

建立“谢绝来电”制度治理骚扰电话

张继红

2018年7月30日,为着力整治骚扰电话扰民问题,切实净化通信服务环境,工信部、最高人民法院、最高人民检察院等13部门联合印发《综合整治骚扰电话专项行动方案》(以下简称《行动方案》),决定自2018年7月起至2019年12月底在全国范围内组织开展为期一年半的综合整治骚扰电话专项行动。

根据2019年问卷调查的最新数据显示,平均每人每天接到的骚扰电话就高达3-5个,其中以教育培训、房地产中介、装修装潢、理财投资等商业营销电话为主。应该说,《行动方案》的实施已有一年,虽然取得一定成效,但是骚扰电话扰民问题依然存在,并处于持续高发状态。

美国“谢绝来电”制度的发展

从全世界范围来看,商业营销电话、垃圾短信及邮件等,都是各国立法重点规制的对象。其中,“谢绝来电”制度的建立就是为了应对经营者主动推送的商业营销电话、骚扰信息,以促使电话推销行为的规范化,切实保障社会大众的生活安宁。

美国早在1991年就通过了“电话消费者保护法”(Telephone Consumer Protection Act, TCPA),以限制未经同意的营销电话,由美国联邦通信委员会(FCC)负责实施该法案。然而,骚扰电话问题并未得到有效控制,之后美国出台了更为严厉的“电话营销和消费者欺诈及滥用预防法案”(Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act of 1994)。2002年,FCC发现该法案并未充分保护消费者的隐私权,于是筹划在全美范围内建立“谢绝来电”登记处(DO NOT CALL REGISTRY)。上述建议,最终写入2003年“谢绝来电改进法案”(Do-Not-Call Implementation Act)(该法案后经2007年修改),并由美国联邦通信委员会(FCC)与美国联邦贸易委员会(FTC)两个执法机构负责“谢绝来电”登记处的日常运行,以禁止欺诈性或其他电话营销行为。

该法案要求:(1)电话营销者在拨打电话时不能隐藏或屏蔽其身份信息,应显示呼叫者的姓名或机构名称、电话号码或者地址等联系方式等;(2)电话营销的时间不得早于8:00之前或者晚21:00之后;(3)

- 从已建立“谢绝来电”制度的国家及地区的用户反馈情况来看,进入“谢绝来电”名录的用户接到骚扰电话的次数显著降低。事实证明,“谢绝来电”制度有效阻止了营销信息的泛滥,规范了企业的营销行为。
- 我国应在未来立法中引入“谢绝来电”制度,建立具有强制约束力的防骚扰法律规则体系。建议建立覆盖全国的防骚扰信息综合服务平台,专门用于统计电话用户对各类商业营销信息的接收意愿,建立“谢绝来电”用户名单。

电话营销者应每31日查阅登记处登记的电话号码,并将已登记的电话号码从其电话营销名单中移除;(4)电话营销者必须确保是由人、而非机器来应答电话。为了保障法案的实施,如果电话营销者违反上述规定,消费者有权向FTC投诉,或者直接向法院提起民事诉讼,并获得不低于500美元的赔偿;如果法院发现被告有故意或恶意违法的情形,其将面临三倍的民事赔偿。

当然,“谢绝来电”登记处并不阻止所有电话,法案也规定了一些例外情形,以保护企业正当的经营利益。除非消费者明确选择退出,否则其不能拒绝已经建立“商业关系”(a business relationship)的机构来电。这里,最后一次购买电话呼叫者的商品或服务之日起18个月内,或向电话呼叫者提出咨询、申请之日起3个月内,都视为建立了“商业关系”。非营利性机构如慈善机构、调查机构等拨打的非商业性电话,以及商业机构相互之间拨打营销电话并不受此限制。

更为细化的新加坡制度

受美国“谢绝来电”制度的影响,包括新加坡、加拿大、澳大利亚以及我国香港地区等都建立了类似制度。与前述国家及地区由政府投资或运营“谢绝来电”登记制度不同的是,英国由电话选择服务机构(Telephone Preference Service,TPS)向国内电话号码的使用用户提供选退服务,而TPS是由非政府组织“直销协会”投资建立的。根据英国2003年“隐私及电子条例”的规定,所有机构(包括慈善机构、志愿机构及政治团体),除非得到同意,否则不得致电已在TPS登记的电话号码。

新加坡“谢绝来电”制度在仿效美国的基础上,规则更加细化。2012年新加坡《个人数据保护法》第九章明确设立“谢绝来电”登记处,向个人提供选退机制(OPT-OUT)。任何人都可以向登记处提出申请,将其新加坡电话号码添加至登记簿,或者将其新加坡电话号码从登记簿移除。一旦登记入簿,该电话号码用户可以拒绝接收来自企业的营销信息。这里的信息包括任何以声音、文字、视频或其他形式发送的信息,如电话、移动文本信息(如短信服务、多媒体信息服务等)、传真等。经营者发送营销信息或者拨打营销电话之前,应确认其是否得到该电话用户的明确同意。该法禁止商家将用户同意作为其提供商品或服务的前提条件,或者向用户提供误导性信息诱导用户做出非真实意愿的同意。同时,为了强化信息主体对自身数据的控制,用户有权随时撤回同意。为了确保上述措施的有效实行,新加坡《个人数据保护法》规定了非常严格的罚则,即违法行为,将被处以不超过1万新加坡元的罚款;情节严重的,则属于犯罪行为。

新加坡《个人数据保护法》附表八也列举了营销信息的法定例外情形,诸如:公共机构推广非商业用途项目发送的信息;应对威胁生命、健康以及个人安全而必须发送的紧急信息;来自商家所发送的有关其服务或产品的通知信息,如账户变动信息等;主要目的在于市场调研的信息等。上述措施的实施,使得个人可以有选择地排除来自商家营销信息的骚扰,称得上新加坡个人数据保护法制的一大特色。

从已建立“谢绝来电”制度的国家及地区的用户反馈情况来看,进入“谢绝来电”名录的用户接到骚扰电话的次数显著降低。事实证明,“谢绝来电”制度有效阻止了营销信息的泛滥,规范了企业的营销行为。

我国“谢绝来电”制度设计建议

针对日趋严峻的骚扰电话、垃圾短信及营销信息等,现阶段仅仅依靠专项行动或联合执法等治理效果甚微,我国应在未来立法中引入“谢绝来电”制度,建立具有强制约束力的防骚扰法律规则体系。具体来说,主要从以下四个方面进行制度设计:

一是建立覆盖全国的防骚扰信息综合服务平台,专门用于统计电话用户对各类商业营销信息的接收意愿,建立“谢绝来电”用户名单。凡是进入该名单的电话号码,任何企业或其他经营性机构都不得拨打或发送商业性短信息。非营销性信息如调研、为了用户的健康和安全的紧急信息以及得到用户书面同意等情形,则不受此限。同时,为了保护企业正当的商业利益,对于那些购买商品或服务的用户,在最后一次购买或提出咨询时起一定期限内如六个月内可以向用户发送营销信息。

二是基础电信企业根据“谁接入谁负责”的原则,严格语音线路和用户资质审查,规范资源使用,对于使用主体、接入位置、资源用途、允许传送的主叫号码等信息进行统计分析,定期排查语音中继、互联网专线接入,不得为非法经营、超范围经营提供线路资源和业务接入。

三是呼叫企业应建立针对营销电话及信息的内控机制,对通过电话、短信息及电子邮件等方式开展的营销活动进行全面规范,包括:开展商业营销外呼前,应当征得用户的明示同意;建立同意用户的白名单并留存相关资料,明确呼叫的时段、方式等;不使用自动拨号及应答系统,不屏蔽或隐藏拨叫企业的名称及号码;定期查询已经进入“谢绝来电”名单的电话号码;用户明确表示拒绝后,不得继续向其发起呼叫。

四是对违反“谢绝来电”规定的行为,应明确其法律责任,包括行政处罚及民事赔偿责任。对于那些影响恶劣、危害严重的骚扰电话行为,则应追究其刑事责任,以发挥法律的震慑作用。同时,为了鼓励个人积极维权,可引入最低赔偿制度,即要求侵权人承担不低于一定数额如500元的损害赔偿。

此外,应设立骚扰电话投诉举报机制,向社会公开举报电话或电子邮箱。凡是发现骚扰电话线索的,鼓励个人或组织向监管机构进行举报或投诉。只有置于广大群众的监督之下,才能有效查处骚扰电话的源头,真正遏制骚扰电话行为。(作者系上海政法学院教授)

员工偷开公司共享汽车的刑事责任认定

周崇文 金华捷

近期,上海发生了一系列由公司员工偷开公司共享汽车的案件。案件中,租车公司员工利用巡查故障车辆的便利,拆卸共享汽车内GPS定位装置,使用藏于车辆隐蔽处的备用钥匙,基于日常代步等私人用途无偿使用涉案共享车辆。由于公司员工并未缴纳相应的租赁费用,且涉案车辆也长期处于行为人的控制之下,这类行为涉嫌财产犯罪。此类案件处理主要有两点争议:一是非法占有对象的争议;二是公司员工利用的是“工作便利”还是“职务便利”。前者关系到财产涉案数额认定,后者则关系到行为定性。

非法占有对象的争议

对于非法占有的对象,司法实务中有两种观点。

一种观点认为,行为人非法占有的对象是共享汽车。第二种观点认为,行为人非法占有的对象系租车服务所对应的财产性利益。

笔者认为,在一例案件中不可能出现同时非法占有共享汽车和财产性利益的情况。如果行为人非法占有的是财物本身,那么其事使用行为系处置财物的方式,不具有独

立评价的必要性,也就不存在产生财产性利益的基础。只有在行为人临时使用财物的情况下,其使用财物的行为才会产生租金收益这类财产性利益。而在这种情况下,财物本身的价值也就不具有刑事评价的基础。

事实上,这类偷开共享汽车的案件既可能非法占有车辆本身,也可能非法占有财产性利益。从主观方面角度分析作案人主观罪过的内容确有可能分别对应不同的对象:一种是希望永久占有共享汽车,不欲归还;第二种是希望临时、无偿地占用共享汽车,直至公司察觉“偷开”线索后予以归还,逃避租车债务。从客观角度分析,共享汽车存在相应的租车服务及其对应的市场价格。作案人员“偷开”后归还共享汽车的情形给租车公司造成的是租车收益的损失;而“偷开”后不欲归还的情形给租车公司造成的是共享汽车本身价值的损失。因此,司法机关须结合案情对非法占有的对象进行判断。

笔者认为,司法实务中可以从“偷开”时间的长短以及其他相关举动来认定非法占有的对象。如果作案人员“偷开”车辆时间较短,如数日、数月,司法机关可以认定其非法占有的是财产性利益,可以其实际产生的租车费用作为认定涉案数额的依据。如果其

“偷开”时间长达一年以上,司法机关认定其非法占有的是车辆。即便作案人员初期仅仅具有“无偿占用”的故意,可是在长期“偷开”过程中,其主观故意已经发生了转变,司法机关可根据其“新”故意来认定其具有非法占有车辆的犯罪事实。同时,共享汽车的车身通常具有租车公司的标识。如果作案人员在“偷开”过程中擦除这些标识,司法机关可以认定其非法占有的对象是车辆;反之,则认定非法占有的对象系实际产生的租车费用。

“工作便利”还是“职务便利”

这类案件在定性上还存在是利用“工作便利”还是“职务便利”之争。一种观点认为,公司员工“偷开”汽车属于利用工作便利,应认定为盗窃罪;第二种观点认为,“偷开”行为系利用职务便利,应认定为职务侵占罪。

事实上,职务侵占罪中的利用“职务便利”,一般是指利用自己主管、管理、经营、经手单位财物的便利。同时,这种经营职权必须是对单位财物具有支配和控制的职权,而非单纯利用工作上的便利条件取得接近或者接触单位财物的机会。反之,如果内部员工只是基于工作的便利条件,能够接近或者接触单位的

财物,这属于工作便利,而非职务便利。笔者认为,司法机关应当结合作案人员的职权范围来界定“便利”的属性。

目前,这类案件中的作案人员通常为租赁公司日常巡检员。这类人员负责对共享汽车的日常巡查和保养工作,在发现车辆出现故障后,向公司报告并将车辆开至公司指定的修理厂内维修。由此可见,巡检员虽然可以利用工作便利接触共享汽车,但其工作职权并不包括主管、经管共享汽车。

需要注意的是,租车公司存在“备用钥匙制度”,即巡检员在发现车辆故障后,可以使用备用钥匙将车辆驾驶至维修地点。租车公司的巡检员均知晓备用钥匙的隐藏位置。但是,“备用钥匙制度”是为了便于公司的车辆维修,而非赋予巡检员经管车辆的职权。因此,巡检员“偷开”共享汽车利用的是工作便利,其行为应当以盗窃罪追究刑事责任。

如果作案人员系公司的管理人员或者汽车专职保管人员,行为定性则有所不同。这类人员具有经管公司共享汽车的职权。如果这类人员利用其经管车辆的职权偷开共享汽车,则属于利用职务便利,司法机关应当以职务侵占罪追究其刑事责任。

(作者单位:上海市人民检察院第三分院)