**郭子涵 2312145**

**宪法作业**

**论通信自由与通信秘密在不同法律规定与实践当中的矛盾**

**【摘要】**

**本文围绕《宪法》第40 条对通信自由和通信秘密的规定与实践中的争议来讨论，具体从以下三个方面：通讯记录是否属于通讯秘密，《诉讼法》与甘肃、内蒙两地的地方性法规等法律的相关规定是否违宪以及《宪法》第40条对其高强度保护及其困境这三个方面展开叙述。**

**关键词：通信自由与通信秘密，检查，宪法的高强度保护**

法院在民事、行政诉讼中因调取通话记录遭拒而对通信企业加以罚款的案件多有发生，由此引发法院的行为是否符合《宪法》第40条的争议。同样有争议的还有甘肃、内蒙两地的地方性法规规定交警可以复制肇事者的交通记录。以2003年，湖南省益阳市南县的一起行政诉讼案件为例，法院要求该县移动通信营业部提供某通信用户的电话详单，但通信企业以《电信条例》第66条为由予以拒绝，法院遂对该营业部处以3万元罚款。在《中华人民共和国宪法》第40条规定：“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追查刑事犯罪的需要，由公安机关或检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查，任何组织和个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”与《中华人民共和国民事诉讼法》第六十五条第一款规定：“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。”等法律在相关方面的相关规定存在争议。

1. **矛盾之一：法院调查的通讯记录是否属于宪法保护的通信秘密。**

首先应知道通讯记录与通话记录是两个不同的概念，显然通讯记录包含的范围大于通话记录，并且还包含着通信内容。杜强强教授说：“通话记录类似于古代邮递信件时双方的地址，姓名等等外在的信息，尽管透露了当事人的某些个人信息，但它是大家预知会存在电信局的服务器上的信息，不属于通信秘密的保护对象。”**<1>**。那这是否就意味着法院调取通话记录根本不符合《宪法》第40条的门槛条件故而不存在违宪一说呢？在王锴教授的论文《调取查阅通话（讯）记录的基本权利保护》一文中提到：“通信秘密的保护范围不限于通信内容，也包括通信双方的地址、运输人、运送细节等对于寄送必要的外在信息，这些信息对于维护通信的可信赖性是必要的，有时候，通信人不仅不想让其他人知道通信的内容，甚至都不想让人知道他跟谁通过信，通信的外在信息不仅影响某次通信的可信赖性，还会对未来再次通信的可信赖性产生影响，因为在当前的技术水平下，通过通话记录和通讯记录中非通信内容的数据不仅可以实现对个人的定位，甚至可以实现实时监控。<2>”而且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。随着通信技术的发展，电话号码（尤其是手机号码）附着了公民几乎所有重要的个人信息，如身份证号码、银行账号、电子支付手段等，因此人们对它的隐私期待相当高。在信息时代，拥有自由且隐私的通信空间是必要的，人们的通信记录与行为是同时存在的。“私人通信空间承载着私人交往的尊严价值；只要非法进入这一私人空间，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与这一空间的隐私等内容进行区分的意义所在。<3>”正如陈道英教授所言：“通信秘密对应着能够支撑国民对安全的通信的信赖利益的通信系统，对于通信秘密的侵犯不仅可能危害隐私利益，更可能会危及国民对通信系统的信任。也正是因此，无论信件的内容是否具有公开性，例如明信片、通过邮件寄送的已公开的裁判文书，公民的通信秘密都同样受到保护。<4>”即无论法院想要调取的通信记录是否严格属于宪法严格保护的通信秘密的范畴，进入私人通信空间这一行为本身就是对公民通信权的侵犯，符合《宪法》第40条的门槛条件。

**二。矛盾之二：法院并不属于宪法规定的合法国家机关可检查的范畴，然《中华人民共和国民事诉讼法》，《证券法》等相关规定是否违宪。**

在宪法第40条中对通信自由和通信秘密设置了主体，条件和程序等三重限制，构成了非常严密的法律保护之网。相较于对其他基本权利的保护，宪法对公民通信权的保护无疑是比较高的。通信内容是违法的，然而宪法对于通信空间的保护程度更高，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。所以要么超越我国宪法第40条的规定进入通信空间，要么受到宪法第40条的规定而放纵违法行为，这两种结果俨然是大家都不愿看到的。故对宪法的解释应跳出边框，从调节个人利益与公共利益的宪法的根本目的出发进行合适的适用。

如果法院从电信公司调取当事人的通话记录，交警部门从互联网服务商调取通讯记录，他们依然属于通信秘密的保护范围，但是如果法院和交警部门从当事人的设备比如手机或者电脑上调取通话记录或通讯记录，就属于隐私权或者个人信息自决权的保护范围。如果法院在当事人的设备上查阅复制通讯记录的时候，是不会影响当事人基于我国《宪法》第40条所享有的通信秘密<5>。

同样关键一点在于宪法第40条中的“检查”。何为检查？在王锴教授的论文中提到：“检查的中文意思是为了发现问题而用心查看。只有那些针对通信内容的审查或者说有可能导致通信人“因言获罪”的行为才称得上是检查<6>”此外，彭錞教授通过历史解释，认为“检查”应该是具有秘密性的。故法院调取通信记录不涉及通信内容，并不属于检查的范畴。在甘肃，内蒙两省的地方性法规中允许交警复制通讯记录，主要目的是查明肇事人在架车过程中有没有接打电话从而对更好的确定应当承担的责任比例，也并未涉及个人通话内容等个人信息，也不算是检查。因此不需要满足“基于国家安全或者追查犯罪的需要、由公安机关或检察机关进行”这两项特殊法律保留的要求，只是受单纯法律保留的调整。

其次根据《宪法》第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”确立了法院的独立审判原则，即法院依照法律规定的程序, 行使审理和判决刑事、民事案件等案件的权利, 任何行政机关、社会团体（包括政党和各种社会组织）和个人都没有权利干预法院审判案件。宪法作为我们国家的根本大法，从制度上确立了国家审判权由人民法院独立行使，根本目的就是维护司法公正，构建法治社会。权力是有伸缩性的，当出现违法情形时，公民的私权利要相应缩小，公权力可以相应扩大，以保障最大利益。

但是根据《治安管理处罚法》第八十七条规定：“人民警察在调查或者进行检查时，执法人员不得少于两人，并应当向当事人或者有关人员出示证件。”

公安机关开具的检查证明文件，是指专门用来证明检查经过合法批准的文件。检查证明文件应当载明检查的事由、检查的对象和范围、检查人员、检查的时问等内容，具体格式由公安机关制定。因此只有同时出示工作证件和检查证明文件，才能进行检查，否则，被检查人可以拒绝检查。

**三。矛盾之三：宪法对通信自由与通信秘密的高强度保护及其困境。**

在宪法第40条中对通信自由和通信秘密设置了主体，条件和程序等三重限制，构成了非常严密的法律保护之网。相较于对其他基本权利的保护，宪法对公民通信权的保护无疑是比较高的。也正是《宪法》第40条对通讯权因为如此高强度的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。在如今信息社会的背景下，严格的通信保护使得对公共权益的执行过程受阻，阻却了无处不在的个人利益与公共利益的平衡。在上述秦小健教授论文中提到：“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”。”在诸如公共安全之类的其他公权力领域和社会交往领域，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”<7>。

【总结】

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》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，保障司法和法律的权威性，以及法律的稳定预期。另一方面，公民通信权的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，从社会实际变化和权利竞合等理论出发，进行相应的法律调整和法律解释，使公民的基本权利得以得到切实保护，维护宪法权威，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. 参见杜强强教授在2019年第12期的《法学》上发表了《法院调取通话记录不属于宪法上的通信检查》一文中提到通话记录不属于宪法上通信秘密的保护范围，而是属于隐私权的保护对象，故法院调取通讯记录并不违宪。
2. 参见王锴：《基本权利保护范围的界定》
3. 参见秦小健：《新通信时代公民通信权的实践争议与宪法回应》
4. 参见陈道英：《网络时代的通讯秘密：性质、范围及限制》
5. 同上注[2]。
6. 同上注[2]。
7. 同上注[3]。

【参考文献】

1. 杜强强：《法院调取通话记录不属于宪法上的通信检查》，《法学》2019 年第 12 期。
2. 秦小健：《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。
3. 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。
4. 张翔：《通信权的宪法释义与审查框架》，《比较法研究》2021年第1期。
5. 王锴：《基本权利保护范围的界定》，《法学研究》2020年第5期。
6. 张翔：《从法律限制主义、宪法保障主义到法律保留原则——关于基本权利限制的宪法史考察》，《浙江社会科学》2023年第9期。
7. 陈道英：《网络时代的通讯秘密：性质、范围及限制》，暨南学报（哲学社会科学版）2022年第7期。
8. 彭錞：《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。
9. 刘静：《浅议我国人民法院审判权的独立行使》，地方法院专栏，2014年载。