数字时代宪法通信权限制的类型化重释

屠振宇*

摘要 数字技术改变了通信方式，也催生了宪法通信权限制理论的创新探索。但既有研究大多沿用“通信检查/非检查”的二元划分，并以“加重法律保留”为理论工具，其局限性在于误读了《宪法》第40条的规范构造。该条款并非简单的二元框架，而是“一般保护”与“特别保护”的双层体系，其中处于“除……外”结构之中的通信检查，仅是特别宪法保护范畴内的一种法定例外，并非通信权限制的唯一形式。从宪法通信权条款的规范构造出发，该条款的限制类型呈现出由强到弱的三个层次：第一，禁止型限制，因对通信权构成根本性剥夺而适用最严厉的特别宪法保护；第二，通信检查类限制，依其干预对象处于“传输中”或“非传输中”的不同状态，分别适用不同强度的审查标准，形成双阶规范构造；第三，非禁止型限制，通过动态解释机制应对数字时代新型干预措施的合宪性审查需求。这一类型化重构，为数字时代通信权的立法与审查提供了更为精细、融贯的教义学指引。

关键词 宪法通信权 通信检查 基本权利限制 法律保留

数字通信技术已深度嵌入社会。诚如有学者所言：“在数字时代，通信权具有了新的技术内涵，智能技术将公民通信权行使提升到新的维度。”〔1〕然而，这种提升也带来了新的适用困境。例如，通信形态从纸质书信变为流动数据，干预手段从物理开拆转为技术监控，干预主体从公权力扩展至平台私主体。〔2〕这三个层面的变化，使得《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第40条的原有保护框架显得捉襟见肘。该条款虽然为通信权构建了周密且严格的宪法保护体系，尤其针对通信检查类限制规定了事由（国家安全或追查刑事犯罪的需要）、主体（公安机关或检察机关）和

*南开大学法学院教授、中国法治现代化研究院特邀研究员、法学博士。本文系国家社会科学基金重点项目“通信立法的合宪性控制研究”（批准号：24AFX004）的阶段性成果。

〔1〕 张巽、徐嘉鑫：《数字时代通信权的重释》，载《齐鲁学刊》2022年第5期，第101页。

〔2〕 参见帅奕男：《基本权利“新样态”的宪法保障——以互联网时代公民通信自由权为例》，载《法学评论》2018年第6期，第118—119页；洪丹娜：《公民通信权的保护要义重释》，载《法学评论》2026年第2期，第33—34页。

程序(依照法律规定的程序)这三个要件(以下简称“通信检查限制三要件”),但如此严苛的约束条件,在实践中已成为不能承受之重,〔3〕致使通信领域立法陷入两难境地:若要满足通信领域不断增长的管制需求,便可能突破通信检查限制三要件的限定;若严格遵循此种约束,又只能放弃对通信领域日益迫切的管制需求进行立法干预,从而造成通信领域的法律规范难以与时俱进。为化解这一立法实践中的痛点,〔4〕学界提出了诸多关于宪法通信权限制的理论学说,并且在规范建构方面取得了初步成果。这些努力对于推动教义学研究、改善实践中的规范适用困境等方面具有积极意义,但仍无法契合数字时代通信权限制的合宪性控制需求。因此,有必要在理论反思的基础上,对限制类型进行类型化重释。〔5〕

一、既有学说的类型梳理及其检讨

近年来,学界关于宪法通信权限制类型的理论建构普遍建立在同一理论命题之上:《宪法》第40条后句“除……外”结构所确立的通信检查限制三要件,是否构成宪法通信权限制的唯一形式?这种教义学解释又如何适应数字时代通信管制大幅增长的现实需求?这些难题构成了宪法通信权限制类型化理论体系构建中必须突破的智识屏障。

(一)通信检查/非检查的二分框架

在回应通信检查“唯一性”问题上,既有学说呈现出两类截然不同的理论态度。第一类采取回避立场。秉持该立场的学者既不主动提及也不阐释“除……外”结构所暗含的唯一性,而是绕开这一颇具争议的问题,径直对通信检查规定的性质予以解读。他们指出,“制宪者在宪法文本中往往针对某些典型或较为严重的干预方式作出具体规定”,并通过类比我国宪法其他条款中对不同基本权利特定干预情形的列举,进一步推断:通信检查仅是对通信自由和通信秘密的一种特定干预方式,其限制三要件的约束条件并非适用于所有限制宪法通信权的行为。〔6〕这种观点实质上突破了宪法通信权限制单一化的理论框架,隐含承认了在通信检查之外存在其他限制形态的可能性。

另一类则持积极回应的态度,选择直面适用困境并提出相应解决方案。如有学者特别指出,《宪法》第40条“除……外”的表述,在字面意义上“杜绝了任何其他限制方式的可能性”,其与当下生活实际存在着严重的脱节。若严格依照字面解释,不仅“几乎完全剥夺了立法者对通信行为进行规制的自由裁量权”,而且“也未必能够达成严格保护通信自由和通信秘密的规范目的”。“过于严苛的约束条件,反而会促使公权力采取各种规避措施,甚至全然不顾宪法约束。”〔7〕更有学者直

〔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,第86页。

〔4〕 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92页。

〔5〕 参见刘亦艾、林来梵:《反思“基于宪法的解释”概念》,载《苏州大学学报(法学版)》2024年第4期。该文对“符合宪法的解释”与“基于宪法的解释”的区分进行了批判性反思,认为前者是依宪释法的唯一原理,后者最多仅为前者的下位类型。本文关于通信权限制的“类型化重释”在方法论上可视为对“符合宪法的解释”的精细化展开。

〔6〕 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113—114页。

〔7〕 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》,载《比较法研究》2021年第1期,第41—42页。

言，这种规范结构存在可诟病之处，致使“看似严密的通信保护沦为形同虚设的‘马奇诺防线’”〔8〕。针对上述困境，持该立场的学者提出了两种不同的解决方案：一种观点主张对《宪法》第40条进行修改，增添“禁止非法侵犯公民的通信自由和通信秘密”的规定，以此在实质上认可除通信检查之外的其他限制形式。〔9〕另一种观点则认为，可借助解释论方法，运用体系解释和漏洞填补等技术手段，对现有条款的解释适用进行修正。持后一种观点的学者认为，“此处出现了因制宪者预见不足而导致的宪法漏洞”〔10〕。而对于宪法漏洞，“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”〔11〕。

尽管上述两种态度立场在方法论上存在显著差异，但体现出类似的学术主张，即突破将通信检查视为宪法通信权唯一限制形式的传统理论束缚，构建一个更具包容性的限制类型理论。在这类理论构建的过程中，通信检查“仅具有示例意义”〔12〕的规范定性发挥着至关重要的作用。由于示例性规定在我国宪法基本权利条款的语境下并不鲜见，其意义在于弥补宪法文本较为抽象的局限性，而不是排除在其他合理条件下对该基本权利进行限制的可能性。所以，作为示例性规定的通信检查，自然就不再是宪法通信权限制的唯一合法形式。这一结论不仅为其他限制形式提供了合法性空间，也因其具有示例性特质，反向推动了“非通信检查”作为宪法通信权限制类型在理论层面获得确认。“通信检查”与“非通信检查”的二分框架，在与《宪法》第40条前后两句的“双层构造”〔13〕相关联后，形成了目前宪法通信权限制类型理论的主流观点，即：通信检查是更为严厉的限制类型，依据《宪法》第40条后句设定的事由、主体和程序等要件，接受严格的合宪性审查，纳入“加重法律保留”的范畴；而除通信检查之外的其他限制形式，则归入非通信检查的限制类型范畴，属于前句关于“通信自由和通信秘密受法律的保护”的规范领域，仅需符合一般法律保留的要求，而无须满足通信检查限制三要件的约束。至于哪些具体情形属于通信检查之外的限制形式，各方观点仍存在较大分歧。

（二）通信检查界定标准的三重学说

在通信检查与非检查的二分框架之下，通信检查这一限制类型的界定与构建处于核心地位，同时也是分歧凸显之处。当前，学界围绕通信检查的界定标准形成了多种理论观点，主要体现为内容说、过程说和方式说三种代表性主张。它们各有侧重，在对通信检查加以明确界定的同时，也衍生出颇为不同的限制类型学说。

1. 内容说及其检讨

从语义上看，通信检查即针对“通信”展开的检查活动。内容说希望通过界定“通信”来明确通信检查的范围，其认为通信本质上是人们相互传递消息的载体或途径，通信的“事物本质”就在于通信内容。因此，判断是否构成通信检查，应以检查行为是否涉及通信内容作为区分标准。如有学者在认可通信内容与非内容通信信息存在“重大区别，需在立法政策上予以区别对待”的前提下，提出区分通信内容与非内容通信信息的限制类型构建方案：将涉及通信内容的限制措施对应于通信检查，适用“加重法律保留”；对于非内容通信信息的干预，在受审查强度上略低于前者，“需

〔8〕 同前注〔4〕，秦小建文，第93页。

〔9〕 同上注。

〔10〕 同前注〔7〕，张翔文，第44页。

〔11〕 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。

〔12〕 同前注〔7〕，张翔文，第45页。

〔13〕 参见彭錞：《再论八二宪法通信权条款：原旨与变迁》，载《法学评论》2023年第5期，第64页；同前注〔7〕，张翔文，第45页。

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”〔14〕。

然而，内容说在“非通信检查”的类型构建上存在明显局限。内容说根据是否涉及通信内容的标准，实际将针对非内容通信信息的干预均归入非通信检查的范畴。从定性上看，通信内容与非内容的区分，与信纸和信封的差异相似，这一区分模式源于纸质书信时代。在纸质书信中，信纸承载通信内容，信封呈现非内容信息，界限清晰。但随着数字时代到来，信息传播方式已从纸质全面转向电子数据，要从通信信息中分离出不涉及内容的通信信息，实际上已不再具有可操作性。在1984年发生的马龙诉英国（Malone *v*. the United Kingdom）案中，欧洲人权法院就将不直接体现通信内容的通信记录（Metering）当作重要信息来对待，将其视为电话通信的组成部分，令其受到《欧洲人权公约》第8条通信秘密之保护。〔15〕这一判决表明，在万物互联和大数据技术的加持下，通信内容与非内容的传统界限已经被全然打破，与内容无关的通信信息实际已不复存在。即便是持内容说的学者也不得不承认，通信内容与非内容之间的区分“还需要作生活事实层面的考察”，在“实体上无法清晰区分”的情况下“应建构起严格的程序性规则”。〔16〕

2. 过程说及其检讨

过程说不关注通信内容，而是强调通信的形式。根据《辞海》（第六版）的解释，通信是“使用特定的手段和方式，实现非面对面信息交流的活动”〔17〕。这里的核心是“非面对面”，意味着必须依赖第三方中介——从邮局、电话局到今天的互联网服务商。过程说据此认为，通信权的本质就是“通”，即借助第三方完成信息传递。其中作为通信中介的主体形式虽然不断变化，但中介性这一特征始终未变。正是这种中介性，使通信在传递过程中极易被干扰，也因此有必要给予特别保护。以传统信件为例，当寄件人将信件交寄给邮局之后，直至信件到达收件人之前，由于信件脱离了通信权人的实际掌控范围，此时信件面临着被干扰、泄露的重大风险，这就凸显了借助通信权进行保护的重要性。从这一角度而言，通信权宪法保护的关键在于通信信息由第三方保存、传递的过程。因此，过程说又以位置存储说为代表性观点，即：将通信信息是否交由中介的第三方传输处理，作为判断通信行为以及确定是否赋予通信权保护的关键标志。具体来讲，“存储于电信公司、互联网提供商处的信息是制宪者保护的核心信息，应受第二句加重法律保留的保护；存储于通信方设备上的信息应受第一句一般法律保留的保护”〔18〕。

过程说的缺陷在于，它对“非通信检查”类型的构建过于形式化。它将存储于通信方设备上的信息一律归入非通信检查，主张适用较低强度的法律保留。但这种归类缺乏实质依据，说理明显不足。实际上，该学说所依托的存储位置区分理论，源自德国宪法法院对《德意志联邦共和国基本法》（以下简称《基本法》）第10条第1款电信秘密条款的解释。德国宪法法院解释认为，电信秘密的保护范围应严格限定为“传输过程的保密性”〔19〕，所以只有保存在通信服务提供商服务器上的通信内容，才受到电信秘密条款的保护。德国宪法法院曾在判决中指出，侵入电子邮箱仍然属于

〔14〕 同前注〔7〕，张翔文，第45—46页。

〔15〕 Malone *v*. United Kingdom, Application No. 8691/79 (European Court of Human Rights, Aug. 2, 1984).

〔16〕 同前注〔7〕，张翔文，第45—46页。

〔17〕 夏征农、陈至立主编：《辞海》（第六版彩图本），上海辞书出版社2009年版，第2270页。

〔18〕 梁芷澄：《通信秘密保护范围的解释路径：原旨立场与比较考察》，载《北大法律评论》2021年第2期，第177页。

〔19〕 黄河：《论德国电信监听的法律规制——基于基本权利的分析》，载《比较法研究》2017年第3期，第89页。

侵犯电信秘密，这是因为保存在服务器上的电子邮件“不在通信参与方的控制之下，而在提供商的控制之下”，因此仍受《基本法》第10条第1款（电信秘密）的保护。反过来，对于存储于用户可控区域内的通信内容——如手机中的电话号码簿、电脑硬盘上的信息——调取或查阅这些信息，在德国法上“并不构成对《基本法》第10条的干预”。原因在于，它们本就不在《基本法》第10条第1款的保护范围内，而归属于一般人格权。〔20〕不难发现，德国法上的存储位置区分理论，其核心功能在于解决不同权利之间适用范围的边界划分问题。但是，以此理论来解决宪法通信权类型化时所面临的保护强度高低划分问题，则不无疑问。在实践中，相同类型的通信信息（如内容信息、用户信息或通话记录），若仅因为其存储位置的差异，而设定不同强度的宪法保护，则将给审查工作带来不必要的困扰，徒增审查的难度与不确定性。更糟的是，侵权主体还可能刻意将信息转移到保护较弱的环节，以规避责任。这会严重损害通信权的保护效果，破坏体系的完整性。

3. 方式说及其检讨

方式说另辟蹊径，将对通信检查的判定从对象的特定性中解放出来，主张以检查手段的特殊性来重新界定通信检查。持此观点的学者认为，“宪法第40条第二句对通信权设定了极高的保护程度，故要缩小其保护范围以避免公共利益落空”，但“这不必以缩小‘通信’范围为代价”。在通信权保护范围的界定上，方式说采取较为宽泛的立场，认为“宪法第40条之‘通信’，虽曾以邮政寄送书信为原旨，但历经宪法变迁，已拓展至线上、线下所有非面对面的信息交流活动。这种活动的进行时和完成时状态均受宪法通信权保护”。由于通信检查的界定不再受检查对象的限制，所以此种对“通信”的宽泛界定，并不会影响到通信检查类型的界定划分。方式说认为，在1982年《宪法》的语境中，通信“检查”并非简单的字面意义；结合制宪史的考察，通信检查是指“意在发现违法通信的秘密查验”。因此，宪法通信权的限制类型可依据检查行为是否秘密进行而作二元区分，即：对通信的检查是“秘密查验”，“根据第二句应采加重法律保留，只能由特定机关基于特定目的为之”；而“对通信的非检查干预，包括干扰、拦截、中断、暂停、扣留、扣押等，根据第一句均适用法律保留”。〔21〕

方式说同样存在明显缺陷。它把秘密查验以外的限制措施一概归入“非通信检查”，统一适用一般法律保留。这种粗放模式无法应对现代通信权保护的复杂需求。一方面，方式说所构建的类型划分，全然没有充分考量不同类型限制措施对公民通信权的实际侵害程度。诸如秘密实施的干扰、扣留行为，以及公开进行的拦截、中断和暂停等限制措施，它们对公民通信权的侵害程度，不仅毫不逊色于秘密查验，甚至在某些特定情形下更为严重。另一方面，方式说所设定的宪法保护，未能切实贯彻“同等侵害同等保护”的原则。面对拦截、中断通信等实质侵害更甚于秘密查验的规制手段，方式说仅将后者纳入加重法律保留范畴，却对前者适用弱化保护，违背了宪法平等保护原则。这种选择性赋权容易导致基本权利保障出现制度性漏洞。总而言之，方式说难以构建起一个逻辑自洽的非通信检查理论体系。该学说仅仅适用于对秘密查验展开类型化分析，而对于其他林林总总的限制措施，却无法提供具有普适性的审查标准，难以在整体上为通信权保护提供全面、有效的理论支撑。

（三）小结：既有学说的贡献与局限

尽管既有学说在突破“通信检查唯一性”的理论束缚上作出了有益探索，通过将通信检查定性

〔20〕 See Christian Bumke & Andreas Voßkuhle, *German Constitutional: Law Introduction, Cases, and Principles*, Oxford University Press, 2019, p. 238.

〔21〕 同前注〔13〕，彭錞文，第60、66页。

为“示例性规定”，为“非通信检查”类型的合法性开辟了空间，推动了宪法通信权限制类型理论的发展。然而，内容说、过程说、方式说在“非通信检查”类型的理论构建上均面临不同程度的困境：内容说受困于数字时代通信内容与非内容的界限模糊，过程说受困于存储位置区分标准与保护强度之间的逻辑断裂，方式说受困于对非检查干预手段的粗放处理。上述困境的根源，在于既有学说对《宪法》第40条规范构造的误解。这些学说要么把前后句等同于“一般法律保留”与“加重法律保留”的区分，要么把通信检查视为唯一合法的限制形式，都没有真正抓住该条款的内在逻辑。

二、超越二元框架：宪法通信权限制的规范基础

要走出上述困境，必须重新审视既有学说所依托的“通信检查/非检查”类型框架。该框架建立在对《宪法》第40条规范构造的两重误读之上。一方面，既有学说对“双层构造”存在误读，未能准确把握《宪法》第40条前后句之间的逻辑关系，忽视了后句在整体上所提供的特别宪法保护。通信检查限制三要件，虽然可以从“限制的限制”角度视作一种宪法保护，但其本质只是对《宪法》第40条后句所设定特别宪法保护的一种情形，不能代表全部的特别宪法保护。另一方面，既有学说对示例性规定存在错判，误将示例性规定等同于类型化依据，错误地将通信检查之外的其他限制形式当作独立的限制类型。实际上，通信检查作为示例性规定的规范意义在于，确立限制性规定的参照系，而非划定权利限制的统一标准。上述两方面的误读导致既有限制类型理论过度强调通信检查的重要性，而忽视了其他限制措施的类型化建构。有鉴于此，有必要在澄清相关误读的基础上，对既有的宪法通信权限制类型理论进行系统性的改进。

（一）“双层构造”的规范重释：一般保护与特别保护的区分

受比较法研究的影响，许多学者把《宪法》第40条前后两句的“双层构造”直接解读为“一般法律保留”与“加重法律保留”的区分。他们认为，后句的事由、主体、程序三要件属于“加重法律保留”，前句的“受法律的保护”属于“一般法律保留”。然而，这种理解值得商榷。原本作为从句的通信检查规定，在这一解读中被独立为“双层构造”中的单独一层，而《宪法》第40条后句的主干部分——“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯”——却遭到选择性忽视。导致这一认知偏差的根源在于，不少学者认为宪法通信权条款前句表明通信权“受法律的保护”，与后句在否定意义上申明的通信权“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯”，呈现出一正一反、同义强调的特征，故只能当作同一层构造对待。但实际上，两者分别承继了不同的权利保护传统，具备不同的规范功能。

对于《宪法》第40条前后句分别继受的不同权利保护传统，已有研究作了较为系统的梳理。〔22〕从表述的特征来看，后句明显延续了我国宪法保护通信自由的历史传统，从《共同纲领》规定的“通讯自由”到1975年《宪法》和1978年《宪法》规定的“通信自由”，在权利内容和功能面向上体现出一脉相承的特征，均侧重于在国家专营背景下通信自由对于社会交往和交流的重要意义，强调了自由权面向上的防御功能。与后句相区别，《宪法》第40条前句则脱胎于1954年《宪法》第90条“通信秘密受法律的保护”的规定，继承了当时借鉴外国经验、引入个人隐私保护模式的早期探索，展现了立足隐私权面向、涵盖通信权保护范围的全新布局。1982年《宪法》以专条设置宪法通信权条款前后两句，目的就是要融合上述两种权利保护传统。具体而言，1982年《宪法》在恢复“通信秘密受法律的保护”这一表述的基础上，增加了保护通信自由的原则以及禁止性的专门条

〔22〕 参见屠振宇：《宪法通信权双重保护论》，载《法学研究》2024年第1期，第63—67页。

款，从而确立了通信自由和通信秘密并列的新格局。在这一新格局之下，通信权的宪法保护变得更加完备。〔23〕

这种完备性不仅表现为内容更加完整，“改变了过去几部宪法中，只提通信秘密权或仅规定通信自由权的作法。通信秘密和通信自由是公民通信权的两个重要方面，只承认秘密权而无自由权，公民的通信权就是不完整的，秘密权无法实现，只承认通信自由权而无通信的秘密权，公民的通信自由就没有保障。”〔24〕更重要的意义在于，通过“双层构造”的设计实现了宪法通信权更加严密的双重保护，即：前句设定的一般宪法保护，为通信权提供了整体性、一般性的保障；后句设定的特别宪法保护主要聚焦于局部和核心领域的宪法保护。《宪法》第40条前后句之间这种一般与特别的逻辑关系，恰好与“规范领域和保护程度成反比关系”的理论相契合，即“规范领域愈宽，保护程度愈低；规范领域愈窄，保护程度愈高”〔25〕。这种逻辑关系的存在，进一步彰显了宪法通信权条款在设计上的科学性与合理性，通过不同层次、不同侧重的保护方式，实现了对宪法通信权全面且有效的保障。

（二）“示例性规定”的功能再定位：例外与示例的双重属性

《宪法》第40条前后两句所呈现的整体与局部的双层构造，是理解通信检查规定功能的关键。后句所设定的特别宪法保护仅针对通信权的关键和核心领域，通信检查规定正是这一特别保护范畴内的特殊情形。

如前所述，通信检查作为示例，在《宪法》第40条后句中被置于“除……外”结构之下。也正是这一结构的存在，使得通信权限制类型的规范构建，不得不首先直面所谓宪法通信权限制的唯一性难题。因为依据通常的理解，此处的“除……外”结构不在于补充说明，而是意在表达排除或例外。〔26〕所以才有学者干脆将之称作“绝对排他性规定”〔27〕。这种对“除……外”结构绝对排他性的解读，在强化通信检查作为宪法通信权限制唯一形态的同时，也引发了宪法通信权条款“难以有效回应实践中诸多法律的通信权限制需求”〔28〕的现实困境。但事实上，若能正视《宪法》第40条前后句所呈现的双层构造，并认识到其中整体与局部的内在逻辑关联，便可有效解决困扰学界的所谓宪法通信权限制唯一性问题。《宪法》第40条后句所设定的特别宪法保护仅针对通信权的关键和核心领域，而非通信权宪法保护的全部内容。而通信检查规定所处的“除……外”结构，实际上仅是特别宪法保护范畴内的一种除外情形，而非全部内容。这一结构在规范层面具备例外和示例的双重功能：

一方面，该“除……外”结构并非对宪法通信权限制形式进行全盘、绝对的排除，而是在特别宪法保护范畴内的一项例外规则。《宪法》第40条后句在由前句所构建的整体保护之下，又进一步

〔23〕 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。

〔24〕 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。

〔25〕 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。

〔26〕 根据《立法技术规范（试行）（一）》（全国人大常委会法工委发〔2009〕62号）第17条的规定，“除……外”搭配的句式可以用于对条文内容作排除、例外或者扩充规定的表述。对条文内容作排除、例外表达的，置于句首或者条文中间，表述为“除……外，……”或者“……除……以外，……”；对条文内容作扩充表达的，置于条文中间，表述为“……除……以外，还……”。前一种情况如，“除法律另有规定外，任何组织或者个人不得检查、扣留邮件、汇款”。后一种情况如，“买卖合同内容除依照本法第十二条的规定以外，还可以包括包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款”。

〔27〕 梁洪霞：《公民通信权限制的规范重构》，载《法商研究》2024年第2期，第152页。

〔28〕 同上注。

明确划定了严格保护的关键和核心领域范围。而在此领域内，涉及通信权的限制以禁止为原则，以允许实施为例外。通信检查规定便是在禁止性规则下所作的例外规则，即例外地允许国家在满足法定要件的前提之下，实施在实质上可能侵犯宪法通信权的干预措施。由此可见，这种例外性规定仅仅是对通信权特别宪法保护范畴内的一种特殊设定，其排除的仅仅是在该特殊领域内通信权限制的其他形式，而绝非针对所有领域内通信权限制的各种可能形式。这意味着在宪法通信权保护体系中，此例外规则具有明确的适用边界与特定指向，并不是对通信权限制形式的整体性否定。

另一方面，通信检查规定作为特别宪法保护适用的特殊情形，同时具备示例性规定的属性。其核心意义在于确立了宪法通信权限制的动态审查基准，而非机械、僵化地要求所有涉及通信权限制的立法均必须一概满足法定三要件的严苛要求。作为关键和核心领域“不得侵犯”规则的例外，通信检查规定为不同限制强度的干预措施提供了一个构建相应审查基准的重要参照体系。具体而言，“对于那些较为严重的通信权干预方式，要求设定不低于通信检查三要件之严格程度的限制条件；而对于那些相对缓和的干预方式，则适用不低于‘受法律的保护’之严格程度的较低强度宪法保护”〔29〕。在此情形下，尽管通信检查限制三要件规定并非直接作为审查依据，但它却在整个合宪性审查过程中充当着极具价值的“示例”角色，为审查机关判断不同干预方式的合宪性提供了重要的参考范例与衡量尺度。

（三）双重保护下的三层体系：规范构造与限制类型的逻辑对应

前文对“双层构造”与“示例性规定”两重误读的澄清，为重构宪法通信权限制类型奠定了规范基础。在此基础上，有必要将澄清后的规范构造与限制类型之间的逻辑对应关系予以呈现，以便为后文提供清晰的理论导引。该对应关系可提炼为图1所示：

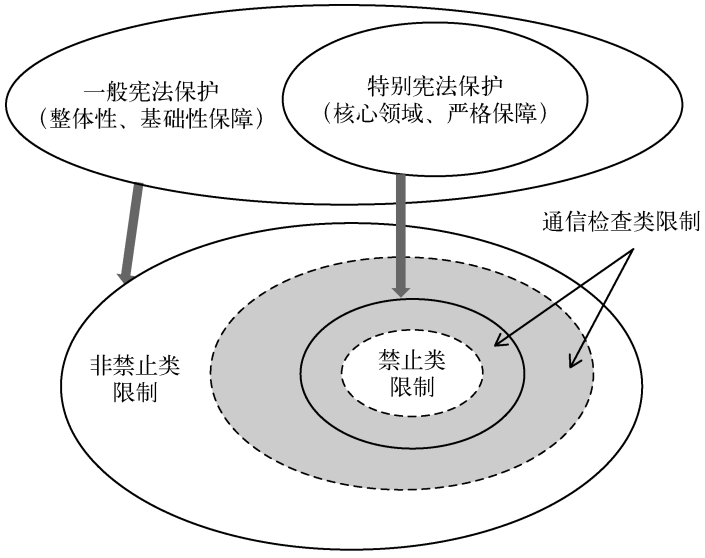

图1　宪法通信权限制类型逻辑架构图

注：实线表示一般宪法保护和特别宪法保护的划分，虚线表示三种限制类型的划分。禁止型限制与传输中的通信检查属于特别宪法保护，非传输中的通信检查与非禁止型限制属于一般宪法保护。

〔29〕 同前注〔22〕，屠振宇文，第70页。

从上述架构可以看出,《宪法》第40条实际上是一个“双重保护”体系——前句确立一般宪法保护,为通信权提供整体性、基础性保障;后句设定特别宪法保护,聚焦于通信权的核心领域。在此规范框架下,通信权限制类型可以根据严厉程度,由强到弱划分为三个层次:第一,禁止型限制(如隐匿、毁弃)。此类措施因其根本性剥夺通信权,被后句绝对禁止。其规范形态表现为:以“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯”为原则性禁止,仅当作为例外情形的“通信检查”(特指传输中的通信检查)时,方可适用特别宪法保护的严格要件。第二,通信检查类限制(特殊情形)。此类限制在“除……外”结构中被明确规定,具有例外与示例的双重属性。按检查对象是否处于传输过程,通信检查类限制可分为两类:检查传输中的通信,触及通信权核心,归入特别宪法保护,适用三要件审查;检查非传输中的通信(如已存储的信息),则归入一般宪法保护,审查标准相对灵活。第三,非禁止型限制(如调取记录、数据留存)。此类措施由前句一般宪法保护统摄,其合宪性审查需满足“受法律的保护”所蕴含的“质”的要求,在事由、主体、程序等方面具备适当性,而无须适用后句特别宪法保护的严格三要件。

三重类型与双重保护相互契合,共同构成一个层次分明、逻辑自洽的规范体系。这一类型化重构,与学界关于通信权分层保护的理论探索形成呼应。有学者从保护强度递减的角度,提出通信权应构筑“本质内涵为不可触及领域,由本质内涵往外辐散,权利保护强度逐步递减”的差序结构,其中加重法律保留适用于最严格保护情形,一般法律保留适用于主要情形,无需法律保留适用于少数情形。〔30〕三重类型的划分,在逻辑上与上述分层保护结构具有内在一致性。

三、三类限制的教义学展开

前文图1已清晰呈现《宪法》第40条“双重保护”与限制类型的逻辑对应关系。面对数字时代的挑战,这一体系在适用上应遵循“坚守”与“调适”的双重策略:特别宪法保护的核心领域——传输中的通信内容——必须坚守,其严格保护标准在数字时代依然具有充分的规范正当性,无须通过修宪进行调整;而特别宪法保护的核心领域之外——非传输中的通信信息以及各类新型干预措施——则可通过解释路径应对新挑战,将其纳入一般宪法保护范畴,并借助体系解释和比较法解释充实“受法律的保护”中“质”的要求。以下将依序对这三种限制类型展开教义学分析:首先,厘清禁止型限制与通信检查类限制在特别宪法保护中的不同定位;其次,揭示通信检查类限制的双阶构造,阐明其在不同保护范畴间的分殊与关联;最后,借助体系解释与类推方法,构建非禁止型限制的规范体系,为数字时代新型通信干预措施提供合宪性审查的基本框架。

(一)禁止型限制与根本性剥夺

《宪法》第40条后句所设定的特别宪法保护,在本质上是对“侵犯”类行为的严格管控,直至禁止。虽然该条款中并没有进一步指明“侵犯”类行为的具体种类,但在1979年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)对于侵犯通信自由罪的行为种类列举中可以找到参考依据。1979年《刑法》早于现行《宪法》三年颁布施行,其第149条明确将“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件”这三种严重侵犯公民通信自由权利的行为,纳入明令禁止的犯罪行为范畴。在上述三种犯罪行为中,“隐匿是指将他人投寄的邮件秘密隐藏起来,使收件人无法查明;毁弃是指将他人投寄的信件撕毁、烧

〔30〕 同前注〔2〕,洪丹娜文,第25、38页。

毁、丢弃，使收件人无法查收；非法开拆是指违反国家规定，私自开拆他人信件。”〔31〕比较而言，“隐匿、毁弃”这两种行为在侵害效果上较为相似，均导致信件未能送达、通信目的无法实现，因而构成对通信自由本质的侵害，属于禁止类限制。而以“开拆”方式获取信件内容的检查行为，具有一定的特殊性。这种行为虽然对通信自由的限制程度相对降低，一般情况下不影响收件人接收信件，但依旧触及通信自由的本质内核。它不仅打破了通信过程原本应有的封闭性，还导致权利人通过通信进行自由交流的目的无法达成。因此，“开拆”类行为在性质上虽可归为“侵犯”类行为，但尚不构成对通信自由本质的侵害，故存在基于合理考量进行限制的空间。

在1979年《刑法》起草过程中，曾有意见提出以“但书”形式排除合法检查，即增加一句规定“侦查机关、审判机关对于反革命分子和反革命嫌疑分子信件的检查除外”。但是，这一意见最终并未被采纳，主要原因有二：一是逻辑上不宜将“合法检查”从“非法开拆”中除外；二是对犯罪嫌疑分子的信件进行检查，属于侦查手段问题，应规定在刑事诉讼法中。〔32〕对此，同年颁行的《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第86条第1款进行了补充和释明，规定侦查人员“经公安机关或者人民检察院批准，即可通知邮电机关将有关的邮件、电报检交扣押”。《刑法》草案中的但书规定经由《刑事诉讼法》的立法转化，最终在《宪法》第40条后句形成“除……外”的规范结构。这一演进过程既保持了法律体系的内在一致性，又实现了规范内涵的重要发展。“除……外”结构下的“通信检查”，不仅删去了“非法”二字，而且取代了《刑法》体系下采取的“开拆”概念。究其原因在于，《刑法》所规定的“非法开拆”行为，虽在客观上关联通信秘密，但其规范保护的核心始终是维护通信自由。从司法实践来看，判断“非法开拆”成立的标准呈现出两大显著特性。一方面，在行为要件方面，关键考量行为人是否使信件内容处于可能被他人知悉的状态，并不以实际知悉信件内容作为必要条件。〔33〕另一方面，在保护范围上，诸如透视等采用非开拆方式进行的秘密窥探行为，被排除在《刑法》的规制范围之外。〔34〕因此，“开拆”概念难以适应1982年《宪法》将通信权保护范围扩展至通信自由和通信秘密两个方面的现实需求。《宪法》第40条后句引入“通信检查”这一规范概念，意味着对于“侵犯”类行为的严格管制，从单纯基于通信自由维度，实质性地拓展到了通信秘密范畴。

可见，《宪法》第40条后句借助“除……外”结构，实际上以侵害程度和侵害对象为标准，对“侵犯”类行为进行了双阶的类型划分：一是禁止型限制，诸如隐匿、毁弃他人信件等行为。这类行为完全阻断通信过程，致使通信目的无法达成，从根本上摧毁了通信过程的封闭性与私密性，是对通信权核心内容的侵害。二是通信检查，即《宪法》第40条后句明确规定的“开拆”类行为。这类行为虽不会阻断通信送达，但通信过程的封闭性被人为打破，通信内容面临被第三方知悉的风险，通信的私密性遭受严重威胁，因而同样涉及对通信权核心内容的侵害，但其侵害程度相对较轻，故作为特别宪法保护范畴内的例外情形被有限度地容许。但需要进一步说明的是，上述以“隐匿、毁弃”与“开拆”为原型的类型划分，在数字时代面临适用上的技术性挑战。当通信形态从物理载体转向流动数据，“隐匿、毁弃”可能表现为数据删除、账户封禁、服务关停等新型干预措施，而“中断”

〔31〕 陈兴良：《规范刑法学（下）》（第5版），中国人民大学出版社2023年版，第993页。

〔32〕 参见高铭暄：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善（精编本）》，北京大学出版社2020年版，第79页。

〔33〕 参见张明楷：《刑法学（下）》（第6版），法律出版社2021年版，第1205页。

〔34〕 参见于国旦：《侵犯公民人身权利、民主权利罪重点疑点难点问题判解研究》，人民法院出版社2005年版，第389页。

“暂停”等非禁止型限制在效果上也同样可能导致通信暂时受阻。若仅以“是否阻断通信送达”作为区分标准，三类限制的边界将趋于模糊。对此，应当回归规范本质，以“对通信过程完整性的根本性否定”作为禁止型限制的核心判别标准。

具体而言，禁止型限制旨在使特定通信在事实上归于消灭，或使通信主体永久性地丧失通过该渠道进行交流的可能性，其规范特征在于“不可逆性”与“根本性剥夺”〔35〕；而非禁止型限制（包括中断、暂停等）虽在特定时段内阻碍通信，但其干预具有“临时性”与“可恢复性”，并未从根本上否定通信权人继续使用该通信渠道的权利。以此为标准，数据删除（不可逆消灭）应归入禁止型限制，账户封禁（若为永久性）亦同；而基于网络管理需要实施的临时性通信阻断、带宽限制等措施，则仍属非禁止型限制范畴。这一界定既与制宪原旨保持了内在一致，也为数字时代新型干预措施的定性提供了可操作的判断基准。

（二）通信检查类限制的双阶构造

与禁止型限制的绝对性不同，通信检查类限制作为可能适用特别宪法保护的一种例外情形，具有更为复杂的内部结构。它是指以《宪法》第40条后句规定的“通信检查”为核心原型，但依据检查对象是否处于“传输过程”而分属不同保护范畴的限制类型集合。这一类型概念的引入，旨在克服既有学说将“通信检查”与“非通信检查”简单二分的缺陷，揭示出“通信检查”本身在规范上的内在分殊。

从规范构造的视角审视，“通信检查”这一术语清晰地呈现于《宪法》第40条后句，其制度功能旨在构建特别宪法保护范畴内的例外情形，与《刑法》体系中的“开拆”概念存在对应联系。但进一步分析后发现，“通信检查”概念的引入是1982年《宪法》有针对性地提升部分通信秘密的宪法保护强度的产物，体现为对通信权核心内容的更为完备的保障。这种保护强度的部分提升具有明确的规范边界，因建立在对通信自由的严格保护之上，故其范围仅限于传输过程中的通信信息（以通信是否送达为标志，有别于过程说的存储位置标准）。此时，任何形式的监听、截取或秘密记录行为，都会从实质上破坏通信过程的私密性，构成对通信权核心内容的侵犯，所以必须被纳入特别宪法保护的规范范畴。而对于静态存储于终端设备中的通信信息，即使从广义上也算“通信检查”，但因为它已脱离传输过程，不在通信自由的严格保护之下，对其私密性保护的紧迫性与必要性也相对减弱，故而无须纳入特别宪法保护的规范范畴。这种区分式的保护设计，反映了立宪者对通信权保护强度的精巧设计，是宪法通信权条款不断完善发展的结果。回溯历史，1954年《宪法》仅规定了对通信秘密的保障，1975年《宪法》与1978年《宪法》则仅明确公民享有通信自由。这两种单一的保护模式，在实践中暴露出诸多局限。侧重于通信自由的保护模式，由于过度集中于信息传输过程，造成对通信前后阶段权利保护的忽视。而事实上，通信前后阶段的通信权保护同样具有重要的意义。在这两个阶段，信息泄露不仅使私密交流的预期落空，还可能引发“寒蝉效应”——权利人因担忧信息泄露而主动放弃通信，严重妨碍正常的交流。反过来，侧重通信秘密的模式虽然覆盖广，但核心保护力度不足，难以精准捍卫通信权的关键部分，面对复杂现实时显得力不从心。

基于上述规范基础，通信检查类限制呈现出双阶的规范形态：第一阶：传输中的通信检查。针对传输过程中的通信信息实施的检查行为，因其直接关涉通信过程的私密性本质，被纳入特别宪法保护范畴，适用“事由、主体、程序”三要件的严格审查标准。此类检查必须满足：事由限

〔35〕 关于基本权利核心内容不可侵犯的原理在具体权利中的应用，参见屠振宇：《〈民法典〉实施后强制婚检的合宪性争议》，载《苏州大学学报（法学版）》2024年第1期，第37页。

于国家安全或追查刑事犯罪的需要；主体限于公安机关或检察机关；程序须依照法律规定进行。第二阶：非传输中的通信检查。针对已完成传输、处于静态存储状态的通信信息实施的检查行为，保留在一般宪法保护的规范框架内，采取相对灵活、宽松的规制方式。其合宪性审查主要依据《宪法》第40条前句“受法律的保护”，需满足事由明确、主体适格、程序正当等“质”的要求，但无须适用三要件的严格标准。这种分阶段保护的思路并非凭空而来，在1979年《刑事诉讼法》中已有雏形：对于处于传输状态的通信（第86条），要求必须经法定机关批准方可实施扣押；而对于通信前后阶段的信件等书证（第79条、第84条），则适用相对宽松的搜查扣押规则。然而，在数字通信环境下，“传输中”与“非传输中”的界限较传统书信时代更为复杂。数据在传输过程中往往同时被存储于服务商的服务器或缓存节点，呈现出“边传输边存储”的技术特征。若固守物理意义上的“传输瞬间”，则“传输中”状态将几乎不存在。然而，这并不意味着“传输过程”标准无法操作。宪法通信权保护的核心在于保障通信主体之间的私密交流不受干预，而“传输中”正是通信信息脱离主体控制、最易遭受干预的风险阶段。因此，可增加“通信信息是否处于通信主体可实际支配的状态”作为辅助判断依据，使“传输过程”标准在数字时代仍能发挥稳定的规范区分功能。具体判断规则可包括：即时通信场景下，信息从发送方终端发出至接收方终端接收前，无论经过多少服务器节点，均属“传输中”；云端存储场景下，信息已完整传输至接收方终端并被其实际支配后，即使同步存储于云端，亦属“非传输中”；待发送场景下，信息存储于发送方终端或草稿箱中，属“非传输中”。

通信检查类限制的双阶构造，为解决实务中通信检查的合宪性争议提供了有力的解释框架。以《中华人民共和国监狱法》（以下简称《监狱法》）第47条授权监狱检查服刑人员通信的规定为例，学界对该条款的合宪性质疑主要聚焦于以下三个维度：其一，监狱作为司法行政机关，是否具备通信检查三要件要求的特别主体资格。其二，“有碍改造”这一信件扣留理由，是否符合法定事由标准。其三，无差别例行检查手段，是否逾越了对通信秘密必要保护的限度。〔36〕尽管支持合宪论的学者尝试运用体系解释、历史解释等方法来协调矛盾，〔37〕但在逻辑自洽性方面，始终存在难以消弭的解释张力。针对此情况，若引入通信检查双阶构造观点，这一合宪性争议可以获得适当解释。由于依据通信检查的双阶构造，只有传输中的通信内容受特别宪法保护，这类情况必须满足特定事由、适格主体和法定程序等严格要件；完成传输的通信信息则适用一般宪法保护，仅需符合“受法律的保护”这一基础性要求。而监狱对服刑人员信件的检查，通常发生在信件送达监狱、尚未交付服刑人员实际阅读的阶段。从“通信过程”的规范界定来看，此时信件虽已脱离邮政系统的传输环节，但尚未进入权利人的实际控制范围。然而，这一阶段并非通信信息处于第三方传输处理中的状态，而是监狱作为监管场所对进入其管辖范围的物品进行管理的环节。因此，对这类信件的检查应归入一般宪法保护范畴，不必接受特别宪法保护的严格审查。

类似地，在这一解释框架之下，《中华人民共和国未成年人保护法》（以下简称《未成年人保护

〔36〕参见唐忠民：《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，第16—17页；温泽彬：《服刑人员信件检查的宪法分析》，载《西南政法大学学报》2008年第3期，第75—76页。

〔37〕如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，只要将1982年《宪法》第40条后句中的“公安机关”解释为“警察机关”，就可以促成《监狱法》的合宪。参见杜强强：《符合法律的宪法解释与宪法发展》，载《中国法学》2022年第1期，第123—124页。

法》)中授权监护人开拆查阅信件规定的合宪性也能得到验证。〔38〕当监护人出于教育矫治目的检查未成年人信件时,该行为在性质上属于对非传输阶段通信信息的管制,应纳入《宪法》第40条前句提供的一般宪法保护。此时,监护人的检查行为即便涉及通信内容,但因未对传输过程进行实质干预,故并不构成对特别宪法保护的违反。

(三)非禁止型限制的分层适用

特别宪法保护范畴之外,还存在大量不属于禁止型限制或通信检查类限制的干预措施,它们主要由一般宪法保护统摄。所谓非禁止型限制,是指《宪法》第40条后句所针对的禁止型限制以及通信检查类限制以外的其他限制形式,主要由承担整体保护功能的《宪法》第40条前句予以规制。对于非禁止型限制,立宪者并未给出明确阐释。从立宪者当时对"通信"的理解——"只限定为以纸张为载体的书信"——的立场出发,有学者认为立宪者所设想的通信权限制"只有对书信的开拆检视",进而得出不存在其他非禁止型限制的结论。〔39〕尽管这一结论能够从史料中获得支持,〔40〕但是在规范意义上,由于《宪法》第40条前句的表述较为宽泛,所以难以完全排除其他非禁止型限制存在的可能性。〔41〕特别是进入数字通信的今天,通信方式已从传统的纸质书信,转变为电子邮件、即时通信软件等多种形式。相应地,针对宪法通信权的干预手段也变得日益复杂。这种新的样态迫切要求宪法通信权条款能够顺应社会变迁需求,对保护范围作出适度调整,将各类新型的通信权干预措施纳入合宪性审查范畴,以使宪法通信权在数字时代得到切实维护。

借助宪法解释方法来拓展非禁止型限制的适用范围,面临的首要问题是如何充实《宪法》第40条前句"受法律的保护"这一概括性规定的规范内涵。对此,可以运用体系解释与比较法解释双重路径,为"非禁止型限制"的合宪性审查提供可操作的审查标准。从体系解释的角度看,"受法律的保护"并非仅指向形式意义上的法律保留,而是对立法质量提出了实质性要求。这一理解可以从我国《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)的相关规定中获得支撑。《立法法》第6条和第7条所蕴含的"明确性""合理性""民主性"等要求,构成了法律应当具备的基本质量要素。具体到通信权限制领域,"受法律的保护"所要求的"质",可以进一步具体化为三个维度:一是事由的明确性,即限制通信权的法律必须明确规定限制的具体事由,避免宽泛、模糊的授权条款;二是主体的适格性,即执行限制措施的机关必须具备法定权限,且其权限设定应当符合权力配置的基本原理;三是程序的正当性,即限制措施的实施必须遵循法定程序,保障权利人的知情权、申辩权等基本程序性权利。这三个维度共同构成"非禁止型限制"合宪性审查的基本框架。此外,"受法律的保护"规定本身是1954年《宪法》起草时

〔38〕《未成年人保护法》第63条第2款规定:"除下列情形外,任何组织或者个人不得开拆、查阅未成年人的信件、日记、电子邮件或者其他网络通讯内容:(一)无民事行为能力未成年人的父母或者其他监护人代未成年人开拆、查阅。"该条款因不符合通信检查限制主体和事由的规定,而受到质疑。参见王孟嘉、孙雪苑:《论宪法公民通信权的解释框架》,载《广东行政学院学报》2021年第4期,第59—60页。

〔39〕同前注〔7〕,张翔文,第44页。

〔40〕"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。"蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第265页。

〔41〕如彭錞教授认为这里的"另谈"既不是"漏谈",也不是"不谈",而是"宪法延迟"(constitutional deferral),即"决定不做决定"(decide not to decide),把实质判断权交给未来的立法者,以降低宪法规范与现实龃龉的"错误成本"。同前注〔13〕,彭錞文,第58页。

参考波兰等国立宪经验写就的，[42]因此可以从比较法的角度借鉴国际社会相关的司法标准。欧洲人权法院在“符合法律规定”要件的解释上发展出“法律质量”的三项标准：可接触性、可预见性与法治符合性。[43] 将上述标准引入我国宪法通信权条款的解释，可以为“受法律的保护”中“质”的要求提供更为具体的参照。对于非禁止型限制的立法而言，“可接触性”要求限制性规定应当公开透明，不得以内部文件或非正式规范形式实施；“可预见性”要求限制事由、主体、程序等要素应当清晰明确，使公民能够合理预期何种行为可能引发何种限制；“法治符合性”则要求限制措施不得授予行政机关过度的自由裁量权，应当设置有效的权利救济途径。

非禁止型限制内部同样存在干预强度的差异，可参照通信检查类限制的双阶构造，区分为传输类限制与存储类限制。传输类限制，是指针对正在或即将传输的通信信息所采取的干预措施，如通信阻断、实时监控、内容过滤等。此类措施直接影响通信过程的即时性与私密性，对通信权的侵害程度较高，应适用较为严格的审查标准。具体来说，设定传输类限制的法律，其事由、主体、程序必须明确。事由限于维护国家安全、重大公共利益等紧急情况；主体限于法定公权力机关或经严格授权的机构；程序要有事先批准、时限控制、事后通知等保障。存储类限制则针对已完成传输、静态存储的信息，例如调取历史通信记录、查阅已存储的邮件。这类措施也涉及通信信息，但信息已脱离传输过程，私密性期待的紧迫性下降，审查强度可以适当放宽。只要事由正当、主体适格、程序合法，通常可以认定合宪。但需注意，若存储类限制涉及对大量通信信息的系统性调取与挖掘分析（如长时间段详细通话记录的调取），可能实质上等同于对通信自由的干预，此时应升级适用传输类限制的审查标准。这一双阶构造与第二节中通信检查类限制的“传输中/非传输中”区分形成体系呼应：前者处理的是“检查”这一特殊干预方式的双阶性，后者处理的是“非检查”类干预措施的双阶性。两者共同构成了宪法通信权限制的完整双阶体系。

以《中华人民共和国网络安全法》（以下简称《网络安全法》）第49条、第50条和第60条为例，可以具体展示上述双阶构造在合宪性审查中的运用。该法第49条和第50条要求网络运营者对“法律、行政法规禁止发布或者传输的信息”采取停止传输、消除等处置措施。从干预对象看，“停止传输”涉及对传输过程的干预，应归入传输类限制；而“消除”及“停止提供服务”则针对已存储信息或服务功能，属存储类限制。这种混合性要求立法在程序设计上作出区分。然而，当前该条款存在事由要件的模糊性、主体设置的失当性以及程序保障的缺失性等问题。[44] 从“质”的要求来看，该条款在事由明确性上存在明显缺陷，公民难以合理预见何种信息可能被认定为“禁止”信息；将实施限制措施的主体设定为网络运营者等私主体，形成“私人执法”模式，私主体缺乏实施通信

〔42〕 在1954年5月31日举行的宪法起草委员会第五次全体会议上，时任宪法起草委员会副秘书长的田家英就曾明确提及，“通信秘密受法律的保护”条款在写作上参考了波兰等国宪法的立法经验，“波兰宪法是这样写的：‘住宅不可侵犯和通讯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”。参见韩大元：《1954年宪法制定过程》，法律出版社2014年版，第292—293页。

〔43〕 在2010年的尤尊诉德国（Uzun v. Germany）案中，欧洲人权法院指出，《欧洲人权公约》第8条第2款中“符合法律规定”这一表述，“首先要求当局采取的措施应该具备国内法上的依据；它同时还指法律应该具备的质量，要求该法律对于相关人而言是可接触到的，并且他能根据法律预见他的行为可能导致的后果，符合法治的要求”。参见陆海娜、[奥] 伊丽莎白·史泰纳主编：《欧洲人权法院经典判例节选与分析（第2卷）：家庭与隐私权》，知识产权出版社2016年版，第83页。

〔44〕 参见姚志伟：《技术性审查：网络服务提供者公法审查义务困境之破解》，载《法商研究》2019年第1期，第32页；孔祥稳：《网络平台信息内容规制结构的公法反思》，载《环球法律评论》2020年第2期，第136页。

限制所需的专业能力和法定权限，且容易采取过度限制措施；同时，该条款未规定权利人的程序性权利，权利人无法获得及时通知、不知晓被限制的具体事由，更缺乏申辩和救济的渠道。对于上述条款的完善，应当按双阶标准分别处理：对于其中涉及传输类限制的部分（如“停止传输”），应增设事先批准、时限控制等严格程序；对于存储类限制的部分（如“消除”），应在事由明确、主体适格的前提下，增加事先告知、事由说明、申辩救济等程序性保障。相比之下，《网络安全法》第60条授权在特定区域实施网络通信限制措施，属于典型的传输类限制。其规范构造体现了较高的审查标准：在事由要件上，将适用范围限缩至“维护国家安全和社会公共秩序”的紧急情形；在主体要件上，通过“国务院决定或批准”的提格授权机制强化决策层级；在程序要件上，依托网络安全事件应急预案体系形成法定化、标准化的干预程序。这种“三重严格限制”模式，与《宪法》第40条对通信检查的特别保护要求相呼应，可作为传输类限制的立法范例。

四、结语：类型化重释的规范意义

数字技术正在重塑社会交往，宪法通信权保护面临范式转型的压力。以传统纸质通信为基础的《宪法》第40条，在数字环境中遇到了三重结构性挑战：通信形态从物理载体变为流动数据，干预手段从实体拆解转为技术渗透，威胁来源从单一公权力扩展至多元主体。这些变化使围绕“通信检查”构建的传统框架同时暴露出“过度约束”和“约束不足”的问题，形成了“检查之外无限制”的困局。既有研究大多把《宪法》第40条看作一个时代适应性不足的文本，解决方案始终停留在调整“通信检查”的概念上：要么扩张其外延以覆盖新型干预，要么把大量干预划入“非检查”范畴以降低审查强度。但这种思路低估了宪法文本自身的解释弹性。更合理的做法是回归条款的规范构造，以“双重保护论”为核心进行体系化重释，无须依赖外部修补即可适配数字时代需求。

《宪法》第40条实则内嵌“两种限制类型＋一种特殊情形”的三层规范体系：其一，禁止型限制。此类限制由后句“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯”所设定，指向如非法隐匿、毁弃等对通信权构成根本性剥夺的行为。其在制宪时有明确的历史与规范指向，主要针对传统通信形态下的极端侵权，故其规范射程不宜直接简单地类推适用于网络通信行为。其二，通信检查类限制（特殊情形）。后句在禁止型限制之外，以“除……外”结构创设了“通信检查”这一特殊容许情形。该概念的引入，是1982年修宪时有意提升部分通信秘密保护强度的体现。以此为基础而确立的通信检查类限制，可进一步作双阶解读：对于针对传输过程中的通信信息（即实时、动态的通信内容）的检查，因其直击通信私密性的核心，故应纳入特别宪法保护范畴，适用最为严格的要件审查；而对于针对非传输状态下（如已存储）的通信信息的检查，则主要受前句一般宪法保护原则的规制，审查标准相对灵活。其三，非禁止型限制。前句“通信自由和通信秘密受法律的保护”构成一般宪法保护的基础。鉴于后句已对禁止型限制及严格的通信检查作出特别规定，前句的核心规范对象便自然涵盖除此之外的大量非禁止型限制。这类限制体现了宪法条款的包容性与开放性，能够直接适应数字时代多样化的干预形态（如调取记录、数据留存），无须借助“漏洞填补”理论。

这一体系化重构的核心价值在于充分释放《宪法》第40条内在的规范潜能，为数字时代的立法设计与合宪性审查提供精细化的教义学指引。以非禁止型限制为例：干预“传输中”还是“存储中”的信息，应适用不同的审查强度和程序。这个框架既守住了通信权核心价值的保护底线，也为

数字治理的多元需求预留了调适空间。它有望发展出一套能够统摄数字通信复杂形态、兼顾权利保障与公共治理的融贯体系。

Abstract　Digital technology has transformed the way we communicate and challenged traditional theories on the constitutional right to communication. Most existing studies continue to rely on the binary "inspection versus non-inspection" framework, using "enhanced legal reservation" as their theoretical tool. Their limitation lies in misreading the normative structure of Article 40 of the Constitution—it is not a simple binary framework but a dual-layer system of "general protection" and "special protection". Within this system, communication inspection, positioned under the "except..." clause, is merely a statutory exception under special protection, not the sole form of restriction on the right to communication. Starting from the normative structure of the constitutional provision on the right to communication, three levels of restrictions emerge in descending order of intensity: first, prohibitive restrictions, which, due to their fundamental deprivation of the right to communication, are subject to the most stringent special constitutional protection; second, communication inspection-based restrictions, which form a two-tier normative structure, applying different standards of review depending on whether the object of intervention is "in transit" or "not in transit"; third, non-prohibitive restrictions, which address the constitutional review of new forms of intervention in the digital age through a dynamic interpretive mechanism. This typological reconstruction provides a more refined and coherent doctrinal framework for legislation and constitutional review concerning the right to communication in the digital era.

Keywords　Constitutional Right to Communication, Communication Inspection, Restrictions on Fundamental Rights, Legal Reservation

（责任编辑：黄宇骁）