散皇族内阁也是在战事失利、内外交困的情况下不得已而为之的事情，其目的也还是要维护自己的统治地位。同理，袁世凯当上内阁总理大臣之后，如果能够牢牢掌握实权，也必然会架空皇室，此后，便只有两种可能：一是学曹操挟天子以令诸侯，让清帝当傀儡，自己掌实权；二是干脆取清帝而代之，自己过把皇帝瘾。总之，清帝不会，袁世凯也肯定不会主动搞英国式的虚君共和。

事实上，有了辛亥革命之鉴，袁世凯依然还做起了自己的皇帝梦。如若

^① 卞修全：《近代中国宪法文本的历史解读》，知识产权出版社2006年版，第57页。

没有辛亥革命,他还有可能不想做皇帝吗?千百年来,中国人太想做“老大”了。这就是根深蒂固的中国传统文化!难怪有的学者在研究中国百年民主宪政运动后写道:“尽管欧美各国和日本实行民主宪政制度显示出巨大的优越性,但百年来我国的历代统治者除个别人(如光绪)比较开明外,几乎都对这种制度抱抵触和敌视态度,而赞成高度集权的专制制度。由于建立专制制度符合统治者的利益,可以满足统治者个人权力和地位的欲望,以及其家族和小集团的私利,使他们世代享受荣华富贵,因而这些统治者只要有可能,都主张建立并竭力维护大权独揽的专制制度。”^①

二、西学东渐到中体西用再到西名东实

近代中国民主共和之路大致经历了一个“民族危机、西学东渐——迫于时势、仿行宪政——中学为体、西学为用——中体西用、西名东实”的发展过程。

国门洞开、西学东渐之后,中西文化和政治体制的碰撞,必然引发人们对二者关系的思考,于是,摆在国人面前的一个重要问题就是如何处理外来文化与既有传统文化的关系。

经过认真持续的思考,不少人对中西文化关系问题的结论是,中学为体、西学为用,简称中体西用。

中体西用论最早可见于魏源,他的“师夷长技以制夷”,就包含有中体西用的意思成分,既要师夷之技,但更不能忘记师夷的目的在于制夷。正式提出“中体西用”主张的,学界大多数都认为是冯桂芬。1861年,冯桂芬便正式提出“以中国之伦常名教为原本,辅以诸国富强之术”^②。其意简单说来,就是以中学为体,以西学为用。此后,李鸿章在其奏折中也认为,“顾经国之略,有全体,有偏端,有本有末”^③。这也就是说,文化有本末之分,应当肯定中学的本体地位,然后辅之以西学之艺。及至张之洞,更是在《劝学篇》中对

① 姜平:《中国百年民主宪政运动》,甘肃人民出版社1998年版,第394页。

② 冯桂芬:《采西学议》,载中国史学会:《戊戌变法》,上海人民出版社1953年版,第28页。

③ 顾廷龙、戴逸:《李鸿章全集》,安徽教育出版社2007年版,第323页。

中体西用论作了系统的阐发。1898年，张之洞在《劝学篇》中说：“中学为内学，西学为外学；中学治身心，西学应世事。”^①他还说：“内篇务本，以正人心；外篇务通，以开风气。”^②在这里，“本”即是伦理纲常，“通”即是工商、教育等各方面的具体事务。在张之洞看来，“夫不可变者伦纪也，非法制也；圣道也，非器械也；心术也，非工艺也”^③。“今欲强中国，存中学，则不得不讲西学。然不先以中学固其根柢，端其识趣，则强者为乱首，弱者为人奴，其祸更烈于不通西学者矣。”^④

“中体西用”论在处理中西文化关系上，着重强调二者是“体”与“用”“本”与“末”“主”与“辅”的关系，也就是强调，在引进西方先进技术和制度文明的时候，必须坚持以传统中国的伦理纲常为本，不能本末倒置，更不能舍本求末。

到十九世纪末，中体西用论在中国已经广为接受。在这一思想的指导下，近代西方宪法和法治也作为“治之具”在中国提上了议事日程。在这里，作为“治之具”的宪法，从传入中国之日起，便深深打上了中国传统文化的烙印。

康有为是当时著名的君主立宪论者，特别主张在中国引进宪法，走渐进式的改良道路。他认为，管理国家没有法律不行，“聚大众则不能无律法以治之……国有法，天之理也”^⑤。同时，他又认为，尽管法律十分重要，但缺少道德的法律还是不能达到理想的效果。“夫今各国以法律为治，虽免而无耻，非制治清浊之源也，而当铁道贯通、治具繁张之时，非法不能为治也。”^⑥在这里，康有为实际上就是主张道德教化为本，法律管理为用，是不折不扣的“中体西用”思想之运用。

梁启超也极力主张君主立宪，他较早认识到政治改良对中国的重要性，因而对君主立宪情有独钟。但他认为，在当时的中国，即使是广大知识分子，对宪法也是一知半解，普通国民就更是没有达到共和国家国民所需要的素质，因而还不具备实行西方那种共和法治的条件。1906年，梁启超在他

① 张之洞：《劝学篇》，吉林出版集团有限责任公司2010年版，第10页。

② 张之洞：《劝学篇》，吉林出版集团有限责任公司2010年版，第12页。

③ 张之洞：《劝学篇》，吉林出版集团有限责任公司2010年版，第15页。

④ 张之洞：《劝学篇》，吉林出版集团有限责任公司2010年版，第18页。

⑤ 赵明：《康有为与中国法文化的近代化》，载《现代法学》1996年第5期。

⑥ 《中华救国论》（1912年），载《康有为政论集》（下册），中华书局1981年版。

的《开明专制论》中说：“凡国民有可以行议院政治之能力者，即其有可以为共和国民之资格者也……以吾今日之中国而欲行议院政治乎，吾固言之矣，非顽固之老辈，则一知半解之新进也，此非吾敢为轻薄之言，实则平心论之，其程度不过如此也。”^①“故今日中国国民，非有可以成为共和国民之资格者也；今日中国政治，非可采用共和立宪者也。”^②

梁启超认为长期实行专制统治的中国，不可能一下子就进入民主共和，更不应采取暴力革命等激进手段推翻当朝统治，而应允许有一个开明君主专制时期。他还认为，引进西方制度不能生搬硬套，而必须结合自己的国情，考虑本国国民的实际情况。他说：“政治者，人类之产物也，而一国之政治者，又一国国民之产物也。凡人类有普通性，故政治大体之良恶，其标准固不甚相远。凡一国国民有特别性，故政治细目之适否，其裁择必因乎所宜。”^③

正是基于这样的考虑，梁启超放弃了西方立宪主义宪法的自由主义精神。他说：“自由云者，团结之自由，而非个人之自由也。文明时代，团结之自由强，而个人之自由减。”^④所谓“团结之自由”，无非就是强调“国民团结如一人”，在行动中个人利益要服从国家利益，奉行集体主义，而不是个人主义。“当梁启超对西方思想的认识随着与西方著作接触的增多而不断深化的时候，他对群体凝聚力和国家统一的关注不久便导致他感觉到自由权利学说的危险性，并最终从这种自由主义的思想立场上退却下来。”^⑤因为在梁启超看来，自由主义容易导致一盘散沙，无法集中民力实现富国强兵之目的，只有团结一致，才能形成坚强的力量，让国家早日走向富强。

就这样，宪法作为富国强兵的手段之一，从着手引进之日起，就有了中国自己的意蕴。在中国，宪法是统治者为了自立自强的需要而引进的，也是为了巩固自己的统治地位而引进的。这里面已经埋下了传统工具主义法律观的种子，同时也埋下了失败的隐患。因为统治者试图通过宪法来巩固或

① 梁启超：《开明专制论》，载《饮冰室文集》（第十七册），中华书局 1988 年版，第 66 页。

② 梁启超：《开明专制论》，载《饮冰室文集》（第十七册），中华书局 1988 年版，第 67 页。

③ 《梁启超全集》（第四册），北京出版社 1999 年版，第 2108 页。

④ 梁启超：《饮冰室合集专集之四》，中华书局 1989 年版，第 45 页。

⑤ 张灏：《梁启超与中国思想的过渡》，江苏人民出版社 1995 年版，第 137 页。

者是建立自己的一统江山，确立自己之一元化统治，而不是建立真正的共和，不是整合社会各阶级、凝聚共识，架构一个各阶级、各部分都能融入其中、和衷共济的制度框架，社会便不能真正和谐，较小的、未能在宪法上体现应有地位的阶级或阶层便只能在体制外积蓄力量、搞小山头、搞小团体，由此便会导致社会不团结，或者说是一盘散沙，甚至触发社会革命。在西方，关于宪法，美国开国先贤潘恩曾这样说道：“宪法是一样先于政府的东西，而政府只是宪法的产物，一国的宪法不是政府的决议，而是建立起政府的人民的决议……宪法对政府的关系犹如政府后来制定的各项法律对法院的关系，法院并不制定法律，也不能更改法律，他只能按已制定的法律办事，政府也以同样的方式受宪法的约束。”^①在这种语境下，宪法是先于政府且高于政府的，而不可能被政府用来为自己服务。同时，宪法也是国内各阶级和阶层的最大公约数，是不同部分整合的共识，而不是一部分人用来对付另一部分人的工具。

对比中西宪法观可知，二者相去甚远，就连宪法上的机关，也是各有不同的理解。例如议会，在西方是民意机关，具有最高权威，但在中国，当时的国人不是把议会视作集中民智、发现民意的最高决策机关，而是把议会当作咨询性质的机构或者是舆情收集机构，议员的意见往往只供决策参考。1895年，康有为在《上清帝第四书》中讲到议会时，就曾认为，“西方设议院是为了听取众议，通达下情，以使民之疾苦上闻，君之德意下达，以去‘权奸’之私，杜‘中饱’之弊，办好‘筹响’等最难之事”^②。

可见，近代中国引进宪法，就是要借助西方的形式，谋求国富民强，进而延续东方之精神。如此一来，西学东渐、中体西用的结果，必然就是“西名东实”，这是事物发展的内在逻辑决定了的。在中体西用思想的指导下，西方法治的实质内涵难以张显，传统人治的所有治术，几乎都能在法治的名义下延续。加之中国人天生聪明，懂得怎样用中国传统悄然置换西方法治。如果置换的只是一些次要的、细枝末节的东西倒也无妨，设若置换的是法治的根本要素或精神实质，那么，法治就只能剩下一个名分而已。

① [美]潘恩著：《潘恩选集》，马清槐等译，商务印书馆1982年版，第146页。

② 《康有为政论集》（上册），中华书局1981年版，第150页。