

车载伪基站群发短信行为的法律认定

□王安培*

内容摘要：车载伪基站向不特定手机用户群发短信，影响了国内移动通信网络的正常运行，也往往成为电信网络诈骗犯罪的重要手段，其社会危害性不容忽视。因此，准确认定车载伪基站发送短信行为的性质，能够合理有效地打击犯罪。本文结合《刑法修正案（九）》前后的罪名变化，对利用伪基站发送短信行为进行分析，探讨该行为的法律定性。

关键词：伪基站 电信设施 无线电管理秩序

近年来，因伪基站设备组装简单、购买价格低，不法分子利用车辆的流动性，将伪基站设备装在汽车上，在人流密集的区域大肆发送广告宣传、产品推销，甚至传播诈骗信息、实施违法犯罪活动，除影响了用户正常的手机通讯外，也对社会管理秩序造成了影响。对使用“车载伪基站”设备群发短信行为准确性，不仅有利于打击犯罪，还直接影响到对犯罪嫌疑人的定罪量刑。

一、伪基站设备的运行及危害

“伪基站”设备是未取得电信设备进网许可和无线电发射设备型号核准的非法无线电通信设备，具有攫取手机用户信息，强行向不特定用户手机发送短信息等功，使用过程中会非法占用公众移动通信频率，局部阻断公众移动通信网络信号^①。伪基站设备往往被利用在城市商圈、交易场所等人流量多的地方，根据其覆盖范围内的人数多少，发送短信的条数不同，一般情况下，

在主城区日均发送短信数量可达上万条。

行为人利用电脑启动伪基站，其所覆盖的200-300米范围内的手机用户信号被强制脱离正常的网络并连接在该设备上，无法正常连接公众通信网络（即国内移动、联通、电信网络），通过伪基站主机内置短信机和配套的笔记本电脑，冒用任意号码强行向手机用户发送各类短信，导致无法接打电话、收发短信和使用上网服务，影响手机的正常使用，且对周围的基站信号产生干扰，导致合法基站业务拥塞，干扰空中电波秩序，其播发内容不受管制，社会危害风险大。

二、对车载伪基站群发短信行为的不同理解

行为人购买伪基站设备后，主要实施下述活动：一是群发短信专门经营广告推销业务，为他人发送宣传信息，比如广告业务、销售产品；二是发送诈骗、虚开发票等短消息，为实施诈骗、虚开发票等违法犯罪活动提供帮助。

* 王安培，重庆市涪陵区人民检察院公诉科干警。

① 参见2014年3月14日两高两部：《关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备案件的意见》。

笔者认为,利用伪基站发送诈骗、虚开发票等违法犯罪信息,其目的是为违法犯罪活动提供帮助,仅是出于一个犯罪目的实施的数个犯罪行为,其在实质上是手段与目的的关系,属牵连犯,应从一重罪论处。实践中,关于非法使用“伪基站”设备群发短信行为本身的定性,存在较大争议。有三种不同的观点:

第一种观点认为,车载伪基站群发短信破坏了公用通信网络,危害公共安全,构成破坏公用电信设施罪。根据2004年12月30日最高人民法院《关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释》“采用截断通信线路、损毁通信设备或者删除、修改、增加电信网计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序等手段,故意破坏正在使用的公用电信设施”的规定,可以认为,其所指的通信线路不能狭义的理解为物理上存在的电线等,截断手机正常运行所使用的移动通信网路属于“截断通信线路”,公众移动通信网络应理解为“电信设施”。该解释明确规定了“造成1万以上用户通信中断不满1小时的”,属于危害公共安全。而2014年3月14日两高两部《关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备案件的意见》明确指出,非法使用“伪基站”设备干扰公用电信网络信号,危害公共安全的,以破坏公用电信设施罪追究刑事责任。

因此,车载伪基站群发短信以非法占用电信频率的方式,截断了通信线路,破坏正在使用中的公用无线通信网络,虽然其所中断的手机通讯时间往往未超过1小时,但在较大范围内造成1万以上用户通信中断,即已危害公共安全,构成

破坏公用电信设施罪。

第二种观点认为,车载伪基站专门经营广告推销业务构成非法经营罪。经营车载伪基站发送信息业务,未取得电信业务经营许可证,非法从事电信业务经营活动,进行营利活动,扰乱了市场秩序,情节严重的,应以非法经营罪追究刑事责任。

第三种观点认为,车载伪基站侵犯了公民个人信息,构成非法获取公民个人信息罪。行为人开启伪基站设备,周边的GSM手机用户就脱离原来正在使用的网络,被吸到伪基站的网络上,利用伪基站发送1条信息,被吸到的GSM网络用户的手机基本上都能接收到,伪基站离开这个位置,用户手机即恢复正常,而手机用户被吸到伪基站上时,能够识别手机用户的IMSI码就会留在伪基站上。车载伪基站设备非法获取公民手机卡中用于识别用户身份的IMSI码,数量较大,应当依法以非法获取公民个人信息罪追究其刑事责任。

笔者认为,利用伪基站群发短信的行为不宜认为非法经营罪和非法获取公民个人信息罪。根据《电信条例》第六十七条、第六十八条的规定,只有利用电信网络制作、复制、发布、传播第五十七条所列含有法律、行政法规禁止的内容的信息,实施第五十八条所列危害电信网络安全和信息安全的行为,以及实施第五十九条第二、三、四项所列扰乱电信市场秩序的行为,构成犯罪的,才能追究刑事责任^②。而车载伪基站群发短信不在上述范围内,不能以非法经营罪论处。此外,根据最新司法解释,“公民个人信息”是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他

^②2014年9月17日,最高人民法院研究室《关于非法生产、销售、使用“伪基站”行为定性的研究意见》。

信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息,包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。IMSI 信息是 16 位数字所组成的与手机号码类似的区分手机用户的号码,其本身仅能判断是否为国内用户,是移动、联通或电信用户,不能显示用户姓名。因此,IMSI 码不能反应或识别自然人身份,不符合“公民个人信息”的要件,车载伪基站群发短信的行为也不能认定为非法获取公民个人信息罪。

三、刑法修正案(九)实施前后相关罪名变迁

《刑法》第二百八十八条规定了“扰乱无线电管理秩序罪”。《刑法修正案(九)》将原条文“违反国家规定,擅自设置、使用无线电台(站),或者擅自占用频率,经责令停止使用后拒不停止使用,干扰无线电通讯正常进行,造成严重后果的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。”改为“违反国家规定,擅自设置、使用无线电台(站),或者擅自使用无线电频率,干扰无线电通讯秩序,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。”相当于降低了扰乱无线电管理秩序罪的门槛。

在《刑法修正案(九)》颁布施行之前,实务中对使用伪基站发送短信行为定的是破坏公用电信设施罪,实施之后,罪名基本上都是扰乱无线电管理秩序罪^③。《刑法修正案(九)》颁布后,北京、浙江地区的大量判例均以扰乱无线电管理秩序罪判决,重庆也出现此类情况。例如:关于罗某某、程某某利用伪基站发送信息一案,重庆市第五中级人民法院二审判决认定“非法使用伪

基站发送宣传公司业务的短信息,占有无线电频率,干扰无线电通讯秩序,情节严重,其行为构成扰乱无线电通讯管理秩序罪,原判决认定破坏公用电信设施罪与现行规定不符”,撤销了一审判决^④。同样,重庆市渝中区人民法院在一审判决书中认为,行为人使用伪基站发送大量商业信息的行为,迫使公众接收大量垃圾短信,严重扰乱了正常的无线电通讯管理秩序^⑤。

四、车载伪基站群发短信行为的认定

两高《关于办理扰乱无线电通讯管理秩序等刑事案件适用法律若干问题的解释》规定,使用“伪基站”、“黑广播”,强行向不特定用户发送信息,干扰无线电通讯秩序,以扰乱无线电管理秩序罪追究刑事责任。笔者认为,对于该规定,不能机械的套用,认定扰乱无线电管理秩序罪是因为一般伪基站在发射过程中,占用公用频道发送信息的时间短,用户感受不到明显的信号中断,适用危害公共安全罪中的破坏公用电信设施罪不符合“罪责刑相适应”原则。实务中要审查伪基站使用过程中是否存在长时间占用公用频率导致信号长时间中断的情况,不排除有些设备在使用过程中长时间占用公用频率,使得用户明显感觉长时间或不间断信号中断的情况,如果长时间占用,仍然应当以破坏公用电信设施罪处罚,如果只是短时间内占用一下频率推送一条信息马上恢复的,则按照扰乱无线电管理秩序罪处理。

行为人利用伪基站群发短信认定为破坏公用电信设施,需要达到“危害公共安全”的程度。对此,《关于审理破坏公用电信设施刑事案件具

③ 微信公众号,“刑事实务”,2017-6-30。

④ (2016)渝05刑终919号,载《中国裁判文书网》。

⑤ (2016)渝0103刑初1778号、(2016)渝0103刑初1746号,载《中国裁判文书网》。

体应用法律若干问题的解释》中第一、二条分别明确了五种“危害公共安全”和“严重后果”的情形,但第五条所规定的公用电信设施的范围、用户数、通信中断和严重障碍的标准和时间长度,依据国家电信行业主管部门的有关规定确定。目前,国家电信行业主管部门对于何为“通信中断”及“中断时间长短”并无详细的标准,导致司法实践中控辩双方对“通信中断1小时”是“累计中断时长”还是“持续中断时长”具有较大的争议。有观点认为,从实践的可操作角度出发,可以从使用“伪基站”设备发送短信息的数量、手机用户的范围等内容认定“危害公共安全”和“严重后果”的标准,一方面,上述内容在取证上存在便利条件,另一方面,以发送短信息的数量和手机用户的范围判断行为危害公众生活平稳与安宁的程度,更为直观和便捷。另外,对于群发短信息的数量和手机用户的范围由何机构进行

鉴定,司法部门应进一步明确,完善相关的鉴定资质。

若行为人利用伪基站群发短信未达到“危害公共安全”的程度,则认定为扰乱无线电管理秩序罪。笔者认为,现行法律与司法解释对“破坏公用电信设施罪”和“扰乱无线电管理秩序罪”的规定并不冲突。根据2017年7月1日最新解释,车载伪基站群发诈骗、赌博、招嫖、木马病毒、钓鱼网站链接等违法犯罪信息,数量在5000条以上的,或者销毁发送数量等记录,构成扰乱无线电管理秩序罪,同时构成其他犯罪的,按照处罚较重的规定定罪处罚。而该解释第九条对“伪基站”的认定、对移动终端用户受影响的情况,均予以了明确,并给予相关通信运营商出具证明的合法性。这在一定程度上弥补了证据方面存在的瑕疵,一般情况下将伪基站群发短信的行为认定为扰乱无线电管理秩序罪更为合理。

