

010101011001 101011010
10001101
0010101
01010101

信息自由

与信息安全

XINXIZIYOU&XINXIANQUAN

陈欣新 著

信息自由与信息安全

陈欣新 著

九州出版社

· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

信息自由与信息安全/陈欣新著. —北京:九州出版社, 2009. 11

ISBN 978 - 7 - 5108 - 0227 - 0

I. ①信… II. ①陈… III. ①信息学②信息系统—安全技术
IV. ①G201②TP309

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 205924 号

信息自由与信息安全

作 者 陈欣新 著
出版发行 九州出版社
出 版 人 徐尚定
地 址 北京市西城区阜外大街甲 35 号(100037)
发行电话 (010)68992190/2/3/5/6
网 址 www.jiuzhoupress.com
电子信箱 jiuzhou@jiuzhoupress.com
印 刷 北京佳明伟业印务有限公司
开 本 720 × 1020 毫米 16 开
印 张 15.5
字 数 230 千字
版 次 2009 年 11 月第 1 版
印 次 2009 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5108 - 0227 - 0
定 价 29.80 元

★ 版权所有 侵权必究 ★

目 录

第一章 信息自由	(1)
第一节 信息自由的功效	(1)
第二节 信息自由与“价值协调”	(5)
一、信息自由与保密责任	(5)
二、信息自由与隐私权	(15)
三、信息自由与人格尊严	(17)
四、信息自由与司法	(29)
五、信息自由与国家安全	(33)
第三节 信息自由的法律限制	(35)
一、自由裁量的尺度	(36)
二、限制的必要性	(37)
三、信息自由中的“义务与职责”	(40)
四、限制的理由	(42)
五、新闻特权	(49)
六、对特别主体的限制	(50)
七、对政治表达的限制	(53)
八、对批评司法的限制	(57)
九、对商业性表达的限制	(59)

信息自由与信息安全

十、特许与限制	(62)
第二章 信息自由保障范例	(64)
第一节 英国的信息自由保障	(64)
一、英国信息自由保障制度的演变	(64)
二、政党政治制度对信息自由的保护	(67)
第二节 瑞典的信息自由保障	(72)
一、公开原则的形成	(72)
二、出版自由法的演变	(75)
第三节 香港法律的信息自由保障	(78)
一、接受与传播信息的自由	(79)
二、表达自由的范围	(80)
三、新闻自由	(82)
四、对表达自由的限制	(84)
五、香港人权法案的影响	(88)
第四节 美国法律的信息自由保障	(90)
一、联邦宪法第一修正案	(90)
二、信息自由的保障规则	(91)
三、对表达的事前审查与事后处罚的二元论 (The dichotomy between prior restraint and subsequent punishment of expression)	(96)
四、联邦最高法院的方向	(98)
第三章 信息安全的法律规制	(101)
第一节 网络环境下的信息内容安全监管体系	(101)
一、设计信息内容安全监管体系的基本思路	(101)
二、部分西方国家信息内容安全监管模式	(111)
三、东欧国家的媒体规制	(120)

四、部分亚洲国家的媒体规制	(125)
第二节 信息产业及市场监管法律体系	(134)
一、信息产业及市场监管的正当性	(135)
二、信息产业及市场监管体制的现状与问题	(136)
三、完善、健全信息产业及市场监管体制的基本思路	(138)
四、信息产业及市场监管体制改革的具体措施	(141)
第三节 信息安全的核心——密码的法律规制	(144)
一、现行商用密码法律监管存在的主要问题	(144)
二、其他国家或地区商用密码法律监管制度	(145)
三、完善商用密码监管机制需要考虑的问题	(168)
四、如何完善商用密码法律监管机制	(177)
第四章 政务信息安全的关键	
——电子签名和数据电文的法律规制	(180)
第一节 美国政府电子签名制度概况	(181)
一、机构组织体系	(181)
二、法律和政策框架	(186)
三、美国联邦政府 PKI 系统的运作	(201)
四、电子验证政策及其应用情况	(204)
第二节 电子签名在欧洲电子政务中的应用	(207)
一、欧盟总体	(207)
二、英国	(209)
三、法国	(210)
四、意大利	(210)
五、奥地利	(211)
六、德国	(212)

信息自由与信息安全

七、芬兰	(214)
八、丹麦	(216)
第三节 亚洲及大洋洲部分国家和地区政府电子认证应用	(216)
一、日本	(216)
二、韩国	(224)
三、新加坡	(225)
四、马来西亚	(227)
五、印度	(227)
六、泰国	(231)
七、澳大利亚	(232)
八、中国台湾地区	(235)
九、中国香港地区	(238)
十、中国澳门地区	(239)

第一章 信息自由

第一节 信息自由的功效

信息自由法最早是欧洲大陆和美国法治条件下的产物。美国在 1966 年制订信息自由法,法国、德国、西班牙、英国等国家都有不同形式的、保障国民获取政府信息的法例,瑞典更早于 1766 年便已订立了信息自由法,这些不同国家的法律都有一个共通的精神,即赋予公众索取政府信息的法定权利。政府若不愿公开信息,必须依据法律所确定的准则提出证据,明确显示公开信息不合乎公众利益^①。奉行英式法制的英联邦国家中,加拿大、澳大利亚和新西兰都在 1982 年分别制订了信息自由法。一些加拿大和澳大利亚的不同省(州),例如,加拿大的安大略省、澳大利亚的昆士兰州、新南威尔士州等,也先后制订了信息自由法。英国的工党政府在 1979 年亦曾试图订立类似法律,但该年大选后保守党上台执政,否决了信息自由法建议,直到工党于 1997 年再次上台后,才又开始重新制定信息自由法。进入 20 世纪 90 年代以后,一些发展中国家或地区也先后开启了保障信息自由的法治进程。

事实上,促进信息自由有多方面的目标,首先,政府在信息分类(classification)方面,应合理地确定需要保护的信息范围,避免把一般文件不必要地归类为机密文件,尽量增加信息流通的自由度,使社会更趋开放。其次,关于保障官方机密资料的法律法规,应限于合理而必要的范围,而且政府内部纪律处分制度亦应与之配合,否则公务员或其他知情者就会因为害怕受检控或处分而不敢将符合公众利益的信息公开,社会整体的利益将因之受损。再次,任何人应有权获知存在政府档案中的、有关他们私人的资料,若发现资料有错误时,应有权利作出更正,这是有关信息自由权利中一项基本的、属于个人的权利,与保障隐私权如出一辙。第四,任何人应有权获知政府如何运作、如何行使权力、如何使用纳税人的金钱,特别是当政府的政策或决定影响到某些人的切身利益时,他们更应有权获悉政府决策的理由和考虑因素。若能透过立法或其他方式确保政府尊重这些权利,将可促使政府的运作更理性、更具透明度和更负责任,加强公众对政府决策的认识、辩论和参与,以及减低政府官员贪污和滥用权力的可能性。

^① 有关美、加、澳、新等国实施信息自由法之情况概要,可参考 Norman Marsh, *Public Access To Government - Held Information*, [London Stevens & Son Ltd, 1987],同时参考 Patrick Birkinshaw, *Freedom of Information*, [Weidenfeld, 1988]。

第一章 信息自由

第五,在确认国民知情权的同时,对于为了维持有效的国防和治安措施、司法审讯公正、维护外交关系、保护商业秘密、鼓励政府官员在政策酝酿过程中坦率交换意见等等的需要,而作出限制信息发布的规范,应有明确、同一和公平合理的准则,以免不同的部门或不同的官员根据个人的喜好,酌情决定信息的发布,妨碍信息自由。第六,当公众与政府就信息自由问题出现冲突时,应有一个客观独立的仲裁、调处渠道,审查政府的决定及索取信息者的理由和依据,此项程序的保障对于建立一个公平且令人信服的信息自由制度至为重要。当然,除了上述六个要素外,信息自由还牵涉其他多方面的因素,例如,在科技发展日新月异的年代,如何处理以各种新形式出现的信息,保障电脑数据安全、维护知识产权等;如何制订详尽的个人信息保护法,以免信息自由被滥用,侵犯他人私生活或私营机构的日常运作;如何在各级议会、各官方或半官方机构实施会议开放制度,使这些与公众利益有关的讨论更公开等。

多数国家实施信息自由法的结果证明,它的确为个人、政府部门和社会整体都带来了好处,这些好处虽然不能精确衡量,但其产生的明显效能却是十分肯定的。加拿大的信息自由专员 John Grace 于 1992 年 2 月底在香港参加香港记者协会举办的信息自由研讨会时,也明确地反驳了当时的港英政府布政司有关信息自由妨碍公务员诚信的论点。他指出加拿大的经验显示,信息自由不但不会使公务员的坦诚程度降低,反而有助公务员在决策过程中提供更全面周详的见解。美国重视信息自由的程度及开放政府的观念,较加拿大和澳大利亚更强,实行信息自由法的时间也更长,虽然里根总统在任期间曾收紧了信息自由法的尺度^①,但美国的信息自由法仍然较加拿大和澳大利亚的法律开放,每年的使用人次达数十万,信息自由法已成为行政部门工作文化中不可少的一部分^②,并且为政府的高效运转创造了条件。例如,在 1981 至 1983 年间,信息自由法每年所引发的行政支出约为五千万美元,与美国同期花在公开工作上的十亿美元相比,实在是九牛一毛。

信息自由法的核心是索取政府信息的权利(right of access to government-held information),这项索取权是整个信息自由制度的基础和出发点,如果政府要阻止市民行使法律所赋予的信息索取权,便必须按照法律所规定的严格准则和程序,提出证据证明不宜公开该项信息。什么人才享有信息索取权呢?美国、澳大利亚和新西兰的信息自由法均把这项权利延伸至任何人皆可享有,即使只是过境的外国旅客,也可以申请。加拿大则把索取权限于公民及永久居民才能行使,但个别的省份如安大略省、魁北克省都把权利扩至任何人皆可享有。关于信息索取权适用的范围,因国而异。在新西

① 里根政府在 1986 年修订了信息自由法中关于刑事调查资料豁免公布的部分,令执法部门享有较大的豁免权。

② H. Relyea "A Comparative Review of the Access to Information Act (Canada) and the U. S. FOIA" [1986, unpublished paper]; Freedom of Information.

兰,所有中央政府部门、公共机构、地区政府、教育局、大学及学校、医院、卫生组织等,一概受信息自由法管辖。加拿大和澳大利亚的联邦信息自由法只适用于联邦政府的部门,澳大利亚政府的情报部门和若干从事商业活动的公共机构也享有豁免权。美国的联邦信息自由法则适用于一切联邦政府的建制(establishment)组成部分,包括所有的管理委员会和政府控制的公司、机构,中央情报局(CIA)也在管辖范围之内,但国会、法院和总统的私人随从不包括在内。信息索取权适用于怎样的信息和文件呢?几乎所有实施信息自由法的国家都把信息的定义规定得较宽,包括一切档案、文件、地图、图片、电影胶片、录音带、录像带和电脑记录等,太过陈旧、难于翻查或整理的信息则可获得豁免。在澳大利亚,信息索取权只能追溯至1977年,此前的便不一定能得到。有哪些信息可以获得豁免(exemptions)继续保密呢?豁免条款是信息自由法中相当重要的部分,因为所有国家都意识到有些类别的政府信息不宜公布,否则国家和社会的利益将会受损,这些类别主要包括国家安全和防务、国际关系、刑事调查和检控、内阁会议讨论、公务员内部工作文件、对经济有重大影响的信息、商业上须保密的信息、牵涉个人隐私的信息等等。简单而言,美国的豁免条款最少,只有九个类别,加拿大的最多,而且没有包括当公众利益凌驾保密利益时必须予以公布的规定,澳大利亚和新西兰的法例介于两者之间。这些豁免条款一般都要求政府证明被索取的文件属于可豁免类别,并且规定,如果泄露,将会造成损害,才能获得豁免。为了保证索取信息权的有效性,法律必须同时提供一套监察和上诉的渠道,当政府决定引用豁免条款时,申诉人可以循法定渠道质疑政府的决定。一般而言,复核的渠道有三条,包括交由法院作内庭聆讯及司法审查,交由一个“督察专员”(ombudsman)式的法定专员公署做行政复议,以及交由一专门法院(specialist tribunal)作较简洁的复核。大多数国家都有两重上诉制度,例如加拿大便设有信息专员公署和联邦法院司法审查,澳大利亚则采用部门内部行政复议和司法审查双重保险制度,申诉人如在法院上胜诉,诉讼费由政府支付。上述国家的经验显示,由一个专门的独立仲裁处或专员公署来复核行政部门的决定,较之司法诉讼快捷省时,而且费用较便宜。

在实际应用方面,索阅要求最多的信息类别是有关个人的信息,由当事人索阅,或在索阅后要求更改不正确的部分,这类申请占了加拿大和澳大利亚有关信息自由法申请索阅信息个案的八成至九成。最常见的例子是现役或退伍军人向国防部索阅个人档案,除此之外,警方的刑事记录和入境、就业部门的记录也经常被索阅,社会福利部门和税务部门的档案也经常被光顾。这类的申请统称为隐私申请(private requests)。

在非隐私资料的申请方面,值得注意的是,来自媒介或新闻工作者的申请一般并不多,大概只占10%至20%,反而是来自工商界和专业团体、压力团体等的申请占更大比重。很明显,来自工商界的申请并非为了满足个人好奇心,或对政府施政进行监督,而是基于商业利益,例如通过搜集资料对税务局的评税准则提出质疑,或在投标落

败后找寻落选原因。表面看来,这并不合乎设立信息自由法的原意,但如果深入思考,认识到工商界如能透过信息自由对政府的商业决定发挥较大的监督作用,确保政府以公平原则行事,受惠的就不仅是个别的商业机构,而是整个社会,因为一个被视为公平的制度有助于吸引投资者。例如,香港在兴建新机场的初期,便已传出多起港英政府偏袒英资集团的新闻,而在大型投标合约中落败的公司根本无法知道政府选择的准则和理由,香港学者在总结教训时指出,香港没有信息自由法是造成这一局面的重要原因,而信息自由法的制定也将有助于改善内地的法治环境,促进依法行政。当然,假如工商界的参与发展至美国那样的水平,即有大批专门申请政府信息,再转销给商界,并从中图利的信息经济公司,透过信息自由法谋取商业利润,可能就要及时研究加以疏导,例如,向商业用户收取合理的手续费,或限制申诉人可获取的文件页数,以免若干政府部门不胜重负^①。另一方面,如果政府在处理工商界的申请时,把其他商业机构的资料披露,也会造成不公平的后果。如何界定哪些信息属于需要保护的商业机密,那些是属于需要保护的个人隐私,是相当重要的问题。在这方面,美、加两国的法院对此有丰富的判例,可供参考^②。举例来说,加拿大联邦法院在1989年曾就一宗牌照申请者身份应否披露的案件作出判决。该案是由加拿大的信息专员代表信息索取者与政府的海洋及渔业部长进行诉讼,要求披露一批向政府申请及取得猎杀海狗牌照的人员名单。法院拒绝了信息专员的要求,其理由是信息自由法虽明确规定政府酌情发出有经济价值的牌照或许可证,由于其内容及受益者的名字不属个人信息,可予以公开,但捕杀海狗的牌照,与私人飞机执照、露营许可证等类似,不一定附有经济利益,因而属于个人信息,受到法例的保护不能公开^③。

在政治影响方面,信息自由法的确曾经为政府高官们带来麻烦。一位澳大利亚旅游部长处理若干政府合约的订立审批时,掺入太多个人影响,又对国会有所隐瞒,旅游部内有人把有关文件外泄,新闻界再循信息自由法所设立的渠道申请公开,结果导致该部长辞职。在加拿大,马尔罗尼政府的一名环境部长被发现滥用公职,到巴黎消遣5天,只为出席一个长达1小时的会议,结果以辞职了事。总理马尔罗尼本人也因为信息自由法而让人获悉其海外公务旅行花费庞大,使其名誉受损。上述两个案例中不值得同情的受害者的下场,也反映了信息自由法具有积极功能,使政府官员和政客受到更大的监督,有利于反腐倡廉。

① US Dept. of Justice, FOIA Update, Vol. VII, No 4, 1986 and vol. VIII, No 1, 1987.

② Lyette Doré, Overview of the Access to Information Act and the Privacy Act, (unpublished paper) Canada Packers v Canada (Minister of Agriculture), [1988] 1 FC 483; Maislin Industries Ltd. V. Minister of Industry), Trade and Regional Economic Development, [1984] 1 FC 939; National Parks and Conservation Authority v Morton, 498 FR (2d) 765.

③ Information Commissioner v. Minister of Fisheries and Oceans, [1989] 1 FC 66.

第二节 信息自由与“价值协调”

一、信息自由与保密责任

在传统的普通法里,并没有保障隐私权的一般原则,所以一个人不能以保障个人隐私为理由,阻止别人披露他的资料。法律也不将资料信息视为一种财产,因此资料的所有人并不享有该资料的绝对权利。保密责任是可以合同订定的,以限制缔约的双方或其中一方对所得资料的运用。例如在雇佣合同中,很多情况下都可以找到此类的条款。但是,在没有订立合同的情况下,也可以产生保密的责任。其实,在普通法系的法律中,保密的责任是源于“衡平法”里的“真诚”的责任^①。这种责任的意思是,既得人之信任,便不应负人所托。所以任何人在获得机密资料后,没有资料所有人的同意,不得擅自使用或公开。因而,也可以说是把道德上的责任转化为法律上的一种情况。而在普通法国家和地区,保密的责任都没有成文法则的规定,所有的原则都只能在判例中寻找^②。但经过 150 年的发展^③,保密责任的法律规则已颇具规模。在大陆法系国家和地区,保密责任则必须从作为公法的保密法或作为私法的合同法的成文规则中间接推导出来。因为保密的责任不是建立在隐私权、财产权或合同的权利之上,所以一个获得资料的人,并非在所有情况下对任何资料都有保密的责任。但既然已经成为法律上的责任,就不能单用空泛的道义标准去判决,而必须有清楚的法律规范来决定一个人在什么情况下,才需要担负保密的责任。根据英国案例 *Coco v. A. N. Clark (Eng) Ltd* 的判决,要证明一个人有保密责任,必须要确立以下三个因素:1. 相关资料必须具有机密的性质;2. 相关资料必须是在具有保密义务的情况下获得的;3. 获得资料的人在未取得资料所有权人同意或授权的情况下,擅自使用或公开该资料^④。

(一) 秘密的性质

从法律角度分析,机密的本质含义包括:第一,思考的产物。在上述 *Coco v. Clark* 一案中,法庭认为经过人脑思考产生出来的结果便可以有秘密的性质,也可以称之为

① 见 Lord Denning 在 *Fraser v Evans* [1969] 1 All ER 8 一案中的判词。

② 英国的法律改革委员会曾经建议把保密责任写成法例,但他们的建议确没有被采纳,见 Law Reform Commission Report No 110 [Cmd 8388, 1981 年]。

③ 最初确立现代保密责任法律的案例是 *Prince Albert v Strange* [1849] 1 Mac & G 25 及 *Morison v Moat* [1851] 9 Hare 241。

④ [1969] RPC 41。

有“原创性”(originality)。“原创性”的意思不是指有关资料是新发明或新发现,并且在此之前从未有人知道,而是指该资料来自原所有人并且不是人所共知的。所以,就算一份资料的某个组成部分是普遍的知识,只要经过重新整理或编排,也可以成为具有秘密性质的资料^①。例如,一份用作资料搜集的问卷,其中问题的内容和相关的调查一样,但只要问题的编排及表达方式与别的问卷不同,则整份问卷仍然可以是具有秘密性质的资料^②。第二,并非“公众知识”。既然从公众范围取得的资料经思考处理后便可以成为机密,那么,反过来说,属于公众或普遍为人所知的知识便不能算具有机密的本质。比如说,夫妻间亲密的关系及谈话是属于他们二人的机密资料,其中一方可以阻止另一方向传播媒体泄露^③。但如果夫妻二人皆曾向外透露其婚姻的秘密,则其私人关系便变成公开的资料,正如一个人如果自己向报界谈论过其第一段婚姻后,便不能阻止其前夫或前妻发表关于第三者怎样介入他们婚姻的文章^④。

对于本来是机密但后来已经公开的资料,新闻媒体却必须小心处理。因为如果公开该资料的人,是新闻媒体本身的话,有关人士可能仍然要承担法律责任^⑤。虽然提出这个论点的案例,在 *Attorney General v. Guardian Newspapers Ltd (NO. 2)* (“Spycatcher” case) 一案中受到英国上议院的批评,但仍不排除公开该资料的新闻媒体承担法律责任的可能性^⑥。在“Spycatcher case”一案中,英国政府试图阻止一个前英国特务 Peter Wright 出版他的回忆录,并阻止报纸连载该书。除了在英国本土外,英国政府还在香港^⑦、澳大利亚和新西兰提出诉讼。最后,在 *Attorney General v Guardian Newspapers Ltd (No. 2)* 的判决中,上议院认为,该书已在美国出版并作世界性发行,所以其内容已是公开的资料,不应再被禁止^⑧。

虽然已公开的资料不具有机密的本质,但在一个备受非议的英国案例中,法庭却判决获得资料的人仍有保密的责任。*Schering Chemicals v Falkman* 一案,与一种在 60 年代用来检验女性是否怀孕的药物有关。后来,因为怀疑该药物可能导致婴儿发育不正常,便在 70 年代停用并从市场上收回。原告是该药的制造商,为了减低事件带来的负面宣传效果,便聘用一家公司来教导其行政人员如何在电视访问中解释原告的立场。原告与该公司之间的合同明确规定,后者必须对原告所提供的资料保密。被告人

① *Saltman Engineering v Campbell Engineering* [1948] 65 RPC 203.

② *Interfirm Comparison v Law Society of New South Wales* [1977] RPC 137.

③ *Argyll v Argyll* [1967] Ch 302.

④ *Lennon v News Group* [1978] FSR 573.

⑤ *Speed Seal v. Paddington* [1986] 1 All ER 91.

⑥ [1988] 3 All ER 545.

⑦ *AG for UK v South China Morning Post Ltd* [1988] 1 HKLR 143.

⑧ 该案最后被起诉到欧洲人权法院, *Sunday Times v United Kingdom*, Judgment of 26 Nov 1991, Series A, No. 217; [1991] 14 EHRR 229.

是该公司所聘用的教师之一,他同时也是电视制作人。在参与该课程之后,被告人认为可以制作一套有关该药的纪录片,于是便与一家电视台合作。虽然原告知道被告人正在制作该记录片,但一直没有表示同意。被告人于是只使用了可以公开找到的资料,如报纸的报导,而没有使用原告在课程中所提供的机密资料。但是,法庭认为被告既然受聘参与该课程,便无形中接受了保密的责任,所以就算被告用的只是公开的资料,他仍然违反了保密责任^①。从 Schering Chemical 一案的案情看,该案有违公开资料不具有机密本质的原则,所以只能当作是一个独特的例外情况处理。虽然原告和被告人之间并没有直接的合同关系,但被告人受聘于该公司时,充分知道后者与原告间的合同的保密条款,所以也可以视为被告人已经默认接受了那些保密条款的限制。因此, Schering Chemical 一案应该只适用于有合同或相关的特别关系的情况,而不能作一般原则论。新闻媒体也应该明白,接受任何由特别关系带来的信息,可能会对使用有关资料的自由带来限制。

(二) 机密资料的范围

1. 私人信息

普通法里并没有保障隐私权的原则,在没有法律规定的条件下,尊重隐私权便是媒体的专业守则(职业道德)。但是,在保障私人机密资料的范畴内,保密责任也在一定程度上保障了隐私权。如上文所述,夫妻间亲密的关系及谈话,或两人消闲所作的艺术品^②,都在保障之列。法庭利用保密责任来保障隐私权的一个明显的例子,就是香港的 Li Yau - wai, Eric v. Genesis Films Ltd 一案^③。法庭认为,虽然一个人不能阻止别人在公众地方对其拍照,但如果为了特别目的而对别人拍照,便可能产生保密责任。在本案中,原告人容许被告为其拍照是为了试镜的目的,所以被告便有保密的责任,无权在未征得原告人同意的情况下把照片公开,以致原告人的自尊受损。

除了保密责任外,英国的一个案例又为保护隐私权找到了另外一个法律诉因。在 Kaye v Robertson 一案中,在没有隐私权的保障下,原告人只有用法律上的其他诉因去阻止被告刊登该文章及照片,而且其中包括诽谤及恶意的捏造。在诽谤的法律下,只有肯定有关文章确是诽谤无疑,法庭才可以颁布禁制令,所以法院不是基于诽谤发出禁制令,而是判决可基于恶意捏造的侵权行为发出禁制令。因为,被告明知原告人当时精神不佳,不可能同意接受访问及拍照,所以文章所述关于“独家采访”的事实,必定是虚假的。而且,被告知道其他报纸必定肯付高价购买原告人的故事,于是被告也

^① [1981] 2 All ER 321.

^② Prince Albert v Strange [1849] 1 Mac & G 25 (该案案情涉及维多利亚女皇及皇夫阿尔伯特王子,在闲暇时创作了蚀刻作品,而这些蚀刻作品的印本由不正当的途径落在被告人手上,法庭判决王子有权阻止被告用这些印本进行展览或宣传)。

^③ [1987] HKLR 711.

清楚自己的行为可能导致原告人蒙受金钱上的损失。因此,恶意捏造的侵权行为便成立,而原告人也可据此获得禁制令。

从上述两个案例可见,只有在能证实存在其他诉因的情况下,如保密责任、诽谤、恶意的捏造等,隐私权才能受到保障。但这样的做法,不只是对隐私权的保障不够全面,而且也会迫使其他诉因的范围无边际地扩大。事实上,在 *Kaye v Robertson* 一案中,法庭也形容案中事件为需要立法保障隐私权的最佳例证,并希望立法机关能考虑通过立法解决法律缺陷问题^①。

2. 商业秘密

保密责任中的一个主要保障项目,就是商业秘密,其目的是要防止任何人通过取得竞争对手的机密资料,实施不正当竞争的措施。商业秘密所包括的范围也很广泛,例如产品的设计或制造方法^②,商业上的联系、顾客名单、进价及售价^③等等。这些商业秘密通常都受到严密的保障,不轻易外泄。所以从案例中可以见到,通常获得资料的人,都是和资料原所有人有某些商业上的关系,而诉讼往往就是发生在商业上的关系结束之后。其中商业关系包括商谈合作制造产品而后来合作不成功^④,或是雇员在离职后仍然使用雇主的资料^⑤,或是专业人士在提供专业意见时所获得的资料^⑥。这种机密资料通常较少牵涉新闻媒体的报道。

3. 政治性资料

政治性的资料显然包括了政府机密资料,如政府的机密报告书^⑦。但政府资料和私人资料应受到不同的对待,因为在一个自由社会中,政府不应通过声称其资料是机密而阻止公众提出相关意见与批评^⑧。所以,政府必须证明有关资料因公众利益而应保守机密,才可能获得保密责任的保障^⑨。例如,为了保证内阁阁员能自由地提出自己的意见,内阁讨论应该保密而不被公开,但如果有关的讨论已是 10 年前的事情,保

① 《人权法案》第 14 条虽然规定了对隐私权的保障,但《人权法案》却没有对隐私权的范围作出界定。

② *Coco v Clark* [1969] RPC 41, *Saltman Engineering v Campbell Engineering* [1948] 65 RPC 203, *Speed Seal v Paddington* [1986] 1 All ER 545, *Seager v Copydex (No. 1)* [1967] 2 All ER 415, 和香港案例: *Sona Industries Ltd v Tong Pakki*, HC No 4322 of 1979.

③ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler* [1986] 3 WLR 288, *GSL Engineering Ltd v Yau Hon - yin, Sammon* [1991] 1 HKLR 199.

④ 如 *Coco v. Clark*, *Saltman v. Campbell* 等案件。

⑤ 如 *Speed Seal v Paddington*, *GSL Engineering Ltd. V. Yau Hon - yin* 等案件。

⑥ 如 *Jademan (Holding) Ltd. V. Francis, Leung Pak - to* [1989] 2 HKLR 151 一案,被告是原告的财团顾问,由于原告没有证据证明被告误用任何机密资料而未能得到法庭的支持。

⑦ *Fraser v Evans* [1969] 1 All ER 8.

⑧ *Common wealth of Austrilia v. Fairfax* [1980] 32 ALR 485.

⑨ *Attorney General v Guardian Newspapers (No 2)* [1988] 3 All ER 545. 当然, *Official Secrets Act* 也保护政府机密。

密理由便不够充分。国家安全可以是保障政府机密的理由之一,这也是英国政府在“Spycatcher”一案中所持的理由。但在 *The Observer and The Guardian v United Kingdom* 一案中,欧洲人权法院认为该书在美国出版后,书的内容已丧失其机密的本质,所以政府对其采取的禁止发行与出版的措施并不符合“为民主社会所必需”的限制条件。但是,英国政府声称为了国家安全理由,该书仍应受禁止,目的是保存该特务组织的名誉,维持其他人对该特务组织的信任,及防止其他人也写同样性质的回忆录。欧洲人权法院认为这些目的并不足以支持禁制令的继续存在,相反的,因为该禁制令限制了报纸讨论已公开资料的自由,所以该书出版后的禁制令违反了《欧洲人权公约》第 10 条的规定^①。

除了政府的资料,公共机构的文件也可在保障范围之内。在 *In the matter of an Application by John Leroy Mitchell*^② 一案中,香港中文大学的一个委员会,向校长提交了一份报告书,批评校内的课程设置不能使学生做好参加政府公务员考试的充分准备。该份报告书的封面以至每一页,都有“机密”的字样。John Mitchell 是当时香港中文大学新闻与传播学系的系主任,而另外两名申诉人都是该系的讲师。新闻系的同学取得上述报告书,并于该系系报撰文报导报告书的资料。该文在刊登后,引起香港中文大学高层的不满,于是通过了对新闻系老师的谴责决议。后来,该决议在报纸上得到广泛报导。于是申诉人便向法庭要求司法审查,要求判令香港中文大学推翻该决议。判词的主要内容是应否推翻该决议,而法院拒绝司法审查的一个重要原因便是该文章明显地违反了保密的责任。可惜,法庭并没有讨论该报告书的内容是否属于机密资料,该报告书能否因广泛传阅而变成公开资料等问题。

4. 创意或构思的保密

上述各种资料,都限于实在的消息或资料,但在两个与电视制作有关的案例中,法庭判决一个已公开的创意,也可以是保密资料的保障对象。第一个是澳大利亚的 *Talbot v General TV* 案件。原告是一名电视制作人,他构思了一套电视片集的创意,就是访问一些白手起家的富豪及他们致富的秘诀,并鼓励观众效仿他们通过努力使自己也成为富翁。原告向被告电视台提交了制作该电视片集的建议,但一直没有下文。过了不久,被告却自己制作了一套同样主题的时事电视片集。法庭判决被告应该赔偿原告的损失,因为他的创意已发展成熟到足够可以拍一部电视片集的程度,而且其主题也和一般的访问节目不同,所以是机密的资料^③。两年后的英国案例 *Fraser v Thames Television* 的结果与 *Talbot* 一案具有异曲同工之妙。在 *Fraser* 一案中,原告是由 3 个女

① *Case of Sunday Times v United Kingdom*, Judgement of 26 Nov 1991, Series A, No. 217; [1991] 14 EHRR 229.

② [1976] HKLR 1005.

③ [1981] RPC 1.

演员组成乐队和她们的经纪人。他们4人向被告电视台提议,拍一套有关女子乐队的电视片集,而故事内容及人物就是由该3名女演员的真实经验改编的。被告同意,如果开拍该电视片集,必定邀请该3位女演员演出。但后来,被告因为担心拍摄档期冲突,便聘用了其他女演员来演该电视片集。与 Talbot 案一样,法庭判决认为原告的创意已发展到足够落实为电视片集的程度,而且其内容有“创造性”及商业价值,并不是公众知识,所以属于机密的资料,被告不得擅自使用^①。

5、机密资料的例外 - “公共利益”(public interest)

如果存在公共利益迫使一项机密资料必须予以公开,则该项机密资料便失去了保密责任的保障,法庭也不会阻止其公开。当原告人声称案中有关资料是他的秘密,而被告人却辩称该资料因公共利益应予以公开时,法庭便需要在两个同样值得保障的权利间进行权衡。在肯定了公共利益的需要后,法庭便会描绘原告人对保密的要求。对新闻媒体来说,公共利益便是一个容许违反保密责任的辩护理由。在此需要强调的是公共利益和“公众的兴趣”(interesting to the public)不同^②,大众可能有兴趣知道许多与公共利益无关的公众人士私人范围内的事情,但这些信息却并非因公共利益而要求公开的。那么何为公共利益呢?明显地,如果有犯罪、侵权、或其他严重的错误行为,例如一些邪教的危险教义,都是公众应该知道的^③。有些法官认为,公共利益只限于这类错误行为的情况,除此之外,其他方面的信息都应该是受保障的机密资料^④。而另外一些法官却对公共利益采取比较广义的看法。他们认为,公共利益包括任何公正的原因,只要基于公正的原因要求把资料公开,该资料便不能再享有保密责任的保障^⑤。例如,为了让公众能了解明星的生活,传播媒体可以违反保密责任,而揭露明星们不大光彩的一面^⑥。又如,在 Lion Laboratories v Evans 一案中,原告是一家生产一种测试驾驶人员身体中酒精含量的仪器公司。被告是原告的两个前雇员,他们向一份报纸透露原告的仪器设计上存在问题,可以导致驾驶员被错误处罚。法庭认为,有时将机密资料向警察或有关主管当局报告,与通过报纸将资料公开的方式相比,前者更有利于公共利益。在此案中,虽然原告的生产行为并不构成错误本身,但由于其生产可以引致无辜人被罚,所以这这也是一个应公开的原因,因此公开合乎公共利益^⑦。

① [1983] 2 All ER 101.

② British Steel Corp v Granadn TV [1981] AC 1096.

③ Hubbard v Vosper [1972] 1 All ER 1023.

④ Megaw LJ 在 Hubbard 一案中,以及 Lord Wilberforce 在 BSC v Gramutv IV [1981] AC 1096 一案中。

⑤ 丹宁勋爵是这一观点的主要提倡者。

⑥ Woodward v Hutchins [1977] 2 AU ER 751, 是丹宁勋爵作出的判决。

⑦ [1985] QB 526.