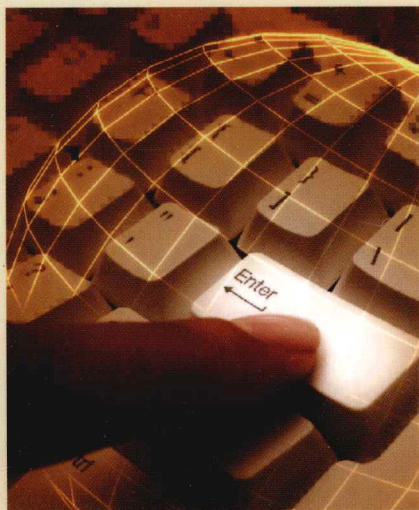


Legal Control on Spam:
From a Global Perspective



垃圾信息的 全球法律控制

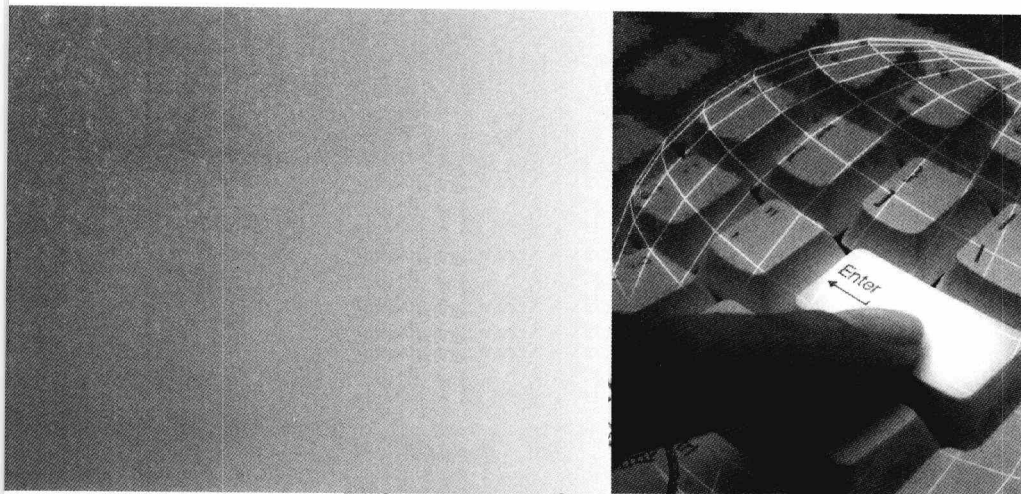


Legal Control on
Spam: From a Global
Perspective

李 昕 著

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

垃圾信息的全球法律控制



李 昕 著

湖北长江出版集团
湖北人民出版社

鄂新登字 01 号

图书在版编目(CIP)数据

垃圾信息的全球法律控制/李昕著.
武汉:湖北人民出版社,2011.1

ISBN 978 - 7 - 216 - 06484 - 2

I. 垃…

II. 李…

III. 信息管理—法规—研究—世界

IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 144429 号

垃圾信息的全球法律控制

李 昕 著

出版发行: 湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大街 268 号
邮编:430070

印刷:湖北恒泰印务有限公司
开本:960 毫米 × 1280 毫米 1/32
字数:160 千字

经销:湖北省新华书店
印张:5.625
插页:3

版次:2011 年 1 月第 1 版
书号:ISBN 978 - 7 - 216 - 06484 - 2

印次:2011 年 1 月第 1 次印刷
定价:28.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

序

唐 杰

李昕是我的同事,套句俗话是上下级。事隔多年的某日,当我的记忆已经模糊时,李昕发来一封邮件说,当年你批准我去读博士,如今博士毕业,论文即将付梓,请写一序。我回复,不是法学专业,无法评论。她的回复是,不要紧的,只是为了了结博士论文写作纠结的记忆。这当然让我想起很多年前自己写作博士论文时所经历的痛苦中的快乐。于是乎,我充满好奇心地去要来了她的博士论文。很久,还没有读完,当然更没真读懂。总是想,再认真看,再动笔。后来终于想明白,若我真能读懂它,还能参阅大量专业著作给出专业性的评价,那就不再是外行了,也就没有了李昕所设想的雾里看花的特殊感觉。

细想一下,我们每个人只要是上过大学,就有了自己的专业,多说一句,我有一些朋友没有学士、硕士和博士头衔却自学成才成为某一专业领域大家。我的同事中有的是工科专业,读理科的有数学和物理专业,读文科的也分法律、中文和经济学专业等等。我们经常会评论说,某某是典型的工科思维,某某一看就是学数学的等等,很明显这都是经历过专业训练的成果。严格的专业训练不仅培养了一种思维习惯,甚至会培养出不同的语言风格。但我们似乎真的都没有认真地想过这样一个问题,如何让其他的专业人士能够听懂并接受自己的专业语言?抑或是放弃自己的专业语言?

几年前,作为南开大学和哈尔滨工业大学的教授,我曾连续给两个学校的金融学和管理学同年级的硕士研究生讲授中级宏观经济学。上课前,为了提高授课的针对性,我认真研究过硕士研究生们的本科教育背景,两校都是以理工科为主,在大学阶段多数没有宏观经济学的学习经历,以我的观察,两校的同学对于宏观经济学的喜爱和努力程度也没有太大的差别。到学期结束时,尽管哈尔滨工业大

学对研究生教学的形式要求还要高一些,例如,要求全英语试卷以及任课教师提供全英文的标准答案等等,但哈工大硕士生的宏观经济学水平一般会比南开大学的学生要低。我曾经很是困惑,不知如何解释这种现象。直到我了解了哈工大的教授们对于论文的要求,才明白这是学科规范差异使然,当然也是学科语言和思维逻辑的差距。工科学校管理学专业的硕士研究生只是在宏观经济学这门课程上,运用经济学的思维逻辑与范式,而南开大学金融专业则是绝大多数课程要运用经济学的思维逻辑与范式。两校同学同时修多门课程,南开大学学生修的主要是经济学,哈工大学生主要修管理学。因此,对于哈工大的学生而言,经济学思维是外在的,管理学思维是基本的。南开大学的学生则必须形成内在的经济学思维逻辑。结论只有一个,管理学和经济学的硕士研究生对于宏观经济学的要求本应当有差别。

当我们离开学校后,多数专业思维和语言的限制慢慢地淡漠了,但相信大多数人都有这样的经历,时间过去很多很多年后,一个偶然的机会,你听到了曾经熟悉的语言格式和叙述方式,无论你是哲学、数学、物理、中文还是机械专业出身,你都会有为之一震的感觉。这就是专业的力量,这种力量产生于思维逻辑与范式的差异。

专业差异毫无疑问地提升了人类整体认识世界的水平,研究的科学化水平得以不断提高,但专业差异也会限制人类认识世界的能力。这是因为专业范式和思维逻辑的差别限制了不同领域专业人士之间的交流与借鉴,会使大量研究成果被浪费掉,不能为多学科所共享。从此意义上讲,跨专业的交流,首先要求拆除不同专业之间思维范式的语言障碍。如果天体物理学家都能够使用霍金《时间简史》中的叙述方式,人类对物理学,对于宇宙的了解肯定要比现在多得多。可以肯定的是,凡是常青常绿、保持活力的学科,一定是能够不断借鉴其他学科发展成果的学科。此外,对于一个学术大家而言,在达到了一个融会贯通的境界后,就可以超越本学科专业术语的限制,以人类共知的语言进行交流。发展经济学最经典的一句话是,把蛋糕做大。邓小平作为伟大的政治家,让每个中国人记住的一句话是,发展是硬道理。我相信邓小平并不知道

经济学有把蛋糕做大的说法,但说出了完全相同的道理,同时赋予了更多中国文化和时代的特征。以致到中国改革开放取得巨大成就,经济持续高速增长三十年、国民财富大幅增长的今天,只要说到发展是硬道理,都会消融我们关于当前和未来看法的分歧。这是因为每个中国人都知道,不患寡而患不均的传统文化的危害,都知道在被封闭和自我封闭的几十年中,我们曾经经历的与世界科技和经济发展水平出现的巨大落差。

我没有向李昕求证,但我相信,她在导师的指导下,在学科借鉴与学科交流方面做了十分艰苦的探索。

这种探索,首先表现在语言的使用上。李昕的书中到处跳跃着鲜活有生命的句子,亲切、生动但却绝对追求精准。以我个人写作经历,这其实是非常难得做到的。试举一例,李昕在谈到法律体系与理论的发展过程时,是这样写的:“法律作为一系列原则,不断地被分门别类、被挑选、被铸造、被修改。新事物难以在旧的模式下进行解释,试图清晰地表明任何新变化的法律尝试在一开始都是凌乱、递增和不完善的,但我们必须找到解释新事物的合理路径。”显然相对于现在流行的干涩枯燥无味或是追求生动但不准确的表达方式,这种极富哲理却生动有个性的语言,读者一定喜欢读。我特别记住了李昕对垃圾邮件的定义,“垃圾邮件最简单的定义是接收者收到的所有其不愿意接收的信息。但对于制定政策和可执行的反垃圾信息法而言,这一定义就过于宽泛了。”李昕接着写到,“但无论如何,这一定义提供了一个起点。从各国实践来看,相关法律定义一般是在此基础上增加关于垃圾信息技术、经济、社会和实践方面的内容。”生动而准确。

这种探索还表现在对多学科知识的广泛借鉴与精当运用方面。李昕的书中大量涉及了经济学、政治学、信息技术、系统论以及史学。坦率地说,这是本书的一大特点。李昕对垃圾邮件危害的分析是标准规范的经济学范式。她先证明,大多数垃圾邮件是为了营利目的而发送的;其次,垃圾邮件发送者所付的成本很小;第三,发送者可以极低成本获得较高回报,推动了垃圾邮件的海量化扩张,造成了显著的负外部性;第四,垃圾邮件造成了对财产权的侵害。“信息社会中

充斥着新形式的有价财产或财产权。面对垃圾信息行为,信息服务使用者需要耗费时间,有时还要支出接入费,以筛选、确定和删除有关信息,……这都属于直接损害、实际的财产权损害。”很显然,市场机制面对这种低成本高收益逐利行为造成的高昂社会成本是无能为力的。社会需要运用立法手段,保护社会大众财产权不受侵犯。我不熟悉系统论,但对李昕运用系统论来论证法律体系的建立与发展很是羡慕。如果有读者还不太清楚李昕的想法,可以在本书的结论中看到这样一段画龙点睛的话,“马克思在《1844 年经济学哲学手稿》中说,自然科学通过工业日益在实践上进入人的生活,改造人的生活,并为人的解放作准备。法律和技术是一个互动的演进的系统,正因为有了飞速的技术,才导致包含许多新鲜事物和背景的法律争议。人类社会需要更加有效地运用法律和技术互动演进过程来解决垃圾信息带来的烦恼”。李昕的研究框架是法律的,但也是历史的,是经济学的,更准确地说是从多个角度对信息化时代人类行为模式的一种分析。我也是读了本书的结论部分后,才恍然大悟。一个似乎很窄很偏的博士论文题目,《垃圾信息的全球法律控制》其实是那么直白、躲无可躲地植入了每一人的生活。信息化与全球化之间的相互推动正以极快的速度改变世界,改变着我们的生活。人类因为全球化而生活得更加美好,也因为全球化而徒增说不尽的烦恼。问题在于,我们是否做好享受美好生活和克服烦恼的准备。

最后,我想说得是,公务员队伍可能是唯一一个面对双向严峻挑战的群体。公务员队伍在多数情况下,要面对着承受重复琐碎和简单执行者的思维之窗关闭的挑战,紧张的工作要求公务员踏踏实实、兢兢业业地做好每一件琐事,其间真的是没有多少思想的快乐;但是快速变化的世界要求公务员队伍时刻做好制度、政策和工作方式转变的准备。这种准备来自于公务员队伍的国际视野、良好的专业化训练,一旦时机成熟就可以推出一系列新的政策与制度改变。从这个意义上说,国家、地区、城市发展水平的差异决定于公务员队伍能力与素质的差异。从这意义上说,不断提高公务员队伍的专业水平和交叉学科知识是重要的。多说一句但并不多余的话是,现在一些大学以取消招收在职人员攻读博士学位作

为提高大学教学水平的幌子实在是不高明。如果武汉大学也实行了这种最符合中国人文化传统的一刀切的作法,我们就失去了阅读本书的思维享受。

衷心祝贺李昕和她的导师在探索过程中取得的成果。

(作者系深圳市副市长,南开大学经济研究所教授,博士生导师)

摘 要

垃圾信息是信息社会的一个副产品。随着商业活动与现代电子通信技术越来越紧密地结合,垃圾信息问题日益冲击着传统法律体系。目前对垃圾信息进行法律控制的尝试存在着概念不统一、规范模式不统一等问题,并对加强国际合作、公私部门间合作提出了更高的要求。

垃圾信息的构成要件包括技术要素、商业要素、大批量、特定内容和作为威胁安全的工具等。垃圾信息行为依法律性质可分为垃圾信息侵权和垃圾信息犯罪。前者可能侵害财产利益、人格权、商标权,后者可能侵害公共安全、市场经济秩序、公民人身权利和公私财产权利之间不同形式的组合。垃圾信息行为的首要特征是权益侵犯的复杂性,并普遍表现为匿名和跨越不同法域。

垃圾信息的立法规范模式可以分为择入模式和择出模式。前者是指立法规定在没有接收者事先明示或暗示同意的情况下,不得发送非经索取的商业电子信息,其代表为欧盟反垃圾信息法律体系。后者是指立法规定在接收者告知发送者不再希望收到信息之前,都可以发送及持续发送商业电子信息,其代表是美国反垃圾信息法案。

目前国际反垃圾信息立法的进展滞后于实践需要,除欧洲理事会网络犯罪公约的有关规定外,联合国等其他国际组织倡导的反垃圾信息立法均处于意向阶段。各国开展的反垃圾信息合作主要集中于执法方面,签署了大量有关克服内国执法权限限制、加强信息收集与共享的双边和多边协议。经济合作组织、欧盟、亚太经合组织、东盟等国际组织也积极推进反垃圾信息国际执法合作。

国际反垃圾信息司法活动主要面临管辖权方面的挑战,除加入欧洲理事会网络犯罪公约、尽快签署海牙公约草案外,笔者建议考虑管辖权问题日益增长的社会化和全球化因素,尝试采用世界多元管辖模式,从根本上解决管辖权争议和外国法院判决的执行问题。

非主权者在全球化和信息社会的背景下迅猛发展,尝试自助、自律和自治,作为主权者反垃圾信息法律控制体系的补充,同时与公共机构在反垃圾信息执法中密切合作。

发展中国家是垃圾信息的重灾区,中国有其特殊性,中国垃圾信息法律控制与垃圾信息全球法律控制是不可分割的。中国现行法律体系中对垃圾信息的规范比较分散,没有对垃圾信息的统一定义,可直接适用的条款少、效力低,对垃圾信息行为可能使用的电子通信方式没有进行统筹考虑。另外,中国各法域间还可能出现反垃圾信息法律冲突。中国参与垃圾信息全球法律控制需要整个法律体系作出综合反应,完善立法,加强反垃圾信息执法和司法方面的国际合作,并充分发挥行业和公民社会的作用。

关键词:垃圾信息 法律控制 信息社会 全球化

Abstract

Spam is a by-product of information society. As the business combining with modern telecommunication technologies closely more and more, spam is challenging the traditional legal system constantly. There is unable to come to a consensus on both the definition of spam and the regulative model on it. It's very important to enhance the international cooperation and the coordination between the private and the public sector.

The components of spam include technical factor, commercial factor, bulk, defined content such as fraud and so on, and a tool threat public security. Spamming can be divided into tort and crime. Tort spamming may injure property interests, personality or trade mark. Criminal spamming may damaged the different combination of public security, personality, public property or private property. It's popular that spam been sent across different jurisdictions while the spammer keep anonymous.

The regulative models of spam can be divided into "opt-in" model and "opt-out" model accord to "consent". The former means that sending unsolicited commercial information without express or inferred consent from receiver was forbidden such as the EU law has regulated. The latter means that sending commercial information was permitted except the receiver refused to accept such information any more such as The US CAN-SPAM ACT has regulated.

The international legislation on anti-spam is not fit for the urgent need of practice. Most of the international cooperation is focused on law-enforcement, there are a lot of agreements among different countries on enforcement coordination. Many international organizations such as UN,

EU, APEC, OECD also promote enforcement cooperation actively.

Legal jurisdiction and enforcement of a judgement are two of the major challenges the courts faced when the spammers were suited. According to the transnational nature of the majority of spam, the paper suggests to try a cosmopolitan pluralist conception of jurisdiction besides to enter The Council of Europe's Convention on Cybercrime and signing The Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

The power of non-sovereignties makes a great progress in the information society depending on the tide of globalization. They try to self-help, self-regulate and self-order in every area about anti-spamming, and which is an important supplement of the legal controlling system on spam. The private sector also cooperates with public authorities closely on the enforcement of law.

The developing countries include China were harmed by spam seriously. The legal control on spam in China can not separate with the related legal arrangement of the world. The whole legal system of China should react to the threat of spam, including engagement of private and public sector in a close collaboration process and collaboration at international level with intergovernmental and multilateral organizations.

Key Words: Spam Legal Control Information Society Globalization

目 录

第一章 导论	1
第一节 信息社会与垃圾信息的缘起	3
一、信息社会对既存法律体系的冲击	3
二、垃圾信息——信息社会的一个副产品	5
第二节 垃圾信息带来的法律问题	6
一、垃圾信息对传统法律体系的冲击	6
二、垃圾信息与垃圾信息行为的界定	9
三、反垃圾信息立法模式	9
四、加强反垃圾信息国际立法、执法和司法合作的迫切性	10
五、非主权者与垃圾信息全球法律控制	10
第二章 垃圾信息与垃圾信息行为的法律概念	12
第一节 垃圾信息的构成要件	12
一、技术要素	13
二、商业要素	14
三、大批量	14
四、误导、色情或涉及刑事的内容	14
五、威胁安全的工具	15
第二节 垃圾信息行为的构成要件	15
一、垃圾信息侵权的构成要件	15
二、垃圾信息犯罪的构成要件	21
第三节 垃圾信息行为的特征	25
第三章 美欧反垃圾信息立法及其模式比较	28
第一节 美国反垃圾信息法及其特点	29
一、美国反垃圾信息法	29

二、美国反垃圾信息法的特点·····	36
第二节 欧盟反垃圾信息法及其特点·····	41
一、欧盟反垃圾信息法律体系·····	42
二、欧盟反垃圾信息法律体系的特点·····	48
第三节 美欧反垃圾信息立法模式比较·····	50
一、整合次法域立法·····	50
二、择入模式与择出模式·····	51
三、反垃圾信息法中的个人·····	52
 第四章 统一全球反垃圾信息立法的努力·····	53
第一节 内国反垃圾信息法的域外适用·····	53
第二节 国际立法尝试·····	54
一、网络犯罪公约的相关规定·····	55
二、国际组织推进国际反垃圾信息立法合作的努力·····	56
第三节 统一全球反垃圾信息立法的可行性和局限性·····	59
一、统一全球反垃圾信息立法的价值取向·····	59
二、统一全球反垃圾信息立法的目标·····	61
三、统一全球反垃圾信息立法的局限性·····	62
 第五章 国际反垃圾信息执法合作·····	64
第一节 对于反垃圾信息有效跨境执法的挑战·····	65
一、法律执行难以适应垃圾信息技术的特点·····	65
二、执法权限的限制·····	66
三、各国执法机构间对于信息收集和共享的限制·····	67
四、国际执法合作优先权不明确·····	68
第二节 当前应对反垃圾信息跨境执法挑战的努力·····	69
一、国家间反垃圾信息执法合作·····	69
二、国际组织推动的反垃圾信息执法合作·····	72
三、国际条约中的反垃圾信息执法合作内容·····	75
第三节 对国际反垃圾信息执法合作的建议·····	76
一、优先开展反垃圾信息执法的国内协调·····	77

二、尽快达成推动反垃圾信息跨境执法合作的全球政策·····	77
三、发展最优的国际执法合作框架与安排·····	78
第六章 国际反垃圾信息的司法挑战 ·····	80
第一节 含跨国因素的反垃圾信息判例 ·····	80
第二节 垃圾信息案件的管辖权及外国法院判决执行问题 ···	82
一、垃圾信息刑事案件的管辖权·····	83
二、垃圾信息侵权案件的管辖权及外国法院判决执行问题 ·····	84
第三节 管辖的社会化和全球化 ·····	88
第七章 非主权者的反垃圾信息行动 ·····	94
第一节 非主权者的成长——在全球化和信息社会的双重 背景下 ·····	94
一、全球化·····	94
二、非政府组织·····	95
三、公民社会·····	96
四、全球化和公民社会对国家的影响·····	97
五、全球化和公民社会对法的概念的影响·····	99
第二节 非主权者在垃圾信息全球法律控制中的作用·····	100
一、作为垃圾信息法律控制体系的补充——非主权者的 自助、自律和自治·····	100
二、非主权者与公共机构在反垃圾信息执法中的良性互动 ·····	110
第八章 中国与垃圾信息全球法律控制 ·····	116
第一节 中国垃圾信息的特点·····	116
一、发展中国家是垃圾信息的重灾区 ·····	116
二、中国的独特性 ·····	117
三、中国垃圾信息法律控制与垃圾信息全球法律控制不可 分割 ·····	118

第二节 中国的反垃圾信息立法	118
一、中国反垃圾信息立法现状	118
二、中国参与垃圾信息全球法律控制需要整个法律体系作出综合反应	125
三、对中国制定反垃圾信息特别法的相关建议	133
第三节 中国的反垃圾信息执法	138
一、现状	138
二、相关建议	139
第四节 中国反垃圾信息司法参与全球合作	139
一、管辖权	139
二、加强司法合作	140
第五节 中国反垃圾信息行业行动	141
一、制定自律规范	141
二、采取反垃圾信息举措	141
三、参与国际合作	142
第九章 结论	144
中外文参考文献	149
后记	164

第一章 导 论

“垃圾信息(spam)”一词源自英国喜剧团体 Monty Python 创作的一个短剧。在剧中,一群维京人站在酒馆一角反复大声叫喊着“spam, spam, spam”,以致酒馆里的人根本听不到别人在说什么。而菜单上也只有 SPAM^①,“好吧,我们有 SPAM,土豆和 SPAM,鸡蛋和 SPAM,鸡蛋、火腿和 SPAM……”,就如同垃圾信息充斥着人们的邮箱和其他信息接收装置,让人们看不到自己真正希望和需要的信息。在垃圾信息最初出现在互联网上时,这句话非常流行。

全球化是一个建立在远距离通信和交流基础上的概念,其释放出的能量对威斯特伐利亚条约以来形成的民族国家主权提出了挑战。自上而下的全球化挑战,自下而上的单一民族国家倾向,冲击着主权国家间已经习惯或固化的国际秩序。微观而言,作为全球化技术基础的通信由三个基本部分组成,即发信者、接收者和通信媒介。日益复杂、先进的信息技术使这个简单的过程发生了革命。总的效果是信息在通信媒介中停留的时间减少了,发信者和接收者更加“接近”。在信息社会,我们的社会首次建立在信息这种可再生和自生的重要资源上,再也不会发生资源枯竭。与之相反,这种资源太多,造成泛滥却是个大问题。失去控制的无组织信息在信息社会不再构成资源,反而成为信息工作者和使用者的敌人。垃圾信息问题只是全球化洪流中的一朵浪花,对其进行全球控制却是一个复杂而艰巨的挑战,必须解决相应的政治、经济、社会、法律、机构和技术性课题。

垃圾信息问题出现 30 年来,西方法学界关于如何应对垃圾信息的研究成果不在少数,但多集中于垃圾电邮,并以整个计算机空间(cyberspace)的法律治理为背景。主要存在三派观点。一是以 Jack

① SPAM 是美军在二战期间经常选用的一种肉制品罐头的商标。