

优秀论文:手机短信相关法律问题探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BC\\_98\\_E7\\_A7\\_80\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_c122\\_484577.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484577.htm) 1992年，世界上第一条手机短信通过英国的一家移动通信公司沃达丰公司GSM网络从电脑传递到手机，手机短信由此诞生了。2000年，中国移动和中国联通手机短信业务相继推出。此后，随着手机用户的快速增长，短信业务在中国呈爆炸性的增长趋势。据统计，在2005年春节假期，仅大年三十到初七这八天时间，中国移动和中国联通的手机短信发送量达到110亿条。手机短信已形成每年数百亿产值的庞大产业。它带给通信运营商（如中国移动、中国联通）和信息服务商（如网站）丰厚利润。同时，由于短信便捷、私密等优点，它也迅速成为手机用户了解信息、联系沟通的重要方式。基于上述原因，“拇指经济”、“第五媒体”的说法也应运而生。但是，随着短信的快速发展而产生的法律问题和社会问题也越来越多。

一、关于短信的消费者权益保护问题 在看蓬勃发展的短信市场背后，消费者的权益却被肆意践踏，得不到最起码的保护。目前短信服务的方式常见的主要有两种：即时短信和包月短信。即时短信是指用户发送一条请求后，服务商回送一条服务信息，以条为计算单位进行收费。包月短信是指用户发送一条请求，订制一项信息服务，比如时事新闻、天气预报等，信息服务商此后长期发送该项服务信息，按月收费，直至用户取消。现在提供短信服务的服务商为了牟取暴利不择手段。对以条计算的即时短信服务，本来可以在一条信息中回送的内容，故意分拆成几条回送，相应的收取多条信息的信

息费或者订制一条短信也按月收费。用户本以为只需要付一条短信的费用，却莫名其妙的付好几倍的信息费。对于包月短信服务，服务商的手段更是五花八门，“短信陷阱”问题时有发生，包月短信因为收费高且持续时间长而成为手机用户的投诉热点。

“短信陷阱”问题。对于目前的一些短信服务，人们形象地称之为“短信陷阱”。所谓陷阱，一般具有两个明显的特征。一个是比较隐蔽不容易发现，不论你多么小心，也很容易掉下去。二是一旦掉下去，就很难爬上来。用户在不完全知情或完全不知情的情况下，稀里糊涂就“订制”了某项短信服务。当发现身陷其中时，想退订却不容易退掉。《消费者权益保护法》规定，消费者有权自主选择提供服务的经营者及服务方式，自主决定接受或不接受任何一项服务，有权拒绝经营者的强制交易行为。当然，如果一方在协议（如登陆某些网站时网站提出的条款）中明确告知该服务是收费的（包括收费标准和方式），另一方以一定的方式表示同意（如点击确认同意）表示接受该协议条款，视为对要约的承诺。服务商依协议履行合同义务，则不存在违约或侵权问题。而那些陷阱收费、恶意收费，实际上是一种强制交易或合同欺诈行为，侵犯了消费者自主选择权和公平交易的权利。现实中主要有以下情况：

- 未订制服务便收费。这实际是一种侵权行为，用户可以主张服务商承担侵权责任，退还费用并赔偿损失。
- 协议条款不明确（包括内容不明确和订约程序不明确），无论用户如何小心都可能掉进收费陷阱，用户是在违背真实意愿的情况下接受服务，构成了欺诈或重大误解。用户可以依法主张撤销协议，法律后果多半就是退还费用。
- 协议明确了双方权利义务，但服务商收

钱不服务或其服务和承诺不一致，这实际上属于不适当履行合同，应依法承担违约责任，包括退还部分或全部费用。

垃圾短信的问题。对于垃圾短信，没有明确的定义和范围，人们普遍将涉及虚假诈骗、淫秽色情、广告促销等无聊、无用甚至有害的信息泛称为垃圾短信。这类短信虽然是免费的，但由于可能诱使用户上当受骗或者浪费用户的时间，占用内存空间，对用户造成骚扰。手机用户对此类信息只能被动接受，无法有效抵制，所以用户对此也只能默默忍受。运营商是否有权将手机号码公布给商务公司？用户是否有接受免费广告短信的义务？用户若不愿意接受无用户信息有何抵制措施或救济途径？运营商并不能给出合理的解释或妥善的解决方法。对于危害国家安全、社会稳定、违反法律法规及迷信、淫秽等有害信息，《电信条例》、《互联网信息服务管理办法》等都有明确的禁止性规定。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，以牟利为目的的制作、复制、传播短信息二百件以上的，构成传播淫秽物品牟利罪；不以牟利为目的传播短信四百件以上的，构成传播淫秽物品罪。对传播淫秽、侮辱、恐吓等骚扰短信，干扰他人正常生活的，《治安管理处罚法》草案已有涉及，将给予罚款或行政拘留等行政处罚。但仅有法律规定还是不够的，法律不能将所有的垃圾信息规定在内。移动运营商应有义务利用技术手段设法阻止和减少垃圾短信的发送。据了解，运营商在目前的情况下只能对同一手机在短时间突然大量发送信息等非正常情况以及个别的关键词进行跟踪和监控。对全部短信进行过

滤，一方面存在技术及成本的问题，另一方面可能又侵犯了公民的通信自由权。因为根据有关法律规定，只有特定的国家机关，在履行特定手续后才有权查阅或监控公民的通信内容，运营商若实施这些行为可能对公民通信自由、隐私的侵犯。另外，对于一些短信，其内容从法律角度很难说它是不是垃圾短信。同样一条短信，在不同人的眼里，会有不同的看法，在需要者看来，是信息和机会；在不需要者看来，就是垃圾。特别是根据上述法律无法直接处罚的商业广告类短信。广告短信内容并不违法，但对于不需要的用户来说，却是骚扰信息。运营商对此类短信很难直接予以屏蔽或过滤。在这种情况下，建议运营商可以设定用户能够拒收的程序。如某一短信遭到用户拒绝后，若再次向其发送，运营商可以直接予以过滤，或者有关部门便可以对其采取处罚措施。这样既能尊重公民的通信自由和隐私，又最大限度地保护了用户不受骚扰的权利。

运营商代收费的性质 现实中，当手机用户发现短信收费不正常后，只能拿缴费单据去找运营商。运营商却经常将用户的投诉推给服务商，声称他们只是代收费，好象他们也很无辜。实际上运营商与服务商之间的代收费关系的存在，就说明二者存在经济利益上的依附关系。服务商只是借助运营商的网络平台提供服务，进行收费，运营商本来可以对服务商不规范的行为进行必要的限制。但是由于服务商与中国移动、中国联通等运营商有“利益均沾”的分成协议，含糊不清的收费和强制性的包月费对双方都有好处，所以一些地方移动运营商为了眼前的短期利益，也就听之任之。从法律角度说，运营商依据什么向用户代收信息费呢？它和用户有协议或者有用户的授权吗？如果没有用户的

授权，仅凭运营商与服务商之间的代收费合同，能直接向用户收费吗？事实上，这种未经用户同意便直接代扣短信费用的方式，在用户对短信费用有异议时，用户却无法单独就短信费用拒付，若拒付可能导致整个手机欠费遭停机。正是因为存在代收费的关系，在短信服务存在欺诈或侵权等情形下，运营商与服务商应承担连带责任。根据信息产业部《关于规范短信息服务有关问题的通知》要求，受理用户投诉后，在15日内无法确定责任时，移动通信企业应先行向用户做暂退费处理，由运营商先行赔付。基于我国《消费者权益保护法》等相关法律规定，对消费者权益保护力度不够，我国消费者普遍存在维权成本高、难度大的问题。而手机用户在短信方面若依法维权或提起诉讼，更是如此。从经济角度考虑，特别不划算。这也是大多数消费者选择沉默的主要原因。为了几元、几十元的费用打官司，可能要花费几百元，甚至更多。如果胜诉，大多也只是退还费用而已。即使依据《消费者权益保护法》适用了加倍赔偿，但对于服务商来说不过是九牛一毛，不痛不痒。在巨额利润的诱惑下，寄希望于运营商、服务商的自律经营，是不现实的。对于这种状况，监管部门应从行政监管和处罚的角度，重罚违规经营者，直至吊销其经营资格，只有这样才能有力监管，促使运营商、服务商依法规范经营。

## 二、关于短信的著作权保护问题

短信早期的表现形式主要为文本形式，现在已逐渐发展到可以同时传递包含图片、声音、视频动画等在内的多媒体短信（彩信）。现在有一部分人专门从事短信创作，短信这种新的作品形式，是凝聚着作者的智慧和劳动的。如果对其作品不给予法律保护，显然不公平。由于历史和文化的原因造成中国人

的知识产权意识和规则意识都相对落后，习惯于将别人现成的东西免费拿来用。一条好的有创意的短信经常被服务商随意传播或者抄袭、模仿。服务商以此盈利却不支付任何费用。2002年，新浪状告搜狐，认为搜狐抄袭了其部分手机短信图片；2002年9月，中国音乐著作权协会状告网易未经许可，擅自使用《血染的风采》做手机铃声下载，侵犯了著作权人的信息网络传播权，均得到了法院的支持。上述案例，在有关短信的著作权保护方面具有标志性的意义。新技术条件下，特别是网络条件下的著作权保护，是世界性的难题。对于短信这种作品形式，无论是修改后的《著作权法》，还是最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》，都没有直接的规定。不过，从最高人民法院的司法解释第三条的内容来看，“受著作权保护的作品，包括著作权法第三条规定的各类作品的数字化形式。在网络环境下无法归于著作权法第三条列举的作品范围，但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力创作成果，人民法院应当予保护。”根据最高法院对作品的这一扩充解释，是可以将短作包括在内的。著作权法规定的著作权包括人身权和财产权共十七项。短信的作者理应享有全部权利。因目前的短信与计算机网络联系密切，所以与短信最相关联的财产权利便是“信息网络传播权。”根据《著作权法》第五十八条的规定，信息网络传播权的保护办法由国务院另行规定，但目前，该保护办法至今尚未出台。根据《著作权法》的相关规定，短信要取得著作权保护必须要满足两个前提条件：一是该短信具有独创性；二是该短信属于自己创作。对于是否具有独创性的问题。

现在可以说大部分的短信没有独创性或独创性很低，很多短信大同小异。比如直接剪辑电影里的经典对白，剧照或者主题音乐等，或者在基本的大家都可以用的素材上加上一点自己的创作等，对此类短信是很难受到保护的。对于短信是否属于自己创作，从举证的角度而言是特别困难的事情，短信内容少、创作时间短，再加上以互联网为传播方式，短信的传播范围广、速度快，在这种情况下，很难确定谁是短信的原创。就个案而言，侵犯短信著作权利的涉案标的是很小的，若让创作者自己去取证、举证，然后提起侵权诉讼，很可能得不偿失。《著作权法》规定了著作权人可以授权著作权集体管理组织来行使权利，这样，短信的创作者可以创办著作权维权团体，对短信著作权进行集体管理，统一维权。

三、关于短信证据的相关问题 无论是手机用户维护其消费者权益，还是短信作者维护其著作权利；无论是涉嫌传播淫秽信息被追究刑事责任，还是因发送骚扰信息被行政处罚，这都涉及到如何调查收集短信，如何审查认定短信的证据效力问题。任何能够证明案件真实情况的资料都可以作为证据使用。短信能够以文字、符号、图形记载一定的内容、表达一定的思想，能够储存在手机中，能够表明发送者、接收者以及发送、接受的时间，若短信反映的信息与案件事实有关，即可以作为证据使用，对此应不存在争议。但是手机短信又是一种通过运营商的信号网络进行传输的数据电文，与传统证据大相径庭，对传统的证据形式提出了挑战。

关于短信证据的证据类型 因为短信与传统证据形式中的书证和视听资料关联性较大，所以一般将短信归入书证或视听资料的类型。但是这种分类并不太合适。虽然很多短信以文本形式表现，

但是我国书证规则要求提供原件，而短信却无法提供原件。而将纯文本内容的短信归入视听资料，也是比较牵强。在此情况下，一些学者建议确定新的独立的证据形式-----电子证据，并将原来的视听资料归入其中。以目前的技术来看，视听资料确实是一种电子资料，与电子证据在名称上无逻辑冲突，而且这种证据归类也符合视听资料数字化、信息化的发展趋势。另外，由于短信一般只能证实案件事实的某一个片段，具有或然性的特点，所以，普遍认为短信属于间接证据，需要与其他证据结合，形成证据锁链，才能成为定案的依据，不能单独以短信认定案件的事实。

2.关于以短信方式订立合同 公民、法人实施法律行为时，将内心的意思表示于外部，经常通过行为、口头或书面等方式。通过手机短信，可以实现法律主体表达内心意思的效果，因而手机短信的书写和传达是一种表意行为。通过发送手机短信，法律主体可以设立、变更、终止民事权利、义务，实施法律行为，产生法律效果。例如当事人通过短信发出要约和承诺订立合同，通过手机短信约定履行合同的时间、地点等。我国《合同法》规定可以以数据电文形式订立合同。但对此没有具体的规定。比如是不是所有的合同都可以适用数据电文订立？2005年4月1日实施的《电子签名法》规定，民事活动中的合同或其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或不使用数据电文。并且明确规定，涉及人身关系、不动产权益转让、公用事业服务等，是不能适用数据电文的形式订立的。手机短信作为数据电文的一种，在订立合同时，也应受以上规定约束。

3.关于短信证据的真实性 依据我国证据规则的要求，采用证据应符合客观性、关联性、合法性的标准。对于短信证据而



言，主要是对其真实性审查的问题。对于一般手机用户来说，收到的短信会存放在收件箱内。收件箱中的短信应是只读文件，直接在短信收件箱内修改信息的可能性很小，如果以编辑方式修改信息内容，则会将短信转移到草稿箱或发件箱中。从一条手机短信的基本内容看，它均带有发信人的号码，发信时间，而且运营商的服务器也有相应的记录。若当事人对短信的收发人有异议，比如否认是自己发送的短信，那么可以调取运营商的相应记录作为印证，一般可以确认短信的发送方、接收方的号码和发送时间。不过在现实中还可能出现：手机所有人将手机借给他人使用或被盗窃后由他人发送的短信。在这种情况下，否认是自己发送的当事人应有证据证实抗辩事由，否则，应推定为该短信就是其本人发送。据了解，目前运营商或服务商只记录每条短信的收发时间及收发方的手机号码，对于短信的内容一般不记录。运营商的记录只能证实在某个时间，从一个手机向另一个手机曾发送过短信，但发送的是什么短信，具体内容如何，则无法证实。如果当事人对短信内容有异议，就可能造成短信的真实性无法查清。在这种情况下，对短信的认定由需要借助推定、自认等方法，基于案件事实间的内在联系，运用逻辑推理和日常生活经验，进行判断。由于手机短信通过技术手段容易修改、删除，且不留痕迹，且信息产业部也只是要求，对短信原始数据的保存期限不低于5个月时间，所以为了不使证据灭失，从保全证据的角度考虑，可以对短信申请公证，既保全了证据也增强了短信的证明力。司法实践中涉及短信的案件，绝大部分是采用公证的方法固定、保全证据的。

#### 4.关于短信证据的举证责任分配

我国的三大诉讼法对于举证责任

的分配，有不同的规定。民事诉讼中以“谁主张，谁举证”为主，行政诉讼中以被告举证为主，刑事诉讼中则以公诉人或自诉人为主。在涉及短信作为证据的案件中，举证责任的分配也比较重要。在一般当事人之间的民事纠纷，可按照“谁主张，谁举证”的基本原则分配举证责任。比如债权人以短信证明债务人欠款；夫妻一方以短信证实对方有第三者；短信创作者以短信证实对方侵犯其著作权等。举证有困难的，可以申请人民法院调取，这样对双方都比较公平。而对于运营商、服务商作为当事人的案件，特别是用户对短信服务是否存在欺诈、是否曾订制短信、订制的内容以及收费方式等有异议的案件，应由运营商、服务商承担主要的举证责任。如果运营商、服务商为原告，那么他应对自己的主张承担举证责任；如果他是被告方，因为用户举证能力有困难，用户能够举出的也只有话费单，数据初始记录都存储在运营商、服务商的服务器上，所以相关证据应当由他们提供更为公平。根据《民事诉讼证据规定》，有证据一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。依据这一规定也可以确定上述举证责任的分配。 电话：0554-2685321

013004005845 E-MAIL:yqh5845@126.com 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)