

监察改革中的 法治工程

秦前红 著

著名宪法学家秦前红最新力作

监察法学
理论前沿

权威学者
改革之思

沿历史之轴线 | 回溯国家监察体制的演变
以现实之关怀 | 展望中国法治工程的未来

本书突出体现了一位宪法学者深刻的价值关怀和历史担当感，对于我国监察法学理论体系之形成与完善以及监察法学学科之科学建构等具有重要意义。

——童之伟（华东政法大学教授）

译林出版社

版权信息

书 名 监察改革中的法治工程

作 者 秦前红

责任编辑 刘免

出版发行 译林出版社

ISBN 9787544780261

关注我们的微博： @译林出版社

关注我们的微信： yilinpress

意见反馈： @你好小巴鱼

目录

CONTENTS

[作者简介](#)

[第一编 监察改革中的法理探幽](#)

[导论 “监察权”一词的流变和现实观照](#)

[第一章 国家监察体制改革宪法设计中的若干问题思考](#)

[第二章 监察委员会留置措施问题研究](#)

[第二编 宪制结构中的国家监察](#)

[第三章 论我国宪法上的监察机关——以国家机关相互间的关系为中心](#)

[第四章 国家监察体制改革背景下检察权的优化配置与定位](#)

[第五章 监察委员会派驻机构法律地位研究](#)

[第六章 论国家监察体制改革背景下的法院监察](#)

[第七章 作为监察机关法定职权的监察建议：功能、定位及其法治化](#)

[第三编 《监察法》实施与具体法治](#)

[第八章 《监察法》理解和适用的若干难点问题](#)

[第九章 人大代表何以不宜成为监察对象？](#)

[第十章 监察机关应该如何依法开展自我监督](#)

[第四编 监察立法与制度完善](#)

[第十一章 制定《政务处分法》应处理好的七对关系](#)

[第十二章 论依法监察与监察立法](#)

[第五编 监察法学的体系建构](#)

[第十三章 国家监察体制改革的法学关照：回顾与展望](#)

[第十四章 监察法学的研究方法刍议](#)

[第十五章 监察法学研究体系建构的若干问题](#)

[第十六章 法律汉语概念规范化——以“留置”为例](#)

[附录 界面新闻专访：展望《政务处分法》《监察官法》](#)

[参考文献](#)

[后记](#)

[注释](#)

作者简介

秦前红

著名宪法学家，教育部“长江学者”特聘教授，武汉大学法学院教授、宪法与法治国家研究中心主任，中国宪法学研究会副会长，《法学评论》主编。主要研究领域为宪法基本理论、比较宪法、地方制度、人民代表大会制度、国家监察体制改革和司法体制改革问题等。著有《宪法变迁论》《宪法原则论》《法律能为文化发展繁荣做什么》《走出书斋看法》《国家监察制度改革研究》《监察法学教程》等。

第一编

监察改革中的法理探幽

导论

“监察权”一词的流变和现实观照

所谓监察权，从该词的语义层面来分析，可以理解为“监察机构（监察官）的权力、权限或职责”之意。以此而言之，中国古代的御史、古罗马时代的监察官（ *censor* ）和西方封建社会作为国王代理人的检察官（ *procurator* ）或监察官（ *intendant* ）等的权力似乎都可以称作“监察权”。不过，皇权或者贵族政体下的监察权与现代宪制框架下的监察权不可等而论之。现代的监察权必须符合权力法定、功能优化、边界清晰、运行独立等特征，这些都是近代以前的监察权所不具备的。

监察一词在古汉语中很早就已出现。根据东汉文字学者许慎所著《说文解字》一书的考据：“监，临下也。”《周礼·太宰》有察“立其监”之表述，意谓公侯伯子男各监督一国，又有“何用不监”之说法，其中“监”字与现代汉语同假，有监督、察看督促、登临之意。察，原初指屋檐向下覆盖。郑知同在《商义》一书中认为“察乃屋宇下覆之名”。“覆之义引申为自上而下，察义亦然。”故监察一词，就是意指监督、督察。

揆诸监察的制度实践，如果追根溯源，它在中西都有很久远的历史。百代皆行秦政制，中国实施监察制度的历史发轫于秦朝。秦首创三公制度，即设宰相统领百官，设太尉掌管军事，设御史监察百官。自秦朝以降，监察制度即分成两种体系发展：一为“给谏制度”，二为“御史制度”。“给谏制度”是为针对皇帝的施政以及德行进行规谏而设置的职位。这个日后被通称为“谏官”或者“言官”的职位，自秦汉时代设立“给

事中”与谏议大夫后，为后来历朝所效仿。例如，给事中之名称沿用自清代，谏议大夫沿用自宋代。御史制度设立之鹄的则是监察百官有无违法失职，易言之，系为皇帝整饰法纪、匡治官箴、纠察违失，以稳固君权为目的的官职。自秦朝开始，已在中央层面设置御史大夫、御史中丞、侍御史，而在地方设置监御史。唐宋时期，制度未变，名称稍改。到明清时期，大体上仍沿袭旧制。直至乾隆以后，谏官与监官才合二为一，御史之名甚至赓续至清末、民国政府初建时代。

西方监察官的历史可以追溯到古希腊的斯巴达时期，但历史上影响最大的是古罗马共和国的监察制度。监察官是罗马共和国官员体系中仅次于独裁官的职位。监察官的职权从最初的人口普查，后来扩展到维护公共道德和社会风气，监督政府财政和公共工程预算等。到了西方封建贵族时代，监察官制度差不多与检察官制度同源共流，他们作为“国王的代理人”，主要起着维护王室利益、保障中央集权和律令统一的作用。

“监察权”作为一个专有名词出现，来自孙中山思想的创见，他认为中国人致力奋斗的制度必须是西方行之良好的制度与中国古代传统优良制度的结合。对此，孙中山的经典设想是：“美国独立之后便实行三权分立，后来得到了很好的成绩，各国便都学习美国的办法。不过外国从前只有三权分立，我们为什么要五权分立呢？其余两个权从什么地方来的呢？这两个权也是中国固有的东西。中国古时举行考试和监察独立制度，也有很好的成绩。……中国在专制政府的时候，关于考试权和监察权，皇帝还没有垄断……我们现在要集合中外的精华，防止一切的流弊，便要采用外国的行政权、立法权、司法权加入中国的考试权和监察权，连成一个很好的完璧，造成一个五权分立的政府，像这样的政府，才是世界上最良善的政府。”天不假年，孙中山生前并没有看到他的构想转化成具体制度而付诸实施，直到1925年，广州国民政府才正式成立监察院，试行监察权制度。依据1947年颁布实行的《中华民国宪法》以及其他有关法律的规定，监察院的监察权主要涵盖调查权、纠正权、弹劾权、纠举权、巡察权、监试权、审计权和受理公职人员财产申报等八种权力。

中华人民共和国甫一成立，即开始探索符合党治国理政需要和人民根本利益的监察制度。1949年9月27日通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》第19条规定：“在县市以上的各级人民政府内，设人民监察机关，以监督各级国家机关和各种公务人员是否履行其职责，并纠举其

中之违法失职的机关和人员。”同日通过的《中华人民共和国人民政府组织法》规定在政务院下设人民监察委员会。以此为依据，1949年10月19日，中央人民政府人民监察委员会正式成立。人民监察委员会成立之初，主要职责是：监察全国各级国家机关和各种公务人员是否违反国家政策、法律、法令或损害人民及国家的利益，并纠举其中违法失职的机关和人员；指导全国各级监察机关的监察工作，颁发决议和命令，并审查其执行；接受及处理人民和人民团体对各级国家机关和各种公务人员违法失职行为的控告。

1954年9月，一届全国人大二次会议通过《中华人民共和国国务院组织法》，成立国务院，原政务院人民监察委员会改为国务院监察部。较之人民监察委员会，其主要职责发生如下变化：一是强调其有别于司法部门的维护政纪特殊职能；二是强调行政监察机关要检查各级行政机关、国营企业执行国民经济计划和国家预算中存在的问题，拓展了行政监察机关的业务范围；三是不仅受理对行政机关和人员的控告，而且受理行政机关和人员不服纪律处分的申诉。

1959年4月，监察部被撤销。1986年12月2日，第六届全国人民代表大会决定恢复国家行政监察体制，次年7月1日，监察部正式成立。其主要权限是：检查监察对象贯彻实施国家政策和法律法规的情况；监督处理监察对象违反国家政策、法律法规和违反政纪的行为；受理个人或单位对监察对象违反国家政策和法律法规，以及违反政纪行为的检举、控告；受理监察对象不服纪律处分的申诉；按照行政序列分别审议经国务院任命的人员和经地方人民政府任命的人员的纪律处分事项。为进一步加强党的纪律检查工作和强化行政监察机关职能，并使之形成合力，1993年1月，根据中共中央、国务院的决定，中央纪委、监察部开始合署办公，实行一套工作机构履行党的纪律检查和行政监察两项职能的体制。2018年3月，《中华人民共和国监察法》正式颁布实施。该部法律规定了全新的国家监察体制，并规定国家监察机关拥有监督、调查、处置三项职权。具体包括：谈话、询问讯问、留置、查询和冻结、搜查、调取查封和扣押、勘验检查、鉴定、技术调查、通缉、限制出境等。

国家监察权的确定，可以整合反腐败资源力量，形成集中统一、权威高效的反腐败体制，有利于党对反腐败工作的集中统一领导，实现党内监督和国家监督、依法治国和依规治党的有机统一；有利于形成严密的法治监督体系，实现全面推进依法治国的目标；有利于推进国家治理体系、治理能力现代化。治理体系和治理能力现代化，最重要的就是在

治国理政方面形成一套完备的、成熟的、定型的制度，通过有效运转的制度体系，实现对国家和社会的治理，说到底就是实现治理体系和治理能力的制度化、法治化。借由国家监察权的清晰界定，形成高效权威的国家监察体系，有利于提升国家治理能力，推进国家治理体系和治理能力现代化。

第一章

国家监察体制改革宪法设计中的若干问题思考

国家监察体制改革是近年来我国政治领域展开的一项重大改革，可谓搅动了政治改革的“一池春水”，既重新配置了国家权力，形成新的民主结构，又重构了国家反腐败体制，织就了一张几乎覆盖所有公职人员的大网。^[1]这可以说是当下一一种根本性的宪制变迁。作为一项重大的政治改革，国家监察体制改革之关键正是宪法设计。如何进行宪法设计？这需要有宪法工程的思路，它是一种在立宪基本价值之下的面向现实的研究取向。宪法工程强调将宪法视作一项可以设计的工程、一部正在运作的机器，它必须面对具体的问题，解决具体的问题，塑造一个良好的宪法秩序。^[2]林肯说：“政府必然要么过于强大，危及人民的自由，要么过于软弱，无法维持自身的生存，一切共和国都有这种内在的致命弱点吗？”^[3]国家监察体制改革就面对着权力与自由之间的张力如何化解的难题，它正是宪法的根本任务。所以，监察体制改革首先是一个宪法学的问题，中国的宪法学者对此应该有准确的判断和清晰的思路。那么，中国宪法学到底如何回应政治改革的挑战？长期以来，我们沉浸于描述宪法的规范性，而对改革、发展与变迁有所忽略，这种现象的存在，一定程度上使得中国宪法学界形成一种过于注重形式主义的氛围，反倒是让宪法原本广阔的空间被局限起来。所以，研究政治改革的问题，应当提倡一种面向现实的中国宪法学。笔者将回到更为宏观的层面，把监察体制改革视作一项宪法工程，对其进行宪法设计。

一、监察机关性质的宪法设计

（一）是人民监察委员会还是国家监察委员会

监察机关是否应当命名为“人民监察委员会”，而非“国家监察委员会”？这关乎宪法确立的社会主义民主形式和监察机关的属性定位。现在推进三省市试点并将在全国推行的都是将监察机关称为“国家监察委

员会”，比如“大同市监察委员会”，它与“中共大同市纪律检查委员会”合署办公。然而，我们去看其他国家机关，大多数皆在名称中带有“人民”字样，比如“大同市人民代表大会常委会”“大同市人民政府”“大同市中级人民法院”“大同市人民检察院”等。根据中华人民共和国的政治传统，国家机关冠以“人民”字样，以彰显国家机关的人民性。究竟“人民”何所指，按照童之伟教授的说法，这里的“人民”就是国家性质的表征，是中国共产党的领导的外化体现。曾经有人主张司法改革要去掉人民法院中的“人民”，一度引起轩然大波。^[4]为何如此？或许正是因为国家机关冠以“人民”是表征国体的重要体现。之前，由于行政监察部门隶属于人民政府，其人民性不容置疑，但当下设定的“国家监察委员会”名称中没有“人民”字样，似乎还没有很好地解释。这个问题并非无关紧要，名不正则言不顺，如何命名应当慎重研究，这样才符合宪法的要求。

（二）是监察权还是行政权

由人民性所引申的一个问题是，监察机关所行使的监察权（监督权）究竟属于何种性质？众所周知，划分权力是设计政体、配置权力的基本原理。自孟德斯鸠以降，将权力按照其内容和性质划分为三种——立法权、行政权和司法权，早已成为共识并得到广泛应用，这成为政治文明的重要标志。此种分类尽管遭遇了功能主义的“新分权说”的挑战，^[5]但因其兼具实体性与形式性而具有强大的说服力，尚未动摇。这个框架也成为我们理解宪法工程尤其是宪法设计的重要基础。^[6]新设立的监察委员会虽独立于政府部门，但其所行使的权力仍具有强烈的行政权特征，例如它的监督、调查和处置职责中就主要体现了国家机关和相对人之间的不平等关系。这些权力显然不属于司法权和立法权，但我们又必须将其与传统的行政机关进行隔离，并且还将其与党内事务和党内治理进行融合。不得不指出的是，政党内部治理的权力属性亦具有行政的特征。所以，监察权究竟是基于何种逻辑推演而出？又如何与权力划分理论进行协调？学者们在描述行政权的时候，总是试图调和民主制与集权制的逻辑，监察权的属性可否推及此处？在已经成熟的三种行使权力的机构之外架设国家监察机构，必须要从民主形式上进行整体考量，重新加以设计。推行国家监察体制改革，未来所设计的国家权力就区分为四大类别，分别是立法、行政、司法和监察，这里的监察权或许是一种混合型的权力，既包括了代表制民主下的代表责任（传统的议会监督权），又掌握了一定的行政调查处置权，甚至包括了一定的司法性权

力。只不过，如何超越这种理解权力配置的关系，还需要更为深入和根本的挖掘。我们常常引用中国古代的监察权来进行论证，^[7]但这种监察权在很大程度上带有君主制的色彩。如果考虑到监察制度设置中的执政党因素，那么这种监察权的基础显然就更为复杂。

二、监察机关地位的宪法设计

（一）是否需要修宪

如何在宪法中发现监察委员会的依据，既关系着宪法权威，又关系着监察委员会这一机构及其权力的正当性。改革涉及宪法权力配置结构的变动，通过宪法解释乃至宪法建造都是无法完成的。^[8]唯有修宪方可化解其地位难题。有学者认为，只需经由全国人大通过《监察法》等基本法律就能满足监察体制改革的合法性要求。当然，全国人民代表大会是国家的最高权力机关，它是人民意志的制度和机构载体，所行使的立法权汇集并表达了人民的意志。《宪法》第58条规定“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权”，第62条第3款规定全国人大“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”。这是相对宽泛的立法权配置条款。全国人大当然可以制定有关监察委员会的基本法律，目前正在审议的《监察法（草案）》就是体现。然而，增减权力配置的机构载体，改变国家政权组织形式——人民代表大会制度的基本内涵，却是“宪法保留”的项目，它需要明确的宪法依据，《监察法》亦需要明确的宪法授权。难以设想，当我们的中央国家机构转变为“一府两委两院”（中央人民政府、中央军事委员会与国家监察委员会、最高人民法院与最高人民检察院），而宪法却没有相应的国家机构条款，这会是何种局面？它对于监察委员会的存续及其权力行使乃至权力的限制也都是极为不利的。

（二）如何修宪

如果修宪在所难免，那么需要采取何种修宪形态？针对宪法文本进行细致考察，监察委员会的修宪条款可多达四十余条并需增加一节，此为大修。大修存在的问题很多，比如涉及的宪法条款太多，并且意味着必须非常细致地规定国家监察委员会的组成与权限以及它与其他机关的

关系等，这可能会僵化国家权力配置的空间。最简单的修宪方法仅为一
条，即授权条款，此为小修。小修同样存在很多问题，若仅用一条来说
明国家监察委员会可以设立并授权全国人大立法，对于如此复杂的机构
建制来说必有制度不周延处，也会导致将一个宪法保留的事项全部授权
出去，从而与宪法的根本属性不符。所以，大修伤害宪法权威，小修正
当性不足。如此两难，并不容易抉择。如若小修，则需要配合更为细致
的修法方案。如若大修，主要制度框架和原则需在宪法中加以明确。折
中方案是尽量减少针对已有条款的删节、调整，主要增加有关监察机构
的正当性及其授权的部分条款，此为“中修”。当下看来，大修并不适
宜，小修亦有不足，如能中修，辅之以详尽立法，或较为适宜。即使中
修，也涉及三个方面：其一，监察委员会的地位、职权以及现有机构与
职能的整合，或需要另行增加节以及具体的条款，并删除有关行政监察
的条款；其二，监察委员会的产生及其与上级监察委员会的关系，具体
到《宪法》文本，包括第62条、第63条以及第101条的相关规定；其
三，监察委员会的地位及其与其他国家机关的关系，具体到《宪法》文
本，需要修改第3条和第67条。

（三）基本法律的“立改废”

监督权配置模式的调整，除了《宪法》需要作出修改之外，其他法
律同样需要进行相应的“立改废”。具体来说，一是修改《人民检察院组
织法》《国务院组织法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府
组织法》《刑事诉讼法》《行政监察法》《审计法》《国家赔偿法》
等。改革需要将原属政府与检察院的监察监督职权予以剥离整合，但这
些职权规定在上述既有的法律当中，故而需要对其进行修改或废止。同
时，《全国人民代表大会常务委员会关于在北京市、山西省、浙江省开
展国家监察体制改革试点工作的决定》提出的“监察委员会与司法机关
的协调衔接”，也要求《刑事诉讼法》作出相应的修改，以便经监察委
员会处理的案件得以有效进入刑事诉讼等司法程序。二是制定《监察委
员会组织法》。通过在现行宪法中新增条款，可以对监察委员会作出相
对宏观的规定，但对于其他较为具体的内容，则需另行立法予以规定。
对于监察委员会的组织结构、机构设置、职权范围等内容，可规定在
《监察委员会组织法》当中；对于监察委员会的工作机制、具体职权、
监察程序、法律责任等内容，则可规定在正在审议的《监察法》当中。

三、监察机关目标的宪法设计

（一）人权保护与反腐效率的平衡

监察体制改革必须以保障人权为目标。尽管建设宪法工程会更强调宪法作为国家组织法的一面，但人权保障作为根本目标已深入宪法，这也符合人民制定宪法的基本出发点。既然如此，我们选择一种制度形式，设计一类国家机构，必须要坚持人权保障的原则，以保障人权为根本目标。当然，权力的配置与行使在实现人权保障之目标方面存在着不同的路径，也有不同的阶段。监察机关承担反腐败的责任，反腐败可以说是一种间接地实现人权之目标的方式。但关键在于，在这个过程中如何防止国家权力的“合法加害”。为国家权力机关及其行使权力的方式划出边界——设定基本的规则，明确严密的程序，其目的也在于此。这个时候，我们不能假定权力不会恣意行使，不会被滥用，不会为了达成短期效益而伤害制度之根本。詹姆斯·麦迪逊说：“如果冲动和机会巧合，我们深知，无论道德或宗教的动机都不能作为适当控制的依据。”^[9]这一判断可谓经典，于是麦迪逊设计了一种分权制衡的政体，同时也是沟通民主与法治的政体。因此，在设计国家监察体制的时候，也必须要将防范权力可能存在的恣意或滥用作为一个重要的目标。只有这样，制度设计才符合宪法的目标。换句话说，新建的国家监察委员会，尽管是一个反腐败的机构，但与当下的纪委反腐有很大差别，首先就是理念和目标上的差异。监察机关要在人权保护和反腐败的目标之间达成一个平衡，所以解决纪委反腐体制中存在的一系列问题和难题，正是此次改革的重要目标。党的十九大提出要“制定国家监察法，依法赋予监察委员会职责权限和调查手段，用留置取代‘两规’措施”，正是落实上述目标的伟大战略部署。

（二）赋予相对人抗辩性权利

国家监察委员会所实现的“全覆盖”，其权力所涉对象的范围是非常广阔的，既包括所有的党员，又包括所有的公职人员，乃至企事业单位成员，从人口上进行估算或许达到上亿之众。影响面如此巨大的国家权力，从其性质上看又是一种具有直接强制力的权力，必然会产生如何约束权力以及如何平衡相对人抗辩性权利的问题。它们恰是国家监察立法的原则性问题，也应该是《监察法（草案）》的主要内容。在修宪之

际，将相对人的主要抗辩性权利写入《宪法》，或者在公民基本权利条款里明确规定公民接受国家监察委员会调查、处置时有相应的抗辩性权利，是十分必要的。实际上，重申我国《宪法》第37条的规定，^[10]我们就能发现未来无论国家监察机关如何设计，其职权如何，公民人身自由的保障都是绝对的。《监察法》的立法应当在此一原则之下展开。这就涉及国家监察委员会目前行使的多种权力如何定位、定性的问题，以及是否受到刑事诉讼法控制的难题。严格来说，监察委员会监察权将同时具备行政调查和刑事侦查的双重性质。这一看法目前占据主流地位，差异在于行政调查权和刑事侦查权的区分情况：如果只是针对违反党纪和行政法规，则是职务违法违纪调查；如果是针对腐败犯罪，则是职务犯罪刑事侦查。^[11]实际上，割裂地看待监察委员会调查活动的行政调查属性和刑事侦查属性都是不合适的，监察委员会调查活动的具体职能绝非单一的刑事侦查权或行政调查权所能涵盖。^[12]所以，答案是明确的，只是涉及如何平衡的问题。从这个角度来看，将授权条款、权力边界条款和程序条款写入宪法，将组织条款写入《国家监察委员会组织法》，而通过《监察法》载明人权保障的原则、对抗性权利设计以及具体的权限过程，是一种较好的立法配合方式。

四、监察机关结构的宪法设计

（一）监察机关与党的关系

“八二宪法”自颁行以来，党政关系就是争议极大的领域，每有学者试图厘清此一原则，说明党政分开抑或党政合一，诸如提出“党章宪法论”“不成文宪法论”等观点，传统宪法学都是无力接续的。前段时间，郝铁川教授借用孙中山先生的“训政”理念，提出社会主义初级阶段的法治与“训政”有一定的相似性，称中国处于“新训政”时期，带有一定的“以党治国”的特征。^[13]这一论述颇有特点，大约是一种较为直接的回应方式。实际上，党与政的关系必须要回答清楚，这是中国宪法学的使命。形式主义宪法学有意忽略这一点，一个重要表现就是他们忽视了党的存在、党的领导以及党在实践中的表现，只求在体系化的结构中寻找宪法的一个领地与空间。^[14]这种画地为牢、顾影自怜的做法，虽有贡献，却实无意义。政治宪法学重提序言的价值，并围绕着序言提炼根本法，^[15]这种思路的确有价值，却仅仅回应了效力和价值的输入与基础问题，无力形成一个明确的结构。很多时候都不得不提出疑问，我们

真的弄清楚党与政之间应当如何进行宪法叙事了吗？在国家监察体制改革的问题上，党政就不再分开。在我们的宪法秩序中，唯有国家的军委主席是如此设计的。监察体制究竟有何种依据或者迫切性，需要模仿军事体制的设计？这需要有一个解释。

（二）监察机关与人大及其常委会的关系

就国家机关之间的关系来说，将监察委员会置于人大制度之下，它与其他国家机关的关系主要表现有二：一是基于民主集中制而形成的监察委员会与同级人大的关系；二是在“一府两委两院”的中央国家机关构架中，监察委员会与“一府两院”的关系。作为国家机构组织原则的民主集中制，其内容体现在国家权力机关和其他国家机关的关系上，就是遵循其他国家机关由民选的国家权力机关产生，对其负责、受其监督的原则。依此逻辑，在监察委员会与人大的关系上，即为监察委员会由人大产生，对人大负责，受人大监督。然而，我们所设计的监察机关的监察对象是全覆盖的，即人大也在监察对象之列。这就产生了“监察全覆盖”与“监察委员会受人大监督”的逻辑关系难题。如何解决此逻辑上的“悖论”无疑是改革面临的难题之一。通常来说，代议机构的自律与自治是代议政治的基本原则，国会议事自治之目的在于“确保国会行使职权的自主性与独立性，使免于受其他国家机关之干预”。^[16]具体而言，监察机关“监察”权力机关时至少有以下三个问题需要考量：其一，监察机关“监察”之对象应为人员而非机构；其二，监察机关不得介入权力机关职权的核心领域；其三，监察机关应尊重人民代表之“民意代表”身份。

（三）监察机关与司法机关以及司法改革的关系

监察委员会与“一府两院”的关系，主要表现为监察委员会在法律规定的范围内有权对它们进行监督，但法院与检察院依法独立行使审判权与检察权，不受监察委员会的干预。作为一项宪法原则，“司法独立原则调整着国家司法机关与立法、行政机关等其他职能部门的关系”。^[17]依我国法律与实际情况，审判机关需接受执政党、权力机关和检察机关的监督。随着监察体制改革的推进和监察委员会的创设，加之监察全面覆盖理念与目标的明确，审判机关是否需要接受监察机关的监督？或者，监察机关对审判机关及其公职人员的监督是否有一定的界限？简言

之，监察机关监督审判机关的法理基础并不存在，但审判机关公职人员所为的与审判职权无涉的行为，仍属监察之范围。对审判机关公职人员监督“余地”之具体形态有二：一是监察机关有权对法官之外的司法行政人员和司法辅助人员进行监督；二是监察机关亦可对法官的个人行为进行监督，但不得有碍法官之独立审判。此外，目前正在如火如荼推进的司法体制改革是一场马拉松式的改革，它经过了长期的酝酿、讨论，亦有多重反复，取得当下的成果颇为不易；而监察体制改革直接涉及检察院的定位及其权力行使，它必将影响司法体制改革的方向和效果。在未来的政治改革进程中，司法改革依然扮演着相当重要的角色，统筹考虑甚至协调两者之间的权责关系，也是建设宪法工程时的必要任务。

五、国家监察体制改革的逻辑、方法及其限度

监察体制改革是一项重大政治体制改革，监察机关是一个集中反腐败机构。尽管十八大以来反腐败取得了很大成绩，但反腐败仍然是高压式的反腐。目前的种种反腐败模式至少解决不了反腐败的稳定性和连续性问题，针对十八大以后高压式的反腐，面对反腐去库存与结构性腐败的张力，我们应该对腐败增强零容忍的态度。因此，十九大之后，在理论上探讨国家监察委员会的改革逻辑是非常必要的。

（一）试点取样与制度取样

从国家监察委员会改革试点取样考量来看，浙江、山西、北京三省市中，浙江是一个民营经济发达地区。中国改革开放曾经伴随一个命题：“腐败是不是改革开放的润滑剂，民营经济是否天生带有原罪？”要重视民企的贡献，不要纠缠特定历史条件下的民营经济“原罪”问题。经济下滑的重要因素是民企减少投资，浙江必须考量民企与腐败的关联问题。山西是资源依赖型与国企垄断型的省份，是腐败重灾区，在山西试点可以积累相关反腐败的经验。北京是政治经济文化中心，反腐败机构通常面临政治地位、政治能量都高于自己的腐败组织和个人，在此种情况下如何反腐，也要通过试错积累经验。

建构一种什么范式的制度，如何制度取样？笔者认为，监察制度主要有三种制度取样。第一种是自秦以来的御史制度。从秦御史制度开始，中华文明体系之所以能够延续，科举制度、言官制度、监察制度与

学统、政统、道统相区隔的制度等功不可没。监察制度最先的设计是异体监督，后来发展为监察者与被监察者合一的蜕变。第二个制度模板是孙中山的监察院制度，在“五权宪法”的制度架构下，设置监察院承担监督职能。按照孙中山的设想，监察院之所以必要，在于它能够限制权力的专横，以防止过去王朝兴替的周期律重演。第三个制度取样是香港特别行政区的廉政公署。它高度权威，高度有效，但廉政公署制度有其发挥作用的特定条件，我们在进行制度借鉴时必须明察，不可率尔操觚。以上三种制度模板各有利弊，我们根本不可能照着一个固定的模板去设计国家监察委员会。正是由于三种制度模板各有利弊，我们现在选择了“监察委员会”的制度，它在逻辑推演上可能会有哪些问题呢？这是需要我们考虑的。

（二）两种改革的逻辑与结构性张力

李林教授提出两种改革逻辑：一是规范主义改革逻辑，即尊重宪法权威，尊重法秩序的稳定性，保护人权；二是政治制度变革逻辑，变革就是打破条条框框，自古以来，变革莫不是变法，于是打破条条框框与领导层要求的“重大改革于法有据”的法治思维的改革存在紧张关系。

[18] 如何妥善处理这种结构性张力，过去一段时间潜藏的显性问题，今天又浮现出来。具体问题有以下几点：其一，良性违宪论。童之伟教授反对良性违宪，郝铁川教授赞成良性违宪。国家监察体制改革先行后是否会出现良性违宪的问题，这个问题今天又浮现出来，需要认真对待。其二，权力属性。近代立宪主义发展后，尽管国家机关不一定完全对应三种权力，但基本上还是一个权力的三分模式。国务院系统的行政监察机构并入，加上检察机关反贪、反渎、预防职务犯罪部门的转隶，再加上原来的党内纪检机构，国家监察委员会这个机构差不多成了集立法权、行政权、司法权和党权于一体的机构。司法机构负责判断，立法机构负责法意的表达，行政机关负责执行，不同性质的机构有不同的运行机理和相应的组织规则。国家监察委员会如何界定其性质并建构其运行准则，是一个巨大的难题。其三，监察体制改革与司法体制改革的关系。前者会熔断后者吗？以往司法体制改革在设计时没有想到会把检察院反贪、反渎、职务犯罪职权拿出去，而且十八届三中全会与四中全会部署的司法体制改革方案都没有写进这个方案。现在，国家监察委员会改革就意味着相关的司法制度都要重新设计，与检察制度相关联的审判权、侦查权的问题也要重新设计。

检察机关面对各种改革，其理论研究似乎从来热闹但不深刻，过去的检察理论对检察制度的定位绝大多数是不准确的。对应检察院的自侦、自捕、自诉权，过去曾有一项重要的制度设计——人民监督员制度，花费了巨大的人力、物力，人民监督员制度已经写入了十八届四中全会报告。人民监督员在过去是检察院一家的事情，四中全会后成了司法部、人民监督员制度两家的事情，全国人民监督员的规模已有数十万人。人民监督员制度是为了解决检察院自侦、自诉、自捕的问题而产生的，当上述三项职能转隶后，人民监督员制度何去何从，确实需要好好研究。

国家监察委员会改革给司法体制改革带来的问题还有：司法改革本身即有改革的碎片化问题，国家监察委员会改革后，现有司法体制改革可能难以为继，出现制度客观效果与制度初衷相背离的情况。举例来说，检察院的公益诉讼是十八大以后司法改革中重要的战略举措，走了很多程序，经过了全国人大常委会的授权试点。公益诉讼交给检察院是一个重大的战略考量，检察院的自侦权是支撑公益诉讼的一个重要武器。检察院可以通过反贪、反渎、职务犯罪侦查将公益诉讼强力推进。现在被剥离了上述权力后，公益诉讼如何继续顺利进行，这也是未来司法体制改革的一个重大难题。

另外，如果国家监察委员会的性质不定，也带来一些制度设计上的难题。如果国家监察委员会只是行政权的性质，当然接受司法审查，如果国家监察委员会行使司法侦查权，那就要根据《宪法》第135条，遵循刑事诉讼互相制约、互相配合的原则。司法体制改革要求党政机构不能干预个案，而包含党的纪检权力的国家监察委员会主要职能却是查处个案，这两者之间的矛盾关系又如何处理？这就需要在制度设计中予以回答。

（三）国家监察委员会改革全覆盖问题及其限度

要达致监察全面覆盖之改革目标，则必须恪守相当的法律限度，即监察机关须尊重权力机关的宪法地位，并须恪守审判独立的宪法原则。

第一，监察全覆盖的问题。监察委员会讲的全覆盖，是指凡是国家工作人员、国家公务人员与拿国家工资、接受财政供养的人员都在其范围之内。笔者做了个统计，中国有8 000多万财政供养人员。按照刑事犯罪学的原理，查1个人至少影响3个人，那么监察覆盖8 000多万人，

理论上至少影响2亿至3亿人。全覆盖的第一个问题，全覆盖如何监督人大？其他所有的国家机关由人大产生，对人大负责，国家监察委员会监督到底是监督人大的什么？笔者的初步想法是：可以监督个人而不能监督机关；可以监督人大的工作人员（宣传处、政研室、办公厅等工作人员），不能监督人大代表；中国人大除了其特殊的宪制地位，还必须遵循近代以来的代议自治原理，通行的包括规则自治、机构人员自治、纪律惩戒自治。人大当然也是一个代议机构，能够逃脱代议机构的一般规律吗？如果全覆盖可以监督人大代表，人大代表的言论保障权、人身特殊保护权怎么去实现？这里还有一个难题，中国的人大代表绝大多数是兼职人大代表，如果不许监督人大代表，就意味着那些具有党政职务的人不能纳入国家监察委员会覆盖范围。那么上述理论是否要作出修正，即不许监督开会期间的人大代表？

第二，自治制度的问题。自治分为少数民族区域自治，街道、居委会、村委会的基层自治。多年来，出现了“上面万条线、下面一根针”的现象，所有社会管理职能向基层延伸。目前所有的村委会干部事实上都变成了由国家财政供养的“公职人员”（尽管待遇有别于公务员）。那么是不是要把村干部都纳入全覆盖的范围？如何覆盖基层民主自治组织？覆盖之后，基层自治空间如何保持？

第三，政协与司法机关的问题。政协的领导是财政供养，但政协毕竟在法律地位上不是一个享有公权力的机关，不是国家机关，那么为了全覆盖，是否就要让政协变成国家机关？全覆盖对司法机构的人员怎么监督？国家监察委员会可不可以对办案中的司法人员进行监督？国家监察委员会改革中是不是也考虑了独立司法问题？

第四，调查权的问题。这是整个国家监察委员会改革中最拉锯、也最受社会关注的问题。一开始仅仅是宪法与行政法学者的争辩，后来基本上把很多部门法学者拉入战局，现在已经打成一团了。一个很简单的关注点，检察院实现了反贪、反腐预防犯罪职能的转隶，国家监察委员会有了十二项权力，对物的方面可以去扣押、冻结，对人的方面可以去留置，那么，调查权的性质究竟是行政权，还是司法权？有人说，这与我何干？但其实关系到权力性质、属性定位的问题，关系到刑事诉讼法可不可以进入这个空间，关系到律师介入问题。兹事体大，律师不介入，这是一个不可思议的问题。但是要解决这个问题，有很多精细化的研究：有没有调查权？是单纯的行政权、单纯的司法侦查权，还是两种属性都有？抑或要分阶段厘清性质？——查党内违规的时候是党内纪检

调查权，查行政违纪时是行政调查权，走司法程序的时候是侦查权。如果完全定位为行政调查权，那么取证可否作为刑事诉讼法的证据，在调查过程中可不可以用行政强制措施？还有，留置决定批准权在谁的手上？山西国家监察委员会查处煤炭进出口公司的郭海案，已经暴露出上述一系列问题。我们认为，涉及犯罪调查时，调查权要定位在刑事犯罪领域，否则可能会引发人权灾难。

第五，审计制度的去向问题。最先涉及国家监察委员会改革的时候，是想把审计制度并入国家监察委员会的，采取监审合一模式，在十八届六中全会公报中，保留人大、监察、政协、审计等四大监督，审计监督是职务犯罪案件中发现犯罪线索的重要手段。国家监察委员会与审计署的张力问题，将成为一个重要的研究点。另外，把行政监察系统并入国家监察委员会后，行政部门还需不需要监察系统？监察系统并入国家监察委员会后只是一个廉政监察，如何保证行政系统有执行性？还有一个行政效能监察的问题，即如何避免“政令不出中南海”现象？行政效能监察如何设计是一个不能忽视的问题。最后，检察机关部分机构和职能转隶后，检察院在宪法上的法律监督机关性地位是否发生变化？检察院之所以称为法律监督机关，是因为检察院的那几项职权起了重要的支撑作用，当它们被拿走后，检察院还叫法律监督机关吗？上述这些重大问题都应该在宪法层面上予以一定程度的解决，也是我们宪法学研究需要重视的问题。

六、国家监察体制改革与中国宪法学的研究转向

国家监察委员会的改革总体来说遵循着法治改革的思路，但民主与法治并举必须成为国家监察委员会改革的大前提。在我国实践中，区别人治与法治的最简单的标准，就是看管不管得住“一把手”，管得住“一把手”的是法治，管不住“一把手”的是人治。我国在建立了一个法律体系之后，为什么法律权威不升反降，一个重要原因是民主制度与之不匹配。选举制度、财产公开制度、媒体监督自由等，尽管有明显进步，但与反腐败的标本兼治要求尚存明显差距。国家监察体制的改革可以说是一项重要的制度变革，但又面临较多的难题。因此，面对政治改革中的难题，中国宪法学似乎形成了一个共识，那就是我们必须加强对国家机构的研究。

实际上，这个共识的背后正是中国宪法学对政治改革的回应能力极

为不足，我们的宪法学研究距离现实太过遥远。加强对国家机构的研究，这只能算是“妥协”的说法，因为真正要研究的并不只是宪法文本上的“国家机构”条款，而是应回到更本质的问题，也是宪法的内涵与功能层面——如何理解宪法所建立的民主体制，如何理解宪法所维护的民主体制。这才是根本性问题，也是解决当下中国的改革、发展与制度变迁的基础。否则，再多的文本解释，再多的历史追溯与体系化，在改革大潮之下都只可能是徒劳的，同样解决不了问题，也说明不了问题。

中国宪法学必须面向现实，这是笔者在回应改革尤其是政治改革的具体问题时的一种强烈感受。改革的话语已持续了四十年，改革成效可以说是非常显著。秉持改革的观念建设中国的宪法秩序，必然会有种现实主义的乃至实用主义的宪法学观念。然而，长期以来，我们的学者恰恰忽视了这种宪法学，忽视了对这些宪法现象的研究。试问，立足于立宪基本价值、基本原则和制度共识的理论研究做了多少？回应改革难题、解决具体问题的制度研究又做了多少？甚至我们对现有制度的效果也不太了解。这说明了中国宪法学研究存在的困境。

毋庸讳言，中国宪法学已经到了研究转向的时机。回顾中国宪法学的发展历程，重视宪法文本的主张提出已近三十年，产生了很大影响，引领了中国宪法学的发展潮流。“认真对待我国宪法文本”就如同一种宣示，试图回答如下问题：“人们表面上都承认宪法的重要性，但在实际生活中宪法文本没有受到足够的重视。”^[19]过去的这三十年正是中国法治快速发展的三十年，是中国迈向政治文明的三十年，所以重视文本的理念正当其时，我们寄期望于强调文本的重要性并通过文本解释达到发挥宪法效力的目标。然而，重视文本只解决了一个问题。什么问题？理念的问题。重视文本的主张带来的最大贡献正是我们开始重新认识宪法，重新认识宪法的意义以及宪法的规范性。

但另一个很重要的问题在这个过程中被忽视了，我们忘记了宪法的一个基础性作用——它如何影响政治，如何推动政治发展。这是改革或者转型过程中，我们不得不直接面对并且需要认真回答的问题，否则，我们的宪法就沦为一种名义性宪法，仍旧无法回答国家的关键性议题。我们时常讲宪法实施的概念，把加强宪法实施作为一个重要命题来对待。然而，为什么我们宪法的实施效果不好？为什么我们的宪法面对着这样那样的问题？我们认为，一个根本性原因就在于，我们还是强调宪法的宣示意义而非规范意义，并且没有建立起落实宪法效力的有效制度结构和民主过程。所以，由此产生的中国宪法学的任务是什么？正是重

新建构中国宪法学的规范性价值、制度结构，并形成民主过程。这就是面向现实的中国宪法学的任务。

宪法文本是宪法学赖以存在的基础，也是我们建立宪法秩序时必须要有理论准备。从这个意义上说，围绕着“规范——解释”展开的理论，是极具价值并且十分必要的。但中国宪法学不能仅仅停留在重视文本之上，不能陷入全然的形式主义窠臼之中。作为一门成熟的、繁荣的学科，我们还要在文本主义尤其是形式主义的宪法学之外，发现适应中国现实需要的、解决中国现实问题的宪法学，这就是一种面向现实的理念。它是一种建基于现实主义和实证主义的宪法观，能够回应落实宪法、建成宪法秩序的需求，能够发现塑造政治秩序的宪法和宪法塑造政治秩序的功能。这对中国来说尤为重要，为什么呢？因为我们迟迟没有通过某种违宪审查制度，将文字上的宪法转换为动态的理想型的“规范性宪法”。换句话说，通过解释学尚无法实现塑造宪法秩序的目标；即便是有了违宪审查制度，它也不是宪法秩序和宪法发展的全部。建立某种形式的违宪审查制度十分必要，它一直都是中国宪法学的理论任务。

但在此之外，我们还有很多研究任务要做。至少，中国宪法学不当秉持单一的文本主义观念或形式主义主导的路径，而应当是两种取向并存且多元的状态，是形式主义和现实主义都有其强烈责任感的状态。理念是十分宽泛的。在面向现实的理念之下，我们还可以发展出很多新的理论、范式和具体的研究方法。针对改革，针对民主的设计和民主的维护，宪法工程学很有必要，它当然不同于宪法解释学，但亦不等于宪法学的全部。总而言之，中国宪法学还有很宽泛的领域需要我们去研究，这个时代正是宪法学的时代。

第二章

监察委员会留置措施问题研究^[20]

根据全国人大常委会国家监察体制改革试点决定，试点地区监察委员会有权采取留置措施。留置措施涉及限制公民人身自由，极为严厉，兹事体大，需从试点地区探索实践之比较出发，逐一分析其中可能出现的问题。公开资料显示，2017年3月以来，杭州市上城区监察委、北京市通州区监察委和山西省监察委分别采取了各自试点改革以来第一起留置措施；此外，三个试点省市均制定了专门文件或整篇文章以规范留置措施的相关事项。各地探索不约而同回避或未言明留置权之性质，而多从留置措施的批准、备案、执行、期限、权益保护和外部衔接机制等具体问题切入，对应留置措施的监督、实施、权益保护和外部衔接，与留置权性质组成留置措施的五个关键问题。试点地区诸多探索绝非无的放矢，其中可以透析留置权性质的踪影，还可能蕴含全面改革顶层设计的重要线索。

一、监督：留置措施的审批和备案

留置措施的审查模式主要是事前审批和事后备案，二者在源头和末端两处从根本上影响留置个案正当性。^[21]从审查对象看，主要有实体和程序两方面的要件，前者指根据一定原则规定或标准，若判定符合事先规定的法定情形和情节，则得采取（或者延长、解除）一定期限的留置措施，后者即实施留置的过程应符合程序性规定。事前审批或因留置尚未实施而限于实体审查，事后备案则有可能实现双重审查。从审查本身看，还涉及审查主体（如审查机关和级别等）和审查具体操作问题（如审查期限、文书和驳回后果等）等问题。

（一）留置措施的批准条件和情形

审批制度是留置措施的先期把关，必须有严格的批准条件。以山西

省留置首案为例，表述为“涉嫌严重违纪违法问题”。党纪检察机关对待用语表述普遍严格，采用这一表述者结果多是“对涉嫌犯罪问题移送司法机关依法处理”，类比可见采取留置措施一般需要涉嫌犯罪并达到一定证据标准，“涉嫌犯罪”和“一定证据标准”就是情形条件和认定办法。

试点地区监察措施审批制度在批准条件上有两处待改进：第一，法定情形情节待明确。首先，法定情形需明确，如浙江省制定了《浙江省监察留置措施操作指南》，规定条件是“已立案并且案件具有重大、复杂等四种情形”，立法时究竟包括哪些情形需予以明确；其次，立法表述需客观，避免“可能”“认为”等主观性较浓的表达。第二，原则规则标准待明确。三个试点省市均未明确提及对情节情形的判定办法，关于所谓“情形”，究竟怎样判断属于这些情形，有没有判断的原则或标准？——什么是“情节严重”？如何判断“情节严重”？

（二）留置措施的审批机关和层级

1. 试点地区的探索

试点地区就留置措施的审批主体多已有详细规定，如审批机关及其层级等。（1）浙江省留置首案经省委专门指示后由区委书记审批；《浙江省监察留置措施操作指南》则作了更全面的规定：“凡采取留置措施的，需监察委领导人员集体研究、主任批准后报上一级监察委批准，涉及同级党委管理对象的，还需报同级党委书记签批。”（2）北京市留置首案同由区委书记批准；《调查措施使用规范》明确采取留置措施需“报同级党委主要负责人批准，予以立案审查（调查）”，“市纪委市监察委机关对局级或相当于局级的监察对象采取留置措施的，还需报市委主要领导批准”，“区级纪检监察机关对处级或相当于处级的监察对象采取留置措施的，还需报区委主要领导批准”。（3）山西省留置首案由山西省监察委自行决定，紧接着，经山西省监察委批准，运城市监察委采取了留置措施；《山西省纪委监察委机关审查措施使用规范》在第8章规定，山西省监察委确需采取留置措施的，应提交省监察委执纪审查专题会议研究决定。

综上，不难归纳出以下三点：第一，实践探索大致有自行决定和提请其他机关批准两条路径。山西省探索的路径是省级监察委员会决定自己或批准下级监察委员会采取留置措施，不过还难以确定县级监察委采

取留置措施应经市级还是省级监察委批准。北京市和浙江省探索的是党委审批制度，前者可直接概括为“报同级党委主要负责人批准”；后者可抽象为区分对待原则和双重审批制。“普通留置”和“特殊留置”区分对待原则（区分标准为是否“涉及同级党委管理对象”），前者由监察机关自行决定，级别上提一级；后者则须在前一程序基础上再经同级党委书记批准。第二，我们发现，从实践来看，非民主决策过程中级别最高的程序通常直接决定了最终结果，故此，浙江省试点探索的留置措施“双重审批制”至少在针对“同级党委管理对象”时得实际上归为党委书记审批制。第三，北京试点公开资料未提及对更低级别公职人员的批准程序，从“还需”这一表述来看，很大可能亦为区分对待原则。可见，北京和浙江两地探索路径基本趋同，差异在于“同级党委管理对象”和“同级党委主要负责人”等具体表述，但从党内组织级别实践来看，前者一般即下一级别公职人员，后者一般即同级党委书记。

2. 留置措施的审批机关

北京留置首案公布后，一度引发热议。北京师范大学研究员彭新林曾在采访中分析并提出党委书记审批是按程序执行，有助于实现对监察委的监督制约，是对留置措施审批权限、工作流程和方式方法的积极探索；^[22]湘潭大学吴建雄教授认为，留置首案采取党委书记审批乃“改革试点之责任担当”，只是一个特例，有一定实质正当性，但背离了职权法定原则；^[23]郭相宏教授则以逮捕为参照，援引《宪法》第37条和《刑事诉讼法》第78条提出将留置的批准权和执行权相分离，分别交由检察机关和监察机关，以实现[24]对监察委员会的有力监督和制约。

未来较适宜的方案是监察委员会内部决定（批准）或交由司法机关批准，不宜由同级党委书记审批留置措施。摒弃同级党委书记审批制度，并不意味着党领导监察工作的缺失；恰恰相反，党对方针、政策而非个案的领导，是党的执政方式和治理能力现代化的重要体现，有利于维护党的权威、把握监察工作主动权。一方面，如果检察院决定不起诉或法院作出无罪判决，将导致该案留置合法性存疑，党委审批被质疑，最终损害党的权威；^[25]另一方面，中华人民共和国成立后，曾有一段时期，党委书记审批个案制度盛行，在特定历史时期内造成大量冤案错案，因此1979年中共中央发布了后来被誉为政法领域“十一届三中全会公报”的《中共中央关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》，其中明确提出“党对司法工作的领导，主要是方针、政策的领

导。各级党委要坚决改变过去那种以党代政、以言代法、不按法律规定办事、包揽司法行政事务的作法”。^[26]

党委书记审批一定程度上是对领导职能和执法职能的混淆，“在传统纪检监察向现代国家监察转型之后，在党纪委与监察委的关系上，则应坚持‘业务上以监察委员会为主’的原则”。^[27]党纪委和监察委“合署办公”无法回避二者权源和运作机制上的差异：纪委行使监督执纪权，监察委员会行使国家监督权；党的纪律监察委员会由同级党代会产生，监察委员会由同级人大产生，合署办公的科学模式应当是两个委员会“分别产生、领导人员相互交叉、办事机构合并设立和运行”。与党委政法委对司法工作的领导应限于方针、政策而非个案的领导一样，党纪委对监察工作的领导同样应基于一定限度，这个限度就是国家监督执法工作乃国家监察委员会依法独立行使之职权，同级党委不得以个案干预代替原则性指导。

3. 留置措施的审批层级

基于国家监察立法定位和原则，试点地区探索的监察委内部决定（批准）留置措施一定程度上是可行的，但须辅以严格的批准机制。

第一，市级及以下监察委员会的留置措施，少有人赞成“自行决定”，多认为应“上提一级批准”或“统归省级监察委批准”。两种方案各有优劣，前者或可提高工作效率，后者则处于对公民基本权利之谨慎处置。大多数学者认为二者必须择其一，我们以为，区分对待“采取留置措施”和“延长留置期限”两种情况不失为良计：经上一级监察委员会批准，可采取留置措施；特殊情况需延长留置期限的，经省级监察委员会批准，可延长一次。

第二，省级监察委员会采取留置措施，是否需中央层级批准？从保证监察效率出发，我们认为省级监察委员会应该有权自行采取留置措施。

第三，国家级监察委员当然亦可自行决定采取留置措施。但是，回到备案制度的话题，省级监察委采取留置措施可向国家监察委备案，国家监察委是否需备案呢？否则，其调查活动应如何个案规制？

4. “集体研究”表述需更加具体

山西省和浙江省有关审批留置措施时采用了“集体研究”的表述。这一表述比较模糊，可以从三个方面作出明确规定。

首先，所谓“集体研究”中的“集体”指谁？是只有主任和副主任，还是也包括监察委委员？或者，是主任会议还是委员会议？或者，未来有没有可能新增类似人民法院审判委员会的“集体”？

其次，“集体”全体成员有没有人数底线？比如说，如果是主任会议，若是一正四副的配置则是五人，但是他们都有专业经验吗？都熟悉具体案情吗？如果恰好此时副主任职务空缺甚至主任空缺，怎么办？

最后，开会到场人数有没有底线或者比例限制？比如说，需不需要二分之一以上的成员到场？还有，投票按照什么原则？是一票否决，还是普通多数决？

（三）备案审查制度有待发挥实效

备案制度是留置措施的最后关卡，为可能的失误提供最后补救机会。从资料来看，试点各地确有考虑监察权力过于集中等问题，如探索执纪监督和执纪审查分设以及监察措施监督问题，浙江省就规定了“对留置宣布、留置调查、留置交接等整个执行过程全程同步录音录像”，还制定了《关于对说情、过问实行记录、报告制度》，但都限于内部横向监督或者自我约束，未走出同体监督的窠臼；就留置而言，相反，本可发挥实效的备案制度却有流于形式之虞。浙江省的规定是“凡使用、延长、解除留置措施的，市县两级监察机关都需报省级监察机关备案，而省监察委则需报中央纪委备案”；山西省的规定是“由案件监督管理室报中央纪委备案”。从表述上看，似乎被框定为一种存档流程。

“备案”在《现代汉语词典》中的解释是“向主管机关报告事由，存案以备查考”，有学者归纳指出备案有许可、监督、立法、登记、告知、审批和行政行为七种理论探讨。^[28]留置备案制度的争议在于：备案仅作存档之用，抑或备案必然伴随审查？^[29]单纯的备案可能使其价值限缩于“使其知晓”，而难以发挥监督实效。从法律正当程序出发，留置措施涉及限制公民实际基本权利，单纯备案是不够的（至少就留置而言）；对报送的留置案件进行实体且程序性的审查，对不符合留置条件

或违反留置程序性规定的案件及时补救，应有必要。

留置措施备案制度的比较对象，应该是具体而不是抽象行为的备案制度。有人指出，重大具体行政行为备案审查制度蕴含着规范行政权行使的意旨，但在实际操作中可能面临许多规范层面的难题。^[30]留置备案若要发挥审查实效，这些问题值得重视。一个重要问题是：审查发现实体条件不合格或过程程序有缺陷时，当如何补救？这包括三种情况：第一，符合留置条件，但过程程序有缺陷；第二，过程程序无误，但不符合留置条件；第三，不符合留置条件，且过程程序有缺陷。联系我国宪法和有关法律，至少在不符合留置条件而被采取该措施时公民可寻求救济。

（四）增设留置特别程序

我国宪法和代表法等对人大代表被拘留和逮捕等问题，规定了人大许可制度和报告制度。人大代表的人身特别保护，是人大代表依法执行代表职务所需的保障之一。我国人大代表不仅是国家公职人员，一般还兼任其他公共职务，囊括于监察委员会“全覆盖”对象之内。留置措施在限制人身自由方面的程度类似于拘留、逮捕等强制措施，很可能影响人大代表履行代表职务。未来应修改《代表法》第32条之规定，增设对人大代表采取留置措施的特别程序。但是，这一保护之评判标准，应当为“是否影响人大代表履行代表职务”，而非简单的“是否担任人大代表”；其许可应基于“对逮捕理由依据等进行实质性审查”，而非仅仅是“形式上的一种同意程序”。^[31]

由此追问：对于监察委员会委员及其一般工作人员，如何开展监督，是否需要人身特别保障？郑贤君教授借引台湾地区规定，提出他们同为公职人员，故亦需接受监督和调查。^[32]如果认为监察委员会是类似人民代表大会的民意机关，或者有类似的民意性，基于保障监察委员之履职，其人身当然需要特别保障；至于监察委员会一般工作人员，则无须作此考虑。实际上，对比我国人大代表、法官、检察官的选任程序，在我国，选民直接选举产生的仅有县级及以下人大代表，其余人大代表由下级人大代表间接选举产生；各级法院院长、检察院检察长系由相应级别人民代表大会选举产生，其余则由院长、检察长提请相应级别人大常委会任免。我们看到，现状是，拥有人身特别保障的只有人大代表，不包括法官、检察官。由此，对于监察委员采取留置措施究竟适用

何种程序，一方面要从国家反腐效能和监察立法层面进行全盘考虑，另一方面还要基于监察委员会和监察委员之属性和身份作仔细思量。

此外，审查留置措施的具体操作问题亦当重视。现有办法集中在审批文书等方面，对于提请采取（延长或解除）留置措施的审批期限、驳回后果，乃至备案审查不合格的后果等，都应考虑到位。

二、实施：留置措施的期限和权限

留置措施涉及限制公民人身自由，其具体实施可能直接影响公民基本权利的实现。留置措施的实施包括纵向和横向两个维度，分别对应留置期限和权限：期限主要是一般期限、最长（延长）期限和折抵刑期三个层面，权限则主要涉及留置执行过程。借此亦可分析留置措施的性质问题。

（一）适当限缩留置期限

1. 留置与其他措施期限比较

《山西省纪委监委机关审查措施使用规范》在第8章规定，使用留置措施时间不得超过90日，特殊情况下经批准可延长一次，时间不得超过90日。《中华人民共和国行政监察法》（以下简称“《行政监察法》”）未规定“双指”期限，但在第33条规定行政监察机关的调查期限是6个月，特殊原因延长的不得超过1年；《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第28条第2款规定纪检机关的审查时间是90天，经上级纪检机关批准可以延长90天。《人民警察法》第9条规定留置盘查措施时间不得超过48小时；《刑事诉讼法》规定拘传不得超过24小时且不得连续拘传，取保候审不得超过12个月，监视居住不得超过6个月，刑事拘留不得超过37日，逮捕一般不得超过2个月，不同特殊情形可经批准延长1个月、2个月或更长。排除性质显著不同的民法留置、行政拘留和自由刑，^[33]可能与留置措施类似的有留置盘查、监视居住、刑事拘留、逮捕和“双规”（“双指”）等五种措施。有一种说法，留置措施从办案实效性考量更可能是用于取代“双规”“双指”的羁押举措，而不同于《人民警察法》第9条规定的留置盘查的临时措施。^[34]联系山西省的探索，从留置期限来看，这个说法还是有一定依据的。

但是，正如陈光中教授指出的，一方面，“双规”是和《行政监察法》第20条规定的“两指”结合实施的，另一方面，《行政监察法》第20条规定“两指”的实施“不得对其实行拘留或者变相拘留”，然而“双规”实际操作通常对被调查人实行近似拘禁长达3个月之久，故而与《行政监察法》冲突。他由此提出，“双规”法治化是用“留置”来代替，还是与刑事诉讼法规定的强制措施结合起来，尚需要进一步研究。^[35]可见，“双规”措施具有正当性缺陷，监察委员会的“留置”措施之设置初衷，即很可能为代替“双规”；但是，从“双规”出发进而认知“留置”措施的性质及其合法性，这一认知路径的理论基础尚难自证正当，无法借此对“留置”做出合理评价。^[36]

2. 设置“一般期限”和“最长期限”

观察试点探索，与以往的“双规”“双指”相比，“双90天”的规定似乎饱受青睐。初次留置措施应更注重对公民人身权利之尊重和保障，况且并非所有职务犯罪案件都需如此长期限制自由。不妨参照当前刑事诉讼法类似的羁押措施，对留置期限加以限缩，并设置一般和最长期限。

可尝试从刑事拘留和逮捕中汲取有益内核。假设将留置看作逮捕的先行程序，则“刑事拘留”相较于其他强制措施，基于更大程度保障公民实际基本权利之考量，从决定（批准）、执行方式、司法程序衔接乃至对公民权利的限制程度等来看，都与留置措施十分类似；但是，观察试点探索和立法动态，未来留置和逮捕很可能是由监察委员会和人民检察院分别采取的、区分先后顺序的两种性质截然不同的措施，如此，则“刑事拘留”作为一种临时措施与留置还有一定差异，一般期限14日、最长期限37日的设定也恐难为监察立法所采纳；“逮捕”则一般不得超过2个月，不同特殊情形可经批准延长1个月、2个月或更长。

具体规定必须重点考量审批层级、批准情形和条件以及可延长次数等。可作如下规定：经上一级监察委员会批准，可对本级监察对象采取留置措施，一般期限为30天。符合法定延长情形者，经上一级监察委员会批准，可以延长一次30天；经省级监察委员会批准或决定，可以延长一次60天；非经国家监察委员会提请全国人大常委会批准，不得继续延期。就一般案件而言，120天最长留置期限或许是可行的。

（二）留置措施的刑期折抵问题

对于刑期折抵问题，监察体制改革之前，党的纪检机关对党员采取“双规”措施无法折抵刑期；就“双指”而言，根据《行政监察法》第20条规定，合法“双指”措施不包括“拘禁或者变相拘禁”（暂不论具体操作和实践情况），自然也不折抵刑期。彭新林认为：“留置措施限制了被调查人的人身自由，当然应当折抵刑期。可参考刑拘，留置一日折抵刑期一日。”^[37]有关报道指出山西政法委指导省高院制定的《职务犯罪案件证据收集指引（试行）》明确规定了该问题，不过公开资料未透露具体规定。新修改的《刑事诉讼法》第74条规定“指定居所监视居住的期限应当折抵刑期”，留置措施限制公民人身自由的程度至少不会低于指定居所监视居住，折抵刑期当属应有之义，后续立法应明确折抵计算方式。基于留置限制公民人身自由的实际程度，我们认为留置一日折抵刑期一日是合理的。

（三）留置措施的执行问题

从试点改革公开资料来看，留置措施执行的探索集中在场所、主体和流程等问题。各地探索的执行流程涉及比较多，如规范流程内容、强制录音录像、安全问题、保密问题和被留置人生活起居等问题。

1. 留置措施的执行场所

在执行场所方面，山西省“指定的专门场所”表述稍显含糊，未明确看守所还是纪检委常用的“规定地点”。2017年年初通过的《中国共产党纪律检查机关监督执纪工作规则（试行）》第35条规定“未经批准并办理相关手续，不得将被审查人或者其他谈话调查对象带离规定的谈话场所”，保留了“规定的谈话场所”之表述。该文件发布于监察体制试点改革启动之后，且根据2017年5月2日全国人大网站公布的《全国人大常委会2017年立法工作计划》和6月底人大常委会审议，《监察法》之草案拟定乃“协同配合”中央纪委，可见立法动态更倾向“特定场所”。实际上，只要场所之决定由纪委监察委自行决定，“特定场所”一词的存留并无大的影响——监察委员会自行决定在看守所执行显然可能性极小。问题也正在于此：究竟是自行决定，还是请公安机关决定？

2. 留置措施的执行主体

留置措施是自行执行，还是协助执行？这个问题值得深思。浙江省制度探索中，规定“采取搜查、技术调查、限制出境等涉及人身权利的措施，必须经监察委主任批准，请公安机关协助执行”，笔者猜想，这种批准和执行分置的探索，出发点可能是这三项措施涉及限制人身权利，^[38]从而将其纳入监察委和司法机关分工制约机制，这表明，不仅逮捕，公权力机关限制或剥夺公民人身权利的其他措施，亦应接受正当程序规制。^[39]《中国共产党纪律检查机关监督执纪工作规则（试行）》亦作呼应，第28条规定“审查组可以依照相关法律法规……提请有关机关采取技术调查、限制出境等措施”。

上述“协助执行”之立法原意，可能有保障基本权利和便于高效执行这两种解释。从第一种解释出发，假如设置留置措施之初衷是用作取代“双规”“双指”的羁押举措，其目的可能是从法律正当程序出发赋予它以更大合法性，而非平白替换之；联系浙江省的制度探索，连对人身权利限制的严厉程度尚不如留置措施的搜查、技术调查和限制出境等措施，都需要公安机关协助执行，那么，留置措施亦由公安机关协助执行可能更加恰当。如果是基于第二种解释，技术调查、限制出境等措施由公安机关执行更加高效，那么留置措施究竟由谁来执行，可能要基于更多因素的考量。

此外，留置执行人员和流程问题也有待进一步明确。比如，留置有无通知或类似程序？是否需要两名工作人员在场？是否需要见证人？是否需要出示证件和批文以及如何出示？还有，是否有家属通知程序？是否有告知陈述、申辩、辩护或申请律师的权利等程序？再有，留置期间录音录像的操作者是谁，是否需有律师在场？有程序缺陷的留置措施可否以及如何补正？

三、保障：留置措施的辩护和救济

保障公民基本权利始终应是政治体制改革的终极价值和目标。留置措施限制公民人身自由之程度极为严厉，除保证生命健康和人道主义待遇以外，亦当重视程序性权利。一方面，留置的行使必须严格依照法律正当程序，另一方面，还需对包括被留置人在内的当事人之程序性权利进行特殊考虑。在国家监察立法中以专门条款规定当事人权益问题，不失为一道良策。

（一）贯彻平等原则，保障程序权利

监察程序期间（采取刑事强制措施之前），程序性权利不应受到任何限制。我国《宪法》第23条规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”，《刑事诉讼法》明确规定未经法院判决不得认定有罪原则和疑罪从无原则；《公民权利和政治权利国际公约》第14条指出“在未依法证实有罪之前，应有权被视为无罪”，“有相当时间和便利准备他的辩护并与他自己选择的律师联络”是人人完全平等地享有的一种最低限度的保证。^[40]可见，其一，作为我国公民享有的我国《宪法》规定的公民基本权利和《刑事诉讼法》规定的权利，在“法庭审判之前”，不因其接受了任何调查或侦查而产生丝毫影响；其二，如果严格区分监察程序和司法程序，从时间顺序看，留置程序还在刑事强制措施之前，故监察程序期间的人权保障程度至少还应在刑事强制措施期间之上，且不因接受监察委员会之调查或可能有职务违纪违法行为或涉嫌职务犯罪，而有丝毫影响。

童之伟教授指出，我国若干冤假错案发生的重要原因就在于《宪法》保护公民人身自由的程序性条款较多缺失，各法治国家宪法都确认的一些原则我国《宪法》并未确认。^[41]随着《刑事诉讼法》的修改，这些问题有一定程度的改善，但还有不短的路要走；国家监察体制改革之后，立法对监察活动，尤其是留置措施中保护公民人身自由的程序性条款更应重视。

（二）调查期间的权利保障

1. 试点地区的探索

试点地区为保障被留置人权益已探索一系列措施，如保证留置安全等基本成为各地共识，浙江省还探索了全程同步录音录像，这一点对确保证据合法性、保障被留置人权益来说都是必要的，也为当前《刑事诉讼法》所规定；山西省则为被留置人“制订了合理的日常起居计划，严格按计划进行调查和讯问，充分保障了郭海的饮食和必需的休息时间”，一定程度上体现了其“依纪依法、保障权利”的基本原则。稍有不足者，如山西省所称严格维护被留置人“申辩权”，现有信息还不多。

2. 监察立法需区分“辩护”和“陈述申辩”

对于已被剥夺人身自由的被留置人，实际保障其获得辩护的权利，才可能有效防止职务犯罪领域冤假错案。观察国家监察立法动态，很可能独立于《刑事诉讼法》而另立监察法律体系。即便留置措施不受刑诉法规制，亦需在《监察法》中明确律师辩护问题。

试点探索的表述采用的是“申辩权”而不是“辩护”，我们猜测这是基于两个原因：第一，《宪法》第125条规定有权获得辩护的背景是人民法院审理案件；第二，虽然《刑事诉讼法》专门以整章规定辩护与代理事宜，但从目前改革动向来看，很可能将监察程序与司法程序严格拆分，另设一套法律体系以规制监察程序，由此原有刑事辩护的规定将不适用于留置——若行此设计，则应早作打算。在留置措施排除于刑事诉讼程序之外的基础上，回避“辩护”这一刑诉领域的概念是有理由的，但采用“申辩”这一行政法领域的概念明显也不合适，何况相对于严厉限制人身权利的留置措施来说，申辩可能获取的程序性保护实在是杯水车薪。

3. 律师可介入调查程序

无论采纳何种外在形式或语词表达，在监察委员会职务犯罪调查（侦查）权系由人民检察院转隶而享有的背景下，既然当前辩护律师在侦查阶段即可介入，无理由未来监察委员会职务犯罪调查阶段律师不得介入。即便职务犯罪调查活动不接受刑诉法规制，未来监察立法亦需明确该问题。借鉴《刑事诉讼法》第33条规定，当事人自被监察机关第一次讯问或者采取留置措施之日起，有权申请律师介入；律师应当可以为被留置人提供当前《刑事诉讼法》第36条、第41条、第46条和第47条所列举的帮助内容并享有第37条规定之律师权利。^[42]此外，被留置人的亲属或利益相关人是否得为其申请律师介入、是否可与当事人见面等问题亦需进一步明确。

此外，当前《刑事诉讼法》规定的回避制度、通知程序，亦有必要在《监察法》中延续。考虑到职务犯罪案件的特殊性，尤其是牵连的广泛性，主动回避制度具有一定价值；留置的通知制度可以有“例外情况”，但必须严格规定法定条件和判定标准，避免出现“可能”“或”等主观色彩浓厚的表述。

（三）监察措施的事后救济

监察委员会不仅可以在调查活动中采取极为严厉的强制措施，而且有处置之职权。有学者提出救济是权利实现的必要条件，所谓“无救济即无权利”和“有权利必有救济”，差别主要在因果顺序；^[43]还有一种说法，基于裁判请求权、提起申诉与控告权和取得国家赔偿或补偿权，公民在宪法权利受到损害或侵犯时，有“权利救济权”。^[44]总之，如何构建有效的错案纠正和救济机制，是监察立法的重要方向。这需要着重考量纠正的渠道、程序以及救济的方式和标准等问题。

1. 规范申诉制度，保障渠道畅通

首先，哪些情况下可以申诉，申诉的方式、机关和层级，都必须规定清楚，要让申诉人有路可走，避免大量案件积压在信访部门；其次，监察委处置职能直接关乎当事人的工作、职务和财产等问题，当然可以通过申诉制度寻求救济；进一步讲，对于调查活动中留置等强制措施，尽管没有直接对当事人进行处罚，但限制或剥夺了公民人身和财产等实际基本权利，同样需要有合适的救济途径，加入申诉渠道应有必要。

2. 职级恢复、财产归还和国家赔偿

职级恢复、财产归还和国家赔偿是职务犯罪错案救济的重要手段。从“处置”来看，性质类似行政处罚，且直接对当事人的工作、名誉、职务和财产等作出处置，执行力有时甚至比法院判决更高，若经证实为错案，不可避免地会涉及被处置人的原有职级恢复、财产归还和国家赔偿问题；从“调查”来看，调查期间监察委员会可采取的强制措施（尤其是留置措施）极为严厉，虽尚未处罚，但不可避免地会严重影响当事人职务和工作，至少涉及职务恢复和国家赔偿等问题，有时还涉及财产归还等。

“职级恢复”方面，如果案后当事人原有职务已被任命，或当事人身体和精神状态已不适宜继续任原领导职务，应当作何安排？“财产归还”方面，如果原有财产已作他用，如何归还？“国家赔偿”方面，处置和调查强制措施之救济究竟是否适用国家赔偿？如果适用，是否适用《国家赔偿法》？损害填补方式和计算方式标准有无特殊规定？

四、衔接：留置措施和司法的衔接

监察委员会职务犯罪调查活动不可避免地涉及外部衔接问题，这主要是留置与以逮捕为主的刑事强制措施之间的程序衔接设计。如果监察程序期间不存在监察委提请人民检察院批准逮捕之情况，监察程序与司法程序严格拆分可能成为未来监察立法的重要原则。从留置措施来看，这至少包括以下两重意味：

第一，司法程序期间不涉及任何监察措施且不受监察机关影响。1. 衔接转换标志问题。首先，监察程序与司法程序之间将存在一个显著程序作为衔接转换标志，该标志一旦发生，案件立即转入司法程序；其次，衔接转换标志乃人民检察院“采取刑事强制措施”，而非监察委“移送司法机关”；还有，作为衔接转换标志的逮捕等刑事强制措施，与监察委员会无直接关联。2. 司法程序不受监察程序之影响。其一，无论人民检察院采取何种强制措施，甚至不采取强制措施，既然案件已移送司法机关，那么除非人民检察院“退回补充调查”或“决定不起诉”，否则案件仍处于司法程序；其二，只要在司法程序期间，案件将与监察委员会无直接关联。

第二，监察程序期间不涉及任何刑事强制措施且不受法律监督机关、司法审判机关影响。1. 只要在监察程序期间，案件与人民检察院、人民法院无直接关联，二者均无权决定（批准）留置措施，至于谁来决定（批准）留置措施此处不做讨论；2. 至于留置措施由监察委自行执行还是请公安机关协助执行，有待后续明确；3. 只要在监察程序期间，就无关逮捕等刑事强制措施；4. 一旦人民检察院采取逮捕等刑事强制措施，案件立即转入司法程序。

留置措施和司法程序的具体衔接，主要表现在留置和刑事强制措施的衔接，这至少涉及三个问题：

第一，逮捕等刑事强制措施标志正式进入司法程序。首先，从杭州上城区留置案来看，监察程序和司法程序衔接转换的标志应是检察院“决定逮捕”，而不是监察委“移送司法机关”，由此实现二者在时间上无缝衔接。其次，人民检察院采取其他刑事强制措施亦标志转入司法程序。实际上，人民检察院不仅可以“决定逮捕”，也可以选择不逮捕而采取其他强制措施；甚至未逮捕，直接退回补充调查或作出不起诉决定，都是可能的。