

学校编码: 10384  
学号: X2005120083

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_  
UDC\_\_\_\_\_

# 厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

## 垃圾短信民事侵权责任的规范分析 ——以我国现行法律为背景

Normative Analysis on Tort liability for garbage message  
——Based on the current law in China

胡林蓉

胡林蓉

指导教师：  
朱泉鹰副教授

指导教师姓名: 朱泉鹰 副教授  
专业名称: 法律硕士  
论文提交日期: 2009年4月  
论文答辩时间: 2009年 月  
学位授予日期: 2009年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

厦 门 大 学

2009年4月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内 容 摘 要

随着中国经济的发展,手机早已不是“奢侈品”的象征,而成为一个时代的元素充斥其中。短信作为手机一种附属性通讯功能在短短几年的内得到惊人的发展。移动通信技术的飞速发展和手机普及率的迅速提高更加促使手机短信越来越受到众多人士的青睐。有关统计资料表明:2008年,全国手机移动短信业务量达6920亿条,比去年同期增长28.8%。另外,彩信作为短信的升级,以声像、图文并茂的多媒体形式弥补了短信的单调。当我们正享受短信沟通的便捷与快乐的同时,名目繁多的垃圾短信亦接踵而至。因此,笔者试图基于侵权法理论,以我国现行法律为背景,规范分析垃圾短信民事侵权责任归责原则,积极寻求垃圾短信民事侵权救济之途和治理之策。

第一部分,首先基于短信内容和短信状态监测正确识别和定义垃圾短信以区别于其它正常短信服务。此外,依据垃圾短信主要四个方面的表现特征理顺垃圾短信侵权属性。其次,以一般侵权行为的法定构成要件为切入点,我国现行有关侵权行为法律法规为实在法依托,规范分析垃圾短信侵权各方主体

第二部分,具体梳理和阐释垃圾短信所侵犯公民的基本权利及其属性,依托当前我国垃圾短信治理现状,深入分析我国垃圾短信侵权救济和治理之困境。

第三部分,全面阐述侵权责任归责原则,归结垃圾短信侵权责任归责适用原则。具体分析垃圾短信相关利益各方,厘清垃圾短信侵权之责和违约之责,明确垃圾短信侵权责任承担主体。

最后一部分,笔者再次回到我国现行法律体系,提出治理垃圾短信侵权法律之策。以现行法律为主体,进行必要的立法补充和司法解释;理顺各监管部门职权,防止相关部门互相推诿;疏通垃圾短信侵权救济渠道,加大处罚力度并提高垃圾短信违法成本;短信服务运营商依法履行监管义务方是根治垃圾短信侵权之王道。

**关键词:** 垃圾短信; 民事权利; 民事侵权; 侵权责任

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## ABSTRACT

As china's economic development, the mobile phone is no longer the "luxury" symbol of the era and becomes a full element in the modern times. SMS as a subsidiary part of communication in just a few years has been at a kind of high speed in the alarming development. Mobile communication technology and the rapid development of mobile phone penetration rate of increase more rapidly growing mobile phone messages to be many people of all ages. When we are enjoying the convenience and happiness from communication messages ,at the same time, the various spam is also followed, whose contents with a broad scope range from making friends to chat, providing pornographic services and reselling cars, firearms, ammunition and false information. Therefore, basing on all that mentioned above , the author attempt to access to the solution for regulation of the spam by analysing the tort theory, to the background of China's existing laws, norms of spam tort principle of attribution of responsibility to actively seek spam tort relief of passers-by and governance strategy.

Chapter 1, firstly based on message content and status monitoring to identify and correct the definition of garbage message distinguished from other ordinary message. Secondly,taking the general elements of the statutory violations as the breakthrough point andChina's current laws,regulations relating to tort law as as the context to normative analyze the main parties in tort of garbage message.

Chapter 2 is the interpretation of specific garbage message sorted by violating the fundamental rights of citizens and their properties, relying on the current status of China's governance for garbage message, seeking the complicated aspect for Governance to garbage message

Chapter 3 is a comprehensive exposition of the principles of tort liabilityf,then to conclude the applying principle of liability for tort liability for garbage message,to analyze the parties related to the specific interests in garbage messages and clarify the tort liability and the one for breach of contract.

Chapter 4 is to return to our current legal system once again ,making the legal strategy for infringement in garbage message.then we should take the current laws

as the main body, adding the necessary legislation and judicial interpretation, supplementing new laws with the active act for administrative organ and the profession self-discipline.

**Keywords:** garbage messages; civil rights; civil tort; tort liability

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言 .....	1
第一章 垃圾短信的识别与表征分析 .....	2
第一节 垃圾短信的识别 .....	2
第二节 垃圾短信的表征分析 .....	3
第二章 垃圾短信所侵犯的民事权利与实在法依据 .....	6
第一节 垃圾短信所侵犯的民事权利 .....	6
第二节 垃圾短信民事侵权责任的实在法依据 .....	9
第三章 垃圾短信的侵权法律责任 .....	12
第一节 垃圾短信侵权责任的构成 .....	12
第二节 垃圾短信侵权责任的归责原则 .....	13
第三节 垃圾短息侵权责任的承担主体 .....	17
第四章 垃圾短信侵权的法律规制 .....	20
第一节 垃圾短信侵权的中国语境 .....	20
一、我国垃圾短信治理的现状 .....	20
二、我国垃圾短信治理的四大难点 .....	21
第二节 垃圾短信侵权的救济之途 .....	22
第三节 治理垃圾短信侵权的法律之策 .....	23
一、对相关法律进行修改或作出司法解释 .....	24
二、补充新立法 .....	25
三、行政机关的积极作为与行业自律 .....	26
结 论 .....	28
参考文献 .....	30



厦门大学博硕士学位论文摘要库

## CONTENTS

<b>Preface</b> .....	1
<b>Chapter 1 The identification and characterization analysis for garbage message</b> .....	2
<b>Subchapter 1 The Identification for garbage message</b> .....	2
<b>Subchapter 2 The characterization analysis for garbage message</b> .....	3
<b>Chapter 2 The sources of positive law and properties analysis for civil rights infringed by garbage message</b> .....	6
<b>Subchapter 1 The civil rights infringed by garbage message</b> .....	6
<b>Subchapter 2 The Sources from positive law for tort liability to garbage message</b> .....	9
<b>Chapter 3 The analysis for tort liability in garbage message</b> .....	12
<b>Subchapter 1 The constitutive elements of tort liability for garbage message</b> .....	12
<b>Subchapter 2 The doctrine of liability fixation in tort liability for garbage message</b> .....	13
<b>Subchapter 3 The Subject of tort liability in garbage message</b> .....	17
<b>Chapter 4 The legal regulation on tort of garbage message</b> .....	20
<b>Subchapter 1 The Chinese context in tort of garbage message</b> .....	20
Section 1 The status quo of governance to garbage message.....	20
Section 2 The four complicated aspect for governance to garbage message	21
<b>Subchapter 2 The methods of relief to Tort for garbage message</b> .....	22
<b>Subchapter 3 The leagal Governance to tort for garbage message</b> .....	23
Section 1 Amending relevant laws or making judicial interpretations.....	24
Section 2 Supplementing new laws .....	25
Section 3 The active act for administrative organ and the profession self-discipline .....	26
<b>Conclusion</b> .....	28
<b>Bibliography</b> .....	30

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 引 言

一年一度的央视 3·15 晚会今日再度成为媒体关注的焦点，而这次聚集的焦点则直指当前民众普遍反应比较激烈的垃圾短信治理，防范和侵权救济。据调查数据显示，目前国内手机用户平均每周收到 8.29 条垃圾短信，其中商品广告、服务类短信占约 77.7%，而欺诈短信、黄色短信的比例也高达约 54% 和 48%。<sup>①</sup> 名目繁多的垃圾短信其内容涵盖从交友聊天、提供淫秽服务到倒卖黑车、枪支弹药及虚假中奖信息等，范围之广令人咂舌。泛滥的垃圾短信也在挑战着政府电信管制、法律规制、公民权利维护等诸多方面，其中垃圾短信侵犯公民权利的现象尤为普遍。在错综复杂的利益关系之下，政府多头监管部门，普通消费者，短信服务商及其它利益正在就垃圾短信的治理和侵权救济展开一场博弈。继去年曝光公众通过发送垃圾短信牟利之后，今年央视 3·15 晚会再次曝光电信运营商其实是发送垃圾短信和泄露个人信息的源头。由此，笔者基于侵权法基本法理，依我国现行相关法律为背景，探寻垃圾短信侵权法律关系中各方责任主体，寻求垃圾短信侵权治理之方。

---

<sup>①</sup> <http://tech.163.com/special/000938PL/cctvlajiduanxin.html#huiying>.

## 第一章 垃圾短信的识别与表征分析

### 第一节 垃圾短信的识别

随着中国经济的发展,手机早已不是“奢侈品”的象征,而成为一个时代的元素充斥其中。短信作为手机一种附属性通讯功能在短短几年的内得到惊人的发展。移动通信技术的飞速发展和手机普及率的迅速提高更加促使手机短信越来越受到众多人士的青睐。同时,垃圾短信的出现,也带来了许多的问题,如网络语言横行、黄段子、小道消息、服务的同质化、著作权问题突出、服务商亟待规范、短信犯罪、健康问题等,其中又以垃圾短信问题最为突出。其内容涵盖从交友聊天、提供淫秽服务到倒卖黑车、枪支弹药及虚假中奖信息等,范围之广令人咂舌。<sup>①</sup>泛滥的垃圾短信也在挑战着政府电信管制、法律规制、公民权利维护等诸多方面,其中垃圾短信侵犯公民权利的现象尤为普遍。为了应对垃圾短信种种民事侵权问题,我们首先必须准确地界定垃圾短信。目前对于垃圾短信的识别主要从以下两个方面进行:<sup>②</sup>

(1)短信内容识别。如何识别一条短信是否是垃圾短信是困难的,但从统计学讲,我们可以从关键词出发,进行自动识别和过滤。这种方式是以设置关键字的方式来过滤垃圾短信。例如中奖、发财、增加话费等。如果对关键词没有确切把握,可以开启警报系统,通知管理员。

(2)状态监测。随着垃圾短信的日益增多,以及内容的复杂化,仅仅依靠有限的关键字无法进行真正有效地屏蔽和监控。电信运营商可以对某一个手机或某一个 SP 单位时间发送或接收的短信数量进行统计,一旦发现该统计值超过某一个阈值就报警。<sup>③</sup>如果能检测到大量发送垃圾短信的个人或者服务商,立即对其进行监管和过滤。第一种方法是检测单位时间内发送短信数目。检测单位时间用户发送短信数目需要为每个用户配置一个计数器,每发送一条短信,计数器自

---

① 陈柏安,陈柏新.专家呼吁立法扫除垃圾短信[J].法制早报,2005,9.

② 吴仙桂.探析垃圾短信防治的法律问题[J].湖南人文科技学院学报,2006,(2):64-66.

③ 刘舸.垃圾短信的双维度分析和治理探讨[J].北京邮电大学学报,2007,(9):41-44.

动加一。如果发送短信条数到达规定数目,则由计数装置自动报警,将短信内容汇报到相关人员处进行检查。上海、广东等地已经采用了该方法,但该方法对缓慢攻击无效(单位时间发送的垃圾短信较少)。“第二种方法是检测两条短信间隔时间。这种时间检测法和上一种方法非常类似,其不同就是这种方法不是对单位时间内发送短信的总数目进行计数,而是对短信的发送频率进行监控。当两条短信间隔过短,即表示该用户发送短信频繁,则自动报警,将短信内容送至管理人员。”<sup>①</sup>现在许多利用手机短信方式散布广告的不法人员,通常是用假身份证一次性购买许多 SIM 卡,为了防止被司法部门抓获,在尽可能短的时间内将卡内资金用完然后换新的 SIM 卡。这种方式只能利用第二种方法检测,因为发送者采用“打一枪换一个地方”的方式发送短信。然而这种算法也有其弊端,会对电信服务器带来较大的额外负担。因此把以上两种方式可以有机结合,加大统计的周期,如一天统计一次,充分发挥它们的作用。

由此,笔者以为所谓的垃圾短信是指未经接受者同意包含违背法律法规规定或具有广告信息内容的或以恶意报复他人为目的、侵害接受者通信自由、生活安宁或违背社会善良风俗的手机短信息。<sup>②</sup>当前垃圾短信的主要形式,从短信的发送者的角度来区分,一般可以被分为四种形式:由不法分子发出的违法短信、移动通信服务提供商(SP)制造的“短信陷阱”、在公众间流传的不良短信、由地下短信群发公司发出的广告短信。<sup>③</sup>

### 第二节 垃圾短信的表征分析

从以上对垃圾短信概念界定出发,可以看出,垃圾短信的特征主要表现在以下几个方面<sup>④</sup>:

1、其内容具有违法性或者广告性。这体现在部分垃圾短信为了推销商品或服务而做假证等违法信息,部分垃圾短信发布的广告事项属违法事项,比如假发票、假证件的出售广告。此类短信直接构成与《广告法》的冲突,如虚假短信

① 张燕,傅建明.垃圾短信的识别与追踪研究[J].计算机应用研究,2006,(3):245-247.

② 续俊旗.垃圾短信治理,立法先行[J].现代电信科技,2005,(8):24-26.

③ <http://tech.163.com/special/000938PL/cctvlajiduanxin.html>.

④ 李娟.浅析手机垃圾短信的法律规制[J].百科论丛,2007,(6):35-37.

本身可以构成虚假广告等广告违法行为。按照广告法的规定,广告主、广告经营者、广告发布者应当订立书面合同;广告经营者和广告发布者应当对广告主的身份及其所提供的涉及广告的信息进行审查;同时,有些广告还必须经过主管部门的批准才能发布。而垃圾短信广告的广告经营者、发布者不仅不进行相应的审查,而且往往是明知是虚假广告而进行代理和发布,因此这些广告代理、经营和发布行为本身也属于广告法上的违法行为。而那种必须经过主管机关审批方能发布的广告、却利用垃圾短信发布而逃避审批的行为,其违法性自然是不用多言的。

2、未经接收者同意,擅自发短信到消费者的信息终端。从《消费者权益保护法》的角度看,擅自向他人发送垃圾短信属于强迫对方接受服务行为或属于一种侵犯他人通信自由的行为。一方面,由于其本身属于信息(服务),这种未经同意而擅自向他人发送垃圾短信的行为不仅属于广告法上的违法行为,而且,这种行为在客观上或后果上也可能构成消费者权益保护法上的强迫接受服务的违法行为。另一方面,由于发送短信和接收短信在理论上属于一种通信行为,因此,未经他人同意或违背他人意愿擅自强迫他人接收这种短信的行为属于侵犯终端用户通信自由(权)的行为。

3、垃圾短信的发布违背公序良俗及相关法律强制性规定。不良短信的公众流传造成对伦理道德的挑战及对公序良俗的违背。不良短信的公众流传理应被包含于我国民法公序良俗原则的规制范畴。在我国,从保护公民基本权利的宪法,保障公民、法人合法民事权益的《民法通则》,保护消费者合法权益的《消费者权益保护法》和《广告法》,到惩治利用垃圾短信犯罪的《刑法》等,构成了一个层次分明的法律保障体系。垃圾短信正是以违反这个法律体系中的若干强制性规定的形式表现出来的。

4、垃圾短信造成对公民安宁权、通信自由权等一系列基本权利的侵犯。这里涉及到对公民宪法基本权利的侵犯。宪法基本权利作为人权的重要组成部分,是公民民事权利的基础,因此在保障公民民事权利时势必是建立在对宪法基本权利的保障基础上的。从根本上说,垃圾短信侵犯的是消费者作为公民的宪法基本权利。从宪法规范分析,我国《宪法》第四十条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。”通信自由包括公民有进行通信和不进行通信的自由。垃圾短信发布者常以不法手段窃取用户手机号码,使用

户的个人资料处于危险中。《宪法》第三十八条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”某些黄色垃圾短信，往往毁损接收者的名誉，是对其人格的侮辱和贬损，违反了社会公德，损害了接收者的精神健康，侵害了接收者的人格尊严。

厦门大学博硕士论文摘要库



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库