

# 基本權利和電訊<sup>1</sup>

## 基本權利與社會法益的衝突

Pedro Ferreira

澳門大學法學院助教

### 1. 面對新科技下人的尊嚴

近年來，在引入越來越複雜和有效的科技推動下，資訊在社會、經濟和政治等方面扮演著極其重要的角色，在這樣的背景下，通訊，特別是電訊，變成了（後）現代生活的新參考點。

事實上，在一個我們成為資訊附庸的社會裏，我們是無法長時間不進行遠距離的通訊，因此，像電話、傳呼機、電視和電腦這樣的設備就成了生活各個方面的必需品，一旦缺乏之，我們就會感到被束縛手腳，感到喪失力量，感到孤立無援。更有甚者，通訊設備和科技的無所不在使之成為人際關係方面的決定因素，成為我們在人機通訊方面迅速發展的世界裏的生存和參與尺度，因為不通訊的人是不可能存在的。愈來愈人機化的這個方面可視作現代性的試金石，亦即，對建立未來的期盼，期望通訊自由具備可回應新“知識”和新“存在”的技術。

政治的干預和參與，亦即言論的可能性和奠定權力基礎的資訊的接收，已經成為那些使權力合法並執法的人所擁有的技術手段的附庸。由此，從社會秩序角度來看，無電訊的人類組織今天幾乎是不可能存在的，換言之，社會將變成沒有資訊、沒有社會檔案、靜止、自我封閉，而且難以有長遠的發展。在這樣的社會裏，權力的基礎最終會淪為不正當的壟

---

<sup>1</sup> 本文是1994-1995年澳門大學法學院法律政治學碩士課程憲法專業的畢業論文，根據新修訂的現行刑事法典及刑事訴訟法典作了某些修改。指導教師為 Gomes Canotilho 和 Vieira de Andrade。



斷，進而成為不民主的，而通訊正是通過這樣的巨頭中心對之予以回應，然而這樣的中心絕不是由通訊的雙方事先獲得的。

從最高層次來看，這樣的社會在資訊方面是不育的，因為祇有通訊及開展個人或集體之間的以傳播—（轉換）—確定活力為特點的廣泛信息交換，這樣的資訊才會存在並具有意義。此外，人與人間的信息自由流通推動了社會、經濟和政治關係建設和穩定／破裂方面的活力。

由此，如果沒有考慮通訊的手段，我們尚不能談及通訊關係的基本權利。亦即，通訊設備是通訊領域的組成部份，而這領域傳統上僅以信息為基礎，並確定了基本權利的重要性和份量，該基本權利不僅包括通訊者本身，而且包括那些可影響通訊的第三者的權利。大部份通訊技術對社會關係施加重要影響，亦即對各種相互基本權利的結構施加影響，並確定通訊者的具體的法律地位。這一點不能不令人感到驚訝。

究其原因，首先是與通訊相關的基本自由和權利變成了技術投資的附庸，而這後者則取決於基本權利和自由的實施情況。事實上，一方面，如果說資訊出於純技術方面的原因或在內涵上能很好地適應工具或由於中介演示方面的原因而在很大程度上決定了工具的選擇，那麼，另一方面，我們就必須承認“通訊和信息自由是（……）接觸和使用可供使用的技術工具的屬性、範圍和條件的功能”<sup>2</sup>。進而，由於每個人在通訊過程中得以投入在中介或技術的佈景或演示方面的能力，信息日益得以鞏固，並因而代表著通訊者之間的權力的不平衡<sup>3</sup>。還要指出的是，這附庸性的規模遠遠大於我們已知的情況，無論是“在一個以商品為廣泛基礎的生產和交換的社會”還是“在一個信息在其中作為內在實體而獲得日益增長的經濟價值並成為戰略資源的社會”<sup>4</sup>。財產、文盲和權力如今是技術領域日益彰顯的概念。

另一方面的原因是，新技術越使我們日益接近世界（他人的“世界”），我們自己的世界也就更敞開，更缺乏保護。通訊工具確實強化了通訊者之間的密切接觸，如果沒有這樣的工具，要達到此目的是不可能的。通訊工具還擴大了經驗的視野，使對現實的適應和干預成為可能，縮小了空間和時間，使各種文化融為一體，簡言之，使我們的自主圈得以在他人面前確立。然而，同樣確切無疑的是，這樣的開放亦付出了代價，即，使

<sup>2</sup> Maria Eduarda Gonçalves，《信息法》，第28頁。

<sup>3</sup> 中介演示中的差異甚至可以揭示社會經濟方面的差異。António Carlos dos Santos 在其《經濟法》第492頁中這樣寫道：“信息自由的充分實施取決於擁有（或取得）和使用信息和電訊的權力，而且這樣的權力廣泛地受經濟要素的制約”。

<sup>4</sup> António Carlos dos Santos，《經濟法》，第487頁。



本已脆弱的私生活和隱私的防線變得更容易滲透，使個人的空間變小而有利於他人，並進而使所擁有的信息膨脹<sup>5</sup>。

擔憂被侵權，害怕第三者潛入那個源於通訊活動的非常特別和個人的世界，確實不是新近出現的<sup>6</sup>，正是出於這樣的原因對隱私的無歸屬歷來得到人們的認可。新技術<sup>7</sup>不斷增長的能力所帶來的是這種危險的加劇，使方式更加強大，使其查驗的頻率倍增，可以說，通訊手段不斷“擴大了通訊空間，而且亦明顯地擴大了侵犯個人法益的可能性”<sup>8</sup>。它們是天使又是魔鬼，因為“一方面，如果使游手好閑和藝術創造時間的增加成為可能，那麼，從另一個角度來看亦是攻擊基本權利的特權工具”<sup>9</sup>。由此可以看出科技的某些預見性，因為我們今天生活在一個“通訊衛星較導彈和原子彈更容易摧毀思想長城的世界裏”<sup>10</sup>。另一方面，“我們當今的最大憂慮或許源於以下情況：經歷過隔絕條件限制的同一代人不得不經歷、思考、理解和確定一個完全共同參與的世界的條件主義”<sup>11</sup>。在技術的霸道、可接觸性和不對稱的同時，人的經歷亦變得更加貼近，更加相似，而且完全可以說亦變得更加危險。

儘管承認我們的中介行動包含著持續的危險，但我們不能認同悲觀主義烏托邦的看法（HOWELL 和 HUXLEY），其觀點是世界會變成一個“赤裸的……人如草芥般生存的真正的櫥窗”<sup>12</sup>。在這樣的世界裏，百分之百的透明度將使每個人相對於其鄰居的自由無立錐之地。

相反，祇有信息和言論自由以及與之相關的其他基本權利可以承受某一民主社會的架構，並建立人的尊嚴和技術進步適當共存和相互承諾的

<sup>5</sup> Joseph Jacob (《保密通訊》第134頁) 指出了該現象：“公共和私營組織都獲得了有關個人的大量信息資料，這樣，人的生活領域裏殘存的隱私勢必要減少”。

<sup>6</sup> Don R. Pember 對此作了一個很好的闡述：“作為合法概念的隱私的發展，推出了一個為社會權益和個人權益之間的民主而持久奮鬥的典範”(Don R. Pember, 《隱私和壓力》，第249頁)。Paulo Mota Pinto 亦作了類似的闡述，《有關個人生活隱私保留的權利》，第510頁。

<sup>7</sup> 不僅要考慮其內在能力，而且要考慮那些源於其他現象的能力。工業、服務和技術的匯聚就是這樣的情況，它們使不同設備的使用成為可能，或通過不同設備的使用使不同的操作者得以使用同一語言，這種情況在實踐中使對全球技術的接觸變得容易。

<sup>8</sup> José de Faria Costa, 《特別刑法：1994-1995年課程五年級課文》，第3頁。

<sup>9</sup> José de Faria Costa, 《刑法，資訊和個人隱私》，第4頁。Jose Tobenas 亦作了相似的論述：“不斷更新的技術為個人和社會帶來了許多好處；然而(……)亦不斷製造新的問題，特別是使世界的摧毀進程和個人的屬性和權利的傷害變得更為容易”(Jose Castan Tobenas, 《人權》，第199頁)。

<sup>10</sup> António Duarte Rodrigues, 《通訊與文化》，第26頁。

<sup>11</sup> Adriano Moreira, 《政治學》，第431頁。

<sup>12</sup> M. Januário Gomes, 《電腦出現前後隱私的保護問題》，第34頁。



準則<sup>13</sup>。這些準則可以抗爭“以人的完整性和自主為代價的技術社會的慾望”<sup>14</sup>，該慾望是以“解放和奴役”<sup>15</sup>為目的設計的。

歸根結底，這樣的情況是貫穿新世紀來臨之際的基本權利問題：“如果信息的截聽和儲存技術是如此的發達，如果人是在街頭擁擠或在運輸工具裏時相互問候，而且如果輕易就能知道樓上或隔壁的鄰居的活動的話，那麼隱私權又是如何得以建立呢？”<sup>16</sup>

“一方面是新法益持續不斷地湧現，而該法益是相應於人的新價值，而且這樣的價值在其尊嚴和不必受制方面是可以自主的；另一方面，一種進步和危險的文明的後果使社會的損害以指數倍增，其方式是損害人的完整性和自主”<sup>17</sup>，對之應如何加以調停呢？如果我們關切不同的目的，如果這些目的最終將在與通訊有關的本身基本權利行使之例行實踐以及可與基本權利造成衝突的其他社會權利和法益之間的衝突緊張關係中反應出來，那麼我們用甚麼樣的基礎去界定完隱私性的範疇呢？

回答這些問題的基礎是對基本權利衝突解決機制運作的理解（具活力的理解），但不能忽視對這些權利和社會法益作靜態評估時的準確配置的先期理解。

為了方便相關法益的定義以及此後的衝突類型的定義，我們將以下例子<sup>18</sup>作為分析的基礎：監視過程中的警察沒有司法許可接觸其流動的或固定

<sup>13</sup> 這些涉及國際法的準則在二次世界大戰後引起了特別的關注。在1948年12月10日的世界人權宣言以及公民權利和政治權利國際公約中都規定了“在私生活、家庭、居所和通信上，任何人都不得受專橫的干涉，也不接受對其聲譽和名譽的攻擊”（第12條）。在葡萄牙，民權和政治權利國際公約由6月12日的29/78號法律批准通過。歐洲人權公約亦規定“任何人都享有使其私生活和家庭生活、居所和通信得到尊重”（第8條第1款），“公共權力當局”不能“干預這項權利的行使，除非這樣的干預是法律所規定的，而且是在民主社會裏為國家安全、公眾安全、國家經濟利益、為維護社會秩序、預防刑事犯罪、保護身心健康或保護第三者的權利的和自由所必須的段。”（第8條第2款）。在葡萄牙，10月13日的65/78號法律通過批准了歐洲人權公約。儘管書面上並沒有明確表明維護電信通訊的權利，但第8條包含了該權利的維護。國際電信公約第32條（通過刊登在56年7月7日《政府公報》上的第40612號法令核准在澳門延用）亦在這方面作了規定，“會員及預備會員承諾採取與所使用的電訊系統兼容的可能措施以保障國際通訊秘密”，該公約第2條還規定“然而保留將這些通訊知會權力當局的權力，以保障其國內法例的實施或其所參加的國際公約的實施”（對應於刊登在87年1月30日第25期第一組《共和國報》上的87年1月30日共和國議會3/87號決議所批准的公約第22條）。

<sup>14</sup> Manuel da Costa Andrade, 《論葡萄牙刑事法典改革》，第449頁。

<sup>15</sup> José Augusto Sacadura Garcia Marques, 《資訊與隱私》第5頁。

<sup>16</sup> M. Januário Gomes, 《電腦出現前後隱私的保護問題》，第32頁。

<sup>17</sup> Manuel da Costa Andrade, 《論葡萄牙刑事法典改革》，第434頁。參見註21及該處列明的作者。

<sup>18</sup> 儘管很常見，但並不是簡單的例子，需要作補充澄清使含義更準確：a)這裏所涉及的情況



的終端設備（而不是信息），為此目的使用的是公共電訊服務經營者（被特許人）的干預。

## 2. 基本權利和社會法益的生態學

### 2.1. 基本權利

由於個人通訊通過電訊在很大程度上得以實現以及新科技不可避免地滲入市民生活和政府本身的機構，社會的保護和安全需要以及個人基本權利的保護問題變得突出了。其原因是，隨著對基本權利被侵犯的可能性增加而更加憂慮，政府為平息這樣的憂慮而採取的保護措施亦將同樣增長。這樣的進程終將導致政府侵犯基本權利可能性的增長，因為它關切的是更好地與個人的侵犯行為作鬥爭。無論是甚麼樣的情況，都是要保護基本權利，亦即這樣的保護是針對另一些人或針對政府的，而且他們的辯詞和解釋都具有同樣的價值。

然而，如果第一個問題不是法律知識領域的新問題也不是原始問題，而是以很久以來就掌握的基本原則為基礎，如信息自由原則、保障保密原則和保護私人生活隱私原則<sup>19</sup>，那麼第二個問題也就獲得了幾年前尚未認識的新外形。其原因是政府本身與史無前例的技術手段的擁有形成衝突，人們的和政府的“隱私”突然敞開（透明），遠遠超越電話交談的間歇性通訊實踐得到了發展。

作為回應，一直尋求為基本權利劃分新的疆域，賦予之新的保護範疇，一方面通過一般立法者的巨大體系的新建築的發明<sup>20</sup>，另一方面通過憲制方面賦予的權利清單的更新。

---

並不是警察截聽用意不良的通話，因為在任何情況下這樣的作法都不涉及泄密的問題，也不會導致罪行的某一法律類型，是受話者自願行動引起的；b)警察在沒有獲得任何司法部門的許可下，向公共電訊服務經營者索取有關通訊資料；c)警察僅希望得到通訊的資料，譬如，僅希望知道誰在通話，確定電話號碼和地點，通訊的次數和通訊的人數等，並沒有違反有關的信息保密。

<sup>19</sup> 需要指出的是，“在法律方面對隱私領域的存在加以管束的必要性源於技術的長遠發展”，尤其需要加以管束的有傳媒、攝影、電報和電話等（José Augusto Sacadura García，《資訊和私生活》，第9頁。M. Januário Gomes亦對信息變革過程中的隱私權的發展情況作了闡述，《電腦出現前後隱私的保護問題》，第24頁及續後頁）。

<sup>20</sup> 1886年刑事法典中的古典式刑事保護明顯不足，其基礎幾乎局限於對毀譽、侮辱和（純粹個人化的法益）秘密的侵犯加以刑事定罪。Rodrigo Santiago在其《論職業秘密的侵犯……》中（第197頁）對此作了探討。José de Faria Costa亦對通訊權利的規範領域作了這方面的闡述，“如果那些侵犯確定了需加以刑事處罰的行為範疇的內涵和企圖的中心點，



在這方面，首先需要關注新通訊設備面對傳統保護下所要求保護的專業化，保護專業化很決就反應在如下的事實裏：澳門的立法者以單行法律的形式對通訊保密和隱私的保護作了規範（9月28日第16/92/M號法律）。在此我們可以就保護專業化提出一些例子，如葡萄牙的個人信息化資料保護法（經8月29日第28/94號法律條改的4月29日第10/91號法律）和資訊犯罪法（8月17日的109/91號法律）。該保護的對象是資訊本身和技術本身，如限制其擁有（禁止單一編號，無線電通訊網絡和站台發牌制度），限制接觸（禁止第三者接觸個人資料，葡萄牙共和國憲法第35條第2款，禁止私人網絡接駁公共網絡），限制使用（禁止傳播個人資料，共和國憲法第268條第2款對公開檔案作了限制，禁止串駁資訊檔案和記錄，含公共資料者除外，共和國憲法第35條）。

這樣的專業化的緣由是，某些通過電訊手段正常行使的基本權利有被通過同類手段侵犯的傾向。譬如，在通訊權利方面，侵犯（截取）犯罪總是使用個人通訊手段<sup>21</sup>，侵犯的定義依所使用的個人手段或服務的不同而不同。電訊的定義進一步擴大了侵犯的範疇，該定義包括“通過有線、無線電、光纖和其他電磁系統等手段實施的任何性質的信號、書寫符號、影像、聲音和信息的所有傳輸、發送和接收”<sup>22</sup>。該定義在傳輸技術或配套（有線、光纖、無線或其他電磁手段）方面對內涵作了明確的界定；亦在傳輸方向（發送、接收或傳輸）和信息媒體方式（記號、信號、書寫符號、影像、聲音或任何性質的信息）方面作了界定。

另一方面，葡萄牙共和國憲法第26條第2款對該概念的範疇作了限定，同時規定人身權的保障由普通法實施，目的是用相應的立法修訂來跟進技術的進步，而該進步是使濫用個人資料變得更容易。不幸的是，這樣的保障並沒有直接延伸至私人通訊工具的不可侵犯性上（共和國憲法第34條第1款），因為憲法第26條第2款明確指的是個人資料的“濫用”，而

---

其原因是具刑事尊嚴的法益的侵犯行為就無法對應處以刑事處罰的整個行為領域象迅速提起訴訟那樣加以描述，而這些行為是作為使相關法益處於危險或使之受損害的行為的，已經與原本意義上的通訊無關，然而與通過準確和特別的通訊手段實施的通訊有關”（José de Faria Costa，〈特別刑法：1994年課程五年級課文〉，第3頁）。立法者由此保留一個對憲法概念加以組織、限定和適應的作用，目的是使這些概念能夠在法律領域正常運作（前述 Vieira de Andrade，〈基本權利〉，第225頁），而這一點祇能通過對通訊手段在基本權利定義方面的重要性的理解才能達致。

<sup>21</sup> 譬如，通過流動電話系統（無線通訊發射器／接收器）竊聽通話，一般可通過另一無線電通訊接收設備成為可能。

<sup>22</sup> 澳門政府與 Cable and Wireless, Ltd. 1981年8月20日簽訂的公共電訊服務特許合同第1條第5款，刊登於1981年8月20日第39期《政府公報》副刊上。該合同對電訊的定義非常接近國際電訊聯盟制定的國際規定。

不是禁止接觸這樣的資料。即是，祇要不“濫用”，就可以侵犯通訊，如此，第2款的保障明顯不適用<sup>23</sup>。

其次需要指出的是，個人通訊工具本身已經成了保護性規範的對象，如上所述，有一些工具就是以侵犯基本權利為專門目的。這樣的看法尚不是完全正確，原因是工具本身並不是危險的，而是其使用會導致危險，這促使對共和國憲法第35條（資訊之使用）作了如下的理解，“旨在大力保護隱私和人的自由，以免受權力和信息新技術的威脅”<sup>24</sup>，或，通訊刑法不歸罪目的旨在“保護僅從屬通訊（技術和工具）工具的特定法益”<sup>25</sup>。我們並不想將問題逆轉或非人格化，然而，衝突通過道德價值和人的自由之間的衝突而得以明朗化，言語、私生活和通訊為一方，通訊技術和設備等為另一方。

無論是電訊基本權利還是面對電訊的基本權利都發生這樣的衝突。二者均是基本權利，並具有新的活力，原因是它們與以下幾點有著特殊的聯繫：在同時擁有信息並負責通訊的個人之間（3），聯繫某個信息階層（2）的通訊行為和工具的特別類型（1）。面對這樣的界定，我們不僅要考慮可介入通訊內容的權利，而且還要考慮那種由於信息和工具（環境）<sup>26</sup>之間必須建立起來的聯繫而可以用於電訊特殊通訊關係的權利。

再者，需要指出以下這一點，這些權利的保護使政府承擔了特殊的責任，無論在自由化安排以或在基礎設施擁有和電訊服務的經營方面接受壟斷存在的安排上亦然。

在這樣的安排裏，如同我們的情況一樣，電訊工具構成了所謂的公共電訊服務，但並不能因此不成為法律保護對象，本地區政府和被特許人

<sup>23</sup> J.J. Gomes Canotilho 對此持不同的理解，《憲制法》，第182頁。

<sup>24</sup> Vieira de Andrade, [通訊法課程]，影印本，第43頁。

<sup>25</sup> José de Faria Costa, 《通訊刑法：要點綜述》，第8頁。

<sup>26</sup> 這樣的差異對為確定社會價值和基本權利而採取的方法學方面的作法造成了衝擊，而這樣作法可用於我們所討論的題目。“社會科學通過各種方法學途徑而超越將通訊，物件，（信息）作某種與通訊狀況（對物件或參考的說法予以拒絕甚至已是司空見慣的）無關的東西的概念”（António Hespanha, 《新技術與文化變革》），這一點事實上已被認同。破碎物件的連接對青年科學物件的非定義而言是如同“通訊權”、“信息權”或“資訊權”一樣的科目，而新技術則強化了這樣的非定義。João Loureiro 為此寫道：“令人驚訝不已的通訊發展，是不平靜和困難時代的標誌，這樣的時代不斷在傳統的法律建設方面產生裂縫”（João Loureiro, 《效率和個人保障之間的行政程序》，第19頁）。我們是從整體規定角度理解“通訊權”的，無論是信息的歸屬還是接觸這樣信息和通訊的條件方面的規定——個人資料保護、獲取信息權、信息產品保護等。如我們所理解的那樣，電訊權毫無疑問是通訊權的一個分支，儘管許多作者堅持將之排斥於其考慮之外，且僅為社會通訊保留“通訊權”的說法。此外，我們還將電訊權作為法規本體加以定義，這樣的法規涉及電訊的所有物、管理和經營，還包括適用於該領域物件和活動的規範，如設備的制作和商業化、以電訊為工具的各種性質的服務提供和服務網絡的設施和開發等。



因此承擔了特定的責任。再次成為基本權利的雙重界面<sup>27</sup>，因為這些基本權利不僅以客觀／個人道德為根基，而且亦被延伸至集體領域，由一些社會責任價值構成。此類性質的價值使政府承擔了促進和保護基本權利的義務，使之免受其他市民或政府本身的干預，這就對電訊提出了特殊的要求。

這樣的義務在公務員犯罪的特殊評估方面是一致的(如澳門刑法典第349條，“違反函件或電訊保密”)，在通訊認知內部控制規定的制定方面亦是一致的，如禁止澳門郵電司以外的當局干預有關的服務(澳門郵電司章程第32條和34條，1月9日第2/89/M號法令)，公共電訊服務機關有責任保護通訊的保密和安全(8月18日第28/81/M號法令和公共電訊服務特許出合同第7條)。

自由化安排方面的情況是相反的，作為公共服務提供者，一個更少關切通訊工具的社會、經濟和文化功能的政府的作用自然要消失，以至於削弱公共服務的古典概念，以競爭為基礎的私人服務提供將取而代之。這不僅將服務的用戶變成消費者<sup>28</sup>，使之從權利保體系中獲益<sup>29</sup>(共和國憲法第60條)，而且削弱自由通訊手段免受干預的保障，尤其是專業秘密方面(共和國憲法第188條)。鑑此，並由於基本權利社會特性，政府負有保障和保護的責任，它必須尋求新的途徑和方式將這樣的責任延伸至電訊系統或服務開發者身上。

## 2.2 個人通訊權

與電訊相關的、可因保護其他通訊財產而被侵犯基本權利清單，在此進一步理解成財產安全，它首先擁有個人通訊權，然而，這樣的權利在任何法律文件裏都找不到出處。它大部份情況裏是作為隱私權或言論自由的一個方面，儘管如此，亦幾乎局限於社會通訊領域。

<sup>27</sup> 有關基本權利雙重性或雙重界面的問題，請參閱 J.J. Gomes Canotilho 的《憲法》第 432 頁和 518 頁；Vieira de Andrade 的《葡萄牙憲法中的基本權利》，第 144 頁及續後頁，以及 Vieira de Andrade 的《論個人制作的錄音作為刑事訴訟證據的價值》，第 13 頁。

<sup>28</sup> 參閱 Margarida Almeida Rocha，《新技術與著作權》，第 22-23 頁；Pedro Gonçalves，《電訊服務用戶》，第 32 頁，Maria Eduarda Gonçalves，《信息權》，第 29 頁。後面這位作者闡述的是信息市場領域的同一進程，該領域的特點亦是領域的私有化，“資訊和通訊活躍對象，市民成了資訊和通訊的消費者。如今的資訊已不再是公共財產，而是在很大程度作為私有財產，亦即，是可據為己有的財產”。由此，其規範邏輯亦從公共權方面轉到私有權方面，而資訊提供和通訊則在很大程度上依賴經濟的自由化。

<sup>29</sup> 電訊消費者從而在自由化的安排裏從其利益的保護權中獲益，譬如較為詳盡的賬單，有可能對所使用的服務實際收費加以控制。而這樣的好處在服務提供壟斷體系裏是較弱的。

鑑此，此類特殊的通訊，即個人通訊，祇能依據憲法明確載明的該權利要保護的價值和財產的原則予以自治並成為我們清單的內容之一。其次，有必要求助級別較低的其他權利來源，尋找可支持其內涵的法律基礎。

我們將在共和國第34、37和26條的範圍的尋找這樣的價值，並從中將個人成份與社會成份分離。這樣作的原因是，如果第34條確實保障不可侵犯性和對電訊的肆意介入，那麼第37條和後續的三條就是廣泛的“資訊憲法”<sup>30</sup>，第26條就是保護通訊個人權利，通過仔細分析我們可以看出，前者同樣包括公開通訊<sup>31</sup>，第二組局限於資訊和社會通訊，表面上並不接受任何超越資訊傳輸意義上的個人通訊的東西，而第三組則保護個人權利，無論這些權利是如何表達的。

被保護的法律財產是個人通訊，其基礎是言論自由和資訊權，由電訊的不可侵犯性和守密以及個人生活隱私加以保護。

### 2.2.1. 言論自由和資訊權

言論和資訊自由表現在通訊權領域，以保障發送和接收的通訊內容的選擇自由（自決），此外還保障接觸和使用個人擁有的通訊手段。這就是共和國憲法第37條的考慮，它規定“任何人均有權利以語言文字、圖樣或任何媒介自由表達即傳播其思想”，澳門的相關法律的措辭是“思想言論權利和資訊權的行使不受任何形式的檢查、妨礙或歧視”（9月4日8/89/M號法律第47條）。

這些規定包括兩部份的權利：言論自由權利和資訊權利。第一部份的權利包括言論不被阻礙的權利以及言論自由和擁有行使言論自由所必須的手段之權利。第二部份“在於向他人傳輸資訊或進行通訊”<sup>32</sup>，還包括接收資訊的權利，因此或許可以說這兩種權利與個人通訊關係的單一方向的每一個

<sup>30</sup> Gomes Canotilho 和 Vital Moreira，《葡萄牙共和國憲法註釋》，第225頁。

<sup>31</sup> 至少第4款禁止公共當局的干涉，由此，我們不能同意Rodrigo Santiago的看法，他認為由共和國憲法第34條、第1、4款管束的法律財產是隱私（Rodrigo Santiago，《論1982年刑法典中的專業秘密侵犯罪》，第197頁），原因是他假設通訊都是隱私。排他性被管束的財產至少不是這個，還應該有人的尊嚴和言論、資訊和通訊自由。此外，在其他個人接受共和國憲法第26條第1款規定的對隱私的限制的同時（如源於與資訊自由沖突的限制），在通訊不可侵犯性的情況下，祇能接受由刑事立法者規定的限制。這樣，我們認為J.J. Gomes Canotilho的《憲制權》（第212頁）已不能斷定被保護的財產就是隱私，而祇是說不可侵犯性與個人隱私權相關，抑或，Paulo Mota Pinto（《隱私權》第522頁）亦是以類似的方式提到通訊秘密涉及該項權利。

<sup>32</sup> Gomes Canotilho 和 Vital Moreira。



方向分別吻合一致<sup>33</sup>。然而，兩種權利並不能完美的混同，原因是，如果由於缺乏通訊手段發送者的隔絕已不能對言論造成損害，那麼它亦損害通訊。就是在擁有手段的時候，通訊也祇是在有有效交流的情況下才能實施，抑或，至少要有交流的可能。我意味著你，由此，一方面“通訊假設資訊同樣也是不可質疑的，而且祇有通訊才能從相互角度使資訊具體化”<sup>34</sup>。甚至對呼叫作出回應或兩個通話者保持沉默時亦是存在通訊的。然而，當一個人在沙漠中高聲說話或某人沒有接通話抓住話筒就說話時並沒有產生通訊。

私人資訊和社會通訊之間並沒有完全的對應，對通訊的介入和對個人資訊的介入之間並不存在必然的關係。對個人通訊的侵犯還會有，無論資訊是甚麼樣的性質，而且甚至不知道該資訊。將隱私（私人資訊）理解成人們對資訊之控制的一種選擇，是因為在其通訊中可能產生對個人自由、對人隱藏隱私的自由的嚴重侵犯<sup>35</sup>，因此，兩種概念——個人通訊／私人資訊——，在很大程度上，但並不是全部，是通訊者並表現在個人自由領域<sup>36</sup>。此外對應於兩種不同的權利：資訊自決權和更為廣泛的通訊自決權，其強度源於言論和資訊自由，源於通訊不可侵犯和守密權，源於隱私、個人生活、語言和形象權。

## 2.2.2 不可侵犯和通訊守密權

在通訊權方面，共和國憲法第37條規定的言論自由和資訊權必須由

<sup>33</sup> 利用這樣的解釋還可以斷言“作答權先於通訊權”以及“可使所有的人聽到別人的言論”，然而，它很容易區別於資訊權（新聞權利意義上的），因為這樣的資訊是個人關係的結果，Jean Rivero，引自 Vital Moreira，《社會通訊中的作答權》，第27頁。

<sup>34</sup> José de Faria Costa，《刑法，資訊和個人隱私》，第5頁。

<sup>35</sup> 然而，並不是所有的隱私都是可隱藏的，很多情況裏隱私是偶發的、強制性的或甚至是非自願的：“隱私涉及生活條件，如此，並不需要與個人資訊控制聯系在一起”（David M. O'Brien，《隱私法與公共政策》，第15頁）。

<sup>36</sup> 從單維前景來看，我們將非公共的、標明收件方的資訊或信息的傳輸行為視作個人通訊，目的是避免第三者通過適當的技術手段介入和瞭解。José de Faria Costa 將之定義為封閉的通訊，亦即，“通訊關係對象在介入者人數上自決並合法希望社會保護其所喜愛的通訊方式的資訊交換”（José de Faria Costa，《特別刑法：1994-1995年課程五年級課文》，第4頁）。並不是祇有那些與之密切相關的才是人員（個人或私人資訊），通訊對象通過通訊個人手段的選擇指明的亦是（無論資訊為何種性質）。

1973-1974年的加拿大隱私保護法令亦持類似的理解，它將私人通訊定義為“任何口頭通訊或電訊，由於其起因它在其產生環境裏具適當性以避免被非收件人接收”（引自 Raymond Wacks，《個人資訊》，第279頁）。否則，通訊的參與者就會有可能冒通訊被他人截聽或知道的危險。這樣，公共通訊和私人通訊之間的差異就在於此：

選擇建立通訊的手段，即，選擇能避免第三者滲入的適當性。祇有通訊是以某些犯罪為目的時才不是這樣，通話者知道這個事實，應該希望他們會被他人聽到，儘管在我們的安排裏祇有法官的命令並在保障基本權利的界限範圍之內才能這麼做。

守密發送和接收權來完善<sup>37</sup>，因為害怕通訊被侵犯的人將無法自由地通訊，資訊本身的瞭解與隱私的保護無關，而隱私保護在其他領域或許是有用的。通訊就是向他人自由安全和獨立地表達，在資訊上一致的這種表達必須在沒有干預的情況下自由地實現通話者與另一通訊點的聯系（譬如，個人或僅局限於特定人的數據庫）。

正是為了界定這塊自由區域共和國憲法第34條規定了不可侵犯和私人通訊手段守密<sup>38</sup>，包括那些使有收件方的通訊成為可能的所有手段，無論是政府與市民之間還是和個人之間的通訊都是如此。通訊有收件方的事實，並不能避免特定收件人以外的人收到通訊。這種情況並不局限於口頭通訊，需要傳輸資訊的所有通訊都有這種情況，上述資訊包括聲音、數據和視聽材料，即包括我們定義為電訊傳輸的所有方式。

由此我們必須將個人通訊權的範疇區別於言語（及形象）權，儘管這裏包含的是語言本身，即語言與其環境的連接。然而，從另一方面來看，通訊權已經從言語權保護中獲益，包括聲音權和形象權，後者在“任何方面並對所有的效果而言均是與口頭言語權為伍”<sup>39</sup>。在言語參與通訊的同時，如果言語得到保護，那麼通訊亦直接得到保護，第37條規定的等效例子就是這種情況，該條款將語言、形象和“任何其他手段”置於同一水平。經過分析我們可以看出，在個人通訊這個特殊的領域，無論是語言（及語言之間的關係）還是參加通訊的人的形象或符號都涉及支配和保護的自由。

在這方面，祇有有電話形式竊聽而不是採用其他形式截獲或獲悉資訊時，才會真正對語言權保護的侵犯。因此，我們不同意基本上由竊聽造成的被侵犯財產祇是語言的說法，也不同意竊聽僅用於可使口頭語言的傳輸

<sup>37</sup> Maria Eduarda Gonçalves，〈資訊權〉，第75頁。Aurellia Maria Romero Colomba亦斷言“通話守密的最根本的基礎是私個人言論自由的完整性，不僅嚴格意義上的私下或秘密的通話會受影響，而且各個類型的通訊都會受影響”（Aurellia Maria Romero Colomba，〈隱私、資訊和刑事訴訟權〉，1987年，第69頁）。

<sup>38</sup> 憲法就該權利使用的措辭在所使用的術語方面仍然有一些疑問，這一點可能會影響對權利的理解。共利國憲法從字面上規定“私人通訊手段守密的不可侵犯性權利”，似乎遠離了沒有侵犯守密的手段（介入）侵犯情況。9月28日的16/92/M號法律使用的類似的措辭，不僅將禁止介入納入守密範圍而且亦將禁止傳播納入守密的範圍。然而還有另外一種解釋，我們認為它更符合實際更符合事物的要旨，所涉及的是一種權利和一種保障：不可侵犯權（介入和瞭解）與守密保障（傳播通過侵犯得知的情況）。

這種解釋圍繞措辭的意思：不可侵犯性意味著完整性，守密意味著秘密。因此侵犯即瞭解通訊，而守密則是源於前者的責任，禁止向第三者透露，這樣的區別以我們的若干規定具體化了：如澳門刑法典將通訊的“截聽”與“傳播”區別開來（澳門刑法典第186條第1款a項）和第188條，其標題為“電訊……之侵犯”，該處規定談及的是介入和阻礙，談及的另一方面則是傳播。有適當的專業原因，守密亦可成為專業守密。

<sup>39</sup> Manuel da Costa Andrade，〈論葡萄牙刑事法典改革〉，第492頁。



和接收成為可能的手段的說法<sup>40</sup>。我們亦不同意如下的說法，由於轉到其他通訊領域管轄的辯詞不能成立，應該將這些情況納入通信扣押方面<sup>41</sup>。

通信扣押的情況的對象祇是“信函、包裹、匯票、電報和任何其他通訊”（澳門刑事訴訟法典第164條），涉及的是通訊實施的方式而不是所使用的手段。除了電話和郵件，其他的通訊方式被排除在澳門刑事訴訟法典第164條和172條之外，我們今天使用的如電子郵件、在線個人通訊、呼叫以及其他以數據發送為基礎的服務（不一定是可轉換成語言的）等大部份個人通訊服務將被排除在外。第172條對不可侵犯性加以限制的基礎在於保護其他的法律財產，尤其是司法，因而，重要的是將例外延伸至在尊重法律要求的前提下可通過接觸被監視人的個人通訊以保障證據手段的獲取的任何手段。

除了我們在前幾個段落裏試圖加以系統化的憲法方面保護之外，通訊的不可侵犯性和守密還可從其他保護領域獲益，這些領域源於普通立法——民事、刑事和行政立法——勇於引入的強化措施。

首先，為了保障電訊守密權實質內容（9月28日16/92/M號法律第1條第1款）<sup>42</sup>，不可侵犯性要求禁止調查和獲悉任何信息或資訊。需要加以

<sup>40</sup> Manuel da Costa Andrade，從相反意思上作了闡述，《澳門新刑事法典中的作為取證手段的電話竊聽》，第1頁；Manuel Leal-Henriques亦然，《澳門刑事法典：註釋，法例》，第404頁。在葡萄牙的法律裏，個人通訊或通信是被法律簡地定義為“僅以特定人為發送對象的通訊”（6月2日188/81號法令第4條第2款）。

<sup>41</sup> 前註列明的作者持這種看法。我們完全不同意他們他們提出的解釋。在《澳門刑事法典：註釋，法例》第404頁中Manuel Leal-Henriques確實這樣寫道：“電報通訊有一種特殊的控制體系，該體系即通信扣押系統”。我們並沒有在澳門刑事訴訟法典第164條的字面上找到可支持該斷言的東西，因為該作者談及電報（以紙為載體的文件，以實施通信讓收件方獲悉）而不是電報服務。此外，電報內容今天一般用電話傳輸的，並沒有適用於第164條（e）項和澳門電訊公司專營合同第20條規定的可被扣押的“電報”物件。傳真亦是這種情況，它被視作支撐信息的作用，並不能阻止通信被“竊聽”，其原因眾所周知，傳真使用與電話服務相同的系統。在這裏“傳真”甚至可以不用印在紙上就可以看它，如使用電腦。在此類服務中應區別以紙為載體的信息的接收和遞交（可以通過電訊服務制作的信息，因而亦是可竊聽的對象）。如果在這樣或其他類似的情況裏必須等待紙質通訊到達收件方手中的話，那麼毫無疑問在很多情況裏就會失去獲取證據的可能性。然而，有人認為，在此類服務中——在此我們可以將電子郵件和聲音郵件納入其範圍——，電訊操作者總是儲存有被傳輸信息，因而在電訊站台加以扣押，但情況並不總是如此。數據儲存地點可以在起點服務器上，亦可以在用戶的終端設備上或別的任何地點，使收件方獲取之。此外，我們很難談論通訊的“扣押”，否則就要扣押電腦及其他終端設備。

<sup>42</sup> 新刑事法典生效前，9月28日6/92/M號法律一直是通訊守密的主要法律文件，它包含實質性的和刑事性的規定。新刑事法典廢除文件明確廢止了該法律的第5至第14條和第21條第22條（11月14日58/95/M號法令第10條第1款），然而，其他的條款則保持不變。這裏包含刑事性質的規定、有關接收通訊服務專營權的公司的規定、有關守密責任內容的規定以及有關侵犯守密責任應負的連帶責任的規定。經9月2日48/96/M號法令核准通過的澳門刑事訴訟法典於1997年4月1日生效，廢止了9月28日16/92/M號法律的第16至19條



考慮的是，由於信息本身並不存在，除了禁止獲悉信息的內容，禁止接觸整個通訊，包括參與通訊的對象的確認、時間、強度、持續時間和種類，抑或交往<sup>43</sup>，此外還要加上終端設備和傳輸手段，在使用設備的時候還要加上通話者的位置。對象的確認可以通過自動得到保護（民事法典第72條和第74條）的姓名和別名直接進行，涉及持通訊對象身份的特定人的任何身份確認或通過號碼<sup>44</sup>或地址間接進行的任何身份確認亦是如此。我們將這種身份確認的組成要素，如電話號碼和電子郵件地址等，歸入遠程通訊技術範圍，它們不僅從通訊的適當保護中獲益，而且還作為人的身份要素抑或個人資料加以保護。由此，它從有關資料的糾正和未經許可不得傳播資料的規定中獲得了多重好處（葡萄牙共和國憲法第35條）。

總之，個人通訊的空間遠遠大於某一信息通訊的空間。是制作和接收的整個過程，包括可確認交流和通訊對象的運作要素。通訊保護權，亦即

---

（刊登在1996年12月31日政府公報第4補充本上，第1系列第53期）。沒有明確廢止第1至4條、第15條、第23條和第24條。需要強調指出的是，澳門刑事訴訟法典並沒有包括犯罪團伙罪或黑幫罪，也沒有恐怖、暴力或有組織犯罪罪行，這些罪行原先在9月28日16/92/M號法律第17條第1款b)和c)項中載明。儘管這方面的規定削弱，但澳門刑事訴訟法典第172條第1第a)項列明的包括這兩項內容，抑或，作為“最高可課以三年以上監禁的”罪行，這就如同葡萄牙刑事訴訟法典第187條的規定。不過，與澳門刑事法典不同的是，有一具體的條文列出了清單，指明竊聽可以涉及恐怖罪、暴力罪和高度有組織犯罪；犯罪組織；反和平和反人道；反國家安全；麻醉品生產和買賣；偽造貨幣或有價證券；以及納入航空航海安全公約的罪行（187條第2款）。

此外，1999年12月21日後，由於涉及目前由憲法加以保護的內容第1、第2和第4條原則上繼續有效，由於憲法屆時將不再有效，其有用性將隨著電訊基本權利保護的下降而呈反比增長。1999年12月21日後，中華人民共和國澳門特別行政區基本法第32條將在這方面起作用，該條文規定“澳門居民的通訊自由和通訊秘密受法律保護。除因公共安全和追查刑事犯罪的需要，由有關機關依照法律規定對通訊進行檢查外，任何部門或個人不得以任何理由侵犯居民的通訊自由和通訊秘密。”要注意的是，權利限制範圍大大擴大了（幾乎是無限制的），其原因是，在行政檢查的情況裏（唯一在法律上有保留），可以對通訊加以介入。

由於其特點，由於限制的廣泛性，由於與現行體系基本原則之間的明顯矛盾，葡萄牙共和國政府和中華人民共和國政府關於澳門問題的聯合聲明第4點和其附件一第1點的規定可能是矛盾的，附件一第5點尤為如此，該規定說澳門特別行政區“依法保障澳門原有法律所規定的澳門居民和其他人的各項權利和自由，包括……住宅和通信不受侵犯的權利”。

<sup>43</sup> Gomes Canotilho和Vital Moreira，《葡萄牙共和國註釋》，第213頁；Pedro Gonçalves，《電訊公共服務用戶》，第32-33頁。根據José Matinez de Pison Caverro，《憲法理學中的隱私權》，Civitas出版社，1992年，第29-30頁，西班牙法律亦是如此；意大利法律亦是同樣情況，意大利憲法法院1993年3月16日決定，“La Giustizia Penale”，1992年，第162-168頁；共和國總檢察長1994年6月24日16/94號意見書中提到了上述兩種情況。

<sup>44</sup> 對電話號碼的簡單瞭解就會引起本文探討的問題。我們不能不指出，澳門電訊公司目前的作法是，支付一筆費用之後數字網絡移動電話的被呼叫者甚至在通話之前就可以確認呼叫者的電話號碼，而且呼叫者並不知道他的號碼正在被人確認。這樣的作法，除了在憲法方面存在法律疑問之外，對我們而言似乎是一種施棄，而與此同時對通訊空間的限制超過了



不被他人獲悉和干預的通訊，必定涉及選擇對話者的自由，涉及選擇時間和通訊地點的自由，涉及選擇技術和手段的自由，原因是，如果“資訊居雙方某一信息通訊之上”<sup>45</sup>，那麼通訊雙方使用的手段就決定了該關係的內容本身，甚至由於這樣的原因，除了通訊的兩極，還會出現服務的提供者、手段的擁有者和政府。

為了保護通訊權空間，刑事法典<sup>46</sup>（188條第2款）<sup>47</sup>將“未經許可介入通訊內容或獲悉之人”處以最高一年的監禁或最高240日的罰金。

在行政領域的無線通訊方面亦是如此，規定禁止截收或試圖截收不是發給截收者的無線通訊（3月12日18/83/M號法令第18條c），在非自願收到這些無線通訊時，禁止再發送之，禁止將其內容或存在告知他人或以任何目的使用之。這最後的規定歸根結底是描述了一個更為廣泛和強化的保護範圍，因為確實和客觀存在泄密這一點是至關重要的。

在葡萄牙，對通訊的介入在另外一些方面引起了反響，如資訊犯罪法（8月17日109/91號法律）就規定懲處通過技術手段不正當竊聽<sup>48</sup>以一個資訊系統或網絡為收件對象或由此發出的通訊（第條）。這裏明顯存在多重法律保護，因為“資訊網絡”的定義是“兩部或以上的互連電腦群”（資訊犯罪法第2條-a），即給出的網絡定義包括通過公共網絡的兩部電腦的連接的情況，刑事法典第8條和第188條第2款都懲處這樣的通訊竊聽。電話通訊顯然可以通過某個資訊系統進行，一切取決於所使用的技術。通過通訊技術手段在一個資訊系統或網絡內進行的竊聽應該得以延伸；當這樣的竊聽是通過無線通訊連接進行時或在系統內使用無線通訊手段以進入該系統時（如通過向公用服務操作者租用的無線手段或有線線路實施的連接），竊聽亦同樣應該得以延伸。然而，被保護的法律財產並不是在任何情況下都完全不變的，因為資訊犯罪法涵蓋那些沒有使用電話通訊的案件，譬如，通訊的截獲導致數據的採集、導致數據的改變或導致改變數據收件人

---

可接受的程度，侵犯了隱私並將個人關係變成不信任和假設的關係。呼叫者失去了其通訊地點的秘密，因為有人（澳門電訊公司）以他的名義而且沒有得到他本人的同意也沒有知會他本人就讓另外的人知道他的通訊要素之一，而呼叫者可能並不願意看到這樣的通訊要素被傳播。出於這樣的考慮，我們認為，通訊的範圍應該擴大，甚至在傳輸信息之前就要如此，目的是能夠充分享有對通訊權的適當保護。

<sup>45</sup> Maria Eduarda Gonçalves, 《信息權》，1994年，第17頁。

<sup>46</sup> 11月14日58/95/M號法令核准的並於1996年1月1日生效的新刑事法典。

<sup>47</sup> 在以前的法律裏，11月28日16/92/M號法律第5條第2款使用不太一樣的措辭規定對“未經許可介入電話、電報或傳真通訊內容或獲悉之人處以最高一年的監禁或最高240日的罰金”。

<sup>48</sup> 該法律將竊聽定義為通過電子、聲音、機械和其他設備獲取一個自動化數據系統中的資訊的行為。

的情況就是如此。“系統”內外的竊聽問題，甚至在祇有單一系統的情況下都必須繼續循兩個法規領域加以解決。

因此立法者的良苦用心是可以理解的。資訊在其數據庫交互連接的活躍的方面對基本權利形成的危險，幾乎是必然要使用電訊手段，無論是在內部網絡裏還是在外部網絡裏均是如此。避免這樣的介入（如分散的數據清單）可在很大程度上通過對連接的東西和連接地點的控制而得以實現。正是出於這樣的考慮共和國憲法第35條第2款禁止將那些包含個人數據因而不是純粹公共數據的檔案作交互連接（電訊意義上的數據交換），同時保障“由獨立的行政機構”對之加以保護。

資訊權正是通過這樣的途徑在電訊服務的提供中獲得了特殊的價值，在個人數據保護方面尤為如此。電訊的操作者在開發其業務時擁有或使用一系列與其客戶有關的數據，這樣的數據或許是最為龐大的個人數據清單，電話單上列明的情況就是如此<sup>49</sup>。從保護角度來說，這些數據自然不可以由電訊的操作者向第三者提供，警察當局亦不可以這樣做，除非取得用戶的明確同意或點許。

其次，不可侵犯性假設禁止技術介入。通信不可侵犯權的情況亦是類似的，在這方面不僅要保護內容，而且連對信封的簡單的侵犯亦是禁止的，電訊方面亦然，不可侵犯性延伸至截獲或介入的純粹的可能性。

綜上所述，禁止技術介入是通過禁止無授權擁有可用於截獲電訊的特定技術手段來實現的<sup>50</sup>，如無線設備（18/83/M 號法令第6條）以及電訊設備（1941年3月14日第31174號法令，該法令通過9月17日507/71號訓令作了一些條改並在澳門延伸實施），禁止技術介入亦通過設備的批准確認機制實現（3月12日18/83/M 號法令第25條及後續條以及11月3日48/46/M 號法令第84條及後續條）。3月12日18/83/M 號法令第39至42條還就技術介入的禁止尤其是無線介入的禁止作了規範，授權澳門電訊公司終止或改變介入源。此外，正是為了對抗此類介入，承認可能形成無線電地役使其其他的以公共用途為宗旨的無線中心獲益（3月12日18/83/M 號法令第39至42條及11月7日597/73號法令，刊於政府公報第48期，1973年12月1日）。

然而，大部份針對技術介入的保障在於澳門刑事法典第263條和6/97/M 號法律第1條第1款v) 項引入的變革。前者將特別用於電話竊聽或侵犯

<sup>49</sup> 在澳門，電話單上祇有固定電話服務用戶的名字，資訊服務的提供對象僅是這些用戶。移動電話的號碼在沒有解釋的情況下被視作秘密的，儘管這不一定是用戶的意思。

<sup>50</sup> 允許建立和使用一個無線網絡或站台的授權，甚至要求申請者“不會被確定判決處以刑事處罰或處分，祇要對其控罪而言無線通信活動的實施可視作特別適當的工具”（11月3日48/86/M 號法令第3條第1款f項）。



電訊的設施設備的人口、製造、保存、買賣、任何形式的轉讓或獲取列作刑事罪。後者對第263條的刑事化作了特別說明，規定“非法擁有可用於對警察或保安部隊實施主動或被動介入的的技術手段”構成了黑社會表癥。

再者，還禁止政府干預通信（葡萄牙共和國憲法第34條第2款）。通信的不可侵犯性和守密，儘管具傾向於絕對的特點，顯然必須含有一些例外，而例外的確定視乎介入對通訊本身維持的必要性，即，當其他權利或財產的保護受到威脅時。由此，禁止干預如從負面意義上是對通訊不可侵犯性和守密的一種保障，目的是保護通訊行為的自由—發送與接收、不受干預地選擇手段、禁止扣留或扣押，那麼，從正面意義上來看，在“法律在刑事訴訟領域規定的情況”中以及預審法官授權對囚犯的通訊實施控制的特殊情況裏（共和國憲法第32條第4款和第34條第4款），它都打破了國家干預的可能性，遑論私人機構的干預<sup>51</sup>，當然僅是在上述情況時才是這樣。

這一點並不妨礙國家從行政活動的嚴格意義上行使權力，這些權力在澳門政府駐澳門電訊公司代表的權限範圍內通過對電訊服務和特許專營公司的監察間接地影響通訊服務的提供；還包括對無線電設備及其使用的監察；授權使用公共領域的財產並對之加以監察，如無線電頻譜；採取懲罰性的並可彌補對電訊造成的損害的措施（一些是刑事性的，另一些是民事性的）；從行政角度加以干預，如根據普遍和平等、非歧視和可接觸性、連續性和正常運作以及技術發展的跟進等原則，贖回特許權和保障維持某一公共服務；確立無線通訊的重點；對地役的剝奪和構成體系以及電訊的公共用途的限制加以定義。

通訊不可侵犯和守密權還有一個特殊的方面，它涉及電訊公共服務特許權經營者。8月18日28/81/M號法令規定了電訊服務開發特許權制度的總基礎，通過立法會的立法授權（8月10日10/81/M號法律）該法令將由特許權經營者保障的“通訊的守密和安全”（第1條第3款）視作主要條件。這樣特許權經營者就負有“採取一切必要的措施保障並尊重由其負責的電訊的不可侵犯性和守密”（電訊公共服務特許合同第7條第1款及9月28日16/92/M號法律第3條第1款）的義務。

電話、電傳和租用線路服務提供規定第9條亦作了規定：“澳門電訊公司必須採取一切必要的措施保障並尊重由其站台和網絡傳輸的資訊的秘

<sup>51</sup> Gomes Canotilho 和 Vital Moreira，《葡萄牙共和國憲法註釋》，第214頁。將該規定延伸至私人機構完全是合理的。此外，這樣的干預可能納入澳門刑事法典第267條第1款d項列明的不法行為類型（“阻止或擾亂通訊服務的開發”）。

密，但並不對措施可能落空的事實承擔責任。然而，將可能要求其證實所採取的措施”。

我們認為，這些責任的核心內容是對資訊保護實施技術保障，以避免任何合法和非法的介入。即，基礎架構應在物理上得到保護，以杜絕竊聽預防“串線”<sup>52</sup>。這樣的要求源於特許權經營者保障通訊安全的責任，該責任在8月18日28/81/M號法令第11條第3款中已經載明。

為了確保履行這些責任，規定對因“侵犯通訊秘密”課以五千至十萬圓的罰款（第40條），因為“根據第7條的規定特許權經營者或為之服務的人員因此是可歸咎的”。16/92/M號法律並沒有妨礙這樣的行政處罰（電訊公共服務特許合同第39條第2款），該法律規定對電話或其他形式的通訊的截獲竊聽課以五萬至十萬圓的罰款（第31條第2款）。實施這樣的處罰可能導致特許經營合同的廢止，然而，該合同和所提及的法律並不完全同意其措辭。一方面，9月28日16/92/M號法律第3條第3款規定，在累犯的情況下，將（必須）廢止合同，而且沒有獲賠償的權利，另一方面，特許權合同第42條第2款a項祇接受滿足以下兩項條件時的合同廢止：課罰的罰款等於或高於二十萬澳門幣以及總督認為有必要行使這樣的權力。在任何情況下都有獲賠償的可能性（第5款）。

對此類行為的處罰目前僅局限於電訊公共服務的特許權經營者，在這方面的特殊考慮應該是短期的，因為預計澳門的電訊業的自由化將會延伸至所有的公共用途的電訊操作者。一旦電訊服務的提供不再認同於政府，而是以個人化公共服務的形式以及公共機構或公共或私人特許權經營企業的面目出現，而且轉由私人機構負全責、政府僅保留規範權力的時候，通訊的保護問題將更尖銳，原因是攻擊／保護的範圍可能擴大。

自由化運動近年來發展特別快，它伴有所謂的“非規範”，意味著更多地“修改規範的方式（它轉而納入私人部門或由之代理），而不是減少其責任”<sup>53</sup>。規範或非規範，它表明了規定和原則存在的必要性。這樣的實施可能會促使某些人振振有詞的認定因“非規範性的規定”，資訊的新中介機制變得越來越“規範”。

---

<sup>52</sup> 串線問題或第三者進入某一通訊的問題，儘管是偶發的而且並無介入的意圖，但仍然造成了兩個方面的問題。第一方面的問題是如何界定非法以及截獲者必定就截獲的通訊的守密和不可透露所承擔的責任。第二個問題是，如何解釋私人通訊的私人手段的使用，如電話，因通訊網絡的故障或缺陷而冒被竊聽通訊的風險。進而或許還可以問警察實施的竊聽是否也有這樣的風險。

<sup>53</sup> 引自António Carlos Santos，《經濟法》和Maria Eduarda Gonçalves，《信息法技》，1994年，第8頁。



在這個意義上守密方面在自由化的同時應該有政府方面的規範努力，目的是有效地保護由個人向其他個人或向政府提供的通訊。通過這樣的事實可以確認禁止干預的實施不僅面向政府而且更面向私有機構。

在電訊的規範法律中，這介入亦以專利的確定、公共電訊服務的制度及為社群共同福利而維持及建立市場運作條件範圍的介入為特點，因為相信直到現在，市場沒有自我規範的可能性。這樣是合乎邏輯的，因為考慮到維持公共電訊服務所必須的大量技術及經濟工具，以及由於資訊的生產／流通越來越需要國家的監督，以消除對工具接入的限制及使資訊的生產／流通減少依賴經濟因素。

但是，對於資訊的自由流通，該項介入並不放棄消極地表現在一些限制上，為保障公民權利的實現，對資訊的擁有及傳送資訊工具的可能性作出限制。鑑於通訊的特有性質，相信在將來的傾向會是完全自由化及通渡往自我規範。這樣，對於更自由的傾向，同樣將會是各種自由及基本權利得到完整表達的唯一方法。

資訊的接入自由和以商業目的經營該等資訊或輔助服務的自由，必須以電訊服務的自由化及個人通訊自由工具的可處分性為前提。只是這樣，才會成功保障各使用者的實際接入自由、非虛偽的競爭及確立提供服務的透明條件，包括電訊及資訊服務提供者方面的價格制度。

這緊密的關係在增值服務方面是更為明顯的。事實上，增值是由資訊所組成的，因為基本價值是狹義電訊服務的價值。相反，根據電訊的發展，似乎不可繼續按照所使用的工具劃分資訊接入的類別，亦不應按照傳送或接收資訊的種類將使用的工具分類。

### 2.2.3. 職業保密

職業保密是保密義務的其中一種表達，且是對因職業或職務的特別聯繫而獲悉資訊者禁止洩露資訊。

保密是指某人獲悉的所有事實，因法律規定或說出秘密者的意願而產生義務應保守秘密。在職業保密方面，應理解為保護的義務，而這義務是屬於所有那些因其職務或執行其職務而獲悉要求保密的事實或因其職業本身的性質而需要保密的人。

為防止在合法情況下獲悉一些通訊保護的組成要素，制定不同程度的規定，禁止洩露通訊內容（包括通訊交往）、通訊者之間的關係、通訊地址或編號或一方及其他通訊者的任何其他電訊識別（9月28日第16/92/M號法律第二條第三款）。實質上，是一項比保護訊息或資訊內容更為廣泛的內容保密義務，包括所有的電訊保密。我們認為1月9日第2/89/M號法令



規定郵電司的公務員“絕對禁止洩露其內容，及提供可表示有關意思之指示”(第30條)，就是想保障這方面。該義務的形成是無疑的，有關宗旨是避免社會損害。尤其當所擔任的職業對總體的通訊有重要性時，就是公共利益本身要求保密的存在，以維持信心及服務提供的正常性。在這些情況中，以及正如澳門法律內規定，違反職業保密，除了紀律處分外，還有可能對電訊經營者的員工科處刑事處分。這個意義上，在不影響員工的職務義務下，保密具有憲法保護的最低範圍。

因此，根據刑事訴訟程序，被特許人及郵電司的員工因職業保密可享有推辭作證言的權利。這原則在1月9日第2/89/M號法令第112條第1款項明確規定，規定郵電司員工不可被強制對有關直接或間接涉及職業保密的事情作證。刑事訴訟程序法典亦同樣規定，法律規定須保守職業保密之人，無義務作證言及提供聲明(第217條)。

違反保密的不法性只可當因履守法律規定之義務或遵從當局之正當命令，或當具有義務的衝突時才為合理。(澳門刑法典第30條及第35條、及1886年刑法典第44條第4款)。

相反，職業保密或保密的無理違反應受刑事程序處罰，在職業保密方面所有那些洩漏“因自己之身份、工作、受僱、職業或技藝而知悉他人秘密者”(澳門刑法典第189條)<sup>54</sup>，及在保密方面，“洩露……電訊內容”澳門刑法典第188條第3條)者均受刑事程序處罰。10月4日第492/73號命令第76條第1款<sup>55</sup>之規定加強了這些規定的適用：“以任何方式不保守職業保密的公務員(……)將受刑法典為該罪行所規定的刑罰處分，並解除其職位”。

不幸地，澳門刑法典沒有反映出本地區現時的實際性，雖然第三百四十九條規定處罰“向第三人洩漏某些人之間之通訊的郵政、電報、電話或電訊部門之公務員”，以及錄取或促使事實之公務員，然而，忘記了不是由本地區直接提供的服務。即是說，執行電訊服務的人是經營者的工作人員而不是任何公共部門的公務員。為對該規定賦予有用的效果，我們需對該規定作出擴張解釋，以便將公用電訊服務經營者的工作人員包含在公務員的概念內。這就是澳門刑法典第349條的刑罰幅度比189條或188條第3款較重的原因。雖然澳門刑法典第336條嘗試將公務員的概念作最大的伸

<sup>54</sup> 1886年的刑法典第290條提及“因其職業之從事及專門地因這從事而知悉的事實，其保密義務是法律規定的”。在以往的法律裏，除了這規定外，1886年的刑法典只是提及“公共郵政部門的員工取去或侵犯函件”(第295條)，及開拆封口信件或紙張(第461條)，但沒提及專門的電訊保密。

<sup>55</sup> 只是該命令的第八章生效，其他部份被1月9日第2/89/M號法令第二條第一款明確廢止。



展，並將被特許人及以專營制度經營業務的公司包含在公務員的概念內，但沒包含例如國際聯網的經營者內。

電訊保密義務的最主要之處不是在嚴格的私人行為方面禁止第三人洩漏通訊，而是在公共服務的提供者及公共電訊系統的擁有者方面，由於政府所持的立場，禁止借助政府的立場干涉私人通訊。倘保證不干涉通訊是政府的責任，則當因存在更高的利益而需放棄遵守該義務時，應“同時在以侵犯而獲得的資訊周圍設立屏障。因此，這樣使資訊轉為秘密”<sup>56</sup>。這保護亦應對私人經營者有效。9月28日第16/92/M號法律的嚴格規定，電訊保密受公共電訊服務特許合同第7條第2款的保護，並包括職業保密、保密違反之禁止、發出及接收訊息者之身份及不向第三人透露那些事實之義務。

#### 2.2.4. 保護私人生活隱私之權利

在通訊方面，私人生活的穩私亦取得新的表達，因為在最高層次及在電訊可組成關注隱私性的特別適當工具方面，隱私欲保護的是個人，給予個人獨立及寧靜生活的可能性（內部方面），但亦保障“建立無外來干擾的個人關係的意願”<sup>57</sup>，及界定在通訊行為中的內在和保護範圍，以及表達和投射範圍（外部方面）。

在內部方面的範圍內，隱私，作為法益，受不通訊及不被其他人知悉被界定為個人資料的權利保護，包括人身及私人資料及極端來說，知悉本人之存在。私人生活具有結合基本權利本身堅固核心的隱藏處。在這處反映出每一個人感情上及行為上的存在，以便使保護最終體現於一個人面對其他人的可能通訊意圖而引起的心理屏障上。

在外部方面的範圍內，私人生活的隱私權禁止第三人在任何通訊要素中接入及登記通訊，尤其有關家庭及私人生活的資料，即是說，由有限數目的人參與事件，亦包括無人可洩露其所知悉有關其他人生活資料的相應義務，這與職業保密的方式相似。設立了這個私人空間，個人就可開發一系列適當、不公開及受保護的表達活動，在這裏，通訊自由投影於方式、工具及意定的受話人<sup>58 59</sup>。

<sup>56</sup> José de Faria Costa，〈刑法、資訊及私人生活之保護〉第20頁。

<sup>57</sup> M. Januário Gomes，〈電腦出現前及後的保護隱私問題〉第31頁。

<sup>58</sup> Aurella Maria Romero Colomba，〈Derecho a la intimidad, a la information y proceso penal〉第31頁。

<sup>59</sup> 我們相信這是Paulo Mota Pinto所述的“受限制及保護通訊”的通訊類別（Paulo Mota Pinto，〈私人生活，隱私保護權〉第509頁）。

但是，應注意的是，在保護空間內亦包括通訊行為的元素，雖然這些元素是傳送訊息以外的元素，但亦應受保護。除了訊息或資訊外<sup>60</sup>，通訊是扎根於各種價值的總體、文化範疇及公共社會方面。

正如COSTA ANDRADE所說，有關語言文字權，在通訊權內所保護的是與社會其他成員單純通訊中的人格本身<sup>61</sup>。這應擴張理解為任何的通訊元素。因此，有關通訊的自決亦投影於何時、如何及以甚麼延伸我們的資訊予其他人<sup>62</sup>，或是通訊交往及本身使用的通訊方法。

因此，在任何通訊的獨立行為中，個人／社會兼具的兩種互相衝突的價值必定有決定性的作用，即是：“語言僅是語言，因為基於對話的原義，所以，無張開涉及某權利的個人之手，但亦需適當強調前者方面，在某方面是如後者一樣重要的”<sup>63</sup>。同樣。個人通訊環境沒有忘記“通訊現實必須的前題是在本身社群內所含的原義，這原義在社群內是共同的。更加狹義上來說，通訊行為是狹窄及獨特的，這樣，證實了例如在兩個人之間的對話中，在任何情況下是存在這社群不能消除的標記”<sup>64</sup>。就是這個標記，很大程度上，在通訊具體行為中，對接合通訊者的連環給予連貫，因此，亦不是象徵著千年變化的文化總體在簡單的通訊程序方面消除壓力和干擾，否則，通訊者的具體現實、其個人及相互的經驗，和其在行為中決定的一切，到最後，大部份相當於私人生活和語言文字及肖像權的保護價值。

對於所有這些通訊元素，不論憲法方面或普通立法者方面亦給予保護。

在憲法方面，明確賦予語言文字權和私人生活隱私保護權，並基於人類尊嚴，該權利保障對付有關個人及家庭資訊之使用（葡萄牙憲法第二十五條第一款及第二十六條）。

<sup>60</sup> 注意通訊關係“經常表現在一種關係上，而這關係是明顯地可具有與資料有關的可確定內容”，但是，為了資訊的存在，資訊可以在通訊行為中捨棄個人的積極參與。通訊、接收及理解或收存的資訊，在本身的意義上是資料或訊息，是在發出者及接收者之間轉移的那些東西。資訊與資料之間的前題是存在將資訊編碼／解碼的協議，以便當通訊時，對電子的理解及檔案立即恢復其靜態狀況。由於“資訊”這名稱在資訊及資料的廣泛意義上，在我們的語言中標準化，我們的語言將會是文章中使用的術語。但是，該種區別對於我們決定個人通訊基本權利的準確範圍將是重要的，因為資料的收存連同其接入或傳送才有意義（因此，將葡萄牙共和國憲法第三十五條第二款規定的保障理解為禁止資訊檔案的串連），語言文字權通常透過通訊行為表達，而保密權涉及以消極方式存在對其他人的通訊行為。

<sup>61</sup> Manuel da Costa Andrade，〈論葡萄牙刑法典的改革〉第467頁。

<sup>62</sup> A. Westin, *Privacy and Freedom* (1967)，由Louis Lusky引用，*Invasion of privacy: a clarification of concepts*，第695頁。

<sup>63</sup> José de Faria Costa，〈通訊之刑法〉：1993-1994年上學期摘要及某些論題第2頁。

<sup>64</sup> José de Faria Costa，〈特別刑法〉：1994-1995年度五年班課程的課文第1頁。



因此，澳門刑法典，正如以往的九月二十八日第16/92/M號法律一樣，包含一項規定，特別針對意圖侵入他人私人生活之干預，在電話通訊方面，以特殊的方法衡量這干預（澳門刑法典第一百八十六條第一款a項和上述九月二十八日第16/92/M號法律第九條第一款a項）。因此，處罰“截取、錄音取得、記錄、傳送或洩露談話內容或電話通訊”者<sup>65</sup>。

這規定的最後部份將談話內容與通訊區分，刑事保護應伸延至任何的通訊，無須考慮所使用的科技方式：數據、話音、影像等。基於此理由，對“電話”作出明確的界定是不適宜的，且不甚符合現時通訊工具的多功能性，現今社會，通訊網絡與電話已沒有很有的關係，正如九月二十八日第16/92/M號法律第十七條，又或簡單地述及電訊的澳門刑法典及澳門刑事訴訟法典第一百一十三條第三款就是在這情況裏<sup>66</sup>。同樣地，澳門刑事訴訟法典第一百七十五條，有關竊聽方面，除了區分“談話”及“通訊”外，明確地將竊聽制度擴張至有別於電話之任何技術方法，這樣，對我們來

<sup>65</sup> 倘我們作出相反的路線，這規定將可用於闡明國家在電訊的真正禁止範圍，及衝突部分在憲法方面的解決。雖然憲法與刑事程序之間有明顯的共同參與（在澳門，九月二十八日第16/92/M號法律和澳門刑事訴訟法典），事實是不存在可以侵犯基本權利的所有及任何行為的任何處罰義務（與這理解部相反，José Miguel Sardinha，《刑事訴訟的恐怖主義及基本權利的限制》第24頁。這樣的規定，即時引致刑法性質及功能的不利，必須地分成多部份及補充。對於刑法的立法者只是負責參與有關“社會損害更沉重的表達”（Manuel da Costa Andrade，作為刑事訴訟的舉證方法，有關衡量個人所作的錄音，第30頁）。刑事法例特別關注電話竊聽，因為這些行為在其潛在的損害中更加結果莫測：除了侵犯電訊外，還可侵入隱私和私人生活，又被視為進行侵入的更適當工具之一：“El verdadero atentado contra la vida intimidad personal a través del telefono es la escucha ilegal”（Luis Maria Farinas Matoni, El derecho a la intimidad, 第11頁），侵犯語言文字權及在竊聽嫌疑的特別情況中，一種“直接考慮有關的積極訴訟身份 Status processualis activus（Manuel da Costa Andrade，有關電話竊聽之刑事訴訟制度，第381頁）。憲法確認基本權利而引致由法律秩序保護的一般義務。對於由憲法強制的刑事訴訟，在這方面是對基本權利立法限制的唯一可能淵源，只是適用於規範竊聽情況，而不是所有及任何警察的行為。

但是，雖然這些行為沒被刑事化，但是，不理會這些原則而獲得的證據，特別是透過濫用干預電訊而獲得的證據，因涉及對基本權利的限制，應視為無效（葡萄牙共和國憲法第三十二條第六款和澳門刑事訴訟法典第一百一十三條第三款），因此，法院不應受理該等證據。澳門刑事訴訟法典這條規定說“在未經有關權利人同意下，透過侵入私人生活、住所、函件或電訊而獲得之證據，亦為無效，但屬法律規定之情況除外”。明顯地以公正的社會利益識別之刑事訴訟的本身利益，會遇到由憲法在人類尊嚴周圍建立的圍牆，在證據的禁止方面主要是用作對付國家本身。

<sup>66</sup> 我們認為，當使用“correspondances emises par la vie de telecommunications”這名稱（但不包括其餘部份）時，法國法律的表達是較好的（一九九一年七月十日法律，編號91646），因為，竊聽不僅是指電話，且還包括所有通訊種類。同樣在德國，STPO(100a及100b)亦概括地指侵入電訊的任何方式。對於澳門法律的現行規定，無論是九月二十八日第16/92/M號法律第十七條第一款指的“任何其他技術方式”的適用，或是澳門刑事訴訟法典第一百七十五條指的“有別於電話之其他技術方式傳達之通訊”之適用時，亦應作出同樣的理解。



說，鞏固了我們所維護的主張。按照這理解，澳門刑事訴訟法典第一百七十三條第一款述及“錄音帶或相類材料”，以便不排除竊聽記錄可以其他物件進行（磁片、錄音碟等）。

比較侵犯電訊行為可處罰的事實性（澳門刑法典第一百八十八條第二款），發現不法行為的種類表示出價值的區別。在這規定中，介入包括“電訊內容”是必須的，而在侵犯私人生活的罪行中，沒有任何直接提及（電訊）通訊的內容（雖然在截取電話談話的情況中隱含著），但倘證實未經同意和意圖侵入通訊的截取事實已足夠。

另一方面，民法典在人格權的一般保護方面<sup>67</sup>，在第八十條規定保護私生活的隱私權，根據情況的性質及人的條件調整這保護。但是，立法者並沒有擔憂私生活隱私方面的界定，且基於相對特性亦沒可能這樣做<sup>68</sup>。

然而，在憲法上所載的準則，一般是接受根據“人的條件”，隱私有不同的層次。另一方面，這是評定有關行為的態度及個人在社會內具有的重要投影程度，這裏所採用的，目的在於比“其他”較為重要或不較重要的群體，個人可以籍此直接或間接進入關係中或簡單承認。因此，作為評定“情況”，不應以社會“生物”的表達去理解，而是相反地，考慮個人生活在確定時間內及具體環境內引起的事情，即是說，空間及社會地位。

嚴格地按照民法的規定，私生活的不法入侵行為可導致對做成的損害作出賠償，或在所有情況裏，被威脅或被侵犯人可聲請“採取對事件之情況為適當之措施”（民法典第七十條第二款），例如，民事訴訟法典第三百八十一條及續後條文所規定的預防程序。某項侵犯人格權的可能性，如私人性權利，但亦包括通訊權，不構成刑事非法行為，因此，不捨棄遠離在民事不法行為方面的保護。

在電訊中，保護私生活的隱私還表達在排除“無需無條件的正當性，正如為了在電話中不刊登用戶資料而需繳付費用的要求”<sup>69</sup>，及在轉撥通話的接受條件，以便保障致電者和接收轉撥通話的第三人之合法權利。這問題在國際跨域系統中最為尖銳，因為在這方面，不論接收者及接收者身在何處，來電同樣轉撥予他。通話轉撥應只在得到致電者及接收者事先同意下才進行。

<sup>67</sup> 在這方面，當 Mota Pinto 說：“民法典為消除把私生活隱私權歸入第七十條所規定的一般保護時可能產生的疑慮，於第八十條明確規定了保護私生活隱私權”（Mota Pinto，民法總論第 225 頁）。Antunes Varela 持相反看法 RLJ，116，142/143。

<sup>68</sup> 葡萄牙共和國總檢察長的意見，一九八一年七月二十三日第 121/80 號（公正之保密，資訊自由及私生活之保護）第 142 頁。

<sup>69</sup> Pedro Gonçalves，《公共電訊服務的使用者》第 31 頁。



在保護內，還包括用戶透過公共網絡的被特許人，中斷接入所提供服務的權利，而這網絡是增值發票之標的。

### 2.3. 社會法益

鑑於闡述整體權利的方便和協調，在前面，我們是置身於衝突的“消極”一方，現在，我們往戰線的另一方。由於這工作的方法所限，我們不去討論基本權利之間的任何衝突，尤其是我們剛提及的清單內所載的基本權利之間的衝突，因為，那些基本權利一直都有堅決的主張。例如個人資訊權衝突的潛在性，尤其是聯繫資訊流通自由的經濟利益之各種權利，和私生活的隱私權。

雖然可以作出這工作的有效假設，但是，在這裏，我們同樣不討論獨立地干預安全權的衝突情況，這權利在葡萄牙共和國憲法第二十七條規定，因此，我們相信旨在保護的價值前題在於“安全”的社會法益，無論是面對公共權力侵犯的辯護權範圍（國家自我辯護），或是面對其他人的侵犯或威脅，公共權力保護權的範圍。<sup>70</sup>

我們選擇只是考慮“電訊的基本權利”清單與“公共安全”或“內部安全”的社會價值之間對證的可能性，這就是我們嘗試從澳門法律秩序方面的規定來界定社會法益。

#### 2.3.1. 社會法益“安全”

在澳門的法律秩序裏，<sup>71</sup>十二月二十六日第76/90/M號法令第一條將內部安全界定為“為維護公共秩序、安寧、保護人和財產，預防及偵查犯罪和管制移民，而由本地區行政當局展開的活動，因此，對確保社會安全及調整人的基本權利及自由方面的行使作出貢獻”。

因此，內部安全一方面具有保護或一般預防的傾向，以便維護公共秩序及保護人及財產，另一方面，具有用於刑事調查的積極一面。

該等價值的維護表現在警察的職務方面<sup>72</sup>，總體來說，警察負責保障

<sup>70</sup> Gomes Canotilho 和 Vital Moreira，《葡萄牙共和國憲法註釋》第184頁。

<sup>71</sup> 在這裏，需作出重要的限制：抵觸葡萄牙共和國法規定的原則、權利、自由及保障不適用於澳門（澳門組織章程第二條）。第二百七十二條第四款是這方面的例子，及或者，同一條的第一款賦予警察維護民主法治職能的部份，就是這方面的例子。然而，由於憲法規定及本地規定的類似，我們同樣對認為必須的憲法規定作出引喻。最新的憲法修訂（九且二十日第1/97號法律）刊登於一九九七年十月十三日第四十一期第一組的政府公報內。

<sup>72</sup> 警察當局應包括經九月三十日第66/94/M號法令修改的十二月二十六日第76/90/M號法令第二十條規定的實體。為表達之方便及考慮其職責的特別重要性，我們只是提及治安警察及司法警察。



公民的安全（葡萄牙共和國憲法第二百七十二條第一款），及“確保社會安定及調整人的基本權利及自由的行使”（十二月二十六日第76/90/M號法令第一條第一款及一月三十日第03/95/M號法令第三條）。因此，意味著警察在公共秩序及一般安全內負責以下任務；維持秩序，預防犯罪，和在人為或自然災禍情況中提供協助，面對危害公共衛生及第三人的其他不法襲擊時保護人及財產的安全。就是這些概念重新引導社會生活穩定秩序的價值，社會損害的預防及基本權利的公共保障，包括安全權（葡萄牙共和國憲法第二十七條第一款）。因此，可以說：“公民權利不僅是警察活動的限制（第二款）；同時，亦構成這職務本身目的之一”<sup>73</sup>。

治安警察主要負責預防，刑事調查和遏止（第76/90/M號法令第十六條第一款c項，一月三十日第03/95/M號法令第二條第一款b項及第三條第一款d項），以及執行監視及監察易於準備或實施犯罪的活動及地點（一月三十日第03/95/M號法令第三條第一款m項）。

澳門司法警察負責“透過監視及監察在有關組織法內所指的地點，及為限制實施犯罪而進行的行為預防犯罪”（第76/90/M號法令第十七條a項）及遵照有權限的司法當局進行刑事偵查（經三月三十一日第09/97/M號法令修改的九月二十四日第61/90/M號法令第一條第二及三款）。安全需要和社會的保護是爭論之處，雖然應考慮不排除“與犯罪性鬥爭：該職務亦包含在一般安全的要求內”<sup>74</sup>。

履行這些職務時，公共當局，在涉及問題的情況，使用警察措施及預防犯罪的措施（葡萄牙共和國憲法第二百七十二條），包括狹義上的監視及犯罪預防。犯罪預防措施是“保護人及財產的措施，監視可疑人物及地點，但不可以是限制公民權利、自由及保障的措施”<sup>75</sup>。這些措施實現於警察的干預，“容易危及一般利益的個人自由的行使中，要避免產生、擴大或普及法律效力避免的社會損害”<sup>76</sup>。因此，在犯罪預防方面包括監視的功能，例如在某一段時期內監視人（第76/90/M號法令第二十一條及經三月三十一日第09/97/M號法令修改的九月二十四日第61/90/M號法令第二條），以及其他狹義上的犯罪預防功能關葡萄牙共和國憲法第二十七及二十八條的規定如用於限制實施犯罪行為的活動。

<sup>73</sup> Gomes Canotilho 和 Vital Moreira，《葡萄牙共和國憲法註釋》第956頁。

<sup>74</sup> Figueiredo Dias，《刑事訴訟法》第398頁，Marcelo Caetano與這理解相反，僅保留犯罪性的預防予司法警察《行政法教科書》，第二冊第1154頁。

<sup>75</sup> Gomes Canotilho 和 Vital Moreira，同上述書籍第956頁。

<sup>76</sup> Marcelo Caetano，《行政法教科書》第二冊第1150頁。



在預防需要要求方面，警察亦進行有關某些人的警察資訊收集及歸檔，即是“很多時候是有待確定的思索及必須保密性質的資訊”<sup>77</sup>，這些資訊與刑事記錄所載的資訊不同。事實上，法律賦予司法警察“不論按照罪行，還是根據有關的行為人，組織及維持更新的登記系統和處理犯罪性質的資訊”，“進行嫌犯或涉嫌人的完整認別”及收集對刑事偵查有用的任何其他元素或資訊“(九月二十四日第61/90/M號法令第十七條第a, o及p項)。然而，雖然這些活動是管制犯罪的重要根源，對視為可能涉及犯罪活動的人物採取行動，但是，警察不可擁有有關公民生活的資料檔案及資料庫，而這些資料是因侵犯公民私生活的非歧視監視而獲得。除了葡萄牙共和國憲法第三十五條第一款規定禁止存在含該類資訊的資料檔案外，該行為亦可構成罪行(九月二十八日第16/92/M號法律第十一條)。因此，對來自發生犯罪程序(犯罪行為人、涉嫌人、嫌犯)的資訊應予限制，而不是限制任何公民。

另一方面，警察措施是“對於一項危險，具有一定抑制性特徵的預知；以及就是制止這個危險轉變為實際損害的預防”<sup>78</sup>。因此，是“某個人自由的限制預知(.....)，無須理會違例或輕微違反或其他具體犯法行為的後果的證實及審判”<sup>79</sup>。這些措施，在治安警察的情況中明確及限制地規定，對於以下情況才可強制性執行這些措施：“為排除正在進行且為不法之侵犯、自衛或保護第三人”，或“為消除在執行職務時所遇之暴力抵抗及維護權威原則”(一月三十日第03/95/M號法令第六十三條第二款)。警察措施又稱為“犯罪之預防，包括危害國家安全罪行的預防”，因為涉及憲法容許的基本權利的限制(葡萄牙共和國憲法第十八條第三款)，“只能在遵守關於警察之一般規則、及在尊重公民之權利、自由與保障下為之”(葡萄牙共和國憲法第二百七十二條第三款，以及具相同意思的十二月二十六日第76/90/M號法令第二條第二款)。除這個尊重基本權利的原則外，還有其他三個限制(葡萄牙共和國憲法第二百七十二條第二及三款及十二月二十六日第76/90/M號法令第二條第一及第二款)：

a) 法定罪狀原則，即是警察的任何行為應在法律規定及充分地具罪狀下展開，十二月二十六日第76/90/M號法令說：“警察措施由法律所規定，在必要情況下方得使用”(第二條第二款)及警察措施應受根據“組織

<sup>77</sup> José Augusto Sacadura Garcia Marques，《資訊及私生活》BMJ，373(1988)，第32頁。

<sup>78</sup> Marcelo Caetano，《行政法教科書》第1166頁。

<sup>79</sup> Marcelo Caetano，上述書籍第1170頁。

上確定賦予警察當局的有關職責”的功能原則限制(第二十一號第一款)；

b) 法律合法性及保留原則，對葡萄牙來說，於葡萄牙共和國憲法第一百六十八條規定，而對澳門來說，在澳門組織章程第三十一條第三款規定，在這些規定中，保留只是相對的，總督可以在獲得立法會的許可下，對“私人通訊保密”進行立法；

c) 禁止過度原則(葡萄牙共和國憲法第二百七十二條第二款)，即是警察程序應遵守適度、需要及可要求性原則；不可濫用，即是說，當不需要、不適度或當消滅本身權利時不容許使用警察措施，同時在保護那些相同權利的必須措施中應存在這些原則。

### 2.3.2 合作義務

公共電訊服務的被特許人及郵電司，具有與司法行政當局合作的一般義務，以便滿足揭發事實的需要(葡萄牙共和國憲法第一百八十二條及葡萄牙刑事典第一百八十五條，以及經三月三十一日第09/97/M號法令修改的九月二十四日第61/90/M號法令第三條，而在民法方面，民事訴訟法典第五百一十九條第三款)，並具有在內部安全目的接續方面的一般合作義務(十二月二十六日第76/90/M號法令第五條)。

## 3. 各種權利和社會法益的衝突

### 3.1. 衝突的種類

各種基本權利不是必定表達出所有其意思的完全性，尤其當與意思相反的其他基本權利抵觸時。在這對質情況，可能理解為某些權利可以受制於幾乎不具表現性的狀況，或最少可理解為當通訊保密被侵犯，或當某人因體力問題被阻礙通訊時，部份地或完全地不體現於其正常的實施中。同樣情況發生於當其權利人自由擁有其使用時，即是，不處於受保護情況或放棄保護。

但是，可以發生的是，由於憲法的直接適用能力而引起的競合，很多時，衝突不是發生在兩種基本權利之間，而是發生在基本權利與其他社會法益之間，正如我們在前面所列舉情況中發生的一樣。因此我們面對非真實的衝突，而這衝突對於各種權利衝突情況的所有效果是相同的。不僅對衝突中的權利和法益所賦予的憲法保護是實質上可視為相同，同時，在這裏，對於用作約束權利行使的限制和固有法益保護的減少亦相同。無論是權利之間的衝突還是權利與法益之間的衝突情況，衝突的存在理解為經常暗喻兩種法益的對立。



因此，我們需要接受有某些社會價值解釋了對基本權利的限制。在這種情況，通訊的基本權利由受警察監視的目標人物行使，但其監視的行使必須是在絕對保護和受憲法保護的社會“安全”法益範圍之外<sup>80</sup>，且必須是面對某些警察在行動中意欲保護的權利時<sup>81</sup>，適當執行限制的職務，因為，相信這樣將阻止實施犯罪。

### 3.2. 衝突解決的方法

在憲法規定中，個人通訊作為人類本身人格的延伸是不可侵犯的。然而，當涉及刑事迫害或取得證據的利益時，不可放棄容許限制通訊權的可能性。包括，例如，為知悉涉嫌人之間所維持的關係，在消滅犯罪網絡及預防犯罪中，取得通話可具有的重要性，即形成不遜色於通訊權的社會重要性之因素。

社會方面感覺的安全是重要的價值，該價值必須在任何法治國家都受到保護，因此，對於公民的其他基本權利，如生活權、人身完整權或個人財產權幾乎總是隱藏特別的保護。因此，應容許“個人與權力之間某些（特別）關係的調整可解釋某些權利的限制（亦是特別的）——社會福利、政府的存在、國家的安全、犯罪預防及申戒等，這些都是具重要法益或憲法承認的社會價值，並不可作為基本權利的純個人概念”<sup>82</sup>。

在這個觀點方針上，可理解到無論是立憲者，還是刑法的立法者，均希望正如民法及行政法的立法者一樣，透過排除不法性、罪過或刑罰的可能性，操心於建立限制，以立法途徑解決衝突。因此，我們需要比較我們在上述推論為社會“安全”法益的每一種權利，根據提及的例子，證明限制的強度是怎樣，其憲法上的採納性，以及如後者被證實，其證實的法定要件是否被注意。

#### 3.2.1. 全面的憲法解決方式

載於憲法內的基本權利和法益之間出現衝突，這是可以預料及不可避

<sup>80</sup> 事實上，“在法益的衡量方面，沒有任何利益是獲賦予絕對價值，無論是因首先表現得極端薄弱而被排除，或是因首先出現而獲得優待”（Gomes Canotilho，《利益的權衡與基本權利的衝突》，第6頁。同樣 Manuel de Costa Andrade（作為刑事訴訟中的證明方法，有關衡量由個人所作的錄音價值判斷，第49頁），並引用Otto指出“不可能以其更超越的憲法性尊嚴來鑒別任何法益或基本權利，對於這些法益或基本權利，在關注的隱私範圍內，法律秩序賦予 Dreistufentheorie 主張的絕對保護。並置於所有抵觸及衡量的情況之外和之上”。

<sup>81</sup> Gomes Canotilho，《衝突的憲法》法例及司法見解刊物第3823號第295頁。

<sup>82</sup> Vieira de Andrade，《一九七六年葡萄牙共和國憲法中的基本權利》第244至245頁。



免的情況，因此憲法不能作為“解決衝突的規範性第一審”<sup>83</sup>，不再在其內部提供解決方法（限制之採納）。

當這樣做時，該問題就會從解釋中消失，因為就是規範本身載明負責在衝突中移離其中一項法益範圍的權利，以及使該空間被應得到更好憲法性保護的法益所佔據。這機制的例子就如葡萄牙共和國憲法第四十五條第一款和第四十六條。

### 3.2.2 準用憲法的解決方法

在第二個計劃中，對於普通立法者來說，可以透過憲法的準用來獲得解決衝突的方法，因為相信，憲法具有現代的知識及更了解生命情況的複習性，可以更好的利用該有利的地位。

這情況發生在通訊不可侵犯性和保密的情況中<sup>84</sup>，衝突的解決方法透過有關“法律規定涉及刑事訴訟程序之情況的憲法許可交予法官”，（葡萄牙共和國憲法第三十四條第四款）並僅在這些情況下這樣做。根據葡萄牙共和國憲法第三十四條第四款的規定，普通訴訟法有“憲法正當性塑造電話談話錄音的利用制度，作為證明方法，無論是由私人，或是法院人員所作的錄音”<sup>85</sup>。透過這命令，首先在刑事立法者手上，確實衡量在衝突中的價值，因為他有“權限建立一個刑事訴訟制度，解決重疊的價值或刑事訴訟程序所服務的法益，而這法益相等於有關私人性、肖像、語言文字，信函和電訊的基本權利”<sup>86</sup>。

更具體地來說，給予立法者的工作，就是在規範要保護的資訊權和在規範第二部份中亦要間接保護的社會法益（安全）中確定措施或提供調解。立法者詳述及舉例說明憲法內所載的權利的內容，但在輔幣的另一面，透過載明的限制或所達到權利的負擔界限，及權利內容的挑選，解決那些能在它們之間產生的衝突。因此，權利和限制之間的相互關係得以解

<sup>83</sup> Manuel de Costa Andrade，作為刑事訴訟程序的證明方法，有關衡量個人所作的錄音。第5頁。

<sup>84</sup> 通訊方面，正受資訊權和表達自由權所保護，隨著刑法訂定其原則（“行使該等權利而作出之違法行為，應受刑法一般原則約束”，葡萄牙共和國憲法第三十七條第三款），亦接納受葡萄牙共和國憲法第三十七條第三款所規定的限制。正如作為我們研究用的運作模式的情況中，我們不考慮在衝突的積極方面的表達和資訊基本權利的可能性，（非法濫用向他人傳播資訊的自由，情況是與保安法益有抵觸）及因此，當其在相反情況下出現我們在此並不能找到解決衝突的方法。

<sup>85</sup> Manuel de Costa Andrade，作為刑事訴訟程序的證明方法，有關衡量個人所作的錄音。第21頁。

<sup>86</sup> Manuel de Costa Andrade，上述文章，第22頁。



釋，而這關係只能在一定範圍中將限制帶領到基本權利中，在這範圍中，有關權利被社會法益的命令要求。因此“基本權利的憲法法益（被限制性的法律保護）之間的關係不是單向的：為保護法益的法律限制應該注意限制基本權利本身的結構”<sup>87</sup>。

但如果由憲法外的立法者負責增加及調整行使制限的工作，（但並不是創造其他限制），並不表示憲法不關注最後的解決方法。相反，衝突繼續在憲法的秩序中獲得解決，而憲法就是指出在哪些情況及面對哪些價值時，權利和法益應該讓步。此外，准許刑事訴訟立法者確定制限範圍的限制性法律的保留（限制之准許，葡萄牙共和國憲法第十八條第三款），只能在葡萄牙共和國憲法第十八條的原則限制下產生價值：適當性或合理方法、需求性和適合性和尊重人類尊嚴不可侵犯性的原則，而這原則表現出“在公民的法律範圍中脅迫性干預的負面周界，該干預由在該領域內的權限機構操作”<sup>88</sup>。憲法準用並不是一張“空白支票”，相反，反映出一種憲法願望，促進欲保護的價值，同時對較低層次的衡量開創道路。

與通訊不可侵犯性的情況相反，憲法在載明有關個人生活和家庭生活隱私之保護權利時，並不憂心於解決任何衝突（葡萄牙共和國憲法第二十六條第一款）。只將正當性賦予普通立法者，使其加強對抗濫用有關個人和家庭資訊的保護，或違反人類尊嚴的保護。

因此，我們必須承認，通訊交往是通訊保護空間的一部分，而在這範圍內該部份是受到保護，作為“聯系中的生活”<sup>89</sup>價值，不受警察的任何行動限制。我們，對於第一百八十六條第二款的合憲法性具有極大的懷疑，由於該規定排除懲罰洩露有關私人生活事實的人。當葡萄牙共和國憲法並沒有任何限制時（葡萄牙共和國憲法第十八條第二款），既沒有在其文字內載明，亦沒有對普通立法者提供準用時，倘被特許人的職員洩露有關電話通訊交往的資料，情況將會如何？

但是，作為私人範圍的整體價值（個人隱私），同樣強調私人通訊工具的不受侵犯性和保密。如果不接納透過第二十六條第一款確認限制，則該等限制可透過葡萄牙共和國憲法第三十四條第四款規定的憲法許可具有價值。因此，問題的解決交予給那些我們曾說過有關違犯電訊保密的人。

除了所指出的兩種情況外，知悉任何的通訊元素對那些因其工作職務和在執行工作中取得這些資料的人才可具有價值的。因此，對於這些人產

<sup>87</sup> Gomes Canotilho, 《衝突的憲法》，法例和司法見解雜誌第3823期，第295頁。

<sup>88</sup> Maria Leonor Assunção, 《刑事訴訟程序和保護澳門市民權利》，第3頁。

<sup>89</sup> Gomes Canotilho 和 Vital Moreira, 《葡萄牙共和國憲法注解》，第182頁。



生一種職業保密義務，禁止他們將那些資料洩露給第三者，同時，除了職業保密情況以外，包括以電訊工具得悉機密信函內容的情況（民法典第七十五條）。

在尊重人類尊嚴的原則，或在民法典第八十一條第一款的規定下，只要這做法“並沒有違反公共秩序的原則”，以及澳門刑法典第三十七條的規定下“如涉之法律利益可自由處分，具事實不侵犯善良風俗，通訊行為的主體的同意亦可以有價值”。葡萄牙共和國憲法第三十四條第二款內所載同意進入有關住所的原則應延伸至通訊保密，即在刑罰方面是相等於阻卻不法性（澳門刑法典第三十條第二款 d 項）。

### 3.2.3. 衡量的解決方法

在我們所提及關於透過憲法的內在解決方法或普通立法者以準用的方法解決衝突的實際可能性中，只是衝突的其中一部份，可能是最小部份，有獲解決的可能性。在憲法框架中或在普通立法者準用憲法中，排除了解決衝突的可能性，因為立法者既不將行為刑事化，亦不容許限制，只可容許來自沒有在憲法上以文字寫上限度的限制<sup>90</sup>，並要求在具體情況中衡量衝突中的價值。

因此，最大的責任最終落在法律適用者身上。而他面對每個情況及具體的權利或法益時，負責決定其相對的重要性。要知道基本權利是否受到限制，或以其他方式來說，是否可以說對法律的內部限制，或相反來說，是否認為沒有限制同樣包含限制的學說問題，並不排除在以上所指的不同情況中，評估衝突中的權利和法益，最後會在它們之間達成協議。然而，對於基本權利的形成，在這裏需作出主要的論題，因為以某些方法，這對有關解決衝突的方法產生不同的思考。

對於維護存在對基本權利的內部限制的人來說（內在限制理論），某權利的限制前題是達到憲法的本身保護範圍，以便在絕對情況下，排除其行使的某些方法或方式。基本權利必須受限於內容的最大限制<sup>91</sup>，而該內容構成本身的權利及列入其內在範圍內。因此，限制在多方面使權利定型：由內部限制產生在權利，即是，由規範性保護的本身範圍、社會的限制、權利旨在能夠滿足利益的調和及自我限制的範圍，例如：來自放棄或同意的權利，只要尊重人類尊嚴的限制、社群的基本或主要價值和適度性的功能限制。對於維護對基本權利的內部限制的人來說，衝突除了在假設範圍

<sup>90</sup> J. J. Gomes Canotilho, 《憲法》第 604 頁。

<sup>91</sup> Vieira de Andrade, 上述文章, 第 216 頁。



內有可能解決外，採用不同規定的需要性、適合性和適度性或一致性的原則來解決。因此，限制應在各必要及適度的限制中維護權利的基本內容（較不繁重的方法），即是，不會不合時宜地影響權利，並關注衝突中各個價值之間的利益和限度。

然言，對於其他作者（外在限制的理論），權利有別於限制，所以“有關限制的可能性，基本權利作為已固定的本質出現”<sup>92</sup>。由於權利對任何限制予以開放，所以這些限制只有透過衡量具體情況中的法益在實行時才有意思，而不在權利的規範性範圍內。這樣，這些限制可以從憲法規定的保障制度上得益。亦視為基本權利由原則表明，而這些原則互相之間可被衡量和結合，彼此相距甚微。衝突可採用衡量或“balancing”的方法解決，而該衝突是表現在基於衝突利益的認別、評估和比較的憲法解釋中，以使“one interest does not override another; each survives and is given its due”<sup>93</sup>。因此，容許以憲法原則解決某些衝突，根據個別情況當中各利益的重要性，可有不同程度的具體化。並不是像發生在規則衝突之間的有效問題，而是，“優先問題”（有效和重要性）<sup>94</sup>，使“原則可以不被排除及只要求衡量衝突中的法益，以便建立優先的關係”<sup>95</sup>。

這關係透過採用“利益的衡量和情況決定規定的外在性”<sup>96</sup>獲得，有能力結合解決衝突時出現的抽象元素和具體因素。衡量，因為前題是在憲法結構框架內各種原則的最優化，因為“輸送從憲法本身開始衡量憲法法益的可能客觀範圍”<sup>97</sup>才可能。因此，並沒有盲目的基本權利。

除了扼要地分開所提及兩個理論的理論差別外，每個人欲獲得的基本權利的滿意程度對我們來說分別不大。

一方面，與基本權利存在的本身意義相反，似乎該權利透過抽象的標準可被理解為憲法上限制，而其限制是為解決衝突而對權利增加的某物。但另一方面，亦可受到批評：被理解為一個完全沒有限制、公開和不設防的基本權利，在價值判斷面前幾乎可被撤消，而該價值判斷是在評估和尋找實際協調的過程中，無可避免地表現出來，因此，某程度上，在衝

<sup>92</sup> Gomes Canotilho, 《基本權利的衝突》：一九九五年澳門碩士課程概要。

<sup>93</sup> T. Alexander Aleinikoff, Constitutional law in the age of balancing, 第945頁。

<sup>94</sup> J. J. Gomes Canotilho, 《憲法》，第168頁，João Carlos Simões Gonçalves Loureiro 說出同一觀點，效力和個人保障之間的行政程序，第166頁“基於不同的比重原則要求衡量”。

<sup>95</sup> Gomes Canotilho, 《衝突的憲法》，第38頁。

<sup>96</sup> Gomes Canotilho, 《基本權利的衝突》：一九九五年澳門法律學院碩士課程論題（無號數）；及同一作者“利益平衡和基本權利的衝突”，第2頁。

<sup>97</sup> J. J. Gomes Canotilho, 《憲法》，第609頁。



突仲裁中，知悉以往存在實際衝突的其他權利，啟發其不可忘記該等權利的觀念。

故此，既不是衡量可以放棄賦予基本權利的憲法性規定的解釋，而僅是預先決定保護的範圍（根據憲法的解釋），亦不是設立內在的限制，而不理會由實施引致的權利具體伸延就可有滿意的結果。這樣，在具體情況中，內部限制的理論最終不放棄衡量問題中的價值，以便在權利保護範圍內排除具較少價值的範圍。

我們並不想處於任何拆衷及中介的位置，因為從理論觀點出發，我們寧願選擇所述論題的第二點。我們只指出一些意見，而這些意見容許我們開發一條起點為權利的確認，經過衝突的證明及達到某一解決方法的道路。或許最重要的是正如 José de Faria Costa 所寫一樣，注意兩個注意“分享相同的法律意見，而在這意見裏並沒有受憲法保護的權利等級化的意思”<sup>98</sup>。這等級化亦不能在我們的體系中產生，在我們的體系中“基本權利的憲法秩序一直是多元化和公開的秩序，因此是不分等級的”<sup>99</sup>。排除採用價值表或憲法以外的價值，對衝突中的權利和法益將賦予一定範圍和內容的解決會在憲法本身內遇到。並不是權利和法益在以往已擁有這些對實體衡量的限制，但是因為限制來自價值的評估、交換及平衡，最後目的是使憲法秩序最優化。

因此，雖然不能建立一個容許預知哪種權利或法益佔優的價值表，但不可忽視憲法對於基本權利的規定和其保障，甚至對於應由它們產生的一致性解釋，賦予結構的角色。只須看有關平等原則（第十三條）、基本權利之範圍及意義（第十六條）、有關權利、自由及保障的憲法規定的法律效力和關於國家面對權利、自由和保障的侵犯之責任時的第二十二條，以及最後，第二編所有條文和第八十一條的條款就足夠。

### 3.3. 衝突的解決

作為例子的衝突中，可以作出兩個假設：(a) 警方向被特許人要求有關通訊往來的資料，在這裏特別是指警察的職能，超越刑事偵查和司法警察行動圍範之外。因此，目的是進行簡單監視，或 (b) 因為提出具有依據

<sup>98</sup> José de Faria Costa, 《資訊刑法》：概要和一些論題，第 22 頁。

<sup>99</sup> Vieira de Andrade, 《一九七六年葡國憲法中的權本權利》，第 108 頁。然而，建立等級的嘗試，一直都沒有放棄考慮學說。例如 Diogo Leite de Campos 主張個人的私人性權利是先於及高於任何公開性質的權利，正如資訊權（“人格法課程”科英布拉法學院刊物一九九一年第 117 冊第 209 至 213 頁）。同樣，Miguel Faria 建立一個奇特的等級（Miguel Faria, 《基本權利與人權》第 95 頁）。

除了直接及緊急地要求司法許可進行該行為外，別無他法。

在此情況下，首先是警方，隨後是法官，須權衡衝突中的權利和法益之間的價值。此時，支持約束的原則就會重新起作用。面對欲維護的權利或法益，法官須考慮其許可代表的適度性、需要性及適當性。因為不是決定保護安全價值的理由，可以簡單地解釋任何通訊權的侵犯，而當警察按照憲法所定的原則，實際具理由合法地干預某基本權利時，通訊權亦不應在其完全性受到保護。

反之，倘警方的行動是以一般監視及預防為由，而未能提出證據證明存有一項與問題中的主體或眾主體有聯繫之刑事違法行為時，即是，在不能合理地將某一不法行為歸責於他們的情況下而採取行動，我們認為應排除警方可向被特許人要求提供有關交談資料的可能性。在這裡，藉預防措施而維護的法益依然是安全的，但在該法益的背後，並沒有在具體中發現侵犯法益的情況。因此，不可解釋通訊權可被侵犯，同時，侵犯不僅限於交談方面，因為，如前所述，通訊並不局限於所傳達之內容或訊息。

在這情況下，意味者不能採用葡萄牙共和國憲法第三十四條第四款以及第三十二條第四款所指之方式，否則刑事訴訟就會延伸至一切及任何的警察行動<sup>102</sup>。此外，刑事訴訟並沒有規定警察為獲取證據可以自行進程序以外的調查的可能性，因此，在刑事偵查工作以外，不可“存在由自主賦予的、調查事物真相的法律上的人”<sup>103</sup>。然而，排除電話竊，因為在澳門的制度內是有別於其他如法國的體系<sup>104</sup>，是不允許“行政竊聽”。

<sup>102</sup> 相反地，António Silva Henriques Gaspar，在對共和國總檢察長公署一九九二年三月三十日第92/91號意見書的投票的解釋性聲明中表示“需指出‘在內部安全範圍的刑事預防的行政程序，與刑事程序的內容並無關連’，以使該概念顯示出憲法第三十四條第四款所載之效力”。

<sup>103</sup> José António Barreiros，《刑事訴訟1》，第354頁。

<sup>104</sup> 前些時期，這種應內政部長或國防部長要求，為保護國家安全或打擊國際恐怖活動而作出的竊聽，並無具備任何法律基礎。此外，司法竊聽亦存在同樣的問題。不過經過對Cour de Cessation的多方努力，終能按照刑事訴訟法典第八十一及一百五十一條規定使該等行為符合規範。然而由於其不甚準確，且對法國的法律起不到強烈的保護作用，因此，歐洲人權法院便藉機會提出，指出該等行為並不符合規範，因違反了歐洲人權公約第八條的規定。現時，一九九一年七月十日的法律（第91-646號），規定有關以電訊工具發送之函件的保密，在違法行為達到一定嚴重性的情況下，容許循司法途徑進行竊聽。同時，只要有關國家安全、經濟和科技力量、預防恐怖活動和有組織犯罪活動時，亦容許進行行政或安全竊聽。在英國法律方面，雖然“竊聽權力”屢獲議會法案認可，僅在一九五七年在Birkett Committee的建議下，才制定了十分清晰的關於Home Secretary能批准電話竊聽的規則。此等規則規定，只要調查中的違法行為十分嚴重，而使用正常的調查方法均告無效，又或基於事件的性質不能證明結果，及具充足理由去相信透過竊聽才能得出判決時，則竊聽行動便可獲准執行。（Tom Harper, Telephone Tapping，第782頁）。



警察只可要求被特許人提供電話簿上的資料，或提供不涉及某些主體之一般通訊資料。倘警方是在未經司法許可的情況下提出請求，而令人對其合法性產生疑問時，被特許人應負責衡量衝突中的權利和法益，並決定是否提供資料。若只因法院的分歧而有關職員被邀提供所要求之資料時，這視為沒有保密需保守，即使有保密，亦應違反，在葡國體系之葡國刑法律典第一百八十五條以及澳門刑法律典第三百四十八條可證實各前提）。無論如何，被特許都不應作出任何竊聽或其他截聽通訊的行為，亦不應在其設施內為之。在眾多使竊聽行為得以合法的要件中，承批人只應提供能進行竊聽行動的技術條件，而不應提供工具。

跟隨這些步驟才可肯定解決衝突的方法繼續繫著憲法的原則，而該等原則提供限制的漲潮和低潮（法官的命令），並在該等原則中應容許實施上的不同條度。即是在體系中發生容許刑事訴訟法以外的行政竊聽，但必須在司法許可下進行。但是，在我們所舉的例子中，及我們所作的兩個次假設的情況中，對通訊權的任何限制，不可能存在優先。

## 結論

本世紀中葉的科技發展，不僅提供了科技及資訊的享受，亦提供了各種基本權利之間或基本權利與社會法益之間的侵犯和衝突的潛在性。對於這個反論，憲法法律上的答案集中在建立或重新加強基本權利的方面，規定一個能有力地支持具損害使用的適當法律生態學，而損害的使用是人類從新科技中成功取得的。該權利／法益（衝突）的結構系統之適當運作，在最後只能透過“衡量測試”才可獲得，即是“weigh the importance of certain conduct to an individual's identity against the importance of the state interests being served by the law restricting the conduct”<sup>105</sup>。當個人行為的重要性，在這情況是通訊，比保安法益旨在服務的利益更為重要時，保護該行為的基本權利應受到維護。這樣，我們想強調的概念，在這範圍中，通訊權和其他可以互相有關聯的權利，是透過技術，自由發展人格權和人類尊嚴權的表達。透過電訊工具提供的通訊是該人格和尊嚴權的“其他”方面，該延伸應受到保護，使個人保留決定公開該信息的措施，因為“如果通訊行為是肯定對其他人公開的，這前提是，作為不可超越的詞義，為了和諧地發展，這個“我”創造空間，而在這個空間“其他人”只能當那個“我”處於自我

<sup>105</sup> Jed Rubenfel, The right of privacy, Harvard Law Review, 第102冊, (一九八九年)第760頁。



實施態度下容許時，才可進入”<sup>106</sup>。因此，通訊不放棄維持保護急需保護的隱私，但不是以絕對的方法保護個人本身最基本的價值。面對這些價值，當出現與該等價值衝突的不同或相同性質的其他價值時，只有衡量或權衡的標準可以給予一個合適的答案。該程序的最後目的必須是透過容許憲法的限制和來自實際同意的限制，保障社會在潛在衝突中的穩定性。但是，這個衡量僅是交予法官負責，而並不是給予任何憲法的解釋者。

因此，不可使用通訊科技傷害人類的基本價值，相反，我們認為，在使用通訊科技中包含建立社會平衡和資訊民主管理方面的未來社會希望，即是，對人類存在三千年建立更寶貴的法益。

---

<sup>106</sup> José de Faria Costa，〈刑法，資訊和私人生活之保護〉，第9頁。

