

## 關於《通訊截取及保障法律制度》法律草案的意見

就相關事宜，保安司司長辦公室與本辦公室一直保持著緊密的聯繫與溝通，本辦公室也明確同意有關立法的大方向。就保安司司長辦公室於2018年9月10日送來的《通訊截取及保障法律制度》法律草案（《法案》）文本及公開諮詢文本，本辦公室特以公函回覆保安司司長辦公室並提出本辦公室的立場性意見及一些具體建議。

值得指出的是，通訊截取涉及複雜的法律範疇及資訊技術範疇事宜，本辦公室的立場性意見僅集中關注法律範疇當中的與個人資料保護有關的事宜。而且，主要是有關權利與保障的原則性事項，不涉及具體的立法技術、用語與行文。再者，主要是針對公眾關注及有可能引發爭議的事宜。因此，本意見並非一份嚴格意義上的法律意見書。

### 一、 背景

#### 1. 公眾關注及有可能引發爭議的事項及背景

儘管通訊截取是任何國家與地區都會在調查、打擊與預防嚴重犯罪中採用的手段，但因為涉及個人的基本權利必然依法受到一定程度的限制或減損，而且從實際操作而言任何合法的調查手段都不能完全

排除被有意或過失濫用或不當處理的可能，因而在任何時候都必然受到公眾的關注。

斯諾登事件揭發了美國等國家的相關情報部門通過棱鏡計劃等對本國及他國公民在本國及他國領土內的通訊開展大規模的、目標不特定的通訊監視與截取，從而在全球範圍內引發了對通訊監視與截取的合法性、適度性等方面的爭議，也引發了公眾對相關的個人資料保護制度保障的進一步重視。即使不考慮主權因素，公眾一般都認為棱鏡計劃等大規模通訊監視與截取是對基本人權的肆意侵犯，並期望能通過個人資料保護制度等不同的保障對抗這種侵犯，保障個人的合法權益。在歐盟，這直接或間接地引發了一系列的訴訟，導致實施多年的歐盟第 2006/24/EC 號指令（《資料保存指令》）、歐盟與美國之間有關資料轉移的《安全港計劃》先後被歐洲法院宣佈無效。歐盟新的《資料保護總規章》及歐盟與美國之間就有關資料轉移新制定的《私隱盾計劃》內，均專門為此制定了新的規則，防範來自美國等歐盟外國家的侵犯。在這種背景下，如何通過個人資料保護制度約束通訊監視與截取，就成為公眾關注的議題。而在當中，最為集中的關注點是：

- 新的法律規則是否能遵從原有的基本保障；
- 開展大規模的、目標不特定的通訊監視與截取（bulk

interception) 的合法性與程序；

- 開展一般的、目標特定的通訊監視與截取的合法性與程序；
- 電訊範疇的個人資料保護規則，以及相關的資料保存的規則；
- 根據資料保存規則保存的電訊數據的使用規則，以及防範資料流動到外國的規則。

本辦公室將就以上議題逐一分析與闡明立場。通過以上有關斯諾登事件的背景描述，公眾可以預期，與在其他國家和地區的情況類似，本辦公室與需要採用通訊截取調查手段的執法部門之間，在某些具體議題上的立場不一定一致。不過，這不妨礙各方就相關議題展開客觀的、坦誠的討論，以在依法保障個人的合法權益的前提下，制定具體的法律規則來規範通訊截取，以便執法機關更好地履行職責，預防與打擊嚴重犯罪。事實上，正是這種健康的張力能促使各方理性討論，在不同的權利之間取得合理的平衡。

## 2. 本辦公室參考了的外地法律文件

從整體的立法過程與具體法律條文行文可見，澳門的個人資料保護制度很大程度上參考了葡萄牙的相關制度，因而與歐盟第 95/46/EC 號指令（《資料保護指令》）有緊密關係。在就《通訊截取及保障法律

制度》法律草案展開分析時，本辦公室除了關注澳門特區的相關法律文件，還主要參考了歐盟方面及葡萄牙的以下法律文件：

- 歐盟第 95/46/EC 號指令（《資料保護指令》）
- 歐盟《資料保護總規章》
- 歐盟第 2002/58/EC 號指令（有關電訊範疇的個人資料處理與私隱保護的《私隱與電訊指令》）
- 歐盟第 2006/24/EC 號指令（《資料保存指令》）
- 歐洲法院 2014 年 4 月 8 日判決（Joined cases C-293/12 and C-594/12）
- 歐洲法院 2016 年 12 月 21 日判決（Joined cases C-203/15 and C-698/15）
- 歐洲人權法院 2018 年 9 月 13 日判決（Big Brothers Watch and others v. the U.K.）[注：暫時仍未轉為確定性判決]
- 葡萄牙第 32/2008 號法律
- 葡萄牙檢察院網絡犯罪辦公室 2015 年 12 月 30 日第 7/2015 號實務工作通告（Nota Prática）

這些法律文件在澳門特區沒有任何法律效力，但是對本辦公室分析澳門特區《個人資料保護法》與通訊截取及保障之間的關係十分有

參考價值。

## 二、 本辦公室的立場與建議

就前述的 5 個公眾關注的議題，本辦公室闡明立場如下：

### 1. 新的法律規則基本能遵從原有的基本保障

本辦公室認同，《法案》能遵從原有的基本保障，尤其是《基本法》第 32 條規定的通訊自由與通訊秘密，並沒有創設新的制度，只是根據社會發展的實際情況，尤其是電訊行業發展的實際情況，完善《刑事訴訟法典》中的電話監聽制度。現行制度的根本性原則能得到維持，尤其是維持了必須先獲得法官命令或許可才能進行通訊截取。

本辦公室認同在《法案》中對“通訊”的定義。隨著電訊技術的發展，部分具有類似通訊性質的電子數據是否能獲得通訊自由與通訊秘密的保障成爲了不同司法管轄區都需要面對的新問題。傳統的電話通訊方式一般屬於即時進行，信息量少，難以儲存過去的通訊內容，通訊渠道也一般須使用電信網絡，但現代通訊却已經發展到形式多樣、內容豐富、信息量大、可以即時進行也可以延時進行，而且通訊渠道也十分多樣，傳統的電話通訊反而成爲相對邊緣化的通訊方式。現行《刑事訴訟法典》第 175 條的延伸適用範圍（即“有別於電話之其他

技術方法傳達之談話或通訊”)存在越來越大的不確定性，既不利於對當事人的保護，也不利於開展合法的通訊截取。例如，即時通訊軟件的普及使人們均習慣在智能手機中儲存大量的、詳細的、過去的通訊內容，既可以是龐大的視訊檔案，也可以是簡單的表情符號，部分可能因各種原因而從未送達原定的接收者，部分可能因為發送者主動“回收”而產生其他通訊含義甚至完全不同的通訊含義，部分因為群發而存在大量的接收者，部分還可能因為存在大量的文字內容而表面上看起來更象現行《刑事訴訟法典》第 164 條所指的函件。又例如，一些原來用作其它商業目的的手機軟件，也逐步開發了通訊功能。假如相關的內容僅僅是定義為一般的儲存於某個載體中的電子數據而不是通訊內容，各方當事人的權利就有可能沒有得到很好的保障，尤其是不能獲得通訊自由與通訊秘密的保障。《法案》中對“通訊”的定義能夠減少法律的不確定性，加強對通訊各方當事人的保障。

本辦公室認為在《法案》中對電訊營運者與網絡通訊服務提供者提出的“保存義務”屬於新的規則，但沒有改變電訊營運者與網絡通訊服務提供者所處理的資料的種類(它們在提供服務並且計算收費時本來就需要處理及適當儲存相關資料)。然而，這個新的規則需要新的規範，這是目前在《法案》中沒有看到的，很容易引發法律上的不確

定性，對各方的保障似乎不足。本辦公室稍後會詳細討論。

## 2. 不涉及大規模的、目標不特定的通訊監視與截取

斯諾登事件揭發了某些國家在進行大規模的、目標不特定的通訊監視與截取。在《法案》中沒有做出任何與此相關的規定，因此相關執法部門看起來並沒有可能通過《法案》的規定獲得授權開展這種通訊監視與截取，這能夠釋除公眾對這種方式的通訊監視與截取的擔心。

然而，為免產生誤會，本辦公室需要澄清幾點。

首先，本辦公室的立場並不針對任何國家或地區的大規模的、目標不特定的通訊監視與截取，既無意討論其在當地的合法性，也無意評論其道德價值。

其次，即使是在澳門特區內，本辦公室對於大規模的、目標不特定的通訊監視與截取到目前為止也沒有既定立場，而且沒有開展過深入的研究。正如在歐洲人權法院的判決中所指，這種方式的通訊監視與截取並不是本身必然違反人權，而是需要受到適當的規範，需要遵守一系列的原則。<sup>1</sup>相關國家或地區採取大規模的、目標不特定的通

---

<sup>1</sup> 歐洲人權法院 2018 年 9 月 13 日判決 (Big Brothers Watch and others v. the U.K.)。

訊監視與截取，往往是爲了應對嚴重的恐怖主義犯罪威脅與危害國家安全的威脅，這與其所面對的政治、經濟、社會等實際情況直接相關。有關濫用的指控，往往並不意味著其本身必然沒有存在的合法性或必要性。參考個人資料保護的原則規範來陳述，那些獲得歐盟內不同法院支持的指控一般屬於違反適度原則的指控，而不是缺乏正當性的指控。

再次，本辦公室認同，目前沒有必要在《法案》中做出任何規定以使執法機關可以採用這種方式進行通訊截取。現行《刑事訴訟法典》中沒有類似的規範，而且目前澳門特區所面對的恐怖主義犯罪威脅與危害國家安全的威脅似乎並不嚴重，因此現階段完全沒有必要在《法案》中就這種方式的通訊截取做出任何規定。

然而，這不妨礙其他個人與機構對此採取相同的或不同的判斷。相信在公開諮詢中，相關個人與機構能自由表達其意見。

### **3. 對一般的、目標特定的通訊監視與截取的規範合適**

《法案》中規範的，屬於一般的、目標特定的通訊監視與截取。

《法案》第二章對此作出了嚴格的規範。合法性方面與適度性方面，《法案》第4條及第5條規範了通訊截取需要法官的命令或許可，

容許進行的情況僅限於就某些指定的嚴重犯罪進行調查取證，而且原則上禁止截取嫌犯與其辯護人間的通訊。程序方面，除了第二章的規範，第 13 條與第 15 條還規定通訊截取中的不法行為屬犯罪並須受相應處罰。

因此目前而言，參考國際上的其他國家和地區的做法，本辦公室認為“法官的命令或許可”屬於司法許可，是國際上最為嚴格的許可要求，再配合其他的規則，相關截取的合法性、適度性與程序的規範已經足夠。當然，這不妨礙將來可以再增加其他更嚴格的程序規範與處罰規範。

#### **4. 通訊記錄資料保存規則合理**

如前所述，本辦公室認為在《法案》中對電訊營運者與網絡通訊服務提供者提出的“保存義務”屬於新的規則，但主要是對具體的營運者操作要求，不涉及調查程序本身，因此在現行《刑事訴訟法典》中不會有關係到具體操作的類似規範。

從條文內容看，新的規則沒有改變電訊營運者與網絡通訊服務提供者所處理的資料的種類，只是在保存期上提出了義務性質的要求。新的規則更沒有要求電信營運者與網絡通訊服務提供者保存任何的

通訊內容。有關需要保存的因服務而產生的通訊記錄基本上就是一般電訊領域個人資料保護範疇所說的流量、定位與聯繫資料，不涉及通訊內容，與個人資料保護程度較高的歐盟在這方面的要求基本一致。雖然沒有明確的關於使用目的的條文規範，但從《法案》第 2 條之標的可見，有關資料僅可以用於針對《法案》第 4 條所指的犯罪開展調查以發現事實真相與獲得證據。可以認為，《法案》規定能遵從原有的基本保障。

然而，儘管似乎在立法時參考了歐盟的做法而規範資料保存義務，但因爲歐洲法院 2014 年 4 月 8 日判決（Joined cases C-293/12 and C-594/12）宣告實施多年的《資料保存指令》無效，這個新的規則必然會引起公衆的關注，自然也必然引起本辦公室關注。

值得注意的是，歐洲法院 2014 年 4 月 8 日判決（Joined cases C-293/12 and C-594/12）宣告《資料保存指令》無效時，明確肯定了以打擊、預防、調查嚴重犯罪等原因而要求服務營運者保存資料的正當性，而導致指令無效的直接、主要原因是適度性問題，即：無選擇地適用於全部人；缺乏有權限當局查閱資料的客觀標準；缺乏資料保存最短時間與最長時間的客觀標準；沒有防止濫用及確保不可還原的銷毀的保障機制；沒有強制資料保存於歐盟。

判決生效後，部分歐盟國家宣佈其基於《資料保存指令》制定的國內法無效，但沒有放棄以打擊、預防、調查嚴重犯罪等原因而要求服務營運者保存資料，僅僅是需要根據有關適度性的要求重新制定國內法。部分歐盟國家，包括葡萄牙，並沒有宣佈其基於《資料保存指令》制定的國內法無效。最主要的原因，是其國內法已經有機制確保適度性原則得以遵守。因此，對於在制定《法案》時參考葡萄牙第 32/2008 號法律，本辦公室完全贊同。

儘管上述判決對澳門沒有任何效力，而且在歐盟以內的司法界也存在很多不同意見，但從個人資料保護角度，參考該判決內容，肯定能對分析澳門《法案》有所裨益。

在歐盟個人資料保護範疇的對個人保障的例外性限制上，幾個歐盟指令間存在緊密的聯繫。《資料保存指令》是根據歐盟第 2002/58/EC 號指令第 15 條制定的，前者部份條文的目的是適度限制與減少後者部分條文對個人的保障；第 2002/58/EC 號指令第 15 條則容許根據《資料保護指令》第 13 條第一款限制與減少後者部分條文對個人的保障，主要是其第 6 條有關資料性質數項原則的保障及其他一些條文有關資料當事人權利的保障，主要的可施加限制的原因是公共安全，調查、打擊與預防犯罪等。在《資料保存指令》失效後，第 2002/58/EC 號

指令依然有效，有關資料性質數項原則的保障及一些資料當事人的權利仍然需要依法受到限制。

澳門特區在制定《個人資料保護法》時，參考了葡萄牙的《個人資料保護法》。葡萄牙的《個人資料保護法》在落實歐盟《資料保護指令》時，在基於公共安全原因或調查、打擊與預防犯罪等原因而施加限制時，僅對部分當事人權利施加限制，有關資料性質數項原則的適用沒有受到任何豁免與限制。因此，在澳門也類似地存在同樣的情況。換句話說，在澳門特區以法律形式制定對資料保存義務的規範時，只要沒有另作例外的明確規定，《個人資料保護法》第 5 條有關資料性質數項原則的保障完全沒有受到任何影響，這和歐盟第 2002/58/EC 號指令與《資料保存指令》的減損有關資料性質數項原則對當事人保障的情況完全不同，沒有任何理由斷章取義地以歐盟相關判決部份行文為參考來否定《法案》制定資料保存規則的必要性、合法性與適度性。

判決所指的“沒有強制資料保存於歐盟”有很大原因是建基於斯諾登事件引發的社會問題背景。在當時，歐盟承認數個域外國家有適當的個人資料保護程度，而雖然不承認美國有適當的個人資料保護程度，但制定了“安全港計劃”等容許資料跨境流動到美國。這些根據法律保

存的通訊記錄資料，某程度上可以自由流動到美國等國家而無須額外監管。澳門的情況完全不同，《法案》制定的原則要求營運者將資料保存於澳門，《個人資料保護法》有關資料跨境流動的原則規範著資料流出澳門的行為。原則上，沒有本辦公室的許可，營運者保存的這些資料依法不能流出澳門。歐盟判決中關注的這一問題，在澳門已經有良好的方案處理。因此，在稍後有關通訊記錄的處理規則方面，也不須專門再討論此事項。

判決所指的“缺乏資料保存最短時間與最長時間的客觀標準”問題也有其歐洲背景。因為《資料保存指令》僅空泛提出可以最少保存半年及最長保存兩年，任由成員國另行指定保存期，在歐盟單一市場內可能產生混亂，引起部分歐洲國家公民在不同國家得到不同對待，但沒有可令人信服的客觀標準，因此產生問題。葡萄牙第 32/2008 號法律制定的保存期為一年，就低於歐盟《資料保存指令》容許的最多兩年。本辦公室認為，儘管不可簡單對比，判決提出的這個問題仍值得思考。參考澳門的第 2/2012 號法律《公共地方錄像監視法律制度》訂定的半年最長保存期，考慮到通訊本身既有的秘密性與個人在公共地方行為的一定的公開性之間的區別，考慮到調查的實際需要，以及基於成本、風險等原因使營運者不可能在指定的最短保存期一到就即

時刪除資料的實際情況，本辦公室初步認為資料保存的最短與最長保存期應該落於第 2/2012 號法律訂定的資料最長保存期的兩倍到三倍之間訂定，即 12 個月到 18 個月之間，最長保存期原則上是在最短保存期後 1 個月到 45 天之間。目前《法案》制定的保存期是一年，本辦公室對此保存期規定沒有反對意見。

判決所指的“缺乏有權限當局查閱資料的客觀標準”與“沒有防止濫用及確保不可還原的銷毀的保障機制”，屬於有關保存資料的資料庫的使用規則，值得參考與重視，本辦公室稍後會詳細分析。

判決所指的“無選擇地適用於全部人”觀點極具爭議性。用什麼客觀的、沒有歧視性的規則才能够事先選擇部分人需要受到這種權利限制，或者部分人可以享受無須受到這種權利限制的特權，肯定是一個有關基本權利的法律爭議。葡萄牙檢察院網絡犯罪辦公室第 7/2015 號實務工作通告中，對其實際的可操作性提出了不同的看法。事實上，有權限當局往往需要利用這些過去的不包括通訊內容在內的通訊記錄資料進行初步分析，尋找犯罪跡象與線索，在存在強烈跡象時才進一步針對部分人依法採取截取通訊內容這個極具入侵性的手段。要求有權限當局事先預計某些人已經是嫌疑人，似乎並不合理，也很容易產生歧視問題，對當事人的權利保障反而可能更為不利。參考歐洲人

權法院的判決，這種大範圍處理方式的操作在概念上本來就是沒有特定監察目標的，因此原則上應該在政府的自由裁量範圍。<sup>2</sup>本辦公室則認為，這實際上和有權限當局查閱資料的規則存在聯繫，要從根本上保護個人的權利，同時確保法律面前人人平等的基本原則，似乎不是需要刻意選擇部分人去接受特別的監視或限制，而是需要去規管資料庫的查閱與使用。但是，判決提出的問題也是值得思考的。有部分的人士或機構，例如司法官、律師等等，本身因為職務等原因而理應受到一定的保障，對其通訊記錄資料的查閱、使用應該有更嚴格的規範。這不是讓予某些人擁有不公平的特權，而是應該依法對這些具有特殊職業身份及保密義務的職位、行業等進行更好的保護。

## **5. 對保存的通訊記錄資料缺乏明確的使用規則**

綜觀整個《法案》，對新的資料保存規則下保存的通訊記錄資料缺少明確的使用規則，這是本辦公室認為需要加强的地方。

### **(1) 對目的的規範不明確**

首先，是對目的的規範不明確。

---

<sup>2</sup> 歐洲人權法院 2018 年 9 月 13 日判決 (Big Brothers Watch and others v. the U.K.)，第 317 段。

如前所述，《法案》沒有明確的關於使用目的的條文規範，本辦公室是從《法案》第2條之標的規範推斷有關資料僅可以用於針對《法案》第4條所指的犯罪開展調查以發現事實真相與獲得證據。如果事實確實如此，本辦公室建議以明確的條文作出規範。同時，本辦公室建議規定這個資料庫必須單獨保存，不得與其他目的資料庫混合使用。

## **(2) 資料使用的程序與規則規範不明確**

其次，是資料使用的程序與規則規範不明確。

《法案》沒有明確的關於如何查閱或取得等使用規則的條文規範，本辦公室從《法案》其他行文規範推斷關於通訊截取的規範應該適用。簡單的說就是需要預審法官命令或許可才可以從營運者處取得資料使用，並且需要製作筆錄等同樣的程序。果真如此的話，司法許可的方式是最嚴格的保障方式，對當事人的保障是最大的，本辦公室認為完全沒有必要再去考慮是否需要選擇性保存部分人資料的問題及選擇性對某些職業加大保障的問題，因為看起來沒有選擇地保存和使用才是最公平的。如果事實確實如此，法官作出的事先司法許可是必要的條件，則本辦公室建議以明確的條文作出規範。

但是，這種事先司法許可的方式在澳門能否有效操作，就是另一個問題。一個自然人一年的通訊記錄可能是巨量的，涉及相當多的人與人之間的關係，每一個相關的人都依法享有權利，又同時可能成為被針對的人。一旦審視某個嫌疑人一年的通訊記錄，就有可能找出更多嫌疑人，在需要逐一排查的過程中就可能需要進一步對這些人的通訊記錄進行收集與分析。在刑事警察機關的初步調查、海量資料分析與尋找目標的過程中，每每需要法官審查、許可，在澳門司法系統缺乏人力資源的現實情況下，除了加大法官的工作量，也可能不可避免地令法官的敏感度降低，因而有可能達不到有效保護當事人權利的實際效果。這也是為何歐洲人權法院的判決也認同，以法院的認知來說某些操作實際上應該在政府的自由裁量範圍，法官作出的事先司法許可並非必須，法官或獨立機構的事後監察也是一個好的保障<sup>3</sup>。本辦公室完全不反對以法官作出的事先司法許可為查閱通訊紀錄資料的必要條件，但如果社會有共識或有強烈訴求提出有需要採取事先司法許可外的其他方案，本辦公室建議須以明確的條文作出規範，並須確保保存在法官事後監察機制。

---

<sup>3</sup> 歐洲人權法院 2018 年 9 月 13 日判決(Big Brothers Watch and others v. the U. K. )，第 317-318 段。

如果確實有需要採取事先司法許可外的其他方案，本辦公室認為絕不可以過分放寬。目前而言，本辦公室認為只可以考慮兩個方案，並且都需要建立保留機制與監察機制。

甲方案是將部分事先司法許可的權限賦予領導偵查的檢察院司法官。在目前由預審法官命令或許可的操作下，按照現行的法律制度，儘管本辦公室沒有向保安司司長辦公室核實，也能預見具體的操作必然是由領導偵查的檢察院司法官審查刑事警察機關的報告後，向預審法官提出要求，然後才取得司法許可。也就是說，在澳門現行制度下是經過兩個司法官的審查與批准才能取得這個許可（註：澳門現行制度下檢察院檢察官也是司法機構的司法官）。如果涉及特定嫌疑人的通訊截取，因為涉及通訊內容，這個做法完全合理及應該保留。但是，對於僅僅涉及查閱通訊記錄，而不涉及截取通訊內容，這個做法是否造成寶貴的司法官資源的浪費，則需要社會討論與形成共識。因為本質上仍然屬以司法官命令或許可為必要條件，因此本辦公室對此持開放態度，考慮到一次偵查可能涉及一系列的、多次的、漸進式的對不同人士的通訊記錄的查閱與分析，而且考慮到涉及嚴重犯罪時在打擊犯罪甚至是拯救生命方面的利益價值及對效率的要求，故不反對將事先司法許可的權限賦予領導偵查的檢察院司法官。但是，本辦公室認

爲還需要有兩點補充規則。一是需要建立保留機制，這在稍後會詳細討論。二是需要建立監察機制，即檢察官應該保存相關的基本資料，在開始一系列的查閱資料操作後的指定合適時間（即不宜過長或過短）內，參考現有做法向預審法官報告，由預審法官按現有原則再次審視作事後核准。某程度上，預審法官的核准仍然可以看成是司法許可的一種，只是根據效率原則改爲事後介入性質的許可或監察。需要強調的是，無論現行《刑事訴訟法典》中的電話監聽制度還是《法案》提出的通訊截取制度，在實施手續中都有法官事後介入的必然程序，即法官決定將資料附於卷宗或命令銷毀。這些一來，當事人權利仍然獲得足夠保障，而預審法官之相關工作量則能減少一半或以上。

乙方案是在甲方案的基礎上，除了將部分事先司法許可的權限賦予領導偵查的檢察院司法官，也可以在某些情況下（例如：有理由相信某人的生命面對重大及即時威脅時）賦予指定的刑事警察機關的領導（及其代任人）特定的許可權限，然後把賦予領導偵查的檢察院司法官的部分司法許可的權限定爲在刑事警察機關的領導許可開始一系列的查閱資料操作後的指定合適時間（即不宜過長或過短）內的事後核准。以上所述的保留機制與監察機制均須予以保留，而且還要建立機制，要求即使是出現檢察官事後建議不核准而需要銷毀資料，也

必須向預審法官報告並由法官作最終決定。在有足夠的監察機制的情況下把許可權限賦予指定的刑事警察機關的領導，並確保有法官事後介入的必然程序，資料當事人的權利依然可以獲得足夠的保障，而除了減少司法官之工作量，還可以合理提高刑事警察機關之工作效率，有效保護市民的生命財產利益。參考歐盟的經驗，只要依法訂立足夠的監察機制，由指定的刑事警察機關的領導行使這個裁量權不會構成對個人基本權利的侵犯。不過，乙方案是目前本辦公室可以接受的底線，任何再進一步賦予其他指定刑事警察機關領導外的其他人的方案，目前在本辦公室立場而言均超乎適度及不可接受。是否應該放寬到這個程度，則需要社會共識，尤其是刑事警察機關應該解釋在涉及嚴重犯罪時，在打擊犯罪與拯救生命方面的利益價值及對效率的實際工作需求，以便公眾認真考慮和平衡社會得失。

在規範合法的執法手段與正當的個人權利間的平衡上，以上建議方案並非創設新的機制。現行《刑事訴訟法典》中（第 159 條，第 162 條）其實也有類似機制。對於須由新規則規範的這些不涉及通訊內容的通訊記錄資料庫，其查閱及使用規則應可以參考該等規則並通過適當立法來明確建立，而非必然只可以視事先司法許可為惟一選項。

事實上，法國也採用此等規則（參閱法國《刑事訴訟法典》第 77-1-1

條)，且在 2018 年 2 月 8 日的歐洲人權法院判決中該等規則也被確定為能符合對人權保障之要求（Ben Faiza v. France）。本辦公室因此認為，在公開諮詢中討論該等規則之可行性應該被視為合適的選擇。

當然，可能社會上有人認為對於涉及通訊內容的通訊截取，也應該考慮在確保當事人權利之基礎上設立類似機制，而這也是某些國家和地區在通訊截取方面實行的制度。然而，考慮到保安司司長辦公室提出《法案》的方向為必須遵循現行《刑事訴訟法典》中規定之電話監聽制度確立之基本原則，而且社會上似乎也沒有改變相關制度之強烈訴求，本辦公室因此認為，暫時不必也不應考慮修改原有規則，維持事先司法許可為惟一選項即可。

無論是以上哪一個方案，本辦公室均建議需要建立保留機制，即對部分實體、職位與職業保留必須採取由預審法官作出事先司法許可的規定。歐盟相關判決所批評的“無選擇地適用於全部人”的觀點，應該獲得足夠的重視，必須應用一些與澳門特區現行制度相關的客觀標準，對某些通訊記錄的查閱與使用採取更為嚴格的規範。

這主要是有兩個方面的考慮。首先是必須考慮由《憲法》與《基本法》確立的澳門特區的基本制度，考慮一國兩制制度下的中央授權下高度自治、中央與特區關係、國家安全、司法獨立等問題。因此，

如果調查涉及中央駐澳機構，涉及國防與外交，涉及國家安全，針對現任、歷任及候任行政長官及在選舉期間的候選人，針對現任、候任及離職一年以內的主要官員與檢察長，針對現任、候任及離職一年以內的各級法院院長、法官與檢察官，針對現任、候任及離職一年以內的澳區人大代表與政協委員及在選舉期間的候選人，針對現任、候任及離職一年以內的立法會議員及在選舉期間的候選人，本辦公室建議查閱通訊記錄必須獲得預審法官的事先司法許可。而有關一年的離任後緩衝期，則是與《法案》訂定的一年保存期相匹配，並應隨後者改變而相應改變。

其次是必須考慮在澳門現行制度下，特定的職業或職務應因其依法享受的自由、職業保密義務等而得到的特別保護，尤其是涉及司法訴訟的保密、新聞自由及新聞來源的保密、宗教信仰的自由、身心健康資料的保密等的時候。這些受保護的機構與職業應該至少包括屬律師公會成員的律師及其辦公地點、在新聞局依法登記的新聞機構及其記者、宗教機構及人員、在衛生局依法登記的醫生及醫療機構、依法從事輔導服務的社會服務機構等等，以及包括公共部門或公法人中的刑事警察機關、審計署、新聞局、醫療機構、心理諮詢機構等。對於針對這些機構與個人的調查，本辦公室建議查閱通訊記錄必須獲得預

審法官的事先司法許可，並且同樣也應該有一年的身份改變後的緩衝期。

當然，這可能在實務操作上需要由司法機構應相關人士及機構的申請建立一個資料庫，並適當地在不揭露實際使用人具體使用的電訊設備識別資料的情況下通知檢察院與刑事警察機關執行未經法官事先司法許可不得查閱的規定，並制定各項細緻補充規則或指引，須付出一定的行政成本。本辦公室認為，如果社會共識是有限度放寬法官事先司法許可的要求並採用本辦公室可以接受的兩個方案之一，則必須建立適當的保留機制，任何實務操作上的成本與困難都不能成為減損上述個人與機構應獲得的合法保障的理由。

本辦公室理解，通訊記錄資料的保存是較新的規則，《法案》中對資料使用的程序與規則規範不明確可能是因為還沒有進行公開諮詢，沒有獲得足夠的社會共識，僅能提出初步的意向，所以《法案》文本缺乏明確的使用程序與規則規範。然而，本辦公室建議還是需要在公開諮詢中以透明方式向公眾解釋，通訊記錄資料不包括通訊內容，與通訊內容既有聯繫又有重大區別，而且更多的是用於初步的、目標可能還不明確的、信息量與範圍均較大的分析與調查，以及可能涉及複雜的分析工作，法官事先司法許可程序與偵查效率之間有時候可能存

在一定的衝突，從而讓公眾考慮及討論是否可以參考現行《刑事訴訟法典》第 159 條與第 162 條的機制採用其他方案。

不同的權利間應該有一個社會共識可以接受的合理平衡。本辦公室是個人資料保護方面的公共當局，依法監察對《個人資料保護法》的遵守，以專業及負責的態度審視每一事件，無論在過去、現在、將來都不會簡單地強調個人資料的權利是絕對的權利，反而會堅持依法評估適度原則等是否獲得遵守，依法保障個人資料的權利。過於簡單地以為本辦公室甚至公眾必然無法理解調查、打擊與預防犯罪的實際需要，以為參考通訊截取的事先司法許可來實施對通訊記錄資料的使用是惟一方案，並非值得本辦公室支持的做法，也可能導致公眾對《個人資料保護法》產生誤解，不利於公眾支持公私營機構依法保障個人資料權利的工作。本辦公室不可能在沒有社會共識的情況下就貿然代替社會選擇一個可行方案作惟一方案。因此，本辦公室建議在公開諮詢中向公眾解釋現有選項及本辦公室可以接受的選項，讓公眾自由討論及發表意見，尋求社會共識。在取得社會共識後，無論採取哪一方方案，本辦公室均要求在《法案》中明確規範使用的目的與規則，減少法律不確定性，更好地保護個人的合法權利。

### (3) 對營運商處理資料庫的監管規範不足

第三，是對營運者處理資料庫的監管規範不足。反觀葡萄牙第 32/2008 號法律，則在這方面制定了很多規則，甚至要求營運者制定一份可接觸資料庫的有權限人士的名單並交個人資料保護當局審查備案。

本辦公室理解，這與澳門的立法習慣有一定關係，不制定詳細規則不一定意味著缺乏規管。考慮到本辦公室對相關電訊業務的熟悉程度有限，暫時未能提出很確切的操作性意見。但是，鑒於通訊記錄的敏感性，除了已有的要求在澳門內儲存的規定外，本辦公室認為至少還應該強調一些其他原則，尤其是不可將資料庫與其他目的的資料庫混合的規則。否則，個人的合法權利會處於較大的風險當中。

按照本辦公室理解，即使《法案》不制定詳細規則，營運者處理資料庫時也必須遵守《個人資料保護法》，尤其是需要根據該法律第 16 條的規定注意資料的安全與保密。因此，如果最終決定不在《法案》內制定詳細規則，本辦公室也可以接受，但會迅速聯同相關監管機構制定詳細的指引，要求營運者在處理資料庫時必須跟從，從而有效地保護相關的資料。然而，從保護力度更強、原則更明確的角度出發，本辦公室依然建議在《法案》中制定一些基本原則，尤其是要求

營運者制定一份可接觸資料庫的有權限人士的名單並交個人資料保護當局審查備案，以便一旦發生不法查閱等資料保安事故的時候可以迅速、依法追究相關的機構與個人的法律責任。

在此基礎上，基於營運者處理資料庫時也必須遵守《個人資料保護法》，其資料處理必然須受本辦公室監管，參考葡萄牙第 32/2008 號法律，考慮到澳門的立法習慣，還考慮到司法警察局本身是涉及到查閱通訊記錄操作的刑事警察機關，不宜同時負責監管營運者的資料保存義務，以及營運者須就同一個資料處理與保存的事項同時面對數個有權限監管部門時產生的不便與高昂成本，甚至不同的有權限監管部門可能提出不同甚或相衝突的意見，本辦公室建議，將《法案》規定的有關監管營運者的履行資料保存義務的各項相關職權（包括處罰職權）改為賦予本辦公室。

### 三、 總結

通過以上分析論述，儘管沒有以正式法律意見書的形式向保安司司長辦公室提出法律意見，本辦公室在同意有關立法大方向的基礎上，就某些具體事宜闡明了一些主要立場性意見並提出具體建議，尤其包括：

1. 新的法律規則基本能遵從原有的基本保障，其立法方向值得支持。
2. 新的法律不涉及大規模的、目標不特定的通訊監視與截取，目前也沒有必要在《法案》中做出任何規定以便執法機構可以採用這種方式進行通訊截取，其在這方面的立法取向值得支持。
3. 相關截取的合法性、適度性與程序的規範已經足夠。
4. 通訊記錄資料保存規則屬新的規則，也不涉及保存通訊內容，基本上合理並能遵從原有的基本保障，其立法取向值得支持，但宜進一步制定明確的使用規則。
5. 對目前《法案》制定的通訊記錄資料一年保存期沒有反對意見。
6. 支持《法案》要求營運者將通訊記錄資料保存於澳門。
7. 建議以明確的條文對通訊記錄資料的使用目的作出規範。
8. 建議以明確的條文對通訊記錄資料的使用規則作出規範，並建議參考現行《刑事訴訟法典》第 159 條與第 162 條的機制，提供不同許可方案予公眾討論。
9. 建議以明確的條文對營運商處理資料庫作出一些原則規範。
10. 建議將《法案》規定的監管營運者履行資料保存義務的各項相關職權改為賦予本辦公室。

祈有關意見及建議能對進一步開展立法工作有所裨益。同時，本辦公室也會在諮詢期公開本意見之全文或摘要，以便公眾開展更好的討論及積極發表意見，共同推動相關之立法工作。

個人資料保護辦公室

2018年9月26日