

从云服务器法律特征视角分析

# 云服务器的司法认定

行为。刑法第286条第2款规定,违反国家规定,对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作,后果严重的,依照前款的规定处罚。有观点认为,本案中郑某等人前两次进入该公司计算机服务器推送广告,第三次控制该公司计算机服务器对登录的机器人账号进行修改,此操作并没有对该公司的计算机操作系统进行删除、修改、增加的操作,并不影响权利人继续使用计算机信息系统,故郑某等人的行为不属于破坏计算机信息系统罪中的破坏行为。笔者认为,郑某等人利用服务器上安装的机器人软件向微信好友发送某商业平台推广链接及自己的微信号等信息,篡改系统内机器人登录账号,实际上是该公司提供信息服务的系统的数据或功能进行了增加、修改,导致权利人不能正常使用,损害了权利人的利益。因此,郑某等人的行为属于破坏计算机信息系统罪所要求的破坏行为。随着计算机技术的发展,计算机操作系统与提供信息服务的系统已密不可分,从技术角度无法准确划分出提供信息服务的系统和操作系统,从保护计算机信息系统安全这一立法目的出发,不论危害的是计算机操作系统还是提供信息服务的系统,只要情节严重或造成危害的,都应当追究刑事责任。

3. 对于郑某等人的行为应认定为破坏计算机信息系统罪还是非法控制计算机信息系统罪。有观点认为,郑某等人的行为应认定为非法控制计算机信息系统罪。理由是,从保护的法益看,非法控制计算机信息系统的保密性和控制性,其保护的是计算机信息系统合法占用人、控制人的使用权或者控制权。从刑法条文的立法目的来看,非法控制计算机信息系统的本质特征是对计算机信息系统占用人、控制人的使用权、控制权进行剥夺,使其不能按照自己的意志使用、控制计算机信息系统。非法控制计算机信息系统多表现为对未经授权或者超越授权控制计算机信息系统。本案中,郑某等人未经授权,擅自对该公司的95台服务器存储和传输的数据进行修改、增加,其行为符合非法控制计算机信息系统罪的构成要件,应认定其行为构成非法控制计算机信息系统罪。

笔者认为,破坏计算机信息系统罪是指违反国家规定,对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰,造成计算机信息系统不能正常运行且后果严重的行为。《解释》第4条规定:破坏计算机信息系统功能、数据或者应用程序,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第286条第1款和第2款规定的“后果严重”:……(二)对20台以上计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据进行删除、修改、增加操作的……从保护法益看,破坏计算机信息系统罪侵犯的是计算机信息系统的运行安全,保护的是各种计算机信息系统功能及计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序。从刑法条文的立法目的看,破坏计算机信息系统的本质特征应是对计算机信息系统功能造成了实质性损坏,致使计算机信息系统不能正常运行,其多表现为对计算机信息系统的软件、硬件、数据、功能进行直接破坏,导致计算机信息系统本身不能正常运行。本案中,郑某等人对该公司的95台服务器存储和传输的数据进行修改、增加,对计算机信息系统中存储的数据进行直接破坏,导致计算机信息系统无法按照原定进行正常运行,符合破坏计算机信息系统罪的构成要件,应当认定其行为构成破坏计算机信息系统罪。

其实,本案中非法控制计算机信息系统与破坏计算机信息系统实际上是行为与目的的关系,郑某等人侵入该公司计算机服务器主观上是为了对系统中存储、处理或者传输的数据进行修改、增加操作,系以破坏为目的,其基于破坏的目的实施了非法控制的行为,破坏目的是终局性目的,故其行为应被认定为破坏计算机信息系统罪,而不是非法控制计算机信息系统罪。(作者单位:浙江省温岭市人民检察院)

陈莉莎

基本案情

2020年2月至3月期间,郑某与张某结伙,利用原先在任职时盗取的某网络科技有限公司某软件权限,通过该软件及服务器上的机器人软件等,三次非法控制该公司的云服务器并篡改系统信息。2020年2月20日凌晨,郑某伙同张某通过该软件控制该公司云服务器12台,利用服务器上安装的机器人软件向微信好友发送某商业平台推广链接及自己的微信号等信息;2月21日凌晨,郑某伙同张某以同样手段操控该公司云服务器38台;2020年3月5日凌晨,郑某伙同张某以同样手段操控该公司云服务器45台,并篡改系统内机器人上所登录的账号,后被该公司发现,未造成明确的经济损失。

以案释法

随着信息技术的发展,各类内置有可以编程、安装程序的操作系统的数字化设备广泛应用于各个领域,对于本案中涉及的云服务器是否能认定为传统的计算机信息系统以及法律适用问题均存在较大争议。在本案审查过程中,主要在以下问题上存在不同观点:

1. 本案中涉及的云服务器是否应认定为计算机信息系统。有观点认为,根据计算机信息系统安全保护条例第2条规定,计算机信息系统是指由计算机及其相关的设备、设施(含网络)构成的,按照一定的应用目标和规则对信息进行采集、加工、存储、传输、检索等处理的人机系统。通过该条可知,计算机信息系统必须由计算机和其他相关、配套的设备、设施构成,其前提是必须存在计算机。本案中的云服务器不是实体的计算机,无法拟制为计算机信息系统。也有观点认为,根据2011年最高法、最高检《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》(下称《解释》)第11条规定:本解释所称“计算机信息系统”和“计算机系统”,是指具备自动处理数据功能的系统,包括计算机、网络设备、通信设备、自动化控制设备等。从功能上来看,本案中的云服务器和普通的计算机一样,使用独立的操作系统、独立的运行空间、可以由用户自行安装软件等程序,可以实现网络接入,具备自动处理数据的功能,应当认定为刑法上的“计算机信息系统”。从危害性来看,随着信息技术的发展,云计算、云服务器等都是当前科技发展的趋势,破坏服务器与破坏传统计算机具有同样的社会危害性,有打击必要。

2. 对于郑某等人的行为是否属于破坏计算机信息系统罪中的破坏

## 云服务器法律性质及法律适用问题:

一是

云服务器和普通计算机一样,可以实现网络接入,具备自动处理数据的功能,应当认定为刑法上的“计算机信息系统”。

二是

计算机操作系统与提供信息服务的系统已密不可分,破坏提供信息服务的行为也属于破坏计算机操作系统的行为。

三是

注意厘清非法控制计算机信息系统的行为与破坏计算机信息系统的行为之间的关系。

## 界定个人信息处理者范围的根本意义在于——

# 正确适用侵害个人信息权益损害赔偿规则

姚天华

个人信息保护法专设公益诉讼条款,明确将个人信息保护纳入检察公益诉讼领域,个人信息处理者违反法律规定处理个人信息,侵害众多个人权益的,检察机关认为国家利益或者社会公共利益受到侵害的,可以依法向法院提起公益诉讼,提出要求违法者承担损害赔偿责任的诉求。民法典第1182条和《个人信息保护法》第69条均对侵害个人信息权益应承担侵权损害赔偿作出了相关规定,但规定的具体损害赔偿存在较大差别。在具体案件中是适用民法典还是适用《个人信息保护法》,关键在于违法行为人是否为个人信息处理者,因为只有个人信息处理者才能适用《个人信息保护法》调整,即适用《个人信息保护法》第69条规定,请求其承担相应的侵权损害赔偿。目前司法实践中,对个人信息处理者的界定尚存在分歧,现结合具体案例简要分析。

基本案情

2021年12月至2022年2月,宋某建立多个微信群,并拉拢手机营业厅工作人员进群。其中,包括李某在内的数名手机营业厅工作人员利用工作之便,将其为他人办理的手机号码批量发入群内,为宋某非法买卖手机号码提供便利并以此获利。截至案发,宋某通过微信群获取手机号码11000余条,获利15280元。

分歧观点

根据《个人信息保护法》第73条第1项规定:“个人信息处理者,是指在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的组织、个人。”关于侵害个人信息的主体称谓,我国直接采用“个人信息处理者”定义,区别于欧盟立法中“控制者”和“处理者”分别命名做法。但是,侵害个人信息的主体之前是如何获取个人信息的,《个人信息保护法》并未明确。但在个人信息保护执法和司法领域,侵害个人信息的主体取得个人信息,存在合法取得与非法取得之分。个人信息的取得方式不同直接影响侵害个人信息的主体是否为个人信息处理者规定的个人信息处理者。

本案中,对宋某和李某是否为个人信息保护法所规定的个人信息处理者存在两种不同观点:一种观点认为,只要在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的组织、个人,无论其使用合法或非法的方式获得个人信息,均为个人信息保护法中的个人信息处理者。本案中,宋某和李某自主决定将他人手机号码出卖给第三人,两人均为个人信息处理者。

定的个人信息处理者,适用《个人信息保护法》的相关规定。另一种观点认为,使用非法手段获得个人信息进而处理个人信息的组织、个人,不是《个人信息保护法》规定的个人信息处理者。本案中,李某是手机营业厅工作人员,在为他人办理手机卡业务过程中合法获得他人手机号码信息后出卖给第三人,属于《个人信息保护法》规定的个人信息处理者,适用《个人信息保护法》的相关规定,并补充适用民法典的相关规定;而宋某以谋取非法利益为目的,将以非法手段获得的手机号码出卖给第三人,不属于《个人信息保护法》规定的个人信息处理者,应适用民法典中关于侵害个人信息权益的相关规定。

观点评析

笔者认为,非法获得个人信息进而处理个人信息的组织、个人,不是《个人信息保护法》规定的个人信息处理者。理由如下:

首先,个人信息处理者具有特殊法律特征。其主要有:第一,是个人信息处理活动的主体;第二,是对个人信息具有自主决定处理目的、处理方式的主体;第三,是对个人信息负有特别保护义务的主体;第四,其民事身份为自然人、法人、非法人组织,即组织、个人。个人信息处理者是对个人信息负有特别保护义务的主体,这一特征是个人信息处理者的显著法律特征。根据《个人信息保护法》第9条规定:“个人信息处理者应当对其个人信息处理活动负责,并采取必要措施保障所处理的个人信息的安全。”因此,个人信息处理者的法律地位应该是合法取得个人信息的主体。例如,微博软件后台工作人员知悉微博用户的账号、密码、地理位置;疫情期间持身份证买药,药店获得他人身份证号码等。这些以合法手段获得他人个人信息的主体对获得的个人信息具有特别保护义务,其自主决定处理目的、处理方式并进行个人信息处理活动的,即为个人信息处理者。

其次,个人信息处理者是合法信息持有者。《个人信息保护法》第10条规定:“任何组织、个人不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息;不得从事危害国家安全、公共利益的个人信息处理活动。”从该规定可知,侵害个人信息的主体以非法方式获得他人个人信息的行为属于《个人信息保护法》中的禁止行为,因此,行使禁止行为的主体不是《个人信息保护法》规定的个人信息处理者。

例如:黑客非法侵入他人手机,获得他人手机号码、身份证号码等个人信息;通过非法购买方式收集他人个人信息等。这些以非法手段获得他人个人信息的主体不是《个人信息保护法》规定的个人信息处理者。

【释义说理·侵权损害赔偿】

关于侵害个人信息权益损害赔偿规则,对个人信息处理者适用《个人信息保护法》第69条规定,即处理个人信息侵害个人信息权益造成损害,个人信息处理者不能证明自己没有过错的,应当承担损害赔偿等侵权责任。前款规定的损害赔偿责任按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定;个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的,根据实际情况确定赔偿数额。而对个人信息处理者之外的其他侵害个人信息权益的主体则适用民法典第1182条规定,即侵害他人人身权益造成财产损失的,按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿;被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定,被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致,向法院提起诉讼的,由法院根据实际情况确定赔偿数额。

虽然我国《个人信息保护法》依据民法典第1182条对侵害个人信息损害赔偿责任的确定方法作出了规定,但又有所不同。《个人信息保护法》第69条第2款规定中使用的是“损失”一词,而民法典第1182条规定使用的是“财产损失”的表述,也就是说,适用《个人信息保护法》时,只要侵害个人信息权益造成损失的,无论该损失是财产损失还是精神损失,都可以按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定,如果个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的,根据实际情况确定赔偿数额。但是,适用民法典时仅赔偿侵害个人信息权益造成的财产损失。

本案中宋某以谋取非法利益为目的,将非法获得的手机号码出卖给第三人的行为属于非法获得个人信息并处理个人信息,其作为侵害个人信息的主体不属于《个人信息保护法》规定的个人信息处理者,对宋某应适用民法典的相关规定承担损害赔偿。李某作为手机营业厅工作人员,违背他人

意志将其利用业务便利而合法获得的他人手机号码出卖给第三人获利,其属于个人信息处理者;对于李某侵害个人信息权益的行为,应适用《个人信息保护法》相关规定确定损害赔偿。

综上,界定个人信息处理者范围的根本意义在于,选择适用侵害个人信息权益损害赔偿规则。虽然《个人信息保护法》是一部对个人信息保护进行全面规范兼具公法与私法性质的综合性法律,与民法典相辅相成,共同发挥着保护个人信息权益的作用,但民法典与《个人信息保护法》的保护方式存在明显区别,在具体案件中正确适用损害赔偿规则对维护公民的合法权益具有重要意义。

(作者单位:河北省沧州市吴桥县人民法院)

### 关于个人信息处理者的法律特征

- 是个人信息处理活动的主体;
- 是具有自主决定处理目的、处理方式的主体;
- 是对个人信息负有特别保护义务的主体;
- 是合法获得个人信息的主体;
- 其民事身份为组织、个人。

### 关于侵害个人信息损害赔偿规则

1. 适用法条:

对于个人信息处理者适用《个人信息保护法》第69条规定;对于其他侵害个人信息权益的主体适用民法典第1182条规定。

2. 赔偿责任:

适用《个人信息保护法》时,赔偿范围不限于财产损失,还包括精神损害;适用民法典时,赔偿范围仅为财产损失。

## 准确把握适用范围与行为性质——

# 揭开商业承兑汇票背书贴现骗局

基本案情

2018年2月,王某通过他人居间介绍,以支付票面额4%的对价从A公司购买700万元电子商业承兑汇票,并以其经营的B公司名义与A公司签订700万元的水产品虚假购货合同。后王某以让利和分期贴现作为诱饵,将其中金额为400万元的电子商业承兑汇票由B公司背书至C公司,先后从C公司骗得贴现款200万元。所骗款项由C公司转入B公司账户后,被王某用于支付购买电子商业承兑汇票款及偿还公司债务等。C公司将取得的400万元电子商业承兑汇票再次背书转让用于支付货款,因票据到期后无法兑付而退票,C公司遂向公安机关报案。

【释义说理】

笔者认为,票据诈骗罪在主观上须由故意行为构成,而且以非法占有为目的。在客观方面则表现为利用金融票据进行诈骗,骗取财物数额较大的行为。具体到本案,主要表现为以下几点:首先,看行为人是否具有非法占有他人财物的主观故意。本案中,王某为获取资金,在无真实交易的情况下,与A公司签订虚假购货合同,以支付票款的方式购买电子商业承兑汇票,其主观上完全明知该电子商业承兑汇票因无资金保证而不能兑付的事实,王某隐瞒不能兑付的事实,将汇票背书转让给他人,使对方基于错误认识自愿交付贴现资金,王某获取贴现资金后,未将资金用于生产经营,而是用于支付票点费用及偿还其他债务等,更加印证其主观上具有非法占有他人财物的故意。

其次,分析行为人利用票据行为的性质。本案中,王某将汇票背书转让、获取贴现的行为是对票据的“直接使用”,使得票据进入商业流通领域,既侵犯了被害人财产权利,也侵犯了票据管理秩序。“直接使用”是指行为人利用商业承兑汇票支付、结算功能到

季鑫鑫 王莹

诈骗罪,是指以非法占有为目的,用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取公私财物,数额较大的行为。而票据诈骗罪,是指利用金融票据骗取他人财物的犯罪行为。票据诈骗罪与诈骗罪的区别主要在于适用的范围不同,票据诈骗罪一般是犯罪分子利用票据进行经济诈骗的行为,其目的在于获得非法利益,而诈骗罪的适用范围更广。

【争议观点】

对于本案中王某向A公司有偿购买无资金保证、不能兑现的电子商业承兑汇票并骗取财物的行为如何定性,存在两种观点:一种观点认为,王某将无资金保证的票据通过银行电子商业汇票系统背书转让,属于票据使用行为,被害人基于接受背书转让的票据,而支付贴现款项,王某的行为符合票据诈骗罪的构成要件;另一种观点认为,本案中的电子商业承兑汇票不属于伪造、变造的票据,也不是明确作废的票据,王某也不是出票人,其行为不符合刑法第194条规定的票据诈骗罪的五种情形;本案中400万元电子商业承兑汇票只是王某诈骗的工具,王某的行为构成普通诈骗罪。

交易。在实施票据欺诈过程中,票据是被作为支付、结算工具使用的。与此相对,如果票据没有被作为支付、结算工具在犯罪过程中使用,而是被行为人用来展示自己的付款能力以获取对方信任,此时票据并未发挥其实质功能,也未进入流通领域,故未侵犯票据管理秩序,被害单位也不享有票据权利,此时的票据并非票据法上的票据,只是作为诈骗犯罪的辅助工具。本案中,汇票由A公司以支付“货款”名义出具给B公司,王某再以让利和分期贴现作为诱饵,将汇票转让给C公司,形式上符合连续背书要求,C公司由此获得票据权利,继续背书转让票用于支付自己的货款。上述事实足以证明,涉案票据的背书转让就是票据使用行为,王某利用票据的支付、结算功能实施诈骗行为,符合票据诈骗罪的构成要件。

再次,根据票据法第10条规定,出票人、背书人、被背书人均应当遵循诚信原则,基于真实贸易或者债权债务关系而使用票据;背书人不得违反诚信原则,背书转让没有真实贸易、债权债务关系、无资金保证的票据。本案中,王某以票面额4%的对价购买电子商业承兑汇票,主观上明知其购买的票据无资金保证,到

期后出票人A公司不会兑付,仍背书转让骗取财物,实质上符合刑法第194条第1款第(五)项规定的情形。如此考虑的原因有两点:一是票据诈骗罪的行为主体即票据行为人,不仅包括票据的出票人,也包括票据的使用人,且本条款第(一)项至第(三)项均规定的是票据使用人的使用行为,如仅存在伪造、变造票据的行为而不对票据使用则不构成票据诈骗罪,故第(五)项也不应局限于票据的出票人,应当将使用无资金保证的票据进行诈骗活动的票据使用人也囊括进来;二是该条款第(五)项虽然没有明文规定“使用”二字,但应当认为包括票据的使用行为,若仅仅签发无资金保证的票据,而不使得票据进入流通领域,即不使用票据的支付、结算功能进行诈骗活动,没有侵犯票据管理秩序,也不构成票据诈骗罪。

最终,检察机关以王某涉嫌票据诈骗罪并追加B公司为票据诈骗罪单位向法院提起公诉,法院以票据诈骗罪判处B公司罚金人民币30万元;判处王某有期徒刑六年,并处罚金人民币20万元,并处罚金B公司退赔被害人财产损失186万余元。

(作者单位:江苏省南通市如东县人民检察院)