

浅议有害短信的法律调整*

谢 兵

(华东交通大学 人文学院 江西 南昌 330013)

摘 要:据有关部门统计,2003年,通过中国移动和中国联通两大移动通信网络(GSM/CDMA),全国发送和接收的手机短信数量已经达到2200亿条^[1]。短信息给大众带来便捷的同时也带来了一系列始料不及的问题,比如扰乱社会秩序、侵犯他人合法权益等。在这种情况下,加快对短信息管制的立法进程,就显得刻不容缓。围绕有害短信在日常生活中的表现、侵害的权益及行为特点等方面,提出应对其进行法律调整,并对立法提出相关建议。

关键词:有害短信;合法权益;法律调整

中图分类号:D922.296

文献标识码:A

文章编号:1008-5092(2006)01-0036-04

一、短信息带来的法律问题

短信息在给人们的生产和生活带来极大便利的同时,也存在着不少的问题。从当前的情况看,短信息通信中存在的法律问题主要表现在:

第一,通过短信息传播含有法律、行政法规禁止的内容。例如,利用短信息发送含有危害国家安全、损害国家利益、破坏民族团结、宣扬封建迷信、散布淫秽及色情、恐怖信息等不利于国家和社会稳定的信息。

第二,短信骚扰。手机用户每天要收到不计其数的“垃圾短信”,如办证、征友、商务广告等。虽然短信接收无需付费,但要接收、查看、删除这些短信耗费了大量的人力资源和手机资源。

第三,短信侵权。发送者通过发送短信息,干扰他人的正常生活,侵犯他人隐私权、名誉权等合法权利。同时短信传播过程中还可能包含侵犯他人著作权、商业秘密等知识产权的内容。

第四,短信欺诈。违法犯罪分子利用手机发布虚假“中奖”类信息诈骗他人钱财,扰乱社会经济秩序。手机的用户基本上都收到过诸如“恭喜中奖”“低价拍卖”之类的信息。一旦有些用户信以为真,信息的发送者就会以支付手续费等手段

骗取钱财。除此之外,还有的信息内容提供者利用短信息定制服务骗取短信息定制者的钱财。

以上这些问题,并不是所有的问题都处于法律和监管之中。目前对短信息的管制,主要问题是缺乏专门的规定,尽管有一些法律和行政法规可以利用,如《刑法》、《保守国家秘密法》、《电信条例》等,但这些法律规则在短信息管理方面存在着一些“先天不足”。如针对性不强或者是难以对一些性质不是很严重而没有触犯到刑事法律的行为进行制约等问题。此外,一种行为由各种不同的法律法规进行调整,是否能够适应调整的需要,这也是我们必须讨论的问题。

二、有害短信侵害的合法权益

有害短信的出现给用户和社会带来了许多问题和困扰。许多人隐私被泄漏,名誉被破坏,精神受到摧残,还有人上当受骗,生活秩序被打乱。这些现象的背后是民事主体的合法权利被漠视和侵害,被侵害的权利主要有:

第一,侵犯用户隐私权。民法上的隐私权主要指权利主体能够按照自己的意志支配个人的私生活,不受他人的干涉和破坏。美国哈佛大学教授路易斯·布兰特斯和塞缪尔·沃伦1890年在《哈佛法学评论》上发表了著名的《论隐私权》(The

* 收稿日期:2005-10-08

作者简介:谢兵(1978-),女,湖南株州人,华东交通大学讲师,硕士,研究方向:民商法学。
万方数据

Right Of Privacy)》一文,首次提出了一种“不被了解的权利”(Right To Be Let Alone)。文章指出,任何情况下,每一个人都有被赋予决定自己所有事情不公之于众的权利,都有不受他人干涉搅扰的权利^[2]。此后,隐私权就被称为“不被打搅的权利”,成为人格权中最为重要的一种权利。隐私的实质在于个人有权决定自己何时、何地以何种方式与外界沟通,个人有权享受自己的生活不被外界随意打扰。这也是社会文明的重要体现。随着通讯技术的发展,传播媒介日益现代化,造成了对个人私生活干涉的可能性越来越大,尤其是从20世纪以来,个人信息的汇集、存储和散播技术的快速发展,使得这种危险性更是与日俱增。“短信骚扰”就是这种危险性的典型代表。毋庸置疑,有害短信打乱了公民的私人生活安宁,扰乱了个人和谐有序的生活秩序,造成了自然人一定程度的困扰,侵害了用户的隐私权。在2002年发生的第一起“彩信”侵权案件虽然以原告主动撤诉而告终,但是此案也反映出有害短信侵害了包括个人隐私在内的人身权,对此法律必须进行重新规制^[3]。

第二,侵犯消费者的知情权和自主选择权。据《法制日报》报道,消费者杜建锋向北京海淀区法院诉称,他在收看中央电视台《足球之夜》节目时,应主持人邀请,以手机短信形式与主持人进行互动交流,之后每月都会收到三至四次内容为足球赛事预告的收费短信。杜建锋就此咨询北京灵讯互动科技发展有限公司,对方答复:只要参与同中央电视台的互动交流,即视为订阅该项短信业务。杜建锋认为这是强迫消费的欺诈行为,央视与灵讯公司应共同对侵权行为承担责任。(此外,为了满足用户的需要,许多网站通过用户自愿订阅的方式来为其提供特制的短信息。但在订制过程中,也出现了一些违法的行为。有些短信息内容提供者,在用户不知情的情况下,“强制”提供服务。很多短信息内容提供者提供的收费信息服务是“订阅容易退订难”、“退订之后收费依然”。还有的未对短信息收费服务作明确表示,诱骗对方手机号码强行发送大量短信息,在短信息订制服务中缺乏更改机制,等等,这些行为和做法都直接损害了消费者的知情权和选择权。

第三,侵犯用户的财产权。例如2003年春节期间发生了名为“移动黑客”的短信病毒突袭手机的事件。不法分子通过短信将这些病毒发送到万方数据

用户的手机上,这些有害信息可给未经防备的用户软硬件造成破坏性损伤。

第四,侵犯知识产权。短信在技术上没有考虑到传递内容信息的版权保护,不论什么信息,用户都可以方便地进行拷贝和转发。一旦短信传播的图片、文字或音乐是带有著作权的作品,或者信息含有商业秘密等内容,权利人的知识产权势必会受到严重侵害。

第五,对公序良俗产生负面影响。短信的传播除了会损害手机用户和其他权利主体的私人利益外,还会对公序良俗带来不利影响。短信如果带有淫秽、色情等低级庸俗内容,小道消息和流言蜚语等,造成的社会危害更隐蔽、更严重。这些不良信息的传播,对于社会的纯良风尚有极大的损害。因此为了淳化道德风尚,保证人们健康的生活环境,应当对此类行为进行调整。

三、有害短信行为的特点

短信息之所以异军突起,受到广大用户的青睐,并被称为“第五产业”,自然有其他通信方式无法比拟的优势。但是一旦这些优势被居心不良者利用,那么这些优点也给有害短信的泛滥提供了极大的便利:

第一,方便快捷。短信具有随时随地发送、方便迅捷的特点,高科技的运用使得这一特点更加凸现。现代手机一般都具有群发功能,一条短信可以同时发给多个用户,省去了发送的程序和时间。此外,许多网站提供发送手机短信的服务,键盘输入的便利加上群发功能,使发送者在很短时间内就能实现发送给多个主体的目的。

第二,成本低利润大。专家分析指出,短消息一般是借助GSM网信令传递间进行传送的,不会占用话务信道。因此,电信运营者一般不会对短消息的传送增加通信收费,仅适当的收取一点开通费或很少的维护费。短信的这个优点,也是犯罪违法行为猖獗的原因之一。正是因为发送手机短信带来丰厚的利润,而行为成本相对低廉,不法分子才能肆无忌惮的通过恐吓、诈骗等手段获得非法所得。

第三,行为隐秘。发送者非法与合法举动的区别只在于发送内容的不同。非法行为只需要侵害人按动一些操作键就可以实现,他人很难从行为的外在表现上辨别出该行为的本质。正是利用隐秘性这个特点,利用手机侵犯肖像权、隐私权等

行为才得以顺利进行。

第四,难以防范。由于短信息具有接收的被动性的特点,用户往往无法对短信进行筛选,这就使一些人可以利用短信对他人进行侵害,被害者的权利受到了严重侵犯,却不像电子邮件那样具有拒收的功能,因此短信息的接收者往往难以有效地采取保护措施。

由此可见,短信息具有难以防范、危害极大的特点,且基于技术和经济因素,存在着滥发的诱因。因此,有害短信不可能在短期内自行消除,而只能通过制定相关法律法规予以规范才能消除其带来的不利影响。

四、我国的短信立法

对有害短信,许多国家已经采取法律手段进行规范,例如欧盟制定了“保护私人信息数据”行为准则,手机用户不再被动接受有害信息。日本政府也于2001年颁布了《关于特定电信服务提供商之损害赔偿限制与信息发送者资料披露法》。根据该法如果手机短信遭到用户拒绝,则禁止再次发送,否则发送者的行为将被视为妨碍电子邮件通信,有关部门可对其采取罚款等处罚措施。在我国,这方面的法律法规还是个真空地带。信息产业部正在起草《短信息服务管理办法》,笔者建议该《办法》应对如下问题进行重点规制。

(一) 确定短信息管理的立法原则

1、现实性和超前性相结合的原则

法律调整是社会关系发展到一定阶段的必然产物。因此,立法必须以现阶段的社会关系的特点作为调整的重点,其根本目的在于能够解决现实生活中的纠纷和矛盾,维持良好的社会秩序。但是,事物会随着时代的发展而不断变化,如果只考虑现在的需要而忽略科技发展的趋势,那么在发生了新问题之后又会出现法律不能满足社会发展需要的情况。法律的稳定性要求立法应当具有一定的超前性。因此,短信立法应当从现阶段的纠纷和技术特点出发,以解决当前的社会矛盾作为立足点,但是要适当考虑科技以及社会发展的趋势,使立法能够适应将来的需要。

2、权利保护和利益平衡相结合的原则

有害短信侵害了其他主体的人身权、知情权及自主选择权等权利,对社会生活秩序产生了极大的损害。因此,为了切实保障民事主体的合法

权利,维持善良的风俗和道德准则,应对发送有害短信的行为予以坚决打击。但是还要看到短信的发送也关乎电信市场的发展,不能在维护一部分主体合法权益的同时,损害到国家经济发展的整体利益。因此,在处理有害短信行为时,应注意发送者、电信运营商和手机用户之间利益的平衡,应做到既要充分保护民事权利,又要考虑发送者和电信运营商的利益,不妨碍我国电信事业的发展。

(二) 明文规定利用短信息进行违法活动的责任承担

1、明确各主体的义务和责任

短信的发送涉及三方主体:发送者、电信运营商和手机用户。其发送一般有四种方式:手机之间点对点发送、通过人工声讯台发送(已基本淘汰)、通过网站发送、利用计算机软件发送。(前两种发送方式效率较低,因而海量的手机有害短信息一般都是采用后两种方式通过计算机信息系统发送的。其通常路径是:发送者→网站运营商(电信运营商短信息中心)→手机用户。为了明确界定该法律关系中的义务和责任,我们应区分不同主体在短信发送中的地位和作用。

(1) 短信发送者

短信发送者可以区分为营利主体的短信内容提供商(Service Provider,以下简称SP)和个人发送者,因为法律对其规定的权利不完全一致,我们应将二者区别开来。先来看作为营利主体的SP,它们是短信的来源和发送者。许多商业广告、天气预报等信息都是由他们提供。同时他们也是发送短信最大的受益者,广大的手机用户实际上是潜力巨大的市场。利益的驱动导致了有害短信的日益泛滥。因此,他们应当对有害短信的发送承担法律责任。

为防治SP发送有害信息,电信运营商可以通过先进科学技术予以监控。这些措施包括:1、屏蔽一天发送超200次的短信;2、用户手机自行设定短信地址;3、加设日发短信数量限制功能;4、短信遭到拒绝,禁止再次发送。此外,电信运营商还可以监管发送有害短信的来源,可以对其发送信息进行拦截,并对其内容审查,如果确属有害短信,可以根据其危害程度采取相应措施,如警告或彻底封杀。一旦确定有害短信的真实来源,查实该有害短信已经给用户造成损害,则应当追究相关SP的责任。要说明的是,如果电信运营商出于营利目的,发送了有害短信,那么也应当以发送者

的身份承担责任。

对 SP 可以进行技术监控,但是对于个人之间的短信转发,电信运营商却无能为力。一来技术上达不到。国内一些短信服务机构表示,从技术上来讲不可能做到对每个点对点发短信息进行监控。另外对每条信息的内容全部监测、处理完后,再发,投资至少要翻一倍以上,而图片信息则是根本无法识别的。二来,法律上不允许。我国宪法第四十条规定:“中华人民共和国的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”短信的发送属于公民的通信权,电信运营商无权自行检查。但是有害短信的发送者,其行为实际上已经侵害到其他主体的合法权益,经由被侵害人向有权机关(如公安机关)请求并提供确切证据,经有权机关发出命令,电信运营商应当有权对其短信发送进行特别的监控,对其内容进行监管,发现有害短信即予以拦截。

(2) 电信运营商

前文已述,短信的发送必须经过电信运营商才能传输到用户手中,电信运营商是短信发送的必经环节。因此,电信运营商的行为对于短信的发送至关重要。SP 和电信运营商之间往往签订了协议,在该协议中,电信运营商可以约定 SP 不得利用电信运营商的网络发送有害短信,否则 SP 应当承担违约责任。而且电信运营商可以通过先进的技术和设备,对 SP 发送短信的内容和来源进行监控,拦截有害短信的发送。因此,电信运营商完全有能力阻止有害信息的发送。如果电信运营商并没有尽到善良监管的义务,对于 SP 发送的短信不闻不问。那么,一旦有用户收到经由运营商的网络发送的有害短信,电信运营商应当承担起相应的责任。笔者认为,为了加大电信运营商监管的力度,可以将这种责任规定为和 SP 承担连带责任,由其承担责任后,向相关责任人追偿。

但是如果 SP 发送短信的行为超出了现有技术监管的范围,这种情况下再追究电信运营商的责任,则过于苛责。因此,法律应当规定电信运营商尽到了善良监管的义务,仍无法阻止有害短信的发送时,不负法律责任。

2、规定责任承担的归责原则

确定了责任主体之后,应当进一步考虑如何
万方数据

追究各主体的责任。我国民事责任体系中确立了过失责任和无过失责任两种原则。从有害短信行为的性质来看,笔者认为应采用过错责任为宜,但是在司法运作中应采用举证责任倒置的作法。法律应当规定,只要手机用户能够提供证据表明其遭受到了短信发送者的骚扰和侵害,短信发送者和电信运营商就应当承担连带责任,除非他们能够提供证据表明自己并无过错。采用举证责任倒置是从以下几个方面来考虑:第一,鉴于手机用户作为普通消费者,其自身力量和相关技术知识都非常有限,无法深入发送者和电信运营商的内部调查举证,也不能明白相关技术和短信发送之间的联系。举证责任倒置有利于保护作为弱势群体的手机用户;第二,采用举证责任倒置,加重发送者和电信运营商的责任,它们才会尽到最大限度的注意义务,防止有害短信的发送。举证责任倒置有利于整顿短信市场的秩序。

3、规定侵权中的资料披露

在发生有害短信侵害手机用户行为后,电信运营商有义务向有权机关或受害人公开短信发送者的资料,如发送端电话号码或者代码、身份证或法人的有关证明、发信者及其它与传送违法信息有关的人的姓名及地址、发信者的电子邮件、与违法信息有关的 IP 地址、违法信息传送的时间等等。由于这些资料属于个人隐私范畴,所以电信运营商和受害人同时也负有为短信发送者保密的义务。

(三) 完善其他配套服务

现实生活中,有一些手机用户被侵害,却无法找到侵害的来源。例如,有些情况下被侵害人可以提供发送短信的号码,但是依据该号码却无法确认行为的主体,因为使用该号码并不需要身份证作为担保(如神州行手机卡)。因此,通讯市场的管理漏洞也为有害短信的猖獗提供了温床。为了避免有害短信行为的愈演愈烈,应当规定必须持本人身份证才能办理入网登记。手机短信发送后,就会在系统的存储单元中留下发送方的手机号码,再通过查对短信内容的纪录文档,事后就很容易通过查找发送方的手机号码来确定发送人。对于以前入网的用户,由于法律无法溯及既往的予以规范。笔者认为可以由被侵害人收到有害短信之后,向有权机关举报,由其确认后,发出命令,要求电信运营商根据有害短信的危害程度予以警告或停止该号码的使用。(下转第 43 页)

[7] 祝默泉. 提单及货物交付[J]. 中国海商法年刊,1993 (4) 92 - 101.

[8] 中国应用法研究所. 人民法院案例选—海事、交通运输卷[M]. 北京: 人民法院出版社, 2000. 238 - 243.

[9] 向明华. 提单纠纷释略探[M]. 海商法研究(第 1 辑). 北京: 法律出版社, 2001. 62 - 83.

On Manifestation of Delivering Goods Without Production of Original Bill of Lading and Its Legal Nature

HE Hai - jun

(school of Law , Suzhou University , Jiangsu Suzhou 215006 , China)

Abstract : The bill of lading has played an important role all the time in international transportation and trade domain since its emergence. But with the development of navigation technology , the circulation of the traditional bill of lading can't adapt to such swift change . The frequency of delivery of goods without production of original bills of lading gives rise to many conundrums in theory and practice . This article analyses its nature of breaking a contract and infringing right under the manifestation of delivering goods without production of original bills of lading . Then homologous measures are brought forward so as to give theoretical support to the practice.

Keywords : the bill of lading , international trade , delivery of goods without production of original bills of lading ; break a contract ; infringing right

(上接第 39 页)

(四) 加强手机用户的防范意识

在目前法律条件及技术条件尚不十分成熟的情况下,公民提高自我防范意识,有着重要的防治作用,尤其不要盲目相信利益的诱惑,自觉抵制各种不良信息。手机用户要行动起来,维护自身的合法权益。一方面,在收到不明短信时不要轻易

回复,以防上当受骗。另一方面,要做到自律,洁身自好,勿以“信”小而为之,不要成为不良传播的推波助澜者。在收到有害短信时还要拿起法律武器,保存证据、及时举报,自觉维护自己的合法权益。

参考文献:

[1] 手机日益成为犯罪手段 专家呼吁制定短信息法规 [OL] . 人民网, 2004 - 3 - 24.

[2] 郭卫华, 李晓波. 中国人权法律保护判例研究 [M]. 北京: 光明日报出版社, 2000.

[3] 胡振华, 崔艳. “彩信”手机侵犯隐私权之法律探讨 [J]. 河北法学, 2004 (2): 148 - 150.

[4] 陈晓英, 真东. 手机短信欺诈引人关注 [N]. 法制日报, 2003 - 11 - 6 (3).

[5] 孙扬. 依法打击利用网络传播有害短信息行为 [J]. 信息网络安全, 2003 (11): 55 - 58.

The Juridical Regulation on Illegal Message

XIE Ping

(Faculty of Humanities and Social Sciences , East China Jiaotong University , Nanchang 330013 , China)

Abstract : According to certain statistics , the number of messages through CHINA MOBILE and CHINA UNICOM has reached 2200 hundred million. But along with the advantages , messages also bring a series of problems such as disordering the society , infringing others' legal rights. On these occasions , we must quicken the course of legislation on message regulation. This article emphasizes representations of message in daily life , infringed rights and characteristics of message and brings forward some advices on administration and legislation of illegal messages.

Keywords : illegal message ; legal rights

万方数据