辩论赛

法院有权调取通信记录

蔡定剑教授认为，虽然宪法在通信检查主体上没有列上法院，但这不排除在特殊情况下（司法诉讼中）经法律授权（民事诉讼法）赋予法院这个权力。只有结合民事诉讼法的规定，才能完整地理解司法权，即一般情况下，法院不得对相关电信资料实施检查，但在诉讼过程中，法院在取证阶段有查阅电信资料的权力。

秦小健

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。

不过，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”。

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

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

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。

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。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

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”。

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。

如果法院从电信公司调取通话记录、交警部门从互联网服务商调取通讯记录，它们仍然受通信秘密的保护。反之，法院和交警部门如果从当事人的设备上调取通话记录或通讯记录，则不属于通信秘密，而是隐私权或者个人信息自决权的问题。

无论是认为交警部门查阅复制通讯记录不符合我国《宪法》第40条的为了“国家安全或者追查刑事犯罪的需要”，还是认为法院调取通话记录不符合我国《宪法》第40条的“由公安机关或者检察机关进行”，其前提都必须是，交警部门的查阅复制和法院的调取属于我国《宪法》第40条所说的“检查”，因为这些限制性条件并非对所有干预通信自由和通信秘密的行为适用，而是专门针对检查行为的

如果不涉及其内容的调取或者虽然涉及内容但并非对内容作价值判断而是用内容来证明某个事实是否发生，这些都不属于检查

从目前法院调取手机通话记录来看，主要是用作证据。有的是因为送达难，调取被送达人的手机号码所对应的身份信息，证明该号码属于其本人所有;有的是调取当事人的通话时间，证明其是否在特定时间打过电话。比如在一起工人外墙作业时坠亡案中，目击者称死者坠亡时曾与人通话，认为死者存在重大过失，故法院向移动公司调取通话记录。这些实际上并不涉及通信内容，这种调取不能认为是检查。当然也有案件涉及到调取对方的通信内容，比如在一起名誉权案件中，由于被告多次通过手机短信向原告发送有损原告名誉的信息，所以原告书面申请法院向被告手机号码所属的通信公司调取其相关短信内容。这种调取涉及对短信内容的审查或者说价值判断，显然属于检查活动。

交通

秦小健

1. **不属于检查**

无论是认为交警部门查阅复制通讯记录不符合我国《宪法》第40条的为了“国家安全或者追查刑事犯罪的需要”，还是认为法院调取通话记录不符合我国《宪法》第40条的“由公安机关或者检察机关进行”，**其前提都必须是，交警部门的查阅复制和法院的调取属于我国《宪法》第40条所说的“检查”，因为这些限制性条件并非对所有干预通信自由和通信秘密的行为适用，而是专门针对检查行为的。**如果不涉及其内容的调取或者虽然涉及内容但并非对内容作价值判断而是用内容来证明某个事实是否发生，这些都不属于检查

1. **是为了更好的进行责任比例的判断。**

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。故笔者认为从是否属于检查方面来解释，诉讼法证券法及甘肃内蒙两省的地方性法规并未违反宪法第40 条规定。

3.

通话记录与通讯记录是否受通信秘密的保护要根据该记录存储的位置来定，**存储在通信服务商处的通话记录、通讯记录属于通信秘密的保护范围，而存储在当事人设备上的通话记录、通讯记录由于当事人可以掌控，不受通信秘密的保护，受当事人的隐私权或个人信息自决权的保护。如果交警通过储存在服务商的通话记录、通讯记录并不会侵犯通信秘密。**

从目前法院调取手机通话记录来看，主要是用作证据。有的是因为送达难，调取被送达人的手机号码所对应的身份信息，证明该号码属于其本人所有;有的是调取当事人的通话时间，证明其是否在特定时间打过电话。比如在一起工人外墙作业时坠亡案中，目击者称死者坠亡时曾与人通话，认为死者存在重大过失，故法院向移动公司调取通话记录。这些实际上并不涉及通信内容，这种调取不能认为是检查。当然也有案件涉及到调取对方的通信内容，比如在一起名誉权案件中，由于被告多次通过手机短信向原告发送有损原告名誉的信息，所以原告书面申请法院向被告手机号码所属的通信公司调取其相关短信内容。这种调取涉及对短信内容的审查或者说价值判断，显然属于检查活动。

首先，通话记录与通讯记录是否受通信秘密的保护要根据该记录存储的位置来定，存储在通信服务商处的通话记录、通讯记录属于通信秘密的保护范围，而存储在当事人设备上的通话记录、通讯记录由于当事人可以掌控，不受通信秘密的保护，受当事人的隐私权或个人信息自决权的保护。其次，法院调取通话记录和交警部门查阅复制通讯记录如果不涉及通信的内容或者并未对通信内容进行审查，不属于我国《宪法》第40条的检查行为，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，即法院到通信服务商处调取通话记录、交警部门在通信服务商处查询复制当事人通讯记录需要获得法律的授权。因此，地方性法规中规定交警查阅复制当事人通讯记录的真正问题在于违反了《宪法》第40条对通信自由和通信秘密的法律保留。