

文章编号: 1674 - 5205(2017)06-0030-(011)

基本权利作为国家权力配置的消极规范

——以监察制度改革试点中的留置措施为例

张翔 赖伟能

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要 基本权利“限制统治”的功能,不只是要求公权力机关行使职权不得侵害基本权利,还要求国家机构的设置及其权力配置本身不会导致危害基本权利的结果。在此意义上,基本权利是国家权力配置的消极规范。监察制度改革中留置权的创设和配置,也应接受基本权利规范的审查。留置措施对人身自由的限制强度与逮捕类似,在我国《宪法》第37条对组织法立法权限的限制下存在合宪性困难。基本权利教义学虽然接受政党内部规则对党员权利的克减以及公民的“基本权利放弃”,但关于留置措施讨论中的“家法说”和“权利放弃论”都较难证立。廉政机构的设置及其权力的配置,应该在宪法框架下积极稳妥推进。

关键词 人身自由;立法权限;宪法保留;结社自由;基本权利放弃

Abstract: Limiting the government is the function of fundamental rights. It not only forbids the governmental agencies from infringing individuals' fundamental rights when exercising their power, but also prescribes that the setup of and power distribution power within a governmental agency shall not infringe fundamental rights. In this perspective, the fundamental rights are the negative norms of distributing state power. Therefore, the establishment and enforcement of the detention power in the reformation of administrative supervision shall also conform to the norms of fundamental rights. As detention restraints personal liberty to the extent similar to arrest, a question arise whether such executive action is constitutional in regard to limiting the authority of the Organic Law under the Article 37 of the Constitution of China. Under the legal dogmatism of fundamental rights, the bylaw of governing party may limit the rights of party members and a citizen may renounce his fundamental rights, however, both the domestic discipline and rights renouncement theories of detention action are hardly persuasive. The setup of and power distribution power within an Anti - corruption agency should be actively and steadily pushed forward the reformation under the constitution

Key Words: personal liberty; scope of legislature authority; reservations in constitution; freedom of association; renouncement of fundamental rights

中图分类号: DF02 文献标识码: A

一、国家权力配置的“积极规范”与“消极规范”

宪法具有“建立统治”和“限制统治”的双重功能。⁽¹⁾宪法中的国家机构条款,具有直接形成国家权力的功能。也就是根据国家任务的区分设定国家的不同功能,建立不同的国家机构,并将国家功能(职权)配置给不同国家机关,以及规定国家机关之

间的关系。在此意义上,宪法中的国家机构条款所承载的主要是“建立统治”的功能,但其中也有对国家权力的制约和监督,因此,也具有“限制统治”的功能。但无论是建立统治还是限制统治,国家机构条款都是国家权力配置的“积极规范”,也就是直接规定国家机构及其权力的具体内容。

而宪法中的基本权利条款,则是国家权力配置的消极规范(negative Kompetenznormen)。⁽²⁾基本权利的主要功能是“限制统治”。这首先意味着:国家权力不得当限制个人自由。也就是说,已经依据国家机构规范建立起来的公权力机关,在行使职权中不得侵害个人基本权利。这里主要体现的是基本权利的“防御权功能”。⁽³⁾但除此以外,基本权利“限制统治”的功能还在于:基本权利直接影响国家权力的形成,

收稿日期: 2016 - 12 - 19

基金项目: 国家万人计划青年拔尖人才项目

作者简介: 张翔(1976—),男,甘肃张掖市人,中国人民大学法学院教授,法学博士;

赖伟能(1992—),男,江西赣州市人,中国人民大学法学院博士研究生。

对国家权力配置起到消极的限制作用。在国家权力的配置中应当考虑基本权利的因素,是现代立宪主义固有的观念。例如,卡尔·施米特就认为,公民自由的观念引出了法治国的两个基本原则,一个是“分配原则”,也就是个人自由被预设为先于国家的、原则上不受限制的东西;另一个原则是“组织原则”,内容是(原则上受到限制的)国家权力由几个机构共同分享,并被纳入一个受限定的权限系统中”。⁽⁴⁾也就是说,并非只是在国家机构建立后再考虑如何防御其侵犯自由,而是在国家机构建立和配置权力时就应考虑如何有助于实现自由。

所谓基本权利作为国家权力配置的消极规范,是指在机关设置与权力配置上,将基本权利作为考量因素,避免国家机构及其职权的设置,直接导致损害基本权利的后果。“个人基本权利的空间同时也是国家权限的界限,该界限客观存在,并不取决于个人是否确实行使了自由或提出了相关请求。”⁽⁵⁾这里体现的是基本权利的“客观价值秩序功能”^①。也就是要求国家的一切制度建构,包括国家机关的设置及其职权的配置都必须做基本权利的考量。在此意义上,基本权利规范也是国家机构规范。只不过,国家机构规范直接规定国家机关的设置、职权和相互关系,而基本权利只起到消极的边界作用,也就是要求立法机关在制定组织法时,不能不当设置机构和职权,导致该机关特别容易损害基本权利。在国家机构被创立、国家权力被形成时,就须考虑基本权利边界。如果说,宪法中的国家机构规范对国家组织法的立法具有正向的形成功能,那么基本权利规范就具有反向的限制功能。在此意义上,基本权利规范是国家权力配置的消极规范。

基本权利条款作为国家权力配置的消极规范,还可以具体分为两种情形:一种是在基本权利条款中直接规定与国家机关行使职权有关的内容,例如,我国《宪法》第37条是人身自由条款,其第2款规定“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕”。《宪法》第40条是通信自由和通信秘密条款,其中规定对通信的检查只能“由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序”进行。这些规定是对国家机关的权限及其行使程序的直接规定,但这种规定对于国家机关及其职权配置而言,并非积极的形成性规范,而是消极的限制性规范。例如,“非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行”是对公权力机关的限制,包括主体和程序两个方面:(1)禁止其他机关进行逮捕;(2)遵守特定程序。在此意义上,作

为基本权利规范的《宪法》第37条,同时也是国家权力配置的消极规范。另一种情形是,基本权利条款中并没有关于国家机构及其职权的直接规定,但在具体的组织建构时,仍要考量基本权利因素,避免机构设置造成危害基本权利的可能。例如,宗教自由之于宗教管理机构的设置、职业自由之于劳动就业管理机构,通信自由之于邮政、电信、互联网管理机构,艺术自由之于文化管理机构,都是后一种意义上的国家权力配置的消极规范。

对我国当前的国家监察制度的改革试点,也可以从“积极规范”与“消极规范”的区分展开分析。2016年11月,中共中央办公厅印发了《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》,目标在于“建立党统一领导下的国家反腐败工作机构,实施组织和制度创新,整合反腐败资源力量,扩大监察范围,丰富监察手段,实现对行使公权力的公职人员监察全面覆盖,建立集中统一、权威高效的监察体系”。此项改革构想,或将在我国的国家机构中,增设一个专门的廉政分支(反腐分支)。这一分支不属于现有的国家权力机关、行政机关、审判机关或者法律监督机关,是一个新的分支。⁽⁶⁾毫无疑问,国家监察委员会的创设是对国家权力的重新配置。这一配置工作,需要在政治决断之后完成法律表达,在规范上需要修改宪法^②。但修宪不是制宪,不能颠覆既有的宪法框架^③,并且应符合先在的法教义学结构,也就是不能因为修宪而导致固有法秩序的崩解。⁽⁷⁾全国人大作为国家权力机关和国家立法机关,在政治决断和立法形成上有广阔空间,但是亦须受宪法的框架秩序约束。具体而言,通过修宪增设新的权力分支,要在《宪法》第3条“民主集中制”原则下,结合既有的国家机构规范展开,而不能无视宪法已经作出的权

^① 参见 Vgl. Pieroth/Schlink, a. a. O., S. 25. 转引自张翔《基本权利的双重性质》,载《法学家》2005年第3期。

^② 关于是否需要修宪,学界主要有两种观点,马怀德等学者认为全国人大是国家权力机关,可以在不修宪的情况下通过立法设立国家监察委员会,当然也不否认从长远看修宪的必要性。(马怀德《国家监察体制改革的重要意义和主要任务》,载《国家行政学院学报》2016年第6期。)而宪法学者在修宪问题上基本形成共识,如果监察体制的改革需要全面施行,现行宪法是无法容纳此项改革的,必然需要修改宪法。(韩大元《论国家监察体制改革中的若干宪法问题》,载《法学评论》2017年第3期;秦前红《困境、改革与出路:从“三驾马车”到国家监察——我国监察体系的宪制思考》,载《中国法律评论》2017年第1期;董之伟《将监察体制改革全程纳入法治轨道之方略》,载《法学》2016年第12期;李忠《国家监察体制改革与宪法再造》,载《环球法律评论》2017年第2期;郑磊《国家监察体制改革的修宪论纲》,载《环球法律评论》2017年第2期。)

^③ 参见韩大元《试论宪法修改权的性质与界限》,载《法学家》2003年第5期;杜强强《修宪权的隐含界限问题——美国宪法学理论关于宪法修改界限的争论》,载《环球法律评论》2006年第4期。

力配置 颠覆性地改变宪法的既有权力结构。相关的修改应该以落实宪法的民主集中制原则和人民代表大会制度为目标。

宪法中的国家机构规范,包括可能新增的监察制度的规范,是监察制度改革的“积极规范”。我国学者对于监察体制改革的研究,涉及改革试点的合宪性与正当性、监察机构的组织构建、对监察权力的监督、监察体制改革涉及到的修宪问题、监察机关与司法机关的衔接等诸多问题,主要都是从宪法关于国家机构规定的“积极规范”出发的研究^①。但是,监察制度改革也应该注意宪法中国家权力配置的消极规范,也就是相关的基本权利规范。2016年12月,《全国人大常委会关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》(下文简称《决定》)授权监察委可以采取谈话、讯问、询问、查询、冻结、调取、查封、扣押、搜查、勘验检查、鉴定、留置等十二项措施。这些措施涉及多项公民的基本权利。特别是,留置措施属于新创设的国家权力,对公民的基本权利干预强度甚高,如何规范和配置,争议颇多^②。本文将在“基本权利作为国家权力配置的消极规范”的认识下,探寻留置权的组织法建构所应恪守的基本权利边界。

二、留置措施对人身自由的限制及其审查

(一) 留置措施是限制人身自由的新措施

在《决定》授予监察委员会的十二项监察措施之中,留置措施因涉及人身自由这一核心人权而备受关注。陈越峰博士指出,监察体制改革的正当性很大程度上要取决于留置措施的合法性和正当性。⁽⁸⁾其原因在于,监察体制改革的目标是将过去的反腐机制法治化,如果关键性的留置措施缺乏合法性和正当性,则改革的初衷将被违反。在此合法性和正当性的考量中,宪法基本权利是关键因素。特别关注留置措施的原因还在于:在这十二项措施中,其他十一项措施都是从现有的行政调查、刑事侦查和党纪检查中“借用”而来(参见下表1),只有留置措施不存在于现行的法律体系和党的纪律规范之中^③。留置作为一项新的措施,其内容和性质在《决定》中未予明确,也未有其他公开的官方文件作出定论,更需要在对试点实践的贯彻之上充分探讨厘清。

监察措施	来源规范
谈话	《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第25条
讯问	《刑事诉讼法》第117条
询问	《刑事诉讼法》第122条
查询	《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第25条、《行政监察法》第19条
冻结	《刑事诉讼法》第142条、《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第25条、《行政监察法》第21条
调取	《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第25条
查封、扣押	《刑事诉讼法》第139条、《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第25条、《行政监察法》第20条
搜查	《刑事诉讼法》第134条
勘验检查	《刑事诉讼法》第126条
鉴定	《刑事诉讼法》第144条

(表1)

尽管北京、山西、浙江三个试点省市针对监察委员会的调查手段制定了规范性文件,但由于具体文件未予公开,我们只能从已有的媒体报道中窥测分析。最早采取留置措施的是浙江省监察委员会。2017年3月17日,浙江省杭州市上城区监委将对涉嫌贪污的余某进行调查的《立案审批表》报送至区委书记

① 除前文已列文献外,还可参见陈光中《关于我国监察体制改革的几点看法》,载《环球法律评论》2017年第2期;马怀德《〈国家监察法〉的立法思路与立法重点》,载《环球法律评论》2017年第2期;秦前红《全国人大常委会授权与全国人大授权之关系探讨——以国家监察委员会为研究对象》,载《中国法律评论》第2期;童之伟:《对监察委员会自身的监督制约何以强化》,载《法学评论》2017年第1期;何家弘《论反腐败机构之整合》,载《中国高校社会科学》2017年第1期;马岭《关于监察制度立法问题的探讨》,载《法学评论》2017年第3期等。

② 关于监察措施中涉及的人权保障问题,如辩护权、措施的期限、严禁刑讯逼供、救济等,刑法学界对此论述较多。参见陈光中、邵俊《我国监察体制改革若干问题思考》,载《中国法学》2017年第4期;张建伟《法律正当程序视野下的新监察制度》,载《环球法律评论》2017年第2期;施鹏鹏《国家监察委员会的侦查权及其限制》,载《中国法律评论》2017年第2期。熊秋红《监察体制改革中职务犯罪侦查权比较研究》,载《环球法律评论》2017年第2期。

③ 需要说明的是,此处的留置措施与人民警察法中的留置盘问明显不同,已有诸多学者指出,在此不作赘述。参见陈越峰《监察措施的合法性研究》,《环球法律评论》2017年第2期。

处 签批后即实施了留置措施,由办案人员和留置看护人员对留置者关押看守。上城区监委于4月17日将余某的《起诉意见书》连同案卷材料移交区检察院,4月20日区检察院正式决定逮捕余某,留置措施此时自动解除。⁽⁹⁾此案中对余某留置达34天。在《浙江省监察留置措施操作指南》中,对留置的使用、延长、解除、期限等都作出了明确规定。山西制定了《山西省纪委监委机关审查措施适用规范》,明确要求适用留置措施应当在指定的专门场所实施,与被留置人的谈话、讯问应在专门谈话室进行,且时间不得超过90天,特殊情况下经批准可延长一次,延长的时间不得超过90日。即留置措施最长可达180天。山西第一起留置案件是2017年4月14日对郭某采取的,办案人员专门为被留置人制定了日常起居计划并严格按计划进行调查和讯问。⁽⁹⁾北京的首起留置措施是2017年4月7日针对涉嫌利用职务便利将公款转入个人股票账户用于股票交易的李某,前后历经28天。⁽¹⁰⁾

尽管三地的留置实践有一些细节差异,但在整体形态上基本一致。据此,可将留置措施描述为:由监察委具体办案人员在职务犯罪案件中,提请有权主体审批是否采取留置措施,审批通过后,由办案人员持批准文件将留置人抓捕并关押在特定的场所。如果犯罪事实成立,则在证据收集充分后提请检察院逮捕,留置措施解除,如果犯罪事实不成立或证据不足,则由有权主体审批解除留置措施。

被留置者在一段时间内被办案人员限制在特定场所,无疑是对人身自由的限制措施。我国《宪法》第37条规定了人身自由不受侵犯以及限制人身自由的条件。留置措施必须能够经受住宪法人身自由条款的审查,方能具备合法性和正当性。

(二) 留置措施具有刑事强制措施的性质

以宪法工程学的视角来看,现代宪法之下可以建构专门的廉政分支,其不属于传统三权中的任何一个。⁽¹¹⁾⁷²⁻⁸⁷我国监察制度的改革也可以看作类似的尝试。对此,官方的解读是“监察机关不是司法机关,监察机关行使的调查权不同于刑事侦查权,不能简单套用司法机关的强制措施。”⁽¹⁾从而,留置措施被认为是新的“监察权”下的措施,而不将其作为行政措施或刑事措施来界定。但是,如前文所述,改革也应在既定的宪法框架下,并符合“先在的法教义学结构”。既有的行政权和司法权的区分,仍然是认识留置权性质可以凭借的概念工具。在留置措施的性质问题上,秦前红和陈越峰认为既可能是行政性措施,也可能是刑事措施⁽²⁾。根据《决定》,监察委员会的职权范围是

对“职务违法”和“职务犯罪”行为作出处置决定,但是在已有的留置实践中,只对“职务犯罪”行为采取过留置措施。实践层面的理解似乎是:职务违法行为无需采取如此严厉的调查措施⁽³⁾。留置措施都针对职务犯罪而不针对职务违法,至少说明,其作为行政措施的性质面相尚未展现(也许不会再展现),而是只表现出刑事强制措施的性质。

按照刑事诉讼法的规定,刑事侦查是为了“收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料”(《刑事诉讼法》第113条),查封、扣押、讯问等措施都是为了获取证据。而留置措施却与刑法中的传唤、拘传、拘留、逮捕等强制措施类似,并不直接获取证据,而是为了侦查活动的顺利展开,是为获取证据创造条件。而且,按照《决定》,检察院不再承担职务犯罪案件的侦查职责,而只是在接到监察委移送案件后提起公诉。我们不能认为对职务犯罪案件的刑事侦查权从我国国家权力体系中消失了,只能认为其转入到了监察委的调查权中。而监察委的调查权中的留置措施在功能上又与原来的刑事强制措施相同,因此,有学者直接认为:监察委员会对涉嫌职务犯罪者的调查相当于刑法规定的侦查⁽⁴⁾。

在功能上与刑事强制措施等同,而在实践上不针对行政法上的职务违法,都说明留置措施具有刑事强制措施的性质。

(三) 留置措施与逮捕雷同

尽管依据《决定》的规定,留置措施与逮捕处于案件侦查的不同阶段,但在性质和内容上,二者却具有极高的相似性。主要体现在两个方面:其一,二者都是对人身自由的剥夺,属于羁押性的措施。⁽¹²⁾近期的有关判决认定,留置一日折抵刑期一日⁽⁵⁾,这与逮捕、拘留等羁押性强制措施一致。其二,从羁押的期限看,留置与逮捕的形态相似。尽管拘留与逮捕均是羁押性措施,但拘留是一项紧急情况下的临时性措施,最长不得超过37天,而逮捕更加严厉,最长可达

⁽¹⁾ “深化监察体制改革,推进试点工作之四——使党的主张成为国家意志”,载《中国纪检监察报》2017年7月17日第1版。

⁽²⁾ 参见秦前红、石泽华《监察委员会调查活动性质研究——以山西省第一案为研究对象》,载《学术界》2017年第6期;陈越峰《监察措施的合法性研究》,载《环球法律评论》2017年第2期。

⁽³⁾ 陈光中教授也有类似观点,认为留置措施只适用于比较严重的职务犯罪案件中。参见陈光中、邵俊《我国监察体制改革若干问题思考》,载《中国法学》2017年第4期。

⁽⁴⁾ 参见“陈光中:制定《国家监察法》保障被调查人权利”,财新网: <http://china.caixin.com/2017-03-29/101072187.html>,访问时间:2017年7月27日;张建伟《法律正当程序视野下的新监察制度》,载《环球法律评论》2017年第2期。

⁽⁵⁾ 山西省夏县人民法院(2017)晋0828刑初字第45号刑事判决书。

7个月。从试点地区的情况看,留置措施的期限设置最长为180天,与逮捕的期限非常接近。在我国现行法律体系中,除逮捕外,没有其他强制措施可以对公民的人身自由作出如此之长的限制。可以说,试点中的留置措施与逮捕具有非常相似的权力性质和制度形态,而且,从期限和批准程序来看,试点中的留置措施比逮捕对人身自由的限制还要严厉^①。“凡有逮捕之实的,无论出自什么样的名目,都视为宪法中的‘逮捕’”,有逮捕实质而不受宪法限定的程序约束,就有违宪之嫌。”⁽¹³⁾那么,留置措施究竟是否会因抵触《宪法》第37条而违宪呢?

(四) 留置措施与《宪法》第37条抵触

1. 立法可否将逮捕权授予其他机关

既然留置与逮捕如此类似,那么,为何不直接赋予监察机关逮捕权?这是因为,我国《宪法》第37条第2款对逮捕权的行使主体作出了限制规定,“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕”。这一条款作为国家权力配置的消极规范,构成对全国人大立法权的约束。这一规范是所谓“宪法保留”,也就是说,宪法对逮捕权的归属已经做了限定,立法机关没有将逮捕权赋予其他机关的裁量空间。如果立法机关将逮捕权授予检察院和法院之外的其他机关,都属违宪。

2. 立法可否创设类似逮捕的措施

那么,立法机关可否在逮捕权之外,再创设另一项与逮捕权在性质和内容上高度相似的强制措施,并将其授权给其他国家机关?这里需要完整援引《宪法》第37条的三款规定进行体系解释:

“第三十七条中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。

任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。

禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”

如前所述,第37条第2款已经排除了将逮捕权授予其他国家机关的可能性。但是,按照第3款的规定,合法地剥夺或者限制公民的人身自由是被允许的,这似乎意味着:立法机关可以设置任何人身强制措施,即使其达到乃至超越了逮捕强度。但是,稍作分析,就可以看出这种理解是错误的:如果立法机关可以以第3款为依据创设与逮捕差不多的人身强制措施,那么第2款禁止非法逮捕的意义就被取消了。按照这种理解,第37条第2款就被第37条第3款掏空了,既然逮捕有那么严格的主体和程序限制,那么何不绕开逮捕,使用有逮捕之实而无逮捕之名的“合

法剥夺和限制”呢?第37条第2款的规范含义绝对不是只针对一个叫做“逮捕”的措施,而任由立法者设定强度相当甚至更加严厉的限制公民人身自由的强制措施。认为立法机关可以基于第37条第2款创设与逮捕强度相当的强制措施的观点,会造成法解释上明显的“体系违反”,在宪法同一条文内造成融贯性的破坏。

在此意义上,宪法的人身自由保障,不仅有针对逮捕权主体的宪法保留,还有对人身自由干预强度的宪法保留。也就是:在未决羁押阶段^②,宪法所能允许的対人身自由最高程度的限制就是逮捕。立法机关在宪法已经规定的逮捕权之外,再创设一个与逮捕权对人身自由限制强度相当甚至更严厉的措施,是宪法所不能允许的。如果任由立法者规避宪法约束,任意设置对公民基本权利的限制,会使宪法对基本权利保障的意义完全丧失。

综上,逮捕条款是未决羁押阶段强制措施立法的宪法边界,立法机关不能创设一项强度与逮捕相当的措施。而试点中的留置措施就是与逮捕实质相当的人身自由强制措施,受宪法约束的立法机关缺乏相应的立法权限。

三、党纪克减党员权利的界限

从宪法人身自由条款出发,很难得出留置措施合宪的结论。那么,是否还有其他的正当化路径?在监察制度改革试点过程中,有一种观点认为,留置措施是对党内纪律中早已存在的“双规”的法治化,公民加入政党,就应该受党的纪律约束。留置措施作为政党内部规则的外部化,因此,有其正当性。这种观点被通俗化地称作“家法论”。这一观点也是留置讨论中值得认真对待的。

(一) 留置措施作为“双规”的法治化

双规是“党内法规规定的纪检机关查处违反党

^① 尽管留置措施的最长期限180天稍短于逮捕的最长期限7个月,但是逮捕的最长期限是“2+1+2+2”的模式,中间需要经历三次不同条件的批准才能获得七个月的期间,程序设置比较严格。而留置措施的最长期限是“90+90”的模式,第一次批准的期限就长达90天,中间仅需一次批准即可延长到最长期限。从批准程序上看,试点中留置措施的批准主要是党委负责人批准和监察机关自行批准,与逮捕权改革所追求的“司法令状主义”和“法官保留”也背道而驰。(参见文明《刑事诉讼法中的侦查概括条款》,载《法学研究》2017年第4期。)留置措施所受到的限制远远不如逮捕制度严格。

^② 宪法上的人身自由条款,并非是用来对抗刑事判决后的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑等刑罚的。这些刑罚以剥夺人身自由为当然内容。宪法中的人身自由保护,从“人身保护令”到“正当程序”等的各种制度,从来都是以判决前的刑事羁押为主要防御对象的。

纪案件的一项纪律约束措施和组织措施”^①。具体而言,是指党的纪律检查机关有权“要求有关人员在规定的地点就案件所涉及的问题作出说明”^②。我国职务犯罪侦查形成了双轨制,^[14]检察机关依照《刑事诉讼法》对职务犯罪案件享有侦查权,党的纪律检查机关在职务犯罪侦查中承担调查取证的职权。在司法实践中,反贪案件由于其无被害人、无物理意义上的现场、无目击证人、视听资料和物证、书证等不变证据、嫌疑人具有较强的反侦查能力以及对口供证据的高度依赖,^[15]使得检察院依靠《刑事诉讼法》规定的侦查手段趋于无效,因此,不得不依赖纪委的“双规”来实现反贪案件的侦破。纪检机关对案件的侦破能力远远高于检察机关,检察院在贪腐案件的侦破中处于相对边缘化的地位,主要功能是协调配合纪检机关,成为了一个审查转换证据的机构。“双规”作为一项党内纪律调查手段,避开了《刑事诉讼法》的约束。模糊的“规定时间”和“规定地点”,使得其调查权限极为宽泛。“规定时间”限制非常宽松^③，“规定地点”不仅未作限制,还要求“不准使用司法机关的办公、羁押场所和行政部门的收容遣送场所和不准修建用于采用‘两指’、‘两规’措施的专门场所”^④,这使得对嫌疑人的人身自由的限制完全处在无人监督的境地。

尽管“双规”在检察院反贪能力不足的情况下获得生命力,是被实践选择的结果,但其对人身自由的严重限制也使之饱受争议,其在反腐治理上的重大贡献无法掩盖合法性不足的弊病。在实践中,由于“双规”有违《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款与第3款之规定,也加大了我国在域外抓捕涉嫌贪腐公职人员的难度。因此,就产生了将“双规”法治化的动力。

十八大之后,中国进入了反腐新常态,而法治化是其基本特征。“要善于用法治思维和法治方式反对腐败,加强反腐败国家立法,加强反腐倡廉党内法规制度建设,让法律制度刚性运行。”^⑤监察委员会的改革方案正是为解决反腐的合法性问题而提出的,“把目前正在实际运用的调查手段写入法律,赋予必要的调查权限,以法治思维和法治方式惩治腐败”^⑥。这一方向值得肯定。

留置措施是“双规”的法治化,在改革中体现非常明确。中纪委强调“监察委员会不自行搞一套侦查体系,现有的十二项调查措施都是实践中正在实际使用、比较成熟的做法,没有增加新的权限”^⑦。而无法在现有法律法规中找到出处的留置措施,正是来源于实践中使用成熟的“双规”。除此之外,试点地区

在留置期限的设置上,也基本与《中国共产党纪律检查机关监督执纪工作规则(试行)》中纪检审查的期限保持一致。更为值得关注的是,在监察委员会试点地区开展试点后,对职务犯罪已统一适用留置措施而未再使用“双规”。概括言之,留置措施就是要替代过去的“双规”。

(二) 社团内部规则对成员权利的克减及其界限

既然留置来自于“双规”,可否认为:政党的内部规则可以对其党员的基本权利进行克减,从而使得留置措施具备正当性?

任何社团都有内部规则,这些规则难免会对其成员的权利产生限制。这种限制有很多种表现,例如,加入工会的条件之一可能是接受工会与资方进行集体谈判,工人个人与资方谈判和缔约的权利就可能受到限制;加入宗教团体,接受宗教教育,可能压缩了义务教育、世俗教育,从而影响宪法上的受教育权;^[16]⁴⁷一个倡导良好社会风尚的社团可能要求成员不得参与打麻将等涉赌活动^⑧,等等。甚至一个业余足球俱乐部要求成员每周六参加训练和比赛,也构成了对一般行为自由的限制。

在此意义上,限制成员权利是结社自由当然的内涵。任何一个社团都必然会限制其成员的权利,否则结社的目标将不可能达成,结社自由将不复存在。结社自由是不特定多数人为了追求共同的目的而进行的持续性的结合。追求共同目的,是结社自由的基本特征。尽管所有成员在自愿加入社团时,都接受这一共同目的。但是,共同目的的实现过程,与个人的具

① 《中共中央纪委办公厅关于印发〈关于纪检机关使用“两规”措施的办法(试行)〉的通知》,中纪办发(2000)1号,2000年1月20日。

② 《中国共产党纪律检查机关案件检查工作条例》第28条第三项。

③ 2017年1月,党的第十八届中央纪律检查委员会第七次全体会议通过的《中国共产党纪律检查机关监督执纪工作规则(试行)》第28条第二款规定:(纪检机关审查组的)审查时间不得超过90日。在特殊情况下,经上一级纪检机关批准,可以延长一次,延长时间不得超过90日。

④ 《中共中央纪律检查委员会、监察部关于纪检监察机关依法采用“两指”、“两规”措施若干问题的通知》(1998年6月5日)。

⑤ 习近平《更加科学有效地防治腐败 坚定不移把反腐倡廉建设引向深入——在中国共产党第十八届中央纪律检查委员会第二次全体会议上发表重要讲话》。中国共产党新闻网: <http://cpc.people.com.cn/n/2013/0122/c64094-20289660.html>, 访问日期:2017年8月7日。

⑥ “深化监察体制改革,推进试点工作之四——使党的主张成为国家意志”,载《中国纪检监察报》2017年7月17日第1版。

⑦ 参见“深化监察体制改革,推进试点工作之五——调查决策要严”,载《中国纪检监察报》2017年7月24日第1版。

⑧ 参见程迈《对社团处置其成员利益问题的宪法学研究》,未刊稿。

体利益之间,难免发生偏差。为了保证结社能够实现其意义,社团对其成员的权利进行一定的限制就是必要而正当的。试想,如果一个业余人士组成的足球俱乐部,不能要求成员在特定时间地点参加训练和比赛,则此俱乐部就几无存续之可能;一个工会,如果不能对工人个人的缔约自由做出限制,则该工会代表工人集体谈判以谋取工人更大利益的功能就无从发挥,工会存在的意义也就很微小了。“个人在结社的时候,他的自主性总是会受到各种有形和无形的限制……强制会员是一部分社团的先天条件。”⁽¹⁷⁾¹⁹⁶

从基本权利教义学的角度看,社团对其成员权利的限制,其实是一种基本权利冲突。结社自由一方面保障个人加入或者不加入社团的权利,另一方面也保障社团自身的活动自主权。而社团要想自主活动,其内部就必须有民主程序以形成统一意志,从而得以对外表现出社团的自主性。社团的自主性和主体性,必然伴随着对社团成员的权利克减。从而,社团的自律,与成员的权利之间,就构成了冲突。这种冲突,甚至是郑毅所称的“同一主体的基本权利冲突”。成员接受社团章程和纪律,就必然存在自己的权利被社团内部规则限制的可能性。这是个人通过结社以实现自己自由而在另外的自由上的代价。

社团为实现其成员的共同目的,必然要对成员的个别权利作出限制。但无论如何,这种限制不是没有边界的。个人结社的目的,是为了扩大自由,而不是否定自由。结社如果走到了自由的对立面,就应该受到限制。如前所述,社团内部规则与成员个人权利之间,是一种基本权利冲突关系,认定社团规则能在何种程度上克减成员权利,应遵循解决基本权利冲突的法律规则。⁽¹⁸⁾现代的基本权利冲突理论,并不尝试在各个基本权利之间确立位阶顺序,也就是不认为任何基本权利相对于其他权利具有“通常的优先地位”^①,而是要在具体情形中,结合不同权利的性质和各自受到威胁的程度进行合比例性的衡量。在结社自由领域,也可以观察到此种衡量。例如,《公民权利和政治权利国际公约》第22条在规规定结社自由的限制时,也将“保护他人的权利和自由的必要的限制”作为内容。⁽¹⁹⁾⁵¹⁶而实践中,会在衡量各种因素的前提下,确定社团自治与成员权利的具体优先性。例如,在劳动结社的问题上,欧洲人权法院认为,如果工会是封闭会员制,并且具有在某个领域的垄断地位,工人只有成为这个工会的会员并受其内部规则约束,才可能获得工作机会甚至基本生存条件。在这种情况下,面对个人生存权和社团自治权的冲突,衡量的结果就将是保障个人自由。⁽¹⁷⁾²⁰⁶

(三) 党纪与党员人身自由的权衡

政党作为现代具有特定政治目标和政治理念的社团,也属于社团的范畴。党组织与党员本质上是社团与社团成员的关系,党组织对党员基本权利的限制是社团自主权的体现^②。在中国共产党的章程和纪律条例等内部规则中,对于党员反对党的基本路线方针等有相关的处分规定,这对于维护党的总体目标,也就是全体党员的共同目的而言,是有合理性的。但是,现代国家的政党和其他一切社会团体的活动,都有其法律上的界限。政党和其他社团的内部规范都必须合乎以宪法为核心的法秩序。这一点也为我国宪法所确认。我国《宪法》第5条第3款规定“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。”参与了现行《宪法》起草的肖蔚云教授指出“这一条(指第5条)是过去几部宪法所没有的。是根据全国人民的意见,并总结过去我们不重视法制的教训而写的。在宪法讨论过程中,全国各地有许多意见指出,一定要加强社会主义法制,防止像‘文化大革命’当中类似事件的发生,防止野心家钻我国法制还不够健全的空子。”“写各政党和各社会团体必须守法,实际上主要是指执政党。执政党不以身作则遵守法律,法制就很难健全。”⁽²⁰⁾¹⁰⁷⁻¹⁰⁸可以说,我国宪法对于政党法制做了总体性的要求,而政党的内部规则,也应该在此整体法秩序之下制定。国法与党规的关系,是当前我国全面深化改革中的重大议题,本文仍就留置措施这一党规法治化问题展开研讨。

如前所述,社团内部规则克减成员权利的问题,是基本权利冲突的问题,需要进行具体的衡量。“结社自由的限度应当在于其他基本权利以及其他主体的权利综合平衡的基础上确定。”⁽¹⁷⁾¹⁸⁶留置措施的合法性问题,不能以“家法说”一概而论之。政党内部规则是为了保证政党的目标实现,也就是全体党员的共同目的的实现,而留置措施则是对党员个体的人身自由的严重克减。对留置措施的审查,应当考量其对于党的目标的实现是否是适当和必要的。在适当性层

① 参见冯威“雷巴赫案”,载张翔主编《德国宪法案例选释》(第2辑),法律出版社2016年版,第70页。

② 有学者从特别权力关系的角度来论证双规的正当性。但是,传统的特别权力关系的理论只适用于监狱与犯人、行政机关与公务员、公立学校与学生之间的关系以及公营造物的利用关系,将其扩张适用于政党与党员关系需要论证。但是,在当代的公法理论中,特别权力关系理论已被基本否定,也就是不再能排除基本权利规范的约束。因此,从这个角度论证双规的正当性意义不大。参见赵宏“犯人通信案”,载张翔主编《德国宪法案例选释》(第1辑),法律出版社2012年版,第86-88页;张翔《基本权利的体系思维》,载《清华法学》2012年第4期。

面的审查,要考察限制涉嫌腐败党员的人身自由是否有助于党的目标的实现,这一点似乎尚可得出肯定性回答。但是,留置措施长时间限制涉腐党员的人身自由,是非常严厉的限制基本权利的措施。很难证明,若不采用如此严重的人身限制措施,就无法达成党的目标。因此,也无法得出发端于党内规则的留置措施在保证党的目标实现上具有不可替代性的结论。更为重要的是,即便留置措施在实现党的目标上具有必要性,它也根本上抵触了个人通过结社以扩大自由的原初目标,造成了其个体自由的本质性限缩。在此结社自由与人身自由的衡量中,无法认为结社自由具有优先性。

四、留置措施与“基本权利放弃”

在对于留置措施的论证中,还有一种“权利放弃论”。也就是认为:个人加入中国共产党和担任公职时,已经放弃了自己的部分基本权利,其中就包括留置措施所限制的人身自由。在中国共产党党章规定的入党誓词中,包含“遵守党的纪律”的内容,而在个人自愿以报考等方式被录入为公务员时,也应了解公务员法所规定的“遵守纪律,恪守职业道德;清正廉洁,公道正派”的公务员义务。此外,按照我国的宪法宣誓制度,各级人大及县级以上各级人大常委会选举或者决定任命的国家工作人员,以及各级人民政府、人民法院、人民检察院任命的国家工作人员均应宣誓“恪尽职守、廉洁奉公,接受人民监督”。那么,是否可以认为,宣誓者和担任公职者,都明了自己的廉洁义务,并且作了接受党纪约束和法律约束的自我宣告,从而意味着其同意放弃部分的基本权利。是否可以认为:留置措施基于被留置对象事先的同意,而不构成对人身自由的侵害?换言之,如果某人对于党的纪律以及国家法律约束党员和干部的规则都有预先的了解,而仍然要求入党,或者接受党组织将其遴选为领导干部,是否意味着:其已许可监察机关在反腐调查中限制自己的人身自由?

这个问题,涉及基本权利教义学中的“基本权利放弃”问题。下面,我们将在对基本权利放弃的学理阐释的基础上,探讨留置措施是否可经由“权利放弃论”的论证而获得合宪性。

(一) 基本权利放弃的特征与法律后果

基本权利放弃,是个人对其基本权利的一种处分,也就是个人允许国家干预其基本权利的保护范围^①。其法律后果在于,国家的干预基于个人的同意而不被认定违宪。因此,基本权利放弃可以被理解为基本权利主体对国家侵害其基本权利的自愿许可,或

者同意国家对基本权利保护的法益的侵害。可以以《治安管理处罚法》的若干规定为例来说明何为基本权利放弃。《治安管理处罚法》第87条规定“检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件”,但如果某人允许警察在没有检查证明文件的情况下对自己的住所进行搜查,就是对其住宅自由的放弃。《治安管理处罚法》第83条规定,对违反治安管理行为人,公安机关在传唤后,应当及时将传唤的原因和处所通知被传唤人家属。但如果被传唤人不欲家属了解自己涉嫌违法的情况,自行提出不通知家属,也属于基本权利放弃的情形。由于个人同意国家干预其基本权利,公安机关的无证搜查行为和通知家属的行为,就不被认为是违法的。作为一种对自身权利的处分权,基本权利放弃当然必须基于自愿和对后果的明确认识。⁽²¹⁾如果受到欺骗、蒙蔽,或者在公权力压力下做出承诺,不构成基本权利放弃。基本权利放弃天然蕴含着对基本权利主体的行为能力的要求,此处不赘。

要充分理解基本权利放弃,需要将其与基本权利的消极不行使进行区分^②。基本权利往往有其纯粹的消极层面,例如,消极的言论自由就是不发表言论,消极的结社自由就是不加入社团或者政党。对于一些只能以积极作为的方式才能实现的基本权利,个人也可以不去主张自己的权利,也就是选择不行使基本权利。例如,一个人在自己的权益受到损害时不去提起诉讼,就是选择了不行使自己的诉讼权利。但本质上,基本权利的消极不行使,仍然应被认为是基本权利的行使,只不过是作为一种消极不作为的方式表现出来。这意味着,基本权利主体仍然享有宪法对其相关法益的保护,仍然可以以积极的方式去行使权利。一个保持沉默的人,仍然可以发表言论;一个离群索居的人,仍然可以加入俱乐部;一个人在前一次权益被侵害时没有起诉,在下次权益被侵害时,仍然可以起诉。而基本权利放弃则不同。基本权利放弃是个人针对国家公权力作出同意自己的权益不再受宪法保护的承诺。基本权利的放弃,以基本权利主体的明确意思表示为要件,也就是个人明确向国家公权力表示自己放弃基本权利保护。而基本权利的消极不行使,只是个人不以积极作为方式去实现基本权利,不存在意思表示问题。个人在放弃基本权利、做出同意干预的意思表示后,就发生相应的基本权利不再被保护的法律后果,对于公权力干预其基本权利的行为,

^① Pieroth/Schlink, a. a. O., S. 39.

^② Merten, a. a. O., S. 54f.

无法再主张其违反宪法。例如,如果某人同意没有搜查证的警察搜查其住宅,就应该接受警察的搜查行为,并且不可以在事后主张警察行为违法,主张自己的住宅自由受到侵犯。又如,如果某人接受国家征收其财产,并明确表示放弃补偿,则该征收不会因为违反“征收必须附带补偿”的“唇齿条款”而被认定违宪。个人消极地不行使权利,并不意味着国家限制其基本权利是合宪的。例如,一个人不发表言论,并不意味着国家可以禁止其发表言论,一个人不去起诉,并不意味着国家可以禁止其起诉。而基本权利放弃的法律后果则是,国家对基本权利的干预不会被认定违宪。

在基本权利限制的“保护范围——限制——限制的合宪性论证”的审查步骤中,基本权利放弃被放在“限制”的阶层讨论:如果存在基本权利放弃的情形,则不构成“限制”。还有一种进路认为,在这种情形下,国家的行为仍然构成限制,但在“限制的合宪性论证”阶层,该限制的违宪性因基本权利放弃而被阻却^①。但无论在哪个审查阶层予以考虑,基本权利放弃的法律后果都是:国家对基本权利的干预行为不构成违宪。就本文讨论的主题而言,如果入党宣誓、宪法宣誓乃至自愿担任公职,被认为其中存在对人身自由的放弃,则留置措施就是合宪的。

(二) 基本权利放弃的界限

但是,对于是否在教义学上接受基本权利放弃,也就是允许个人放弃宪法对其基本权利法益的保护,存在理论上的争议。于此存在“肯定说”、“否定说”和“折衷说”。基本权利放弃的肯定说认为,基本权利的哲学基础是取向于“个人自决”的自由主义,既然权利是个人的,就应该允许个人处分其权利^②。德国有学者认为,德国《基本法》第2条第1款保护“个性的自由发展”,也应该包含个人以放弃自由的方式实现个人的追求^③。肯定说强调基本权利作为主观权利的性质,基于“权利是个人主观意志的主张”的观念,视“处分权”为个人权利的当然内容。基本权利放弃的否定说则认为,基本权利除了个人权利的属性,还具有促进国家意志的形成(例如选举权)、促进公共讨论以形成社会整合(如表达自由)的功能。为了国家的存续和政治过程的畅通,不应该允许基本权利放弃。否定说与基本权利作为客观价值秩序的观念密切相关。客观价值秩序理论将基本权利作为社会的共同价值和国家建构的伦理基础,具有形成和维持共同体秩序的功能。基本权利放弃会动摇共同体的客观价值基础,因而应予以否认。应该说,基本权利放弃的肯定说和否定说都有其合理性,从而也自然

生成了折衷的学说。

基本权利放弃的折衷说原则上认可“个人自决”,允许个人放弃宪法对基本权利法益的保护。但是,如果允许个人彻底地放弃自由,无异于走向自由的自我否定,并动摇自由民主社会的政治基础,因此,折衷说主张必须对基本权利放弃设定界限。前述的基本权利放弃的构成要件,包括:(1)自愿;(2)明确的意思表示,也可以看作是基本权利放弃的界限,也就是如果个人不是自愿放弃,或者没有以明白的方式表示放弃,就不构成基本权利放弃,也不产生国家干预行为被认定合宪的法律后果。除此以外,基本权利放弃的界限还可以从以下几个方面分析^④:

1. 可否概括性地放弃基本权利?

个人可否一般性地、抽象地放弃全部基本权利或者某项基本权利,从而使得国家对其基本权利的干预一概被认定为合宪?概括性地放弃全部基本权利显然是不被允许的,因为这无异于取消人的主体地位,使个人成为国家的奴隶。自愿为奴式的放弃,将个人置于国家权力的纯粹客体地位,违背了个人作为国家权力来源和国家权力目的的人民主权原则,因而是任何民主国家所不能允许的。另外,概括性地放弃某项基本权利,一般也不应该被允许。例如,一个人在某次征收中放弃获得补偿的权利是被允许的,但如果其概括性放弃在未来对其一切财产的征收的补偿权,也无异于根本性地否定其私有财产权。基本权利的放弃不应该导致基本权利被本质性否定的效果(这一点与下文讨论的“损害的程度”也相关)。为落实基本权利保障作为现代国家正当性基础的地位,可以被允许的基本权利放弃只能是在个别情形下的、具体的放弃。

并且,即使是在个别情形下的、具体的基本权利放弃,也应该允许个人反悔,撤回其同意被干预的许可。对于个人在自愿、明确表达了基本权利放弃后,已经完成的国家干预保护范围的行为,个人固然不能主张其基本权利遭到了违宪侵害,但对于尚未进行或者尚未完成的国家干预行为,个人则可以要求停止,也就是撤回基本权利放弃。

2. 区分权利的内容

有些基本权利,不仅与个人利益有关,而且同时与国家意志的形成有关,例如选举权、担任公职的权

^① Pieroth/Schlink, a. a. O., S. 40.

^② 这在政治哲学上涉及是否允许“放弃自由的自由”“为奴的自由”。刑法上的“被害人承诺”等问题也与此相关。

^③ Pieroth/Schlink, a. a. O., S. 39.

^④ Merten, a. a. O., S. 56ff.

利以及监督权。个人可以不行使这些权利,但不能从法律上放弃这些权利。个人应永远保留着参与民主过程,参与国家意志形成过程的可能性。如果这些权利可以被放弃,意味着国家可以禁止拥有这些权利的人参与国家的民主生活,并且不会被认定违宪,无异于从根本上取消民主制。因此,这类与形成国家意志相关的权利是不可放弃的。

而针对另外一些纯属个人利益相关的权利,放弃就是个人自决的范围,允许放弃就较具正当性。个人在明知后果的情况下,放弃部分的财产权、住宅自由、个人信息、通信秘密甚至健康权(例如在明确知情的情况下,自愿接受医学实验,使个人健康权陷入风险)都是被允许的。特别是,个人为了实现自己的利益而放弃部分基本权利,例如,为了自身的安全而允许警察监听自己的电话、监视自己的住宅,甚至要求警察到自己家中提供保护,都属于具有正当性的基本权利放弃。

3. 考虑权利损害的程度

如前所述,基本权利放弃的法律后果是国家的干预行为不被认为是干预,或者被阻却违法性。但是,如果具有较高强度和较长持续性,则也应该从合比例性的角度分析是否应予许可。例如,假设个人针对国家放弃生命权,意味着国家可以随意剥夺其生命,所造成的损害后果与所实现的“个人自决”的目的就不成比例,因此不应被允许。(当然,也可以理解为生命权本来就属于不可放弃的权利。)在关于基本权利放弃的比例原则衡量中,被牺牲的是个人承诺放弃的基本权利,而所欲实现的目的主要是“个人自决”的自由原则,以及人的尊严等价值目标。如果因放弃而导致的基本权利损害,根本上抵触了“个人自决”等正当目的,或者过度地、不必要地损害了这些正当目的,此种基本权利放弃应该不被允许。这里涉及比例原则在基本权利放弃中的复杂情形,限于篇幅,不再展开。

(三) “权利放弃论”无法成立

基于上述的学理阐释,我们可以对留置措施讨论中的“权利放弃论”展开分析。“权利放弃说”实际上是认为个人在入党、宪法宣誓或自愿担任公职时,已经放弃了反腐调查中涉及的个人人身自由,从而留置措施就是合宪的。但是,这一论证在基本权利放弃的学理下难以成立,分析如下:(1)个人担任公职的时间往往具有较长的时间持续性,而党员身份基本会伴随终生。如此大时间跨度的基本权利放弃,就是一种概括性的放弃。如前所述,概括性放弃意味着对基本权利的本质性否定,会根本动摇现代国家的正当性基

础。(2)个人在入党、宪法宣誓或自愿担任公职时,是否对留置措施的性质、强度和法律后果有明确认识?这一点是不容易得出肯定性回答的。如果个人认识并不明确,很难认为其是自愿的。(3)入党宣誓、宪法宣誓中,只是概括性表达要保持清廉、履行义务,并没有对放弃人身自由的明确意思表示,一般公务员的入职中,更没有此种意思表示。(4)人身自由在性质上与财产权、住宅自由、个人信息、通信秘密等权利不同,具有极强的身体性。而监察措施又是对个人的行动自由的严重限制,其对基本权利的干预强度甚至超过了逮捕。如前所述,允许基本权利放弃的原因是为了实现“个人自决”,而一个被剥夺人身自由的人,是谈不上个人自决的。从比例原则的角度看,接受一种严重限制人身自由的措施,以一种放弃个人身体和行动自由的方式,去实现所谓的“个人自决”,缺乏适当性和必要性。也就是,此手段抵触了所欲实现的目的。综上所述,认为个人在入党、宪法宣誓或自愿担任公职时已经放弃了反腐调查中涉及的人身自由的观点,是难以证立的。留置措施并不能借由基本权利放弃的学理获得合宪性论证。

结语

推进反腐机制的法治化,是我国“完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”的改革总目标的重要组成部分。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出:“加快推进反腐败国家立法,完善惩治和预防腐败体系,形成不敢腐、不能腐、不想腐的有效机制。”“不敢”是震慑,手段是严厉的刑事追惩,而“不能”和“不想”才是治理腐败的根本。国家监察体制改革的根本还在于实现“不能腐”,通过体制改革加大对职务犯罪和职务违法的监督力度,把权力关进制度的笼子。追惩程序再严厉,也有其功能极限,追惩做不到源头治理。如果因此导致人权保障的退步,就更得不偿失。

通过改革推进反腐法治化是正确的方向。现有的反腐措施有其阶段性的事实合理性,改革当然不能忽视既有经验。^[15]《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求“使每一项立法都符合宪法精神”,并要求“加强人权司法保障”“完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督”,为改革设置了法治和人权上的高标准。不应该将反腐与法治建设、人权保障对立起来,二者都是国家治理现代化的目标。在此次监察体制改革中,我们既要关注权力的配置,更要关注权利的保障,不能“只转权力,不

转权利”。⁽²²⁾ 宪法上的基本权利规范,在国家反腐机制立法中,应该发挥重要的制度边界功能。留置措施试点实践中的各种争议,需要依据宪法进行正当性评

价。如何在总结既有经验的基础上,在宪法的框架秩序之下,建构出有利于强化国家反腐能力的廉政机构,并充分落实人权的法治保障,仍然是未竟的课题。

参 考 文 献

- (1)〔德〕克里斯托弗·默勒斯. 德国基本法: 历史与内容(M). 赵真,译. 北京: 中国法制出版社, 2014.
- (2) Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009 S. 25f.
- (3) 张翔. 论基本权利的防御权功能(J). 法学家, 2005(2): 65-72.
- (4) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl., 1993 S. 126.
- (5) 陈征. 国家从事经济活动的宪法界限——以民营企业家的基本权利为视角(J). 中国法学, 2011(1): 98-109.
- (6) 林彦. 从“一府两院”制的四元结构论国家监察体制改革的合宪性路径(J). 法学评论, 2017(3): 163-166.
- (7) Vgl. Okko Behrends, Einfuehrungsreferat: Das Buendnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen, in: Gesetzgebung und Dogmatik, Okko Behrends, Wolfram Henckel (Hrsg.), 1988 S. 9ff.
- (8) 陈越峰. 监察措施的合法性研究(J). 环球法律评论, 2017(2): 93-104.
- (9) 张磊. 改革, 不止于挂牌——浙江开展国家监察体制改革试点工作纪实(下)〔N〕. 中国纪检监察报, 2017-06-14, (01).
- (10) 王少伟. 以首善标准完成监察体制改革试点任务——北京开展国家监察体制改革试点工作纪实(上)〔N〕. 中国纪检监察报, 2017-06-01(01).
- (11)〔美〕布鲁斯·阿克曼. 别了, 孟德斯鸠: 新分权的理论与实践(M). 聂鑫,译. 北京: 中国政法大学出版社, 2016.
- (12) 陈瑞华. 审前羁押的法律控制——比较法角度的分析(J). 政法论坛, 2001(4): 99-110.
- (13) 张建伟. 法律正当程序视野下的新监察制度(J). 环球法律评论, 2017(2): 61-82.
- (14) 施鹏鹏. 国家监察委员会的侦查权及其限制(M). 中国法律评论, 2017(2): 44-50.
- (15) 刘忠. 解读双规——侦查技术视域内的反贪非正式程序(J). 中外法学, 2014(4): 209-233.
- (16) 郑毅. 同一主体的基本权利冲突: 傣族佛寺教育与义务教育关系研究(M). 北京: 法律出版社, 2015.
- (17) 刘培峰. 结社自由及其限制(M). 北京: 社会科学文献出版社, 2007.
- (18) 张翔. 基本权利冲突的规范结构与解决模式(J). 法商研究, 2006(4): 94-102.
- (19)〔奥〕曼弗雷德·诺瓦克. 《公民权利和政治权利国际公约》评注(修订第二版)〔M〕. 孙世彦, 毕小青,译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2008.
- (20) 肖蔚云. 我国现行宪法的诞生(M). 北京: 北京大学出版社, 1986.
- (21) Vgl. Detlef Merten, Der Grundrechtsverzicht, in: Horn(Hrsg.), Recht im Pluralismus, festschrift fuer Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, Berlin 2003 S. 67.
- (22) 熊秋红. 监察体制改革中职务犯罪侦查权比较研究(M). 环球法律评论, 2017(2): 40-60.

(本文责任编辑 杨建军)