

# 公民通信权限制的规范重构

梁 洪 霞\*

**摘 要:**1982年《中华人民共和国宪法》第40条关于公民通信权限制的加重法律保留及绝对排他性规定引起广泛关注,但已有研究还无法完全解决现行法律对通信权限制的合宪性疑虑。从原旨主义角度看,1982年《中华人民共和国宪法》第40条通信自由与通信秘密保护的法益分别为表达自由与通信隐私,二者具有同等的保护强度,形成两条权利限制体系并作分层处理。为了应对社会变迁,1982年《中华人民共和国宪法》第40条第2句应作“示范性”解释,以摒弃绝对排他性规定的严格限制。据此,通信权可以在以下几个层次释放限制空间:1982年《中华人民共和国宪法》第40条第1句的单纯法律保留与第2句的加重法律保留形成强弱不同的限制框架;必要时以第40条第2句为基准,形成第40条第2句内与第2句外的阶层式限制序列;第40条第2句作为权利限制的主要条款,应构建以限制理由为主导的“理由+主体”的协同限制模式。

**关键词:**通信自由 通信秘密 基本权利限制 法律保留 合宪性审查

## 一、问题的提出

1982年《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第40条第2句关于公民通信自由与通信秘密(以下简称“通信权”)的权利限制条款,<sup>①</sup>由于其加重法律保留和绝对排他性规定,导致其无法有效回应实践中诸多法律的通信权限制需求,并导致部门法与宪法之间的张力。目前我国约

\* 西南政法大学行政法学院教授

基金项目:重庆市语言文字研究课题一般项目(YYK22237)

<sup>①</sup> 1982年《中华人民共和国宪法》第40条明确规定:“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。”

有 14 部法律在该句规定的条件之外限制公民通信权,<sup>①</sup>实践中基于公共利益对公民通信权进行限制的需求十分强烈。

总的来看,现行法律规定在以下方面可能超出 1982 年《宪法》第 40 条第 2 句的文义界限:(1)限制理由。除了 1982 年《宪法》第 40 条第 2 句规定的国家安全和追查刑事犯罪之外,还包括维护刑罚的有序执行、调查取证、证券管理秩序、税收管理秩序、出入境秩序、网络安全、反恐、反腐败案件调查取证、未成年人人身安全等。(2)限制主体。除了 1982 年《宪法》第 40 条第 2 句规定的公安机关(国家安全机关)和检察机关以外,还有监狱、人民法院、国务院证券监督管理机构、海关、全国人大常委会、国务院、省级政府、国家网信部门、税务机关、军事情报机关、监察委员会等机关可以依法限制公民通信权。(3)限制方式。具体包括针对通信自由限制的扣留、通信管制、停止或阻断传输等,还有针对通信秘密限制的查阅和复制通信记录,调取、查验、删除相关信息,技术侦查(侦察)措施等,这些方式明显与 1982 年《宪法》第 40 条第 2 句中“检查”的含义不一致。面对法律与宪法的不一致,到底是法律违反了宪法,还是 1982 年《宪法》第 40 条本身发生了意义变迁从而需要解释甚至修改,亟需学术界给出明确的答案。

实务部门也高度关注通信权限制与宪法之间的关系。全国人大常委会法工委 2019 年备案审查工作报告公布了“交警查手机案”,认为对公民通信自由和通信秘密的限制要遵循法律保留原则,有关地方性法规所作的规定已超越立法权限,从而要求制定机关废止相关规定。<sup>②</sup>除此之外,法律与宪法规定的不一致,还频频引发相关主体依据宪法而拒绝适用法律的争端。例如,《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第 67 条规定人民法院有调查取证权,其他单位和个人有义务予以配合。那么,人民法院能否要求电信公司等单位提供当事人的通话记录、短信内容等通信秘密信息? 1982 年《宪法》第 40 条显然没有授予人民法院限制公民通信秘密的权力,但人民法院依据《民事诉讼法》则可以调取,实践中通讯公司的做法不尽一致,其拒绝取证后被罚款的案例时有发生。<sup>③</sup>不仅如此,对于监狱检查服刑人员信件、监察委员会因办案需要调取公民通信信息等问题都引起讨论,需要宪法予以回应。

针对立法限制公民通信权引起的合宪性问题,学术界提出了多种解决方案:(1)确认通信权

---

① 直观上不太符合宪法通信权限制规定的法律包括:《中华人民共和国监狱法》第 47 条,《中华人民共和国民事诉讼法》第 67、70 条,《中华人民共和国行政诉讼法》第 40、41 条,《中华人民共和国刑事诉讼法》第 52、54、196 条,《中华人民共和国证券法》第 170 条,《中华人民共和国证券投资基金法》第 113 条,《中华人民共和国海关法》第 6、47、48、49 条,《中华人民共和国戒严法》第 9、13 条,《中华人民共和国反恐怖主义法》第 19、45 条,《中华人民共和国国家情报法》第 15、16 条,《中华人民共和国网络安全法》第 47、48、50、58 条,《中华人民共和国监察法》第 25、28 条,《中华人民共和国未成年人保护法》第 63 条,《中华人民共和国税收征收管理法》第 54 条。完全符合宪法通信权限制的法律包括:《中华人民共和国邮政法》第 3 条,《中华人民共和国刑法》第 252、253 条,《中华人民共和国民事诉讼法》第 143 条,《中华人民共和国反间谍法》第 13 条。

② 参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于 2019 年备案审查工作情况的报告——2019 年 12 月 25 日在第十三届全国人民代表大会常务委员第十五次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2020 年第 1 期。

③ 参见张国香、宁杰:《法院取证违宪吗?——对电信条例“拒绝”法院取证的不同认识》,《人民法院报》2004 年 5 月 26 日。

限制的法律保留原则,将法律之下的规范性文件限制公民通信权定性为违宪。<sup>①</sup>(2)将通信秘密区分为通信内容信息与非通信内容信息,<sup>②</sup>并分别遵循1982年《宪法》第40条第2句的加重法律保留和第1句的单纯法律保留。<sup>③</sup>(3)关于通信秘密中的通信内容的限制是否合宪,学术界提出若干观点:其一,扩张解释第40条第2句中的限制理由或限制主体;<sup>④</sup>其二,借助“一元内在制约理论”来论证特别法律保留外容许其他情况的通信权限制;<sup>⑤</sup>其三,将第40条第2句中的“检查”解释为“秘密检查”,从而将“非秘密检查”的通信权限制情况全部归入第40条第1句的调整范围;<sup>⑥</sup>其四,彻底转向宪法修改论,主张删除第40条第2句的绝对排他性规定,并设置兜底限制条款。<sup>⑦</sup>(4)将通信自由的限制归入第40条第1句的单纯法律保留。<sup>⑧</sup>

现有研究成果为破解1982年《宪法》第40条面对部门法冲突和实务困境提供了有益方向,但还无法完全消除部门法存在的合宪性疑虑。包括:(1)通信自由与通信秘密的保护强度、保护利益是否有所区别,从而需要遵循不同的法律保留原则和限制条件?(2)1982年《宪法》第40条第1句和第2句是否可以形成限制强度不同的单纯法律保留和加重法律保留序列?若答案是肯定的,则理由何在?(3)1982年《宪法》第40条第2句中的“检查”是否仅针对通信秘密中通信内容的获取?(4)对通信自由的限制,是否需要分层处理并遵循不同的法律保留原则?若答案是肯定的,则依据什么标准进行分层?(5)针对通信秘密中的通信内容的限制,现有研究还不够系统深入,无法有效回应现行法律的限制需求。因此,本文拟继续推进1982年《宪法》第40条有关权利限制的教义学分析,以消除现行部分法律引发的合宪性疑虑;同时,以1982年《宪法》第40条的解决方案为参照,也可为释放我国宪法中其他基本权利限制的空间提供规范借鉴。

## 二、通信自由和通信秘密的限制条件趋同

按照基本权利限制的三阶层审查框架,讨论法律对通信权限制的合宪性,首先要考察通信权的保护范围,以审视法律的权利限制规定是否落入宪法的通信权条款,然后再分析法律是否构成

<sup>①</sup> 参见王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,《政治与法律》2020年第8期;张翔:《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》,《比较法研究》2021年第1期。

<sup>②</sup> 通信内容信息即通信主体间交换的信息内容,如短信内容、邮件内容等,它是通信秘密保护的核心领域;非通信内容信息指的是通信内容以外与通信相关的信息,包括发信人和收信人的姓名、地址、通信时间、通信频率等。

<sup>③</sup> 王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,《政治与法律》2020年第8期;张翔:《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》,《比较法研究》2021年第1期;杜吾青:《论通信秘密的宪法保障——以电子通信元数据为切入》,《甘肃政法大学学报》2021年第6期;陈道英:《网络时代的通信秘密:性质、范围及限制》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2022年第7期。

<sup>④</sup> 例如,对于限制主体的扩张解释,“监察机关虽然在通常的文义上不属于1982年《宪法》第40条上的‘检察机关’,但因为其与检察机关有着职权上的先后承继,因此将其界定为1982年《宪法》第40条的‘检察机关’,似无可”。杜强强:《符合法律的宪法解释与宪法发展》,《中国法学》2022年第1期。

<sup>⑤</sup> 参见陈道英:《网络时代的通信秘密:性质、范围及限制》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2022年第7期。

<sup>⑥</sup> 参见彭鋈:《再论八二宪法通信权条款:原旨与变迁》,《法学评论》2023年第5期。

<sup>⑦</sup> 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》,《政治与法律》2020年第7期。

<sup>⑧</sup> 参见张翔:《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》,《比较法研究》2021年第1期;杜吾青:《论通信秘密的宪法保障——以电子通信元数据为切入》,《甘肃政法大学学报》2021年第6期。

对基本权利的限制,以及法律与宪法权利限制条款的一致性。而通信权的保护范围与通信权所保护的法益密切相关,并直接决定哪些行为受 1982 年《宪法》第 40 条的调整。关于 1982 年《宪法》第 40 条公民通信权所保护的法益,目前存在“秘密说”“通信信任说”“通信空间说”“消极表达自由说”和“综合说”等不同观点,<sup>①</sup>直接影响通信权的保护范围。1982 年《宪法》第 40 条首次采用“通信自由与通信秘密”的全称,而此前的《中国人民政治协商会议共同纲领》(以下简称《共同纲领》)、1954 年《宪法》、1975 年《宪法》、1978 年《宪法》则交替使用通信(讯)自由、通信秘密的表述。那么,通信自由和通信秘密所保护的法益究竟是什么?二者是否存在区别?

#### (一)通信自由与通信秘密所保护的法益不同

对 1982 年《宪法》第 40 条通信自由与通信秘密所保护法益的准确释义,应回到历史的维度。纵观《共同纲领》及 4 部宪法有关通信权的条文表述、安放位置以及与其他权利之间的关系,可以探寻制宪者或修宪者对通信权性质的意旨。《共同纲领》第 5 条规定了通讯自由,与表达自由及其他自由权同列于一款,突出其自由权属性。1954 年《宪法》第 90 条<sup>②</sup>第 1 款规定了通信秘密,与住宅权并列,注重通信秘密与住宅权的亲缘性,同条还规定了居住和迁徙自由。1975 年《宪法》第 28 条<sup>③</sup>又转而保护通信自由,将通信与表达自由并列规定于第 1 款,并与其他自由权集中规定于一条。1978 年《宪法》第 45 条<sup>④</sup>大体沿用了 1975 年《宪法》的自由权集中规定模式,但将宗教信仰自由、人身自由和住宅自由另条规定,更凸显通信自由与其他政治表达自由的共通性。1982 年《宪法》第 40 条首次将通信自由和通信秘密合为一体进行全面保护,与其他自由权相分离而单列一条。将通信自由与通信秘密从其他政治权利中单列出来,除了显示该权利具有相对独立的保护范围,还表明通信的目的不只关涉政治,也包括其他非政治性内容。<sup>⑤</sup>根据以上有关通信权的文本规定,可以大致梳理出通信自由、通信秘密的权利性质和保护的法益。

首先,《共同纲领》和 1975 年《宪法》、1978 年《宪法》均规定了通信自由,将通信与言论等表达自由放在同一个条款加以规定,体现出它们之间在政治表达方面的共通性。只不过,通信是秘密的表达,而言论等方式是公开的表达,所以通信自由的规定主要是以保障通信双方秘密的表达为目的,防范公权力对通信过程的阻断、禁止等行为。

其次,1954 年《宪法》的规定虽然在名称上采用了“通信秘密”的表述,并将其与住宅权同列一款,与居住和迁徙自由同列一条,但仍没有脱离自由权的属性。根据宪法起草委员会第五次全体会议对该条的讨论,之所以将通信秘密与住宅权规定于一款,是因为两者之间关系密切,并且

<sup>①</sup> 参见吴飞:《民事诉讼过程中法院调取通话记录的合宪性考析》,《西南政法大学学报》2023 年第 6 期。

<sup>②</sup> 1954 年《中华人民共和国宪法》第 90 条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯,通信秘密受法律保护。中华人民共和国公民有居住和迁徙的自由。”

<sup>③</sup> 1975 年《中华人民共和国宪法》第 28 条规定:“公民有言论、通信、出版、集会、结社、游行、示威、罢工的自由,有信仰宗教的自由和不信仰宗教、宣传无神论的自由。公民的人身自由和住宅不受侵犯。任何公民,非经人民法院决定或者公安机关批准,不受逮捕。”

<sup>④</sup> 1978 年《中华人民共和国宪法》第 45 条规定:“公民有言论、通信、出版、集会、结社、游行、示威、罢工的自由,有运用‘大鸣、大放、大辩论、大字报’的权利。”

<sup>⑤</sup> 参见周旺生编著:《生活中的法律 公民的法律权利》,时事出版社 1985 年版,第 34~35 页。

有波兰、蒙古、朝鲜、罗马尼亚等 10 国的立法例作为参照。<sup>①</sup> 而究竟通信与住宅之间有着何种关联,没有确切的资料说明。有学者认为,这样规定,表明二者具有一定的亲缘性,即都涉及隐私利益。<sup>②</sup> 该观点揭示出通信秘密是以保护私生活自由为目的,即保护特定人之间交流的内容不让其他人知晓。

再次,1982 年《宪法》有关通信权的规定以 1954 年《宪法》为基础,并扩展至通信自由。1982 年《宪法》第 40 条规定了通信自由和通信秘密,位于第 38 条人格尊严和第 39 条公民住宅权之后,这种位置和排序与 1954 年《宪法》的规定极为相似。如果将通信权视为表达自由,那么为何 1982 年《宪法》不把它放在第 35 条“言论、出版、集会、结社、游行、示威”之后,值得深思。可能的解释是,修宪者特意采用“通信自由和通信秘密”的全称,借鉴前几部宪法在通信自由、通信秘密规定方面的经验,既保护通信自由指向的表达自由,也保护通信秘密指向的通信隐私。由于 1982 年《宪法》第 35 条已经规定表达自由,其可以涵盖通信自由,因此为了强调通信权的隐私保护面向,才将之后移至第 40 条,这表现出通信秘密与人格尊严、住宅权在隐私保护方面存在共通性。通信自由与通信秘密属于广义的人身自由,国内的主流宪法学教材都将通信自由与通信秘密置于人身自由的类权利之下,其主要考虑是从隐私保护出发的。<sup>③</sup> 这样理解,才和 1982 年《宪法》在第 40 条规定通信自由与通信秘密的用意相吻合。

根据上述历史资料的分析,1982 年《宪法》第 40 条规定了公民的通信自由和通信秘密两个紧密相连但可以分开讨论的权利。通信自由和通信秘密属于不同的权利类型,其保护法益和保护范围不尽相同。其中,通信自由所保护的法益为表达自由,具体包括政治性表达和非政治性表达,强调不得对通信表达行为进行非法干预而影响通信到达另一方,旨在防范禁止、阻断通信的行为。而通信秘密所保护的法益为通信隐私,涵盖通信空间和通信信息,强调公民的通信空间不得被随意侵入,以及与通信相关的信息不得被非法获悉,以防范开拆等侵入通信空间和获取、公开通信信息的行为。值得注意的是,通信秘密是一种特殊的隐私权保护类型,应将通信秘密理解为通信隐私,即通信的相关信息默认为只能让通信方知晓,即使该信息在其他领域已经不属于秘密,但基于通信双方的人身属性这也仍然属于通信隐私,重点不在于通信信息是否属于“秘密”,只要未经允许违背当事人意愿侵入通信空间就构成对通信秘密的侵犯。因此,将通信秘密确定为隐私保护并不会产生困惑。基于不同的保护范围,通信自由与通信秘密分属于不同的限制体系,不能混为一谈,应根据各自的限制情况和行为方式的不同合理划定限制条件,在 1982 年《宪法》第 40 条项下形成并列的二元限制体系。现行法律对公民通信权的限制,应首先纳入通信自由或通信秘密体系下,再作进一步的合宪性论证。

## (二)通信自由与通信秘密的限制程度一致

由于通信自由与通信秘密分属不同的限制体系,因此还需要明确二者的限制条件是否等同。从行文来看,1982 年《宪法》第 40 条第 2 句所规定的加重法律保留不仅针对通信秘密,也针对通

<sup>①</sup> 在会议讨论时,周鲠生说,“第 1 款的‘住宅不受侵犯’移到通信自由后面好些,因为它与迁徙自由没关系”;田家英也认为,“住宅不受侵犯可以加在‘通信’之中……关于住宅不受侵犯,波兰宪法是这样写的:‘住宅不可侵犯和通信秘密均受宪法法律的保护。’蒙古、朝鲜、罗马尼亚都是这样写的”;钱端升赞同:“‘住宅、通信’移作一款好”。韩大元编著:《1954 年宪法与中国宪政》,武汉大学出版社 2008 年第 2 版,第 194~195 页。

<sup>②</sup> 参见李忠夏:《数字时代隐私权的宪法建构》,《华东政法大学学报》2021 年第 3 期。

<sup>③</sup> 参见《宪法学》编写组编:《宪法学》,高等教育出版社 2020 年第 2 版,第 207~212 页。

信自由,二者受到同等保护。该句在明确列举理由、主体、程序和方式等限制条件后,采用“除……外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯通信自由和通信秘密”的绝对排他性表述方式,表明其限制对象既包括通信自由,也包括通信秘密。如果上述限制条件只针对通信秘密,那么该句应表述为:“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秘密”。因此,学术界提出“检查”一词指的是获取通信信息,仅与通信内容相对应,<sup>①</sup>或者“检查”为“秘密检查通信内容”,<sup>②</sup>似有不妥。从行文逻辑来看,检查对应的是限制“通信自由和通信秘密”的行为,因此应解释为包含作为获取通信内容之前提或接续的扣留等行为,即“检查”包括对信件的内扣、毁弃、开拆等限制通信自由和通信秘密的行为。2009年修订的《中华人民共和国邮政法》(以下简称《邮政法》)第36条的规定可作为佐证,<sup>③</sup>该条细化了1982年《宪法》第40条第2句的规定,其限制手段涵盖通信秘密和通信自由,说明“检查”一词在不同文本中的含义会有所区别。因此,仅从“检查”的通常含义来判断1982年《宪法》第40条第2句的加重法律保留所规制的对象,与1982年《宪法》第40条的意旨不符。

从通信自由与通信秘密的紧密联系来看,二者对公民通信的保护缺一不可,对公民通信限制的程度趋向一致。通信自由是通信秘密的前提和基础,没有通信自由,就没有通信秘密;而通信秘密是通信自由的实质内容,若无通信秘密的保护则通信自由形同虚设,所谓公开的通信就不是通信自由。关于1982年《宪法》对通信自由与通信秘密的联袂规定,许崇德先生曾评价道:“如果只承认通信自由权,而无通信秘密权,公民的通信自由还是得不到保障;相反,如果只承认通信秘密权,而无通信自由权,公民的通信权也就无法实现。因此,这两个方面都是不可缺少的,二者结合起来构成了一项完整的通信自由权利”。<sup>④</sup>这从《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)规定的“侵犯通信自由罪”等罪名的表述中也可可见一斑。1979年《刑法》第149条规定了“侵犯通信自由罪”,即“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件,侵犯公民通信自由权利,情节严重的,处一年以下有期徒刑或者拘役”。1997年刑法修改时增加了“私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪”,表述为“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的,处二年以下有期徒刑或者拘役”。以后的历次刑法修改都没有改变其内容。《刑法》对犯罪行为的列举并没有区分通信自由与通信秘密,将保护的法益统一为通信利益,即不区分通信自由与通信秘密各自保护利益的强弱,也不认为对二者的侵犯程度有强弱差异。

从比较法上看,很多国家的宪法仅规定通信秘密,用来保护通信中产生的隐私,而将通信自由所要保护的表达自由交给言论自由条款来落实,即通常是将通信秘密与表达自由以不同条文

<sup>①</sup> 参见王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,《政治与法律》2020年第8期;张翔:《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》,《比较法研究》2021年第1期。

<sup>②</sup> 参见彭箴:《再论八二宪法通信权条款:原旨与变迁》,《法学评论》2023年第5期。

<sup>③</sup> 《中华人民共和国邮政法》第36条规定:“因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,公安机关、国家安全机关或者检察机关可以依法检查、扣留有关邮件,并可以要求邮政企业提供相关用户使用邮政服务的信息。邮政企业和有关单位应当配合,并对有关情况予以保密。”

<sup>④</sup> 许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社2011年版,第322页。

规定。<sup>①</sup> 通信自由属于表达自由,实行高强度保护,合宪性审查时一般作严格审查。通信自由与其他表达自由的限制条件有所区别,因为通信自由属于特定主体间的秘密表达,不具有公开性,所以其社会影响性相对较弱,不需要对其进行过多限制。但通信自由与通信秘密在保护强度上区别不大。通信秘密属于隐私权,但通信秘密较隐私权受到保护的强度更高,它更强调通信过程、空间不受侵犯,而限于通信的内容是否为秘密,因此对公权力的约束也更严格。<sup>②</sup> 对通信自由与通信内容的限制即通信无法到达对方,与通信可以到达但内容被他人获知,二者对公民权利的影响孰轻孰重,无法精确衡量,因此也就很难对通信自由和通信秘密作不同限制程度的区分处理。

### 三、通信权限制的示例性及重新布局

1982年《宪法》第40条公民通信权条款由两句话构成:第1句为保障性条款,要求法律对通信权的媒介作制度性规定;第2句为限制性条款,采取加重法律保留和绝对排他性规定严格规范下位法对通信权的限制。这两句话分别从正反两方面保障公民通信权。随着信息技术的广泛应用,当代公民的通信媒介早已超越仅通过纸质信件来通信的时代,手机、微信、电子邮箱等新通信方式在范围、频次、速度等方面都发生了质的飞跃,通信在人们生活中的覆盖面和社会关联性越来越强。基于此,现行多部法律根据公共利益的需要都对通信权进行限制,但也导致法律与宪法之间出现某种张力。因此,亟需扩张1982年《宪法》第40条通信权的限制范围,破除1982年《宪法》第40条第2句的严格限制条件,使其转变为一种具有相对开放性的限制条款。否则,就只能通过修宪解决。学术界提出的公民基本权利限制“示例性规定”的观点,<sup>③</sup>可以作为特殊情况下的尝试。在1982年《宪法》第40条第2句实现了限制条件的“松绑”后,还需要重新构建一套针对通信自由和通信秘密的分层限制体系,尽量囊括各种不确定的限制情形。

#### (一)1982年《宪法》第40条第2句的示例性

将宪法规定的加重法律保留理解为示例性规定,并不排除其他条件下对该基本权利限制的可能性。“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明确规定”,<sup>④</sup>这种规定大多是一种示例性规定,“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……在典型情形之外仍容有其他的各种可能性”。<sup>⑤</sup> 概言之,基本权利限制的示例性原则为法律在其他情况下限制公民基本权利提供了合宪性论证的空间和余地。

基本权利限制的示例性作为一种弥补宪法文本局限的做法并不鲜见,实际上,在公民基本权利以及公民基本义务领域还存在其他示例性(例示性)规定。“人民之权利义务,并非以宪法明文

<sup>①</sup> 参见[日]阿部照哉、[日]池田政章、[日]初宿正典等编著:《宪法——基本人权篇》(下册),周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第186~187条。

<sup>②</sup> 参见陈道英:《网络时代的通信秘密:性质、范围及限制》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2022年第7期。

<sup>③</sup> 参见张翔:《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》,《比较法研究》2021年第1期。

<sup>④</sup> 王锴:《调取查阅通话(讯)记录中的基本权利保护》,《政治与法律》2020年第8期。

<sup>⑤</sup> 张翔:《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》,《比较法研究》2021年第1期。

规定者为限,而宪法之规定,只是就其主要者为一种例示之列举而已……在宪法之规定外,而人民尚有他种相当之权利与义务,不能谓人民之权利义务,已尽在宪法规定之中也。”<sup>①</sup>就公民基本权利而言,“基于人的认识能力有限性、成文宪法本身的局限性和基本权利内容的发展性,任何国家都不可能在宪法文本中将应当受到保障的基本权利尽数列举,由此而产生所谓宪法未列举权利的问题”。<sup>②</sup>公民基本义务也具有示例性,宪法所规定的公民基本义务仅为举例说明,并没有穷尽所有的公民基本义务类型。<sup>③</sup> 示例性意为宪法的规定仅为举例说明,并没有穷尽所有的类型,除了宪法的明文规定,还可能存在其他情况,需要通过宪法解释的方法审慎证成,这体现了宪法文本的开放性特征。

1982年《宪法》第40条第2句的限制性规定之所以具有示例性,是因为宪法条文本身可能存在法律漏洞。法律漏洞是指现行法体系上存在影响法律功能且违反立法意图之不完全性。<sup>④</sup> 1982年《宪法》第40条出现因情势变更而导致的宪法漏洞,需要填充宪法规范以涵盖某些新出现的情况。在1982年《宪法》第40条第2句外增设其他限制情况,虽有历史缘由,也顺应社会发展,但从形式上看明显超越1982年《宪法》第40条第2句的文义射程。德国学者拉伦茨把填补法律漏洞看作是法律解释的延续,“法律解释与法官的法的续造并非本质截然不同之事,毋宁应视其为同一思考过程的不同阶段”。<sup>⑤</sup> 狭义的法律解释的界限就是文字的可能范围,这是解释的第一阶段;一旦解释超越法律文字可能的意义范围,需要通过立法原意的探寻或者法的目的之寻找进行解释,就属于漏洞填补,相当于法内的法律续造,这是解释的第二阶段;而当法官需要在法律秩序的整体上进行解释活动时,就属于超越法律的法的续造活动,此乃法律解释的第三阶段。<sup>⑥</sup> 黄茂荣也提出漏洞填补在性质上是法律解释的继续的观点,并且表达了法律解释活动只是在法律的可能文义范围内明确规范的含义,而漏洞填补除了在法内漏洞的情况下填补立法之不足以外,还须在法律可能的文义之外进行补充。<sup>⑦</sup> 将1982年《宪法》第40条第2句中的加重法律保留解释为示例性,并不违背制宪者的立宪意图,合乎时代的需要和现实的需求,从而使1982年《宪法》第40条具有更强的社会适应能力。因此,应该以超越宪法文义的解释方式来扩张1982年《宪法》第40条第2句的规范意涵,进行宪法的续造。张翔认为:“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1982年《宪法》第40条规制对象的前提下,再进行进一步的合宪性审查。”<sup>⑧</sup> 这种解释方案虽然面临宪法明文规定的诘难,但是考虑到制宪者意图以及制宪时的历史局限,“示例性”的处理无疑是最为合适且成本最小的选择。

① 张知本:《宪法论》,中国方正出版社2004年版,第99页。

② 王广辉:《论宪法未列举权利》,《法商研究》2007年第5期。

③ 参见梁洪霞:《公民基本义务:原理、规范及其应用——一个宪法学的视角》,中国政法大学出版社2012年版,第27~28页。

④ 参见梁慧星:《民法解释学》,法律出版社2015年第4版,第253页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第246页。

⑥ 参见姚建宗主编:《法理学》,科学出版社2010年版,第547页。

⑦ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第351页。

⑧ 张翔:《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》,《比较法研究》2021年第1期。



## (二)1982年《宪法》第40条第1句与第2句的分工限制框架

1982年《宪法》第40条第2句仅仅是一种举例,由此释放了对通信权进行限制的制度空间。换言之,该第2句相当于删掉了其中的“绝对排他性规定”,而仅剩“加重法律保留”,于是转变为一种通信权限制的典型情况,该句可转述为“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按照法律规定的程序对通信进行检查”。由此,该加重法律保留既针对通信自由,也针对通信秘密,检查行为没有特别指向通信秘密。加重法律保留针对通信自由和通信秘密中限制较强的情况,不具有普遍性。如果限制程度较弱,则归属于1982年《宪法》第40条第1句的单纯法律保留,从而形成1982年《宪法》第40条第1句与第2句在权利限制上的具体分工。

1982年《宪法》第40条第1句采用权利“受法律的保护”句式,授予法律一体两面的“内容形成”保留和“单纯限制”保留。在1982年《宪法》第2章的公民基本权利条款中,第40条是唯一采用“受法律的保护”句式的权利,既不同于第40条之前诸条款“禁止非法”等表述,<sup>①</sup>也不同于第40条之后“依照法律规定”等表达方式。<sup>②</sup>“禁止非法”反向理解为授权法律予以权利限制,即法律保留,而“依照法律规定”意为授权法律以形成权利范围。该句中“受法律的保护”结合了前述两种意涵,带有双重功能和双重授权,兼顾内容形成和权利限制,体现了宪法对部门法约束的“内容形成”和“越界控制”之杂糅规定。<sup>③</sup>首先,通信权形成的法律保留。通信权具有中介性,需要借助实定法对相关通信媒介的制度化规定才能有效实现。通信“仅仅靠公民是无法实现的,它依赖于通信事业从业者提供的通信服务”。<sup>④</sup>正是在此意义上,“受法律的保护”要求法律对邮局、电信企业、网络服务商等组织、制度、程序等加以规定,以保障公民通信权的有效实现。这在宪法学上属于基本权利的形成范畴,是指由立法者来形成基本权利的保护范围,而仅限于法律来保护,被称为法律的内容形成保留或调整保留,此种保留形式对应的是基本权利的保护对象由法所创制的情形。<sup>⑤</sup>其次,通信权限制的单纯法律保留。通信权具有自由权属性,可能受到其他主体的不当侵犯,因此“受法律的保护”还暗含只允许法律加以限制的意涵,法律以下的其他规范性文件都没有资格限缩公民的通信权,即包含单纯法律保留原则,以此达到保护通信权的目的。<sup>⑥</sup>因此,1982年《宪法》第40条第1句内含的单纯法律保留可作为第2句加重法律保留的次级限制路径。

那么,通信权的限制如何在1982年《宪法》第40条第1句与第2句间进行分配?学术界普遍认为,宪法中的通信秘密可以作通信内容与非通信内容的分层保护,由于公众对二者的隐私保护期待有所不同,因此其分别遵循第2句的加重法律保留和第1句的单纯法律保留,<sup>⑦</sup>由此初步

<sup>①</sup> 例如,《中华人民共和国宪法》第37条第2款规定:“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,禁止非法搜查公民的身体”。

<sup>②</sup> 例如,《中华人民共和国宪法》第41条第3款规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得国家赔偿的权利”。

<sup>③</sup> 参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,《中国法律评论》2019年第1期。

<sup>④</sup> 陈道英:《网络时代的通信秘密:性质、范围及限制》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2022年第7期。

<sup>⑤</sup> 参见陈鹏:《中国宪法上基本权利法律保留的生成与构建》,《中国社会科学》2023年第12期。

<sup>⑥</sup> 参见王贵松:《行政活动法律保留的结构变迁》,《中国法学》2021年第1期;杜吾青:《论通信秘密的宪法保障——以电子通信元数据为切入》,《甘肃政法大学学报》2021年第6期。

<sup>⑦</sup> 参见张翔:《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》,《比较法研究》2021年第1期;杜吾青:《论通信秘密的宪法保障——以电子通信元数据为切入》,《甘肃政法大学学报》2021年第6期;陈道英:《网络时代的通信秘密:性质、范围及限制》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2022年第7期。

完成了通信秘密的二元划分以及对应的二元限制框架。对于通信自由,张翔认为通信自由应遵循单纯法律保留。但是,这明显不符合1982年《宪法》第40条第2句对通信自由也实行加重法律保留的规定。实践中法律往往将限制通信自由和限制通信秘密的行为放在一起规定,如《中华人民共和国监狱法》(以下简称《监狱法》)第47条规定对公民通信内容检查后决定是否扣留,《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》)第47条规定对用户信息进行管理并可采取立即停止传输该信息、消除等处置措施,防止信息扩散。可见,法律对通信自由限制的合宪性论证思路与对通信秘密限制的合宪性论证思路基本相同,不能一概归入1982年《宪法》第40条第1句的单纯法律保留。通信自由的类型较多:从表达内容上看,不仅包括政治上的表达自由,还包括非政治性表达;从限制方式看,包括某区域内普遍限制通信自由的通信管制、针对特定主体的个别通信自由限制、检查完公民通信内容后决定是否限制通信自由等情况;从限制程度看,包括完全中断公民间通信和部分信息无法到达对方等情形,未来还要根据具体情况作个案判断和类型化梳理。就目前而言,对于通信自由限制的法律保留原则,也应作分层处理。从限制的结果来看,无论是区域性限制还是特别个体限制,抑或是检查后限制,对于公民个人而言都可能导致其无法与他人通信,因此一般情况下都应归入加重法律保留,不能随意降格为单纯法律保留。但是,有些限制仅使公民的部分通信内容无法到达对方,并没有实质性地影响通信自由,这部分通信自由限制可以仅遵循单纯法律保留。随着实践的发展,也不排除未来作更为精细的分层处理。

综上所述,由于公民对隐私保护的期待程度不同,1982年《宪法》第40条第2句的加重法律保留规定保护通信秘密中的内容信息,而1982年《宪法》第40条第1句保护其非内容信息;同时,基于通信自由所保护的表达利益的重要性,一般情况下对公民通信的全部中断都归入第2句的加重法律保留,而对公民通信自由的部分限制则归入第1句的单纯法律保留。由此,1982年《宪法》第40条第1句和第2句形成了一个通信权保护的阶层式限制框架。

### (三)1982年《宪法》第40条第2句内与第2句外的阶层式分布

在1982年《宪法》第40条第1句管辖范围外其他对通信权的限制,首先需要在1982年《宪法》第40条第2句内考虑是否具有宪法依据。在通信权限制情况无法归入1982年《宪法》第40条第2句的限制理由、主体等条件后,再运用宪法教义学方法在1982年《宪法》第40条第2句外创设平行或强弱有序的权利限制框架,以寻求宪法支持。从而以1982年《宪法》第40条第2句为基础,形成了一个限制通信权的阶层式分析框架,根据通信权限制的具体情况和影响强度,其限制理由和主体呈现出同等、高于或低于第2句的分层限制序列。相较于将1982年《宪法》第40条第2句外的限制情况全部归入第1句的单纯法律保留并依比例原则进行审查,在第2句外构建限制序列更加规范和严格,将更有利于对公民通信权的保护。

首先,1982年《宪法》第40条第2句是宪法明确规定的限制条件,也是实践中较常适用的典型情况。现行立法中有关全部中断通信自由和通信内容等限制情况的规定,应该首先审查是否符合1982年《宪法》第40条第2句的规定。根据该第2句中的限制条件,限制程序需符合法律保留原则,实际上与权利限制需要遵循的法律保留重叠,可以略去。而限制方式中的“检查”,既包括对通信内容的获取,也包括对通信自由的禁止,无须在限制什么对象或具体采取何种方式上纠结,而只须审查限制方式是否合比例。因此,判断法律限制通信权的合宪性,主要考察1982年《宪法》第40条第2句的限制理由和限制主体,其每一项限制规定还可通过宪法解释进一步细化。还需注意的是,“国家安全或追查刑事犯罪”的限制理由并不是最严厉的情况,不能因此轻易

否定立法中存在的其他限制理由。

其次,在1982年《宪法》第40条第2句无法容纳某些法律对通信权的限制时,还可以审慎启动第40条第2句外的限制空间。具体而言,需要在1982年《宪法》第40条第2句的具体列举之外进行宪法的续造,以弥补1982年《宪法》第40条存在的漏洞,从而建构一套对通信内容、通信自由进行其他限制的规范体系和学理体系。漏洞填补的方法有很多种,包括目的性扩张、目的性限缩、类推适用、反对解释等。针对1982年《宪法》第40条第2句的漏洞情况,恰当的方法是进行类推适用。所谓类推适用,是把一条法律规则扩大适用于一种并不为该规则的语词所涉及的、却被认为属于构成该规则之基础的原则范围内的事实情形。对规则进行类推适用源于我们对正义的理解,正义的一个基本原则就是法律应当以相同的方法对待基本相似的情形。简言之,就是“同等情况同等对待,不同情况不同对待”,而“类似性”是类推适用的操作媒介。因此,类推区别于演绎推理和归纳推理,它可以被描述为从一种特殊到另一种特殊、由个别到个别的推理,是一种间接推论,需要经过三段论的推演。类推适用在方法上类似于当然解释中的“举重以明轻、举轻以明重”,都是根据程度的差异所作的区别对待,只不过当然解释一般属于狭义的法律解释范畴,解释并没有超出法条所欲实现的价值和目的,也无须通过三段论加以推演。在1982年《宪法》第40条第2句之外罗列与第2句类似或不同的限制情况,从而形成一套包含多层限制理由和主体的框架体系,已经走到漏洞填补和宪法续造的边界,轻易不得为之。

#### (四)通信权限制的现实关照

根据上述通信权的限制架构,现行14部限制公民通信自由或通信秘密的法律,基本都可以对号入座地找到合宪性论证路径。例如,2004年修改的《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第180条明确授权证券监管机关有权查阅、复制与被调查事件有关的通讯记录等资料,这属于限制公民非通信内容的立法。全国人大常委会法工委在起草时也意识到《证券法》第180条与1982年《宪法》第40条可能存在冲突,但最终认为《证券法》第180条“规定的查阅复制与被调查事件有关的通讯记录,应当仅限于通讯公司提供的通话时间、通话对象等资料,而不包括有关的通讯内容”。<sup>①</sup>言外之意是,1982年《宪法》第40条第2句的限制对象不包括非通信内容。对《中华人民共和国证券投资基金法》第113条的规定也可作类似的分析。除此之外,《民事诉讼法》<sup>②</sup>《中华人民共和国行政诉讼法》《中华人民共和国税收征收管理法》《中华人民共和国海关法》等法律的相关规定也需要作合宪性限缩,解释为仅限于查阅公民的非通信内容信息。

又如,《监狱法》第64条限制服刑人员通信权的规定,涉及对公民通信自由和通信秘密的双重限制。监狱基于狱政管理的需要,可以对服刑人员的信件进行检查、扣押。有学者从1982年《宪法》第40条第2句的特别法律保留出发,认为《监狱法》违宪;<sup>③</sup>也有从保护犯人权利角度认

<sup>①</sup> 《证券法释义》编写组编:《〈中华人民共和国证券法〉释义》,中国法制出版社2005年版,第282页。

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第14条已经对《中华人民共和国民事诉讼法》所规定的人民法院调查取证权进行了明确的限缩,即“电子数据包括下列信息、电子文件……(2)手机短信、电子邮件、即时通信、通讯群组等网络应用服务的通信信息;(3)用户注册信息、身份认证信息、电子交易记录、通信记录、登录日志等信息……(5)其他以数字化形式存储、处理、传输的能够证明案件事实的信息”。

<sup>③</sup> 参见唐忠民:《公民通信自由和通信秘密保护的两个问题》,《法学》2007年第12期;温泽彬:《服刑人员信件检查的宪法分析》,《西南政法大学学报》2008年第3期;李忠夏:《数字时代隐私权的宪法建构》,《华东政法大学学报》2021年第3期。

为监狱检查犯人信件的权力应重新检视；<sup>①</sup>还有学者从主体的视角认为，监狱中限制服刑人员通信的主体实际上是监狱中的人民警察，而1982年《宪法》第40条第2句中的“公安机关”可解释为“警察机关”，这样就可以促成《监狱法》的合宪。<sup>②</sup>笔者认为，《监狱法》对服刑人员通信内容和通信自由进行限制旨在刑罚的有序执行，不符合1982年《宪法》第40条第2句的限制理由，也不属于第40条第1句限制非通信内容的范围，故只能在第40条第2句外作类推适用。由于监狱对服刑人员通信权的限制程度较大，因此必须进行严格审查，限制的理由、主体等都要满足必要性。世界上大多数国家都有关于监狱限制服刑人员通信的法律规定。例如，德国法院在“犯人通信案”<sup>③</sup>中认为，为了刑罚的有序执行，因犯人通信有“越狱、策划犯罪等”潜在危险，因此监狱检查服刑人员通信的做法并没有侵犯犯人的通信秘密。日本学术界对监狱限制服刑人员通信持质疑的观点，“关于监狱法中书信的开拆、涂销、删除，以及禁止接受书信等规定，即便特别预防、助成更生的目的可受肯定，但前揭制约对于达成此目的而言系过于广泛，难谓合宪”。<sup>④</sup>但是，《日本监狱法》《日本监狱法施行规则》《日本刑事收容设施及被收容者待遇法》仍然规定了必要时对服刑人员信件的检查制度，甚至允许针对特定人的信件进行删除、抹去等措施。因此，对服刑人员书信等通信的检查是狱政管理的长期做法，该限制行为能有效预防罪犯再犯罪以及对罪犯进行教育改造，只要将检查行为限制在合理必要的限度内，就不能轻言违宪。

此外，其他法律应该按照限制通信自由或通信秘密的具体情况和限制理由划入1982年《宪法》第40条第1句、第2句或第2句外进行合宪性审查。如果通信权限制的情况较为复杂，那么应该按照上述审查框架分类处理。例如，《中华人民共和国未成年人保护法》基于对未成年人的人身安全而采取的查阅信件等措施，应在1982年《宪法》第40条第2句外构筑同等强度的权利限制方式；《中华人民共和国戒严法》为了保护国家安全而采取通信管制措施，涉及对通信自由的全部中断，应在第2句“国家安全理由”内进行合宪性论证；《中华人民共和国监察法》（以下简称《监察法》）因反腐败调查取证的需要，除了采取技术调查措施可归入1982年《宪法》第40条第2句“追查刑事犯罪”理由以外，其他措施都应按照限制公民非通信内容、通信内容和全部中断通信自由而置于1982年《宪法》第40条第1句、第2句之外进行论证；<sup>⑤</sup>《网络安全法》《中华人民共和国反恐怖主义法》（以下简称《反恐怖主义法》）的限制方式多样，二者都可采取停止传输、删除、阻断传播等处置措施，涉及对公民通信秘密和通信自由的部分限制，限制手段较为特殊，应通过第40条第1句进行分析；而其他涉及通信自由全部中断（如特定区域内通信限制）及限制通信内容（如采取技术侦察措施）的情况，应根据限制理由的不同（国家安全或维护社会秩序）在1982年《宪法》第40条第2句内或第2句外进行论证。

① 参见陈道英：《网络时代的通信秘密：性质、范围及限制》，《暨南学报》（哲学社会科学版）2022年第7期。

② 参见杜强强：《符合法律的宪法解释与宪法发展》，《中国法学》2022年第1期。

③ 参见张翔主编：《德国宪法案例选释》（第1辑），法律出版社2012年版，第80～82页。

④ [日]阿部照哉、[日]池田政章、[日]初宿正典等编著：《宪法——基本人权篇》（下册），周宗宪译，中国政法大学出版社2006年版，第188页。

⑤ 参见梁洪霞：《监察委员会调查公民通信的合宪性证立》，《西南政法大学学报》2023年第6期。

## 四、通信权限制主体与限制理由的协同审查

1982年《宪法》第40条第2句的特别法律保留规定,是限制公民通信权的典型方法。学术界之前的研究鲜少将限制理由和限制主体结合分析,大多只从限制主体或限制理由一方面入手,认为只要满足其中一个要件就自然得出合宪的结论,而没有关注理由与主体的实质性对应关系,犯了以偏概全的错误。实际上,1982年《宪法》第40条第2句对通信权的限制,形成了“限制理由+限制主体”的“捆绑式”限制框架。但限制理由与限制主体相比,限制理由是引起公民通信权限制的逻辑起点,是限制公民通信权需要考虑的首要因素;而限制主体则是为了该限制理由的有效完成而设定的最佳国家机关,具有附随性。因此,在限制理由的主导下,可以根据功能适当原则适度扩张解释限制主体,这样才能更加清晰地展现1982年《宪法》第40条第2句的合宪性控制逻辑。根据1982年《宪法》第40条第2句中的两个限制理由——“国家安全和追查刑事犯罪”——应形成“限制理由+限制主体”的双线限制路径。

从实际情况看,国家安全和追查刑事犯罪这两个限制理由存在交叉重合之处。《刑法》分则第1章“危害国家安全罪”之下,具体列举了十几种涉及国家安全的系列罪名。因此,为了追查国家安全类的刑事犯罪,从内容上看就符合国家安全和追查刑事犯罪两个理由。但这一做法不利于概念的清晰界定,应严格区分两种理由的内涵。广义上的国家安全概念包括追查国家安全类刑事犯罪,而为了使国家安全与追查刑事犯罪的外延不发生重合,狭义的国家安全概念可以限缩解释为不包括追查刑事犯罪的情况,即仅指为了调查危害国家安全的违法行为或基于国家安全需要的预防性措施。据此,追查刑事犯罪可以再次划分为追查国家安全类型的刑事犯罪与非国家安全类型的刑事犯罪。由此形成了两种理由项下外延不重合的限制路径,由限制理由搭配限制主体。这种双线限制框架是1982年《宪法》第40条对公民通信自由和通信内容进行限制的两条路径,法律对公民通信权的限制应在“理由+主体”中寻求合宪性支持。

### (一)国家安全理由及其限制主体

国家安全的含义相对抽象和模糊,原则性和概括性较强,可以从多种维度加以解释。但如果界定不清,那么可能引起一定的法律后果。如果对国家安全的概念不作明确的立法界定,就会对国家安全的理解产生歧义,模糊国家安全职能工作的界线和范围,为从事这类特殊工作的国家工作人员误用或滥用职权、侵犯公民或组织的合法权益提供了可能。<sup>①</sup>因此,必须根据所处时代的特殊性以及法律规制的需要,对1982年《宪法》第40条第2句的“国家安全”概念作准确的界定。

1982年《宪法》中的国家安全概念,其内涵和外延十分特定。国家安全是指当一个国家处于内乱和外患即国家生存受到威胁的状况。<sup>②</sup>1993年《中华人民共和国国家安全法》(以下简称《国家安全法》)第4条对国家安全的理解,如果依据1982年《宪法》中国家安全的含义,<sup>③</sup>是指保护国家主权和领土完整,防御间谍和叛变等行为。

随着总体国家安全观的提出,国家安全的含义更趋丰富,法律对国家安全的界定也发生变

<sup>①</sup> 参见吴庆荣:《法律上国家安全概念探析》,《中国法学》2006年第4期。

<sup>②</sup> 参见郑贤君:《基本权利原理》,法律出版社2010年第4版,第210~211页。

<sup>③</sup> 参见许安标、刘松山:《中华人民共和国宪法通释》,中国法制出版社2004年第2版,第143~144页。

化。2014年4月15日,习近平总书记在中央国家安全委员会第一次会议上做了重要讲话,标志着总体国家安全观的正式提出,为开创国家安全工作新局面指明了方向。他指出:“当前我国国家安全内涵和外延比历史上任何时候都要丰富,时空领域比历史上任何时候都要宽广,内外因素比历史上任何时候都要复杂,必须坚持总体国家安全观,以人民安全为宗旨,以政治安全为根本,以经济安全为基础,以军事、文化、社会安全为保障,以促进国际安全为依托,走出一条中国特色国家安全道路。”<sup>①</sup> 国家安全的概念包括传统安全和非传统安全,覆盖面广且体系完备。总体国家安全观是在我国面临的国家安全新形势新任务背景下提出的。在2013年党的十八届三中全会上,针对设立国家安全委员会的必要性和迫切性,习近平总书记对我国国家安全形势的概括是:“当前,我国面临对外维护国家主权、安全、发展利益,对内维护政治安全和社会稳定的双重压力,各种可以预见和难以预见的风险因素明显增多。而我们的安全工作体制机制还不能适应维护国家安全的需要,需要搭建一个强有力的平台统筹国家安全工作。设立国家安全委员会,加强对国家安全工作的集中统一领导,已是当务之急”。<sup>②</sup> 2015年《国家安全法》第2条全面贯彻总体国家安全观,明确了国家安全的概念内涵,即“国家安全是指国家政权、主权、统一和领土完整、人民福祉、经济社会可持续发展和国家其他重大利益相对处于没有危险和不受内外威胁的状态,以及保障持续安全状态的能力”。由此可见,法律中的“国家安全”概念在内涵和外延已经极大扩充,由原来的主要注重反间谍、叛变行为的政治安全演变为包括“政治安全、经济安全、军事安全、文化安全、社会安全”等5大要素的综合安全体系。

在总体国家安全观的指引下,我国颁布或修订了一系列法律,包括2014年《中华人民共和国反间谍法》(以下简称《反间谍法》)、2015年《国家安全法》、2016年《中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法》、2016年制定的《中华人民共和国国防交通法》《网络安全法》、2017年《中华人民共和国国家情报法》(以下简称《国家情报法》)、2017年《中华人民共和国核安全法》、2018修正的《反恐怖主义法》以及2021年《中华人民共和国数据安全法》等,基本形成以《国家安全法》为核心的国家安全法律规范体系。随着国际国内形势的发展变化,对国家安全构成威胁的行为已经远远超出自20世纪80年代以来的间谍、叛变行为,法律上的国家安全概念已经延伸至网络、核材料等领域,并将进一步扩张至粮食、能源、文化等领域可能危及国家安全的行为。

“国家安全”概念内涵和外延在立法上的不断丰富拓展,对1982年《宪法》第40条第2句的“国家安全”概念造成冲击。宪法是否需要顺应法律的发展变化而扩充“国家安全”的内涵和外延,使部分法律基于新的国家安全需要而采取限制通信权的措施获得宪法支持,是一个亟待解决的问题。解释者需要相互调适宪法和法律,在上下法律位阶的规范之间经由诠释循环达到法体系的动态和谐。合宪性的法律解释与合法律的宪法解释是两种不同的解释路径,包括宪法和法律的双重解释。<sup>③</sup> 其中,以法律为判准而在复数的宪法解释中进行选择的解释被称作“符合法律的宪法解释”。<sup>④</sup> 符合法律的宪法解释方法,为宪法在遭遇立法冲击时产生新的宪法含义提供了

<sup>①</sup> 中共中央党史和文献研究院编:《习近平关于总体国家安全观论述摘编》,中央文献出版社2018年版,第4~5页。

<sup>②</sup> 中共中央党史和文献研究院编:《习近平关于总体国家安全观论述摘编》,中央文献出版社2018年版,第3页。

<sup>③</sup> 参见李海平:《合宪性解释的三重性质》,《当代法学》2023年第5期。

<sup>④</sup> 参见翟国强:《宪法判断的原理与方法:基于比较法的视角》,清华大学出版社2019年版,第68页。

技术支持。不过该方法也有一定的界限,需要考虑解释结果与宪法规范的相容性。<sup>①</sup> 1982年《宪法》基于国家安全对公民通信进行限制,国家安全因为关系国家存亡所以是一项十分重要的公共利益。时至今日,这一理由并没有发生实质变化,只是基于国内外形势、科技的发展等原因国家安全受到的威胁更多、范围更广,故一些非传统安全领域(如文化安全、粮食安全、能源安全等领域)都可能存在威胁国家安全的风险。防微杜渐已经成为国家安全新的界定标准。

但是,1982年《宪法》第40条中的国家安全内涵还无法与总体国家安全观影响下的《国家安全法》中的国家安全内容相一致。毕竟1982年《宪法》第40条主要考虑对公民通信权的限制理由,如果盲目扩大国家安全的范围,那么将可能实质性剥夺公民通信权,1982年《宪法》第40条第2句的特别法律保留也会形同虚设。现行法律只是有限地扩大对公民通信权限制的领域,包括为了保护国家安全而收集情报、保障网络安全等情况。此种新的国家安全类型,内涵大为扩张,边界更为模糊,须秉持审慎的态度,避免对公民通信权的过分干预。

“国家安全”限制理由下的通信限制主体,也由1982年《宪法》中的公安机关扩充至包括国家安全机关、军事机关、国家情报机关等国家机关。对于国家安全工作,根据1982年《宪法》的规定由公安机关行使。1982年《宪法》第40条第2句规定的限制主体“公安机关、检察机关”中公安机关既对应国家安全理由,也对应刑事侦查理由。1983年《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》(以下简称《决定》)设立国家安全机关。但《决定》内容仅明确国家安全机关享有涉及国家安全类刑事犯罪侦查权等职权,而并未阐明非刑事犯罪的其他涉及国家安全的职权。因此,1982年《宪法》设定的“国家安全—公安机关”限制模型在1983年后并没有因《决定》的作出而发生转变,而是依旧维持了原方案。

此后,我国再没有颁布新的决定来扩充限制主体,但这与实践情况不符。基于现行法律,国家安全对公民通信权的限制主体有所增加。“国家公权力机关自身的权力增长或权力再分配,只要存在解释的空间,就不是违宪……只要存在明显的宪法解释空间,即便全国人大常委会没有做出正式的宪法解释,相关的问题也不会被全国人大及其常委会认定为违宪。”<sup>②</sup>因此,当《国家情报法》《反恐怖主义法》《戒严法》等涉及传统国家安全的法律颁布后,为了国家安全而收集情报、对国家或部分省份实行通信管控等措施符合实际需要。这样一来1982年《宪法》第40条第2句的限制主体就应该扩张解释为包括国家安全机关、军事机关、国家情报机关、全国人大常委会(针对通信自由限制)、国务院(针对通信自由限制)等,以积极回应保障国家安全的需要,有效调和宪法与法律之间的不一致。综上,目前基于国家安全的需要,1982年《宪法》第40条第2句的限制主体具体包括“公安机关、国家安全机关、军事机关、全国人大常委会、国务院”等国家机构。

## (二) 追查刑事犯罪理由及其限制主体

追查刑事犯罪理由的概念清晰,一般标准是刑事立案。《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第109条规定:“公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人,应当按照管辖范围,立案侦查。”根据1982年《宪法》的规定,追查刑事犯罪属于公安机关和检察机关的职权。1983年《决定》将原属于公安机关对间谍、特务案件的侦查等权力转移给新设立的国家安全机关,法律允许这些机关于刑事立案后在行使侦查权等调查取证活动中限制公民通信权。

<sup>①</sup> 参见杜强强:《符合法律的宪法解释与宪法发展》,《中国法学》2022年第1期。

<sup>②</sup> 邢斌文:《什么是“违宪”——基于全国人大及其常委会工作实践的考察》,《中外法学》2020年第2期。

值得注意的是,人民法院能否成为通信权限制的主体?《刑事诉讼法》第54、196条规定了人民法院在刑事案件中的调查取证权,其目的是查明案件真相,符合追查刑事犯罪的限制理由。自1979年《刑事诉讼法》制定以来,虽然经过1996年、2012年和2018年多次修改,但是该法就人民法院或审判人员在刑事诉讼中的调查取证权的规定没有发生根本变化,且该项权力与公安机关、检察机关在刑事案件中的调查取证权相并列。<sup>①</sup>这表明,三个机关的权力内容和范围没有实质性差别。由此可见,人民法院的调查取证权是侦查权的延伸,<sup>②</sup>其应该享有同公安机关、检察机关相等的限制公民通信的权力。从三大诉讼法的规定来看,刑事诉讼中人民法院调查取证的权力最大,受到的限制最少;民事诉讼主要遵循当事人“谁主张、谁举证”的原则;行政诉讼中被告对行政行为负有举证责任,因此人民法院基于中立的裁判地位,其调查取证权受到当事人举证责任的影响,具有一定的限度,一般限定在当事人由于客观原因或其他原因不能举证的情况。而刑事诉讼中人民法院基于公共利益和查明案件真相的需要,虽然人民检察院作为公诉人对被告的犯罪事实以及有罪无罪、犯罪情节轻重承担证明责任,但是在必要的时候,人民法院也可以自行收集证据,<sup>③</sup>《刑事诉讼法》第196条就规定了人民法院充分的调查核实证据的权力。<sup>④</sup>虽然1982年《宪法》第40条没有明确规定人民法院基于追查刑事犯罪的需要可以对公民通信进行限制,但是基于我国刑事诉讼立法和实践,人民法院应该成为追查刑事犯罪的通信权限制主体。<sup>⑤</sup>

2018年《监察法》颁布后,监察委员会承继了检察机关对贪污、贿赂等刑事犯罪的侦查权,行使监察调查权,实质上追查刑事犯罪活动。但由于实行监察调查一体化改革,不再区分职务违法与职务犯罪,监察立案是针对涉嫌职务违法和犯罪的立案,即不再专门就刑事犯罪设置刑事立案程序,打破了认定“追查刑事犯罪”的传统判断标准。但针对采取技术调查措施的刑事案件,《监察法》第28条第1款明确规定其必须是“涉嫌重大贪污贿赂等职务犯罪”,因此监察机关也具备追查刑事犯罪的限制主体的宪法资格。综上,1982年《宪法》第40条第2句在追查刑事犯罪理由下形成了“公安机关、检察机关、国家安全机关、人民法院、监察机关”的多元限制主体。

## 五、结 语

现行法律对1982年《宪法》第40条公民通信自由和通信秘密条款的突破,在合宪性审查“带有温和指向性的实践动机”下,学术界普遍采取善意的法律合宪性推定原则。<sup>⑥</sup>在有关法律原则上符合宪法秩序和宪法价值的前提下,1982年《宪法》第40条公民通信权的限制可通过宪法解

<sup>①</sup> 《中华人民共和国刑事诉讼法》第52条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”第54条第1款规定:“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。”

<sup>②</sup> 参见袁坚:《法院刑事取证制度实证研究》,《人民司法》2011年第13期。

<sup>③</sup> 参见胡铭:《刑事诉讼法学》,法律出版社2016年版,第185页。

<sup>④</sup> 《中华人民共和国刑事诉讼法》第196条规定:“法庭审理过程中,合议庭对证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据,可以进行勘验、检查、查封、扣押、鉴定和查询、冻结。”

<sup>⑤</sup> 而在民事诉讼和行政诉讼中,由于人民法院限制公民通信权的理由仅为调查取证,不具备追查刑事犯罪这一公共利益的重要性,因此与刑事诉讼相比其限制权力有所不同。

<sup>⑥</sup> 参见秦文峰、李忠夏:《备案审查制度的合宪性审查功能及其实现——基于历年备案审查年报的实践考察》,《苏州大学学报》(法学版)2023年第4期。



释的方式进行规范重构:第 1 句内含的单纯法律保留主要规制通信秘密中的非通信内容以及通信自由中的部分中断通信;第 2 句的加重法律保留针对通信秘密中的通信内容和通信自由中的全部中断通信,并可在限制理由主导下适度扩张限制主体;特殊情况下还可以将第 2 句的限制条件作为基准另设层次不同的限制序列;上述 3 种限制路径最终形成通信自由与通信秘密二元限制系统下的分层限制格局(见表 1),以积极应对 1982 年《宪法》第 40 条发生的意义变迁。1982 年《宪法》第 40 条公民通信权限制的规范重构,对外积极回应法律实践,对内塑造了一个包含不同限制理由、限制主体、限制方式的多层级体系性结构。

表 1 通信权的二元分层限制系统

通信权	通信自由	部分限制通信自由	《宪法》第 40 条第 1 句限制
		全部中断通信自由	《宪法》第 40 条第 2 句内限制 《宪法》第 40 条第 2 句外限制
	通信秘密	非内容型通信秘密	《宪法》第 40 条第 1 句限制
		内容型通信秘密	《宪法》第 40 条第 2 句内限制 《宪法》第 40 条第 2 句外限制

**Abstract:** The aggravated legal reservation and absolute exclusiveness of the restriction of communication rights in Article 40 of the Constitution of PRC(1982) have aroused widespread concern in academic circles. However, the existing research results can not fully and effectively solve the constitutional argument of the restriction of communication rights in many existing laws. From the perspective of teleology, the legal interests of freedom of communication and the protection of communication secrets in Article 40 of the Constitution of PRC(1982) are freedom of expression and privacy of communication, respectively, which have the same protection intensity, thus two rights restriction systems initially formed and layered. In order to cope with the social changes, the second sentence of Article 40 of the Constitution of PRC(1982) should be interpreted as an example to abandon the strict restrictions of absolute exclusivity. Accordingly, the communication right can release the restricted space at the following levels: the simple legal reservation in the first sentence and the aggravated legal reservation in the second sentence of Article 40 of the Constitution of PRC(1982) form a different restrictive framework. If necessary, based on the second sentence of Article 40, form a hierarchical restriction sequence in and out of the second sentence of Article 40; The second sentence of Article 40 of the Constitution of PRC(1982), as the main clause of rights restriction, should construct a cooperative restriction mode of “reason and subject” which is dominated by restrictive reasons.

**Key Words:** freedom of communication, communication secrets, basic rights restrictions, legal reservation, constitutional review