

Email营销中的法律障碍探析

文/夏露

随着互联网通讯技术的快速发展, Email(电子邮件)成为互联网第一大应用, 由于Email独具精确高效的信息传递能力, 被用于网络营销中, 衍生了Email营销。理论研究表明Email营销反馈率高于网络广告的点击率和直邮广告的反应率, 是最廉价高效的网络营销工具, 但事实上, Email整体营销效果不明显, 甚至让人厌烦。

一、Email营销遭遇法律障碍

Email营销提高了信息的传递速度, 在为人们带来生活和商业便利的同时, 也显露出种种问题: 垃圾邮件、侵害个人隐私、ISP权益无保障、Email营销证据效力待定等, 法律障碍的存在令Email营销前景堪忧。

(一) 垃圾邮件泛滥

垃圾邮件(Unwanted Email)泛滥是破坏Email营销环境的罪魁祸首, 垃圾邮件是一种特殊的网络垃圾信息, 其产生可能出于好奇、报复, 也可能出于政治目的, 但更多的是出于商业上的营销目的。这里的垃圾邮件特指电子广告邮件, 又被称为“不请自来的商业电子邮件”(Unsolicited Commercial Email), 指寄发到用户电子邮箱里不断重复的而且不受欢迎的电子广告营销信函。Email营销经常群发未经许可的商业广告, 以致产生大量的垃圾邮件, 影响了用户对Email营销信息的可信度。出于过滤垃圾邮件, 保护服务器免遭垃圾邮件威胁的考虑, 许多服务商都采取了对怀疑为垃圾邮件的屏蔽措施, 但这种屏蔽可能扩及到合法商业邮件, 造成信息无法有效送达, 而一些真正的垃圾邮件却巧妙避开。目前, 垃圾邮件不仅存在于电脑互联网, 而且蔓延至手机, 垃圾邮件已经成为影响Email营销发展的主要原因。

(二) 个人隐私受侵

网络空间的个人隐私权指“公民在网上享有的私人生活安宁与私人信息交流受到保护, 不被他人非法侵犯, 知悉、搜集、复制、公开和利用的一种人格权; 也指禁止在网上泄露与个人有关的敏感信息, 包括事实、图像, 以及毁损的意见等”, 即合法控制个人数据、信息材料的权利。与传统意义上的隐私权范围仅限于与社会公共利益无关的私生活秘密, 网络环境中以数据形式存在的不受传统隐私权保护的个人信息或资料, 对营销商来说是最有价值的商业信息, 而对这些个人信息进行收集、整理及二次利用, 侵犯了用户对其个人隐私的隐瞒、支配、维护和利用权。正因为如此, 目前通常将利用非正当渠道获取用户的Email地址, 并未经过该地址用户同意而向该地址发送Email广告信息视为侵犯用户的隐私权。侵犯隐私权行为的大量存在, 让网络用户对Email营销望而却步。

(三) 公共利益受扰

Email营销使用不当给用户造成不便和经济上的损失, 已经遭致互联网用户的强烈反感。然而, 更有甚者, 为了某种违法商业目的, 利用Email进行营销违法犯罪活动, 直接干扰到国家公共利益, 为刑法所禁止。这类行为表现通常表现为内容违法或者手段非法。例如, 在内容上, 利用Email传输国家明令禁止的(如传销)信息; 捏造事实, 发布侮辱或诽谤他人的信息, 泄露他企业商业秘密、损害他企业形象、影响他公司经营业务, 或者发布为销赃、走私货物提供销售的信息等; 在手段上, Email发送者采用黑客或者其他不正当的手段攻击网络用户、强行干扰服务器、抢占网络资源。这些行为不仅对收件人利益造成侵害, 更严重的是亵渎了网络市场公共利益, 直接影响到Email营销市场, 致使Email营销混乱。

(四) ISP权利受阻

ISP是网络服务提供商, 目前, ISP提供的Email营销服务大多是无偿的, 只有在申请人意愿的情况下才采取有偿的方式。有偿服务权利义务对待, 双方责任通过合同约定, 归责原则比较清楚。最容易产生纠纷的是免费服务, 在出现垃圾邮件、个人资料泄漏等问题时, Email用户会依据Email服务关系向ISP主张权利。另外, 鉴于垃圾邮件和普通邮件在技术层面难以区分, 为防止垃圾邮件的蔓延, ISP会直接替用户拒绝接收所有被认为是垃圾信息的邮件, 由此可能造成ISP提供的过滤服务让用户正常邮件信息丢失, 而引起尴尬的“侵权”问题, 尽管ISP提供的过滤服务初衷是基于用户利益, Email用户也可能提出赔偿请求。客观分析, ISP提供的Email营销服务占用了大量的网络资源, 尤其免费服务更易黑客攻击, 更易出现邮件服务器堵塞甚至整个网络堵塞的现象。由于邮件服务器被占用, ISP邮件服务速度、质量、网络运行效率都会受阻, ISP其他网络业务, 如广告浏览量、对收费用户的服务质量等也会受影响, Email营销中过多的侵权追究对ISP无疑是雪上加霜。

二、Email营销中的法律障碍解析

互联网经济发展迅速，而法律则具有相对稳定性，两者变化速度不可能匹配，造成游离于传统法不能界定合法或违法边界的行为大行其道，冲击Email营销市场。在Email营销广泛应用的今天，所有法律难题都必须真实看待，客观分析，以寻求最佳的法律解决。

其一，在垃圾邮件问题上，基于保护用户、ISP财产权和用户的通信自由权，并在维护个人利益的同时不侵犯他人利益的考虑。国务院于2006年3月30日颁布实施了《互联网电子邮件服务管理办法》（以下简称《办法》，这是我国首次将打击垃圾邮件上升到法律高度。《办法》中所称的垃圾邮件主要是商业广告Email，《办法》首先明确了垃圾邮件与Email营销之间的区别，规定凡是征得用户同意、注明拒收的方式以及在邮件标题前注明“广告”或“AD”字样的为许可Email邮件，否则视为垃圾邮件，这为Email营销信件的发送提供了通道，也为Email营销的发展提供了法律空间。但是，依据《办法》第13条规定，“未经互联网电子邮件接收者明确同意，向其发送包含商业广告内容的互联网电子邮件”属于被禁止的行为，如何确定“未经互联网电子邮件接收者明确同意”，这在实际中是一个难以确证的问题，需要相应司法解释配合。

其二，在个人隐私问题上，Email用户对自己的个人信息控制权已经成为了民事权利在网络空间中的延伸与发展，目前我国关于个人隐私只有学理解释，没有法律界定，《宪法》和《民法通则》中都没有直接设立隐私权，只在司法实践中有将名誉权与隐私权混同的提法，而且仅仅从私法或民法层面定位隐私，这种思路不能适应网络环境下的个人资料界定和保护，在Email营销隐私权保护问题上，我国首先应从法律上明确将隐私权作为一种独立的民事权利，与国际接轨，在更广泛意义上理解和定位隐私权，制订我国的《隐私权法》，或者在《民法典》中对隐私权予以明确规定。在立法条件暂时不成熟的情况下，可以先由国务院相关部门或最高法院拟定条例、决定或司法解释。目前，法律上要解决的问题有三：一是哪些个人隐私范畴的信息可以为商家利用；二是哪些信息传递方式是适当的、合法的；三是界定个人隐私的利用方式，圈定其合法利用的界限。

其三，在Email营销违法犯罪问题上，我国现有法律虽然未将Email中的犯罪直接列入规制的范围，但是法律在维护网络空间安全问题上责无旁贷，在目前Email立法缺位的情况下，可参照传统法律执行。与传统违法犯罪相比，Email营销中的违法犯罪同样是严重的社会危害行为，只是借助平台有了变化，并不改变犯罪行为的本质属性，因此，可以扩展适用《中华人民共和国刑法》。刑法规制主要应侧重两个方面，其一，Email营销不法行为对网络空间造成重大影响的，严格当事人刑事责任；其二，通过刑法规制起到网络监控的作用。

其四，在ISP权益保护问题上，ISP是Email营销的参与方，充当信息传输角色。目前我国没有专门立法维护ISP的权利和限定ISP责任，以民法基本原则——公平原则为出发，为保证Email信息通畅，必须赋予ISP若干权利。

其五，在Email营销证据问题上，根据我国证据理论，证据的证明力取决于证据是直接证据还是间接证据，一般来说，同案件事实有直接内在联系的直接证据证明力大，反之证明力小。《中华人民共和国合同法》第11条规定，“合同的书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等）等可以有形地表现所载内容的形式。”这实际是从法律上将Email确立为书证。我国2004年8月颁布的《中华人民共和国电子签名法》肯定了数据电文作为证据的有效性，第7条规定：“数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用。”然而，数据电文作为直接证据还存在着易删改、伪造的障碍，在这个问题上，《电子签名法》第8条规定：“审查数据电文作为证据的真实性，应当考虑以下因素：（1）生成、储存或者传递数据电文诉讼法的可靠性；（2）保持内容完整性方法的可靠性；（3）用以鉴别发件人方法的可靠性；（4）其他相关因素”。该条规定将数据电文分为两种情形：一是使用了加密认证安全技术的数据电文；另一是普通数据电文。目前法律考虑相对周全，但是认定中需要技术安全性得以解决才能进一步确定Email的证据效力，一般来说，采用安全技术确保数据完整、机密、使用者身份识别不可抵赖之后，Email可视为原始的直接证据。

三、研究展望

法律的任务随着社会发展而变化，互联网所能容纳的海量信息和广阔空间，正是目前法律所需要探索完善的新领域。Email营销中存在诸多法律障碍，客观上要求有足够的法律准备，法律尚须进一步关注：

伴随着Email通讯技术发展，新的移动通讯，以及博客、维基等通信方式相继出现，Email营销中的法律障碍同样影响到新的Email系统，种种迹象表明Email营销侵害的外延一直与通讯技术进步同步剧增，呼唤前瞻性地制定Email通讯保护法。

伴随着Email普及程度提高，一些营销商为谋取不法商业利益，无机不趁地利用Email实施营销违法犯罪，而现有法律惩治不够，对行为人没有太大约束力，致使Email营销中各种不法行为加剧，呼唤立法加大对网络犯罪处罚和警戒力度。

伴随着Email应用技术成熟，网络中的侵权行为更加隐密，证据的收集专业性要求更高，当事人举证负担更重，司法认定也更困难，呼唤出台电子证据法（作者系湖北工业大学管理学院副教授）

授)

相关链接

城市品牌创建与品牌营销
浅析长城宽带的营销策略
解读企业营销中的顾客投诉
Email营销中的法律障碍探析
经济全球化条件下的营销通路与成本控制
关于第四方保险营销渠道构建的若干思考
从广告看市场细分战略在我国营销中的实践
论管理软件企业服务营销中存在的问题与对策
刍议财务管理中心论与市场营销中心论的时期选择

本网站为集团经济研究杂志社唯一网站，所刊登的集团经济研究各种新闻、信息和各种专题专栏资料，均为集团经济研究版权所有。

地址：北京市朝阳区关东店甲1号106室 邮编：100020 电话/传真：（010）65015547/ 65015546

制作单位：集团经济研究网络中心