

【专题:合宪性审查】

# 通信权的宪法释义与审查框架

——兼与杜强强、王锴、秦小建教授商榷

张翔

**【摘要】**在“法院调取通话记录”“交警查手机”等实践争议引导下,学者们借助基本权利限制的“保护范围—限制—限制的合宪性论证”的审查框架,推进了通信权的宪法释义。但将通话记录排除出通信权的保护范围,并不能有效解决实践难题,且因为过早窄化保护范围而会影响基本权利的保护效果。诉诸隐私权或者个人信息权的方案亦难以成立。应认识到《宪法》第40条存在因制宪者预见不足而产生的宪法漏洞。如果将“检查通信”理解为“示例性规定”,则《宪法》第40条容有对通信权限制的其他可能性。在“通信内容”和“非内容的通信信息”分层构造下,可以建立起既能回应生活事实和实践争议,又能落实宪法严格保护目标的教义学体系和审查框架。基本权利个论的研究,有助于反思基本权利保护范围的“宽界定”或“窄界定”,以及法律保留体系的普适性等基本权利总论问题。

**【关键词】**通信秘密;基本权利限制;宪法漏洞;基本权利竞合;法律保留

**【作者简介】**张翔,北京大学法学院教授,法学博士,教育部人文社会科学重点研究基地北京大学宪法与行政法研究中心研究员。

**【原文出处】**《比较法研究》(京),2021.1.33~48

**【基金项目】**本文系国家自然科学基金项目“我国国家权力配置的功能主义原理研究”(19BFX041)的阶段性成果。

自2019年以来,在“法院调取通话记录”<sup>①</sup>“交警查手机”<sup>②</sup>等实践争议引导下,杜强强、王锴、秦小建教授分别发表论文,<sup>③</sup>围绕《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第40条“通信自由和通信秘密”的解释展开了精彩的论辩。这些研究,不仅具有回应实践争议、细化基本权利分论研究的意义,更具有法教义学积累的典范价值。通信相关权利,在我们所处的信息时代,呈现出了远超制宪者预见的复杂状况,牵涉几乎一切法律领域。笔者曾就我国网络安全法和数据安全管理办法的草案征求意见稿中若干条款的合宪性问题进行过分析,<sup>④</sup>主要的规范依据也是《宪法》第40条。本文将在杜、王、秦三位教授设定的议题下,继续针对《宪法》第40条展开教义学作业,以期推进夯筑相关领域法制的宪法基础。

为方便讨论,引述我国宪法第40条有关通信权

的规定如下:“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。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。”

实践和学理上的争议点主要在于:(1)包含通话对象、通话时间等信息的通话(讯)记录是否属于通信秘密?(2)对通信权的限制是否只有“通信检查”这一种方式,并且必须受到严格的理由要件(“因国家安全或者追查刑事犯罪的需要”)、主体要件(“公安机关或者检察机关”)和程序要件(“法律规定的程序”)约束(以下简称“三要件”),除此以外的其他限制是否一律违宪?(3)如何理解对通信自由和通信秘密的法律保留?以上各争议点分别落入基本权利限制的“三阶层”分析框架的不同阶层。本文将首先对此分析框

架略作述评,然后在此框架下展开讨论。

### 一、基本权利限制“三阶层”审查框架的学科意义

尽管存在明显的观点分歧,但杜强强、王锴和秦小建教授的讨论都在基本权利限制的“三阶层”审查框架<sup>⑤</sup>下展开。也就是,依次在“基本权利的保护范围”“基本权利限制”和“基本权利限制的合宪性论证”三个层次上进行讨论。王锴教授概要说明了三阶层分析框架的内容,<sup>⑥</sup>并在三个层次上递进论述。杜强强教授亦指出,应遵循基本权利问题分析的基本框架,在讨论法院是否有权调取通话记录之前,应首先考量通话记录是否落入《宪法》第40条的保护范围。<sup>⑦</sup>秦小建教授认为,就相关理论与实践上的错误来说,其本质在于“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”,<sup>⑧</sup>并认为应该最终落实在对“法律保留”规范的调整上来解决问题。他的论证分别落在前述基本权利限制审查框架的第一阶层和第三阶层。在笔者看来,在表面歧见背后的基础性框架层面的共识,具有重要的学科建构意义。

近年来,以德国法为主要借镜,中国的刑法学、民法学、行政法学等众多学科在尝试建构中国现行法秩序下的法教义学体系。其中,作为案件解决技术的案件审查框架(Schema)的引入是重要环节。<sup>⑨</sup>与请求权基础分析之于民法学、犯罪成立的三阶层检验模式之于刑法学相埒,基本权利限制的三阶层分析框架也是宪法学上基本权利案例分析的基础框架。基本权利限制的三阶层分析框架,适用于对国家公权力行为是否因侵犯基本权利而构成违宪的审查判断,与刑法学上通过“构成要件该当性—违法性—有责性”的框架来检验某行为是否构成犯罪有着相似的结构。其分析步骤依次如下:(1)基本权利的保护范围。也就是判断某主体的某行为、利益或者状态是否受到某基本权利的保护。(2)基本权利的限制。也就是判断待审查国家公权力是否对该行为、利益或者状态构成了限制。(3)基本权利限制的合宪性论证。也就是判断待审查的国家公权力行为是否具有宪法上的合法性,或者说是否具备阻却违宪的理由。对于这一分析框架,我国学者近年来已有不少评介文字和具体运用实例,<sup>⑩</sup>笔者不欲重复。这里,

仅就这种“阶层式”分析框架的特点(优点)略加展开,并借此说明杜、王、秦三位教授对此分析框架的坚持何以具有学科建构意义。

阶层性是此基本权利限制审查框架的显著特点。阶层性所保证的法律思维的清晰、准确、严密和可验证,又是此类审查框架的优点所在。正如王锴教授所言:“三阶段审查步骤呈现出一种递进关系,前一阶段的审查没有通过,不得进入下一阶段的审查。”<sup>⑪</sup>杜强强教授也指出,保护范围是分析基本权利问题的“门槛条件”,“具有逻辑上的前提性。只有在迈过这个门槛后,才有必要进一步讨论国家的某项限制措施是否构成对基本权利的不当干预。这个逻辑上的先后次序不能颠倒”。<sup>⑫</sup>此种阶层式思维,在各部门法的案件审查框架中都有体现。例如,按照吴香香教授的概括,民法中的请求权基础思维(以及以此为基础的司法实践中的关联分析法),“外在结构上,预选的多项请求权基础有其特定的检视次序。内在结构上,每项请求权基础的检视均遵循‘积极要件→消极抗辩’的结构;其中,抗辩的检视又依‘权利未发生的抗辩→权利已消灭的抗辩→权利阻止的抗辩’之次序进行”。<sup>⑬</sup>将待分析案例按预先设定的步骤逐层依次审查,正是此种阶层式框架的基本特征。陈兴良教授将此位阶性概括为两个方面的关系:“就前一要件与后一要件的关系而言,存在着‘即无后者,亦有前者’的关系;就后一要件与前一要件的关系而言,存在着‘若无前者,即无后者’的关系。‘即无后者,亦有前者’是指前一要件独立于后一要件,即使没有后一要件,前一要件也可以独立存在。‘若无前者,即无后者’是指后一要件依附于前一要件,如果没有前一要件就不存在后一要件。”<sup>⑭</sup>基本权利限制审查的三阶层框架,也具有同样的逐层递进的关系,也是“一种有内在秩序和逻辑顺序的位阶体系”。<sup>⑮</sup>

在笔者看来,此种阶层式的审查模式具有以下优点:(1)清晰。在每一个审查步骤只考虑一个问题,避免其他要素或者变量的干扰。比如,在“保护范围”阶层,只考虑某行为是否可以涵摄于某基本权利,而不考虑该行为是否出于公共利益的考量而应予以限制。公共利益的因素,要到“合宪性论证”的阶

层才予以考查。这种层次分明的思考模式,可以避免讨论焦点涣散。(2)完备。此种审查框架,可以将基本权利限制中所有需要考查的要素作完整的收集罗列。在“保护范围”“限制”和“合宪性论证”三个阶层下,可以对待审查要素作进一步分解,从而形成一个涵盖所有问题点的审查体系。这意味着,只要按照这一框架展开分析,就不会有任何需要考虑的问题点被遗漏。(3)合逻辑。实际上,即使让一群普通人讨论一个案件,他们也可能想到所有需要讨论的问题点。但每个人都从不同问题点出发的讨论,必然导致盲人摸象式的各执一偏。阶层式的审查框架则将这些问题点合逻辑地排列起来,依次讨论,逐个解决,就比较容易形成一致、可重复、可检验的判断。“保护范围”“限制”和“合宪性论证”三个阶层的递进关系,体现着“是不是、是哪项基本权利问题—有没有限制—限制是否正当”的顺序,符合人类的一般认知逻辑:<sup>⑩</sup>如果不是基本权利问题,就不必再考虑有没有限制;如果没有限制,就不必再考虑限制正当与否。这种步骤性和历时性,也可以避免在无谓问题上浪费时间。

“保护范围—限制—限制的合宪性论证”是一个一般性框架,可以根据不同的案件类型或者不同的基本权利进一步细化。例如,针对《联邦德国基本法》(以下简称《基本法》)第8条之“所有德国人均享有不携带武器进行和平集会的权利”的规定,就可以将“和平+无武器”作为集会自由案件审查框架的“保护范围”阶层中“保护事项”的一个审查要素。<sup>⑪</sup>按照细化后的框架展开的分析,不会遗漏任何需要讨论的要素,而又能以清晰、合逻辑的过程对国家公权力针对基本权利的限制行为作出合宪性审查。孙运梁教授曾经对阶层式犯罪论体系有过这样的评价:“将各种犯罪的成立要素组成一个富有逻辑层次的体系,一种递进式的逻辑关系将各个成立阶层串联起来,这样就为司法人员准备了一套适用法律的思维工具,为定罪活动提供了一种配有使用说明书的操作规程,或者说,为司法人员提供了一张清晰的路线图。遵循三个阶层展开思维上的逻辑推演,从而正确、稳妥地履行定罪职责。”<sup>⑫</sup>此种稳定的审查框架的存在,使得他人也可以据此对已经作出的法律判断

进行“复盘”,审查其是否正确地考量了每一个要素,并进而对结论的正确性进行验证。通过一种可重复的检验,保证法律判断的科学性(或者至少是确定性)。车浩教授总结了阶层论的若干“实践优势”,包括“提供路标指引和检验清单”“保障法律适用的正义性与安定性”“制约司法恣意,实现审查透明化”等。<sup>⑬</sup>这些评价也同样适用于基本权利限制的三阶层审查体系。

除了“清晰”“完备”“合逻辑”这些技术性优势,阶层式的审查模式还有其实质性价值。就基本权利限制的三阶层框架而言,其本身就具有强化基本权利保障的意义。在日常思维中,我们往往把“某个行为受不受基本权利保护”和“某行为应不应受限制”当作同一件事来思考,在诸如“言论不能损害他人名誉”“集会游行不能扰乱社会秩序”这样表面正确的说法背后,是将基本权利以及可能与基本权利发生紧张的他人权利、社会公益等因素杂糅于一体的混沌思维。同时接受“个人有自由”和“个人自由应受限制”这两个内在紧张判断,往往会导致基本权利被过度乃至任意限制的后果。而区分“基本权利的保护范围”和“基本权利的限制”,则能够很好地避免此种混沌思维的危险。正如克里斯蒂安·施达克(Christian Starck)教授所言:“这种双阶的论证方式,主要目的是避免过早地把自由所必然带有的公益关联性提到基本权的构成要件中讨论。自始就把某特定对公益有害的行为类型排除于保护领域之外的基本权利,只是极少的例外,并不多见。……基本权利构成要件与基本权利界限的法释义学上的区分,可以大大降低因窄化基本权保护领域所造成对自由之不当限制的危险,且可强制公权力对基本权利作限制时必须论证,说明理由。”<sup>⑭</sup>也就是说,在“保护范围”阶层,只充分考量应受某基本权利保护的行为、状态和利益,而可能与该基本权利发生碰撞、冲突的他人权利和社会公益,则放到后面的审查步骤中考虑,这可以保证基本权利对于模糊地带事项的充分保护和限制理由的充分论证,从而实现基本权利保护效果的最优化。

目前,我国正在积极“推进合宪性审查工作”。“推进”不仅应该在体制机制层面上,同样也应该在

理论和技术层面上。基本权利限制的三阶层审查框架,对于构建中国合宪性审查的原理无疑具有可借鉴性。<sup>②</sup>王锴、杜强强和秦小建教授运用这一分析框架,体现了比较法上的自觉取法意识。基本权利限制的三阶层审查模式的确立,其意义不止于为合宪性审查设定典范的分析框架和论证步骤,其同时也具有基本权利教义学的积累基础作用。基本权利领域的众多理论问题,都可以归纳入审查模式的不同阶层。例如,基本权利竞合问题,可归入第一阶层“保护范围”的“事项要素”下;<sup>③</sup>法人、外国人、胎儿和死者的权利问题,可归入“保护范围”阶层的“人的要素”项下;基本权利放弃问题,可归入第二阶层“基本权利限制”下(也就是,当存在基本权利放弃时,国家之干预不构成限制),<sup>④</sup>等等。这样,基本权利限制的案件审查模式,就可以承担起教义学框架的功能。宪法学研究可以在此框架引导下展开对基本权利规范的解释和体系化工作。正是基于这样的认识,笔者认为王锴、杜强强和秦小建教授对此审查模式的运用和坚守,就具备了超越具体问题歧见之上的、学科一般性原理建构的意义。也正是此审查模式的存在,使得对不同观点的对比、评价和新观点、新论证的提出,具有了教义学积累的意义,而非纯粹的批判和解构。笔者对三位教授观点的评析,也同样遵循此框架展开。

## 二、“通话记录类似于信封”?

针对法院调取通话记录的做法是否抵触《宪法》第40条规定的争议,杜强强教授准确地指出:不应该径直考虑哪些公权力机关有权检查通信,而应该首先分析通话记录是否落入通信自由和通信秘密的“保护范围”。也就是,首先应在基本权利审查模式的第一阶层上展开思考,如果通话记录根本不落入通信自由和通信秘密的保护范围,则法院调取通话记录就不构成对通信自由和通信秘密的限制。杜强强教授的分析逻辑,体现的就是前述审查框架的阶层性。

在关于通信权的保护范围的具体认定上,笔者同意杜强强教授认为通话记录不属于通信自由的保护范围的判断,但他认为通话记录也不属于通信秘密的观点,笔者认为不甚妥当。杜强强教授作了一

个颇有说服力的论证:“通话记录类似于传统书信上的信封”。他认为,信封上的信息(收信地址、收信人姓名、发信人地址等)虽然附属于书信,但“这些信息是公开的,并无秘密可言”。“人们在通信时就已经知道邮局会知晓信封上的信息,人们在日常通话时也会预知自己的号码等信息会留存在电信局的服务器上”,从而,“如果说信封不属于‘邮件’的范围,则通话记录也不属于‘通话’的范围,非属通信秘密的保护对象”。<sup>⑤</sup>对于这一观点,王锴教授从两个角度作了批评:(1)信封上的外在信息只是对分拣员、邮递员等寄送过程的必要参加者公开,并非寄信人希望其他人知悉;(2)通信秘密的保护范围不限于通信内容,也及于通信的外在信息。<sup>⑥</sup>笔者在王锴教授的观点基础上,作以下几点补充:

### (一)通信(话)对象、通信(话)时间不是秘密?

对于基本权利的保护范围的确定,需要考察权利主体的主观认知,也就是权利人对于自己的生活领域应受基本权利保护的期待。也就是要尊重权利主体的自我理解(Selbstverständnis)。就通信秘密而言,权利人希望被作为秘密的,不仅是通话的内容,也可能包括通话的对象、时间,以及因此而形成的通话规律。除了“聊什么”,通话(信)人可能同样不希望他人知道自己在“跟谁聊”“在什么时间聊”。只要在技术上能够做到,通话(信)人就会希望对这些非内容信息同样保密,而这一点在电信和互联网条件下显然是更容易做到的。实际上,即便是杜强强教授拿来作为对比的信封上的信息,也完全有可能成为通信人保密的对象。举两种情形:(1)寄信人可以不具名,或者使用不完整的甚至虚假的寄件人信息而不影响信件被投递;(2)如果通信双方愿意,他们甚至可以约定将信件寄给他人代转。有过书信时代的生活经验的人都会知道,过往的生活事实中确实存在此种将通信对象保密处理的做法。也就是说,即便在书信条件下,只要通信人主观上希望,在技术上也可以做到对通信对象信息至少部分保密,而且此种保密甚至可以就是针对邮政系统的。杜强强教授认为信封上的信息是公开的、无秘密可言,并且认为“很难说人们对它有什么隐私期待”<sup>⑦</sup>的观点,并非在所有条件下都成立。正如张新宝教授所指出的,在传

统的书信时代,“信封所记载的联络信息是受制于其技术手段而不得不暴露于信封之上,……传统宪法上的‘通信自由和通信秘密’并不是不保护‘与谁通信’这一权利内容,而只是限于当时的技术手段,暂时地无法给予‘与谁通信’以顽强的保护。但是,在信息手段下我们完全有技术能力来保护‘与谁通信’这一权利内容”。<sup>②</sup>

### (二) 通话记录是公开信息?

进一步来说,即便如杜强强教授所言,信封上的信息,因为存在邮递员投递、收发室任人查找等场景,从而具有公开性,我们也无法将电信和互联网条件下的通话信息与之简单类比。书信的投递、收发必然有他人直接参与,而电信和互联网条件下的通信记录却储存于服务器和客户端,并不具有如同信封必然要接受他人目光检视情景下的开放性。如果说我与他人的一次书信往来,无法躲避分拣员、邮递员、收发室人员的目光,而我与他人的一次通话或者微信聊天,则完全可以避开他人的关注。当下最为典型的点对点的即时通讯,除非他人调取服务器数据或者直接检查手机等客户端,否则并不能知晓存在这样一次通话或者通讯。邮局投递和电信转接,有着是否有“人的直接介入”的根本性差别。通话记录并非如信封信息那样具有针对物理空间的开放性。此种事物本质上的差异,无法支持杜强强教授将二者等同视之。实际上,杜强强教授并非没有认识到这一点,他同样认为“通话记录只保留在电信企业的服务器上,第三人无法随意获得,具有较强的排他性”。<sup>③</sup>他承认通话记录具有不同于信封信息的特点,却使用了意义含混的“排他性”来对应信封信息的“公开性”。实际上,通话记录无法被他人随意获取意义上的“排他性”,就是“秘密性”。基于此,也无法认为通信秘密的保护范围不及于通话记录。

### (三) 作为信息集合体的通话记录类似于信封?

此外,还应该注意到信封与通话记录在信息承载量上的巨大差异。信封上的信息所承载的最多只是收信人和寄信人的姓名、地址以及邮戳上的通信时间等简单信息,而且只是一次通信的信息。而正如王锴教授引用电信专家的分析所说明的,“通话记录包含了用户接入时间、接入距离、接入信号强度、

接入时占用的物理和逻辑设备、接入过程中发生的事件、结束时间、结束时释放的物理和逻辑设备、结束时各信号的强度和相位、结束原因以及第一次切换、最后一次切换时所有信号的来源、强度、主要信号、占用设备等数百项详细信息”,<sup>④</sup>是“通话详细日志”,<sup>⑤</sup>其承载的信息量是信封信息所不可比拟的。而且,通话记录是一段时期内通信人所有通信活动的信息集合。通过通话记录,可以非常容易地分析个人的通话规律,并可从中窥探个人的交往关系乃至其他更为私密的具体生活状态。通话记录的此种信息集合能力在书信时代是不可想象的,其所开示的个人秘密的范围与程度,也是信封信息所不能比拟的。偶然性地检视一个信封,对于个人通信秘密的干预甚为微小,但调取并分析一份通话记录,则可能是对个人通信秘密的深入解读。因此,将通话记录与信封类比,也不甚妥当。

综上,通信对象、通信时间等信息,完全可能是通信权人主观上希望保守的秘密。通话记录不具备信封的公开性,信封也不具备通话记录的信息集合性。因此,将通话记录类比信封并排除在通信秘密的保护范围之外,缺乏合理性。杜强强教授也认识到自己的这个观点不符合常识,但他将之归结为日常语言与法律的技术语言的差异,并进一步从“通信内容”与“外在信息”的区别的角度,认为还是应该严格界定通信秘密的保护范围。<sup>⑥</sup>笔者承认法律语言与日常语言可能存在差异,也同意不能将通信内容和通话记录在法律上同等对待。但笔者依然认为,在保护范围层次上将通话记录排除在通信权之外,是对这项权利的过早窄化,会损害基本权利的保护效果。正如秦小建教授所担心的,这个在通信秘密的“堤坝”上凿开的缺口,会提供一条规避《宪法》第40条严格保护的侵犯路径。<sup>⑦</sup>笔者认为,还是应当将通话记录纳入通信秘密的保护范围,但在“基本权利限制”和“限制的合宪性论证”阶层的教义学建构,仍然可以解决实践的难题。

### 三、哪来的“隐私权”和“个人信息权”?

在“保护范围”阶层,还有一个问题需要处理,也就是可否将通话信息纳入“隐私权”或者“个人信息权”的保护范围。杜强强教授认为,“通话记录虽不

属于《宪法》第40条的保护对象,但因为人们对它的隐私期待较高,属于宪法隐私权的保护对象”。<sup>④</sup>王锴教授虽然也认为通话记录属于“秘密”,但认为应以该“秘密”的储存地点为标准作出区分:如果通话记录储存在电信运营商或者互联网服务商那里,就受通信秘密保护;如果储存在当事人的终端设备上,就是隐私权或者个人信息自决权的问题。<sup>⑤</sup>杜强强教授和王锴教授并非反对给予通话记录以基本权利层面的保护,只是将其全部或者部分地排除在通信权的保护范围之外,而由隐私权或者个人信息权来提供保护。在笔者看来,这种教义学方案存在问题。

首先,将通话记录纳入隐私权的保护范围,轻易规避了《宪法》第40条对通信权严格保护的规范目标。我国宪法第40条属于加重法律保留条款,也就是为限制性立法规定了进一步的约束条件。按照杜强强教授的观点,隐私权作为宪法未列举权利,公权力对其的限制只需要符合单纯法律保留的要求即可。<sup>⑥</sup>也就是说,只要国家制定法律就可以限制。这种思路,与宪法严格保护通信相关权利的规范设想难言一致。

其次,导致“基本权利竞合”问题,并且无法妥善处理。按照前述的隐私权思路,会出现“基本权利竞合”。<sup>⑦</sup>所谓基本权利竞合,“是指就同一主体而言,宪法上有两条或者两条以上的基本权利规范同时适用于同一生活事实的情形”,<sup>⑧</sup>也就是基本权利主体的某行为、利益或者状态同时受到多个基本权利的保障。如前所述,通话记录属于通信权中通信秘密的保护范围,但同时,其作为个人的私密信息,又确实可以由隐私权或者个人信息权来保护。发生基本权利竞合时,通常需要在保护范围相互重合的基本权利中择一适用。

杜强强教授拒绝承认通话记录是通信秘密,却又认为通话记录是隐私。其自相矛盾之处显而易见:基于通信活动而产生的隐私,何以不是通信秘密?既然通话记录如杜强强教授所言“无秘密可言”,何以它又是“隐私”?因此,杜强强教授的方案并不能真正回避基本权利竞合问题。王锴教授将通话记录一分为二,分别作为隐私权或者通信权问题处理。王锴教授方案的问题在于:对于同一保护对象,分别

置于不同的权利之下,接受不同强度的保护,其效果必然是:公权力规避严格保护,而选择更易干预的路径。这会使得教义学上的区分失去意义,也就是说,此种区分最终会被实践利用而使得宪法高强度保护的规范目的落空。杜、王二位教授为通话记录找到隐私权这一规范基础,表面上提供了新思路,但却会导致更为复杂的基本权利竞合问题。并且,杜、王二位教授都未能有效说明,何以选择隐私权作为竞合问题的答案。按照柳建龙教授的概括,基本权利竞合问题的解决方法,包括“特别优先于一般”“受到较强限制的基本权利优先说”“受到较弱限制的基本权利优先说”“最大相关性理论”“基本权利的强化说”“累加适用说”等众多学说,并可能需要在个案中解决。<sup>⑨</sup>仅以最基础的“特别优先于一般”理论来看,针对通话记录作为一种“秘密”或者“隐私”,隐私权显然是“一般”,而通信秘密才是“特殊”。毕竟,隐私权保护各种生活领域中的隐私,而通信秘密则指向通信领域的隐私。依据这项规则,通话记录更应该作为通信秘密而非隐私权来保护。杜、王二位教授的方案,导致“法院调取通话记录”“交警查手机”成了基本权利竞合问题,但却没有给出充分的分析,并非有助于实践问题解决的有效方案。

在笔者看来,杜、王二位教授的方案还有更为根本的问题。这就是,在我国宪法上,隐私权和个人信息权缺乏坚实的规范和学理基础。无论是隐私权还是个人信息权,都并非我国宪法明确规定的权利,即使对其给予了宪法上的证成,性质上也属于“未列举权利”。我们知道,在最早确立隐私权的美国和最早确立信息自主权的德国,这两项权利也是宪法未列举权利。美国是从1965年格瑞斯沃德案开始,逐步解释和建构出了宪法上的隐私权。其中最为重要的“阴影区域”理论,是将美国宪法的第1、3、4、5修正案和第9修正案结合起来,认为“权利法案”的这些条款下存在一个制宪者未能明示的隐私权领域。<sup>⑩</sup>德国以1983年“人口普查案”为开端,结合德国基本法第1条第1款“人性尊严”,从第2条第1款“人格自由发展权”中导出了个人信息的自决权。<sup>⑪</sup>而这也是德国基本法第2条第1款作为“兜底基本权利”的规范展开的组成部分。<sup>⑫</sup>限于篇幅和主题,本文无法就未列

举权利的宪法证立作全景的考察。但必须注意的是,美国的隐私权和德国的个人信息自决权,都是由有权机关通过对宪法相关规范的充分解释而确立的,其背后有着复杂精密的学理支撑。而在我国,未列举权利的宪法规范基础并不清晰。<sup>④</sup>在部门法的讨论中,可以含糊地认为隐私权和个人信息权有宪法基础,但在宪法学上将这两项权利作为基本权利,则必须建立在充分的宪法教义学论证基础上。大体上,人们会以“人权条款”和“人格尊严”条款为基础,再结合人身自由、住宅自由、婚姻家庭、通信秘密等基本权利推导出隐私权或者个人信息权。但结合本文主题,就会出现显然的逻辑矛盾:既然隐私权和个人信息权要结合通信秘密导出,那为何不直接用通信秘密保护通话记录?

将通话记录排除出通信秘密的保护范围,再从通信秘密中导出隐私权或者个人信息权来保护通话记录,笔者认为没有必要费此周章。此外,未列举权利的证立总是伴随着“破坏法的安定性”“解释者恣意”等质疑。<sup>⑤</sup>诉诸未列举权利,只是在无法为特定的行为和利益找到宪法权利基础的情况下的无奈选择。如果能在既有权利体系中解决问题,就不必诉诸未列举权利。笔者并不是反对隐私保护和个人信息保护。相反,笔者认为在当下的互联网时代,在民法典、个人信息保护法等众多立法全方位快速推进的背景下,对相关权益的宪法基础的论证是极为迫切的宪法学任务。而从宪法既有规范中解释出隐私权和个人信息权,或许也是必要的。但是,就本文讨论的问题而言,在隐私权和个人信息权缺乏明确基本权利地位的条件下,舍弃通信权这一宪法上明确的规范基础,而诉诸尚未被证成的模糊的未列举权利,并非妥当的教义学方案。

#### 四、“检查”之外,尚有限制

##### (一)“检查之外无限制”的困局

总结上文,笔者认为通话记录当然落入我国宪法第40条通信权的保护范围,并且没有理由借由无宪法明确规定的隐私权或者个人信息权来保护。接下来,对“法院调取通话记录”“交警查手机”的行为的审查,就进入“保护范围—限制—限制的合宪性论证”三阶层审查框架的“限制”阶层。调取或者查阅、

复制通话(讯)记录显然对通信权所保护的权益产生了不利影响,且具有目的性、强制性、直接性、高权性等基本权利限制的典型特征,<sup>⑥</sup>毫无疑问构成对通信权的限制。构成限制之后,审查就进入“限制的合宪性论证”阶层。也就是要分析该限制是否具有宪法层次的合法性。《宪法》第40条的规定属于“加重法律保留”。该条的第二句的表述是:“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。”那么,法院或者交警调取、查阅、复制通话(讯)记录是否必然因为抵触了《宪法》第40条的第二句而违宪?这是相关实践争议的另一个主要争议点。《宪法》第40条从字面上看,“除……外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯”的表述,似乎杜绝了任何其他限制方式的可能性。但此种严格的字面解释,却存在与当下生活事实的乖离。

在现行的1982年宪法起草时,“通信”的主要生活场景是通过邮政的书信、电报和当时尚未普及的固定电话,“对通信进行检查”也主要被设想为对信件的开拆检视,连电话窃听都未被涵括。<sup>⑦</sup>而近几十年来电信技术和互联网的高速发展,使得手机、电邮和各类点对点即时通讯成了生活常态,也使得更多的行为、利益和状态落入了通信权的保护范围。然而,伴随这些新类型通信的各种法律规制,却都可能因为抵触《宪法》第40条第二句严格的理由要件(“因国家安全或者追查刑事犯罪的需要”)、主体要件(“公安机关或者检察机关”)和程序要件(“法律规定的程序”)而存在违宪疑虑。从字面上看,《宪法》第40条第二句几乎完全取消了立法者对通信行为进行规制的形成自由。但是,严格的字面解释,却未必能实现严格保护通信自由和通信秘密的规范目的。相反,过于苛刻的约束条件,却会导致公权力的各种规避措施,甚至对宪法约束的毫无顾忌。这就是秦小建教授所概括的实践“痛点”：“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”。<sup>⑧</sup>杜强强教授也以我国证券法第180条和证券投资基金法第113条为例,说明此种严格保

护存在“不能承受之重”。<sup>⑧</sup>不切实际的严格规则,导致普遍的规则违反,不是法学的理论和实践所期待的效果。

我们可以从“保护范围”和“限制”的互动关系的角度,理解《宪法》第40条内在的困境。正如杜强强教授和王锴教授所一再论证的,“基本权利的规范领域愈宽,则其保护程度愈低;规范领域愈窄,则其保护程度愈高”。<sup>⑨</sup>基本权利的保护范围越宽泛,其与他人权利、公共利益发生碰撞的可能性就越大,就越有可能受到限制。因此,在立法技术上,对内容宽泛的基本权利的限制就不应该规定过于严格的约束性条件。某项基本权利的保护范围宽松,对其限制的条件也必须宽松;只有保护范围非常狭窄的基本权利,才能与高强度保护相配合。而我国宪法第40条的规定,恰恰是为一个保护范围宽泛的权利搭配了极为严格的限制条件:从字面上看,《宪法》第40条第二句只允许一种限制方式(“通信检查”),而且对此唯一的限制方式还规定了严格的理由、主体和程序要件。这就给法教义学的工作带来了极大困难。

正是为了破解这一困局,杜强强教授才会回到三阶层框架的第一阶层,试图通过限缩通信权的保护范围来解决问题,也就是把通话记录“切割”出通信权的保护范围。其逻辑是:通话记录不是通信→调取、查阅、复制通话记录不是“通信检查”→调取、查阅、复制通话记录不受理由、主体、程序要件拘束→调取、查阅、复制通话记录可能被论证为合宪。杜强强教授可谓用心良苦,但这种思路的问题在于,为了处理实践争议,可能需要不断把通信相关的行为、利益和状态“切割”出通信权的保护范围,而这会导致相当奇怪的判断。比如,我国网络安全法第50条规定:“因维护国家和社会公共秩序,处置重大突发社会安全事件的需要,国务院或者省、自治区、直辖市人民政府经国务院批准,可以在部分地区对网络通信采取限制等临时措施。”由于该条在限制的理由要件、主体要件上都与《宪法》第40条第二句不符,按照杜强强教授的思路,如果不希望适用《宪法》第40条第二句而直接导致“临时措施”违宪,就必须认为“网络通信”不是通信,不受《宪法》第40条“通信自由”的保护。无论如何,“网络通信不是通信”的判断都是

不可接受的。按此“切割”思路,《宪法》第40条最终就保护不了什么了。它不仅放弃了宪法严格保护的规范目标,甚至放弃了通信自由和通信秘密本身。杜、王二位教授都赞成对基本权利保护范围的“狭窄界定”,<sup>⑩</sup>但再狭窄也不能走向权利的本质内容被根本性否定。杜强强教授的方案,并不能真正破解《宪法》第40条的困局。

同样是对此困局,秦小建教授评价到:“目前我国《宪法》第40条的规范构造,并非没有可指摘之处”,<sup>⑪</sup>并给出了一个一劳永逸的解决方案:修宪。主要就是通过修改《宪法》第40条,加入“禁止非法侵犯公民的通信自由和通信秘密”的规定,来实际上允许“通信检查”之外的其他限制的存在。<sup>⑫</sup>这个方案从“解释论”走向了“立法论”,也就是期待未来的宪法修改来解决问题。但是,且不说未来何时会有现行宪法的第六次修改,即便未来会修改,在修改之前,现存的困境如何解决仍然是个问题。

同样是对此困局,王锴教授还提供了一种非常有启发的新思路。他认为,调取和查阅、复制通话记录的行为未必是《宪法》40条所称的“通信检查”。<sup>⑬</sup>隐含的判断是,除了受到严格的理由、主体和程序要件约束的“通信检查”之外,《宪法》第40条也允许其他限制通信权的方式的存在。但王锴教授并未明确表达这一观点,原因或许在于,这个判断有着宪法文义上的明显障碍。“除……外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯”的表述具有排他性,字面上意味着宪法决不允许“通信检查”之外的限制方式,任何其他方式的限制通信的行为都是违宪的。“检查之外无限制”的困局依然存在。

## (二)“检查”作为“示例性规定”

在笔者看来,此种文义解释之下的不妥当结论,仍然可以在“解释论”的边界内,借由体系解释、漏洞填补等方法予以纠正。试述如下:

王锴教授指出,“制宪者经常会将一些典型的或者比较严重的干预方式在宪法中作明确规定”,他还用一个表格列举了我国宪法上针对不同基本权利而规定的“特定的干预方式”。<sup>⑭</sup>进一步分析,我们会发现,此种对“干预方式”的明文规定,大多是一种“示例性规定”。所谓示例性,是指宪法并非概括式规定

所有限制方式,而只是在若干可以被预见到的限制方式中,选择一种或者几种作为典型例子展示出来。也就是说,宪法只是“例举”了针对某基本权利的若干典型的限制方式,但并不意味着该基本权利不能被用来防御其他方式的限制。例如,《宪法》第13条第3款只规定了“征收和征用”这两种对财产权的限制方式,但并不意味着“房屋租金管制”“著作权的合理使用”“机动车限行”等并非征收征用的限制就不受宪法财产权的规制;<sup>⑤</sup>又如,《宪法》第38条规定了人格尊严,该条款的第二句“禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”,并不意味着人格尊严不能被援引来对抗其他影响人格尊严的干预行为。也就是说,“征收和征用”“侮辱、诽谤和诬告陷害”的规定只是“示例”,在典型情形之外仍容有其他的各种可能性。

我国宪法关于公民各项自由权的规定,除第35条言论、出版、集会、结社、游行、示威自由条款没有限制性规定以外,对其他各项自由权的限制性规定都具有此种“示例性”特征。例如,第36条第1款规定了宗教信仰自由,第2款“任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民”,就是对典型限制作了例举;第39条第二句“禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”,也是对典型限制的例举。稍微特殊的是人身自由条款,《宪法》第37条第3款的规定“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”中的“其他”说明这个条款具有概括性,也就是可以涵盖一切限制人身自由的方式。<sup>⑥</sup>但即便如此,在概括性规定之前,仍然以“拘禁”作为限制人身自由的典型方式。可以认为,我国宪法对于各项自由权的限制性规定的模式是:只举出个别典型限制方式,而不排除其他的限制方式。也就是,典型限制之外的限制方式,仍然受到各项自由权条款的规制。

而《宪法》第40条的规定却与此种“示例性”模式不同。其首先也对典型的通信自由和通信秘密的限制作了例举(也就是“通信检查”),但却以两个“任何”排除了其他限制方式存在的可能性。何以如此反常?

在笔者看来,这里出现了因制宪者预见不足而产生的宪法漏洞。柳建龙教授将宪法漏洞定义为“宪法规范的不圆满性,即欠缺宪法规范以调整某些具有重要宪法意义的法律状态”。<sup>⑦</sup>也就是因为生活事实的复杂性、宪法的开放性、制宪者智识的有限性等原因导致的宪法对某事项应予调整而未予调整。<sup>⑧</sup>柳建龙教授也以《宪法》第40条为例说明了制宪者预见不足如何导致宪法漏洞:因为制宪者无法预料到在《宪法》颁布施行之后会设立新的国家安全机关来承担原由公安机关承担的国家安全工作,因此,《宪法》第40条仅以公安机关和检察机关为“检查通信”的主体。<sup>⑨</sup>对此宪法漏洞,之后不得已以全国人大常委会决定的方式进行了填补。<sup>⑩</sup>《宪法》第40条起草过程中的预见不足,还表现为制宪者对于通信自由和通信秘密的保护范围过于狭窄的认识。至少是部分的宪法起草者,把“通信”仅仅理解为书信、电报,连电话都未能纳入。“在修宪讨论时班禅委员提出,现代技术发达,电话窃听等是否包括?彭真说,这里只讲通信,其他另谈吧。”<sup>⑪</sup>正是因为将通信权的保护范围理解得极为狭窄,制宪者才会对其给予了极严格标准的保护。在宪法起草过程中,已经有全国人大常委会委员对此种严格保护提出质疑,并认为可改为“非依法律不得妨害”,但这一意见显然未被接受。<sup>⑫</sup>也就是说,正因为制宪者把“通信”只限定为以纸张为载体的书信,其对通信权的限制也就只设想为对书信的开拆检视,也就是获取书信内容的“通信检查”。因此才会以最为严格的理由、主体和程序要件来予以规制。这也就解释了,为何制宪者背离了《宪法》第36、37、38、39条确立的“示例性”模式,而采用了绝对排除式的规定。

制宪者连当时虽未普及但并不罕见的电话都未纳入通信权的保护范围,应该说存在严重的预见不足。此种情形确属对于应规范事项未予规范,构成宪法漏洞。对于宪法漏洞,“只要在宪法中找到可资参照的规范,并衡诸宪法原理和价值,‘同等情形,同等对待’,应该就能做出较具说服力的判断”。<sup>⑬</sup>如前所述,“示例性”规定是我国宪法关于自由权的限制条款规定的基本模式,但由于制宪者预见不足,未能将此模式同样适用于通信权。我们可以设想,如果

当时制宪者将电话作为通信的内容,应该会对窃听等针对电信秘密的侵入行为作出规制。同样,我们也可以设想,如果制宪者能够预见到当下如此种类多样的通信方式,应该也会将更多的干预通信自由的措施设想为通信权的规制对象。而且,考虑到通信内容与其他通信信息确实存在差别,制宪者也会对二者作出不同的规范安排。基于以上填补宪法漏洞的思考,一个可以接受的结论是,“通信检查”仅具有示例意义,其他限制通信权的国家公权力行为,并不必然违宪,而是应该在纳入《宪法》40条规制对象的前提下,再进行进一步的合宪性审查。落实到“法院调取通话记录”“交警查手机”等争议上,笔者认为,这些行为依然构成对通信权的限制而应置于《宪法》第40条下讨论,但并不能径直得出其因抵触了第40条第二句规定的理由、主体和程序要件而违宪的结论。相反,应该建构起针对“通信检查”之外的其他限制措施的规范体系和学理体系。

### 五、“通信内容”与“非内容的通信信息”的分层构造

总结上文,笔者的基本观点是:(1)通话对象、通话时间、通话规律等通话信息不应该被排除在通信秘密的保护范围之外;(2)《宪法》第40条在“通信检查”之外,容有对通信权的其他方式的限制。笔者下面尝试脱离前文的商榷语境,重新梳理《宪法》第40条的保护范围的不同层次,以及相应的限制方式及其应受的宪法规制。

(1)通信自由和通信秘密共同构成公民的通信权利。在我国历部宪法中,我国现行的1982年宪法第一次同时规定了通信自由和通信秘密,二者结合起来共同构成了完整的通信权利。<sup>④</sup>

(2)通信自由是人与人之间通过媒介进行信息交流与传递的自由。通信自由所防御的主要是阻断或者干扰信息交流的行为,例如禁止通信、隐匿或毁弃信件、切断电话线路、屏蔽手机信号、要求电信企业停止服务等。

(3)通信秘密是指通信内容和其他通信信息不为其他人知悉或获取的权利。如前文的商榷意见所示,通信秘密的保护范围,既包括通信内容,也包括权利人主观上希望作为秘密的其他的通信信息。针

对通信内容的公权力干预,主要是对信件的开拆检视、对电话的窃听和其他各种对通话内容的获取及披露。针对通信内容以外的通信信息的公权力干预,包括前述的调取、查阅、复制通话(讯)记录等。

(4)通信秘密的双层构造。尽管笔者不同意杜强强教授将通话内容以外的其他信息排除出通信秘密的保护范围,但笔者赞同他认为“两者之间仍然有着重大的区别,需要在立法政策上予以区别对待”<sup>⑤</sup>的观点。从前文的分析也可以看出,制宪者希望给予最为严格标准保护的只是“通信内容”,而所谓的“检查通信”就是指获取通信的具体内容信息,<sup>⑥</sup>“通信内容”和“检查通信”是直接对应关系。而通话对象、通话时间、通话规律等“非内容的通信信息”,固然属于通信秘密的保护范围,但受保护程度显然较通信内容为低,对其的限制也并非“通信检查”,而是其他方式的限制。相应地,如果是对通信内容的“通信检查”,就必须符合《宪法》第40条第二句所规定的理由要件、主体要件和程序要件,也就是“加重法律保留”的要求;而针对“非内容的通信信息”的干预,则至少需要遵循“单纯法律保留”以及比例原则等对基本权利限制的宪法约束。

至此,可将我国宪法第40条的保护范围及相应的法律保留要求图示如下(图1):

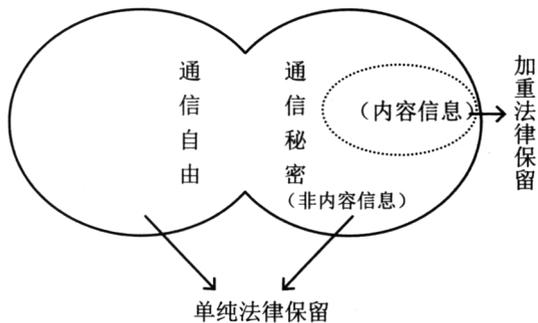


图1 通信权的保护范围与相应法律保留

以“内容信息”和“非内容信息”的分层结构来重构通信秘密的保护范围,并针对相应的公权力限制措施构建起合宪性审查的规范和理论体系,应该可以对相关的法治实践给予有效回应。但这一教义学方案仍然需要进一步细化和完善,特别是“内容信息”和“非内容信息”的区分,这一区分会直接决定保护强度上的差异。对于二者的区分,还需要作生活

事实层面的考察。例如,实践中公安机关、国家安全机关、检察机关等在采取调取通话记录和检视信件内容、监听电话、查阅即时通讯内容等措施时,有着怎样不同的程序和技术规范;对于点对点即时通讯,在技术上是否可以做到只获取通话(讯)记录信息而不获取内容信息;等等。宪法的规范要求 and 法律的制度安排,乃至具体的通信技术方案都应在此框架下作互动调适。

这里还需要回应一个可能的质疑:认为《宪法》第40条在“检查通信”之外还允许其他方式的限制,是否同样放弃了对通信权严格保护的规范目标。笔者可以从以下几个层面来回应这一质疑:(1)如前所述,制宪者只是对通信内容给予了严格保护,而对非通信内容的其他信息则缺乏预见,由此导致了宪法漏洞。也就是说,制宪者并没有超出《宪法》第40条第一句“公民的通信自由和通信秘密受法律的保护”之外的、针对“非内容的通信信息”的规范意图。因此,对于这些“非内容的通信信息”的保护,就不能简单地套用针对“内容信息”的加重法律保留。(2)如果出现无法对“内容信息”和“非内容信息”明确区分的情形,应当适用严格保护的标准。对于实体上无法清晰区分的信息,应建构起严格的程序性规则,例如要防止公权力机关为进一步获取通话内容而获取其他通话信息。(3)从审查框架角度看,所有与通信相关的信息都会被一般性地纳入通信秘密的保护范

围,之后,如果公权力机关想要规避“理由要件”“主体要件”“程序要件”的约束,必须首先证明其所要干预的并非是“通话内容”,而是“非内容的通信信息”。这就给公权力的限制课以了论证负担。这一方案,与杜强强教授将通话记录自始排除出通信秘密的保护范围相比,其保护强度无疑更高。可以将此种分层处理的审查框架列表(表1)如下。

下面按照这一分析框架,对前述的“法院调取通话记录”和“交警查手机”作简要的合宪性审查:

(1)对“法院调取通话记录”的审查:通话记录落入通信秘密的保护范围→通话记录属于“非内容的通信信息”→是由法律作出的限制(民事诉讼法)→比例原则。(违宪与否的结论最终通过比例原则审查得出<sup>6)</sup>)

(2)对“交警查手机”的审查:通话记录落入通信秘密的保护范围→通话记录属于“非内容的通信信息”→不是由法律作出的限制(地方性法规)。(结论:因违反法律保留原则而违宪<sup>6)</sup>)

## 六、结语

本文对我国宪法第40条进行了规范内涵的解释,并对基本权利限制的三阶层审查框架在通信权上的运用作了细化与具体展开。本文对杜强强、王锴、秦小建教授的观点进行了借鉴、批判和重构,也反思修正了自己的既有观点。在技术和生活事实的不断变化的推动下,对通信权的宪法释义方案也应

表1 通信秘密限制的合宪性审查框架

保护范围	通信内容(无法区分的信息按内容信息论)	非内容的通信信息
限制	通信检查	其他限制行为
限制的合宪性论证	依法且法律本身合宪 (一)形式合宪 1. 立法权限 2. 立法程序 3. 被授权主体符合宪法规定(“主体要件”) 4. 规定并依照限制程序(“程序要件”) (二)实质合宪 1. 符合宪法特定的目的(“理由要件”) 2. 适当性 3. 必要性 4. 狭义比例原则	依法且法律本身合宪 (一)形式合宪 1. 立法权限 2. 立法程序 (二)实质合宪 1. 目的正当性(一般的公共利益即可) 2. 适当性 3. 必要性 4. 狭义比例原则

不断调整,以实现法教义学总结既往和启发新知的功能。此外,此种基本权利个论的研究,也有助于反思基本权利的一般理论。例如,在基本权利保护范围的“宽界定”与“窄界定”之间,究竟应作何选择?<sup>⑧</sup>又如,如果认为我国宪法基本权利条款中的限制规定,具有“示例性规定”的性质,那么是否需要重新思考法律保留体系?德国式的“单纯法律保留”“加重法律保留”“无法律保留”的分层方案是否具有普适性?<sup>⑨</sup>某一基本权利在规制不同生活领域时,是否可以有不同的法律保留要求?等等。此外,尽管笔者坚持将通话记录作为通信秘密的保护对象,但证成我国宪法上的“未列举权利”或者“兜底基本权利”,并推导出隐私权或者个人信息权,在笔者看来仍然是必要甚至迫切的。在大数据、互联网背景下,基本权利的总论与个论的研究必须同步展开,并建立与其他部门法学理的良好互动。

本文的写作得益于与杜强强、王锴、秦小建、柳建龙、左亦鲁等学友的讨论,特此致谢。

#### 注释:

①我国民事诉讼法规定“人民法院有权向有关单位和个人调查取证,有关单位和个人不得拒绝”,但实践中通信公司依据《中华人民共和国电信条例》第66条予以拒绝。全国人大常委会法工委认可了“通话对象、通话时间、通话规律等属于宪法保护的通信秘密范畴”的理解,支持了通信公司的做法。参见全国人大常委会法制工作委员会编:《法律询问答复(2000-2005)》,中国民主法制出版社2006年版,第129-131页。

②有地方性法规规定,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。全国人大常委会法工委认为此规定涉及公民通信自由及通信秘密,向制定机关发出审查意见要求纠正。参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社2020年版,第113页。

③参见杜强强:《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;秦小建:《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》,载《政治与法律》2020年第7期;王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,载《政治与法律》2020年第8期。

④参见张翔:《检查公民通信是谁的权力?——小议网络安全法二审稿第46条》,载《法治周末》2016年8月31日;张

翔:《对〈数据安全管理办法(征求意见稿)〉第25条的若干意见》,“数据法治化治理”学术研讨会,中国人民大学未来法治研究院,2019年6月24日。

⑤笔者之前使用过“思考框架”“分析框架”的概念,但所指相同。参见张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,载《法学家》2008年第1期。

⑥王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,载《政治与法律》2020年第8期,第108页。

⑦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,第81页。

⑧秦小建:《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》,载《政治与法律》2020年第7期,第88页。

⑨参见傅广宇:《从“飞机旅行案”看德国的民法方法论》,载《华东政法学院学报》2013年第4期,第52-53页;季红明、蒋毅、查云飞:《实践指向的法律人教育与案例分析——比较、反思、行动》,载《北航法律评论》2015年第1期;夏昊晗:《鉴定式案例研习:德国法学教育皇冠上的明珠》,载《人民法治》2018年18期。

⑩包括但不限于张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,载《法学家》2008年第1期;赵宏:《限制的限定:德国基本权利限制模式的内在机理》,载《法学家》2011年第2期;王锴:《基本权利保护范围的界定》,载《法学研究》2020年第5期。

⑪王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,载《政治与法律》2020年第8期,第108页。

⑫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,第81页。

⑬吴香香:《请求权基础思维及其对手》,载《南京大学学报》2020年第2期,第103页。

⑭陈兴良:《刑法阶层理论:三阶层与四要件的对比如性考察》,载《清华法学》2017年第5期,第7页。

⑮车浩:《阶层犯罪论的构造》,法律出版社2017年版,第85页。

⑯在美国宪法学上,也有学者概括了“基本权利的分析框架”,包括三个步骤:(1)是否有基本权利?(2)该权利是否被侵犯?(3)该侵犯是否能被充分正当化?与德国的框架非常类似。See Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law* 946-949(3d ed., Aspen Publishers 2009).

⑰Lothar Michael/Martin Morlok, *Grundrechte, Baden-Baden: Nomos*, 7. Aufl., 2020, S. 492.

⑱孙运梁:《阶层式犯罪论体系的位阶关系及其实践优势》,载《华东政法大学学报》2018年第6期,第8-9页。

⑲参见车浩:《阶层犯罪论的构造》,法律出版社2017年版,第109-110页。

⑳[德]克里斯蒂安·施达克:《基本权利的解释与影响作用》,载[德]克里斯蒂安·施达克编:《法学、宪法法院审判权与基

本权利》，杨子慧等译，元照出版有限公司2006年版，第314页。

⑲相比民法的请求权基础思维和刑法的犯罪成立三阶层模式有明显的理论对手，宪法上基本权利限制审查框架的引入并没有批判、改造既有理论负担。

⑳柳建龙：《论基本权利竞合》，载《法学家》2018年第1期，第35页。

㉑Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte, Baden-Baden: Nomos, 7. Aufl., 2020, S. 478.

㉒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，第83页。

㉓参见王锴：《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》，载《政治与法律》2020年第8期，第111页。

㉔参见张冬阳：《废物回活动案》，载张翔主编：《德国宪法案例选释(第3辑)：宗教法治》，法律出版社2018年版，第6页。

㉕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，第85页。

㉖张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019年第6期，第5页。

㉗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，第85页。

㉘肖恒辉、林惜斌、李炯城、易永鑫：《基于通话记录的无线定位方法及其应用》，载《电信科学》2010年第7期。

㉙王锴：《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》，载《政治与法律》2020年第8期，第110页。

㉚参见杜强强：《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，第83页。

㉛秦小建：《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》，载《政治与法律》2020年第7期，第87页。

㉜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，第85-86页。

㉝参见王锴：《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》，载《政治与法律》2020年第8期，第111-112页。

㉞参见杜强强：《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，第86页。

㉟关于基本权利竞合问题，可参见林来梵、翟国强：《论基本权利的竞合》，载《法学家》2006年第5期；张翔：《基本权利的规范建构》(增订版)，法律出版社2017年版，第292-294页；柳建龙：《论基本权利竞合》，载《法学家》2018年第1期。

㊱柳建龙：《论基本权利竞合》，载《法学家》2018年第1期，第35页。

㊲参见柳建龙：《论基本权利竞合》，载《法学家》2018年第1期，第36-45页。

㊳屠振宇：《从Griswold案看宪法隐私权的确立》，载公丕祥主编：《法治现代化研究》(第十一卷)，南京师范大学出版社2007年版，第400页。

㊴参见赵宏：《信息自决权在我国保护现状及立法趋势前瞻》，载《中国法律评论》2017年第1期，第148-152页。

㊵参见张翔：《民法人格权规范的宪法意涵》，载《法制与社会发展》2020年第4期，第121页。

㊶姚岳绒：《论信息自决权作为一项基本权利在我国的证成》，载《政治与法律》2012年第4期。

㊷参见屠振宇：《未列举基本权利的宪法保护》，载《中外法学》2007年第1期，第41-42页。

㊸Vgl. Albert Bleckmann, Staatsrecht II. Die Grundrechte, Köln: Carl Heymann, 3. Aufl., 1989, S. 336-338.

㊹参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2006年版，第265页。

㊺秦小建：《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》，载《政治与法律》2020年第7期，第92页。

㊻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，第86页。

㊼参见杜强强：《基本权利的规范领域和保护程度——对我国宪法第35条和第41条的规范比较》，载《法学研究》2011年第1期，第3页；王锴：《基本权利保护范围的界定》，载《政治与法律》2020年第8期，第113页；张翔：《宪法解释方法的运用——以德国艾尔弗斯案为例》，载《学习与探索》2011年第3期，第112页。

㊽参见杜强强：《宪法上的艺术自由及其限制——以“敏感地带”行为艺术案为切入点》，载《法商研究》2013年第6期，第32页；王锴：《基本权利保护范围的界定》，载《政治与法律》2020年第8期，第112-113页。

㊾秦小建：《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》，载《政治与法律》2020年第7期，第93页。

㊿参见秦小建：《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》，载《政治与法律》2020年第7期，第93页。

①王锴：《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》，载《政治与法律》2020年第8期，第115页。

②王锴：《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》，载《政治与法律》2020年第8期，第113-114页。

③参见张翔：《财产权的社会义务》，载《中国社会科学》2012年第9期，第101-102页。

④这里稍需注意的是，《宪法》第37条第2款排除了在未决羁押阶段除“逮捕”以外的其他严厉程度相当的限制措施。参见张翔、赖伟能：《基本权利作为国家权力配置的消极规范》，载《法律科学》2017年第6期，第34页。

⑤柳建龙：《论宪法漏洞的填补》，载《政治与法律》2020年第11期，第64页。

⑥柳建龙：《论宪法漏洞的填补》，载《政治与法律》2020年第11期，第62页。

⑦参见柳建龙：《论宪法漏洞的填补》，载《政治与法律》

2020年第11期,第69页。

⑩《全国人民代表大会常务委员会关于国家安全机关行使公安机关的侦查、拘留、预审和执行逮捕的职权的决定》(1983年9月2日第六届全国人民代表大会常务委员会第二次会议通过),中国人大网, [http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-02/06/content\\_5004435.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-02/06/content_5004435.htm), 2020年12月13日访问。

⑪蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第265页。

⑫马识途对草案中的通信自由条款发表意见说:“这条写得特别长,理由是什么,令人不解为什么有这样详细的注解。可改为‘非依法律不得妨害’。”参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第711页。

⑬柳建龙:《论宪法漏洞的填补》,载《政治与法律》2020年第11期,第65页。

⑭参见许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社2010年版,第322页。

⑮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,第84页。

⑯作为对比,我国2000年出台的电信条例第66条基本照抄了宪法第40条,但却将“对通信进行检查”,改为了“对电信内容进行检查”。这一变化似乎是对“检查通信”的进一步释明,但在具体操作上仍未对内容信息和非内容信息差别

对待。

⑰“法院调取通话记录”的比例原则审查,涉及的是出于何种正当的目的,在无其他更温和手段的情况下,可以授权法官干预个人的通信秘密。这里涉及法官调查取证权制度的价值目标(实体正义与程序正义的平衡),以及程序法上的制度安排。相关论证需要结合程序法的原理与制度,限于篇幅,不再展开。可参考袁中华:《论民事诉讼中法官调查取证权》,载《中国法学》2020年第5期。

⑱参见王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,载《政治与法律》2020年第8期,第115-118页。全国人大常委会法工委也是基于地方性法规无权对通信自由和通信秘密事项作出规范,而要求修改地方性法规。参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社2020年版,第113页。

⑲如前所述,杜强强教授和王锴教授都倾向于窄界定。而笔者则倾向于宽界定。这里需要注意德国法上出现对部分基本权利收缩保护范围的特定背景。参见田伟:《德国宪法上宗教自由保护范围的扩张与反思》,载《法学评论》2019年第5期。

⑳参见王锴:《论法律保留与基本权利限制的关系——以刑法第54条的剥夺政治权利为例》,载《师大法学》2017年第2辑,法律出版社2018年版,第85-86页。

## The Interpretation of and Review Framework for Constitutional Correspondence Right: A Discussion with Professor Du Qiangqiang, Wang Kai and Qin Xiaojian Zhang Xiang

**Abstract:** The interpretation of the correspondence right in the constitution has recently been enhanced by scholars in the light of the review framework of “scope of protection–limitation–justification of the constitutionality of the limitations,” as a response to the disputes that have often arisen from practices of “courts retrieving call records” and “traffic police checking mobile phones.” However, the exclusion of call records from the scope of correspondence right protection cannot meet the actual challenges, but may reduce the effect in the protection of such fundamental rights because of the premature narrowing of the scope of right. Resorting to the right of privacy or personal information cannot meet the challenges either. It should be recognized that Article 40 of the Constitution has loopholes due to the legislator’s imperfect foresight, for if “censor correspondence” is understood as an “exemplary provision,” then Article 40 of the Constitution may admit of other possibilities to limit the right of correspondence. However, a distinction of the record in terms “content of correspondence” and “non-content of correspondence,” can establish a legal doctrine and a framework for review, which can not only correspond with the facts of life, but also settle the practical disputes. Such a discussion over the fundamental rights can throw light not only on the “broad definition” or “narrow definition” of the scope of rights protection, but also on the universality of the legal theory of reservation of rights.

**Key words:** correspondence confidentiality; limitation of fundamental right; constitution loophole; concurrence of fundamental rights; legal theory of reservation of rights