

有關刑法保護隱私的若干思考

Jorge Alexandre Fernandes Godinho *

澳門大學工商管理學院助教

I. 引言

1. 主題的限定

澳門刑法典包含了有關隱私問題的規範總和，正如透過閱讀第二卷¹分則內的第一編（侵犯人身罪）第七章（侵犯受保護之私人生活罪）就可容易地發現。

儘管如此，正如其他法益一樣，隱私並不是刑法的一般保護對象，但是一個受部分保護的法益。另一方面，亦闡釋隱私這個法益並不是一個統稱的事實，其包含了各種規範，或在其他方面，包括了各種事實的隱私。

在這方面，本文致力建立刑法保護隱私權的研究原則並無任何獨創性的願望。

因此，本文是分析刑法分則方面的內容，而不是只探討一種犯罪類型。

* 本文是1995－1996學年，澳門大學法律碩士課程刑法及刑事訴訟法學科的論文。在引文方面，只扼要地指出有關著作完整的書目資料，及在最後部分附上略語表。

¹ 澳門刑法典是透過八月七日第11/95/M號法律賦予總督的立法許可核准，根據澳門組織章程的規定，該立法許可只包括屬於立法會相對專屬權限的事宜。

核准一九八二年的葡萄牙刑法典時，曾經考慮將該法典延伸至澳門。當時，澳門總督為此成立了一個研究委員會（參閱刊登於一九八三年二月十二日第七期《政府公報》的



無可置疑，不會按照分則內所載設定罪狀的分析系統作出所涉犯罪類型的完整處理（因涉及總則的“重新編排”），然而，考慮到本文主題的複雜性及豐富性，這種處理將成為表現勇氣的工作。甚至比寫本文的勇氣還大。

僅作為提供總體的基本觀點，在觀點內最小可鑑別出受刑法保護的各個隱私範圍，並指出有關典型違法較突出的方面。

提出了一些考慮後，最後我們會按照犯罪類型的順序作出一個總括。

2. 隱私權專題化的構成

不可視作獨立系統內的權利來分析隱私權，應經常注意各種重要的情況以了解某個法律問題（Law in Context）。因此，即使是略為快了，但我們現在可談論引起隱私問題以及符理解該問題的各種因素。

第11/83號批示）。在該批示的字裏行間中，可看出對新法典的某些憂慮：“但將葡萄牙刑法典延伸至澳門的請求需要事先謹慎衡量在其包含的整理應與澳門的實際情況吻合，符合將來的情況及結構，因該法典的整理不單是主要在理論及學說依據上的革新。同時亦考慮其適用方面”。沒有公佈該委員會的工作結果，其結論應是不宜在沒作出重大修改下將葡萄牙八二年的刑法典延伸至澳門，並因而建議維持52/86刑法典繼續生效。一九九零年，立法會決定對同一問題設立委員會（參閱公佈於一九九零年五月二十九日第二二期《政府公報》的第2/90號決議）。當時，簽署《中葡聯合聲明》已有三年，因此，有意識需要盡早將澳門法律體系“本地化”。為此，刑法典及刑事訴訟法典成為了首大法典並且至目前為止（一九九六年十二月），是唯一“本地化”的法典（本地化政策在《中葡聯合聲明》或《澳門特別行政區基本法》內均無依據，這似乎是源自理論方面，任何沒有在澳門通過的規定，在澳門的主體回歸中華人民共和國後均不能生效）。

正如大家所知，澳門新刑法典的主要部分與葡萄牙九五年的刑法典相似。在本文的範圍內，不會對葡萄牙及澳門現行文本內相似及不同的地方作詳細的列舉。我們僅會指出以下事項：在澳門刑法典的文本內有輕微違反的保留，替代刑方面的減少，刑罰的一般最高水平，選舉罪、妨害國家及不歸罪方面的分別，而懷孕之自願中斷方面改由十一月二十七日第59/95/M號法令規範這是由於立法者無清楚表明的原因所致，但這些原因可能與當時由“企業家精神”產生的爭論有關，這種精神強烈地表明當時澳門刑法典的草案是預備將墮胎非刑事化，而當時的爭論與回歸後繼續將墮胎歸罪是難以維持的事實相聯繫。

可注意到澳門刑法典內所載有關妨害隱私罪的很多違法行為已在以前的九月二十八日16/92/M號法律內有所規定。比較有關的行文，可看出與八二年及九五年葡萄牙刑法典的相似程度是更為接近九五年的葡萄牙刑法典。因此，可以說，在隱私方面，該法律是基於九五年的葡萄牙刑法典，將澳門新刑法典“提前生效”，而不是單純將八二年的葡國刑法典“部分本地化”。



因此，提及住宅的保護在系統計劃內，現行的刑事法律將其作為隱私內容處理回顧過去的差別²。

但是，在現代的模式中，將侵犯隱私權利刑事化是相對地較新的發展，這是由於近兩個世紀內發生的重要社會變更所致。這涉及多種元素的相互作用，尤其有關政治、科技、人口統計及文化方面的元素。

正如Leite de Campos所述，直至十九世紀，生活主要是公開的，以便“所有人與“宇宙”的秩序結合在一起.....。每一人的“個人”質量及缺陷，其生活方式因屬於宇宙及社會的大秩序，所以均涉及所有的其他人，且可改變該秩序”³。

正如大家所知，由階級社會過渡為運作上不同的社會，世俗化及自由觀念的勝利改變了一切，導致倫理認識主義的倒退及隨後倫理相對主義的建立在各種價值客觀秩序的斷裂世界，即“醒悟”。正如José Lamego所說：“現代性肯定了由一個自治的我”“和支配的新人類學”，對於宇宙秩序卻不下定義⁴。

隱私權的肯定作為個人自治必須的“空間”與社會生活的他治相對前提是在自由主義的文化環境中私人財產的肯定及“公共”與“私人”的區分亦是重要的方面將社會重要性範圍和只涉及個人範圍之間的不同作出區分。

但是，隱私的明確法律專題化只是於一八九零年才出現。該專題化“遲緩地”出現是由於技術的發展直接地提供了某生活環境而引起了隱私問題，而有關的發展在我們的生活中是不會停止的。

關於這方面，可以概括地說，十九世紀期間開始的重大變化確定性地改變了以往的社會現實。因此，可以說，我們今天生活在自由資本主義、個人主義、工業化、都市化、受傳媒影響、消費主義及若干經濟學主義的社會中、該社會給予我們極大的活動性及個人發展的可能性。但是，同時間，亦是出讓的元素，正如Georg Simmel所說“one nowhere feels as lonely and lost as in the metropolitan crowd”。在這裏，我們僅可提及一些涉及的元素。

2. Costa Andrade 著的《...的同意》第368頁。正如作者強調，雖然維持相似的公式，但可產生所保護事實的變更。有關住宅的刑法保護，請比較本文第五點的內容。

3. 人格權課本第95頁及續後頁。

4. José Lamego 著的《開放的社會及觀念的自由...》第十四頁。

從生活條件的觀點來看，所涉及的是都市化、科技發展及人口增加的結合效果⁵。工業革命使農業經濟過渡到工業經濟，繼而導致大城市的出現。都市化為通往人民的社會開創道路，在那裏，由匿名者居主導地位。大家庭，大的生產及消費單位都是都市社會的典型象徵，在都市社會裏，面對城市人的“喧鬧聲”，住宅及家庭空間作為逃避的地方出現⁶。

另一方面，我們今天稱為“資訊科技”的某些發展直接地與隱私競爭。首先是文學的印刷，之後有聲音及肖象的取得及複製⁷，而今天就有電腦，這些科技無論在保護或限制使用方面都引起尖銳的問題⁸。因此，通訊的發展，由郵政服務起，就制定了用作保護函件保密的規定。這個需要今天伸延至所有類別的電訊活動。

在這裏，讓我們提及技術發展的雙面性，一方面是進步的元素，但同時，另一方面亦是一個威脅。

今天，在“資訊社會”裏，電腦的使用是很突出的，資訊的流通及

⁵ 一八零零年，只有3%的世界人口居住於擁有超過二萬居民的城市之中。估計到二零零零年，將有半數的世界人口居於都市中心。城市的增加是與工業化及科技發展有關，尤其有關建築、食水管、交通運輸及電力方面的發展。

一七五零年的世界人口約為八億，在七百五十年前的人口增長是非常緩慢的，但自一七五零年起，人口增長的速度開始增加：一八零零年為十億、一九三零年為二十億、一九六零年為三十億、一九七四年為四十億及一九九零年為五十億。至公元二千年將達到六十億。這發展是因人類改善健康、衛生及營養護理而使死亡率下降，從而使生存的希望上升。正如大家所知，中國是人口最稠密的國家，佔世界人口的四分之一，但預計印度的人口在不久的將來會超越中國。

⁶ Costa Andrade 著的《...的同意》第 373 頁。

⁷ 肖像的法律問題是隨著快速攝影術的出現而產生的，該技術使到在沒有被攝者的同意或其知悉的情況下，都可拍攝其肖像。當攝影術最初出現時，因必須被拍者在一定時間內擺姿勢，所以被拍者的合作是不可缺少的——與以前的情形一樣，必須透過藝術家繪一幅畫才可能取得肖象，且必須得到被繪畫者的合作才能成功。除此之外，肖像的取得並不在一般市民的可及範圍內。

⁸ Figueiredo Dias/Costa Andrade 著的《...犯罪學》，第 435 頁及續後頁指出“技術發展的威脅”作為出現新歸罪的解釋元素之一。面對道德上受質疑的技術出現，技術的發展在醫學及科學實驗方面亦遇上一些微妙的問題，例如使人蘇醒、產前診斷、移植、協助生育、遺傳控制等新技術引起的問題。請參閱我們為民法這學科所做的論文，提及有關人工受孕及代替母親身分的一些思考，並致力在現有法律下分析這些技術的可接納性及回答有關建立親子關係的問題。



傳播都是非常容易的，甚至已應對資訊的收集、處理及流通加以某些限制。在現代生活裏，市民經常被要求向公共及私人實體提供資訊⁹。

3. 在法律學說內出現隱私

按照以上所述，美國是明顯的資本及自由主義社會，這裏我們是不會感到驚奇的。上世紀末，美國在工業化及都市化方面具有領導地位（直至那時，這地位是屬於英國的），且是較早成為人民的社會，該社會首先開始了明顯及獨立的隱私專題化。該學說與 Samuel Warren 及 Louis Brandeis¹⁰於一八九零年發表的文章所獲得的效果一致，其中 Roscoe Pound 說過至少將新的章節加入法律內¹¹。

根據 Warren 及 Brandeis 的思考，事實的群體是多方面的：尤其在傳媒公佈未經許可的照片¹²，公佈及洩露信函；以及利用財產性質的秘密。

直至當時，過往是借助其他法律概念去解決今天作為組成隱私問題所面對的爭論。Warren 及 Brandeis 表明需要保護隱私的全面獨立權利，並以英、美司法見解的分析為依據。

為此，在不同的司法見解中援引其他法律範疇的規則，事實上，要真正保護的是隱私，而不是形式上援引這些規則。因此，顯示出當時權

⁹ 請比較本文第九點的內容。

¹⁰ The right of privacy, in *Harvard Law Review*, 第四冊第五號（1890年），第一百九十三頁及續後頁。Warren 及 Brandeis 文章的全文是相對較短，在 Morris Ernst/Alan Schwartz, *Privacy – The right to be let alone* 的第四十七頁及續後頁有轉載（我們將引用此文章），然而，需要強調的是，Warren 及 Brandeis 提及當時隱私權已在法國獲得立法保護（所引用文章第六十四頁）。

¹¹ Morris Ernst/Alan Schwarty, *Privacy – The right to be let alone*, 第四十六頁及續後頁。

¹² 在傳媒公佈照片及隨後的濫用危險似乎是各個作者特別擔憂的問題：“Instantaneous Photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house tops”（Warren-Brandeis, 所引述文章第四十九頁）。當作者提及傳媒超越其本身及恰當的界線時，有道德學者的驕傲，傳媒以商業形式經營，只是對私人資料搬弄是非，尤其有關性方面的資料，對降低社會及道德標準作出貢獻，而這些資料更佔據了用作報導對社群真正重要事項的篇幅（所引述文章第五十頁及續後頁）。



利方面的各種保護途徑是不足夠的。所談論的法律範疇為：所有權、版權及知識產權、合同的權利(尤其是信任義務：Breach of Trust or Confidence)及名譽權。

我們只會提出所使用論證的某些方面。

因此，有關未經許可而公佈信函方面，Warren及Brandeis說明了知識產權及藝術權在保護隱私方面的不足，並肯定了該等權利是將一項更為總括的權利具體化及實現¹³。這就是隱私權不同之處，那些權利的利益只是作者可藉著傳播、公佈或利用而獲利，相反，在隱私權中，有關的利益是不公佈或至少不洩露其內容。

作者肯定私人寫作的保護不可依靠如文學作品方面的保護，正如錯誤的司法見解表示，因不具文學作品的特性，拒絕對未經許可而公佈的信函作出保護。並清楚地解釋：如一個男人在其日記內記載沒有與妻子進食晚飯，需要保護的，並不是這記錄，而是本身的事實，是家庭生活，對於這項保護，在任何版權或類似的權利內均不能找到依據。

其他方面，正如眾多作者強調，即使有關有形資產方面(例如，寶石的私人收藏)，對於傳統所有權的標的可具有一個不能拍攝、描繪或甚至不知道擁有什麼的利益。作為隱私問題而不是所有權的問題，因此，清楚地將兩種權利分開。在現代的術語中，我們可以說隱私正如一個所有物，是一個支配權。不同之處在於隱私主要是與支配某類資訊的流通有關，而不是享有有形物。因此，隱私相對於一項人格權(非財產權)。

有關合同內隱含的信任義務，Warren及Brandeis在眾多例子中引述了一八八八年，Pollard控訴Photographic Co的案件¹⁴：在合同範圍內，一名女士自願地讓一攝影師拍照，後來，該攝影師出售及展出其照片。該攝影師答辯時辯解一個人對其本身的特徵沒有所有權。因此，在沒有侵犯名譽下不妨礙攝影師使用其底片。然而，法院認為侵犯了合同內隱含的條款。

Warren及Brandeis注意到，以現代的技術，有些情況是在沒有任何合同下拍攝照片的，這樣，肯定需要對未經許可而流通的相片給予保護，但這保護，應以非合同為依據¹⁵正如我們在大陸法術語內所說，是基於絕對權而不是基於相對權。

¹³ 所引述文章第五十二頁。

¹⁴ 所引述文章第六十頁。

¹⁵ 所引述文章第六十一頁。



一八二零年，在Yovatt控訴Winyard的案件中，對“Breach of Trust and Confidence”進行了探討：Yovatt是一名獸醫，他將醫療配方記錄在一本書冊內，而Winyard是他的助手，由於得不到這些配方，因此，在沒有Yovatt的同意下，將這些配方及有關的使用技術複印。後來，Winyard請辭並自行開設獸醫診所，出售按照其複印所得配方及使用指示而製成的藥物。Yovatt欲解決這事件而向Winyard提出司法訴訟。

該訴訟被視為是源自當Winyard受僱於Yovatt時違反義務“Breack of Trust or Confidence”所致，因此，是合同性質的違反。

Warren及Brandeis批評，如該配方被陌生人獲得（例如，因盜竊），其結果應是相同的，但有關的決定則不可以“Breach of Trust and Confidence”¹⁶為依據。

作者亦將對隱私的侵犯與對名譽的侵犯作出區分。區分點是將傳播私人事實的歸罪作為泄密的罪行，不涉及任何的不名譽。隱私是在保護名譽之外¹⁷。

因此，隱私的出現是作為傳統所有權、著作權或知識產權、名譽權及合同信任義務的一些權利。

Warren及Brandeis的文章在區分各種其他法益的隱私後，很明顯，作者繼而探討保護隱私的限制及確定一些一般的指引，而這些指引，除個別不適用外，其餘的仍然是完全有效的。這點可透過若干所述限制的抄錄解釋之。

因此，首先是“The right of privacy does not prohibit any publication of matter which is of public or general interest”，立即提及與公眾人物有關的事宜，如參加競選的候選人，但是，即使是有關這些人物，得保障以下事宜“which concern the private life, habits, acts and relations of an individual, and have no legitimate connection with his fitness for a

¹⁶ 所引述文章第六十二頁及續後頁。

¹⁷ 看Costa Andrade著的《...的自由》，第七十頁及續後頁。可在事實意義上理解名譽（包括良好的名聲或尊敬又或確實存在個人價值的社會地位——無論是值得與否）或在規範性意義上理解名譽（所有及任何人都應尊重，在個人的行為中獲得——接受歸責事實真實性的證明，一但作出遵守，就不存在名譽之侵犯，因此，歸責的不名譽事實的不真實性組成了罪狀）。在葡萄牙法律內，傳統上，名譽的事實觀察佔主導地位，而今天，則有憲法的確認（第二十六條提及名聲與聲譽），雖然倘歸責是為獲得合法利益而作出時，接受事實真實性的證明，但是，保護了私人及家庭生活的隱私。



public office which he seeks or for which he is suggested, and have no legitimate relation to or bearing upon any act done by him in a public or quasi-public capacity”¹⁸。

另一面，“The right of privacy is not invaded by any publication made in a court of justice, in legislative bodies, or the committees of those bodies; in municipal assemblies, or the committees of such assemblies, or practically by any communication made in other public body, municipal or parochial”；“the right to privacy ceases upon the publication of the facts by the individual, or with his consent”；或“the truth of the matter published does not afford a defense”¹⁹。

4. 一般的隱私

隱私權是一基本權利，在憲法第二十六條第一款下半部份²⁰及澳門特別行政區基本法第三十條內有明確規定。

由於本文的目的是瀏覽刑法保護客體的隱法範圍，我們不會對一般的隱私作詳細的考慮。

對隱私給予非循環的概念或最終不提及公共—私人的劃分是較困難的。在所有情況中，可以說隱私的法益是相對於保護獨立個體或每個人私生活的利益(保護及保密)²¹。作為維護與個人有關的生活及存在的資

¹⁸ 所引述文章第六十四頁及續後頁。有關這問題，請比較本文第六點的內容。

¹⁹ 所引述文章第六十六頁及續後頁。

²⁰ 除了這個一般確認外，憲法明確保護有關隱私章節內所載受刑法保護的事宜，尤其住所之不受侵犯(第三十四條)，函件之不受侵犯(第三十四條)及個人資料之資訊處理(第三十五條)。另一方面，第二十六條第二款現定：“法律應確立有實效之保障，對付有關個人及家庭資訊被濫用，或被利用作為侵犯人之尊嚴”。這是對重大的價值作出法律規定，而這規定對刑事性質的資料資訊處理及措施不加限制。本文不討論現行法例中哪些措施可使憲法規定得到全面遵守。有關憲法與刑法的關係，請看Faria e Costa 著的《...的危險》，第二百零一頁第續後頁。

²¹ Capelo de Sousa 著的《...的權利》，第三百一十五頁。該作者從民法的觀點進行了隱私最大利益及所保護範圍的盡數列舉。民法的保護是全面而非部分的，不論在民法典第八十條所承認的隱私權，或在所規範的特別隱私法益(民法典第七十五條至七十九條)，又或在人格權的一般權利(民法典第七十條)等方面作為依據。

料免受任何干預或洩露的利益。這裏，在人道主義性質法律秩序的框架內，立即突出保護個人對付不合理控制或干預的意圖，以及賦予個人自身的“空間”。“人不是萬國公共牧場”(Orlando de Carvalho)，不可永久地展露——在具有受保護的範圍“no trespassing”，在這範圍內，應可單獨存在(right to be let alone)。因此，在隱私的核心中具有單獨的成份。

在現今的“資訊社會”時代，嘗試強調將隱私理解為個人資訊的支配能力。因此，從除資訊的擁有者外，沒有其他人知識的角度來看，無論是受保護的事宜或那些必須嚴格遵守保密義務的人(如律師，醫生及銀行家)所知悉的事項均應包含在隱私的保護內。然而，面對現行的刑法，是一個更壓縮的觀點，因澳門刑法典在有關隱私的章節內，以財產的清楚投影，將其他性質的現實理解為行為的保密或保護範圍主要是空間的住所。

隱私這個法益包括由其產生的文字及肖像法益等具有積極和消極兩方面的自由結構：涉及可決定誰能進入其私人及隱私範圍的自由和不受到意欲以外的干擾²²。

可以概括地說，侵犯隱私行為的客觀因素是由社會的特性所做成的。例如，一個行為的意思，只可由行為人的意願賦予²³。如行為人作出合意，則實現了自由，不可說是社會損害的典型表現：一個典型的行為(雖然能以同意解釋)，倘存在違反權利人意願的行為，則侵犯了自由。

²² Costa Andrade 著的《...的同意》，第四百九十六頁及續後頁。

²³ Costa Andrade 著的《...的同意》，第三百六十三頁及 Stratenwerth, Derecho Penal..., 第一百二十七頁及續後頁。因此，隱私是可受同意影響的。例如，某甲將其房屋的鑰匙借給某乙，並要求乙在午膳時間去其家裏取一本書，因此，如認為這樣構成侵犯住所是沒有意義的，因為以同意來解釋之。

相對於一九八二年的葡萄牙刑法典，一九九五年葡萄牙刑法典的立法簡化及統一了關於法益權利人同意的用語，只提及“未得同意下”。這並不妨礙同意與合意之間教義上的區別。隨後，刪除了“無合理解釋”，“違背明確的意願或假設權利人”或“無權利人的合理解釋或同意下”等句語，但對於侵入限制公眾進入之地方的犯罪除外(一九九五年葡國刑法典第一百九十一頁及澳門刑法典第一百八十五條)，所引述議事錄第二百九十八頁。有關“合理解釋”參閱註六十七。

II. 刑法保護隱私的範圍

5. 侵犯住所

我們已在前面提及，住所是受憲法保護的（第三十四條第一、第二及第三款）。在刑法典內，首先出現有關隱私的歸罪是在以“侵犯住所”為主題的條文內（葡萄牙一九九五年刑法典第一百九十條及澳門刑法典第一百八十四條，特別在澳門刑法典第四百二十八條及九五年葡萄牙刑法典第三百七十八條規範了公務員侵犯住所）。

在這章內載入該歸罪是因為在今天，住所相對於私人空間而言是個人“築壕”的自由。住所是私生活、家庭生活及性生活的空間範圍，並用作針對現代社會運作上失去的個人性²⁴。可無憂無顧地單獨處於家裏，並可減輕都市生活及工作帶來的壓力和壓迫（O Stress）²⁵。

系統上，是由於隱私而出現由刑法保護住所，因為住所作為“最後的隱匿處”或“僻靜處”，與街道、工作地點及一般的公共地方相反。保護個人的保留空間²⁶，並藉此同時保護家庭生活、家居生活及性生活。此外，憲法亦提及私生活及家庭生活的隱私。

²⁴ 強調這方面，引述 Costa Andrade 著的《...的同意》，第三百七十一頁及續後頁，《...的自由》，第八十八頁及續後頁。

²⁵ 在民法的觀點，Capelo de Sousa 認為每一個人的自主，前提是每一個人可擁有私人範圍，在這範圍內可自我收藏（“right to be alone”），自我反思，評估其行為，使精力重新充沛和克服其弱點，這範圍是其他人不應侵犯的，否則就是不法，並在這範圍放置組成隱私的元素（《...的一般權利》，第三百一十六頁）。

²⁶ 如一個人為盜竊目的而侵犯住所，應適用哪些法律規定？Maria Gonçalves 認為侵犯住所罪與“盜賊進入住所內實施的盜竊罪競合”（刑法典註釋第五百九十四頁，第一百九十條的註釋四。有關這問題，該作者引述了 Eduardo Correia 的刑法 II，第三百六十六頁的內容）。因此，似乎該作者支持應以盜竊罪與侵犯住所罪的競合來處罰行為人。我們直言不諱地不同意：對我們來說，似乎是一個表面競合，因是以侵犯財產的加重為依據的侵犯住所，行為人應只因盜竊罪受處罰。此外，似乎沒有正確理解 Eduardo Correia 在 52/96 葡萄牙刑法典方面的立場，他很清楚地寫出“如行為人為作出一罪行，在違反受害者的意願下進入或試圖進入受害者的住所，則立即實施了違法行為的競合，應以第四條的規定作出處罰（實施該犯罪作為實現其他犯罪的手段）。但是，是否應考慮第十五條的加重？（行為人進入或企圖進入受害者的住宅實施犯罪）。答案似乎是否定的，否則就違反了一事不兩理”“ne bis in idem”的規定。



受保護的法益是住所的隱私，因此，在其空間範圍；如在他人住所內，不容許未經許可的逗留，即使這人獲得許可而進入亦同。沒有法益權利人的同意下，進入住所是可受處罰的，而離開住所則不受罰²⁷。該權利人有權管理受保護的空間 — 住宅。

該罪行具有由法律賦予的形式性質，並相等於住所是 — “受保護空間”的考慮，因此，這空間是刑法徹底保護的標的，傾向性地包括所有及任何未經同意而實質上進入住所，無論是否發生私生活的任何侵犯。

住所的概念包括任何具有居住功能的空間，包括船隻、帳篷、汽車、賓館的房間等²⁸。

透過澳門刑法典第一百八十四條第二款的規定，可察覺到把以電話騷擾他人私生活、安寧或寧靜的意圖刑事化²⁹（特殊客觀元素），該刑事化相等於確認可稱為“電話寧靜”的權利。該條文主題（的更改）以侵犯住所代替了進入他人住所這種傳統的名稱 — 反映出在（新的）保護範圍內包括了住所的功能範圍，已不僅是空間範圍。很明顯，電話騷擾並沒有實質上進入住所的情況存在。然而，具有侵犯他人住所、煩擾他

²⁷ 在八二年的葡萄牙刑法典內說“違反意願”，而現時，在澳門刑法典及九五年的葡萄牙刑法典內說“未經同意下”，具較低的要求，並代表了歸罪的擴大。參看 Costa Andrade 著的《關於...的改革》關於，第四百五十一頁及續後頁。

²⁸ 一九九三年六月二日最高法院的合議庭裁判提及賓客房的問題（第四百二十八期司法部報刊第二百五十七頁及續後頁）。案件是這樣的：在一私人住所內，一房客盜竊了三次由另一住客租用的住房內的錢，而這房客只習慣關上門門而沒有用鑰匙上鎖。檢察院檢控其實施了與三項侵入他人住所罪實際競合的三項盜竊罪後來，嫌犯僅被判違反了盜竊的連續犯，其餘指控則獲宣告無罪。檢察院對該判決不服而上訴，最高法院裁決是嫌犯實施了與進入他人住所實際競合的罪行（最高法院沒有處理如之前不是實施盜竊的認知問題，但現在不討論這問題）。在最高法院合議庭裁判的理由說明中記載：“按照我們闡述的一切，總結出承租人的房間，不論是酒店、賓館、寓所或普通私人住所的房間，當其被承租人租用作睡眠、放置衣物和其他東西、渡過空間時間、偶然地做一些簡單的工作、學習和更衣時，空間只由租客使用的房間就構成了住所，除了受聘執行收拾和清潔工作的人員，任何人不得進入這房間，不論有關的門是以鑰匙上鎖或是只關上門門，總括來說，即對於這房間來說，只有租客是禁止權利（Jus Prohibendi）的權利人，第三者進入該房間必須取決於權利人的同意，以便產生刑法典第一百七十六條的保護效力。所有的隱私都是集中在房內！（原文是以斜體字書寫）。

²⁹ 九五年的葡萄牙刑法典，“...安寧和寧靜”（第一百九十條第二款）。澳門刑法典分開處理，似乎是更為適當。



人身處家中、擾亂安寧、寧靜和處身於安靜環境的權利、以及妨礙住所執行其自然功能的方式。

除了住所空間外，刑法的保護範圍包括所有和任何限制公眾進入的地方（澳門刑法典第一百八十五條；九五年葡萄牙刑法典第一百九十一條），雖然刑罰較低，但代表了對住所的刑法保護給予較大的尊嚴³⁰，該犯罪的前提是侵犯物理上的圍障³¹。

6. 侵入私人生活

現在，我們將會處理澳門刑法典第一百八十六條及九五年葡萄牙刑法第一百九十二條集了八二年葡萄牙刑法典第一百七十八條和一百八十條的內容）所規定的各種情況。

雖然有關的內容收集在單一的規定內，但仍然在首三項中作出一個區分，而這三項是相當於八二年葡萄牙刑法典第一百八十八條，而d)項連同第二款的規定則相當於八二年葡萄牙刑法典第一百七十八條。從產生正當利益的正當事實只提及最後這項可證明八二年葡萄牙刑法典的延續，即代表以往制度的延續³²。

因此，包含不同形式的侵犯，而這些形式在現實上是有若干區別的，首三項是規定侵犯私人範圍的某些情況，而最後一項是更廣泛地規範有關洩露隱私範圍資料方面的情況，因而引起限制社會傳播機關行為的問題。

這幾項中所載的所有可處罰行為要求“侵入意圖”的主觀要素，意味著該等行為的法定罪狀取決於實施行為時是否具有侵犯隱私的意圖³³。

a) 項所保護的是電話通訊方面的隱私。包括“談話內容”及更廣泛的“通訊”，似乎包括透過電話線傳送資料的任何現今或將來的科技（例如：圖文傳真或調制解調器）。該犯罪可由任何所載的傳送方式構成。是一項抽象的危險罪，或是一項擴大的保護。該罪狀並不要求被非法截取的資料內容是私人性質的內容，因此甚至可以是平庸的內容只要求有

³⁰ Costa Andrade 著的《...的同意》，第三百六十六頁，注十。

³¹ 議事錄第二百九十九頁。

³² 委員會不以剔除正當理由，但以額外要求所涉公共利益的重要性作出選擇。

³³ 有關罪狀的特殊主觀要素，請參閱Stratenwerth, Derecho Penal第一百一十二頁及續頁。



關的侵犯是以侵入私人生活的目的作出已足夠。倘沒有這意圖，但作為電話談話，如該談話被錄音，則該等事實可構成非法錄音的罪行³⁴。

b) 項所保護的是他人的肖像和屬隱私物件及空間的“圖像”，以對付具侵入意圖的各種取得方式（獲取、以相機攝取、拍攝、記錄）。

這裏並不作為肖像權自主的確認，但僅是保護與隱私有關的肖像。所述的肖像權以非法拍攝罪給予保護³⁵。

屬隱私物件及空間亦受刑法保護。是刑法保護隱私的其他兩個範圍。保護不洩露或至少不獲取屬隱私物件及空間肖像的個人利益。這裏，我們不討論空間或物件是否屬隱私的認知問題。我們只會談及住所似乎是特別的隱私空間，而這空間是擴大保護的標的：刑法不單懲罰實質上的侵犯和其“電話寧靜”，同時，透過這項規定，亦對我們稱為“視覺上的安然無恙”的方面給予保護。

似乎這項包括具侵犯意圖，以強力鏡頭拍攝他人住所內部的情況。

c) 項關注較簡單的情況：以侵入意圖偷窺在私人地方的人或竊聽其說話，與上兩項的規定不同，無須使用技術工具（但不排除使用，例如望遠鏡或傳聲器）。因此，該項規定包括可稱為侵犯他人隱私的傳統情況。

總體來說，以上所述的兩項規定包括較為廣泛的範圍，因此，不僅保護住所這個空間，亦包括住所秘密的保護方面：“在保留予住所地點內產生的私人態度和行為的秘密和與其不可分開的獨立權，以及在住所牆壁間自由及隱藏地發展個人的活動³⁶”。

d) 項更加廣泛地包括洩露關於私人生活資料的方面。法律規定了健康方面的嚴重疾病。不難觀察到突出嚴重疾病的理由：例如，不論我們想與否，知悉某人是 HIV 或愛滋病病者，是結交的因素。

但是，d) 項是保護隱私方面最為重要的刑事規定，因為可從刑法典的條文看到，適用範圍是極之廣泛的，並包括以侵入意圖作出任何洩露私人生活資料方面的行為。

在這規定內，視個人可對其不欲公開的某些生活領域保持秘密——是受保護性質資料的支配權。

³⁴ 請比較本文第十一點的內容。

³⁵ 請比較本文第十一點的內容。

³⁶ Capelo de Sousa 著的《...的權利》，第三百三十五頁。

公共領域方面，尤其罪行⁴⁵和原則上表現隱私方面的行為較為明顯，而該等行為是與社會利益方面有衝突的⁴⁶。

合理事宜方面，首先注意的是，正如前面所述，隱私範圍可用作衡量各種利益。因此，倘出現隱私與其他價值之間的衝突，是沒有絕對的價值，應衡量具體情況，按照實際的協調，尤其在選擇手段和目的方面⁴⁷，盡量保護各種利益，而不是排除其他利益。

這方面，除了可適用一般正當理由外，還需特別提及狹義上侵犯隱私的特殊正當理由：當洩露是實現正當及重要公共利益的適當方法者，洩露關於他人之私人生活是合法的（澳門刑法典第一百八十六條第二款和九五年葡萄牙刑法典第一百九十二條）。

刑法典第二卷內確認的特殊正當理由具有擴大第一卷內所載一般情況外的合理前提。具體地講該正當理由與緊急避險權不同，因不存在危害法益的情況，亦不要求所保護的利益大於犧牲的利益：足以視為正當利益。和Costa Andrade一樣，我們可以說是“明顯地積極及革新意圖的正當理由：對保護處於危險的情況（status quo）和各種新價值或利益的肯定及勝利預先確定”⁴⁸。

因此，是類似侵犯名譽罪內所載的正當理由，在澳門刑法典第一百七十四條第二款a)項和九五年葡萄牙刑法典第一百八十四條第二款a)項。但是，侵犯名譽與侵犯隱私的制度之間沒有一致性。在侵犯隱私方面，除了要求所涉及的利益是正當外，還要求是公共及重要的，尤其不接受事實

⁴⁵ 雖然在半公罪或私罪方面可以探討是否完全這樣，以及尊重嫌犯無罪的推定。另一方面，時間的流逝，特別是遵守刑罰後，是忘記和逐漸洗去所犯的隱私罪，這是重新社會化的權利，而這權利組成現行刑事法律秩序的主要原則，但是，屬於歷史的罪行則除外（參看 Figueiredo Dias，葡萄牙刑法，第七十四頁）；Costa Andrade，自由...，第二百五十二頁及續後頁。因此，至少在民法方面，公開以往的判刑可以是不法的（參看 Capelo de Sousa 著的《...的權利》，第三百零九頁第三百一十九頁）。此外，正如大家所知，刑事記錄經過不同的期間後是會取消的。

⁴⁶ Costa Andrade 對所述例子作出評論（請比較《...的自由》，第二百六十頁），例如西盟其中一個國家的國防部長與一個和東盟的軍事助理有性關係的女青年發生同樣的關係，是否涉及國家安全的問題；或一報章報導女皇探訪婦科醫生，是否在進行可以對國家元首的繼承有重要性的程序；無可置疑，以上兩個情況都存在公共利益。

⁴⁷ Costa Andrade 著的《...的自由》，第一百六十二頁及續後頁。

⁴⁸ 《...的自由》，第三百八十三頁。

真實性的證明，因為關於隱私方面，最受損害的是真實而不是謊言⁴⁹。

因此，是直接地連接兩種相對利益的方式：某事實的保護、隱密或保密的利益和洩露或公開被記者用作主題的利益。

名譽權、隱私權、文字語言權和肖像權⁵⁰ 試圖與出版自由衝突⁵¹：根據定義，出版自由是源自以上所述的多種權利，目的是傳播事實、意見、聲音及肖像。因此，這些都是“本質上衝突”的法益(Costa Andrade)，因為所有這些法益都相等於憲法確認的基本權利⁵²，沒有一個是具絕對價值。

⁴⁹ 這方面已由Warren及Brandeis提述過(請比較本文第三點的內容)。真正事實(exceptio veritatis)是一把有兩面刀刃的劍，因此，若干形式上是受害者被審判今天，澳門僅在侵犯名譽罪方面接受。以往的制度載於九月二十八日第16/92/M號法律第十九條第一款。與該法律的其他規定相反，除非受害人明確表示准許，該規定容許事實真實性的證明，這法律並沒有被核准澳門刑法典的法規明確廢止。但是，可視為被澳門刑法典第一百八十六條第二款暗示地廢止。

需要注意的是，九五年葡萄牙刑法典與澳門刑法典對於侵犯名譽罪方面有不同的重要性：九五年葡萄牙刑法典第一百八十八條第五款規定，在構成犯罪事實的歸罪情況中，禁止對確定判罪的事實真實性作出證明在澳門刑法典內沒有相等的規定。參閱Costa Andrade在《...的自由》一書，第二百一十二頁及續後頁的批評。總括地說，嫌犯可以在刑事程序中永遠不受審判或可以因各種理由宣告無罪，而這些理由是與事實真實性的調查無關的，因而引致誹謗罪嫌犯地位的不合理加重。需要強調的是，在澳門，載於出版法(八月六日第7/90/M號法律)內的真正事實(exceptio veritatis)制度沒有被新刑法典明確廢止。因此，對其效力產生疑問，相比葡萄牙一九八二年至一九九五年的情況，當時，由核准九五年葡萄牙刑法典的法規明確廢止。參閱Capelo de Sousa在《...的權利》一書內第三百一十一頁，註七百七十八中所說及的效力問題。在澳門，可否堅持已由澳門刑法典暗示地廢止，因透過社會傳播媒介作出的犯罪屬加重刑罰的犯罪(澳門刑法典第一百七十七條第二款和第一百九十二條)，反映出澳門刑法典考慮了規範名譽權方面的社會傳播要素，因此，透過傳媒而作出的侵犯應受一般規則約束(有關這問題，請比較憲法第三十七條第三款之規定，及Faria e Costa著的《...的危險》，第二百零九頁及續後頁)。

⁵⁰ 請比較及其他，如重新社會化的權利。

⁵¹ 因此，這些權利具有原則性的結構而不是規則性結構，所需要的不是“完全或不完全”適用，而是衡量面對的具體情況，作出實際的協調，以保護每一權利的重要內容(請比較Gomes Canotilho著的《憲法權》第五百三十三頁及續後頁)。對於出版自由，憲法第三十七條第三款有清楚的解決方法，憲法保護不是絕對的。

⁵² 在開放的社會中，出版自由是不可拒絕賦予的，因這自由相等於基本價值：思想表達自由及服務於其他價值，正如貪污的檢舉。然而，是隱私和名譽的潛在侵犯者，並具有加



需要了解洩露私生活事實的目的是什麼以及該有關事宜的社會重要性。揭露社會利益的事實這裏，不重於公、私之間的區別尤其用作形成公眾意見，是可容許的。但不是揭露無任何社會利益的事實，尤其是那些突出侵犯目的之洩露行為。

這方面，接受導致揭露隱私的社會環境亦具有作用。因此，作為闡明，可以美國為例，特別在政治活動的環境，傳媒對公眾人物的過去展開持續和徹底調查方面是有用的，不僅包括政治及職業上的履行，亦包括私生活方面各種詳細的資料（如夫妻之間的不和及不忠），在若干道德方面嚴謹的社會環境中，可以說絕對意義上的“Personen der Zeitgeschichte”是沒有隱秘和隱私的，美國人的公眾意見要求沒有任何污點的私生活。這情況與葡萄牙社會的情況是不同的，在葡萄牙並沒有那麼極端。

7. 以資訊手段侵犯

在此不強調由於資訊進步而引致法律體系發展的情況⁵³。總體來說，資訊發展在所有領域，如工業、金融或通訊方面都具有及繼續具有很多不同的影響。但技術發展是雙面的：有好處，亦有風險如解放人類，但亦使人類成為奴隸。

重的社會損害，在事實和控制計劃內實際上是不可能的，答辯權是清楚地無效的（Costa Andrade 著的《...的自由》第六十五頁及續後頁）。有關民主國家內出版自由的理解、功能及重要性（在各種其他功能中，作為表現自由的媒介物、形成公眾意見的元素、文化的傳播者），請比較 Costa Andrade 著的《...的自由》第三十九頁及續後頁。

⁵³ “資訊革命”始於六十年代。直至八十年代，是“大”電腦，main frames 時代。由一九八零年初起，個人電腦（personal computer 或 PC）發展迅速。個人電腦的技術特點在各方面均一直以指數的方式發展和增加：資料儲存的處理、方式及能力（如硬碟或 CD-ROM），記憶，透過電話線進行電腦之間通話的速度等。同時，有關的成本亦急速下降。這些發展代表了今天任何人都可以獲得科技，與不久前的情況不同，以往，僅如政府或企業組織才能擁有——如已存在，在事實計劃上，這是“資訊的民主化”。作者亦合理地強調資訊的危險。其中一作者說：“資訊具有利於加強權力中心而損害個人自由的特性”（Agostinho Eiras 著的《...的司法保密》第六十七頁所述 Xavier Bellefont's 的 L' informatique et le droit）。但是，隨著國際互聯網的誕生，改變了各種資料（國際互聯網是各種網絡的網絡尤如一個“蜘蛛網”它原自美國，今天，覆蓋至世界各地）。現時，面對國際互聯網的“混亂”及無秩序，若干政府承認有迫切需要在資訊範圍加強“秩序”及“規則”，形成“Law and order”的論說。但是，國際互聯網並沒有任何負



這歸罪僅代表面對資訊時⁵⁴，個人資料保護和自我決定資訊權⁵⁵的複雜法律問題的一方面。具體地來講，在葡萄牙，構成這方面法律規定的刑事違法行為，規範這方面事宜的法例為四月二十九日第 10/91 號法律。澳門則沒有相等的法例。

按照所分析的歸罪，數據銀行是對隱私、自由及民主造成危險的根源之一：透過檔案的串連，容許個人歷史的永久及完整的紀錄。因此，在橫向上出現極權主義社會的威脅，這個社會由“big brother”透過資訊控制，他知悉其公民的一切⁵⁶。同時，亦存在檔案被不受控地複製的危險。

因此，憲法第三十五條第三款直接規定禁止設立、保存或使用可認別個人身分，且係關於政治信仰、宗教信仰、世界觀之信仰、私人生活或民族本源等方面之資料之自動資料庫(九五年葡萄牙刑法典第一百九十三條及澳門刑法典第一百八十七條)中稱為“極為個人的資料”⁵⁷。需注意，澳門刑法典與九五年葡萄牙刑法典不同，澳門刑法典並沒有提及黨派與工會的加入情況⁵⁸。

對於禁止民族本源的自動資料庫問題，立法者將這類資料庫包括

責網絡集合體的中心或管理機構（通訊是根據共同議定書作出，如 TCP/IP 或 PPP），這樣，對任何的控制企圖均構成挑戰。因其國際性的特點，任何國內立法者為控制如賭博或色情傳播而作出的努力都遇到挫折，除非是完全禁止市民取得有關的科技（然而，在民主社會裏是不可想像的；同時，亦涉及不同工業領域及資訊服務的排除或國有化）。另一方面，各種引起不安的新科技的出現（如 PGP 程序：pretty good privacy）使美國政府以規範軍事科技的方式來規範，似乎意味著 e-mail 是較為安全的通訊方式，因是可完全地無法辨認的。

⁵⁴ 更為廣泛的資訊的法律架構問題。為嘗試作出整體的系統化，請比較 Maria Eduarda Gonçalves 著的《資訊權》第十八頁及續後頁。

⁵⁵ 被視為是結合資訊範圍各種權利的“超級概念”。自我決定資訊權是決定誰可以使用有關人士資料的權力（請比較 Costa Andrade 著的“有關...的改革”第四頁三十五頁和 Agostinho Eiras 著的“...的司法保密”第七十八頁及續後頁）。

⁵⁶ 請比較 Agostinho Eiras 著的“...的司法保密”第六十七頁及續後頁，和國際比較法的引喻。

⁵⁷ Jorge Bacelar Gouveia 著的《保護資訊化個人資料的基本權利》第七百二十五頁及續後頁。

⁵⁸ 有關加入工會方面，被不正確理解，因為基本法第二十七條規定保障“組織和參加工會、罷工的權利”。



在禁止之列內，並不是要保護隱私這個法益。很難支持種族是私人資料，因為是顯而易見且非隱密的資料。這裏涉及的是民族主義的問題，而不是隱私的問題⁵⁹。

該規定亦包括世界觀信仰和宗教信仰。視為可重新選擇信仰自由主要方面的事宜⁶⁰。因此，所保護的法益是信仰或選擇的隱私。關於宗教信仰，該規定構成了意味深長的世俗化的法律表達，因明確地肯定宗教信仰是源自內心的每一個人的“私人”信仰。

對於政治信仰，涉及其隱私和間接地涉及民主的確實性。

最後，一般來說，禁止有關“私人生活”的資料庫。問題是重新認識這概念的界限，值得考慮由侵犯私人生活構成的問題，關於這侵犯，該罪狀代表擴寬或提前的保護，因被視為抽象的危險罪^{61 62}。

8. 侵犯函件或電訊

這事項是憲法提及的標的(第三十四條第一及第四款)，同時，在澳門刑法典第一百八十八條和九五年葡萄牙刑法典第一百八十二條中亦有規範，對以下行為作出懲罰：

- a) 單純開拆密封的信件、包裹或其他文書；
- b) 以技術方法知悉內容；
- c) 阻止收件人接收；
- d) 介入電訊內容；
- e) 洩露內容。

⁵⁹ 該目的論的考慮是在涉及平等問題而非歧視問題的情況下，可以減輕罪狀。在不影響該事宜的研究下，我們首先看看澳門的情況，澳門是多文化的社會，事實上，是很可能出現涉及種族的資料成份，但並無歧視的意圖。有關文化、語言及個人喜好方面，種族是一般的指示，而這些資料在市場（marketing）支柱上是重要的。

⁶⁰ 宗教自由是信仰自由的一方面，這兩種自由已與世俗化程序自主化。請比較 José Lamego 著的《開放的社會與信仰自由》第三頁及續後頁。

⁶¹ 請比較本文注釋四十一的內容。

⁶² 不視為毀損罪或具體的危險犯。使立法者立法的原因是濫用的危險，有關所載事宜的資料可處分性可引致濫用的危險。關於抽象危險犯的問題，請比較 Faria e Costa 著的《...的危險》第六百二十頁及續後頁。



因此，所保護的法益是通訊的保密性書信保密（應理解為不僅是信函，亦應包括以其他書寫方式作出的通訊，如電報、圖文傳真和 e-mail）⁶³ 及電訊通訊保密或是，希望有關的消息僅由某人接收而不被第三人閱讀或截聽的權利。

因此，通訊關係是包括兩種。一方面，郵政通訊或物質上需要經過一路程才可到達收件人手上的其他通訊（例如：信函或包裹），而該等通訊可被侵犯（拆開）或被阻止到達目的地（例如摧毀）。對於這類通訊所作出的改革是對妨礙收件人接收的事實增加處罰⁶⁴ 已不是侵犯隱私的罪行，而是侵犯通訊有效性的不法行為（有關的利益是使該等通訊到達目的地）。

另一方面，傳送聲音或其他訊號而無需實物作出的通訊，可被竊聽、閱讀或解碼。

需要提及是在澳門刑法典第一百八十八條所載的制度中，不論在犯罪罪狀的界定或在刑罰方面，都是與九月二十八日第16/92/M號法律內所載的制度相同，不同之處僅是以“電訊”代替了“電話、電報或圖文傳真的通訊”由於所用字句的一般性質，該代替代表著歸罪的擴大，因此，包括如電子郵件的其他事實。

與這事宜有緊密聯繫的是，郵政、電報、電話及電訊部門的公務員違反函件或電訊保密時亦受處罰（澳門刑法典第三百四十九條及九五年葡萄牙刑法典第三百八十四條）。

9. 違反職業保密

因公共或私人職業而獲知他人秘密者，具有嚴謹的保密義務（澳門刑法典第一百八十九條和三百四十八條，以及九五年葡萄牙刑法典第一百九十五條和三百八十二條）。是保護隱私的主要範圍。狹義上，視為在一定的信任關係內，保障暗含和可要求的隱私，而該等隱私是由於本身性質的關係，導致第三人知悉私人性質的資料。一些空間及情況中存在隱私的正當期待，且受某類職業的工作人員保護（例如：律師、醫

⁶³ 有關書信保密，請比較 De Cupis 著的《人格權》第一百四十七頁及續後頁的內容。

⁶⁴ 請比較議事錄第三百一十二頁的內容。



生、金融機構），正如Rodrigo Santiago說：在這些空間及情況中：“職業保密構成良好信任關係的基本原義”⁶⁵。

這罪行具有形式的結構：以單純洩露秘密⁶⁶構成，或擴大其所認識的人之一切。

八二年葡萄牙刑法典、九五年葡萄牙刑法典和澳門刑法典在這方面均引入一些改革。除了將違反職業保密的犯罪事實“拆開”成兩類外，需強調的是，八二年葡萄牙刑法典第一百八十五條確認的特殊正當理由，即正當利益的產生被剔除。有關加入“合理理由”⁶⁷的可能性方面亦發生相同情況。因此，僅適用一般的正當理由，意味著縮小了解釋違反職業保密的可能性⁶⁸。然而，可以發生的是，無論在刑事訴訟程序的規定還是在規範需遵守職業保密的職業或活動時，立法者可設定保密義務的新例外情況⁶⁹。無論所設立的特例產生什麼價值，將是較為安全的方法，明確地限定可以或應發生違反保密的情況，因此，在這情況下，立法者明確和清楚地以認為最重要利益的名義對保密義務開設例外。因此，沒留下為產生正當利益的適用範圍，而這範圍可能是決定保密義務例外情況的不明確和不安全元素。

⁶⁵ “違反...保密罪”一書第一百零四頁。

⁶⁶ 有關保密的概念，請比較Rodrigo Santiago著的上述書籍第八十八頁和續後頁，以及第一百四十四頁及續後頁的內容。

⁶⁷ 有關“無合理理由”的教條地位和規範性功能，請比較Figueiredo Dias著的《...的問題》第四百四十七頁及續後頁。作為構成“不法性的冗長載明”的題外話除了具有“提醒可能干預合理罪狀”的功能外，並沒有其他功能，因處於可經常發生這干預的範圍。該載明僅會因引入增加複雜性的因素而被取消，完全可被免除。因此，在法律規定的理解方面，並不代表刑事化範圍的擴展。

⁶⁸ 雖然被剔除，但為產生正當利益，Costa Andrade（《...的自由》第三百八十一頁及續後頁）傾向於繼續強調違反職業保密的事宜，而不是分別中其他不明確的範圍。因此，對於這確定，我們單純和簡單地不同意不像是有法律輔助。倘立法者排除了正當利益的產生作為違反職業保密的特殊正當理由，似乎可以總結為僅適用載於刑法典總則內的一般正當理由。

⁶⁹ 例如，在葡萄牙，將“洗黑錢”刑事化後，法例對整體的金融機構賦予舉報可疑交易的義務，這樣，以履行法律強加義務的名義解釋了保密的違反。在葡萄牙，洗黑錢的刑事化載於一月二十三日第15/93號法令第二十三條的規定內，與販毒聯在一起，後來，擴展至其他的歸罪（十二月二日第325/95號法令第二條）。舉報可疑交易的義務來自九月十五日第313/93號法令第十條的規定。這些立法發展在金融領域內對隱私構成明顯的侵蝕。



在公法方面，對公務員違反保密作出特別的處罰（澳門刑法典等三百四十八條）。

10. 不當利用秘密

作為將八二年葡萄牙刑法典第一百八十五條“拆開”的結果，現在，在法律內出現利用他人秘密的犯罪（澳門刑法典第一百九十條及九五年葡萄牙刑法典第一百九十六條）。

這裏，作為保護經濟或商業利益的價值，因自己的身分、工作、受僱、職業或技藝⁷⁰知悉秘密而作經濟利用者，構成犯罪——正如對有關資料作出“信任之濫用”。因此，這法益似乎是職業關係內必不可少的信任，在這些職業關係中，很多時在工作中會取得“戰略”⁷¹性質的保密資料。

由於商業世界中的廣泛適用範圍，視為財產性質的毀損罪，目的是避免對秘密持有人不引致損害。

11. 不法錄音及拍攝

不法錄音及拍攝罪並不約束於隱私，而是獨立於隱私之外，因此，不可在僅為處理隱私權文章中討論該等犯罪。

不法錄音罪目的是保護口述的語言文字權是憲法的保護（第二十六條第一款），但在基本法無作出保護越來越受到錄音手段和媒體社會的威脅。

語言文字權並不是必須與隱私權有關，因為作為不法錄音標的物的談話內容無需是私人性或是有關私人事宜的內容，可以是有關任何為人所知或公開的事宜。與侵犯私人生活罪中的各種歸罪行為不同，不法錄音罪並不要求侵犯意圖的存在。

⁷⁰ 不僅因洩露秘密，有些甚至不存在洩露的問題（例如，第三點中提及的 Yovatt 控訴 Winyard 的案件），因此，並沒有侵犯隱私（請比較議事錄第三百一十九頁的內容）。由於這原因和這歸罪的財產性質，可能更為適合的系統安排應在侵犯財產罪內。請比較 Costa Andrade 著的《有關...的改革》第四百七十二頁的內容。

⁷¹ 請比較已在前面引述，由 Rodrigo Santiago 著的書第一百一十八頁及續後頁的內容。



首先是對支配範圍的侵犯，而這範圍是由決定誰可錄音和錄音後，誰可聽取錄音內容⁷²的權利組成。因此，並不視為洩露秘密的犯罪且隨後在葡萄牙的系統計劃內，不再納入侵犯隱私罪的一章內⁷³。

關於錄音的問題，從刑法典得出的主要規則是，要使錄音成為合法，必須獲得許可，因此，該罪狀是包括任何未經同意而進行的錄音。如獲同意，錄音就不是罪狀，而是相等於是由權利人實施一自由。但是，僅可為達到某些目的而獲得許可後才可進行錄音。

所以，受保護的法益並不是隱私⁷⁴，雖然公罪與私人之間的區別再次在這裏出現，但是，受刑法保護的語言文字權僅是“不用於公眾”語言文字，以便進行限定或閉門⁷⁵的傾聽。電話，正如上述⁷⁶，是被法律界定為是私人的。

刑法的保護包括兩方面或時刻，需區分的是：一方面是進行錄音，而另一方面是未經同意進行錄音的行為，包括向錄音者所講的說話。

第二方面，受監護的是被錄音說話的自由操控。法律明確規定，儘管錄音是合法地作出但未經同意而使用錄音的說話是罪狀代表二元論的法律確認⁷⁷。

語言文字權的刑法保護不包括錄音的傳播，例如基於不法錄音⁷⁸而作出的口頭描述（如無線音傳播）或轉載（如在報章刊出）。這是因為，一方面，直接涉及的已不是“物化”的語言，而另一方面，是重視其他的價值，如資料來源保密權。

對於不法拍攝罪，可以作出非常相同的考慮，因該犯罪與不法錄音

⁷² Costa Andrade 著的《...的同意》第四百九十七條及續後頁，《...的自由》第一百二十五頁和《有關...的改革》第四百六十四頁及續後頁。

⁷³ 但在澳門不是，沒有為此目的發現任何解釋。有關經歷或可能經歷保護肖像權的逐漸自主化的發展或階段，請比較 Costa Andrade 著的《...的自由》第一百二十七頁及續後頁的內容。

⁷⁴ Costa Andrade 著的《有關...的改革》第四百七十頁及續後頁。

⁷⁵ 記者在場的情況下，off-the-record的規定（在葡萄牙，最近被引入首要媒體計劃內）必須具有區分私下說話和為透過社會傳播媒介公布而說的說話之意思。因此，未經許可錄取他人的說話，off-the-record 填補了不法錄音罪的罪狀。

⁷⁶ 請比較本文第八點的內容。

⁷⁷ 請比較 Costa Andrade 著的《有關...的改革》第四百七十六頁及續後頁的內容。

⁷⁸ Costa Andrade 著的《...的自由》第二百三十頁，三百一十三頁及續後頁。

罪相似，主要不同之處僅是違反權利人意願下⁷⁹ 侵犯肖像權是罪狀。

基此，在葡萄牙和澳門的法律秩序中均對肖像權作出刑法保護，因此，歸罪並不取決於侵犯隱私／私人性的存在。根據二元論的保護，無論是拍照或攝制，或是即使是合法取得的照片或影片的使用（如在報章、電視或透過資訊網絡傳播）均可懲罰。

根據民法典第七十九條第二款之規定，知名人物的肖像可未經其同意而攝取⁸⁰。要注意的是，按照這項規定，在公眾地方⁸¹的肖像權從民法保護和刑法保護中被排除出來。

III. 最後的考慮

12. 以隱私保護罪的範圍

完結了我們提出的路程後，可以發現以隱私罪名義保護的事實中存有若干複雜性或不同類性。“行為或人格自由發展權⁸²的一般自由具體化及隱定化的表達”確實地受到保護，但不是僅在一範圍內。

因此，刑法保護的隱私不是總稱的事實，而是各種的事實，包含旨在保護個人自治和自由不同方面的多個範圍。如：“築壕”、通訊、一般的私人資料（這裏，特別提及受保護的世界觀信仰、宗教信仰、政治信仰或黨派信仰）、職業關係範圍內保護的期待、財產價值的保密，以及較為廣泛的語言文字和肖像。

保護法益的典型方法是多變化的：危險罪旁邊出現毀損罪，而毀損罪的前提是隱私的實質性概念。另一方面，是侵犯個人價值的歸罪，並

⁷⁹ 請比較議事錄第五百二十九頁及續後頁的內容，及 Costa Andrade 著的《有關...的改革》第四百八十七頁及續後頁的內容。

⁸⁰ 同樣，這裏適用已在前面闡述的有關 Zeitgeschichte 人物的思考。請比較本文第六點的內容。

⁸¹ 倘一場公開表演，其入場券上清楚注明禁止拍照和錄音或錄影，是否受刑法保護？似乎沒有，所涉及的是財產利益而不是隱私的範圍。不法錄音及拍攝罪並不優先於財產利益的保護。

⁸² Costa Andrade 著的《...的自由》第七十一頁。



具有旨在清楚地保護財產利益的歸罪。

在其他計劃中，一方面主要有住所或限制公眾進入地方的空間保護。另一方面，具有廣泛意義上關於資料的保護範圍：有關私人生活的資料(包括非常個人的資料)、通訊的保密、職業保密、行為、錄音和照片的保密。作為總結，我們可以概括地列出本文中所提及保護隱私的各個範圍。

I. 空間

- a) 住所實際侵入或勒令後不離開；
- b) 住所透過電話擾亂住所的各項功能（電話寧靜）；
- c) 限制公眾進入的地方未經許可進入或逗留。

II. 個人資料

- a) 洩露有關私人生活的資料；
- b) 透過自動化資料庫累積非常個人的資料；
- c) 違反職業保密。

III. 通訊

1. 電話：
 - a) 具侵犯意圖的介入。
2. 密封的信件、包裹或其他文書：
 - a) 拆開；
 - b) 以技術方法知悉其內容；
 - c) 阻止收件人接收；
 - d) 洩露其內容。
3. 電訊
 - a) 介入內容；
 - b) 洩露內容。

IV. 商業、工業、職業藝術秘密

- a) 不當利用秘密。

V. 言詞

1. 獨立的保護：不法錄音罪。



2. 隱私範圍的保護（具侵犯意圖）：
 - a) 偷偷地截聽在私人地方所述的言詞。

VI. 肖像

1. 獨立的保護：不法拍攝罪。
2. 隱私範圍的保護（具侵犯意圖）：
 - a) 取得他人肖像；
 - b) 在私人地方偷看他人；
 - c) 取得隱私物的影像；
 - d) 取得隱私空間的影像。

13. 對隱私的新挑戰

正如我們所見，“搖動”隱私、言詞和肖像的是技術發展及道德的正面發展⁸³，在這方面，無可否認最近的刑法改革賦予一個廣泛的隱私保護，這是值得稱讚的。

但是，這事實並不使法律秩序內不再出現對隱私的新威脅。

其實，隱私可以說是“脆弱”的法益，很容易被刑法典以外各方面的立法發展襲擊⁸⁴。尤其是更受威脅的法益之一，而這些威脅是來自將刑法變得堅硬⁸⁵和刑法已不作為最後使用而是首要或唯一理由的傾向。

⁸³ 在前面，我們已用性方面的事宜作例子，請比較注釋三十九的內容。

⁸⁴ 例如，有關“洗黑錢”的立法發展，請比較注釋六十九的內容。

⁸⁵ 請比較 Winfried Hassemer 著的《法治國的公共治安》，在這書中作者強調犯罪的公罪理解，很多時與 Law and order 論述範圍主題的民眾主義方式的變動有關，是立法改革的強力因素，而這些改革恒定地導致基本權利的壓縮。



書目

- **Andrade, Manuel da Costa,**
 - *Consentimento e acordo em direito penal*, Almedina, Coimbra, 1990.
 - *Sobre a reforma do Código Penal português*, RPCC, ano 3, 2º a 4º, Abril-Dezembro de 1993, pp. 427 e segs.
 - *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal. Uma perspectiva jurídico-penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- **Campos, Diogo Leite de,** *Lições de Direitos da Personalidade*, 2ª ed., Coimbra, 1992.
- **Canotilho, J. J. Gomes,** *Direito Constitucional*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 1993.
- **Canotilho, J. J. Gomes-Moreira, Vital,** *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- *Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Rei dos Livros, Lisboa, 1993 (citado: *Actas*).
- **Correia, Eduardo** (com a colaboração de Figueiredo Dias), *Direito Criminal, II*, Almedina, Coimbra, 1968.
- **Costa, Faria e,** *O perigo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- **Cupis, Adriano De,** *Os direitos da personalidade*, Livraria Morais Editora, Lisboa, 1961.
- **Dias, Jorge de Figueiredo,**
 - *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
 - *Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas*, in Revista Jurídica de Macau, Vol. II, nº 1, Janeiro-Abril de 1995, págs.13 e segs. (publicação bilingue português-chinês).
 - *Direito Penal Português. Parte Geral, II. As consequências jurídicas do crime*, Aequitas e Editorial Notícias, Lisboa, 1993.
 - *O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma*, RPCC, ano 3, 2º a 4º (Abril-Dezembro de 1993), págs. 161 e segs.
- **Dias, Jorge de Figueiredo-Andrade, Manuel da Costa,** *Criminologia - O homem delinvente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, Coimbra, 1984.
- **Eiras, Agostinho,** *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- **Ernst, Morris-Schwartz, Alan,** *Privacy - The right to be let alone*, MacGibbon & Kee, Londres 1968 (edição original americana: MacMillan Co., New York, 1962).
- **Gonçalves, Maia,** *Código Penal Anotado*, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 1996.
- **Gonçalves, Maria Eduarda,** *Direito da informação*, Almedina, Coimbra, 1994.
- **Gouveia, Jorge Bacelar,** *Os direitos fundamentais à protecção dos dados pessoais informatizados*, in *ROA*, ano 51º, III, Dezembro, 1991, págs. 699 e segs.
- **Hassemer, Winfried,** *A segurança pública no estado de direito*, pub. após *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*, AAFDL, Lisboa, 1995.



- **Jorge, Fernando Pessoa**, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995 (reimp.)
- **Lamego, José**, *'Sociedade aberta' e liberdade de consciência – O direito fundamental de liberdade de consciência*, AAFDL, Lisboa, 1985.
- **Lima, Pires de, Varela, Antunes**, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- **Santiago, Rodrigo**, *Do crime de violação de segredo profissional*, Almedina, Coimbra, 1992.
- **Sousa, Rabindranath Capelo de**, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- **Stratenwerth, Gunther**, *Derecho penal, Parte General, I, El hecho punible*, Edersa, Madrid, 1982 (trad. da 2^a ed. alemã, de 1976).
- **Warren, Samuel-Brandeis, Louis**, *The right to privacy*, in Ernst, Morris-Schwartz, Alan, *Privacy – The right to be let alone*, cit., págs. 47 e segs. Originalmente publicado in *Harvard Law Review*, vol. IV, n^o 5 (1890).

略語表

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa 里斯本法學院學術協會
Ac.	Acórdão 合議庭之裁判
BMJ	Boletim de Ministério da Justiça 司法部刊物
BO	Boletim Oficial 政府公報
CC	Código Civil 民法典
CP 52/86	Código Penal de 1852/86 1852/86 年刑法典
CP82	Código Penal português de 1982, na redacção vigenle até à reforma de 1995 一九八二年葡萄牙刑法典，生效至一九九五年的改革前
CP95	Código Penal português de 1982, reformado pelo Decreto-Lei n ^o 48/95. de 199 經三月十五日第 48/95 號法令修改的一九八二年葡萄牙刑法典

- CPM** Código Penal de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n° 58/95/M, de 14 de Novembro
十一月十四日第 58/95/M 號法令核准的澳門刑法典
- DCLC** Declaração Conjunta Luso-Chinesa sobre a Questão de Macau
有關澳門問題的中葡聯合聲明
- MP** Ministério Público
檢察院
- RAEM** Região Administrativa Especial de Macau
澳門特別行政區
- RLJ** Revista de Legislação e Jurisprudência
立法及司法見解雜誌
- ROA** Revista da Ordem dos Advogados
律師階層雜誌
- RPC** República Popular da China
中華人民共和國
- RPCC** Revista Portuguesa de Ciência Criminal
刑法學葡萄牙雜誌
- STJ** Supremo Tribunal de Justiça
最高法院

