新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应

秦小建

【摘　　要】公民通信权旨在保护私人通信空间。私人通信空间不等于存在于这一空间下的隐私、个人信息或言论，它们分属不同权利的保护范围。我国《宪法》第40条对通信权的构造，采取了“完全宪法保留”模式，保护程度远高于隐私权、个人信息权或言论自由。一方面，我国《宪法》第40条的“除……不能以任何理由”的绝对性表述，构筑了“权利孤岛”，排除了合理权衡，难以适应现代通信越来越强的公共属性要求。另一方面，刑法保护滞后使得刑法震慑缺失，助长了对这一规定的常态性违反。并且，在非均衡保护格局下，对我国《宪法》第40条的违反还可获得那些限制较小的权利规范的支持。我国《宪法》第40条设置的高强度保护网，面临虚置危险。为应对这一危险，同时亦为实现通信权在个体自由和公共性之间的价值平衡，促进其从消极的对抗国家功能迈向积极的社会整合功能，可考虑将这一规定调整为“部分宪法保留+法律保留”模式，在国家安全和追查刑事犯罪领域，继续遵循宪法保留；在有限的公共利益领域，授权法律根据通信空间的公共程度制定检查规则，实现个人利益与公共利益的协调。

【关 键 词】公民通信权；通信秘密；私人通信空间；完全宪法保留；非均衡保护

【作者简介】秦小建，华中科技大学法学院教授，法学博士（湖北 武汉 410073）。

【原文出处】《政治与法律》（沪），2020.7.85～97

【基金项目】本文系华中科技大学一流文科建设计划（智库建设与社会服务能力提升计划）“教育部教育立法研究基地”的阶段性成果。

依托新通信技术的通信交往，既是个体私人生活的内在构成，也是社会交往、公共生活和政治参与的基础媒介，该领域常常出现个体自由与公共利益之间的紧张关系。我国《宪法》第40条第2句规定：“除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外，任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”从通信权的宪法规范出发，我国《宪法》第40条第2句禁止了除因国家安全和追查刑事犯罪需要之外的一切通信检查，可以说是一种对个体通信秘密的高强度保护。那么，这一高强度保护，如何与现代通信越来越强烈的公共诉求相协调？又应如何看待在这一高强度保护规范下的诸种实践违反？实践合理性与规范有效性之间应当如何调和？宪法应当如何回应这些实践争议？笔者于本文中将围绕这些问题展开分析。

一、通信保护的实践争议及宪法解释方案的不足

公民通信权包含通信自由和通信秘密保护两项内容。有关通信自由的规范内涵及其制度机制，相对较为清晰，但有关通信秘密的保护，在实践中却频现争议。争议的焦点问题是，包括公安机关和检察机关在内的主体，能否在国家安全或追查刑事犯罪的目的之外，对公民的通信进行检查。

该争议具体体现在以下典型情形中：(1)法院应一方当事人申请，能否调取另一方当事人或第三方的通信内容作为证据；(2)国家机关能否因职

 China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

权需要对通信进行检查；[①](3)公安机关对微信群谣言的查处，是否构成对微信群这一通信平台的检查；(4)公民未经同意就传播其他公民的微信聊天内容和记录，是否侵犯了被传播公民的通信秘密，等等。

如果从我国《宪法》第40条的严格解释来看，上述情形无疑都违反了该条——既违反了该条检查主体的限制，也违反了检查目的的限制。当然，在上述情形中，部分行为具有明确的法律依据。这就牵扯到另一层次的争议，即授权某些国家机关可以进行通信检查的法律，本身是否合宪以及针对这些情形应当适用法律还是宪法。[②]

不过，这一基于“任何组织或者个人不得以任何理由……”的严格解释方案，却难以回应实践需要。一方面，我国《宪法》第40条的明确禁止，使得具有公共利益之必要且符合限度的通信调取或检查难以进行。另一方面，日常的通信内容监管或行动，又往往无视这一条的明确限制。面对该难题，实践中开始出现一种相对松动的标准——只要不对公民的通信自由和秘密构成威胁，相关通信信息的调取或检查，就是被允许的。

这一实践标准亦可获得另一种宪法解释方案的支持。这一解释方案认为，我国《宪法》第40条旨在保护公民的通信秘密不受侵犯，那么，只要通信检查没有对公民通信秘密构成威胁，就没有违反我国《宪法》第40条。立足于这一解释方案，不少观点主张对“通信信息”和“通信秘密”作出区分，将非秘密的通信内容排除在通信权的保护范围外，避免保护程度较高的通信权因保护范围过大而影响部分领域公共利益的实现。

然而，这一解释方案，一方面，面临着关于“通信秘密”如何界定的难题；另一方面，当纸面上的界定标准进入复杂现实社会后，必然遭遇各种有意无意的曲解或误解，那么是否可能会被滥用而导致对真正通信秘密的侵害？更为关键的是，若遵从这一解释方案，势必会陷入一种逻辑悖谬：对通信内容是否属于通信秘密的认定，以进入通信空间了解通信内容为前提，但在无法了解通信内容因而也无法认定是否属于通信秘密的情况下，通信空间却不得随意进入，通信检查自然也就无法展开。在进行通信检查前，没有一个检查者能够确信他所检查的通信不包含通信秘密，因此也断不能以检查不涉及通信秘密为由来实施通信检查。

既有观点普遍将通信权的客体定位为通信秘密，但其忽视了公民通信秘密的保护依赖于不受任意侵犯的通信空间。一旦把对通信秘密不构成威胁的说法当作通信检查的正当理由，就意味着打开了通信空间的入口，不可避免地会波及通信秘密。在这个意义上，保护公民通信空间不受任意侵犯，是宪法设定公民通信权的重要目的。

从公民通信权在基本权利体系中的规范目的和专属功能出发，有必要追问：公民通信权保护的是通信空间，还是通信空间里的内容？或者说，对通信空间的保护与对空间内容的保护能否等同？只有揭示了这一规范目的和专属功能，才能准确理解公民通信权的规范内涵，为其限制程度、条件和方式提供规范标准，据此指导其适用。[③]并且，这一追问，亦是消除缠绕于通信权之上诸多误解的解释路径。通信秘密在性质上常常与隐私或个人信息高度相似，实践中也因此常常将通信权与隐私权或个人信息权相混同。然而，在基本权利的宪法构造上，通信权的保护程度高于隐私权或个人信息权。如果无法在权利客体上加以厘清，就会形成针对同一对象的非均衡保护，我国《宪法》第40条编织的严密保护网势必会遭遇来自保护程度较小的隐私权或个人信息权的“暗度陈仓”。这同样不啻在通信空间这座通信秘密的“堤坝”上凿开了一个裂口。

实践争议透射出对公民通信权理解的诸多模糊之处。应回到通信权的宪法规范构造这一宪法“元点”，立足于规范分析，梳理通信权在基本权利

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

体系中的专属目的和保护范围，澄清实践争议背后的行动逻辑，为回应实践争议提供宪法理据。

二、通信权的保护范围：私人通信空间而非空间内容

无论是在逻辑上还是在现实中，通信秘密与其所存在的私人通信空间关系极为密切——通信空间是通信秘密的载体，对通信秘密的保护，依赖于通信空间不受侵犯；对私人通信空间的保护，最终目的还是指向存在于这一空间的隐私、个人信息等通信秘密。那么，人们就要追问，公民通信权到底保护的是私人通信空间，还是存在于这一空间的内容。对这一问题的澄清，有助于明确通信权的专属保护范围，由此避免与隐私权、个人信息权等权利相混淆。这一混淆的后果，除了破坏基本权利体系的整体逻辑外，更可能为检查主体提供一条规避我国《宪法》第40条严格检查限制的路径，最终侵害公民的通信权。

(一)私人通信空间的“尊严”内涵与价值

宪法理论一般将公民通信自由与狭义的人身自由、人格尊严、住宅自由相并列，将其作为广义人身自由的一种权利类型。在人身自由权利体系中，公民通信权拥有专属性的保护范围，承载着公民在某个生活领域的价值和目的追求。通信权保护范围的确定，取决于其在人身自由体系逻辑中的定位。

人身自由的体系逻辑，源于对个体自主和私生活领域不受干预的价值抽象，亦是对人身自由整体保护图式的规则提炼。具言之，公民人身自由的体系逻辑，呈现为“行动(身体)—尊严(人格)—思想(精神)”之三维结构；行动自由、人格尊严和精神自由，构成公民人身自由由“外”向“内”、以“浅”入“深”的规范层级。

在规范构成上，我国《宪法》第37条狭义人身自由属于“行动(身体)”自由之层次；该法第38条人格尊严属于“尊严(人格)”自由之层次；该法第36条宗教信仰自由属于“精神(思想)”自由之层次；该法第39条住宅自由和第40条通信自由，旨在保护公民的私人生活空间。在宪法上，私人生活空间包括由住宅创造的居住空间(实体空间)和以通信创造的私人交往空间(虚拟空间)。私人生活空间既是“行动”自由之彰显，亦是“尊严”之场域。

对私人生活空间的保护为什么内含着对个体尊严的维护？首先，公民私人生活空间遵循“不伤害”原则，获得密尔所谓的私人领域之自由意义。[④]其次，相对于强大的国家而言，私人生活空间极为脆弱，若没有严格保护，公民将时刻处于不确定的风险之中。宪法对私人生活空间的严格保护，体现了国家对公民的尊重。最后，安全的公民私人生活空间，是公民尊严的场域和载体。也就是说，尊严既维系于人格本身，也维系于公民私人生活空间。

公民私人生活空间承载了个体尊严的价值和诉求，主要表现为以下两点。第一，公民私人空间容许和保护个人在公共生活之外的放松和懈怠。试想，若没有一个可以完全放松、可以不顾外界评价的私人空间，现代社会疲于奔命的个体，如何能够获得在精神上最起码的松弛？第二，公民并非因私人生活空间而直接获得尊严，而是因为不受干扰和窥视的私人生活空间为其私密行为提供了正当的宪法空间，因而使公民的本性尊严获得安放之所。私人生活空间维持了私生活与公共生活的必要区隔，为尊严设定了界限——某些行为的可接受性只能限定在私人空间；如果超出私人空间，这些行为就会被视为失去尊严，个体也会因此遭遇负面评价。如果不能对私人生活空间进行单独保护，势必无法保护公民的安宁生活和有尊严的生活。

通信成为现代社会公民交往的连接通道，私人通信空间承载了公民大量的隐私、秘密、信息、生活记录和交往情况。如果通信秘密没有获得应有保护，依附在通信上的隐私、秘密和个体生活信息就会被暴露，尊严不可避免地受到影响。在此

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

意义上，私人通信空间构成个体尊严之集散地；该空间受到侵犯，尊严亦受到侵犯。

在通信技术快速发展的现代社会，私人通信空间获得了无限拓展的可能——在很大程度上，通信交往业已覆盖了传统的熟人交往，甚至可以超越熟人交往而创造出新的交往空间。面对这一现实，公民通信自由所承载的尊严诉求将日益突出，公民通信权也由此成为越来越重要的权利类型。

(二)私人通信空间与隐私的界分

一般认为，通信秘密包括通信记录和通信内容等由通信产生的相关信息。[5]这一理解倾向于将公民通信权的保护范围界定为通信交往空间的内容，而不是通信交往空间。通信信息包含了大量隐私和个人信息，也涉及公民的意愿表达，因此，这一理解极易将公民通信权与隐私权、个人信息权乃至与言论自由混淆起来，导致在实践中产生诸多悖谬。其本质错误在于，未能有效界分公民通信权与其他基本权利的不同保护范围。

私人通信空间由不同内容构成。然而，在这一空间中，既包括大量隐私内容，也包括非隐私内容；既包括个人信息，也包括公共信息。隐私权或个人信息权虽然能够涵盖私人通信空间的大部分内容，但无法保护同样存在于这一空间的非隐私或公共信息等内容。易言之，私人通信空间与隐私或个人信息虽有重叠，但分属不同的生活关系，不能轻易等同。隐私权或个人信息权无法全面覆盖私人通信空间，因而也无法全面调整公民通信权的规范领域。并且，隐私(个人信息)不仅存在于私人交往空间，而且大量存在于公共交往空间。从这一角度观察，可进一步确认，隐私权或个人信息权的保护范围，与私人交往空间并非完全对应。虽然在结果层面上侵犯私人通信空间可能表现为对公民隐私、个人信息的侵犯，但这并不意味着就可以以隐私权或个人信息权替代公民通信权。

正确的判断是，隐私权或个人信息权等权利与公民通信权的保护范围有重叠，在具体情景中会产生基本权利竞合，但由于权利保护范围所对应的规范目的的独特性和专属性，各项基本权利不能相互替代。具有隐私属性的通信秘密可以获得来自隐私权和公民通信权的双重保护，但若不顾具体情景，单纯以隐私权来保护，一方面可能无法顾及通信空间内非隐私的内容和领域，另一方面也可能使公民通信权保护通信空间的规范目的落空。其潜在的后果不外乎是，一旦转向隐私权，其保护程度就被人为降低，以此为切入口进入通信空间，就可能为侵犯他人通信秘密大开方便之门。

私人通信空间具有独立的保护价值。这不但源于通信权在基本权利体系中专属保护范围的逻辑确认，而且是对实践中空间作为独立保护对象的经验确认。它可以从两个例证获得佐证：未经允许进入他国领空，即使没有任何攻击行为，也构成对主权的侵犯；破门而入捉奸在床，即使理由再充分，也是非法侵入他人住宅。[6]在这两个例证中，领土空间和住宅空间分别承载着主权价值和私生活安宁价值，只要是非法进入，不论是否造成实质侵害，不论理由是否正当，都是对宪法和法律所保护的空间这一客体或法益的侵犯。私人通信空间同样如此，其承载着私人交往的尊严价值；只要非法进入这一私人通信空间，就意味着对公民通信权的侵犯，而不论其侵犯的具体内容是什么，也不论是否实质性地侵害了空间内的隐私或个人信息。这是对私人通信空间和存在于这一空间的隐私等内容进行区分的意义所在。

(三)私人通信空间与通信秘密的界分

虽然同样是私人通信空间的内容，但与隐私或个人信息不同，通信秘密是我国《宪法》第40条第1句明确规定的权利保护对象。在这一宪法规定下，若要坚持公民通信权的保护范围是私人通信空间的观点，就有必要在理论上对私人通信空间与通信秘密进行区分，同时，这一区分也是对上述所谓“威胁论”的回应——“威胁论”的宪法解释

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

方案认为,只要没有对通信秘密构成威胁,就不是对通信秘密的侵犯,因此自然不会侵犯公民通信权。

“秘密”是一种主观认知。对公民而言,无论是否真正属于不可公开的秘密,对于其通信空间的内容,公民都有保守秘密的期待,因而公民普遍倾向于将私人空间一概视为不对外开放的秘密内容。在公民主观期待的意义上,“私人通信空间”可以等同于“通信秘密”。

如若将保护范围设定为“通信秘密”,就意味着要对“秘密”和“非秘密”进行明确区分。不过,由于“秘密”的主观性,在“秘密”和“非秘密”之间,难以形成明确的客观标准。模糊标准所导致的后果,要么就是顺从公民意愿,将其不愿公开的内容全部泛化为“秘密”;要么就意味着赋予检查主体不受限制的裁量空间,导致真正的“秘密”受到侵害。既然无法提供普遍适用的明确标准,两害相权取其轻,为避免危险更大的后一种结果,不如采取宽泛保护的立法态度。如此,所谓“秘密”,就等同于“私人通信空间”。私人通信空间设定了“通信秘密”的界限,违反公民意愿侵犯了私人通信空间,就相当于侵犯了通信秘密。

即使“通信秘密”的认定标准可以明确,还面临着另一个难题,即对是否属于通信秘密的认定,首先要进入通信空间对通信内容进行甄别。然而,根据我国《宪法》第40条的规定,通信空间并非可以随意进入。据此,如果坚持公民通信权保护的是通信秘密而不是通信空间,那么,这是否就意味着,相关国家机关的通信检查,即使在不符合检查条件的情况下,只要没有检查出通信秘密,没有对通信秘密造成威胁,就可因未侵犯通信秘密而被认为是合法的检查呢?这显然是错误的,不能因为结果可接受而证明过程合法。

还应注意,我国《宪法》第40条隐含着体系解释的可能。我国《宪法》第40条第1句规定通信秘密受法律保护。依据对该条第2句理解,对通信秘密的保护首先在于对通信检查的限制。也就是说,保护通信秘密依赖于不受非法检查的通信空间,非法检查即意味着对通信秘密的威胁。这种威胁是心理意义上的不安和恐慌,而不是从结果层面所进行的实质性判断。即使没有造成对通信秘密的实质性侵害,只要是非法检查,就构成对公民通信权的侵犯。因此,公民通信权的客体是不受非法检查的私人通信空间,受保护的通信秘密存在于不受非法检查的私人通信空间内。

三、我国《宪法》第40条对通信空间的高强度保护及其法律后果

对私人通信空间与存在于空间的内容的保护范围区分,不但有助于在理论上澄清通信权与隐私权等相关权利的关系,而且有助于在规范上揭示当前通信保护实践诸多争议问题背后的逻辑。

(一)我国《宪法》第40条对私人通信空间的高强度保护:全部宪法保留

对公民通信权的限制来自通信检查。对通信检查的限制程度越高,对公民通信权的保护程度就越高。这一对基本权利的保护方式,在理论上称为“对基本权利限制的限制”。一般而言,宪法规定“对基本权利限制的限制”,有法律保留和宪法保留两种模式。

法律保留,即宪法不规定对基本权利的限制,而是授权法律根据其授权设定对基本权利的限制。法律保留可区分为具体法律保留和概括法律保留。前者是指法律根据宪法的授权,就基本权利的具体保护方式制定规则,例如我国《宪法》第38条“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”、第39条“禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”。后者则指宪法不规定具体要求,交由法律依我国《宪法》第51条之概括原则设定限制,例如我国《宪法》第35条。[⑦]

宪法保留,即由宪法设定对基本权利的限制,法律不能逾越,只能在宪法的限制框架下进行具体规定。[⑧]宪法保留可以区分为全部宪法保留和

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

部分宪法保留。前者指某项基本权利的全部领域须遵循宪法设置的限制条件，例如我国《宪法》第40条关于公民通信权的规定。后者指基本权利的某个领域遵循宪法保留，在其他领域则遵循法律保留，例如我国《宪法》第37条关于狭义人身自由的保护、有关逮捕的规定遵循宪法保留，其他领域对人身自由的限制则由法律设定。

无疑，全部宪法保留模式对立法的限制最高，因而对基本权利的保护程度亦为最高。在人身自由和政治权利中，仅有我国《宪法》第40条属于完全宪法保留。宪法对此设置了主体、条件和程序等三重限制，构造了严密的保护之网。因此可以说，相对于其他基本权利，宪法对公民通信权的保护程度无疑是较高的。[⑨]

宪法对公民通信权的高强度保护，可以从三重比较中进一步确证。一是与其他人身自由权利的比较。同样是保护私人生活空间，它高于采取法律保留模式的住宅自由，也高于包括隐私权在内的人格尊严权。二是与政治权利的比较。与采取概括法律保留模式的表达自由相比，对公民通信权的保护也是比较高的。三是从比较层面看，《世界人权宣言》第12条、《德国基本法》第10条等关于通信秘密的规定，均未采取类似的宪法保留模式。

(二)高强度保护的立宪原意探究

从中国宪法发展历程来看，1954年我国《宪法》将通信权和住宅权置于一条，规定“通信秘密受法律的保护”；1975年我国《宪法》在表达自由条款中增加“通信”自由，但未设置限制条件；1978年我国《宪法》延续1975年我国《宪法》的规定；1982年我国《宪法》则将公民通信自由和通信秘密保护单列一条，并明确规定限制条件，使公民通信权达到相对完备的程度。[⑩]可见，对通信权的保护程度，在现行我国宪法内经历了一个“质”的提升。

不过，从笔者的阅读范围来看，尚未找到对这一变化的专门解释。已有的诠释，大多是从十年动荡期间恣意破坏人身自由的历史经验反思，来对1982年我国《宪法》人身自由规范体系进行整体说明，[⑪]但没有专门提到为通信权设置如此之高强度保护的缘由。

可能的原因是以下两点。第一，该权利易受侵犯，极为脆弱，且无法获得有效救济，有必要设置较高强度的保护。20世纪80年代初期，以书信为主要方式的传统通信，较为依赖邮政这一外部环境。囿于当时的客观环境，通信的及时性和自由程度不高，通信的私密性也面临来自邮政各个环节的隐匿、毁弃乃至拆封危险，且当时公民权利意识不强，而国家权威相对强大，通信检查较为随意。第二，高强度的宪法保护，有利于从一开始构造正常的通信秩序，从而为未来通信的大规模发展铺垫厚实基础。高强度保护的目的，更在于约束国家权力，使其树立对待公民通信的谨慎态度。

上述原因只是解释了公民通信权为何重要，仍然不能从权利体系不同权利的比较视角给出更高程度保护的原因。这一立宪原意，颇有点让人费解。

(三)高强度保护的法律后果

在通信技术重塑社会结构和交往规则的情形下，高强度的宪法保护可能引发三种法律后果。

1.目的限缩阻却公共利益实现

当前的私人通信空间具有个人私密性和公共性的双重诉求，两者时常呈现出紧张关系。宪法的重要功能在于协调个体与公共的平衡，从而达致个体性与公共性的价值融合。在基本权利领域，宪法对自由权的限制，总是基于公共性的价值考虑。宪法通过通信检查的条件限制，实际上为公民通信权划清了个体性和公共性的界限。依我国《宪法》第40条的规定，在因国家安全和追查刑事犯罪的公权力行使领域，公民通信信息具有公共性，应接受通信检查；在其他一切领域，公民通信属于完全性的私人空间，不得因任何理由而受到侵犯。

不过，在诸如公共安全之类的其他公权力领

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

域和社会交往领域，公民通信信息的公共属性不能忽视。狭隘的领域限定和目的限缩，实际上排除了通信的私密性和公共性在更广阔社会领域的价值平衡，也使得那些合乎公共利益需求或合法利益需求且具有必要性的适度信息收集，一概被拒斥于封闭的秘密空间之外。

狭隘的领域限定和目的限缩，仍停留于封闭性的传统通信年代，难以契合私人通信空间越来越强的公共属性诉求，也无法满足复杂多元社会中个体私密性和公共性的价值平衡要求。其结果是，既抑制了公共信息的自由交流，也阻碍了公共利益的实现。如若继续无视快速发展的通信技术所引发的深刻变化，就可能最终陷入一种绝对化秩序中——具有不同程度公共属性的通信信息，均被视为“通信秘密”，“不得以任何理由”要求公开。公民通信权也越来越成为一座“权利孤岛”。

2.刑法保护滞后无法贯彻宪法要求

在法律体系中，刑法是宪法的保障法；如果没有刑法这一最严厉的制裁手段的震慑和保障，单靠我国《宪法》是无法有效预防和追究违反我国《宪法》的行为的。[12]对违反我国《宪法》第40条规定的非法检查和非法侵入私人通信空间的刑事责任追究，是贯彻宪法保护要求的最有力震慑和保障。

我国《刑法》第252条规定了隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件罪，该法第253条规定了邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报罪。然而，从保护范围来看，我国《刑法》第252和第253条只是对传统通信的保护，显然未能跟上当前越来越多样化和新型化的现代通信方式的发展。[13]虽然对传统信件之外的新型通信的非法检查和随意侵入是对宪法的违反，也可能情节严重，具有严重社会危害性，但根据罪刑法定原则，其无法受到刑法的追究。

这也是实践中出现诸多无视宪法限制的非法检查或侵入私人通信空间的部分缘由所在。由于刑法保护的滞后，对新型通信的检查失去刑法的震慑，这种检查就自然会有意无意地越过我国《宪法》第40条的限制。无论是立法文本的实际僭越，还是在实施过程中的越线，都在不同程度地显示了公民通信权在高强度保护包装下的脆弱事实。规范上的高强度保护与事实上的常态性违反，构成了通信保护实践的一种悖反。

3.非均衡保护诱发自由与秩序的悖论

在基本权利体系中，我国《宪法》第40条对私人通信空间的保护，高于隐私权、个人信息权或言论自由对隐私、个人信息或言论等空间内容的保护。由于对通信空间的保护程度高于对通信所承载的内容的保护，就可能会赋予违法行为人充足的宪法正当理由，通过拒绝通信检查来阻止对违法通信内容的依法处理。若我国《宪法》第40条获得严格遵守，就不啻以严格通信保护营造了“法外空间”。反过来讲，如若对违法通信内容进行依法处理，势必就意味着要越过我国《宪法》第40条的限制规定，以违宪的方式进入通信空间。这又构成一种严重的程序违法和目的违宪。

这一非均衡保护，可能会诱发通信自由和管制秩序的悖论：通信承载的内容本身构成违法，但由于其所存在的通信空间受到了更高程度的保护，那么，进入通信空间进行依法处理就构成了对我国《宪法》第40条的违反；如果严守我国《宪法》第40条的界限，就意味着无法对违法的通信内容进行及时处理。这一悖论，正是实践“痛点”所在——要么超越我国《宪法》第40条的限制规定违法(甚至是违宪)进入通信空间，要么就受到我国《宪法》第40条之严格约束而放纵违法行为。

实践中，在诸多方面不同程度地体现了这一悖论。例如，对微信群流传谣言的管制，查处谣言以进入微信群这一通信空间为前提，这就产生了基于公共安全(治安管理)需要来检查通信的宪法问题。然而，这不符合我国《宪法》第40条规定，却符合谣言管制的法律规定，也不违反我国《宪

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

法》的言论自由规定。

这一情形实际上揭示了基本权利规范适用的冲突。对公民而言,其自然倾向于适用限制较小、保护较强的通信权;对于国家机关和社会组织而言,基于秩序考虑,它们倾向于适用对其约束较小但对公民限制较大的其他权利规范,以方便其采取措施。这种冲突和较量的结果,无疑是后者压制前者,我国《宪法》第40条被有意无意地忽略或无视。

产生这一结果的原因,除缺乏有效的刑法震慑和保障之外,更在于实质的检查行为可以获得其他保护程度较低、对其约束较小的权利规范的支持。从这个角度出发,越过我国《宪法》第40条限制的检查行为,在性质上不仅不是违宪行为,还是符合其他权利规范的合宪行为。由此,大大鼓励了实践中对我国《宪法》第40条严格限制的多种合法规避措施。我国《宪法》第40条对通信空间的严格保护,极有可能在因国家安全和追查刑事犯罪的目的和领域之外,遭遇各种合法规范理由的挑战。

四、回应实践争议的规范调整与宪法解释

从表面上看,实践争议的频发,客观上源于刑法震慑的缺失。更深层的原因在于,我国《宪法》第40条对私人通信空间的高强度保护,与现代通信越来越强的公共属性难以协调,而产生出诸多实践困境。只有从通信私密性和公共性的平衡出发,在规范上进行必要的适度调整和宪法解释,才能从根本上消除非均衡保护格局,并由此积极回应实践争议。

(一)规范调整:从"完全宪法保留"到"部分宪法保留"

在现代通信社会的巨大潮流下,过于严格的通信保护阻却了无处不在的个体利益与公共利益的平衡。宪法既要有效约束公权力对私生活的任意侵扰,亦有必要保持私人生活空间与公共生活的适度关联,在不同社会层面进行个体自由与公共性的价值权衡,实现由消极对抗国家向积极社会整合的功能转变。[19]个体利益与公共利益的平衡是宪法生命的彰显,而宪法文本本身应当保持开放性,在回应实践争议和社会变迁的同时,不断反思自身,以寻求宪法与社会发展的动态协调。

实践探索不同程度地突破了宪法设定的限制框架。如果宪法无法有效回应这些突破,不但伤害宪法的权威和效力,而且会默许或放纵更大尺度的违宪行为的发生,实践需要或实践合理性最终难免沦为公权力和强势社会组织恣意侵犯公民通信自由和通信秘密的借口。当然,不能一味地以实践合理性来否定宪法规范,更应从宪法规范背后的原旨和规范目的来反思规范本身。在宪法规范目的、实践合理性与宪法规范构造之间,应当确立一种价值平衡的框架秩序。从我国《宪法》第40条的规范构造本身来看,在国家安全和追查刑事犯罪的需要之外,"不能以任何理由"的绝对性表述,排除了任何可能的价值权衡,阻碍了具有公共属性的通信信息在更广阔社会领域的公共利益实现,实际上构筑了"权利孤岛"。与此同时,由于缺乏刑法震慑,规范上的高强度保护遭遇常态性实践违反。当然,在对应举措上,修改我国《刑法》第252条和第253条,使刑法规定跟上通信技术发展,是可以考虑的一条路径。然而,这一路径却无法满足现代通信越来越强的公共性诉求,且忽视了基本权利体系对通信空间和通信内容的非均衡保护所造成的另一种后果。这一权利构造的非均衡格局,或是为存在于通信空间内的非法信息营造了"法外之地",或是给公权力提供了一种规避严格空间保护的合法路径,从而使得看上去极其严格的通信空间保护成为一条"马奇诺防线"。可以说,目前我国《宪法》第40条的规范构造,并非没有可指摘之处。综合上述考虑,可以尝试将我国《宪法》第40条的"完全宪法保留"调整为类似于我国《宪法》第37条的"部分宪法保留+法律保留"模式。具体而言,在国家安全或追查刑事犯罪

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

领域，仍然保留严格限制，这是保护私人通信空间不受公权力任意干涉的必要之举；在其他领域，则摒弃“不得以任何理由”的绝对限制，采取法律保留，交由法律根据具体情况进行具体的价值考量，从而根据通信信息不同程度的公共属性确定其与公共利益的平衡。

在文本上，可以以如下三款条文表达上述内涵：“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查。禁止非法侵犯公民的通信自由和通信秘密。”

(二)“禁止非法侵犯公民的通信自由和通信秘密”的宪法理解

如此调整之后的“禁止非法侵犯公民的通信自由和通信秘密”，是指在国家安全和追查刑事犯罪领域之外，由宪法授权法律制定具体规定，来保护公民通信自由和通信秘密。这也意味着，在国家安全和追查刑事犯罪领域外的公权力关系中，基于特定的公共利益目的，可对公民的通信进行检查。法律必须在宪法框架下根据具体情况进行价值衡量，以确定在什么情况下可以依法对通信进行检查，以及检查的主体、条件和程序。

基于通信私密性和公共利益的价值衡量，设定通信检查法律应遵守以下两项原则。一是要严格遵循法律保留原则，也就是说，只能由全国人大及其常委会制定的法律对此类通信检查进行规定，在无法律规定的情况下，任何机关不得实施通信检查。二是立法设定应当遵循比例原则，对检查目的、主体、条件和程序进行规定，具体应当包括以下几个方面：(1)目的合法，基于公共利益需要，可以进行“概括+列举”式的条件限定，宜限定为公共安全和一定的治安管理需要；(2)主体合法，仅限于公安机关；[15](3)程序合法；(4)手段具有必要性且适度；(5)范围合法，即可对公民通信信息进行检查的范围必须限定在符合检查的目的之内，且相关人员承担保密义务；(6)责任明确。

法律对特定公权力机关基于公共利益的通信检查的规定，应当谨慎而克制，秉持无必要即不规定的精神，不可轻易扩大检查范围，同时，规定通信检查的法律，应当受到严格的合宪性审查之约束。

需要补充的是，在特定公共利益领域，可通过特别法规定必要的通信检查。从已有的规定来看，我国《证券法》第170条第4项规定国务院证券监督管理机构可对与被调查事件有关的通讯记录进行查阅和复制，符合法律保留原则和比例原则；部分地方关于公安机关交通管理部门调查交通事故时可以查阅、复制当事人通讯记录的规定，违反了法律保留原则，并且因其手段缺乏必要性，违反了比例原则；我国《监狱法》第47条规定监狱服刑罪犯的往来通信进行检查，在目的、主体、手段上均不妥当。当然，如果上述方案能被接受，《中华人民共和国电信条例》(2016年修订)第65条(电信用户使用电信的自由和通信秘密受法律保护，因国家安全或者追查刑事犯罪需要，司法机关可对电信内容进行检查)也应当随之调整。

(三)立足于私人通信空间保护的宪法解释

立足于私人通信空间的公共性程度来进行宪法解释，可提炼出如下四个方案。需要特别说明的是，下述方案属于对我国《宪法》第40条的宪法解释，未超出目前对该条的解释空间，可适用于当前实践。

第一，对手机的检查不能等同于通信检查。

伴随移动通信和互联网技术的发展，手机成了个体与外界的主要沟通渠道，依附于手机的各种社交App集中展示了网络时代公民通信权的新型样态，成了通信权最主要的载体。不夸张地讲，对大多数人而言，手机俨然成为个体身体的一部分，更是精神的一部分。由此，对手机信息的保护和对人的保护，密切地联系起来了。

由于智能手机的这一特性，人们普遍倾向于

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

将手机视为私密空间。从权利保护来看，人们也倾向于将手机私密空间视为公民通信权的保护范围，以期获得相对于其他权利而言更为严格的我国《宪法》第40条之周全保护。然而，这无疑忽视了手机信息作为公民权利客体的多元属性。

就手机属性而言，手机既是通信设备，也是网络检索设备，同时是信息存储设备。手机还因与服务站的通信联通功能产生手机定位信息。不同设备属性和功能产生的信息，分属于不同权利的保护范围。只有由作为通信设备使用的手机产生的信息，才是通信信息，可落入我国《宪法》第40条的保护范围；作为检索设备和存储设备的手机产生的信息，应当由隐私权或个人信息权加以保护；手机定位信息，因为不是公民通信产生，所以不属于通信信息，而应视为个人隐私信息。在逻辑上，对以上信息应当予以明确区分。[16]

由上可见，检查手机不能被完全等同于检查通信。对手机的通信检查仅限于对手机的通信记录和通信内容的检查，这种检查受到我国《宪法》第40条的约束。对手机作为信息设备和存储设备的检查则不受我国《宪法》第40条的约束，应受我国《宪法》第39条人身自由和个人信息保护规定的调整。[17]

第二，对公共通信空间的检查，不属于我国《宪法》第40条的保护范围。

公民通信权保护的是公民的私人通信空间，因而在保护范围确定时，应当与公共通信空间区分开来。公共通信空间主要有以下两种类型。其一，基于办公软件的职务通信。职务通信是公共通信最主要的形式，是公民在履行职责过程中产生的通信。基于职责的职务通信，更多承载的是职业交往和职业利益，而不是与公民私人生活相关的人格利益，因而其保护程度应当低于私人通信。不过，从公民通信权的规范目的出发，不能从内容来认定是否属于职务通信，只能立足于通信空间来进行判断。只有存在于办公空间下的通信，才能被认定为公共通信空间；对其的检查，不属于我国《宪法》第40条的通信检查。目前较多单位配置了专门办公软件，也有类似微信工作群的联系渠道。此类通讯均属于公共通信空间，不属于我国《宪法》第40条的保护范围。其二，以通信方式展开的网络平台。博客、微博客或微信公众号等以通信方式展开的网络平台，是公共舆论空间的载体，通常被视为公共舆论的一种方式，不属于私人通信空间，而微博用户的私信属于私人通信空间。对此类公共舆论平台的内容管控，不属于我国《宪法》第40条的通信检查。此外，面向不特定多数人形成的微信群也不属于私人通信空间。这种性质的微信群的组建目的，不同于特定主体在特定范围内组建的私人交往空间，更多承载的是一定程度的公共讨论和其他非私人追求，因而不能视为私人通信空间而获得我国《宪法》第40条的保护。应当注意，不能从通信内容的私人性质或公共性质来区分私人通信空间或公共通信空间。基于内容标准，商业通信或政治通信被视为公共通信，不属于我国《宪法》第40条的保护范围。确实，由于通信内容不涉及公民宪法上的私人生活及其人格利益，此类公共通信的保护程度不能与私人通信相提并论。[18]不过，如前所述，从通信内容的性质来区分私人通信或公共通信，可能陷入逻辑悖谬。

第三，当事人有权将其与另一方诉讼当事人的通信信息作为通信双方纠纷的证据，如不能举证，有权向法院申请调取与纠纷有关的通信信息，法院调取不属于通信检查。

通信是一种交互行为，通信权也是一种交互性权利。这意味着，一方面，通信一方不能向第三方私自泄露通信信息；另一方面，在通信双方的纠纷中，包括通话记录、手机短信、微信聊天记录等在内的双方通信信息可以作为证据，应遵守证据的真实性、关联性和合法性等要求。[19]如若一方未保存，可以申请法院向网络服务运营方调取。法

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

院调取并未逾越私人通信空间，只要不将通信信息向案件外场合公开，就不构成对通信的侵犯。其中蕴含的法理，类似于在涉及隐私案件中，法官对隐私证据的查看并不构成侵犯隐私。从另一角度来讲，这一类的调取是为通信一方还原信息记录的技术辅助行为，而不是对私人通信空间的外部介入。

例如，在教师王某诉某学校原校长性骚扰案中，原告提供了其手机上保存的被告发给她的数条挑逗短信作为证据，被告称原告也向他发过类似内容的短信，但未保存，因此向法院申请调取短信记录作为证据。法院向电信部门调取短信记录后，主要依据该短信记录判决原告败诉。[20]该案中，争议点在于法院从电信部门调取短信记录是否违反我国《宪法》第40条。笔者认为，如调取内容仅限于争议双方的通信，法院调取通信记录并不违反该条规定。

第四，法院可经当事人申请调取另一方当事人与第三方的特定通信记录，但不能调取通信内容。

通信记录是通信双方发生通信行为的记录。法院有权调取的通信记录，是一方当事人与特定对方在特定时间的通信联系记录。这一调取不构成对私人通信空间的侵犯，主要有两个理由。一是这一通信联系记录旨在证明双方是否有过通信联系行为，不涉及双方的通信内容，也不涉及公民由通信反映的社会交往记录。通信联系记录是自由通信的结果表现，也是私人通信空间的外在表征。因此，调取这一外在的通信记录，不构成对私人通信空间的外部介入。二是这一通信联系记录仅限于查明特定双方在特定时间内是否有过通信联系，不是公民的全部通信详单。公民通信详单承载了由通信反映的公民社会交往记录和生活轨迹，理所当然属于通信秘密，不能被随意调取。所以，法院只能调取与特定对方的特定通信清单记录。[21]

值得补充的是，当事人以非法进入他人通信空间的方式获得另一方当事人与第三方的电子邮件、手机短信、微信聊天记录等通信内容，因为证据获得方式违法，所以不能作为诉讼证据。另外，法院无权应当事人申请调取另一方当事人与第三方的通信内容。

五、结论

基本权利保护不能走向“权利孤岛”的极端。原子化和碎片化的“权利孤岛”，最终伤害的还是个体自己的利益。从私人通信空间这一保护范围出发，可澄清和消解部分争议问题。然而，在通信深度嵌入人际交往的今天，私人通信空间的公共属性越来越强，人们对私人通信空间的公共诉求也越来越强。这就需要从根本上反思目前的高强度保护。一方面，规范上的高强度保护面临着常态性的实践违反，为避免我国《宪法》第40条的虚置风险，有必要审慎考虑实践合理性与规范有效性之间的平衡。另一方面，公民通信权之宪法规范构造需要积极回应社会变迁，以包容姿态实现通信的个体自由与公共性的价值平衡，推动宪法规范从消极的对抗国家迈向积极的社会整合功能。

注释：

①例如，我国《监狱法》第47条规定监狱有权对服刑罪犯的往来通信进行检查；我国《证券法》第170条第4项规定国务院证券监督管理机构可对与被调查事件有关的通讯记录进行查阅和复制。

②相关争议，在2005年江西省赣县人民法院为一起执行案件调取被执行人长子手机号码和通信记录一案中已经出现。对于应当适用我国《民事诉讼法》第67条认为法院可调取，还是适用我国《宪法》第40条认为法院不能调取，有两种不同观点。然而，毫无疑问，基于宪法的最高性，我国《民事诉讼法》第67条自然不能与我国《宪法》第40条相抵触。参见徐澜波：《法院调查权与公民通信自由和秘密权：何者优先?》，载《社会观察》2005年第1期。也有学者认为，我国《民事诉讼法》第67条构成“适用违宪”。参见翟国强：《宪法判断的原理与方法》，清华大学出版社2019年版，第193页。

③参见张翔：《基本权利的体系思维》，载《清华法学》2012年第4期。

④参见[英]约翰·密尔：《论自由》，许宝骙译，商务印书馆

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

1959年版，第10页。

⑤这是我国宪法学教材和主流学说所采用的基本观点。参见刘茂林：《中国宪法导论》，北京大学出版社2009年版，第250页。

⑥参见湖南省长沙县人民法院(2017)湘0121刑初218号刑事判决书。

⑦我国《宪法》第35条未设定任何对表达自由的限制。表面上看，这似乎表达了宪法不给表达自由设置任何限制的态度，但宪法不设定具体限制的后果是，无法为立法设定具体的限制框架，一定程度上默认了立法对表达自由的无序限制。这一后果在实践中已经显现。

⑧吴经熊先生将“宪法保留”称为“宪法保障主义”——“所谓宪法保障主义，就是在宪法上预定某等情形，于此情形之上，法律不妨对于人民的自由权利加以某种限制。如采取宪法保障主义，则宪法一旦实行，人民即便享有自由。”吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第121-122页。

⑨也有观点以“加重法律保留”概括这一宪法保留模式，从而体现其保护程度。参见杜强强：《法院调取通话记录不属于宪法上的通信检查》，载《法学》2019年第12期。

⑩参见王德祥、徐炳：《〈中华人民共和国宪法〉注释》，群众出版社1984年版，第99页。

⑪参见肖蔚云等：《宪法学概论》，北京大学出版社1982年版，第282-283页；张庆福、皮纯协：《新时期的根本大法——新宪法讲话》，河南人民出版社1983年版，第198-199页。

⑫参见张明楷：《刑法在法律体系中的地位——兼论刑法的补充性和法律体系的概念》，载《法学研究》1994年第6期。

⑬张明楷教授将“信件”解释为“特定人向特定人转达意思、表达感情、记载事实的文件、语音(包括电子邮件以及微信、QQ中的语音)”。参见张明楷：《刑法学(下)》(第五版)，法律出版社2016年版，第923-924页。这个解释似乎是将区别于传统信件的现代通信载体包含进来了。不过，从条文的语义解释来看，“隐匿、毁弃或者非法开拆”显然不能适用到依托通信技术展开的现代通信载体。此外，以“侵犯通信自由罪”为关键词在北大法宝和中国裁判文书网进行案例检索，发现仅有几例因盗窃QQ号码而被判处侵犯通信自由罪的案例。这说明，司法实践对我国《刑法》第252条能否适用到侵入新型通信载体行为，基本上持一种保守态度。

⑭参见李忠夏：《基本权利的社会功能》，载《法学家》2014年第5期。

⑮检查主体是否包括监察机关，值得关注。此外，监察委员会改革完成检察机关的职权转隶后，在追查职务犯罪的过程中，是否应当赋予监察机关通信检查权，也是一个值得讨论的问题。

⑯不过，逻辑上的划分常在现实中被混淆。例如，由手机社交App产生的通信内容被存入手机，这类信息应如何认定？因为信息依附于设备，所以还应从获得信息的设备属性来认定。如果依靠进入手机通信功能而获得信息，当然应将其视为通信信息；从存储功能获得，就应视其为非通信信息。

⑰然而，应注意的是，这是否会产生对检查严格限制的规避？或者，是否存在以检查存储信息为由而获得通信信息的可能？现实中确实存在这种可能。不过，一般情况下，通信设备功能和存储功能各有不同的入口。即使在检查中不可避免地获得通信秘密，检查人员对此也负有保密义务，不能公开，更不能将通信秘密作为事实认定证据。否则，检查人员将承担法律责任，作为证据的通信信息构成以非法渠道获得的非法证据。

⑱杜强强和周伟两位教授也认同这一观点。参见前注⑨，杜强强文；周伟：《通信自由和通信秘密的保护问题》，载《法学》2006年第6期。

⑲最高人民法院2019年12月修改的《关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2019]19号)第14条确认了手机短信、电子邮件、即时通信等通信信息和通信记录等电子数据是证据的重要类型。

⑳参见唐忠明：《公民通信自由和通信秘密保护的两个问题》，载《法学》2007年第12期。

㉑杜强强教授认为，通话记录虽然是通信信息，但由于它属于“外在信息”，不是通信内容。如果将这一“外在信息”纳入我国《宪法》第40条的保护范围，无疑就降低和稀释了对通信内容的保护。通话记录承担着人们的隐私期待，因而属于宪法隐私权的保护对象。据此法院调取通信记录，就不属于我国《宪法》第40条的通信检查。参见前注⑨，杜强强文。笔者适度认同这一结论，但提出两点商榷。一是法院可以调取的通信记录应当特定化。概括性的公民通话记录承载了公民的交往记录和生活轨迹，具有通信秘密的属性。在特定主体间的特定化通话记录则有所不同，它仅限于证明双方具有通信联系，因而指向纠纷本身，而不涉及更多的生活信息。二是不认同通话记录承担着人们的隐私期待，因而属于宪法隐私权的保护对象的观点。这一观点的错误在于，将隐私权的保护范围与公民通信权相混同。通话记录包含隐私，但也属于通信空间的构成，因此受到隐私权和通信权的双重保护。公民通信权对通话记录的保护，承载着维护私人通信空间这一基础性的规范目的，而这一规范目的显然不同于隐私权，公民通信权当然也就不能被隐私权所完全替代。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/