

厦门大学
广告与传播艺术丛书

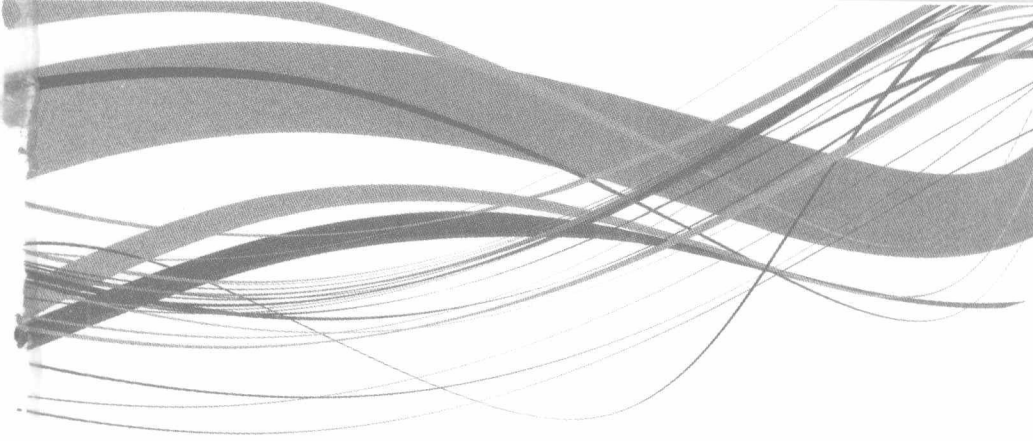


手机信息传播 法律与管理问题研究

申琦 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



手机信息传播 法律与管理问题研究

申琦 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

手机信息传播法律与管理问题研究/申琦著. —厦门:厦门大学出版社, 2010. 3

(厦门大学广告与传播艺术丛书/陈培爱主编)

ISBN 978-7-5615-3477-9

I. 手… II. 申… III. ①移动通信-携带电话机-传播-法律-研究-中国
②移动通信-携带电话机-传播学:管理学-研究 IV. D922.164 G206

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 042046 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup @ public. xm. fj. cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

开本:889×1240 1/32 印张:7.25 插页:1

字数:211 千字 印数:1~3000 册

定价:25.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

总序

1983年,厦门大学创办了广告学专业,1993年,厦门大学出版社出版《21世纪广告丛书》。弹指一挥间,至2008年,已经25年或15年过去了。近两年来,《21世纪广告丛书》又进行了重要的改版与扩充,更名为《厦门大学广告学丛书》。

为了推进广告学术研究,2008年,我们又启动了《厦门大学广告与传播艺术丛书》的编写工作。在前一套丛书的基础上,本丛书的思路是进一步扩大广告学研究的深度与广度,尽量延伸与广告相关的研究领域。因此,本丛书包括《广告传播学》、《著名品牌故事》、《2.0营销传播——互动整合营销传播策略》、《国际广告传播》等10多种著作。这些著作不仅关注广告理论方面的深度探讨,也关注新媒体时代广告发展的趋势研究和广告在国际化背景下的运作策略研究。广告是营销的促销手法,服务于商业销售目的;同时,广告之所以成为“广告”而不是其他,是因为广告活动是大众传播行为,是特殊的传播形态和传播方式,是研究利用大众媒介说话的艺术、传播的艺术。因此,才有了《广告与传播艺术丛书》的构想。

传播学的理论来源于社会现象。众所周知,传播学本身并不是一门历史悠久的学科,从形成理论体系到现在才不到100年历史。其中,传播统计方法师从统计学,传播心理学源自心理学,其二级学科广告学又借鉴了市场营销学的一些原理和方法。可以说,传播学是优良的“杂交品种”,无论是早期的研究报刊广告的覆盖率,还是拉姆斯菲尔德、施拉姆对传播要素的定义,还是后来M.E.麦库姆斯和D.L.肖就美国总统选举情况提出的“议程设置假说”等各传播学理论,它的面世是用于解决和分析社会问题,所以属于社会应用型学科,这就要求其必须同社会现象紧密联系。广告在发展中吸取了传播学的这些精髓。

众所周知,在我国,广告学作为学科门类建立之初就隶属于传播学门下。然而,随着我国经济的飞速发展,广告作为“经济晴雨表”的功能得到了实践的认同,而“叫好不叫座”、高投入低回报的广告的频频出现,为中国广告学研究与经济学相脱离的现实亮起了红灯。其实,对广告的定义离不开经济、传播这两个字眼。随着市场经济的日益繁荣,商业色彩的日益浓重,对广告中传播元素和经济元素研究的失调必然要进行调整。必须根据市场的脉动,为广告学研究找到一个平衡点。

广告的文化含量越高,其影响力就越大,文化内涵在几乎所有的购买决策中都起着重要的作用。广告既是沟通信息,又是交流情感。广告的内容诉求逐渐从以产品为中心转向以人为中心,从有形的产品转向无形的品牌,广告更多强调的是产品与人的情感世界、精神世界的联系,演绎的是人的欲望和需求,表现的是人的意识和观念。于是广告作为沟通的艺术,沟通的不单是来自产品利益的主张,更是来自某种深层文化心理的认同,这使广告的文化内涵大为增强。同一种产品广告由于其所负载的文化内涵不同,所产生的效应也可能是截然不同:耐克以张扬个性、创造、活力为主题的“just do it”系列广告得到了中国青少年广泛的文化认同,而“恐惧斗室”广告却因对中国传统文化的歧视倾向而引发文化争端,改变的并不是耐克本身,而是广告的文化内涵。可见文化内涵是决定广告传播效果的关键因素。

新媒体的广告运作方式有很多,但最重要的是能结合新媒体的形式感、参与性与多媒体互动的特点。可以说,互动参与将成为未来广告的重要特点。参与性媒体时代的到来,从某种层面来说,是一种社会的深刻变革。在新媒体文化中,人们消费媒体不再被动,而是积极地参与其中。新媒体的出现改变了以往广告传播受众只能被动接受信息的状况,更着重于主动拉近品牌与消费者的关系。

.....

广告学是一门包容性很强的学科。在学科发展的基础理论上,涉及传播学、市场学;在学科的本质属性上,又同科学与艺术相连;在广告传播的载体上,传统媒体、新兴媒体、自主开发的媒体很是热闹。而在广告的可持续发展上,文化的融入担起了大任。因此,本丛书将以更广阔的视野,把当代与未来广告的发展趋势做进一步的展示,让人们从广

告中获取知识,让社会的发展得到广告的推动。

总之,本丛书希望在更宏观的层面上透视广告的内涵,让人们更通俗完整地了解“广告是什么”。我们希望通过不懈的努力,使广告学科不断成长壮大,真正成为 21 世纪智慧的学科。

厦门大学出版社历来与厦大的优势学科携手共进,我们非常感激他们为本套丛书出版所提供的宝贵支持!

陈培爱

中国广告协会学术委员会主任

厦门大学特聘教授 博导

2008 年 12 月 1 日

目 录

总序	陈培爱
第一章 绪论	1
第一节 基本思路	1
一、基本思路	2
二、创新之处	2
第二节 文献综述及研究方法	3
一、文献综述	3
二、研究方法	8
第二章 手机新媒介:开启移动互联时代	11
第一节 手机媒介:多媒体融合的产物	12
一、手机新媒体的发展历程	12
二、手机新媒体的发展态势	14
第二节 手机传播:人际传播与大众传播的交融	19
一、内容丰富的人际传播	19
二、个性化的大众传播	23
第三节 传播失范:手机信息传播呼唤法律监管	35
一、手机传播失范的表现	37
二、手机传播失范的特征	40
三、手机传播失范的四个范畴	42
第三章 私法制度下的手机信息传播问题	51
第一节 隐私权	51
一、隐私权的一般理论	51
二、手机偷拍的隐私权问题	54
三、手机实名制与隐私权保护	60

四、垃圾短信侵犯隐私·····	62
五、手机运营商侵犯隐私权·····	64
第二节 著作权·····	67
一、著作权的一般理论·····	67
二、手机信息传播著作权的特点·····	69
三、手机用户编制的短信是否受到著作权的保护·····	72
四、手机铃声下载的著作权保护·····	74
第三节 财产权·····	77
一、手机传播服务合同的主体问题·····	78
二、手机传播服务合同的强制缔约问题·····	83
三、手机传播服务合同的格式合同问题·····	87
四、手机传播服务合同的违法订立及履行问题·····	96
五、手机短信赠与合同问题·····	98
第四章 公法制度下的手机信息传播问题·····	104
第一节 手机信息传播与国家安全·····	106
一、手机信息传播与国家安全问题·····	107
二、手机信息传播与保密·····	111
第二节 手机信息传播与社会秩序·····	116
一、手机传播与政府信息公开·····	116
二、手机传播中的广告管理·····	133
三、手机信息传播中的犯罪问题·····	149
四、利用手机短信进行诈骗的犯罪问题·····	152
五、手机传播色情信息的法律问题·····	159
六、手机个人信息被非法泄露的法律问题·····	170
第三节 手机信息传播中的证据力问题·····	174
一、手机音频和视频的证据力问题·····	174
二、手机短信的证据力问题·····	178
第五章 手机信息传播监管及法律问题的立法建议·····	182
第一节 手机传播监管问题·····	183
一、手机传播监管原因论·····	183
二、手机媒介监管的两个问题·····	188

第二节 立法建议.....	192
一、主要国家和地区手机信息监管实践	193
二、在我国实行手机实名制的情况	199
三、建议	202
参考文献.....	209

第一章

绪 论

第一节 基本思路

作为多媒体融合的产物,手机媒介是全新的交互性、私人化、个性化的大众传媒。手机的信息传播消解了传统媒体传播者的主体地位,实现了处处是中心,无处是边缘的去中心化的网状传播。手机媒介不仅是技术变革和数字化浪潮的产物,更是新的传播语境中,受众主观意愿上升和媒介经营形态革新的结果。随着 3G 网络的开通和普及,手机媒介与互联网的结合日趋紧密,其运行和发展势必对社会生活产生巨大影响。科学正在影响当代的社会变革而且受这些变革的影响,为了使这种认识多少具有实在的内容,我们应更仔细地分析两者之间的交互作用。^①科技发展带来生活便利,也提出许多新问题。

目前,在手机媒介信息传播中存在的问题主要有侵犯个人隐私、手机出版物的版权问题、信息安全、信息垃圾、手机广告侵权、手机传播色情淫秽信息等。手机媒体监管也存在不少难点,诸如,手机用户的海量性、传播者身份的隐蔽性、跨地域传播带来的挑战、手机与互联网交融后的管理空白问题、政策法规滞后,等等。本文立足于我国手机媒介发展现状,研究其在信息传播过程中产生的种种有关法律和管理方面的问题,旨在对发现的问题进行学理阐述,对现实问题提出合理建议。

^① [英]J. D. 贝尔纳著,陈体芳译:《科学的社会功能》,商务印书馆 1982 年版,第 37 页。

一、基本思路

本书以法学基础理论为逻辑起点,从传播学角度出发,以私法制度和公法制度为研究维度,对手机媒介信息传播过程中的法律和管理问题展开分析和研究。

书共分为五个部分:

第一部分是研究思路和文献综述。主要阐明书的基本结构,回顾这一领域诸位学者的研究,提出本书观点。

第二部分分析手机新媒介的特性和传播特点,重点研究其信息传播失范的原因、表现、特征和范畴,进而提出手机媒介法律监管方面遇见的亟待解决的现实问题。

第三部分研究私法制度下的手机信息传播法律及管理问题。主要研究平等的民事主体之间产生的,目前引起普遍关注的手机信息传播中的隐私权问题、著作权(版权)问题、财产权问题。

第四部分研究公法制度下的手机信息传播法律及管理问题。主要讨论不平等主体之间产生的,手机信息传播中的国家安全问题、社会秩序问题(重点为手机信息传播的犯罪问题)、手机信息传播中的证据力问题。

第五部分研究手机信息传播监管问题。主要研究手机信息传播监管中的主要问题、对国外成熟管理经验的介绍以及对我国监管和立法的建议。

二、创新之处

本书的创新之处有三点:

(1)参照传播学理论知识,从法学角度出发,以私法和公法两个维度研究手机信息传播中的管理和法律问题。

在手机信息传播中,有些问题是由私法领域中平等主体之间的权利义务关系而产生的,这需要参照民事法律等相关法规解读。而对于涉及不平等主体之间的权利义务关系,诸如手机信息传播管理、手机广

告侵权等问题,则需要国家行政法规来调节。性质更恶劣的利用手机信息传播犯罪、危害国家和社会安全等犯罪问题,则归属公法领域中的刑法管辖。厘清手机信息传播中的私法和公法的管辖范围,有助于有重点、有策略地管理和规范手机媒介信息传播。

(2)针对由手机信息传播引发的大众普遍关心的社会热点问题,以个案剖析为起点,条分缕析、深入浅出地结合法学知识和相关规定,洞悉我国相关方面监管上的漏洞和不足。取自现实的生动案例,可以帮助我们更直观地认识手机传播中的法律问题。将对艰涩枯燥的法律条文的解释融入日常生活经历中,使本书兼具理论深度和现实意义。

(3)引进和介绍国外相关经验,针对现状提出学理建议。目前,韩国和日本等国家的手机媒体发展相对成熟,但我国的手机媒体产业经营与发展有自己的特点。制定相关法律、法规和管理措施的时候,应该考虑我国手机媒体产业的独特性。

第二节 文献综述及研究方法

一、文献综述

传统媒体已有百年发展历史,手机媒介的出现和发展时间较短。1987年11月18日,中国第一个TACS模拟蜂窝移动电话系统在广东省建成并投入商用。2000年,中国移动和联通两大移动通信的运营商分别推出手机短信业务。这项由通信运营商为解决手机话费过高而推出的低廉文本信息服务,对经济、政治和文化生活产生巨大影响。2004年7月1日,《中国妇女报》推出全国第一家“手机报”。2004年11月23日,号称“中国第一部真正意义上的手机小说”的《距离》,在上海和北京通过高科技手段同时首发。2005年3月,上海文广新闻集团获得国内第一张手机电视运营牌照,手机电视作为新型视听媒介进入人们的视野。2008年北京奥运会让所有人对手机电视热情高涨,在移动的

状态下通过手机观看奥运赛事变成需要。2008年年末到2009年年初,中国移动、中国联通和中国电信终于获得3G牌照。中国通信业,从技术标准到市场格局,从此三足鼎立。中国的3G之路刚刚开始,发牌后最先普及的无线互联网应用是“宽带上网”,6亿手机用户延续目前互联网上的应用体验,随时随地用手机上网,随心所欲地展开移动搜索。

从手机媒介的发展历程,可以看出,技术变革是推进手机媒介成熟和多样化发展的动因,相关政策支持和技术标准的建设大大推动了整个行业的发展。技术突破和政策扶助对手机媒介行业的影响之大,促使我国学者对手机发展中产生的新现象、新事物、新问题展开研究,但较少涉及手机媒介信息传播中的法律和监管问题。

目前,我国关于手机媒介法律和管理问题的专著只有一本,是由郝振省主编的《中外互联网及手机出版法律制度研究》。它是我国第一本较为全面、系统地阐述互联网、手机出版法律制度建设状况的专业书籍,是新闻出版总署政策法规司委托的课题成果。在该书的第三部分——《手机出版管理制度研究》一章中,编者探讨了手机出版立法的原则,提出立法建议,详细地阐释了手机出版行政法律关系;对手机出版行政相对人的特殊权利和义务的总结、对手机出版行政法律关系主客体及手机出版行政法律关系内容的定义与概括,都有着独到的见解。由于我国目前还没有完全适用于手机出版的法律、法规,针对手机出版监管过程中所存在的难题,郝振省提出,把现行的预防制法律条例调整为追惩法律条例,并与实名制措施一起来规范手机出版行为。这有一定的建设性,给人以启发。

作为拓荒之作,《中外互联网及手机出版法律制度研究》一书还有不尽如人意之处。该书笼统地将手机短信、手机报、手机小说、手机杂志、手机电视等划归为手机出版行业,不妥。比如说,用于个人之间信息传播的手机短信,不具备出版的基本要求,带有私密性,属于宪法公民通信自由的管理范畴。手机信息传播中利用短信传播谣言或者手机下载、复制、传播色情信息等行为也不属于手机出版。此外,该书还建议参照《互联网出版管理暂行规定》制定手机出版的管理规章或将手机出版纳入互联网出版管理规定。手机信息传播与互联网信息传播有类

似的地方,甚至有人认为手机传播是互联网传播的延伸,但两者毕竟有很大不同。作为新兴数字产业,手机新媒体的发展方向和消费人群与互联网产业的并不一致,对它们的管理应该区分。手机信息传播的独特性及其迅猛的发展势头,提醒我们密切关注并及早制定出符合其发展规律的法律法规和管理办法。

目前,国内学者对手机媒介信息传播的管理问题和法律问题的研究大体有三种观点。

1. 呼吁正视问题,及时出台专项法律法规

尽管受制于技术标准、政策、商业模式、终端等因素,手机媒体的发展存在许多不确定性,但手机媒体正在改变现有传播格局,形成新的交流环境。实行手机实名制,现实操作困难且易于导致对公民个人信息的侵犯。包括政府、企业在内的各种组织要学会运用手机媒体,面对多元化、即时性、多样性的舆论生态环境,积极运用手机这一新型媒体,顺应新闻传播规律,提高传播技巧,主动设置议程,及时发布信息,努力占得舆论引导的先机,把握正确舆论导向。对手机媒体的管理,要尊重手机媒体发展的特殊规律,创新手机媒体管理办法。制定有关手机媒体的政策与法规时要避免鸵鸟政策,政策制定与立法原则应该顺应和促进手机媒体产业发展,规范与发展并重。^① 中国人民大学彭兰认为,手机媒体管理机制要进行根本性改革,将渠道管理与内容管理分离,应把网络媒体等其他数字媒体管理机制的改革作为整体,可以借鉴美国、英国、新加坡等国经验,成立统一的数字媒体渠道管理机构 and 数字媒体内容管理机构。^②

2. 考虑各方利益,对手机媒体进行合理管理

中国人民大学的杨立新认为,通信自由要保障,违法短信更要过滤,运营商应当通过网络监控过滤垃圾短信,这样做不会侵犯消费者的权利。应制定法律规则,在制裁违规短信发送者的同时追究运营商的

① 匡文波:《手机正在改变传播格局》,《中华新闻报》2008年7月25日。

② 彭兰:《有关手机媒体发展的深度剖析》,《中国记者》2009年第4期。

责任。运营商有能力过滤垃圾短信,移动通讯公司监管不力,就应当追究其责任。电视、报纸等传统媒介都有相关部门进行严格的审查监管,刊登侵权文章的网站也要承担相应的侵权责任。因此,应明确运营商违规行为的法律责任,适时追究其责任。同时,必须切断运营商、内容供应商的企业利益链条,有效监管垃圾短信。^① 清华大学的熊澄宇认为,和对互联网的管理一样,对手机媒体的管理不应该是“堵”和“守”,而应把握三个原则。首先,管理的目的是发展,通过管理促发展,规章制度要给发展留出空间。其次,管理要尽可能考虑通过制度管理而不是通过人管理。最后,要考虑现有制度和即将出台的法规之间的关系。^② 管理的重心不应该是防止无序现象出现,任何新生事物,包括手机报,出现的时候,情况都比较复杂,但各部门应根据自己的职能找到自己负责的领域。本部门职权范围之内的工作,也需判断是否要别的部门配合。在政策的制定阶段,立法的准备阶段就要考虑周详——政府管辖权的划分必然遵循权、责、利对称原则,谁拥有主要的管辖权,谁就应承担相应的市场管理责任。^③

3. 支持实施手机实名制,增强行业自律

实行购买手机身份证登记制度,容易通过网络服务系统明确发送方的身份,一旦发生民事或刑事纠纷,控诉对象非常明确,法律的约束力也更强。我国在手机走向市场之初并未提出“手机实名制”的控制对策,近几年来,基本已经放开了手机号码入网的登记制度,任何人可以在任何地方买到不需要身份证明的入网卡。手机用户保有量的增多和“一人多机”、“一人多卡”局面使得手机的管理困难重重,使得移动通信市场异常混乱,为不法分子提供了可乘之机。即使知道手机号码,也无法确认发送方身份。应当通过手机卡实名制实现对短信用户身份的有

① 杨立新:《发性骚扰短信也是侵权行为》,《北京日报》2005年11月14日。

② 熊澄宇:《手机短信是一种不可忽视的媒体》, [http://www. people. com. cn/GB/it/1068/2022214. html](http://www.people.com.cn/GB/it/1068/2022214.html), 2005-5-1-27。

③ 李志宇:《手机报的监管之感》,《通信世界》2007年第31期。

效掌握。^①不管是法制建设,还是政府管理和公安的参与,最治本的办法还是公民的“自律”,这也是社会道德层面上的棘手问题,需要集体的努力。^②学者的呼吁和手机媒体行业发展的迫切需要,促成手机媒体行业自律的产生。2007年12月26日,人民网主办的“2007第五媒体高峰论坛”在北京召开。此次会议旨在推动手机媒体的健康发展,加强业内的沟通交流。为倡导手机媒体规范化发展,强调全行业从业者加强自律,树立手机媒体社会责任意识,推动手机媒体行业职业道德建设,营造健康、有序的手机媒体环境,人民网发起倡议签订《手机媒体自律公约》。在本次论坛上,共有人民网、中国网、国际在线、中青网、中国经济网、光明网、沈阳日报、浙江在线、胶东在线、四川新闻网、湖南红网、山西新闻网、东北网、江西手机台、《贵州手机报》、《舟山手机报》、广州劲球信、飞象网18家媒体签署了《手机媒体自律公约》。

目前,针对手机媒介的专项研究著作有中国人民大学匡文波教授的《手机媒体概论》,董晓渝主编的《第五媒体原理》,郝振省主编《中外互联网及手机出版法律制度研究》,业界资深广告人朱海松的《第五媒体——无线营销下的分众传媒与定向传播》、《无线营销——第五媒体的互动适应性》、《无线广告——手机广告的发布形式与应用标准》,肖弦弈、杨成的《手机电视:产业融合的移动革命》,美国媒介学者保罗·莱文森的《手机:挡不住的呼唤》,这些著作都涉及手机传播中的法律和管理问题。

期刊网上可以检索到的关于手机信息传播中法律问题和管理问题的文章共有87篇,其中硕士论文9篇。综合这些期刊文章和优秀硕士论文发现:

(1)研究手机媒介信息传播涉及的法律问题和管理问题的绝大部分为法律专业人士,新闻传播学研究人员缺位。研究手机信息传播的法律问题及管理问题需要深厚的法学知识,但它首先是信息传播问题。不从信息传播角度出发展开研究,研究就缺乏广度和深度。在从个人

① 陈平:《手机短信的法制规制》,《中国青年政治学院学报》2006年第4期。

② 冯玉媛:《“第五媒体”的发展现状及趋向探析》,《军事记者》2005年第7期。

通信工具变为大众媒体的过程中,手机的信息传播方式也在改变,其对社会政治、经济和文化生活的影响也不断变化。仅站在单一学科角度上分析问题,难免失之偏颇。

(2)研究重点多涉及手机垃圾短信治理、手机短信(彩铃)版权、短信侵权等部分问题,缺乏宏观管理角度的整体思考。作为多媒体融合的产物,手机媒介虽说是新媒介,但却具备传统媒体和互联网的传播特性和产业发展特点。仅对手机信息传播中产生的个别法律问题和管理问题进行研究,或仅关注手机媒介发展中产生的新问题、新事务,很难对手机媒介产业发展进行宏观指导,也缺乏理论深度和厚度。

研究手机媒介的管理问题和法律问题,应该参照已有的对传统媒体和互联网媒体的管理办法和法律规定,展开分析研究,发现其特有的特点和规律,借鉴已有做法提出合理建议,这样才能解决现实问题。

二、研究方法

方法是人们发现问题、认识问题、解决问题的思维方式、处理办法、应对技巧和手段。科学的方法是正确开展科学研究的认识基础和基本保证。本文采用的研究方法主要有:

1. 文献分析法

文献分析法是按照一定的研究目的或课题,通过研究文献活动,全面、正确地了解、掌握所研究的问题,揭示其规律、属性的一种方法。通过分析其研究结果与建议,指出需要验证的假设,说明这些建设性的假设是否具有应用价值。本研究以我国《宪法》、《民法通则》、《刑法》及刑法修正案、《合同法》、《消费者权益保护法》、《治安管理处罚法》以及最高法院一系列相关司法解释为制度基点,结合中国期刊网、万方数据、中国学位论文全文库、ProQuest 博士论文全文数据库、PQARL 学术研究数据库、PQDD 学位论文库收集,检索国内外关于手机媒介管理和相关法律规章的研究文献,以确保课题研究的深度。文献收集范围主要包括书籍、期刊、网络、学位论文、文摘和年鉴。